

オーストリアの不真正不作為犯に関する 準備的検討

池田直人

- I はじめに
 - 1. 問題の所在と旧稿の成果
 - 2. オーストリア法への着目と本稿の取組み
- II オーストリアにおける「作為と不作為の区別」論
 - 1. 学説
 - 2. 判例
 - 3. 小括
- III オーストリアにおける一般的不救助罪の概要
 - 1. 一般的不救助罪 (95条)
 - 2. 負傷者放置罪 (94条)
- IV おわりに
 - 1. 本稿の検討の成果
 - 2. 今後の検討課題

I はじめに

1. 問題の所在と旧稿の成果

(1) 日本の刑法典には、不退去罪や保護責任者不保護罪のように、一定の不作為を構成要件行為として想定する罪が存在する(真正不作為犯)。他方で、殺人罪や放火罪等の多くの罪については、一定の不作為が構成要件行為に該当する旨が明文で規定されているわけではない。もっとも、現在の日本の実務と学説は、一定の要件を満たすことを前提として、そのような罪も不作為によって遂行できると解している(不真正不作為犯)¹⁾。この不真正不作為犯

の理論について現在の日本で検討すべき課題として、旧稿では、次の三点を指摘した²⁾。

(2) 第一に、保障人的地位の発生根拠を探求する、という課題がある。現在の日本の実務や学説では、不真正不作為犯の理論による処罰の要件として、一般に、行為者が一定の作為義務を負うべき地位にあることが要求されている。いわゆる保障人的地位の要件である。そして、この保障人的地位がいかなる事情に基づいて基礎づけられるかという、保障人的地位の発生根拠が盛んに論じられてきた。

この点について、1980年代以降の学説では、「行為者は結果に至る因果経過を支配していなければならない」との発想に基づき、いわゆる排他的支配の概念から一元的に発生根拠を捉えようとする議論が有力化した。もともと、こういった議論に対しては、不真正不作為犯として処罰されるべき事象は様々であり、一元的な説明を無理に維持しようとする、その事案で不作為が処罰されるべき実質的な根拠が見失われてしまい、かえって処罰範囲が不明確になる、との批判が向けられている。現在では、こういった批判を踏まえ、保障人的地位の発生根拠を多元的に捉えようとする議論があらためて有力化している。このような動向を踏まえると、保障人的地位の発生根拠の多元性をどのように具体化するかが重要な課題となる³⁾。

(3) 第二に、作為義務の内容を検討する、という課題がある。行為者が保障人的地位にあることが認められるとしても、その行為者に対して、いかなる行為が具体的に要請されるかは別途問題となる。こうした作為義務の内容については、近時、立ち入った検討の必要性が指摘されているものの、議論

1) 実務家による文献として、例えば、植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)(第三版)』(立花書房、2020)5頁〔江見健一〕。研究者による文献として、例えば、山口厚『刑法総論(第三版)』(有斐閣、2016)75頁以下、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論(第三版)』(弘文堂、2019)122頁以下、井田良『講義刑法学・総論(第二版)』(有斐閣、2019)152頁以下、大谷實『刑法講義総論(新版第五版)』(成文堂、2019)127頁以下。

2) 拙稿「ドイツ不真正不作為犯論の素描」同志社法学72巻7号(2021)885頁以下。

3) 拙稿・前掲注2)885-887頁。旧稿後の文献として、安田拓人「不作為犯」法学教室490号(2021)116頁以下は、制度的基礎の有無に応じた検討を行っている。

の蓄積が十分とは言い難く、検討を要する状況にある⁴⁾。

(4) 第三に、構成要件的同価値性の要請をどう考えるか、という課題がある。学説では、一般に、不真正不作為犯の理論による処罰のためには、問責対象の不作為が何らかの意味において作為と同価値でなければならない、との認識が共有されている。

通説は、このような構成要件的同価値性の要請を、保障人的地位の発生根拠を検討する際の指導原理と位置付けている。この理解からは、保障人的地位にある者が作為義務に違反したことを認定できれば構成要件的同価値性はすでに担保されることになるから、構成要件的同価値性を担保するために、保障人的地位の要件とは区別された要件を別途設定する必要はないことになる。

もっとも、裁判例をみると、実務において、通説ほど割り切った考え方がなされているかは疑問の余地がある（この点については、[追記]も参照。）。また、近時の学説においては、保障人的地位の要件に尽きない独自の要件として構成要件的同価値性を捉え直そうとする議論も登場している。このように、構成要件的同価値性の要請をどのように位置づけるべきか、その内実は何か、といった点については、依然として検討を要する状況にある⁵⁾。

