

# ひき逃げにおける不作為による殺人罪と 保護責任者遺棄致死罪の境界

奥田 菜津

- I. はじめに
- II. 議論の前提
  1. ひき逃げの分類
  2. ひき逃げに適用しうる犯罪
  3. ひき逃げの処罰の現状
  4. ひき逃げの普遍性
- III. ひき逃げをめぐる議論状況
  1. 道路交通法違反
  2. 不作為による殺人罪
  3. 遺棄罪
- IV. 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界に関する学説とその分析
  1. 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界に関する学説
  2. 分析
- V. 裁判例とその分析
  1. 裁判例の概観
  2. 分析
- VI. 私見
  1. ひき逃げの特徴——虐待事例との対比から
  2. 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界設定へのアプローチ
  3. ひき逃げにおける罪名決定のための3つの指標と時間的限界
  4. ひき逃げにおける殺人罪／保護責任者遺棄致死罪／両罪不成立の境界モデル
  5. 事例の設定と私見に基づく解決
- VII. おわりに
  1. 本稿の内容のまとめ
  2. 本稿の成果と今後の課題

## I. はじめに

不真正不作為犯による殺人が問題になるケースには、さまざまなものがあ

る。しかし、なかでも特徴をもつのは、次の2つの類型ではないだろうか。すなわち、「虐待類型」と、「ひき逃げ類型」<sup>1)</sup>である。

「虐待類型」とは、家庭またはそれに類似の密接な共同体のなかで、扶助が怠られた要扶助者が死に至るといった類型全般をさす。親が子どもに食べ物を与えないもの<sup>2)</sup>のほか、逆に子が要介護の親に食べ物を与えないもの<sup>3)</sup>もある。また、内縁の夫や妻の子や配偶者の不貞の子に対するもの<sup>4)</sup>もあれば、その他の特殊な支配・服従関係にある者同士で起こるもの<sup>5)</sup>もある。暴力をともなう虐待が先行し、その後必要な治療を怠るといったケースも多い<sup>6)</sup>。母親が子を産み落としそのまま放置するといった例<sup>7)</sup>も、広い意味でこの類型に含めてよいであろう。いずれにせよ、所与の密接な結びつきの存在と、家庭をはじめとする特殊な閉鎖空間を前提とした作為義務が問題となる。

これと対照的なのが、自動車事故によって被害者を負傷させたのちに、運転者が被害者に適切な救護措置をとることなく立ち去るといった、「ひき逃げ類型」である。

「虐待類型」の場合、その特殊な関係性は、長い時間をかけて醸成され、持続する。これに対して「ひき逃げ類型」は、それまでまったく無関係であ

- 1) 拙稿「不真正不作為犯における作為義務の根拠論—諸要素の位置づけの再検討—」同志社法学71巻3号(2019年)79頁以下では、不作為による殺人のケースを(1)虐待類型、(2)交通事故類型、(3)殺人罪に関するその他の類型に分類して検討している。
- 2) 名古屋地裁平成14年10月30日判決LEX/DB文献番号28085354、大阪地裁平成18年3月28日判決裁判所ウェブサイト、大阪地裁平成24年3月16日判決WestlawJapan文献番号2012WLJPCA03169005、東京高裁平成29年1月13日判決LEX/DB文献番号25546412。
- 3) さいたま地裁平成14年1月13日判決WestlawJapan文献番号2002WLJPCA01319009。
- 4) 内縁の妻の子に対するものとして、東京高裁平成19年1月29日判決高刑速平成19年号107頁、札幌地裁平成21年11月30日判決裁判所ウェブサイト。妻の不貞の子に対するものとして、広島高裁岡山支部平成17年8月10日判決裁判所ウェブサイト。
- 5) 東京地八王子支判昭和57年12月22日判タ494号142頁、前橋地裁平成14年12月26日判決裁判所ウェブサイト。いずれも、血縁関係はないものの同居していた者に対して、その家庭内で行われたものである。
- 6) 前掲注(4)・(5)に挙げた裁判例はいずれも暴行が先行している。
- 7) 福岡地裁久米支部昭和46年3月8日判決判タ264号403頁、仙台地裁平成20年1月8日判決裁判所ウェブサイト、千葉地裁平成24年7月10日判決LEX/DB文献番号25482432。

った者同士が偶発的に、特殊な関係を形成する。また「虐待類型」は、不作為にも時間的な幅がある。「食べ物を与えない」という不作為は、数日、数週間、場合によっては数カ月にもおよぶ。他方で「ひき逃げ類型」は、多くの場合被害者を放置して車で逃げだすといった形をとるから、その不作為はとっさの判断による刹那的なものである。加えて、「虐待類型」は、暴力による虐待という先行行為がともなうこともあるが、単に「食べ物を与えない」などのネグレクトのみで死に至らしめることも多い。他方で、「ひき逃げ類型」には必ず、交通事故という先行行為が存在する。このように、「虐待類型」と「ひき逃げ類型」は、非常に好対照をなしてるように思われる。

さらに、「ひき逃げ類型」は、交通犯罪としての側面からも特殊性をもつ。自動車社会であるわが国では、交通事故は日々起こるものであり、その当事者はとくに反社会的性格をもつ者ではなく、どこにでもいる普通の人である。このことは、「自動車交通犯罪の一般性」ないしは「日常性」として、しばしば指摘される<sup>8)</sup>。また、交通犯罪である以上、道路交通法の問題が併せて浮上するため、刑法犯の域を超えた検討が求められる。このような特殊性から、不真正不作為犯を論ずるにあたって、「ひき逃げ類型」を特に取り上げ、検討する価値は高い。

以上により、本稿では、「ひき逃げ類型」のケースを取り上げ、その処罰について考察する。不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界はこれまでにもたびたび議論されてきた<sup>9)</sup>。本稿では、これらの議論を参照しつ

---

8) 大谷實『刑事政策講義〔新版〕』（弘文堂、2009年）392頁、川出敏裕・金光旭『刑事政策〔第2版〕』（成文堂、2018年）491頁。また、川本哲郎『〔新版〕交通犯罪対策の研究』（成文堂、2020年）は、85頁では「交通犯罪は、かつては、現代型犯罪とされ、法律違反が当然には犯罪者の悪性の徴表とは認められないと解されていた」とし、同1頁では「交通犯罪者といっても、軽微な初犯から悪質な運転者まで様々なものがある」と、交通犯罪の特質を指摘したうえで、交通犯罪対策について幅広く研究している。

9) 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6巻〉——各論の諸問題』（法学書院、1993年）95頁、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881号（1995年）19頁、十河太郎「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57巻6号（2006年）287頁、森住信人「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の関係について」町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉 岩井宜子先生古稀祝賀論文集』

つ、あくまで「ひき逃げ類型」に焦点を絞って、一定の境界モデルを示すことを目的とする。

なお、本稿ではひとまず致死結果の生じた場合を想定して「不作為による殺人罪」と「保護責任者遺棄致死罪」の境界と表記するが、致死結果が生じていなければ、当然ながら、「不作為による殺人未遂罪」と、「保護責任者遺棄罪」または「保護責任者遺棄致傷罪」の境界の問題となる。本稿は両罪の実行行為性の境界を論ずるものなので、特に指定が無ければ、「不作為による殺人罪」「保護責任者遺棄致死罪」との表記は、致死結果が生じていない場合、それぞれ「不作為による殺人未遂罪」「保護責任者遺棄罪／致傷罪」と読みかえることができるものとする。

## II. 議論の前提

まず、ひき逃げをめぐる議論状況の前提を、ごく簡潔に示す。

### 1. ひき逃げの分類

「ひき逃げ類型」とは、自動車事故によって被害者を負傷させたのちに、運転者が適切な救護措置をとることなく立ち去る類型である。しかし、この類型は、さらに2つの類型に分類される。「単純なひき逃げ」と、「連れ込み型のひき逃げ」である。

「単純なひき逃げ」は、事故後に運転者が単に逃走するというもので、典型的なひき逃げである。これに対して「連れ込み型のひき逃げ」では、事故後、運転者が被害者を車内に連れ込み救護しようとするも翻意し、被害者を自動車から降ろし、そのまま放置するのである。初めから救護するつもりはなく事件の発覚をおそれて被害者を連れ込む場合や、被害者を降車させる場所を探している間に走行中の車内で被害者が死亡する場合もある。

---

(2011年) 368頁、萩野貴史「殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別——わが国の判例の分析を中心に——」法政論叢52巻1号 (2016年) 103頁など。

ひき逃げの処罰を議論するにあたっては、この「単純なひき逃げ」と「連れ込み型のひき逃げ」とが意識的に区別されてきた。このいずれにあたるかによって、論者による論理構成も、裁判所による扱いも、大きく異なる。

## 2. ひき逃げに適用しうる犯罪

単純／連れ込み型を問わず、「ひき逃げ類型」に適用しうる犯罪は、以下の5つであろう。

- ①不作為による殺人罪（刑法199条）
- ②不作為による単純遺棄致死罪（刑法217条、219条）
- ③保護責任者遺棄致死罪（刑法218条、219条）
- ④救護義務違反（道路交通法72条1項前段、117条2項）
- ⑤報告義務違反（道路交通法72条1項後段、119条1項10号）

本稿が主眼を置くのは、①と③の境界である。ただしその前提として、②③は、遺棄の罪の理解によって、その適用可能性が大きく異なる。また、刑法犯（①②③）と道路交通法違反（④⑤）との関係も問題となる。

## 3. ひき逃げの処罰の現状

ひき逃げの発生件数は、平成12年以降急増したが、17年から減少に転じ、ピークのころの半分程度になっている<sup>10)</sup>。また、検挙率についてみると、死亡事故の検挙率はきわめて高く、平成26年から平成30年までは97%から102%を推移していることが分かる。他方で、被害者が重傷の場合は51.8%～62.4%、軽傷の場合は43.8%～49.1%と、被害の程度に応じて検挙率が異なっている<sup>11)</sup>。

これらひき逃げの処罰は、後述のとおり、そのほとんどが道路交通法上の

---

10) 平成29年版犯罪白書第4編第1章第2節3。

[http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/64/nfm/n64\\_2\\_4\\_1\\_2\\_3.html](http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/64/nfm/n64_2_4_1_2_3.html)（最終閲覧日・2020年8月20日）

11) 令和元年交通安全白書第1編第1部第2章第5節3（1）

[https://www8.cao.go.jp/koutu/taisaku/r01kou\\_haku/zenbun/genkyo/h1/h1b1s2\\_5.html](https://www8.cao.go.jp/koutu/taisaku/r01kou_haku/zenbun/genkyo/h1/h1b1s2_5.html)（最終閲覧日・2020年8月20日）

救護義務違反・報告義務違反と、これに加えて先行する事故にかかる自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死傷罪<sup>12)</sup>の併合罪として処罰されている<sup>13)</sup>。殺人罪や保護責任者遺棄致死罪が実務上問題とされるのは、ごく限られたケースに過ぎない。

#### 4. ひき逃げの普遍性

わが国におけるひき逃げの処罰は、諸外国と大きく異なるというわけではない。多くの国で、わが国でいうところの道路交通法のような特別法により、事故を起こした運転者に対し、停止および事故の通報、場合によっては救護等の義務を課し、それに違反した場合、罰則が定められている<sup>14)</sup>。またこれ

12) 当該時代ごとに、業務上過失致死傷・自動車運転過失致死傷・自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死傷罪と変遷する。

13) 松原和彦「批判」白鷗法学23巻1号(2016年)6頁、前田雅英ほか編『条解刑法[第3版]』(弘文堂、2013年)637頁以下、大沼・前掲注(9)96頁。

14) たとえばイギリスでは、Road Traffic Act 1988. に、§ 170 Duty of driver to stop, report accident and give information or documents が定められている。以下、試訳。

第170条 運転者の停止・事故の通報・情報及び資料の提供の義務

(1) 本条は、道路その他公共の場所における機械式車輛 (mechanically propelled vehicle) の存在に起因して、次のような事故が生じた場合に適用する。

(a) 当該機械式車輛の運転者以外の者に身体的傷害が生じた場合。

(b) 次の物に損害が生じた場合。

(i) 当該機械式車輛やそれが牽引する車輛以外の車輛

(ii) 当該機械式車輛やそれが牽引する車輛の内部または上部に積載された動物以外の動物

(iii) その他、当該道路又は場所が位置する土地またはこれに隣接する土地に建設され、設置され、栽培され、またはその他の方法でその土地の一部をなす財産

(2) 機械式車輛の運転者は、停止したうえ、合理的根拠をもって要求された場合には、自身の名前と住所、その車輛の所有者や識別記号 (identification mark) を伝えなければならない。

(3) 何らかの理由により、機械式車輛の運転者が第2項に基づく名前や住所の提供をしない場合、運転者は、事故を通報しなければならない。

(4) 第2項又は第3項の遵守を怠った者は、刑事責任を負う。

(5) 第1項(a)の効力によって本条が適用される場合、自動車 (a motor vehicle) の運転者が事故当時において保険証書 (certificate of insurance) その他の証拠を提示しない場合、第165条第2項(a)に言及されているように、

(a) 警察官 または

(b) 合理的根拠をもって運転者に提示を要求した者 に対して、

運転者は事故を通報し、保険証書またはその他の証拠を提示しなければならない。本項は、

とは別途、不作為による殺人が問題とされることもある。

ドイツでは、「事故現場からの逃走」を処罰する罪<sup>15)</sup>が刑法上定められて

---

身体障害者用車輜 (invalid carriage) の運転者には適用されない。

- (6) 本条に基づいて事故の通報または保険証書その他の証拠の提示を義務づけるにあたっては、第165条第2項(a)に言及されているように、運転者は警察署に、または警察官に対して、合理的に可能な限りただちに、場合によっては事故の発生から24時間以内にそれを行わなければならない。
  - (7) 第5条の義務の遵守を怠った者は、刑事責任を負う。しかし、事故後7日以内に、事故の通報にあたり運転者によって指定された警察署において保険証書その他の証拠が提示されたならば、保険証書またはその他の証拠の提示を怠ったことのみによって有罪とされてはならない。
  - (8) 本条における「動物」とは、馬、牛、ロバ、ラバ、羊、豚、山羊、犬をいう。
- 15) StGB §142 Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort. 以下、試訳。なお、試訳にあたり、法制審議会—刑事法（自動車運転に係る死傷事犯関係）部会第5回会議（平成25年1月16日開催）資料20「ドイツ刑法の規定（仮訳）」<http://www.moj.go.jp/shing1/shingi06100041.html>（最終閲覧日・2020年8月20日）、高山佳奈子「ドイツにおける交通事件処理」成城法学69号（2002年）80頁注（12）を参照した。
- 第142条 事故現場からの無許可離脱
- (1) 事故関係者が、道路交通における事故の後、
    1. 他の事故関係者及び被害者のために、現場にとどまり、事故に関わったことを報告することにより、自己の身元、車両及び事故への関わり方を確認できるようにすることなく、または
    2. 事故の確認をする者がいないとき、状況に照らして適切な時間、待機することなく事故現場から離れたときは、  
3年以下の自由刑または罰金に処する。
  - (2) 事故関係者が、
    1. 現場に待機すべき時間（第1項第2号）の経過後、または
    2. 正当に若しくは免責的に  
事故現場から離れた場合であっても、その後遅滞なく事故確認を可能にしなかったときは、第1項により処罰する。
  - (3) 事故関係者が、権利者（第1項第1号）または最寄りの警察署に対して、自己が事故にかかわったことを知らせたとき、及び、自己の住所、滞在地並びに車両のナンバー及び所在地を明らかにし、直ちに事故確認をするため、合理的な期間車両を提供したときは、事故確認を事後に可能にすべき義務は果たされている。ただし、事故関係者が自らの行為により、事故確認を意図的に妨ぐことができたときは、この限りではない。
  - (4) 第1項及び第2項に該当する場合であっても、損害が重大ではなく交通量の少ない場所での事故であり、事故の後24時間以内に任意に事後的な事故確認を可能にしたとき（第3項）は、裁判所は、刑を減輕し（第49条第1項）、またはこれらの規定に定める刑を免除することができる。
  - (5) 事故関係者とは、状況に照らし、自己の行為が事故の原因となった可能性のある者すべて

いる。これも構造としてはわが国の道路交通法と近いものではあるが、これが特別法ではなく、刑法典に定められているという点で注目される<sup>16)</sup>。現在、ひき逃げの事案の多くはこの条文によって処罰されている<sup>17)</sup>。さらに、同じく刑法典上、「不救助罪」<sup>18)</sup>が定められていることも特筆すべきである<sup>19)</sup>。事故により歩行者を負傷させたのち、殺意をもって救助を怠った場合、ドイツもわが国と同様に不作為による殺人が問題となる。しかし、それは戦後になってからであり、戦前のドイツでは、これに不作為の殺人を認めることはなく、すべて不救助罪によって処理されてきたことが指摘されている<sup>20)</sup>。このためドイツでは、「単なる不救助罪に留まらない」といえるか否か、という視点で、作為と不作為との同価値性が論じられることがままある。なお、不救助罪を定めるドイツ刑法323条cは2017年5月に改正され、第2項として、他者による救助を妨害することも処罰対象として付け加えられた。これに伴い、標題も変更されている。

このように具体的な処理は国によって異なるものの、「ひき逃げ」という現象は多くの国で、先行する事故とは別個の犯罪行為としての地位を確立している。つまり「ひき逃げ」は一般的に、それに先立つ交通事故そのものと

をいう。

16) 高山・前掲注(15)72頁。

17) 高山・前掲注(15)72頁。

18) StGB § 323-c Unterlassene Hilfeleistung; Behinderung von hilfeleistenden Personen. 以下、試訳。なお、試訳にあたり、前掲注(15)資料、高山・前掲注(15)81頁注(14)、小野寺一浩「ドイツ刑法における不救助罪の制定について」福岡大學法學論叢61巻4号(2017年)975頁以下を参照した。ただしこれらはいずれも、2017年改正前の条文である。

第323条c 救助の不履行・救助者に対する妨害

(1) 事故または公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要かつ当該状況のもとで期待可能で、特に自身への著しい危険も、他の重要な義務への違反もなく救助できたにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1年以下の自由刑または罰金に処する。

(2) 救助を行い、または行おうとする第三者を妨害した者も、同様とする。

19) 不救助罪の制定およびその変遷の過程についての文献として、小野寺・前掲注(18)975頁。ただし2017年改正がなされる直前のものであるため、新設の第2項については反映されていない。

20) Welzel, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494 ff.



