

## 〈資料〉

# オーストリア犯罪論（6）

金子正昭

### 目次

#### はじめに

#### 第1章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

第1節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

第2節 基本的なシエマ：故意作為犯の犯罪構成（以上25巻3・4合併号）

#### 第2章 刑法上の行為概念

I. 規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

II. 刑法上の行為概念の機能

III. 行為概念の内容

#### 第3章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

I. 犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

II. 公式と学説

III. 具体的な行為と結果の結びつき

（以上26巻1号）

#### 第4章 故意—故意の概念、種類および過失との限界

I. 総説

II. 故意の概念とその種類—過失との限界

III. 故意の基準点

IV. 特殊な問題

#### 第5章 可罰性の客観的条件—概念、意義および解釈論的秩序

I. 基礎

II. 犯罪構成における意義とその他位

（以上26巻2号）

#### 第6章 違法性—内容と阻却の可能性（正当化事由）

I. 犯罪構成における意義とその地位

II. 違法性の阻却、正当化事由

III. 錯誤の可能性

（以上26巻3号）

#### 第7章 責任非難—一般的な前提条件と特別な前提条件、阻却および免責

I. 概念、対象および意義

II. 責任の個々の構成要素

Ⅲ. 免責事由

Ⅳ. 特別な問題 — 所為答責性の理論

(以上26卷4号)

第8章 過失犯

第1節 法律上の規定

I. 過失の概念

1. 6条の定義

2. 6条であげられている要素の意味とその解釈論的な位置づけ

(1) 「客観的な注意違反」

1. 客観的帰属性の基準としての位置づけ

2. 6条で客観的な注意違反に言及する意味

(2) 「主観的な注意違反」

1. 過失の本質的なメルクマールとしての意味

2. 概念と内容

3. 不法に位置づけるのか責任に位置づけるのか

(3) 「期待可能性」

II. 過失の形式

1. 6条1項と2項における概念的な差異

2. さまざまな過失の形式の意義

第2節 犯罪構成について

序説 — 基本的なシェーマからの偏向

I. 構成要件該当性

1. 客観的な構成要件

(1) 所為像に該当する行為

(2) 結果

(3) 行為と結果の結びつき

2. 主観的な構成要件

(1) 主観的な注意違反の基準点

(2) 基準

(3) 実務上の取扱いと11条にいう帰責能力との識別

3. 可罰性の客観的な条件

II. 違法性

III. 責任

1. 不法の意識

2. 免責事由

3. 注意に合った態度の期待可能性

(1) 解釈論的な意味と実践的な取扱い

(2) 基準点と要請

第3節 特殊な問題

- I. 所為の時点若しくは引き受けの過失又は当てはめの過失
- II. 結果的加重犯

第9章 不作為犯

第1節 法律上の規定

- I. 刑法各則に規定されている態度
- II. 不作為の概念とその限界
  - 1. 概念
  - 2. 不作為によって所為像を実現するための任意性
  - 3. 作為と不作為の競合
- III. 不作為の形式
  - 1. 真正不作為犯と不真正不作為犯
    - (1) 通説のいう識別基準
    - (2) 通説以外の識別基準
  - 2. 普通犯としての不作為犯および特別犯としての不作為犯
- IV. 2条：「不作為による遂行」
  - 1. 保証人的地位
    - (1) 概念と基礎
    - (2) 解釈論的な位置づけ
    - (3) 発生の可能性
  - 2. 同価値性
    - (1) 概念と基礎
    - (2) 解釈論的な位置づけ

第2節 犯罪構成について

序説 — 基本的なシェーマからの偏向

予備的検討 — 一定の時期における一般的な行為能力

- I. 構成要件該当性
  - 1. 客観的な構成要件
  - 2. 主観的な構成要件
- II. 違法性
- III. 責任

第3節 特殊な問題

- I. 作為と不作為の可能な組み合わせ
- II. 過失不作為犯
- III. 不作為犯における未遂と関与

(以上本号)

第10章 未遂犯と中止犯

(以下次号)

## 第8章 過失犯

### 第1節 法律上の規定

6条では、過失の概念が定義されている。7条では、過失的な態度に対する刑法上の答責性の範囲が定められている。

「法規に別段の規定が存しないとき、故意の行動のみを罰する」(7条1項)。この原則・例外の関係は、刑法各則の構成要件の数にも示されている。

過失犯を理由とした有罪の言渡は、技術化に伴い持続的に増加している。例えば、西ドイツでは、1900年以来過失殺人を理由とした有罪の言渡の数はほぼ10倍になっており、さらに、過失傷害を理由としたそれは20倍以上に達しているのである(ウエッセルス)。オーストリアについては、それに対応する統計的な算定は存在しない。オーストリアでも、1978年から1983年までの間に身体・生命に対する過失犯については、約10パーセント程度の増加が確認されている。ただし、この犯罪類型については、故意犯における増加率がまだほんの少しだけ高い\*)。

\*改訂版では、「ただし、1985年以後、この犯罪においては再び減少傾向にある」と改訂している。

過失犯が次第に重要になってくることについて、学説や判例は一様に十分な覚悟をしていなかった。したがって、過失犯の解釈論的な構造は、とりわけ第二次世界大戦後の数年の間に世界的に広まった学術的な討議の対象となったのである。特に、過失の概念は最近十数年の間に重要な変遷を受けたのである。この展開はまだ完結してはいない。例えば通説のいう「客観的注意違反」は過失の独立したメルクマールと考えるべきかどうか、あるいは、上述の第8章(筆者が連載中の本資料では3章)Ⅲ2(1)(3)で提案したように、全体として「客観的帰属性」の一般的な犯罪メルクマールに統合することはできないのかどうか、という問題は未だ未解決のままである。主観的な注意違反を責任に整序すべきかどうか、あるいは、すでに不法を同時に決定するものではないが



故に、過失犯の主観的構成要件で検討されるべきなのかどうか、という問題もまだ未解決のままなのである。

刑事政策の分野から議論されていることは、結果は抽象的な危険性によって代用される必要はないのかどうか、ということである（シュモラー）。第7回国際刑法会議（於、ハンブルク、1979年）では、特に、最後の問題が詳細に論じられたものである。その際、少なくとも刑法の中心的領域に対する趨勢は、すでに明確性の要請に関して結果発生を所為像のメルクマールとして維持し抽象的危险性を有する態様だけでは罰しない、ということを変変わらず目指しているというものであった（例えば、ブルクスタラー、トゥリフテラー）。

## I. 過失の概念

### 1. 6条の定義

6条1項にいう過失の定義によれば、「事情上その義務を負い、かつ自己の精神的及び身体的状態によればその能力がありかつ自己に対し期待されるべき注意を怠り、その結果、法廷の所為像と一致する事実関係を実現する可能性のあることを認識しなかった者」は、過失で行為したものである。この定義は、6条2項を通じて、「そのような事実関係を実現することを可能と考えたが、招来することを欲しなかった者」もまた過失で行為したものである、というように補充されるのである。

それ故、過失犯すべての共通性が存するのは、

- 行為者が特定の事情の下でその義務を負いかつその能力があった注意を怠っているという点、
- 規範に適った態度の期待可能性という点及び、
- （故意を限定するものとしてのみ）法定の所為像の実現を欲しなかったという点である。

その場合に、過失概念に本質的なものたる注意違反は、すでに法規の文言によれば、客観的な要素（「事情上その義務を負い」という要素）と主観的な要

素（「自己の精神的及び身体的状態によればその能力がある」という要素）に分解されるのである。

## 2. 6条であげられている要素の意味とその解釈論的な位置づけ

過失の概念と基準は、6条で個々の要素を列挙することによって、基本的には決定されている。したがって、いかなる態様が刑法の意味での過失であるかという問題に関しては、かなりの程度まで一致している。これに対して、特に、個々の要素の解釈論的な位置づけ及びそれらの相互関係とそれ以外の（一般的な）犯罪メルクマールとの関係については、争いがある。

### （1）「客観的な注意違反」

6条によれば、過失犯を理由に処罰するための前提条件は、行為者が「事情上その義務を負」った注意を怠っているということである。通説によれば、この定義により「客観的注意違反」（＝客観的義務違反＝客観的回避可能性）のメルクマールが特徴づけられることになる（例えば、ブルクスター）。

### 1. 客観的帰属性の基準としての位置づけ

通説によれば、「客観的注意違反」は行為の構成要件該当性の領域で確認すべき過失の特別な要素である。これを基礎づけるためにあげられているのは、過失で実行可能な構成要件はそれだけでは十分なる論拠をもって明確に示しているとはいえないということである。したがって、そのような構成要件は、常軌を逸するのを防止するために、客観的義務違反という記述されざる構成要件のメルクマールで補充を必要とするものなのである（例えば、ブルクスター、アルミン・カウフマン、クラマー、ヴァイデマン）。

けれども、この理由づけは説得力がない。すなわち、例えば、謀殺の場合の「…殺した者は」というような法律上の規定（Gesetzesfassung）は要求を満たしているが、過失殺人の場合の「過失で…の死を招来した者は」という類似の規定はあまりにも漠然としたものと考えられるというのは、理解できないものである（同旨として、マウラッハ＝ゲェーセル＝ツイップ、ヤコプス）。したがって、ここで主張している見解によれば、客観的注意違反は、故意犯と

過失犯に等しく妥当する客観的帰属性の基準と考えられるのである。すなわちこのメルクマールの内容は、客観的帰属性の他の基準と同じように、特定の所為像の実現に関する行為者の態度の評価である。しかし、これを評価することは、その時その時の主観的な実行形式（故意又は過失）に依存してはならない。

ついでにいうと、過失概念から客観的注意違反を選別するという考え方の源は、すでにノヴァコフスキーにある。すなわち「外部的な態度において命じられた注意を怠ることを過失に含めるときもまた、環境にそぐわないものになると。刑法典に関する最初の諸草案もまた、1964年政府草案までは、過失を定義する場合に特別な期待可能性を指示することと並んで主観的注意違反を規定するだけであった（ロエーダー）。

さらに、すでに第8章（筆者が掲載中の本資料では第3章）Ⅲ2（1）③であげた論拠を超えて、過失論（Fahrlässigkeitstheorie）における二つの発展傾向は客観的帰属性という複合体のなかに客観的注意違反を位置づけることを物語っている。すなわち、過失犯については、特別な注意義務違反は要求されなくなってくるにつれて、主観的注意違反が構成要件に位置づけられてきたのである。

— 前者の傾向の背景で強調されているのは、過失犯の基礎となっているのは特別な注意義務違反では決してないということである。注意に適った行為を行うよう命じているのではなくて、常に不注意な行為を行うことを禁止しているのである（シュミットホイザー、ヤコプス、ゲーセル、マウラツハ＝ゲーセル＝ツイツプ、シュレーダー）。「これによれば、過失が関係すべきものは、客観的注意を怠ることではなくて、許されざる危険を引き受けること（Eingehen des unerlaubten Risikos）である」（ノヴァコフスキー）。したがって、例えば、誰もマッチを注意深く扱う義務を負っているわけではない。ただ軽率にマッチを扱うことが禁止されているだけである（ヤコプス）。それ故、過失犯の場合、特別な注意義務の侵害が存在しないため、（故意犯の場合と同じような）「注意違反（Sorgfaltsverstoß）」は構成要件の実現に関して法的に否認された危険を生ぜしめたという点にのみ存在する。このように理解すれば、「注意違

反」という概念は、故意犯の場合や過失犯の場合に同じように考慮すべき一般的な客観的帰属性の観点である。

一 過失犯の分野で「客観的な注意の侵害 (objektiven Sorgfaltsverletzung)」をはっきりと強調することは解釈論史的にも理解できる。人的不法論を承認することにより、結果不法と行為不法に分割された。この分割を過失犯についても維持しようとするならば、(主観的注意違反が責任に位置づけられるので)客観的注意違反は過失犯における行為不法の担い手であると同時に独立した基準として強調せざるを得なくなる。

それに対して、ここでも主張している見解を用いて、主観的注意違反は構成要件に属するというを前提とすれば、行為無価値は、過失犯の場合もまた、まず第一に、行為者は自己の個人的な能力に従い構成要件の実現を予見することができたのであり、それ故回避することができたにもかかわらず、行為したのだということによって基礎づけられるのである。過失犯をこのように構成すれば、客観的な注意違反は、故意犯の場合ほど行為無価値に対して重要ではないことになる。それ故に、客観的な注意違反は過失犯の要素として敢えて強調するまでもなく、故意犯の場合と同じように客観的帰属性の分野に「目立たないように (unscheinbar)」位置づければそれでよい。したがって、主観的な注意違反を過失犯すべてに対する構成的な不法のメルクマールと考える論者達が指摘することは、客観的な帰属性の基準すなわち「許された危険」若しくは「社会的相当性」(＝一般的な帰属性)という一般的な規定はそれで過失責任を客観的に限定するのに十分であるということである(ゲーセル、ヤコプス、シュトラテンヴェルト、シュレーダー)。

## 2. 6条で客観的な注意違反に言及する意味

6条で客観的な注意違反に言及しないこともまた、客観的な帰属性の一連の一般的な基準に客観的な注意違反を位置づけることがよくないことを証明している。何故かという、1968年政府草案に初めて挿入されたこの定義を用いると、「そのために行為者は能力があるのか、また、行為者に何を期待することができるのかを判断する前に、事情上いかなる注意が客観的に命じられている

のかという問題を検討する」ことだけを確認しておかなければならなかったからである（ブルクスタラー、EBRV 1968, 70; EBRV 1971, 68）。

このような解明は、現今、犯罪構成上客観的な注意違反というものの地位に関する刑法改正がオーストリアではまだ合意に達していなかったために、当を得たものであった。それによって、客観的な義務違反は主観的な義務違反を通じて満足させ得るように切り離されなかったという恐れがあった（ブルクスタラー）。このことだけが妨げとなったのではないか。それ故に、法律上の定義は客観的な義務違反は過失の特別な要素であるという見解を基礎づけるためにこれを引用してはならないのである。

さらに、法規上の解明は、客観的な帰属性はまだ一般的に認められるように体系化されておらず、それに加えて、客観的な帰属性は故意犯や過失犯に対して同じように妥当するのかどうかまだ未決定のままであるために、重要であった。

客観的な注意違反は専ら過失犯に対してのみ法規自体に定められているという事実は、このメルクマールの実際的な意味とも一致する。何故かという、過失犯の場合に、それも過失犯の場合に限って「実務上…客観的な注意違反に関する研究がいつも重点」をなしているからである（キーナップフェル）。過失犯の分野では、客観的な注意違反は決定的なフィルターである。この要素が是認されれば、通常、主観的な注意義務の侵害が存在することになる（ブルクスタラー、キーナップフェル、カープファー）。

それに対して、故意犯に関しては、客観的な注意違反を法律的に確定することはどうでもよいことである。何故かという、このメルクマールは即座に「故意の主観的な要素によって覆われている」のが普通だからである（ゲーセル、同旨としてボーネルト）。つまり故意犯の場合、客観的な注意違反はまったくその可罰性を限定する作用を発揮しないのである。すなわち、甲は故意をもって行為したが、それでも客観的な注意に違反して行為したといえない場合（すなわち社会的相当な行為であった場合）、それは実際的な利益があるというよりも理論的な利益があるのである。何故かという、甲が「法定の所為像と

一致する事実関係を実現しよう」(5条1項前段)とする行為は常に客観的な義務に違反したものである。それが完全に現実性の外部に存在するが故に、絶対的不能未遂すなわち不可罰的未遂だけを内容として含んでいるときを別にすれば。

## (2) 「主観的な注意違反」

過失の第二の要素として、6条では、「自己の精神的かつ身体的状態によればその能力のある」注意を怠ることが触れられている。通説によれば、この定義をもって「主観的な注意違反」(＝主観的な義務違反＝主観的な回避可能性)の要件が特徴づけられているという。

### 1. 過失の本質的なメルクマールとしての意味

通説は、過失の本質を二重の(客観的なものと主観的なもの)注意違反に認める。何故なら、ここで主張する見解と反対に、通説は客観的な注意違反をも過失概念の構成的なメルクマールとして考察するからである(ブルクスター、イエシエック、ウエッセルス)。しかし、主観的な義務違反だけを過失概念の構成するメルクマールと考えるのが正しい。何故なら、客観的な義務違反は客観的な帰属性の一般的な(故意犯や過失犯に対して同じように妥当する)基準だからである。したがって、過失の本質は二重の注意違反にあるのではなくて、自己の個人的な(主観的な)能力によれば構成要件の実現を少なくとも予見することが可能であった(その結果、相応する行為を行わないことによっても回避することができた)者が行為したという点にのみ存するのである。

### 2. 概念と内容

主観的な注意に反して行為する者とは、客観的に命じられた注意を遵守するために「自己の精神的かつ身体的な状態によればその能力があった」にもかかわらず、具体的な状況のなかで客観的に命じられた注意を怠ったものである(6条1項)。したがって、行為者は、所為の時点で、当該行為を行わないか又は注意深く行うために、所為の時点で客観的に命じられた注意に相当する態度をとる立場になければならないのである。法律上の定義によれば、精神的な状態の侵害も身体的な状態の侵害も主観的な注意違反を阻却し得るのである。

認識ある過失の場合、主観的な注意違反は、行為者がそのような状態にあつたにもかかわらず危険を正しく評価していなかったという点にあるか (OGH EvBI 1975/192)、あるいは行為者は確かに危険をより自然なものと意識していたが結果を発生させる状態になかったか若しくは不発生を信頼していたという点 (OGH EvBI 1977/58) のいずれかにある。いずれの場合にも、行為者は、例えば、客観的な注意に違反した行為を為さないことによって構成要件の実現を回避することが可能だったのである。

認識なき過失の場合、主観的な注意違反は、行為者が自己の精神的 (知的) かつ身体的状態に基づくと具体的な所為の状況において全く行為することが出来なかったかあるいはそれと異なった (すなわち注意に適った) 行為をせざるを得なかったが故に、自己の態度をそれに向けることができることを識別する能力があったという点に存する。

### 3. 不法に位置づけるのか責任に位置づけるのか

以前には、過失と故意は一致して純粋な責任形式と考えられていた (リッター、ノヴァコフスキー、マラニウク、グラスベルガー、ハルヴィヒ、西ドイツでは、クラマー、シュルツ)。人的不法論を承認すると同時に、これに結びつけて不法を結果無価値と行為無価値に分割することを承認することにより、客観的な義務違反は違法性を超えて構成要件に移った。そこで、責任における主観的な義務違反の行方もまた次第に問題となってきた。すなわち、過失犯にいう行為無価値は純客観的に構成した方がいいのか、それとも故意犯の場合と同じように主観的にも構成した方がいいのか、議論の対象となっている。

(1) オーストリアでの通説は、(故意犯の場合と異なって) 過失犯にいう行為無価値を純客観的なものと考えている。すなわち、「標準的な」人間であれば行為者の交際範囲からかつその立場においては別の態度をとることができたのではないか、つまり義務に適った態度をとることができたのではないか、という点に客観的な注意違反に認めるのである。

これに対して、行為者は、自己の個人的な能力に従っても「標準的な」人間と同じように構成要件の実現を予見することができたのかどうか (主観的な注

意違反)という問題は、これを責任においてはじめて検討することになる(ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー、マイエル=ホーファー、プラッツグンマー、モース、ノヴァコフスキー、西ドイツではイエシェック、クラマー、ウエッセルス)。

(2) それに対して、西ドイツやスイスで浸透している見解によれば、過失犯にいう行為無価値については、「標準的な」人間かどうかの問題となるだけでなく、まず第一に行為者が構成要件の実現を主観的に予見することができたかどうかも問題となるのである。この見解によれば、過失犯における主観的な注意違反は主観的な構成要件のメルクマールである。それは、故意が故意犯の不法を構成するようにのと同じように、過失犯の不法を構成するのである(西ドイツについては、ゲーセル、マウラッハ=ゲーセル=ツイツプ、ヤコプス、サムソン、シュトラーターテンヴェルト、トゥリフテラー、スイスについては、ハウザー=レーヴェルク、ノル、シュトラーターテンヴェルト、オーストリアについては、トゥリフテラー)。

