

不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界

十 河 太 朗

- 一 はじめに
- 二 死の結果が発生した場合の取扱い
- 三 死の結果が発生しなかった場合の取扱い
- 四 むすび

一 はじめに

不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界については古くから盛んに議論されてきたが、未だに不明確な部分が残されている。特に判例が両者をどのような基準によって区別しているのかは、必ずしも判然としない。

不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界

同志社法学 五七巻六号 二八七（一九三三）

たとえば、親が子供に食事を与えずに死亡させるという事例は、しばしば不作為による殺人罪の典型例として挙げられるものである。実際、そのような事案につき殺人罪の成立を肯定した裁判例も存在する。しかし、後述するように、裁判例の中には類似の事案において殺人罪ではなく単に保護責任者遺棄致死罪としたものが散見される。同じことは、ひき逃げの事例についてもいえる。自動車を運転中に自己の過失により他人に重傷を負わせた後これを放置した事例について殺人（未遂）罪の成立を認めた裁判例が存在する一方で、同様の事例で保護責任者遺棄（致死）罪にとどめたものも存在するのである。

もちろん、殺人の故意や実行行為が認められなければ殺人罪は成立しないから、右の裁判例において殺人罪とされなかったのは、殺人の故意や実行行為を基礎づける事実が存在しなかった、あるいは認定できなかったからかもしれない。しかし、保護責任者遺棄罪の成立が認められた判例の中には、少なくとも死の結果発生に関する未必的な認識があつたと見られる事例や、当該不作為が死の結果を発生させる現実的な危険性を有するものであつたと考えられる事例も含まれているのである。

そこで、学説の中には、不作為の殺人罪の成立を認めた判例と遺棄致死罪とした判例とを比較しても両者を明確に区別する基準を見出すことは困難であり、その区別は検察官による起訴罪名に影響されているのではないかと指摘するものも存在する¹。確かに、殺人罪の成立が肯定される可能性のある事案であつても検察官が手堅く保護責任者遺棄罪で起訴するということは、実際上ありうるであろう。そして、訴因制度を採用している現行刑事訴訟法の下では、検察官が保護責任者遺棄罪で起訴したのに裁判所が殺人罪として有罪とすることは許されないのであるから、

その限りで、右の指摘は正しいものを含んでいるといえる。しかし、仮にそうだとしても、なぜ類似の事案の中でも検察官が殺人罪として起訴する場合と保護責任者遺棄罪として起訴する場合とがあるのかという問題は残るし、また、個々の事案における殺人罪あるいは保護責任者遺棄罪という結論が理論的に妥当だったのかを検証する作業は必要であろう。

各裁判例は、個々の具体的事例に対する解決を示したものにすぎないから、判例理論を一つの基準によって統一的に説明することは困難でもあるし、あまり意味のないことかもしれない。しかし、もし個々の裁判例の解決が不統一だとすれば、それは法的安定性の観点からも問題があるのであって、実際には判例にも一般的な傾向は存在するはずである。理論的に妥当な解決方法を見出すためにも、判例の基礎にある考え方を探ることの意義は決して少なくないであろう。

このような問題意識から、本稿は、判例の分析を通じて、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界について検討するものである。以下では、まず二において、現実に死の結果が生じた場合における殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の限界について検討し、次いで三において、死の結果が生じなかった場合における殺人未遂罪と保護責任者遺棄罪の限界について考察を加えることにする。

二 死の結果が発生した場合の取扱い

1 判例の概観

ここで検討するのは、現実には死の結果が生じた場合において殺人罪と保護責任者遺棄致死罪をどのようにに区別するのかである。最初に、判例の状況を概観する。(一) ひき逃げの事例、(二) 家庭内における不保護の事例、(三) 家庭外における不保護の事例(ひき逃げを除く)、の三つの類型に分けて見ていくことにしたい。

(一) ひき逃げの事例

殺人罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

① 東京地判昭和四〇年九月三〇日下刑集七卷九号一八二八頁、判時四二九号一三頁、判タ一八五号一八九頁

被告人が自動車を運転中に過失により被害者に自車を衝突させて意識不明の重態に陥らせ、同人を救護するため最寄りの病院に搬送しようと自動車助手席に同乗させて出発したが、事件の発覚をおそれて翻意し、同人が死亡するかもしれないことを十分予見しながらそれもやむをえないと決意し、救護措置をとらずに走行を継続し、走行中の車内において死亡させた。

② 鹿児島地判昭和四四年三月四日判時五五八号九七頁

被告人が自動車を運転中に過失により被害者に自車を衝突させて傷害を負わせた後、同人を自車の車体の

下に引掛けて引きずっているかもしれないが、そのまま進行すれば同人を死亡させるかもしれないことを認識しながら、あえて時速約三〇キロメートルで進行し、約一〇六メートルにわたり同人を自車の車体の下に引掛けたまま道路上に引きずり、死亡させた。

保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

③東京高判昭和三七年六月二日高刑集一五卷六号四二二頁、判タ一三四号五六頁⁽³⁾

被告人が自動車を運転中に過失により被害者に自車を衝突させて傷害を負わせた後、意識を失い出血の甚だしい同人を運んで歩道上に放置して逃走したため、同人が身体を移動させた際に付近の溝内に転落したことににより、溺死させた。

(二) 家庭内における不保護の事例

殺人罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

④大判大正四年二月一〇日刑録二一輯九〇頁

被告人がもらい受けた六か月に満たない嬰兒に食事を与えず、死亡させた。

⑤大判大正一五年一〇月二五日判例拾遺(二) 刑八七頁

被告人が内縁関係にあった女性との間に生まれた嬰兒(女兒)を引き取ったが、貧困のためその処置に困り、嬰兒を死に致して苦境から逃れようと決意し、六日間ほど授乳をせず、死亡させた。

⑥ 東京高判昭和三五年二月一七日下刑集二卷二号一三三三頁

被告人が仮死状態で分娩した嬰兒に対し、その生命を絶つ意思をもって故意に何らの保護も与えず放置し、さらに嬰兒を新聞紙、風呂敷包に包んで川に投棄し、死亡させた。ただし、嬰兒は、川へ投棄される前に死亡していた可能性があった。

⑦ 名古屋地岡崎支判昭和四三年五月三〇日下刑集一〇卷五号五八〇頁

妻が八か月の長男を預けたまま家出したため、夫である被告人がこれを引き取ったものの、妻が帰宅しないので自暴自棄となり、飲食物を与えなければ死亡するに至ることを知りながら餓死する結果になつてもやむをえないと考え、四日間食事を与えずに放置し、餓死させた。

⑧ 福岡地久留米支判昭和四六年三月八日判タ二六四号四〇三頁

未婚の身で妊娠してその処置に窮していた被告人が、便秘による腹痛と思つて便所に入っているうちに嬰兒（女児）を便槽内に産み落としたが、嬰兒を殺害しようと決意し、救助の措置をせず便槽内に放置し、窒息死させた。

⑨ 大阪高判平成一三年六月二一日判タ一〇八五号二九二頁

被告人が夫と共謀し、一歳八か月の長女を日頃から虐待し、確定的殺意をもって二か月間以上にわたり食事を与えず、餓死させた。なお、被告人は、一歳二か月の三女を暴行により死亡させたとして夫との殺人罪の共謀共同正犯にも問われている。

⑩さいたま地判平成一四年一月三二日（公刊物未登載）

被告人が寝たきりの七九歳の母親と同居中、餓死するかもしれないことを認識しながらそれもやむをえな
いと考え、一か月にわたり食事を与えたり、医師等の治療を受けさせたりせず、被告人方を立ち去り、置き
去りにして餓死させた。

⑪さいたま地判平成一五年三月二二日（公刊物未登載）

被告人が妻と意思を通じ、妻の連れ子である二歳の女兒に対し殺意をもって日頃から暴行するとともに、
一か月にわたり食事を与えず、餓死させた。

⑫名古屋高判平成一五年一〇月一五日（公刊物未登載）⁽⁴⁾

被告人である両親が共謀の上、三歳の女兒に日頃から暴行を加え、死亡することを認識しながらそれでも
かまわないなどと考え、食事を与えず、また、医師等による治療も受けさせず、段ボール箱に入れて放置し、
餓死させた。