(5) 以上で述べたような、①保障人的地位の発生根拠、②作為義務の内容、③構成要件的同価値性の意義という三つの課題について、旧稿では、ドイツ法との比較法的検討が有益であるとの観点から、特に人身犯に関するドイツの判例を中心に検討を加え、その結果として、ドイツの判例に関して、おおむね次のような知見を得た。

すなわち、①保障人的地位の発生根拠については、法令・実際の引受け・先行行為の法理という三分説をベースとして、各類型の内部で基準を精緻化しつつ、危険源支配の法理、使用者責任の法理といった三分説から逸脱する発生根拠も認められている⁶⁾。②作為義務の内容を定める際には、特定の行

4) 拙稿・前掲注2) 887-889頁。

5) 拙稿・前掲注2) 889-891頁。

6) 拙稿・前掲注2) 963-965頁。

為を義務付けることが、保障人に対して、保護される利益との関係で均衡を失うほどに重大な負担をもたらすか、との観点が重視されている⁷⁾。③ドイツ刑法13条1項は、構成要件的同価値性の要件（相応性条項）を保障人的地位の要件と区別して規定しているものの、少なくとも人身犯に関しては、本要件は活用されていない⁸⁾。

2. オーストリア法への着目と本稿の取組み

(1) 以上の議論を踏まえ、旧稿では、①保障人的地位の発生根拠や③構成要件的同価値性の意義に関して、さらに、ドイツ以外の法域の議論を参照することが有益である旨を指摘した⁹⁾。そのような法域としてまず注目すべきは、同じドイツ語圏に属するオーストリアであろう。というのも、オーストリアは、ドイツとほぼ同時期に、不真正不作為犯に関する総則規定を導入しているからである。関連する条文を掲げると、以下の通りである¹⁰⁾。

7) 拙稿・前掲注2) 969-970頁。

8) 拙稿・前掲注2) 979頁。

9) 拙稿・前掲注2) 991-992頁、994頁。

10) BGBl 1974/60. 条文訳は法務大臣官房司法法制調査部編『一九七四年オーストリア刑法定』法務資料423号(1975) 1頁以下、14頁、及び、内藤・後掲注15) 502頁、508頁も参照したが適宜修正している。原文は次の通りである。

§2 Begehung durch Unterlassen

Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterläßt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn in der besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist.

§34 Besondere Milderungsgründe

(1) Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter

1～4. 略

5. sich lediglich dadurch strafbar gemacht hat, daß er es in einem Fall, in dem das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe bedroht, unterlassen hat, den Erfolg abzuwenden;

6～19. 略

(2) 略

【不作為による遂行】

第二条 法律が結果の招来につき刑を科しているときは、法秩序によって特に自己に課されている義務に従い結果を回避しなければならず、かつ、結果回避の不作為が作為による法定の構成要件の実現と同視されるべきであるにもかかわらず、結果を回避しなかった者も、これを罰する。

【特別な減輕事由】

第三十四条 特に次の場合は、減輕事由となる。

一～四 略

五 法律が結果の招来につき刑を科している場合において、行為者が、もっぱら結果を回避しなかったことによって可罰的とされたとき

六～十九 略

② 略

(2) 不真正不作為犯の要件を総則的に規定しているのは2条である。本条は、大きく二つの要件を規定している。第一の要件は、「法秩序によって特に自己に課されている義務」、すなわち、保障人的地位の存在である¹¹⁾。第二の要件は、「結果回避の不作為が作為による法定の構成要件の実現と同視されるべきである」ことである。この要件は、一般に、「同価値性条項 (Gleichwertigkeitsklausel)」、あるいは、「同価値性修正 (Gleichwertigkeitskorrektiv)」と呼ばれている¹²⁾。

こういった二つの要件によって不真正不作為犯の成否を判断するという条

11) 1974年刑法典の直接の原案となった1971年政府草案の理由書によれば、この文言は、「保障人 (Garant)」という用語によって意味されている事柄を表現したものとされている。Vgl. Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, 30 der Beilagen XIII. GP (以下、EBRV 1971と引用), S.60.