この見解を基礎づけるために犯罪構成の統一化や規範論的な観点が指摘されているのである。

① 主観的な義務違反を構成要件に位置づけることに有益な証拠となるのは、すでにすべてを体系的に構成する場合と同じように犯罪を構成する場合にはできる限り大きな統一性の原理とに注目すべきであるという考え方である(トゥリフテラー)。

— 所為像のメルクマールを知的に把握することに関する故意は、これを通説は主観的な構成要件に位置づけている。したがって、故意犯の場合、責任の段階では所為像のメルクマールを主張することさえも問題とはならず、むしろ行為者が正しく捉えた事実関係を禁止されたものとして評価したかどうかだけが問題となるにすぎない(帰責能力および不法の意識)。だがしかし、過失犯における所為像実現の主観的な認識可能性に関する問題は、(故意の場合と同じように)まさしく所為像のメルクマールを知的に把握しているかどうかに関するものである。ただ相違点は、故意に対しては所為像のメルクマールの事実



的な認識が要求されるのに対し、過失に対してはその可能性で足りるということだけである。しかし犯罪構成上、可能な心的事象(ein potentieller psychischer Vorgang)はその顕在的な現象とは異なった個所で検討されるというものではない。それは、例えば、顕在的な不法の意識と可能な不能の意識を、それらが内容上一致するにせよ、それが責任であるとしても犯罪構成上同一の個所に位置づけるということである。「所為像のメルクマールの顕在的な認識と可能な認識」との関係においては、まったく同じことが当てはまるはずである。通説によれば、故意は責任ではなくて不法に属するので、すでに主観的な注意違反をも構成要件のメルクマールと考える故意犯とのパラレルが当然に推測されるのである(ゲューセル、マウラッハ=ゲューセル=ツイップ)。

— 通説の体系構成における矛盾は、認識ある過失の場合に最も明らかになる。すなわち構成要件の実現に関する予見(それは同一のものであるが!)は、それが故意犯を基礎とするのか認識ある過失犯を基礎とするのかに従って、ある時は構成要件に数えられないのに、今度は責任には数えられるということになる。したがって、行為者が構成要件の実現で少なくとも満足したのかどうか(5条1項後段)を決定することは、事前に犯罪構成上構成要件実現の予見をどこで肯定するかという地位に影響を与えることになる。それに応じて認識ある過失に関する主観的な予見は、通説のいう認識なき過失における主観的な予見可能性を責任に位置づける論者達もまた、これを主観的な構成要件のメルクマールと考えることになる(例えば、イエシェック)。

— 主観的な注意違反を構成要件に位置づけることは、構成要件の統一化に役立つだけでなく責任概念の統一化にも役立つ。すなわち、ここで主張する見解によれば、責任の分野では故意犯や過失犯の場合にも等しく帰責能力、不法の意識、場合によっては特別な責任のメルクマール及び免責事由の欠如を検討しなければならない(同旨として、ハウザー=レーヴェルク)。

② 主観的な注意違反を構成要件に位置づけるための第二の論拠は、規範論的なものである。これに対する出発点は、態度の規範違反は不法の特徴をなすということを確認することである。あるメルクマールが(単に)責任だけを阻

却するのであれば、それでもなお少なくとも行為者に規範違反の責任を負わせることになる。

— 通説によれば、規範を持ち出すことの重要性はその名宛人が規範違反を回避し得る場合だけである。つまり「あらゆる規範はそれを回避可能な違反すべてを防禦する」のである（ペンディング、ゲーセル、マウラツハ＝ゲーセル＝ツイツプ）。法的な禁止又は命令は、個々人がそれに従い得ないときには、自らの請求権たる性質を失うのである。したがって、あらゆる命令はなし得る可能性があるといい得る場合にのみ重要となる（シュトラテンヴェルト）。だから「法の効力は法支配下にあるものの思考能力の限界に通じている」のである（ヤコプス）。この出発点は、犯罪構成上主観的な義務違反の位置についてもまた考慮しなければならない。何故かという、それが人間の不完全さから生じるために、立法者といえども変更することができないからである。

— 不作為犯についてもまた、規範は回避可能な法益侵害にだけ向けられるということがいえる。この観点は、通説によれば、主観的にはすでに結果回避の事実的な可能性を欠いている者は構成要件に該当するように行為していないという点に現れる（シュトラテンヴェルト、ヤコプス）。したがって、主観的な義務違反をすでに構成要件で考慮するための論拠としてたびたびあげられていることは、過失犯についてと同じように不作為犯についても当てはまることになる。この論拠は、たしかに規範論的な手がかりに関しては支え得る。しかし、解釈論的な観点下では、このパラレルを過大に評価してはならない（同旨として、サムソン）。すなわち、不作為犯の場合、構成要件の実現を阻止すべき身体的な可能性如何が問題である。しかし、過失作為犯の場合、この身体的な可能性は常に存在する。何故かという、行為者は当該行為を行わなければよかっただけである。そして、これは意欲的な態度の場合には必ず可能なものである（アルミン・カウフマン）。それに対して、主観的な義務違反の場合、構成要件実現の予見可能性如何が問題となる。この内容的な相違とは解釈論的な相違とも一致する。結果回避の事実的な可能性が不作為犯に欠けるならば、すでに行為性若しくは不作為性が存在しないことになる。それに対して、主観

的な注意違反の場合、まだ行為性を有する態度についての主観的な構成要件の存在如何もまた問題となるに過ぎない。

③ 主観的な義務違反を構成要件に位置づけるための以上の論拠に対して文献で提起されている諸反論には、説得力があるとは思えない。

— 「個人的な他行為の可能性 (individuelle Andershandelnkönnen)」が「責任独特のもの (Spezifikum der Schuld)」になるために、主観的な能力をすでに構成要件で考慮することは不法と責任の混同になる (シューネマン)、という反論は決定的なものではない。何故かというと、行為者に他行為の可能性があったかどうかは、そのような主観的な障碍 (solche subjektive Behinderung) がすでに不法を排除しない事案においてのみ責任に対して意味があるからである。それは、例えば、行為者がたとえば絶対的強制によってそれを妨げられているために、主観的にも他行為の可能性がない事案については争いがない。その場合、すでに行為性が存在しない。それ故、同じように不法に対して決定的な要因が存在しないのである。これに関連して、主観的な義務に適った態度がすでに規範違反すなわち不法を排除するのか又は最初に責任を排除するのかという問題は、規範の射程範囲に基づいてのみ解決されることになる。これによって責任との境界が曖昧になるというものではない。何故かというと、責任については、少なくともまだ帰責能力、不法の意識、場合によっては特別な責任のメルクマール若しくは免責事由のような犯罪要素、すなわちそれらが存在しないか若しくは現に存在することによって誰もが主張する規範違反を排除しない犯罪要素が存在するからである。

特に、主観的な義務違反を構成要件に位置づける場合にもまた、所為像のメルクマールの主観的な認識可能性と11条の弁別能力若しくは処分能力 (Diskretion- bzw Dispositionsfähigkeit) とを明確に分割することは可能である (ゲーセル、マウラツハ=ゲーセル=ツイツプ、反対説として、シューネマン)。確かに事実を認識する状態にあったが、それにもかかわらずこの事実関係の法的評価に従って遂行しかつこの不法の弁別により行為するかあるいはこの事実関係の法的評価に従って遂行するか又はこの弁別により行為する能力

が彼に欠けていた場合もあり得る。

— 次に、主観的な義務違反を位置づけ、また、これと結びつけられた主観的な基準をすでに過失犯の構成要件で適用することに対して提起されていることは、不法が客観的な基準に基づいて決定されるときにはじめて、一般的な注意規定を判例に定めさせることになる（イエシェック、アルミン・カウフマン、シューネマン、ヴォルター）。けれどもそれに反論が加えられていることは、一般的な客観的な帰属性（許された危険）の範囲内で客観的な注意違反の限界が判例によって提出されればそれで十分であるということである（サムソン、シュトラーターテンヴェルト）。さらに、特定の個人的な能力が存在する場合に要請されている主観的な注意のいかなるものを考慮すべきかを判例が正確に作り出していると同じ強い利益が存在するということである。

— 過失犯の不法は、すでに客観的な注意に違反している場合に処分の科刑若しくは完全酹酌を理由とする処罰が可能であるといえるために、客観的にのみ決定されなければならない（イエシェック、ヴォルター）という第三の反論もまた、オーストリアでは通用しない。すなわち、21条2項及び287条では、それに相応する西ドイツ刑法63条若しくは323条aの規定とは反対に、「違法な所為」の実行を目指したものとなつてはいない。むしろ、これらの規定によれば、「…ある者が帰責能力を排除する状態の影響を受けて（11条）所為をなしたという理由だけで（21条1項）これを罰することができないこと」若しくは「このような状態になれば重罪又は軽罪としての責を負わされる」（287条）行為を酹酌中になしたという理由だけでこれを罰することができないことが問われているのである。それ故、二つの規定によれば、行為者が特別な状態（異常な精神状態若しくは酹酌状態）の影響なしに罰される可能性があるのかどうかだけが決定的なものである。しかし、この問題は、主観的な注意違反が構成要件に位置づけられるのか責任に位置づけられるのかに関係なく、解答を与えることができるのである。

### （3）「期待可能性」

客観的な注意違反や主観的な注意違反と並んで、6条では、第三のメルクマー

ルとして行為者に対し「期待」されるべき注意に適った行動があげられている。

1. 期待可能性を考量することは類型的には免責事由を構成する。したがって、6条ではっきりとあげられている期待可能性というメルクマールもまた責任に位置づけられるのである。

2. 期待可能性の基準を用いて、「過失責任は、行為者に対し客観的な注意義務を充足することはそれ自体確かに可能であろうが、法がその過誤をもはや非難しないほどに高く要請されていたといえるときもまた認められない」ということが保証されるべきである(ブルクスタラー、キーナップフェル、モース)。

したがって、主観的な義務違反の場合と異なって、行為者が自己の精神的かつ身体的な状態に基づくと構成要件の実現を回避する能力がありそれ故その義務もあったのかどうかという問題は重要ではない。それ故に、たとえ通説のように主観的な義務違反を責任に位置づけるにせよ、期待可能性は独自の意味もっている。

ただし、反対説は、期待可能性はすでに主観的な注意違反を限定するということを前提とする。このようにして、反対説は二つの要素を融合させるのである(リットラー、ブルクスタラー、西ドイツではイエシュック、「二重の機能」という意味でレンクナー)。だから西ドイツでは、一般的な「超法規的」免責事由を認めるのを避ける傾向にある。しかし、この観点はオーストリアでは問題にならない。何故なら期待可能性は主観的な注意違反と並んで6条ではっきりと触れられているからである。

主観的な注意違反と期待可能性を分割することは、とりわけオーストリアのように主観的な注意違反が構成要件のメルクマールとして位置づけられているときに、必要なものである。すなわち、その場合に期待可能性が主観的な注意違反を限定するものとしてのみ理解されるのであれば、期待不可能性はすでに不法を排除するものとなる。しかし、このような結論は体系的な諸理由から避けるべきである(トゥリフテラー)。

3. 故意犯について、立法者は期待不可能性の限界を免責する緊急避難(10条)のなかで最終的に定めた。それに対して、過失犯の場合、誰にでも期待不

可能性は10条の範囲を超えても免責するという。

ただし、期待可能性は少なくともどの程度まで10条の要請に添わなければならないのかははっきりしていない。ロイカウフ＝シュタイニンガーによれば、「ここで基本的には免責する緊急避難の前提条件を検討する場合と同じ基準が構想されなければならない」ことになる。それに対して、ブルクスタラーが用いた出発点は、過失犯における期待可能性は、「行為者がまったく異常な、特別の免責事由と殆ど同じ事情のもとで行為した」事案に対してさえも否認してはならないということである。むしろ、「もっとも軽微な過失の事案を一般的に可罰性の領域から排除する」機能もまた期待可能性の属性なのだということになる\*）。

\*改訂版では、ロイカウフ＝シュタイニンガーの文を削除して、ブルクスタラーの出発点だけを引用し、その脚注にロイカウフ＝シュタイニンガーを加え、さらに、キーナップフェルをも追加した。

期待可能性に対する基準が免責する緊急避難に対する基準から切り離されるという点においてもまた、そのことから免責する緊急避難の規定が「それ自体として過失犯には当てはまらない」ということを演繹するものではない（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。何故かというと、6条の意味での期待不可能性は、いずれにせよ10条の（厳格な）前提条件だけでも存在するときには必ず認められるからである。

## II. 過失の形式

### 1. 6条1項と2項における概念的な差異

法規は、認識なき過失と認識ある過失という過失の二つの形式を認める。

(1) 認識なき過失は6条1項で規定され、行為者は命じられた注意を怠ったが故に「法定の所為像と一致する事実関係を実現する可能性のあることを認識しなかった」ということによって特徴づけられるのである。したがって、過失のこの形式では、故意と比較して、すでに知的な構成要素を欠いているのであ

る。

したがって、(故意や認識ある過失と反対に) 過失のこの形式においてもまた、いかなる主意的構成要素も存在しないことになる。何故かという、特定の態様を通じて実現する可能性のあることを認識しなかった者はこの実現をも意欲することができないからである。

(2) 6条2項により、「そのような事実関係(法廷の所為像と一致する事実関係)を実現することを可能と考えたが、招来することを欲しなかった」者は、認識ある過失で行為したものである。したがって、行為者は所為像の実現の可能性を認識したものである。この点で、ここでは、認識なき過失の場合と異なっており、知的な構成要素が存在する。

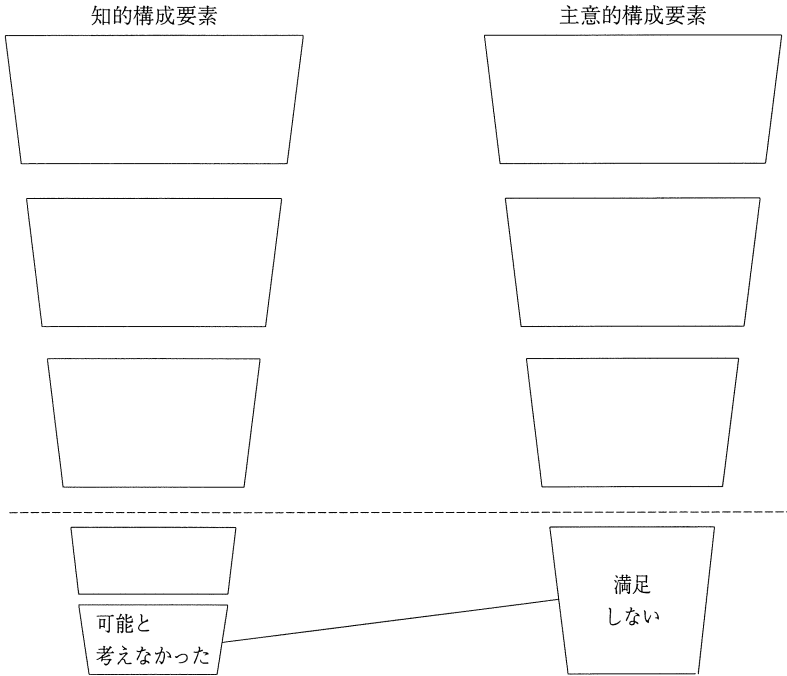
行為者が所為像実現をさらに真撃に可能と考えたとき、認識ある過失と並んで5条1項後段による未必の故意(dolus eventualis)もまた問題となる。これを明らかにするために、6条2項の故意との限界設定が主意的領域で消極的に規定されている(「招来することを欲しなかった」という文言)。すなわち認識ある過失は、行為者が所為像の実現を真撃に可能と考えかつこれに満足したとき、問題とならない。

故意との限界設定に対応して、認識ある過失は3つの異なった事実事情を現すことになる。認識ある過失で行為したものは、所為像の実現を

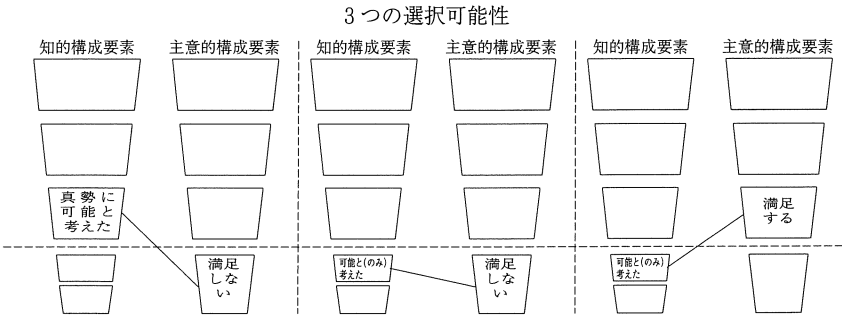
- 確かに真撃に可能と考えたが、それに満足しなかった者、
- 可能と(のみ)考え、これに満足しなかった者
- たとえ(少なくとも)これに満足したにせよ、可能と考えたにすぎない者

(3) 図表8(1)は、認識ある過失と認識なき過失との相違及び認識ある過失における様々な結合の可能性を示したものである。同時に、さらに故意と過失の限界設定を明らかにしたものである。

図表 8 (1)  
① 認識なき過失



② 認識ある過失





## 2. さまざまな過失の形式の意義

刑法各則では、認識ある過失と認識なき過失の間は区別されていない。むしろ、この分類は刑の量定においてのみ問題となる。

認識ある過失は認識なき過失よりも重いとは必ずしもいえない。したがって、構成要件の実現の危険を認識して、確かに命じられた注意を遵守しようと努力したが、それでもなお注意に違反した行為をなした者は、一般的に法の保護する諸価値を欠いた利益から又は当初より怠惰から自己の態度から生ずる可能な結果をまったく気かけなかった者よりも可能な限り軽い責任を負うことになる。これは、例えば、往来における子どもの予測不可能な反応を常に覚悟している父親にいえることである。しかし、その場合、父親は、具体的な状況の中で事故を避けるために命じられかつ期待されている回避操作を行っていないのである。同じ状況で道路脇で遊んでいる子どもが車の前に飛び出して来るかも知れないということをまったく考えなかった者に比べて、父親は悪く処遇することは公平でないと思われる。

一般的な用語例において通常用いられている「重大なる過失の (grob fahrlässiges)」態度と「軽率な過失の (leicht fahrlässiges)」態度という分類は、刑法典上ははっきりとなされていない。しかし、この分類は刑の量定において問題となる (ロイカウフ=シュタイニンガー)。重大なる過失というのは、構成要件の実現の明白な危険の不認識、「際だった不注意 (auffallende Sorglosigkeit)」(民法1324条) 又は非常に分かりきった危険を意識的に無視することという。

ただ88条2項では類似の分類が問題となる。この規定によれば、過失傷害の一定の事案は「なんら重い責任 (kein schweres Verschulden)」が行為者にはないとき、これを罰しないことになっている。したがって、通説によれば、処罰するためには、例えば、「重大なる過失」すなわち異常に際だった不注意を述べている程度に過失の程度が増加していることが前提とされているのである (ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー)。しか