は切り離された、処罰に値する固有の行為ととらえられているのである。

### Ⅲ. ひき逃げをめぐる議論状況

ここでは、ひき逃げに適用されうる犯罪として、1. 道路交通法違反、2. 不作為による殺人罪、3. 遺棄罪について、それぞれの議論状況を確認する。

#### 1. 道路交通法違反

##### (1) 救護義務違反・報告義務違反

道交法上の救護義務違反・報告義務違反の罪質については、当初、これは警察協力義務を規律するものであり、行政犯的性格を有するとされた<sup>21)</sup>。これを徹底すると、保護法益はあくまで、道路交通の安全という社会法益や司法作用すなわち国家法益であり、負傷者の生命・身体の安全という個人法益は埒外といえそうである。仮にそうだとすると、殺人罪や遺棄罪といった犯罪とはその罪質をまったく異にすることになる。

しかし、救護義務違反の罪は、1964年<sup>22)</sup>、2001年<sup>23)</sup>、2007年<sup>24)</sup>の道交法改正によって、法定刑が大きく引き上げられてきた<sup>25)</sup>。これにより、ひき逃げの場合（すなわち、負傷者の死傷が運転者の運転に起因する場合）の救護義務違反の法定刑は10年以下の懲役または100万円以下の罰金ということにな

---

21) 漆畑貴久「交通犯罪と刑法等改正の動向」嘉悦大学研究論集51巻1号（2008年）72頁、曾根威彦・日高義博「ひき逃げの罪質」植松正ほか編『現代刑法論争Ⅱ第2版』20頁〔曾根威彦〕、25頁〔日高義博〕。

22) 「1年以下の懲役又は5万円以下の罰金」から、「3年以下の懲役又は10万円以下の罰金」に引き上げられた。

23) 「3年以下の懲役又は20万円以下の罰金」から、「5年以下の懲役又は50万円以下の罰金」に引き上げられた。

24) 負傷者の死傷が当該運転者の運転に起因するものであった場合に「10年以下の懲役または100万円以下の罰金」に処するという117条2項が新設された。

25) これら交通犯罪の厳罰化を詳細に追って分析し、警鐘を鳴らすものとして、漆畑・前掲注（21）57頁。そのほか、厳罰化に対して厳しい目を向けるものとして、曾根威彦「交通刑法の改正問題」刑事法ジャーナル8号（2007年）8頁。

り、単純遺棄罪にとどまらず、保護責任者遺棄罪（3月以上5年以下の懲役）さえもしのぐものとなった。このように、生命・身体への具体的な侵害が想定される犯罪よりもなお重い法定刑が定められている以上、救護義務違反が単なる行政犯に過ぎないと解するのは困難である<sup>26)</sup>。現在では、救護義務違反については、道路交通の安全のほかに負傷者の生命・身体の安全をも保護法益としていえると考えられるようになっている<sup>27)</sup>。

## (2) 殺人・遺棄との関係

これら道交法上の犯罪と、殺人罪・遺棄罪との関係については、基本的には、重いものに軽いものが吸収されるということになろう<sup>28)</sup>。つまり、救護

26) 神山敏雄「ひき逃げ」法学セミナー333号（1982年）60頁以下（この時点では2001年法改正がまだなされていないため、単純遺棄罪と比較しての結論となっている）、曾根・前掲注（25）7頁。このほか、法定刑に着目してその罪質を検討するものとして、漆畑・前掲注（21）73頁は、「2007年の刑法及び道交法改正以前には、いわゆるひき逃げ事犯は、通常、業務上過失致死傷罪と救護義務違反の罪との併合罪として7年6月の懲役が刑の上限とされていたのであるが、救護義務違反の罪の法定刑を10年に引き上げることによって上記の併合罪による刑の上限が15年とされることに対しては、過失犯と行政取り締まり法規違反との併合罪としてはかなり重い刑罰といえるのではないか」「併合罪による刑の加重は、それぞれの罪のうち『その最も重い罪について定めた刑の長期にその2分の1を加えたもの』を長期とするとして（刑法47条）が、その『重い罪』とされるのは救護義務違反の罪ということになり、個人の生命・身体に対する罪を直接に規定する業務上過失致死傷罪よりも行政取り締まり法規違反の方がその責任につき重く評価されていることにも疑問がある」と指摘する。

27) 松尾誠紀「道路交通法における負傷者救護義務違反罪の義務内容」法と政治66巻2号（2015年）232頁は、救護義務の罪質・保護法益について、次のように説明する。「72条1項前段を規定した目的は、第一に、自動車等による道路交通の危険性に鑑みて、交通事故が発生した場合にいかなる措置を採るべきか、運転者に対しその手順を明示すること、第二に、現に被害者に生じた負傷と共に、特に道路上では当該負傷者にさらなる危険が生じる可能性も高いため、その適切な保護を図ること、第三に、交通事故が発生した場合には、他の交通関与者に危険が拡大する可能性があるため、その予防を図ることである。72条1項前段のこうした目的から、72条1項前段違反の罪の保護法益は、交通関与者の生命・身体・財産を広く含む一般的・抽象的なものとして理解される」。なお、裁判例として、最決昭和50年4月3日刑集29巻4号111頁を参照。

28) 曾根・前掲注（21）20頁は、「救護義務違反はひき逃げ事犯の悪質性と行政取り締まり目的とを考慮した単純遺棄罪の特別加重類型と目すべきものである」とし、このことから、「両罪の関係は法条競合とな」と説明する。この見解によれば、単純遺棄罪との関係では救護義務違反が成立し、単純遺棄罪の結果的加重犯との関係では単純遺棄罪の結果的加重犯が成立する。

義務違反の法定刑が保護責任者遺棄罪に追いついた現在では、被害者が死に至っておらず、救護義務違反と保護責任者遺棄罪がともにその構成要件を満たす場合、救護義務違反のみが成立する。他方で、被害者に死の結果が生じており、救護義務違反と保護責任者遺棄致死罪がともにその構成要件を満たす場合には、法定刑が重い保護責任者遺棄致死罪が成立することになる。

実務上の処理としては、ひき逃げの多くは、自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死傷罪<sup>29)</sup>と救護義務違反の併合罪で処罰されている<sup>30)</sup>。ひき逃げの事案では、東京高裁昭和45年5月11日判決<sup>31)</sup>を最後に、大阪高裁平成27年8月6日判決<sup>32)</sup>にいたるまで保護責任者遺棄での起訴はなされていなかった<sup>33)</sup>し、殺人罪で起訴されたものとしては、現時点で6件程度しか見当たらない。

なお、厳密に言えば、救護義務違反と保護責任者遺棄罪の成立範囲は異なる。救護義務は負傷の程度を問わず発生するが、保護責任は、被害者が「病者」の程度に達している場合に問題となるためである<sup>34)</sup>。

## 2. 不作為による殺人罪

### (1) 先行行為としての事故の位置づけ

不作為による殺人の典型例のひとつとして挙げられるのが、ひき逃げである。この場合、先行する事故は、運転者の作為義務を基礎づける「先行行為」

---

また、日高・前掲注(21)25頁以下は、救護義務違反の法定刑が保護責任者遺棄罪のそれに追いつく以前においては、「負傷者救護義務違反罪はその義務違反の同一性のゆえに重い保護責任者遺棄罪に吸収される」と説明されることもあった。しかしながら、もはや救護義務違反の法定刑の方が重い今となっては、むしろ保護責任者遺棄が救護義務違反に吸収されるということになろう。

29) 当該時代ごとに、業務上過失致死傷・自動車運転過失致死傷・自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死傷罪と変遷する。

30) 前田ほか編・前掲注(13)637頁以下。

31) 高刑集23巻2号386頁。

32) 裁判所ウェブサイト・LEX/DB25447575

33) 松原・前掲注(13)5頁、大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法〔第3版〕第11巻』(青林書院、2014年)314頁以下[半田靖史]。

34) 日高・前掲注(21)26頁。

と評価される。

保障人的義務を基礎づけるものとして、かつて Feuerbach が法令・契約<sup>35)</sup>を挙げ、のちに条理や慣習、そして先行行為が加えられた。このように、先行行為は長年にわたり、作為義務の根拠要素として着目されてきた<sup>36)</sup>。

形式よりも実質面に着目する見解が台頭しても、なお先行行為は、説明の仕方を変えながら、実質的な作為義務の根拠要素として唱えられることになる。不作為は原因力をもたないため、原因力をもつ作為と同様に処罰するには、先行行為によって原因を作っていないなければならない<sup>37)</sup>。これは、不作為では観念しがたい「危険の創出」という実行行為性の要を先行行為で補うことで、作為と不作為の同価値性を担保しようとするものである。この見解は、単に形式的・規範的な意味で先行行為を用いるのではなく、原因力の存否という作為と不作為の「存在構造上の溝」の埋め合わせとして、先行行為という事実を用いるのである<sup>38)</sup>。

これに対して、先行行為を一元的な作為義務の根拠として運用することへの批判もある。上述のように、不作為が作為と同価値とされるためには危険の創出が求められるとするのであれば、危険の創出を補うには、その危険を創出したのが不作為でなければならない。不作為に先立つ、不作為とは別の行為によって危険が創出されたことをもって、因果的な相違が克服されることはない<sup>39)</sup> というのである。

また、先行行為に過失が要求されるか否かについても議論がある。先行行

35) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Duetschland gültigen peinlichen Rechts, 14.Aufl., 1847, § 24.

36) 法令、契約（および事務管理）、条理・慣習・先行行為といったものが「形式的三分説」とよばれる。

37) 日高義博『不真正不作為犯の理論 [第2版]』（慶応通信、1983年）154頁以下。

38) 日高・前掲注（37）128頁は次のように述べる。「不真正不作為犯と作為犯とが同一の犯罪構成要件のもとに等置されるためには、両者の存在構造上の溝が埋められて、価値的に等しいもの」とされなければならない、「等置問題の核心は、不真正不作為犯と作為犯との存在構造上の溝を埋めて両者を等価値なものとする媒介が見出しうるか否かにある」。

39) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）86頁、十河太朗「不真正不作為犯の実行行為性について」同志社法学56巻6号（2005年）714頁。

為による危険の創出を単に因果的・事実的要素としてとらえるならば、過失が必ずしも要求されないというのは論理的である<sup>40)</sup>。しかし、先行行為に、規範的な意味合い——すなわち、先行行為に基づく帰責性が作為義務を根拠づけるという側面を認めるのだとすれば、先行行為は不可抗力なものや純然たる適法行為であってはならないであろう<sup>41)</sup>。

## (2) ひき逃げにおける不作為による殺人罪

### (i) 単純なひき逃げ

先行行為が作為義務の根拠となるならば、ひき逃げの場合、先行する事故のみでもって運転者の作為義務を認定できるようにも思われる。しかし、これを認める見解は少ない。

単純なひき逃げにも不作為による殺人を認める見解もないではない<sup>42)</sup>。しかし、これに対しては、単に逃走するだけのひき逃げは先行行為たる過失運転致死罪で相当程度カバーされている<sup>43)</sup>、先行行為だけでは同価値といえない<sup>44)</sup>などの批判がある。また、単純なひき逃げの場合でも、結果発生へ

40) 日高・前掲注(37)158頁以下は、この根拠を「自己責任の原則」に求めるとする。しかし、佐伯・前掲注(39)90頁以下は、危険創出を「積極的に他人の利益を侵害しない限り処罰されない」という自由主義の観点からの要請であるとしうえて、「危険創出行為は、客観的に危険なものであれば足りる」とする。また、島田聡一郎「不作為犯論」法学教室263号(2002年)116頁は、「危険創出行為は、それ自体が処罰の対象ではなく、そこに責任主義は妥当しない」として、やはり過失は不要とする。

41) 鈴木彰雄「先行行為に基づく作為義務」『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』(信山社、2017年)21頁以下は、機能的二分説を前提に、先行行為は「監視者たる保障人」としての要素の一つであるとした上で、先行行為が義務違反的なものである必要があるか、適法行為はいかなる場合にも作為義務の根拠となり得ないかなどについて詳細に検討している。

42) 過失の先行行為がある限り、不作為による殺人が認められうるとするものとして、日高・前掲注(37)157頁以下、同・前掲注(21)28頁。夜間、交通の頻繁な道路上で昏倒した被害者が、後続車にひかれる危険性が高いといった場合には、車内への引き入れがなくとも殺人罪が成立しうるとするものとして、野村稔「ひき逃げの罪」西原春夫ほか編『刑法学4各論の重要問題I』(有斐閣、1977年)96頁以下。

43) 曾根・前掲注(21)21頁。なお、原文では「過失運転致死罪」ではなく、当時の「業務上過失致死罪」となっている。

44) 福田平「ひき逃げと不作為による遺棄罪・殺人罪」同『刑法解釈学の主要問題』(有斐閣、1990年)81頁以下。なおこれにつき、鈴木・前掲注(41)22頁注(9)は、「自動車運転過失致

の積極的意欲があれば、作為と同視できるだけの違法性を備え、不作為による殺人の成立の余地があるとする見解<sup>45)</sup>もあるが、故意のレベルを引き上げることで作為と不作為の同価値性を担保しようとする姿勢には批判もある。

このような理由から、通説・判例は、「単純なひき逃げ」に不作為の殺人を適用することを認めない。

## (ii) 連れ込み型のひき逃げ

連れ込み型のひき逃げについては、通説・判例とも、不作為による殺人罪の成立を認める<sup>46)</sup>。その理由は論者の擁する作為義務の根拠論によってさまざまであるが、連れ込みにより他者の救護可能性が阻害されることで、作為と同価値といえる類型的危険が備わったためと説明することができるであろう。

## 3. 遺棄罪

### (1) 遺棄の概念<sup>47)</sup>

遺棄の概念については、かねてから盛んに議論されてきた。さまざまな学説があるが、大きく分類すると、217条と218条の遺棄の概念を区別する見解と、これを統一する見解とに分けられる。

遺棄の概念を区別する見解<sup>48)</sup>は、場所的離隔の有無によって遺棄を不保

死傷罪等の責を負いかねない運転者が現場から逃走するのは類型的に期待可能性が低いので、作為による殺人罪との等価値性が認められない」と説明する。

- 45) 藤木英雄「ひき逃げと不作為犯」警察研究33巻9号(1962年)14頁以下、同『新しい刑法学』(有斐閣、1974年)199頁以下。
- 46) 福田平・前掲注(44)81頁以下。
- 47) 遺棄の概念について、法制史的・比較法的見地から詳細に検討し、保護責任者遺棄致死罪の「保護責任」について明らかにする論稿として、松原和彦「保護責任者遺棄罪における『保護責任』についての一考察(1)」北大法学論集57巻3号(2006年)314頁、同(2)北大法学論集57巻5号(2007年)193頁、同(3・完)北大法学論集58巻1号(2007年)325頁参照。
- 48) 伝統的通説は、作為による「移置」を217条の遺棄とし、その他、置き去りや接近の遮断といった態様は218条の遺棄にのみ含まれるとする。また、最判昭和34年7月24日裁判集刑13巻8号1163頁は、「刑法218条にいう遺棄には単なる置き去りをも包含す」としており、この反対解釈から、217条の遺棄には置き去りを含まないとする伝統的通説と立場を同じくしているものと評価される。石渡聖名雄「保護責任者遺棄」捜査研究812号(2018年)20頁参照。これに対して、

護と区別した上で、217条の遺棄は作為によるものに限るという点では概ね傾向を統一しているように思われる。この遺棄概念の理解によるならば、217条単純遺棄罪を不真正不作為犯により実行することはあり得ない<sup>49)</sup>ことになる。

遺棄の概念を統一する見解に立つと、問題はもっぱら遺棄と不保護の概念の違いとなる。このうち、作為形態によるものを遺棄、不作為形態によるものを不保護とする見解<sup>50)</sup>でも、やはり単純遺棄罪に不真正不作為犯は認められない。不作為である以上それは不保護であり、217条は不保護を対象としていないからである。

ただし、遺棄の概念を統一し、場所的離隔を伴うものを遺棄とする見解に立つと、217条も不作為により達成することができる<sup>51)</sup>。このように、多くの見解では217条に不作為形態は認められないが、一部の見解に立った場合にのみ、217条の不作為形態による実現の余地が生じるのである。

## (2) 保護責任の意義と作為義務（保障人的地位）との関係

保護責任者遺棄致死罪における保護責任と、不真正不作為犯における作為義務とは、しばしば同一視される<sup>52)</sup>。確かに、保護責任を基礎づける要素は、

---

「移置」が「作為」であると単純に対応させることは不当であるとして、作為・不作為を基準に概念を整理する見解も有力である。しかし、いずれにせよこれら遺棄の概念を区別する見解は、同じ「遺棄」という用語を用いながらその概念を異にすると解すること自体が不合理であるという批判にさらされている。

49) 日高・前掲注(37)152頁、同・前掲注(21)27頁。

50) 大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（成文堂、2019年）75頁、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（有斐閣、1988年）68頁〔町野朔〕。