12) なお、ドイツ法では、判例及び学説上、書かれざる要件として、行為者に要請される作為の期待可能性が要求されており、この要件のもとで、保護されるべき具体的利益に比して過酷な負担を保障人に要求する作為は義務づけられない、といった議論がなされていた (拙稿・前掲注2) 965-970頁参照)。これに対して、オーストリア刑法2条に関しては、ドイツ法における期待可能性の要件のように、義務内容を限定するために独立の要件を要求する議論がなされているわけではない。

文の枠組み自体は、ドイツ刑法13条¹³⁾と共通している。もっとも、保障人的地位の要件については、ドイツ刑法13条が「法的〔な〕義務」という簡素な文言を採用するにとどまる一方で、オーストリア刑法2条は「法秩序によって特に自己に課されている義務」というやや詳細な文言を採用している。また、同価値性の要件については、ドイツ刑法13条が「不作為が作為による法定の構成要件の実現に相応する (entsprechen)」との文言を採用する一方で、オーストリア刑法2条は「不作為が作為による法定の構成要件の実現と同視されるべき (gleichhalten)」との文言を採用している。このように、オーストリア刑法2条の条文の文言は、ドイツ刑法13条のそれとは異なっている。

また、オーストリア刑法34条1項5号は、不真正不作為犯であることを「減輕事由」とする旨の規定である。不真正不作為犯に関する量刑の規定を設けている点では、本規定はドイツ刑法13条2項と共通している。もっとも、ドイツ刑法13条2項の法的効果が処断刑の任意的減輕である一方、本規定は法定刑の範囲内で宣告刑を軽くする事情を定めるにとどまる¹⁴⁾。したがって、オーストリアとドイツとは、不真正不作為犯に関する量刑の取り扱いについても相違点が見られる。

(3) これらのオーストリアの条文の制定過程に関しては、すでに、内藤謙による詳細な研究が存在する¹⁵⁾。他方、2条制定後のオーストリアの判例や

13) 条文は次の通りである。条文訳については、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』法務資料461号(2007)23頁も参照したが、適宜修正している。

【不作為による遂行】

第十三条 刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、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定の構成要件の実現に相応する場合に限り、この法律によって罰せられる。

② 刑は、第四十九条第一項により減輕することができる。

14) オーストリアにおける量刑の一般的枠組みについては、小池信太郎「オーストリアの刑罰・量刑制度と刑の一部執行猶予制度の導入」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(下巻)』(成文堂、2016)737頁、739頁以下も参照。

15) 内藤謙『刑法改正と犯罪論(下)』(有斐閣、1976)497頁以下。

学説については、これまで必ずしも十分に研究対象とされてこなかった。この点は、ドイツの判例や学説が盛んに研究されてきたのとは対照的である¹⁶⁾。

もっとも、オーストリアの議論には、ドイツの議論では見受けられない注目すべき動向が見受けられる。例えば、保障人的地位の発生根拠について、オーストリアの学説では、保障人的地位が認められる範囲が無制約に拡大するおそれがあるとの警戒感から、三分説から逸脱する発生根拠を認めることに極めて消極的な見解が通説とされている¹⁷⁾。このような議論状況は、三分説をベースとしつつも、そこから逸脱する発生根拠も認めるドイツの議論状況とは趣を異にしている。また、同価値性条項の要件については、オーストリアでは、判例にリードされる形で2条に要件化された経緯があり、判例は2条制定後も具体的な事案で本要件のあてはめを行っている。こういった判例の動向は、ドイツの判例の動向とは大きく異なっている。

このように、オーストリア法の検討には、ドイツ法から得られた知見を相対化し、あるいは、ドイツ法からは得られなかった知見を獲得する作業になる、との意義が認められる。こうした作業は、ひいては、日本の議論が直面する上述の三つの課題を考えるにあたっても有意義といえよう。かくして、

16) ドイツ法を検討対象とする単著のモノグラフだけでも、堀内捷三『不作為犯論』（青林書院新社、1978）、日高義博『不真正不作為犯の理論』（慶応通信、1979）、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（成文堂、1994）、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂、2005）、岩間康夫『製造物責任と不作為犯論』（成文堂、2010）、稲垣悠一『欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論』（専修大学出版局、2014）、神山敏雄『不真正不作為をめぐる過失犯』（成文堂、2020）等がある。

他方、オーストリアの不真正不作為犯に言及する文献としては、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』（成文堂、2010）がある。もっとも、本書はオーストリア法の内在的検討を直接の目的とするものではない。

17) Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Teil 1, 2.Aufl., 1954, S.131; Kienapfel, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB) : System, Voraussetzungen und Grenzen, JBl 1975, S.15, 17; Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1994, Kap.14 Rz.32; Steininger, Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar StGB, 2003, §2 Rz.39; Hilf, Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 2.Aufl., 2005, §2 Rz.82 f.; Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4.Aufl., 2020, Rz.333 f.

