

# わが国における不真正不作為犯論の再構成

同志社大学大学院法学研究科博士課程後期課程  
2014年度 1301番 (学籍番号：43141301)

奥 田 菜 津

## 目次

第1章 はじめに	(1)
<hr/>	
I 本稿の問題意識	(1)
II 本稿の掲げる「問い」	(2)
III 本稿の射程	(2)
1. 殺人罪への限定	(2)
2. 単独正犯への限定	(2)
3. 例外の留保	(3)
IV 本稿の構成	(3)
第2章 作為と不作為の区別	(4)
<hr/>	
I 本章の問題設定	(4)
1. 本章の掲げる「問い」	(4)
2. 作為と不作為の2つの機能	(4)
(1) 区別そのものの機能	(4)
(2) 作為義務の根拠論の指針としての機能	(4)
(3) 二つの機能の関係	(6)
3. 射程の限定と例外	(6)
II 作為と不作為の区別に関する先行研究および裁判例	(7)
1. 作為と不作為の区別に関する見解	(8)
(1) 自然的要素を重視する見解——行為者の挙動自体に着目するもの	(9)
1) 身体動作の有無	(9)
2) エネルギー投入の有無	(10)
(2) 自然的要素を重視する見解——行為者と結果との関係に着目するもの	(10)
1) 因果性の存否	(10)
2) 法益の悪化の有無	(11)

(3) 規範的要素を重視する見解	-----	(11)
1) 非難可能性の重点	-----	(11)
2) 社会的意味	-----	(12)
(4) 作為の優先	-----	(12)
2. 作為と不作為の区別を重視しない見解	-----	(13)
3. 裁判例の検討	-----	(14)
(1) ドイツにおける裁判例の検討	-----	(14)
1) 裁判例の状況	-----	(14)
2) 総評	-----	(18)
(2) わが国における裁判例の検討	-----	(19)
1) 裁判例の状況	-----	(19)
(i) 作為と不作為が区別されずに扱われた事例	-----	(19)
(ii) 作為か不作為かが争われた事例	-----	(21)
2) 総評	-----	(27)
4. 小括	-----	(27)
<b>III 作為義務の根拠論が想定する作為と不作為の相違</b>	-----	(28)
1. 作為義務の根拠論におけるいくつかの見解の分析	-----	(28)
(1) 法令・契約	-----	(28)
(2) 先行行為	-----	(29)
(3) 依存関係	-----	(30)
(4) (排他的) 支配性	-----	(30)
(5) 事実上の引受け	-----	(31)
2. 作為義務の前提としての2つの相違	-----	(32)
(1) 作為と不作為の規範的相違	-----	(32)
(2) 作為と不作為の因果的相違	-----	(33)
3. 作為と不作為の相違と区別論の関係	-----	(33)
<b>IV 作為と不作為のスペクトラム的存在</b>	-----	(34)
1. 事例の設定	-----	(34)
(1) 通常不作為とされる典型例	-----	(34)
(2) 「作為による不作為」およびその周辺例	-----	(34)
(3) 「作為による不作為」以外の両義的行為	-----	(34)
2. 規範的相違について	-----	(35)
(1) 検討の手法	-----	(35)
(2) 検討	-----	(35)

(3) 検討の結果	(36)
3. 因果的相違について	(37)
(1) 検討の手法	(37)
(2) 検討	(37)
(3) 検討の結果	(38)
4. 作為と不作為のスペクトラム的存在	(38)
5. 作為と不作為の区別論と作為義務の根拠論との関係	(39)
<b>V 私見</b>	(40)
1. 作為と不作為の区別の意義	(40)
2. 作為と不作為の2つの相違と区別基準	(40)
(1) 因果的相違への着目	(40)
(2) 2つの相違の検討の配分	(40)
1) 区別論での検討事項	(41)
2) 作為義務の根拠論での検討事項	(41)
3. 具体的区別基準の定立	(41)
(1) 因果関係の条件公式を参考に	(41)
(2) 具体的区別基準	(42)
4. 各事例の解決	(43)
(1) 設定した事例の解決	(43)
(2) 裁判例の解決	(45)
<b>VI 本章の内容と成果</b>	(47)
1. 本章の内容のまとめ	(47)
2. 本章の成果	(48)
3. 次章の課題	(48)
<b>第3章 不真正不作為犯における作為義務の根拠論</b>	(49)
<b>I 本章の問題設定</b>	(49)
1. 本章の掲げる「問い」	(49)
2. 本章の3つの視点	(50)
(1) 先行研究の分析	(50)
(2) わが国における同価値性の意義——ドイツからの示唆	(50)
(3) 裁判例を素材とした類型的分析	(51)

3. 射程の限定と前提の確認	(51)
(1) 単独正犯による殺人罪への限定	(51)
(2) 用語の意義の限定	(51)
(3) 前提の確認	(51)
II 作為義務の根拠要素——先行研究と裁判例から	(52)
1. ドイツにおける不真正不作為犯論の発展	(53)
(1) 全体の流れ	(53)
(2) 形式的三分説と緊密な生活共同体	(55)
1) 法令	(55)
2) 契約	(56)
3) 先行行為	(56)
4) 緊密な生活共同体（・義務の引受け）	(58)
(3) 機能論	(59)
1) Armin Kaufman の機能論	(60)
2) 上位概念の構築	(61)
3) 作為と不作為の統合の試み	(62)
(4) さらなる類型化の試み	(62)
(5) 小括	(63)
1) 因果論と規範論の関係	(63)
2) 形式から実質への流れとその問題性	(64)
3) 現代的発展	(64)
4) ドイツにおける学説状況の総括	(64)
2. わが国における作為義務の根拠論	(65)
(1) 形式から実質へ	(65)
(2) 一元説と多元説	(65)
1) 先行行為	(66)
2) 支配性（排他的支配性・支配領域性）	(67)
3) 保護の（事実上の）引受け	(67)
4) 法規範	(67)
5) 効率性	(68)
6) 多元化への揺り戻し——機能的二分説	(68)
(3) 規範的要素と事実的要素——用語の多義性	(69)
1) 多義性の例①—「先行行為」	(69)
2) 多義性の例②—「法規範」	(70)
3) 両要素を含んで成立する例—「支配性」「特別な関係」	(70)

(4) 「作為義務」の役割の変容	71
1) 当初の「作為義務」の意義——媒介項アプローチ	71
2) 近時有力説にみられる「作為義務」の意義——直接的アプローチ	72
3) 媒介項アプローチか、直接的アプローチか	73
<b>3. わが国における裁判例の状況——「ひき逃げ」類型と「虐待」類型を中心に</b>	<b>73</b>
(1) ひき逃げ類型——先行する交通事故の被害者に対する治療や救助の 不供与	74
(2) 虐待類型——家庭内・家族間における食事や治療・救助の不供与	75
1) 実子に対する食事や治療・救助の不供与	75
(i) 産み落とし直後の保護の不供与	75
(ii) 産み落とし直後以外の実子に対する食事や治療・救助の不供与	76
2) 実親に対する食事や治療・救助の不供与	77
3) 血縁関係は無いものの親子同様の緊密な生活実態の下での食事や治療・救助 の不供与	77
(3) 殺人に関するその他の類型	79
(4) 検討	82
<b>4. 小括</b>	<b>83</b>
<b>III わが国における作為と不作為の同価値性——ドイツとの法構造上の相違から</b>	<b>83</b>
<b>1. ドイツ刑法 13 条 2 項をめぐる議論</b>	<b>83</b>
(1) ドイツ刑法 13 条の構造	83
(2) ドイツ刑法 13 条の立法過程における議論	84
(3) 作為と不作為の当罰性の相違	85
(4) ドイツ刑法 13 条 2 項の適用可能性	86
1) 13 条 2 項を適用すべき例とそうでない例	86
2) 考慮すべき要素の「不作為との関連」性	87
3) 13 条 2 項の適用基準	88
<b>2. わが国における不真正不作為犯論への示唆</b>	<b>89</b>
(1) 罪刑法定主義との関係	89
(2) 方法論的示唆——論証ルートの同一性	90
(3) 実体論的示唆——当罰性の同一性	90
<b>IV 私見</b>	<b>91</b>
<b>1. 真に同等な同価値性の担保</b>	<b>91</b>
(1) 作為義務論の役割——作為と不作為の相違の克服	91
(2) 媒介項アプローチか、直接的アプローチか	91

(3) 直接的アプローチの内容——「はず」論の重要性	92
(4) 直接的アプローチに残る課題	93
(5) 同価値性を担保する両輪としての「はず」論と「べき」論	93
1) 「はず」論と「べき」論の違い	93
2) 「べき」論の必要性	94
3) 「はず」論と「べき」論による同価値性の担保	94
(i) 私見と媒介項アプローチとの違い	94
(ii) 私見と従来の作為義務論との違い	95
(iii) 「はず」論と「べき」論の相互依存性	95
(iv) 先行研究との整合性	96
2. 直接的アプローチによる実行行為性の論証の内容	97
(1) 実行行為性の定義	97
(2) 不作為犯における「危険」の概念	97
(3) 不作為の実行行為性論証のために必要な要素	97
3. 固有の意味の作為義務——「べき」論	98
4. 従来の根拠論および諸要素の位置づけ	99
(1) 各根拠要素の位置づけ	99
1) 法規範の存在	101
2) 保護の（事実上の）引受け	101
3) 支配性	101
4) 先行行為	102
5) 効率性	102
6) 親子等の特別な関係	102
7) 法令、契約、事務管理	103
8) 条理、社会的期待、管轄	103
9) 作為可能性	103
10) 作為容易性	103
11) 結果回避可能性	104
(2) 各根拠要素の多面的役割と「一長一短」の所以	104
(3) 一元説の限界と多元説の統制	104
V 裁判例の検討	105
1. ひき逃げ類型	105
(1) ひき逃げ類型の処罰に関する議論状況	105
(2) 単純なひき逃げ類型の処罰の私見に基づく理解	106
(3) 連れ込み型のひき逃げ類型の処罰の私見に基づく理解	107

2. 虐待類型	(107)
(1) 実子に対する食事や治療・救助の不供与	(107)
1) 産み落とし直後の保護の不供与	(107)
2) 産み落とし直後以外の実子に対する食事や治療・救助の不供与	(109)
(2) 実親に対する食事や治療・救助の不供与	(111)
(3) 血縁関係は無いものの親子同然の緊密な生活実態の下での食事や治療・救助の不供与	(111)
3. 殺人に関するその他の類型	(112)
(1) 要保護者を安全な場所から隔絶ないし自己の支配領域に置いたもの (⑰、⑳)	(112)
(2) 暴行後の治療の不供与 (⑱、㉑、㉒)	(113)
(3) 先行行為に関与しなかった受動的地位に立つ者の作為義務 (⑰、⑱、㉒)	(114)
4. 裁判例の検討のまとめと裁判例の評価	(115)
(1) ひき逃げ類型	(115)
(2) 虐待類型	(116)
(3) 殺人に関するその他の類型	(116)
(4) 裁判例の評価	(116)
VI 本章の内容と成果	(117)
1. 本章の内容のまとめ	(117)
2. 本章の成果	(118)
(1) 犯罪一般の要件論と不作為固有の要件論の峻別	(118)
(2) 従来の根拠要素の位置づけ	(119)
(3) 裁判例を素材とした類型的検討	(119)
3. 本章の総括	(119)
4. 次章の課題	(120)
第4章 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界	(121)
I 本章の問題設定	(121)
1. 本章の掲げる「問い」	(121)
2. 本章の構成と前提の確認	(121)
II 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	(122)

1. 保護責任者遺棄致死罪に関する議論状況	(122)
(1) 遺棄の概念	(122)
(2) 保護責任の意義と作為義務（保障人的地位）との関係	(123)
(3) 抽象的危険犯	(124)
(4) 不保護の意義	(124)
2. 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	(125)
(1) 殺意説	(125)
(2) 危険説	(126)
(3) 義務の内容・程度説	(127)
(4) 先行行為の重大性説	(128)
(5) 不作為による殺人罪優先説	(128)
3. 分析	(129)
(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	(129)
(2) 危険説と義務の内容・程度説との関係	(130)
(3) 殺意の位置づけ	(131)
(4) 3つの区別論の関係	(131)
III ひき逃げ類型	(131)
1. 議論の前提	(131)
(1) ひき逃げる分類	(132)
(2) ひき逃げに適用しうる犯罪	(132)
(3) ひき逃げる処罰の現状	(132)
(4) ひき逃げる普遍性	(133)
2. ひき逃げ類型をめぐる議論状況	(135)
(1) 道路交通法違反	(136)
1) 救護義務違反・報告義務違反	(136)
2) 殺人・遺棄との関係	(137)
(2) 遺棄罪	(138)
1) 単純なひき逃げ	(138)
2) 連れ込み型のひき逃げ	(138)
3. 裁判例とその分析	(139)
(1) 裁判例の概観	(139)
1) 殺人（未遂）罪の成立が認められた裁判例	(140)
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	(141)
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	(142)

4) 保護責任者遺棄（致死）罪の成立が認められた裁判例	-----	(142)
(2) 分析	-----	(144)
<b>IV 虐待類型</b>	-----	(148)
<b>1. 議論の前提</b>	-----	(148)
(1) 虐待類型の内容	-----	(148)
(2) 虐待の現状	-----	(149)
<b>2. 虐待類型をめぐる議論状況</b>	-----	(150)
<b>3. 裁判例とその分析</b>	-----	(151)
(1) 裁判例の概観	-----	(152)
1) 殺人罪の成立が認められた裁判例	-----	(152)
(i) 産み落とし直後の保護の不供与	-----	(152)
(ii) 実親・養親による単純な養育放棄	-----	(152)
(iii) 実親・養親による閉じ込め・置き去りによる養育放棄	-----	(154)
(iv) 実子から実親に対する保護の不供与	-----	(155)
2) 殺人罪で起訴されたものの、保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた裁判例	-----	(155)
3) 殺意があっても保護責任者遺棄致死罪によって処理された裁判例	-----	(156)
(2) 分析	-----	(156)
<b>V 私見</b>	-----	(158)
<b>1. 不真正不作為犯論の再構成に基づく境界論の再考</b>	-----	(158)
(1) 不真正不作為犯の実行行為性の指標	-----	(158)
(2) 保護責任者遺棄致死罪との比較	-----	(158)
1) 結果回避措置の蓋然性（「はず」論）	-----	(158)
2) 結果回避可能性	-----	(158)
3) 結果発生の蓋然性	-----	(158)
4) 固有の意味の作為義務（「べき」論）	-----	(158)
(3) 両罪の境界の指標	-----	(159)
1) 4つの指標	-----	(159)
2) 従来境界論との対応	-----	(159)
3) 指標 <b>ⓑ</b> と <b>ⓒ</b> の関係	-----	(160)
(i) 殺人罪： <b>ⓑ</b> <b>ⓒ</b> の蓋然性がいずれも高い（ <b>ⓑ</b> + <b>ⓒ</b> が200に近い）場合	-----	(160)
(ii) 両罪不成立：救助しても放置しても危険に変化がない（ <b>ⓑ</b> + <b>ⓒ</b> が100に近い）場合	-----	(160)
(iii) 保護責任者遺棄致死罪：(i)(ii)の中間領域	-----	(160)

4) 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界の一般論	-----	(161)
5) 類型による違い	-----	(162)
2. ひき逃げ類型における境界	-----	(162)
(1) ひき逃げ類型で重視すべき指標	-----	(162)
(2) 指標の活用方法	-----	(162)
3. 虐待類型における境界	-----	(163)
(1) 虐待類型で重視すべき指標	-----	(163)
(2) 指標の活用方法	-----	(163)
1) 危険の認識の程度	-----	(163)
2) 危険の認識と結果回避可能性	-----	(165)
3) 社会制度の拡充の必要性	-----	(165)
VI 本章の内容と成果	-----	(166)
1. 本章の内容のまとめ	-----	(166)
2. 本章の成果	-----	(167)
第5章 おわりに	-----	(168)
<hr/>		
I 本稿の内容のまとめ	-----	(168)
1. 本稿の趣旨と概要	-----	(168)
2. 各章の要約	-----	(168)
(1) 第1章・はじめに	-----	(168)
(2) 第2章・作為と不作為の区別	-----	(168)
(3) 第3章・作為義務の根拠論	-----	(169)
(4) 第4章・殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界	-----	(170)
(5) 第5章・おわりに	-----	(170)
II 本稿の結論	-----	(170)
1. 本稿の問いに対する答え	-----	(170)
2. 本稿の結論の位置づけ	-----	(171)
III 本稿の成果と今後の課題	-----	(171)
1. 本稿の成果	-----	(172)
2. 今後の課題	-----	(172)

## わが国における不真正不作為犯論の再構成

奥田 菜津

### 第1章 はじめに

#### I 本稿の問題意識

犯罪は、一般に作為を想定して規定されているかのように見える。しかし、法益は、期待された作為をおこなわないことによっても侵害されうる。したがって、不作為態様による構成要件的结果の実現も実行行為性を有しうるものであり、通説によると、これを法はあらかじめ予定している。とはいえ、危険創出の直接の原因である作為に対して、不作為はそうではないため、処罰対象が無限に広がりかねない。そこで、特別な作為義務を負う者による不作為のみが作為と同価値であり、処罰可能であるといわれてきた。人は他人の法益保護のために、どのような作為を義務づけられるか。すなわち、社会が相互の法益の維持のために、どのような作為を当然に期待して成り立っているか。これをいかに理論的にたどるかというのが、不真正不作為犯論の核心である。

不真正不作為犯論は19世紀初頭頃からドイツにおいて発展し、それを受けてわが国でも様々な議論が展開されてきた。しかし、不真正不作為犯論の現状は、錯綜・混迷をきわめている。特に作為義務の根拠論においては、法令・契約をはじめ、先行行為、引受け、支配、依存関係など、多くの根拠要素が提示されてきたが、いずれも単独ですべてのケースを解決するものとはいえず、いまだ決着がつかない。他方、裁判所は理論的な裏づけを明示しないまま、諸要素を多元的に取り入れ運用し、そのつど一定の結論を導いてはいる。しかし、仮にひとつの根拠要素によってすべてを一元的に解決することが困難で、裁判所がおこなっているようないわゆる多元的な運用にならざるをえないとしても、それは単なる要素の羅列であってはならず、一定の処罰範囲に収斂されるよう方向づける何らかの上位秩序が存在しなければならない。不真正不作為犯が不作為という形のないものの処罰を可能にするものである以上、そこには刑罰権の濫用の危険が常に潜んでいる。したがって、不真正不作為犯の要件論を理論的に確立させる必要性はきわめて高い。

そこでひとつ、留意しなければならない重要な点がある。わが国の不真正不作為犯論はこれまでドイツの議論を参照してきたが、ドイツは今や不真正不作為犯固有の根拠条文をおいている。わが国とは前提を異にするため、ドイツの議論がそのまま妥当するわけではない。したがって、ドイツから得た示唆を下敷きにしつつも、わが国はわが国としての、独自の不真正不作為犯論を持たなければならないのである。

そこで本稿は、ドイツとは異なる、わが国ならではの不真正不作為犯論の基本的な構造を

再構成することを目的とする。錯綜・混迷をきわめるほどに発展してきた不真正不作為犯に関する議論を、今一度、ひとつの理論的土台の上に整理する。こうすることで、議論のさらなる発展が見込まれるものとする。

## II 本稿の掲げる「問い」

本稿は、「わが国における不真正不作為犯の輪郭はどのようなものか」を問いとして掲げる。

また、これに答えるため、順に、①「作為と不作為はどのように区別されるべきか」、②「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」、そしてその構造に基づけば、「従来の作為義務の根拠要素はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」、③「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界はどこにあるか」という小問を立てる。

これらの問いに答えることによって、本稿が目的とするわが国における不真正不作為犯論の再構成の達成を試みる。

## III 本稿の射程

上記の目的を達成するため、本稿では、射程を以下のように限定する。

### 1. 殺人罪への限定

不真正不作為犯論は、総論問題であると同時に、多分に各論問題でもある。不真正不作為犯が問題となるケースの代表例は殺人罪（刑法 199 条）、詐欺罪（刑法 246 条）、放火罪（刑法 108 条以下）であるが、それぞれにおいて、ある不作為態度が、「殺した」といえるか、「欺いた」といえるか、「放火した」といえるかという解釈が問題となるからである。そのため、いずれの犯罪を想定するかによって、異なる各論的考慮が必要となる。これは議論を複雑化する要因になりかねない。

したがって本稿では、典型であり、特別な各論問題の生じにくい殺人罪を想定して議論を展開することとする。これは同時に、故意犯に射程を限定するということでもある。

### 2. 単独正犯への限定

不作為の共犯も重要な論点ではあるが、本稿では議論を徹底して単純化・明確化するために、単独正犯を想定して議論する。(1) で各論的考慮や過失を排除したのと同様に、共犯理論も一旦排除する。ここでは、不作為が不作為であるがゆえの特殊性に着目して、不真正不作為犯論の再構成を試みるのであるから、「不作為である」ということ以外はすべてなるべく典型にそろえるべきであるとする。

### 3. 例外の留保

殺人罪・単独正犯に射程を限定するとはいえ、場合によっては、過失犯や共犯に関する論点や事例を扱うこともある。これらを完全に排除するとかえって議論が迂遠になったり、説明が困難になったりする場合もありうるからである。

## IV 本稿の構成

本稿は、少なくともわが国においては、作為と不作為の同価値性こそが不真正不作為犯論の要であると考え。不真正不作為犯の要件論は、作為犯を想定しているように思われる条文によってひとしく処罰できる範囲を画定する作業だからである。作為と不作為の間に横たわる「相違」を乗り越えて、作為とならび立つ不作為がどのようなものなのかを明らかにすることが、不真正不作為犯論の重要な役割である。

したがって、まず第2章は、作為と不作為の区別論を取り扱う。ここでは「作為と不作為はどのように区別されるべきか」という小問を立て、これに答える過程で、作為と不作為がどのように異なるのかを明らかにする。

次に第3章では、第2章で明らかにした作為と不作為との相違を前提として、それをどのように乗り越えるかという核心問題に踏み込む。すなわち、作為義務の根拠論である。ここでは「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」、そしてその構造に基づくと、「従来の作為義務の根拠要素はそれぞれ、何をどの程度で解決するものであったのか」という小問を掲げ、これへの解答を試みる。そこではドイツとの比較法、とりわけドイツとわが国では何が異なるのかを重視して、「わが国の」不真正不作為犯論の構造を明らかにする。これにより、わが国における不真正不作為犯のおおよその輪郭が素描できる。

最後に、殺人罪に射程を限定することで生じる問題を解決する。第4章では、「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界はどこにあるか」という小問を立て、ひき逃げ類型と虐待類型という対照的な類型を具体的に想定しつつ、一定の境界づけを提示する。

こうした手順を経て、第5章では全体を総括し、改めて本稿の掲げる「わが国における不真正不作為犯の輪郭はどのようなものか」に答えるとともに、残された課題を示す。

## 第2章 作為と不作為の区別

### I 本章の問題設定

#### 1. 本章の掲げる「問い」

本稿の最終目的である不真正不作為犯論の再構成を目指すにあたり、不真正不作為犯の要件論の前提として、そもそも検討対象となる「不作為」の範囲を輪郭づける必要がある。すなわち、作為と不作為の区別が問題となる。

ドイツでは不真正不作為犯の処罰が固有の条文によって定められており、任意的減軽の対象にもなる<sup>1</sup>。こうした事情から、作為と不作為の区別は重要であり、判例法理が発展し、活発に議論もなされている。ところがわが国ではドイツのような事情がなく、作為も不作為も同一の条文で処理されるため、区別論が裁判上の主要な争点になることは比較的少ない。このことが、学説や判例法理の形成が積極的に進まない一つの要因であるのかもしれない。

しかし、作為と不作為の区別には、後述のように2つの重要な機能がある。そこで本章では、その2つの機能を意識しながら、「作為と不作為はどのように区別されるべきか」という問いを立て、これに答えることを目的とする。

#### 2. 作為と不作為の2つの機能

##### (1) 区別そのものの機能

わが国では作為も不作為も同一の条文で処理されるとはいえ、実際には作為と不作為は区別されている。そしてひとたび不作為に分類されたならば、作為とは異なる要件論が展開される。すなわち、要件論の前提として、どのような要件論に服するかを決するために、作為と不作為は明瞭に区別されなければならないのである（区別そのものの機能）。

とはいえ、現状、区別の明確な基準は確立していない。この状況を鑑みるに、区別論を一步前進させるには、区別そのものという機能に加え、次に述べるもう一つの機能にも着目する必要があると考える。

##### (2) 作為義務の根拠論の指針としての機能

刑法には、典型として想定される類型と、典型からは外れるものの処罰対象となる非典型

---

<sup>1</sup> ドイツ刑法第13条第1項「刑罰法規の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、その者が結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法律上の構成要件の実現に相応する場合に限り、この法規によって罰する」、2項「第49条第1項により刑を減軽することができる」。邦語訳は、樋口亮介ほか訳『刑事法制資料 ドイツ刑法典』（法務省刑事局、2021年）41頁より引用。

の類型が存在する。たとえば、刑法は典型として「故意」を想定するが、典型ではない、つまり非典型である「過失」をも処罰することがある。刑法は典型として「既遂」を想定しているが、犯罪によっては非典型である「未遂」や「予備」も処罰対象とする。「正犯」が典型であるのに対し、非典型である「共犯」も処罰される。これと同様に、刑法は典型として「作為」を想定しているが、場合によっては「不作為」を処罰することもできる。

しかし、前述の過失その他と、不作為との間には大きな違いがある。過失その他の非典型類型は、条文上の根拠を持ち、固有の類型として独立している。そのため、一度典型ではなく非典型であると区別できれば、のちの非典型としての要件論の中で、典型が再び登場することはほとんどない。一度過失犯の領域に引き込めば、そこからの要件論には故意犯は登場しないのが通常である。

一方、わが国の刑法は不真正不作為犯を条文上規定していない。不真正不作為犯も、一見すると作為犯を想定しているように思われる条文によって処理される。したがって、不真正不作為犯を処罰するためには、当該不作為が、法が本来予定しているであろう作為と同価値であるといえなければならない。典型（作為）と非典型（不作為）を区別した後、その非典型（不作為）の要件論の中で、再び典型（作為）が姿を現す。つまり、一度作為と不作為が自然的に分類された後に、不作為に分類されたもののうち、自然的には不作為であるが、法的評価としては作為と同等に扱うことのできるものが選別し直されるのである。

作為と不作為の自然的な相違を乗り越えるような、自然的な不足を補うような特殊事情があるかどうか重要であり、この特殊事情こそが一般的に「作為義務」と呼ばれる。すなわち作為義務の根拠論は、作為と不作為がどう異なるのか、その相違を前提として、その相違点を埋め合わせるような、代替要素の有無を語るものといえることができる<sup>2</sup>。たとえば、詳細はのちに検討するが、作為義務の根拠を先行行為に求める見解は、「……不作為自体に着目すると、自然的事実としてはその不作為には原因力が存しない」<sup>3</sup>のに対し、「作為犯にあっては、作為に原因力がある」<sup>4</sup>という作為と不作為の存在構造上のギャップに着目し、両者が同価値であるといえるのは「不作為者が当該不作為をなす以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定している場合でなければならない」<sup>5</sup>とする。また、作為義務の根拠を排他的支配に求める見解は、「作為犯の特徴は、行為者が自己の意思に基づいて、法益侵害の結果へと向かう因果の流れを設定したことにある。これに対して、不作為は、すでに発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的態度で

---

<sup>2</sup> 日高義博『不真正不作為犯の理論 [第2版]』（慶應通信、1983年）129頁は次のように述べる。「不真正不作為犯と作為犯とを同一の犯罪構成要件のもとで等置しようとする場合には、不真正不作為犯と作為犯との存在構造上の溝を乗り越えるものが、不真正不作為犯の価値構造上において見出すことができるか否かを探求しなければならない」。

<sup>3</sup> 日高・前掲注(2) 154頁。

<sup>4</sup> 日高・前掲注(2) 154頁。

<sup>5</sup> 日高・前掲注(2) 155頁。

ある」<sup>6</sup>という理解に基づき、これを同価値というためには、不作為者が「因果経過を具体的に・現実的に支配していたことが必要」<sup>7</sup>であると説く。このように、作為と不作為がどう違い、不作為は作為と比べて何がどのように足りないのかの検討が、作為義務論に直結するのである。

そうすると、故意と過失の区別が要件論に入る前提の段階で価値を有するにとどまるのとは異なり、作為と不作為の区別は、要件論に入る前提としての区別そのものの機能だけではなく、もうひとつの重要性を持つことが分かる。作為と不作為をいかなる基準で区別するかということは、作為義務の根拠論の前提にもなるのである（作為義務の根拠論の指針としての機能）。

### （3）二つの機能の関係

このように、作為と不作為の区別には、第一に要件論に入る前提としての、区別それ自体の機能があるとともに、第二に作為義務の根拠論の指針としての機能があり、これら二つの意味で区別論は重要なのである。しかし、従来「作為と不作為の区別」が論じられる際には、のちに続く作為義務の根拠論はほとんど意識されてこなかったように思われる。これは、ある種当然のことである。思考の順序としては、作為か不作為かという区別が先にあり、不作為とされた後に、はじめて作為義務の問題が生じる。作為義務の問題を考えるにあたり、先決問題としての区別段階で重視したことを考慮することはあっても、区別段階でのちの作為義務の根拠論を考えることは、論理的先後関係からして本来ありえないはずである。

しかし、作為と不作為の区別論がのちの作為義務の根拠論にまで波及するというのであれば、作為義務の根拠論の段階で具体的に区別論がどう作用しているかまで含めて、作為と不作為の在り方を、より構造的・立体的に把握する手法がとられることもあってよいのではないだろうか。そうすることにより、作為と不作為のより明確な区別基準が明らかになるだけでなく、不真正不作為犯の最も核心的な論点である、作為義務の根拠論についても新たな示唆を得られるように思われる。

## 3. 射程の限定と例外

以上により、作為義務の根拠論との関係性をも意識して検討することで作為と不作為の区別についてあるべき基準を明らかにし、そこから作為義務の根拠論自体への示唆を得ることを、本章の目的とする。

なお、第1章で述べたとおり、本稿は議論を単純化するために典型である「殺人罪」を素材とし、故意単独正犯に射程を限定している。しかし、ある客観的行為が作為か不作為かという問題自体は、過失犯であっても共犯であっても、また殺人罪以外の犯罪においても、多

---

<sup>6</sup> 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論 I』（日本評論社、1988年）89頁。

<sup>7</sup> 西田・前掲注（6）90頁。

くの場合共通している。そのため、作為と不作為の区別というテーマにおいては、これらをあえて排除しなければならない理由はない。加えて特にわが国においては作為と不作為の区別が直接言及された裁判例が少なく、射程を限定するとかえって有効な検討をおこなうことができない。したがって本章では、原則として殺人罪の故意単独正犯を念頭におきつつも、必要に応じてそうではないケースも対象にすることとする。

また、本章で扱う「作為と不作為の区別」とは、作為と不作為が経時的に存在する場合にどの時点を実行行為として取り上げるかという「作為犯か不作為犯か」という問題<sup>8</sup>ではなく、あるひとつの実行行為を作為と不作為のどちらとして扱うかという「作為か不作為か」の問題である。前者はあくまで問責対象となる行為の確定の問題であり、後者は行為がすでに確定された上での、その行為の意味づけ・解釈の問題である。とはいえ、両者の区別は時に流動的であるとも指摘される<sup>9</sup>。

## II 作為と不作為の区別に関する先行研究および裁判例

ある一時点におけるひとつの行為について作為と不作為の区別が問題となるのは、大きく2つのケースである。

まず、いわゆる「両義的行為」(doppelrelevantes Verhalten)<sup>10</sup>である。これは、避妊具を

---

<sup>8</sup> たとえば、シャクティバット事件(最二小決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁)。この事件は、「シャクティバット」と称する独自の治療(以下「シャクティ治療」という。)を施す特別の能力を持つと自称していた被告人が、脳内出血による意識障害のため医療措置を要する被害者についてその息子から治療の依頼を受け、入院先の病院からホテルに運び出させた(第一行為)上で、その容態からして死亡の危険のあることを認識しつつシャクティ治療を施すのみで医療措置を受けさせずに放置し(第二行為)、痰による気道閉塞に基づく窒息で被害者を死亡させたものである。この場合、第一行為を実行行為としてとらえれば作為犯となり、第二行為をとらえれば不作為犯となる。第一審(千葉地判平成14年2月5日判タ1105号284頁)は第一行為の時点で殺意を認定し、「本件一連の実行行為はこれら作為及び不作為の複合したもの」と評価したのに対して、控訴審(東京高判平成15年6月26日高刑速平成15年85頁(3203号))は第一行為時点の殺意を否定した。これにより第一行為は実行行為とならず、第二行為のみが問題となり、不作為犯とされたのである。また、のちに本文でも紹介する山羊の毛事件(RG St63,211)は、刷毛工場の工場主が、炭疽菌に汚染された山羊の毛を消毒せず(第一行為)、労働者に渡した(第二行為)というものである。シャクティバット事件は第一行為が作為で第二行為が不作為であるのに対し、これはその逆である。いずれにせよこれらの場合、作為とされる行為と不作為とされる行為は、時間的先後関係のある別の行為であるから、ここでの作為犯か不作為犯かの区別は、どの時点を問責対象として切り分けるかという問題である。

<sup>9</sup> 吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂、2010年)16頁は、「但し、この多段階的事象と同時的事象の区別は流動的である」とする。

<sup>10</sup> Karsten Gaede, Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, Bd.1., 5.Aufl., 2017, §13, Rn.6; Claus Roxin,

つけずに性交をすることで HIV ウイルスを感染させた場合や、ライトをつけずに夜道自転車を走行させたような場合<sup>11</sup>が考えられる。いずれも、性交や自転車の走行は作為であるが、避妊具の装着・ライトの点灯の不作為があるからこそ、危険が生み出されている。

もう一つ、ある意味では両義的行為であるものの特別な類型である「作為による不作為」がある。治療中止の事例が典型で、生命維持装置を取り外したりそのスイッチを切ったりする行為は確かに作為であるものの、そもそも生命維持自体が治療行為という作為によって成り立っていたのであるから、それをやめることは「治療行為の不作為」ととらえることもできる。

こうした例について、以下、区別に関する学説や判例を検討する。

### 1. 作為と不作為の区別に関する見解<sup>12</sup>

作為と不作為の区別については、様々な見解が唱えられてきた。最も素朴なものとして、事実をその外形から観察して作為と不作為を区別する、自然的要素を重視する見解がある。これに対し、作為か不作為かはあくまで評価の問題であるとして、社会的規範的要素を重視する見解が有力に唱えられている。このように、自然的要素を重視する見解と社会的規範的要素を重視する見解に分類して学説を分析する手法が広く採られている<sup>13</sup>が、このうち自然的要素を重視する見解は、さらに行為者の挙動自体に着目するものと、行為者の行為と現に生じた結果との関係に着目するものに分類できるように思われる。そこで本稿では、既存の

---

Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd.2., Besondere Erscheinungsformen der Straftats, 2003, § 31, Rn.73 ff.およびこの邦語訳としてクラウス・ロクシン『刑法総論第2巻犯罪の特別現象形態翻訳第2分冊』山中敬一監訳〔佐伯和也訳〕(信山社、2012年)228頁。なお、以下 Roxin の本文を引用する際には、原則として、本翻訳の対応箇所も参照している。また、今後ドイツ刑法のコンメンタールを引用する際は、Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, Bd.1., 5.Aufl., 2017 について NK、Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1., 3.Aufl., 2017 について MK、Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30.Aufl., 2019 について Sch/Sch との略語に執筆者および該当箇所(条文・段落番号)を加えて記載する。

<sup>11</sup> RGSt 63, 392.

<sup>12</sup> 学説の状況については、西原春夫「作為と不作為の概念」『犯罪実行行為論』(成文堂、1998年)94頁以下、中森喜彦「作為と不作為の区別」鈴木茂嗣ほか編『現代の刑事法学(上) 平場安治博士還暦祝賀』(有斐閣、1977年)126頁以下、大越義久「作為と不作為」阿部純二ほか編『刑法基本講座第2巻』(法学書院、1994年)85頁以下に詳しい。さらに近年のものでは萩野貴史「作為犯と不作為犯の区別について——不作為犯における作為義務の主体・内容に関する検討の必要性——」獨協ロージャーナル第7号(2012年)65頁以下や、山下裕樹「作為・不作為の区別と行為記述」関大法学66巻4号(2016年)976頁以下が先行研究の詳細な検討をしている。

<sup>13</sup> 作為と不作為の区別基準に関する諸学説について、自然主義的な区別基準と規範的な区別基準の二つに分類して検討する Joerg Brammsen, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, S. 193 ff.に従う。この分類を採用する邦語文献として、山本紘之「作為と不作為の区別について——過失犯における区別を主眼として——」法学新報113巻3・4号(2007年)515頁以下、萩野・前掲注(12)57頁、山下・前掲注(12)976頁以下。

学説を次のように大きく三つに分類し、簡単に検討する。

### (1) 自然的要素を重視する見解——行為者の挙動自体に着目するもの

#### 1) 身体動作 (Körperbewegung) の有無

外界に知覚可能な身体運動(筋肉の収縮や身体的動作)があれば作為犯で、それがないければ不作為犯とするもの<sup>14</sup>である。身体の動静に着目するもので、「作為」「不作為」という文言には最も直感的に馴染む基準である。しかし、たとえば溺れる子供を救助せずにその場を立ち去った場合も、この行為者は手足を動かし歩行するという身体的動作でその場を立ち去っているのであるから、純粋に「身体の動静」を基準にするのであれば、この歩行動作をもって、行為者の不救助を作為犯と解さねばならなくなるが、それは妥当ではないだろう。

そこで、現在ではこの見解には修正が加えられている。「要求された一定の身体動作の有無」など、身体動作に制限を設けるのである<sup>15</sup>。現在の理解では、不作為犯とはいかなる作為をもおこなわないことを指すのではなく、作為義務者に要求される作為をおこなわないことを指すとされているから、この制限は当然の発想といえる。

しかしこれは果たして、作為と不作為の区別問題への回答になっているだろうか。「一定の身体動作」をしないことが不作為で、することが作為であるというのは、単なる言葉の言いかえに過ぎない。生命維持装置の取り外しでいえば、「一定の身体動作」を「生命維持装置の取り外し」ととらえるならばその動作がある以上作為ということになり、「一定の身体動作」を「治療の継続」ととらえるならばその動作をしないのであるから不作為ということになる。この見解は、先述したように、「不作為」が「一切の作為をしない」ことを意味するのではなく、「要求された一定の作為をしない」ことを意味するという的確な指摘をしている点では優れた見解であるものの、作為と不作為の区別につながるとはいえない。

また近年では、挙動犯と結果犯とで判断を分け、挙動犯は身体運動があれば作為犯とし、結果犯において結果への作用が認められない場合には、身体運動があることに加えて法益侵害の危険が有意に高められたといえる場合に作為犯とする見解も唱えられている<sup>16</sup>。

<sup>14</sup> Ernst-Joachim Lampe, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71, 1959, S.587 f.; Karl Heinz Gössel, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96, 1984, S.326 f.; MK-Freund, § 13, Rn.9; 山本・前掲注(13) 522頁、西原・前掲注(12) 108頁以下、萩野・前掲注(12) 71頁など。

<sup>15</sup> 西原・前掲注(12) 108頁。

<sup>16</sup> 萩野・前掲注(12) 72頁。この見解について、十河太朗「萩野貴史『作為犯と不作為犯の区別について——不作為犯における作為義務の主体・内容に関する検討の必要性——』(刑事法学の動き)」法律時報 84巻11号(2012年) 128頁は、「作為犯と不作為犯の区別は、当該構成要件の内容との関係において規範的に判断しなければ確定できないはずであって、その点を考慮せずに、身体が運動していたか静止していたかという事実的な判断によって直ちに確定することはできないのではないだろうか」と指摘してい

## 2) エネルギー投入 (Energieeinsatzes, Aufwand von Energie) の有無

「一定の方向にエネルギーを投入する」ものが作為で、しないものが不作為であるとする見解<sup>17</sup>がある。この見解からすると、単に直立しているだけであっても、直立には内部エネルギーが用いられているためそれは作為と評価すべきであり、一方、治療中止の場合、治療というエネルギーの投入をやめる行為であるから不作為と評価すべきと考える。

しかし、そもそも治療中止は、「治療行為をやめる」不作為か、「生命維持装置を取り外す」作為かということが問題となっているのであり、はじめから「治療行為をやめる」という評価をした上でそれを「エネルギーの投入をやめる行為だから不作為」と言いかえることは、やはり作為と不作為の区別問題への回答にはならない。エネルギーの投入の有無を判断する行為を拾い上げる段階がもっぱら恣意にゆだねられているという点で、しばしば批判されている<sup>18</sup>。

## (2) 自然的要素を重視する見解——行為者と結果との関係に着目するもの

### 1) 因果性の存否

因果性の存否によって作為と不作為を区別しようとする見解がある<sup>19</sup>。作為は、当該状況からその作為を取り除いて考えると結果が生じない。しかし不作為は、その不作為を取り除いても結果は生じるというのである。

この見解には、不作為の因果性を否定するならば不作為はすべて未遂犯になってし

---

る。

<sup>17</sup> Karl Engisch, Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S.166 ff.; なお、この文献を紹介する邦語文献として、中川祐夫/繁田実造編「ウィルヘルム・ガラス記念論文集の紹介 (2)」龍谷法学9巻3・4号 (1977年) 473頁以下〔神山敏雄〕がある。また、Roxin, a.a.O.(Anm.10), § 13, Rn.78, Rn.99 ff., Rn.115 ff.は次の(2) 1) 因果性の観点もふまえ、結果に対して因果関係のあるエネルギー投入の有無で両者を区別し、治療中止は外見上は作為であるが規範的には不作為であるとする。これについて、神山敏雄「作為と不作為の限界に関する一考察—心肺装置の遮断をめぐる—」鈴木茂嗣ほか編『現代の刑事法学 (上) 平場安治博士還暦祝賀』(有斐閣、1977年) 119頁は、「作為と不作為の限界を無視して本事例に対する不処罰的法感情を先取りすることによって行為の存在的構造までも歪曲したといわなければならない」、「すでに維持されている法益を裸の作為によって物理的に現状よりも悪化させ、構成要件が予定する結果を現実には発生させるのであるから、かかる場合にまでそれを適用するというのは如何にも強弁ではなかろうか」などと批判する。

<sup>18</sup> 大越・前掲注(12) 88頁は、「エネルギー基準を意味性と関連づけて用いると、恣意性が入り込むことになる」と批判する。

<sup>19</sup> Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2.Aufl., 1988, S. 61 ff.; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht : eine systematische Darstellung, 11.Aufl., 1969, S.203; 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂、1984年) 26頁など。

まう<sup>20</sup>、という指摘がしばしばなされるが、この指摘は失当である。この見解のいう因果性はあくまで物理的機械的なものであり、法的評価としては因果性が認められることも十分にある<sup>21</sup>。一方で、結果犯にしか使えないのではないかという指摘<sup>22</sup>や、物理的機械的因果性がある不作為犯も存在するという指摘<sup>23</sup>がなされることもある。

ただこれについても、基準をどこにおくかに恣意が介在する余地がある。生命維持装置の取り外しについて考える際、生命維持装置によって生存している状態を基準とすれば、装置を取り外すことは死へと向かう因果を発生させることになる。ところが、生命維持装置がなければ死に至るような病状である患者について、死へと向かう因果がすでに発生しているものととらえるならば、生命維持装置の継続的な使用をやめることは、既存の因果を放置することと評価される。

## 2) 法益の悪化の有無

法益保護が刑法の目的である以上、その解釈も法益との関係で把握すべきであると説く見解である。法益を「悪化させる」(verschlechtern) のが作為で、法益を「好転させない」(nicht verbessern) のが不作為であると解する<sup>24</sup>。

これにも1)と同様の批判が可能である。生命維持装置をつけて生存している状態を基準として考えると、生命維持装置の取り外しは法益を悪化させると評価することになる<sup>25</sup>し、死へと向かう法益状態を生命維持装置の使用により継続的に好転させ続けていたのだととらえると、それをやめることは法益を好転させないものと評価せざるをえなくなる。その意味で、1)と同様にこの見解も、ある事象が作為であるか不作為であるかという問いにそれだけで答えられるものにまでは昇華されていないように思われる。

## (3) 規範的要素を重視する見解

### 1) 非難可能性の重点 (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit)

<sup>20</sup> 大越・前掲注(12) 88頁、山本・前掲注(13) 528頁、萩野・前掲注(12) 68頁。

<sup>21</sup> 中森・前掲注(12) 131頁が、因果関係の存否を基準とすること自体には批判を加えつつも、「ここで考えられているのはいうまでもなく物理的機械的因果関係である」と付言しているのは、この点に配慮したものであるように思われる。

<sup>22</sup> 中森・前掲注(12) 131頁。

<sup>23</sup> 中森・前掲注(12) 131頁。

<sup>24</sup> Erich Samson, Begehung und Unterlassung, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 592 f.; 大越・前掲注(12) 88頁以下、内田文昭『刑法概要 上巻』(青林書院、1995年) 310頁、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、2003年) 44頁、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論(上)」判例時報2107号(2011年) 7頁など。

<sup>25</sup> 法益の悪化の有無に着目した上でこれを作為とする見解として、高山・前掲注(22) 45頁、神山・前掲注(17) 123頁。

のちに紹介するように、ドイツの判例では定着しているといえるのがこの見解である。作為とも不作為とも解釈しうる場合、非難可能性が作為と不作為のどちらに向けられているかで判断するというもの<sup>26</sup>である。(1)(2)と異なり、「作為の側面と不作為の側面のどちらを選択するか」という問いに対しては正面から答えているといえる。ただこれについては、非難可能性の重点がどちらにあるかという判断は明確性に欠けるという批判がなされており<sup>27</sup>、これに応えるように、非難可能性の重点公式をより理論的に詰めようという学説上の努力もなされている<sup>28</sup>。

## 2) 社会的意味

非難可能性の重点説に類するものとして、社会的意味説が挙げられる。Eb. Schmidtは行為の社会的意味が直接的な結果惹起か、結果の不防止かによって作為と不作為を振り分けようとした<sup>29</sup>。しかし、この見解も非難可能性の重点説と同様、その不明確性が批判の対象になっている<sup>30</sup>。

## (4) 作為の優先

こうした議論の中、作為と不作為の区別が疑わしい場合には作為犯を優先して認めるべきであるとする見解<sup>31</sup>があり、このような作為優先の発想はわが国でも広く受け入れられている<sup>32</sup>。立法者は本来作為を想定しているのであり、作為の当罰性は不作為のそれに勝る。

<sup>26</sup> Edmund Mezger, Strafrecht: ein Studienbuch, Allgemeiner Teil, 8.Aufl., 1958, S.70; Günter Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S.190; Sch/Sch-Bosch, vor § 13, Rn.158a; 井田良『講義刑法学 総論』(有斐閣、2008年)139頁、管理監督過失につき大山徹「管理・監督過失における作為と不作為——火災事故をめぐるドイツの判例の検討を通じて——」香川法学32巻1号(2012年)22頁など。

<sup>27</sup> MK-Freund, § 13, Rn.5 ff.は、非難可能性の重点公式について、「規範的に重要な評価の視点を明確にしないまま、自然主義的現象を、その反対である感覚的な判断によって交錯させてしまっている」と批判し、作為か不作為かの基準は、あくまでエネルギーの投入、身体の運動といった自然的・客観的観点に求めるべきであるとする。また、Roxin, a.a.O.(Anm.10), § 31, Rn.79,89は、作為犯の場合には非難は作為に向けられ、不作為犯の場合には不作為に向けられるのは当然であるとして、非難可能性の重点公式を「循環論法」と批判し、また、非難可能性の「重点」の明確な基準が示されてもいないと指摘する。

<sup>28</sup> 近年の試みとして、Stephan Ash, Begehung und Unterlassung – Abgrenzung und Erfolgshaftung Am Beispiel der BGH-Urteile zum Behandlungsabbruch und zum Eissporthallenfall, ZStW 124(3), 2012, S. 612.

<sup>29</sup> Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, 1939, S. 75 ff.

<sup>30</sup> 中森・前掲注(12)128頁。

<sup>31</sup> Spendel, a.a.O.(Anm.26), S. 194; Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 212.

<sup>32</sup> 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣、2007年)78頁は、「作為と不作為とを相互排他的に区別することはできない。したがって、作為犯の成否を検討した後には不真正不作為犯の成否を問題とするしかなく、

そのため、あくまで作為が原則であって、作為犯が認定できなかった場合にはじめて不作為が問題となるというのである。

こうした考え方は、はじめに検討対象から除外したところの経時的な作為犯か不作為犯かの問題において用いるとしたら、有効に働くであろう。明白に作為と判断することのできる行為と、明白に不作為と判断することのできる行為が、時系列的に異なる時点でなされている場合にどちらを問責対象とするかという問題について、作為と不作為の両方があるならば作為の方を問責対象とすべし、という回答を与えることになるからである。しかし、繰り返すようにあくまでそれは問責対象の確定の問題なのである。問責対象とされるその行為が作為なのか不作為なのかという判断は、別途何らかの基準でもってなされているはずであって、これこそが本章が論じようとする、同時的な作為か不作為かの問題なのである。

では、同時的な作為か不作為かの問題にこの見解をあてはめた場合、「作為と不作為の区別が疑わしい」か否かは、何をもって決するのであろうか。逆に、区別が疑わしくない場合、すなわち明白に作為ないし不作為であると言い切ることのできる場合には、何をもってそう言い切っているのであろうか。その段階においては、何らかの区別基準でもって作為と不作為を区別しているはずなのである<sup>3334</sup>。すなわちこの見解はあくまで、何らかの基準で作為と不作為を区別しようとした際に、その区別が困難な例が生じたならば作為を優先するという程度の補助的なガイドラインとしての意味しか持たない。その意味で、作為の優先を説く見解は、作為と不作為の区別基準を定立するものとはいえず、これを他の区別基準についての見解と並列的に論じるのは妥当ではない。

## 2. 作為と不作為の区別を重視しない見解

作為と不作為の区別をそもそも重視しない有力な見解も存在する。いわゆる管轄論である。

自由な人格が自身に関する自立した処理権限を有する引替えとして、人は自身の管轄が他の人格にとって危険なものでないよう配慮する義務を負う。これは特別な法的義務ではなく、本来的義務である。自己の組織化領域から生じた危険は取り除かなければならない。そうすると、その危険を取り除く義務を果たすための手段は重要ではない。「歩行者にぶつ

---

またそれで実際上は足りる」とする。

<sup>33</sup> Spendel, a.a.O.(Anm.26), S.194 は、なされた行為が因果的でない場合に不作為が認められるとしている。このように、この基準を用いる以前に、すでに別の基準で作為と不作為を区別してしまっていると指摘するものとして、山本・前掲注(13) 529頁、山下・前掲注(12) 203頁。

<sup>34</sup> 山口・前掲注(32) 78頁は、プールで溺れている人を助けずにその場を立ち去った場合について、「プールから立ち去った(作為)から、その動作が作用して死んだのではなく、救助しなかった(不作為)から、救い出されずに溺れて死んだのである。この意味で、作為犯は成立せず、不作為犯の成否が問題となる」とするが、これについても、プールから立ち去るという「作為」を実行行為として採用できないとする段階で、すでに非難可能性の重点なり、因果性の存否なり、何らかの基準によって判断がなされているといえる。

かるな」という禁止があったときに、それをブレーキを踏むことで遵守するか、車が止まるのに任せて何もせず遵守するかは、刑法の関心の外にある。作為か不作為かは問題ではなく、あくまで重要な概念は「管轄」であると考えるのである<sup>35</sup>。

### 3. 裁判例の検討

こうした学説の状況の中、裁判例はどのように作為と不作為を区別しているだろうか。先述のようにドイツでは非難可能性の重点を基準として作為と不作為を区別する手法がすでに定着しているが、わが国の裁判例は何らかの基準を明示してそれが定着しているとは言いがたい。そもそも、不作為処罰がその要件および任意的減軽という効果とともに明文化されているドイツほど、わが国では作為か不作為かが重大な争点となる機会は多くない。そこで、具体的なドイツの判例をいくつか簡単に見た上で、ドイツとは事情が異なるわが国における裁判例をいくつか検討する。

なお、ここでは、本稿が射程外とする過失犯や共犯に関する裁判例も検討する。これはあくまで、その行為態様の作為か不作為かを検討するためのものであり、過失犯や共犯という法的評価はその検討に大きな影響を与えることはないと考えためである。

#### (1) ドイツにおける裁判例の検討

##### 1) 裁判例の状況

##### ① 母親の外出行為——BGH1999年8月17日決定 (BGH NSStZ 1999, 607) <sup>36</sup>

###### 【事実の概要】

母親である被告人は、3歳の娘が以前コンロ (Die Herdplatten) のスイッチを入れたことがあったにもかかわらず、何らの予防措置をもとらないまま娘を一人家に置き去りにして長時間外出した。娘は被告人の外出している間にやはりコンロのスイッチを入れ、これにより火災が生じ、娘は死亡した。被告人は過失致死罪と失火罪で起訴された。

###### 【裁判所の判断】

地方裁判所は被告人の外出行為を作為ととらえ有罪とした。一方BGHは、地方裁判所が何らの検討もせず当然にこの外出行為をとらえて作為犯として構成したことを理由に、地方裁判所の判決を破棄した。BGHは、本件被告人の行為は、家から出ていく作為とと

<sup>35</sup> Günther Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S.11 ff.; なお、この邦語翻訳として、ギュンター・ヤコブス「作為および不作為の刑法的帰責」[平山幹子訳]松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集[第一巻]犯罪論の基礎』(成文堂、2014年)103頁以下。山下・前掲注(12)はこうした見解を支持し、作為と不作為を区別することは従来の基準では不可能であり、そもそも作為と不作為は区別する必要がないと結論づける。

<sup>36</sup> これについて検討する邦語文献として、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論(中)」判例時報2109号(2011年)10頁以下。この文献では過失犯において作為と不作為の区別が問題となったドイツの裁判例を集め、区別問題に対し帰納的なアプローチをおこなっている。

る余地もあれば、子を監視したり、安全な措置を講じたりするという作為を怠った不作為ととる余地もあるとし、不作為であればドイツ刑法 13 条 2 項により任意的減軽の対象となるのだから、作為か不作為かは十分に検討されなければならないとしたのである。そして BGH は、「作為か不作為かという問いを決するにあたっては、行為者のふるまいの重点が問題となる」とし、区別問題にあたっては非難可能性の重点説を採用することを明言している。その上で、「(外出することは、) 他の方法による監督的な配慮をする……などをしないという不作為がなければ、非侵害的である」と言及し、作為と不作為の区別は「慎重に検討されるべきであった」と述べている。

#### 【検討】

過失犯の事例ではあるものの、典型的で分かりやすい両義的行為の例である。本件では、母親である被告人は身体的活動でもって外出しているから、身体の動静にのみ着目するとそれは作為と評価できそうである。地方裁判所は実際にそのように判断したのだが、BGH はそれを検討不十分とした。確かに、被告人は外出行為という作為をおこないながら、同時に監督などの安全措置を講じないという不作為をもおこなっているのである。そして、外出したこと自体は、「安全措置を講じる」という作為を全うした上でならば何ら危険なものではなく、また、「安全措置を講じる」という作為をしない限り、外出しても、外出はせずに寝ていても、それらに有意的な差はない。その意味で、非難可能性の重点は外出という作為にあるのではなく、その作為によって同時になされた、安全措置を講じないという不作為にこそ認められる。

学説は本件につき、具体的な事案との関係で有罪・無罪の結論は分かれるものの、本件外出行為を不作為ととらえることについては概ね一致している。新過失論の立場から考えたときに、そもそも過失犯に作為・不作為の区別が必要であるか否かはここではひとまざりおくとして、本件は、ドイツの非難可能性の重点説の実務上の運用が明確に見てとれる典型例である。

### ② 山羊の毛事件——RG1929 年 4 月 23 日判決 (RGSt 63, 211) <sup>37</sup>

#### 【事実の概要】

被告人は刷毛の製造工場の工場主であり、中国山羊の毛を輸入し、労働者に加工させていた。被告人は山羊の毛の販売業者から山羊の毛を買い受ける際、必ず消毒すべき旨伝えられていたにもかかわらずこれを怠り、山羊の毛を労働者に引き渡した。山羊の毛は炭疽菌に侵されており、これにより 5 人の労働者が炭疽病に罹患し、うち 4 人が死亡した。被告人は 4 件の過失致死罪と 1 件の過失致傷罪で起訴された。

#### 【裁判所の判断】

参審裁判所は被告人を有罪としたが、控訴審は、消毒していれば炭疽菌に感染しなかつ

<sup>37</sup> 神山・前掲注 (24) 8 頁以下が詳しく紹介している。

たということが十分に立証されていないとし、因果関係の観点から無罪とした。これに対し RG は、消毒していれば炭疽菌に感染しなかったとは言い切れないとしても、炭疽菌に感染することが直ちに死を意味するわけではなく、消毒によって炭疽病が軽い経過を辿り死に至ることはなかったとはいえる余地が残るのだから、その点をも含めて吟味し直すべきであるとした。

#### 【検討】

本件は、因果関係が問題になった裁判例である。しかし、この事案は、先行する消毒の不作為と、後続する山羊の毛の引き渡しという作為のどちらを問責対象とするかという、経時的な「作為犯か不作為犯か」という問いが妥当するものでもある。

こうした経時的な「作為犯か不作為犯か」という問題は、冒頭に述べたように本稿の射程から除外している。しかし、非難可能性の重点公式は、同時的な区別問題のみではなく、こうした経時的な区別問題にも全く同じように用いることができるという点で、ある種の共通原理として運用しやすいということが分かる。

ところが、本件は非難可能性の重点説の汎用性を表す一方で、非難可能性の重点説がいかに曖昧な基準であるかを示してしまうものでもある。非難可能性の重点説をはじめて提唱したといわれる Mezger は、本件について不作為犯という結論を示していたが<sup>38</sup>、一方で多くの学説が重点説に則って作為犯との結論を導いている<sup>39</sup>。「非難可能性の重点がいずれに向けられるか」という判断は、その評価の根拠を示すことが難しく、結局属人的な価値判断で「重点はこちらにある」と断ずる者同士の水掛け論に陥るのである。

本件は直接作為か不作為かが問題とされた裁判例ではないにもかかわらず、非難可能性の重点説の利点（汎用性）と弱点（曖昧性）を同時に見てとれる事案であるといえる。

### ③ プッツ判決（人工的栄養補給処置の中止）——BGH2010年6月25日判決（BGHSt 55, 191）<sup>40</sup>

#### 【事実の概要】

被害者である K は、健康な時分、家族に対し、「意識不明となりもはや何も話すことができなくなったような場合、人工的な栄養補給や人工呼吸のような延命処置を希望しない」「いくつもの管に接続された状態にはしないでほしい」などと伝えていた。K は脳出

<sup>38</sup> Mezger, a.a.O.(Anm.26), S.76.