し、重い責任の要件は、6条で認識ある過失と認識なき過失を区別することと何のかかわりもないのが原則である。

### 第2節 犯罪構成について

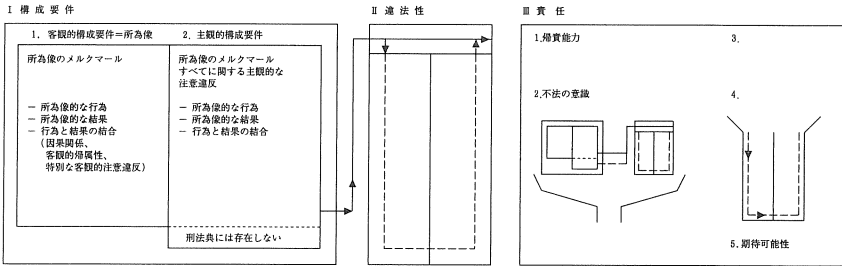
#### 総説 — 基本シェーマからの偏向

過失犯についてもまた、第6章で描いた三分類的な犯罪構成が当てはまる。

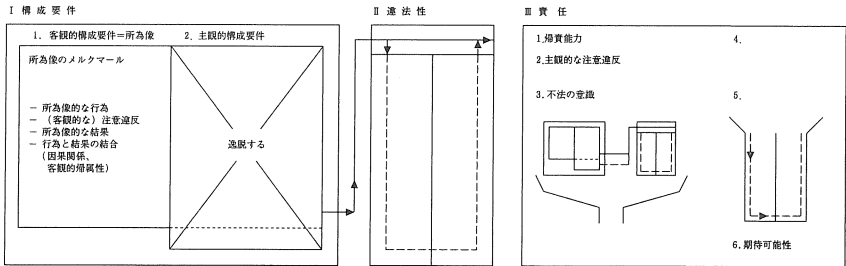
図表8(2)は、過失による、作為によって実行された結果犯の構成を示したものである。はっきり示されていることは、基本シェーマで描かれているそれに相当する故意犯の構成からの偏向だけであり、また、通説とここで主張している見解との相違でもある。

図表 8 (2)

#### 1. 本書で主張する少数説



#### 2. 通説



ここで主張している見解（図の1.の部分）によれば、主観的構成要件においてのみ故意が主観的な注意違反によって代用され、主観的な不法要素（特に拡大故意）は問題とならず、責任において期待可能性が補充されるのである。

通説（図の2.の部分）によれば、客観的な構成要件は客観的な注意違反という「過失のメルクマール」を補充せざるを得ない。主観的な構成要件は全く問題とならない。主観的な注意違反は責任において二番目に検討されるものである。これには期待可能性という責任要素が付け加わる。

基本シェーマと基本的に合意することにより、次の議論は、故意作為犯と比べて、問題を有する点や特別な諸問題に限定することになる。その場合、故意犯と過失犯について同一の行為概念を前提とすることになる。

## I. 構成要件該当性

過失犯の場合、通説によれば、客観的な構成要件だけが存在するのであって、主観的な構成要件は存在しない。客観的な構成要件は、通説によってもまた、基本的には（すなわち客観的な帰属性の外部に客観的な注意違反を位置づけるのを別として）故意犯の客観的な構成要件と一致する。それに対して、ここで主張している見解によれば、客観的な構成要件に関してはいかなる相違も存在しない。次に、ここでは、主観的な注意違反は構成要件に整序される。すなわち過失犯についても主観的な構成要件を認めるのである。したがって、これにより故意犯と過失犯は主観的な構成要件においてのみ区別されるのである。過失犯の場合には主観的な注意違反で足りるが、故意犯の場合にはさらに所為像の意欲的な実現が存在しなければならないのである。

### 1. 客観的構成要件

#### (1) 所為像に該当する行為

過失犯の場合、刑法上の答責性に対する結合点として選び出された態様を正確に作り出すことは、故意犯の場合よりもまだ重要である。

故意犯の場合、刑法上検討の対象となるべき態様は、すでに行為者は自己の

態度を構成要件の実現に意欲的に向けたということから明らかになるのが普通である。それに対して、過失犯の場合、まだかなり後ろにある行為が結合点として問題になるのである。それ故に、検討すべき過失の態様を選び出す場合、故意の態様の場合よりも簡単に誤った結合点を選び出される可能性があり、それによって結論が相当に歪曲されることになる。

例えば、赤信号の場合に加速して許容限度を超えて交差点を通過した者は、真向かいの横断歩道上の歩行者を侵害したことに對するこれら3つの態様すべてにより、場合によっては責任が問われる場合がある。それに対して、事故の直前にブレーキをかけなかったことが結合点として選び出されたとき、事情によっては所為像の実現をまったく阻止していなかったものである。それによって「歩行者にむかって突き進むこと」は、「回避操作を怠ること」と同じように、恐らく処罰するための結合点として問題にならない可能性がある。したがって、時には事故を直接的に引き起こした態様を最初に研究対象とすべきではなく、すでにその際に最終的に事故を「避けがたいもの（*unausweichlich*）」として認めることができる態様を研究対象としなければならないのである（トゥリフテラー）。

過失による純粋な惹起犯の場合（*bei den fahrlässigen reinen Verursachungsdelikten*）、構成要件を充足する行為であればどのようなものであってもよい。しかもまた、例えば、174条（これに関して173条を参照するように指示する174条）で詳細に記述されているように、行為が詳細に記述されている場合がある（「爆薬としての爆発物を爆発させる」行為）。例えば、159条の過失による違法破産（*fahrlässige Krida*）の場合、所為主体が詳細に特徴づけられているのである（「多数債権者の債務者として」という所為主体）。

## （2）結 果

結果の発生、結果や行為客体の詳細な記述に関して、故意犯と反対に、何ら特別なものはない。

## （3）行為と結果の結合如何

因果関係と客觀的帰属性は、故意犯や過失犯の場合には同一の規定に従うの

が基本である。

客観的な注意違反に関してもまた、故意犯と過失犯の間には内容上基本的にはいかなる差異も存在しない。所為像実現という法的に否認された危険を作り出したとき、態度は常に客観的な注意に違反したものとなる。このような危険は、客観的な予見可能性及び社会的相当性若しくは許された危険の程度を越えたことを前提とするのである。

通説によれば、客観的な注意違反は、帰属性の基準になるのではなく、過失犯の場合に限って、すなわち過失犯では独立した構成要件のメルクマールとして又は行為の構成要件該当性を検討する段階で確認すべきものである。客観的な注意違反がどこに位置づけられるのかということに関係なく、責任を限定すること (Haftungseinschränkung) に関して故意犯の場合よりも重要な意味が過失犯におけるこのメルクマールにあるのである。

過失犯の場合もまた、構成要件の実現は、あらゆる場合に定められている要請に違反する行為を行わないことによって回避されることになる。ただし、(多くの故意による犯罪行為の場合とも同じように) 過失犯の場合、行動しないこと (das Untätigbleiben) は必ずしも構成要件の実現を回避するための唯一のものではない。むしろ、過失犯におけるこの結果を阻止するためには、(未必の故意をもって行為を行う場合と同じように) 重大なる注意を払っていたということだけで足りることになる。

## 2. 主観的な構成要件

通説によれば、過失犯の場合、主観的な構成要件はまったく存在しない。何故なら主観的な注意違反は責任で検討されるからである。これによれば、過失犯にいう行為無価値は客観的な注意違反を通じてのみ構成されるのである。けれども、本書のように主観的な注意違反を構成要件に位置づけるならば、このメルクマールは主観的な構成要件を構成することになる。したがって、故意犯についてと同じように、(主観的な構成要件のメルクマールとしての) 主観的な注意違反を通じて基礎づけられる主観的な行為無価値もまた過失犯について

これを認めることになる。

### (1) 主観的な注意違反の基準点

主観的な構成要件は、過失犯の場合もまた客観的な構成要件の「映像 (Spiegelbild)」である。個々の所為像のメルクマールすべてが行為者にとって主観的に認識可能であったときに限って、行為者は所為像の実現を回避することができたのであり、それ故構成要件全体に関して主観的な注意に違反して行為したものである。客観的な認識可能性が客観的な注意違反の基礎をなすように、主観的な認識可能性もまた所為像のメルクマールの過去、現在及び将来に関係するのである。

例えば、199条の未成年者の養護、教育又は監督をはなはだしく怠る場合、行為者は、未成年者が問題となっており、この未成年者は自己の養護、教育又は監督の下にあり、未成年者との関係は法律上の基礎に基づいている、自分はこれに関する自らの義務をはなはだしく怠っており、この懈怠がはなはだしいものである、ということの主観的に認識していなければならない。

規範的な構成要件のメルクマールについていえることは、主観的な認識可能性もまたこのメルクマールの感覚知覚及びその社会的な意味にのみ関係しなければならないということである。これに対して、正確な法律の評価は行為者には主観的に実感として理解できないものである。ここでは、故意犯の場合と同じように、素人間のパラレルな評価を通じた認識可能性で足りる。

主観的な認識可能性は、基本的には行為と結果の結合如何にも及ばなければならない。しかし、具体的には故意犯の場合と同じように分類すれば足りる。

因果関係それ自体、すなわち行為者の行為は現実が発生した結果と同じような結果を導く可能性があったという事実は、行為者には認識可能なものであるといえなければならない。通説によれば、主観的な予見可能性は、それ以上に「本質的には (in den wesentlichen Zügen)」因果経過にも及びかつ「一般的には (im allgemeinen)」このような因果経過にも及ばなければならないのである (ブルクスタラー、ロイカウフ=シュタイニンガー、OGH ZVR 1976/154)。最近、この見解の内容は、「結果は相当性連関や危険連関 (Adäquanz-

und Risikozusammenhang) の要請を満たすように実現する」ということを行為者が予見しておればそれでよい、というようにより正確に規定されている(ブルクスター)\*。さらに、非類型的な因果経過はすでに客観的な帰属性の段階で相当性連関の基準を用いて排除されていることに関して、因果経過の主観的な予見可能性を一般的には検討しなくてもよいとも主張されているのである(シュモラー)。客観的な帰属性もまた、法的な評価として行為者には認識されていなくてもよいのである。

\*改訂版では、「最近」という言葉が削除されている。

認識あるいは過失が存するのは、行為者が個々の所為像のメルクマールすべてを認識していた場合だけである。この知的な構成要素が構成要件に関してさえも存在しないとき、一括して認識なき過失だけが問題になる。このような事実事情は、特に行為者は現在の所為像のメルクマールすべてを認識していたことは確かであるが、結果の実現の可能性を認めていなかったときに、与えられることになる。

## (2) 基 準

6条の文言によれば、主観的な注意違反に対する基準として当てはまるのは、命じられた注意を遵守するために行為者にその能力がある「精神的」かつ「身体的」状態である。したがって、行為者が自己の能力すべてを注入して自己の態度から生ずる結果を正当に評価すると同時にその結果を回避することが可能であったかどうか、あるいは、精神的あるいは身体的欠陥により主観的な注意違反を主張することができないほど障害があったかどうかが問題になる。精神的な領域にあるのは、とりわけ知的な能力すべてと経験知識であり、身体的な状態にあるのは、例えば、年齢、性別、健康状態及び身体的な鍛練度である。身体的な無器用性(körperliche Ungeschicklichkeit)もまた基準を限定するからといって、主観的な注意違反を基礎づけるものではない(OGH JBI 1969, 348; EvBI 1979/10)。

それに対して、行為者が法の保護する諸価値を備えた人間という基準に達し

ていない性格的又は情緒的な薄弱、例えば、環境に制約された又は教育に制約された冷淡さ、「傍若無人、無関心、軽率さ、浅薄等々」のようなものは、主観的な注意違反の段階で考慮されるものではない（「限定された主観化」—ブルクスタラー、「客観的・主観的」基準—キーナツプフェル）。この種の欠陥は、まさしく主観的な注意違反の本質を示すが故に、主観的な注意違反を排除することにはならない。ここで主張している主観的な注意違反を構成要件に位置づけることによれば、このような限定を理由づけるために、さらに行為者人格が「法の保護する諸価値を備えた人間」から偏向していることは人的非難可能性に当てはまる、すなわち不法ではなくて責任に当てはまるということをあげることができるのである。

主観的な注意違反を判断するために決定的なことは、所為の時点である。

すなわち、考慮すべきことは、行為者に一般的に存在する能力ではなくて、専ら具体的な所為の状況に存在する能力である。したがって、興奮、過労又は酩酊のような一時的な侵害もまた考慮しなければならない。それに対して、判例は、部分的には、主観的な注意違反については「一般的に行為者の精神的かつ身体的状態によれば行為者に可能な弁別能力を考慮に入れば足り、個々の事案の特別な事情の下で奮い起こす弁別を考慮に入れるものではない」ということを前提とする（OGH EvBI 1976/203）。この見解は、刑法上の判断については所為の時点での行為者の心身の状態（Verfassung des Täters zur Tatzeit）だけが問題になるために、拒否すべきである（同旨としてブルクスタラー）。ただし、この種の事案においては、引き受けの過失又は原因において自由な行為（Übernahmefahrlässigkeit oder eine actio libera in cause）が問題になる。

### （3）実務上の取り扱いと11条にいう帰責能力との識別

客観的な注意違反が肯定されたとき、それに対して決定的な「一般的な」基準を理由として、通常、主観的な注意違反もまた肯定されることになる。

したがって、この点で、実務においてはしばしばある種の「徴表作用」を前提としている場合がある。ただし、侵害に対する基準点がもっとも些細なもの



である場合、行為者の主観的な能力を職権により検討しかつ確認しなければならない（ブルクスタラー、キーナツプフェル）。

その場合、6条のいう主観的な無能力と11条のいう主観的な無能力を区別することは必ずしも容易なものではない。

6条であげられている「精神的」かつ「身体的」な状態は現実的な所為像の実現の認識可能性に関係する。感覚知覚や、例えば因果関係の領域から生ずる現実的な相互関係の評価に関する精神的かつ身体的な能力が問題になる。その結果、行為者は主観的にも自己の行動を客観的な注意に違反したものと見ることのできる要素を認識する立場になければならないのである。それに対して、11条の場合、弁別能力については、行為者は自己の知的な（精神的な）能力をもってして所為の不法を弁別する、すなわちすでに正しく認識したか又は少なくとも認識し得た所為像の実現を不法と評価する立場にあったかどうか問題になるのである。11条にいう処分能力の場合に問題になるのは、法的な評価を通じた動機づけの能力如何であり、また、逆に忠実な態度を通じてそれを現実界に転化したかどうかである。

### 3. 可罰性の客観的な条件

可罰性の客観的な条件は、過失犯の場合にも存在する。例えば、287条にいう過失で招来した完全な酩酊状態での刑を科されている行為の遂行がこれである。それらの条件が同時に不法を構成する限り、そのような条件は、故意犯の場合と同じように、（主観的な構成要件の後で）構成要件の付属物（Annex）として検討すべきものである。

## II. 違法性

過失犯の場合もまた、基本的には態度の構成要件該当性を通じて違法性が徴表される。正当化事由の実際的な意味は故意犯の場合よりも少ない。

争いがあるのは、過失犯における正当化について客観的な前提条件と並んで主観的な前提条件もまた問題になるのかどうか、そしてそれはいかなる範囲に

おいてかということである。個々の正当化事由において主観的な要素が一般に認められる限り、一部で、故意犯が問題となるのか過失犯が問題となるのかに関係なく、主観的な要素は同一の内容をもっているのではないかという見解が主張されている（イエシエック）。それに対して、ブルクスタラーは、過失犯の場合正当化する事情の認識の代わりに「この事情の客観的な認識可能性」で足りるということを提案している。けれども区別するのが正しいと思う。これによれば、通説が正当化事由として段階づけている法律上の規定の一部はすでに構成要件を阻却するものと見なされるということをも前提とする。それ故に、主観的な前提条件が存在すること及びその内容については、故意犯の場合と同じように、そのような「構成要件を阻却する事由」と「(真正な)正当化事由」との間の区別と結びつかなければならないのである。

構成要件を阻却する事由は、消極的に規定された所為像のメルクマールにすぎない。したがって、構成要件を阻却する事由は主観的な領域においてもまたそれ相応に取り扱わなければならない。それに対して、(真正な)正当化事由は、立法者が基本的には自己の意向によりその介入を客観的な前提条件と主観的な前提条件の両者に関係させるかいずれか一方に関係させる許容命題である。構成要件を阻却する事由が存在する場合には、客観的な構成要件は充足されない。過失犯の未遂は存在しないので、その結果としてこれ以上の検討はいっさい不要である。この点で場合によっては可能な主観的な前提条件を論ずる必要はない（ブルクスタラー）。それに対して、(真正な)正当化事由は、故意犯の場合と同じように過失犯の場合にも、客観的な前提条件と主観的な前提条件のすべてが存在するときにはじめて介入する。したがって、例えば、故意の傷害が存在するか過失傷害が存在するかに関係なく、行為者が正当防衛の状況を認識していたときにはじめて、正当防衛を通じてその正当性が肯定されることになる。このような認識は認識なき過失の場合でも可能である。例えば、防禦者が自分は身体的に優越しているために攻撃者に重い障害を負わせる可能性があることを認識しないで、ちょっとした体力だけで攻撃者に打ち勝つことができると信じた場合である。

正当化事由を適用するための主観的な前提条件が存在しない場合、過失犯を完成させる (vollendeten Fahrlässigkeitsdelikte) ためのすべての要素が充足されるのである。故意犯の範囲内でこの種の事情において未遂の規定を類推適用することを弁護しようとする限り、(過失犯には未遂がまったく存在しないので) 過失犯において類推解釈して無罪にしなければならないことになる (ノヴァコフスキー)。

### Ⅲ. 責 任

基本シェーマで示されている責任要素は故意犯や過失犯に等しく当てはまるのである。過失犯の場合、6条により補充的に、行為者に命じられた注意を遵守すべく期待されていたかどうかを検討されるに過ぎない。ただし、通説によれば、故意犯の責任は、過失犯の場合に責任で検討すべき主観的な注意違反を通じて過失犯の責任から区別されるのである。

#### 1. 不法の意識

認識ある過失の場合、不法の意識の領域については故意犯の場合と同じことが当てはまるのである。

行為者が行為を着手する際に、(その非実現を信頼して) 可能と認識した構成要件を実現する場合に刑法上の不法が存在するということを考えた場合、行為者は「積極的な (aktiven)」形式で顕在的な (aktuellen) 不法の意識をもって行動したことになる。確かに彼には不法が意識されていたが、彼は「所為の瞬間に」それを考えなかった場合、行為者は「潜在的な (latenten)」形式で顕在的な不法の意識を持っていることになる。しかし、行為者には少なくとも可能な不法の意識が現に存在する、すなわち彼は非難可能な方法で不法を誤認したということに足る。

それに対して、認識なき過失の場合、常に可能な不法の意識 (potentielles Unrechtsbewußtsein) だけが問題になる。何故かという、自分は法定の所為像を実現するということを意識していない者は、自分の具体的な態度の特別

な所為不法をまったく気にする必要はないからである（ブルクスタラー）。

ある者が主観的な注意に違反して行為したとき、少なくとも可能な不法の意識も存在するのが通常である。このような結論は、本書のように主観的な注意違反がすでに構成要件で検討されるか又は通説のように責任で不法の意識の前に検討されるとき、問題は生じない（ブルクスタラー、キーナップフェル）。ただし、そのような結論は、不法の意識が責任の内部で主観的な注意違反の前に検討されるとき、やっかいになる（イエシェック）。

## 2. 免責事由

免責事由はすべて、基本的には故意的な態度や過失の態度に等しく当てはまる。すなわち、過失犯については、行為者が相応する事実関係を誤認したとき、客観的に理解された免責事由の前提条件で足りるということである。何故かという、動機づけによる重圧（Motivationsdruck）だけが決定的なものだからである。

これは、認識なき過失についても認識ある過失についても等しく当てはまるのである。例えば、10条にいう緊急避難の状況を取り除く場合に、行為者が救助行為によって法定の所為像を実現する可能性を認識して行為する場合（認識ある過失）、又は、この可能性を一般的に意識することなく、行為者が救助行為を行った場合（認識なき過失）である。