オーストリアの不真正不作為犯に関する議論を検討することが重要な課題として立ち現れる。

(4) もっとも、ドイツ語圏の不真正不作為犯を検討するにあたっては、その前提として注意すべき論点がいくつか存在している。例えば、①ドイツ語圏では、問責対象行為を作為と不作為のいずれと評価すべきかという、いわゆる「作為と不作為の区別」の論点が、実践的に重要な問題として盛んに論じられている¹⁸⁾。また、②ドイツ語圏の法域は、保障人的地位にない者に広く法益の保護を義務付けたうえで、その義務に違反する不作為を処罰する規定（いわゆる一般的不救助罪）を有している¹⁹⁾。ドイツ語圏における不真正不作為犯の議論を正確に把握するためには、こういった前提状況に関する知識が必要であるように思われる。

特にオーストリアに限った文脈においても、①②の諸点について把握することは重要と考えられる。上述のように、オーストリアでは、同価値性条項が判例により用いられているところ、このような運用の下では、同価値性条項を検討する前提として、そもそも作為や不作為をどのようなものと捉えるかが問題となる。これは、①「作為と不作為の区別」の論点に直結する問題にはかならない。また、オーストリアには、②一般的不救助罪について、先行行為によって被害者を負傷させた場合を加重処罰する規定が存在する（94条）。このような規定の存在は、保障人的地位の発生根拠としての先行行為の法理とも密接に関連していると考えられる。

このように、オーストリアの不真正不作為犯に関する議論を検討するにあたっては、以上の①②の諸点に関する議論を把握しておく必要があると思われる。そこで、不真正不作為犯に関する詳細な検討については別稿に譲るこ

18) ドイツ法を引き合いに出しつつ、このような事実認識を示す文献として、山下祐樹「作為・不作為の区別と行為記述」関西大学法学論集66巻4号（2016）190頁以下、奥田菜津「作為と不作為の区別：作為義務の根拠論との関係」同志社法学69巻5号（2017）201頁、神山・前掲注16）153頁。スイスの議論状況については、vgl., Niggli, Muskens/Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB I 4.Aufl., 2018, Art.11 Rn.52 ff.; Donatsch, Donatsch (Hrsg.), StGB JStG Kommentar, 20.Aufl., 2018, Art.11 Rn.3.

19) 具体的には、ドイツ刑法323条c、オーストリア刑法94条、同95条、スイス刑法128条である。

とし、本稿では、そのための準備作業として、①「作為と不作為の区別」という論点の処理方法と（Ⅱ）、②一般的不救助罪に関する基本的な解釈論（Ⅲ）について検討したい。そのうえで、オーストリアの不真正不作為犯に関して検討すべき事項の概要を示すことで、今後の検討に備えることとした（Ⅳ）。

Ⅱ オーストリアにおける「作為と不作為の区別」論

「不作為による遂行」という2条の標題が示すように、本条が適用されるためには、問責対象行為が不作為と評価されることが前提となる。この点については、「作為と不作為の区別」という論点において、いかなる行為を不作為と評価すべきかが論じられている。この論点に関して、ドイツの判例は、問責対象行為の「非難可能性の重点（Schwerpunkt der Verwerfbarkeit）」が作為と不作為のいずれかにあるか、という基準を採用している²⁰⁾。他方、オーストリアの判例及び学説では、「可罰性を汲み尽くす作為の優先（Primat/Vorrang des strafbarkeitsausschöpfenden Tuns）」という法理が広く支持されている。そこで、以下では、この法理に関する議論の概要を紹介することとしたい。

1. 学 説

(1) 「可罰性を汲み尽くす作為の優先」の法理が通説化する契機となったのは、Kienapfel が1976年に公刊した「作為と不作為の区別について」という論稿である²¹⁾。本論稿において、Kienapfel は、従来のオーストリアの判例や学説を検討し、次のような議論を提示した。

20) ドイツにおける「作為と不作為の区別」に関する議論については、川口浩一「作為犯と不作為犯の区別について（1）～（3）」大阪市立大学法学雑誌32巻3号（1986）447頁、33巻1号（1986）63頁、33巻3号（1987）375頁、神山・前掲注16）153頁以下も参照。

21) Kienapfel, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281.