<sup>39</sup> Sch/Sch-Bosch, vor § 13, Rn.158b; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau, 46. Aufl., 2016, S.359 など。その他本件についての諸学説の見解については、神山・前掲注（24）9頁以下を参照。

<sup>40</sup> これに関する邦語文献として、ヘニング・ローゼナウ「ドイツにおける臨死介助及び自殺補助の権利」[甲斐克則・福山好典訳]比較法学 47 卷 3 号（2014 年）205 頁以下、神馬幸一「ドイツ連邦通常裁判所 2010 年 6 月 25 日判決（Putz 事件）—人工的栄養補給処置の中止に関する新しい判例動向—」法学研究 84 卷 5 号（2011 年）109 頁以下、山中敬一「臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について」近大法学 62 卷第 3・4 号（2015 年）265 頁以下など。

血により昏睡状態に陥り、老人養護施設において胃瘻により腹壁を通じて栄養補給がなされる身となった。Kの子であるGおよびP.Kは、Kの世話人として任命されていた職業世話人に対し、胃瘻の取り外しによる治療中止を本人が望んでいる旨を伝えるも、職業世話人はそれが文書として残されていないことを理由に胃瘻の取り外しを拒否した。このころ、被告人であるPutz弁護士がGやP.Kの委任を受ける。

やがて世話人がKの子であるGおよびP.Kとなったことから、改めて治療中止について老人養護施設の施設長や職員、担当医と協議した。施設長や職員はこれに反対したため、妥協案として栄養や水分の補給を中止・制限し、必要な緩和ケアに移ることとなった。

ところが、やがて施設が栄養補給の再開を決定した。この時点でKの回復は絶望的であり、Gが被告人に相談したところ、被告人は胃瘻の管の切断を進言し、新しい胃瘻の管を挿入する権限はどの病院にもないはずである旨助言した。これを受けてGは胃瘻の管を切断した。直後に施設職員がこれを発見し、Kは新たに胃瘻の造設手術を受けたが、2週間後、病気を原因として自然死した。

被告人はGとともに、故殺未遂罪で起訴された。

#### 【裁判所の判断】

地方裁判所は被告人の行為を積極的な作為による故殺未遂罪とし、執行猶予付きの自由刑に処した。これに対してBGHは次のように述べ、被告人を無罪とした。

「許される臨死介助と可罰的な殺人を作為と不作為の自然主義的な区別によって限界づけるのは有意義ではない。人工呼吸器の停止のような事実的積極的な行為を『消極的臨死介助』として法的に正当化するために『規範的な理解における不作為』とすることは、これまでも正当に批判され、独断的な許されざる『技巧』として拒否されてきた。そのような積極的な作為の規範的な不作為という価値評価の転換は、目の前の問題を正当化するものではない。というのも、本質的および社会的な意味によれば、『治療の中止』は、単なる無為に尽きるものではないからである。それ（治療の中止）は、むしろほとんど均衡して、多数の積極的・消極的行為を含みうる。それら（積極的・消極的行為）を整理することは、刑法13条の不作為犯に関する学説や判例によって発展してきた基準によると困難であり、一部（のケース）は単なる運に左右されることにもなりかねない。したがって、医療的処置の終結に係るすべての行為を規範的で価値評価的な治療の中止という上位概念の下に統合することは有意義であり、不可欠である」

#### 【検討】

従来、治療を拒む患者の意思決定を尊重して治療を中止する行為<sup>41</sup>については、実務上これを「作為による不作為」ないし「規範的意味における不作為」などと称し、不作為犯として扱い、作為義務を否定することで処罰を回避する方法をとってきた<sup>42</sup>。患者の自己

<sup>41</sup> 治療中止の理解に関するドイツ学説を批判的に検討する邦語文献として、神山・前掲注（17）99頁以下。

<sup>42</sup> Claus Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für Karl Engisch zum 70.

決定権の尊重の観点から処罰すべきでないケースについて、これを不可罰とするための一種の技巧である。ここで、非難可能性の重点公式が生きてくる。生命維持装置の取り外しを考えると、「取り外し」という作為と「治療しない」という不作為のどちらを採るかという問題に対し、非難可能性の重点公式はその曖昧性ゆえに、「非難可能性の重点が治療をしないという不作為に向けられる」との一言で、これを不作為犯にすることができてしまうのである。処罰すべきでないものを処罰しないために、その政策的意図に沿った結論を導くことができる。

しかし、これについては、当然ながら技巧的に過ぎるとの疑義が絶えなかった<sup>43</sup>。この状況を打破し、作為・不作為を問わず、もっぱら自己決定権の尊重・推定的同意論の問題へと舵を切ったのが本判例である<sup>44</sup>。消極的臨死介助の事案につき、作為と不作為を区別することなく、推定的同意論を用いて解決する方向へ転換したもので、大いに注目される。非難可能性の重点公式が、臨死介助の領域において果たしていた歴史的役割を終えたものと評価することができるだろう。

## 2) 総評

以上に概観したように、ドイツの裁判所においては、非難可能性の重点公式という、規範的要素を重視して作為と不作為を区別する方法が採用されている。これは、自然的要素を重視する見解、すなわち自然的な事象そのものから作為と不作為を区別することが困難であった結果、評価の問題へと脱出したと考えることができる。現にそうすることで、「作為か不作為か」という問いに正面から答えることができたのである。さらに、同時的な区別問題にも経時的な区別問題にも全く同じ理論で対応できるという点で汎用性もある。自然的問題から規範的・評価的問題へと脱出したことにはそれなりの理由があり、またこれが実務上定着しているのも不自然なことではない。

しかし、評価の問題はきわめて曖昧なもので、恣意的な運用が可能である。確かに、その柔軟性ゆえに、臨死介助のような、処罰すべきでないものを処罰しないためのいわば方便として用いられたことは、実務上意義があったかもしれない。ところがその臨死介助も今や患

---

Geburtstag, 1969, S. 395 ff.を参照。

<sup>43</sup> MK-Freund, § 13, Rn.5 は、非難可能性の重点公式を次のように厳しく批判する。「たとえば、医師が人工呼吸器のスイッチを切ることは、(規範的に) 不作為と評価されるが、自然主義的には同一の行為を第三者がおこなうと、それは積極的作為と評価される。医師による 212 条 1 項の構成要件の実現を否定したいという特定のケースにおける願望の存在が、この見解の元となっている」。また、邦語文献として山中・前掲注 (40) 272 頁は、このことを、「作為と不作為の区別を『非難の重点』がいずれにあるかというあいまいな基準で判断するため、あえてこれを不作為と解して、臨死介助を不処罰にするという政策的意図の見え透いた構成である」と評している。

<sup>44</sup> ヴィティヒ事件 (BGHSt 32, 367)、ケンプテン事件 (BGHSt 40, 257) も参照。ドイツにおける臨死介助の問題については、甲斐克則『尊厳死と刑法』(成文堂、2004 年) 213 頁以下、特にケンプテン事件については、同 133 頁以下に詳しい。

者の自己決定の問題としてとらえ直されている。非難可能性の重点公式を今後維持するのであれば、これをさらに理論化し、明確なものに洗練していく努力が不可欠であろう。

## (2) わが国における裁判例の検討

### 1) 裁判例の状況

#### (i) 作為と不作為が区別されずに扱われた事例

##### ①さいたま地判平成15年3月12日 WestlawJapan 文献番号 2003WLJPCA03129007

###### 【事実の概要】

被告人は、風俗店で働く A 女が男性客との性交の未被害者を出産し、乳児院に預けていることを承知の上で A と交際し、A の希望に応じて、A と婚姻するとともに被害者との間で養子縁組をおこなった。しかし、やがて被告人は A とともに被害者に暴行を加えるようになり、また、必要な食べ物や飲み物を与えなくなった。事件当日も、被告人は A とともに被害者に暴行したうえ、必要な水分を与えないまま放置し、脱水に伴う循環不全等により被害者を死亡させた。

###### 【裁判所の判断】

弁護人は、被告人の暴行自体は死亡に至るほどの危険性がなく、他方、食べ物や水分の不足を被告人は認識していなかったとして、殺人罪は成立せず、保護責任者遺棄致死罪が成立するにとどまると主張した。

これに対して裁判所は、「被害者の主たる死因は、必要な食べ物や飲み物を与えられなかったことによる脱水に伴う循環不全ではあるが、被告人らが日常的に加え続けた暴行も、被害者を極度の恐怖に陥れて強いストレスを与え、免疫力等の著しい低下をもたらして被害者の生命維持機能に影響を及ぼしていた形跡がある」とし、かつ、食べ物や飲み物の不足も認識していたとして、殺人罪の成立を認めた。

###### 【検討】

裁判所は、死因が脱水に伴う循環不全であっても、それに伴う暴行の影響力を加味して実行行為としている。すなわち、作為と不作為とをともに実行行為としている。作為義務論などの不作為固有の要件論は展開していない。

食べ物や飲み物の不足の認識（殺人の故意）を認定するのであれば、不作為を実行行為とし、暴行は別途傷害罪としてもよさそうである。しかし、裁判所はあえて作為部分も実行行為に組み入れた。暴行の作為をも実行行為として認めなければ殺人罪が成立しない（不作為だけでは保護責任者遺棄致死罪にとどまる）という判断をしたのか、あるいは作為犯構成にすることで作為義務論を回避したのかは、ここからは判別することができない。しかし、弁護人としては、不作為犯であると主張して作為義務についての認定を求めるとも不可能ではなかったように思われるが、弁護人もこの点を特に争ってはいないようである。

②仙台地判平成20年1月8日 WestlawJapan 文献番号 2008WLJPCA01089002

【事実の概要】

被告人（当時18歳）は、自宅で被害者を出産し、何らかの方法で殺害したうえ、被害者の遺体を発泡スチロールの箱に入れ、ビニール袋で包むなどし、祖父母の所有する空き家に遺棄した。

【裁判所の判断】

争点は、被告人の出産した被害者が生きていたかそれとも死産だったかと、被告人が被害者を殺害したか否かの2つであった。このうち後者について、被害者の死因は不明であり、実行行為が特定できなかった。

裁判所は、「被害者は、自然死、事故死あるいは被告人の作為、不作為の行為のいずれかにより死亡したと解するのが相当である」とし、自然死の可能性と事故死の可能性はいずれも認められないから、消去法的に、「被害者の死亡は被害者を出産した被告人の作為あるいは不作為の行為により生じたというべきである」とした。さらに、事件前後の被告人の言動から、被害者に対する殺意も認定した。そして、「被告人は……被害者を殺害したことが認められるが、その方法については、被害者の死因が特定されず、被告人が犯行を否認しているため、特定することはできないから、作為あるいは不作為を問わず、何らかの方法により殺害したと認定するほかない」とした。

【検討】

殺害方法が分からないから、作為か不作為かを特定することもできなかったものである。不作為であった場合の作為義務の認定も特にされていない。やや大胆であるようにも思えるが、作為も不作為も同じ199条の「殺人」の態様の違いに過ぎないと考えると、少なくともわが国ではこのような判断もありうる。

③大阪地判平成24年3月16日 WestlawJapan 文献番号 2012WLJPCA03169005

【事実の概要】

被告人は、被害者A（当時3歳）および被害者B（当時1歳）の実母である。被告人は被害者らを自宅リビングに放置したまま、交際していた男性の勤めるホストクラブに通ったり、男性方に連日外泊するなどして、コンビニで買った飲食物を与えるために短時間だけ自宅に帰るということを繰り返し、徐々に帰宅しない期間は長期化した。ある日被告人はコンビニで買った食べ物を少量おき、リビングと廊下との間の扉に粘着テープを貼って固定し、玄関ドアに鍵をかけ、自宅を立ち去った。その後、約50日間帰宅せず、被害者らは脱水を伴う低栄養による飢餓で死亡した。

【裁判所の判断】

争点は殺意であり、裁判所はこれを認定し、殺人罪により懲役30年を言い渡した。判決文の中で裁判所は、「食事を与えないという不作為を含めた被告人の行為」「このような状態のリビングから被害者らが出てこれられないようにした作為と、その後被害者らを放

置したという不作為」と、作為と不作為を一体として概括的にとらえ、実行行為としていくことがうかがえる。

**【検討】**

このケースも、裁判所は不作為を実行行為の一部としながら、作為義務の認定はしていない。しかし、被害者は自力で助けを求めたり食べ物・飲み物を調達・摂取したりすることのできる年齢ではなく、粘着テープや玄関ドアの鍵がなかったからといって、飢餓に陥り死亡する危険がなかったとはいえない。本件も不作為犯としてもよかったように思われる<sup>45</sup>。

**(ii) 作為か不作為かが争われた事例**

**④福岡高判平成19年7月6日 WestlawJapan 文献番号 2007WLJPCA07068014**

**【事実の概要】**

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病院に搬送したため、被害者は一命をとりとめた。

**【原審<sup>46</sup>の判断】**

原審は次のように述べて、被告人による連れ去りおよび置き去りを一連の「作為」とした。

「本件事故により重傷を負ったがまだ生きており、医師による緊急治療の必要がある被害者を、自己の車に乗せて搬送し、夜間の気温が低く、通常では発見・救出が極めて困難な杉林の中に運び込み、不衛生な状態のまま置いて立ち去った被告人の行為は、医師による緊急治療の機会を奪い、頭部の重傷を進行・増悪させたり、エネルギー消耗により免疫力を低下させたり、傷口から菌が侵入し髄膜炎や感染症を引き起こしたりするおそれが高い。これは被害者の生命侵害の危険性を死が確実と言えるほどに高めるという点で、被害者の生命に対する新たに重大な危険性を生じさせるものであることは、医学的見地のみならず、社会通念に照らしても、極めて明白である。……そうすると、被告人の行為

---

<sup>45</sup> 類似の事例として、自宅に施錠して立ち去った札幌地室蘭支判平成19年12月17日 WestlawJapan 文献番号 2007WLJPCA12179002、ガムテープを貼りつけて立ち去った東京高判平成29年1月13日東高判時報68巻1頁およびその原審の横浜地判平成27年10月22日 WestlawJapan 文献番号 2015WLJPCA10229006 が挙げられる。いずれも実親による幼年者への殺人や保護責任者遺棄致死が問題となったものである。前者は判決文からは判別しがたいが、後者については不作為ととらえられているものと読むことができる。

<sup>46</sup> 佐賀地判平成19年2月28日 LEX/DB 文献番号 28135252。

は、被害者の死亡の結果を引き起こす定型的危険性を十分に備えた行為であり、客観的には、殺人の実行行為に該当すると言わなければならない」

【高裁の判断】

福岡高裁は、次のように述べ、原判決を破棄し、これを不真正不作為犯と構成した。

「原判決は、本件を作為犯の殺人未遂罪と構成し、『罪となるべき事実』を認定していることが明らかである。しかし、原判決のいう『杉林内への連れ去り』行為は作為といえるものの、その行為自体は、Aの生命に対する具体的な危険を生じさせるものではなく、原判決が……Aに対する殺人の実行行為、すなわち、同人の生命に対する新たに重大な危険性を生じさせる行為として摘示する、『医師による緊急治療の必要があるAを、夜間の気温が低く、通常では発見・救出が困難な杉林に、不衛生な状態のまま置いて立ち去った』行為は、不作為にほかならないのであって、本件は、いわゆる不真正不作為犯として構成すべき事案である。そうすると、原判決には、『罪となるべき事実』の摘示に当たり、不作為の殺人未遂罪の成立に不可欠な救護義務（作為義務）及びその義務違反の記載が欠けているのであるから、この点で理由不備の違法があるといわざるを得ず、破棄を免れない」

【検討】

わが国において作為か不作為かが明示的に争われ判断されたケースとして、きわめて貴重である。

原審は、杉林に位置したという作為に着目し、一連の行為を作為として構成した。これに対して福岡高裁は、「医師による緊急治療の必要があるAを、夜間の気温が低く、通常では発見・救出が困難な杉林に、不衛生な状態のまま置いて立ち去った」ということに着目し、これを不作為とした。

確かに、医師の緊急治療を受けられなかったことや、怪我の進行、免疫力低下は、不救助による結果である。場所の移動がなかったとしても、医師による治療を受けさせない限り、どこにいても生じる作用だからである。

他方、傷口から菌が侵入するおそれについては杉林という不衛生な場に移したこと自体から生じる危険であるから、ひとえにこれが決定的であるというのなら、作為犯で問題がないかもしれない。しかし、それならば原審が、杉林に置き去りにするという行為自体から生じたわけではない免疫低下や治療を受けられないことをも理由に挙げていることは矛盾する<sup>47</sup>。また、従来事故を起こした後、車内に連れ込み、その後、車から降ろして放置したというひき逃げのケースは、先行行為を伴う不真正不作為犯として扱われるのが一般的であった<sup>48</sup>が、原審の判断はそういったケースと整合性を図ることが困難であるように思われる。

<sup>47</sup> 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頁はこれを批判し、不作為と構成すべきとする。

<sup>48</sup> 横浜地判昭和37年5月30日下刑集4巻5・6号499頁、東京地判昭和40年9月30日下刑集7巻9号182頁、東京地判昭和46年3月4日高刑集24巻1号168頁。

したがって、福岡高裁が原審の判断を覆し、これを不作為と構成し直したことは評価されるべきであろう。

⑤東京高判平成20年10月7日東高刑時報59巻1～12号106頁

【事実の概要】

暴力団組長Aと組員被告人は、組員Bの言動に腹を立て、深夜、約1時間半にわたり、金属製警棒で多数回殴打するなどの暴行を加えて重傷を負わせた。そして、自動車のトランク内にBを閉じ込めたまま、車で15分ほどの場所にある体育館駐車場に連行し、そこで着衣を無理やり脱がし、再度トランクに閉じ込めて次はe広場まで連行した。被告人らは、暗黙のうちに意思を通じあって、暴行の発覚を隠ぺいするため、Bの頭部等の重傷が悪化して死亡するかもしれないが、それもやむなしと考え、救護措置を講じることなく放置して殺害しようと考え、e広場においてAがBの身体を数回足蹴にする暴行を加えた上、Bを同市にある駐車場まで連行し、Bをトランク内に閉じ込めた状態で駐車場に放置し、その結果、Bを外傷性ショックにより死亡させた。

【原審<sup>49</sup>の判断】

事実認定において、原審は次のように述べた上で、被告人に殺人罪の成立を認めた。「この時点（引用者注・e広場に到着した時点）で、Bは低温度の外気にさらされ続けていたため容態が悪化していたものの、直ちに最寄りの病院に搬送することにより、医師の適切な治療を受けさせて救護すれば死亡の結果を防止することが可能であり、それらのことを被告人らは認識しており、同人らには、Bの着衣を脱がせるなどして容態を悪化させる行為をしたのであるから、Bに適切な治療を受けさせるなどして救護し、その生命を維持すべき義務があった」。

【高裁の判断】

高裁は、控訴棄却としながらも、原審が不真正不作為犯として構成し作為義務の認定をおこなっている点を不必要な記載とし、作為犯と構成した。

「……という判示部分は、これを犯罪事実として示すべき必要性は存しないと考える。すなわち、本件殺人については、不作為犯的な側面がないとはいえないが、原判決も、被告人らが殺害を決意した後の被告人らの行為として、『e広場においてAがBの身体を数回足蹴にする暴行を加えた上、Bを同市にある駐車場まで連行し、同日午前6時ごろ、Bをトランク内に閉じ込めた状態で駐車場に放置した』と判示して、作為と評価される行為をも摘示している。上記のうち『足蹴にする暴行を加え』、『駐車場まで連行し』、『自動車のトランク内に閉じこめた』りした行為は明らかに作為と評価でき、（このような状態のまま）『放置した』行為も、むしろ作為とみるべきであろう。ちなみに、例えば、被害者に対し、殴る蹴るの暴行を加えて着衣を脱がした上、その四肢をロープで緊縛し、殺意をも

<sup>49</sup> 長野地裁松本支部判決（公刊物未登載・言い渡し年月日不明）。

って、極寒の山中に運び、そのまま放置して立ち去り凍死させた場合に、『放置』した行為は不作為ではなく、全体として作為犯としての殺人罪が成立するものと解される。原判決は、『Bを自動車のトランク内に閉じ込めて連行したり、…その身体を数回足蹴にするという各行為自体は、作為といえるものの、Bの生命に対する具体的な危険を直ちに生じさせるものではない』と説示して、上記各行為が殺人の実行行為にあたらぬことを前提として、不作為犯の成否を検討しているようであるが、本件のような事情の下では、これらの行為も一連のものとして殺人の実行行為に当たるものと解することができるのであって、原判決の上記説示には必ずしも賛同できない。

【検討】

原審は「足蹴にして、トランクに閉じ込めた」作為について実行行為性が認められるほどの危険性が無いと認定した上で、「病院に連れて行かなかった」不作為を実行行為として取り上げている。それに対して高裁は実行行為を「足蹴にしてトランクに閉じ込めて病院に連れて行かない」という一連の行為としてとらえ、それらが全体として危険だと認定しているようである。しかし、高裁は、原審が足蹴や閉じ込めには危険が無いと認定したこと自体は否定していない。すると高裁としてはこの一連の行為のうち、危険性があるのは不作為部分だけであるにもかかわらず、それと一連一体となっている危険ではない作為をとらえて全体として作為犯と認定していることになる。これは妥当だろうか。作為自体には危険がないのであれば、すでに検討したドイツにおける母親の外出事例（BGH NStZ 1999, 607）が外出行為自体は安全措置さえとっていれば非侵害的であると考えたのと同様に、本件でもその実行行為としての本質は病院に連れて行かなかったという不作為にこそあるといえるのではないだろうか。

作為部分自体が既存の危険を増幅させうるものであったならば作為犯として構成しうるが、危険がなくても作為の側面さえあれば「一連だから」という理由で作為犯とすることができてしまうのであれば、従来不作為犯とされてきたほとんどの行為が作為犯とされるおそれがある。外出することで子どもを放置する、家事をしながら乳児に適切な世話をしないなど、いかなる不作為も、その行為には何らかの作為的要素——たとえば身体運動などを伴っているはずだからである。単に「作為と一連だから」というのではなく、作為部分の「危険」をどう評価すべきかが重要であろう。

⑥最三小決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁

【事実の概要】

A・BはCの勤務する運送会社のトラック等の運転手であり、先輩としてCに仕事の指導等をしていた。

A・B・Cその他数名の同僚らは、飲食店甲において飲酒した後、さらに別の飲食店で飲酒することとし、Cはスポーツカータイプの普通乗用車（以下、「本件車両」という）を運転し、BはAを同乗させた普通乗用車を運転して、飲食店乙に到着した。

乙店が開店前であったことから、A・B・Cは本件車両に乗り込み、乙店の開店を待っていた。Cが、A・Bに対し、「まだ時間あるんですよね。もう一回りしてきませんか」などと、開店までの待ち時間に、本件車両に被告人兩名を同乗させて付近道路を走行させることの了解を求めた。

これに対し、Aは、顔をCに向けると共に顔を縦に振って頷くことにより、Bは、「そうしようか」などと応えることにより、CがA・Bを同乗させたまま本件車両を走行させることについて了解を与えた。このとき、A・Bは、Cがすでに高度に酩酊しており、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で本件車両を走行させることになることを認識していた。さらに、A・Bは、Cがアルコールの影響により正常な運転が困難な状態で本件車両を走行させることを黙認した。

その結果、Cはアルコールの影響により正常な運転が困難な状態で本件車両を走行させたことにより、折から対向して進行してきたL運転の普通乗用自動車およびM運転の普通乗用自動車と順次衝突し、2名を死亡させ、4名に傷害を負わせた。

A・Bは、Cの危険運転致死傷罪を容易にさせたとして、危険運転致死傷幫助罪で起訴された。

#### 【裁判所の判断】

第一審<sup>50</sup>は、了解と黙認を区別し、了解を作為、黙認を不作為と評価して、黙認につき作為義務論を展開し幫助犯の成立を認めた。控訴審<sup>51</sup>は控訴を棄却した。最高裁判所は上告を棄却しつつ、次のように判示した。「所論は、被告人兩名がCによる本件車両の運転を了解し、その走行を黙認しただけでは被告人兩名に危険運転致死傷幫助罪は成立しないという。そこで検討するに、刑法62条1項の従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものである（最高裁昭和24年（れ）第1506号同年10月1日第二小法廷判決・刑集3巻10号1629頁参照）ところ、……Cと被告人兩名との関係、Cが被告人兩名に本件車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況、これに対する被告人兩名の応答態度等に照らせば、Cが本件車両を運転するについては、先輩であり、同乗している被告人兩名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている一方、被告人兩名は、Cがアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、本件車両発進に了解を与え、そのCの運転を制止することなくそのまま本件車両に同乗してこれを黙認し続けたと認められるのであるから、上記の被告人兩名の了解とこれに続く黙認という行為が、Cの運転の意思をより強固なものにすることにより、Cの危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らかであって、被告人兩名に危険運転致死傷幫助罪が成立するというべきである」。

<sup>50</sup> さいたま地判平成23年2月14日刑集67巻4号505頁。

<sup>51</sup> 東京高判平成23年11月17日刑集67巻4号532頁。

【検討】<sup>52</sup>

最高裁は「了解」（作為）と「黙認」（不作為）とを区別せず、「了解とこれに続く黙認という行為」という一連一体の問責対象として危険運転致死傷幫助罪を認めるが、これは妥当である。なぜなら、「了解」か「黙認」の片方であれば、幫助というに足りる加功の程度を満たすかが疑問だからである。たとえばこれが、A・Bが本件車両に同乗せず、「一回りしてきていいか」とCに尋ねられ、車の外から了解を与えCを見送ったというような場合にも、同じように幫助を認めてよいものだろうか。Cにとっては、AおよびBが同乗し、黙認していたからこそ犯行が容易になったと考えるのが自然であり、Cへの加功の程度、影響力の大きさとして、了解だけでは不十分であったように思われる。反対にA・Bが了解は与えておらず、停車中の車に同乗していたところCが勝手に走行し始めて、両者はそれを黙認しただけであるという場合にも、やはり認めがたい。本事案では、「了解」と「黙認」がそろって、これらが相互に補完し合って正犯行為に大きな影響を与えたものであろう。すると、了解単独でも幫助犯が成立してしまう構成ではなく、了解と黙認は不可分の、一つの幫助行為として機能したと考え、両者合わせてはじめて幫助犯が成立するという構成が妥当である<sup>53</sup>。

以上に述べたのは、いわば経時的な区別問題、問責対象の画定のレベルの話である。では、その問責対象が作為か不作為かという点について考えると、これは本当に「了解」という「作為」と「黙認」という「不作為」が一連一体となった「作為」による幫助と考えていいのだろうか。つまり、第一審がいうように、「黙認」部分が「不作為」であると本当に断じることができるだろうか。

「黙認」は、確かに身体的な挙動としては特に目立ったものがなく、単に同乗して座っていただけであるから、不作為という方が耳にはなじみやすいかもしれない。しかし、その態度が持つ意味合いには、二通り考えられる。一つは、危険な運転行為を制止しなかったというだけの意味合いである。本来ならば制止されるはずであるから、運転行為は困難だったはずであるのに、制止されなかったために、相対的に運転行為が容易になったと考えるのである。もう一つは、そこにA・Bが何も言わずに、すなわち肯定的な態度で同乗していたこと自体が、運転者に動機づけを与え、より犯行が容易になったという意味合いである。前者であれば典型的な既存の危険への不介入であり、不作為

<sup>52</sup> 詳細は拙稿「批判」同志社法学 67 卷 8 号 (2016 年) 231 頁。

<sup>53</sup> これとの比較として、仙台地判平成 20 年 9 月 19 日 WestlawJapan 文献番号 2008WLJPCA09199001。被告人は運転者に運転を依頼し、駐車料金を支払うなどして運転者に車の走行を開始させた。この働きかけは、「了解」と比べるとかなり強いものである。一方、走行開始後、被告人は眠り込んでしまった。眠り込んでいるため、「黙認」しているとはいえない。この場合にも酒気帯び運転幫助罪の成立を認めている。走行後の事情である「黙認」が存在しない代わりに、走行前の事情である「依頼」が、「了解」に比べて高度な働きかけであることから、平成 20 年仙台地判と平成 25 年最決とは、全体として加功の程度が同様のものであると分析することができる。

と言やすい。しかしもし後者であれば、それを純粋に不作為としてよいのか、やや疑問が残るであろう。この点は、判例自体は何ら検討していないし、従犯という定型性の低い類型であることもあいまって事件の解決との関係では特に必要のない論点ではあるが、議論の素材としては十分に検討の余地があるように思われる。

## 2) 総評

以上、判例の状況を見るに、わが国において作為と不作為の区別に関する明確な基準は裁判所によって採用されておらず、判旨の中でこれを正面から理論立てて検討することもほとんどない。そればかりか、作為と不作為が区別されず、争いにもならないこともしばしばである。これは、根拠条文が共通であるがゆえに生まれるドイツとの差異であろう。

作為と不作為が区別されず争点にさえならない裁判例(①～③)は、実親や養親の子に対するものに多く見られ、他ではあまり見られない。親の子に対する作為義務は作為義務の中でも典型的で、ほとんどの場合、詳細な検討を要せず認められる傾向にある。不作為犯だとしても作為義務が認められることには疑いがないならば、作為か不作為かに深く立ち入る必要性はそれほど小さくなく、また、被告人側もあえて争わないのかもしれない。

逆に、④から⑥の事案では、親子関係のように作為義務が常に認められるとは限らない関係性であるために、不作為とされた場合に作為義務要件を欠く可能性が残り、争点として顕在化したものと思われる。それでも⑤や⑥は、作為と不作為を一連一体のものとしてとらえ、作為犯として処理する。この点には、作為優先的な発想があるように思われる。これに対して、一審の判断を覆して不作為犯とした④の裁判例には意義がある。④の場合、被告人は確かに被害者を移動させるという作為行動をとっているが、裁判所は単純に作為を優先するのではなく、「同人の生命に対する新たで重大な危険性を生じさせる行為」がどちらの面にあったかを重視している。因果性の存否や法益悪化の有無といった要素に着目するものだろう。

## 4. 小括

作為と不作為の区別問題について、わが国ではドイツほど研究が進んではおらず、裁判例もこれといった判例法理を構築していない。しかし、ドイツのような不真正不作為犯固有の根拠条文を持たないとはいえ、現に両者を区別して要件論を使い分けている以上、ドイツと同様、両者の区別基準を定立することは重要なはずである。前法的現象論としての作為と不作為の区別がドイツと異なる必然性はないから、ドイツの議論をそのまま援用すればよいようにも思われる。

しかし、研究の進んでいるドイツでも、この問題が解決されているとはいえない。確かにドイツでは非難可能性の重点公式が実務上定着し、さらに学説による理論的補完の努力もなされている。ところが非難可能性の重点公式は明瞭性を欠き、批判も大きい。だからといって自然的要素を重視する見解についても、個別に検討したように、作為と不作為を明確に

区別することに成功しているとはいえない。

そこで、「I はじめに」で述べた作為と不作為の第2の機能に着目する。作為と不作為の区別は、不真正不作為犯の要件論、すなわち作為義務論の指針となっているはずである。そこで次項では、作為義務論において現に不作為がどのようなものとして扱われ、作為との間のどのような相違を乗り越えようとしているのかということから、作為と不作為の区別基準を裏から見出す可能性を探ってみたい。

### III 作為義務の根拠論が想定する作為と不作為の相違

#### 1. 作為義務の根拠論におけるいくつかの見解の分析

作為と不作為の区別が、わが国における作為義務の根拠論においてどのように前提とされているかを概観する。根拠論の詳しい分析は第3章に譲るとして、ここではまずいくつかの代表的な見解をピックアップし、その見解が、どのような作為と不作為の相違を念頭においているのかを簡潔に検討する。

##### (1) 法令・契約

法令・契約は、19世紀初頭に Feuerbach が挙げて以来、伝統的な作為義務の根拠として重視されているものである。Feuerbach によると、「市民に義務づけられているのは、本来的には不作為だけである。そのため、不作為犯は、常に、作為を義務づける法的根拠（法律または契約）があることが前提となる。これなくして、人が不作為によって犯罪者となることはない」<sup>54</sup>。ここでは、不作為が義務づけられているものが作為犯であるのに対し、作為が義務づけられているのが不作為犯であるという区別が見られる。それゆえに、作為が法的に義務づけられている根拠として、法令・契約を挙げるのである。

他方、近年の有力説として、少し異なる視点からこれを作為義務の根拠論として認める見解がある。高山は、「そのままでは結果発生に向かっていない事実経過を結果発生へと向ける行為が作為、結果発生に向かっていない事実経過を結果回避へと向けない行為が不作為」<sup>55</sup>であり、「『事実に評価するならば法益状態が悪化に向かっていないが、法的に評価するならば、作為義務のある者が法益を保護するはずであるから、法益状態は悪化に向かっていない』といえるとき、不保護が可罰的評価の対象となる」とする<sup>56</sup>。その、法益状態が悪化に向かっていないはずであったといえるか否か、すなわち危険はなかったといえるか否かの判断

<sup>54</sup> Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3.Aufl., 1805, § 24.

<sup>55</sup> 高山・前掲注(24) 45頁。

<sup>56</sup> 高山・前掲注(24) 57頁。

にあたり、「法が人間関係をどのように定めているかが、危険の法的な評価にとって重要な意義を有する」<sup>57</sup>と考えるのである。ここでは Feuerbach の想定する「作為義務違反か、不作為義務違反か」という相違に立脚しているのではなく、すでに検討した作為と不作為の区別に関する学説のうち、法益の悪化の有無に着目する見解に立脚して、その相違を觀念し克服しようとしていることが分かる。

## (2) 先行行為

1828 年、Stübel が提案したのが先行行為である<sup>58</sup>。(1) の法令・契約と併せて、形式的三分説と呼ばれ、今なお重視されている伝統的見解である。ただしこれは、法令や契約と異なり、それ自体必ずしも義務を基礎づけるものとはいえない。そこでこれを埋め合わせるために、先行行為に基づく民事上の損害賠償義務や慣習法を用いることもあった<sup>59</sup>。いずれにせよ、Feuerbach 同様、不作為犯が作為義務違反であることを前提に、いかにしてその作為を義務づけるかというのが本来であったことが分かる。

しかし、19 世紀中ごろ、自然主義的実存主義が刑法理論にも影響を与えると、不作為犯の可罰性は因果力から説明されるようになった。そこで、不作為に先行する作為でもって因果性を説明する見解<sup>60</sup>が生まれた。この発想はわが国にもみられる。日高は「……不作為自体に着目すると、自然的事実としてはその不作為には原因力が存しない」<sup>61</sup>のに対し、「作為犯にあっては、作為に原因力がある」<sup>62</sup>というように作為と不作為の相違を分析し、これを存在構造上のギャップと表現する。そこで、この存在構造上のギャップを埋めるため、すなわち両者が同価値であるといえるためには、「不作為者が当該不作為をなす以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定している場合でなければならない」<sup>63</sup>とする。これは因果性ないし法益悪化の有無に着目して作為と不作為を区別するという発想に立脚するものであろう。作為と同価値というには原因力が不足しているから、その原因力を不作為以前の事情で補うという構造である<sup>64</sup>。

<sup>57</sup> 高山・前掲注 (24) 59 頁。

<sup>58</sup> Christoph Carl Stübel, Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828, S.61.

<sup>59</sup> Hans-Joachim Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S.28; RGSt 58,130,132.

<sup>60</sup> Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd.1., 1867, S.81.

<sup>61</sup> 日高・前掲注 (2) 154 頁。

<sup>62</sup> 日高・前掲注 (2) 154 頁。

<sup>63</sup> 日高・前掲注 (2) 155 頁。

<sup>64</sup> ただしこれについては、あくまでも同価値であるべきなのは不作為と作為であって、不作為の前提となる因果の発生を設定したのが不作為者であることが、果たして同価値性を担保することになるのか、という批判がある。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 頁など。

### (3) 依存関係

不作為者と被害者との間の特別な関係に着目したのがこの要素である。すでに述べた法規範の他、広く身分関係や社会的地位などに基づき、この「依存関係」の有無を規範的に判断することもあれば、後述する排他的支配性や事実上の引受けのように、この「依存関係」の意味するところを事実的要素から具体化して独自の判断要素に昇華したものもある<sup>65</sup>。

この依存関係を「顕在的・潜在的依存関係」として規範的にとらえる見解<sup>66</sup>は、この前提として、作為と不作為の区別ないし相違について次のように述べる。「作為による侵害の場合は、犯罪の成立範囲は物理的因果関係によって明確に画定されうるので、その範囲は安定的に画される。しかし、これらの価値の不保護、即ち不作為による結果惹起の場合においては、不作為者による物理的因果惹起というものはないので、何をもって作為による結果惹起と同視されうかが問題となる」<sup>67</sup>、「筆者は、作為と不作為の区別基準については、法益侵害の態様との関係において見出すべきであると考えて法益説に立脚してきた。……刑法上の作為は法益を有形的動作によって物理的・因果的に危険にし又は侵害するのに対して、刑法上の不作為は法益が危険にさらされているか又は侵害されつつある状態を放置する態度によって、即ち、因果の流れに全く物理的・因果的に影響を与えることなく法益侵害に至らせることであると解する」<sup>68</sup>。法益状態の悪化の有無に着目し、そこから出発していることが分かる。

### (4) (排他的) 支配性

先に検討した「依存関係」の具体化のひとつとすることができる。この排他的支配や支配領域性という概念を提唱する論者は、「作為犯の特徴は、行為者が自己の意思に基づいて、法益侵害の結果へと向かう因果の流れを設定したことにある。これに対して、不作為は、すでに発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的

<sup>65</sup> 西田・前掲注(6) 90頁は、引受け説の発想や、大谷實『刑法講義総論[初版]』(成文堂、1986年) 185頁が「特定の者に結果発生の防止を期待するのは、社会生活上行為者に法益の保護が具体的に依存しているために、その者が自らの意思にもとづき結果の発生または不発生を支配できるからであり、これが作為義務発生の実質的根拠である」とするところについて、排他的支配性の観点と同趣旨であると分析する。

<sup>66</sup> 神山敏雄「保障人義務の理論的根拠」齊藤誠二ほか編『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀(上)』(成文堂、1995年) 213頁以下は、法益侵害の危険がすでに存在していて、その保護が開始されており、法益の保護がその者に依存しているような場合を「顕在的依存関係」、未だ具体的に法益保護は開始されていないが、非常事態が起これば法益保全が一定の者に依存せざるをえないような場合を「潜在的依存関係」として、後者の場合にはより細かい要件において作為義務を認めるという方法で、作為と不作為の同価値性を担保するものである。

<sup>67</sup> 神山・前掲注(66) 213頁。

<sup>68</sup> 神山・前掲注(24) 7頁。

態度である」<sup>69</sup>という理解に基づき、これを同価値というためには、不作為者が「因果経過を具体的・現実的に支配していたことが必要」<sup>70</sup>であると説く。作為と不作為の相違については、法益悪化ないし因果性の有無にこれを見出していることが分かる。

ただし、排他的支配・支配領域性という概念をはじめに提唱した論者も補助的に規範的要素の考慮を用いており<sup>71</sup>、また他の論者は、排他的支配に加えて、法益に対する危険を自己の行為によって創出・増加したことをも求める<sup>72</sup>。支配性という要素はそれ単独では機能しがたいもののようなのである。

### (5) 事実上の引受け

法益保護の観点から、結果の不発生を事実上引き受けたという事実には作為義務の発生根拠を求めるものである。具体的には、①法益維持行為の開始、②法益維持行為の反復継続性、③排他性の三要件が満たされたとき、刑法上の作為義務が認められるというのがその構成である<sup>73</sup>。ここにいう「引受け」とは、法益保護が法令や契約などで義務づけられているか否かとは無関係であり、事実として、不作為者が法益の保護を現実に取り受けていて、不作為者と結果との間に依存関係が存在するといえるか否かを問題とする。そういった点で、これはやはり先に見た依存関係という発想を昇華したものといえるし、また、事実上の引受けが認められるための第三の要件として、排他性を挙げている点、排他的支配性の発想とも共通するものがある。

事実上の引受け要素の発想は、不作為犯が、作為犯と異なり保障人的地位という身分が要求される一種の身分犯であるという理解<sup>74</sup>に起因している。そして、なぜそうした身分が必要なのかについては、「身分ある者による法益の侵害が身分のない者と比較した場合、法益に対して重大な影響を及ぼす」<sup>75</sup>からであり、「身分者は、法益に対して密着した関係にあるから」<sup>76</sup>であると理解する。そしてその密着性とは法益侵害との関係で把握すべきであり、

<sup>69</sup> 西田・前掲注(6) 89頁以下。

<sup>70</sup> 西田・前掲注(6) 90頁。

<sup>71</sup> 西田・前掲注(6) 91頁以下。支配の意思に基づかないで支配領域性におかれた場合には、「その意思に代わるものとして、不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素を考慮すべきである」とする。ここでいう規範的要素には先行行為は含まれず、「親子、建物の所有者、賃借人、管理者のように、その身分関係、社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負う場合」であるとしている。この点、依存関係を支配という事実的要素に昇華しつつも、なお依存関係を規範的なものとしてとらえる観点も残しているのである。

<sup>72</sup> 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編『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）108頁以下、同・前掲注(64) 89頁以下。作為と同様に、積極的に他者の法益を侵害した事情が求められるという点で、この発想は先行行為の発想にも通ずるものがある。

<sup>73</sup> 堀内捷三『不作為犯論——作為義務論の再構成——』（青林書院新社、1978年）254頁以下。

<sup>74</sup> 堀内・前掲注(73) 251頁。

<sup>75</sup> 堀内・前掲注(73) 253頁。

<sup>76</sup> 堀内・前掲注(73) 253頁。

結果の不発生が不作為者に依存するという関係の発生を意味するとし、その依存性を基礎づけるものとして、「引受け的行為」を要求するという思考プロセスである<sup>77</sup>。作為犯にはなく不作為犯には要求される保障人的地位という身分が法益との関係で理解されていることから、作為と不作為の相違を、法益侵害との関係に着目してとらえているように思われる。

## 2. 作為義務の前提としての2つの相違

このように、作為義務の根拠論に関するいくつかの代表的な見解を分析してみると、作為と不作為の間には、大きく2つの相違が意識されてきたように思われる。本稿では以下、その1つを規範的相違、もう1つを因果的相違と呼ぶ<sup>78</sup>。

### (1) 作為と不作為の規範的相違

Feuerbach 以来、主として形式的三分説が強く意識するのが、この規範的相違である。「一定の作為をおこなわないこと」が作為と同様に権利を毀損しうるが、作為は通常求められるものではない。そこで、一定の作為が命じられているというために、作為義務が必要なのである。

これについて、Armin Kaufmann の「逆転原理」はより明快である。彼によると、作為と不作為は「A」と「非 A」の関係で、不作為犯には常に作為犯と逆のことが成り立つ。作為犯は禁止規範違反であり、不作為犯は命令規範違反である。そのため、両者は規範構造からして全く異なるものである<sup>79</sup>。この、「禁止規範違反か、命令規範違反か」という規範構造論的な相違が存在し、それゆえに不作為犯の方が自由制約の程度が大きい<sup>80</sup>ということが、作為義務論の第一の前提である。作為義務をどこまで課してよいのか、どこまでの自由制約が許されるのかということが、作為義務論によって解決されようとしてきた。

<sup>77</sup> 堀内・前掲注(73) 254頁。

<sup>78</sup> 鎮目征樹「不真正不作為犯における作為義務の『発生根拠』と『具体的内容』(特集 不作為犯論の現代的課題)」刑事法ジャーナル 46 卷(2015年) 6頁以下がすでに以下のような分析をおこなっている。「特定の作為を強いるという量的な自由制約の大きさ、ないしは、積極的な他者への配慮を刑事制裁によって強制することの質的な問題点に注目」することを「理論モデル1」とし、「自然的因果性=因果的支配の欠如に起因する主体の不特定性に不作為処罰の問題性を見出すことを「理論モデル2」とする。そして、「理論モデル1」は先行行為論と結びつき、「理論モデル2」は依存・支配性説と結びつくというのである。特定の根拠要素との接続はともかくとして、本稿で述べるところの規範的相違はこの理論モデル1に、因果的相違はこの理論モデル2にきわめて近い。

<sup>79</sup> Armin Kaufmann, a.a.O.(Anm.19), S.272 ff.

<sup>80</sup> 島田聡一郎「不作為犯論」法学教室 263号(2002年) 116頁以下が明確にこの問題意識に言及している。また、佐伯・前掲注(64) 90頁も、自由制約の観点から、作為義務の根拠として危険創出を加えている点で、不作為は作為と比べて自由の制約度が高いという理解をしていることが分かる。このことを指摘するものとして、鎮目・前掲注(78) 7頁。

## (2) 作為と不作為の因果的相違

形式的三分説に対して、特にわが国においては近年有力に唱えられている見解は、規範的相違とは異なる相違に着目しているように思われる。それは、不作為の原因力・因果性に関する相違である。自然的要素を重視する見解のうち行為者と結果との関係に着目するものが重視している点であり、現在多くの作為義務の根拠論の見解が、これを前提として論を展開している。

不作為が作為に対して原因たりうるかという問題は、19世紀中ごろ、自然主義的実存主義が刑法理論にも影響を与えたことで大いに議論された。そこでは、不作為以外の行為（先行行為説<sup>81</sup>、他行為説<sup>82</sup>）に原因力を求めたり、「結果回避措置に出ようとする行動衝動を取り除くことが結果の惹起になる」<sup>83</sup>としてその原因力を説明しようとした（干渉説）。干渉説がその他の学説と異なる点は、物理的・自然的な結果の惹起や危険の創出を問題にすることから、「一定の作為をなしたならば危険はなかったであろう」という、現実ではない「仮定」をおくことで、疑似的に因果関係を導くことに視点を移したことにある。いずれにせよ、自然主義的因果論の観点からも、不作為自体の物理的・自然的原因力を説明することは困難であり、不作為とは別の行為に原因力を求めたり、仮定を取り入れたりすることによって、法的な原因力を説明したということが分かる。

現在、BGH<sup>84</sup>も、そしてわが国における裁判例<sup>85</sup>も、因果関係を説明する際には、仮定的因果関係の考え方をを用いる。そしてこのことは因果関係以前に、不作為の実行行為性のレベルで、一定の「結果回避可能性」（作為によって結果を回避することができたか、一定の作為をなしたならば危険はなかったといえるか）が求められるとされている。因果関係と結果回避可能性との関係は今はおくとして、ここで重要なのは、不作為は、反対となる作為を仮定したり、他の行為の原因力を援用しなければ、原因力を説明できないということである。

## 3. 作為と不作為の相違と区別論の関係

作為と不作為が、上記のように異なるものと考えられているならば、その相違をそのまま区別に対応させればよいようにも思われる。すなわち、第一に「命令規範違反となりうる（作為をおこなわない）のが不作為」あるいは「自由制約の程度が大きいのが不作為」であり、第二に、「物理的・自然的には結果に対する原因力を説明できないのが不作為」という2つ

<sup>81</sup> Merkel, a.a.O.(Anm.60), S.81.

<sup>82</sup> Heinrich Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd.1.,1836, S.414.