51) 曾根・前掲注(21)19頁、大沼・前掲注(9)105頁、野村・前掲注(42)93頁以下。

52) 村越一浩ほか「保護責任者遺棄致死」（裁判員裁判における法律概念に関する諸問題〔大阪刑事実務研究会〕判例タイムズ1409号（2015年）58頁以下では、保護責任が作為義務とパラレルなものであることを前提に、作為義務の根拠論の検討を通して、保護責任の有無に関する裁判員への説明案を提示する。また、齊藤彰子「遺棄罪」法学教室286号（2004年）53頁は、保護責任を作為義務よりも限定する形で区別しようとする見解について検討したのち、「作為義務の発生根拠についての研究が蓄積されつつある現在では、不真正不作為犯の成立範囲自体厳密に検討されるようになっており、それ以上に、保護責任者遺棄罪の成立範囲を限定する必要もないように思われる」とし、「保護責任＝不真正不作為犯における作為義務と解する伝

法令・契約・先行行為など、作為義務の根拠論と共通するものが目立つ。

しかし学説上は、保護責任を作為義務と関連させつつ、両者を区別する見解<sup>53)</sup>も有力である。不真正不作為犯における作為義務は、あくまで作為犯(この場合、作為による殺人)との同価値性を担保するためのものである。他方、保護責任は、殺人罪ではなく、また不真正不作為犯でもなく、保護責任者遺棄致死罪という真正不作為犯の要件にすぎない。したがって、作為義務と保護責任は事実上似通っていたとしても、その本質は異なるのである<sup>54)</sup>。

### (3) 抽象的危険犯

通説・判例<sup>55)</sup>は、遺棄罪一般を抽象的危険犯と理解する<sup>56)</sup>。

しかし、近年、大阪高裁平成27年8月6日判決<sup>57)</sup>が、「それだけでは、被害者の生命・身体に直ちに具体的な危険を生じさせ得るものとは認めがたい」、「遺棄罪における『遺棄』とは、対象者の生命・身体に具体的な危険を

統的立場」に対して肯定的立場を示している。

- 53) 堀内捷三『刑法各論』(有斐閣、2003年)29頁は、「保護責任者とは責任身分である」とし、「保護義務は、要扶助者を扶養、監護すべき地位、身分を意味するように、保護者と要扶助者との一定の身分関係により要する形式的な義務であるのに対して、作為義務は事実上の引受行為から生ずるものである」と説明する。また、曾根・前掲注(21)19頁は、「不真正不作為犯における『保証人』は、いわば構成的違法身分ともいべきものであって責任の問題とは直接のかかわりをもたない。これに対し、保護責任は、もともと親子・夫婦などの保護共同体の地位に基づいて発生する責任身分であり、また、保護責任者であることによって単純遺棄罪の主体に比べて刑が加重される加重的身分である」とする。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論文集』(成文堂、1996年)115頁、118頁注(41)、大谷・前掲注(50)79頁も参照。なお、両者を同視することはないが、多くの場合両者は重なり合うと評価する者として、森住・前掲注(9)379頁。
- 54) なお、作為義務構成をとらず身分犯構成をとる見解として、松原・前掲注(47)(3・完)339頁以下。
- 55) 大判大正4年5月21日刑録21輯670頁は、「刑法第217條ノ罪ハ扶助ヲ要スヘキ老若、幼者、不具者又ハ病者ヲ遺棄スルニ因リテ直チニ成立シ其行為ノ結果カ現ニ生命身體ニ對スル危険ヲ發生セシメタルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス」とし、抽象的危険犯説を採っている。
- 56) これに対して、具体的危険犯説を採る見解として、団藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』(創文社、1990年)452頁など。
- 57) 裁判所ウェブサイト・LEX/DB25447575。



生じさせるに足りる行為であることを要する」との表現をしており、注目される。これについてある批評は、「遺棄罪が具体的危険犯であるかのように理解するのは正解したものとは言えない。もっとも、現実には遺棄行為の認定においては、実際に可罰的といえるほどの生命・身体への危険が生じたかを検討する必要があることには異論がなく、その意味において判示の揚げ足取りに過ぎないのかもしれない<sup>58)</sup>とする。つまり、抽象的危険犯とはいえ、具体的危険がおよそ生じえない状況では、刑法により処罰できる可罰性を欠くというのが、裁判所の立場と解することができる。

学説上も、構成要件上危険の発生が明記されていない以上、具体的危険犯説を採用することはできないとはしながらも、「ある程度の危険の発生を必要とする準抽象的危険犯」として遺棄罪を理解する見解<sup>59)</sup>が有力である<sup>60)</sup>。

#### (4) ひき逃げにおける遺棄罪

##### (i) 単純なひき逃げ

判例通説は、単純ひき逃げは不作為なので単純遺棄罪は問題にならないとする。他方、単純遺棄罪にも不作為が含まれるという見解に立てば、単純遺棄罪も当然ありうることになる<sup>61)</sup>。

保護責任者遺棄罪についても、通説の評価は分かれるところではある<sup>62)</sup>が、

---

58) 牧耕太郎「批判」上智法学論集61巻1・2号(2017年)130頁。

59) 大谷・前掲(50)76頁。「例えば、捨て子した後他人が救助するのを見とどけてから立ち去る場合とか、産院のベッドに新生児を放置して母親が逃げた場合には、一般的には、遺棄の罪の構成要件に該当しない」と説明する。その他、遺棄罪を準抽象的危険犯と理解する見解として、山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣、2012年)31頁、川端博『刑法各論講義[第2版]』(成文堂、2010年)99頁など。

60) なお、ドイツでは遺棄罪を具体的危険犯と理解する。StGB § 221 Aussetzung(遺棄)は、「死または重大な身体的損害の危険」(der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung)の惹起を明記する。

61) 曾根・前掲注(21)19頁、大沼・前掲注(9)105頁、野村・前掲注(42)93頁以下。

62) 曾根・前掲注(21)18頁および日高・前掲注(21)24頁は、通説はこれを認めると評しているが、大沼・前掲注(9)103頁は、判例の傾向との兼ね合いもふまえ、近時は排他的依存関係の存在が必要だとする見解が有力になりつつあり、それによると単純ひき逃げには遺棄罪は成立しないことになるとする。

判例の状況としても、不作為の殺人同様、単純なひき逃げに保護責任者遺棄罪を適用する例はない。何かしらの+ *a* の要素を要求するものが多数である。しかし、これも不作為の殺人同様、積極的に認める見解も存在する。この見解は、道交法上の救護義務と過失による先行行為を根拠に、保護責任を認める<sup>63)</sup>。

なお、保護責任の概念を限定する立場から、保護責任は「もともと親子・夫婦などの保護共同体の地位に基づいて発生する責任身分であるから、「保護責任があるというためには、行為者と被害者との間に第三者の介入を排除するに足る密接な保護＝被保護の生活関係が認められなければならない」]単純なひき逃げにおいては、行為者たる運転手と被害者たる通行人との間には、右のような密接な保護・生活関係を認めることができない」<sup>64)</sup>と説明する見解もある。

#### (ii) 連れ込み型のひき逃げ

連れ込み型のひき逃げについて単純遺棄罪が成立するか否かは、(i)単純なひき逃げと同じ議論状況である。通説・判例は、ひき逃げが不作為態様である以上、単純遺棄罪は問題とならないとする。むろん、たとえば被害者を移置した先の不潔な環境や移動の際の負担など、移置行為それ自体によって死の危険が高まったというような場合には、作為犯として単純遺棄罪の問題となりうる。

保護責任者遺棄罪については、通説・判例ともにこれを認める。また、保護責任を限定的に解する立場からしても、一度車内に引き込んだ以上、それによって密接な保護関係を生ぜしめているため、なお保護責任者遺棄罪は認められるとする<sup>65)</sup>。

---

63) 日高・前掲注 (21) 27頁。

64) 曾根・前掲注 (21) 19頁。

65) 曾根・前掲注 (21) 22頁。

#### IV. 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界に関する学説とその分析

これまでの検討から、次のことが分かった。

まず、ひき逃げの事案は、実務上、先行する事故にかかる自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死傷罪<sup>66)</sup>と、道路交通法違反によって処罰されている。

次に、通説・判例にしたがうと、連れ込み型のひき逃げに限り、不作為による殺人罪や保護責任者遺棄致死罪の問題が俎上に上がる。

最後に、これら道交法違反と、刑法犯（不作為による殺人罪・保護責任者遺棄致死罪）との関係としては、より重い方に軽い方が吸収される。また、先行する事故にかかる犯罪との関係では、併合罪である。

そこで、残る問題は、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との関係である。この境界についてはかねてより議論されてきたが、大まかには、殺意説、危険説、義務の内容・程度説の3つが代表的であるように思われる。以下、学説を順に検討し、分析を試みる。

##### 1. 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界に関する学説

###### (1) 殺意説

大判大正4年2月10日<sup>67)</sup>の判決文は、次のように述べる。

「殺害意思ヲ以テ……死ニ致シタルトキハ……刑法第九十九條ニ該當シ単ニ其義務ニ違反シテ……刑法第二百十九條ニ該當ス要ハ殺意ノ有無ニ依リ之ヲ區別スヘキモノトス」

66) 当該時代ごとに、業務上過失致死傷・自動車運転過失致死傷・自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死傷罪と変遷する。

67) 大判大正4年2月10日刑録21輯90頁。

このことから、判例は、殺意の有無によって不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪とを区別しているといわれる<sup>68)</sup>。なお、この判例の読み方として、ひき逃げの事案の場合には不作為の殺人罪の認定にあたって故意のレベルを変える趣旨ではないかとの指摘<sup>69)</sup>もあり、ある見解は、ひき逃げの事案の場合、未必の故意では足りず確定的故意が必要<sup>70)</sup>であるとする。しかし、ひき逃げの事案だからといって、なぜ、殺人罪の成立に必要な故意のレベルが引き上げられるのかは説明がつかないであろう。

いずれにせよ、殺意の有無を両罪の境界として理解する見解は学説上多数といってよい。その根拠としては、「危険や義務の内容・程度によっては区別することが困難であるから」という点があげられる。「殺人の場合でも遺棄致死の場合でも、作為義務の内容は、被害者の死の結果を防止することで同じであるから、作為義務の程度による区別は困難」であり、「判例のように、殺意の有無によって両者を区別する見解が妥当であろう」<sup>71)</sup>などと説明するのである。

そのため、ほかの要素によって区別可能な場合にはそれによって区別するが、それが限定的であったり現実的には困難であったりするがゆえに、現実的な落としどころとして、殺意の有無を重視するという考え方もある。ある見解は、後述の(2)危険説的な視点から、要扶助者に死の結果の抽象的危険しか生じなければ当然保護責任者遺棄罪になるとしつつ、現に死の結果が生じた場合には、いずれにせよ具体的危険が生じたことになるのであるから、そうなった以上は、結局のところ故意で区別するしかない<sup>72)</sup>とする。

しかし、殺意を基準とすることに対しては、未必的な殺意と、遺棄や不保

68) 大沼・前掲注(9)101頁は、「結局、判例は、殺意の有無によって不作為による殺人と遺棄致死とを区別しているとみることができよう」と評する。

69) 松宮孝明『刑法各論講義 [第4版]』(成文堂、2014年)95頁。

70) 藤木「ひき逃げと不作為犯」・前掲注(45)14頁以下、同『新しい刑法学』・前掲注(45)199頁以下。

71) 大沼・前掲注(9)107頁、大越義久「ひき逃げと遺棄」内田文昭編『法学ガイド刑法Ⅱ各論』(別冊法学セミナー、1986年)34頁以下。

72) 十河・前掲注(9)325頁。

護の認識とは明確に区別することが困難であるという指摘もある<sup>73)</sup>。だからこそ、上述のように、判例が故意のレベルを引き上げる趣旨であるとの分析があるともいえよう。

## (2) 危険説

不作為の殺人罪は、あくまで「殺人罪」である。殺人罪が成立するためには、その行為が殺人罪の実行行為にあたるという必要がある。そして、殺人罪の実行行為にあたるというためには、生命に対する具体的危険が発生していなければならない<sup>74)</sup>。これに対して、保護責任者遺棄罪は抽象的危険犯と理解されている。このことから、発生した危険の程度・性質によって両者を区別しようとする見解<sup>75)</sup>も有力である。

この危険の程度・性質について、ある見解は、生命侵害の具体的危険が発生していたら不作為による殺人罪の作為義務が、危険が軽度であれば保護責任者遺棄致死罪の保護責任が生じる<sup>76)</sup>と説明する。またある見解は、連れ込み型なら保護責任者遺棄致死罪は原則として認められるが、これを殺人というためには、①事故発生時にすでに被害者死亡の高度の蓋然性があるか、

---

73) 楡井英夫「刑事事実認定重要事例研究ノート第40回 保護責任者遺棄致死罪の事実認定等について」警察学論集71巻10号(2018年)159頁は、「実務においては、未必的な殺意ありと判断される場合であっても、検察官が、先行行為の重大性や生命に対する危険性を考慮しながら、謙抑的に保護責任者遺棄致死罪で起訴する運用もあるように思われる」と評している。

74) 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂、2019年)139頁は、「作為義務違反としての不保護について、死の結果を惹起するだけの類型的危険が認められない限り、殺人の実行行為とはいえない」「不作為による殺人の実行行為というためには、死の危険が具体的になり、行為者の作為義務違反によって死の結果を惹起せしめる作為と同程度の類型的危険を有するものであることが必要である」とする。

75) たとえば、日高・前掲注(21)28頁は、「行為者に殺意があっても被害者が死に至る現実的危険性が存在しない場合には、殺人罪の実行行為性を欠くことになろう」とする。殺意がなければ殺人罪が成立しないことは当然であるが、他方で、殺意があるからといって、殺人罪が成立するとは限らない。そうした場合、結局、客観面を見て判断するしかない。その指標として「危険」に着目するのがこれらの見解であるといえよう。

76) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、1972年)152頁、なお、大塚ほか編・前掲注(33)324頁以下[半田]も参照。

②移転が死の決定的な原因を与えることが不可欠であるとする<sup>77)</sup>。しかし、この見解には疑問がある。②について、「移転」が死の決定的な原因を与えているのであれば、それは不作為犯ではなく、作為犯ではないだろうか。「移転」ではなく「不救助」が死の原因になってこそ、不作為犯と評価されるように思われる<sup>78)</sup>。

このように、危険の差異に着目する見解に対しては、結局死という結果が生じているならば具体的危険も生じているのであるから、致死事例では区別基準として機能しない<sup>79)</sup> という指摘がある。確かに、致死結果の生じていない場合には危険による区別が有用だが、致死結果が現に生じている場合、現実的に区別が困難である。加えて、抽象的危険犯といいながら、遺棄罪にもある程度の危険は求められる。このような状況では、具体的にどの程度の危険性があれば不作為の殺人が認められるのかが判然とせず、危険による区別が現実的でないという指摘<sup>80)</sup>は無理からぬことのようにも思われる。

これに対して、ある論者は、「遠地に自分だけ離れた後、何らかの事情があつて作為が不可能になったというような場合には、その時点で問責対象たる不作為は終了する」とし、次のように述べる。「最終的に『危険が実現する』までの過程において、危険が比較的軽度なうちに不作為が終了するというケースも想定しうるように思われる。そうだとすれば、同じく死亡結果が発生した場合であっても、抽象的な危険性しか認められないケースと具体的な危険性が認められるケースとがありうるのではないだろうか。こうした場合などをも想定すると、死亡結果が生じた際に最終的な結果にのみ着目して直ちに客観面が同じであると言い切ることはできず、理論的にはなお客観面に違いを求める余地が残されているように思われる」<sup>81)</sup>。

77) 曾根・前掲注(21)23頁。

78) これにつき、拙稿「作為と不作為の区別—作為義務の根拠論との関係—」同志社法学69巻5号(2017年)217頁以下および253頁。

79) 十河・前掲注(9)316頁。

80) 中山・前掲注(9)29頁。

81) 萩野・前掲注(9)111頁以下。

### (3) 義務の内容・程度説

作為義務と保護責任の内容や程度によって、両者を区別するという見解も有力である。

保護責任を作為義務よりも限定的に解する見解がある。ある論者は、保護責任が認められるのは、「長期の密接な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機をもつことが強く期待できる場合」<sup>82)</sup>とし、たとえば連れ込み型のひき逃げのケースでは、排他的支配の設定・保護の引受けにより作為義務は認められるものの、事故を起こした者に救助を期待することができないことを理由に保護責任の認定は困難であるとする<sup>83)</sup>。

保護責任は要扶助者を最後まで扶助する責任であるため、第三者による介入・結果回避措置の可能性は問題にならないとして、保護責任には排他性が要求されないとする見解もある<sup>84)</sup>。

また、保護義務は広く浅い義務であり、作為義務は個別具体的な生命の危険を回避する義務である<sup>85)</sup>として、両者を区別しようとする見解もある。

作為義務と保護責任の関係については、パラレルに捉える見解が多い一方、両者は異なるという見解も有力である。殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は別の犯罪であるのだから、作為義務と保護責任も理論的には異なるようにも思われる。しかし、具体的事案において、その違いがどのように両罪を区別しうるのかは、必ずしも明らかではない。

### (4) 先行行為の重大性説

裁判例の傾向から、虐待等の危険な先行行為があった場合には不作為によ

---

82) 林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、1999年）48頁。

83) 林・前掲注（82）50頁。なお、これに対しては、齊藤・前掲注（52）52頁が、「先行行為が故意行為の場合はともかく、過失行為の場合には、何故、一律に、救助を期待することが困難といえるのか疑問であるし、仮に、期待が困難であるならば、そもそも、作為義務自体認められないのではないだろうか」と批判している。

84) 和田和憲「遺棄罪における生命保護の理論的構造」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）69頁以下、73頁。