問題となる免責事由を期待可能性より前に検討するのが望ましい。何故ならそのような事由が介入する場合には期待可能性もまた常に問題とならないからである。

## 3. 注意に適った態度の期待可能性

### （1）解釈論的な意味と実際上の取り扱い

6条によれば、過失で処罰され得るのは、客観的に命じられかつ主観的には自己に可能な「期待されている」注意を怠った者だけである。したがって、過失犯に関して、期待可能性は10条を超えて積極的に規定された責任要素である

(EBRV 1971, 69 1 Sp; 結論において同旨としてモース、ノヴァコフスキー、ブルクスタラー)。

この点で、期待可能性は過失犯すべての特別な責任要素である。ただし、実務においては、期待可能性の不存在が免責事由と同じように具体的な基準点においてのみ検討されればそれで足りるのである(同旨としてキーナップフェル)。(免責事由と同じように) 期待不可能性は当罰性の限界において責任非難を低下させるのである。

## (2) 基準点と要請 (Beziehungspunkte und Anforderungen)

期待可能性については、「例えば、一時的な身体的、心身的かつ精神的な心身の状態、興奮状態、過去の体験、過労又はその種のものによって他に転じられているかどうか問題になる」(EBRV 1971, 69 1 Sp; ブルクスタラー)。その結果、外部的な諸事情によって条件つけられた情緒又は緊張状態もまた、主観的な義務違反を判断する場合にそれらが考慮されない限り、注目されるものになる。

認識ある過失の場合、故意犯の場合と同じように、この基準は、専ら自己の弁別に従った態度をとるよう、すなわちおそらく所為像に該当するものとして意識した態度を行わないよう行為者には期待されていなければならないということに関係する。それに対して、認識なき過失の場合、期待可能性は二つの構成要素を含んでいる。自己の行動は特定の法定の所為像を実現するのではないか、さらにこのような態度を行ってはならない、と行為者に対してすでに期待されていると認識していなければならないのである(ブルクスタラー、ノヴァコフスキー、EBRV 1971, 69 1 Sp)。

例えば、次のような場合には期待可能性は問題にならないのである。すなわち「例えば坑夫の妻が事故の知らせを受けて炭坑に駆けつけたために、電気アイロンのスイッチを切り忘れた」という場合である(ノヴァコフスキー)。さらに、注意に適った態度が、例えば時間がなかったことにより(durch Zeitont)、期待されない場合がある(詳細はブルクスタラー、OLG Wien ZVR 1980/169)。この種の事案以外に、期待可能性が過失犯の分野での軽微な犯罪

(Bagatellkriminalität) の問題点を解決するために利用される場合があるのかどうか、まだはっきりと解明されていない。

### 第3節 特殊な問題

#### I. 所為の時点若しくは引き受けの過失又は当てはめの過失 (Zeitpunkt der Tat bzw. Übernahme- oder Einlassungsfahrlässigkeit)

過失犯の場合にもまた、構成的な犯罪要素すべては所為の瞬間に存在しなければならない。したがって、客観的な注意に違反しかつ客観的に帰属可能な行為は、同時に主観的な義務に違反し、違法でかつ有責なものにならなければならない。しかし、直接に遂行する場合には、たしかに客観的な義務に違反した行為がなされていたが、この時点では（主観的な構成要件、違法性又は責任のメルクマールのような）その他の犯罪メルクマールを欠いているけれども、最初の時点では存在していたという事案が存在する。この種の事案において、過失責任は、直接的な犯行 (unmittelbare Tathandlung) ではなくて、結局のところ先行行為 (vorhergehende Handlung) と結びつけられる場合がある。

この種の事実事情が存在するのは、例えば、経験のない登山家が高連山地ツアーに団体を案内する場合である。その場合に、参加者が生き埋めにあい死に至るような雪庇が突発的に生じた場合、山案内人は、例えば縦走する場合に、自己の未経験により雪崩が発生する危険を認識していなかったとき、自ら主観的な義務に違反した行動をとっているとはいえないのである。

この種の態様において、特に、危険な行動の引き受け (Übernahme einer Gefährlichen Tätigkeit) が問題となるとき、引き受けの過失あるいは当てはめの過失と呼んでいる (ブルクスタラー、シック)。通説によれば、この種の過失は、独立した解釈論的な構造を有するのではなく、客観的な注意違反の問題に優先するだけである (シック、ブルクスタラー、ロイカウフ=シュタイニンガー、キーナップフェル)。これを基礎づけるためにあげられているこ

とは、この種の事実事情においては、限定された主観的な能力はすでにこのような活動の引き受けが客観的な（かつ主観的な）義務に違反した活動となる場合がある、ということである。この点で、「主観的な非可能性（subjektives Nichtkönnen）が…一定の事案において客観的な義務を拡大する」ことになる（シック）。

客観的な注意違反が主観的な無能力によって高められる可能性があるのはいかなる範囲においてかを決定することとは、特別な困難さを伴う。これは、とりわけ特定の活動を行使する前に必要な能力を身につけるべき客観的な注意義務が存在するのはいかなる範囲においてか、という（不作為犯の解釈に通じる）問題に当てはまるのである。

引き受けの過失又は当てはめの過失の場合、過失犯のすべての要素がいまのところ引き受けに存在しなければならない。これは、とりわけ主観的な注意違反にイえる（ブルクスタラー、シック）。例えば、「自分がいかにバカであるかを悟るために、バカにふるまった（zu dumm, um zu begreifen, wie dumm erist）」とき（ノヴァコフスキー）、当てはめの時点で当てはめに存する注意違反の主観的な認識可能性は存在せず、また主観的な構成要件も存在しない。

引き受けの過失又は当てはめの過失は原因において自由な行為若しくは原因において不相当な行為（*actio illicita in causa*）との一定の類似性をもっている（シック）。これは、特に、これらの形態においてもまた検討すべき犯罪を左右する所為の時点の前に移すことだけを認めるときに、イえるのである。（過失による）原因において自由な行為若しくは原因において不相当な行為の場合、いまのところ直接的な遂行には行為性、帰責能力又は違法性を欠き、引き受けの過失又は当てはめの過失の場合には主観的な注意違反を欠くのである。疲労の徴候があるにもかかわらず強力な薬を服用後に運転し続けて、その際に居眠り運転をし、それによって事故を引き起こした場合、「当てはめの過失」の場合ではなくて、過失による原因において自由な行為である（反対説として、OLG Wien ZVR 1977/243）。

判例に頻繁に見受ける「予備的な過失（*einleitenden Fahrlässigkeit*）」の

法形態は無用である。それは正常な道具主義 (normale Instrumentarium) を用いて解決される可能性のある事案であるか、あるいは引き受けの過失又は当てはめの過失を用いて解決される可能性のある事案である。

## II. 結果的加重犯 (Erfolgsqualifizierte Delikte)

結果的加重犯は、独立して罰される基本構成要件において所為が法規にあげられた特別の結果を導いた事案に対して重い刑罰が科される場合に、存在する。基本構成要件の独立した可罰性の故に、結果的加重犯は非本来的な結合犯である。

1. 結果的加重犯の主観的な実行形式について、7条2項は特別な規定を含んでいる。重い刑罰は、実際に行為者が特別の結果を少なくとも過失で招来した場合に、介入するのである。それ故、故意犯の領域においてもまた、量刑加重の結果 (qualifizierenden Erfolges) に関しては過失で足りるのである。この点で、結果的加重犯は、類型的には故意と過失が結合されたもの (Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen) である。

例えば、86条では、故意の傷害が過失による死という結果の招来と結合して一個の犯罪に要約されたものである。すなわち死という結果については、(128条1項1号から4号までの範囲内で故意犯のその他の量刑加重に対するのと異なつて) 7条2項により過失で足りるのである。

2. しかし、結果的加重犯の場合、故意と過失が結合されたものだけではない。むしろ、刑法典には、過失と過失が結合されたものも含まれている。すなわち88条4項の過失傷害の場合のように、すでに基本構成要件が過失犯として構成されている場合である。

3. 7条2項にいう「少なくとも (wenigstens)」という言葉は、すでに「特別な結果」は故意によっても招来される場合があるということを暗示している。そのような場合には、別の独立した犯罪構成要件が介入するのが普通である (例えば、意欲された傷害の場合、死という結果は少なくとも未必の故意で招来されたものであるとき、86条に代わって75条が介入する)。しかし、特別な結果を故意に招来することは、過失で招来する場合と比べて、独自の可罰性を



全く基礎づけられない規定もまた存在するのである。その場合、特別な結果は、刑の範囲を変えることなく、故意によってもまた実現され得るのである。この点で、結果的加重犯は故意と故意が結合されたものとして実行されることになる。この種の事案において、主観的な行為側面に基づく相違は刑の量定においてのみ考慮されることになる。

類型的な実例は、「所為の結果、24日を超えて継続する健康上の加害又は就労不能を生じさせる」という形での84条1項の重い傷害である。故意の傷害を実行してこのような結果を客観的に帰属可能な方法で実現し、特別な結果に関しても主観的な注意に違反した行為を行った者は、この特別な結果をも故意に招来した者と同一の刑の範囲に該当するのである。この特別な結果を意図して実現した場合に限って、87条が介入するのである(ブルクスタラー、キーナップフェル)。これ以外の実例は、妊娠という特別な結果を伴う201条のわいせつ行為である。

4. 通説によれば、故意と過失が結合された形式での結果的加重犯において、特別な結果の招来が客観的な注意に違反していたものであるかどうかを独自に検討する必要はないのである。むしろ、この基準は、すでに行為者が基本構成要件を故意に実現したということから常に生ずる(OGH ZVR 1976/178 注釈 リーブッシャー、ÖJZ-LSK 1979/322; フォレグガー=セリーニ、キーナップフェル、イエシェック、ただし批判する者としてブルクスタラー)。

しかし、この見解に従ってもまた、因果関係と並んで、特に特別な客観的帰属性の基準及び具体的に発生した結果(相当性連関)の客観的な予見可能性、危険連関や適法な択一的態度と比べた危険増加及び主観的な注意違反(主観的な認識可能性)の基準を常に独自に検討しなければならないということに注意しなければならない\*。

\*この4の項目について、改訂版では、次のように改訂されている。

「故意と過失が結合された形式での結果的加重犯の場合、特別な結果の招来が客観的な注意に違反していたのかどうかを独自に検討することは、必要ないのが普通である。何故かという、この基準は、すでに行為者が基本的構成要件を故意に実

現したということから明らかになるからである（OGH ZVR 1976/178 注釈 リープッシャー、ÖJZ-LSK 1979/322; フォレグガー＝セリーニ、キーナップフェル、イエシェック）。例外を構成するのは、特別な結果に関して基本犯の実現が（例外的に）危険がないと思われる事例である（ブルクスタラー、キーナップフェル、トゥリフテラー）。

しかし、いずれの場合にも、因果関係と並んで、特に、特別な客観的帰属性の基準および具体的に発生した結果の客観的予見可能性（相当性連関）、選択可能な適法な態度と比べた危険連関や危険増加および主観的な認識可能性を常に独自に検討しなければならないことに注意を要する。

同じことは期待可能性の基準についてもいえるのである。何故かという、基本犯が実現されないことを期待できるのが普通だからである。しかし、例えば、すでにこの場合に免責する緊急非難において行為がなされた場合には例外が存在する。何故かという、その場合、過失で実現された特別な結果の回避可能性もまた期待できないことになり、その結果、例えば、86条の場合に80条により処罰することもまた問題にならないからである」と。

5. 結果的加重犯は、基本構成要件が故意に遂行されたという点で、すなわち結果構成要件（Folgetatbestand）が故意に実現されたか過失で実現されたかに関係なく、故意犯として位置づけられるのである（ロイカウフ＝シュタイニンガー、同旨として西ドイツ刑法11条2項）。したがって、86条は故意犯である。これは、とりわけ23条の科刑処分（Maßnahmeverhängung）又は27条の公職の喪失（Amtsverlust）に対して重要である。何故なら、そこでは故意犯を理由とした有罪の言い渡しが考慮されているからである。

## 第9章 不作為犯

### 第1節 法律上の規定

作為（positivem Tun）と不作為（Unterlassen）との間を識別することは、人的態度は客観的な観点下ではこれを積極的な態度（Aktivität）と消極的な態度（Passivität）に分類することができるということに基づいている。これに応じて刑法典は作為犯と不作為犯を認める。

不作為犯の実際上の意味は、作為犯に比べて小さい。不作為によって実行される犯罪は、刑法典によりこれを可罰的なものとしているのは非常に少ない。ただし、特別刑法 (Nebenstrafrecht)、とりわけ財政刑法 (Finanzstrafrecht) を考慮するとき、この数は増加する。

### I. 刑法各則に規定されている態度 (Verhaltensumschreibung)

刑法各則では、刑を科すべき態度を規定しているために個々の規定においてのみ「怠る (unterlassen)」という言葉が用いられている。例えば、94条の「被害者を放置する」場合、95条の「援助を怠る」場合及び286条の「刑を科されている行為の阻止の懈怠」の場合がこれである。これと並んで、規定されている態度として、すでに一般的な用語例によりまず第一に、例えば198条の「扶養義務の違反」のような不活動の特徴を示す異なった名称が選択されている所為像が存在する\*)。

\*改訂版では、『153条 a の「義務に違反して支払わない」』が挿入されている。

すなわち、扶養義務は法律上の扶養が行われていないということによって侵害されるのが普通である。したがって、198条1項後段では、この犯罪の類型的な実行様式が次のように規定されている。曰く「この義務の履行を可能にする認められる生業にいそしむことを怠った者」と。

同じことは、92条2項と199条の規定についてもいえる。それによれば、自己の看護義務又は保護義務若しくは法規により自己の義務とされている未成年者の看護、教育又は監督をはなはだしく怠った者は、所為像に該当する行為を行ったものである。しかし、すでに一般的な用語例によれば、「はなはだしく怠る」ということは、まず第一に、命じられたことを怠ること若しくは規則通りに行わないことである。確かに、この所為像は作為によっても実現され得る。例えば、酒類を提供したりあるいは盗みを働かせたりすることによって実現され得る (ロイカウフ=シュタイニンガー)。しかし、通常、規定されている所為像に該当する態度は単なる不活動によって実現されるものである。すなわち

看護又は保護若しくは養護、教育又は監督を与えないことによって実現されるものである。

それに対して、可罰的な態様を規定するために刑法各則で用いられている大部分の名称は、まず第一に、不作為ではなくて作為を示唆する。しかし、実際に単純に文法的な解釈を行う場合、これらの所為像もまたその文言によれば不作為による実現を排除してはいないという結論に達する場合がある。とりわけ純粹惹起犯 (reinen Verursachungsdelikte) がこれである。

75条により罰され得るものは、「他人を殺した者」であり、80条により罰され得る者は、「過失で他人の死を招来した者」である。これらの所為像は、明らかに作為によっても不作為によっても実現される可能性がある。例えば、親がその子どもを虐待して殺す場合又は親がその子どもを餓死させる場合である。

ただし、惹起犯の多くは、純粹惹起犯ではなくて、例えば、「事実に関する欺罔」という要件を含んだ146条の詐欺のように、態度が限定されている犯罪 (verhaltensgebundene Delikte) である。この犯罪に対してもまたそれ相応の解釈を保護するために、2条では特定の前提条件の下で結果の回避をなさないこと (Nichtabwendung eines Erfolges) が作為によるその招来と同一視されているのである。この規定は、活動という言葉によって規定されている所為像もまた原則的には不活動によって実現される可能性があるということを一般に「承認しかつ異論はない」という立法者の適切な容認 (zutreffenden Annahme) によるのである (EBRV 1971, 59 r Sp)。

## II. 不作為の概念とその限界

### 1. 概 念

不作為とは、消極的な態度、不活動、何もしないこと (Passivität, Untätigkeit, Nichtstun) を意味する。この点にあるのは、一般的な活動しないままであること又は何か特定のものをしないことである。不作為の本質は、行為者は特定の外部に現れた身体活動を行わなかったという点にある (ゲェーセル)。

外界にいかなる作用をも生じさせないために、「心の戦い」を耐えとおす者、すなわち大いに「積極的に (aktiven)」努力して「強いて心を落ちつける (zur Ruhe zwingt)」者もまた、不作為を実行したものである (リットラー)。したがって、意思の緊張努力は、それが外部に認識され得る身体活動となっていないかぎり、作為ではない。

それに対して、(広い意味で) 外部に認識され得る特定の身体活動と結びつけられるとき、これを作為と呼んでいる。

ただし、刑法上の検討対象となる結合点は、(作為の領域におけると同じように) 不作為の領域においてもまた意思に支配された態度又は意思に支配可能な態度だけになる。この点で、不作為という刑法上の概念の下にあるのは、不活動すべてではなくて、少なくとも意思に意思は可能であった不活動だけである。したがって、外部的な作用の欠如 (Mangel an Außenwirkung) が行為者の意思に支配されていたか又は支配可能なものであったときに限って、すなわち意思の推進力 (Willensimpuls) を通じて排除される可能性のあったときに限って、不作為が存在することになる。

## 2. 不作為によって所為像を実現するための任意性 (Willkürlichkeit)

不作為が意思に支配されていたか支配可能なものであったか否かを判断するためには、以下のことを必要とする。

— 自己の態度を刑法上判断するために標準となる時期に、例えば、自分が眠っていたために又は意識不明であったために、ある何らかの作為を用いて意思に支配可能な方法で消極的な態度から現れ出る可能性が一般に行為者になかったとき、彼はこの時期にいかなる外部的な作用を「任意に行わなかった」ものとはいえない。すなわち彼には一般的な行為能力 (allgemeine Handlungsfähigkeit) が欠けていたのである (つまり作為によって所為像を実現する可能性もまた欠けていたのである)。

— しかし、不作為犯の場合、行為者は一般的に意思の推進力を通じて消極的な態度から現れ出る状態にあったかどうかだけが問題になるのではない。む

しろ、それ以外になにはさて置き、行為者は全く特定の（所為像の実現を回避するために命じられた）作為を意思の推進力に基づいて行うことが可能であったかどうかが決定的なものとなる。すなわち、行為者はたしかに一般的な行為能力を有していたが、まさしくこの作為を意思の推進力を通じて遂行する身体的な現実的可能性が彼に欠けていたために（例えば、彼が犯行現場にいなかったために又は絶対的な強制下にあつて（vis absoluta）この特別な行為を行うことを妨害されたために）、それにもかかわらず命じられた行為を設定することのできない事案が存在する。

行為者が具体的な事情のもとで法的に命じられた行為を身体的に行う状態になければ、この点で、「任意の不作为」は全く存在しない。しかし、具体的な事案においていかなる作為が命じられているのかという問題は、一般的なものではなくて、特定の構成要件に基づいてはじめて解答が与えられ得るので、この種の事案においては、すでに一般的な行為能力が排除されているのではなくて、構成要件に関連した行為能力だけが非難されるのである。

### 3. 作為と不作为の競合（Konkurrenz von positivem Tun und Unterlassen）

行為者は作為によっても作為に先行し又はこれに後続する不作为によっても所為像を実現したという事実がある。

これは、例えば、無灯火の自動車を操縦する場合に、すなわちライトを点けるのを怠ったことによって致命的な事故を招来する場合、あるいは、事前にバックミラーで確認せずに自動車を左折させる場合である。

この種の作為と不作为が競合する事案を解決するために、さまざまな学説が主張されている（詳細は、キーナップフェル、ÖJZ 1976, 285, ノヴァコフスキー、WK, § 2 Rz 40 ff, イエシェック、AT. 489, ウエッセルス、AT 200 ff）。それらの学説は、主として、処罰する可能性があるときには、処罰するためには作為を結びつけることが原則であるのに対し、不作为犯にはそれと並んで補充的な機能（Ergänzungsfunktion）だけがつけ加わるという結論になっている（「作為優位（Primat des Tun）」、キーナップフェル）。