<sup>83</sup> Woldemar von Rohland, Die strafbare Unterlassung, Bd.1., 1887, S.121 f.は、「不作為者が、違法な結果を防ぐため、または合法的な結果をもたらすために、外界への介入（Eingreifen）の機会と義務を持っていた場合、不作為にも因果関係がある」と説明する。

<sup>84</sup> BGHSt 6, 1; BGHSt 7, 211; ライヒ裁判所時代のものとして、RGSt 15, 151; RGSt 75, 49 など。

<sup>85</sup> 保護責任者遺棄致死罪の因果関係の判例として、最三小決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁。因果関係として、救命可能性が問題となった。

の基準でもって、作為と不作為を分かつことができそうである。

しかし、この2つの相違は本当に、作為と不作為を峻別することに直ちにつながるといえるだろうか。次項では、いくつかの事例を設定し、その事例の因果的評価と規範的評価をどのようにおこなうことができるか検討し、「因果的相違」と「規範的相違」が現実にはどのように表れてくるものなのかを明らかにする。

## IV 作為と不作為のスペクトラム的存在

### 1. 事例の設定

まず、以下10個の事例を設定する。

#### (1) 通常不作為とされる典型例

事例ア（水難者の不救助）

Xは、川で溺れているAを救助しなかった。Aは溺死した。

事例イ（乳児への食物不供与）

Xは、乳児であるAに授乳その他適切な措置をせず、家事をしていた。Aは餓死した。

#### (2) 「作為による不作為」およびその周辺例

事例ウ-1（主治医による生命維持装置の取り外し）

自力で生命を維持することが困難な患者Aの主治医であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した。

事例ウ-2（見舞客による生命維持装置の取り外し）

自力で生命を維持することが困難な患者Aの見舞客であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した。

事例エ-1（医師によるマムシの血清投与の中止）

マムシの毒に侵されるAに投与すべく血清を運んできた医師Xが翻意し、血清を投与しなかった。Aは死亡した。

事例エ-2（第三者によるマムシの血清の叩き落とし）

マムシの毒に侵されるAに投与すべく医師が血清を運んできたが、それを見たXが医師の持つ血清を叩き落とした。Aは死亡した。

#### (3) 「作為による不作為」以外の両義的行為

事例オ（コンロ事例）

Xは、コンロのスイッチを入れる癖のある3歳のAを自宅に残し、長時間外出した。火災が生じ、Aは死亡した。

事例カ（エイズ事例）

HIVに感染したXが、避妊具を装着せずに性交渉をおこない、パートナーAにHIVを感染させた。Aはエイズを発症し、死亡した。

事例キ（自動車による衝突）

Xが自動車を運転していたところ、自動車の進路上にAが倒れているのを見止めた。Xはブレーキを踏まず、またハンドル操作もしなかった。やがてXの自動車はAをはね、Aは死亡した。

事例ク（居座りによる監禁）

XがA宅の扉の前に偶然立ち止まったところ、扉の向こう側にいたAから「出してくれ」と声をかけられた。このとき始めてXは、自身がそこに居ることによってAが監禁状態になっていることを知った。しかし、Xはそこを立ち退かなかった。

## 2. 規範的相違について

### (1) 検討の手法

まず、作為と不作為との間に想定されている相違のうち1つ目の規範的相違について、具体的事例でそれがどのように表れるかを確認する。

ところが、ここで問題が生じる。規範的相違によると、作為は禁止規範違反となりうる行為であり、不作為は命令規範違反になりうる行為である。しかし、「禁止規範」とは不作為を命じる規範であり、「命令規範」とは作為を命じる規範であるとする、ある規範を「命令規範」というためには、そこにすでに「作為」という概念を用いなければならない。「不作為とは、作為しないことである。作為とは、不作為をしないことである」というのであれば、トートロジーに陥る。作為と不作為との間に横たわる規範的相違は、その行為が不作為に割り振られてはじめて生じる相違であって、そもそもそれが作為か不作為かという区別問題には役立たない。

ただし、その相違を「自由制約の程度」という視点でとらえ直すならば、トートロジーからは脱却することができる。作為はそれを禁じても自由制約の程度が小さいのに対して、不作為はそれを禁じると自由制約の程度が大きい。そこで、ここでは設定した10個の事例をいずれも仮に「命令規範違反」と解釈すると、自由がどの程度制約されるかを検討する。なお本章では、この自由制約の程度について分析する際、各個人の主観的な希望や執着などは考慮せず、客観的に、他行為の選択肢の量的多寡を基準とする。

### (2) 検討

**事例ア**（水難者の不救助）や**事例イ**（乳児への食物不供与）は問題なく、自由制約の程度が著しく大きいといえる。「救助せよ」と命令されると、救助する以外の行為がすべて禁じられてしまうためである。

**事例ウ - 1**（主治医による生命維持装置の取り外し）では、生命維持装置による治療は主治医Xがおこなっている。しかし、医療技術の発達した現代において治療機器は高度に自

動化されており、XはAの治療を継続しながら、食事もできればスポーツもできる。他行為の選択肢の量的多寡という側面からすると、自由制約の程度はさほど大きくない。**事例ウ-2**（見舞客による生命維持装置の取り外し）の場合、命令が「医師の治療を続けさせよ」というものであるとするならば、見舞客Xの負担はさらに軽微なものである。Xとしては医師による治療を阻害する行為以外の全ての行為を自由に選択しながら、医師の治療に任せるだけでよい。むしろ、治療を阻害しなければならないとしたら、その方がよほど自由は制約される。

**事例エ-1**（医師によるマムシの血清投与の中止）の場合は事例ウ-1と異なり、治療が自動化されていないため、自由制約の程度は大きいといえそうである。これに対して**事例エ-2**（マムシの血清の叩き落とし）は、事例ウ-2と同じことがいえそうである。

**事例オ**（コンロ事例）や**事例カ**（エイズ事例）は、防災措置をとったり、避妊具を取りつけたりするといった手間が義務づけられるとしたら、それ以外の行動のすべてが制限されるため、たとえそれが短時間であっても、ある程度の自由制約が認められる。

**事例キ**（自動車による衝突）で、運転者Xに「Aへの衝突を回避せよ」という命令、具体的には「ブレーキを踏め」あるいは「ハンドルを切れ」などの命令が課せられていると考えるならば、確かにそれ以外の行動に出る自由が制限される。しかし、Xが採りうるそれ以外の行動の選択肢とは何か。走行中の車内という狭い範囲でXにできることはほとんどない。むしろ、「Aへの衝突を回避せよ」という命令に反するためには、ハンドルも切ることができず、ブレーキも踏むことができず、ただじっとしていなければならない。他行為の選択肢自体がほぼない状態で、その選択の自由が制約されたからといって、自由制約の程度が大きいとは到底いえない。

**事例ク**（居座りによる監禁）にも同様のことがいえる。「扉の前から立ち退け」という命令に違反しながら採ることのできる他行為の選択肢はきわめて少ない。命令に違反し続ける限り、Xは扉の前というわずかな面積でじっとしていなければならない、命令に従うよりも命令に反する方がずっと他行為の選択肢の幅は狭く、自由制約の程度も小さいのである。

### （3）検討の結果

「自由制約」を客観的な他行為選択肢の量的多寡と考えた場合、「命令規範は禁止規範よりも自由の制約が大きい」という命題がいかなる例にも常に成り立つとは限らない<sup>86</sup>。

自由の制約は、命令規範と禁止規範で大小が分けられるほど単純なものではなく、ケースによって異なる、連続的な程度問題なのである。

<sup>86</sup> 大越・前掲注（12）87頁以下は、エネルギー投入の有無に基づく区別基準に対する批判の中ではあるものの、「行為者への命令（不作為）は禁止（作為）より多くのものを要求するとの主張があるが、ここにはまず問題がある。ちょっとした動作によって法益の保護される事例は、いくらでも存在するからである」「命令は、禁止よりも、規範名宛人の行動領域を強く制限するとは、常にはいえないことになる」と指摘している。

### 3. 因果的相違について

#### (1) 検討の手法

次に、作為と不作為との間に想定されている相違のうち2つ目の因果的相違について、具体的事例でそれがどのように表れるかを確認する。

ここで着目するのは、法的に評価し直された因果性、一定の作為を仮定した上での因果性ではなく、純粋に自然的・物理的な因果性である。そこで、法益侵害という結果が発生するまでの因果の流れに対して、行為者 X がどの程度の関係性を有しているかという観点から各事例を検討することとする。

#### (2) 検討

**事例ア**（水難者の不救助）についてみると、A の溺死へと向かう因果はすでに開始しており、自然的には、A の溺死への因果と X とは無関係である。**事例イ**（乳児への食物不供与）も同様で、A の餓死へと至る因果は、自然的には X とは無関係に進行するものである。

**事例ウ**（生命維持装置の取り外し）についてみると、2つの考え方がありうる。病気を原因とする因果の存在をベースとすると、生命維持装置を取り外すと既存の因果に回帰するだけである。他方、生命維持装置が装着されている状態をベースにすると、生命維持装置の取り外しは、全く新しい死への因果の設定となる。**事例ウ-1**（主治医による生命維持装置の取り外し）では、既存の因果をせき止めている張本人である主治医 X にとって、A はもともと死へと向かう因果の中にあるものなのであるから、前者の考え方が合致しやすい。とはいえ、生命維持装置の取り外しによって因果の中断が解除されたのだから、A の死への因果との関係がないと言い切るのは困難である。他方、**事例ウ-2**（見舞客による生命維持装置の取り外し）では、見舞客 X にとって、A には死の危険が無いものという現在の状況のみが目の前にある。そうすると、後者の考え方に合致しやすい。A の死への因果との関係性は、事例ウ-1 よりもさらに強いといえることができる。

**事例エ-1、2**については、事例ウ-1、2と同様の考慮が働く。しかし、**事例エ**はAの死への因果の中断がまだなされておらず、事例ウと比べて不確実である。したがって、Aの死への因果との関係性は、1、2いずれも、これに対応する事例ウの1、2と比べると、若干弱いように思われる。

**事例オ**（コンロ事例）において、Aの死亡は、コンロのスイッチを入れたA自身が惹起したもので、Xは無関係である。これに対して**事例カ**（エイズ事例）は、Xによる性交が無ければAはHIVに感染しなかったのだから、Xの持つ影響力は大きい。**事例キ**（自動車による衝突）は、Aの死への因果はXの自動車がAに衝突しなければ生じなかったものである。これらは事例アやイのような典型例と比較すると、Aの死に対するXのかかわりはかなり強い。

**事例ク**（居座りによる監禁）については、さらに強い関係性が見出される。Xが監禁の故

意を有した時点以降を切り取ると、A の身体的自由という法益侵害への因果はすでに開始していたのだから、X には因果の原因力はない。しかし、X がそこに居続けるからこそ、A の監禁は成立している。自然的に見ても、X は A の法益侵害への因果の一翼を担っている。A の法益侵害への因果について X が全くの無関係であるとはいえず、むしろ X は不可欠の要素として、因果自体に組み込まれているのである。

### (3) 検討の結果

因果がすでに開始しているとはいえ、その既存の因果との関係、距離感はケースによって異なる。

事例アやイのように、自然的には完全に無関係な場合、不作為で問題ない。殺意をもってナイフで人を刺すというように、直接因果を発生させている場合には、やはりこれも作為で問題ない。しかしその中間には、「直接発生させたわけではないが、既存の因果と無関係であるともいえない」という関係性が無数に存在する。

因果との自然的な関係性といっても、あらゆる変数を持つあらゆる態様・程度の自然的事象は、一概に線引きできるものではなさそうである。

## 4. 作為と不作為のスペクトラム的存在

ここまでの検討からすると、作為と不作為の相違といわれていることも、具体的事例にあてはめてみると、その性質や程度は様々であり、中間的事象が無数に存在するということが分かる。

このような中間的事象の存在については、萩野論文<sup>87</sup>およびそこで紹介される Streng<sup>88</sup>によってすでに指摘されている。Streng は、行為形態を①積極的な活動により直接的に結果に作用する「能動的作為」、②不活動ではあるが、直接的に結果に作用する「受動的作為」、③結果を阻止しないという意味での「不作為」の3類型に分類する。不作為と呼ぶのは純粋な結果発生の不阻止といえるケースだけであり、純粋な結果発生の不阻止とはいえない、結果に直接作用するものは、行為者の活動の有無を問わずいずれも作為として扱うというものである。他方、萩野は Streng が作為に分類した②「受動的作為」を不作為に分類する<sup>89</sup>が、その上で、これについては作為義務の内容・主体の検討を要しないとする<sup>90</sup>。こうした見解は、作為と不作為を単純に二分することができないという問題意識から行為を三分するものであると考えられる。しかし、その三分も、果たして可能であろう

<sup>87</sup> 萩野・前掲注(12) 57頁以下。

<sup>88</sup> Franz Streng, "Passives Tun" als dritte Handlungsform – nicht nur beim Betrug. Plädoyer für eine kausalitätsorientierte Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ZStW 122 (1), 2010, S.1 ff.

<sup>89</sup> 萩野・前掲注(12) 77頁。

<sup>90</sup> 萩野・前掲注(12) 78頁。

か。規範的相違と因果的相違をそれぞれ具体的事例で検討した結果、その性質や程度はきわめて多様で、二分であっても三分であっても、容易にできるようには思われない。

そもそも、自然界に存在する無数の行為が、全く性質の異なる作為と不作為に法的評価以前に峻別されるということ自体が一種の幻想なのではないだろうか。作為と不作為という枠組みはあくまで人間が行為に意味づけをした結果なのであって、自然界において所与のものではない。行為は様々な変数を持ってスペクトラム的に無限に遍在していて、自然は決してそこに線を引いてはいないのである。

### 5. 作為と不作為の区別論と作為義務の根拠論との関係

作為と不作為はスペクトラム的に遍在していて、当然には峻別できるものでない。このことを正面から認めた上で、のちに続く法的評価の便宜にかなうようなものとして、この境界を人為的に定めるべきである。作為と不作為の区別が先あってそれを前提に要件論を立てるのではなく、要件論をあらかじめ想定して作為と不作為を区別する。すなわち、不作為犯に要求される作為義務という要件がなければ処罰しえないようなものを、不作為犯として拾い上げる作業こそが、「作為と不作為の区別」なのである<sup>91</sup>。したがって、作為と不作為を大枠で定義づけるとすると、作為とは「作為義務の検討が不要な行為態様」であり、不作為とは「作為義務の検討が必要な行為態様」という形になる。この大枠の定義を起点として、作為と不作為の区別基準は定立しなければならない<sup>92</sup>。

わが国には、ドイツ刑法13条のような固有の規定が存在せず、任意的減軽の定めも無い。作為も不作為も同じ条文で処理される。ということは、作為義務の根拠論とあわせて最終的に適切な処罰範囲が確定できるならば、誤解をおそれずにいえば、作為か不作為かということそれ自体に大きな意味はない。作為と不作為の区別は、のちの根拠論と一括で、体系づけるべきである。

以上のことを前提として、以下、私見を述べる。

<sup>91</sup> 鎮目・前掲注(78)9頁も、「作為と不作為の区別という問題は、つまるところは不作為=特殊要件たる作為義務を要求すべき範囲の確定であり、よって、それは作為義務を要求しなくなぜ不当なのか(どのような問題を避けるために保障的地位という要件を立てるのか)という問題から離れるべきではない」とし、「理論的ハードルの存在により、これを克服し得る根拠事情(作為義務の発生根拠)の存在なしに構成要件該当性を肯定しえない場合」をもって、刑法理論上の不作為ととらえるべきであると論じる。

<sup>92</sup> このように考えると、前述の萩野説は、本研究が想定する作為と不作為の区別の意義に合致しない。不作為犯であっても作為義務の検討を要しない場合があるとする見解は、本研究の立場からすると、作為と不作為の区別の意義を失わせる。作為とは作為義務の検討が不要なもの、不作為とは作為義務の検討が必要なものととらえ、作為義務の検討の要否によって作為と不作為を分類すべきであるとする。

## V 私見

### 1. 作為と不作為の区別の意義

まず、作為と不作為の区別には二つの機能があった。第一に要件論の選択としての価値を持つ区別そのものとしての機能（第一の機能）、そして第二に、作為義務の根拠論の指針としての機能（第二の機能）である。区別基準は、この2つの機能を十分に果たすようなものでなければならない。

第一の機能より、作為と不作為の区別は明瞭でなければならない。そうでないと、次の要件論に進むことができないからである。

第二の機能より、作為と不作為の区別は作為義務の根拠論と関係する。作為と不作為の区別は、様々な態様の行為のうち、作為義務という補完要素がなければ処罰しえないものを切り分けるための作業である。したがってこの区別は、その後の作為義務の根拠論をあらかじめ想定して考えるべきである。

この二点を重視しながら、区別基準の定立を試みる。

### 2. 作為と不作為の2つの相違と区別基準

#### (1) 因果的相違への着目

作為義務の根拠論において、作為と不作為の間には、規範的相違と因果的相違が存在することが前提となっている。

しかし、この規範的相違を「禁止規範違反か、命令規範違反か」ととらえるならば、区別論としては役に立たない。すでに述べたとおり、禁止規範違反か、命令規範違反かという相違は、不作為に割り振られたがゆえに生じるものである。

また、自由制約の程度という観点からしても、自由がどの程度制約されるかは作為か不作為かによってのみ変わるものではなく、その程度もバラバラである。極端なもののみを拾おうとしても、自由制約が「ゼロ」ということはありえない。禁止にしても命令にしても、刑事処罰の対象となりうる以上そこには刑事的な制約が課されているのであるから、自由制約は存在することが前提で、その大小問題でしかない。自由制約の程度からは、区別論の第一の機能をなす明瞭性を担保するような線を引くことができないのである。

これに対して因果的相違については、自由制約の程度と異なり、因果性が「ゼロ」ということが十分にありうる。また、現に作為義務の根拠論の多くが、物理的・自然的因果性の欠如を前提に、それに代替する法的な因果性の埋め合わせを試みている。したがって、明瞭性の要請からも、のちの作為義務の根拠論との関係からも、区別基準の出発点とすべきは、作為と不作為の因果的相違（物理的・自然的因果性の欠如）であると考ええる。

#### (2) 2つの相違の検討の配分

作為と不作為の区別の段階と作為義務の根拠論の段階、この2段階それぞれにおいて何を検討して全体として処罰範囲を画定すべきか、その配分を整理する。

### 1) 区別論での検討事項

区別論の段階では、作為と不作為の物理的・自然的因果性の有無を基準とする。

そこで、物理的・自然的因果性が全く無いと判断されたものだけが、不作為犯として、作為義務の根拠論の俎上にのぼる。

### 2) 作為義務の根拠論での検討事項

作為義務の根拠論の段階では、区別論の結果として作為と不作為の間に2つの相違が生まれているため、これをそれぞれふまえる必要がある。

第一に、物理的・自然的因果性が無いものだけが不作為として選別されているため、この因果的相違を乗り越える必要がある。多くの見解が実践しているように、物理的・自然的因果性の不存在を補うだけの、法的に評価された因果性、仮定的因果性を備えるといったことが考えられる。

第二に、不作為に分類されたがゆえに生じる、規範的相違を乗り越える必要がある。不作為に分類された以上、それは命令規範違反ということになる。Feuerbach 以来伝統的に検討されているように、一定の作為が義務づけられているといえるかを説明しなければならないことになるだろう。

## 3. 具体的区別基準の定立

物理的・自然的因果性の有無によって判断するとはいえ、具体的にどのようにして、それが全く無いものを拾い上げるかが問題となる。

### (1) 因果関係の条件公式を参考に

ここで、因果関係の有無の判断における条件公式を参考にしたい。

無論、区別論は実行行為の問題であり、因果関係の問題ではない。しかし、「当該行為が危険をもたらしたといえるか」というのは、因果関係の問題である、「当該行為が結果をもたらしたといえるか」という問題とある種パラレルにとらえることができる。したがって、因果関係の発想を援用することはあながち妥当性を欠くともいえない。

因果関係は、その行為が結果をもたらしたといえるかの問題であり、条件公式「あれなければこれなし」を用いて条件関係を見定める。ここでいう「あれなければこれなし」の「これなし」とは、「結果が発生しなかった」ことを意味する。一方「あれなければ」とは、作為犯の場合、「その作為がなければ」ということを意味するが、不作為犯の場合、「その作為があれば」ということを意味する。作為犯と不作為犯の「あれなければ」とは、「なければ」という文言を用いながらも、その実質は、作為ならば不作為、不作為ならば作為という、反対のふるまいが「あれば」ということを想定しているのである。

この条件公式を、実行行為性の判断においても形を変えて援用したい。実行行為とは、その行為が危険をもたらしたといえるかという問題である。したがって「あれなければこれな

し」の「これなし」は、「結果が発生しなかった」ではなく、「危険は発生しなかった」ということを意味する。一方、「あれなければ」の方は、因果関係の条件公式で見たように、作為と不作為での場合分けは観念できない。この条件公式自体が作為と不作為を区別するものなのであるから、当然、作為と不作為はまだ分かれておらず、したがって、因果関係の条件公式のように、「反対のふるまいがあれば」という想定は用いることができないのである。そこで、この実行行為性の条件公式でこそ、本当の「あれなければ」、すなわち、反対のふるまいさえもない、当該行為者の影響力が全く存在しない状況を想定する必要がある。そう考えるならば、「あれなければ」の意味するところは、「当該行為者の影響力が一切なければ」、これを突き詰めると、「当該行為者の存在自体がなければ」ということになる<sup>93</sup>。

法益侵害の危険に対して影響力が及んでいるならば、当該行為者はすでに、当該法益侵害へと至る因果に関与しているといえる。関与しているならば、作為義務の考慮はいらない。作為義務はあくまで、自然的に見ると無関係でしかない者を、舞台に引き上げるためのものなのである。

## (2) 具体的区別基準

以上により、次のような具体的区別基準が導かれる。

「当該行為主体の存在がなければ、当該危険がその大ききで存在することはなかった」といえるならば当該行為は作為であり、「当該行為主体の存在がなくとも、当該危険はその大ききで存在していた」といえるならば当該行為は不作為である。

なおここでいう「行為主体の存在」とは、人体そのものだけではなく、行為主体が自らと一体として支配・操作しているところの衣類や器具、凶器、自転車や自動車などをも含む。人体のみを取り除いて直前までその者が着ていた衣類や凶器だけがそこに落ちているという状況を想定する意味がないし、またこうした行為主体と一体になっているものは行為主体の影響力があまりにも色濃いため、そこまで取り除いてはじめて、その行為主体の影響力が全く無い状況を想定できるからである。

また、行為主体の不存在の想定は、作為か不作為かを判定する行為の時点においておこな

<sup>93</sup> なお、従来、とりわけドイツでは、人が犯行現場にただ存在しているだけでは、作為としての因果性を持ちえないとされてきた。Ulrich Sieber, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme, JZ 1983, S. 434 ff.; Roxin, a.a.O. (Anm.10), § 31, Rn.92,93; NK-Gaede, § 13, Rn.8; LK-Weigend, § 13, Rn.7; しかし、ごく自然に考えるならば、物理的に質量をもって存在している以上、外部に対して何らかの影響力を持ちうることは否定できないように思われる。それを示すのが、Streng, a.a.O. (Anm.88)S.1 ff.のいう受動的作為や、萩野・前掲注(12) 77頁のいう「身体が存在が作用力を有する不作為」である。したがって、その者の影響力が全く存在しない状況を想定するには、その者の存在自体を当該状況から除いてしまうしかないのである。

う。その時点より前の事情には何ら変更を加えない。したがって、判定する行為の時点によって、その行為が作為か不作為かの結論は当然に変わりうる。

#### 4. 各事例の解決

3で定立した基準により、設定した10個の事例および検討した6つのわが国の裁判例について、作為と不作為の区別を試みる。

##### (1) 設定した事例の解決

###### ①事例アについて

【事例】Xは、川で溺れているAを救助しなかった。Aは溺死した。

【解決】Xの存在があってもなくても、Aの溺死の危険は同程度の大きさで変わらず存在する。したがって、Xの行為は不作為である。

なお、本事例において、たとえばAを川に突き落としたのがXであったとしても、「Xが存在しなければAはそもそも溺れなかったのだから危険はなく、作為」ということにはならない。Aの不救助について作為か不作為かを判定する以上、その時点までに生じた事情(XがAを突き落としたという事情)には変更を加えない。すでにAは溺れていることを前提にして、その後の時点において、救助しないというふるまいをしているXの存在を取り除くのである<sup>94</sup>。

###### ②事例イについて

【事例】Xは、乳児であるAに授乳その他適切な措置をせず、家事をしていた。Aは餓死した。

【解決】Xの存在があってもなくても、Aの餓死の危険は同程度の大きさで変わらず存在する。したがって、Xの行為は不作為である。

###### ③事例ウ - 1について

【事例】自力で生命を維持することが困難な患者Aの主治医であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した。

【解決】Xの存在を除くと、生命維持装置は取り外されることはなくなるから、同程度の危険は存在しないようにも思われる。しかし、Xの存在を除くということは、生命を維持する者の存在を除くということであるから、生命維持装置の存在さえも除いた状態を想定しなければならない。そうであれば、Xが存在して生命維持装置を取り外した場合でも、Xの存在を除いて生命維持装置の存在をも除いた場合でも、Aの生命

<sup>94</sup> 一方、XがAを川に突き落とした時点をとらえてこの区別基準をあてはめると、XがいなければAは溺れることはないのだから、この突き落とすという行為は作為である。このように、判断時点ごとに作為か不作為かの判断は変わる。あとは、問責対象の時的確定の問題である。川に落とした時点では故意が無いなどの理由で殺人罪が認定できなかった場合、その後、故意を生じた上での不作為が殺人罪の実行行為と評価される可能性があり、川に突き落としたという作為は、作為義務の認定時に先行行為として考慮されることになる。

の危険は全く同程度に存在することになる。したがって、これも不作為である。他方、複数人によるチーム医療で、Xが不在でもさほど影響がない程度の寄与度だったという場合には、作為と評価することができる。

ただし、このような臨死介助・終末医療にかかる問題は、「作為か不作為か」「不作為犯である場合の作為義務の有無や範囲は」という範疇で論じる意味はそれほどないと考える。プッツ判決でもみたように、これは作為義務の問題というよりも、自己決定権の問題である。条文構造上、作為と不作為を明確に区別しなければならない理由を欠くわが国においては、特に作為か不作為かには触れず、正面から自己決定権の問題として扱うべきである。

④事例ウ - 2について

【事例】自力で生命を維持することが困難な患者Aの見舞客であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した。

【解決】Xの存在を除くと、生命維持装置が取り外されることはなくなる。そして、事例ウ - 1と異なり、医師による治療は継続されるから、Xの存在を除いた場合、同程度の生命の危険は発生しないと見える。したがって、これは作為である。

⑤事例エ - 1について

【事例】マムシの毒に侵されるAに投与すべく血清を運んできた医師Xが翻意し、血清を投与しなかった。Aは死亡した。

【解決】Xの存在を除くと、血清はそもそも投与されないため、Aの生命の危険は同程度で存在する。したがって、これは不作為である。

⑥事例エ - 2について

【事例】マムシの毒に侵されるAに投与すべく医師が血清を運んできたが、それを見たXが医師の持つ血清を叩き落とした。Aは死亡した。

【解決】Xの存在を除くと、血清は叩き落とされない。叩き落とされることさえなければ、Aに投与される蓋然性が高いといえる場合、危険は少なくとも同程度の大きさでは存在しないから、作為である。

⑦事例オについて

【事例】Xは、コンロのスイッチを入れる癖のある3歳のAを自宅に残し、長時間外出した。火災が生じ、Aは死亡した。

【解決】Xの存在を除いても、Aは自宅のコンロのスイッチを入れたであろうから、不作為である。

⑧事例カについて

【事例】HIVに感染したXが、避妊具を装着せずに性交渉をおこない、パートナーAにHIVを感染させた。Aはエイズを発症し、死亡した。

【解決】Xの存在を除くと、Aと性交渉をもつことができず、AにHIVが感染することもありえない。したがって、作為である。

⑨事例キについて

【事例】Xが自動車を運転していたところ、自動車の進路上にAが倒れているのを見止めた。Xはブレーキを踏まず、またハンドル操作もしなかった。やがてXの自動車はAをはね、Aは死亡した。

【解決】Xの存在を除くと、Xと一体であるところの自動車ごと除かれることになるから、Aに衝突する自動車自体存在しないことになり、Aの生命の危険は発生しない。したがって、作為である。

⑩事例クについて

【事例】XがA宅の扉の前に偶然立ち止まったところ、扉の向こう側にいたAから「出してくれ」と声をかけられた。このときはじめてXは、自身がそこに居ることによってAが監禁状態になっていることを知った。しかし、Xはそこを立ち退かなかった。

【解決】Xの存在を除くと、Aの監禁状態は解消され、身体の自由に対する危険は生じない。したがって、作為である。

(2) 裁判例の解決

①さいたま地判平成15年3月12日 WestlawJapan 文献番号 2003WLJPCA03129007

②仙台地判平成20年1月8日 WestlawJapan 文献番号 2008WLJPCA01089002

③大阪地判平成24年3月16日 WestlawJapan 文献番号 2012WLJPCA03169005

【解決】①②③はいずれも、独力では栄養を摂取するなどして生命を維持することのできない幼年者に対するものである。②は事実自体が明らかになっていないので判断できない<sup>95</sup>が、①③については、被告人が存在しなくても被害者を養育する者がいないのだから、被害者は同様に死の危険にさらされる。事例イと同様である。ゆえに、不作為である。

④福岡高判平成19年7月6日 WestlawJapan 文献番号 2007WLJPCA07068014

【事例】被告人が自動車で被害者に衝突した後、山中に置き去りにした。

【解決】衝突後の段階で被告人の存在がなければ、被害者は山中に移動させられることなく、事故現場に置き去りになったはずである。衝突による怪我に基づく生命への危険に着目するならば、同程度の危険がなお存在したと考えられ、不作為と評価できる。一方、山中の不衛生な状況による生命への危険に着目するならば、被告人がいなければ山中に移動させられることはないのであるから、同程度の危険は存在しなかったといえ、作為と評価できる。

---

<sup>95</sup> 不作為犯には作為義務論という作為犯にはない要件が課されることからすると、疑わしきは被告人の利益にの観点から不作為に分類してもよかったようにも思われる。しかし、共通の条文であり、作為義務が認められることはほぼ間違いないであろうから、それが果たして被告人の利益に帰するかどうかは不明である。

本件事案の内容からすると、被害者の生命の危険はあくまで事故による傷害に由来しており、山中への移置は、衛生的な環境で医師の治療を受けさせるということとの対比で「危険」であるに過ぎない。被告人の存在がなく、事故現場に置き去られた場合と比較して、危険の程度が有意なほど増大するとは考えにくい。したがって、前者のように考え、不作為と解するのが妥当ではないだろうか。

⑤東京高判平成20年10月7日東高刑時報59巻1～12号106頁

**【事例】**暴力団組員である被告人が同組員の被害者に暴行を加え、着衣を脱がせ、車のトランクに詰め込み移動し、その後殺人の未必の故意を生じ、移動先の広場において被害者を数回足蹴にした上、再び車のトランクに閉じ込め車ごと駐車場に放置した。

**【解決】**確かに、トランクに閉じ込めて第三者の救助を遮断することは、それ自体危険な行為である。しかし、被告人が故意を生じた時点で、被害者はすでに裸でトランクに閉じ込められていた。この段階で被告人の存在を除くと、一度トランクから出されて足蹴にされ、再度閉じ込められるということはない代わりに、当初の通り、裸でトランクに閉じ込められたままである。そう考えると、足蹴にして再度閉じ込めたことが、当初の状態に加えて新たな危険を生じさせたわけではない限り、被告人が存在しなくとも被害者の生命の危険は同程度に存在することになる。したがって、不作為である。

⑥最三小決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁

**【事例】**アルコールの影響で正常な運転が困難な状態で自動車を運転しようとする者に被告人がその旨了解し、自動車に同乗して走行を黙認した。

**【解決】**従犯の例なので、犯行がより容易になったということの結果と読みかえる。被告人の存在が正犯者の気を大きくし、危険運転行為に出ることを容易にしたならば、被告人が存在しなければ同程度の危険（犯行が容易になる危険）は存在せず、作為と解することができる。他方で、正犯者一人であっても動機づけに何ら変化はなかったならば、被告人の存在が危険に影響しないから、これは不作為である。この場合、被告人に正犯者の運転をやめさせるなどの作為義務が認められれば、「被告人が運転をやめさせるはずだから正犯者の危険運転は容易ではなかった」ため、被告人の作為義務違反によってそれが容易になったという構成になる<sup>9697</sup>。

<sup>96</sup> 作為犯の場合、容易になったか否かの判断は、幫助者が「いなかった場合」と「いた場合」の比較によることになる。一方、不作為犯の場合、容易になったか否かは、幫助者が正犯行為を「止めた場合」と「止めなかった場合」を比較して判断する。後者は「止める」義務という規範的仮定を考慮してこそその判断なのである。

<sup>97</sup> これと同じことが、札幌高判平成12年3月16日判タ1044巻263頁、いわゆる釧路せっかん死事件のようなケースにおいてもいえる。内縁の夫が子に暴行を加えているのを母親が見て見ぬふりをしたという事案では、母親がそこに居たからこそ内縁の夫が安心して暴行を加えることができたなど、自然的に見ても母親になんらかの影響があり、母親の存在自体が加功の意味合いを持つ場合、これは作為による幫助といえる。一方で、母親が居なくても内縁の夫の暴行に変化はなく、自然的には母親はなんら加功していなかったといえる場合には、これは不作為である。不作為に分類されたのちに、内縁の夫の暴力を阻止

## VI 本章の内容と成果

### 1. 本章の内容のまとめ

本稿の内容をまとめると、以下のようになる。

作為と不作為の区別には二つの機能がある。第一に、作為義務の要否を分かちためるの区別それ自体としての機能、第二に、作為義務の根拠論の指針としての機能である。第二の機能を考えると、作為義務の根拠論において、作為と不作為の同価値性の前提となる両者の相違がどのように想定されているかが、区別論の参考になりうる。そこで、作為義務の根拠論をひもとくと、そこには2つの相違が想定されていることが分かった。「作為は禁止規範に違反しうるものであり、不作為は命令規範に違反しうるものである」という規範的相違と、「自然的に見たときに、作為は因果を発生させるものであり、不作為は既存の因果を放置するものである」という因果的相違である。

ところが、この2つの相違はいずれも、具体的事例にあてはめてみると、一概に作為と不作為を画すことができるようなものではなかった。作為と不作為は規範的にも因果的にもスペクトラム的に遍在している。作為と不作為は法的評価以前の生の事象として当然に区別されるものではなく、あくまで人為的な法的操作の都合上、区別するに過ぎないのである。したがってその区別は、作為と不作為の区別の二つの機能を最大限全うできるような基準でもってなされなければならない。すなわち、第一の機能の要請より、区別の明瞭性を担保しつつ、第二の機能の要請より、のちの作為義務論との関係・位置づけをふまえて全体として処罰範囲を画定しうるような区別が求められるべきである。そこで、現に作為義務論で広く重視されており、かつ両者を明瞭に区別しうるという点で、因果的相違に着目した。

区別論と作為義務論との関係を整理すると、次のようになる。区別の段階では、自然的に因果性が全く無い行為を不作為に分類して作為義務論の俎上にあげる。作為義務論の段階では、まず自然的には存在しない因果性を法的に埋め合わせる必要がある。また、不作為に分類されたことによって作為との間に規範的相違が生じるから、それをも乗り越えなければならない。この、区別論と作為義務論とが一体となった全体的構造を念頭において、具体的な区別基準の定立を試みた。

自然的には因果性が全く無いもの、つまり、法益侵害に至る因果の過程になんらの関与もしておらず、影響力を持たないものを不作為として切り分けるべきである。この影響力

---

するなどの回避措置をとる作為義務が認められた場合、「本来ならば母親が回避措置をとるはずだった」という意味で、内縁の夫の犯行は容易ではなかったはずであるから、それを作為義務違反によって容易にしたという加功が認められることになるのである。

の有無を判断するためには、行為者が持つ有形無形の影響力を一切排した状態を想定して、その場合でも同程度の危険が存在していたかを考えなければならない。

これを具体的な判断枠組みとして定立すると、作為と不作為の区別は、「当該行為主体の存在がなければ、当該危険がその大きさに存在することはなかった」といえるか否かで判断すべきということになる。この基準は、あいまいな部分を最小限に抑え明確に区別できるという点で、区別の第一の機能の要請であるところの区別の明瞭性を満たす。そして、のちの作為義務論との関係・すみわけを意識した基準定立であるため、区別の第二の機能の要請である、要件論・作為義務論における便宜にもかなうものである。

## 2. 本章の成果

本章の成果は、以下の3点にまとめることができる。

第一に、様々な行為態様はスペクトラム的に存在していて、それを作為と不作為に区別することは、あくまでも人為的・技巧的なものに過ぎないことを指摘した点である。

第二に、区別論と作為義務論の検討要素のすみわけにより、作為義務論で検討すべき事項を明確にした点である。これはすなわち、規範的な相違と、因果的な相違である。

第三に、明瞭な区別基準を定立し、作為義務論の対象範囲を明確にした点である。

## 3. 次章の課題

本章の成果のうち、本稿との関係で特に重要なのが、第二の成果である。

これにより、作為義務論の対象となる不作為が、自然的・物理的因果性が全く存在しないものに限定された。そこで、作為義務論においては、この自然的・物理的因果性の不存在をいかにして乗り越えるかが問題となる（「因果的相違」の克服）。

加えて、不作為に分類されたことにより、それを処罰するためには作為を命じる命令規範が必要となった。この命令規範をいかにして説明するかが問題となる（「規範的相違」の克服）。

この、規範的相違と因果的相違、2つの相違が作為と不作為の間には存在していて、それを乗り越えることが、作為義務論の課題となる。これを前提に、作為義務論、ひいては不真正不作為犯論を再構成することが本稿の目的であり、それを主に担うのが次章となる。

そこで次章では、不真正不作為犯論の核心であり最大の論点である、作為義務の根拠論に分け入ることとする。

## 第3章 不真正不作為犯における作為義務の根拠論

### I 本章の問題設定

#### 1. 本章の掲げる「問い」

作為義務の根拠論は不真正不作為犯論の核心であり、本章が本稿にとって最も重要な章となる。

のちに詳しく検討するが、Feuerbachは犯罪の本質を法益侵害ととらえ、法益保護のために作為を求めることができるのであれば不作為によって法益を侵害することは可能であるとした。しかし法と道徳の峻別の趣旨から、この「法益保護のために作為を求めることができる」といえるために、特別な法的義務を求めた。これが作為義務（保障人的義務）論のはじまりである。それ以来、法学説は、「法益保護のために他者に何を期待し、また期待することが法的に許されるか」という限界づけを様々な角度からおこなってきた。そこには因果論（いかなる場合に不作為が結果を招来したといえるか）と規範論（いかなる場合に作為「義務」が認められるか）が絶妙なバランスで混在し、統一原理の確立と類型ごとの個別的検討がともに要求されるなど、あまりに複雑で、様々な要素が入り乱れている。それゆえに、作為義務の根拠論は長い間議論が交わされながらも、いまだ解決を見ていない。

作為義務の根拠論におけるこれまでの議論は因果論と規範論が混在し、また、ドイツの学説を参照しつつもそこに横たわる法構造上の相違——ドイツ刑法13条の存在がどのような影響を有するかが不明瞭であった。さらに、作為義務を根拠づける個々の学説は、「一長一短」と呼ばれ、いずれも説明困難な事例に直面することがあるとの批判にさらされてきた。そして裁判例は、あらゆる根拠要素を事案に応じて総合的に扱い、一定の結論を導いてはきたものの、その運用はある種ご都合主義的で、あらかじめ定めた結論に至るための要素を取捨選択しているようにも思われた。こうした状況の解消の糸口を見出すためには、そもそもの前提に立ち返る必要がある。すなわち、不真正不作為犯の要件論の構造を改めて整理し、作為義務の根拠論が何を指すべきなのかを明確にすることが重要である。

そこで本章は、まず「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」を問いとして据え、作為義務の根拠論が指すべきものを明らかにする。ここでは、第2章で明らかにした作為と不作為の相違（因果的相違・規範的相違）を前提に、それをどのようにして乗り越えるのかという視点から検討をおこなう。次に、本章の提示した要件論の構造から、「従来の作為義務の根拠要素はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」を説明する。ここでは、裁判例における個別具体的ケースの解決もふまえ、裁判例との整合性も意識する。この2つの問いを明らかにすることによって、わが国の不真正不作為犯の輪郭を描き出すことが、本章の目的である。

## 2. 本章の3つの視点

### (1) 先行研究の分析

作為義務の根拠論は、ある種行き詰まりを見せているようにも思われる。しかしそれは、行き詰まりを見せるほどのところにまで先行研究が達しているということでもある。そう考えると、これら先行研究を改めて分析し、その位置づけを整理し直すことで、作為義務の根拠論を考える上での一定の方向性はおのずと見えてくるはずである。

ドイツの先行研究については、哲学史的背景とも関連させつつ、基本的には時系列に沿ってその発展を概観していく。そして、いわゆる「形式的三分説」に加え「緊密な生活共同体」や「事実上の引受け」といった要素を、その時々の学説が、それぞれの立場からどのように説明してきたかや、因果論と規範論がどのように混ざり合って発展してきたかに焦点をあてて検討する。

ひるがえってわが国の先行研究については、ドイツの学説の変遷や発展もふまえ、これまで提示されてきた根拠要素を整理する。その中で、同じ用語が用いられていても論者によってその用語の意義が異なっている場合や、同じレトリックを用いているようでその果たす役割が実は異なっているような場合を指摘する。

特筆すべきは、わが国における「作為義務」そのものの役割である。「作為義務」は、不作為の実行行為性を認定するための一種の媒介項として機能してきた。しかし、議論が進展するにつれて、その媒介項としての役割や説明の仕方に少しずつ変容が見られる。このことはこれまでさほど意識されず、そのため議論の混迷を招いてきた部分があるように思われる。したがって、先行研究を分析するにあたっては、この「作為義務」の用いられ方に特に重点をおく必要がある。

### (2) わが国における同価値性の意義——ドイツからの示唆

不作為を処罰するには、その不作為が作為と同価値なものでなければならない。この「同価値性」を、今一度、比較法的観点から見直す。

不真正不作為犯について刑法上に根拠条文をおくドイツでは、刑法 13 条 2 項において、不真正不作為犯を任意的減軽の対象としている。すなわち、ドイツでは不作為は作為に「相応する」のものでなければならないと 1 項で規定しながら、それでもなお、不作為は作為よりも当罰性が低いとみなされているのである。

他方、わが国は不真正不作為犯を処罰するための固有の条文をおかず、不真正不作為犯も作為犯と同一の条文で処理している。そのため、不作為であるからといって任意的減軽の対象となるわけではない。ということは、わが国においては、不作為を処罰するためにはドイツよりもなお厳密な作為との同価値性が求められる。

こうした着想から、ドイツにおける刑法 13 条 2 項にまつわる議論を参照し、示唆を得ることとする。

### (3) 裁判例を素材とした類型的分析

裁判例は、各根拠要素をケースに合わせてそのつど取捨選択し、一定の結論を導いている。これはご都合主義と評価されることもあるが、裁判所がこれまでその手法によって結論を導いてきたという事実は尊重し、重視すべきである。裁判例が批判されるのは基本的にはその理論的背景の欠如ゆえであり、結論の妥当性について批判される裁判例は、ごく少数にとどまる。それならば、裁判所による根拠要素の取捨選択には、結論との関係で、何らかの必然性があるのではないだろうか。そこで本稿では、裁判所の判断との整合性を意識し、裁判所がどのようなケースでどのような点を重視しているのかを明らかにする。

そのための方法論として、類型的分析を試みる。本章では殺人罪に関する裁判例を類型化し、類型ごとに判断枠組みを検討する。そこでは、殺人罪が問題になるケースの典型でもあり、かつ、好対照を見せる「ひき逃げ類型」と「虐待類型」を対置させ、「その他の類型」をその中間領域と位置づける。これにより、類型ごとにとりわけ何が検討されるべきかを明瞭にすることができる。なお、この類型化は第4章においても用いる。

## 3. 射程の限定と前提の確認

### (1) 単独正犯による殺人罪への限定

第1章で述べたとおり、本稿では、議論を単純化するために、殺人罪の単独正犯に射程を限定する。殺人罪以外の犯罪や共犯問題、また過失の問題には立ち入らない。とはいえ、不真正不作為犯の要件論を検討するにあたっては、射程を意識的に限定したまま進めることはかえって困難である。そのため、理論的な部分では特段の限定を付さずに日独の議論状況を確認し、具体的事案を類型別に検討する際には、殺人罪のケースのみを扱うこととする。

### (2) 用語の意義の限定

「保障人的地位」や「保障人的義務」、「作為義務」という用語は、「作為義務」という用語で統一する。これらの用語は論者によって少しずつ異なる意義をもって用いられているが、本章ではその議論には踏み込まず、「保障人的地位にある」と「保障人的義務を持つ」ことを同義とし、さらにこの「保障人的義務」という用語を「作為義務」と同義のものとして扱い、各語義に有意な差を持たせない。しかし、特にドイツの議論においては原語を尊重し、「保障人的地位」や「保障人的義務」という用語を用いる場合がある。

### (3) 前提の確認

不真正不作為犯について議論するにあたっては、次のような前提が多くの論者の間で共有されている。まず、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義違反ではなく、特別の条文なく

して、作為と共通の条文で処罰可能であること<sup>1</sup>。次に、不作为を処罰するにはその不作为が作為と「同価値」でなければならず、その同価値性を担保するために「作為義務」ないし「保障人的地位」が必要であること<sup>2</sup>。さらに、この「作為義務」ないし「保障人的地位」は、違法性ではなく構成要件段階、とりわけ実行行為性の問題であること<sup>3</sup>。最後に、不作为が作為と同価値であるといえるためには、「作為義務」要件に加えて、「作為可能性」および「結果回避可能性」が必要であることである<sup>4</sup>。

本章では、原則としてこれらのことは前提として議論を進める。

## II 作為義務の根拠要素——先行研究と裁判例から

<sup>1</sup> ドイツでは不真正不作为犯のための条文を刑法上用意することで立法的解決をみている。作為と不作为が異なるものであることを前提に、不作为に法的な作為義務という固有の要件を要求するという論理構成を貫徹するならば、罪刑法定主義違反のそしりを免れることは困難である。通説は、刑法は不作为も作為と同様に犯罪行為態様として想定していると考えるが、不真正不作为犯の存在を認めることが罪刑法定主義に反するという見解も有力に主張されている。こうした議論については、ドイツ刑法13条2項との関係で後述する。

<sup>2</sup> 同価値性要件を作為義務や保障人的地位とは独立に考える見解も多岐にわたる。同価値性要件に関して比較法を中心に詳細に検討するものとして、萩野貴史「不真正不作为犯における構成要件的同価値性の要件について（1）～（4・完）」名古屋学院大学論集社会科学篇50巻3号（2014年）77頁以下、50巻4号（2014年）141頁以下、51巻4号（2015年）215頁以下、56巻4号（2020年）119頁以下。本文献では最終的に、独立の要件としての同価値性の必要性について、「現在のところ、不真正不作为犯の成立要件としては、保障人の作為義務違反だけで良いという現在の有力説が妥当」と結論づける。また、その他同価値性の研究として岩間康夫「不真正不作为犯の成立要件としての構成要件的同価値性について——ドイツ刑法13条をめぐる議論を素材に——（1）（2・完）」愛媛法学会雑誌18巻1号（1991年）29頁以下、18巻2号（1991年）91頁以下。

<sup>3</sup> のちに検討するが、ドイツでは保障人的地位を違法性の問題としていた時期もあった。またわが国においても、かつて罪刑法定主義との関係から、違法性説が主張された。団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』（1990年）146頁によると、違法性説の主張は以下のようなものであった。真正不作为犯や通常の作為犯の場合と違い、不真正不作为犯は、積極的に違法性が認められることを要する。したがって、違法な不作为だけが構成要件に該当する不作为であると説明するのである。作為義務という概念を介在させず直接的に不作为の違法性を評価するのであるから、この説によると、作為を義務づける命令規範的要素を条文に見出すことにはならない。こうした違法性説には、構成要件該当性と違法性の判断の順序が逆転するという難点があったものの、団藤はこれを、「違法性の判断を構成要件該当性の判断に先立って行うのではなく、どこまでも構成要件該当性の判断の一操作としてそれに必要な限度において違法性の問題に立ち入るにすぎない」と説明している（147頁）。

<sup>4</sup> これらを「作為義務」要件に含む場合と、それとは別の要件として立てる場合があるが、それは説明の仕方の違いに過ぎず、不真正不作为犯の処罰のために「作為可能性」と「結果回避可能性」が必要であるという点に変わりはない。この点も、不真正不作为犯の要件論の前提として共有されている。

## 1. ドイツにおける不真正不作為犯論の発展

(1) 全体の流れ<sup>5</sup>

ドイツでの不真正不作為犯の議論は、その哲学的・思想的歴史の変遷に沿って展開してきた<sup>6</sup>。

ドイツにおける不作為の処罰に関する議論のおこりは、19世紀初頭の Feuerbach にさかのぼる。Feuerbach は Kant の自然的存在と理性的存在の区別に影響を受け<sup>7</sup>、法の領域と道徳の領域を峻別し、犯罪の本質を、権利の毀損 (Rechtsverletzung)、あるいは刑罰によって威嚇された他人の権利に相反する行為<sup>8</sup>であるとした。そのような主観的権利が他者の何らかの作為を求めることまで含むものであるならば、その作為をおこなわないことによって、その主観的権利を毀損することは可能である。しかし、個人が生来的に与えられている権利は、本来、自身の権利利益に対する他者の介入を拒み防衛するものであって、他者の作為を求めることが当然に含まれるわけではない。そこで、Feuerbach は次のようにいう。「市民に義務づけられているのは、本来的には不作為だけである。そのため、不作為犯は、常に、作為を義務づける法的根拠 (法律または契約) があることが前提となる。これなくして、人が不作為によって犯罪者となることはない」<sup>9</sup>。これが、不作為を処罰するための特別な法的根拠に関する議論のはじまりであった。

この特別な法的根拠に関する議論は、やがて因果性との関係で論じられるようになった。これは、19世紀中ごろ、自然主義的実存主義が刑法理論にも影響を与えたことによる。彼

<sup>5</sup> なお、ドイツにおける不真正不作為犯論の発展を概観するにあたり、Hannes Schrägle, Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt, 2017, S.13 ff.の構成を参考にした。また、この領域におけるドイツの学説史の大きな流れの概観として、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂、2010年)1頁以下および日高義博「刑法解釈論と不真正不作為犯」専修ロージャーナル10号(2014年)8頁以下。ドイツにおける法哲学と刑法理論の関係を概説するものとして、木村龜二「法哲学と刑法理論—特にドイツ法学を中心として—」法哲学年報1968巻(1969年)1頁以下、カント哲学が刑法に与えた影響についての研究として、耳野健二「19世紀ドイツ法学におけるカント哲学の影響—ヨアヒム=リュッケルトの見解の紹介と検討—」産大法学49巻4号(2016年)160頁以下、Feuerbach、Köstlin、Merkelの思想に関する理解の助けとして山口邦夫『19世紀ドイツ刑法学研究—フォイエルバハからメルケルへ—』(1979年、八千代出版)、自然主義の思想から新カント主義的価値哲学の勃興とさらにその克服に関して、本田稔「刑法のイデオロギー的基礎と法学方法論」立命館法学344巻(2012年)2866頁以下を参照した。

<sup>6</sup> Christoph Carl Stübel, Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828, S.13, 33.

<sup>7</sup> Feuerbach は Kant 哲学に影響を受けてはいるものの、刑罰論に関して Kant のタリオ (同害報復) とは異なり心理強制説による一般予防論を説くなど、その刑法理論は独自性を持つ。Feuerbach が自由を法の領域から追放したのに対し、Kant は「法と道徳を区別しながらも、法は、広義の道徳の一部としていた」。この点につき、山口・前掲注(5)22頁以下。

<sup>8</sup> Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3.Aufl., 1805, § 9, § 21.

<sup>9</sup> Feuerbach, a.a.O. (Anm.8), § 24.

らは行為を、恣意的な身体の運動を通じた外界の因果的な変化と理解した<sup>1011</sup>。結果に対して因果力を有する行為が処罰可能である。とはいえ、無から有は生み出されない。そこで、不作為に先行する作為でもって因果性を説明した先行行為説<sup>12</sup>や、不作為と同時に随伴する作為に根拠を求めた他行為説<sup>13</sup>が生まれた。これらは不作為それ自体ではなく、何らかの作為の原因力を援用するものである。これに対して不作為それ自体を問題にするものとして、不作為の因果関係を、合法的な行為（行為）に出ようとする衝動を積極的に抑圧することに見出す干渉説（Interferenztheorie）<sup>14</sup>が生まれ、支持を集めた。

19世紀後半には、自然科学のみに傾倒することから脱却しようとする時代の潮流によって、自然主義的な因果基準から、規範的な違法性の基準への変遷が生じた。ここで影響を与えたのが、「価値」を重視する、新カント哲学・西南ドイツ学派の価値哲学である。彼らは、自然的因果論によって不作為の処罰可能性を検討するのではなく、その違法性・無（反）価値性を規範的にとらえようとしたのである。ここでは、同じ違法性の観点からも、なお伝統的な形式的三分説に則る形式的法義務説と、具体的な法律や契約を超えて、法秩序全体から違法性をとらえる実質的違法論という2つの方向性が生まれた。実質的違法論は功利主義の観点から、行動の自由と財（Gut）の維持という対立する利益を衡量するという手法によって、実質的な違法の中に等値問題を位置づけた<sup>15</sup>。

こうして長らく等値問題は違法性の観点から検討されてきたが、1938年に Nagler が等置問題を構成要件の問題として再定位した<sup>16</sup>。今ではもっぱら、保障人的義務は構成要件・実行行為論の範疇で議論されている。

このような流れがあるとはいえ、異なる背景でも同じ要素を法的根拠としていることは少なくない。たとえば「法」と「契約」は Feuerbach によって主張されたものだが、のちに検討するように、違法性説においてもその文脈の中で法令や契約が同様に重視されている。「先行行為」も当初は Stübel が付け加えた<sup>17</sup>形式的三分説の一部であったが、自然主義的な

<sup>10</sup> Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8.Aufl., 2006, S.4; Schäggle, a.a.O.(Anm.5), S.18.

<sup>11</sup> この前提は、すでに Hegel 学派が不作為を作為と同様の行為のもとに理解したことに始まっていたと指摘される。Hegel 学派は、意志がエネルギーを有し、自然的因果律とは異なる自由な因果律を持つと考え、意志（Wille）と所為（Tat）の連関（Vermittelung）こそが行為（Handlung）であって、行為（Handlung）は常に帰責（Zurechnung）可能であると理解した。この思想に基づくと、作為と不作為はともに行為のもとに理解することができる。山口・前掲（5）116頁以下、Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.18.

<sup>12</sup> Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd.1., 1867, S.81.

<sup>13</sup> Heinrich Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte, Bd.1., 1836, S.414.

<sup>14</sup> Woldemar von Rohland, Die strafbare Unterlassung, Bd.1., 1887, S.121 f.は、「不作為者が、違法な結果を防ぐため、または合法的な結果をもたらすために、外界への介入（Eingreifen）の機会と義務を持っていた場合、不作為にも因果関係がある」と説明する。

<sup>15</sup> Schläggle, a.a.O.(Anm.5), S.25 f.

<sup>16</sup> Johannes Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, Gerichtssaal 111, 1938, S.1 ff.

<sup>17</sup> Stübel, a.a.O.(Anm.6), S.61.