保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

⑬大判昭和三年四月六日刑集七卷二九一頁

被告人が同居していた精神病者の義母を厳寒の中、戸外に放置し、死亡させた。

⑭大判昭和十二年九月一〇日刑集一六卷一二五一頁

四歳の男児に日頃から暴行を加えて傷害を負わせていた実父と養母である被告人兩名が男児を最低気温零

下七度の便所内に放置したところ、男児が便槽内に転落したが、救出せず、約三〇分間放置し、凍死させた。
⑮ 札幌高函館支判昭和二八年二月一八日高刑集六卷一号一二八頁

被告人が養子としてもらい受けた二歳の男児に対して、日頃から暴行を加えるとともに、病弱で歩行もできないほど痩せ衰えていたにもかかわらず十分な手当てや食事を与えなかったため、極度の栄養失調と気管支性肺炎により衰弱死させた。

⑯ 大阪高判昭和五三年三月一四日判タ三九六号一五〇頁

母親である被告人が四歳三月の男児を厳寒期に薄着のままベランダに一〇数分以上放置し、凍死させた。

⑰ 大分地判平成二年一二月六日判時一三八九号一六一頁

離婚した母親である被告人が一三歳の長男に十分に食事を与えなかったことから、長男が衰弱して食物も受けつけず歩行も困難になっていたのに、愛人との同棲生活の継続等のために一か月にわたり長男を自宅に放置し、餓死させた。

⑱ 千葉地判平成一二年二月四日判タ一〇七二号二六五頁

夫の長期出張中に被告人が浮気相手と密会するため四か月の次男をうつぶせに寝かせたまま自宅に残して三八時間にわたり外出し、窒息死させた。

⑲ 甲府地判平成一三年一〇月二四日 (公刊物未登載)

七三歳の被告人が脳梗塞により身動きできず衰弱していた七四歳の妻を約一〇日間放置し、病死させた。

⑳福岡地判平成一三年二月六日（公刊物未登載）

前妻との間の子である六歳の男児を日頃から虐待していた被告人が、男児を殴打して傷害を負わせた後、現在の妻と共謀の上、男児を厳寒の屋外に一晩放置し、凍死させた。

㉑さいたま地判平成一三年二月二六日（公刊物未登載）

被告人が妻と意思を通じて三か月の長男に一月にわたり十分な授乳をせず、低栄養状態に陥らせて死亡させた。

㉒さいたま地判平成一四年二月二五日判タ一一四〇号二八二頁

㉓の被告人の妻に対する判決である。なお、三男に熱傷を負わせたとして傷害罪にも問われている。

㉔神戸地判平成一四年六月四日（公刊物未登載）

被告人が四四歳の弟と同居中、弟が極度の栄養失調状態に陥り、精神疾患により被告人以外に頼る者がいなくなったにもかかわらず、十分に食事を与えず、医師による治療等の措置もとらずに放置し、餓死させた。

㉕神戸地判平成一四年六月二一日（公刊物未登載）

母親である被告人が二歳六か月の長男と一歳七か月の次男の育児を放棄し、一月にわたり食事を与えず、医師による治療等の措置もとらずに放置し、次男を衰弱死させた。

㉖神戸地判平成一四年一〇月二五日（公刊物未登載）

㉗の被告人の夫に対する判決である。

②⑥ 広島高岡山支判平成一六年一月二八日（公刊物未登載）^⑤

母親である被告人が、かねてより栄養状態が悪く衰弱していた一歳の女兒に対し、経済的に困窮していたため、約二〇日間わずかな食べ物や水分を与えるのみで、女兒が衰弱していくのを漫然と放置し、衰弱死させた。

②⑦ 金沢地判平成一六年六月二四日（公刊物未登載）

寝たきりの八七歳の母親と同居中の被告人がパチンコにふけるため母親を自宅に置き去り、栄養不良および寒冷のため凍死させた。

(三) 家庭外における不保護の事例

殺人罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

②⑧ 東京地八王子支判昭和五七年一二月二二日判タ四九四号一四二頁

被告人兩名が共謀の上、居住させていた女性従業員に対して暴行を加えて傷害を負わせたところ、同人が意識も判然としなくなるなど重篤な状態となったが、事件の発覚をおそれて、同人が死亡するかもしれないことを認識しながらそれらもやむをえないと決意し、意思による治療を受けさせるなどの措置を講ずることなく放置し、死亡させた。

②⑨ 高松地判平成一五年一月三二日（公刊物未登載）

日頃から園児に体罰を加えていた幼児園の園長である被告人が一歳の園児を殴打し、傷害を負わせたところ、同人に意識障害等が生じたが、事件の発覚をおそれて、死亡するかもしれないことを予見しながら、それもやむをえないと決意し、救護の措置をとらないまま幼児園内の一室に放置し、死亡させた。

③〇 最決平成一七年七月四日判時一九〇六号一七四頁、判タ一八八号二二九頁⁶⁾

自分の掌で患者の体を叩く「シャクティパット」と称する治療行為を行っていた被告人が、その支持団体の構成員と共謀の上、脳内出血により重度の意識障害状態にあり病院に入院していた同構成員の父親を病院から運び出し、医師による治療を打ち切れば死亡するおそれ大きいことを知りながらそれもやむなしと決意し、ホテルの一室で「シャクティパット」を行い、生存に必要な措置を何ら講じないまま放置し、窒息死させた。

保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

③① 大判大正八年八月三〇日刑録二五輯九六三頁

被告人が同居していた疾病の雇人を解雇し、強制的に立ち去らせ、死亡させた。

③② 大判大正一五年九月二八日刑集五卷三八七頁

被告人が病者を引き取ったが、十分な食事を与えず、放置し、死亡させた。

③③ 名古屋地判昭和三六年五月二九日裁時三三二二五頁

被告人が泥酔した同僚を戸外に放置し、凍死させた。

③④ 横浜地判昭和三六年一月二七日下刑集三卷一一〇二二号一一一頁、判時二八四号三一頁

被告人が雇人を自宅に招いて酒席を設け、泥酔状態となった同人の帰宅に同行中、同人の言動に憤慨して踏切内に放置し、電車に接触させて死亡させた。

③⑤ 最決昭和四三年一月七日判時五四一八三頁、判夕二二九号二五二頁

被告人が冬の夜、酩酊した被害者をその家に連れ帰ろうとしたところ、路上に座り込んで動こうとしないため酔いを覚まさせようと順次衣類をはぎとつたが、全裸にしても動こうとしないので、放置して立ち去り、凍死させた。

③⑥ 最決昭和六三年一月九日刑集四二卷一号一頁

産婦人科医師である被告人が妊婦の依頼を受け、自らの開業する医院で妊娠満二六週の胎児の墮胎を行い、墮胎により出生した未熟児を、生育可能性があつたにもかかわらず、医院内に放置し、生存に必要な措置をとらず、死亡させた。

③⑦ 最決平成元年一月二五日刑集四三卷一三三号八七九頁^⑦

被告人がホテルの一室で一三歳の少女に覚せい剤を注射したところ、錯乱した状態に陥らせたが、何ら救護措置をとらず少女を放置して立ち去り、死亡させた。

③⑧ 福岡高宮崎支判平成一四年一月二九日高検速報平成一四年一八四号^⑧

団体の主宰者として祈祷類似行為を施していた被告人が、親から難病の六歳の男児を引き受けた上、祈祷

類似行為を繰り返すのみで、生存に必要な医療措置を受けさせず、死亡させた。

2 判例の分析

(一) 殺意の有無

(1) 右に判例を概観したところから明らかになったように、類似の事案においても殺人罪の成立が認められたものと、保護責任者遺棄致死罪とされたものがある。それでは、判例は両罪をどのような基準によって区別しているであろうか。

第一の可能性は、殺意の有無を両罪の区別基準とするというものである。④の大審院判決は、「養育ノ義務ヲ負フ者カ殺害意思ヲ以テ故ラニ被養育者ノ生存ニ必要ナル食物ヲ給與セスシテ之ヲ死ニ致シタルトキハ殺人犯ニシテ刑法第九十九條ニ該當シ単ニ其義務ニ違反シテ食物ヲ給與セス因テ之ヲ死ニ致シタルトキハ生存ニ必要ナル保護ヲ為サルモノニシテ刑法第二百十八條第二百十九條ニ該當ス要ハ殺意ノ有無ニ依リ之ヲ区別スヘキモノトス」と判示している。このことから、判例は殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の限界を殺意の有無に求めているとの見方が有力である。学説上も、殺意の有無によって殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別する立場が多い。^⑩