ただし、作為を理由とした可罰性を用いて完全に覆われない無価値が不作為につけ加わる場合（例えば、過失の作為に過ぎないが、故意の不作為である場合）、不作為もまた考慮しなければならない。したがって、無制限な優位は存在せず、むしろ「可罰性をくみ尽くすべき作為の優位 (Primat des strafbarkeitsausschöpfenden Tuns)」だけが存在するのである（キーナツプフェル）。

### Ⅲ. 不作為犯の形式

不作為犯は、さまざまな方法で分類される可能性がある。通説は、実質的な基準に基づいて、完成するためには特定の結果の発生が求められているかどうかにより分類する。ただし、西ドイツやスイスでは形式的な区別が次第に支持されてきている。形式的な区別は、不作為による実行方法が刑法各則の当該規定から明らかであるかどうか（例えば、「怠る」という言葉が明白に述べられていることによって又は文言の解釈を用いて明らかであるかどうか）、あるいは、2条（西ドイツ刑法13条）というより所の確実な解釈規定を用いてはじめてこの実行方法の可罰性も演繹されるばならないのかどうかを対象とする。さらに、不作為犯の場合、不作為犯は普通犯 (Allgemeindelikte) であるか特別犯 (Sonderdelikte) であるかにより区別される。

#### 1. 真正不作為犯と不真正不作為犯

##### (1) 通説のいう識別基準

一般的な見解によれば、オーストリアでは、不作為犯は真正不作為犯と不真正不作為犯に分類されている。真正不作為犯は、命じられた行為を着手しなかっただけで実現されるものである。したがって、真正不作為犯は単純不作為犯 (schlichte Unterlassungsdelikte) とも呼ばれている。不真正不作為犯の場合、不作為と並んで所為像に該当する結果の発生（そして、この不作為と結果との結合如何）を検討しなければならない。したがって、この分類は、行為犯における実行犯（形式犯）と結果犯（実質犯）(Begehungsdelikte in Tätigkeitsd-

elikte (Formaldelikte) und Erfolgsdelikte (Materialdelikte)) の分類と一致する (キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、マイエルホーファー=リーダー、ウェークシャイダー、西ドイツについて同旨として、特に、イエシエック、ルドルフィー)。

真正不作為犯は、刑法典にはごく僅かしか存在しない。例えば、95条の「援助を怠ること」及び286条の「刑を科されている行為の阻止の懈怠」がこれである。それらは、類型的には各人に向けられた行動化への命令を内容としている。真正不作為犯は、193条3項にいう婚姻の欺罔又は婚姻の強要の場合のように、不作為の可罰性が客観的な条件の発生に依存する場合にも存在する。さらに、単なる不活動は、95条1項後段のように、それが結果的加重犯の意味での特別な結果を導いたとき、まだ結合構成要件 (Anknüpfungstatbestand) として中心になる (キーナップフェル、ウェークシャイダー)。真正不作為犯の場合もまた、行為者の範囲は法秩序によって特別な義務を負うものに限定されている場合がある。例えば、94条の「被害者の放置」の場合である (この傷害を引き起こした者だけである)。さらに、刑法各則には、結果の招来を目的としていないが、作為によっても不作為によっても実現される可能性のある所為像が存在する。これらの犯罪は、288条1項にいう裁判所での偽りの証言のように、同じように行為犯と真正不作為犯である。決定的な事実を黙秘する者は、事実の経過を偽って供述する者と同じようにこの所為像を充足するものである。

それに対して、不真正不作為犯は、多数存在する。原則的には刑法各則の結果犯すべては不作為によっても実行される可能性がある。これは2条によりはっきりと説明されている。しかし、この犯罪グループの行為者として問題になるのは、各人ではなくて、「法秩序によって特に自己に課されている義務に従い所為像に該当する結果を回避すべき事情にあるにもかかわらず、所為像に該当する結果を回避する」のを怠った者だけである (2条)\*)。

\*改訂版では、『作為により幼児に睡眠又は食餌を取り上げた者だけでなく、不真正



不作為犯の形式で、栄養供給不足により幼児を「飢えに」苦しめたり、あるいはそれによって幼児の健康又は発育が侵害されるほどはなはだしく粗末にした者もまた92条を実現したものである』という文が挿入されている。

## (2) 通説以外の識別基準

とりわけ西ドイツやスイスでは、真正不作為犯と不真正不作為犯の識別を行なうと結果犯の識別に符号させていることは用語上も内容的にも納得させることはできない、という見解が次第に主張されてきている。

すでにウエークシャイダーは伝統的な分類に対する異議を唱えた。しかし、彼が反論を加えたのは、自分が「単純不作為犯」と取り替えた「真正不作為犯」という名称だけである。さらに、彼はそれ以外の諸外国の識別基準の傾向を取り上げ、刑法典に「直接類型化されている不作為犯」と「2条によって間接的に類型化されている不作為犯」を区別する。

オーストリアの通説から偏向するこのさまざまな見解に対しては、真正不作為犯と不真正不作為犯に分類することは用語上満足させることができない、との適切な反論がある。何故かという、所為像に該当する態度としての不作為の観点下では、真正不作為犯と不真正不作為犯の間にいかなる相違も存在しないからである。

刑法は禁止と命令の間を区別し、不真正不作為犯は、「実際には」特別な法律上の又は慣習法上の規定に基づいてはじめて不作為によっても侵害される可能性のある禁止（結果の招来禁止）に対する違反だけであるという初期の見解は、今日、もはや維持されてはいないのである\*1)。今日の見解によれば、結果の招来をすべて禁止することは、原則的には結果を回避すべきことを命じることでもある\*2)。ただし、それは保証人的地位に結びつけている（マルラッハ＝ゲューセル＝ツイツプ、ゲューセル）。確かに法規は2条の表題においてまだ「不作為による遂行」を前提としている。しかし、通説によれば、不真正不作為犯もまた作為犯（Begehungsdelikte）に該当する事案であるだけでなく、真正不作為犯と一緒に作爲犯と並んで独立したカテゴリーを構成する（例えば、キーナップフェル）。

- \* 1 改訂版では、「初期の見解」という部分で「初期の」という言葉が削除されている。
- \* 2 改訂版では、「今日の見解」という部分が「有力な見解」に改訂されている。

真正不作為犯と不真正不作為犯の間を伝統的に識別する不十分性は、時にはこれまでの名称を維持しながら、形式的な基準によって分類していたことにある。これによれば、真正不作為犯は、刑法各則においてその定義をすでに「怠ること (Unterlassen)」という言葉を通じて又はそれと類似の名称を通じてそれらは作為によってはじめて実現されるようなものではないということを示唆する犯罪である。その場合、真正不作為犯のこの概念は、単純な不活動性にかかわる問題なのか結果を回避しないことにかかわる問題なのかに関係なく、当てはまるのである。このように概念を構成する場合、不真正不作為犯は、法規においてまず第一に作為犯として構想され、解釈の方途ではじめて、特に2条というより所の確実な解釈規定を用いて不作為によるその実現が確保される犯罪である (例えば、マルラッハ＝ゲューセル＝ツイツプ、アルミン・カウフマン、若干偏向してシュエネマン、スイスの通説について、特にノル、シュトラーターンヴェルト、シュルツ及びハウザー＝レーベルク)。この分類は、国際刑法学会第13回国際刑法会議 (X III. Internationalen Strafrechtskongreß der Association Internationale de Droit P'enal (1984, Kairo)) でも主張された。この国際的な趨勢にもかかわらず、ここでは、オーストリア刑法解釈論がばらばらの用語によって悩まされないために、オーストリアでさながら有力に主張されている概念構成を捨てないのがよい\*)。

\*改訂版では、「オーストリア刑法解釈論がばらばらの用語によって余計に悩まされないために」というように、「余計に」という言葉が挿入されている。

## 2. 普通犯としての不作為犯と特別犯としての不作為犯

普通犯と特別犯とを識別することは、不作為犯の分野では、特に重要である。すなわち、立法者は若干の例外的な事案においてのみ各人に対し行動化への義

務を定めた。普通の不作為犯は、刑法典では、95条の「援助を怠ること」及び286条の「刑を科されている行為の阻止の懈怠」だけである。それ以外のすべての不作為犯は、特別な不作為犯 (Sonder-Unterlassungsdelikte) (保証人による不作為犯 (Garanten-Unterlassungsdelikte)) である。何故なら、この不作為犯の場合、行為者の範囲は特別な事情により行動すべく義務を負わされている者だけに限定されるからである。不真正不作為犯はすべて、この犯罪に必要な特別な結果を回避すべき義務があるが故に、特別犯である。それに対して、真正不作為犯の場合、普通犯も特別犯も存在する\*)。

\*改訂版では、「不真正不作為犯はすべて」とあるのが「刑法典における不真正不作為犯はすべて」というように、「刑法典における」という言葉が挿入されている。

すでにキーナップフェルが指摘していたことは、「作為犯との関係は不作為犯を支える力のある体系化のための有力な結合点 (として認めること) ではなくて、「各人の行う不作為 (Jedermannunterlassen)」と「保証人が行う不作為 (Garantenunterlassen)」を対置することが合目的であるということである。キーナップフェルによれば、シュミットホイザーを手本にして、第一次的には「普通の不作為犯 (allgemeinen Unterlassungsdelikten)」(95条と286条)と「保証人による不作為犯 (Garantenunterlassungsdelikten)」(例えば、2条と関連した75条)を区別することになる。

行動すべき義務を負う特別な事情の範囲は、大部分の不真正不作為犯では、2条によってその輪郭が定められている。ただし、刑法各則には部分的にはあるがこの範囲から行為者たる適格性として満たされる規定が存在する。例えば、92条2項、94条、193条1項、198条、199条がこれである。それ以外の規定、例えば、82条のような規定ははっきりと2条を参照するよう指示している\*)。

\*改訂版では、「ただし、刑法各則には、行為者たる適格性が2条と関係なく、例えば、92条2項、94条、193条1項、198条、199条のように、その時その時の規定のなかで述べられている規定が存在する。これに対して、例えば82条ははっきりと2

条を参照するよう指示している」と改訂されている。

すべての不作為及び真正不作為犯の大部分は特定された範囲の行為者によって遂行される可能性があるという規定は、作為と不作為は個々人に対して異なった要請を行うという立法者の同意に基づいている。純粹な不活動としての単なる不作為は、一般に積極的な態度を遂行するものとして人間には苦にならない。したがって、一般的には、先行した作為と関連してはじめて不作為を理由に処罰されることになった。すなわち、専ら行為者が — 可罰的な方法でないにせよ — 因果経過を突き動かしたとき、この因果経過の中断が失敗に終わったために彼を処罰することは許されるものと見なされることになった。このような考え方を継承して、今日、法構成員全員を消極的な態度から積極的な態度化すること (ein Heraustreten aus der Passivität) を義務化することは若干の例外的な事案についてのみ有用であるという見解が支配している\*)。したがって、刑法が前提とするのは、各人には法益を侵害してはならないということに自己の積極的な行動を適合させることが期待されているということである。それに対して、不活動から活動化 (ein Heraustreten aus Untätigkeit) することはあらゆる状況のなかで各人に期待されていないのである。

\*改訂版では、「今日、法構成員全員を消極的な態度から積極的な態度を現すよう義務化することは若干の例外的な事案についてのみ有用である、という見解が支配している」と改訂されている。

次に、行動化すべき一般的な義務を通じて、個々人が保護すべき私的な領域は、これが全員の利益において望ましくないという程度に他人の影響力の行使にさらされているはずである。すなわち、このような命令が存在するならば、差し迫った侵害が現時的なものである場合や推定的なものである場合、干渉することはいずれの場合にも同じように正当なものとなる。このことがいえるのは、単に危険が推定されるときに故意をもって活動しない場合に、常に未遂犯を理由として処罰される危険性がある (sich einer Strafbarkeit wegen Versuch aussetzt) ためにである。このような衡量及び法構成員に過大な要求を

しないという考え方は、立法者をして保護されている法益の大部分に関してすでに行動化すべきこの義務を「法秩序によって特に自己に課されている義務に従いそうすべき事情にある」者だけに限定させたのである。

## VI. 2条 — 「不作為による遂行 (Begehung durch Unterlassung)」

不真正不作為犯の大部分については、2条が決定的な意味をもつ。すなわち、この規定で明らかになっていることは、刑法各則の結果犯のすべては原則的に不作為によっても遂行される可能性があるということである（例外は、例えば、192条の重婚である）。

ただし、結果を回避すべきこのような不作為が処罰されるのは、次の場合だけである。

- 行為者が、「法秩序によって特に自己に課されている義務に従い結果を回避すべき事情にある」場合（保証人的地位 (Garantenstellung)）及び
- 「結果の回避をなさないことが作為によって法定の所為像を実現したものと同視すべきである」場合（同価値性の調整 (Gleichwertigkeitskorrektiv)）である。

2条は刑法典についてのみ妥当するのか特別刑法の分野から生ずる結果犯についても妥当するのかという問題に関しては、ハルトヴィヒの寄稿論文 (RZ 1979, 1 f) を参照されたい。

### 1. 保証人的地位

#### (1) 概念と基礎

不作為を理由に処罰することを導入した以降もまた、法構成員全員を刑法によって拘留してはならないし、また、刑法上の結果を回避するために消極的な態度から積極的な態度を現さなくてもよいということについては合意していた。むしろ、例えば、法益との特別な関係に位置する者だけに、この法益と全く特別な関係のない者よりも高度の要請が用意されなければならない。したがって、例えば、94条が（真正不作為犯としての）不作為犯になっただけでなく、

不真正不作為犯すべて（2条及び特に82条2項、92条2項、198条と199条）もまた保証人による不作為犯（Garanten-Unterlassungsdelikte）として構成されたのである（不作為犯の歴史的な展開については、シューネマン、ZStW, Bd 96, 1984, 287 ff）。

不作為犯の場合に保証人的地位について決定的なことは、行為者はまさしくこの特別な構成要件の実現を回避するためにこのような地位を持っているということである。山案内人は、例えば、連峰から差し迫った危険を回避するための保証人である。しかし、彼のグループのなかに二人の敵対者が現れる場合、彼は、自己の保証人的地位の観点下で敵対者が故意に威嚇し合うか侵害し合うとき、これに介入すべき義務はないのである。

人の保証人たる資格（Garanteneigenschaft）に関して、保証人たる地位と保証人たる義務を区別しなければならない。保証人たる地位は、不作為者に行動化へ義務づけている（外部的な）事情から生ずる。保証人たる義務は、これらの諸事情から行動すべき法的義務として生ずる。この分類は、保証人による不作為犯の場合に故意の関連対象に対して決定的なものである。

今日に至るまで、いかなる事情が2条の意味での保証人的地位を生ぜしめるのか、また、いかなる範囲においてこのような所与性が各人に、所為像の実現を回避するために行動的になるべき義務を負わせるのか、まだ最終的に解明されていないのである。これに関して、（連邦通常裁判所や西ドイツの文献とは反対に）最高裁判所は限縮的な見解を主張する。

立法者は、「法秩序によって特に自己の課されている義務に従い結果を回避すべき事情にある」者は消極的な態度から積極的な態度を現すべきであるという保証人的地位に関して、意識的に未決定のままにした。立法者は判例や文献の識別やその将来の展開に委ねようとしたのである。

いずれにしても、保証人的地位から生ずる行動化への義務は、2条により次の二つの要請を満たす必要がある。

一 法的義務にかかわる問題でなければならない。

その場合、立法者が意識的に目標とするのは、「法律上の義務」ではなくて、

「法秩序による」義務である。何故かという、法規にはっきりと規範化されているのではなく、法律学上推論する（例えば、類推解釈による）方途においてはじめて演繹される義務もまた考慮に値するからである。いずれにせよ、道徳上の義務あるいは倫理的な義務では不十分である（キーナップフェル、ノヴァコフスキー）。

— 義務は行為者に「特に」課されているものでなければならない。

普通の不作為犯（95条、286条）において規範化されている行動化への義務は、たしかに法的な義務でもある。しかし、そのような義務は2条にいう保証人的地位を何ら基礎づけるものではない。何故なら、そのような義務はまったく一般的に法構成員全員にいえることであり、その限りにおいてこの規定のいう「特に」ではないからである。警察官や医師のように、法益の侵害を防禦するために一般の人たち（andere）以上に取りざたされる人物のグループの場合もまた、一般にもこのような特別の義務があるわけではない。むしろ、ここでもまた、具体的な状況のなかでまさしく当該人物が特別に義務を負わされていたかどうかが決定的なものである。

## （2）解釈論的な位置づけ（Dogmatische Einordnung）

1. 一般に認められた見解によれば、保証人的地位は客観的構成要件のメルクマールである（ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、ノヴァコフスキー、シュタイニンガー、プロスケ）。モースは、「保証人的義務」を客観的帰属性の基準として整序すべしと提案する。けれども、このように整序することは、奨めるに値しない。すなわち、このように整序することは、例えば、職務上の犯罪における公務員たる地位又は違法破産における債務者たる地位のように、保証人的地位は所為主体を規定するための客観的なメルクマールを現すが故に、その時その時の不作為犯は特別犯であるということを十分にはっきりと認めることができないのである\*）。この点で、それ以外の特別犯における主体たる資格のような保証人的地位は、所為像に該当する事情又は不作為の所為像該当性になる。したがって、保証人的地位は結果を検討する前に検討しなければならない。

\*改訂版では、「保証人的地位は所為主体を規定するための客観的なメルクマールを現すが故に」という文章において、「保証人的地位は故意が及ばなければならない所為主体を規定するための客観的なメルクマールを現すが故に」というように改訂されている。

ただし、当初、このメルクマールは違法性に位置づけられていた。これを理由づけるために、作為による遂行の場合にかぎって構成要件該当性は違法性を徴表するということがあげられていた。それに対して、法律上の禁止が（単なる）不活動によって侵害されるならば、「所為像該当性は、まだ違法性を推論させるところか、一時的でも違法性を推論させることはできない」のである。

2. 保証人的地位を客観的構成要件のメルクマールとして位置づけることは、結果的には、故意はそれに及ばなければならないということになる。

その場合、このメルクマールはその構造によれば規範的な構成要件のメルクマールである、ということ的前提とする。したがって、行為者は自己の保証人的地位が生ずる諸事情を正しく認識しその社会的な意味において特別な答責性を基礎づけるものと認識していたということだけで足りる（素人間のパラレルな評価（Parallelwertung in der Laiensphäre）、同旨としてノヴァコフスキー、シュトラテンヴェルト）。それに対して、行為者は、現存する諸事情は行動化への法的な義務を引き起こすかどうかの法律的な考慮を具体的に実感として理解する必要はない。すなわち保証人的義務は故意の関連対象である（ロイカウフ＝シュタイニンガー、シュタイニンガー、イエシエック）。

例えば、夫には溺死する前にそれぞれ救助すべき法的な義務はないと信じているために、意識的に活動しなかった者は、それでもなお2条と関連して75条にいう不作為による謀殺を遂行するものである。彼は所為像の錯誤にあったのではなく、（基本的に非難可能な）9条のいう法律の錯誤にあったのである。

3. 客観的構成要件のメルクマールとしての保証人的地位は、当該不作為犯を特別犯にする（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。その場合、主体たる資格は不法に係する。

それにもかかわらず、12条の意味で数人が共働し、保証人的地位が行為者の



一人だけに存在したとき、14条1項はまったく適用されない。むしろ、「不作為による遂行」を理由として、自ら保証人的地位を占めた関与者だけが処罰されることになる（ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、トゥリフテラー）。

保証人が作為により不作為に関与することは、あらゆる正犯形式において考えることができる。

### (3) 発生の可能性 (Entstehungsmöglichkeiten)

1. 伝統的なオーストリアの見解によれば、保証人的地位及びこれから結果としてでてくる行動化への義務は法規、契約を通じて発生し、また、先行した作為（先行行為 (Ingerenz)）からも発生する可能性がある（ノヴァコフスキー、リットラー、キーナップフェル）。最近、学説の一部は、「契約に」由来する発生の可能性を「自由意志による義務の引き受け (Freiwilligen Pflichtenübernahme)」という発生の可能性に代えている。これによれば、民法に基づいて妥当する契約は問題ではないということをはっきりと示さなければならない（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、シュタイニンガー、ライスイヒ＝クンスト）。