因果基準や、違法性説における実質的違法論においても重視された。そこで、以下では、上記の背景があることを前提として、その中で主張されてきた等置ないし不作為処罰のための法的な根拠を要素ごとに検討し、その後の展開を概観する。

## (2) 形式的三分説と緊密な生活共同体

### 1) 法令

もともと Feuerbach が契約とならんで挙げたもの<sup>18</sup>で、伝統的な根拠要素である。たとえば、未成年の子どもに対する両親の保障人的義務の根拠を、民法上の人的財産的保護の権利義務に関する規定に求めるといったものである。特に家族関係内部での保護義務が、法令に基づく保障人的義務の核心領域であった<sup>19</sup>。

違法性説においても、法令は重要な要素であった。違法性説は、その名の通り「違法性」に着目する。違法とは、法に反するということである。法令を保障人的地位の根拠におくことは、その行為の「違法性」を導くという意味で、違法性説とは親和性があったのかもしれない。

しかしながら、この形式的な根拠には、いくつかの問題点もあった。最も大きな課題は、民事上の義務が刑事上の義務としてとらえられる根拠はあるのか<sup>20</sup>、ということである。確かに、刑法による処罰を予定している以上、単に私法上の規範に反したことでもって、それを刑法上の「違法」と評価することには問題がある。

<sup>18</sup> Feuerbach, a.a.O.(Anm.8), § 24.

<sup>19</sup> Karsten Gaede, Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, Bd.1., 5.Aufl., 2017, § 13, Rn.55; BGHSt 19,167,168; BGH NSTz 1999, 607; BGHSt 48,301. なお、今後ドイツ刑法のコンメンタールを引用する際は、Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, Bd.1., 5.Aufl., 2017 について NK、Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd.1., 13.Aufl.,2020 について LK、Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1., 9.Aufl., 2017 について SK、Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1., 3.Aufl., 2017 について MK、Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30.Aufl., 2019 について Sch/Sch との略語に執筆者および該当箇所(条文・段落番号)を加えて記載する。

<sup>20</sup> Friedrich Schaffstein, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrecht, in:Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach., 1936, S.76 は、固有の刑法的な基準だけが刑事責任を定めることができると指摘する。また、Edmund Mezger, Strafrecht : ein Lehrbuch, 3.Aufl., 1949, S.140 f.はこれに先立ち、法的に示された結果回避の法的義務は、それらが「結果に対する刑法的な責任を基礎づけること」を「証明できる趣旨」を有している場合にのみ十分であり、「したがって、それは、単なる義務の存在では不十分である。そして、この義務が課せられていてかつそれによってその種の結果が回避される場合でさえ、やはり不十分である」とする。Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd.2., Besondere Erscheinungsformen der Straftats, 2003, S.714 およびこの邦語訳であるクラウス・ロクシン『刑法総論第2巻犯罪の特別現象形態翻訳第2分冊』山中敬一監訳〔一原亜貴子訳〕(信山社、2012年)308頁も、「作為義務を規定する刑罰『法規』ですら、結果回避義務を正当に根拠づけない」「刑法以外の法律上の作為義務については、なおのことそうである」とする。なお、以下 Roxin の本文を引用する際には、原則として、本翻訳の対応箇所の訳に依拠する。

このことは大きな問題でありながら、それでもその法的義務としての明確性から、法令は今もなお重要な根拠要素のひとつとされている。ただし裁判例では、のちに検討するように単に法令だけに根拠をおくのではなく、特に家族関係においては特別に緊密な関係を重視するものが現れている。

## 2) 契約

Feuerbach は、法的根拠として契約も指摘する<sup>21</sup>。この要素も、契約という私法上の債権債務関係が刑法的義務とされることについて困難がある。純粹に「契約」の私法上の効力のみを根拠とするのであれば、契約が民法上無効となるような事情があると保障人的義務も否定されることになってしまうが、これは不都合であろう。

上記の問題性から、この「契約」は、やがて現実の引受けという形でやや広く受け入れられるようになっていった。すなわち、形式的に契約が存在するだけでは足りず、現実の引受けや開始がなければ保障人的義務は基礎づけられない。逆に契約が民法上は無効であっても、現実引受けや開始をしているのであれば、その者は保障人としての地位に立つ<sup>22</sup>。上述の法令と同様、契約も、その形式的な側面への批判から、徐々に実質的な側面から説明されるようになっていったのである。

## 3) 先行行為

1828年、Stübel が提案したのが先行行為である<sup>23</sup>。

先行行為が形式的三分説の一角を担っていることについて、作為義務の根拠を法令にも契約にも根拠づけることができなかった場合の「応急処置」<sup>24</sup>とする見解がある。確かに、法令や契約はただちに（それが刑法的なものであるかはおくとして）「義務」を基礎づけるのに対して、先行行為は必ずしもそうとはいえない。これを埋め合わせるために、先行行為に基づく民事上の損害賠償義務や慣習法を用いることもあった<sup>25</sup>。

先行行為は、自然主義的な因果基準との関係で有用な根拠要素であった<sup>26</sup>。結果との因果性に困難を抱える不作為にとって、先行行為の存在は、まさにその原因性を埋め合わせるものだからである。しかし Roxin は、「因果的アプローチですら、この保障人的地位を根拠づ

<sup>21</sup> Feuerbach, a.a.O.(Anm.8), § 24.

<sup>22</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.13.

<sup>23</sup> Stübel, a.a.O.(Anm.6), S.61.

<sup>24</sup> Günter Stratenwerth/ Lothar Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 2004, § 13, Rn.26; Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.144.; なお、吉田・前掲注(5) 64頁も、先行行為を、「法律にも契約にも基礎付けられない、しかし、当罰的と考えられた不作為を罰するための埋め草として利用された」と表現する。

<sup>25</sup> Hans-Joachim Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S.28; RGSt 58,130,132.

<sup>26</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.3.

けることはできない」と指摘する<sup>27</sup>。不作为の故意はあくまで先行行為に後れる事後の故意であり、先行行為を「故意による結果惹起」とすることはできないからである。

また、実質的違法論からも、先行行為は支持された。実質的違法論は保障人的義務の問題を違法性のレベルにおいた上で、功利主義の観点から、形式的な法律や契約を離れて法秩序全体からの違法性をはかろうとするものである。Sauerによると、先行行為によって国家とその構成員に対して利益を上回る損害を与えた以上、その先行行為は実質的に違法である。そして、それに続いて、先行行為が引き起こす結果を回避しなかった場合、それは先行行為に内在する有害な結果への傾向を推し進めているのであるから、その不作为は先行する行為の実質的な違法性を共に負うというのである<sup>28</sup>。

上記以外でも、先行行為は保障人的義務の根拠として位置づけられるというのが多数の見解である。たとえば Roxin は、大筋では Schünemann による「結果原因の支配」を基礎とする根拠論を支持しつつ<sup>29</sup>も、先行行為に基づく保障人的地位を否定する考え方<sup>30</sup>については批判し、「他人の法益に対する危険の惹起を防止しなければならない場合、なぜそのような危険を惹起した後にそれを構成要件該当結果へとさらに発展させることを同じように防止する必要はないのか理解できない」<sup>31</sup>とし、先行行為を自説であるコントロール支配の理論の中に昇華して、その範囲を適切に限界づけようとする<sup>32,33</sup>。

先行行為の典型は、いわゆるひき逃げの事案である<sup>34</sup>。過失によって歩行者をはね、生命の危険のある損害を与えた者は、その危険を回避するための作為を義務づけられる<sup>35</sup>。なお、わが国においては、単純なひき逃げの場合には作為義務を認めず、車への連れ込みが介在す

<sup>27</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.14.

<sup>28</sup> Wilhelm Sauer, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in: Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd.1., Festgabe für Reinhard von Frank, 1930, S.216.

<sup>29</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.19.

<sup>30</sup> Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S.316 ff.; Schünemann は先行行為に基づく保障人的地位を否定し、先行行為事例を捕捉するために、不救助罪（刑法 323 条 c）を加重することを提案する。なお、Brammsen も先行行為を否定するものの、先行行為時点で故意がなくともその後故意に必要な作為をおこなわなかった場合、その後発の故意でもって、故意の作為犯が成立するとした。Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, S.408.

<sup>31</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.150.

<sup>32</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.155 f.

<sup>33</sup> これらの他、先行行為を支持し、それぞれの理屈からその根拠を説明をするものは枚挙にいとまがない。たとえば LK-Weigend, § 13, Rn.42 は、先行行為には「道徳的なエビデンス以上のものは」持ちだせないとし、「有責な方法で危険を引き起こした者には、すべての他者に優先して、危険を再び取り除く管轄がある」と説明する。SK-Stein, § 13, Rn.18, 38 は、先行行為は「行為の自由の限界を超えたこと」であって、作為義務はその「補償」であるととらえる。

<sup>34</sup> MK-Freund, Rn.118; Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.143, 191; Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.214.

<sup>35</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.145; BGHSt 11, 355; BGHSt 32, 82; BGH NStZ 1992, 123.

る場合にのみ作為義務を認めうとするのが通説・判例である。これに対して、ドイツではそのような限定は見られない。このことについては、のちにも触れる。

#### 4) 緊密な生活共同体（・義務の引受け）

判例・学説は、法令・契約・先行行為という典型的な形式的根拠に加え、「緊密な生活および危険共同体」や、「引受け」といった実質的な状況や関係性に着目するようになっていった。それは主に、家庭内での保護義務違反の事例において表れはじめた。

とりわけ、親の子に対する義務は、親の子に対する身上および財産上の保護に関するドイツ民法 1626 条以下といった法令に求めることができる<sup>36</sup>。しかし、形式的な法令にこだわらずとも、この義務はほぼ自明のものとして認められてきた。Gaede は、「ここでの出発点は、はじめのうちはその性質上無力な (konstitutionell hilflose) 子どもを生に呼びよせた人間の法的な保護の責任である」とし<sup>37</sup>、Freund によると、「親の保護責任は、特別の義務として、親の保護の権利の自明の裏返しである」<sup>38</sup>。また、この義務の根拠を説明しようとする場合、Weigend は、親の子に対する義務を「引受けの思想によってのみ、現実の共同生活を通じてもたらされる」<sup>39</sup>とし、Roxin は、親の保障人的地位を、「その脆弱性ゆえに保護を必要とする」子どもへの世話支配 (Betreuungsherrschaft) に根拠づけた<sup>40</sup>。Gaede は、特定の人間との長期にわたる緊密な関係性によって、「援助への正当な (berechtigte) 信頼」を基礎づける責任が生まれる<sup>41</sup>とし、それがないと、「基本法 (憲法) の意図する社会秩序が基盤を失い、国家の全権限性 (Allzustandligkeit) が要求されなければならない」<sup>42</sup>と説明する。Stein も同様に、夫婦や夫婦類似の関係についても、法益保護の観点から、相互の信頼依存関係の存在が重要であるとした<sup>43</sup>。

このように形式的な法律の規定から離れることで、親子以外にも様々な密接な共同体に保障関係を見出すことができる。たとえば夫婦関係について、BGH は、配偶者の保護義務はドイツ民法 1353 条から根拠づけられるとしていた<sup>44</sup>が、今はこの条文は刑事的な義務づけをするには足りないとして解されている<sup>45</sup>。ゆえに、夫婦関係や上記の親子関係も含めて、法的関係にかかわらず広く生活共同体内部における保障関係が、様々な実質的根拠 (援助に対

<sup>36</sup> BGH NStZ 1999, 607.

<sup>37</sup> NK-Gaede, § 13, Rn.59.

<sup>38</sup> MK-Freund, § 13, Rn.176.

<sup>39</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.26.

<sup>40</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.33.

<sup>41</sup> NK-Gaede, § 13, Rn.55.

<sup>42</sup> NK-Gaede, § 13, Rn.55.

<sup>43</sup> SK-Stein, § 13, Rn.68.

<sup>44</sup> BGHSt 48, 301.

<sup>45</sup> これは、夫婦による生活共同体の構築 (夫婦の同居) を私法上強制することはできないということからきている。Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.45; Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.256.

する信頼や保護義務の引受け、現実の緊密な生活共同体など)によって認められるようになった。これにより、法的な親子関係・婚姻関係のない者同士であっても、親子類似・婚姻類似の共同生活を送っている場合には、保障人的地位が基礎づけられる<sup>46</sup>。

緊密な生活共同体は、裁判例でも広く受け入れられている<sup>47</sup>。RGSt 69, 321 (RG1935年9月10日判決)は、同居する父親に対して殺害計画が持ち上がった際に、息子がそれを阻止する義務があったかどうかの問題となった事件である。裁判所は、「家族や家庭共同体のような、きわめて緊密な生活共同体におけるつながりを有する者に対しては……法律の規定や契約関係がなくとも、身体または生命が危険にさらされているが自ら身を守ることができないような当該共同体の構成員を助けることを義務づけられる」<sup>48</sup>と説明する。ただし、裁判例は「緊密な家庭的共同体」の存在だけでただちに保障人的地位を認めているわけではないことにも注意が必要である。BGH NStZ 1984, 163 (BGH1983年9月7日判決)は、「作為義務は決して、この共同体のみによって根拠づけられているわけではないということがわかる。むしろ、……保護の引受けが……基準となる事情であると考えられる」「さもないければ、様々な居住共同体に関して……作為義務の範囲が……拡大してしまうであろう」<sup>49</sup>とした。また、上述のRGSt 69,321も、同じ住居で共同生活をしていただけではなく、「救助を必要とする者に対する監護義務が引き受けられていた」ことを指摘している<sup>50</sup>。

いずれにせよ、裁判例や学説においては、保障人的義務は形式的・機械的に定まるものではなく、「緊密な生活共同体」の存在や、そこに「引受け」があったかどうかなどの個別具体的な事情を実質的に評価することによって認定するという考え方がみられる。しかし、これは場合によっては、道徳と区別されない手放しの刑法的義務の賦課を招きかねないものでもあった<sup>51</sup>。

### (3) 機能論

1970年前後より、ドイツ語圏刑法学説においては、保障人的地位を基礎づける具体的事

<sup>46</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.51.

<sup>47</sup> NK-Gaede, § 13, Rn.55.は、「家族的連帯内部の監護義務は、かつてのいわゆる『法律による』保障人的義務の確たる領域だったが、近時の学説やBGHは、保障人の根拠として法律を用いる局面を縮小し、『緊密な人的連帯 (engen persönlichen Verbundenheit)』ないし『自然的連帯 (natürlichen Verbundendenheit)』の観点を拡大している」と評価する。

<sup>48</sup> 訳出にあたり、一原亜貴子訳・前掲注(20)306頁を参照した。

<sup>49</sup> 訳出にあたり、一原亜希子訳・前掲注(20)328頁以下を参照した。

<sup>50</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.56.

<sup>51</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.15.は、「緊密な生活および危険共同体という第4の伝統的な保障人的地位について、判例は、實際上、法的義務の基準すら放棄してしまっている」「道徳上の義務が法的義務になり得るといふ、ここで連邦裁判所によって採用された見解は、少なくとも法的義務からは保障人的地位を基礎づけることができず、また、『法的』保障義務を要求する13条の文言と調和し難い」と批判する。

情を二つの類型に区別することによって明確化を図る見解が通説的・指導的地位を占めていった。また、1975年にはドイツ刑法13条が制定され、条文の文言という確固たる支柱——「結果の不発生について法的に義務を負っている」ことや、不作为が作為に「相応する」こと——との関係で議論が重ねられるようになったのも大きな変化である。

### 1) Armin Kaufman の機能論

Armin Kaufmann は、保障人的地位を保護的保障人的地位と管理的保障人的地位に分けて分析した<sup>52</sup>。前者は子に対する親の保障人的地位など、法益を保護する地位にある者があらゆる危険からその法益を守る義務を有することを指し、後者は第三者に損害を与えるおそれがあるもの（危険源）を管理する者が、その危険源による法益侵害を防ぐ義務を有することを示す。

この区別はドイツにおいて広く受容され、今や重要な理論の出発点となっている。その内容は多岐にわたり、Schlägle の分類<sup>53</sup>に基づくなら、2つの機能にはそれぞれ次のようなものが含まれる。

まず、保護的保障人的地位としては、(a)家族のつながり（親の未成年の子に対する義務など）、(b)緊密な人的生活連帯（夫婦や夫婦類似の共同生活を送る未婚者など）、(c)危険の共同体（登山隊や北極探検隊など）、(d)事実上の保護すべき地位の引受け（契約を締結しただけではなく、実際に世話を開始した保母など）、(e)職務および組織上の地位（職務上の地位の例として警察官、組織上の地位の例として有限会社の取締役）、(f)特別な信頼関係（中古車販売員など。彼がその中古車の事故歴について説明しなかった場合、積極的な欺罔を通しておこなわれた詐欺と同様に処罰される）、(g)法律に基づく保護的保障人的地位（社会法典（Sozialgesetzbuch : SGB）1篇第60条1項2文3号など）がある。

次に、管理的保障人的地位として、(a)危険源および人の管理（危険源の管理として動物の所有者や使役者など。人の管理者として、違法な行為をしかねない子どもの両親など）、(b)先行行為（歩行者をはねた自動車運転者など）、(c)管理的立場の事実上の引受け（建築主に義務づけられている交通の安全保障義務を通常引き継いでいる建築責任者など）がある。

しかし、純粋な機能論そのものに対しては、それはあくまで保障人的地位の分類に過ぎず、保障人的地位の法的根拠の説明にはなっていないという批判がある。機能論について Roxin は、「確かに、選び出されたメルクマールは様々な義務を示してはいるが、しかし、それらが如何なる条件の下で生じるのか、そして、如何なる法的根拠に基づいているのかが不明」<sup>54</sup>とし、Bosh は、「保障人に義務付けられる責任の内容と範囲についてほとんど述べていな

<sup>52</sup> Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2.Aufl., 1988, S.282 ff.

<sup>53</sup> Schlägle, a.a.O.(Anm.5), S.62 ff.

<sup>54</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.22.

い」<sup>55</sup>とする。また Weigend は、「保護的保障人と管理的保障人の違いから、果たして何らかの法的な結論が導かれるのかは、きわめて疑わしい」<sup>56</sup>と評価している。

## 2) 上位概念の構築

上記のような批判から、学説上、機能論の2つの分類を起点としつつも、それがなぜ理論的根拠となりうるかの説明は、なお試みられた。そこでは、特に2つの保障人的地位を統合する上位概念の定立が見られた<sup>57</sup>ことにも注目できる。

前法的な社会秩序に基づく統一原理としては、Otto や Brammsen のいう「社会内における相互期待」が挙げられる。社会生活は信頼基盤によって成り立つ。それは法益の危殆化や侵害によって毀損されるが、「社会内における相互期待」を破ることもまた、信頼基盤に対する深刻な毀損となる。そこで、ある特定の社会的地位が全体としてある行為の期待に結びついており、かつ、それが期待されていることを当人が予期できるような場合には、そうした期待が不作為の答責性を基礎づけると考えるのである<sup>58</sup>。しかし、期待があればなぜ義務が生じるのかということや、その限度についてまで説明できているとはいえない<sup>59</sup>。

類似のものとして、「信頼 (Vertrauen)」に着目する Mezger や Jescheck の見解がある。Mezger は、刑法的な責任 (Haftung) が発生する根拠を、「契約の相手方が約束された助力をあてにしており、その信頼のもとにその他の保全をしないから」<sup>60</sup>であるとする。また、Jescheck は、「特定の人物は、特別な意味で、危険にさらされた法益の対象を保護するよう呼びかけられ」、「すべての他の関係者がその者の積極的な取り組み (Einsatz) をあてにしているし、また、あてにしてもよい」という基本思想によって、すべての結果回避義務を基礎づける<sup>61</sup>。

これらに対し、より理論的に統一原理を説明しようとするものとして、「支配 (Herrschaft)」に着目する見解が有力である。Schünemann は上位概念として、「結果原因の支配」が保障

<sup>55</sup> Sch/Sch-Bosch, § 13, Rn.9.

<sup>56</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.22.

<sup>57</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.23 は、Otto、Brammsen、Schünemann、Roxin、Jakobs などの試みを紹介した上で、「全体として、機能論への新しい理論構築のある種の類似性が明らかになった。そこでは、保障人の両方の機能 (保護と管理) が、ひとつの法的根拠によって記述されている」と総評する。

<sup>58</sup> Harro Otto, Grundkurs Strafrecht : allgemeine Strafrechtslehre, 7.Aufl., 2004, § 9, Rn.42 ff.; Harro Otto/Joerg Brammsen, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura 1985, S.530 ff., 592 ff., 646 ff.

<sup>59</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.31 は、「『社会内における相互の期待』(Otto, Brammsen) といった基準は役に立たない。それが裏切られても、不真正不作為犯による可罰性を基礎づけることができない様々な期待が存在するからである」と指摘する。

<sup>60</sup> Mezger, a.a.O.(Anm.20), S.144.

<sup>61</sup> Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.620; なお、参考として、BGH NJW 2000, 3013.

人的地位の根拠として重要であると主張した。そしてその支配は、「法益の脆弱性に関する監護関係」または「危険源の事後的支配」によって生ずるとした<sup>62</sup>。Roxin は、Schünemann のアプローチを評価し、「『保護支配』(=監護的支配)と『保全支配』(=管理的支配)という2つの形態から成る、あらゆる保障人的地位を特徴づける『コントロール支配(Kontrollerschaft)』』という概念を提唱した<sup>63</sup>。

### 3) 作為と不作為の統合の試み

作為と不作為に共通する原理を確立することにより、一元的・統一的にあらゆる行為の犯罪性を説明しようとする見解もある。

その有力説として「管轄」に着目するのが、Jakobs や Freund である<sup>64</sup>。Jakobs は、「管轄」という概念を中心に据えた。そして、「制度的管轄による義務」と、「組織管轄による義務」に二分した<sup>65</sup>。前者は親子関係などの保護的保障人義務に近いもので、後者は安全確保義務等の監視的保障人義務に近いものであるが、この管轄という概念は、不作為に限らず作為についてもその処罰範囲を確定することのできる統合原理である。さらに Freund も Jakobs のいう管轄論から、行為規範(Verhaltensnorm)の領域においては不作為も作為も同様に処罰されるのであり、「(作為と同価値な)不作為犯の構成要件についての特別な理論を発展させるべきではない」<sup>66</sup>とする。

### (4) さらなる類型化の試み

一元化とは逆に、機能説の二元論よりもさらに細かな分類をしようとする取り組みもある。

Weigend は、保障人的地位を基礎づける状況の類型を、①引受けの思想、②先行行為の思想、③支配の思想の3つに分類して検討しようとする。①引受けの思想とは、助けることを約束し、それによって、助けを必要としている人に対し、約束の遵守に対する信頼を呼び起こした者は、救助の達成について義務を負うというものである。②先行行為の思想とは、人は、自ら有責に引き起こした危険に対して責任を負うというものである。そして③支配の思想は、他人を遠ざけることができるような排他的支配領域(たとえば、住居、企業、武器や動物の所有)を有している者は、まさにこの領域から引き起こされる危険を回避することが

<sup>62</sup> Bernd Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96, 1984, S.294; 山口・前掲注(5) 88頁も参照。

<sup>63</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.19.

<sup>64</sup> Jakobs、Freund、Roxin の議論を検証し、作為と不作為の統一原理として保障人的地位を再構成しようとする試みとして、平山幹子「不真正不作為犯について(1)～(3・完)」立命館法学 263号(1999年) 218頁以下、264号(1999年) 158頁以下、265号(1999年) 103頁以下。

<sup>65</sup> Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil : die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2.Aufl., 1993, S.28 f.

<sup>66</sup> MK-Freund, § 13, Rn.209.

特に義務付けられるというものである<sup>67</sup>。

また、Schrägle は、不真正不作為犯の保障人的地位・作為義務の根拠論が「法的な一貫性や規格化にはどうしてもなじまない」ため、結局その根拠は、「それぞれ異なった各論上の不法の評価や、様々な形の不作為の基礎をなす生活上の実体（Lebenswirklichkeit）に見出されている」と指摘する<sup>68</sup>。また刑法13条も「相応する（entspricht）」という開かれた構成要件を用いており、このことは、「個人に行動を制御する法の手綱を与え、また刑事裁判官を制約するという機能を刑法が果たさなくなる事態を招く」<sup>69</sup>と評価する。そこで彼は、明確性の要請に応えるため、より明確な作為同価値的不作為の条文上の要件を提案するのである。彼は独・英・仏の理論状況を詳細に分析し、3か国のそれぞれ異なる法秩序においてある程度共通した5つの保障人の類型を明らかにした。①任務の保障人、②交通の保障人、③危険責任の保障人、④世話および監視の保障人、⑤共同体の保障人<sup>70</sup>である。そして、とりわけ①任務の発生要因については、「任務は、私的な引受けまたは法的な割り当てのいずれかを通じて発生する」<sup>71</sup>としている。彼はこの類型をもとに、詳細な条文案を提示している<sup>72</sup>。

## （5）小括

以上のようにドイツの学説史を概観すると、次のことが分かる。

### 1）因果論と規範論の関係

ドイツ刑法13条が制定される以前から、ドイツでは不真正不作為犯の処罰に関し、規範論と因果論が絶妙なバランスで入り混じりながら、議論が展開されてきた。

Feuerbach は犯罪の本質を法益侵害とし、人の権利が他者の作為を求めることまで含むならば不作為も法益侵害の原因になりうると、不作為の原因性を説明した。ただし他人の作為を求めることは本来の権利ではないので、特別な法的義務が必要である。Feuerbach は法と道徳を峻別する趣旨から、不作為犯の処罰を「法的義務」の問題とした。これが不真正不作為論のすべてのスタートであり、この時点ですでに、因果論と規範論が包摂されていたことが分かる。

その後、自然主義的因果論は不作為の原因性の解明に重点をおいた。中でも干渉説は、結果回避行動をとろうとする衝動を積極的に取り除くものとして不作為をとらえることで、その原因性を説明する。続く違法性説は、因果論から価値論・規範論に視点を移し、国家・

<sup>67</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.24.

<sup>68</sup> Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.3.

<sup>69</sup> Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.4.

<sup>70</sup> Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.166.

<sup>71</sup> Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.262.

<sup>72</sup> Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.321 ff.

社会の中の人間という存在が何をす「べき」という問題を違法性という大きな枠内で議論した。そして Nagler が「保障人」説、すなわち保障人のなした不作為のみが犯罪となりうるという理論を打ち立て、これを構成要件レベルに据えた。また、1975 年にはドイツ刑法 13 条が制定され、条文上の「義務」「相応性」といった点の解釈論という形で議論が発展していった。

#### 2) 形式から実質への流れとその問題性

この大きな流れの下、Feuerbach や Stübel が打ち出した法令・契約・先行行為は、そのつど異なる立場から異なる説明が与えられてきた。しかしそれらは少しずつ実質面を重視されるようになっていく。それは、人が、法が、法益保護のために何を求めるか、どのような不作為が法益侵害といえるかという根本問題を、形式的な規範だけではくみつくすことができなかつたということであろう。

しかし、この義務論の根拠を形式的規範から離れて検討することは、Feuerbach があくまでこだわった法と道德との峻別の貫徹に困難をもたらさう。緊密な生活共同体が、法的な義務（私法上の、親の子に対する保護義務など）がなくとも保障人的義務を導くというのであれば、そのメカニズムは何なのか、それは単なる道徳的義務ではないのかということがなお明らかにされなければならない。

#### 3) 現代的発展

Armin Kaufmann 以来、ドイツ学説は機能論を一つのベースとして発展を見せている。その方向性は、論者によって異なる。保障人の 2 つの機能の統一原理ないし上位規範を模索するものもあれば、そもそも作為と不作為に共通の原理からすべてを説明しようとする試みもある。逆に、さらなる類型化によって明確性を追求するという手法もある。

しかし、いかなる上位概念を立てるにせよ、その下で具体的な解決を図るにあたっては、現実に問題となる事案を類型化し、それぞれの理論的説明を試みることで、明確性を確保するという大きな流れが根底にあるように思われる。長い学説史の中で度重なる解決の試みとその衝突を経験し、現実的な方向へと舵を切ったものであろう。それは、単純明快な一元的解決の困難性を示すともいえるのではないだろうか。

#### 4) ドイツにおける学説状況の総括

不真正不作為犯の議論は総じて、社会が、人が、あるいは法が、法益保護のために何を求めるのか、求めうるのかということをお明らかにする営みである。ドイツ学説の状況として、本稿が特に指摘したいのは、次の三点である。

第一に、不真正不作為犯の要件論は、伝統的には因果論と規範論を織り交ぜながら議論されてきたが、13 条の制定により、「義務」や「相応性」という支柱ができ、その解釈論として問題の所在が明確になったこと。

第二に、伝統的要素（法令、契約、先行行為）が素材として生き続けており、それを実質化という形で微調整したり、新たな説明を与えたりしてきたということ。

第三に、理論構築の一方で、類型化による具体的・実践的な検討を試み、それを明確性の要請への応答につなげているということである。

こうしたドイツの学説の状況を前提に、ひるがえってわが国における学説の発展と現状を概観し、その特徴を指摘したい。

## 2. わが国における作為義務の根拠論

### （1）形式から実質へ

わが国でも、ドイツと同様、形式的三分説が伝統的通説であった。しかし、今や実質的な事情を取り入れることで、より正確に作為義務を認定しようという方向性が主となっている。作為義務を判断するにあたって単に形式的な事情だけではなく実質的な事情を考慮するというのは、日独双方での一つの到達点と評価することができる。

たとえば緊密な生活共同体については、わが国においても受容され、現在でも有力に主張されている。大谷は「一定の不作為が作為と同程度の危険性を有すると認められるのは、被害者ないし被害法益と特別な関係にあるため、社会生活上その者に当該法益の保護が具体的に依存し、構成要件的結果の発生を支配しうる地位を有しているからにほかならない。…法は、まさしくこのような社会生活上の依存関係ないし支配関係を根拠として結果回避のための作為を命令していると考えられる」とし<sup>73</sup>、また神山は、法益侵害の危険がすでに存在していて、その保護が開始されており、法益の保護がその者に依存しているような場合を「顕在的依存関係」、未だ具体的に法益保護は開始されていないが、非常事態が起これば法益保全が一定の者に依存せざるをえないような場合を「潜在的依存関係」として、後者の場合にはより細かい要件をおいて作為義務を認める<sup>74</sup>。さらに塩見は、「脆弱な法益を保護し、あるいは、通常人では対処困難な危険源を監視する規範的關係が成立している」場合には法的・制度的・社会的期待が生じ、この期待が刑法上も尊重に値するものであれば、刑法上の作為義務となるとする<sup>75</sup>。

### （2）一元説と多元説

明確性の要請に応えるにあたり、ドイツは作為義務の類型化という道をとったのに対して、わが国の学説は、作為義務の根拠の一元化・明確化という道をたどる傾向にある。これがわが国の作為義務論のひとつの特色といえる。しかし近年では一元説の限界も指摘されており、ドイツの機能的二分説にならって多元的に検討する見解も有力である。

<sup>73</sup> 大谷實『刑法講義総論[第5版]』（成文堂、2019年）130頁。

<sup>74</sup> 神山敏雄「保障人義務の理論的根拠」齊藤誠二ほか編『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀（上）』（成文堂、1995年）213頁以下。

<sup>75</sup> 塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015年）42頁。

1) 先行行為<sup>76</sup>

不作为は原因力を持たないため、原因力を持つ作為と同様に処罰するためには、先行行為によって原因が作られていなければならない<sup>77</sup>。これは、不作为では観念しがたい「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、作為と不作为の同価値性を担保しようとするものである。

先行行為はかねてから形式的三分説で唱えられてきた。しかしわが国の根拠論の一元化・明確化の試みの中で生じたこの見解は、先行行為を規範的なものとしてではなくもっぱら事実的なものとしてとらえる。原因力の存否という作為と不作为の「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>78</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、不作为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为でなければならない。不作为に先立つ、不作为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>79</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>80</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

<sup>76</sup> 日高義博『不真正不作为犯の理論[第2版]』（慶応通信、1983年）参照。これに加えて、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）80頁、島田聡一郎「不作为犯論」法学教室263号

（2002年）113頁、小林憲太郎「不作为による関与」判例時報2249号（2015年）3頁も参照。日高説を発展させたこれら佐伯説・島田説・小林説を「新先行行為説」とよび、分析・検討し、先行行為を一元的根拠とすることの困難を指摘する研究として、岩間康夫「不真正不作为犯における先行行為の意義」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2018年）13頁以下。その他、先行行為に関する近年の研究として、鈴木彰雄「先行行為に基づく作為義務」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』（信山社、2017年）19頁以下も参照。

<sup>77</sup> 日高・前掲注（76）154頁以下。

<sup>78</sup> 日高・前掲注（76）128頁は次のように述べる。「不真正不作为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、不真正不作为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さるか否かにある」。

<sup>79</sup> 中森喜彦「保障人説—その推移と意義—」現代刑事法41号（2002年）6頁、佐伯・前掲注（76）86頁、十河太朗「不真正不作为犯の実行行為性について」同志社法学56巻6号（2005年）714頁。

<sup>80</sup> 日高・前掲注（76）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（76）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た上で、「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・前掲注（76）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。

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>81</sup>。

## 2) 支配性（排他的支配性・支配領域性）<sup>82</sup>

不作為は因果の作出ではなく因果への不介入に過ぎないため、これが因果を発生させたことと同価値であるとして処罰することが許されるには、不作為者がその因果を支配していなければならないという見解である。ただし、その支配は自分で設定していなければならない（排他的支配性）。これがこの見解の重要な点である。自ら設定したのではない場合、親子関係などの特別な関係が必要とされている（支配領域性）<sup>83</sup>。必ずしも事実一元説を徹底しているわけではなく、規範的な考慮を含んでいるのである。

この「支配性」の要素は裁判例においても積極的に用いられており、広く支持を集めている。しかし、因果の説明だけであれば理論上は支配だけで事足りるにもかかわらず、それを「自ら設定した」といえることまで求めるのはなぜであろうか。

支配性要素には様々な修正が加えられている。たとえば佐伯は排他的支配性に加えて法益に対する危険を自己の行為によって創出・増加したことが求められるとし<sup>84</sup>、また橋爪は支配性に加えてそのような負担を正当化する付加的要件が必要であるとしつつ、そこには危険の創出に限らず、一定の身分的關係や社会的・法的關係の考慮も含まれるとする<sup>85</sup>。理論的發展の可能性をいまだ残す要素であるように思われる。

## 3) 保護の（事実上の）引受け

法益保護の観点から、結果の不発生を事実上引き受けたという事実には作為義務の発生根拠を求めるものである。具体的には、①法益維持行為の開始、②法益維持行為の反復継続性、③排他性の三要件が満たされたとき、刑法上の作為義務が認められる<sup>86</sup>。なおここにいう「引受け」とは、法益保護が法令や契約などで義務づけられているか否かとは無関係であり、事実として、不作為者が法益の保護を現実に取り受けていて、不作為者と結果との間に依存關係が存在するといえるか否かを問題とする。

## 4) 法規範

規範的要素の中でも典型的なのが、法規範である。法規範を作為義務の根拠とする見解に

<sup>81</sup> 鈴木・前掲注（76）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えないかなどについて詳細に検討している。

<sup>82</sup> 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論I』（日本評論社、1988年）89頁以下参照。

<sup>83</sup> 西田・前掲注（82）91頁。

<sup>84</sup> 佐伯・前掲注（76）89頁以下。排他的支配説と先行行為説を組み合わせた見解といえる。

<sup>85</sup> 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）72頁以下。

<sup>86</sup> 堀内捷三『不作為犯論——作為義務論の再構成——』（青林書院新社、1978年）254頁以下。

対しては伝統的に、民事上の義務が直ちに刑法上の義務になるわけではないとの批判がなされてきた。しかし法規範に着目する近時有力な見解<sup>87</sup>は、刑法以外の法規範を刑法上の義務としてそのまま用いているわけではない。作為義務が構成要件該当性、実行行為性の問題であることを前提に、実行行為性の要である「危険」に目を向け、その「危険」の評価のために、法規範を参照するという構造をとっている。すなわち、「そのままでは結果発生に向かっていない事実経過を結果発生へと向ける行為が作為、結果発生に向かっていない事実経過を結果回避へと向けない行為が不作為」<sup>88</sup>であり、「『事実的に評価するならば法益状態が悪化に向かっていないが、法的に評価するならば、作為義務のある者が法益を保護するはずであるから、法益状態は悪化に向かっていない』といえるとき、不保護が可罰的評価の対象となる」<sup>89</sup>。その、法益状態が悪化に向かっていないはずであったといえるか否か、すなわち危険はなかったといえるか否かの判断にあたり、「法が人間関係をどのように定めているかが、危険の法的な評価にとって重要な意義を有する」<sup>90</sup>と考えるのである。

## 5) 効率性

不作為は作為と異なり、処罰対象が無制限に広がりうる。不作為のこうした特殊性に着目し、主体の限定・選別の観点から、最も効率的に結果回避措置をなす主体を作為義務者とする見解がある<sup>91</sup>。しかし同時に、不真正不作為犯は自由制約の程度が大きいことから、行為者自らがそのような地位に就くことを事前に選択したとみなしうる場合にのみ、作為義務を認めるとする。本説も支配性説における排他的支配と同様に、その地位を自ら招いたことを求めている。

## 6) 多元化への揺り戻し——機能的二分説

このように事実一元説が展開する中、これに疑問を投げかける見解もある<sup>92</sup>。中でも単一の根拠に基づいてすべてを説明することは困難であるとして、ドイツのように機能論による類型化でその明確性を保ちつつ、多元的に複数の要素を作為義務の根拠として取り入れ

<sup>87</sup> この見解にいう「法規範」とは、法令・契約・事務管理を含んだ概念である。高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）68頁。

<sup>88</sup> 高山・前掲注（87）45頁。

<sup>89</sup> 高山・前掲注（87）57頁。

<sup>90</sup> 高山・前掲注（87）59頁。

<sup>91</sup> 鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号（1999年）353頁以下。橋爪隆「不作為犯の成立要件について」法学教室421号（2015年）91頁注（38）は、効率性要件を、「支配・引受が認められる類型を別の角度からとらえ直したものとして評価することもできるだろう」と評する。

<sup>92</sup> 丸山雅夫「不真正不作為犯の限定原理について」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新展開（上）町野朔先生古稀記念』（信山社、2014年）47頁、機能的二分説を提示する山中敬一『刑法総論[第3版]』（成文堂、2015年）244頁、岩間・前掲注（76）30頁以下など。

の見解<sup>93</sup>は有力である。この機能的二分説に対しては、作為義務の機能を分類しているに過ぎず作為義務の根拠についてはなんら説明していないとの批判がある<sup>94</sup>。確かに機能的二分説は他の一元説とは異なり、分かりやすい統一原理としての根拠を提示するものとはいえない。しかし、一元説の限界に正面から向き合い、多元説を受容した上でその統制を図る柱としては十分に機能するものであるように思われる。

### (3) 規範的要素と事実的要素——用語の多義性

作為義務の根拠論の分析においては、規範的要素と事実的要素に分けて検討する手法が広くとられている。

しかし、この区別は常にすべての根拠要素をいずれかに分類できるようなものではない。それは、ドイツの展開を見ても明らかである。すでに述べたように、ドイツでは Feuerbach 以来伝統的に承認されてきた種々の根拠要素を、おのおのの理論的立場からさらに根拠づけてきた。それゆえに、同じ用語で語られる根拠要素であっても、その性格は全く異なる場合があつてしかるべきである。

このことを念頭に、一つの根拠要素がそれぞれの意味合いで多義的に用いられるケースや、一つの根拠要素がそもそも両方の要素を取り入れて成立しているケースを以下に指摘する。

#### 1) 多義性の例①—「先行行為」

「先行行為」には規範的要素として説明される場合と、事実的要素として説明される場合とがある。そもそも「先行行為」は、「他人を助けなければ死ぬに違いない状況においた者がその者を助けなければ、殺人の罪に問われる」として条理的に保障人的義務の根拠とされ、伝統的に承認されてきたが、それは法令や契約で捕捉できなかった場合の「応急処置」<sup>95</sup>ともいわれてきた。そのため民事上の損害賠償義務や慣習法を用いる試み<sup>96</sup>がなされるなど、伝統的な「先行行為」は、規範的なものであったといえることができる。

これに対してわが国で有力に唱えられている見解は、作為と不作為が原因力という点で異なることに注目し、その原因力を補うことで、作為と不作為の相違を乗り越え、同価値性を担保しようというもので、ドイツにおける自然主義的因果論の発想と親和性がある。ここではまさに、「義務」というよりも、作為との同価値性、作為と同等の実行行為性（危険の創出）を説明しているのであり、この文脈での「先行行為」は、事実的・自然的要素といえ

<sup>93</sup> 山中・前掲注(92) 244頁。

<sup>94</sup> 佐伯・前掲注(76) 86頁。なお鈴木・前掲注(76) 21頁以下は機能的二分説を支持し、作為義務が類型化されることでその大枠が画されるのであるからこうした批判はあたらないとし、多元説を前提にその一要素としての先行行為を詳細に研究している。

<sup>95</sup> Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O.(Anm.24), § 13, Rn.26; Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.144.

<sup>96</sup> Rudolphi, a.a.O.(Anm.25), S.28; RGSt 58,130,132.

よう。

## 2) 多義性の例②—「法規範」

「法規範」も、一見規範的要素といえそうでありながら、必ずしもそうではない。むしろ、形式的三分説として登場した法規範、中でも「法令」は、それそのものが作為を命じる命令規範として機能するものとして扱われていた。しかし、わが国で近年有力に主張される法規範説は、その規範性をもって単純に作為義務を認定しているわけではない。前述のように論者は、「法が人間関係をどのように定めているかが、危険の法的な評価にとって重要な意義を有する」<sup>97</sup>と説明する。つまり、「その法益が保護されるであろう（から危険はない）」という事実的評価の根拠として、当該法令が存在するという事実を用いているのである。法令を作為義務の根拠とすることに対しては、かねてより、刑法以外の法秩序における規範がなぜ刑法上の作為義務を構成するのかという批判がなされてきた。しかし、この見解に対しては、その批判はあたらない。ここで重要なのは「法規範の存在」に伴う危険性という「事実」であって、「規範」そのものではないからである。このように考えるならば、形式的三分説における「法令」は純粋に規範的要素であったが、現在有力に主張されているところの「法令」ないし「法規範」は、むしろ事実的要素であると解釈することもできよう。

## 3) 両要素を含んで成立する例—「支配性」「特別な関係」

支配性を重視する見解は、支配性を自ら設定したのでない場合には、親子関係など規範的な要素を補助的に用いる。さらに、義務の賦課・自由の制約に着目し、支配性に加えて危険創出を要求することを原則としつつも、例外的に規範性が要求されるとする見解もある<sup>98</sup>。このように、支配性説は「支配」という事実的要素に軸足をおきながらも、規範的要素を適宜取り込んで解決を試みる見解であるといえることができる。

また他方で、規範性を重視する見解においても、具体的な依存関係や、条理を膨らませた先行行為など、具体的な事実を考慮する場合がある。規範的要素と事実的要素は、相互に密接に関連し、補完し合っている場合があるのである。

さらに近年では、規範的要素・事実的要素の分類がよりあいまいになっている傾向もある。それは、薬害エイズ厚生省ルート事件<sup>99</sup>に端を発する。本稿では射程を故意単独正犯に限定するため薬害エイズ事件を詳細に検討することは避けるが、少なくともこの事件において裁判所は、支配性という事実的要素を地位や立場、意思決定上のシステムといったある種規範的な事情によって基礎づけている<sup>100</sup>。このことを「規範化」と呼び、一定の評価を与える

<sup>97</sup> 高山・前掲注(87) 59頁。

<sup>98</sup> 橋爪・前掲注(85) 72頁以下。

<sup>99</sup> 最二小決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁。

<sup>100</sup> 北川佳世子「薬害エイズ3判決における刑事過失論」法学教室256号(2002年)48頁は、物理的支配性ではなく観念的支配性を重視し、製品の品質管理システムが法令等によって構築され、事実上運用が

見解<sup>101</sup>もある。

#### (4)「作為義務」の役割の変容

わが国における実質的・一元的な根拠論に見られる重要な共通点として、「作為義務」という媒介項の持つ役割の変容を指摘することができる。

##### 1) 当初の「作為義務」の意義——媒介項アプローチ

「作為義務」は従来、不作為の実行行為性を認めるための媒介項としての役割を担ってきた。そもそも作為義務（保障人的義務）は、市民に義務付けられているのは本来的には不作為だけであるから、不作為犯を処罰するためには、作為を義務づける法的根拠が必要である<sup>102</sup>との発想に由来する。そして、Armin Kaufmann は、作為は禁止規範違反、不作為は命令規範違反であって、両者は規範論的・存在論的に異なるのだから、不真正不作為犯は、作為犯とは異なる固有の解釈に従うべきであるとし、その要件こそが、保障人的義務の存在であると説明した<sup>103</sup>。すなわち、作為と不作為は異なるものであるから、不作為の実行行為性を認めるためには、媒介項として、作為義務が必要なのである。そのロジックは以下のようなものである。

- ・ある不作為が「作為義務違反である」ことと、その不作為に「実行行為性が認められる」ことは、同値である（大前提）。
- ・「当該不作為」は、「作為義務違反である」（小前提）。
- ・ゆえに、「当該不作為」には、「実行行為性が認められる」（結論）。

作為犯であれば、「当該作為には実行行為性が認められるか」という問いに直接答えることができるのに対して、不作為犯は、実行行為性をただちに認定することが困難である。そのため、「当該不作為」と「実行行為性が認められる」こととの間に「作為義務（違反）」という媒介項をおき、これを認定することによって、実行行為性の認定にかえるのである。

具体例として、川で溺れる子を救助せず死に至らしめた父親を殺人罪で処罰できるかという問題を、法規範から説明する。この父親の「不救助」という不作為の実行行為性を認定

なされている場合等には、なお事実上排他的支配性があるとする。また、林幹人「国家公務員の刑法上の作為義務」同『判例刑法』（東京大学出版会、2011年）21頁は、製薬会社と法益被侵害者との間には、「法令を背景とした規範的・事実的な支配関係が存在する」と説明する。

<sup>101</sup> 塩見・前掲注（75）45頁。他方でこうした判断の方法については、山中敬一「刑事製造物責任論における作為義務の根拠」関西大学法学論集 60巻5号（2011年）30頁が、「プロクルステスのベッドになる危険性がないわけではない」とも評している。

<sup>102</sup> Feuerbach, a.a.O.(Anm.8), §9, §21.

<sup>103</sup> Armin Kaufmann, a.a.O.(Anm.52), S.272 ff.