殺人罪の成立が認められた判例においては、当然のことながら、いずれも確定的殺意ないしは未定的殺意が認定されている。逆に、保護責任者遺棄致死罪とされた事案では死亡の認識がなかったと考えられる事案が多い。たとえば、⑬のように乳児をうつぶせに寝かせたまま外出して窒息死させた事例や、⑭、⑮、⑯、⑰、⑱、⑲のように

被害者を戸外に放置して凍死等させた事例は、いわば突発事故であり、被告人が死の結果を予見していなかった可能性がある。また、⑩の第一審判決は、被告人に殺人罪の成立を認める一方で、その共犯者である被害者の息子については、被害者の回復を強く望んでいたことから被害者の死に対する予見はあったとしても認容する意思はなく、殺人の故意までは認められないとの理由により保護責任者遺棄致死罪を適用しており、このような取扱いの基礎には、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を殺意の有無によって区別する考え方がありともいえるのである。¹¹⁾

(2) しかし、判例がもつぱら殺意の有無によって殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別していると言いつけるかについては疑問が残る。保護責任者遺棄致死罪とされた事例の中にも死の結果に対する認識があったと考えられるものが存在するからである。¹²⁾

たとえば、③のようなひき逃げの場合、被害者は意識不明の重態なのであるから、そのまま放置すれば死亡するかもしれないと考えるのが通常であろうし、⑮、⑰、⑱、⑳から㉑など家庭内での不保護による衰弱死もしくは餓死の事例も、先に見た窒息死や凍死のような突発事故の事例と異なり、行為者は被害者が日々衰弱していくのを目の当たりにしているのであるから、死の結果に対する予見があったと見るのが自然なのではないだろうか。現に、⑮では、「病弱児であり、それ相当の保護をしなければ被害者の身体生命の危険を生ずるものであることは、被告人において認識していた」、⑲では、「早急に適切な介護ないし救護措置を講じなければその生命が害されることを認識した」、⑳では、「被害者が文字どおり骨と皮の極端な栄養失調状態にあったことを知っていた」、㉑では、「被害児らの生命健康に危険な状態を生じさせる可能性のあることを認識していた」とされ、少なくとも殺人の未必的な故意があった

ともいえる状況が認定されている。

家庭外の不保護の事例においても、死の結果について予見していたと考えられる事例が存在する。③⑥では、母体外に排出された胎児に対して救命措置をとらなければ死亡するということは医師なら当然認識していたはずであるし、③⑦の第一審判決は、被告人が覚せい剤の注射により錯乱状態に陥り苦しんでいる被害者の様子を見て、すぐにでも病院に運ばなければ死んでしまうのではないかと感じたことと認定している。③⑧においても、被害者の疾病がネフローゼ症候群という難病であり、放置すれば死に至る危険性のある病気であるという認識を被告人は有していたとされている。

そもそも理論的に見ても、殺意だけで殺人罪の成立が認められるわけではない。殺人罪の成立には、故意のほか実行行為性も必要だからである。判例も、殺意があれば直ちに殺人罪とするものではなく、実行行為が存在することを殺人罪の成立要件として見ると見るべきであろう。

結局、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は殺意の有無によって区別されるとした④の大審院判決以降、両罪の区別基準に言及した裁判例は見当たらないこともあり、現在でも判例がもつばら殺意の有無によって両罪を区別しているとは断定できないのである。

(二) 殺人の実行行為の有無

(1) そこで、第二に考えられるのは、判例は殺意とともに殺人の実行行為の有無を加味して殺人罪と保護責任者遺

棄致死罪を区別しているのではないかということである。学説上も、不保護について不作為の殺人罪の成立を認めるためには殺意のみならず実行行為が必要であるということを強調する見解が次第に有力になっている。たとえば、殺人罪の作為義務違反は保護責任者遺棄罪における保護責任の懈怠より高度の人身に対する危険を含むものでなければならぬとの前提から、殺意を抱いて要扶助者を置き去りにした場合でも、当該不作為が殺人の実行行為の程度に達していないときは殺人罪を構成せず、遺棄致死罪が成立するとされている。¹⁵⁾

実際、殺人罪の成立を認めた裁判例には、実行行為性に言及するものが多い。たとえば、¹⁶⁾では、作為義務が課されてきたにもかかわらず適切な医療措置を講じないという不作為は殺人の実行行為と評価しうるとされ、¹⁷⁾の第一審判決では、被害者の生存に必要な措置を何ら講じなければ生命に対する現実的具体的危険性は生じうるから、被告人の一連の行為は実行行為に該当するとされている。

(2) このように、判例は、殺人の故意とともに実行行為の存在を不作為による殺人罪の成立要件としていると解される。しかし、当該不作為が殺人の実行行為性を有しているかどうかということだけを基準に判例が殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別しているとも解されない。保護責任者遺棄致死罪とされた事案における不作為は殺人の実行行為性を有しているともいえるからである。

不真正不作為犯の実行行為は、保障人的地位にある者もしくは作為義務を負う者が期待された作為を行わず、これにより結果発生の現実的危険性を生じさせるところにその本質があるというのが、一般的な理解であるといつてよいであろう。もつとも、どのような場合に保障人的地位ないし作為義務が発生するのかについては、¹⁸⁾結果発生の具体

的危険性、結果防止の可能性、被害者との社会生活上の依存関係、作為の可能性を発生根拠とする見解、⁽¹⁴⁾ 故意または過失に基づく先行行為の存在を要求する見解、⁽¹⁵⁾ 事実上の引受けの有無を基準とする見解、⁽¹⁶⁾ 因果経過の具体的・現実的支配を重視する見解、⁽¹⁷⁾ ③危険創出行為と排他的支配を要件とする見解などが主張されているが、いずれにしても、判例上、保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた事例において、保障人的地位にある者による殺人の実行行為を認めることは可能であるように思われる。

たとえば③のひき逃げの事例では、単に被害者を放置して逃走したのではなく、自らの過失により負傷させた被害者をいったん自車に収容していることから、先行行為および引受けに基づく保障人的義務が認められるとともに、被害者が重傷を負って意識不明になっていることや、被害者を置き去りにしたのが人通りの少ない場所であったことから、それらと、その置き去りは死の結果を生じさせる現実的危険性を有する行為であったといつてよい。家庭内の不保護による衰弱死・餓死につき保護責任者遺棄致死罪とされた事例を見ても、親権者は子供や病者と社会生活上の依存関係を有し、また、家庭内に他人が介入することは困難であるから排他的支配も求められ、そうした保障人的地位にある者が子供や病者に対して十分な食事を提供しないという不作為は死の結果を生じさせる危険性の高い行為であるといえる。実際、⁽¹⁸⁾ ③では、被害者である弟に食事を与えないという「行為態様は不作為の殺人にも比肩すべきである」と判示されている。また、家庭外の不保護につき保護責任者遺棄致死罪とされた裁判例も、⁽¹⁹⁾ ③は医師である被告人自らが母体から排出した新生児を放置した事例、⁽²⁰⁾ ③は自らが覚せい剤を注射したことにより錯乱状態となった少女をホテルの一室に放置して逃走した事例であり、いずれも自らの先行行為により被害者を生命に危険のある状態に陥れ、

他に救助しうる者がいない状況において適切な救護措置を講じなかったというものであり、その不保護は、保障人的地位にある者が死の結果発生の具体的危険を生じさせる行為であるといえる。また、⑳は、重篤な症状を示している難病の男児を自ら引き取っていることから、引受けに基づく保障人的義務が認められ、適切な治療を施さなかった不作為により生命侵害の現実的危険を生じさせている。

(3) もっとも、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪とでは作為義務の程度が異なるというのが判例の立場であるとの見方¹⁹⁾も存在する。作為義務の程度の違いとは何を指すのかは必ずしも判然としないが、後述するように、要扶助者の生命に対して具体的な危険が発生している場合には殺人罪における作為義務が認められるのに対し、抽象的な危険にとどまる場合には保護責任者遺棄致死罪の成立を基礎づける作為義務が存在するにすぎないとされているようである。

しかし、保護責任者遺棄致死罪とされた事例を見ると、いずれも行為者は親権者たる地位、先行行為、引受け、排他的支配などにより死の結果を防止すべき保障人的地位にあっただけでなく、不保護の時点で被害者は生命侵害の危険が切迫した状態にあったといえる。このことは、現実²⁰⁾に死亡の結果が発生していることから明らかであろう。そうだとすると、右の基準からすれば、保護責任者遺棄致死罪における保護責任が認められると同時に不作為の殺人罪における作為義務も発生していたことになるはずである。それゆえ、判例上、殺人罪とされた事例と保護責任者遺棄致死罪とされた事例とを作為義務の程度の違いによって区別することもできないように思われる。²⁰⁾