時折、伝統的な三分類は、「密接な自然的連帯 (enger natürlicher Verbundenheit)」や「危険共同体 (Gefahrgemeinschaft)」からなる発生の可能性を拡大することになる。けれども有力説によれば、この種の拡大は、この概念のもとに組み込まれた若干の保証人的地位が伝統的な三分類によってもまた捉えられるだけに、なおさら拒否しなければならない。

以前の形式的基準に基づいた以上のような分類と並んで、実質的な基準に基づいた分類が次第に主張されてきている。実質的な基準に基づいて分類する場合、当事者 (der Betroffene) はいかなる機能に基づいて保証人的地位を占めるのかにより区別されるのである。したがって、一方ではある任意の具体的な法益を保護するための答責性から発生する可能性のある監督義務 (Obhutspflichten) が存在し、他方では危険の発生源に対する答責性によって基礎づけられる安全義務 (Sicherungspflichten) が存在する（キーナップフェル、フォレッツ

ガー＝セリーニ、ロイカウフ＝シュタイニンガー、プロスケ、同種のものとしてマイエルホーファー＝リーダー、「保証人たる保護者 (Beschützergarant)」と「保証人たる監督 (Überwachungsgarant)」。これら二つのグループを区別することは、特に、監督義務が存在する場合に特定の法益は「危険に対して四方八方から保護すべきである」という点にある。それに対して、安全義務が存在する場合、確かに法益はすべて保護すべきであるが、基本的には「彼 (保証人) が責任を負うべき危険の発生源から生じている」危殆化 (Gefährdungen) に対してのみ保護すべきことになる (ストリー)。この実質的な区別は、特に、西ドイツで支持されている (アルミン・カウフマン、イエシェック、ルドルフィー、シューネマン、ストリー、ウェッセルズ、同旨としてヤコブス)。西ドイツでは、実質的な区別は、まず第一に伝統的な三分類に対してこれを限定するための事物的な基準を自由に使用するのに役立つのである。しかし、この観点は、オーストリアでは第二次的な意味をもつに過ぎない。何故なら判例は伝統的な三分類の範囲内においてもまた非常に限られた範囲内においてのみ保証人的地位を肯定しているからである (キーナップフェル、フォレッガー＝セリーニ)。ただし、オーストリアでもまた、この実質的な識別基準は、保証人的地位が発生するための前提条件を法規、契約又は先行行為からできる限り正確に確認しかつ限定するのに適合するのである。この点で、二つのグループに由来する基準の組み合わせが法的安定性 (Rechtssicherheit) を高めることになる (詳細はキーナップフェル、JBI 1975, 17 ff, ノヴァコフスキーもまた擁護している)。

2. 個々の発生の可能性に関する次の抽出は通説のいう伝統的な三分類に対応するが、特に解明したり識別するために監督義務又は安全義務の実体法的な基準にも踏み込むことにする。

(1) 法律による保証人的地位は、行為者が、法構成員全員にではなくて、特別な範囲の法構成員にのみ言及されている法規定に基づいて特別に行動すべき義務づけられている場合に存在する。ここで、命令 (Verordnungen) と官庁の指図 (behördliche Anordnungen) もまた法規の概念に当てはまる (キーナッ

プフェル)。したがって、公職にある者、とりわけ警察官もまた法規により危険を防止する義務を負っている。待機業務中又は当直勤務中の者に対する保証人的地位は、例えば、公務員の職務に関する規定50条 (§ 50 Beamtendienstrechts G) から生ずる。

民法137条、144条、146条の家族法の規定によれば、例えば、両親は自分の子どもの教育や幸福について配慮し、彼らの財産を管理しなければならないのである。両親は人的配慮義務 (Pflicht zur Personenfürsorge) と並んで人的監督義務 (Pflicht zur Personenaufsicht) をも持っている。したがって、両親は自分の子どもの可罰的な行為についてもまた保証人として責任を負わされる場合がある (キーナップフェル、ノヴァコフスキー)。民法137条により両親と子どもはお互いに助け合う必要があるので、子どももまた自分の両親の法益に関して保証人的地位を有する。夫については、民法90条から相互保証人的地位 (gegenseitige Garantenstellung) が生ずる。ここでもまた、この義務は法益すべてに当てはまるのである\*)。

\*改訂版では、「夫については、民法90条から保証人的地位が生ずる。保証人的地位もまた法益すべてに当てはまるが、しかし、例えば、犯罪行為の妨げをするものには当てはまらない (ノヴァコフスキー)」と改訂されている。

婚約者、人生の伴侶、姻戚及びそれ以外の兄弟姉妹を含めた親族について、後見人としての義務 (Beistandspflicht) は法規から全く生じない。後見人としての義務の場合、「密接な自然の連帯」という発生の可能性が認められるときにはじめて、保証人的地位はこれを肯定することができるのである。

家族法と並んで、とりわけ道路交通に対する法律上の規定や職場の保護に関する規定もまた言及している。例えば、自動車に関する法律102条 (§ 102 KFG) によれば、自動車の運転手は音響式警報機の伝達装置が作動しているかどうか、あるいは、許された積載重量を超えていなかったかどうかを確かめなければならないのである。

(2) 保証人的地位は契約から生じる場合もある。

① ただし、「法規」から発生する事由との境界ははっきりしない。すでに契約は守らなければならないという事実は、実定法上関連している法律上の規定から、場合によっては民法7条からも導くことができる。次に、契約からいかなる義務（主たる義務及び従たる義務）が発生するか、ということは特別な規定からはじめて生ずるのが普通である。「保証人的義務を押し通したりあるいはその限界部分を押し通したりするために、契約は法規の規定から補充されたり解釈されたりしなければならないことがしばしばある」（ノヴァコフスキー）。

法律による保証人的地位と契約による保証人的地位の違いについては、法規により詳細に述べられている義務を解明するために、保証人の明白な意思表示を必要とするのか又は黙示的な意思表示を必要とするのかだけに焦点を合わせればよいというものではない。何故かというと、そうでなければ、例えば、配偶者の保証人的地位もまた、夫婦の後見人たる義務は究極的には婚姻における保証人の意思表示を通じてはじめて発生するために、（通説がいうように法規から生ずるのではなく）契約から生ずる保証人的地位といえるからである（ノヴァコフスキー）。したがって、二つの発生の可能性の間の違いは、質的にではなくて、量的にのみ生ずることになる。それに対応して、その時その時の義務の内容と範囲は本質的には直接意思表示自体から生ずるとき、すなわち契約の相手方を通じて自ら形成していこうとするとき、保証人的地位を契約から仮定することができるようになる。これに対して、法律による保証人的地位が存在するのは、義務の射程範囲が本質的には直接的に法律上の規定に記述されている場合である、すなわちこの規定の適用可能性が一致した意思表示に基づいてはじめて考えられる場合でもある。

② 「契約から」生ずる保証人的地位の発生に対して決定的なことは、意思表示から生ずる民法上の義務である。その場合、この義務は有効な契約に基づいているのか取り消しうる契約に基づいているのかは重要でない。いずれにせよ、契約の相手方は、契約が取り消された結果無効になるまでずっと義務を追い続けるのである（ノヴァコフスキー）。同じようなことがいえるのは、例え

ば、契約の解除 (Rücktritt vom Vertrag) の場合である。

法的な諸事由により最初から契約が一般的に成立していない事案においてもまた、契約に類似した民法上の義務が保証人的地位を理由づける場合がある。これは、特に、今日一般に認められている「仮契約上の責任関係 (vorvertraglichen Schuldverhältnisse)」に依る。この種の事案においては、交渉の後半の過程で事実上契約を締結するかどうかに関係なく、すでに新たに契約を開始する場合には、例えば、法律行為を処理する場合に契約の相手方の刑罰法規違反の損害を回避すべき義務又は法律行為を処理する場合に契約の相手方に「刑罰法規に違反する方法で損害を与えない」ようにすべき義務のような、一定の注意義務や釈明義務が存在する。それ以外に、とりわけ西ドイツでは、一定の事案に対していわゆる「現実的な契約関係 (faktische Vertragsverhältnisse)」が認められている。現実的な契約関係は、意思表示を通じてではなく、「社会類型的な態度 (sozialtypisches Verhalten)」を通じてのみ基礎づけられるものである。現実的な契約関係は、オーストリアでは、それ自体としては認められていない (コーチオル＝ウェルター、フローレッタ＝スピールビューラー＝ストラッサー)。けれどもオーストリアの学説は、この点で西ドイツと異なった構成をして労働契約というもっとも重要な領域に対して類似の結論に達しているのである (フローレッタ＝スピールビューラー＝ストラッサー)。

ノヴァコフスキーによれば、「保証人たる関係 (Garantenverhältnis) が、市民法的又は商法的契約によってではなく、例えば、公務員たる関係を通じて基礎づけられている」事案についてもまた、「完全なる類推解釈による」ことになる。この命題は、全体的に、例えば、公務員としての任命を欠いている場合もまたある種の「現実的な公務員たる関係 (faktischem Beamtenverhältnis)」を前提としていなければならぬというように理解されているに過ぎない。ただし、任命の決定が有効であれば、例えば、公務員たる関係は法律による保証人的地位を基礎づけるものであって、契約から生ずる保証人的地位を基礎づけるものではない。

③ 「契約から生ずる保証人的地位」については民法上の義務の存在を考慮に入れるべきということは、あまりにも狭すぎると時折考えられている。オーストリアでは、とりわけキーナップフェルが、保証人的地位に対する発生の可能性を民法上のカテゴリーから解決すべきであるという見解を主張している。保証人的地位については、契約又は民法上の義務の成立だけではなくて、「現実的な義務の引き受け」だけを考慮に入れるべきだという。こうしてはじめて、「この保証人的義務に対してそのような特徴を示す法的な親密な関係又はよりよき信頼関係 (rechtliche Nahe- oder besser Vertrauensverhältnis)」を基礎づけることになると (同旨としてロイカウフ=シュタイニンガー)。

けれどもこの見解は、オーストリアでは採用されるに至らなかった。何故かという、ドイツ刑法13条によれば、保証人的地位が前提とするのは行為者は「結果が発生しないことを法的に保証すべきである」ということであるのに対し、2条では自己に特別な「法秩序を通じた」義務が明白に考慮されているからである。このような特別な義務は、「2条から直接に導かれるのではなくて、2条を前提としていることになる」(ノヴァコフスキー)。しかし、それによって、2条は特別な法的(刑法的又は刑法以外の)義務がすでに存在する事案においてはじめて適用されることになる。すでに信頼関係の単なる現実的な引受けが法的な保護義務を基礎づける規定は、これとってはつきりしない。

これに対して、自分の見解を基礎づけるためにキーナップフェルが説明している論拠には納得できない。

— 「他の法領域とは反対に、刑法はある意味では完全に従属するものではない」という彼の出発点は、条件を付してはじめて賛成することができる。確かに刑法は独立した概念を構成するのが普通であるということは正しい。例えば、通説のいう正当化事由の範囲内での被害者の同意能力 (Einwilligungsfähigkeit) は民法上の行為能力とは結びつかない。しかし、例えば、窃盗における物の他人性に関するように、刑法が明白に民法上の概念を採用する事案においては、民法上の基準を「希釈し (verwässert)」てはならないのである。刑法学者は、具体的にはもしかすると複雑化している民法上表明されている見解を

避けてはならないのであって、それを避けるために固有のカテゴリーを展開してはならなかったのである。このような無制限な独自性は、法的安定性を強化するというよりもどちらかといえば危うくすることになろう。

— キーナップフェルの第二の論拠、すなわち自己の契約を実現するために現時的には一度もそのような状態に入っていない者は保証人的地位を有しないという論拠は、一少なくともこれを一括して一、結論からして納得させることはできない。社主の了解なしには自己の職に就くことのできないガードマンは、それでもなお保証人としての責任を負う。次に、自己の契約上の義務を最初から果たさない者は、あらゆる場合に、自己の職務をぞんざいに果たす者よりも優遇されねばならないのは何故なのか、よく分からない。それに対して、「観光客が山案内人なしに登山し滑落したとき」、案内を躊躇った山案内人は保証人とはいえない、というキーナップフェルの事例は別である。何故かというところ、ここでは観光客自身が自由意思による自ら招いた危険 (eine freiwillige Selbstgefährdung) が問題だからである。山案内人はたしかに保証人である。何故なら彼らはまさしく侵害されている法益を保護する責任を持っていたからである。しかし、後になって発生した結果は危険連関を欠いているために、彼に客観的に帰属されるものではない。これに対して、例えば、保証人的義務は、「案内を躊躇っていた山案内人」がグループと山で最初に落ち合おうとし、その場合に天候の急変により赴かなかった場合にも存在する。実際に義務の領域に踏み込んだときに初めて保証人的地位を基礎づけるのではないということは、この領域を実際に放棄することが保証人的地位を終結させるものではないということからも出てくる (ノヴァコフスキー)。

— キーナップフェルの次の事案、すなわち「自己の雇用契約が無効である場合、又は、例えば、溺死者が有効な入場券を買っていなかった場合」、プールの監視人自身が保証人になるという事案もまた、「現実的な義務の引き受け」を用いるだけでなく、すでに伝統的な見解によれば刑事政策的・解釈論的にも満足のいくように解決される可能性があるのである。有効な雇用契約の瑕疵は、「現実的な労働関係」を承認することによって又は類似の構成を用いて切り抜

けることになる。したがって、有効な入場券を欠いていることは、どうでもよいことである。何故なら雇用契約から生ずるプールの監視人の義務は、水浴者は全員監視の範囲内で保護されるという点にあるからである。

ただし、キーナップフェルは、「契約から生ずる」という概念を「現実的な義務の引き受け」という概念に取り替えたことについて、西ドイツの有力説を根拠にしている（例えば、マウラッハ＝ゲューセル＝ツイツプ、ルドルフィー、シュミットホイザー、ストレー、シュトラテンヴェルト）。西ドイツでは限られた範囲で、「現実的な義務の引き受け」から生ずる保証人的地位は「他人が保証人がいやな顔を見せないことを信じて、そうでなければ他人が被ったであろう危険より以上の重大な危険にさらされた場合、又は別の保護を放棄する」場合に限り存在するという見解が頻繁に主張されている（イエシェック、ルドルフィー、シュミットホイザー、シューネマン、ストリー）。

相手方が保証人を信頼するかどうかにより増加する危険というこの補充的な要件は、契約から生ずる保証人的地位又は現実の義務の引き受けから生ずる保証人的地位と関連させるべきではなかったのである。すなわち全く知らなかった第三者のための契約もまた保証人的地位を基礎づけるべきではないのは何故か、よく分からない。「溺れかけている者を救助しない海岸警備人の可罰性については、被害者は監視があることを知っていたか又は監視を信頼していたのかは問題ではない」（シュトラテンヴェルト）。ただし、具体的な事案で自由意思に基づき義務の引き受けが現実的に危険を増加させたという点で、契約による保証人的地位と先行行為（先行して危険を増加させる作為）による保証人的地位は重畳することになる（ストレー、シュトラテンヴェルト）。

従来の「契約から生ずる」発生事由を維持することが刑事政策的にも満足すべきものである。多くの事案において、現実的な義務の引き受けにはすでに結論の定まった意思表示が存在することになる。それ以外に、瑕疵のない契約（mangelfreien Verträge）が存在するかどうか直ちに問題となるものでもない。したがって、「仮契約上の責任関係」や「現実的な未契約関係」若しくは類似の構成を行う理論で間に合わせるのが普通である。それにもかかわらず、



まだ刑事政策的に好ましくない可罰性の間隙が存在する限り、「刑法以外の法領域で展開するよう努力すべきである」(ノヴァコフスキー)。

(3) さらに、結果を回避すべき義務を伴う保証人的地位は、先行した作為によってまさしくこの結果の発生に対する危険を創出したことにより発生する場合がある。「先行行為主義 (Ingerenzprinzip)」

① 先行行為主義に基づく義務もまた、直接 2 条から演繹することができるのではなくて、2 条を前提とすることになる。ただし、普遍妥当な規制としての先行行為主義は、オーストリア法ではどこにもはっきりと定められていないのである。しかし、法的類推解釈によりさまざまな個別的規定から演繹することができる(ノヴァコフスキーが詳論している)。このように演繹することは、民法上少なくとも損害賠償の問題に対して先行行為主義を一般に認めることになるということによって、支持されている(例えば、コーチオール)。

先行行為から生ずる保証人的地位は、(契約から生ずる保証人的地位も同じであるが)それが法的類推解釈により演繹されるために、最終的には法規に基づくのである。この類推解釈の許容性は、2 条の規定から明らかになる。その 2 条によれば「法秩序による義務」が問題であって、法規による義務は問題ではない。

先行行為主義はごく希な規定から生ずる法的類推解釈に基づくので、その限界はこれを詳細に法律上定めることはできない。したがって、これに関してさまざまな見解が主張されている(それに関してはノヴァコフスキー)。まさしくこの不明確性は、内容的に正確に識別するために実質的な基準を考慮させるのである。

立法者は、先行行為から生ずる保証人的地位の特別な事案を 94 条の「被害者の放置」に関してはっきりと規定している (EBRV 1971, 225; フォレグガー=セリーニ、ロイカウフ=シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、キーナップフェル)。しかし、94 条では、すでに危険の招来によってではなくて、この危険がすでに被害者の傷害に至ったことによってはじめて保証人的義務が基礎づけられるのである。次に、94 条 1 項では、それ以降の結果の発生は前提とされてい

ない。むしろ、この真正な不作為犯は、すでに「必要な救助 (erforderliche Hilfe)」が侵害者に拒否されているとき、既遂になる。

② 先行行為から生ずる保証人的地位が発生し得る範囲を決定するためには、3つの観点が決定的なものとなる。

(i) 通説によれば、正当化事由により許されるものではない少なくとも客観的な注意に違反した態様は招來した危険を避けるための義務を引き起こす。

例えば、優先通行権を侵害することによって他の交通関与者に致命的な傷害を与え、その際にひき逃げをして、被害者は自己の侵害で死んでもよいということに満足した者は、この結果が発生したとき、2条と関連した75条の不作為による謀殺を実現したものであって、94条2項後段だけを実現したものではないのである。

最高裁判所や若干の論者は、さらに、客観的な注意に違反した先行行為 (Vorhandlung) が「量刑加重されている保護の必要性 (qualifizierten Schutzbedürftigkeit)」を導いているかを要求する。

この前提条件は、「被脅迫者は他人の救助 (危険) なしには身を守ることができない」とときには必ず認められることになる (キーナップフェル、同旨としてシュタイニンガー、ロイカウフ=シュタイニンガー、フォレッガー=セリーニ)。このような「量刑加重されている保護の必要性」は、例えば、上で述べたひき逃げの事案で事故が非常に賑やかな往来で生じたために、自分の支援がなくても被害者は病院に運び込まれることを計算に入れていたとき、否認されることになろう。

ただし、先行行為主義をこのように制限することは、あまりにも広すぎるとして拒否されている。「個人は、今日、すでに他人が許された危険の範囲内で行う行為に先だって、自衛することによって補充的に重い責任を負わされている。(したがって) 許されざる行為から生ずる損害が発生する前にも第三者自身が防衛できるかぎり、それを自己になすりつけてはならない」(ノヴァコフスキー)。

イエシエックの見解、すなわち些細な客観的な注意侵害が「先行行為に含ま

れる、危険の重大性、接近性及び意味に関する義務違反の程度と軽重は相当な関係にある」はずだということによって先行行為主義の領域から切り離そうとする見解もまた、オーストリアでは賛成されていない（ノヴァコフスキー）。