第一に、「危険な作為によって他人の法益に危険を招来又は拡大し、同時に、その侵害を阻止するべき自己の義務を怠る者は、一般的に、作為による結果の招来について責任を負う。……原則として、危険な作為は一次的であり、多くの場合、ただ唯一の結節点 (Anknüpfungspunkt) である。このような原則は、多義的行為 (mehrdeutiges Verhalten) における可罰性を汲み尽くす作為の優先、と呼ぶことができる」²²⁾。

これは、要するに、問責対象行為を作為とみるべきか不作為とみるべきかが問題になる場合には、原則として、作為という法律構成を優先的に検討すべき、という議論である。

第二に、「不作為が作為と並んで、又は、作為の代わりに独立した無価値性を有する事案では、この原則は適用されず、あるいは、修正される。これに該当するのは、(a) 危険な作為が、発生した結果との関係で、構成要件に該当せず、違法性がなく、又は、非難可能ではなく、それゆえ、可罰的でない場合と、(b) (可罰的な) 作為の無価値性が事案全体の無価値性を汲み尽くしていない場合である。後者が特に認められるべきなのは、過失による作為のみならず、これに付随し、又は、これに直接引き続く故意の不作為にも結果が帰属させられるべき場合である。この場合には、過失による作為犯と故意の不作為犯とが一罪 (Tateinheit) 又は数罪 (Tatmehrheit) となりうる」²³⁾。

ここでは、不作為という法律構成を検討すべき例外的場面が二つ挙げられている。すなわち、(a) 作為という法律構成では犯罪の成立要件が充足されない場面と、(b) 作為という法律構成によって一定の犯罪は成立し得るものの、不作為という法律構成に依拠する方が事案全体の当罰性をより適切に評価しうる場面である。

(2) このような Kienapfel の議論は、その後の学説において広く支持され

22) Kienapfel, a.a.O. (Anm.21), S.286.

23) Kienapfel, a.a.O. (Anm.21), S.286.

ている²⁴⁾。その理由としては、次の二点が掲げられることが多い。すなわち、①不作為犯の成立には、一般に、2条によって、保障人的地位と同価値性条項という作為犯にはない要件の立証が要求されるという点、及び②刑法典は、不作為犯を特別な減輕事由とすること（34条1項5号）を通じて、不作為の当罰性を作為よりも一般的に低いと評価しているという点である²⁵⁾。

学説の理由付けを敷衍すると、①作為犯は、構成要件要素の数が少ないという意味において不作為犯よりも容易に立証可能であり、かつ、②作為犯による有罪は、一般に、不作為犯による有罪よりも事案全体の当罰性を適切に評価していると考えられるため、作為犯の成否を優先的に検討すべき、ということであろう。

2. 判 例

(1) 通説が支持している「可罰性を汲み尽くす作為の優先」の法理は、判例上も明示的に採用されている。この点に関するリーディングケースとされている判例は、13 Os 109/85 = SSt 57/1 (1986年1月16日)である。本件では、馬の飼い主である被告人が、児童が遊んでいる果樹園で不注意に馬を解き放ったところ、馬に近づいた児童が馬に蹴られて死亡したという事案について、過失致死罪（80条²⁶⁾）に問われた。被告人は、保障人的地位（2条）が認定

24) Nowakowski, Foregger/Nowakowski (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 1982, §2 Rz.41; Triffterer, a.a.O. (Anm.17), Kap.14 Rz.12; Steininger, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.9; Hilf, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.24; Stricker, Leukauf/Steininger, StGB Kommentar, 4.Aufl., 2017, Vor §1 Rz.9; Fabrizy, StGB Kurzkomentar, 13.Aufl., 2018, §2 Rz.15; Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 2018, Kap.37 Rz.15; Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 16.Aufl., 2020, Rn.29.25 ff.; Seiler, a.a.O. (Anm. 17), Rz.119.

25) Triffterer, a.a.O. (Anm.17), Kap.14 Rz.12; Steininger, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.9; Hilf, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.24; Stricker, a.a.O. (Anm.24), Vor §1 Rz.9; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.a.O. (Anm.24), Rn.29.25.