(4) また、殺人罪の実行行為性を判断するに当たって、判例は法益の排他的支配の完全性に着目していると解する余地もあるかもしれない。²¹⁾ すなわち、同じひき逃げの事例でも、①では、被害者を車内に乗せて他人が救助できない

状態に置き、被害者の生命への完全な排他的支配を設定したために殺人罪とされたのに対し、③のごとく単に被害者を路上に放置したにすぎず、必ずしも完全な排他的支配の認められない場合には保護責任者遺棄致死罪にとどまる。

このことは、家庭内の不保護の場合についても当てはまり、家庭内に他人が介入することはほぼ不可能であつて完全な排他的支配が存在するがゆえに親の子に対する殺人罪の成立が認められるとするのである。

しかし、法益の排他的支配は、それだけで不作為犯の成立を基礎づけるものではなく、不作為の実行行為性を判断するための一要素にすぎないといふべきであろう。確かに、完全な排他的支配があれば、被害者が他人によって救助される可能性は少ないから、結果発生の可能性が高くなり、実行行為性が肯定されやすくなるとはいえるが、完全な排他的支配がなくても、重傷者を人通りの少ない場所に放置するなど不保護による結果発生の可能性が高い場合もありうる。事実、後述するように、③と同じく自動車運転手が自己の過失により傷害を負わせた被害者を路上に放置した行為について殺人の実行行為性が認められ、殺人未遂罪とされたものが存在する(③⑨、④⑩)し、逆に、他人の介入が困難な家庭内の不保護の事例において単に保護責任者遺棄致死罪とされている事例も少なくないのである。判例が殺人の実行行為性を判断する際に排他的支配の要素を考慮していることは否定できないが、完全な排他的支配があつたかどうかのみに着目して殺人罪と遺棄致死罪を区別しているとはいえないように思われる。²²⁾

(5) さらに、保障人的義務の発生根拠として排他的支配とともに危険創出を要求する見解からは、判例は危険創出(増加)行為があつた場合に殺人罪の成立を肯定しており、危険創出行為がないときには保護責任者遺棄罪にとどめていと説明される。²³⁾ここで危険創出とは、被害者に傷害を負わせる場合や、引受けによって排他的支配を設定する

場合などを指す。この見解によると、①では自車による傷害および車内への引受け、②では傷害という危険創出行為がなされたために殺人罪の成立が肯定され、また、家庭内の不保護の事例において殺人罪とされた④、⑤、⑦、⑧も、子供を引き取ったことによる引受けや、便槽への産み落としという危険創出行為があったというのである。

しかし、判例は、危険創出行為のみを保障人的地位の発生根拠としているわけではなく、法令など他の要素も考慮していると見るべきであろう。たとえば、⑩のように、危険創出行為がなくても殺人罪の成立が認められた裁判例も存在するし、逆に、ひき逃げの③、家庭内の不保護の⑮、家庭外の不保護の⑳、㉑、㉒、㉓など、引受けや傷害といった危険創出行為がなされているにもかかわらず保護責任者遺棄致死罪とされたものもある。そうだとすると、判例が危険創出の有無により殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別しているとも解されない。

(三) 先行行為の有無

(1) 不作為の殺人罪と遺棄致死罪の区別基準として第三に考えられるのは、先行行為の有無である。木村光江教授は、判例は先行行為の重大性により殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別していると指摘される²⁴⁾。すなわち、判例は、㉔や㉕のように殺意が存在すると考えられる事案であっても必ずしも殺人罪の成立を肯定しておらず、虐待行為などそれぞれ自体で重大な生命・身体の危険を生じさせるような行為が当該不作為に先行して行われた場合に殺人罪の成立を認める傾向にあるというのである。そして、木村教授自身、そうした判例の態度を支持されている²⁵⁾。

木村教授の指摘されるとおり、判例が殺人罪の成立を認めた事案には、不作為に先立って被害者の生命・身体に対

する侵害行為が行われているものが多い。特に家庭内の不保護以外の事例において殺人罪の成立が認められた裁判例は、すべて先行行為がなされたものである。すなわち、①のひき逃げの事例では、自動車事故による過失傷害という重大な先行行為が存在するし、家庭外の不保護の事例でも、虐待・暴行(⑳)、㉑、病院からの搬送(㉒)というように、どれも先行行為がなされている。また、家庭内の不保護の事例を見ても、⑨、⑩、⑪など殺人罪とされた事例の多くは、不保護に先行して被害児への虐待が行われており、しかも、その虐待によって衰弱したことが死亡の要因になったといえるほど虐待と不保護が密接な関係にあった事例である。出産直後に嬰兒を放置した⑥および⑧についても、出産自体が被害者の生命侵害の危険を惹起する先行行為と捉えることも不可能ではない。

逆に、保護責任者遺棄致死罪とされた事案は先行行為のないものが多い。家庭内の不保護の事例では、⑬、⑭から⑱、㉓から⑳は、虐待などの先行行為がなされていないし、家庭外の不保護の事例でも、㉔から㉖は先行行為のない事案である。⑭、⑳では不保護以前に被害児に対する暴行がなされているが、いずれも凍死の事案であり、先述したように不保護そのものに殺意がなかった可能性がある。㉑、㉒も、被害児に虐待を疑わせる徴候が見られるものの、死亡時には受傷から一、二か月経過しており、死因となりうるような外傷ではなかったため、虐待と不保護との関係は密接ではなかった。

また、㉓と㉔との取扱いの違いも先行行為の有無に基づくと解する余地がある。㉓と㉔は、重病の者に独自の治療類似行為を行い、医学的に適切な処置を受けさせず死亡させた点では共通している。しかし、㉓は、被害者を病院から連れ出したという先行行為があったために殺人罪の成立が肯定されたのに対し、㉔は、そのような先行行為がな

つたために保護責任者遺棄致死罪にとどめられたとも考えられるのである。

(2) このように、判例が先行行為の存在を重視しているとの指摘は、かなりの説得力を持つといえる。実務では、理論的な整合性より個々の事案に対する具体的帰結の妥当性が重視されるであろう。そのため、日頃から被害児への虐待が行われ、それと並行して不保護がなされたような場合は、犯情が重大であるために、殺人罪の要件を満たす限りで檢察はより厳しい殺人罪として起訴し、それに伴って裁判所も殺人罪の成立を認めることが多く、他方、先行して虐待等がなされていない単なる育児放棄の事例は犯情が比較的軽いので、たとえ殺人罪の故意や実行為を肯定しうる場合であっても、より軽い保護責任者遺棄致死罪として起訴され、有罪とされる傾向にあるのではないか。このような推測が成り立つのである。家庭内の不保護につき保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた判決例において、精神疾患のあった被害者との意思疎通が困難であったこと(23)、育児ノイローゼであったこと(24)、経済的に貧困であったこと(26)など被告人に同情すべき事情が指摘されているのも、右のような考え方が基礎にあるのかもしれない。

ただ、その理論的な根拠はどこにあるのかということになると、それは明確ではない。木村教授のいわれる先行行為は、一般の先行行為概念と意味を異にしている。一般に先行行為といわれているのは、作為義務(保障人的義務)の発生根拠の一つであって、たとえば他人を池に落としたりと通行人を自動車ではねたというように、自らの行為により法益に対する現実的危険を生じさせたために結果発生を防止すべき義務を負う場合をいう。これに対し、木村教授は、そのような場合ばかりでなく、親が日頃から子供を虐待していたような場合をも先行行為とされている。つま

り、不保護に先立ち被害者の生命・身体に対して何らかの侵害行為があった場合を広く先行行為と捉えられているのである。

そのような意味での先行行為は、本来、不作為犯における作為義務もしくは実行行為とは無関係である。たとえば、親が虐待により子供の生命に具体的な危険を生じさせたにもかかわらず救護措置を講じなかったという場合には、虐待という先行行為から作為義務が発生するともいえる。しかし、その程度に至らない虐待が日頃なされていたにすぎない場合、不保護によって子供を死亡させたとしても、それが殺人罪と評価されるのは、虐待から作為義務が発生するからではなく、親子という社会生活上の依存関係や支配領域性に基ついて作為義務が認められるからである。そうだとすると、なぜ不保護に先行して虐待がなされていた場合に保護責任者遺棄致死罪ではなく殺人罪の成立が肯定されるのかについての理論的な根拠は明確ではないといわざるをえない。