85) 小暮ほか編・前掲注（50）74頁〔町野〕。

る殺人罪が認められやすく、単にネグレクト等により衰弱死させた場合には保護責任者遺棄致死罪が認められやすいとする見解<sup>86)</sup>もある。

この見解は、裁判例を分析しそこから傾向を抽出するもので、説得力をもつと一定の評価がされる<sup>87)</sup>一方、慎重な見方も強い。問責対象たる不作為に先立つ先行行為が重大であったことが、その問責対象たる不作為を殺人罪と評価するために必要不可欠である根拠が判然としない<sup>88)</sup>という指摘や、虐待行為が先行した場合に殺人罪が認められるのは、「虐待行為の結果、不作為の時点で死の切迫した危険が認められるためだと思われる」<sup>89)</sup>という指摘が寄せられている。

#### (5) 不作為による殺人罪優先説

不作為による殺人罪を優先して検討し、それが成立しなければ保護責任者遺棄致死罪を検討すればいいのであって、積極的に区別基準を提示する必要はない<sup>90)</sup>とする見解もある。

論者は、殺人罪の成立が否定されるものの保護責任者遺棄致死罪が成立する局面の一例として、作為義務は果たしたが保護責任は果たしていないケースを挙げる。「不作為による殺人罪における法的作為義務は、被害者を死亡させないように行為をすることであるのに対し、保護責任者遺棄罪の実行行為は、遺棄あるいは不保護である」ということを前提とすると、「親が子供に重傷を負わせ、子供の死亡を回避するために救急車を呼んだが、自身は逮捕を恐れて子供を家の前に放置して逃げたといったような場合」には、法的作為義務の履行は認められても、保護責任は履行していないものとして、保護責任者遺棄致死罪が成立する余地があると説明する<sup>91)</sup>。

---

86) 木村光江「不作為による遺棄」現代刑事法5巻9号(2003年)101頁以下。

87) 十河・前掲注(9)308頁。

88) 萩野・前掲注(9)108頁。

89) 齊藤・前掲注(52)54頁。

90) 森住・前掲注(9)378頁。

91) 森住・前掲注(9)377頁。



この見解は、殺人罪は否定されても保護責任者遺棄致死罪は認められるという上記の例において、その区別を作為義務と保護責任の内容・程度の違いに見出しているようにも読み取れる。現に論者は、「私見は、保護責任者遺棄罪の保護責任と法的作為義務とを同視するものではない<sup>92)</sup>とする。しかし、論者は同時に、「多くの場合において、法的作為義務と保護責任とは重なり合うように思われる。ゆえに、法的作為義務が否定される場合には、保護責任者遺棄罪の成立も否定される場合があると考えることになろう<sup>93)</sup>とも述べており、義務の内容・程度の違いに対して少し距離を置いているようにも思われる。

## 2. 分 析

これまでに紹介した5つの見解のうち、代表的なものは殺意説、危険説、義務の内容・程度説の3つである。そこで、以下ではまずそれ以外の2つの学説（先行行為の重大性説、不作為による殺人罪優先説）を(1)で検討した上で、代表的な3つの学説について、(2)～(4)で分析する。

### (1) 先行行為の重大性説・不作為による殺人優先説について

まず、先行行為の重大性説について検討する。本説は確かに、実際の実務上の考慮を反映しているかもしれない<sup>94)</sup>。しかし理論的には、実行行為はあくまで不作為であるから、先行行為の重大性がのちの不作為の実行行為性を左右することはない。重大な先行行為により不作為の開始時点で生命に対する高度な危険が存在したため、それを救護しない不作為も危険と評価されやすいという説明は十分ありうる。しかし、それはもはや危険説的発想である。また、既存の危険は、のちに言及するように、先行行為の重大性のみで決まるのではない。現場の状況、時間帯、人通り、気温や天候、被害者側の事情

92) 森住・前掲注(9) 379頁。

93) 森住・前掲注(9) 379頁。

94) 楡井・前掲注(73) 159頁は、検察官が、先行行為の重大性を考慮しているように思われることを指摘している。

といった諸要素が大いに関連する。このように考えると、理論的には、先行行為の重大性によって両罪の境界を定めることはできないように思われる。

次に、不作為による殺人罪優先説について検討する。論者は、まず不作為による殺人罪を検討し、それが成立しなければ保護責任者遺棄致死罪を検討すべきというが、不作為による殺人罪が成立するかどうか判断するためには、保護責任者遺棄致死罪との境界を明らかにする必要があるのではないだろうか。たとえば、ある動物がアシカかオットセイか区別するにあたり、「まずアシカかどうか判断し、アシカでなかったときにオットセイかどうか判断すればよい」といっても、アシカとオットセイの違いを知らなければ、「まずアシカかどうか判断する」ことができない。逆に、「これはアシカである」と正しく判断できるのは、両者の違いを理解しているからにほかならない。したがって、「不作為による殺人罪についての検討を先に行う」という方法論自体はよいとしても、それによって不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界問題が解決することにはならないように思われる。

## (2) 危険説と義務の内容・程度説との関係

危険説と、義務の内容・程度説の関係については、次のように説明することができる。

殺人罪の実行行為は、「死」という「構成要件的结果発生の類型的・現実的危険を有する行為」<sup>95)</sup>であり、具体的危険の発生が求められる。このことから考えると、不作為による殺人罪の作為義務とは、「それを果たさなければ生命への具体的危険が発生するような義務」である。他方、保護責任者遺棄罪は(準)抽象的危険犯であるから、保護責任とは、「それを果たさなければ生命への抽象的な危険が発生するような義務」ということができる。このように、作為義務と保護責任は、いずれも危険との関係で定義づけられるのである<sup>96)</sup>。

95) 大谷・前掲注(74)122頁。

96) 大谷・前掲注(74)139頁は、「保護責任者遺棄致死罪と不作為による殺人罪における作為義

また、ある見解は、保護責任者には要扶助者を最後まで扶助する責任があるため、保護責任には排他性が要求されないとする<sup>97)</sup>。保護責任者遺棄致死罪は真正不作為犯の結果的加重犯であるから、結果に対する因果の支配までは不要である。したがって、保護責任の内容に排他性が要求されない。これに対して不作為による殺人罪は不真正不作為犯であるから、作為による殺人罪との同価値性が求められ、殺人罪と同様の危険性・因果の支配を求めるがゆえに、作為義務の内容として、排他的支配の必要性が指摘される。

このように、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の罪質が異なることをふまえると、やはり義務の内容・程度は、危険性の問題と分離して考えることはできないように思われる。つまり、義務の内容・程度は、危険性の問題と表裏の関係にあるのである。

### (3) 殺意の位置づけ

殺意がなければ殺人罪が認められないのは当然である。しかしそれは、殺意があれば保護責任者遺棄致死罪が排除されることを意味するわけではない。

そもそも、これまでに保護責任者遺棄致死罪とされたケースでも、未必の故意がなかったといいきれるものがいかほどあったかは疑問である<sup>98)</sup>。殺意があっても保護責任者遺棄致死罪は成立しうる。現に殺意による区別を重視する見解も、危険性など、ほかの指標で区別ができる場合はそれによる区別

---

務についてみると……保護責任者遺棄致死罪の場合は、通常その違反によって生命に危険を生ぜしめる程度の義務違反で足りるのに対し、不真正不作為犯としての殺人罪の場合は、通常その違反によって人を死に至らしめうる程度の作為と同様の類型的（社会通念上の）危険を有する者であることを要する」というように、「危険」との関係で、それぞれの義務を定義する。また、小暮ほか編・前掲注（50）74頁〔町野〕は、保護責任者遺棄における保護義務は広く浅い義務であるとし、他方で殺人罪の作為義務は「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」とし、やはり具体的危険との関係で作為義務を位置づける。

97) 和田・前掲注（84）69頁以下、73頁。

98) 現に、すでに紹介したように、未必の故意が認められるようなケースでも、検察官が謙抑的に保護責任者遺棄致死罪で起訴することはあるといわれている。楡井・前掲注（73）159頁。

をすべきとする<sup>99)</sup>。それでもなお原則的な指標を殺意に見出すのは、ほかの基準が明確性を欠くためという消極的な理由にすぎない。

しかし、殺意という指標も、危険性との関係を無視することができない。

被害者の容態が深刻で、放置すれば死ぬことが明らかなほど危険が大きければ、運転者には致死結果を容易に予見できた分、未必の殺意があったと認定されやすい。他方で、被害者の容態が比較的軽く、放置しても十分助かり得るような場合には、運転者に未必の殺意が認められにくい。主観的な殺意と客観的な危険、両者は異なるものの、客観が主観の形成に関与し、連動することはあるように思われる。

#### (4) 3つの区別論の関係

以上の分析からすると、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界に関する主たる学説は、いずれも同じものに焦点を当てていると評価することができる。

義務の内容・程度という側面は、危険性という側面をいいかえたものであり、また、危険性という側面は、殺意という側面と相互に連動している。この3種の見解は対立するものとして扱われるべきではなく、共通のものとしてとらえられるべきである。

## V. 裁判例とその分析

続いて、裁判例を検討する。

実務上、ひき逃げの事案では、東京高裁昭和45年5月11日判決<sup>100)</sup>を最後に、保護責任者遺棄での起訴は長い間なされなかった<sup>101)</sup>。過失運転致死傷罪<sup>102)</sup>

---

99) 十河・前掲注(9)325頁。

100) 高刑集23巻2号386頁。

101) 松原・前掲注(13)5頁。

102) 当該時代ごとに、業務上過失致死傷・自動車運転過失致死傷・自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死傷罪と変遷する。

および道交法違反による処罰というのが、実務上定着した処理である<sup>103)</sup>。

なお例外的に、近年、ひき逃げの事例について保護責任者遺棄罪による起訴がなされた大阪高裁平成27年8月6日判決<sup>104)</sup>がある。このケースは、小学校の校庭で起きた事故であり、公道ではないため、救護措置義務違反の罪に問うことができない事例であった。そのため、先行する自動車運転過失致傷罪を併合加重することができず、公道で起きた同様のひき逃げ事犯とのバランスをとるために、保護責任者遺棄罪での起訴に踏み切ったのではないかと指摘されている<sup>105)</sup>。他方、殺人での起訴もそのほとんどが昭和のものであり、平成に入ってからでは平成19年に一件みられるのみである。

このように、ひき逃げに不作為による殺人罪や保護責任者遺棄致死罪が適用される例は現在ではまれであるが、理論も実務も、ひき逃げに対するそれらの犯罪の適用可能性を捨てたわけではない。しかし、ケースが少ないと、判例の蓄積による理論の形成が期待できず、不当な判断がなされるおそれがある。したがって、両罪の適用例が少ない今こそ、学問的にその枠組みを形成する必要があると考える。

以下、1. 裁判例の概観では、ひき逃げの事案を(1)殺人（未遂）罪の成立が認められた裁判例、(2)殺人未遂罪で起訴されたもののその成立が認められなかった裁判例、(3)殺人罪の成立が認められず、保護責任者遺棄罪の成立が認められた裁判例、(4)保護責任者遺棄（致死）罪の成立が認められた事例の4つに分け<sup>106)</sup>、計11件の裁判例を概観する。続いて2. 分析では、これらについて、総合的な分析を試みる。

---

103) 松原・前掲注(13)6頁、前田ほか編・前掲注(13)637頁以下、大沼・前掲注(9)96頁。

104) 裁判所ウェブサイト・LEX/DB25447575。

105) 松原・前掲注(13)「批判」8頁。

106) 実行為性を問題とするため、(1)・(4)については、死の結果が生じたか否かは区別せず、いずれも併せて列挙する。

## 1. 裁判例の概観

### (1) 殺人（未遂）罪の成立が認められた裁判例

#### ①横濱地判昭和37年5月30日下刑集4巻5=6号499頁

被告人は、大型貨物自動車を運転し、自動車に対向してきた被害者に自車を衝突させ、加療約3ヶ月を要する頭部・顔面各挫傷、頭蓋骨輝裂骨折、右撓骨下端骨折、右正中神経麻痺等の傷害を負わせた。被告人は被害者を救護するため自車に連れ込んだが翻意し、事故から約30分後、人気のない畑道に被害者を降ろし逃走した。被告人は顔面から出血し意識も明確でなく一見してかなりの重傷を負っていた。また、当時は夜明け前で暗いうえ降霜しており、長時間人に発見され難い場所に遺棄した場合には同人の死に至るかもしれないことを被告人は認識していた。被害者は間もなく意識を回復し、約300メートル離れた民家に救護を求め、一命をとりとめた。

裁判所は、「貨物自動車の運転により人に傷害を与えた場合においては……運転手である被告人は負傷者の救護をすべき義務がある」とし、殺人未遂罪の成立を認めた。

#### ②東京地判昭和40年9月30日下刑集7巻9号182頁

被告人は、自動車で被害者に衝突し、被害者に骨盤骨複雑骨折および頭蓋骨骨折等の傷害を負わせた。被告人は、被害者を救護するため自車に連れ込んだものの翻意し、救護措置をとらずに約29メートル走行した。被害者は走行中の車内において、骨盤骨複雑骨折による出血およびその傷害に基づく外傷性ショックにより死亡した。

裁判所は、被害者の容態とその救護可能性について検討した。そこで、「事故直後、被害者は意識がなく、呻いてもおらず、きわめて重態であることが明らかに窺われる状態にあった」こと、「被告人が被害者を救護する意思を捨てた時点において、被害者を直ちに病院に搬送して救護措置を受けしめれば、同人の死の結果を回避することは十分に出来た」

ことなどを認定している。そして、これら事実と被告人の供述等から被告人の未必の故意を認定し、不作為の殺人の成立を肯定した。

### ③東京高判昭和46年3月4日高刑24巻1号168頁

罪数に関する判断で有名な裁判例である。被告人は、歩行中の被害者に自動車で衝突し、約6か月間の入院加療を要した左大腿骨複雑骨折、頭部外傷、右下腿打撲傷の傷害を与えた。被告人は、被害者を救護するため自車に連れ込んだものの翻意し、衝突から約25分後、暗く寒気激しく、人に発見されにくい砂利道のくぼみに被害者を放置した。被害者は親類に発見され、一命をとりとめた。

原審<sup>107)</sup>は、左大腿骨複雑骨折とこれに伴う内出血による全身衰弱ないし怪我によるショック、当時の戸外の気温から、被害者が発見されず放置されていれば死亡する蓋然性がきわめて高かったと認定した。そして、被害者の重傷の様子やその日の気温、放置した場所の人通りなども勘案すれば、被害者には未必の故意が認められるとした。

弁護人が「放置されたことにより死亡する可能性はなかった」と争ったのに対して、控訴審は、当日の気温や人通りのほか傷害の実情をふまえ、「翌朝まで前示の如き状況下に放置された場合、殆ど生存を期待し難い状態にあった」と認定し、これを退けた。

### ④福岡高判平成19年7月6日 WestlawJapan 文献番号2007WLJPCA 07068014

被告人は、普通貨物自動車で、自転車に乗っていた当時11歳の被害者に衝突した。被害者は頭蓋骨骨折等の傷害を負い、頭部から大量に出血し意識不明の状態に陥った。

被告人は、被害者を救護するか遺棄するか迷いつつ被害者を助手席に乗せたが、事故から約10分後、被害者を杉林に降ろし逃走した。この杉林は民家から遠い私有地で、通常発見される可能性はきわめて低い場所であった。しかし約8時間後の深夜、捜索中の家族らが被害者を発見し

107) 浦和地判昭和45年10月22日刑月2巻10号1107頁。

病院に搬送したため、被害者は一命をとりとめた。

原審<sup>108)</sup>は被告人による連れ去り及び置き去りを一連の「作為」としたが、高裁はこれを破棄し、不作為による殺人の実行行為性を認定した。

なお、被害者の容態についてももう少し掘り下げる。原審の事実認定によると、被害者は被告人の声掛けに対して指先やまぶたがわずかに動くだけで、意識不明の状態であった。また、被害者には右側頭部の急性硬膜外血腫及びその周辺に脳腫脹を伴う脳挫傷、骨折による髄液漏等が認められ、遺棄された場所の状況等も勘案すると、「被害者は発見・救出されなければ、死亡していたことは間違いな」かった。また控訴審によると、被害者は3時間にわたる緊急手術を受け、24日間入院し、さらに約1か月間の通院療養を要する旨の診断を受けたとされている。

## (2) 殺人未遂罪で起訴されたもののその成立が認められなかった裁判例

### ⑤ 岐阜地大垣支判昭和42年10月3日下刑集9巻10号1303頁

被告人が無免許で自動車を運転していたところ、被害者の運転する自転車と衝突しそうになった。被告人は立腹し、被害者を追いかけて進路を妨害しようとしたところ、誤って被害者の自転車に衝突し被害者を橋から川に転落させ、2カ月の入院加療、3カ月の通院加療を要する右臀部腰部挫傷ならびに右骨損傷の傷害を負わせたにもかかわらず、救護措置を講じなかった。被害者は近隣の民家からの目撃者によって救助され、一命をとりとめた。なお、川の流れはゆるやかで、橋の高さは川底より2.3メートル、川の水深は50センチメートル程度であった。

裁判所は、「不作為（いわゆる「ひき逃げ」）それ自体には通常殺意の表動が認められる（従ってそれが殺意の推定をもたらす）」という性質のものとはいえないのであるから未必の故意による殺意の認定は具体的事

108) 佐賀地判平成19年2月28日 LEX/DB 文献番号28135252。日高義博「作為犯か不作為犯か」専修ロージャーナル4号（2009年）155頁や塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015年）91頁もこの一番の判断を批判し、不作為と構成すべきとしている。



情を十分検討して慎重にこれをしなければならぬ」とし、被害者には頭部打撲傷や骨折、多量の出血等がなく、「重傷ではあるがいわゆる瀕死の重傷という程重症とは認められない」ことなど諸般の事情から、「直ちに救護せず逃走したとしても、死亡の結果発生 of 蓋然性が高度のものであったとまでは認め難く、又その認識を被告人が有していたとは認め難い」とした。これにより、公訴事実中殺人未遂に関しては無罪とした。