するために、その媒介項として、「子の救助の作為義務」をおく。大前提として、父親の「不救助」という不作為が、子の救助の作為義務に違反するものであれば、不救助に実行行為性が認められる。次に、小前提として、ではその不救助が作為義務違反に当たるかどうか、すなわち、子の救助の作為義務が存在したかどうかを検討する。ここでは、民法 820 条の親権者の監護義務を根拠に救助の作為義務を認め、それゆえに、不救助が作為義務違反に当たると説明する。この2つの前提から導かれる結論として、本件不救助には、殺人罪の実行行為性が認められる。これが、媒介項としての作為義務の働きである。

このように考えるならば、「作為義務」は、まさに重要・不可欠なものであり、実行行為性の論証に代替する、「特別な要件」であるといえることができる。以下、本稿ではこのロジックを、「媒介項アプローチ」と呼ぶ。

## 2) 近時有力説にみられる「作為義務」の意義——直接的アプローチ

ところが、近時有力説においては、この作為義務の位置づけが徐々に変化しているように思われる。たとえば、先行行為説は、「危険の創出」を先行行為によって補填することで実行行為性を説明しようとする<sup>104</sup>。支配性説は、因果の発生と同レベルの「支配」を求めることで、やはり実行行為性を説明しようとする<sup>105</sup>。法規範説、本稿でこれを表現するならば「法規範の存在説」とでもいうべきであろうが、これも、前述のとおり、やはり「危険の創出」を説明するために、すなわち実行行為性を説明するために、法規範の存在を用いている<sup>106</sup>。これらはいずれも「義務」を論じるというよりは、むしろ正面から、実行行為性の論証に取り組んでいるのである。そのロジックは以下のようなものである。

- ・ある不作為が「作為義務違反である」ことと、その不作為に「実行行為性が認められる」ことは、同値である（大前提）。
- ・「当該不作為」には、「実行行為性が認められる」（小前提）。
- ・ゆえに、「当該不作為」は、「作為義務違反である」（結論）。

先ほどのものと、小前提と結論が入れ替わっていることが分かる。これは、大前提にある「作為義務違反である」ことと「実行行為性が認められる」ことが同値、すなわち相互に必要かつ十分条件になっているからこそ生じる現象である。すなわち、三段論法の形式に合わせるならば、媒介項アプローチの大前提は「作為義務違反ならば、実行行為性が認められる」と言い換えることができるのに対し、このロジックにおいては、「実行行為性が認められるならば、作為義務違反である」と言い換えることができるのである。

では、こちらも先ほどの子の不救助事例について、今度は「法規範の存在」を使って説明

<sup>104</sup> 日高・前掲注（76）154頁以下。

<sup>105</sup> 西田・前掲注（82）89頁以下。

<sup>106</sup> 高山・前掲注（87）57頁。

する。大前提は先ほどと同じであるが、小前提として、その不救助に実行行為性が認められるか、すなわち、実行行為に値するだけの結果発生の実現的危険の惹起があったかを直接論証する。親権者は民法 820 条より監護義務を負うから、子を救助するはずである。そのため法的には、子は危険ではなかった。それにもかかわらず子を救助しなかったならば、それによって、危険を惹起したといえる。すなわち、本件不救助には殺人罪の実行行為性を認定することができ、小前提が満たされる。このそして、この2つの前提により、父親の不救助が「作為義務違反」であるといえることができるのである。

特筆すべきは、小前提にあたる、実行行為性の直接的な論証である。実行行為性を直接論証することが困難であるからこそ媒介項としての作為義務があったはずであるのに、少なくとも近時の有力説においては、いつしか媒介項としての不可欠性は半ば失われているのである。以下、本稿ではこのロジックを、「直接的アプローチ」と呼ぶ。

### 3) 媒介項アプローチか、直接的アプローチか

媒介項アプローチは、作為と不作為との規範的相違に着目し、不作為固有の不可欠の要件として、作為義務を要求する。その意味で、媒介項アプローチにおける作為義務は、作為と不作為の規範的相違を克服しようとするものであり、規範的要素を重視する根拠論に親和性がある。

他方、直接的アプローチは、自然的・事実的な視点から、その不作為がいかに作為と同様実質的な実行行為性を有するかを問題とする。すなわち、直接的アプローチにおける作為義務は、作為と不作為の因果的相違を克服しようとするものであり、事実的要素を重視する根拠論に親和性がある。

このいずれのアプローチが妥当であるかは、のちに、ドイツとわが国との法構造上の相違をふまえ、検討することとする。

## 3. わが国における裁判例の状況——「ひき逃げ」類型と「虐待」類型を中心に

ここまでで国内外における学説の展開を見てきた。そこで、わが国において具体的な事案がどのように処理されているのか、事件の類型ごとに、裁判例の状況を確認する。

本稿では、とりわけ殺人罪に射程を絞って作為義務の根拠論を検討しているので、ここでも殺人罪に関する事例を大きく類型化する。そこで、不作為による殺人が問題となるケースとして現実にも生じがちで、かつ、好対照をなしているものとして、ひき逃げ類型と虐待類型を挙げたい。

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ものであり、先行行為によって作為義務が基礎づけられる典型例とされている。他方、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。これはかつては私法上の義務を根拠としてきたが、やがて「引受け」や「緊密な生活共同体」など、実

質的・事實的な側面が重視されるようになっていった。それによって、典型としての親子関係はもちろん、血縁や親族関係にこだわらず、緊密な生活共同体の中に入ったあらゆる人的関係が対象となる。この2類型の現象面は、以下に示すような点から、無限に存在する不作為による殺人の事案の中で両極に位置するように思われる。

ひき逃げ類型は、それまで全く無関係であった者同士が偶発的に、特殊な関係を形成する。これに対して、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<sup>107</sup>。

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。これに対して虐待類型では、「食べ物を与えない」という不作為が、数日、数週間、場合によっては数ヶ月にもおよぶ。

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。これに対して虐待類型は、暴力による虐待という先行行為が伴うこともあるが、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。

このように、ひき逃げ類型と虐待類型は、非常に好対照をなしている。その他のケースは原則として、この両極にある類型の中間的なものと位置づけることができよう<sup>108</sup>。

判例は作為義務の認定に多様な根拠要素を用いながら、個別具体的な事案に応じて柔軟な対応をとり、一定の結論を見出してきた。ここでは主に殺人罪のケースを(1)ひき逃げ類型、(2)虐待類型、(3)その他の類型に分けて列挙し、最後に(4)で判例についての総合的な検討を加える。

### (1) ひき逃げ類型——先行する交通事故の被害者に対する治療や救助の不供与

#### ①横浜地判昭和37年5月30日下刑集4巻5・6号499頁

自動車事故により傷害を負わせた被害者を、一度は救護すべく自動車の助手席に同乗させたものの、犯行の発覚を防ぐため殺意をもって同人を人気のない降霜する畑道に降ろし立ち去ったが、同人がたまたま意識を回復し助けを求めたため、死亡には至らなかったという事案。裁判所は「被害者を救護すべき義務がある」と述べるものの、その根拠については明言しなかった。

<sup>107</sup> 増井敦「共同研究の趣旨・問題意識(特集・児童虐待事案における刑事的介入と多機関連携のあり方)」刑法雑誌60巻1・2・3合併号4頁は、「被害者が子どもであり、親密圏内で発生するという児童虐待事案の特殊性」を指摘し、さらに「児童虐待は、近代刑法が前提としている、自律的な個人の間での一回限りの侵害行為ではない。被害者は、心身ともにきわめて脆弱な子どもであり、加害者と被害者の特別な関係は犯罪行為の後も継続していく。行為は大抵家の中などの密室で行われるため、発見や介入が難しく、刑事的介入が遅れて被害が深刻化しやすい」と説明する。

<sup>108</sup> たとえば、「父親が溺れる子どもを助けない」という事案については、ひき逃げ類型同様、明確かつ突発的な危険の発生が存在し、結果の発生までの時間的幅も短い、ひき逃げのような先行行為による危険の創出はみられず、代わりに虐待類型と同様の密接な関係性が存在することが多い(父親が子と生活を共にしており、家族としての実体が備わっている場合)。

②東京地判昭和40年9月30日下刑集7巻9号182頁

自動車で歩行者に衝突し傷害を負わせ、一度は病院へ搬送すべく自動車の助手席に同乗させ移動を開始したものの、当該事故の刑事責任を問われることをおそれ、同人を乗せたまま山林に移動するうちに、同人を車内で死亡させたという事案。裁判所は作為義務の根拠について明言したわけではないが、被害者を事故後直ちに病院に搬送していれば死の結果を回避できたこと、被告人が被害者の死を未必的に予見していたことも明らかであることをそれぞれ認定し、不作為による殺人の成立を肯定した。

③浦和地判昭和45年10月22日刑月2巻10号1107頁

罪数に関する判断で有名な裁判例である。自動車の操縦中過失により通行人に重傷を負わせた運転者が、被害者を病院に運ぶ途中、これを遺棄したという事案。被害者は偶然救護され、死亡には至らなかった。裁判所は殺意があるからといって必ずしも不作為の殺人が成立するとは限らないと述べた上で、本件は、被告人が重傷を負わせたこと、被告人がいったん被害者を車に乗せて事故現場から離れたこと、被告人は容易に被害者を救護することができたこと、深夜で寒く容易に発見できない場所に遺棄したこと、死に至る高度の蓋然性が認められたことを挙げ、本件不作為に殺人の実行行為性を認めた。なお、この控訴審<sup>109</sup>では主に道交法上の救護義務違反との間での罪数問題について争われ、作為義務に関しては争われていない。

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

被告人が交通事故を起こして重体となっている被害者を被告人運転車両で人目につかない山中に運び込んだ上、その場に置き去りにして殺害しようと企て、被害者を放置したが、被害者が発見・救出され一命をとりとめた事案。原審<sup>110</sup>は被告人による連れ去りおよび置き去りを一連の「作為」としてしたが、高裁はこれを破棄し、不作為による殺人の実行行為性を改めて認定した。作為義務の根拠としては、本件交通事故および被害者を自車に乗せて運行したなどの一連の先行行為、車に乗せることにより自己の管理下においたという事情、道交法72条1項前段の救護義務、そして結果回避可能性を挙げている。

(2) 虐待類型——家庭内・家族間における食事や治療・救助の不供与

1) 実子に対する食事や治療・救助の不供与<sup>111</sup>

(i) 産み落とし直後の保護の不供与

<sup>109</sup> 東京高判昭和46年3月4日高刑24巻1号168頁。

<sup>110</sup> 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・前掲注(75)91頁もこの一審の判断を批判し、不作為と構成すべきとしている。

<sup>111</sup> 親権者の作為義務については山下裕樹「親権者の『刑法的』作為義務」関西大学法学論集64巻2号(2014年)461頁が詳細に判例を列挙・検討している。

⑤福岡地久留米支判昭和46年3月8日判タ264号403頁

便槽内に婚外子を産み落とした19歳の被告人が、その事実気づきながら救助せず死亡させた事案。裁判所は、救助しないことによる死の結果発生蓋然性とその認識があったということ、結果回避の容易性をそれぞれ指摘し、作為義務を認定し不作為の殺人を認めた。

⑥仙台地判平成20年1月8日LEX/DB 文献番号28145249

被告人が自己の出産した男児を殺害し、その死体を遺棄した事案。本件では被害者の死因が特定されず、被告人が犯行を否認しているため、殺害の方法を特定することができず、「作為あるいは不作為を問わず何らかの方法により殺害した」と概括的な認定をした。しかし、不作為による殺害の可能性を包含しているにもかかわらず、裁判所は被告人の作為義務の認定を判決中でおこなっておらず、また、これが争点となった形跡もみられない。

⑦千葉地判平成24年7月10日LEX/DB 文献番号25482432

被告人が、風俗アルバイトで妊娠し中絶もできない状態でそれを隠し続けた末に、コンビニエンスストア内のトイレで女児を出産し、出産の事実を隠すため、蓋付きゴミ箱内側に備え付けられたビニール袋内に同児を入れ、口を固結びにするなどした上、保護のための措置をとらずその場から立ち去って放置したが、警察官らに発見されて病院へ救急搬送されたため死亡させるに至らなかったというもの。裁判所は「親は子を保護する義務を負っている」ことに加え、被告人が同児をビニール袋内に隠して生命の危険を生じさせたこと、他者による女児の早期発見が困難な状況を作成したことを挙げ、作為義務を認定した。

(ii) 産み落とし直後以外の実子に対する食事や治療・救助の不供与

⑧名古屋地判平成14年10月30日LEX/DB 文献番号28085354

被告人兩名が当時3歳の実子に適切な食事を与えず、かつ医師等による治療を受けさせることもなく、段ボール箱に入れたまま放置し、飢餓により死亡させたという事案。⑥同様、判旨の中に作為義務の明示的な認定がみられない。被害者が飢餓状態にあることを隠すため被告人の親の来訪を拒んだり、外出時は長男のみを連れていき被害者は家に閉じ込めて人の目に触れさせないようにしたりしていたという事実認定をしていることから、排他的支配の要素は考慮に入れている可能性はあるものの、争点およびその判断は殺意の認定等に尽くされており、作為義務への言及はほとんどない。なお、控訴審<sup>112</sup>においてもやはり殺意および共謀の有無が主な争点となり、作為義務については争われなかった。

⑨大阪地判平成18年3月28日LEX/DB 文献番号28115220

育児ストレス等から家出中の被告人が、ホストクラブでの遊興に熱中して、生後5か月の実子の育児を放棄し、同児を衰弱死させた事案。裁判所は、同児が飢餓のためにやせ細り生命に危険が切迫する状況になった段階でもなお、被告人は同児に飲食物を与えることにより死の結果を防止することが十分可能であり（結果回避可能性）、かつ、被告人以外に同児

<sup>112</sup> 名古屋高判平成15年10月15日LEX/DB 文献番号28095057。

の世話をする者はいなかった（支配性）として、その作為義務を認め、不作為による殺人罪の成立を認めた。

⑩大阪地判平成24年3月16日 WestlawJapan 文献番号 2012WLJPCA 03169005

3歳および1歳の児童の実母である被告人が、水道設備がなく冷蔵庫も空の不衛生な当時のリビングの扉に粘着テープを張り付けて同児らが出てこられないようにして立ち去り、それ以後同児らに食事を与える手立てをとらないまま、帰宅せずに同児らを自宅リビング内に放置した結果、同児らをいずれも脱水に伴う低栄養による飢餓により死亡させたという事案。裁判所はこれを「一連の作為・不作為」としているものの、作為義務の認定を明示的にはおこなっていない。争点は主に殺意の認定であった。ただしこの殺意の認定の中で、同児らが他人の養育を必要としており、その養育をおこない結果を回避することができたのは被告人だけであるという事実を認定しているため、支配性を考慮に入れている可能性はある。

⑪東京高判平成29年1月13日 LEX/DB 文献番号 2554641254<sup>113</sup>

妻の家出により長男（当時5歳）と二人で生活するようになった被告人が、自宅の和室から出られない状態にしていた長男に十分な食事を与えず、長男が相当衰弱し死の危険が高まっても何らの措置も講じないまま長男を放置し、長男を栄養失調により死亡させたという事案。裁判所は原審・高裁いずれも作為義務に言及しないまま不作為の殺人の成立を認めた。弁護人も作為義務については争っておらず、中心的な争点は殺意の有無や、被害児童の生命に危険の生じた時期であった。

2) 実親に対する食事や治療・救助の不供与

⑫さいたま地判平成14年1月13日 WestlawJapan 文献番号 2002WLJPCA01319009

被告人が、寝たきりの母親を自宅に置き去りにして飢餓により死亡させたという事案。裁判所は、兄弟間の協議により被告人が母親の介護を自ら引き受けたことを挙げ、その生命を維持する作為義務を認めた。さらに弁護人が、他の兄弟にも結果の回避ないし防止は可能であったと争ったことにつき、他の兄弟は被告人の介護の引受けによりそれが適切になされているものと考えており、また被告人も他の兄弟に対し「まともな生活を送っている」と嘘の話をしていたことなどを挙げ、実質的には他の兄弟に何らかの措置をとることはできなかったとした。このように、裁判所は第一に引受け、第二に弁護人の主張に応える形である種の支配性を根拠とし、作為義務を認定し、不作為の殺人を認めた。

3) 血縁関係は無いものの親子同様の緊密な生活実態の下での食事や治療・救助の不供与

⑬大判大正4年2月10日刑録21輯90頁

被告人は、契約により満6ヶ月に満たない嬰兒を引き取ったにもかかわらず、生存に必要

<sup>113</sup> 原審は横浜地判平成27年10月22日 LEX/DB 文献番号 25447657。

な食物を与えず死亡させた。大審院は、「法律ニ因ルト將契約ニ因ルトヲ問フス養育ノ義務ヲ負ウ者」が、殺害意思をもって生存に必要な食事を与えず死亡させたときは殺人罪が成立するとし、本件被告人が契約により養育の義務を負う者であることから、殺人罪の成立を認めた。

⑭広島高岡山支判平成 17 年 8 月 10 日 LEX/DB 文献番号 28105462<sup>114</sup>

被告人が、妻が不貞をして出産した子を引き取ったが、当時2歳の同児が生命に危険を生じかねない重い熱傷を負ったにもかかわらず妻と暗黙のうちに意思を通じ同児を放置し、死亡させたという事案。弁護人は、同児の実母である被告人の妻が同児の世話を全面的に引き受け、さらに熱傷を負わせたという先行行為により妻は被告人よりも強度の保護義務を負っており、さらに妻による結果回避措置も十分期待できた以上、被告人の不作為は作為と同価値とはいえないと主張した。これに対し裁判所は、被告人が日ごろから同児を冷遇し、その態度から精神的に追い詰められた妻が同児を虐待するに至っていることを放置していたという事情や、同児に医師の治療を受けさせるよう妻に働きかけることができたのは被告人だけであったという事情などを挙げ、たとえ同児が妻の不貞行為によって生まれたもので、もともと同児を引き取ることは不本意であったとしても、結局同児を乳児院から引き取る決断をした以上、少なくとも同児が健全に生育できるような生活環境を整えるべき法的義務を負担していたといえるとした。妻の虐待の原因を作出したという意味での先行行為や、支配性、保護の引受けなどの要素の他、妻の不貞の子とはいえ家族関係と同様の生活実態が存在していたことをも考慮していると考えられる。

⑮東京高判平成 19 年 1 月 29 日高刑速平成 19 年号 107 頁<sup>115</sup>

交際相手との共謀の上、交際相手の実子である3歳の子を、3ヶ月余りもの間、交際相手と同棲していたワンルームのアパートのロフト上に隔離し、交際相手が十分な食事を与えず暴力を振るうなどの虐待をして同児を極度に痩せた状態に陥らせていることを知りながら、これを容認しつつもに放置し、医療機関による治療が必要な同児に治療を受けさせないまま死亡させた事案。

第一審<sup>116</sup>において、裁判所は、交際相手による虐待は被告人の態度や言動が一因になっており、それを被告人も認識していたこと、被告人は生活費を管理するなど、交際相手や被害児童の生活を管理する状況を自ら作出していたこと、実親である交際相手が養育や治療の提供を明確に拒否している以上、被告人以外には同児の生命を救える者がいなかったこと、同児の生命を救う手段に特段の支障は存在せず、またそれをしていれば救命できる可能性は高かったことを挙げ、被告人の作為義務を認定した。先行行為や支配性、結果回避可能性、作為可能性などが考慮されていることが分かる。

<sup>114</sup> 原審は岡山地裁判決（公刊物未登載・言い渡し年月日不明）。

<sup>115</sup> 本件を児童虐待・ネグレクトの文脈から詳細に検討する文献として、櫻庭総「近時の児童虐待事案に関する判例動向」九大法学 101 号（2010 年）149 頁以下。

<sup>116</sup> さいたま地判平成 18 年 5 月 10 日 WestlawJapan 文献番号 2006WLJPCA05109004。

控訴審である本判決において裁判所は、被告人の作為義務について弁護人の主張に応え、「被告人は……被害児を救命することについて、身分関係を基礎とした作為義務が生じることはない」とした上で、「条理ないし社会通念」から、被告人には作為義務があったとした。その根拠として、裁判所は被告人が同児との同居を望み、自室に同児と交際相手を住ませ、交際相手の収入を一切被告人が管理し生活上の実権を握っていたなどの生活実態を挙げている。そして、こうした生活実態だけで作為義務が認められるわけではないが、密室的な状況において、交際相手を除くと被告人以外には救命が可能である者はいなかったという事情のもとでは、こうした生活実態は作為義務の根拠になると補足する。さらに、裁判所は次のような説明も加えている。被告人がこのような作為義務を負わないためには、同居を解消したり、同児を適切に養育するよう交際相手に働きかけたり、関係者などにこうした状況を伝えたりするなど、容易にとりうる手段がいくつもありえたのだから、被告人に作為義務を認めたとしても、特に過大な義務とはいえないというのである。

高裁が条理・社会通念を作為義務の根拠とし、その内容たる生活実態（ここには引受けの発想も見られる）を補強するために支配性を用いていることは着目すべきことである。しかしそれ以上に、被告人に作為義務を課すにあたり、作為義務を負うことを回避する手段が被告人には存在していたことをも強調していることは興味深く、作為義務について考える上で意義深いものであるように思われる。

#### ⑯札幌地判平成 21 年 11 月 30 日 LEX/DB 文献番号 25463826<sup>117</sup>

被告人が交際相手の長女（当時 4 歳）に対し、暴行を加えた後に殺意をもって放置して死亡させた事案。裁判所は、被告人が同児と同居し、同児の実親である交際相手とともに同児の生活を統御していたこと、被告人が同児に殴打等の暴行を加えたために生命に具体的かつ重大な危険が生じたこと、同児の手当は被告人と交際相手に全面的にゆだねられていたことから、不作為の殺人に足る作為義務が認められるとしている。血縁関係はなくとも家族同然の生活実態という規範的な要素に加え、先行行為、支配性などが考慮されていると考えられる。しかし、医師による医療行為を受けさせたとしても同児を救命できたというには合理的な疑いが残るなどとして、結果的には不作為による殺人罪の成立は否定され、予備的訴因である傷害致死罪が認定された。

### （3）殺人に関するその他の類型

#### ⑰前橋地判高崎支昭和 46 年 9 月 17 日判時 646 号 105 頁

被告人が小児まひのために歩行困難な被害者を「仏像を買える」などと欺罔し住居から連れ出し、真冬の深夜自動車で人通りのない山中に連行し、所持金を奪った上で立ち去った事案。被害者はその後自力で山小屋に辿りつき、救助された。裁判所は、被告人は「まさに自

---

<sup>117</sup> 本件は控訴・上告がなされているが、争点は手続法上の問題（予備的訴因との公訴事実の同一性）に関するものであった。札幌高判平成 22 年 8 月 31 日高刑速平成 22 年号 273 頁（控訴審）、最一小決平成 23 年 7 月 12 日 LEX/DB 文献番号 25471647（上告審）。

らの先行行為によって被害者の生命に危険を生じさせたもの」であるから、「被害者の生命の危険を除去または被害者を安全な場所まで連れ帰るべき法的義務」があるとし、不作为による殺人未遂罪の成立を認めた。まさに先行行為を重視して作為義務を認定したものである。他方で、被告人とともに被害者を山中に連行・放置した者とともに被告人となっていたが、この者については、当初は被害者同様仏像を買いに行くものと誤信しており、置き去りの段階になってから真意を明かされたという事情から、道徳上の観点からはともかくも、法律上は正犯相当の作為義務を認めることはできないとし、殺人未遂の従犯とした。

#### ⑱東京地八王子支判昭和 57 年 12 月 22 日判タ 494 号 142 頁

被告人兩名が自宅に同居させていた自己の経営する飲食店従業員に暴行し重傷を負わせたが、犯行の発覚をおそれ、被害者の容体が悪化しても医師による診察を受けさせず、結果被害者を死亡に至らしめた事案。裁判所は、被告人兩名が被害者と「支配服従関係にあった」点や、被告人兩名が被害者の救助を引き受け、その支配領域内においていた点に着目し、それらの事実を「総合考慮すれば、(中略) 医師による治療を受けさせるべき法的義務があった」とし、不作为による殺人罪の実行行為性を認めた。

#### ⑲名古屋地判平成 9 年 3 月 5 日判時 1611 号 153 頁

被害者に対し集団で暴行を加え瀕死の重傷を負わせたのち、河川敷に遺棄して死亡させたが、被告人は直接暴行に参加したわけではないものの終始行動をともし、かつ、負傷した被害者を遺棄現場まで引きずるなどしたという事案。

裁判所は、まず実際に暴行をおこなった者(以下、実行者という)について、被害者に暴行を加え瀕死の重傷を負わせたという先行行為を理由として被害者を救護する作為義務を認定した。続いて被告人については、実行者らの暴行という先行行為には参加しておらず、それについての事前の共謀も存在しなかったこと、また、命じられて遺棄行為を手伝っただけでは正犯相当の作為義務の根拠とはならないことを指摘し、被告人は幫助にとどまるとした。

#### ⑳前橋地判平成 14 年 12 月 26 日 LEX/DB 文献番号 28085284。

被告人ら 4 名が同居している被害者(成人女性)に対し暴力をふるい、十分な食事を与えないまま監視などをして逃げ出せないようにしたため、同人が衰弱し、死亡するおそれがある状態になったにもかかわらず、何ら医療機関の治療を受けさせず、かつ十分な食事を与えなかったことにより、同人を飢餓により死亡させた事案。弁護人は、「被告人は幼少のころから聴覚に障害があって、会話能力も十分でなく、日常生活には妻らの支えが必要であって、家族において一般の父親のような立場になく、子や妻に対して強く発言することが極めて困難な立場にあったので、被告人に刑法上の作為義務は存しない」と主張した。裁判所は、被告人の聴覚については一応の社会生活を送ることができる程度のものであると認定した上で、被告人が相被告人である家族とともに、さほど広くもない家で被害者と共同生活を送り、その中で被害者に対する暴力や食事の制限が続き、これによって被害者が衰弱していった以上、被害者を救命できるのは被告人ら以外にいなかったのであるから、被告人らには条

理上、食事や治療を供与する法的な作為義務があったとした。被害者が成人であるとはいえ、児童虐待事例と同様に家庭内という限定的・閉鎖的な空間を考慮し、支配性ないし条理を根拠としていることが分かる。

㉑最二小決平成 17 年 7 月 4 日刑集 59 卷 6 号 403 頁<sup>118</sup>

最高裁がはじめて不作為による殺人罪の成立を認めた例としてきわめて有名である。被告人は、被告人の信者である被害者が脳梗塞で入院した際、同じく信者である被害者の家族と通謀の上、病院から連れ出すことが危険であることを知りながら、被害者を病院から連れ出し、ホテルの一室で「シャクティパット」と称する独自の治療を施した。しかし治療は功を奏さず、被告人はこのまま放置すれば死亡する危険を認識したものの、自らの体面を気にして適切な医療措置を受けさせることなく、結果被害者を死に至らしめた。裁判所は被告人が「自己の責めに帰すべき事由」によって被害者の生命に具体的な危険を生じさせた点、また、「手当を全面的に委ねられた立場にあった」点を指摘して、「必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたもの」と認定し、不作為による殺人罪の成立を肯定した。

最高裁は、先行行為や保護の引受け、排他的支配性、強い支配依存関係など、様々な要素を考慮していることがうかがわれる。さらに「生命の具体的危険を惹起した」という認定から、作為と同じように、不作為自体の実行行為性を問題とする最高裁の姿勢がみてとれる。

㉒東京高判平成 20 年 10 月 6 日判タ 1309 号 292 頁<sup>119</sup>

被告人が被害者から性交渉を持ち掛けられた旨を友人らに告げたところ、友人らが、被告人が被害者に強姦されたものと誤信し、被害者を呼び出し凄惨な暴行を加え、死亡させた事案。被告人は暴行には参加していなかったものの、被害者を友人らのもとに呼び出し、終始暴行現場に同行し、かつ、強姦という誤解を解いたり、警察を呼んだりするという行動をとらなかった。

裁判所は、友人らが被害者に暴行を加える意図を有することを知りながら、その身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れたことや、被告人の発言が友人らの暴行の犯意の発生に寄与していること、被害者を救うことができたのは被告人だけであったこと、被告人が友人らの誤解を解くことができない理由は全くないことなどを挙げ、これらの事情の下では、被告人には作為義務が認められるとし、殺人罪について、友人らとの共同正犯を認めた。友人への誤解を招く発言や被害者の呼び出しという先行行為、救護可能なのが被告人だけであるという支配性、誤解を解くことの容易性を詳細に検討し、作為義務を認定していることが分かる。

<sup>118</sup> 第一審は千葉地判平成 14 年 2 月 5 日判タ 1105 号 284 頁、控訴審（原審）は東京高判平成 15 年 6 月 26 日高刑速 3203 号 85 頁。

<sup>119</sup> これについて詳細に検討するものとして、西岡正樹「批判」法政論叢 54・55 合併号（2012）73 頁。本件では作為義務を認定すべきではなかったとする。また、岩間康夫「批判」愛知大学法学部法経論集 185 号（2010 年）29 頁も参照。

#### (4) 検討

ひき逃げ類型では、作為義務が検討されるものについては先行する事故が必ず挙げられる。これに加えて、自転車に乗せて走行することにより、引受けないし排他的支配の獲得があったことが重視される。自転車への連れ込みのない単なるひき逃げが不作為の殺人として認められたケースがないことから、少なくともひき逃げ類型においては先行行為による原因力の惹起だけで作為義務を認めることはできないというのが裁判所の立場であろうと考えられる。

実子に対する虐待事例は、その多くが作為義務について明示的ないし詳細には触れていない。⑦は「親は子を保護する義務を負っている」ことに加え、先行行為や支配性の設定といった事情をふまえて多元的に作為義務を認定し、⑨は結果回避可能性や支配性といった事情を挙げて作為義務を認定するが、その他は明示的な作為義務の認定過程が見られない。事実認定に支配性を思わせる記述が登場する程度で、それが作為義務の根拠として理論的に構成されるわけではないのがほとんどであり、また、弁護士も実子に対する虐待事例で作為義務について争うことは基本的にないようである。⑪のように、地裁、高裁ともに全く作為義務に触れないまま不作為による殺人の成立を認めることさえある。実子に対する虐待は原則として作為義務が明らかであると裁判所が考えていることが分かる。

実親については、弁護士が争ったこともあり、比較的詳細に作為義務が認定されている。これは、特に子が複数いる場合には、特定の子に必ずしも親に対する生命保護・維持の作為義務が当然に認められるわけではないということであり、親の子に対するそれとは一線を画しているように思われる。

血縁関係がない場合には、民法上の保護義務が直ちに適用されないこともあり、作為義務の検討がしっかりとなされている。しかしその上で、親子同様の緊密な生活実態がある場合にはそれが作為義務の根拠とされる。⑬は単に契約上の養育義務を挙げているが、その他のケースではその生活実態に焦点があてられ、結果として作為義務が認められる。このことから、実子に対する作為義務が原則として認められるのも、必ずしも民法上の保護義務という形式的な根拠に基づくのではなく、むしろ親子であれば原則として有するであろうその緊密な生活実態にこそ主眼がおかれているのではないかと考えることもできる。しかし他方で、⑮に注目したい。⑮は、作為義務を負いたくないのであればそうすることが容易にできたということをわざわざ取り上げている。血縁関係がなく、民法上の保護義務もない、すなわち特別な義務を負うことが明白かつ具体的に定められているわけではない者が作為義務を課されることについての、慎重な配慮が見られることは興味深く、重要であるように思われる。

殺人に関するその他の類型についても簡単に検討する。⑰では先行行為が重視されており、さらに事情を知らないとはいえ山中への連行をともにおこなったはずの共同被告人には作為義務が認められなかったことから、この先行行為には故意や過失が求められると裁判所が考えていることが分かる。⑱や㉑では先行行為や引受け、支配性を総合的に考慮して

おり、⑳では家族関係類似の生活実態から幼児への虐待事例と似たような考慮をしている。㉔は検討の余地のあるケースであり、先行行為と支配性が要素として考慮されているが、その理解が従来一般的になされてきたものよりも広く、批判が寄せられるのも頷ける<sup>120</sup>。

#### 4. 小括

ここまで、先行研究および判例の状況を概観した。

先行研究を分析することにより、わが国はドイツと異なり類型化ではなく一元化によって明確性の要請に答えようとしたこと、その展開の中で、規範的意義と因果的意義という二義性ないし多義性を持つ用語が生まれてきたこと、さらに作為義務の役割が変容してきたことを指摘した。特にこの作為義務の役割の変容は重要である。当初想定されていた、作為義務を不可欠の媒介項とする媒介項アプローチから、実行行為性を直接論証する直接的アプローチへと変容してきたことの評価はどのようになされるべきであろうか。

判例の状況としては、(1) ひき逃げ類型、(2) 虐待類型、(3) 殺人に関するその他の類型をそれぞれ検討した。類型によって異なる考慮がされ、裁判所はそのつど、多元的に根拠要素を使い分けていることが分かる。結論として問題があるケースが少ないことから、裁判所は適切な多元的運用を試みているものと思われるが、その指針ないし基準は未だ明らかとはいえない。

そこで、わが国における作為と不作為の同価値性をどのように担保すべきかを検討するにあたり、続いてドイツにおける不作為の当罰性に関する議論を参照する。ドイツにはわが国と異なり、刑法上、不真正不作為犯を処罰するための条文がおかれている。そのこととの関係でドイツとの相違を具体的に明らかにすることによって、わが国に求められる作為と不作為の同価値性はどのようなものなのか、そして、それを担保するにあたり媒介項アプローチと直接的アプローチのどちらが妥当であるのかを検討する。

### III わが国における作為と不作為の同価値性 ——ドイツとの法構造上の相違から

#### 1. ドイツ刑法 13 条 2 項をめぐる議論

##### (1) ドイツ刑法 13 条の構造

ドイツ刑法 13 条は、以下のように定める。

<sup>120</sup> 西岡・前掲注 (119) 90 頁以下、岩間・前掲注 (119) 47 頁、中森喜彦「批判」近畿大学法科大学院論集 7 号 (2011 年) 129 頁。

ドイツ刑法第13条<sup>121</sup>

- 1項「刑罰法規の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、その者が結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法律上の構成要件の実現に相応する場合に限り、この法規によって罰する」
- 2項「第49条第1項により刑を減輕することができる」

このように、ドイツ刑法13条1項は、「不作為が作為による法律上の構成要件の実現に相応する場合に限り」不作為を可罰的であるとしている。この相応性条項が存在するにもかかわらず、2項は、不作為犯を減輕対象としているのである。

## (2) ドイツ刑法13条の立法過程における議論

この問題は、相応性条項と減輕規定との矛盾として、とりわけドイツ刑法改正過程において盛んに議論された点である。この領域については詳細な先行研究が存在する<sup>122</sup>ため、本稿ではこれを参考に、必要な限度で改正過程における議論に触れる。

1962年草案の不真正不作為犯規定の成立過程において、刑の裁量的減輕規定の要否が議論された。ここでは、Jescheckが、不作為の裁量的減輕を主張した。Jescheckは、不作為が作為と同視されるのは、その不作為が作為と同様に当罰的である場合であるとしながら、その一方で、不作為は原則として作為よりも重大ではないとし、任意的減輕を求めたのである<sup>123</sup>。しかし、結局のところ、この規定は採用されなかった。その理由は、同価値性を要件とすることと減輕規定をおくこととの矛盾と、これをおいた場合に同価値性が軽視されるおそれであった。不作為の不法の程度が低いことについては、量刑上考慮する、あるいは同価値性の観点から正犯ではなく従犯と判断することにより、対応しようとされた<sup>124</sup>。しかし、不真正不作為犯について刑の任意的減輕を採用すべきであるという意見はかねてより強く<sup>125</sup>、この草案が提出されてからも、任意的減輕を要請する見解は有力であった。

こうした状況の中、西ドイツ連邦議会の刑法特別委員会における審議で、ついに減輕規定が設けられた。ここでは、1962年草案が作為と「同価値」(gleichwertig)であることを要求していたのを、「相応」(entsprechen)することに修正している。任意的減輕と同価値性との矛盾を避けるためである。報告書は、「不作為が構成要件の積極的実現と実際に同等で

<sup>121</sup> 邦語訳は樋口亮介ほか訳『刑事法制資料 ドイツ刑法典』(法務省刑事局、2021年)41頁より引用。

<sup>122</sup> 内藤謙『刑法改正と犯罪論 日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開(下)』(有斐閣、1976年)428頁以下、萩野・前掲注(2)50巻3号71頁以下。

<sup>123</sup> 内藤・前掲注(122)441頁、Niederschriften über die Sitzungen der GroßenStrafrechtskommission Bd.12., 1959, S.436 f.

<sup>124</sup> 内藤・前掲注(122)458頁、『1962年ドイツ刑法草案理由書(総則篇)一第1分冊一』(刑事基本法令改正資料第10号・法務省刑事局・1966年)99頁以下。

<sup>125</sup> Mezger, a.a.O.(Anm.20), S.148.

なければならないという要件に固執したならば、刑の裁量的軽減のような規制をする余地がなかったであろう」<sup>126</sup>としている。そして、そうまでして軽減規定を設けた理由は、「法学説において、構成要件的结果の回避の不作為は、その他の事情が同じであれば、積極的な作為による当該結果の招来よりも通常重大さが少ないこと、そしてそれゆえに、不作為のケースのために軽減が創設されるべきであるということが、繰り返し指摘されている」<sup>127</sup>からであるとする。この草案が現行のドイツ刑法に受け継がれ、今に至っている。

### (3) 作為と不作為の当罰性の相違

以上のような経緯から、ドイツにおいて、不真正不作為犯は任意的軽減の対象となっている。そこで注目されているのが、不作為の当罰性の低さである。作為と不作為の区別の論点においても、この不作為の当罰性の程度の劣後性を根拠に、作為の優先性を論じる見解が存在する<sup>128</sup>。ドイツにおいては、たとえその不作為が作為と「同価値である」ないし「相応する」ものであっても、その当罰性には差異があるということを、さほど違和感なく受け入れているということが分かる。

Roxin は、「特に純粋な結果犯の場合には、不作為犯の違法と責任の内実は、13条1項に従って同価値性に疑いがない場合でも、他の事情が同じならば (ceteris paribus)、作為犯の違法・責任の内実よりも価値が低い」<sup>129</sup>とする。Bosch は、「何もしないことは、その違法性において、対応する作為犯よりもずっと重要ではない。保障人が溺れる者を救助しないという不作為は、水に突き落とすという殺人の実行行為の実現に確かに相応するものの、その当罰性において作為に劣る」<sup>130</sup>とし、Weigend は、作為の当罰性の高さについて、「保護された対象に積極的に作用する者は、社会倫理的な要請のことさらな無視を表明しており、…大きな内心の抵抗を克服しなければならない」「責任の次元でも——他の条件が等しければ、積極的に損害を与えないようにすることは、結果回避のために介入することよりも、むしろ強えられるべきである」<sup>131</sup>と説明する。

作為と不作為では当罰性が異なるという理解は、フランスにおいてはより顕著に表れている<sup>132</sup>。フランスでは罪刑法定主義の要請から、不真正不作為犯を原則として否定するのが

<sup>126</sup> Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Drucksache V/4095, S.8; 邦語訳は内藤・前掲注(122)490頁を一部参照。

<sup>127</sup> 前掲注(126)。邦語訳は内藤・前掲注(122)494頁より引用。

<sup>128</sup> Günter Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 194; Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S.212; 本稿第2章II 1(4)参照。

<sup>129</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.239.

<sup>130</sup> Sch/Sch-Bosch, § 13, Rn.64.

<sup>131</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.98.

<sup>132</sup> Schrägle, a.a.O.(Anm.5), S.41 ff. がフランスにおける不真正不作為犯の取り扱いについて論じ、S.44

圧倒的大勢である。しかし、例外として、過失不作為犯や不作為による幫助は認める傾向にある。ここには、不作為には故意正犯としての作為と同等の当罰性は認められないという認識がみられよう。逆にいうと、不作為の当罰性の程度は、作為による過失や幫助と同程度のものである。

#### (4) ドイツ刑法 13 条 2 項の適用可能性

##### 1) 13 条 2 項を適用すべき例とそうでない例

不作為の当罰性が作為よりも低いといっても、それはあくまで類型的な問題である。Bosch は、「多くのケースにおいて、不作為犯は決して作為犯よりも重要性がないというわけではなく、それに応じた積極的作為よりも低い刑罰がふさわしいということもない」<sup>133</sup>、Weigend は、「消極的行為の当罰性は……類型的に積極的な結果の惹起よりも小さい（ただし、個別具体的なケースにおいては必ずしもそうではない）」<sup>134</sup>というように、不作為だからといって常に当罰性の低さが認められるわけではないことを留保している。

具体的な例として、ひき逃げを念頭においた先行行為の事例には、適用可能性を認める見解が多い。Schünemann は、先行行為事例の当罰性を、212 条（故殺）よりも低く、323 条 c（不救助）よりも高い程度のものであるとし、先行行為事例における保障人的地位の認定を否定し、323 条 c の加重を提案した<sup>135</sup>。このことを受けて Roxin は、先行行為が保障人的義務を導くことを肯定しつつ、「先行行為事例において 13 条 2 項を必然的に援用することによっても」<sup>136</sup> Schünemann が意図した当罰性に相当する処罰が叶うとし、また、「先行行為の事例においては刑の減輕可能性が必要なことは特に明白である」とする<sup>137</sup>。

他方で、虐待事例、特に親が子を餓死させるようなケースについては、多くの見解が、減輕を認めるべきでないとする<sup>138</sup>。

---

ff. において独英仏の比較考察をおこなっている。これによると、独英仏はいずれも不真正不作為犯についての予見可能性・明確性の確保という課題に直面し、ドイツはこれを理論により、イギリスは先例により、そしてフランスは故意正犯の不真正不作為犯の不処罰により成し遂げようとする方向性を持つことが指摘される。なお、フランスにおける罪刑法定主義と不真正不作為犯の関係の議論に関する邦語文献としては、井上宜裕「不真正不作為犯と罪刑法定主義」立命館法学 327・328 号（2009 年）101 頁以下が詳しい。

<sup>133</sup> Sch/Sch-Bosch, § 13, Rn.64.

<sup>134</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.98.

<sup>135</sup> Schünemann, a.a.O.(Anm.30), S.381.

<sup>136</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 32, Rn.153.

<sup>137</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.240.

<sup>138</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.242 は、「母親が子供を意図的に餓死させるか、積極的作為によって故意に死亡させるか」は、当罰性に違いがないと説明する。また、Sch/Sch-Bosch, § 13, Rn.64 は、「2 項に基づく刑の減輕は、特段の事情が存在しない限り、小さな子どもを餓死させた母親には適用されない」とする。LK-Weigend, § 13, Rn.98 も、両親による小さな子供の世話の義務は特段の事情がない限り、刑を減輕すべきではないとする。

## 2) 考慮すべき要素の「不作为との関連」性

13条の適用可能性の判断にあたり考慮すべき事情の範囲が一つの論点となる。

BGH NJW 1982, 393 (BGH 1981年11月3日判決) および BGH StV 1987, 527 (BGH 1987年4月1日決定) ではないずれも、子どもへの世話を怠って死に至らしめた母親について、13条2項の適用を認めた。上述のように、親が子を餓死させるようなケースには13条2項を適用すべきではないというのが多数の見解であり、裁判所の判断も本来はそのような傾向にある。しかし本件において裁判所は、被告人がそれぞれ家庭において過酷な状況におかれていたことを理由に、刑を減輕した。その際、裁判所は以下のように説明する。刑の減輕を判断するにあたっては、「不作为による関連する主な観点から、……全体的な価値評価をおこなう」べきであって、作為のために「遵法意志の標準的な投入よりも多くが要求される」場合には、なお13条2項を適用すべきである。他方、BGH NStZ 1999, 607 (BGH 1999年8月17日決定) は、その全体的な考慮は「不作为に関連するものに限られない」とさえいう。裁判例は、13条2項の適用可能性を判断するにあたり、かなり柔軟に、様々な事情を考慮しているといえる<sup>139</sup>。

これに対し、学説は「不作为に関連する」ことをより重視し、反対の立場をとるものが多い。Roxin は、13条2項はその趣旨からしてあくまで「不作为に関連する」事情のみによって適用されるべきであるとし<sup>140</sup>、また、個人的な境遇の過酷さは「作為犯であっても（例えば、過大な要求をされた母親による暴行の場合でも）同様に考慮されるべきもの」だから、「通常の刑事枠を適用し、その内部で、母親の主観的状况の一つを考慮した刑の減輕をおこなう方が、より適切」<sup>141</sup>であるとする。BGH NJW 1982, 393 および BGH StV 1987, 527 は、不作为に関連する事情を考慮しているとはいいいながら、実質として、それは不作为固有の事情ではない。したがって、判例の酌んだ事情は、13条2項を適用する理由にはならないというのである。また、Freund も、「不作为は、積極的な作為よりも違法の重要性が比較的小さいものでありうる。したがって、減輕の判断は、標準的な法定刑の設定によって考慮されていないような、作為と同価値な不作为に特有の、合規範的行為の阻害が問題になるか否かによるべきである」<sup>142</sup>とし、さらに Weigend は、適用可能性の判断において重要なのは「犯罪者の行為が、(たいていそうであるように) 他の事情が同じであれば積極的に結果をもたらすことよりも重要性が低いかどうか、または、その不作为の違法性や有責性が、(例外的に) 彼が積極的にふるまったときと同様に評価されるべきかどうか」<sup>143</sup>であるとする。

<sup>139</sup> 池田直人「ドイツ不真正不作为犯論の素描—人身犯の判例法理を中心に—」同志社法学 72 卷 7 号 (2021 年) 980 頁以下が本件に関するドイツの裁判例を紹介し、こうした状況を指摘している。

<sup>140</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.244.

<sup>141</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.246.

<sup>142</sup> MK-Freund, § 13, Rn.304.

<sup>143</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.100.

13条2項が制定された理由があくまで「構成要件的结果の回避の不作為は、その他の事情が同じであれば、積極的な作為による当該結果の招来よりも通常重大さが少ないこと」<sup>144</sup>にあるのならば、これら学説の立場は正当であろう。作為犯であっても、同情を禁じえない、やむにやまれぬ事情から罪を犯すことはある。そのような一般的な事情ではなく、不作為固有の当罰性の低さが問題となるケースにのみ適用するようであれば、2項の制定過程と整合性をとることができないように思われる。

### 3) 13条2項の適用基準

では、どのようなケースには減軽可能性が認められ、どのようなケースにはそれが認められないのか。この基準については、いくらかの説明がありうる。

Roxinは、命令される行為が「生活上の通常の流れにはじめから組み込まれている」場合には刑の減軽が適切ではないとし<sup>145</sup>、Boschは、不作為犯が作為犯よりも重要性が低いとはいえないケースとして妥当するのは「保障人的義務の履行に特別な負担 (Anstrengung) が必要でない場合や、命じられた作為が不作為者の生活の通常の流れとなっている場合」<sup>146</sup>であるとする。Weigendは、刑の減軽を適用すべきでないケースとして「保障人が『通常』期待されるべき行為をおこなわないケース」を挙げる。しかし、その「通常」性よりも一層重要なのは、「行為者が、彼にとって不意の、あるいは葛藤のある状況におかれておらず、結果回避に向けて命じられた協力——その協力は大きな負担ではなく、心の準備もできていて、それ以上の多くを期待されえない——を拒んだということである」とする。そして、逆に刑の減軽を常に許容すべきなのは、「行為者による保障人的義務を履行するために、『遵法意志の標準的な投入』よりも多くが必要となる場合」、その例として「予期しない状況におけるとっさの判断が必要であったり、重大な外部からの障害の克服が必要であったり、重大な自身の利益を犠牲にすることが必要であったり、個人的な危険を受け入れることが必要であったり」<sup>147</sup>する場合であると指摘する<sup>148</sup>。

いずれも、当該不作為者がなすべきであった作為が、どの程度日常的・通常のこととして期待できるかという点を重視している。Boschが指摘するように、このことは、不作為犯は作為犯と比べて、日常における自由の制限がより強いということと関係する<sup>149</sup>ように思われる。結果回避のための作為が、結果を引き起こさないための不作為と同程度に期待できる

<sup>144</sup> 前掲注 (126)。邦語訳につき内藤・前掲注 (122) 494頁参照。

<sup>145</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.242は、母親の例とならんで、転轍係の例も挙げる。転轍係が電車の衝突を引き起こす意図で、違う方向に転轍を入れたか、命じられた操作をしなかったかの間に、当罰性の違いがない。また、Sch/Sch-Bosch, § 13, Rn.64.

<sup>146</sup> Sch/Sch-Bosch, § 13, Rn.64.

<sup>147</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.101.

<sup>148</sup> 「遵法意志の標準的な投入」のフレーズは、BGH NJW 1982, 393 および BGH StV 1987, 527 による。

<sup>149</sup> Sch/Sch-Bosch, § 13, Rn.64.

ものかどうかということが、すなわち作為と不作為との当罰性の相違に関連するのではないだろうか。

## 2. わが国における不真正不作為犯論への示唆

### (1) 罪刑法定主義との関係

ドイツでは不真正不作為犯を処罰するために刑法上の条文をおいているのに対して、わが国にそれはない。そこでまず乗り越えるべき問題は、「一見作為を想定していると思われる条文で不作為をも処罰することは、罪刑法定主義に抵触しないか」<sup>150</sup>ということである。

作為と不作為を規範論的に全く異なるものにとらえ、不作為に固有の要件として保障人的地位を要求するのが保障人説であると理解するならば、かつてわが国において違法性説から加えられた批判は的を射たものである。すなわち、「もし作為犯をかような保障人義務違反に転換することが新たな——禁止違反でなく命令違反を内容とする——構成要件を別に作り出すことになるのだとすれば、少なくとも観念的には罪刑法定主義との関連で困難を生じるであろう」<sup>151</sup>。

この批判に対して通説は、各条文はそもそも一定の不作為を予定しているのであり、罪刑法定主義には反しないとする。その根拠は、作為との同価値性である。すなわち、「一定の作為をしないことに対する互いの期待を破って作為をすること」と、「一定の作為をすることに対する期待を破って作為をしないこと」は同価値であるから、そうした不作為によって禁止規範で禁止されている結果を招いたのであれば、当然に禁止規範の予定する様態——「禁止規範が禁止している不作為」——として考えるというのである<sup>152</sup>。そして、「保障人説は特定の身分犯を認めようとするものではなく、あくまで不作為の実行行為性を基礎づけるための理論である」と説明する<sup>153</sup>。

しかし、ドイツ刑法 13 条 2 項をおくドイツと、そのような条文がないわが国では、一定

---

<sup>150</sup> 金澤文雄「不真正不作為犯の問題性」団藤重光ほか編『犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還暦祝賀』（有斐閣、1968年）235頁。なお、作為犯の条文に不作為犯を読み込むことが罪刑法定主義に抵触するという前提に立ってもなお、不真正不作為犯を「偽装された作為」とみなし、一定の場合に処罰を認める見解として、松宮孝明『刑法総論講義[第5版補訂版]』（成文堂、2018年）85頁。また、不真正不作為犯と罪刑法定主義についての比較的近年の研究として、井上・前掲注（132）。

<sup>151</sup> 団藤・前掲注（3）148頁。

<sup>152</sup> 大谷・前掲注（73）128頁は、「作為の形式で定められている構成要件も単に作為を標準として規定されているにすぎず、禁止も命令もともに法益保護の目的に向けられた規範であるから、法益侵害ないし構成要件の結果発生の実質的な危険においては同じであると解しうる以上は、いずれも同一構成要件に含まれていると解すべき」とする。また、山口厚『刑法[第3版]』（有斐閣、2016年）76頁は、「たとえば、殺人罪は『人を殺した』ときに成立すると規定されているにすぎず、同罪は『作為による』殺人に限定されているわけではないから、不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に違反するとは言えない」と説明する。

<sup>153</sup> 大谷・前掲注（73）131頁。

の違いがあろうことは否定しえない。そこで、これまで見てきたドイツの議論から、2つの示唆を得ることができる。1つは、わが国が不真正不作為犯を処罰するための条文を持たないということ自体から生じる、不作為処罰のための方法論的な示唆である。そしてもう1つは、ドイツは不作為の当罰性や13条2項の任意的減軽規定をどのように解しているか、その議論から与えられる、作為と不作為の同価値性の実体論的な示唆である。

## (2) 方法論的示唆——論証ルートの同一性

ドイツでは不作為に固有の条文を備え、さらに減軽規定を設ける。不作為の当罰性の低さを正面から受け入れ、不作為は作為に相応するものの、あくまで作為とは異なるものとして扱っているのである。

これに対して、わが国では、各条文はそもそも一定の不作為を予定しているとして理解し、作為と不作為を全く同一の条文で取り扱う。それならば、作為と不作為を異なるものとして扱うことに正当性はない。禁止規範違反である作為犯と異なり、不作為犯は命令規範違反であるという理解を貫徹すると、上述の罪刑法定主義違反の誹りを免れない。不作為犯を命令規範によって命令されている作為の不作為ではなく、あくまで作為と同様に「禁止規範が禁止している不作為」<sup>154</sup>と理解するのならば、作為と不作為は、共通のルートを辿ってその実行行為性を論証されるべきであろう。

## (3) 実体論的示唆——当罰性の同一性

固有の条文を持たず、減軽規定も存在しないわが国では、ドイツと異なり、作為と真に同等の当罰性を有していなければ、作為と同様に不作為を処罰することはできないはずである。

ドイツでは不作為の当罰性の低さを認め任意的減軽規定をおくものの、具体的ケースによっては作為と同等の当罰性が認められ、減軽の対象とすべきではない場合は少なからず存在するとする。その類型こそが、わが国の法状況下で処罰しうるものなのではないだろうか。

この考えに基づくと、わが国とドイツの間には不真正不作為犯として処罰することのできる範囲に差ができることになる。そして、それは現に生じている。すでに述べたように、わが国では単純なひき逃げを不作為による殺人として処罰しないのに対して、ドイツではそのような限定は特にされていない。そしてひき逃げのケースは、13条2項を適用すべき典型例としてしばしば引き合いに出される<sup>155</sup>。もし、単純なひき逃げが常に減軽を必要とする類型なのだとしたら、それがわが国では不真正不作為犯として処罰されないことも、論理必然的であるということができよう。

<sup>154</sup> 大谷・前掲注(73) 128頁。

<sup>155</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.240.

こうしたドイツからの方法論的・実体論的示唆をふまえて、以下、わが国における作為と不作为の同価値性の担保について、ひいては本章が問いとして掲げる「不真正不作为犯の要件論の構造」について、私見を述べる。

## IV 私見

### 1. 真に同等な同価値性の担保

#### (1) 作為義務論の役割——作為と不作为の相違の克服

第2章で検討したように、不作为の実行行為性について、作為との同価値性を担保するのが作為義務論の役割である。そう考えると、その作為義務は、不作为の実行行為性を認定するにあたって、作為のそれには「足りない」部分を補うものでなければならない。つまり、作為と不作为の間に横たわる「相違」を克服する必要がある。

そして、これも同じく第2章で述べたことであるが、作為と不作为の間には、自由制約の程度の差異という意味での規範的な相違と、自然的・物理的な危険の創出がないという意味での因果的な相違が存在する。この両者がともに克服されてはじめて、不作为は作為と同価値であるとされる。すなわち、作為義務は、作為と不作为の間に存在する規範的相違と因果的相違、この2つの相違を克服するものでなければならないのである。

#### (2) 媒介項アプローチか、直接的アプローチか

では、不作为の実行行為性を論証するにあたり、作為義務を媒介項として用いる媒介項アプローチか、それとも直接的に実行行為性を論証しようとする直接的アプローチか、どちらが妥当といえるだろうか。

上述の、罪刑法定主義との関係やドイツの議論から得た方法論的な示唆をふまえると、作為と不作为は、同じルートを通じて論証されることが望ましい。この点、直接的アプローチは、作為と共通の一般的な刑法理論に沿って、直接的に「実行行為性」を認定するものである。「作為義務」という規範的な媒体を用いないため、事実から規範を生むことにならない。「引受け」「支配」などの事実は、あくまで「危険」という事実を説明しているのである。作為犯と共通の「実行行為性」という一般的な刑法理論に沿って、作為と全く同様に不作为犯を論じることで、シンプルに、誠実に、正面から、作為との「同価値性」に応えようとしている。

直接的アプローチをとることで、不作为犯は、実行行為性の認定について固有の要件を必須とする全く別の犯罪類型なのではなく、条文がそもそも等しく想定している作為となんら変わりのないものといえることができる。「作為義務」という媒介項を必須要件として用いないのであれば、罪刑法定主義との関係で寄せられる「禁止規範に命令規範を読み込んでい

る」という批判も緩和しうるであろう。固有の条文を持たないわが国において、こうしたアプローチが支持を広げてきたことには、それなりの理由があったように思われる。

### (3) 直接的アプローチの内容——「はず」論の重要性

実行行為性を作為犯と同様に直接論証するということは、それが「結果発生の類型的・現実的危険を有する行為」<sup>156</sup>であるということを論証しなければならない。しかしその中で、作為は「しない」ことが想定されているのに対し、不作為は「する」ことが想定されている。「しない」ことの想定は原則として当然の前提としてよいのに対し、「する」ことの想定は、あくまで人為的な仮定である。そのため、この作為には無い仮定をどのようにおくべきか検討しなければならない。

ドイツの議論からの実体法的な示唆をふまえると、わが国では、不作為犯は作為と真に同等な当罰性が求められる。そして、ドイツでも13条2項が適用されない類型こそが、わが国でも処罰することのできる、作為と真に同等の当罰性が認められるような類型である。それはドイツの議論によると、義務づけられた作為を履行するにあたって「遵法精神の標準的な投入よりも多く」<sup>157</sup>を必要としない、すなわち作為にあたって何らの「特別な負担」がないような場合であって、その作為が「生活上の通常の流れにはじめから組み込まれている」場合<sup>158</sup>である。

人は普段、誰も何も「しない」だろうと、不作為を標準として想定している。だからこそ、それを「した」場合に事件となる。逆に、当然に「する」ことが標準として想定されているならば、作為は事件にならず、むしろそれを「しない」不作為こそが事件として認識される。そしてそれは、結果に対する原因力や因果性の説明にもなる。作為を標準として想定すると、それによって法益が保護されることが当然織り込まれており、その作為をしないことによって法益を毀損することは可能で、一般通常人はそれを「危険」と認識するためである<sup>159</sup>。

その、作為が標準として想定されていることこそがまさに、作為が「生活上の通常の流れにはじめから組み込まれている」状態であり、「作為が不作為者の生活の通常の流れとなつて」おり、その行為が「通常」期待されていることに当たるのではないだろうか。そしてそうではない場合、たとえば Weigend が刑の減輕を常に許容すべき例として挙げる、「予期しない状況におけるとっさの判断が必要であったり、重大な外部からの障害の克服が必要で

<sup>156</sup> 大谷・前掲注(73)122頁。

<sup>157</sup> BGH NJW 1982, 393; BGH StV 1987, 527.

<sup>158</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.242.

<sup>159</sup> 実行行為の定義については改めて後述するが、大谷・前掲注(73)122頁は、実行行為性について「客観的な危険に対する一般人の危惧感が判断の基準となる」とし、これは不真正不作為犯においても同様で、同129頁は、不作為の有する法益侵害の危険性について、「ここでいう危険性は、社会通念上危険があるものとして法が命令・禁止するものをいうから、不作為犯の実行行為性を確定する場合には、作為と同様の現実の危険性を有すると一般人が認めるかどうかを基準となる」と説明している。本稿はこの立場に依拠するものである。

あったり、重大な自身の利益を犠牲にすることが必要であったり、個人的な危険を受け入れることが必要であったり」<sup>160</sup>する場合には、作為を当然に標準として想定することができず、それゆえに、不作為が結果を生み出したということができない。したがって、このような類型は、わが国では不真正不作為犯として不可罰に傾くであろう。

以上により、従来の直接的アプローチの試みとドイツとの比較法をふまえると、直接的アプローチは、作為の原因力を論証する、すなわち、作為を当然の標準として想定できることの論証を含むものということができる。「作為をするはずだといえるかどうか」という「はず」論こそが直接的アプローチの一つの要であり、また、それは作為と不作為の因果的相違を乗り越えるものでもある。

#### (4) 直接的アプローチに残る課題

ところが、直接的アプローチには課題が残されている。

第一に、作為と不作為の相違について、その因果的相違しか乗り越えていない点である。第2章で述べたように、作為と不作為との間には因果的相違の他に、規範的相違がある。この規範的相違が、直接的アプローチによっては解決されていないのである。

第二に、不作為犯はそれが処罰される以上、作為しなければならなかった、つまりその作為を義務づけられていたことに変わりはない。作為義務を媒介項として利用せず、あくまで直接的に実行行為性を論証するとしても、その義務性を完全に無視することはできないであろう。そこで、その作為が当然に想定されているだけでなく、義務づけられているといえるかどうか、すなわち「べき」論を検討しなければならない。

#### (5) 同価値性を担保する両輪としての「はず」論と「べき」論

##### 1) 「はず」論と「べき」論の違い

「はず」という見込みは、統計的・事実に基づく評価である。たとえば、毎日同じ時間に同じルートでジョギングをする人がいるとする。その日課が何年もの間、一日も欠かさずなされてきたとしたら、人々は、「明日のこの時間も、彼はここを通るはず」と予測する。だからといって、彼がジョギングをす「べき」であるとは限らない。ジョギングをするかしないかは本来彼の自由である。「はず」は人以外にも観念しうる。毎朝例外なく鳴く鶏は明日の朝も鳴く「はず」である。明日の朝も太陽は東から昇る「はず」であるし、それが冬の朝ならば水たまりは凍っている「はず」である。鶏も太陽も水たまりも、誰かからそれを義務づけられているわけではない。ただそれをずっと繰り返してきたことによって、外から見た人間が次も同じようになる「はず」だと経験的・統計的に評価するに過ぎないのである。

他方で、「べき」というのは、ルールという意味での規範的評価であり、義務づけである。たとえるなら、「法定速度は時速 40 キロメートルであるから、彼も時速 40 キロメートルで

<sup>160</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.101.