実際にも、木村教授のいわれる意味での先行行為があったかどうかという基準だけで判例の取扱いを説明することができるわけではない。③のひき逃げの事例では、自動車事故という重大な先行行為が存在するにもかかわらず保護責任者遺棄致死罪とされているし、⑮では虐待、⑲では墮胎、⑳では覚せい剤の注射という先行行為が行われていないから保護責任者遺棄致死罪にとどめられている。逆に、⑤、⑦、⑩のように、殺人罪とされた事案の中には先行行為が行われていないものも存在する。このことは、先行行為の有無が殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の決定的な区別基準となりうるものではないということを物語っているのである。

3 解決の方法

(一) 不作為の殺人罪の成立要件

(1) 右に検討してきた結果、判例は、殺人の故意および実行行為を殺人罪の成立要件としつつも、それらの要件を満たしただけで直ちに殺人罪の成立を認めるのではなく、不作為の以前に生命・身体に対する重大な先行行為がなされているかなどの事情にも着目して殺人罪か保護責任者遺棄致死罪かを決する傾向にあるとはいえる。ただし、先行行為の有無とは無関係に罪責が決定されているものもあり、判例がどのような基準で殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別しているのかは明瞭でない部分が残っている。それでは、両罪の限界はどこに求められるべきであろうか。

この点につき、不作為により死の結果が生じた場合は原則として殺人罪の成立する余地はなく、遺棄致死罪とすべきであるとされるのが、中山研一教授である。中山教授は、類似の事案について判例の結論が分かれた場合を比較したとき、殺意の有無や死亡結果発生の危険性の程度という点では明確な差が存在せず、一方を遺棄致死罪とし、他方を殺人罪として区別すべき明確な基準を見出すことは困難であるとされる。その上で、殺意の有無、行為の危険性の程度、作為義務の程度といった基準で殺人罪と遺棄致死罪を区別することは實際上困難であるとされ、判例の事案に關する限り、遺棄致死罪を超えて不作為の殺人罪として処罰しなければならぬ必然性とその実体的な論拠が示されているとはいいがたく、その限界が不明確である以上、すべて遺棄致死罪に引き寄せて解釈するのが謙抑的な方向であり、妥当であると主張される²⁶⁾。

しかし、すでに述べたように、保障人的地位にある者が殺意を持ちながら期待された作為を行わず、それにより生

命侵害の現実的危険性を生じさせる場合もありうる。そのような場合には、故意および実行行為という殺人罪の成立要件を満たしており、実行行為と死の結果との間に相当因果関係が存在する限り、殺人罪の成立を否定する理由はない。⁽²⁷⁾したがって、不作為によって死の結果が生じた場合には保護責任者遺棄致死罪のみが成立するというわけではなく、殺人罪の成立する余地もあると思われる。

(2) 問題は、どのような場合に不作為による殺人罪の成立を肯定すべきかである。不作為による殺人罪が成立するためには、殺人の故意があるだけでなく、当該不作為が殺人の実行行為といえるものでなければならぬ。したがって、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別基準を殺意の有無に求める学説が、殺意をもって置き去りすれば直ちに殺人罪の成立を認める趣旨であるとすれば、もちろん妥当でない。⁽²⁸⁾ただ、実際は、そうした見解においても、実行行為もしくは生命侵害の具体的危険の発生が殺人罪の成立に必要であるということは当然の前提になっているものと思われる。⁽²⁹⁾

殺人罪の実行行為性は、保障人的地位にある者が期待された行為を行わず、それにより結果発生 of 現実的危険を生じさせた場合に肯定される。保障人的地位の有無は、法令、契約、条理等を根拠に行為者と被害者が特別な依存関係にあり、社会生活上作為に出ることが期待されているかどうかによって決せられよう。また、結果発生 of 現実的危険を生じさせたかどうかは、被害者もしくは被害法益に対する危険がどの程度切迫しているか、行為者以外に被害者を救助する者が存在するかといった事情から総合的に判断されることになる。⁽³⁰⁾

(3) その際、不作為に先立って虐待など生命・身体への侵害行為がなされていたか否かは、原則として不作為の実

行行為性の判断には影響を及ぼさないと解すべきであろう。先述したように、判例はそのような意味での先行行為があつた場合に殺人罪の成立を認める傾向にあると指摘されている。もちろん、自らの虐待などにより被害者の生命に現実的な危険を生じさせた場合には、先行行為を理由とする作為義務が発生するから、不保護を殺人の実行行為と捉えることは許されるであろう。しかし、通常は、先行行為がその程度に至らず、単に日常的に虐待が繰り返されていすぎないという場合であり、そのような場合には虐待があつたというだけで作為義務が生ずるわけではない。また、先行行為の時点で殺意があれば先行行為自体を殺人の実行行為の一部と解することも可能となるが、ここで問題としているのは、先行行為の時点で殺意が存在しない場合であるから、先行行為と不作為とを併せて一連の殺人の実行行為と解することもできない。⁽³¹⁾

このように考えると、不作為の以前に虐待などの侵害行為があつたとしても、そのことが必ずしも不作為における殺人の実行行為性を基礎づけるわけではなく、むしろ、不作為自体が生命侵害の現実的危険性を有する否かを問題とすべきである。特に育児放棄のような家庭内の不保護の場合は、本来、先行行為から作為義務が発生するわけではなく、親子関係という社会生活上の依存関係によって作為義務が認められ、それとともに被害児の状況、支配領域性等の要素から、当該不作為が殺人の実行行為性を有するかどうか判断されることになろう。確かに、不作為に先立つて生命・身体への侵害行為が行われた事例においては、被害者の生命・身体に対して危険が生じているために殺意や殺人の実行行為が認められる場合が多く、事実上、殺人罪の成立を肯定しやすいとはいえるであろうが、そうした先行行為の存在は不作為犯の成否にとってそれ以上の意味はないように思われる。⁽³²⁾

このような理解からすると、不作為自体が殺人の実行行為と評価されるものであり、殺意も存在すれば、たとえ不作為の以前に虐待などの侵害行為がなされていなくても殺人罪の成立を認めてよいことになる。先に述べたように、ひき逃げの事例や家庭内の餓死・衰弱死に関する裁判例の中には、殺意があり、かつ、殺人の実行行為も肯定しうると考えられるにもかかわらず保護責任者遺棄致死罪とされているものがある。仮に判例が殺人の故意および実行行為性を肯定しうる場合であっても先行行為がないなどの事情を考慮して保護責任者遺棄致死罪の成立しか認めないといえれば、妥当ではない。

(4) もっとも、殺意の認定はしばしば困難を伴うから、判例において保護責任者遺棄致死罪とされた事例は、殺人の故意を基礎づける事実が存在しなかった、あるいは認定できなかったのかもしれない。一般論としては、ひき逃げにおいて被害者の負傷の程度が重い場合や、親権者等が不保護によって子を餓死、衰弱死させる場合には、通常、被害者の生命が危険な状態にあることを認識しているであろうから、少なくとも未必的な殺意が認められる場合が多いように思われるが、個々の事例においてはそうでない場合もありえよう。

裁判例の中には、自動車運転手が自己の過失により傷害を負わせた被害者をそのまま放置した事例につき、被害者の負傷の程度が瀕死の重傷というほどではなかったこと、現場の近くに人家があり、その住人が救護の措置をとっていること、「驚愕、恐怖の念にかられて夢中で逃走した」との被告人の供述を首肯しうることなどを根拠に未必的な殺意があったと認定することはできないとして、殺人未遂罪の成立を否定したものがある³⁰⁾。また、仮に死の結果発生についての認識はあったとしても認容が認められないという場合もありうる。③④では、被害者の息子が共犯者とされ

たが、この被害者の息子は被害者の回復を強く望んでいたことから被害者の死に対する予見はあったとしても認容する意思はなく、殺人の故意までは認められないとされたのである。

さらに、家庭内における餓死や衰弱死の事例においても、たとえば、「この程度で死ぬことはないだろう」と思いながら子に十分な食事を与えなかったところ、死の危険が切迫した状態になって初めて死の結果を予見し、その時点ではたとえ適切な処置を講じたとしても救命できなかったという場合には、殺人の故意が生じたときには、すでに結果防止が不可能だったために作為義務が否定され、殺人罪が成立しないということもありえよう。