(3) 殺人罪の成立が認められず、保護責任者遺棄罪の成立が認められた裁判例

⑥盛岡地判昭和44年4月16日刑裁月報1巻4号434頁（因果関係）

飲酒の上自動車運転していた被告人は自動車で被害者に衝突し、頭部損傷、肝破裂等の傷害を負わせた。被告人は同人を自動車助手席に運び入れて逃走し、事故から約4時間後、走行中の自動車内で死亡した被害者の死体を道路脇の崖下に投げ棄てた。本件は不作為による殺人罪で起訴されたが、弁護人は、「事故後直ちに救護措置をとっても、被害者の死の結果を防止することはできなかった」として争った。

裁判所は被害者の状態について、「受傷後長時間、たとえば数時間も生存していたものとは思われず、短かくて数分、長くても数時間後に絶命したと認められ」とし、「仮に被告人が被害者を事故後直ちに最寄りの病院に搬送して救護措置を受けたとしても、死の結果を回避することができたとは認め難く（病院へ搬送しないという不作為と被害者の死の結果との間に因果関係が認められないことになる）」、また被告人の認識についても、「同被告人が当時、被害者を直ちに最寄りの病院に搬送すれば救護可能であると考えていたとは認め難い」とした。このように、因果関係と故意が証明されないとして殺人罪の成立を認めず、予備的訴因の保護責任者遺棄罪の成立を認めている。なお、致死結果については置去りとの因果関係は否定されたが、事故との因果関係が認められ、業務上過失致死で捕捉されている。

#### (4) 保護責任者遺棄（致死）罪の成立が認められた裁判例

##### ⑦大阪高判昭和30年11月1日高刑裁特2巻22号1152頁

被告人は、酒に酔って道路を横断中の被害者に自動車と接触し、治療日数約10日を要する左上眼部挫創、左腕関節及び膝関節部打撲傷等の傷害を負わせた。被告人は被害者を自車に乗せて移動し、被害者を降車させ立ち去った。

原審はこれにつき、保護責任者遺棄罪の成立を認めた。

控訴審は、刑法218条1項の病者にはいわゆる泥酔者も含まれるとした上で、「たとえ被害者の傷害の程度が重傷といい得ないにしても、泥酔することと相まって他人の扶助を要する状態にあったものというべき」とし、また道路交通法上の救護義務から、被告人が「保護責任者」であるとした。そして、「被害者が放置せられた場所は……墓地や火葬場にも近く、当時は近くに人家なく、池畔である上、寂しい場所で特に夜間は通行の人車も稀であろうことが窺われるのであるから、被害者は被告人にかかる場所に置き去られることによって他人の保護を受けることは殆んど期待し得ない状態に陥られた」とし、保護責任者遺棄罪の成立を認め、原審の判決を維持した。

##### ⑧最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁<sup>109)</sup>

被告人は自動車を被害者に接触させ、約3カ月の入院加療を要する顔面打撲擦傷及び左下腿開放性骨折の重傷を負わせ歩行不能に至らしめたものの、救護等必要な措置を講じず、被害者を自動車に乗せて事故現場を離れ、降雪中の薄暗い車道上まで運び、「医者を呼んで来てやる」などと偽って被害者を自動車から降ろし立ち去った。

裁判所は、道交法上の救護義務・報告義務を理由に被告人の保護責任を認め、原審の判断を維持した。

---

109) 原審（第2審）大阪高判昭和31年10月31日（公刊物未登載）、第1審大阪地判昭和31年5月31日（公刊物未登載）。

**⑨東京高判昭和37年6月21日高刑集15巻6号422頁**

被告人は自動車で被害者に接触し、被害者に対し左前額部に長さ約5センチメートル深さ骨膜に達する挫創、左眼瞼部外側に長さ約3センチメートルの骨膜に達する挫創等の傷害を与えた。被告人は、脳震盪をおこし意識を失い、頭部顔面等から出血の甚だしい被害者を附近の歩道上に運んで放置し、逃走した。被害者は身体を移動させた際、傷害のため手足の動作が意のままにならず、放置場所から約2.1メートル東の側溝に転落し、溺死した。

原審<sup>110)</sup>は、被害者は被害者の傷害の程度からして保護者遺棄罪の客体たる「病者」に該当し、被告人は道交法上救護義務を課されているため保護責任者に該当するとして、事故に関する業務上過失致死罪と、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。

控訴審は、弁護人が「保護責任は継続的にその費用を以って病気が治癒するまで保護しなければ罪責に問われるに反し、道路交通法による救護義務は応急的救護措置を執れば足るものであつて、両者の責任は異なる」と主張したのに対し、「保護責任が継続的に保護する責任ある場合に限定される趣旨であるとは認められず、応急的に保護責任の発生した者についても、なお適用のあるものと解するのが相当」とした。しかし、被害者は自動車事故による傷害というよりもその後の遺棄によって溺死に至ったといえりとし、原審を破棄し、事故に関する業務上過失傷害罪と、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。

**⑩神戸地判昭和41年5月21日判夕194号185頁**

保護責任者遺棄罪と救護義務違反が併合罪とされた事案である。被告人は被害者に対し交通事故により全治に約2月半を要する傷害を負わせたのち、被害者を一旦車内に運びこんだものの、損害賠償責任等を恐れ、被害者が負傷し他人の力を借りなくては自ら正常な起居動作を行なうことができない状況にあることを認識しながら、事故から約10分後、被害

110) 浦和地判昭和36年5月12日下刑3巻5・6号464頁。

者を薄暗い路上に降ろして逃走した。

裁判所の判断は罪数の問題が主であり、判決中に保護責任者遺棄罪に該当することの具体的な理由づけはなかった。

### ⑪東京高判昭和45年5月11日高刑集23巻2号386頁

原審<sup>111)</sup>は公刊物未登載で、確認できなかった。控訴審の判決文によると、被告人は被害者を誘い車に乗せ、しばらく走行した後、被害者から降車したい旨申し入れられてこれを拒んだところ、被害者が走行する車の扉を開け飛び出し、重傷を負った。被告人は被害者を抱き起したものの、発覚を恐れ、畑のくぼみに被害者を移し、逃走した。

裁判所は、原審が保護責任者遺棄罪の成立を認めたことについて、遺棄罪の態様として不作為による置去りのみを認めたものと補足しつつ、保護責任の認定について、「自動車運転者が歩行者を誘つて助手席に同乗せしめて走行中、しきりに下車を求められたにもかかわらず走行を継続したため、同乗者が路上に飛び降り重傷を負った場合に、その救護を要する事態を確認した運転者としては、いわゆる自己の先行行為に基き、刑法第218条第1項の保護責任を有する」と判示し、原審の判断を維持した。

## 2. 分 析

Ⅳの2で検討したように、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界に関する代表的な3つの学説は、いずれも実質的には共通のものであり、その中核は「危険性」である。そこで、①～⑪件の裁判例を、「危険性」の面から整理しなおす。

裁判例を見る限り、被害者に生じた生命への危険を示す事実認定としては、まず、傷害の程度がある。ほとんどの裁判例で、自動車事故によって被害者が負った怪我の程度が明確に示されている。

しかし、ひき逃げにおける危険性を考えるにあたっては、単に傷害そのも

111) 横浜地判昭和44年12月17日（公刊物未登載）。

のの状態だけではなく、被害者が放置された際の状況（人通りや民家からの距離、時間帯、天気・気温、その他の環境など）をも加味し<sup>112)</sup>、法的に捉えなおされた「危険」をはかる必要がある。

そこで、改めて不作為による殺人罪が問題となった裁判例を見ると、致死結果が発生している場合④仮に救助していれば救命の蓋然性がいかほどあったか<sup>113)</sup>、致死結果が発生していない場合⑤仮に放置されていれば死に至る蓋然性がいかほどあったか<sup>114)</sup>が言及されている。これらは、故意や因果関係の文脈であることが多いので、一見分かりづらい。故意の文脈では、故意、すなわち高度の危険の認識を認定する前提として、高度の危険が実際に存在したことを認定している<sup>115)</sup>。また、救助した場合の救命可能性が因果関係の文脈で述べられていることも多い<sup>116)</sup>。しかし、救護しても助からないほ

---

112) たとえば、裁判例①は、夜明け前でまだ暗く、また寒気が厳しく、降霜もしていたこと、その場所が長時間人に発見され難い場所であったことなどを認定している。また、③では、原審が「傷害の程度、遺棄された時間的、場所的状況から放置しておけば死亡する高度の蓋然性」を認めている。④では、遺棄された杉林が民家から遠く、私有地でもあり、通常発見される可能性がきわめて低かったことや、夜間で気温が低く、また不衛生な場所であったことなどが認定されている。⑤も、傷害の程度に加えて、転落した川の状況について認定し、「死亡の結果発生する蓋然性が高度のものであったとまでは認めがたく、又その認識を被告人が有していたとは認めがたい」としている。

113) 裁判例②、⑥。

114) 裁判例①、③、④、⑤。

115) 裁判例②は、「被告人は……殺意が無かったと主張するので、右争点と、これに関連する被害者の容態とその救護可能性につき検討する」とし、まず被害者の救護可能性について、「事故直後に治療を受ければ一命をとりとめる蓋然性がきわめて高かった」ことを認定し、その上で、被告人の供述等をふまえ、被告人が被害者の容態がきわめて重いと認識していたことを認定している。また⑤も、被告人の故意の認定にあたり、当時の川の状況などを検討した上で、「被害者を被告人において直ちに救護せず逃走したとしても、死亡の結果発生する蓋然性が高度なものであったとまでは認めがたく、又その認識を被告人が有していたとは認めがたい」として、被告人の故意を否定している。

116) 裁判例⑥は、「直ちに最寄りの病院に搬送して救護措置を受けたとしても、死の結果を回避することができたとは認め難く（病院へ搬送しないという不作為と被害者の死の結果との間に因果関係が認められないことになる）」と表現しており、救護可能性を因果関係の問題ととらえて論じている。しかし、裁判所は続いて、被告人の故意について、「被告人が当時、被害者を直ちに最寄りの病院に搬送すれば救護可能であると考えていたとは認めがたく……殺人未遂罪が成立するためには、被告人において、被害者を病院へ搬送して治療を受ければ救護可能であると考えていながら、敢えてその意思を放棄し、病院に搬送しないという不作為に出ること

どに傷害が重いのか、それとも、救護すれば助かる蓋然性が高いのかは、その時点での傷害の程度、ひいてはその時点で発生している危険の程度を示すものでもある。

そこで、「危険性」に着目し、㉑救助した場合の救命の蓋然性、㉒放置した場合の死に至る蓋然性の2つのファクタについて、①～④の裁判例がそれぞれどのように判断しているかを一覧にすると、次のようになる。

#### <危険性に着目した裁判例の判断一覧>

|   | 罪名   | ㉑救助した場合の救命の蓋然性                                       | ㉒放置した場合の死に至る蓋然性                                     | (参考) 傷害の程度や周囲の状況など   |
|---|------|--|---|--|
| ① | 殺人未遂 | ---  | (+)<br>長時間人に発見され難い場所に遺棄すると死に至るかもしれない(ことを被告人は認識していた) | ・加療約3ヶ月を要する頭部・顔面各挫傷、頭蓋骨腓裂骨折、右撓骨下端骨折、右正中神経麻痺等。<br>・夜明け前で暗く、寒気厳しく降霜していた。             |
| ② | 殺人   | (+)<br>「直ちに病院に搬送して救護措置を受けしめれば、他人の死の結果を回避することは十分に出来た」 | ---   | ・骨盤骨複雑骨折および頭蓋骨骨折等。<br>・「事故直後、被害者は意識がなく、呻いてもおらず、きわめて重態であることが明らかに窺われる状態にあった」。        |
| ③ | 殺人未遂 | ---  | (+)<br>「翌朝まで……放置された場合、殆ど生存を期待し難い状態にあつた」             | ・約6か月間の入院加療を要した左大腿骨複雑骨折、頭部外傷、右下腿打撲傷。<br>・深夜、寒気厳しい暗い農道、たやすく人に発見されにくい陸田を掘り起こした窪みに放置。 |
| ④ | 殺人未遂 | ---  | (+)<br>「被害者は発見・救出されなければ、死亡していたことは間違いない」             | ・右側頭部の急性硬膜外血腫及びその周辺に脳腫脹を伴う脳挫傷、骨折による髄液漏等。<br>・24日間入院・約1か月間の通院療養。                    |

を要するもの」とする。この点の理解につき、本文中で後述する。

|   | 罪名                                | ㉑救助した場合の<br>救命の蓋然性  | ㉒放置した場合の<br>死に至る蓋然性                                  | (参考) 傷害の程度や<br>周囲の状況など   |
|---|-----------------------------------|---|--|--|
|   |                                   |   |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>・周囲に人家なし、直近の民家までの距離1.4km、杉が密生して見通しは悪く、私有地であるため人の立ち入りが無い。夜間の最低気温は9度前後。不衛生。</li> </ul>  |
| ⑤ | (殺人未遂について)<br>無罪                  | --  | (-)<br>「直ちに救護せず逃走したとしても、死亡の結果発生の蓋然性が高度のものであつたとは認め難い」 | <ul style="list-style-type: none"> <li>・2カ月の入院加療、3カ月の通院加療を要する右臀部腰部挫傷ならびに右骨損傷。</li> <li>・「重傷ではあるがいわゆる瀕死の重傷という程重症とは認められない」。</li> <li>・川の流ればゆるやかで橋の高さは川底より2.3m、水深50cm、水質透明。</li> <li>・すぐ近くに人家があり、実際、目撃者が直ちに救護に赴いた。</li> </ul> |
| ⑥ | 保護責任者遺棄<br>(殺人は×、致死結果は業務上過失致死で捕捉) | (-)<br>「直ちに最寄りの病院に搬送して救護措置を受けたとしても、死の結果を回避することができたとは認め難い」 | --   | <ul style="list-style-type: none"> <li>・頭部損傷、肝破裂。</li> <li>・「頭部にかなり重大な損傷を受け、意識がなく、呻き声も出さないまま」。</li> <li>・「受傷後長時間、たとえば数時間も生存していたものとは思われず、短かくて数分、長くても数時間後に絶命したと認められる」。</li> </ul>  |
| ⑦ | 保護責任者遺棄                           | --  | --   | <ul style="list-style-type: none"> <li>・治療日数約10日を要する左上眼部挫創、左腕関節及び膝関節部打撲傷。</li> <li>・傷害の程度が重傷といい得ないにしても、泥酔と相まって他人の扶助を要する状態。</li> <li>・「墓地や火葬場にも近く、当時は附近に人家なく、池畔であるうえ、寂しい場所で特に夜間は通行の人車も稀であろう」。</li> </ul>                    |

|   | 罪名        | ㉑救助した場合の救命の蓋然性 | ㉒放置した場合の死に至る蓋然性  | (参考) 傷害の程度や周囲の状況など  |
|---|-----------|----------------|--|---|
| ㉘ | 保護責任者遺棄   | ---            | ---  | ・約3カ月の入院加療を要する顔面打撲擦傷及び左下腿開放性骨折の重傷。  |
| ㉙ | 保護責任者遺棄致死 | ---            | (「死」ではなく)「そのまま放置しておいて自力で回復歩行するに至るが如きことは到底期待し得ない状態にあった」 | ・左前額部に長さ約5センチメートル深さ骨膜に達する挫創、左眼瞼部外側に長さ約3センチメートルの骨膜に達する挫創等の傷害。<br>・脳震盪をおこし、意識を失い、頭部顔面等からおびただしく出血していた。<br>・人通りの少ない道路上。 |
| ㉚ | 保護責任者遺棄   | ---            | ---  | ・全治に約2月半を要する傷害。   |
| ㉛ | 保護責任者遺棄   | ---            | ---  | ・重傷を負って意識も定かでない。  |

救命の蓋然性と、死に至る蓋然性については、積極評価がなされている場合には(+)、消極評価がなされている場合には(-)をつけている。また、特に言及がない項目は、---とした。このように一覧で見ると、次のことが分かる。

(1) 殺人罪の成立が認められた裁判例(㉒)では、救助した場合の救命の蓋然性について積極評価がなされており、殺人未遂罪の成立が認められた裁判例(㉑㉓㉔)では、放置した場合の死に至る蓋然性について積極評価がなされている。

殺人罪の成立が認められた裁判例では、現に死に至っている以上、「放置した場合の死に至る蓋然性」は基本的には明らかである。そのため、現実にはあり得なかった「救助した場合」について、救命の蓋然性がいかほどあったのが重要となる。たとえ救助しても救命可能性、すなわち結果回避可能性<sup>117)</sup>がなかったならば、作為を命ずることはできないからである。

117) ここでいう「結果回避可能性」は、不作為の因果関係における「結果回避可能性」ではなく、



これに対して、殺人未遂罪の成立が認められた裁判例では、現に助かっている以上、基本的には、救助したならば助かったであろうことが明らかである。そのため、「放置した場合」について、死に至る蓋然性がいかほどであったのかが重要となる。たとえそのまま放置されていてもおよそ死に至る危険はまったくなかったのであれば、放置することについて、殺人の実行行為性を認めることはできないからである。

(2) 殺人罪の成立が認められなかった裁判例(⑥)では、救助した場合の救命の蓋然性について消極評価がなされており、殺人未遂罪の成立が認められなかった裁判例(⑤)では、放置した場合の死に至る蓋然性について消極評価がなされている。

これは、(1)の裏返しである。⑥は、救命可能性を因果関係ととらえ、救命可能性がないことと、救命可能性の認識がないことから、因果関係と故意の欠如を理由に、殺人罪の成立を否定する。しかし、ここでいう救護可能性がひとえに因果関係の問題であるとする、被告人は、「因果関係」の認識がなかったことによって故意が認められなかったということになり、やや疑問である。救護可能性、すなわち結果回避可能性についての認識が故意として要求されることの趣旨は、あくまで実行行為性としての「結果回避可能性」であると思われる。したがって、裁判所の意図はどうか、ここで認定された救護可能性は、実行行為性の問題として捉えることも十分可能であるし、そのように考える方が自然である。