運転すべきだ」というものである。だからといって、彼が本当に時速40キロで走るかどうか、その蓋然性は、その国や地域、時代によっても変わってくる。もしもこの法定速度が形骸化していて、誰もが50キロを超えて運転しているのだとしたら、彼だけが40キロの法定速度を守る高い蓋然性を見込むことはできない。つまりこの場合、彼は時速40メートル以下で運転す「べき」であるにもかかわらず、時速40メートル以下で運転する「はず」ではないのである。この「べき」という概念は、「はず」とは違い人にもみ成立する規範であり、責任を追究するための重要な前提となるものである。すでに述べたように、「はず」だけでは、誰に義務づけられているわけでもなく、責めることができないからである。

これらはもちろん相互に影響することもある。社会が「はず」だと強く期待することが、「べき」という規範を形成することもある。また、「べき」という規範があるからこそ、それに適合する行動をとる「はず」だと、蓋然性を評価することもあると考えられる。しかし、本来は、この二つはあくまで別の概念であり、これを意識的に区別することに意義があると考えられる。

#### 2) 「べき」論の必要性

作為を当然に標準として想定できるかどうかという「はず」論は、規範性を有しない、単なる経験的・統計的な事実の評価である。しかし、ひとたび刑法上の実行行為性の認定においてこの仮定がなされると、事実上、それをせよという命令規範が生じてしまう。そのため別途、この作為はなされる「はず」なだけではなく、「べき」でもあるのだと、正当化しなければならない。それこそが、不作為固有の要件としての、本来の意味での「作為義務」である。

前述のジョギングの例で説明すると、次のようになる。彼が明日の朝もここを通る「はず」だという仮定を設定することは、日常的にはあってよいことである。それは単なる事実上の期待であり、何らの効果をも生み出さない。しかしこれを、刑事罰という効果を伴う刑法的評価のプロセス上で設定するためには、「はず」だけでは足りない。刑法という規範的枠組みにこの仮定を持ち込む以上、その設定を正当化するには、彼が明日の朝もジョギングをす「べき」だといえるだけの事情が必要なのである。

すでに述べたように、「はず」論だけでは、作為と不作為との間にある因果的相違しか乗り越えることができていなかった。この「べき」論が加わることで、もうひとつの相違である規範的相違を乗り越えることができるのである。

この、直接的アプローチによって実行行為性を論証していく中で、当然に想定される作為を仮定することの正当化を図るための義務論のことを、これこそが本来の意味で不作為固有の要件論であるという意味を込めて、「固有の意味の作為義務」と呼ぶ。

#### 3) 「はず」論と「べき」論による同価値性の担保

##### (i) 私見と媒介項アプローチとの違い

なんらかの作為が仮定されて、その義務づけをする必要があるならば、それは作為義務を媒介項とする媒介項アプローチと変わらないように見えるかもしれない。

しかし、私見によると、論証の手法はあくまで作為と共通の、直接的アプローチである。実行行為性の論証の中で、その不作為が結果を発生させる危険な行為であることを示すために、いかにその作為が本来、通常、当然に予定されるものであったのかを明らかにする。これが本筋であることに変わりはない。その上で、予定されている作為が、単に予定されているだけでなく義務づけられているとまでいえるかというのが、私見における不作為犯固有の作為義務要件なのである。それは決して、実行行為性を認定するにあたっての媒介項として作為義務を用いているわけではない。

#### (ii) 私見と従来の作為義務論との違い

私見が従来の作為義務論と異なる点は、作為と共通の実行行為性の論証の問題と、その過程で仮定される作為の義務性の問題とを明確に区別することにある。前者は、義務づけとは関係のない「はず」論であり、作為と共通した犯罪一般の要件である。これに対して、後者はいわば本来の意味での作為「義務」論であり、不作為固有の要件である。前者は作為と不作為との間の因果的相違を乗り越え、後者は規範的相違を乗り越える。

この犯罪一般の要件と不作為固有の要件は異なるものであるにもかかわらず、従来合わせて「作為義務」と呼ばれ、根拠論が展開されてきた。犯罪一般に必要で、当然要求されて然るべき部分が、それが不作為であるがゆえに「作為義務」という要件論に押し込められ、本当に不作為固有の事情である部分と、一般的な要請とが混在してしまったことに、議論の混迷の一要因があるのではないだろうか。

#### (iii) 「はず」論と「べき」論の相互依存性

「はず」論と「べき」論は、作為と不作為の同価値性を基礎づけるにあたり、相互に依存関係にある不可欠の両輪である。一定の作為がいかに当然なされる「はず」といえたとしても、その仮定が「べき」論によって正当化されない限り、実行行為性は認定しえない。他方で、たとえある作為を「べき」論で義務づけることができたとしても、その作為が当然の標準として想定できなければ、つまり当然なされる「はず」とまでいえなければ、やはり実行行為性の認定には至らない。この作為の仮定（「はず」論）が作為と不作為の因果的相違を克服し、固有の意味の作為義務（「べき」論）が作為と不作為の規範的相違を克服することによって、作為と不作為の同価値性が、はじめて担保される。

これを子の不救助の例で説明するならば、次のようになる。まず、「はず」論である。「民法 820 条という法規範が存在する」という事実から、「親権者は子を救助するはずだ」と仮定する。次に、「べき」論である。その仮定を、「民法 820 条という法規範」が与える「監護すべきだ」という規範そのものによって、正当化する。こうして正当化された「仮定」を前提に「危険」を法的に評価し直したならば、親権者が救助するはずだから子に危険はなく、にもかかわらず救助しなかったならば、それによって危険が創出されたと説明できる。

「作為義務」の意義の変容には、悩ましいジレンマがあった。不作為の特殊性に鑑みて「実

行行為性」を「作為義務」という媒介項におきかえることを貫徹すると、犯罪一般の「実行行為性」の要件論から乖離していくおそれがある。その一方で、直接的な実行行為性の論証は、「作為義務」を実行行為性があることの言いかえとしてその必要不可欠性を薄め、不真正不作為犯を犯罪一般の「実行行為性」の要件論へ引き戻すものといえるが、これは逆に、不作為の特殊性への配慮を減退させるおそれがある。そこで本稿は、あくまで作為と同様に直接的アプローチを進める中で、不作為の特殊性に配慮し規範的な考慮としての義務づけをも要件に加えることで、作為と不作為の同価値性を余さず担保できるものとする。

#### (iv) 先行研究との整合性

これまでの先行研究は、事実的要素を重視し、客観的・一元的に実行行為性を論証しようとするものと、規範的要素を重視し、規範的観点から作為義務を紐解こうとするものとの間、あたかも対立するかのよう整理される局面もあった。しかし、規範と事実の両方が必要であるという発想は、既存の見解においても十分に意識されている。

前述のように西田は「支配」という物理的・因果的要素を重視しつつ、これに「自ら支配を設定した」ことやその他規範的事実を考慮するという判断枠組みを提示している<sup>161</sup>。佐伯はこの見解を修正するような形で「支配」に先行行為ないし危険の創出を加えるが、この趣旨は、因果的支配に加え、本来自由であるはずの個人に対して例外的に作為を義務づけることを正当化する必要があり、そのために事前の危険創出を要求するというものである<sup>162</sup>。すなわち、因果的観点だけではなく、その自由制約を正当化する要素が別途必要であると考えるのである。さらに橋爪は「人は自由な行動の可能性を享受することができるから、その自由を制約して一定の作為を義務づけるためには、何らかの実質的根拠を要求すべきである」<sup>163</sup>とし、付加的要件として、「行為者に作為義務を課して一定の作為を義務づけ、その違反があった場合には処罰することを正当化するためには、そのような負担を正当化する何らかの事情」<sup>164</sup>を要求する。その付加的要件を具体化すると、危険の創出のみで正当化するのではなく、「危険創出行為（または保護の引受け）を行為者に義務を課すべき典型的な場面としつつも、例外的に親子関係、行為者の地位・職責などの規範的要素から義務づけがなされる場合もある」とし、こうした結果原因の支配と自由制約の正当化という「両者の観点とともに充足されることによって、行為者に作為義務が課されることとなる」<sup>165</sup>とまとめている。また、島田は先行行為ないし危険の創出を重視しつつ、その危険創出は物理的なものでなくとも、脆弱な被害者や危険物の管理をゆだねられている一定の社会的役割につくことによって、ありえたかもしれない保護措置がおこなわれる可能性を奪うことでも足りるとする。そして、自由主義の要請から、その地位に自らの意思でついたことをも要求するので

<sup>161</sup> 西田・前掲注（82）89頁以下。

<sup>162</sup> 佐伯・前掲注（76）89頁以下。

<sup>163</sup> 橋爪・前掲注（85）67頁。

<sup>164</sup> 橋爪・前掲注（85）72頁。

<sup>165</sup> 橋爪・前掲注（85）73頁以下。

ある<sup>166</sup>。このように、因果的観点と規範的観点がともに克服されるべきであるということは、これまでも指摘されてきた。

さらに近年の事実的要素の規範化や規範的要素における事実的要素の活用も、規範と事実がそれ単独では満足に機能しない、いわば両輪であるということから生じているのではないだろうか。

それではより具体的に、直接的アプローチにおける「はず」論を含む実行行為性の論証と、そこに介在する「べき」論は、どのような要素によってその要件が満たされるか。一つずつ検討する。

## 2. 直接的アプローチによる実行行為性の論証の内容

### (1) 実行行為性の定義

本稿では実行行為を「結果発生の類型的・現実的危険を有する行為」<sup>167</sup>と定義し、実質的客観説の立場から、その現実的危険を創出したことをもって実行行為性を認める。そしてここにいうところの現実的危険は、「行為の当時において一般人が認識しえた事情、および行為者が特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立って、一般人の立場から」<sup>168</sup>考えるべきである。

### (2) 不作為犯における「危険」の概念

危険創出の判断は純客観的・科学的・自然的なものとしてなされるのではなく、一般人による評価をもってなされなければならない。不真正不作為犯においてはこれが顕著である。子の不救助の例でいうと、自然的な危険の創出は、子どもが川に落ちた時点である。しかし、これを法的に評価し直すと、その時点はまだ親が子を救助するであろうから、危険はない。法的な危険の創出は、親が子を救助しない不作為をとった時点である。本稿のいう危険の創出とは、原則としてこの仮定を前提とする、法的な意味での危険の創出である<sup>169</sup>。

### (3) 不作為の実行行為性論証のために必要な要素

作為犯の実行行為性が認められるには、次の3つのことが明らかでなければならない。

- ・本来、当該作為をしないはずであったこと

---

<sup>166</sup> 島田・前掲注(76) 116頁以下。

<sup>167</sup> 大谷・前掲注(73) 122頁。

<sup>168</sup> 大谷・前掲注(73) 374頁以下。未遂と不能の区別における具体的危険説の立場による。その他具体的危険説に立つ見解として、川端博『刑法総論講義[第2版]』(成文堂、2006年) 439頁、佐久間修『刑法講義』(成文堂、2009年) 325頁、福田平『全訂刑法総論[第5版]』(有斐閣、2011年) 223頁など。

<sup>169</sup> このため、本稿のいう「危険の創出」とは、従来唱えられてきた、先行行為等によってもたらされる自然的な「危険の創出」とは区別される。

- ・それゆえに、本来、危険ではなかったこと
- ・それにもかかわらず当該作為をしたことで、現実的危険が生じたこと

しかし、人がなにも「しない」ことや、事前に危険が「なかった」ということは通常当然の前提としてよいから、とりたてて問題になることはない。そのため、論点はもっぱら、その作為が現実的危険を生じさせるようなものであったかどうか注がれる。

他方、不作为犯の場合は次のことを明らかにしなければならない。

- ・本来、一定の作為（結果回避措置）をするはずであったこと
- ・それゆえに、本来、危険ではなかった（結果は回避されるはずであった）こと
- ・それにもかかわらず一定の作為をしなかったことで、現実的危険が生じたこと

人が何かを「する」ことは、通常当然の前提とすることはできない。また、不作为犯の場合、自然的にはすでに危険が存在しているのが通常である。したがって、一定の作為をする「はず」であったために事前に危険は「なかった」と法的に評価し直せることを、別途論証する必要がある。

なお、現実的危険の論証が必要なことについては、作為犯と同様である。しかし、不作为犯は既存の危険の放置であるから、その放置された危険が本当に実現するかどうかは、作為犯よりも丁寧に検討する必要がある。具体的には、第三者によって救助される見込みがどの程度あるか、ということである。第三者による救助や、場合によっては被害者が自力で窮地を脱するなどの見込みが大きいならば、不作为者による放置の影響力はないに等しい。したがって、このような場合もふまえて、結果発生の実況的危険（結果発生のおそれ）の程度をはかる必要がある。

以上のことを言いかえると、不作为犯の実行行為性を直接論証するにあたって必要な要件は、次の3つに整理することができる。

- ①結果回避措置の蓋然性——「はず」論
- ②結果回避可能性
- ③結果発生 of 蓋然性

なお、「はず」論にあたって、行為者の内心の意図や属人的な性格等の要素は考慮しない。「実ははじめから殺すつもりだったから」や、「もともと反規範的な性格の人だから」といった理由で、「作為する『はず』とはいえない」という評価になるのは不当である。これはあくまで、当該立場におかれた通常人が一般的にどのように行動するかという判断である。他方、「はず」論は事実の経験的・統計的評価であるから、個別具体的な様々な客観的事実が判断材料となってしかるべきである。

### 3. 固有の意味の作為義務——「べき」論

次に、本来の意味で不作为固有の要件ということが出来る、仮定された作為の義務づけについて論じる。

この義務づけは、あくまで仮定の正当化のための「べき」論である。

これは処罰の直接の根拠としての規範論ではない。処罰根拠となる規範はあくまでも、作為と共通の各条文に構成要件という形であらかじめ法定されたものである。したがって、作為義務の根拠を法令に求める場合にしばしば寄せられる「刑法以外の規範がなぜ刑法上の義務を構成しうるのか」という批判は、ここではあたらない。「仮定」が正当化できればよいのだから、刑法であっても民法であっても、また法令でなくとも、様々な事情がこの「べき」論を構成しうる。

むしろ、最も明確なのは法令や契約といった、既存の具体的な規範である。しかし、それがなくとも、「はず」とみなされるような状況を自らの判断で受け入れたとか、あるいは自らの責めに帰すべき事情によって招いたとか、そういった自己選択・自己責任の事情も正当化根拠となりうる。さらに、その当否や理論構成に議論があるにせよ、社会システムからの義務づけが叶う可能性もあるが、本稿ではその妥当性には踏み込まない。

なお、この固有の意味の作為義務は、実行行為性と別個の外付け要件というわけではない。あくまで実行行為性の要件である。なされる「はず」の作為がなされる「べき」でもあってはじめて、それを実行行為性の基礎におくことが許され、それゆえに不作為を「危険」ということができるのである。

#### 4. 従来の根拠論および諸要素の位置づけ

ここまでで、「作為義務論」と呼ばれてきた問題を、直接的アプローチによる「実行行為性の論証」という作為と共通の問題と、「固有の意味の作為義務」という不作為固有の問題とに分解し、整理し直した。

それでは、この構造を前提にすると、従来の根拠論および諸要素は、どういった事項を認定するための判断材料であって、作為と不作為のどういった相違を克服するものであったと位置づけることができるだろうか。以下は、「I 本章の問題設定」で示した第二の問い、「従来の作為義務の根拠要素はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」に答えるものである。

##### (1) 各根拠要素の位置づけ

当初の形式説に代表される伝統的な作為義務論は、実行行為性をすべて「作為義務」で代替しようとしたため、「実行行為性の論証」という犯罪一般への要請から離れがちであった。これに対して実行行為性の論証に重きをおいた近時の事実一元説的見解は、本来犯罪一般に要求されている「実行行為性」を説明すると同時に、不作為固有の要件としての「作為義務」の要請にも応えるという二重の責務を、「作為義務」という一つの言葉に負わせざるをえなくなっていたように思われる。この結果、一つの根拠要素が複数の役割を担うことになり、そのカバー範囲が根拠要素ごとに異なったために、「一長一短」という現象が生じていたのである。

この理解をもとに直接的アプローチによる「実行行為性の論証」と、その過程における作

為の仮定を正当化する「固有の意味の作為義務」を区別して、代表的な根拠要素および「作為可能性」や「作為容易性」、「結果回避可能性」を整理し配置したのが次の表である。

実行行為性認定のための指標		従来の根拠論	
実行行為性の認定	実行行為性の論証 [一般的要件] [因果的相違の克服]	結果回避措置の蓋然性（「はず」論）	法規範の存在、保護の引受け、支配性、効率性、親子等の特別な関係 作為可能性、作為容易性
		結果回避可能性	結果回避可能性
		結果発生 の蓋然性	法規範の存在、保護の引受け、支配性、効率性、親子等の特別な関係
	固有の意味の作為義務 [不作為固有の要件] [規範的相違の克服]	(明示的な)既存の具体的規範	法令、契約、事務管理
		自己選択・自己責任	先行行為、保護の引受け、排他的支配性や効率性の高い状況を「自ら」設定
		社会システム	条理、社会的期待、管轄

太枠で囲んだ部分が、不真正不作為犯の認定にあたって満たさなければならない指標となる。従来の根拠論が、この指標のどの部分について働くものであったのかを、右列にまとめた。なお、ここでは従来の根拠論をひとまず位置づけたにとどまり、その適否にまで具体的に踏み込むわけではない。また、右列の根拠要素が、太枠内の指標を満たすための必要十分条件であるというわけでもない。具体的事案によっては、必ずしもこれら根拠要素にあてはまるわけではない事情から、十分にこの指標が満たされるということもありうる。その具体例を、のちに裁判例の検討で述べる。また他方で、いずれか一つの要素があったからといって、直ちにその指標を満たすと評価できるわけではない。個別具体的事情によって、その要素がどの程度働くかは様々である。その旨の指摘や具体例については後述する。

太枠内の指標について、改めて簡単に説明を加えておく。実行行為性の認定にあたっては、作為と同様の直接的アプローチによる実行行為性の論証と、固有の意味の作為義務の両方が必要である。

実行行為性の論証に含まれるのは、犯罪一般の要件論である。ただし、作為犯では当然のこととして検討されないような部分にも、不作為犯では踏み込む必要がある。第一に、結果回避のための作為が当然に想定されているといえるほど、高い蓋然性を持っていたかということ（結果回避措置の蓋然性）。第二に、その作為がなされれば結果は回避されえたのかということ（結果回避可能性）。第三は作為でも同様に検討すべき結果発生の実現的危険の評価であるが、不作為は既存の危険の放置であるから、他者が回避措置をとるなどによって結果の発生が妨げられる見込みについても考えなければならない（結果発生 の蓋然性）。

次に、固有の意味の作為義務、つまり、「仮定」を正当化することのできる何らかの事情

が、不作為固有の要件として求められる。表には従来の根拠要素の系統に合わせて、具体性の高い順に「既存の規範」「自己選択・自己責任」「社会システム」という3類型にカテゴライズしているが、これはあくまで単なる分類であって、すべてを満たさなければならないようなものではない。表の罫線を二重にしているのはその趣旨である。

これらの指標を、従来の根拠論はどのようにカバーしていたのであろうか。

#### 1) 法規範の存在

法規範の存在は、「そのような法律があるなら、きっと、法律にしたがった作為をおこなう『はず』だ」と、結果回避措置の蓋然性を推認させる。さらに「あの人がやるはずだから、自分はやらない」と他者の介入がおのずと控えられることで、結果発生 of 蓋然性を高める効果もある。このように、結果回避措置の蓋然性と結果発生 of 蓋然性との間には、正の相関が認められる場合がある。

このように、「法規範の存在」は、実行行為性の論証のうち、結果回避措置の蓋然性と、結果発生 of 蓋然性のいずれにも位置づけられる。

なお、先にも述べたように、何らかの法規範があれば常にこれらの蓋然性が説明できるというわけではない。法規範の存在の持つ蓋然性の推認力は、具体的な法規範によって様々である。法定速度の例にみられるように、必ずしもその法令の存在が直ちに高度の法令遵守行為の蓋然性を推認させるとは限らない。

なお、法規範それ自体は、「固有の意味の作為義務」をも説明することができる。「既存の規範」の「法令」や「契約」といったものがまさにそれである。伝統的規範的要素であるところの「法規範」を実行行為性の論証にも転用することで、いずれをもカバーしうる形に昇華しようとしたのが、「法規範の存在」を作為義務の根拠とした見解の巧みさである。

#### 2) 保護の（事実上の）引受け

保護の引受けという事実は、「あの人が引き受けたなら、あの人がやる『はず』だ」という結果回避措置の蓋然性を高度に推認させる。また、ある者が保護を引き受けた以上、他者はその保護に介入することを控えるようになり、結果発生 of 蓋然性をも高める。引き受けたのちの態様によっては、次の支配同様、物理的にも他者を排斥する可能性もある。

また、保護を引き受けたという自らの選択が自己選択として、固有の意味の作為義務をも基礎づける。

#### 3) 支配性

支配という事実は、「あの人が支配しているなら、あの人がやる『はず』だ」と、結果回避措置の蓋然性をある程度推認させる。また、「因果経過の支配」とはまさに、「結果発生」の確実性の確保である。支配によって、他者の介入など、結果発生を妨げる介入を物理的に排除することができる。他方で支配性説は、固有の意味の作為義務にも配慮する。それが「自

ら支配を設定した」という、自己選択であり、またこれがない場合には、他の規範的事情を要求する。支配性説は「事実的要素を重視するといいいながら規範的要素も取り入れている」とかねてより指摘されてきたが<sup>170</sup>、実はその点こそが、支配性説の優れた点なのである。

#### 4) 先行行為

「先行行為」は、もっぱら固有の意味の作為義務、具体的には自己責任に位置づけられる。なぜなら、実行行為性の論証については困難が生じるからである。確かに先行行為は危険の創出を補う事実的要素を重視するものとして展開された。しかしすでに述べたように、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ず、その前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>171</sup>。他方で先行行為は義務の賦課を正当化する。ただしそういえるためには、先行行為が刑法上犯罪になるか否かは別としても、故意や過失による違法なものでなければならない<sup>172</sup>。そうでなければ、義務の賦課を正当化するに足る自己責任を見出せないからである。

#### 5) 効率性

ある者が結果回避措置を最も効率的になしうるという事実は、「その者が結果回避措置を担当する『はず』だ」という結果回避措置の蓋然性のある程度推認させる。またそのことにより、より効率性の低い他者が干渉することを自重するという意味で、結果発生蓋然性も推認させる。そして、行為者自らがそのような地位に就くことを事前に選択したとみなしうるという要件は支配性と同様に、自己選択を基礎づける。

#### 6) 親子等の特別な関係

形式的三分説から発展し、より実質的な事情に目を向けた「緊密な生活および危険共同体」、法令から離れた親子関係などの身分関係・社会的地位、依存関係などがこれにあたる。

これは形式的三分説に由来する規範的な根拠論として提唱されてきた。しかし、こうした関係性が存在するというを他者がみたときに、特別な関係にある者が結果回避措置を

---

<sup>170</sup> 十河・前掲注(79) 719頁。

<sup>171</sup> 中森・前掲注(79) 6頁、佐伯・前掲注(76) 86頁、十河・前掲注(79) 714頁。

<sup>172</sup> 注(80)でも紹介したところであるが、日高・前掲注(76) 158頁以下は、この根拠を「自己責任の原則」に求めるとする。私見はこの視座に賛同するものである。他方で、佐伯・前掲注(76) 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た上で、「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・前掲注(76) 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。確かに、先行行為による危険の創出の性質を単に事実としての他人の利益の侵害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。しかし、本稿の立場では先行行為をあくまで義務の賦課を正当化するだけの帰責性の根拠としてとらえるため、どうしても過失は要求されなければならない。

なす蓋然性が高いと評価し、また、そのために他者が介入することを控えるために結果発生  
の蓋然性も高まる。危険の評価が自然的・物理的なものではなく、一般人を基準とする法的  
判断である以上、蓋然性の判断にこうした事情が影響を与えることは、むしろ社会生活上当  
然であるように思われる<sup>173</sup>。ゆえに、これらは規範的根拠とされてきたが、事実・一元説が  
目指すような因果的な説明にも十分に貢献するのである。

他方、この関係性に基づいて保護措置を「すべき」とまで評価するには、民事上の義務づ  
けの法令を指摘するのが最も早道である。そういったものが無いのであれば、こうした関係  
に入ったことにつき、自らの選択や責任が必要となる。それさえも無ければ、社会システム  
に正当化根拠を求めるしかない。

#### 7) 法令、契約、事務管理

あくまで「法規範の存在」とは区別された、法規範の規範性そのものとしての、法令、契  
約、事務管理である。これはきわめて明確で分かりやすい既存の規範として、固有の意味の  
作為義務を基礎づける。

#### 8) 条理、社会的期待、管轄

これらは社会システムという広い意味で、固有の意味の作為義務を基礎づける。親子等の  
特別な関係は、それだけでは実行行為性の論証段階でしか機能しない。特別な関係がそれ自  
体固有の意味の作為義務を基礎づけるためには、その関係から生じる社会的期待ないしそ  
れに基づく条理を理由としなければならない。これについてはその内容が曖昧であるとい  
う明確性の問題や、いかにして事実が規範を生み出すのか<sup>174</sup>という問題があるが、その問題  
さえ理論的に乗り越えられれば、仮定を正当化し、規範的相違を乗り越えることができる。

#### 9) 作為可能性

作為可能性がそもそもないのであれば、結果回避措置がなされるはずがない。その意味で、  
結果回避措置の蓋然性を基礎づける上では必要条件となる。しかし、十分条件というわけ  
はないため、何らかの他の要素も不可欠である。

#### 10) 作為容易性<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> 中森・前掲注(79)6頁は、身分関係や社会的地位といった事情を考慮することの正当性について、  
法が社会関係を対象とする以上、人の社会的役割の違いが重要な意味を持つのは当然のことであると説明  
している。

<sup>174</sup> とりわけ管轄論は、社会における相互の期待からいかにして規範が生ずるかについて、一般理論的に  
説明するものとして注目すべきである。

<sup>175</sup> 小林憲太郎「刑法判例と実務—第5回不作為犯論—」判例時報2286号15頁以下はこれを作為義務  
(危険創出)とは別の自由制約の正当化としてとらえている。不作為犯は類型的に見て自由制約の程度が

これは作為可能性のように結果回避措置の蓋然性の必要条件というわけではない。しかし、「作為が困難であるならば結果回避措置の蓋然性は弱まる」という意味で、マイナス方向へ作用しうる要素として、結果回避措置の蓋然性を測る一つの要素となる。

#### 11) 結果回避可能性

従来論じられてきた結果回避可能性は、まさに実行行為性の論証に不可欠な独立した要素である。結果回避がそもそも不可能であるならば、回避措置をとってもとらなくても結果に影響がない。砂糖を毒であると信じてワインに入れても生命になんの影響ももたらしえないように、法益に対してなんの影響力も持たないという意味で、結果回避可能性がない場合の不作为はある種の不能犯<sup>176</sup>ということもできよう。なお、ここでいう結果回避可能性が、因果関係にいうところの結果回避可能性とは異なるのは、すでに指摘したとおりである。

#### (2) 各根拠要素の多面的役割と「一長一短」の所以

このようにそれぞれの項目に一応位置づけられる根拠要素であるが、常にその項目を認定できるわけではない。のちに具体例を示すように、「この事情の下では、この法令が存在しても、結果回避措置の蓋然性を満たすにはやや足りない」ということもありうる。「一長一短」といわれる所以は、分布の違いだけではなく、具体的事情の下での推認力の差にもある。

そう考えると、従来の裁判例の多元的運用は、具体的事情の下で、これらの項目をそれぞれ、一つまたは複数の要素で満たしていく作業であったようにも思われる。すなわち、各要素はいずれもその要素一つですべてをカバーしきれものではないという点、そして、同じ要素でも具体的ケースによって作為義務の認定力の強さに差が生じるという点、この2つの点が、各要素を「一長一短」とであると評価させているのである。

#### (3) 一元説の限界と多元説の統制

ここまでの検討で、従来の作為義務の根拠論は、そのひとつひとつは優れた理論でありながら、すべてのケースを解決できるものではないことが分かる。ドイツでは、一元化というよりも事案の類型化によって明確性を確保し、その上で、統一原理ないし上位規範を定立しようとする流れがある。この事実が、ひとつの要素ですべてを解決することの困難性を示しているように思われる。

加えて、そもそも作為義務の問題は各条文の構成要件、実行行為性、「危険」発生の解釈問題である。これは、通常一般人の危惧感を無視して語ることはできず<sup>177</sup>、それは時代によ

---

大きいため、著しく権衡を失するほど重要な利益を犠牲にしてまで作為に出ることを処罰によって基礎づけることはできないというのが、「作為容易性」の趣旨であると説明する。

<sup>176</sup> あくまで、わが国において不能犯が不可罰であるという前提に立ってのことである。

<sup>177</sup> 大谷・前掲注(73) 122頁、129頁。

って常に変化する。これを正しく反映し、形のない「社会の期待」を適切に画すにあたっては、より多くの要素を総合的に考慮して、フレキシブルな検討をおこなう必要がある。そういった意味でも、結局具体的事案の解決にあたっては、裁判所のおこなっているような多元的運用にならざるをえない。

しかし、多元的運用を手放しに認めてしまうと、恣意が入り込むおそれがある。明確性の確保は不可欠で、そのために、多元的な運用を統制する上位規範が必要なのである。そしてその上位規範は、根拠条文のあるドイツとは異なるわが国だからこそ、実行行為性の直接的アプローチから出発したいくつかの指標でなければならない。

本稿が示した指標はまさしくその位置づけにおいて機能すべきものである。

## V 裁判例の検討

以上のことをふまえて、II 3で概観した裁判例を改めて分析・検討すると、以下のようになる。

### 1. ひき逃げ類型

#### (1) ひき逃げ類型の処罰に関する議論状況

ひき逃げに関する事例には、自車への連れ込みのない単なるひき逃げが不作為の殺人として認められたケースがない。すなわち、先行する事故や救護義務違反だけではなく、自車への連れ込みが常に求められる。

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>178</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>179</sup>、先行行為だけでは同価値といえない<sup>180</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、

---

<sup>178</sup> 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

(76) 157頁以下、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]』(勁草書房、1997年) 28頁[日高義博]。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、車内への連れ込み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。

<sup>179</sup> 曾根/日高・前掲注(178) 21頁[曾根威彦]。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。

<sup>180</sup> 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(76) 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。

不作为による殺人の成立の余地があるとする見解<sup>181</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为の同価値性を担保しようとする姿勢には批判もある。他方、連れ込み型のひき逃げについては、通説・判例とも、不作为による殺人罪の成立を認める<sup>182</sup>。その理由は論者の擁する作為義務の根拠論によって様々であるが、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。

他方、すでに論じたように、ドイツにおいてはわが国のような区別は見られないものの、ひき逃げ類型は13条2項の適用を原則として受けるべきとする見解が多い。

## (2) 単純なひき逃げ類型の処罰の私見に基づく理解

自動車による衝突という「先行行為」は、固有の意味の作為義務を基礎づける「自己責任」として働きうる。しかしこれだけでは、実行行為性の論証に耐えることができない。

それでは、道交法上の救護義務は法規範の存在としてどのように働くか。すでに述べたように、法規範が存在するからといって形式的に実行行為性が論証されるわけではなく、その法規範の存在によって、する「はず」という結果回避措置の蓋然性が具体的に満たされるかを検討する必要がある。

まず、結果回避措置の蓋然性（「はず」論）について考える。道交法上救護義務が定められていることをもって、「運転者が当然相手を救護する『はず』だ」と、果たしていえるだろうか。それが、「生活上の通常の流れにはじめから組み込まれている」<sup>183</sup>といえるだろうか。少なくとも、本章で検討したドイツの議論においてはそうとはいえず、任意的減軽を常に適用すべきであるとされていた<sup>184</sup>。交通事故は、自身の過失に基づくものであるとはいえ、原則として不測の事態であり、突然の非日常である。まさに「予期しない状況におけるとっさの判断が必要」<sup>185</sup>な状況といえる。

また、仮に結果回避措置の蓋然性（「はず」論）が認められたとしても、結果発生 of 蓋然性を別途考えなければならない。他者は、「運転者が救護義務を負っているのだから、余計な手出しはすべきではない」と救急車を呼ぶことを控えるだろうか。おそらくそうとはいえない。交通事故に居合わせた他者は、たとえ運転者が目の前にいたとしても、救急車を呼ぶ等の救護措置をなすのが通常であろう。そもそも交通事故は通常公道で生じるから、他者が居合わせる蓋然性は高い。

以上のように考えると、通説・判例が単純なひき逃げを不真正不作为犯として処罰しない

<sup>181</sup> 藤木英雄「ひき逃げと不作为犯」警察研究 33 卷 9 号（1962 年）14 頁以下、同『新しい刑法学』（有斐閣、1974 年）199 頁以下。

<sup>182</sup> 福田・前掲注（180）81 頁以下。

<sup>183</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.242.

<sup>184</sup> Roxin, a.a.O.(Anm.20), § 31, Rn.240, § 32, Rn.153.

<sup>185</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.101.

ことには、合理性がある。

### (3) 連れ込み型のひき逃げ類型の処罰の私見に基づく理解

連れ込み型のひき逃げの場合には、何が異なるか。

救護義務の法令に加えて、車内へ連れ込んだという事情もあれば、その支配ないし引受けによって、「あの人が助ける『はず』だ」と社会は評価する。またこの物理的支配によってあらゆる結果回避事情の介入が排除されるため、被害者が救助なくしては生存できないかもしれない危険な状態であるならば、結果発生 of 蓋然性も格段に上がる。裁判例①、②、③はいずれも被害者を病院へ搬送すべく自動車に乗せ、それを翻意しているという事情がある。①は人気のない降霜する畑道に被害者を降ろし、②は車内に乗せたまま死亡させている。いずれも他者の介入の余地がない。こうした状況では、作為義務を十分に認めうる。なお、③は降ろした場所が定かではないが、仮にこれが人通りの多い繁華街であれば、結果発生 of 蓋然性の観点から、なお作為義務が認められない可能性もある。①、②、③の場合、はじめは病院へ搬送する目的で被害者を乗車させたのに対して、④でははじめから被告人を遺棄する意図で乗車させているが、すでに述べたように、ここでは行為者の内心の意図や反規範的な性格といった事情は考慮しない。したがって①、②、③と同様に、重傷者を自動車内に連れ込んだという事実によって、④の場合も結果回避措置の蓋然性が認められる。

以上により、ひき逃げ類型は従来の裁判所の運用のとおり、道交法上の救護義務の存在と車内への連れ込み（結果回避措置の蓋然性）、そしてそれに先立つ交通事故（固有の意味の作為義務としての正当化要素）がそろえば、あとは個別具体的な被害者の容態や現場の状況により、結果回避可能性（事故の時点で救命可能性があったか）や結果発生 of 蓋然性（そもそも救助なくしては死の危険のある重傷を負っているか）をクリアすることで、不作為の殺人の成立を認めることができると考える。

## 2. 虐待類型

### (1) 実子に対する食事や治療・救助の不供与

#### 1) 産み落とし直後の保護の不供与

子を産み落としした母親の作為義務について、裁判所は明示的にその認定をせずとも、不作為による殺人罪の成立を認める傾向にある（⑤⑥）。形式的三分説や、親子等の特別な関係を規範的な要素として作為義務を認定する見解からは、母親が母親であるということをもって、作為義務を認めることができよう。しかし、近時の事実的要素を重視する見解からは、産み落とし事例は困難をはらむ場合がある。子を産むことやそれに先立つ懐妊はいずれも適法行為であるから違法な先行行為ということができず<sup>186</sup>、また、産み落としとしてそのま

<sup>186</sup> この点につき、佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』（成文堂、1996年）114頁は当初妊娠・出産を危険の創出と見ることはできないとしていたが、のちに、佐伯・前掲注（76）93頁において、危険創出に過失は不要とし、病院で出産す

ま立ち去った場合には、保護の引受けも、排他的支配を「自ら」獲得することもしていない<sup>187</sup>からである。なお、出産後に違法な先行行為（新生児をビニール袋に入れるなど）や排他的支配の獲得（他者に発見されにくい状況にしたこと）が認められる場合には、裁判例もそのことに言及している（⑦）。問題は、そういった事情がないケースである。

産み落とし事例について私見にそって各指標を確認する。

まず結果回避措置の蓋然性（「はず」論）である。出産直後の母親は子を保護する蓋然性がきわめて高い。それは、民法820条という法令が存在するから、とか、親子という特別な関係だから、というだけではない。出産の前後は女性ホルモンが大量に分泌され、いわゆる母性行動をとることが科学的にも明らかになっている<sup>188</sup>。社会的に母性行動が期待されることについてのジェンダー論的視点はいったんおくとして、少なくとも、新生児や乳幼児に対して母親が積極的に保護行動をとることには、経験則として、一般的に高い蓋然性が見込まれるであろう。それをさらに保護行動をとる「べき」とまでいえるかどうかは、次の固有の意味の作為義務の問題である。このように、従来の根拠要素以外の事情によっても指標を満たすことができる場合がある。特に結果回避措置の蓋然性はある種事実的な統計的評価であるから、結果回避可能性が医学的観点から個別具体的に判断されるように、結果回避措置の蓋然性も、個別具体的にあらゆる事情から判断されて然るべきである。

次に、固有の意味の作為義務については、民法820条といった法令が存在する。また、墮胎することも安全な産院に赴くこともあえてしなかったならば、独力で子を産まざるをえない状況を自ら選択したといえるから、子の保護という仮定を正当化することができる。妊娠の意思がないにもかかわらずあえて避妊せず性交渉を持ったというような場合にも、自己の選択ないし自己責任といえる可能性がある。強制的性交等による望まない懐胎であったり、実際に分娩するまで妊娠に気づいていなかったりしたケースでも、なお法令によって正当化することができる。理論的問題さえ解決されれば、社会的期待ないし条理によることもあるだろう。

このように、産み落とし事例はその性質上、結果回避措置の蓋然性と、固有の意味の作為義務については常に認められる。また、分娩はほとんどの場合トイレや風呂場といった外部

---

ることが通常であるにもかかわらずこっそり出産すること自体を危険創出と考えることで解決が図れるとした。しかしこれについては岩間・前掲注(76)26頁注(37)が、「どのような状況においても分娩自体は新生児の生命への危険にとって中立的な事象」であるとし、佐伯の説明は前者の方が正しかったと評する。なお、同28頁以下はこのことから、母親への新生児保護の義務づけは自由主義的観点からは説明がつかず、「連帯・相互扶助の思想ないしは条理によるもの」というしかないとする。

<sup>187</sup> 島田・前掲注(76)118頁は、「墮胎が事実上自由化しているわが国の現状では、妊娠の継続を自らの意思による継続的保護関係の作出・維持と見て、不作為犯を認めることも不可能ではない」とする。

<sup>188</sup> 妊娠・出産時の哺乳類に発現する母性行動とホルモン分泌との関係等については、古谷健一ほか「オキシトシンおよびプロラクチンと母性行動に関する最近の知見」産婦人科治療85巻4号(2002年)395頁以下、富原一哉「母親の適応的行動変化をもたらす妊娠・授乳期の神経内分泌機構」鹿児島大学法文学部紀要「人文学科論集」72巻(2010年)1頁以下を参照した。

から遮断された空間でなされる上、新生児が何らの保護も受けずに自ら生きながらえることは考えにくい。結果発生は蓋然性も原則として認められるであろう。結局、結果回避可能性を産み落とした時点での新生児の状態などからクリアしさえすれば、ほとんどの場合、作為義務が認められるということになる。それでもなお罪に問うことが不当なケースがあれば、それは違法性や責任の段階で検討すべきであり、作為義務論の範疇で処理すべきことではない。⑦のように出産後の先行行為・支配性の獲得があるわけではない⑤や⑥においても、裁判所が作為義務の認定にさほど重きをおかず不作為の殺人を認めているのは、産み落とし事例のこうした特殊な事情によるものと説明することができる。

## 2) 産み落とし直後以外の実子に対する食事や治療・救助の不供与

実子である乳幼児ないし児童に対する虐待事例である。

結果回避措置の蓋然性については1)に同じく民法 820 条が存在しているため、親が子を保護する蓋然性は高い。また、出産に伴うホルモン状況はすでに終了していても<sup>189</sup>、なお養育行動をとるための神経回路が哺乳類には備わっている<sup>190</sup>。さらにそのような生物学的・脳神経学的要因においても、子をそれまで養育し、生活をともにしてきたという社会的な実態・実績が加わる。とりわけわが国では「家庭」というものが尊重される傾向にあるため、親の子に対する支配は排他的であることが多い<sup>191</sup>。このような事情から、結果的には1)同様に、子の養育・保護に高い蓋然性が見込まれる。さらに、「家庭」というものの特殊性からくる他者の介入の遮断は、結果発生は蓋然性をも高める。

この正当化事情としては、民法 820 条の存在と、それまで養育してきた実績からくる引受けや支配の獲得といった自己選択の事情がある。暴行・傷害が先行する場合には、その先行行為も正当化根拠の一つになるであろう。築き上げられた特別な関係から社会的期待・条

<sup>189</sup> 母性行動に関係するホルモンにはエストロゲン、プロゲステロン、プロラクチン、オキシトシンといったものがある。古谷ほか・前掲注(107)398頁以下およびそこで参照される Rolland R, et al, The role of prolactin in the restoration of ovarian function during the early postpartum period in the human; a study during inhibition of lactation by bromergocryptine, *Clinical Endocrinology* 4 (1) (1975), pp. 23 ff., Tyson J, et al, Studies of prolactin secretion in human pregnancy, *Am J Obstetrics Gynecology* 113 (1) (1972), pp. 14 ff. によると、血中プロラクチンは妊娠末期までに激増し、授乳中は乳腺刺激によってさらに上昇し、産褥 80 日以降にはその反応性に低下がみられる。

<sup>190</sup> 脳神経科学の方面から養育行動を説明し、さらにそれを児童虐待の分析・対策に役立てようとする論稿として、黒田公美「子育てと児童虐待に関わる脳内回路機構—行動神経科学の視点から—」*臨床精神医学* 47 巻 9 号、(2018 年) 1021 頁以下、黒田公美ほか「行動の脳科学からみる子育てとその問題」*発達* 157 号 (2019 年) 16 頁以下参照。

<sup>191</sup> 津崎哲郎「子どもの人権の視点から見た親権」*フォーラム現代社会学* 4 巻 (2005 年) 57 頁は、わが国における「家庭」ないし「家族」への他者の不介入について、「都市への人口流入や都市化の進展による地域性の希薄化、さらには核家族化や高層マンションに代表される都市住環境の変化、プライバシーを重視する生活意識の変容は、隣の住民が誰かよくわからないという、家族の孤立化、密室化を普遍化させ、家庭内問題に他人が関与することをきわめて難しくする状態が一般化した」と分析する。

理を見出すならば、それによる正当化もありうる。

こうした事情から、1) 同様に、ほとんどの場合、実質的には結果回避可能性の判断のみで作為義務を認定することができる。現に、⑧、⑩、⑪は作為義務に関して明言されていないし、⑨は結果回避可能性と支配性、私見でいうところの結果発生蓋然性について触れるのみである。裁判例においても、一般的な「家庭」内の、親権者による虐待事例は、あえて言及する必要もないほどに、作為義務が認定されるのが原則であると考えられていることが分かる。

ただし、出産直後の母親と新生児という限定的な状況は基本的に一律であるのに対して、それ以外の実親・実子の関係にはやや幅がある。大きな違いは2つで、第一に、実親であっても親権を有していない場合があること、第二に、血縁上・戸籍上は実親子であっても生活実態として「家庭」を形成していない場合があることである。こうした事情がある場合には、法令や生活実態、それに伴う排他的支配性を当然に認めることができないため、別途、各指標について検討する必要がある。以下はその例である。

case1 : A は X 男の婚外子であり、X 男は A には会ったこともない。A の親権は A の実母にある。X はある日たまたま A が川で溺れているところに居合わせた。X は A の顔だけは写真で見て知っていたため、それが A であると気づくことができた。

この場合、X と A には家庭における生活の共同という生活実態もなければ、監護・養育をしてきた経緯もない。また、親権者でもないから 820 条も及ばない。生物学的な血縁を除けば、ほぼ赤の他人である。避妊せず性交渉をなしたのだとすればその点に帰責性を求めて固有の意味の作為義務は認めたとしても、実行行為性の論証においては、実質的には赤の他人でしかない X が A を救護する蓋然性が高いとはいえない。したがって、血縁関係のみに基づいて X に作為義務を認めることはできない<sup>192</sup>。

case2 : A は X の実子である。X は妻 (A の実母) とともに A を 5 歳まで養育したが、協議離婚し、A の親権は元妻が持つこととなった。現在、A は元妻と生活を共にしているが、月に一度、X は A と面会交流をおこなっている。X はある日たまたま A が川で溺れているところに居合わせた。

この場合、X は親権も A との生活実態も失っているので形式上は case 1 と同様である。しかし、X には 5 年にわたる A の物理的・事実的な監護養育実績がある。また、それが失われた後も、月に一度の面会を継続し、父と子としての関係性を継続している。これらの事実

---

<sup>192</sup> このことは認知の有無によって変わるものではない。経済面での養育義務は認められても、親権者でない者に物理的・事実的な監護義務や身上配慮義務が課せられるわけではないし、そうした義務を引き受けたとも考えられない。

は、離婚に伴う親権の喪失という法的・形式的な要因によって、社会的になかったことになるわけではない。こうした状況では、社会通念上、XがAを保護する蓋然性が高いと評価されるであろう。また、5歳までの養育とその後の面会交流をXが望んで、あるいは受け入れておこなっていることから、自己の選択が認められ、義務の賦課の正当化もできる。したがって、あとは結果回避可能性と、結果発生の蓋然性（他に容易に助けられる人がいない、自力で助かることのできる確率は高くはない、などの事情）が具体的に認められれば、作為義務を認定することができる<sup>193</sup>。

## （2）実親に対する食事や治療・救助の不供与

実親に対する作為義務は、実子に対するそれよりも、さらに個別的な検討が必要となる。子が未成年、特に幼児・児童である場合には、親権者と子との間に、家庭内における共同生活の実態があることが原則であった。しかし、子が成人したのちの親子関係は、同居か別居か、日ごろの関係性はどのようなものかなど、千差万別である。

現に⑫は、他の兄弟との関係で、被告人が被害者の介護を自ら引き受け、被害者と生活をともにし、他の兄弟には「まともな生活を送っている」などと告げていたという実態を検証し、引受けおよび支配性を理由に、被告人に作為義務を認めている。確かに私見に則っても、本来民法 877 条により子全員が親に対する扶養義務を負うところ、そのうち一人がそれを全面的に引き受けた以上、その者が実際に扶養、具体的には介護をなすのだろうと考えるであろうから、被告人には被害者を扶養・介護する高度の蓋然性が認められる。その上兄弟に「まともな生活を送っている」と虚偽の報告をすることでその介入を拒んだことから、結果発生の蓋然性も高い。そして、これらを自らの意思でおこなっていることから、その正当化もできる。結果回避可能性も認められるとされた本件では、裁判所の判断は妥当であろう。

## （3）血縁関係は無いものの親子同然の緊密な生活実態の下での食事や治療・救助の不供与

血縁関係が無い場合は（2）よりもさらに関係性は様々であるが、その中でも親子同然の緊密な生活実態を有している場合は、（2）よりもかえって、結果回避措置の蓋然性・結果発生の蓋然性が認められやすくなるように思われる。血縁関係がないならば家庭を構築する必要も養育監護する必要もないにもかかわらず、わざわざそのような関係に入ったということは、よほど養育監護する意思があるのだろうと周囲に感じさせるためである。これを家庭内での生活共同体という特別な関係性と表現するにせよ、支配性や引受けと表現するにせよ、いずれにしても、これによって社会が子の保護の蓋然性を高く評価することは間違いない。そして、ひとたび「家庭」を構築した以上、他者の介入は困難になるので、結果発生の蓋然性も高いことが見込まれる。

<sup>193</sup> なお、これが月に一度の面会交流中の事故であった場合は、より単純である。親権者である元妻からAを引き渡された時点で面会交流中における監護を引き受けていると構成することができるからである。

あとは、結果回避可能性と、固有の意味の作為義務である。固有の意味の作為義務は、こうした緊密な生活実態を有するに至った経緯などから、自己の選択があったか否かを具体的に事情に沿って検討することになる。とはいえ、赤の他人が不可抗力によって家庭類似の状態に身をおくことは現実には稀であろう。現に、⑬では契約により被害者を引き取っている<sup>194</sup>し、⑭では不貞の子であることから不本意ではあっても、自ら乳児院から被害者を引き受けたという事実が認定されている。特に⑮についてはこの点の論証が綿密になされている。裁判所は「条理ないし社会通念」という言葉を使っているが、本稿の立場に則っていうならば、裁判所の認定した事実は、自己責任・自己選択を基礎づける。被告人がこのような作為義務を負わないためには、すなわち実行行為性が論証される根拠となる支配・引受け状況に身をおかないためには、同居を解消するなど、容易にとりうる手段はいくつもあった。それにもかかわらず自らこれを受け入れた以上、それは自己の選択ないし自己責任である。

血縁関係がない場合、それにもかかわらず家庭類似の関係性を構築したことにより結果回避措置の高い蓋然性が推認され、また、「家庭」というものの特殊性から他者の介入が見込めず、結果発生蓋然性も典型的に高い。したがって、あとは正当化要素としての自己責任・自己選択が認められるかどうかと、具体的事案に応じて結果回避可能性があったか否かを検証すれば足りる。

### 3. 殺人に関するその他の類型

殺人に関するその他の類型を私見との関係で説明するために、3類型に区分して検討する。

#### (1) 要保護者を安全な場所から隔絶ないし自己の支配領域においたもの (⑰、⑱)

⑰と⑱はどちらも身体的に健常とはいえない要保護者ないし要治療者が被害者となっている。こうした被害者を安全な場所から引き離し、適切な措置をとらなかったことが、両者の共通点である。

ある者が要保護者を安全な場所から隔絶し他者の介入を遮断した場合、その時点で引受けや支配性が認められ、また要保護者の法益がその者に全面的にゆだねられるという意味で、一時的に特殊な関係性が構築されている。こうした場合、通常、その者によって必要な保護や治療がなされる蓋然性が高く、また、他者の介入が困難であるから結果発生蓋然性も高い。さらに、安全な場所から十分な措置の期待しえない危険な場所への移置をおこなっているならば、これを故意過失による違法な先行行為として帰責性・自己責任を認めることができるし、引受けや支配の設定に自己選択が認められるから、正当化根拠としても欠けるところがない。こうした事情があれば、あとは結果回避可能性が認められさえすれば、不作為の殺人の実行行為を認定することができる。

<sup>194</sup> この場合「契約」の規範性によって正当化することが可能であるが、仮に意識的な「契約」というものが存在していなかったとしても、自らの意思で嬰兒を引き取ったことを自己の選択として、正当化を認めることができる。

**(2) 暴行後の治療の不供与 (18、19、20)**

暴行後の治療の不供与は、暴行という分かりやすい先行行為があるがゆえに、一見すると、これを指摘するのみで作為義務の認定は足りるようにも思われる。しかし、先行行為はあくまで固有の意味の作為義務を基礎づける事情に過ぎない。作為を仮定することが正当化されても、その仮定を通じて実行行為性が論証されなければならないから、先行行為とあわせて、結果回避措置の蓋然性や結果回避可能性、結果発生 of 蓋然性を基礎づける事情も検討する必要がある。

まず結果発生 of 蓋然性を先に検討する。たとえば繁華街でたくさんの人が周囲にいる状況での暴行であったならば、暴行後なんらの措置もとらずにその場を立ち去っても、被害者が救護される見込みが高い。つまり、結果発生 of 蓋然性は低いといえる。したがって、このような場合には、暴行後の放置であるとはいえ、作為義務を認めるべきではない。重要なのは、他者の介入が排除・制限されている事情である。18、20では家族関係ではないとはいえ、被害者を家庭内において放置していたという事情がある。「家庭」の閉鎖性・独立性にかんがみると、結果発生 of 蓋然性は高い。さらに19（実行者について）は家庭内での事件ではないが、わざわざ人気のない河川敷に移置したという事情がある。

これをふまえて結果回避措置 of 蓋然性をみると、18は被害者と被告人の「支配服従関係」、救助の引受け、支配領域内への設置といった事実が指摘されており、また20はさほど広くもない家で被害者と生活をともにしていたことや、被害者が逃げ出さないように監視していたことが指摘されている。「家庭」という特殊な空間に要保護状態の他者をおいている場合、その生活共同者が結果回避措置をなす蓋然性は高い。19も家庭内ではないものの、同じく要保護状態にある被害者を移置したことは、引受けないし支配性 of 設定といえる。

このように考えるならば、(2)「暴行後の治療の不供与」も、(1)「要保護者を安全な場所から隔絶ないし自己の支配領域においたもの」に、その要保護者を要保護者にしたのが不作為者自身であるという先行行為が加わったものとみることができる。そしてこれと同様の構造を持つのが、1. ひき逃げ類型であろう。結局のところ、「要保護者を安全な場所から隔絶ないし自己の支配領域においた」ということが、ひき逃げ類型やその他の殺人に関する類型の、一つの中核モデルになっているように思われる<sup>195</sup>。ただしこれは、他者の介入がおよそ不可能というほどの隔絶・支配を求めるものではなく、個別具体的事例に即して、各指標を満たす程度に他者の介入から遠ざけていれば足りるとするべきである。

---

<sup>195</sup> なお19については神山敏雄「批判」現代刑事法5号（1999年）75頁以下が、暴行とその後の不救護を分離してとらえることに疑問を投げかけており、留意する必要がある。それが許されるなら、「検察サイドにとって前半の作為において殺意を立証することができない場合でも、後半の不作為では……未必の故意が認められるとして、不作為による殺人罪で起訴することを容易に可能ならしめることになる」という。

**(3) 先行行為に関与しなかった受動的地位に立つ者の作為義務 (⑰、⑱、㉒)**

⑰、⑱、㉒には、先行行為に関与しなかった受動的地位に立つ者が登場する。⑰は、共同被告人とともに小児まひの被害者を人気のない山中に連行し放置したものの、連行時点では共同被告人の意図を知らされていなかった者が問題となる。本件移置は確かに物理的・自然的危険を創出する行為ではあるが、先行行為はその危険創出ではなく規範性が重要なのであるから、帰責性、すなわち故意・過失が求められる。したがって、たとえ物理的には連行に関与していても、先行行為という意味では、それに関与していなかったとすることができる。⑱は暴行に関与しなかったが、命令に従い遺棄には協力したというもの、㉒は暴行に関与していないものの、暴行のきっかけになるような発言をし、なおかつ電話で被害者を暴行現場に呼び出したというものである。

⑰、⑱について裁判所は、ともにこれを正犯相当の作為義務が認められず、幫助にとどまるとしている。本稿は単独正犯に射程を限定しているため、この正犯と従犯との境界が具体的にどういった点で定まるかについては深く言及しない。しかし、⑰、⑱の例で、少なくとも正犯相当の作為義務が認められないことは妥当である。このような受動的地位にいる場合、あくまで因果の主導者が別にいるのだから、必ずしも自らが回避措置をとる蓋然性が高いともいえないし、主導者との間に力関係がある場合にはなおさら、その人間関係の中でお主導者に反抗し結果回避措置をとることは期待しがたい。また、自身が不作为に出ていても主導者が回避措置をなすかもしれず、それによって結果が回避されるかもしれない以上、結果発生の蓋然性もさほど高くない。こうした意味で、少なくとも正犯相当の作為義務を認めることは困難である。

ここで㉒の裁判例について確認しておきたい。裁判所は、被告人の友人への誤解を招く発言や被害者の呼び出しを先行行為、救護可能なのが被告人だけであるということ支配性として評価している。しかしこれには批判が多い。

私見に則って考えるならば、確かに支配性は実行行為性の論証を、先行行為は固有の意味の作為義務を満たす根拠要素であるから、形式上漏れはない。しかし問題は、それぞれの要素が、実行行為性の論証および固有の意味の作為義務を具体的に基礎づけるか否かである。

まず、被告人が友人らに対し、自身が被害者による強制性交の被害にあったと誤解させるような発言をしたことは、自己選択・自己責任として、義務の賦課を正当化するか。被告人は友人らの被害者に対する暴行を意図して教唆したのではなく、あくまで性交渉を持ち掛けられた旨を告げたに過ぎない。これによって被害者が暴行されさらに死に至ったのは、友人らの誤解と異常な激昂によるものである。たとえ被告人の発言が契機になったとはいえ、こうした事情の下では、被告人自らの選択や自己責任といえるだけの落ち度が認められるとはいえない。

被害者を友人らのもとに呼び出したことは、身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害

者を積極的に誘い入れたものといえるかもしれない<sup>196</sup>。しかし事実認定によると、友人らの暴行が激化したのは、呼び出され詰問された被害者が一度逃げ出したことにより、一層怒りを募らせたためである。それならば呼び出し時点では友人らによる「殺人」までは友人ら本人でさえも予期しえず、これをもって生命に対する危険の回避義務を正当化できるほどの自己選択・自己責任を認めることは困難であるように思われる。ただし傷害の限度では、これを認める余地はある<sup>197</sup>。

続いて実行行為性の論証、とりわけ結果回避措置の蓋然性を考えると、これも満たすとは言いがたい。弁護人も主張するように、友人らが激昂する状況で水を差せば自らにも被害が及ぶおそれがあったこと、被告人は女性であり友人らは複数名の男性であったことにも照らすと、被告人の立場におかれた一般人が、友人らが激昂し殺人行為に移った後に被害者を保護することに、高い蓋然性を見込むことは困難であろう。Weigend の言葉を借りるならば、「個人的な危険を受け入れることが必要」<sup>198</sup>な状況である。裁判所は、友人らは被告人のために暴行を働いているのであり、真実を知れば暴行の動機もないのであるから、真実を告げて友人らを止めることは容易であったと指摘する。確かに、道義的には真実を告げるべきである。しかし、真実を告げることによって実行行為性を基礎づけるほどの蓋然性が認められるかといえば、むしろそのような状況であるからこそ、いまさら真実を告げれば自身の身に危険が及ぶと考え萎縮するのが一般通常人ではないだろうか。

本件はむしろ、傷害の限度で、作為犯としての共謀共同正犯ないし幫助犯が認められるべき事案であったように思われる<sup>199</sup>。

#### 4. 裁判例の検討のまとめと裁判例の評価

以上の検討により、類型ごとに検討すべき・重視すべき指標をまとめると、次のようにな

##### (1) ひき逃げ類型

ひき逃げ類型は、車内への連れ込み（結果回避措置の蓋然性）、そしてそれに先立つ交通事故（固有の意味の作為義務としての正当化要素）の事情がある場合、あとは個別具体的な結果回避可能性（事故の時点で救命可能性があったか）と結果発生時の蓋然性（そもそも救助なくしては死の危険のある重傷を負っているか）さえ認められれば、作為義務を認定することができる。

<sup>196</sup> 裁判所は、呼び出しの時点において友人らが被害者に対し暴行を働く蓋然性が高いことを被告人が認識していたと認定している。

<sup>197</sup> 多くの評者が、傷害を阻止すべき作為義務を超えて殺害を阻止すべき作為義務まで認めたことについて批判的である。西岡・前掲注（119）91頁、岩間・前掲注（119）47頁注（6）、中森・前掲注（120）129頁。

<sup>198</sup> LK-Weigend, § 13, Rn.101.