26) 条文は次の通りである。

【過失致死】

第八十条 過失により他人の死を招来した者は、1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金に処する。

② 犯行が複数の者の死をもたらしたときは、行為者を2年以下の自由刑に処する。

されていない旨を主張した。これに対して、最高裁判所（OGH）は、次のように判示している。

「上告人によって最後に争われている保障人的地位（刑法2条）については、特段の検討は不要であった。判決主文及び判決理由の文脈に照らせば、起訴された行為は不作為に限定されていたわけではなく、被告人が馬Fを果樹園において遊んでいる児童らのすぐ近くまで連れて行き、これを解き放ったという点によって構成されていた。第一審裁判所が、馬のさらなる監督を怠った点や、児童による危険な接近に対して十分な措置を講じなかった点について、追加的に受動的な過失の要素を見出していたということは、結果の積極的な招来から出発することを優先すべきことを変えるものではない（「作為の優先」については、Kienapfel, AT, Z 28 Rz.25）。なぜなら、少なくとも、（積極的な行為の要素と受動的な行為の要素が混交することによって特徴づけられる）多義的な犯行だからである。結節点として適切な積極的行為が存在しないために、その刑事責任が刑法2条の結果回避の懈怠にもつばら直接的に依拠している場合に限り、保障人的地位に結び付いた客観的注意義務が必要なのである。²⁷⁾」

本件の問責対象行為は、①「馬を児童の近くに連れて行って解き放つ」という作為の側面と②「解き放った馬の監督を怠った」という不作為の側面が「混交」した行為であった。このような行為について、OGHは、原則として、作為という法律構成を優先的に検討すべきであり、問責対象行為として「適切な」作為が認められない場合に限り、不作為という法律構成を検討すべき、としている。Kienapfelの教科書を援用していることから、本判例が「可

27) ただし、OGHは、「被告人は、確かに児童の監督義務の引受けによって保障人的地位にあったわけではないが、事態への空間的近接性に照らすと、馬の飼い主として民法1320条によって課された保管義務によって、保障人的地位にあった」とも判示している。

罰性を汲み尽くす作為の優先」の法理を採用していることは明らかである。

(2) 近時の判例では、「可罰性を汲み尽くす作為の優先」の法理の適用範囲は、一個の行為が作為の側面と不作為の側面を帯びていると評価できる事案に限定すべきであり、二個以上の行為が連続していると評価可能な場合には、個々の行為について犯罪の成否を検討したうえで罪数の問題として処理すべき、といった議論が採用されている。

この点を明示した判例が、15 Os 69/06w = SSt 2006/85 (2006年12月12日)である。本件は、被害児らの生物学上の父親である被告人 G (未婚、未認知)が、被害児らの母親である共同被告人 A に対して、①出産直後に被害児ら三名を殺害するよう奨励するとともに、②匿名出産のために A を病院に連れていくことや、A が出産した被害児らを「赤ちゃんポスト」に引き渡すことを怠り、A が被害児ら三名を殺害するのを阻止しなかった、という事案である。第一審裁判所は、①殺害の奨励を先行行為として、不作為による謀殺罪(2条、75条²⁸⁾)の成立を認めたが、OGH は、次のように判示して、この判断を破棄した。

「いわゆる混合的行為態様 (gemischten Verhaltensweisen)、すなわち、作為と不作為が相互に織り交ぜられた行為態様の場合には、最終的に科刑にとって決定的となる側面として、積極的作為と不作為のいずれを選択すべきか、との事案の評価を行わなければならない。単一の、すなわち——通常は同時的に生じる事案における——個別の行為に分割することに意味がない全体的な事象の場合には、可罰性を汲み尽くす作為の優先の原則は目的に敵うものである。その一方で——通常は時系列が識別

28) 条文は以下の通りである。

【謀殺】

第七十五条 他人を殺害した者は、10年以上20年以下の自由刑又は無期自由刑に処する。

オーストリアにおける謀殺罪はいわゆる普通殺人罪の規定であり、ドイツにおける謀殺罪のように加重殺人罪ではない点に注意を要する。

可能であるために——独立した評価を行うことができる事象経過における個別の行為には、個別の検討が必要である。ある事象における二つ以上の行為が各々構成要件に該当し、違法であり、有責的であると評価されるべきであり、刑法上是認できないとの結論に至ることが判明した場合には、最終的に、罪数の規律に従って評価の決定を行わなければならない。