(1)との対比から、ひき逃げ類型においては、これらの要素が肯定されるときには殺人の実行行為性が認められる傾向にあり、逆に否定されるとき、殺人の実行行為性が認められない傾向にあるということが分かる。

---

あくまで実行行為性段階における「結果回避可能性」である。現実には、当該不作為がその結果に結実したといえるか否かが因果関係の問題であるなら、実行行為性の問題は、当該不作為が、そのような結果を生み出しうるような危険性を有するものであったか否かである。救助しても死という結果が回避できないのであれば、「救助しない」という不作為は、死という結果に対して影響力を持たない、危険のない行為であると評価することができる。なお、不真正不作為犯における実行行為性段階の結果回避可能性と因果関係段階の結果回避可能性の関係について、奥村正雄「不真正不作為犯における結果回避可能性」同志社法學62巻3号(2010年)529頁。

(3) 保護責任者遺棄（致死）罪の成立が認められた裁判例（⑥⑦⑧⑨⑩⑪）では、救助した場合の救命の蓋然性・放置した場合の死に至る蓋然性ともに、ほとんど触れられていない。

これら裁判例の中には、少なくとも、救助した場合の救命の蓋然性や、放置した場合の死に至る蓋然性について正面から検討し、事実認定を行ったものは見られない。ましてや⑥に至っては、救助した場合の救命の蓋然性について消極評価を受けている。

このことがただちに、保護責任者遺棄罪の実行行為性が認められるためにこれらの要素がまったく不要であることを示すとははいえない。しかし、殺人罪の成立如何が問題となった①～⑥の裁判例との温度差は明らかである。裁判例⑨では放置した場合の見通しについて、生命の危険には触れず、「そのまま放置しておいて自力で回復歩行するに至るが如きことは到底期待し得ない状態にあった」と表現している。また、裁判例⑦は、被害者の状態について、「被害者の傷害の程度が重傷といい得ないにしても、泥酔せることと相まって他人の扶助を要する状態」にあったとする。いずれも放置した場合にどのような危険が生じたかということからは距離をとっており、殺人罪が問題となったケースとは対照的である。

保護責任者遺棄罪の実行行為性を検討するにあたっては、救助した場合の救命の蓋然性・放置した場合の死に至る蓋然性といった、危険性の指標となる要素が、殺人罪ほど厳格に求められてはいないように思われる。

## VI. 私見

以上のことを前提に、ひき逃げ類型における不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界について、私見を述べる。

第一に、不作為犯が問題になる領域の中でも、特にひき逃げにおいて配慮すべき特色を整理し、議論の下地を整える。第二に、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との相違の核心は何かを分析することで、アプローチの方針を定め

る。第三に、不作為による殺人の成否の指標を明らかにする。第四に、ひき逃げ事例における不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪、そしていずれも成立しない場合の境界モデルをまとめ、提示する。そして最後に、この境界モデルがどのように適用されるか、具体的事例を設定して検証する。

## 1. ひき逃げの特徴——虐待事例との対比から

### (1) 救助への障壁があること

実行行為とは、それまでになかった危険を新たに生み出すものである。不作為による殺人の場合、危険が「それまでになかった」というためには、作為によって被害者は救命されるはずであったと当然に想定されなければならない。しかし、ひき逃げ類型の場合、次のような特殊性を考慮する必要がある。

(i)交通犯罪の大量性・日常性から、多くの場合、犯人は普段は日常生活を穏当に送っている<sup>118)</sup>ため、突然の非日常に狼狽している<sup>119)</sup>。さらに被害者は、偶然行き当たったまったくの無関係の者である。そのため、犯人には事故を「なかったこと」にしようとする心理が働きやすい。

(ii)救護という作ををなすことは、自身の犯罪を告白することにつながる。そのため、作為に出るための心理的障壁が大きい<sup>120)</sup>。また、近時の交通犯罪の厳罰化は、事故の発覚を恐れる心理を刺激しかねない。厳罰化

---

118) たとえば③の裁判例では、量刑の理由において、被告人が日ごろまじめな性格で会社社長の信頼も厚く、事故のわずか3カ月前に社長の紹介で結婚したばかりであることや、「犯行後家に帰ってから自己の犯した行為に思い悩み眠れないまま一夜を明かし、自己の犯行を悔いてその日の午前8時ごろ自ら警察に出頭し、自己の犯行を報告している」ことなどが明らかにされている。

119) ⑤の裁判例では、「被告人としては被害者が自転車諸共橋上から川に転落したことは予想外の出来事でもあり、かつ無免許のことであり、驚愕、恐怖の念に駆られて夢中で逃走した」ことが示されている。

120) 本稿で紹介した裁判例でも、多くのケースで、事故の発覚による逮捕や多額の賠償をおそれることが犯行の動機となっている。特に⑤の裁判例は無免許の事案であり、公判廷でも被告人が「そのときは、なにしろ恐ろしいのと、無免許のばれることがこわくて逃げてしまった」などと述べている。また⑥では、事故の前に飲酒をしていたという事情がある。

が盛んにおこなわれた平成15年～17年の事故では、ひき逃げ事件となる確率が大きくなっているとの研究もある<sup>121)</sup>。

このように、単純なひき逃げでは、交通事故の「犯人」が様々な障壁を越えて被害者を救護すると当然に予定されているとはいいがたい<sup>122)</sup>。また、子どもの近くに親がいる場合、他人は「親が助けるだろうから」と、子どもの救護に乗り出すことを控えるであろう。これに対して、交通事故があったときに、「犯人が救急車を呼ぶだろうから」と、他者が介入することを控えるだろうか。こうした事情からも、単なる事故の犯人による不作為が、作為と同等の実行行為性を備えるということとはできない。

そのため、+  $a$  として、車内への連れ込みが不可欠となる<sup>123)</sup>。被害者を車内へ連れ込み、他者による救助可能性を阻み、かつ、「彼は被害者を救助するのだろう」「だから危険はない」と評価しうるようになってはじめて、ひき逃げは不作為による殺人罪が成立しうる土俵に立つことができるのである<sup>124)</sup>。

## (2) 突発的・刹那的であること

虐待類型の場合、その不作為には、数日、数週間、場合によっては数カ月

121) 藤田悟郎ほか「ひき逃げ事件の状況的促進因子」日本心理学会大会発表論文集第75回、(2011年)475頁。また、川出・金・前掲注(8)492頁は、「ひき逃げ事件の発生件数の増加を受けて、平成13年に救護義務違反の法定刑が、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に引き上げられた。しかし、その因果関係は必ずしも明らかでないものの、同時に創設された危険運転致死傷罪の適用を免れるためにひき逃げを行う者が増加し、その結果、ひき逃げの発生件数は減少しているとの指摘がなされた」としている。

122) 鈴木・前掲注(41)22頁注(9)は、「自動車運転過失致死傷罪等の責を負いかねない運転者が現場から逃走するのは典型的に期待可能性が低いので、作為による殺人罪との等価値性が認められない」と説明する。

123) 野村稔・前掲注(42)96頁以下は、夜間、交通の頻繁な道路上で昏倒した被害者が、後続車にひかれる危険性が高いといった場合には、車内への引き入れがなくとも殺人罪が成立しうるとする。しかし、夜間であるということは目撃者がいない可能性が高まるのであるから、危険性は高くても、逃走する誘惑は却って高まってしまうようにも思われる。

124) ひき逃げに連れ込みという+  $a$  の要素が求められることについて、拙稿・前掲注(1)132頁。

といった単位で、幅があることが多い。これに対して、ひき逃げは突発的で、刹那的である。

ひき逃げ類型の場合、生命の危険が発生し、やがて手遅れになるという流れが、ゆるやかに順序よくやってくるとは限らない。事故直後の時点ですでに手遅れということもあれば、被害者があまりに軽傷で、およそ生命の危険が発生しないということもある。また、自動車で逃走するため、ひとたび現場を離れると、ごく短時間で大きな離隔が生まれ、もはや救護が現実的に困難になることもある。

したがって、ひき逃げの場合には、実行行為となりうる不作為が継続している範囲で、被害者の状況やそれに対応する被告人の主観を個別具体的に確認する必要がある。

## 2. 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界設定へのアプローチ

### (1) 区別のための3つの要素

これまで殺人罪と保護責任者遺棄致死罪とを区別する要素として論じられてきた代表的なものが、殺意、危険、義務の内容・程度である。

すでに検討したように、義務の内容・程度は、危険の違いから定義づけられており、いわば危険の裏返しである。また、高度な危険が発生しているほど殺意が認められやすく、危険の程度が低いほど殺意が認められにくい。3つの要素は、視点が異なるだけで、結局同じものを見ているのである。

とはいえ、議論を進めていく都合上、どこに視点を置くかは重要になる。同じものであっても、どこからアプローチしていくかによって、説明の流れは変わりうるからである。

そこで、これら3つのうち、どの視点からアプローチすることが妥当か、検討する。

### (2) 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の相違の核心——「危険」

殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との間には、いくつもの相違がある。第一

に、条文自体が異なる。前者は「殺す」罪であり、後者は「遺棄」ないし「不保護」の罪の結果的加重犯である。第二に、前者は不真正不作為犯であり、後者は真正不作為犯である。第三に、前者は具体的危険の発生を要する結果犯であり、後者は（準）抽象的危険犯であるとされている。この三つの相違は相互に関連しながら、両者を特徴づけている。

不真正不作為犯の場合、作為犯との同価値性を要する。殺人罪の不真正不作為犯は、作為による殺人罪とパラレルに考えなければならない。すなわち、その不作為は、作為と同等に「死」という結果を引き起こすに足りるものであったのか、「死」という結果が発生する具体的危険があったかが重要となる。

これに対して、真正不作為犯には、同価値性を担保すべき作為犯が存在しない。そのため、当該条文の想定する行為と危険が発生すれば足りる。保護責任者遺棄致死罪は結果的加重犯であって、もとより「死」という結果が予定されているものではない。保護責任者には保護が命じられているのだから、それが招く「死」という結果の確実性は不要である。だからこそ保護責任者遺棄致死罪に求められるのは、抽象的危険に留まるのである。

このように、三つの相違——特に不真正不作為犯か、真正不作為犯かという切り口から検討するならば、両者の相違を最も特徴づけるのはやはり「危険」であるように思われる。

### (3) ひき逃げ類型における「殺意」と「義務の内容・程度」

「殺意」や「義務の内容・程度」というアプローチは、ひき逃げ類型においてどのように機能するか。

殺意からのアプローチは、確かに現実的かもしれない。しかし、殺意さえあれば殺人罪というわけではない。殺人罪というためには、殺人としての実質を主観以外にも備えていなければならないはずである。殺人罪と保護責任者遺棄致死罪が異なる犯罪である以上、単に殺意の有無のみの問題とするのではなく、より実質的な境界を設定すべきである。

義務の内容・程度からのアプローチは、危険からのアプローチと表裏一体

である。しかし、少なくともひき逃げ類型の中では、義務の内容・程度からのアプローチは有用とはいえない。ひき逃げには現象的なバリエーションはそう多くなく、保護責任者としての義務を負うケースと不作為による殺人の作為義務を負うケースを仕分けるのは困難であろう。また、「作為義務は果たしたが保護責任者としての義務はいまだ果たしていない」<sup>125)</sup> という状況も確かに観念しうるものの、そのような状況はまれである。

#### (4) ひき逃げ類型における「危険」

「危険」からアプローチすると、生命に対する危険をそのときどきの状況から判断することができるため、個別具体的に検討しやすい。少なくともひき逃げ類型においては、「危険」からのアプローチを採用するのが便宜に適うように思われる。

すなわち、具体的危険の発生が認められる場合には殺人罪、抽象的危険しか認められない場合には保護責任者遺棄致死罪と解すべきである。不真正不作為犯としての殺人罪の場合、作為による殺人罪とパラレルに考えなければならぬ。そこには生命に対する具体的危険が求められる。これに対して保護責任者遺棄致死罪は真正不作為犯であり、法によって「保護責任者」としての義務を与えられている。保護責任者である以上、ほかの者とは立場が異なる。「自分が義務を放棄しても、ほかの者が助けてくれるかもしれない」という場合でも、それでもなお義務をまっとうすべき責任が、保護責任者には課せられている<sup>126)</sup>。とはいえ、ほかの者による適切な救護措置が確実になされる状況であるなど、社会通念上およそ生命の危険が発生しないような

---

125) 森住・前掲注 (9) 377頁以下。ひき逃げの事案というわけではないが、「親が子供に重傷を負わせ、子供の死亡を回避するために救急車を呼んだが、自身は逮捕を恐れて子供を家の前に放置して逃げたといったような場合」には、法的作為義務の履行は認められても、保護責任は履行していないものとして、保護責任者遺棄致死罪が成立する余地があると説明する。作為義務と保護責任とで、具体的に求められる作為の水準が異なるのであれば、当然このようなことはありえよう。

126) 和田・前掲注 (84) 69頁以下。

場合は、保護責任者遺棄致死罪は成立しない<sup>127)</sup>。

### (5) 危険と殺意の関係

不作為はそれ自体、犯罪意思の発露としてみる事ができないから<sup>128)</sup>、行為時点でその危険性を認識しているとは限らない。そのため不作為犯の場合、「すでに危険が存在し、それを義務に反して放置する」ことの認識を問う必要がある。そうでなければ、自身の不作為が、殺人の構成要件に該当する行為であると認識していたとはいえないからである<sup>129)</sup>。

したがって、危険により殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界を分かちとしても、殺人罪ならば殺人罪、保護責任者遺棄致死罪ならば保護責任者遺棄致死罪に値する危険の認識を常に問わなければならない。たとえ客観的な危険の程度は優に殺人罪に値するものであったとしても、被告人がその高度な危険を認識していなければ、なお殺人罪の成立は認められない。その意味で、殺意は常に意識しておかなければならない要素である。

## 3. ひき逃げにおける罪名決定のための3つの指標と時間的限界

### (1) 指標が有用となる時間的限界

ひき逃げにおける不作為による殺人罪の成否については、(3)で示すように、  
 ①「救助した場合の救命の蓋然性」、②「放置した場合の死に至る蓋然性」、  
 ③「①②の事実の認識」という3つの指標を立てることができる。しかしその前提として、この指標が有用であるのは一定の時間的限界内に限られるこ

127) 大谷・前掲注(50)75頁以下。

128) 裁判例⑤は、「不作為(いわゆる「ひき逃げ」)それ自体には通常殺意の表動が認められる(従ってそれが殺意の推定をもたらす)という性質のものとはいえない」ため、その故意についてより慎重に判断すべきであるとする。

129) 裁判例も、これを重視している。たとえば②は、被告人の供述等をふまえ、被告人が被害者の容態がきわめて重いと認識していたことを認定しているし、⑤も、「被害者を被告人において直ちに救護せず逃走したとしても、死亡の結果発生する蓋然性が高度なものであったとまでは認めがたく、又その認識を被告人が有していたとは認めがたい」とする。いずれも、被害者の容態を正しく認識しているかが認定されている。



とを確認したい。その時間的限界とは、「被告人が被害者を放置する意思決定を下した時点」から、「被告人が被害者を降車させたくて現場から逃走し、作為可能性が失われた時点」までの間である。

始期は、故意との関係で導かれる。被告人が被害者を自動車に乗せ、救護目的で走行しているうちは、たとえ被害者の容態を正しく認識していても殺意は認められない。問題となるのは、救護の意思をひるがえし、どこかで降車させ放置することを決めた時点以降である。むろん、この放置の意思決定は、被害者を自車に引き込むよりも前の時点で備わっていることもある。

終期は、作為（救護措置）可能性との関係で導かれる。「必要な措置をしていない」という不作為は、救護措置を果したり、措置の必要がなくなったりしない限り、いつまでも継続する。しかし、被告人が現場から逃走し、被害者との離隔が大きくなっていけば、被告人が被害者を救護することは現実的に不可能となる。特にひき逃げの場合は自動車で逃走するため、ひとたび逃走を始めると、被害者との離隔はみるみる大きくなる。また、現場から離れたあとに被害者の容態が急変するなどしたとしても、被告人にそれを認識することができなかつたならば、故意との関係でもなお犯罪の成立が否定される。なお、車内で被害者が死亡した場合、この終期は結局訪れなかった（あるいは、被害者の死をもって犯罪が完成することにより訪れた）ということになる。

以上のことを総合すると、先に挙げたように、「被告人が被害者を放置する意思決定を下した時点」から、「被告人が被害者を降車させたくて現場から逃走し、作為可能性が失われた時点」までという時間的限界を設定することができる。

## (2) 時間的限界の設定にともなう問題点に対する考え方

時間的限界の設定により、ある問題が生じうる。時間的限界さえ超過すれば殺人罪に問われないのだとしたら、それは、「なるべく早く被害者を放置して逃走する」ことを法が奨励することにならないかという問題である。さ

らにいえば、連れ込み型のケースのみを不作為による殺人罪の対象にすること自体、一時でも救助しようとする意思に水を差すのではないかとの懸念もある。これについては、以下のように説明することができる。

#### (i) 両者のインセンティブの比較

救助する・あるいは救助を継続することと、それを放棄して逃走することによって生じる利益やリスクを比較し、後者のインセンティブが前者のそれを上回るかどうかを検討する。

救助を試みると、後に被害者を降車させ逃走した場合に殺人罪が適用されるリスクがある。しかし、これは「もし被害者を降車させ逃走したら」という条件付きのリスクであり、この条件の成就是もっぱら自らの意思に依存する。被害者を降車させ逃走するという行為を自分が選択さえしなければ、過失運転致死傷罪で済むうえ、救助すれば軽傷の確率が上がり罪状が軽くなり、場合によっては裁量免除（自動車運転致死傷行為処罰法第5条ただし書き）を受ける可能性さえある。救助のメリットは極めて大きい。