(ii) さらに、客観的な注意に適った（社会的相当な）先行行為もまた先行行為から生ずる結果回避義務を発生させるかどうか、争いがある。

最高裁判所や若干の論者達はこの可能性を肯定する。ただし、（注意に適った行為によって）少なくとも近接する危険若しくは行為と典型的に結びつく危険が創出されている事案に限定している（ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ、最後に最高裁判所判例については、JBI 1983, 494）。

オーストリアでは、特に、キーナップフェルやノヴァコフスキーが徴表主義をこのように拡大することに反対している。西ドイツでも、このような拡大化を拒否しているのが主流である（イエシュック、ルドルフィー、シューネマン、ストレー、基本的にはウエッセルスも同じである。ただし、これに反対するのは、ヤコプス、マイワルト、マウラッハ＝ゲューセル＝ツイツプ、シュトラーター＝ヴェルト）。

この種の事案を解決するために、最初から所為像を実現する危険が付着している一定の態様は、この危険を確実に排除する後の行為が設定されているということが確定するときにはじめて、客観的な注意に適ったものになると考慮することが重要なのである。

例えば、森に火を放った者は、その後で火災が消し止められ、さらに手はず通りに消し止められるということが確保されるときにはじめて、社会的に相当な行為を行ったものとする。同じように、市の管轄区域で50km/hで走行することは、障害物が行く手を遮っているとき、ただちにブレーキをかけるか巧みなハンドルさばきを行うかしたり、または実際にもそれが可能だという前提条件の下で許されるのである。行為者は所為像の実現の危険を排除すべき後の行為を設定していないと最初から仮定するならば、すでに予備的行為（Vorhandlung）は客観的な注意に違反したものと考えられることになる。

この種の事案において、客観的な注意に適った予備的行為もまた先行行為主

義を基礎づけるもの (ingerenzbegründend) として認めるべきであった。すなわち後の行為に着手するという前提条件の下においてのみ客観的な注意に適った行為を行う者は、この (命じられた) 後の行為を着手することに対する保証人として責任を負うものである (同旨として、ヤコプス)。このような思考過程は、先行行為主義を基礎づける客観的な注意に適った行為を、それらが後の態度と関係なく注意に適っているために、保証人的地位を全く基礎づけることのできない行為から十分に区別することができるのである。

(iii) 同じく、客観的な注意に違反しているのは確かであるが、具体的な事案においては許容命題を通じて正当なものとなる行為は先行行為による保証人的義務を基礎づける可能性があるかどうか、争いの存するところである。

この問が肯定される場合、例えば、正当防衛でAがBに致命的な傷害を負わせ、その後でBを救助するのを怠ったとき、Bの死で満足したときに、Aは不作為による謀殺を理由に罰されることになる。

オーストリアでは、一方で適法な行為もまた先行行為による保証人的義務を基礎づけることができるという見解が主張されている (シュタイニンガー、ロイカウフ=シュタイニンガー、フォレッガー=セリーニ)。しかし、ノヴァコフスキーは、適法な侵害はその侵害を被った者自身 (der von ihnen Betroffene selbst) が防禦すべしという理由をつけて、この見解を拒否している (結論において同旨なのは、キーナップフェル)。

西ドイツでは、正当化する行為に際して先行行為により保証人的義務を基礎づけることは通説により拒否されている (イエシェック、マイワルト、ルドルフィー、シュトラーター、ヴェルト、ストレー、ウエッセルズ、これに反対する説として、マウラッハ=ゲェセル=シュレーダー、異説としてヤコプス)。

西ドイツの通説と一致するノヴァコフスキーの見解が優れている。ある人が特別な許容命題の結果として他人の法益への明白な介入権 (Eingriffsrecht) を有する場合、まさしくこの権利を行使することが何故に彼が介入すべき正確なこの法益に対する保証人に仕立てあげるのか、はっきりしない。さらに、例えば、緊急救助の範囲内で被侵害者を援助する者に保証人的義務を課するのに、

被侵害者を放置する者は侵害者に関していかなる保証人的地位を有するものではないというのは不公平であろう(ルドルフィー)。正当なものとなる行為者すべてに対するのと同じように、緊急救助者については、95条により援助すべく義務づけられており、そのほかに、招来せしめられた傷害の事案については、その適用範囲について明白に「違法ではない(nicht widerrechtliche)」行為にも属する94条によってもまた援助すべく義務づけられているということで十分である。

④ さらに、(西ドイツの学説に従って)キーナップフェルやフォレッガー＝セリーニは、保証人的地位に対する発生の可能性として「密接な本来的連帯(eng natürliche Verbundenheit)」や「共同防衛(Gefahrengemeinschaft)」を考量している(キーナップフェル、フォレッガー、マウラッハ＝ゲェセル＝ツィツプ)。

「密接な本来的な連帯」とは、特に、婚約者、人生の伴侶及び兄弟姉妹の間で、これらの者の間に人的保護義務が認められるような密接な人的連帯が存在する」とき、法的な義務を理由づけることになる(キーナップフェル)。「共同防衛」が存在するのは、「少なくとも二人の者がお互いに手を組むことにより生命・身体に対する危険を防衛するための機会を高めるための目的を義務づけられている」場合である(キーナップフェル)。

保証人的地位を「密接な本来的連帯」や「共同防衛」に拡大することに対しては、「現実的な義務の引き受け」による保証人的地位に対してもまたすでに上述の(2)③以下の疑問がある。すなわち、2条は明らかに現在する法義務に焦点を合わせているのである(ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、シュタイニンガー、プロスケ、シューネマン)。

この点で、普通民法典に法定されている援助義務(Beistandspflicht)は、これを拡大すべきではなかった。さらに、共同防衛を引き受けることをいかなる範囲で個々の構成員に義務づけるのかは、固有の発生事由によって一括的に解決されるものではなかった。むしろ、これに関しては、相互の約束や相互の信頼関係によって民法上の義務がいかなる範囲で(法規により又は契約により)

発生するのかを考慮すべきである（ノヴァコフスキー）。

## 2. 同価値性（Die Gleichwertigkeit）

### （1）概念と基礎

2条によれば、「（保証人による）結果の回避を怠ることが作為による法定の所為像の実現と同視されるとき」にはじめて、真正不作為犯で処罰されることになる。

この定義は、しかるべきヴェルテルの提案により当時の1971年の政府案に現れていた。その時まで、保証人的地位の要請はそれで十分と考えられていたのである。2条に「同価値性条項（Gleichwertigkeitsklusel）」を追加するようになったのは、保証人的地位それだけを考慮することによって不真正不作為犯の範囲内での刑法上の責任を刑事政策的に望ましいように限定することができなくなるということを恐れたからである。

西ドイツ刑法13条の定義づけにもまた反映するこの種の努力は、保証人的地位を要請するのと同じように、消極的な態度から積極的な態度になること（ein Heraustreten aus der Passivität）は必ずしも作為による所為像の実現の不作為と同一の範囲内で要求しなくてもよいということに基づいているのである。

しかし、同価値性による調整（Gleichwertigkeitskorrektiv）を2条で法律上保証することにより、この概念の内容や解釈論的な位置づけが決定されたわけではない。今日でさえもまだ基本的にはこの問題に関して見解が一致しているわけではない。一般的に認められているのは、同価値性を検討することは判断すべき不作為の社会的意味内容に関係するということだけである（EBRV 1971, 61 r Sp; フォレッガー＝セリーニ、ノヴァコフスキー、プロケス、ストレー）。しかし、具体的には社会的意味の同一性をどこで検討するのか、犯罪構成上いかなる要素にその意味が付け加わるのかについて、立法者は判例や学説の展開に委ねたのである（EBRV 1971, 61 r Sp）。

解明しようと努力する場合に、プロケスは、同価値性を肯定することができるためには、不作為は少なくとも作為を通じて作為に相応する犯罪を遂行する

という「平均的な (durchschnittlichen)」不法内容を持っていなければならないという見解を主張した。それに対して、ノヴァコフスキーによれば、「最も軽微な事案の当罰性に関する不作為犯は、考慮に値する法定刑により作為による遂行でなお足りるのかどうか」が決定的なものになるという。

ノヴァコフスキーの出発点は、彼独特の論述によれば、不作為が42条により即座に当罰的なものといえない作為と同一視するような事案だけは同価値的なものではないと考えられる可能性があるのではないかという結論になる。ただし、そのことから不作為者 (Unterlassungstäter) については、そのような事案において彼は42条にいう作為者と同じように無罪になるのではなくて、すでに同価値性が存在しないために無罪になるというだけでのことである (ノヴァコフスキー)。予審手続きにおいて違いがでてくるのは、検察官は刑事訴訟法90条1項前段により告発 (Anzeige) を放棄することができるのに対し、42条により所為の当罰性が存在しない場合には検察官は刑事訴訟法90条2項の規定に従い告訴 (Antrag) に相当するものを予審判事に提起しなければならないという点であろう\*)。

\*改訂版では、「予審手続きにおいて…」という最後の文が削除されている。

プロケスやノヴァコフスキーのような限定はいずれも失敗に終わることになる。

「平均的な不法内容」という基準は一括したものであり、同時に漠然としたものである。それに加えて、作為犯に相当するものの平均的な不法内容の下に存する些細なものに過ぎない不作為が具体的な事案では何故に同価値的なものといえないのか、また何故に罰されないのか、よく分からない。しかしそれと同じように、同価値性条項を無罪判決事由を変更することだけに限定することは、この要件の意味を正当に評価していないことになる。作為と不作為が価値的に同一であるかどうかという問題は、比較の対象となった作為が程度の差こそあれ当罰的なものといえるのかどうかに関係なく、解答を与えなければならないのである。2条の分野では、作為と不作為 (Tun und Unterlassen) とい

う二つの主観的な実行形式の本質的な差異の架け橋をかけることができるかどうか問題になる。したがって、作為の内部での (innerhalb des positiven Tuns) 違いは問題にならない。

## (2) 解釈論的な位置づけ

通説によれば、同価値性条項は犯罪構成上解釈論的に一個所だけに位置づける必要はないのである。むしろ、(とりわけ態度に限定されている犯罪の場合) このメルクマールは客観的な構成要件の段階で影響を及ぼし、しかも期待可能性を検討する場合の責任の内部で影響を及ぼすのである。さらに、同価値性条項は「不作為故意の性質と限界」に関する問題に対して重要になる場合がある(キーナップフェル)。

キーナップフェルによれば、同価値性条項は確かに「独自の解釈論的なカテゴリーとしては」一般に無ければなしで済むものである。しかし、同価値性条項についてもまた、「作為と不作為との同価値性の背後にはただ一つの等置性の問題だけでなく、不作為という所為の不法と責任に該当する特別な等置性の問題の多くのものもまた」隠れているのである。

1. 客観的な構成要件に対する同価値性の補完の意味については争いがある。

判例や若干の論者は、純粋な惹起犯に対する同価値性は態度に限定されている犯罪に対するのと同じように重要である、ということを前提とする(OGH EvBI 1971/66, 1979/92; 詳細についてはノヴァコフスキー、モース)。

これを基礎づけるためにノヴァコフスキーが指摘していることは、例えば、配慮義務が客体、侵害の可能性及び危険の発生源に及び、呼び掛けが…それによって疑われる場合」又は「保証人的地位が問題になる方向で心理学的に中心になっている別の義務と並んで副次的な義務としてのみ生じる場合」、純粋な惹起犯の場合にも保証人的地位が存在するにもかかわらず同価値性が存在しない場合があるということである。決定的なことは、具体的な事案において「人的答責性の感情 (das persönliche Verantwortungsempfinden)」を引き下げるのにふさわしい諸事情が存在するかどうかである。

それに対して、文献上有力説は、同価値性の検討対象を「態度に限定されて



いる犯罪」だけに、すなわち所為像に該当する行為が法規自体に詳細に規定されている犯罪だけに限定する（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ペリン、プラッツグンマー、プロケス、シュタイニンガー、マイエルホーファー＝リーダー、西ドイツの有力説も同様である、シューネマン）。純粋な惹起犯の場合、同価値性の補完には実際に意味がないのである。

態度に限定されている犯罪は、例えば、105条の強要罪（「暴力をもって又は危険な脅迫によって」）又は146条の詐欺罪（「事実に関する欺罔により」）である。この種の犯罪の場合、通説によれば、身体の不自由な老人を唆して遺言指定をさせるために、その老人に食事を与えない付き添い婦人の態度が積極的な強要と同一視できるかどうか、若しくは事実に関する黙秘が欺罔と同一視できるかどうか、必ず検討しなければならないことになる。

キーナップフェルは、態度に限定されている犯罪における同価値性の補完を保証人的地位の限定としてのみ解釈する。これによれば、例えば、詐欺罪の場合、あらゆる保証人的地位で足りるといふべきでなく、「特別な一身的保证人的義務 (besonders qualifizierte Garantienpflichten)」だけで足りるといふことになる。この見解によれば、2条の同価値性条項は、「不真正不作為犯の個々のメルクマール、特に保証人的地位を限定的に取り扱うべき明示的な解釈を指示する機能 (die Funktion einer expliziten Interpretationsweisung)」だけを満たすことになる (キーナップフェル)\*)。同価値性の補完に関して保証人的地位がどの程度限定されなければならないかは、それぞれの犯罪類型ごとに分けて解答を与えるべきである。

\*改訂版では、「この見解によれば、2条の同価値性条項は、『考慮に値する犯罪類型に対して同価値性の基準を正確に創り出す明示的な解釈を指示する機能』だけを満たすことになる」と改訂されている。

同価値性の補完には独立した意味があるのかどうか、又、保証人的地位を限定するための基準としてのみ位置づけられるのかどうかは、保証人的地位をどのように定義するかに関係するのである。作為と不作為との社会的意味の同一

性が欠ける場合にすでに保証人的地位が限定されているとき、同価値性を検討することは無駄になる。このようなやり方は、特に、新しい傾向に従い保証人的地位の現存在を形式的な発生事由によるだけでなく、実質的な基準によっても判断するときに、当然にでてくるのである。

ただし、態度に限定されている犯罪や純粹な惹起犯の場合もまた、客観的な構成要件のなかで「同価値性条項という安全装置」を性急に放棄しなくてもよかったのである（ノヴァコフスキー）。このことがいえるのは、少なくとも立法者がこのメルクマールを2条ではっきりと保証すると同時にその不要性を解釈論的に完全に防禦していないという点においてである。

同価値性の補完は、直接的には保証人的地位により客観的な構成要件に位置づけられる。これとは別に、モースはこのメルクマールにも客観的な帰属性の基準を認めるのである。しかし、保証人的地位の場合と同じように、このように位置づけることは勧めることができない。

確かに、同価値性を検討する場合には一定の構成要件の実現に関して態度は評価されるのである。けれども、その場合、犯罪すべてに提起される一般的な問題、すなわち行為者は法的に否認された危険を創出したかどうか、また、まさしくこの危険をも実現したが故に、結果が彼に客観的に帰せられるのかどうかという問題は重要ではない。むしろ、一定の不作為が作為と「社会的な意味において同一である」かどうかを検討する必要性は、作為と不作為との間の特別な社会的相違から生ずるのである。それ故に、同価値性は不作為の概念から区別されるのではなくて、不作為の属性として結果が発生する前に検討されるべきものである。

2. 故意の領域においてもまた同価値性の補完には意味があるのかどうか、まだはっきりしていない。

キーナップフェルが指摘したことは、作為犯の場合には行動への積極的な決意が必ず行為に先行するが、不作為犯の場合には『この種の決意に至らなかった場合であれ、必要であろうかというほど性急に決心することができない場合であれ、簡単に「勇気を奮って決心する」ことのできない葛藤に事象を投げ入

れる場合であれ、また、彼が事情を真正な免責事情と全く考えなかったために、いかなる行動衝動をも覚えなかった場合であれ』、義務に違反するものは行動しないままであるのが普通である（キーナップフェル）。以上のことに基づいて、キーナップフェルは、不作為犯の一般的な基準として『単なる優柔不断による不行動性は…「有効な」不作為故意と「同一視すべきである』』ということを要求した方がいいのかどうか、という問題を提起したのである。

ただし、この見解には、5条で正確に法定されている故意概念は作為犯に対しても不作為犯に対しても同一の前提条件を満たさなければならないということが反対する。作為と不作為という概念からもまたいかなる差異も生じない。むしろ、決定的なことは、行為者は任意の態度を通じて法定の所為像を実現しようとする、すなわち少なくともこの実現に満足する（5条1項）ということだけである。行為義務を基礎づける諸事情を認識しているにもかかわらず、消極的な態度から積極的な態度へ現れ出て、自らの不活動により所為像が実現されるということに少なくとも満足する者は、作為により意図的（willentlich）に所為像を実現する者より優遇してはならないはずである。これに対して、彼が無思慮に行動する場合又は結果の発生しないことを信賴した場合、故意はすでに一般的な基準により即座に脱落するのである。

3. 有力な見解によれば、同価値性条項には特に責任の段階で意味があり、責任の段階では期待可能性の分野で意味がある。故意の作為犯に対する期待不可能性の諸事案は免責する緊急避難（10条）で最終的に規定されているのに対し、2条にいう同価値性条項から演繹できるのは、故意の不作為犯の場合の期待可能性は10条と切り離して検討すべきことになる（キーナップフェル、ノヴァコフスキー）。この見解は、過失犯とほぼ同じ適用範囲のなかで不作為犯における期待不可能性を認めようとするのである。

同価値性条項のこのような解釈は、2条を適用することのできない刑法典の最も重要な真正不作為犯（94条、95条及び286条）もまた10条に関して拡大された固有の期待可能性を検討することを指定することによって強化されるのである（詳細は、キーナップフェル）。

これに対して、西ドイツで個々の論者が提案しているわけだが（ストレー）、期待可能性をすでに不作為犯の構成要件で考慮することは拒否すべきである。2条で又は真正不作為犯の法律上の定義づけのなかで同価値性に言及することは、典型的に人的非難可能性すなわち責任にかかわる期待可能性の衡量をこの領域から解決することを正当なものとするものではない（同旨として、キーナツプフェル）。

## 第2節 犯罪構成について

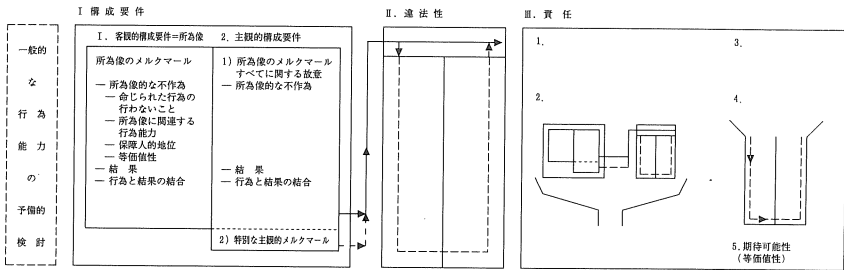
### 序 説 — 基本的なシェーマからの偏向

第6章で描き出した三分類的犯罪構成は不作為犯すべてに対してもまた妥当するのである。

図表9は、故意の不真正不作為犯（必然的に結果犯）の構成を示したものである。視覚的には図表6の基礎になっている作為犯に相当するものから偏向したものだけが示されている。これによれば、不真正不作為犯の客観的な構成要件に属するのは、特に、

- 命じられた行為を行わないこと、
- 構成要件に関連する行為能力、
- それから結果として生ずる命じられた行為を行うべき義務を有する保証人的地位及び（「安全措置（Sicherheitsventil）」としての）
- 同価値性である。