(二) 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の限界

(1) いずれにしても殺人罪の成立には、殺意の存在とともに当該不作為における殺人の実行行為性が必要となるのであるが、学説においては、このことを前提に、殺意があっても当該不作為が殺人の実行行為といえない場合には保護責任者遺棄致死罪が成立するとする見解が有力である。そこで問題となるのは、当該不作為が死の結果について実行行為性を有していない場合に保護責任者遺棄致死罪の成立を認めてよいのかである。

通説によると、保護責任者遺棄致死罪などの結果的加重犯の成立には重い結果について過失が必要である。²⁴ ところで、過失犯の本質をめぐっては旧過失論と新過失論の争いが続いているものの、過失犯においても実行行為を観念しうるといのが一般的な理解であるといつてよい。²⁵ これを前提すると、結果的加重犯においても重い結果についての実行行為の存在が成立要件となるはずである。すなわち、保護責任者遺棄致死罪の成立には、殺人罪の場合と同じ

く、不保護が死の結果を生じさせる現実的危険性を有することが必要であると解すべきこととなる。実際、判例において保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた事例は、いずれもそのような意味での実行行為性が認められるといえる。仮に不保護自体は生命侵害の抽象的な危険しか有していなかったにもかかわらず何らかの事情で死の結果が発生した場合には、実行行為性が認められない以上、殺人罪はもちろん保護責任者遺棄致死罪が成立することもなく、単に遺棄罪の成立が問題となるにすぎないと解する。

このようにして、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は、同じ内容の実行行為を有するから、両者を実行行為の有無によつて分けることはできない。そうすると、結局、両者は殺意の有無によつて区別するほかないということになる。

(2) なお、学説においては、不作為の殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は作為義務の程度の違いによつて区別されるとの前提から、殺意があつても作為義務の程度が殺人罪の成立に必要な程度に達していない場合には保護責任者遺棄致死罪が成立すると説くものも存在する³⁶⁾。それでは、両罪における作為義務の程度の違いとは何を指しているのだろうか。この点、山口厚教授は、遺棄罪を生命あるいは身体に対する危険犯であるとする、遺棄罪の成立を基礎づける生命に対する危険は比較的軽度で、直接死亡に直結するものでなくともよいが、殺人罪の成立を肯定するためには、死亡へと直結しうる具体的な危険の存在とそれを回避すべき保障人的地位、さらにはそれらの事情についての認識・予見が認められることが必要であると述べられている³⁷⁾。また、町野朔教授も、保護責任者遺棄罪における保護義務は生命の危険を要扶助者から回避する広く浅い義務であるのに対し、殺人罪における作為義務は個別的・具体的な生命の危険が被害者に存在しているときにそれを回避すべき義務であるとされる³⁸⁾。こうした説明から推察すると、不

作為の殺人罪における作為義務と保護責任者遺棄致死罪における保護責任との違いは、要扶助者の生命に対してどの程度切迫した危険が発生しているかによるものと考えられる。そうだとすると、この見解は、不作為の殺人罪と保護責任者遺棄致死罪とを殺人の実行行為の有無によって区別する見解と事実上同じであるということになろう。³⁹⁾ 殺人の実行行為とは、死の結果発生の現実的危険性を有する行為を意味するからである。

このように考えると、不作為の殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との区別基準を作為義務の程度に求める見解もやはり支持できないということになる。確かに、遺棄罪は抽象的危険犯であるから、保護責任者遺棄罪における保護責任は、要扶助者に死亡の具体的危険が生じていなくても発生しうるの⁴⁰⁾に對し、不作為の殺人罪における作為義務は、被害者の生命に具体的な危険が存在して初めて生ずるものである。その意味では、遺棄罪における保護責任と不作為の殺人罪における作為義務は、生命に対する危険の程度という点で区別されうる。しかし、本稿がここで問題としているのは、現実⁴¹⁾に死の結果が生じた場合における殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の限界である。その場合には、いずれにしても不保護の時点において要扶助者の生命に対する具体的危険が生じているのが普通であるから、殺人罪と遺棄罪における作為義務の違いを生命に対する具体的危険の発生の有無に求めることはできない。⁴¹⁾

そもそも殺人罪における作為義務は、実行行為性を基礎づける要素であるのに反し、保護責任者遺棄（致死）罪における保護責任は、本来、単純遺棄罪に対する加重要素としての行為主体に関する要素であって、実行行為そのものではない。⁴²⁾したがって、両者の内容が異なるのは当然である。むしろ、保護責任者遺棄（致死）罪の構成要件的行為は遺棄もしくは不保護であるから、その成否の判断においては、遺棄もしくは不保護が実行行為性を有するかどうか

に着目する必要がある。すなわち、単なる保護責任者遺棄罪の場合は、遺棄もしくは不保護が生命を侵害する抽象的危険性を有していれば足りるが、すでに述べたように、保護責任者遺棄致死罪の場合は、その構成要件の結果が人の死である以上、遺棄もしくは不保護が死の結果を生じさせる現実的危険性を有する行為であることが必要となると解されるのである。そうすると、確かに、保護責任者遺棄罪および保護責任者遺棄致死罪を通じて、保護責任自体は、単に死の結果の生ずる抽象的な危険性によって認められるとしても、そのことから、保護責任者遺棄致死罪の成立要件として死の結果に対する具体的危険の発生は不要であるとはいえないように思われる。

このように考えると、現実には死亡の結果が発生した場合における殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の限界を作為義務の程度の違いによって説明することはできないように思われる。

三 死の結果が発生しなかった場合の取扱い

1 判例の概観

次に、死の結果が生じなかった場合における殺人未遂罪と保護責任者遺棄罪の限界について検討する。まず、判例の状況を概観するが、ここでも、(一) ひき逃げの事例、(二) 家庭内における不保護の事例、(三) 家庭外における不保護の事例(ひき逃げを除く)、の三つの類型に分けて見ていくことにしたい。

(二) ひき逃げの事例

殺人未遂罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

③⑨ 横浜地判昭和三七年五月三〇日下刑集四卷五二六号四九九頁

被告人が自動車運転中に過失により被害者に自車を衝突させ、加療約三か月を要する傷害を負わせたので、救護すべく自車の助手席に乗せ、走行したが、事件の発覚を免れるため、同人が死に至るかもしれないことを認識しながらそれもやむなしと決意し、夜明け前で降霜する中、顔面から出血し意識の明確でない被害者を、最寄りの人家から五〇ないし三〇〇メートル離れた人通りの少ない畑の中の路上に放置し、逃走した。被害者は、まもなく意識を回復し、近所の民家に助けを求め、死亡するには至らなかった。

④⑩ 東京高判昭和四六年三月四日高刑集二四卷一号一六八頁、判タ二六五号二二〇頁^{④⑩}

被告人が自動車を運転中に過失により被害者に自車を衝突させ、入院加療約六か月を要する傷害を負わせた後、同人を病院に搬送中、事件の発覚をおそれて翻意し、同人が死亡するかもしれないと認識したが、それもやむをえないと考え、寒気の厳しい深夜、人通りの少ない道路沿いの窪みに放置し、逃走した。被害者は親族に発見され、死亡するには至らなかった。

保護責任者遺棄罪の成立が認められた裁判例としては次のものがある。

④⑪ 大阪高判昭和三〇年一月一日裁判二卷二二号一一五二頁

被告人が自動車を運転中に過失により酒に酔って道路を横断中の被害者に自車を接触させて、治療約一〇

日を要する打撲等の傷害を負わせたが、同人を自転車に乗せて人通りの少ない場所で降車させ、放置して立ち去った。

④最判昭和三四年七月二四日刑集一三卷八号一一六三頁

被告人が自動車運転中に過失により被害者に自転車を接触させて、約三か月の入院加療を要する歩行不能の重傷を負わせたが、同人を自転車に乗せて降雪中の薄暗い車道まで運び、医者を呼んで来てやると欺いて同人を自転車から降ろし、放置して立ち去った。

④神戸地判昭和四一年五月二一日判タ一九四号一八五頁

被告人が自動車を運転中に過失により被害者に自転車を衝突させて、全治約二か月半を要する骨折等の傷害を負わせ、いったんは車内に運び込んだものの路上に放置して立ち去った。