多段階の事象において、単一的意思決定に基づく積極的な作為とその後の不作為による結果招来が認められる場合には、先行行為の法理に基づく不作為による可罰的行為は、実体的吸収 (materieller Subsidiarität) を理由として——刑法12条²⁹⁾ の意味における関与形式にかかわらず——積極的作為による可罰的行為に吸収される。先行行為の法理に基づいて不作為が可罰的になりうるのは、積極的作為が構成要件該当性、違法性、又は有責性を欠くために不可罰であるときである。

本件の評決によれば、被告人は、子らの出生以前において、母親に対して子らを出生後に殺害するよう奨励していた。さらに、このような——構成要件に該当し、違法かつ有責的な——積極的作為を肯定することによって、評決は、その後の結果回避の不作為に関して被告人の保障人的地位を認めている。先に述べたところによれば、この二つは相互に両立しえない。……したがって、被告人Gに関する評決及びこれに基づく判決は……破棄されなければならない。」

本件において、①被告人GがAに被害児ら三名の殺害を積極的に奨励す

29) 条文は以下の通りである。

【全関与者の正犯としての取扱い】

第十二条 直接正犯のみならず、他人に可罰的行為を実行するよう決意させ、又は、その他の方法で可罰的行為の実行に寄与した者も、可罰的行為を遂行している。

オーストリア刑法は、本条を根拠として、いわゆる統一的正犯概念を採用していると解されている。オーストリアの共犯論については、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988）42-67頁、十河太朗『身分犯の共犯』（成文堂、2009）112-135頁も参照。

る行為には、誘発正犯 (Bestimmungstäter)³⁰⁾ ないし寄与正犯 (Beitragstäter)³¹⁾ として (12条参照)、作為による謀殺罪が成立しうる。他方、①の作為は、②A による被害児ら三名の殺害を阻止しないという不作為との関係では、いわゆる先行行為に該当するため、不作為による謀殺罪について被告人 G の保障人的地位を基礎づける事情という側面も有している。もっとも、①の作為は②の不作為に時間的に先立って行われており、それぞれの行為は、本判例のいう「独立した評価を行うことができる事象経過における個別の行為」に当たる。本判例は、以上の検討を踏まえ、②不作為による謀殺罪が①作為による謀殺罪 (の誘発正犯ないし寄与正犯) に吸収される、と判断したものと分析できる。

(3) 前掲15 Os 69/06w は、①作為による謀殺罪に該当し得る行為の後に、②不作為による謀殺罪に該当し得る行為が行われた事案であり、①作為について成立する罪名と②不作為について成立する罪名が同一の事案であった。それでは、前掲15 Os 69/06w とは異なり、①作為について成立する罪名と②不作為について成立する罪名が異なる場合、OGH の議論を前提とすると、どのような処理がなされるべきか。特に、①作為について成立する罪が②不作為について成立する罪よりも軽い場合の処理が問題となる。例えば、①過失の作為により死亡の危険を招来した後に、②故意で救命措置を講じず、よって、被害者を死亡させたという事案では、①過失の作為について過失致死罪 (80条)、②故意の不作為について謀殺罪 (75条) が成立しうるが、両者の関係が問題となる。

この点について、学説では、二つの見解が対立している。第一に、①過失の作為犯は②故意の不作為犯に吸収されるとする見解が存在する。この見解によれば、上述の例では、①作為による過失致死罪は②不作為による謀殺罪

30) 「他人に可罰的行為を実行するよう決意させ」る正犯であり、日本における教唆犯におおむね相当する。この点については、十河・前掲注29) 112頁を参照。

31) 他人に犯行を決意させる以外の方法で「可罰的行為の実行に寄与した」正犯であり、日本における幫助犯におおむね相当する。この点については、十河・前掲注29) 113頁を参照。

に吸収され、②不作為による謀殺罪のみが成立することとなる³²⁾。第二に、①過失の作為犯と②故意の不作為犯の両方の成立を認めるべきとする見解が存在する。この見解によれば、上述の例では、①作為による過失致死罪と②不作為による謀殺罪の両方が成立することとなる³³⁾。

この二つの見解について興味深いのは、①過失の作為犯のみを成立させるべき、という議論が見受けられない点である。日本では、このような場面について、①過失の作為犯が②故意の不作為犯に転化するという結論は妥当でない、とする学説が有力であるが³⁴⁾、オーストリアの学説ではそのような価値判断はなされていないといえる。この点は、上述の日本の学説の価値判断が自明でないことを示しており、示唆的であろう。