他方で救助を放棄すると、殺人罪こそ成立しなくても、救護義務違反と過失運転致死傷罪との併合加重となる。さらに、救護しないことによって被害者が死亡する確率が上がり、罪状も重くなる。確かに逃げ切ることさえできれば一切の罪に問われない。しかし、先に見たひき逃げの検挙率(I. 3)をみると、その確率は期待できるほど大きくない。死亡事故に至っては、97%から102%と、そのほとんどが検挙されているのである。

このように両者を比較すると、時間的限界を設定したり、連れ込み型のみを殺人罪の対象としたりしたからといって、そのことによって逃走するインセンティブが救助のそれを上回ることはない。

#### (ii) それでもなお逃走を選択した場合

(i)にもかわかわらず、それでも逃走するならば、それはむしろ、のぞましいことである。

もちろん、救助が遂行されるならば、救助された方がよい。しかし、途中で被害者を放棄して逃げてしまうくらいであれば、はじめから救助を試みな

いほうがよい。自車に被害者を引き入れてしまうと、他者が救助する機会を奪ってしまうからである。結局救助が遂行されないのなら、なるべく早く放棄したり初めから救助しなかったりするほうが、被害者や社会にとってかえって有益なのである。

このように割り切れれば、犯人に対して「早く逃げよ」というインセンティブを与えかねないという問題は、さほど顧みる必要はないように思われる。

### (3) ひき逃げにおける罪名決定のための3つの指標

VI. 2で論じたように、ひき逃げにおける不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界を明らかにするためには、「危険」という側面からアプローチすべきである。そこで、V. 2でおこなった裁判例の分析にならない、

① 救助した場合の救命の蓋然性

② 放置した場合の死に至る蓋然性

の2つの指標によって、危険性の程度（具体的危険といえるか、それとも抽象的危険に留まるか）をはかる。これに加えて、

③ ①②の事実の認識（故意）

が必要である。この①②③の要素が、時間的限界中（「被告人が被害者を放置する意思決定を下した時点」から、「被告人が被害者を降車させたうえで現場から逃走し、作為可能性が失われた時点」まで）に満たされてはじめて、不作為による殺人罪が成立する。

被害者に生じている生命の危険を直接的に判断するには、第一には、傷害の程度が参考になる。しかし刑法理論との関係でより重要なのは、これに周囲の状況など諸般の事情を加味した上での、実行行為時点での、「救助すれば、助かるのか」と、「放置すると、死んでしまうのか」である。

以下、それぞれの指標について説明する。

(i) ①「救助すれば、助かるのか」——救助した場合の救命の蓋然性

ある不作為に殺人罪の実行行為性が認められるためには、結果回避可能性が必要である。「救助した場合の救命の蓋然性」とは、不真正不作為犯一般

で要求される結果回避可能性を、ひき逃げ類型に引きつけていいかえたものである。それでは、救命の蓋然性はほんのわずかでもあればよいのであろうか。

不作為による殺人は、作為による殺人と同価値なものでなければならない。そこで、作為による殺人について考える。犯人が銃を撃たなければ、被害者が犯人の銃撃によって死なない確率は100%である。これとパラレルに考えると、不作為による殺人も、「救助していれば100%死なずにすんだ」といえることが理想である。とはいえ、すでに危険が発生している者の救命確率に100%を求めることは現実的には難しく、多少弾力的に解す必要がある。しかし、相当程度に高度な救命の蓋然性がなければ、殺人罪の実行行為性は認められないと考えるべきである<sup>130)</sup>。

なお、本稿で検討した裁判例では、被害者が死亡しなかった場合に④を検討していない(裁判例①③④⑤)。確かに現に助かった以上、「助けていれば助かった」ことは明らかであるようにも思われる。しかし必ずしもそうではない。救命蓋然性がきわめて低かったにもかかわらず、奇跡的に助かるということもありうるからである。

## (ii) ⑥「放置すると、死んでしまうのか」——放置した場合の死に至る蓋然性

殺人罪の実行行為性が認められるためには、結果発生の実現的な危険、すなわち、死という結果が生じる具体的・現実的な危険が求められる。

作為犯でも、被害者が一命をとりとめることはままある。人はすべての偶然を排除し、最後まで因果を支配しきることはできないからである。したがって、ここでいう結果発生の実現的な危険とは、「放置すると100%死ぬ」と

130) 不作為による殺人罪の成立を認めた裁判例②は、「被害者は事故直後に治療を受ければ一命をとりとめる蓋然性が極めて高かった」「死の結果を回避することは十分に出来た」とし、救助した場合の救命の見込みが相当程度に高かったことを示している。これに対して、不作為による殺人罪の成立を認めなかった裁判例⑥は、「直ちに最寄りの病院に搬送して救護措置を受けたとしても、死の結果を回避することができたとは認め難い」とし、救助した場合の救命の蓋然性が低かったことを示している。

というようなものではない。しかし、通常の作為犯が想定しているように、死という結果の発生が、具体的・現実的に想定される程度に危険が高まっている必要がある<sup>131)</sup>。

したがって、無傷の被害者を救護する作為義務はない。また、ある程度の傷害を負っており、死に至る可能性もなくはないとしても、それが抽象的な可能性にとどまる以上、殺人罪の実行行為性は認められない<sup>132)</sup>。現に致死結果につながりかねないといえる具体的状況が必要である。それが本当に死という結果に結びつくかどうかの確証は求められない。

なお、本稿で検討した裁判例では、既遂結果が生じた場合、⑤の指標を検討していない(②、⑥)。確かに、現に死んでいるのなら、放置すれば死ぬことは明らかであるようにも思われる。特に⑥については、救助してさえ助かるとはいえなかったのだから、放置すれば死ぬことは当然であろう。しかし被害者が死亡したからといって、⑤の指標の検討が不要になるわけではない。放置してもとても死にそうになかったにもかかわらず、思いがけない容体の急変があり死亡することもありうるからである。

### (iii) ③ ④⑤の事実の認識

たとえ④⑤についてそれぞれ高い蓋然性が認められたとしても、それを被告人が認識していなければ、殺人罪は成立しない。

なお、殺人罪に相当する高い蓋然性の認識は、それ未満の、保護責任者遺棄致死罪に該当する程度の蓋然性の認識を包含する。すなわち、「救助すれば100%助かる」という高度の蓋然性の認識は、「救助すれば50%助かる」という認識を包含している。したがって、殺人罪に値する認識を有していても、

131) 不作為による殺人罪の成立を認めたものとして、裁判例③は、「翌朝まで……放置された場合、殆ど生存を期待し難い状態にあった」とし、④は、「被害者は発見・救出されなければ、死亡していたことは間違いない」と、かなり高い蓋然性を示している。

132) 不作為による殺人罪の成立を認めなかった⑤は、被害者について「重傷ではあるがいわゆる瀕死の重傷という程重症とは認められない」とし、「直ちに救護せず逃走したとしても、死亡の結果発生の蓋然性が高度のものであったとまでは認め難い」としている。これは裏返すと、死亡の結果発生の蓋然性が高度のものであれば、殺人の実行行為性が認められないと裁判所が考えているように読みとることができる。

客観的事実として①②の蓋然性は保護責任者遺棄致死罪の程度にとどまるのであれば、保護責任者遺棄致死罪が成立することになる。

この3つの指標の組み合わせによって、不作為による殺人罪、保護責任者遺棄致死罪、そして両罪不成立が連続的に分布される。その分布につき、次の4で論ずる。

#### 4. ひき逃げにおける殺人罪／保護責任者遺棄致死罪／両罪不成立<sup>133)</sup>の境界モデル

##### (1) 各罪名に対応する指標の組み合わせ

時間的限界および③故意については、常に考慮する必要がある。このことは当然の前提とし、残る①と②の指標の大小の組み合わせによって、殺人罪／保護責任者遺棄致死罪／両罪不成立が振り分けられる。便宜上、①、②の確率はそれぞれ0%から100%の数値で表すことができる<sup>134)</sup>とし、それらをまとめると、以下ようになる。

##### (i) 殺人罪：①②の蓋然性がいずれも高い（①+②が200に近い）場合

殺人罪が認めらる典型は、①救助した場合には100%助かり、かつ、②放置した場合には100%死に至るという場合である。本来ならばまったくなかった危険を、放置することによってきわめて高度に発生させるという意味で、不作為のもつ影響力がもっとも大きくなるためである。

したがって、①と②がいずれも高度であるほど、殺人罪と評価されやすい。これを数値で表すならば、①・②の最大値はそれぞれ100で、和の最大値は200であるから、①+②の値が200に近ければ近いほど、殺人罪が認められやすいということができる。

133) ここでの「両罪不成立」とは、殺人罪も保護責任者遺棄致死罪も、いずれも成立しないという意味であり、道交法上の救護義務違反の成立までも否定するものではない。また、先行行為である事故にかかる自動車運転死傷行為処罰法上の犯罪についても埒外である。

134) この確率は実数値をとるため、その数値の組み合わせは無限にありうる。また、ここで数字を用いているのはあくまで説明のための便宜であって、現実には蓋然性が数値で表しうるといわけではない。

(ii) 両罪不成立：救助しても放置しても危険に変化がない（ $\text{a} + \text{b}$ が100に近い）場合

救助した場合も放置した場合も危険がほとんど変わらない場合、不作為の影響力がほとんどないのだから、それに実行行為性を認めることはできない。したがって、 $\text{a}$ と $(100 - \text{b})$ 、または $(100 - \text{a})$ と $\text{b}$ がほとんど等しい場合、すなわち $\text{a} + \text{b}$ が100に近い場合には、両罪不成立となる。

典型例は二つ考えられる。一つは、 $\text{a}$ 救助すれば100%助かるが、そもそも $\text{b}$ 放置しても死に至る確率は0%であるという状況である。このような場合、救助する必要ははじめからないのだから、放置したとしても、それが犯罪とされることはない。

もう一つの例は、 $\text{a}$ 救助しても助かる確率は0%であり、 $\text{b}$ 放置したら100%死に至るという状況である。この場合、危険が大きすぎるあまり、もはや手遅れである。つまり、結果回避可能性がないのである。結果回避可能性がない以上、作為を義務づけることはできない。危険が大きすぎると一転して犯罪が成立しないというのは一見逆説的なようでもあるが、危険がまったくない場合も、危険が大きすぎて手の施しようがない場合も、作為（救助）の意味がないという点では同じことである。

これらのほかにも、 $\text{a} + \text{b}$ が100になる場合には、一般的に同じことがいえる。たとえば、 $\text{a}$ 助ければ30%助かるが $\text{b}$ 放置すれば70%死ぬという場合、 $\text{b}$ は「放置しても30%助かる」といいかえられるから、救助して助かる確率と、放置して助かる確率とがちょうど釣り合う。つまり、救助しても救命確率に変化はないのだから、救助しなくてもなんらの危険も発生しない。したがって、両罪不成立となる。とはいえ、こうしたケースは現実にはほとんど想定しえないであろう。

なお、 $\text{a} + \text{b}$ が100未満になることこそ、現実的にはまずありえない。救助した方が放置するよりも死に至る蓋然性が高まるという逆転現象が生じるからである。そのような救助行為はそもそも救助行為といえるかも疑問であるし、そのような作為が義務付けられることはない。したがって、 $\text{a} + \text{b}$ が

100未満になるケースを考える必要はない。

(iii) 保護責任者遺棄致死罪：(i)(ii)の中間領域

保護責任者遺棄致死罪が成立するのは、(i)と(ii)のちょうど中間領域である。

㉑+㉒が200に迫るほどに不作為の影響力が大きくはなくても、保護責任者遺棄致死罪は認められる。殺人罪のような具体的危険は求められていないためである。

しかし、㉑+㉒が100に迫るようなら、抽象的危険さえ認められないため、保護責任者遺棄致死罪も成立しない。

したがって、たとえば「救助しても助かるかどうかは疑問だが、放置するよりは救助した方が助かる確率は上がるだろう」という場合には、保護責任者遺棄致死罪が成立する。通常、救助した方が放置するよりも助かる確率は高い。したがって、もはや手遅れであったり、逆に救助する必要がなかったりするのでなければ、助かる確率が大きくなくとも、救助しなければならぬ。保護責任者遺棄致死罪は真正不作為犯であり、明文上、「保護責任」が与えられている。法は、助かるとは限らなくても、要扶助者の身に危険が及ぶ確率を最小化することを、「保護責任者」に求めているのである。

なお、裁判例⑥は、「仮に被告人が被害者を事故後直ちに最寄りの病院に搬送して救護措置を受けたとしても、死の結果を回避することができたとは認め難」と表現している<sup>135)</sup>。これは、死の結果を「回避することはおおよそ不可能であった」という意味なのか、「回避の蓋然性が高くなかった」という意味なのか、文言上からは判別しがたい。結論として、⑥は殺人罪は否定し、保護責任者遺棄罪の成立は認めている。結果回避の見込みがおおよそ無いのであれば、保護責任者遺棄罪の実行行為性も否定されるはずである。したがって、⑥のケースは、結果回避の見込みがおおよそないとはいえなかったのではないかと考えられる。そうでなければ、保護責任者遺棄罪を認

135) なお、これは因果関係の文脈で判示されたことである。しかし、このような結果回避可能性は、実行行為性の問題として捉えられるべきである。実行行為性における結果回避可能性と因果関係における結果回避可能性とが具体的にどう異なるのかについては、VI.5.(4)で触れる。



めた結論には疑問がある。

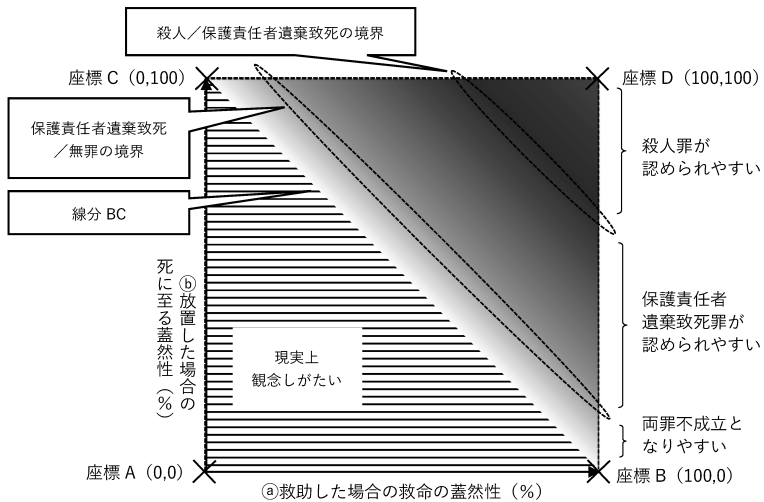
(2) 各指標の独立性と境界の連続性

指標①②の蓋然性のレベルは段階的なものではなく、連続的である。たとえば救助した場合の救命の蓋然性も、「確実に助かる」、「十中八九助かるはずだ」「きっと助かる」「助かるかもしれない」など、その程度は無限に細分化することができる。蓋然性のレベルがどの程度であるかは、個別具体的な状況によって無限に異なるからある。

そして、①②は相互に独立した指標であるから、①②の組み合わせも無限に存在する。そこに明確・明瞭な線引きをおこなうことは不可能である。そのため、3つの罪名は連続的に分布し、その境界は、ある程度の幅をもつ。

これらを考慮し、①②の組み合わせによる殺人罪／保護責任者遺棄致死罪／両罪不成立の境界モデルを xy 座標上に描写すると、次のようになる。

<不作為による殺人罪・保護責任者遺棄致死罪・両罪不成立の境界モデル>



※これに加えて、故意の内容として、◎それぞれに対応する①②の事実の認識が必要である。  
※放置を決めた時点から、作為可能性が失われた時点までの時間的限界内に、上記指標を満たす必要がある。

### (i) 縦軸と横軸の関係

横軸 (x 軸) を「㉔救助した場合の救命の蓋然性」、縦軸 (y 軸) を「㉕放置した場合の死に至る蓋然性」として、0%から100%までの確率 (0から100までの実数) を表す。つまり、x、y のとりうる範囲はそれぞれ、 $0 \leq x \leq 100$ 、 $0 \leq y \leq 100$ である。したがって、たとえば原点 (座標 A) はいずれの蓋然性も0の、「救助しても助からないが、放置しても死なない」という状態を示すが、このような状態は現実には観念しえない。

### (ii) 線分 BC の意味

直線  $y = -x + 100$  を上記座標平面範囲に切り取ると、右下の座標 B (100,0) から左上の座標 C (0,100) に至る線分 BC となる。線分 BC 上では、y の値と、100から x を差し引いた値とが等しい (x と y の和が100になる)。つまり、救助した場合と放置した場合のリスクが常に釣り合うのである。

たとえば座標 B では、「救助すれば100%助かるが、放置しても決して死なない」のだから、救助しても放置しても死に至るリスクは0である。逆に座標 C では、「救助しても決して助からないが、放置すれば100%死に至る」のだから、救助しても放置しても死のリスクが100という、もはや手遅れの状況である。つまり線分 BC 上では、放置しても新たな危険を生み出すことは一切ない。したがって、線分 BC 上では犯罪は成立しない。

### (iii) 領域の限定

線分 BC によって区切られた左下の領域 ( $y < -x + 100$ ) では、放置した場合よりも救助した場合の方が、死に至る蓋然性が高いという逆転現象が生じる。こうした状況は理論上はありえても現実上観念し難いため、この領域は射程外としてよい<sup>136)</sup>。