④盛岡地判昭和四四年四月一六日刑月一卷四号四三四頁、判時五八二号一一〇頁

被告人が自動車を運転中に過失により被害者に自転車を衝突させて傷害を負わせた後、事件の発覚をおそれて同人を救護する意思を放棄し、意識不明の同人を自動車助手席に運び入れた上その場から逃走し、走行中の車内において同人を死亡させた。救命の可能性およびその認識がなかったとして、殺人罪の成立は否定された。

④東京高判昭和四五年五月一日高刑集二三卷二号三八六頁、判タ二五二号二三一頁

被告人が歩行者の女性を欺いて自転車に乗せさせたところ、同人に下車を求められたが、これに応じなかつ

たため、同人が走行中の自動車から飛び降り、瀕死の重傷を負った。被告人は、女性が重傷を負って意識も定かでないのを確認しながら、事件の発覚をおそれ、同人を置き去りにして逃走した。

(二) 家庭内における不保護の事例

保護責任者遺棄罪の成立が認められた裁判例として次のものがある。

④東京地判昭和六三年一〇月二六日判タ六九〇号二四五頁

いずれも婚姻外でもうけた一四歳の長男、六歳の長女、三歳の次女、二歳の三女と暮らしていた母親である被告人が、子供を養育する煩わしい生活から逃れ、交際していた男性と同棲するため家出し、約六か月間にわたり子供らを置き去りにした。その間、被告人は、二度ほど自宅に戻って食事の世話などをしたり、ときどき長男と会いあるいは電話連絡を取って生活費を送金したりしていたものの、子供らは飢えに苦しみ、次女は重度の栄養失調症となった。なお、三女は、その間に長男とその友達に折檻を受け、死亡した。

⑤札幌地判平成一五年一月二七日判タ一一五九号二三一頁

妻および実母と同居していた被告人が、実母から頭部を自宅の階段の角等に打ちつけられて多量に出血している妻を発見したが、妻が死亡すれば、妻と実母の不和に思い悩むことはなくなると思い、また、実母の犯行が発覚するのを避けるため、医師による治療を受けさせるなど適切な措置を講ずることなく、妻を放置した結果、同人は死亡した。被告人が救命措置を講じても被害者が死亡した可能性を否定することができず、

不保護と死亡との間に因果関係を認めるには合理的な疑いが残るとして、遺棄致死罪の成立は否定された。

(三) 家庭外における不保護の事例

殺人未遂罪の成立が認められた裁判例として次のものがある。

④前橋地高崎支判昭和四六年九月一七日判時六四六号一〇五頁

被告人が小児麻痺のため歩行不能の被害者から所持金を奪おうと企て、同人を自動車で山中に連れて出して現金を奪取した後、同人が凍死もしくは川に転落して溺死するかもしれないことを認識しながら、死亡してもやむをえないと決意し、山中に放置して立ち去った。被害者は自力で付近の山小屋に辿り着き、たまたま居合わせた者に救助された。

2 判例の分析と解決の方法

(1) 死の結果が発生しなかった事例につき殺人未遂罪の成立が肯定された裁判例と単に遺棄罪とされた裁判例とは、どのような点に違いがあるのであろうか。

殺人未遂罪とされた事例は、いずれも殺人の故意と実行行為を認めうる事例である。ひき逃げの事例である③、④では、自己の過失により重傷を負わせた被害者をいったん自車に乗せた後、容易に発見されない場所に未必的殺意を持ちながら置き去りにしており、先行行為および引受けに基づく保障人的地位とその不作為による生命侵害の現実的

危険の発生が認められる。④⑧では、自らが連れ出した歩行困難な被害者を山中に未必的殺意を持って放置したことに
より、先行行為に基づく保障人的義務が生じている上に、凍死もしくは溺死の具体的危険を生じさせている。

これに対し、単に保護責任者遺棄罪とされた事例は、殺人の故意や実行行為が認められない事例である。ひき逃げ
の事例において保護責任者遺棄罪とされた④①、④⑨では、被害者の負傷の程度が比較的軽かったことから、放置により
死亡の結果が生ずる現実的危険は存在せず、殺人の実行行為は認められないと考えられる。④⑤では、被害者は瀕死の
重傷を負い、意識も定かでなかったものの、被告人は被害者を自車に乗せることなくその場に放置して立ち去って
り、引受けがなかったために、一般に保障人的義務の否定される事例である。④④、④⑦では、もし救護措置を講じてい
たととしても救命できなかった可能性が否定できないとされており、そうだとすると作為義務が発生しない。④②では、
被害者をいったん自車に乗せて引き受けている上、第二審判決によると、被害者は相当の重傷を負っており、降雪中
の薄暗い車道上に放置したことにより著しく危険な状態に陥れ、他の通行車両による轢死または凍死のおそれがあっ
たというのであるから、殺人の実行行為があったともいえるが、被告人は、被害者の骨折等の傷害に気づかなかつた
とされており、殺意が認められなかったのであろう。家庭内の不保護の事例である④⑥でも、母親である被告人が約六
か月にわたり子供を自宅に放置したことによりその生命に対して危険を生じさせたともいえるが、被告人はときどき
自宅に戻って子供らの面倒を見るなどしており、やはり殺意がなかったと考えられる。

すでに述べたように、現実には死の結果が生じた事例につき、判例は必ずしも殺人の故意ないし実行行為の有無のみ
を基準として殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別しているわけではなく、先行行為の存在といった事情も考慮して

両罪の限界を決する傾向にある。これに対し、死の結果が発生しなかった事例につき殺人未遂罪の成立が認められた判例と保護責任者遺棄罪にとどめられた判例とは、殺人の故意および実行行為があつたかどうかという観点から区別される。ただ、殺人未遂罪とされた事例は、いずれも先行行為がなされていることから、殺人罪の成立において先行行為の存在を重視する判例の傾向がここにも現れているとの見方も可能である。

(2) それでは、こうした判例の解決方法は妥当であろうか。殺人未遂罪は、殺人の故意と実行行為が存在するとき成立するから、殺人未遂罪の成立を認めるためには、保障人的地位にある者が殺意を持って期待された作為を行わず、死の結果の現実的危険を生じさせることを要する。そうした要件を満たさない場合には保護責任者遺棄罪が成立することになる。すなわち、不保護により要扶助者が死亡する具体的な危険を生じさせたが、殺意がなかった場合や、たとえ殺意があつたとしても、被害者の負傷の程度が軽いか、他に救助する者が存在するといった事情のため不保護により要扶助者の生命に対して具体的な危険が発生しなかった場合には、殺人の故意もしくは実行行為が認められないので殺人未遂罪は成立せず、単に保護責任者遺棄罪が成立するにすぎない。保護責任者遺棄罪は抽象的危険犯であり、同罪の構成要件の結果は、生命侵害の抽象的危険であるから、前述した保護責任者遺棄致死罪の場合と異なり、保護責任者遺棄罪の実行行為は、死の結果を生じさせる抽象的危険を有する行為であれば足り、具体的危険を発生させる必要はないのである。

このようにして、殺人未遂罪と保護責任者遺棄罪を区別する基準は、殺人の故意と実行行為の有無に求められるべきであり、右に見た判例の結論は概ね妥当であるといえよう。

(3) なお、前述したように、不作為の殺人罪と保護責任者遺棄罪とは作為義務の程度が異なるとする見解が有力である。この見解によると、保護責任者遺棄罪における保護責任は、要扶助者の生命に対する危険が抽象的なものすぎない場合にも認められるが、不作為による殺人罪の作為義務は、死亡の具体的危険が存在するときにはじめて発生する。そうだとすると、不保護により死の結果に対する具体的な危険が発生したかどうかによって殺人罪と保護責任者遺棄罪を区別することになるから、その結論は、本稿のように実行行為の有無を両罪の区別基準とする見解のそれと実質的に同じであるといつてよいであろう。

四 むすび

本稿は、判例の分析を通じて不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界について検討してきた。本稿の結論は、以下の通りである。

まず、現実に死の結果が生じた場合につき、判例は、殺人の故意および実行行為を殺人罪の成立要件としながらも、それらの要件を満たしただけで直ちに殺人罪の成立を認めるのではなく、不作為の以前に生命・身体に対する重大な先行行為がなされているかにも着目して殺人罪か保護責任者遺棄致死罪かを決する傾向にある。しかし、殺人の故意と実行行為が認められる以上、死の結果と相当因果関係を有する限りにおいて殺人罪の成立を否定する理由はな