<sup>199</sup> むろん、友人らに殺意が生じた段階で被告人にもその（未必的）故意が生じ、現場共謀があったとすれば、殺人の共謀共同正犯が成立する余地もある。しかし、本件においてはそのような事実は認定されておらず、共謀の射程は傷害の限度にとどまると考えられる。

## (2) 虐待類型

虐待類型は、下記一覧のように指標を満たす。

産み落とし事例は結果回避措置の蓋然性と固有の意味の作為義務を常に満たす。また、ほとんどの場合、結果発生の蓋然性も満たす。したがって、例外的な状況を除き、実質的には結果回避可能性を検討すれば足りる。

実子殺害の場合、それが親権者による家庭内での事件であれば、産み落とし事例同様、結果回避可能性の検討で足りる。しかし、親権を持たなかったり、親子としての生活実態がなかったりする場合には、他の指標についてもなお検討を要する。

実親殺害の場合はその実態が千差万別であるから、いずれの要件も個々の事例ごとに判断する必要がある。

血縁関係がないものの親子同然の緊密な生活実態がある場合は、特別な事情がない限り結果回避可能性と固有の意味の作為義務（その生活に入った経緯など）の検討で足りる。

	産み落とし	実子殺害	実親殺害	親子同様の他人
結果回避措置の蓋然性	常に○	原則○	要検討	原則○
結果回避可能性	要検討	要検討	要検討	要検討
結果発生の蓋然性	原則○	原則○	要検討	原則○
固有の意味の作為義務	常に○	原則○	要検討	要検討

## (3) 殺人に関するその他の類型

殺人に関するその他の類型は、つきつめると、要保護状態の者を、他者による救護や安全な環境から遠ざけているか否かが作為義務のポイントである。それを支配性と表現するのが適切な事例もあれば、引受け、あるいは特別な関係と表現するのが適切な事例もあろうが、それらに大きな差異はない。特に暴行が先行する場合、その暴行という先行行為によってただちに作為義務が認められるようにも思われるが、先行行為だけでは指標のすべてを満たすことはできない。たとえ先行行為があったとしても、それが公衆の面前でおこなわれたならば、その後自ら救護しなくても、不真正不作為犯として処罰されるべきではない。

## (4) 裁判例の評価

裁判所は具体的事案に応じて、諸要素を適宜取捨選択して作為義務を認定してきた。それはご都合主義というわけではなく、作為と同様に不作為を処罰するための一定の基準を不足なく説明するための、効果的な運用であったといえる。本稿で明らかにした一定の基準に照らして裁判所の各判断を分析し直すと、裁判所は原則として、この一定の基準を満たすような判断をおこなってきたことが分かる。

裁判所は手放しで場当たりの多元的判断をしているわけではない。だからこそ結論自

体が批判される判断はごく少数にとどまるのである。こうした積み重ねは尊重されるべきであり、作為義務論の発展に重要な示唆を与えてきたものと評価することができる。

## VI 本章の内容と成果

### 1. 本章の内容のまとめ

本稿では、「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」および「従来の作為義務論の根拠要素はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」という問いを立て、これを明らかにした。その内容をまとめると以下ようになる。

「II 作為義務の根拠要素——先行研究と裁判例から」では、作為義務の根拠要素について、日独の先行研究およびわが国における裁判例の状況を概観した。その中で、従来用いられてきた「先行行為」や「法規範」という用語には、規範的意義と事実的意義という二義性があったことを指摘し、これを意識的に区別した。さらに「作為義務」の役割が、実行行為性の論証に代替する媒介項としての役割から、実行行為性を直接論証した上での、不作為に実行行為性が認められることの言い換えとしての役割に変容した過程があることを指摘し、前者の役割を「媒介項アプローチ」、後者の役割を「直接的アプローチ」とした。

「III わが国における作為と不作為の同価値性——ドイツとの法構造上の相違から」では、ドイツ刑法13条2項に関する議論状況を参照した。それにより、2つの示唆を得た。第一に、①方法論的示唆である。ドイツには不真正不作為犯固有の条文があり、さらに任意的減軽規定までおかれているのに対して、わが国にはそれがなく、作為と不作為は同じ条文で処理される。それならば、わが国では不作為をなるべく特別視せず、作為と同様に取り扱うべきである。第二に、②実体論的示唆である。ドイツでは任意的減軽がおかれているため、作為と比べて当罰性の低い不作為も不真正不作為犯として処罰されるが、わが国には減軽規定がないため、作為と当罰性の等しい、真に同価値な不作為のみが処罰可能と考えるべきである。そして、ドイツにおいて減軽対象とならない、すなわち、作為と当罰性が等しいとされる不作為とは、日常生活において通常のこととして想定されている一定の作為の不作為である。

「IV 私見」では、まず作為義務論の役割が作為と不作為の相違の克服にあることと、その相違は因果的相違と規範的相違の2つであることを確認した。そして、IIIで得た①方法論的示唆より、直接的アプローチによる実行行為性の論証を採用した。さらに同じくIIIで得た②実体論的示唆より、ドイツにおいても当罰性が同等とされるものに処罰範囲を限定すべく、結果回避のための作為が日常生活において通常のこととしてなされるはずであったかという「はず」論を、実行行為性論証の一つの要であるとした。他方、直接的アプローチによって実行行為性を論証するだけでは、因果的相違しか乗り越えられていないことから、な

お必要となる「べき」論の必要性を指摘した。これにより、「はず」論を要とする実行行為性の論証と、なお残される不作為固有の要件としての「べき」論の両輪による同価値性の担保という基本方針を示した。

実行行為性の論証は、作為と同様の論証手続きであり、犯罪一般の要件論である。これに対して、固有の意味の作為義務は、不作為が不作為であるからこそ必要となる、固有の要件である。両者を明確に区別することが、私見の重要な点である。

これを具体化すると、第一に実行行為性の論証にあたり満たさなければならない指標は、①結果回避措置（作為）がなされる蓋然性（「はず」論）、②結果回避可能性、③結果発生蓋然性の3つである。①②は、作為犯の場合には当然であるから原則として検討されない要素である。③は危険の評価であるから作為犯と共通ではあるものの、不作為犯の場合は因果に対する支配が弱いから、第三者による救護や自力での生還の可能性も考慮する必要がある。第二に、④固有の意味の作為義務（「べき」論）については、何らかの正当化要素があればよい。それは、法令・契約等の既存の規範かもしれないし、自己選択・自己責任かもしれない。あるいは理論構成によっては、社会システムから義務づけを基礎づけることも可能であろう。このように、「はず」論と「べき」論を基軸とする①②③④の要素が揃ったときに、不真正不作為犯の実行行為性は認められる。

以上が、第一の間である「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」への回答である。これを一言でいうならば、「不真正不作為犯の要件論は、犯罪一般の要件論と、不作為固有の要件によって構成されている。前者は作為と不作為の因果的相違を乗り越え、後者は規範的相違を乗り越える」ということになる。続いて、これに基づき、「従来の作為義務論の根拠要素はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」という第二の間について、一つ一つ位置づけた。この作業を経て、ひとつの要素による一元的な解決することには限界があることから、多元的な運用を認めつつ、その運用を統制して明確性を確保するための上位基準として、本稿の提示した指針が機能することを示した。

「V 裁判例の検討」では、私見を前提に裁判例を類型ごとに分析し直し、どのような類型においてはどのような点が重視されるべきかを示した。これにより、裁判所が各根拠要素を多元的に運用するにあたっては、本稿が示した一定の指標が満たされるように取捨選択していることが分かった。

## 2. 本章の成果

### (1) 犯罪一般の要件論と不作為固有の要件論の峻別

従来の作為義務論は、因果と規範、事実的要素と規範的要素が対置される局面もあり、その関係が不明瞭であった。しかし本来、結果に対する因果性を説明して実行行為性を論証することは、作為犯であっても必要な手続きである。本当に不作為固有の要件といえるものは、作為の純粋な義務づけに尽きる。この「犯罪一般の要件論」と「不作為固有の要件」とが従来区別されずに「作為義務」と呼ばれ、一般的な要請と不作為固有の要請が混在してしまっ

ていたことに、議論の混迷の一因があった。

ドイツ法との相違から示唆を得つつ、「はず」論を中心とした「犯罪一般の要件論」と、純然たる「べき」論である「不作為固有の要件」を峻別し、前者が因果的相違を、後者が規範的相違をそれぞれ乗り越えるという役割を明確にしたことが、本章の第一の成果である。

## (2) 従来の根拠要素の位置づけ

本章では、(1)に加え、これを前提に従来の根拠要素の位置づけを明らかにした。

先行研究が提示してきた諸要素は、それぞれの見解と不可分に存在し、時折組み合わせられることがあっても、またそこで一つの見解として独立・完結してきたように思われる。それらは単独ではすべてのケースを過不足なく説明することが困難で、常にどこかに一定の無理を抱えてきた。それゆえに裁判所は、これら見解のうち一つを採用することを避け、諸要素を同じ土俵で多元的に運用してきたのである。

本章では裁判所のおこなう多元的運用に一定の上位規範を与えるとともに、その中で諸要素が相互にどのような関係に立ち、各々がどのような役割を担うのかという点を明らかにした。これにより、「一長一短」の原因を明確にしつつ、多元的運用にあたっての指針を示したのが、本章の第二の成果である。

## (3) 裁判例を素材とした類型的検討

本章では、不作為による殺人に関する裁判例を類型的に検討した。ドイツでも盛んにおこなわれているように、事実の類型ごとに検討を加えることには実践的意義がある。そこで本章では、ひき逃げ類型と虐待類型という好対照をなす2類型をまずは対置させ、それ以外の類型を個別具体的に検討するという手法を採った。

ひき逃げ類型について、単純なひき逃げは不作為による殺人の対象とならず、連れ込み型のひき逃げは対象となることについて、私見に基づく説明を与えた。虐待類型については、さらにその内容を4類型に分け、原則として認められる指標とそうでない指標を明らかにした。その他の類型については、個別具体的な検討が必要であるものの、要保護状態の者を他者による救護や安全な環境から遠ざけているか否かが1つのポイントになりうることを示唆した。

以上の具体的検討結果が、本章の第三の成果である。

## 3. 本章の総括

法益保護のために、社会は相互に何を期待し、何を期待してもよいか。作為義務論が抱えるこの大きな問いこそが、不真正不作為犯の要件論の構造を示すものであった。「何を期待するか」という点は、因果的相違の克服であり、作為と不作為に共通の一般的要件論であり、事実からもたらされる経験的・統計的な評価である。他方、「何を期待してもよいか」という点は、規範的相違の克服であり、不作為固有の要件であり、規範からもたらされる。事実

が人に期待を与え、規範がそれを正当化する。本章は、「社会の期待」という形のないものに理論的な枠組みを与え、不真正不作為犯論の要件論の構造を明らかにする試みであった。

こうした構造を前提とすると、ひとつの原理や要素によってすべてのケースを説明することは困難である。とりわけ経験的・統計的評価である「はず」論については、個別具体的な様々な事情が判断の基礎になるのであり、それを一言で言い表すことはできない。社会の期待は、時代の変化を受けて日々変遷するものである。それを反映するためには、あらゆる要素を用いた総合的かつ柔軟な評価が必要である。その意味で、ひとつの要素に基づく一元的解決を目指すのではなく、多元的運用を前提として、その明確性を確保すべく上位規範を立てることが重要であり、それこそが本章の示した不真正不作為犯の要件論の構造である。

本章の明らかにした大きな構造に則って、多様な要素を総合的に用いて問題解決を図ることが現実的であり、裁判所の運用とも整合するように思われる。

#### 4. 次章の課題

本章の成果により、ある程度、不作為による殺人の輪郭が明らかになった。しかし殺人罪については、他の犯罪の不真正不作為犯とは異なる検討課題が残されている。それが、保護責任者遺棄致死罪との境界である。この境界を明らかにしなければ、不作為による殺人の輪郭を素描したことにはならない。

そのため、第4章では、本章の成果を前提に、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画することを目的とする。

## 第4章 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界

### I 本章の問題設定

#### 1. 本章の掲げる「問い」

「はじめに」でも述べたように、不真正不作為犯の問題は、多分に各論的なものでもある。どこまでの行為態様が「殺した」といえるか、「放火した」といえるか、あるいは「欺いた」といえるか、という条文ごとの構成要件の解釈論だからである。そして本稿は、議論を単純化・明確化するために、その射程を典型である殺人罪に限定した。すると、不作為による殺人罪特有の問題も解決しなければならない。それが、保護責任者遺棄致死罪との境界である。

保護責任者遺棄致死罪は、真正不作為犯であり、身分犯であり、抽象的危険犯であり、結果的加重犯である。いずれの点から見ても、殺人罪とは全く異なる。それにもかかわらず、不作為による殺人罪は保護責任者遺棄致死罪と客観的にはほとんど同じ態様に見える。裁判例上も、さほど変わらないような事件が、一方では殺人罪で処罰され、他方では保護責任者遺棄致死罪で処罰される。この境界を明らかにすることによってはじめて、本稿が射程とする「不作為による殺人」の輪郭をはっきりさせることができる。

そこで本章は、「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界はどこにあるか」という問いを立て、前章で見出した不真正不作為犯論の構造に沿って、これを説明することを試みる。

#### 2. 本章の構成と前提の確認

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もたびたび議論されてきた<sup>1</sup>。本稿では、まずこれらの一般的な議論を参照した上で、特に「ひき逃げ類型」と「虐待類型」という2つの類型を取り上げ、裁判例を中心に考察する。前章でも述べたとおり、不作為による殺人罪のなかでも「ひき逃げ類型」と「虐待類型」は好対照をなしているためである（第3章II 3参照）。これにより、ケースごとの類型的特徴に鑑みて、判断にあたり何を重視すべきなのかを明らかにする。

---

<sup>1</sup> 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頁以下、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頁以下、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頁以下、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』（尚学社、2011年）368頁以下、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頁以下など。

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 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. 保護責任者遺棄致死罪に関する議論状況

#### (1) 遺棄の概念<sup>2</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。様々な学説があるが、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>3</sup>は、場所的離隔の有無によって遺棄を不保護と区別した上で、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えない<sup>4</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

---

<sup>2</sup> 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）～（3・完）」北大法学論集 57 卷 3 号（2006 年）314 頁以下、57 卷 5 号（2007 年）193 頁以下、58 卷 1 号（2007 年）325 頁以下。

<sup>3</sup> 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、最二小判昭和 34 年 7 月 24 日刑集 13 卷 8 号 1163 頁は、「刑法 218 条にいう遺棄には単なる置去りをも包含す」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、「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。

<sup>4</sup> 日高義博『不真正不作為犯の理論[第 2 版]』（慶応通信、1983 年）152 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]』（勁草書房、1997 年）27 頁[日高]。

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>5</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>6</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>7</sup>。確かに、保護責任を基礎づける要素は、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>8</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過ぎない。し

---

<sup>5</sup> 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]。

<sup>6</sup> 曾根/日高・前掲注（4）19頁[曾根]、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）93頁以下、大沼・前掲注（1）105頁。

<sup>7</sup> 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統的立場」に対して肯定的立場を示している。

<sup>8</sup> 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/日高・前掲注（4）19頁[曾根]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」内藤謙ほか編『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（5）79頁、十河太郎「身分犯と『作為義務』（特集・「作為義務」の各論的検討）」56巻2号（2017年）279頁以下も参照。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ものとして、森住・前掲注（1）379頁。

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>9</sup>。

### (3) 抽象的危険犯

通説・判例<sup>10</sup>は、遺棄罪一般を抽象的危険犯と理解する<sup>11</sup>。

しかし、近年、大阪高判平成27年8月6日<sup>12</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いえない。もっとも、現実に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>13</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>14</sup>が有力である<sup>15</sup>。

### (4) 不保護の意義

近年、保護責任者遺棄罪の不保護類型について、その意義が最高裁によって定義された。いわく、「刑法218条の不保護による保護責任者遺棄罪の実行行為は、同条の文言及び趣旨からすると、『老年者、幼年者、身体障害者又は病者』につきその生存のために特定の保護行為を必要とする状況（要保護状況）が存在することを前提として、その者の『生存に必要

---

<sup>9</sup> 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(2)(3・完)339頁以下。

<sup>10</sup> 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、幼若、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。

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> LEX/DB 文献番号25447575。

<sup>13</sup> 牧耕太郎「批判」上智法学論集61巻1・2号（2017年）130頁。

<sup>14</sup> 大谷・前掲注(5)76頁。「例えば、捨て子した後に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。

<sup>15</sup> 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、「死または重大な健康障害の危険」（der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung）の惹起を明記する。

な保護』行為をしなかったことを意味すると解すべきであり、同条が広く保護行為一般（例えば幼年者の親ならば当然に行っているような監護、育児、介護行為等全般）を行うことを刑法上の義務として求めているものでない<sup>16</sup>。従前の、「生存に必要な保護をしない」というものよりもさらに具体化し、踏み込んだものといえる。

この定義からすると、一般に子を養育監護する義務を負う親であっても、子が健康で、特段「要保護状況」にないのであれば、その時点では養育監護を怠っても本罪は成立しないことになる。確かに、一日食事を抜くなどの行為はしつけとしては不適切であるに違いないが、その一日のみをもって保護責任者遺棄罪が成立するとしたら、それは不当であろう<sup>17</sup>。

ただし、これが高度な生命の危険を要求する趣旨であるとしたら、不作為による殺人罪との区別はより困難になるおそれがある。

## 2. 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>18</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……刑法第百九十九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」

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>19</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>20</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>21</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は同じであるから、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>22</sup>などと説明す

<sup>16</sup> 最二小判平成30年3月19日刑集72巻1号1頁。

<sup>17</sup> 向井香津子「解説」法曹時報72巻3号（2020年）646頁、深町晋也「目黒女児虐待死事件——児童虐待の刑法的課題（特集・ケーススタディから読み解く刑法）」法学セミナー793号（2021年）18頁。

<sup>18</sup> 大判大正4年2月10日刑録21輯90頁。

<sup>19</sup> 大沼・前掲注（1）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。

<sup>20</sup> 松宮孝明『刑法各論講義[第4版]』（成文堂、2014年）95頁。

<sup>21</sup> 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。

<sup>22</sup> 大沼・前掲注（1）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

るのである。

そのため、他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>23</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、遺棄或不保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>24</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>25</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>26</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>27</sup>と説明する。またある見解は、ひき逃げ類型について、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

---

学セミナー、1986年) 34頁以下。

<sup>23</sup> 十河・前掲注(1) 325頁。

<sup>24</sup> 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。

<sup>25</sup> 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。

<sup>26</sup> たとえば、曾根/日高・前掲注(4) 28頁[日高]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る」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。

<sup>27</sup> 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、1972年)152頁、なお、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法[第3版]第11巻』(青林書院、2014年)324頁以下[半田靖史]も参照。

にすでに被害者死亡の高度の蓋然性があるか、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>28</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>29</sup>。

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>30</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>31</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>32</sup>。

### (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。

たとえば、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>33</sup>であるとし、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>34</sup>。

<sup>28</sup> 曾根/日高・前掲注(4) 23頁[曾根]。

<sup>29</sup> これにつき、本稿第2章II 3(2) 1(ii) 裁判例④参照。

<sup>30</sup> 十河・前掲注(1) 316頁。

<sup>31</sup> 中山・前掲注(1) 29頁。

<sup>32</sup> 萩野・前掲注(1) 111頁以下。

<sup>33</sup> 林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、1999年) 48頁。

<sup>34</sup> 林・前掲注(33) 50頁。なお、これに対しては、齊藤・前掲注(7) 52頁が、「先行行為が故意行為の

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>35</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>36</sup>として、両者を区別しようとする見解もある。

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、その違いは何であり、具体的事例においてどのように表れるかというのは、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>37</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、説得力を有すると一定の評価がされる<sup>38</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>39</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>40</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>41</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な行為をすることであるのに

---

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。

<sup>35</sup> 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。

<sup>36</sup> 小暮ほか編・前掲注（5）74頁[町野]。

<sup>37</sup> 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。

<sup>38</sup> 十河・前掲注（1）308頁。

<sup>39</sup> 萩野・前掲注（1）108頁。

<sup>40</sup> 齊藤・前掲注（7）54頁。

<sup>41</sup> 森住・前掲注（1）378頁。

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>42</sup>。

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>43</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>44</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おいているようにも思われる。

### 3. 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）で取り上げた上で、代表的な3つの学説の相互の関係について、（2）～（4）で検討する。

#### （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>45</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、まずは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

---

<sup>42</sup> 森住・前掲注（1）377頁。

<sup>43</sup> 森住・前掲注（1）379頁。

<sup>44</sup> 森住・前掲注（1）379頁。

<sup>45</sup> 楡井・前掲注（24）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。

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他ならない。したがって、不作為による殺人罪についての検討を先におこな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>46</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>47</sup>。

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>48</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。

---

<sup>46</sup> 大谷・前掲注(25) 122頁。

<sup>47</sup> 大谷・前掲注(25) 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)危険を有するもの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(5) 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。

<sup>48</sup> 和田・前掲注(35) 69頁以下、73頁。

### (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言い切れるものがいかにあったかは疑問である<sup>49</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、他の指標で区別ができる場合はそれにより区別すべきとする<sup>50</sup>。それでもなお原則的な指標を殺意に見出すのは、他の基準が明確性を欠くためという消極的な理由であることが多い。

しかし、殺意という指標も、危険性との関係を見捨てることはできない。

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うるような場合には、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あ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言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、共通のものにとらえられるべきである。

## III ひき逃げ類型<sup>51</sup>

### 1. 議論の前提

ここまでの議論をふまえて、類型ごとに各論的な検討を加える。

「ひき逃げ類型」は、交通犯罪としての側面からも特殊性を有する。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、その当事者は特に反社会的性格を持つ者ではなく、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

---

<sup>49</sup> 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(24) 159頁。

<sup>50</sup> 十河・前掲注(1) 325頁。

<sup>51</sup> ひき逃げ類型における殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界問題について、拙稿「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」同志社法学 72 巻 7 号 (2021 年) 697 頁以下。

「日常性」として、しばしば指摘される<sup>52</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。そこでまず、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。はじ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。

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、学説上の理論構成も、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）

本稿が主眼をおくのは、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、2000年以降急増したが、2005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。この急増時期については、危険運転致死傷罪の制定や道路交通法

---

<sup>52</sup> 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頁において「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上で、交通犯罪対策について幅広く研究している。

の改正など交通犯罪の厳罰化が盛んにおこなわれた時期と重なっており、厳罰化のタイミングでひき逃げ事件となる確率が大きくなっているとの指摘もある<sup>53</sup>。

また、直近5年分（2015年から2019年）の検挙率についてみると、全検挙数は56.1%から64.4%と増加傾向にある。なお、被害者が重傷の場合は71.5%から84.2%に増加しており、被害者が死亡している場合にはほぼ100%の検挙率である<sup>54</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>55</sup>の併合罪として処罰されている<sup>56</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>57</sup>。またこれとは別途、不作為による殺人が問題とされることもある。

---

<sup>53</sup> 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（52）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ないとの指摘がなされた」としている。

<sup>54</sup> 令和2年版 犯罪白書 第4編/第1章/第2節/3。

[http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/67/nfm/n67\\_2\\_4\\_1\\_2\\_3.html](http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/67/nfm/n67_2_4_1_2_3.html)（最終閲覧日・2021年3月21日）

<sup>55</sup> 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。

<sup>56</sup> 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（1）96頁。

<sup>57</sup> 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、停止した上、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。

ドイツでは、「事故現場からの無断離脱」を処罰する罪<sup>58</sup>が刑法上定められている。これも

- 
- (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、身体障害者用車輛(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時間以内にそれをおこな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。

<sup>58</sup> StGB § 142 Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort. この訳としては、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/shingi1/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)などがあるが、以下、樋口亮介ほか訳『刑事法制資料ドイツ刑法典』(法務省刑事局、2021年)154頁以下より引用。

#### 第142条 事故現場からの無断離脱

- (1)事故関与者が、道路交通における事故の後、
  1. 現場にとどまり、かつ事故に関与したことを申告することにより、他の事故関与者及び被害者のために、自己の身元、車両及び事故への関わり方の確認を可能にすることなく、又は、
  2. 誰も確認を行う用意がないときに、状況に鑑みて適切な時間、待機することなく、  
事故現場から離れたときは、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- (2) 1. 待機時間(第1項第2号)の経過後、又は
  2. 正当に若しくは免責的に  
事故現場から離れ、かつ遅滞なく事後の確認を可能にしなかった事故関与者も、第1項により罰する。
- (3)事故関与者が、権利者(第1項第1号)又は付近の警察署に対し、自己が事故にかかわったことを報告し、かつ自己の住所、滞在地、並びに自己の車両の登録番号及びその所在地を申告し、遅滞ない確認のためにその者に期待できる時間、車両を待機させたときは、事後の確認を可能にする義務を果たしたものである。事故関与者が、その行動により、確認を意図的に妨げたときは、この限りでない。
- (4) 第1項及び第2項の場合において、事故関与者が、多大でない物的損害のみが生じた交通の流れの外での事故後24時間以内に、任意に事後の確認を可能にしたとき(第3項)は、裁判所は、刑を減軽(第49条第1項)し、又はこれらの規定による刑を免除することができる。
- (5)事故関与者とは、その者の行動が、状況に鑑みて、事故を引き起こすことに寄与した可能性のある者全てをいう。

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>59</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>60</sup>。さらに、同じく刑法典上、「不救助罪」<sup>61</sup>が定められていることも特筆すべきである<sup>62</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>63</sup>。このためドイツでは、「単なる不救助罪にとどまらない」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。

## 2. ひき逃げ類型をめぐる議論状況

ひき逃げに適用されうる犯罪として、不作為による殺人罪については前章で検討している。私見によれば、車内への連れ込みがあったならば、原則として不作為による殺人罪の対象となりえる。そこでここではそれ以外の、(1) 道路交通法違反と (2) 遺棄罪について議論状況を確認する。

<sup>59</sup> 高山・前掲注 (58) 72 頁。

<sup>60</sup> 高山・前掲注 (58) 72 頁。

<sup>61</sup> StGB § 323-c Unterlassene Hilfeleistung; Behinderung von hilfeleistenden Personen. この訳として、前掲注 (58) 資料、高山・前掲注 (58) 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」福岡大学法学論叢 61 巻 4 号 (2017 年) 975 頁以下などがあるが、これらはいずれも、2017 年改正前の条文である。以下、改正後の訳である樋口ほか訳・前掲注 (58) 270 頁より引用。

第 323 条 c 不救助・救助を行う者の妨害

(1) 災難又は公共の危険若しくは緊急事態に際して、救助が必要であり、その救助が、諸事情に鑑みその者に期待可能である、とりわけ著しい自己への危険や他の重大な義務違反なく可能であるにもかかわらず、救助をしなかった者は、1 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(2) 前項の状況において、第三者を救助し又は救助しようとする者を妨害した者も、同一の刑に処する。

<sup>62</sup> 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 (61) 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。

<sup>63</sup> Hans Welzel, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494 ff.; Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd.2., Besondere Erscheinungsformen der Straftats, 2003, § 32, Rn.145 およびこの邦語訳としてクラウス・ロクシン『刑法総論第 2 巻犯罪の特別現象形態翻訳第 2 分冊』山中敬一監訳〔前嶋匠訳〕(信山社、2012 年) 365 頁。

## (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>64</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全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>65</sup>、2001年<sup>66</sup>、2007年<sup>67</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>68</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>69</sup>。現在では、救護義務違反については、道路交通の安全の他に負傷者の生命・身体の安全をも保護法益としていっていると考えら

---

<sup>64</sup> 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/日高・前掲注（4）20頁[曾根]、25頁[日高]。

<sup>65</sup> 「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。

<sup>66</sup> 「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。

<sup>67</sup> 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年以下の懲役又は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。

<sup>68</sup> 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（64）57頁。その他、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。

<sup>69</sup> 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（68）7頁。その他、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（64）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』を長期とするとされている（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。

れるようになっている<sup>70</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る<sup>71</sup>。つまり、救護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>72</sup>と救護義務違反の併合罪で処罰されている<sup>73</sup>。ひき逃げの事案では、東京高判昭和45年5月11日<sup>74</sup>を最後に、大阪高判平成27年8月6日<sup>75</sup>にいたるまで保護責任者遺棄罪での起訴はなされていなかった<sup>76</sup>し、殺人罪で起訴されたものとしては、現時点で6件程度しか見あたらない。

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

---

<sup>70</sup> 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は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、他の交通関係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、交通関係者の生命・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、最一小判昭和50年4月3日刑集29巻4号111頁を参照。

<sup>71</sup> 曾根/日高・前掲注(4)20頁[曾根]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。また、同25頁以下[日高]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る。

<sup>72</sup> 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。

<sup>73</sup> 前田ほか編・前掲注(56)637頁以下。

<sup>74</sup> 高刑集23巻2号386頁。

<sup>75</sup> LEX/DB 文献番号25447575。

<sup>76</sup> 松原・前掲注(56)5頁、大塚ほか編・前掲注(27)314頁以下[半田靖史]。

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>77</sup>。

## (2) 遺棄罪

### 1) 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>78</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>79</sup>が、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+ $\alpha$ 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>80</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>81</sup>と説明する見解もある。

### 2) 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、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

---

<sup>77</sup> 曾根/日高・前掲注(4) 26頁[日高]。

<sup>78</sup> 曾根/日高・前掲注(4) 19頁[曾根]、大沼・前掲注(1) 105頁、野村・前掲注(6) 93頁以下。

<sup>79</sup> 曾根/日高・前掲注(4) 18頁[曾根]および同 24頁[日高]は、通説はこれを認めると評しているが、大沼・前掲注(1) 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。

<sup>80</sup> 曾根/日高・前掲注(4) 27頁[日高]。

<sup>81</sup> 曾根/日高・前掲注(4) 19頁[曾根]。

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>82</sup>。

### 3. 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、東京高判昭和45年5月11日<sup>83</sup>を最後に、保護責任者遺棄罪での起訴は長い間なされなかった<sup>84</sup>。過失運転致死傷罪<sup>85</sup>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>86</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判平成27年8月6日<sup>87</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死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>88</sup>。他方、殺人罪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>89</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。

#### (1) 裁判例の概観

---

<sup>82</sup> 曾根/日高・前掲注(4)22頁[曾根]。

<sup>83</sup> 高刑集23巻2号386頁。

<sup>84</sup> 松原・前掲注(56)5頁。

<sup>85</sup> 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。

<sup>86</sup> 松原・前掲注(56)6頁、前田ほか編・前掲注(56)637頁以下、大沼・前掲注(1)96頁。

<sup>87</sup> LEX/DB 文献番号25447575。

<sup>88</sup> 松原・前掲注(56)8頁。

<sup>89</sup> 実行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) 殺人(未遂)罪の成立が認められた裁判例

### ①横浜地判昭和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上降霜しており、長時間人に発見されにく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>90</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、

<sup>90</sup> 浦和地判昭和45年10月22日刑月2巻10号1107頁。

控訴審は、当日の気温や人通りの他、傷害の実情をふまえ、「翌朝まで前示の如き情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 2007WLJPCA07068014

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病院に搬送したため、被害者は一命をとりとめた。

原審<sup>91</sup>は被告人による連れ去りおよ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およ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、死亡の結果発生の蓋然性が高度のものであったとまで

<sup>91</sup> 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頁もこの一審の判断を批判し、不作為と構成すべきとしている。

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)

飲酒の上自動車を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つた」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き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で接触し、治療日数約10日を要する左上眼部挫創、左腕関節およ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<sup>92</sup>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、「たとえば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、当時は附近に人家なく、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れられた」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最二小判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁

<sup>92</sup> 原審につき、公刊物未登載・言い渡し年月日不明。

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およ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、被害者を自動車で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<sup>93</sup>の判断を維持した。

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>94</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日判タ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、損害賠償責任等をおそれ、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

---

<sup>93</sup> 原審（控訴審）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）。

<sup>94</sup> 浦和地判昭和36年5月12日下刑3巻5・6号464頁。

原審<sup>95</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こしたものの、発覚をおそれ、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き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っ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づき、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

裁判例を見る限り、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。確かにこれは、具体的危険あるいは抽象的危険をはかる上で重要なファクターである。

しかし、危険性は単に傷害そのも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>96</sup>、法的にとらえ直して考える必要がある。

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は、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>97</sup>、致死結果が発生していない場合は、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>98</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>99</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

---

<sup>95</sup> 横浜地判昭和44年12月17日（公刊物未登載）。

<sup>96</sup> 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。

<sup>97</sup> 裁判例②、⑥。

<sup>98</sup> 裁判例①、③、④、⑤。

<sup>99</sup> 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

ていることも多い<sup>100</sup>。しかし、救護しても助からないほ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、「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」の2つのファクターについて、①～⑪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。

---

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、死亡の結果発生の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。

<sup>100</sup> 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を要するもの」とする。

第4章 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界

<危険性に着目した裁判例の判断一覧>

	罪名	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	(参考) 傷害の程度や 周囲の状況など
①	殺人未遂	---	(+) 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 蓋骨輝裂骨折、右橈骨下端骨折、右正中神経麻 痺等。 ・夜明け前で暗く、寒気厳しく降霜していた。
②	殺人	(+) 「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 することは充分に 出来た」	---	・骨盤骨複雑骨折および頭蓋骨骨折等。 ・「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	---	(+) 「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」	・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。 ・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	---	(+) 「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およびその周辺に 脳腫脹を伴う脳挫傷、骨折による髄液漏等。 ・24日間入院・約1か月間の通院療養。 ・周囲に人家なし、直近の民家までの距離1.4 km、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ない。夜間の最低気温は9 度前後。不衛生。
⑤	(殺人未遂 について) 無罪	---	(-) 「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 然性が高度のもので あったとまでは認め 難い」	・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。 ・「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」。 ・川の流ればゆるやかで橋の高さは川底より2.3 m、水深50cm、水質透明。 ・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。
⑥	保護責任者 遺棄 (殺人は×、 致死結果は 業務上過失 致死で捕捉)	(-) 「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」	---	・頭部損傷、肝破裂。 ・「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」。 ・「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。
⑦	保護責任者 遺棄	---	---	・治療日数約10日を要する左上眼部挫創、左腕 関節および膝関節部打撲傷。 ・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。 ・「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」。
⑧	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お よび左下腿開放性骨折の重傷。
⑨	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5cm深さ骨膜に達する挫 創、左眼瞼部外側に長さ約3cmの骨膜に達する 挫創等の傷害。 ・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。 ・人通りの少ない道路上。
⑩	保護責任者 遺棄	---	---	・全治に約2月半を要する傷害。
⑪	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。

(i) 殺人罪の成立が認められた裁判例(②)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(①③④)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かが重要となる。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>101</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。

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全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。

(ii) 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、(i)の裏返しである。⑥は、救命可能性を因果関係にとらえ、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

---

<sup>101</sup> 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、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さう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」同志社法学 62 巻 3 号 (2010 年) 529 頁以下。

れる。したがって、裁判所の意図はどうあれ、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とら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。

(i) 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る傾向にあるということが分かる。

(iii) 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、事実認定をおこな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全く不要であることを示すまでにはいえない。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恢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、泥酔す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。

## IV 虐待類型

### 1. 議論の前提

#### (1) 虐待類型の内容

本稿における虐待類型とは、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を指す。したがって、児童に限らず、高齢者や障がい者、けが人など、扶助を必要とする者全般に対するものを対象とする。母親が産み落としたばかりの子に適切な措置を与えず死亡させるケースもこれに含む。

なかでも数として多く、社会の関心を集めているのが、いわゆる児童虐待である<sup>102</sup>。児童虐待は児童虐待防止法2条によって、保護者がその監護する18歳に満たない児童に対して暴行やわいせつ、監護の懈怠、心的外傷を与えるような言動などを与えることと定義されている<sup>103</sup>。このように、虐待の態様は様々で、積極的な暴力を受けることもあればネグレクトもあり、近年では性的虐待にも注目が集まっている<sup>104</sup>。両者の混合形態も多い。また「保護者」も様々であり、実親・養親であることもあれば、実親の恋人や内縁関係にある者ということもある。母親の内縁の夫が主導的に虐待行為をおこなうケースでは、母親にはそれを妨げずに子を見殺しにしたという側面とともに、内縁の夫からのDVの被害者という側面もあることが少なくないため、慎重な判断が求められる場合がある。

## (2) 虐待の現状

---

<sup>102</sup> 近年では、2018年3月に東京都目黒区の5歳児虐待死事件、2019年1月に千葉県野田市小学生4年生虐待死事件などが報道され、社会の注目を浴びた。学会でも、2019年日本刑法学会の分科会・同年同学会関西部会の共同研究で児童虐待が取り上げられた（前者につき、後藤弘子「児童虐待とその刑事的対応（ワークショップ）」刑法雑誌59巻3号（2020年9月号）（2020年）521頁以下、後者につき、増井敦/久保健二/三原恵/稲谷龍彦「特集 児童虐待事案における刑事的介入と多機関連携のあり方」刑法雑誌60巻1・2・3合併号（2021年1月号）（2021年）1頁以下参照）。さらに、2020年5月の日本刑法学会の分科会でも児童虐待が扱われる予定であった（新型コロナウイルス感染拡大の影響により中止）。

<sup>103</sup> 参考・児童虐待の防止等に関する法律

### 第2条（児童虐待の定義）

この法律において、「児童虐待」とは、保護者（親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するものをいう。以下同じ。）がその監護する児童（十八歳に満たない者をいう。以下同じ。）について行う次に掲げる行為をいう。

- 一 児童の身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を加えること。
- 二 児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること。
- 三 児童の心身の正常な発達を妨げるような著しい減食又は長時間の放置、保護者以外の同居人による前二号又は次号に掲げる行為と同様の行為の放置その他の保護者としての監護を著しく怠ること。
- 四 児童に対する著しい暴言又は著しく拒絶的な対応、児童が同居する家庭における配偶者に対する暴力（配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）の身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすもの及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動をいう。第十六条において同じ。）その他の児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うこと。

<sup>104</sup> 平成29年刑法改正により、刑法179条に監護者性交等・わいせつ罪が加えられた。これに関する文献として、北川佳世子「性犯罪の罰則に関する刑法改正」法学教室445号（2017年）62頁以下、橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば70巻11号（2017年）4頁以下、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報89巻11号（2017年）112頁以下、深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑罰的規律——監護者性交等・わいせつ罪（刑法179条）を中心に」立教法学97巻（2018年）213頁以下、今井猛嘉「監護者わいせつ罪及び監護者性交等の罪（小特集・性犯罪に関する刑法の一部改正）」法律時報90巻4号（2018年）63頁以下など。

犯罪白書<sup>105</sup>によると、「児童相談所における児童虐待に関する相談対応件数は、近年一貫して増加して」いる。また、児童虐待に関する事件の罪名別の検挙件数は2015年以降の増加率が大きく、2015年には822件であったものが、2019年には1972件となっている。もちろんこれは児童虐待への社会的関心の増加や制度の充実化により暗数が顕在化したという面が大きく、児童虐待という現象そのものが増加したといえるわけではない。

罪名別で見ると、増加したのは主に傷害罪や暴行罪、強制性交罪であって<sup>106</sup>、殺人罪は2015年以降特段の増加傾向は見られない。なお、保護責任者遺棄罪についてはある程度増加しているようにも見えるが、そもそも数字自体が小さいため、それが有意なものであるかは分からない<sup>107</sup>。とはいえ、年間これだけの件数の児童虐待が存在し、これによって命を落とす児童が確かに存在することも事実である。

なお、被害者と加害者の関係をみると、総数としては例年、父親等（実父、養父、母親の内縁の夫、その他男性）が母親等（実母、養母、父親の内縁の妻、その他女性）の三倍近くに上っている<sup>108</sup>。しかし、父親等の内訳をみると、全体の三分の一程度は実父以外であるのに対して、母親等の内訳をみるとそのほとんどが実母である<sup>109</sup>。さらに罪名別にみると、傷害や暴行は父親等が母親等の二倍以上にのぼるのに対し、殺人は母親等が圧倒的に多いといった傾向がみられる<sup>110</sup>。

### 2. 虐待類型をめぐる議論状況

虐待類型に不作為による殺人罪が適用されうることについては、すでに前章で検討している。ひき逃げ類型とならび、不作為による殺人罪の典型事例とってよいであろう。そして同時に、保護責任者遺棄致死罪についてもこれが成立しうることに争いはない。

ただし、ひき逃げと異なり、家庭内のできごとであることから、国家権力がどの程度家庭に介入できるのかという問題<sup>111</sup>がある。教育やしつけに関する権利を過度に制約すること

<sup>105</sup> 令和2年版 犯罪白書 第4編/第5章/第1節。

[http://haksusyol.moj.go.jp/jp/67/nfm/n67\\_2\\_4\\_5\\_1\\_0.html](http://haksusyol.moj.go.jp/jp/67/nfm/n67_2_4_5_1_0.html)（最終閲覧日・2021年3月21日）

<sup>106</sup> 傷害罪は2015年には346件、2019年には848件。暴行罪は2015年には235件、2019年には703件。また、強制性交罪は2015年には22件、2019年108件であった。

<sup>107</sup> 殺人罪は2015年以降、77件・78件・65件・52件・78件。保護責任者遺棄罪は7件・18件・16件・22件・25件。ただし、さらにさかのぼれば19件や20件といった年もあり、数字が小さいだけにばらつきが大きい。

<sup>108</sup> 2019年の統計で父親等1448件、母親等576件。

<sup>109</sup> 「父親等」の内訳について、2019年の統計で実父913件、養父302件、母親の内縁の夫187件、その他男性46件。「母親等」の内訳について、2019年の統計で実母550件、養母10件、父親の内縁の妻5件、その他女性11件。

<sup>110</sup> 傷害について、2019年は父親等632件、母親等249件。暴行について、2019年は父親等504件、母親等202件。殺人について、2019年は父親等18件、母親等64件。

<sup>111</sup> 児童虐待に対する行政の介入について、横田光平「児童虐待への国家介入——分析的考察」法律時報90巻11号（2018年）37頁以下。

なく、かつ、児童の生命身体の保護を確実にするための議論や施策<sup>112</sup>が進められている。

### 3. 裁判例とその分析

虐待類型は保護責任者遺棄罪ないし同致死罪が認められた裁判例がきわめて多く、これらをすべて取り上げることは困難である<sup>113</sup><sup>114</sup>。そこで、特に殺人罪か保護責任者遺棄致死罪かが争点となった裁判例を列挙することとする。ここでは、1) 弁護人が保護責任者遺棄致死罪を主張して争ったものの、殺人罪の成立が認められた裁判例、2) 殺人罪で起訴された

<sup>112</sup> この重要な役割を担う特別法が児童虐待の防止等に関する法律（以下、「児童虐待防止法」という）である。2000年5月に成立、11月に施行されたのちも、改正が繰り返されている。近時では、2017年に接近禁止命令の対象の拡大や、2019年に体罰の禁止の明記などの改正がなされている。なお、わが国の児童虐待防止法は、それ自体児童虐待に刑罰を科すものではない。これに対して、ドイツおよびアメリカにおける児童虐待への刑事的介入についての研究として、池田直人「児童虐待の処罰に関する考察」東京大学法科大学院ローレビュー第12号（2017年）24頁以下。

<sup>113</sup> 直近の令和2年だけでも、参照可能であった裁判例として、以下13件。ほとんどが実父母による児童虐待や産み落とし事例であり、わずかに子から親に対するもの・夫婦間のもの・成人した実子に対するものといった特殊な事例がある。①札幌地判令和2年11月20日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA11209002（保護責任者遺棄致死、実母、2歳児、低栄養状態及び頭部等の傷害による衰弱死）、②鹿児島地判令和2年10月20日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA10206005（保護責任者遺棄、実父母、3歳児と1歳児、自宅に置き去り）、③札幌地判令和2年10月16日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA10169002（傷害罪および保護責任者遺棄致死、実母の恋人、①の共同正犯）、④水戸地判令和2年10月1日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA10016006（保護責任者遺棄、実母、出産直後の男児を病院門扉前に置き去り）、⑤静岡地沼津支判令和2年9月17日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA09176003（保護責任者遺棄致死、実子、81歳認知症歩行困難者、放置による敗血症・多臓器不全死）、⑥東京高判令和2年9月8日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA09089002（保護責任者遺棄致死、実母、5歳児、低栄養状態及び免疫力低下に起因する肺炎に基づく敗血症）、⑦大津地判令和2年7月22日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA07226003（保護責任者遺棄致死、実母、出産直後の男児、窒息死）、⑧神戸地判令和2年6月12日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA06129005（保護責任者遺棄、実母、出産直後の女児、トイレ便器裏側に隠しおいて放置）、⑨神戸地判令和2年4月17日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA04179001（保護責任者遺棄、実父母、生後3カ月から5歳児の計4児童、部屋に置き去りにしたままスロットのため外出）、⑩仙台地判令和2年3月17日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA03176007（保護責任者遺棄致死、実母、2歳児、自宅居間の出入り口を冷蔵庫で塞いだ上玄関ドアを施錠し置き去り、低栄養状態下の低体温症及び脱水により死亡）、⑪大阪地判令和2年3月12日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA03129003（保護責任者遺棄致死、実父母、統合失調症の娘に対する10年以上にわたる監禁の末、低栄養及び寒冷環境曝露による凍死）、⑫福岡地小倉支判令和2年2月28日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA02286004（保護責任者遺棄致死、夫、医師である夫が自宅で妻に「キシロカイン」を投与後中毒症状が起きたにもかかわらず生存に必要な保護をせず急性リドカイン中毒により死亡させた）、⑬和歌山地判令和2年1月14日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA01146003（保護責任者遺棄、実母、2歳児、重篤な熱傷を負ったにもかかわらず医師による診療を受けさせなかった）。

<sup>114</sup> なお、林弘正『児童虐待の司法判断』（成文堂、2019年）212頁以下が、平成24年から平成30年のネグレクト態様による児童虐待に関する裁判例26件をまとめ、検討している。

ものの、保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた裁判例、これに加えて、争点となったわけではないが、3) 殺意があっても保護責任者遺棄致死罪によって処理された裁判例に分け、計10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。

### (1) 裁判例の概観

#### 1) 殺人罪の成立が認められた裁判例

##### (i) 産み落とし直後の保護の不供与

#### ① 仙台地判平成20年1月8日 WestlawJapan 文献番号 2008WLJPCA01089002

被告人(当時18歳)は、自宅で被害者を出産し、何らかの方法で殺害した上、被害者の遺体を発泡スチロールの箱に入れ、ビニール袋で包むなどし、祖父母の所有する空き家に遺棄した。被害者の死因は不明であり、実行行為が特定できなかった。

裁判所は、自然死の可能性と事故死の可能性はいずれも認められないから、消去法的に、「被害者の死亡は被害者を出産した被告人の作為あるいは不作為の行為により生じたというべきである」とした。さらに、事件前後の被告人の言動から、被害者に対する殺意も認定した。弁護人は、保護責任者遺棄致死により被害者を死亡させてしまった可能性を排斥できないと主張したが、裁判所は、被告人には被害者の死の結果を認容する意思があること、第三者に発見されるような態様では遺棄されていないこと、第三者に発見されないような態様で遺棄すれば生後間もない被害者は死亡するであろうことから、これは殺害行為であると認定した。

##### (ii) 実親・養親による単純な養育放棄

#### ② 大阪高判平成13年6月21日判タ1083号292頁

被告人は、実子である1歳8か月の幼児に2カ月以上にわたり十分な飲食物を与えず、栄養失調に基づく全身衰弱により死亡させた。被告人は被害者の実父である夫との間で、被害者に食事を与えずに殺してしまうという合意をしており、被害者が死んだ際には拒食症であったことにしようとする犯行の隠蔽のための話し合いもおこなっていた。