136) 理論的には、そもそもそのような救助行為を救助行為と呼ぶことはできず、それが作為義務の内容になることもありえないから、両罪不成立ということになる。しかし、「被害者を車ではねた運転者が、その被害者を救助する義務はあるか」という問題設定はありえても、「被害者を車ではねた運転者が、その被害者をさらに危険にさらす義務はあるか」という問題設定はありえないのと同様に、このような場合もそもそも問題の俎上に上がることはないと考えられる。そのため、この領域を「両罪不成立」とするのではなく、あえて「射程外」とした。

#### (iv) 殺人罪／保護責任者遺棄致死罪／両罪不成立の成立範囲

座標 D が、「救助すれば100%助かるが、放置すると100%死に至る」という状況であり、「救助しない」という不作為の影響力がもっとも大きい。この座標 D を最大として、その辺縁が、殺人罪が成立しうるエリアである。殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との関係では、座標 D から離れるほど、殺人罪よりも保護責任者遺棄致死罪が成立しやすくなる。

また、線分 BC 上では犯罪は成立しえないため、その辺縁が両罪不成立となりうるエリアである。保護責任者遺棄致死罪と両罪不成立との関係では、線分 BC から離れるほど、両罪不成立とはならず、保護責任者遺棄致死罪が成立しやすくなる。

これにより、座標 D と線分 BC とのちょうど中間領域が、保護責任者遺棄致死罪が成立しやすいエリアということになる。

これらは明確なラインで線引きされるのではなく、無限の連続性のなかにある。すなわち、無限にありうる指標の組み合わせが、各罪名の認定可能性のグラデーションを作るのである。有／無の二項対立で決着がつくものではなく、2つの指標 (a)(b) とそれに対応する認識 (c)、時間的限界を個別具体的に検証し、罪名を定めるしかない。

## 5. 事例の設定と私見に基づく解決

本稿で提示した境界モデルによると、どのような事例の解決がありうるか。以下、(1)被害者が死亡した場合、(2)被害者が一命をとりとめた場合、(3)不十分な救護措置がなされた場合に加え、指標 a と因果関係との関係を説明するため、(4)因果関係が否定される場合の4つの項目に分けて、事例を設定し、具体的に検討する。

### (1) 被害者が死亡した場合の考え方

Case 1 : X は A を自動車ではね、救護のため車内に連れ込んだが翻意し、救

護措置をとらずに走行した。Aは走行中の車内において死亡した。Aの容態は重篤であったが、事故直後に治療を受ければ助かる蓋然性がきわめて高く、また、Xはこれらの事実を正しく認識していた。(裁判例②)

Case 2 : XはAを自動車ではね、犯行の発覚をおそれAを車内に連れ込み、救護措置をとらずに走行した。Aは走行中の車内において死亡した。しかし、仮にXがAを事故後ただちに病院に搬送したとしても、救命の見込みは決して高くはなかった。(裁判例⑥)

Case 1は、裁判例②を下敷きにしたものである。Aの容態は重篤で走行中死亡しているのだから、⑥放置した場合の死に至る蓋然性は高かったといえる。他方、④救助した場合の救命の蓋然性も高かった。したがって、裁判例の結論と同様、不作為による殺人罪が成立する。

Case 2は、裁判例⑥を下敷きにしたものである。この場合、⑥の高い蓋然性が認められるが、ただちに病院に搬送しても救命の見込みは高くなかったのだから、④の高い蓋然性が否定される。したがって、これも裁判例の結論と同様、殺人罪は成立しない。ただし救命がおよそ不可能であったとまではいえないならば、保護責任者遺棄致死罪は成立する<sup>137)</sup>。

ところが、実際の裁判例②⑥では⑥放置した場合の死に至る蓋然性を認定していない。確かに、実際に死んでいるならば、これは自明のようにも思われる。しかし、次のような場合には、⑥についてもきちんと評価する必要がある。

Case 3 : XはAを自動車ではね、Aを救護すべく車内に連れ込んだが翻意し、Aを降車させ逃走した。このときAの容態は深刻でなく、放置の現場は人家

---

137) なお、すでに指摘したように実際の裁判例では、死の結果を回避することがおよそ不可能であったのか、それとも高い蓋然性を見込めなかったのかが判然としない。また、裁判例の結論としては、不保護と致死結果との因果関係を否定し、保護責任者遺棄罪としている。

から近く人の往来も期待でき、湿度・気温共に快適であったため、放置しても死に至る蓋然性は決して高くなかった。また、Xはこれらの事実を正しく認識していた。

ところがその後、思いがけずAの容態が急変し死亡した。そのころXはずでに遠く離れ、Aの容体の急変を知ったとしても、Aを救助することはもはや不可能であった。

Case 1 や 2 では走行中の車内で被害者が死亡しているため、すべては時間的限界内で完結する。これに対して Case 3 の場合は A を降車させ逃走している。そして、放置すると死んでしまう蓋然性が高まったのは、この時間的限界を超えてからである。このような場合、A が現に死亡していても、⑥について殺人罪が認められるほどの高度の蓋然性は認められない<sup>138)</sup>。したがって、因果関係の問題を論ずるまでもなく、被告人の不作為には殺人罪としての実行行為性が認められず、保護責任者遺棄致死罪が成立する<sup>139)</sup>。

それでは、①が高度に認められ、かつ走行中の車内で被害者が死亡した場合には、時間的限界内に①と⑥がともに備わるから、常に殺人罪が成立するといえるか。

Case 4 : X は A を自動車ではね、A を救護すべく車内に連れ込んだが翻意し、A を降車させ逃走しようと決意した。このとき A の容態は深刻でなく、放置したとしても死に至る蓋然性は決して高くなかった。また、X はこれらの事実を正しく認識していた。

ところが思いがけず A の容態が急変し、A は車内において死亡した。しかし、A は後部座席に乗せられていたため、X は A の容体の急変にまったく気づか

138) 萩野・前掲注 (9) 111頁以下も、このような事例を挙げ、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪と区別を危険という指標によって行うことの可能性を示唆している。

139) なお、時間的限界を度外視したとしても、被告人には被害者が「救助しなければ死に至る」高度の蓋然性を認識することができなかつたので、㉔故意が認められないと説明することもできる。

なかった。

Case 4 は Case 1 や 2 同様、自動車による走行中という時間的限界内に A が死亡している。また、Case 2 のように、㉔が否定されることもない。したがって、時間的限界内に㉔㉕がともに備わるから、客観的には殺人罪の実行行為性が認められうる。

しかし、X は容態急変後の㉕の事実を認識しておらず、主観的要件の㉔を満たさないため、殺人罪の実行行為性はなお認められない。保護責任者遺棄致死罪が成立する。

## (2) 被害者が一命をとりとめた場合の考え方

Case 5 : X は A を自動車ではね、A を救護すべく車内に連れ込んだが翻意し、A を降車させ逃走した。A の容態は重篤で、放置の現場は人通りがなく寒気も厳しく、このまま放置すると A が死に至ることはほぼ確実であったが、病院に搬送すれば助かることもまた確実であった。X は、これらの事実を正しく認識していた。

X が立ち去った後、偶然現場を通りかかった第三者が救急車を呼び、A は一命をとりとめた。(裁判例①③④)

Case 6 : X は A を自動車ではね、A を救護すべく車内に連れ込んだが翻意し、A を降車させ逃走した。A の容態は瀕死の重症というほどではなく、放置の現場は人家からほど近く、見通しの良い場所であった。X は、これらの事実を正しく認識していた。

X が立ち去った後、事件を目撃した近隣住民が救急車を呼び、A は一命をとりとめた。(裁判例⑤)

Case 5 は、裁判例①③④を下敷きにした事例である。この場合、X が A

を降車させ逃走した時点で、すでに①②③いずれの指標も満たしているから、殺人未遂罪が成立する。

Case 6 は、裁判例⑤を下敷きにした事例である。この場合、A の容態や放置の現場の状況から、④放置しても死に至る蓋然性はそれほど高くなかったといえるから、殺人罪は成立しない。成立するとしても、保護責任者遺棄罪である。

実際の裁判例では、①③④⑤ともに、④救護した場合の救命の蓋然性について認定していない。確かに、実際に助かっているならば、救護すれば助かるはずであったことは自明であるようにも思える。しかし、次のような場合はどうか。

Case 7 : X は A を自動車ではね、A を救護すべく車内に連れ込んだが翻意し、A を降車させ逃走した。A の容態は極めて重篤で、仮に X がただちに A を病院に搬送していても、救命の蓋然性は決して高くなかった。X はこれらの事実を正しく認識していた。

X が立ち去った後、偶然現場を通りかかった第三者が A を発見し、救急車を呼んだ。A は奇跡的に一命をとりとめた。

Case 7 は Case 5 と異なり、A が一命をとりとめたのは偶然にすぎない。現に助かったからといって、時間的限界内において指標④の蓋然性が高いことは自明ではないのである。

Case 7 では、時間的限界内においては、④の蓋然性は決して高いとはいえなかった。このような場合、④の高度な蓋然性が認められず、殺人未遂罪は成立しない。保護責任者遺棄罪にとどまる。

### (3) 不十分な救護措置がなされた場合

続いて、実際の裁判例ではまだ生じていないものの、ありうる事態として、一応の救護措置がなされたもののそれが不十分であるケースを想定する。

Case 8 : X は A を自動車ではね、A を救護すべく車内に連れ込んだが翻意し、A の死を認容しつつ、A を人目につきやすい場所で降ろし、救急車を呼んで逃走した。A が X の呼んだ救急車によって病院に搬送されれば、助かることはほぼ確実であった。そして、X はこれらの事実を正しく認識していた。

X が立ち去った後、救急車が到着し、A は一命をとりとめた。

このような例は、作為義務と保護責任との義務の違いの説明に提示されるものである<sup>140)</sup>が、同時に本稿で提示したモデルからも説明することができる。

⑥放置した場合の死に至る蓋然性は、被害者の容態のみではなく、現場の状況等あらゆる事情を総合して判断すべきである。Case 8 では、救急車を呼んだという事情に、人目につきやすい場所であったことも加味すると、A にはまもなく病院に搬送される見込みが十分あった。そして、搬送されれば助かることが確実であった。そのため、X によって放置された時点の A は、⑥放置すると死に至る蓋然性が高かったとはいえない。

他方で、何らかの事情で救急車が被害者を見つけられなかったり、救急車が到着しなかったりする可能性もないとはいえない。そうした可能性を考えると、⑥について抽象的な危険はなお残されている。したがって、このような場合には、保護責任者遺棄罪が成立する。

このことはもちろん、「作為義務は果たしたが、保護責任は果たしていない」と説明することも可能である。「危険」と「義務の内容・程度」は表裏のものだからである。

#### (4) 指標③が認められ、被害者が死亡したにもかかわらず、因果関係が否定される場合

最後に、指標③と因果関係との関係について説明するための事例を設定する。

---

140) 森住・前掲注 (9) 377頁。



Case 9 : X は A を自動車ではね、A を救護すべく車内に連れ込んだが翻意し、A を降車させ逃走した。A の容態は極めて重篤であり、放置の現場は人家から遠い人通りのない場所で、このまま放置すると A が死に至ることはほぼ確実であった。なお、現場周辺には病院 H 以外に病院はなかったが、病院 H に搬送すれば助かるであろうこともまた確実であった。そして X は、これらの事実を正しく認識していた。

ところが、X が A を置去りにした後、病院 H は火災を起こし、患者の治療を行うことができない状況に陥った。つまり、仮に X が A を病院 H に搬送していたとしても、A が適切な措置を受けて助かることはなかったのである。

Case 9 では、X が A を搬送していても助からなかったのだから、㉔救助した場合の救命の蓋然性を満たさず、殺人罪の実行行為性が否定されるようにも思われる。

しかし、㉔㉕㉖は時間的限界内に満たされなければならず、かつそれで足りる。実行行為性の判断は、あくまで行為時点からみて「その行為が結果を発生させるか」というポテンシャルの問題だからである。Case 9 では、X が A を置去りにした時点で、㉔の蓋然性はきわめて高度であった。したがって、X に殺人罪の実行行為性を認めることができる。

他方、時間的限界後の事情により、結果回避可能性は失われた。このことは、因果関係の問題である。因果関係は、結果が発生した後から見て、「その行為によってその結果が発生したのか」という結果論的な問題だからである。

したがって、Case 9 の場合、X には、殺人未遂罪が成立する。

## Ⅶ. おわりに

### 1. 本稿の内容のまとめ

#### (1) 本稿の流れ

本稿は、不真正不作為犯のなかでも特にひき逃げ類型について、主に殺人罪と保護責任者遺棄致死罪（および両罪不成立）の境界モデルの定立を試みた。

Ⅱ. 議論の前提では、ひき逃げが単純なひき逃げと連れ込み型のひき逃げに分類されることや、ひき逃げが実務上どのように処理されているかなどを確認した。

Ⅲ. ひき逃げをめぐる議論状況では、道路交通法違反、不作為による殺人罪、遺棄罪の3つの犯罪について、それぞれ議論を整理した。

Ⅳ. 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界に関する学説とその分析では、代表的な両者の境界基準「殺意」、「危険」、「義務の内容・程度」を分析した。その結果、義務の内容・程度と危険性は表裏の関係であり、危険性は殺意と相互に連動しているということを指摘した。すなわちこれらはいずれも、同じことを別の角度で示しているのである。

Ⅴ. 裁判例とその分析では、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界について、11件の裁判例を概観した。すると、不作為による殺人罪が問題となるケースでは、①救助した場合の救命の蓋然性と、②放置した場合の死に至る蓋然性の少なくともいずれかに言及があることが分かった。そして、①②が積極的に評価された場合は殺人罪の成立が認められ、逆に消極的に評価された場合はこれが否定される傾向にあることが明らかとなった。

Ⅵ. 私見では、結論に先立ち、次のことを確認した。

まず、単純なひき逃げに殺人罪や保護責任者遺棄致死罪を認めるわけにはいかず、これらを認めるためには、連れ込み型のひき逃げでなければならない。また、ひき逃げの場合は特に、個別具体的に、被害者の状況や被告人の

主観を検証する必要がある。

次に、区別のためのアプローチとしては、「危険」を糸口とすべきである。これは主に、不作為による殺人罪が不真正不作為犯であり、保護責任者遺棄致死罪が真正不作為犯であることから導き出される。不作為による殺人罪には殺人罪の実質に見合うだけの具体的・高度な危険が、保護責任者遺棄致死罪には、準抽象的危険犯としての危険が要求されるのである。そしていずれの罪名でも、それに対応する「危険」の認識が必要である。

これらをふまえて、ひき逃げ類型における不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界基準を、次のように提示した。

## (2) 本稿の提示する境界モデル

第一に、不作為による殺人ないし保護責任者遺棄致死罪の実行行為性が認められうる時間的限界は、被告人が被害者を放置することを決意してから、被告人が被害者を置去りにして現場から立ち去り、作為可能性が失われた時点までの間である。

第二に、ひき逃げ類型における不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪、そして両罪不成立を分かつための指標は、次の3つである。

- ① 救助した場合の救命の蓋然性——「救助すれば、助かるのか」
- ② 放置した場合の死に至る蓋然性——「放置したら、死んでしまうのか」
- ③ ①②についての認識

①は、一般的に不真正不作為犯の要件とされる結果回避可能性をひき逃げ類型にひきつけていいかえたものであり、②は死の結果が発生する危険の程度を示す。この①②2つの指標によって、「救助しない」という当該不作為が、殺人罪・保護責任者遺棄致死罪それぞれが要求する程度の危険性を備えているかをはかる。③は、それぞれの罪名に対応する故意を示すものである。

第三に、不作為による殺人罪・保護責任者遺棄致死罪・両罪不成立にあたるのは、それぞれ、次の場合である。

(i) 不作為による殺人罪：①+②が200に近い場合

典型は、「救助すればまず助かるが、放置するとまず死ぬ」という場合である。時間的限界中に、①②について相当高度の蓋然性が認められ、かつ、③そのことを認識していれば、不作為による殺人罪が成立する。

(ii) 両罪不成立：①+②が100に近い場合

典型は、「救助してももはや助からない」または「放置してもまず死なない」ために救助する意味がないような場合である。

時間的限界中に、①②のいずれかの蓋然性がきわめて低い場合には、両罪不成立となる。救助してももはや助からないのならば、当該不作為には結果に対する影響力がなく、不作為に危険はない。また、放置してもまず死なないのであれば、何らの危険も発生していないのだから、やはりこれも、不作為に危険はない。したがって、両罪とも成立しない。

加えて、現実には想定し難いが理論的には、いずれの蓋然性も極めて低いわけではなくても、救助しても放置しても危険に変化がない（①+②が100に近い）場合一般も、同様に両罪不成立となる。

(iii) 保護責任者遺棄致死罪：(i)(ii)の中間領域

保護責任者遺棄致死罪は、(i)と(ii)の中間にあたる。保護責任者遺棄致死罪は準抽象的危険犯であり、危険がほとんどないような場合には成立しないが、殺人罪の実行行為性が認められるほどの具体的かつ高度な危険性は求められないためである。

## 2. 本稿の成果と今後の課題

本稿では、従来議論されてきた不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界について、射程をひき逃げに限定することによって、ひき逃げ固有の特殊性を織り込んだ一定の境界モデルを示すことができた。その過程で、これまでの学説上あらわれてきた「殺意」「危険」「義務の内容・程度」が本質的には共通の視座に由来するものであることを指摘した点にも意義がある。

今後の課題は、虐待類型における殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界

を明らかにすることである。虐待類型は、不真正不作為犯の典型的な事例群であり、かつ、ひき逃げ類型と好対照をなしている。ひき逃げとはまったく異なる検討が必要となるはずである。

また、いずれの類型にも属さないケースも順次検討し、最終的には両罪の境界についての一般的な分析を試みたい。不作為による殺人と保護責任者遺棄致死罪との境界の明確化は、不真正不作為犯の輪郭を明らかにすることにつながると考えるからである。

本研究は JSPS 科研費 JP19H01426（研究代表者：川本哲郎）の助成を受けたものです。