い。したがって、不作為の以前に被害者の生命・身体に対する重大な侵害行為がなされたか否かは、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別において決定的な要因となるものではない。ただ、保護責任者遺棄致死罪の成立にも、死の結果を生じさせる具体的危険性を有する行為すなわち実行行為が必要であると解すべきであるから、実行行為の有無によって不作為の殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別することはできない。両罪は、殺意の有無によって区別するほかないということになる。

次に、死の結果が生じなかった場合につき、判例は、殺人の故意および実行行為が認められるときには殺人未遂罪、故意もしくは実行行為が認められないときには保護責任者遺棄罪としており、その結論は概ね妥当であるといえる。殺人未遂罪が成立するためには殺人の故意と実行行為が必要となるから、たとえ殺意があったとしても、被害者の状況や排他的支配の程度などから判断して、被害者の生命に対して具体的な危険が発生したとはいえない場合には、当該不作為は殺人の実行行為には当たらないから、殺人未遂罪は成立せず、保護責任者遺棄罪が問題となるにすぎない。遺棄罪は抽象的危険犯であるから、遺棄罪の成立には、死の結果を生じさせる抽象的危険を有する行為がなされれば足りるのである。

(1) 中山研一「不作為の遺棄と殺人——判例の批判的検討」判例タイムズ八八一号(一九九五年)二八頁。

(2) 本稿では、公刊物未登載の裁判例についてはTKC法律情報データベースLEX/DBを利用した。

(3) 原審は、浦和地判昭和三十六年五月一二日下刑集三卷五二六号四六四頁、判時二六八号三四頁。

不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界

同志社法学 五七卷六号 三二六（一九五二）

- (4) 原審は、名古屋地判平成一四年一〇月三〇日（公刊物未登載）。
- (5) 原審は、岡山地判平成一五年四月二三日（公刊物未登載）。
- (6) 原審は、東京高判平成一五年六月二六日高検速報三三二〇二号、原々審は、東京地判平成一四年二月五日判タ一一〇五号二八四頁。
- (7) 原審は、札幌高判昭和六一年四月一日高刑集四二卷一五五二頁。
- (8) 原審は、福岡地判平成一四年三月二六日判タ一一一五号二八四頁。
- (9) 大谷實『新版刑法講義各論「追補版」』（二〇〇二年）八〇頁、大沼邦弘「ひき逃げと遺棄罪・殺人罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座第六卷各論の諸問題』（一九九三年）一〇一頁。
- (10) 大塚仁『刑法概説（各論）（第三版）』（一九九六年）六六頁、前田雅英『刑法各論講義（第三版）』（一九九九年）六七頁、福田平『全訂刑法各論（第三版増補）』（二〇〇二年）一六八頁、中森喜彦『刑法各論（第二版）』（一九九六年）四二頁、堀内捷三『刑法各論』（二〇〇三年）三三三頁、西田典之『刑法各論（第三版）』（二〇〇五年）三四頁、井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五年）四五頁、大越義久「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第四版）』（一九九七年）一七頁、大沼・前掲注（9）一〇七頁。
- (11) 殺人罪の故意の内容については、⑫は、被害者が餓死するに至る現実的・具体的危険のある状態を認識していた点を指摘し、他方、遺棄罪の故意については、⑬、⑭において、抽象的危険の発生を基礎づける事実的認識で足りるとされている。
- (12) 中山・前掲注（1）二八頁、木村光江「不作為による遺棄」現代刑事法五卷九号（二〇〇三年）一〇二頁。
- (13) 大谷・前掲注（9）八〇頁。このほか、林幹人『刑法各論』（一九九九年）五二頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二版 第一巻』（二〇〇二年）（半田靖史）二〇四頁、曾根成彦『刑法各論（第三版補正版）』（二〇〇三年）四九頁。
- (14) 大谷實『新版刑法講義総論「追補版」』（二〇〇四年）一五三頁以下。
- (15) 日高義博『不真正不作為の理論』（一九七九年）二二八頁以下。
- (16) 堀内捷三「不作為犯論——作為義務論の再構成——」（一九七八年）二五四頁以下。
- (17) 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的課題 総論Ⅰ』（一九八八年）八九頁以下。
- (18) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』（一九九六年）一〇八頁以下。

- (19) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(一九七二年) 一五八―一五九頁。
- (20) 中山・前掲注(1) 二八頁。
- (21) 堀内・前掲注(16) 二五五頁以下、堀内捷三『刑法総論(第二版)』(二〇〇四年) 六二頁参照。
- (22) 鎮目征樹「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論(第五版)』(二〇〇三年) 一五頁参照。
- (23) 佐伯・前掲注(18) 一一二頁以下。
- (24) 木村・前掲注(12) 一〇二頁。
- (25) 木村・前掲注(12) 一〇三頁。
- (26) 中山・前掲注(1) 二七頁以下。
- (27) 西田・前掲注(10) 三四頁。
- (28) 大谷・前掲注(9) 八〇頁。
- (29) たとえば、前田・前掲注(10) 六七頁や大塚・前掲注(10) 六六頁は、殺意のある場合に保護責任者遺棄致死罪が成立することではなく、殺人罪となるとしながらも、殺人罪が成立するためには遺棄または不保護が殺人の実行行為に当たるものでなければならぬと述べている。また、西田・前掲注(10) 三四頁も、遺棄致死罪と不作為の殺人罪との区別は殺意の有無とともに生命に対する具体的危険の発生によるとしている。この点につき、齊藤彰子「遺棄罪」法学教室二八六号(二〇〇四年) 五四頁注四二参照。
- (30) 拙稿「不真正不作為の实行行為性について」同志社法学五六卷六号(二〇〇五年) 七二五頁以下参照。
- (31) ⑩の第一審は、被害者を病院から連れ出した作為と、ホテルに運び込んだ後に救命措置を講じなかった不作為とを併せて一連の行為をもつて殺意に基づく殺人の実行行為であるとされている。これに対し、控訴審および最高裁は、ホテルに運び込む以前に殺意があったとは認定できないとして、被害者を病院から連れ出し、ホテルに運び込んだという先行行為によって作為義務を負っていたにもかかわらず、未必の殺意をもつて生存に必要な医療措置を講じなかったという不真正不作為であるとされた。
- (32) 齊藤・前掲注(29) 五四頁注四七参照。
- (33) 岐阜地大垣支判昭和四二年一〇月三日下刑集九卷一〇号一三〇三頁。

- (34) 大谷・前掲注(14) 二二二頁。
- (35) 大谷・前掲注(14) 二〇九頁以下。
- (36) 平野・前掲注(19) 一五九頁、山口厚『刑法各論〔補訂版〕』(二〇〇五年) 三九頁、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(一九八八年)〔町野朔〕七四頁。
- (37) 山口・前掲注(36) 三九頁。
- (38) 小暮ほか編・前掲注(36)〔町野〕七四頁。
- (39) 大塚ほか編〔半田〕・前掲注(13) 二〇三―二〇四頁、齊藤・前掲注(29) 五四頁。
- (40) 岡野光雄「ひき逃げと遺棄罪」『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』(二〇〇二年) 二九七頁以下は、単純なひき逃げおよび移転を伴うひき逃げを通じて遺棄罪の成立を否定する。
- (41) 井田・前掲注(10) 四五頁は、殺人罪を基礎づける作為義務違反と保護責任者遺棄罪を基礎づける作為義務違反とを区別することには大きな困難を伴うとする。林美月子「保護責任の発生根拠」西田典之Ⅱ山口厚編『刑法の争点〔第三版〕』(二〇〇〇年) 一三七頁も、両者の作為義務は重なるとする。なお、佐伯・前掲注(18) 一一八頁注四一は、「保護責任は作為義務よりも一面で狭く一面で広い、というのが正確であろう」とする。
- (42) 堀内・前掲注(21) 六二頁が、殺人罪の作為義務は違法要素であるが、保護責任者遺棄罪の保護責任は責任要素であると述べているのも、同様の趣旨であろう。
- (43) 原審は、浦和地判昭和四五年一〇月二二日刑月二卷一〇号一一〇七頁。
- (44) もっとも、引受けがなくても、自己の先行行為により重大な傷害を負わせたことのみをもって保障人的義務を認めることも可能であり、そのような立場からは、㊦においても殺人未遂罪とされることになろう。