原審<sup>115</sup>は、被告人が被害者に飲食物を与えなかったことについて、「もういいやと思ったり、ちゃんとしなくちゃと思ったり、その日によって気持ちはかなり揺れたりはしていた」という供述や、菓子類やジュースを与えたりおむつを替えたりしていたこともあったという事実をふまえて、確定的故意ではなく未必の故意を認定した。

控訴審において、検察官はなお確定的故意を主張し、弁護人は殺意はなく保護責任者遺棄致死罪にとどまると主張した。高裁は、「一時的に、被害者を死亡させることについて、ためらいの気持ちを抱いたことがあったとしても、被告人の殺意は、これに全体的な法的評価

<sup>115</sup> 大阪地判平成12年6月12日(公刊物未登載)。

を加えると、到底未必の故意に止まるものではなく、確定的殺意に該当する」「特に、本件のような長期間を要する不作為による態様の殺人の場合には、不作為者の殺意の強さについて、その間に動揺がみられることは、経験則上十分考えられるところであるが、このような場合、その実行期間の全体における不作為者の犯意を総合的に考察して、その殺意の程度について法的評価を加えるのが相当であり、不作為者が殺人に関して一時的に逡巡する場面があったとしても、それが直ちに全体の法的評価として、未必の故意による犯行になるとは考えられない」として、確定的故意を認定した。

③さいたま地判平成 15 年 3 月 12 日 WestlawJapan 文献番号 2003WLJPCA03129007

被告人は、風俗店で働く A 女が男性客との性交の末被害者を出産し、乳児院に預けていることを承知の上で A と交際し、A の希望に応じて、A と婚姻するとともに被害者との間で養子縁組をおこなった。しかし、やがて被告人は A とともに被害者に暴行を加えるようになり、また、必要な食べ物や飲み物を与えなくなった。事件当日も、被告人は A とともに被害者に暴行した上、必要な水分を与えないまま放置し、脱水に伴う循環不全等により被害者を死亡させた。

弁護人は、被告人の暴行自体は死亡に至るほどの危険性がなく、他方、食べ物や水分の不足を被告人は認識していなかったとして、殺人罪は成立せず、保護責任者遺棄致死罪が成立するにとどまると主張した。これに対して裁判所は、「被害者の主たる死因は、必要な食べ物や飲み物を与えられなかったことによる脱水に伴う循環不全ではあるが、被告人らが日常的に加え続けた暴行も、被害者を極度の恐怖に陥れて強いストレスを与え、免疫力等の著しい低下をもたらして被害者の生命維持機能に影響を及ぼしていた形跡がある」とし、かつ、食べ物や飲み物の不足も認識していたとして、殺人罪の成立を認めた。

④名古屋高判平成 15 年 10 月 15 日 LEX/DB 文献番号 28095057

被告人兩名が当時 3 歳の実子に適切な食事を与えず、かつ医師等による治療を受けさせることもなく、段ボール箱に入れたまま放置し、飢餓により死亡させたという事案。争点は殺意の有無である。

弁護人は、殺意がなく保護責任者遺棄致死罪が成立するにとどまると主張した。これに対して、原審<sup>116</sup>は、被告人らが被害者の体を見て「こんなにやせちゃったよ」「立てなくなった」「そろそろやばいんじゃない」「やせたなあ」などといった会話をしたときには、「適切な食事を与えたり、医師等による治療を受けさせることなく放置すれば、被害者が死亡するかもしれないことを十分認識したといえる」とし、「それにもかかわらず、……適切な措置を何らとることなく放置していた。被告人兩名が、少なくとも、その時点において、被害者が死んでも構わない、すなわち、被害者が死亡することを未必的に認容していたと認められ、未必的殺意を有していたことは明らかである」と認定した。

控訴審でも殺意について争われた。高裁は、弁護人の「被告人兩名は、犯行当時、『思考

<sup>116</sup> 名古屋地判平成 14 年 10 月 30 日 LEX/DB 文献番号 28085354。

停止の状態』……にあったから、被害児に対する殺意などは持ち得なかった」という主張に対し、被告人らが日常生活を送りながら、周囲の者に取り繕うなど隠ぺいを図っていたことからこれを否定し、「被害児に対して不十分ながらも飲食物を与えていたのは、被害児の死を望んでいなかったことの現れである」という主張に対しては、その食事内容が全く足りず、スティックパンなどを与えていたのは被害児が食事を摂ることができる状態にあるかどうかを確認するためであったと被告人自身が供述していることからこれを否定し、未必的殺意を認めた原審を支持した。

**⑤大阪地判平成 18 年 3 月 28 日 LEX/DB 文献番号 28115220**

育児ストレス等から家出中の被告人が、ホストクラブでの遊興に熱中して、生後5か月の実子の育児を放棄し、同児を衰弱死させた事案。

争点は故意の有無であった。検察官は確定的殺意を主張し、弁護人は、被告人は単に面倒くさいと思って被害児を放置したに過ぎず、確定的殺意はもとより未必の殺意すらなく保護責任者不保護致死罪が成立するにとどまると主張した。裁判所は、ミルク等の飲食物を全く与えず同児が次第に痩せ細り、その体重が相当軽くなっていたことを認識していたものであるから、「被害児の生命に危険が切迫しており、このまま放置すれば餓死するであろうことは、充分予見していたと認められる。したがって、それ以降も被害児に飲食物を与えなかった被告人が、未必の殺意を有していたことは優に推認できる」とする一方、被告人が確定的殺意を抱いたと検察官が主張する時点（被害者の顔色が青白く、唇が紫色に変色しているのを見た時点）では、そもそも救命可能性の認識があったと認めがたく、確定的殺意までは認定できないとした。

**(iii) 実親・養親による閉じ込め・置き去りによる養育放棄**

**⑥大阪地判平成 24 年 3 月 16 日 WestlawJapan 文献番号 2012WLJPCA 03169005**

被告人は、被害者 A（当時3歳）および被害者 B（当時1歳）の実母である。被告人は被害者らを自宅リビングに放置したまま、交際していた男性の勤めるホストクラブに通ったり、男性方に連日外泊するなどして、コンビニで買った飲食物を与えるために短時間だけ自宅に帰るということを繰り返し、徐々に帰宅しない期間は長期化した。ある日被告人はコンビニで買った食べ物を少量おき、リビングと廊下との間の扉に粘着テープを貼って固定し、玄関ドアに鍵をかけ、自宅を立ち去った。その後、約50日間帰宅せず、被害者らは脱水を伴う低栄養による飢餓で死亡した。

裁判所は、本件当日までの養育状況から被害者らがすでに相当衰弱していたこと、被害者らが置き去りにされたリビングは冷蔵庫も空で、水道設備もなく、クーラーもきいておらず、糞尿も含めてゴミが散乱していたことから、このようなリビングから被害者らが出られないようにし、その後被害者らを放置したことは、被害者らを死亡させる可能性の高い危険な行為であったとし、このような危険性は通常人であれば常識的に理解できるとした。また、被告人は被害者らの衰弱した状態を目のあたりにしており、また自宅を後にし

た時点で短期間のうちに戻るつもりはなく長期間被害者らを放置する意志があったことから、被告人には、これが被害者らを死亡させる可能性の高い危険な行為であるという認識があったとして殺意を認定した。

(iv) 実子から実親に対する保護の不供与

⑦さいたま地判平成14年1月31日 WestlawJapan 文献番号 2002WLJPCA01319009

被告人は、寝たきりで日々の介護や通院治療を要する被害者（当時79歳）の実子である。被害者にはこの他2人の子がいたが、被害者と暮らしていたのは被告人だけであった。被告人は被害者の預金通帳等を預かり、被害者の年金を使い込み、被害者に十分な食事を与えなかった。最終的に被告人は被害者を置き去りにして家を出た。被害者は餓死した。

弁護人は、被告人には殺意がなく、他に結果回避可能な者がいた以上作為義務がないから、保護責任者遺棄致死罪が成立するにとどまると主張した。これに対して裁判所は、兄弟間の協議により被告人が母親の介護を自ら引き受けたことを挙げ、その生命を維持する作為義務を認めた。さらに弁護人が、他の兄弟にも結果の回避ないし防止は可能であったと争ったことにつき、他の兄弟は被告人の介護の引受けによりそれが適切になされているものと考えており、また被告人も他の兄弟に対し「まともな生活を送っている」と嘘の話をしていたことなどを挙げ、実質的には他の兄弟に結果の回避可能性はなかったとした。また、被告人の捜査段階での供述内容等から未必の殺意も認めた。

2) 殺人罪で起訴されたものの、保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた裁判例

⑧東京高判平成29年1月13日東高刑時報68巻1頁

被告人は当時5歳の被害者の実父である。妻の家出により被害者と二人で暮らすようになったものの、次第に面倒をみるのがうとましくなり、徐々に自宅に帰らないようになっていった。被告人は、被害者が勝手に家から出ていかないように自宅の6畳和室の入り口引き戸に外側からガムテープを貼りつけ、雨戸を締め切り、掃き出し窓に内側からガムテープを貼った状態で、2、3日に1回または1週間に1回くらいの不十分な食事しか与えず、医師による適切な診療を受けさせるなどの措置も講じないまま被害者を放置した。被害者は栄養失調により死亡した。

主たる争点は殺意の有無であった。原審<sup>117</sup>は、栄養が不足して関節が曲がって固まってしまう「拘縮」という症状が、死亡の1カ月前には被害者に出ており、「拘縮開始時における被害児童の状態は、そのような状態を見た通常人であれば誰でもその死の結果発生の危険性を正しく理解できるような状態といえる」と認定し、週に1回くらいは自宅に帰っていた被告人がその様子を確認できなかったとは考えられず、被告人には殺意が認められ

<sup>117</sup> 横浜地判平成27年10月22日 WestlawJapan 文献番号 2015WLJPCA10229006。

るとした。これに対して高裁は、拘縮が生じていたとは必ずしもいえないとして、「被害児が死亡するまでには、栄養不十分な食事しか与えられなかったことにより、栄養状態が悪化し、相当やせて衰弱した状態になっていたことが認められるが、医師による適切な診療を受けさせるなどしなければ、死亡する可能性が高い状態になっていたとも、そのことを被告人が認識していたとも認定できないのに、殺人の故意を認めて上記犯罪事実を認定した原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認がある」とし、殺人罪ではなく、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。

### 3) 殺意があっても保護責任者遺棄致死罪によって処理された裁判例

#### ⑨札幌地室蘭支判平成19年12月17日 WestlawJapan 文献番号 2007WLJPCA12179002

被告人は、実子である3歳の長男と1歳3か月の三男被害者兩名を、自宅のドアに鍵をかけて容易に他者が立ち入ることのできない状態にして自宅に置き去りにし、1カ月以上放置した。三男は、脱水および栄養不良による飢餓、低体温又はその競合により死亡した。長男は生米を食べ、調味料等をすするなど、室内にわずかに残された食料等口にしうるものを摂取し、生還した。

裁判所は、長男に対する保護責任者遺棄罪と、三男に対する殺人罪を認めた。争点は量刑のみであったと思われ、判決文全文を見ても、三男への殺人罪について、故意や客観的危険性についての詳しい認定は特に見られない。なお、長男に対しては保護責任者遺棄罪であるものの、「被告人の主観面のみを見れば、長男をも死に至らしめる意図があったことは証拠上明らか」とされている。

#### ⑩大津地判令和2年7月22日 WestlawJapan 文献番号 2020WLJPCA07226003

被告人は、自宅で被害者を出産したが、被害者は産声をあげず呼吸困難な状態にあった。被告人は、119番通報して適切な医療措置を受けさせるなどの行為をせず、被害者を放置し、被害者を窒息死させた。

裁判所は、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。しかし被告人の内心について、裁判所は、「男児に死んでほしいとの気持ち」を抱いていたことも認めている。

## (2) 分析

このように裁判例を概観すると、殺人罪か保護責任者遺棄致死罪かが争われた事案では、殺意の有無が争点として顕在化することがきわめて多いことが分かる。殺意以外が争点となったものとしては⑦があり、これは実子から実親に対するもので、作為義務が争われている。他方で、実親から実子に対してなされるいわゆる児童虐待の事案については、原則として故意、特に生命の危険のある状況の認識が問題になっている。

単純な放置の場合は場所的な離隔がないため、死の直前に至るまで被害者の様子を目のあたりにするから、被害者の死の危険の認識は比較的認められやすい。他方、被害者を閉じ込めて立ち去る場合、立ち去る時点での衰弱状態が重視される傾向にある。⑥はそれで

も殺人罪の成立が認められているが、⑧は原審が殺人罪を認めたのに対し、控訴審では被告人が被害者の死亡する可能性が高い状況を認識していたと認定することはできないとして、原審を破棄し、保護責任者遺棄致死罪としている。⑥は50日にわたって帰宅せず、それだけの期間飲まず食わずであれば間違いなく死に至るであろう期間であったのに対して、⑧は1週間に1度程度は帰宅し食事を与える生活を継続しており、現にそれまでは衰弱しつつも生存していたという事情の違いもあるかもしれない。

ただし、殺意が認められていてもなお保護責任者遺棄（致死）罪にとどまるケースもある。⑨は、「主観面のみを見れば、長男をも死に至らしめる意図があった」としつつも、長男には保護責任者遺棄罪の成立を認めた。このケースでは、施錠の上1カ月以上放置したとはいえ、自宅には生米や調味料が存在し、現に長男はこれを摂取することで衰弱しつつも生き延びている。他方、ともに置き去りにされた三男は1歳3カ月で、生米や調味料で生き抜くことは困難な年齢であった。しかし、長男も相当衰弱していたとのことであるから、長男の生還が偶然の産物のようなものであるとしたら、不作為による殺人未遂という選択肢もありえたように思われる。また⑩は、「男児に死んでほしいとの気持ち」があったにもかかわらず、保護責任者遺棄致死罪で起訴され、これが認められている。同じ産み落とし事例の①では、死の結果の容認と、生後間もない嬰兒という性質上、第三者に見つからないような遺棄によっては死亡する可能性が高いことをふまえて、保護責任者遺棄致死罪ではなくあくまで殺人罪が成立するとした。そうした事情はこちらも同様で、かつ、被害者は呼吸困難な状態にあったのだから、なおさら不作為の危険は大きいように思われる。

いずれにせよ、虐待類型はひき逃げ類型以上に故意が重視されている。ひき逃げ類型は先行行為たる事故の時点で被害者の身体・生命への危険が突然生じ、その程度は様々である。事故の時点で救命の見込みのない重傷の場合もあれば、何も手を施さなくともおよそ死ぬおそれのない傷害であることもある。これに対してネグレクトによる虐待類型は、当初は健康であった被害者が、長い時間をかけて少しずつ衰弱し、全く何も手を施さなければ最終的に死に至ることは明白である。人は栄養を摂取できなければ死に至るし、虐待類型の被害者は原則として自力で栄養を摂取したり、外部に助けを求めたりすることが困難な弱者だからである。したがって、ネグレクトによって死亡した場合、その時系列のなかで、「救助すれば助かる」瞬間、「放置すれば死ぬ」瞬間はほぼ間違いなく存在している。

そう考えると、ひき逃げ類型のように、客観的な危険の程度からの区別が困難であることは頷ける。虐待類型の両罪の境界の主戦場は、あくまで殺意、被告人の認識の有無なのである。とはいえ、これはネグレクトによる虐待についての問題で、先行行為たる暴行やその他の事情により被害者が傷害を負ったにもかかわらず医療措置を受けさせず死亡させたような場合、これはむしろひき逃げ類型に近い形で、その傷害の程度など客観的な危険の判断が必要となる。

以上の検討をふまえ、私見を述べる。

## V 私見

### 1. 不真正不作為犯論の再構成に基づく境界論の再考

まず、第3章までの成果に基づいて、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界論を整理する。

#### (1) 不真正不作為犯の実行行為性の指標

第3章より、不真正不作為犯の実行行為性を検討するにあたっては、①結果回避措置の蓋然性（「はず」論）、②結果回避可能性、③結果発生 of 蓋然性、④固有の意味の作為義務（「べき」論）の4つが指標となる。①②③は実行行為といえるだけの「結果発生 of 現実的危険」を説明するためのもので、④は、①の「はず」論を正当化するために必要なものである。この4つの指標が、保護責任者遺棄致死罪においては同様に求められるか否か、検討する。

#### (2) 保護責任者遺棄致死罪との比較

保護責任者遺棄致死罪は、「保護責任者」に対する身分犯であり、保護責任者に保護の義務を課す真正不作為犯であり、「保護責任者遺棄罪」の結果的加重犯であり、抽象的危険犯である。このことを前提として、不作為による殺人罪の実行行為性の各指標を検討する。

##### 1) 結果回避措置の蓋然性（「はず」論）

保護責任者遺棄致死罪は真正不作為犯である。条文自体が義務を命じ、それに反する者を処罰すると定めている以上、保護責任さえ認められれば、その保護行為がなされる「はず」といえる必要はない。あくまで「保護しない（結果として死に至らしめてしまう）罪」であって、「殺す罪」ではないからである。ゆえに、この指標は不要である。

##### 2) 結果回避可能性

法は不可能を強いないから、結果がおよそ回避できないのであれば、回避措置を命じることもできない。しかし、作為による殺人罪が「刺さなければ確実に死なない」ということに匹敵するほど、「死なない」確実性が求められるわけではない。結果回避可能性が高いとまではいえなくとも、一定程度認められるならば、抽象的危険犯としての危険は満たすことができる。ゆえに、この指標は必要ではあるものの、程度は緩やかである。

##### 3) 結果発生 of 蓋然性

何らの措置も施さなくとも死の危険がないのであれば、抽象的危険すらない。しかし、抽象的危険があるといえる程度に結果発生 of 蓋然性があるならば、具体的危険犯である殺人罪ほどのそれは不要である。ゆえに、この指標は必要ではあるものの、程度は緩やかである。

##### 4) 固有の意味の作為義務（「べき」論）

「べき」論は必要である。しかしそれは、不真正不作為犯の固有の意味の作為義務とは

意味合いが異なる。固有の意味の作為義務は「はず」を正当化するために必要なものであるのに対し、保護責任者遺棄致死罪における「べき」論は、ひとえに「保護責任者」という語義の各論的解釈問題である。しかし、すでに述べたように、作為義務の根拠と保護責任の根拠は法令・契約をはじめほぼ重なるともいわれており（本章Ⅱ1（2）参照）、これによって両罪を分かつことは現実的には困難であろう。

### （3）両罪の境界の指標

#### 1）4つの指標

本稿の立場からすると、両罪の境界の指標となりうるのは、次の4点である。

##### ㉑結果回避措置の蓋然性（「はず」）の有無

殺人罪の成立には、その者が通常回避措置をなす「はず」であるという統計的見込みが必要である。これが無ければ、殺人罪は成立せず、保護責任者遺棄致死罪の余地しかない。

##### ㉒結果回避可能性の大小（救助すれば助かるのか）

回避措置をなした場合に、結果回避がほぼ確実であれば殺人罪が成立しうる。回避措置をなしてもまず助からないならば、いずれも成立しない。ほぼ確実とはいえないが可能性はあるという場合には、保護責任者遺棄致死罪が成立しうる。ただしこの指標は、㉓と密接に関連して作用する。

##### ㉓結果発生時の蓋然性大小（放置すると死んでしまうのか）

放置するとほぼ確実に死に至る状況であれば殺人罪が成立しうる。放置してもおよそ死ぬことはないのであれば、いずれも成立しない。ほぼ確実とはいえないが死ぬおそれもある場合には、保護責任者遺棄致死罪が成立しうる。ただしこの指標は、㉒と密接に関連して作用する。

##### ㉔殺人の故意の有無

殺人罪の成立には、当然ながら殺意が必要である。これが無く、生存に必要な保護をしていないことの認識にとどまるのであれば、殺人罪は成立しえず保護責任者遺棄致死罪の余地しかない。

#### 2）従来境界論との対応

両罪の区別には「殺意説」「危険説」「義務の内容・程度説」という代表的な3つの学説が提唱されてきた。すでに述べたように、この3つの学説はいずれも同じことを視点を変えて表現していると考えられる。しかし、あえてその視点の違いに則るなら、㉑～㉔の指標はそれぞれ、従来の学説と次のように対応する。

㉑の指標は、義務の内容・程度説に親和性がある。保護責任は真正不作為犯として固有の条文により課される義務であるのに対し、作為義務は殺人罪の実行行為性を示すためのものであるために生まれる違いである。

⑥⑦の指標は、危険説に親和性がある。危険の創出とは危険でないものを危険にする行為であり、⑥は、期待される作為があれば危険でないことを示す指標であり、⑦は、期待される作為がなければ危険であることを示すものだからである。

⑧の指標は、殺意説に親和性がある。これは説明不要であろう。

以上⑥から⑧の指標を類型ごとに使い分けることで、両罪を区別できると考える。

### 3) 指標⑥と⑦の関係

指標⑥と⑦は関連しあう。⑥結果回避可能性がきわめて高く（「ほぼ助かる」状態）、⑦結果発生の蓋然性もきわめて高い（「ほぼ死んでしまう」状態）場合には、作為をした場合としない場合とのギャップが大きく、法益に対する影響力が強い、すなわち危険が大きい。このように、重要なのは⑥と⑦のギャップである。逆にいうと、⑥⑦がいずれも一定程度認められても、⑥と⑦のギャップが無いのであれば、不作為自体に危険は無い。

便宜上、⑥、⑦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>118</sup>としてまとめると、以下のようになる。

#### (i) 殺人罪：⑥⑦の蓋然性がいずれも高い（⑥+⑦が200に近い）場合

殺人罪が認めらる典型は、⑥救助した場合には100%助かり、かつ、⑦放置した場合には100%死に至るという場合である。つまり⑥+⑦の値が200に近ければ近いほど、殺人罪が認められやすい。

#### (ii) 両罪不成立：救助しても放置しても危険に変化がない（⑥+⑦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、不救助が危険とはいえない。⑥救助すれば100%助かるが、そもそも⑦放置しても死に至る確率は0%であるという状況や、逆に⑥救助しても助かる確率は0%であり、当然⑦放置すれば100%死に至るという状況である。他にも、⑥救助すれば30%助かるが、⑦放置すると70%死に至るという状況も、救助しても放置しても助かる確率は30%で変わらないということである。これを一般的に表すと⑥+⑦が100に近い場合と表現できる。このような場合には不救助に何らの危険も認められず、殺人罪も保護責任者遺棄致死罪も成立しない<sup>119</sup>。

#### (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。

⑥+⑦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。しかし、⑥+⑦が100に迫るようなら、抽象的危険さえ認められない

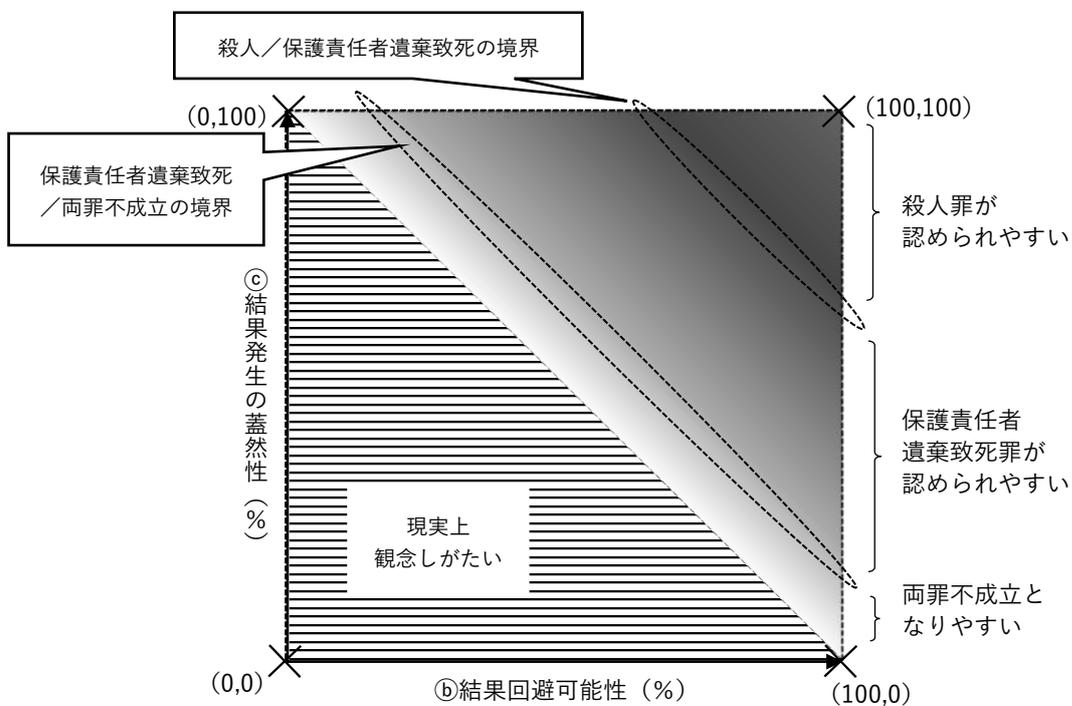
<sup>118</sup> この確率は実数値をとるため、その数値の組み合わせは無限にありうる。また、ここで数字を用いているのはあくまで説明のための便宜であって、現実には蓋然性が数値で表しうるというわけではない。

<sup>119</sup> なお、⑥+⑦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づけられることはない。したがって、⑥+⑦が100未満になるケースを考える必要はない。

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ものでなければ、助かる確率が大きくなくとも、救助しなければならない。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。

以上をグラフに表すと、以下のようになる。

<指標⑥・⑦に基づく殺人罪・保護責任者遺棄致死罪・両罪不成立の境界モデル>



#### 4) 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界の一般論

以上をまとめると、私見によれば、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を見分ける手順は以下の通りである。

**【手順1】** (a) 「はず」の有無)

まず、結果回避措置の蓋然性の有無をみる。不作為者が作為をなす「はず」であったとまではいえなければ、不作為による殺人罪は成立しない。

**【手順2】** (⑥結果回避可能性および⑦結果発生 の 蓋然性の関係)

不作為者が作為をなす「はず」であったといえる場合、結果回避可能性と結果発生 の 蓋

然性の大小をみる。放置した場合と救助した場合との間で助かる見込みのギャップが大きければ、殺人罪である可能性が高い。逆に小さければ、保護責任者遺棄致死罪の可能性が高い。

**【手順3】** (㉔故意の有無)

放置した場合と救助した場合の助かる見込みのギャップが大きかったとしても、そのことを不作為者が認識していなければ(殺人罪に相当する故意が認められなければ)、なお殺人罪は成立しない。

**5) 類型による違い**

両罪の境界づけの手順は、一般論としては上記の通りである。しかし、事案の類型によって、このいずれの手順が重要になるかは異なりうる。以下、本章で検討したひき逃げ類型と虐待類型を例に挙げ、検討する。

**2. ひき逃げ類型における境界**

**(1) ひき逃げ類型で重視すべき指標**

私見によると、連れ込み型のひき逃げ類型については、㉔「はず」論が常に認められる(第3章参照)。けが人を車内へ連れ込んだ運転手は、道路交通法上の救護義務の存在もふまえると、当然けが人を救護するであろうと通常考えられるからである。したがって、上記【手順1】の段階では、両者を区別することはできない。

そのため、【手順2】が重要となる。ひき逃げ類型の裁判例が重視しているように思われる、「救助した場合の救命の蓋然性」と「放置した場合の死に至る蓋然性」は、これに対応しているのである。

**(2) 指標の活用方法**

㉔は、傷害の程度や医療水準、医療機関からの距離等をふまえて、作為をなすことで被害者の救命がかなうかを検討する。㉔は、単純な傷害の程度だけではなく、放置した場所の人通り、時間帯、気温等も含め、死という結果がどの程度生じうるかを具体的に検討する。

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㉔結果回避可能性を検討していない(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、奇跡的に助かることもありうるからである。他方、既遂結果が生じた場合、㉔結果発生蓋然性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、㉔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で死亡することもありうる

からである。

なお、この⑥⑦が高度に認められ、【手順2】によって殺人罪に該当しうるとされた場合でも、その時点で⑧殺意の要件が備わっていたかをみなければならない（【手順3】）。つまり、⑥⑦の状況とそれに基づく危険を認識し、認容しているといえる必要がある。これを欠く場合、やはり殺人罪は成立せず、保護責任者遺棄致死罪にとどまる。

なお、⑥⑦⑧は、被告人が被害者を降車させた上で現場から逃走し、作為可能性が失われるまでに同時に成立しなければならない。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、この時間的限界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<sup>120</sup>。

### 3. 虐待類型における境界

#### (1) 虐待類型で重視すべき指標

私見によると、虐待類型についても、多くの場合⑨「はず」論が認められる（第3章参照）。したがってひき逃げ同様、【手順1】の段階では決着がつかない。

それならばひき逃げ類型と同様【手順2】が重要になるように思われるが、虐待類型の裁判例を概観すると、実質的に争点として表れるのはほとんどが⑧殺意の有無（【手順3】）である。

この理由は、IV3(2)、虐待類型の裁判例の分析で述べたとおりである。ひき逃げ類型は、常に先行行為が存在し、それによって明白な法益の危機が開始する。この状況は様々である。これに対してネグレクトによる虐待類型では、被害者は長い時間をかけて少しずつ衰弱していく。単純な飲食物の不供与で考えるならば、最初の一日は、被害者は空腹感を覚えているだけで生命の危険は全く無い。しかし、いつまでも飲食物を与えなければ、被害者は確実に死んでしまう。この時系列のどこかの段階では、ほぼ間違いなく、⑥⑦がともに高度な状況が存在する。したがって、⑥⑦といった客観的な危険の指標だけで両罪を分かつことは、ひき逃げと比べて困難なのである。そのため、どこかに存在する殺人罪相当の客観的な危険のある時点に、被告人の認識が同時に存在していたかを検討することが重要になる。

#### (2) 指標の活用方法

##### 1) 危険の認識の程度

---

<sup>120</sup> なお、このように限界を設定すると、「なるべく早く被害者を放置して逃走する」インセンティブを与えるのではないかという問題が生じうる。しかし、どうせ被害者の救護を完遂しないのであれば、他者による救助が期待できる分、早く降車させて放置してもらった方が、被害者や社会にとってはかえって有益であるから、問題ないように思われる。

裁判例は、閉じ込めや置き去りによる養育放棄の例（⑥、⑧、⑨）において、被告人が被害者らを置き去りにした当日、つまり被告人が最後に確認した被害者の状態を重視しているように思われる。たとえば⑥では、被告人は公判廷で、（置き去りにした当日において）「子供達の様子はそれまでと変わりなく、ぐったりしていなかったし、ハイタッチとバイバイをして見送ってくれた」と供述していたのに対し、裁判所が（被害者らは）「本件当日の時点で相当衰弱していたことが客観的に明らかであるから、被告人が供述するような行動をとる余力が残っていたとは、到底考えることができない」と否定し、「被告人は、被害者らが相当衰弱しているのを目の当たりにし、その状況を認識して、被告人らの生命に対する危険が生じていることに思い至ったものと推認される」と認定している。このケースでは被告人は約50日間帰宅していないのだから、たとえ本件当日時点で健康であっても、それだけの時間3歳児と1歳児を閉じ込めて放置すれば常識的には死に至りそうなものである。それでも裁判所は本件当日の衰弱した状態をあえて認定し、その状況の認識を問題としている。また、⑧では、被害者の「拘縮」が問題となった。原審は被害者に低栄養に基づき関節が曲がって固まってしまう「拘縮」という症状が現われていたとし、これが始まっていけば通常人ならば誰でもその死の結果発生の危険性を正しく理解できるとして、被告人にもその認識があった、つまり殺意が認められるとした。これに対して高裁は、「拘縮」があったとは言い切れないとした上で、「栄養状態が悪化し、相当やせて衰弱した状態になっていたことが認められるが、医師による適切な診療を受けさせるなどしなければ、死亡する可能性が高い状態になっていたとも、そのことを被告人が認識していたとも認定できない」とし、殺人罪ではなく、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。「相当やせて衰弱した状態」の5歳児を1週間放置したというだけでは足りず、「医師による適切な診療を受けさせるなどしなければ、死亡する可能性が高い状態」を認識していなければならないというのである。さらに⑨は、「長男をも死に至らしめる意図」を認めつつも、1歳3か月の三男については殺人罪としたのに対し、衰弱しつつも生き延びた3歳の長男については殺人未遂ではなく保護責任者遺棄罪にとどめている（ただしこれは殺人罪を否定したわけではなく、もともと保護責任者遺棄被告事件であった）。

これらの傾向を見るに、裁判所は殺意の認定にあたり、単に衰弱していたり、「このままいつまでも何もしなければいずれは死ぬ」という状態であったりするのでは足りず、「『今』何らかの手を打たなければ死亡する可能性が高い」というところまでの認識を求めていると思われる。単純な育児放棄は、被害者の状態を毎日のように目のあたりにするため、その段階を認識しやすい。しかし、閉じ込めて置き去りにする場合には、被害者から離隔してしまう。そのため、置き去り当日、被告人が最後に認識した被害者の様子が重要になる。最後に認識した被害者の様子を前提として、そのような状態の被害者を当該期間当該場所に放置することについてどのような危険性の認識があったかをはかっているのである。

確かに、「今」何らかの措置を講じなくても、のちの時点で救護すれば十分助かるのであれば、今救護しないことは致命的ではない。「死亡する可能性が高い」状態を回避する、す

なわち生命に対する現実的な危険を生じさせないためのいわば最後のチャンスであったのに、それを棒に振るからこそ、その不作為が「生命に対する現実的な危険を生じさせた」ことになるのである。逆に保護責任者遺棄致死罪は、「生存に必要な保護をしていない」認識だけで足りるから、それが最後のチャンスであるという認識までは求められない。したがって、『『今』、医師による診療を受けさせなければ、死亡する可能性が高い』という認識があれば殺人の故意が認められて殺人罪、なければ保護責任者遺棄致死罪ということになる。

### 2) 危険の認識と結果回避可能性

最後のチャンスを正しく認識できずこれを見過ごした場合、ようやく被害者の生命の危険に気づいたときには、今度は結果回避可能性が損なわれていることがありうる。被害者の容態が悪ければ悪いほど危険の認識の可能性は高まるかわりに、結果回避の可能性は低くなるためである。

この結果回避可能性も、保護責任者遺棄致死罪の場合、それほど高度なものが要求されるわけではない。そのため上記のように危険の認識の程度が不足していた場合に加え、高度な危険を認識した場合であっても、そのタイミングが遅れ、高度な結果回避可能性が認められなくなっていれば、この場合にも殺人罪ではなく、保護責任者遺棄致死罪が成立する。

### 3) 社会制度の拡充の必要性

虐待は社会的な問題でもある。特に児童虐待においては、その家庭には離婚、ひとり親家庭、借金など、共通した特徴がみられ、ときには精神的な病理や障害が背景となっていることもある<sup>121</sup>。このように困難な状況に陥った家庭が孤立し、さらなる困難から抜け出せないまま、最も脆弱な存在にそのしわ寄せがいく。そこには行政その他社会的なサポートがもっと行き届くべきであった<sup>122</sup>。そう考えるならば、ただ虐待に刑事罰を科し、生じた不幸の原

---

<sup>121</sup> たとえば、産後うつが子殺しにつながるケースについて、田口寿子「産後うつ病の母親による子殺し」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』（2011年）211頁以下、馬場俊明「周産期メンタルヘルス—産後うつ病と児童虐待との関連を中心として—」臨床精神医学 47 巻 9 号（2018年）983頁以下。統合失調症や発達障害、代理によるミュンヒハウゼン症候群などと児童虐待との関係について、菊池祐子「児童虐待の対応」臨床精神医学 47 巻 9 号（2018年）983頁以下。脳科学的観点から虐待行動を説明しようとする試みとして、黒田公美・白石優子「行動の脳科学からみる子育てとその問題」発達 157 号（2019年）16頁以下。

<sup>122</sup> たとえば林・前掲注（114）417頁は、「出産ないし育児をサポートする存在の希薄化」を指摘する。いわく、「出産及び育児を女性固有の行為とする性差意識」により、「女性は過重負担を強いられ一人精神的に追い込まれ結果としてネグレクト行為に至る」。また、林浩康「総論 子ども虐待のこれまでとこれから（特集・児童虐待のこれから）」発達 158 号（2019年）5頁は、子育て支援は市町村、社会的養護は都道府県が管轄していること、相談支援体制においても都道府県管轄の児童相談所と市町村管轄の担当課との間に溝があることなどを指摘し、「管轄行政の違いからその間に溝ができ、その溝に落ち込み生活上のニーズが潜在化する」とする。

因を被告人ひとりに押し付けて済む問題ではない<sup>123</sup>。

とはいえ、そもそも、いかなる犯罪にも酌むべき事情はあり、その背後には社会的原因が潜んでいる。確かに、社会制度の拡充によってそうした犯罪を予防するとともに事後的なフォローを手厚くすることはきわめて重要であるが、構成要件に該当する違法有責な行為を犯罪と宣言して処罰対象とすることは、必ずしもそれと矛盾しない。あまり虐待の扱いを異にすると、特に児童虐待の場合、あたかも子どもが親の所有物で、親が子を殺すことは違法性が小さいという誤った印象を与えかねない。もちろん過度の厳罰化は不要であるが、社会福祉の拡充によって予防に努めたり、事件が起こったのちは量刑の段階で事情を考慮したり、処遇の段階で手厚くサポートしたりといった形で、刑事罰とそれ以外の取り組みを両立しながら対処していくべきであると考えられる。

## VI 本章の内容と成果

### 1. 本章の内容のまとめ

本章の内容をまとめると、以下のようになる。

本章の掲げる問いは、「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界はどこにあるか」であった。

まず、先行研究の状況を確認した。殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界問題について、先行研究では大きく殺意説、危険説、義務の内容・程度説の3つが提示されてきた。本章ではこれらの関係を整理し、いずれも実体としては同じ内容のことを視点を変えて説明するものであると指摘した。

次に、「ひき逃げ類型」と「虐待類型」の2類型を挙げ、個別に裁判例を検討した。すると、「ひき逃げ類型」では、救助した場合の救命の蓋然性と放置した場合の死に至る蓋然性

---

<sup>123</sup> 櫻庭総「刑事判例研究：近時の児童虐待事案に関する判例動向」九大法学 101号（2010年）175頁以下は、近時の虐待類型が保護責任者遺棄致死罪ではなく殺人罪で処理されたり、量刑が重くなっていたりすることについて、「もし、刑事裁判における児童虐待事案の厳罰化、重罰化が、児童虐待防止に補完的ではなく、むしろ逆機能にしか作用しないのであれば、そして現場の矛盾を深めることにしかならないのであれば、本稿が明らかにした現在の判例動向は即刻見直されるべきであろう」と厳しく指摘する。また、稲谷龍彦「児童虐待への刑事的介入と多機関連携（特集・児童虐待事案における刑事的介入と多機関連携のあり方）」刑法雑誌 60巻1・2・3合併号 23頁以下は、親に刑事罰を課すと付随的に子どもにも経済的・心理的不利益が生じること、閉鎖的な家庭で生じる事件であるがゆえに重要となる子どもの供述・証言の聞き取りは子どもにとって負担が大きいこと、それに伴って司法面接などの必要が生じるもののそのための執行費用が大きいこと、さらに加害親の親子関係に関する認知枠組み自体のゆがみをふまえて支援しなければならぬことなどを挙げ、これらの事情から、児童虐待事案に刑罰を科すと社会的便益よりも社会的費用が上回ると指摘する。

が重視される傾向が指摘され、これに対して「虐待類型」では、もっぱら殺意の有無が争点として顕在化することを明らかにした。

最後に、私見として、これまでの本稿の成果に基づいて殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界基準を提示した。私見によれば、不真正不作為犯の実行行為性の指標は、①結果回避措置の蓋然性（「はず」論）、②結果回避可能性、③結果発生の蓋然性、④固有の意味の作為義務（「べき」論）の4つであった。このうち保護責任者遺棄致死罪においては、①は不要である。そして②③については、弱いもので問題ない。④は、両罪で異なるとはいえ実質的には重なる形で要求されるため、境界づけにおいてはあまり役立たない。以上により、本章が提示する両罪の境界づけの手順は以下の通りである。

**【手順1】** (a)「はず」の有無)

まず、結果回避措置の蓋然性の有無をみる。不作為者が作為をなす「はず」であったとまではいえなければ、不作為による殺人罪は成立しない。

**【手順2】** (b)結果回避可能性および(c)結果発生の蓋然性の関係)

不作為者が作為をなす「はず」であったといえる場合、結果回避可能性と結果発生の蓋然性の大小をみる。放置した場合と救助した場合との間で助かる見込みのギャップが大きければ、殺人罪である可能性が高い。逆に小さければ、保護責任者遺棄致死罪の可能性が高い。

**【手順3】** (d)故意の有無)

放置した場合と救助した場合の助かる見込みのギャップが大きかったとしても、そのことを不作為者が認識していなければ（殺人罪に相当する故意が認められなければ）、なお殺人罪は成立しない。

ただし、この手順のうちどこが主戦場になるかは類型によって異なる。ひき逃げ類型においては手順2・手順3がともに重要であるのに対し、虐待類型は手順3が最も顕在化しやすい。これは、ひき逃げ類型と虐待類型の対極的な特徴に由来する違いであると考えられる。

## 2. 本章の成果

本章の成果は、第一に先行研究で提示されてきた3つの境界基準の関係を整理し、その核心は共通していることを示した点、第二に、類型ごとの裁判例の分析をふまえて、本稿の前章までの成果から両罪の境界づけの基準を明示した点、そして第三に、ひき逃げ類型と虐待類型という両極的な2つの類型において、それぞれ重視すべき事項を明らかにした点である。

これにより、本稿の示してきた不真正不作為犯の構造を基に、本稿が射程とする「不作為による殺人罪」の輪郭を素描することができたと考える。

## 第5章 おわりに

### I 本稿の内容のまとめ

#### 1. 本稿の趣旨と概要

本稿では、「わが国における不真正不作為犯の輪郭はどのようなものか」を問いとして立て、わが国における不真正不作為犯論の再構成を試みた。また、この問いに答えるために、小問①「作為と不作為はどのように区別されるべきか」、小問②「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」、そしてそれを前提とすると、「従来の作為義務の根拠論はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」、小問③「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界はどこにあるか」という3つの小問を立てた。

本稿が着目したのは、ドイツとの法状況の違いである。不真正不作為犯固有の根拠条文と任意的減軽規定を持つドイツとそれを持たないわが国では、不真正不作為犯論はおのずと異なるものになると考えられる。本稿はこの相違を軸に、ドイツの議論から示唆を得ることで、わが国における不真正不作為犯論を明らかにした。

#### 2. 各章の要約

本稿各章の内容をまとめると、以下のようになる。

##### (1) 第1章・はじめに

本稿の問いを示し、議論の明確化のため、射程を殺人罪・故意犯・単独正犯に限定した。

##### (2) 第2章・作為と不作為の区別

第2章は、小問①「作為と不作為はどのように区別されるべきか」に答えるものである。

不真正不作為犯の再構成を目指すにあたり、検討対象となる「不作為」の範囲を輪郭づける必要がある。またこれにより、不作為が作為と同価値であるというためには、どのような相違を乗り越えなければならないのかということが明らかになる。

そこで、国内外の先行研究や判例の状況を概観した上で、作為義務の根拠論を必要な限度で先取りし、作為と不作為の間の相違が何であると考えられているかを検討した。これにより、作為と不作為の間には、①禁止規範違反か命令規範違反かという規範的相違と、②因果を発生させるか既存の因果を放置するかという因果的相違の2つが存在することが分かった。しかしこれらによっても、作為と不作為は、常に峻別されるわけではなかった。作為と不作為は、現象として連続的・スペクトラム的なのである。そこで、作為と不作為の区別は、作為義務論の前提として所与のものと考えべきではなく、作為義務論と一体となって、適切な処罰範囲を最終的に画定できるように定めるべきであるとした。

以上のことから、本章では次のような結論に至った。作為義務論においては、①規範的相違と②因果的相違が意識され、これらを補うために、①「義務」が検討されたり、②「法的な」因果性が検討されたりしている。この①規範的相違は、不作為に分類されたことによって生じる相違であり、作為と不作為の区別に役立てることはできない。そこで、②因果的相違について、「法的な」因果性を補わなければならないもの、すなわち、「自然的な」因果性を一切持たないものを不作為とすべきである。これを具体化すると、次のような基準を定立することができる。『当該行為主体の存在がなければ、当該危険がその大きさに存在することはなかった』といえるならば当該行為は作為であり、『当該行為主体の存在がなくとも、当該危険はその大きさに存在していた』といえるならば当該行為は不作為である。

### (3) 第3章・作為義務の根拠論

第3章は、第2章で明らかにした作為と不作為の2つの相違を念頭に、小問②「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」、そしてそれを前提とすると、「従来の作為義務の根拠論はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」に答えるものである。

まずドイツの学説史を概観し、次にそこから強い影響を受けたわが国の要件論を、作為義務の根拠要素ごとに分析した。これにより、不作為の実行行為性を検討するには、作為義務を媒介項とする媒介項アプローチと、作為と同様に直接論証しようとする直接的アプローチの2つの方法が存在することを指摘した。

続いて、わが国とドイツとの法構造上の相違、とりわけ任意的減軽規定の存在に着目した。ドイツであれば減軽されるような態様の不作為は、減軽規定のないわが国では処罰すべきではない。わが国では、作為と真に同価値な不作為、当罰性も等しく認められる不作為のみが、作為と共通の条文で処罰しうる態様なのである。そして、ドイツの議論に照らすと、ドイツでも減軽対象とならない態様の不作為、すなわち作為と同等の当罰性が認められる不作為とは、日常生活において通常のこととして想定されている一定の作為の不作為である。

以上をふまえ、不真正不作為犯論を次のように再構成した。まず、作為と共通の条文で不作為を処罰する以上、作為と同じ、直接的アプローチによって実行行為性を論証すべきである。そこでは不作為が危険を創出したといえる程度に、作為が当然なされる「はず」であると想定されていなければならない。この「はず」論が不作為の実行行為性認定の中心であり、これに加えて、結果回避可能性や、結果発生蓋然性も備われば、形の上では実行行為性を論証しうる。しかし、これだけでは、作為と不作為の2つの相違のうち、因果的相違しか乗り越えられていない。不作為を処罰するためには、その命令規範性を正当化しうる「べき」論が必要であり、これこそが本来の、固有の意味の「作為義務」なのである。「はず」論と「べき」論はともに要求され、「はず」論が因果的相違を、「べき」論が規範的相違を克服する。すなわち、①結果回避措置の蓋然性（「はず」論）、②結果回避可能性、③結果発生蓋然性、④固有の意味の作為義務（「べき」論）の4つの指標がともに満たされるとき、不真正不作為犯の実行行為性が認められるのである。

これらは個別具体的に様々な事情を考慮して検討すべきであり、一つの要素で一元的にすべてを解決することは困難である。これらの指標は、多元的運用を統制し、明確性を確保するための上位規範として機能する。

この構造を前提にすると、これまでの作為義務の根拠要素がどの部分をカバーし、またカバーしきれていなかったのかが明らかとなる。本稿では、代表的な根拠要素をそれぞれ分析し直して、私見の構造上に位置づけた。また私見に基づいて裁判例を検討すると、類型ごとに、特に考慮すべき点や、原則として検討の必要のない点を指摘することができた。

#### (4) 第4章・不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界

本稿は射程を殺人罪に限定しているが、不作為による殺人罪にはもう一つ問題が残る。不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界である。

本章は、両罪の境界に関する学説を一般的に検討したのち、ひき逃げ類型と虐待類型を取り上げ、それぞれの裁判例が何を重視しているか抽出した。これらを第3章の不真正不作為犯論の構造上に乗せることで、両罪の境界の所在と、その類型ごとの具体的な表れ方を明らかにした。

本稿の示す両罪の境界づけの手順は、以下の通りである。

##### 【手順1】(「はず」の有無)

結果回避措置の蓋然性がなければ、不作為による殺人罪は成立しない。

##### 【手順2】(結果回避可能性および結果発生の蓋然性の関係)

結果回避措置の蓋然性がある場合、結果回避可能性と結果発生の蓋然性の大小をみる。放置した場合と救助した場合との間で助かる見込みのギャップが大きければ殺人罪、小さければ保護責任者遺棄致死罪である。

##### 【手順3】(故意の有無)

手順2では殺人罪にあたるとしても、殺人に相当する故意が認められなければ、なお殺人罪は成立しない。

ひき逃げ類型では手順2・3が、虐待類型では3が、争点として顕在化する傾向にある。

#### (5) 第5章・おわりに

第5章(本章)では、本稿全体のまとめや結論、本稿の成果、今後の課題について述べる。

## II 本稿の結論

### 1. 本稿の問いに対する答え

本稿の問いは、「わが国における不真正不作為犯の輪郭はどのようなものか」である。こ

の問いに対し、本稿は次のような回答を提示する。

わが国の不真正不作為犯の輪郭を画する基準をまず一言で表すと、「法益の維持のために、人が何を期待し、また、何を期待してもよいか」ということになる。期待するだけでは足りない。そこには正当性が足りない。期待してもよいだけでも足りない。そこには現実が伴わない。規範的に期待してもよい作為が、事実上も期待されていてはじめて、その不作為は作為と同様に「危険」であるといえる。不作為の実行行為性を認定するためには、この規範（「べき」論）と事実（「はず」論）がともに備わっていなければならない。

これに、一般に実行行為性を認めるに足るさらなる危険性の要素を補完して具体化すると、次のようにいえる。「結果回避のための一定の作為がなされるであろう蓋然性（結果回避措置の蓋然性・「はず」論）と、その義務づけ（固有の意味の作為義務・「べき」論）が認められる場合、その作為によって結果を回避することができ（結果回避可能性）、その作為がなければ結果が発生するであろう蓋然性が高いならば（結果発生蓋然性）、その作為をしないことは作為と同価値の実行行為性を有し、不真正不作為犯として処罰しうる」。これが、わが国における不真正不作為犯の輪郭である。

## 2. 本稿の結論の位置づけ

本稿の示した基準は、従来の根拠論に新たな要素を付け加えるものではないし、一つの根拠要素や統一原理によってすべてを解決しようとするものでもない。

確かに、近時の事實的・一元的な要件論の試みは、明確性の観点からすると意義深いもので、実行行為性の直接的なアプローチに基軸をおいた点はわが国の法状況からして当然であったともいえる。しかし、不真正不作為犯はあくまで実行行為性の問題であり、その実行行為性は常に、社会が何を危険と感じるかという一般通常人の危惧感を背景とすると考える。社会の期待は、時代によって変化する。すると、危険の評価も、そのつど社会の状態に応じて諸般の事情からフレキシブルに認定せざるをえない。裁判所が特定の根拠論に拠らず多元的な運用をしているのはそのためであると思われる。

とはいえ、形のない「社会の期待」を手放しで運用すると、その判断は、処罰すべきものを処罰し、処罰すべきでないものを処罰しないという恣意的なものになってしまう。多元的な総合考慮をおこなうにしても、そこには、指針ないし指標となる上位規範が不可欠である。

すなわち、本稿の提示した解は、諸要素から総合的に作為義務を導く多元的な運用に、一定の指針を与える上位規範という位置づけである。作為がなされる「はず」といえるか、かつ、「べき」といえるかという2つの軸を基本として、これをともに満たすように個別具体的な様々な事情を活用することで、不真正不作為犯を輪郭づけることができると考える。

## III 本稿の成果と今後の課題

## 1. 本稿の成果

従来の不真正不作為犯論においては、様々な学説が提唱されながら、そのいずれもが、単独で全てのケースを過不足なく捕捉するものではなかった。他方で裁判所の多元的な運用には理論的一貫性が存在せず、一步間違えると裁判官による恣意的な運用を招きかねない状況にあった。

そこで本稿は、ドイツとの法構造上の相違から示唆を得て、ドイツとは異なるわが国ならでの不真正不作為犯論の再構成を試みた。重要な相違は、わが国は作為と不作為を同一の条文で取り扱い、不真正不作為犯について任意的減軽の余地はないという点である。このことから、わが国では実行行為性の直接的なアプローチによるべきであるということ、そして、ドイツでは減軽対象となる類型は、わが国では処罰しえないということを指摘した。

そして本稿では、従来あまり区別されず、場合によってはあえて混同して扱われてきた「はず」論と「べき」論を意識的に切り分け、前者が因果的相違を、後者が規範的相違を乗り越えることで、作為と不作為の同価値性が担保されるという不真正不作為犯論の構造を提示した。さらに、この構造のもと諸般の事情を多元的・総合的に活用することにより、形のない「社会の期待」に形を与え、不真正不作為犯の輪郭をかたどることができるとした。

これまでは多元説といっても、その多元的な諸要素が相互にどのような関係にあるのかが不明瞭で、ともすれば要素の単なる羅列になりかねなかったところに、整理・統制のための筋道を示すことができたと考える。このように、上記のドイツの議論からの示唆と先行研究の理論構築とを、現実に積み重ねられている裁判例の多元的な運用と結びつけ、現実的なひとつの落としどころを提案した点が、本稿の成果である。

## 2. 今後の課題

本稿は、「不作為」以外の要素をなるべく典型にそろえることで議論の単純化・明確化を図った。したがって、今後はその射程を典型から非典型へと広げていく必要がある。

まず、殺人罪以外の犯罪への適用である。不真正不作為犯が問題となる代表例としての詐欺罪、放火罪の他、近時議論が活発化している死体遺棄罪などについて、各論的考慮をふまえて本稿の成果がどのように及ぶか検討しなければならない。

次に、過失犯への適用である。新過失論によると、過失犯は予見義務・結果回避義務違反であり、その意味で不作為犯と構造を同じくする。そのため、注意義務と作為義務の関係、過失犯において作為と不作為とを区別する意義について検証する必要がある。

最後に、共犯への適用である。不作為による幫助或不作為に対する幫助、不作為犯の共同正犯といった類型のそれぞれにおいて、不真正不作為犯論と共犯論がどのように噛み合うのか明らかにしなければならない。

このように、残された課題は多岐にわたる。本稿は、そうした理論的な広がりやを予定し、その核となる土壌を固めたものである。