図表 9



これらのメルクマールすべては、作為犯の所為像のメルクマールと同じように、故意によって包含されていなければならないのである。

上であげた故意の不真正不作為犯の4個の特別なメルクマールは、(不真正不作為犯すべてと同じように)これが身分犯(Sonderdlikte)である限り、真正不作為犯についても当てはまるのである。ただし、真正不作為犯の場合、同価値性はすでにその類型化において刑法各則で明らかである。真正不作為犯の場合、さらに、(単純拳動犯の場合と同じように)図表6の基本的なシェーマから偏向して、必ずしも結果を検討する必要はなく、同時に不作為と結果の結びつき如何をも検討する必要はない\*)。真正不作為犯は身分犯では決してないという点で、真正不作為犯の場合、95条や286条の場合と同じように保証人的地位を検討する必要もない。

\*改訂版では、「真正不作為犯の場合、さらに、(単純拳動犯の場合と同じように)図表6の基本的なシェーマから偏向して、必ずしも結果を検討する必要はなく、したがって、不作為と結果の結びつき如何の規範的な評価としての特別な客観的帰属性をも検討する必要はない。これに対して、単純拳動犯の場合と同じように、(発生した『結果』としての所為像の実現の)一般的な客観的帰属性はこれを検討しなければならない。」と改訂されている。

責任では、免責事由に基づいて検討すべき補充的な期待可能性のメルクマールにだけ特殊な問題がある。

## 予備的な検討 — 一定の時期における一般的な行為能力

図表6と比較した第一の特殊な問題は、予備的な検討である。作為犯の場合、この部分では具体的な事案において調査すべき態度の行為性如何を確認しなければならない。それに対して、(真正及び不真正)不作為犯の場合、予備的な検討段階で、行為者は一般的にある何らかの行為を用いて自らの消極的な態度から積極的な態度へ踏み出す状態にあったかどうかの問題に解答を与えなければならないのである。すなわち、一般的な行為能力の有無の問題である。

作為は特定の身体活動を通じて外部に現れる。したがって、刑法上の判断するための決定的な積極的な態度は、正確に限定されるのが普通である。例えば、致命的な発砲を行った場合、刑法上の検討対象として問題になるのは、銃を手に取り、銃を構え、人差し指を動かすか又は発射させることである。

不作為犯の場合、結合点としての特殊な身体活動が欠けている。むしろ、不作為犯の場合の検討対象となるのは、行為者がこの時点で命じられた行為を行わなかったそのときどきの時点だけである。しかし、この時点は必ずしも容易に決定することができるものではない。

例えば、交通事故の後で何もしないままにいる者は、これ以上救助するに及ばず又はこれ以上救助しなくてもよい時点まで、必要かつ可能な時期から命じられた救助を怠ったものである。例えば、重大な組立部分が(自らの又は他人により招来された)技術的な欠陥により組み立てられ、自分の息子すなわちすぐ隣にいた労働者が流れ作業で生命の危険にさらされるような組立の流れ作業に従事する者は、危険を排除することが自分にはもはや不可能であるといえるまでは、所為像の実現を回避するために命じられた行為を怠ったものである。例えば、まだ流れ作業の後を追って走り回り、組立部分を正常に戻したりあるいは自分の息子だけでも声をかけて注意を喚起することができるとき、依然として不作為が存在することになる。彼に危険を回避するための可能性が全く存在しないときにはじめて、いかなる不作為をも(もはや)存在しないことになる。この点で、不作為犯すべては「継続犯(Dauerdelikte)」である。不作為

による可罰性に対して問題になる時期を正確に決定することは、特に、不可罰的な予備、可罰的な未遂及び既遂を識別するために重要である。

## I. 構成要件該当性

### 1. 客観的な構成要件

(1) 不作為犯の客観的な構成要件では、(作為犯における所為像該当性と同一ように) 不作為の所為像該当性が決定的なものである。

1. これに属するは、所為像に該当する(不作為の)状況、すなわち可罰性を基礎づけ得るために、行為者が何もしないままでない状態の記述である。

例えば、95条の場合、所為像に該当する状況は、「災害又は公共の危険」にある。しかし、法規は必ずしもそれに対して正確に記述しているわけではない。そのような記述が存在しないとき、特定の所為像の実現が差し迫っているということの確認で十分である。

2. さらに、不作為の所為像該当性に属するのは、行為者は命じられた行為又は具体的な状況のなかで所為像の実現を回避するために命じられた行為を行わなかったということである。その場合に注目すべきことは、所為像の実現を回避するための唯一の行為だけでなく、その多くの行為もまた時には有効であるということである。この種の事案においては、行為者が命じられた行為を全く行わなかったときにはじめて、所為像に該当する不作為が存在するのである。何故かというと、個々の行為すべてが不作為を排除することになるからである。

3. いかなる規範も各人に彼の身体的な現実的可能性を超えて(刑法上)義務を負わせることはできないので、行為者は命じられた行為を現実的にも行うべき立場にあったかが決定的に問題となる。この構成要件に関連する行為能力(tatbestandsbezogene Handlungsfähigkeit)が行為者に欠けているとき、すでに所為像に該当する不作為は全く存在しないのである(キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー、ノヴァコフスキー)。

例えば、絶対的強制下において事故現場に足を踏み入れることを阻止された者は、まだ大声をあげたり、駆け出したり、やいやい催促したりあるいは電話をかけたりにすることは恐らく可能である。しかし、命じられた行為が被害者自身を直接に援助することであったならば、彼の立場ではこの行為を行うことは不可能であり、したがって、その不作為に対して刑法上の責任を負わせるべきではない。

文献の中には、この「個別的な (individuellen)」行為能力又は構成要件に関連する行為能力と並んで、部分的にはここで用いる概念と異なって「一般的な (allgemeine)」行為能力が定義づけられている。一般的な行為能力については、「平均人のすべての認識と能力をもってすれば考えるはずであった各人は命じられた行為を行うことが可能であった」かどうかの問題でなければならない (イエシェック、ノヴァコフスキー)。行為者の立場における平均人のこの行為能力は、構成要件に属するのではなく、すでに不作為概念に属するのである。ただし、平均人という基準を基礎としたこの概念的な分解は、ここで行った二分割ほど満足すべきものではない。すなわち、平均人が命じられた行為を行うことが可能であったかどうかという問題もまた、「前構成要件的な局面 (vortatbestandlichen Ebene)」で解答を与えることはできないのである。むしろ、具体的な構成要件に基づいてはじめて、いかなる行為が一般に命じられていたのかを決定すべきである。したがって、ここで主張している見解を用いて、「一般的な行為能力」の範囲内で、行為者は一般的に任意の態度を通じて消極的な態度から積極的な態度に現れる可能性をどの程度有していたかということだけを検討することが正しいと考える。その場合、「構成要件に関連した」行為能力においては、(平均人とは関係なく) 行為者は個別的に命じられた行為を行う立場にあったかどうかを目標にすることになる。

(2) 結果に関しては、いかなる特殊な問題も存在しない。

(3) 行為と結果の結びつき如何に関しては、不作為の因果関係は一般に存在し得るのかどうか争いがある。消極的な態度すなわち何もしないこと (eine Nichtstun) から何も生じないだろうと理由づけることによって、すでにリッ



トラーは不作為の因果関係を否認したのである。この見解は、リットラーと同じようにこれに従い不作為犯の場合は「準因果関係 (Quasikausalität)」から出発するという見解を異にする他の論者 (フォレッガー=セリーニ、ロイカウフ=シュタイニンガー、シルト) からも分かれることになる。ノヴァコフスキーもまた、不作為犯の場合には自然主義的な意味での因果関係を拒否するが、「法的意味での因果関係」はこれを認めるのである。

それに対して、シュモラーは、特にエンギッシュに従い、作為における因果関係と不作為における因果関係を区別すべきではないということを支持していた。むしろ、不作為は、「それに対応して提起された仮説は、一度も同じ状況の下では一定の行為の不作為が結果に至らなかったということを観察することによって、まだ一度も論破されていなかったとき」、結果発生と自然法則的に結びつくことになる (シュモラー、ゲーセル)。不作為犯の場合にも自然法則的な結びつきの可能性を肯定することは、不作為犯の場合には原因とならない態様 (an nicht kausale Verhaltensweisen) と必然的に結びつけることになる。むしろ、これによってすべての結果犯に対する因果関係は、あらゆる刑法上の責任 (客観的な帰属性) の不可欠な前提条件になる。

不作為犯の場合にはただ一個の事象において客観的な帰属性と一緒に検討すべきだという「法的な意味での因果関係」だけが重要だというノヴァコフスキーの見解は、客観的な帰属性の領域を拡大するという危険を含んでいる。何故なら、この出発点によれば、基本的な前提条件としての自然科学的な因果関係を限定する基準が欠けているからである。さらに、解釈論的な明確性のために、行為と結果 (因果関係と客観的な帰属性) の結合如何を検討するために自然科学的なものと法的なものに分けて検討することが帳消しになるわけでもなからう。

不作為犯の場合にも、合法則的条件公式 (Formel von der gesetzmäßigen Bedingung) が優れている。この公式によれば、作為犯の場合にも不作為犯の場合にも同じように、行為者の態度と結果の間に自然法則的に連続する出来事の連鎖は証明可能かどうか問題になる。それに対して、必然的な条件関係

の公式 (conditio-sine-qua-non-Formel) を優先させる場合、結果がその具体的な形態のなかで確実性に近い蓋然性をもって欠落することなしに、命じられた行為を付け加えて考えられ得ないのかどうかを目標とすることになろう (OGH ÖJZ-LSK 1984/168; ノヴァコフスキー、ブルクスタラー、キーナツプフェル、シィルト)。

客観的な帰属しに関しては、何ら特殊な問題は当てはまらない。

## 2. 主観的な構成要件

不作為犯の場合、故意は作為犯の場合と同じように所為像のメルクマールすべてに及ばなければならない。これは、特に、構成要件に関連する行為能力、保証人的地位及び同価値性の事情に当てはまるのである。

構成要件に関連する行為能力の場合、行為者の立場に立てば身体的に命じられた行為を行うべきであるという行為者の認識が重要である\*)。例えば、行為者が自分の居場所にはない救命浮輪を見かけなかったために、消極的な態度から積極的な態度を現すことによって構成要件の実現を回避するための自らの可能性を認識しない者は、法定の所為像を実現するために故意に何もしないままでいたものとはいえない。

\*改訂版では、「構成要件に関連する行為能力の場合、行為者の立場に立てば身体的に命じられた行為を行うべきであるという行為者の現実的な認識若しくは潜在的な認識 (die aktuelle bzw die potetielle Kenntnis) が問題になる」と改訂されている。

ただし、この結論は一般的に認められている。この結論は、「まさしく結果を発生させる立場にある行為者が回避するための手段を最初から全くよく考えていない」が故、「故意を阻却する構成要件の錯誤が… 傍若無人の不作為者を助ける」ことになるのではないかと、ということを指摘して議論されているのである (クリュームペルマン)。しかし、この見解とは反対に、行為者は結果回避の可能性を少なくとも意識していたということが必要であるというべきであ

ろう（けれども、行為者は結果回避の可能性を少なくとも意識していたということでも足りるというべきであろう）。何故かという、作為犯の場合もまた、個々の所為像のメルクマールが存在するかあるいはそれが発生するかを一般に心配しない者は、故意の実行の故に罰されないのである。他方、「意識的な無関心 (bewußte Gleichgültigkeit)」は作為犯の場合にも不作為犯の場合にも等しく故意を肯定するのに十分である。

保証人的地位や同価値性に関して注意すべきことは、保証人的地位が生ぜしめられ若しくは同価値性が導かれる現実的な諸事情及びこの諸事情の社会的な意味だけが行為者に認識されていれば足りるということである。すなわち二つのメルクマールに関しては素人間の平行な評価 (Parallelwertung in der Laiensphäre) で足りるのである。

## II. 違法性

客観的な構成要件のメルクマールや主観的な構成要件のメルクマールがすべて存在するとき、作為犯の場合と同じように、構成要件該当性は違法性を「徴表する」のである。

当初、不真正不作為犯の構成要件は「開かれた (offen)」構成要件である、すなわち不真正不作為犯の場合には構成要件に該当することによって違法性が徴表されるものではないという見解が主張されていた。この見解は、保証人的地位は違法性のメルクマールであると考えられていたことに基づいていた。したがって、違法性を肯定しようとする前に、構成要件該当性に加えて必ず次のメルクマール、すなわち保証人的地位を積極的に確認しなければならなかったのである (リットラー)。不真正不作為犯における徴表作用のこの例外に対する必要性は、通説が保証人的地位を客観的な構成要件のメルクマールと考えるようになってからは、不要である。

正当化事由が介在することは、不作為犯の場合にも徴表作用を排除する。第11章 (連載中の本資料では6章) で描き出した正当化事由のすべては、基本的には不作為犯の場合にもまた適用することができるのである。不作為犯のため

に手を加えられている特別な正当化事由は、正当化する義務の抵触である。

すなわち、行為義務と不作為義務が抵触する場合若しくは二つの行為義務が抵触する場合にはじめて、義務の抵触になり得る。この点であらゆる場合に行為義務はかかわり合いがあるので、(行為義務の侵害としての) 不作為犯の実現如何に関する問題が必ず提起されるのである。

### Ⅲ. 責 任

責任の構成要素とその内容は、本質的には、作為犯の責任のメルクマールと一致する。特殊な問題は、(過失犯の場合と同じように) 期待不可能性は10条にいう免責事由としてだけでなく、独自の(10条を超えた) 基準としても検討されねばならないということによって生ずるだけである。

最も重要な真正不作為犯については、この基準ははっきりと法規で保証されている(94条3項前段及び95条1項文末)。さらに、この二つの事案については、もはや期待可能なものではないと認められるものの実質的な内容もまた例示的に法規自体に規定されている(94条3項後段及び95条2項)。

それに対して、286条では、期待可能性の基準は本文でははっきりと触れられていない。けれども、ここでもまた、期待可能性の衡量は立法者を唆して少なくとも限定されているということが明らかになる。すなわち全員の一致した見解によれば、286条2項1号により罰されないもの(Straflosigkeit)は、この種の事案において消極的な態度から積極的な態度にでることが行為者に期待できないために、人的非難可能性は問題にならないということに起因する(EBRV 1971, 429 r Sp; キーナップフェル、ロウカウフ=シュタイニンガー)。

286条2項2号及び3号もまた期待可能性が欠けることによって責任を阻却するかあるいはすでに正当なものとなるのかという問題については、キーナップフェルやフォレッガー=セリーニを参照されたい。フォレッガー=セリーニは本条の3号すべてを期待不可能性の具体化されたものと見ている。

不真正不作為犯について(6条の過失犯に対するのと異なって) 期待可能性は2条ではっきりと触れてられていない。それにもかかわらず、期待可能性は、

不真正不作為犯についてもまた積極的に確認すべき特別な責任のメルクマールであると認められている。まだ期待可能なものと認められるものの内容は、2条で保証されている同価値性の補完から明らかになる。

その場合に、一般的な期待可能性の段階におけると同様に、「法の保護する諸価値を備えた者」との比較が問題になる。この規定の背後にある考え方は、彼は同じ状況において同じように消極的な態度をとることができないといえるかどうかについて何ら確信をもち得ないということである。

第12章（連載中の本資料では7章）で述べた免責事由すべては、不作為犯の場合にもまた問題になる。ただし、緊急避難（10条）の免責事由は、もともと拡大されている期待可能性を検討することによって部分的に一致させられるのである。

### 第3節 特殊な問題

#### I. 作為と不作為の可能な組み合わせ

特定の所為像は、作為か不作為のいずれかによってのみならず、この二つの実行方法の組み合わせによっても実現される場合がある。この種の事案には、人的態様の二つの客観的な現象形式の組み合わせがある（そして、故意と過失の領域における組成犯の場合と同じように主観的な現象形式の組み合わせは存在しない）。

1. 多行為犯の場合（bei mehraktigen Delikten）、例えば、行為のある部分は作為によって実行されるのに対し、別の部分は不作為によって実行されるということが考えられる。

例えば、行動のある部分が結果の招来に存する犯罪の場合、この行為が「不真正不作為犯」の形式でも実現される場合である。相手方が他人によって抵抗不能の状態におかれている間に、保証人としてなすすべもなく傍観し、引き続いて相手方を性交するために陵辱する者は、201条の強姦（Notzucht）の最初の行為を不作為によって実行し、後の行為を作為によって実行したものであ

る\*)。

\*改訂版では、「他人が容器を無理に開けるのを保証人としてなすすべもなく傍観し、そのあとで容器の中身を利得故意をもって窃取した者は、129条2号の侵入窃盜の最初の行為を不作為で実行し、後の行為を作為で実行したものである」と改訂されている。

時折、立法者は行為の一部を最初から不作為として規定している。この不作為が結果を導かなければならなかったのかどうかに従って、この行為の一部が不真正不作為犯と一致するか真正不作為犯と一致するかのいずれかになる。

82条1項に関する遺棄 (Aussetzung) を実行したものと、例えば、「他人を保護の無い状態へ移置し、かつこのような状態のままに放置することによって他人の生命を危険にさらした者」である。その場合に、二つの行為からなる犯罪 (ein zweiaktiges Delikt) が問題になる (キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー)。普通、最初の行為部分が作為に存することになるのに対し、後の行為の法律上の規定はすでに文言からして不作為を指示するが故に、不作為によってもまた実行されるのが普通である。しかし、これと並んで、保証人であることからすでに最初の行為 (「保護のない状態に移置すること」) が2条により不作為によって置き換えられる可能性がある。

94条1項の被害者の放置の場合、多行為犯はまったく問題にならない。この規定により罰され得るのは、「自己がその身体に対する傷害 (83条) を惹起したところの他人に対して必要な援助をなすことを怠った者」である。すなわち先行した身体に対する傷害の場合に問題になるのは、犯罪の行為の一部分ではなくて、所為像に不法として類型化されている態様に対する不作為状態 (Unt-erlassungssituation) (保証人的地位) の記述だけである。

2. しかし、作為と不作為の組み合わせは単一行為犯の場合 (bei einaktigen Delikten) にも現れる場合がある。すなわち特別な事案について、立法者は同時に他の作為がなされていない事案に対して作為を罰することにしている。

この種の犯罪構成に対する実例として、193条1項に関する「婚姻の欺罔」

をあげることができる。これにより罰され得るものは、「婚姻する際、他の当事者に婚姻を無効とする事実を黙秘した者」である。

## II. 過失不作為犯 (Fahrlässige Unterlassungsdelikte)

ここで主張している見解によれば、故意犯と過失犯は主観的な構成要件においてのみ区別されるのである。故意に代えて主観的な注意違反 (= 所為像のメルクマルすべての主観的な認識可能性) が生ずるのである。

それ故に、過失の不真正不作為犯で処罰するためには、特に、行為者は結果を回避するための現実的な可能性、自らの保証人的地位及び同価値性を基礎づけるべき諸事情を認識することができたということを必要とする (ノヴァコフスキー\*)。

\*改訂版では、「それ故に、過失の不真正不作為犯で処罰するためには、特に、行為者は不作為の状況と並んで結果を回避するための現実的な可能性、自らの保証人的地位および同価値性を基礎づける諸事情を認識することができたということを必要とする (上述第2節 I 1 (1) 参照)」と改訂している。

過失の不真正不作為犯の場合、責任の段階では、10条を超えて期待可能性を検討することは二重の安全策となっている。すなわち、一方では6条が必要とされている明白な期待可能性を通じて防護され、他方では2条の同価値性条項を通じて防護されているのである。この二つの基準を理論的にも実践的にも検討すべき唯一の期待可能性に融合させることについては、いかなる疑問も存在しない。

刑法典は、過失の真正不作為犯を、この犯罪構成も理論的には考えられ得るにもかかわらず、認めていないのである。

## III. 不作為犯における未遂と関与

未遂犯の特別な問題について、特に真正不作為犯と不真正不作為犯における中止未遂について、15章 (連載中の本資料10章) を参照され、不作為犯におけ

る関与についてはトゥリフテラーの関与理論を参照されたい。

(以下次号)