3. 小 括

Ⅱでは、「可罰性を汲み尽くす作為の優先」の法理について、学説と判例の状況を概観した。この法理は、一個の行為が作為犯との性質と不作為犯の性質を帯びる場合には、原則として作為犯を優先的に検討すべき、というものである。学説を参照すると、その理論的根拠は、①作為犯は、構成要件要素の数が少ないという意味において不作為犯よりも容易に立証可能であり、かつ、②作為犯による有罪は、一般に、不作為犯による有罪よりも事案全体の当罰性を適切に評価していると考えられるため、作為犯の成否を優先的に検討すべき、という点に求めることができる。

「可罰性を汲み尽くす作為の優先」の法理のもとで不作為が検討される場面として、判例では、当該行為を作為犯として問責すると不可罰になる事案が挙げられていた。また、学説では、これに加えて、作為の無価値性が事案全体の無価値性を汲み尽くしていない事案も挙げられていた。このような議

32) Hilf, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.28.

33) Kienapfel/Höpfel/Kert, a.a.O. (Anm.24), Rn.29.28. ただし、量刑上、死亡結果を二重に評価することは許されない、とする。

34) 例えば、中森喜彦「保障人説」現代刑事法41号(2002)6頁、岩間・前掲注16)89頁、山口・前掲注1)88頁、西田・前掲注1)130頁等。

論を踏まえると、この法理は、実質的には、当該事案の当罰性を十分に反映する法律構成は作為と不作為のどちらか、という点を判断する法理といえよう³⁵⁾。

Ⅲ オーストリアにおける一般的不救助罪の概要

ドイツ語圏の法域は、一般に、保障人的地位にない者の不作為を一定の要件のもとで処罰する規定を立法している。こういった処罰規定は一般的不救助罪と呼ばれているが、オーストリア刑法典は、各則第一章（「身体及び生命に対する可罰的行為」）中に、二種類の一般的不救助罪を有している。すなわち、一般規定である95条と、先行行為により被害者を負傷させた場合の特別規定である94条である³⁶⁾。以下では、95条の罪を一般的不救助罪、94条の罪を負傷者放置罪と呼ぶこととする。条文は次の通りである³⁷⁾。

35) Steininger, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.9は、「最終的には事象の規範的評価によって判断される」ため、「非難可能性の重点」というドイツの定式でも、「可罰性を汲み尽くす作為の優先」というオーストリアの定式でも「同じ結論に至るのが通例である」と指摘する。他方で, Hif, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.32は、ドイツの定式は「少なくとも事案において、可罰性を汲み尽くす作為優先というオーストリアで支持されている理論から逸脱した帰結に至る」と指摘する。

36) 一般的不救助罪を設ける際に、先行行為により傷害を負わせた場面とそうでない場面を二元的に規律する立法例としては、スイス刑法128条がある。オーストリア刑法94条は、スイス刑法128条に倣った立法である。Vgl., EBRV 1971, S.225.

37) 条文訳は法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注10) 40頁以下も参照したが、適宜修正している。原文は以下の通りである。

§94 Instichlassen eines Verletzten

- (1) Wer es unterläßt, einem anderen, dessen Verletzung am Körper (§ 83) er, wenn auch nicht widerrechtlich, verursacht hat, die erforderliche Hilfe zu leisten, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.
- (2) Hat das Instichlassen eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) des Verletzten zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, hat es seinen Tod zur Folge, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.
- (3) Der Täter ist entschuldigt, wenn ihm die Hilfeleistung nicht zuzumuten ist. Die Hilfeleistung ist insbesondere dann nicht zuzumuten, wenn sie nur unter der Gefahr des Todes oder einer beträchtlichen Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung oder unter Verletzung anderer überwiegender Interessen möglich wäre.

【負傷者の放置】

第九十四条 違法でなかったとしても、自己が身体を傷害した（第八十三条）他人に対して必要な援助を提供することを怠った者は、1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金刑に処する。

- ② 放置が被害者の重大な傷害（第八十四条第一項）を生ぜしめたときは、2年以下の自由刑に、また、被害者を死亡させたときは、3年以下の自由刑に処する。
- ③ 援助の提供を行為者に期待できないときは、その者の責任を阻却する。特に、行為者が死亡、著しい傷害若しくは健康侵害の危険のもとでのみ、又は、その他の優越的な利益の侵害のもとでのみ援助が可能であるときは、援助の提供は期待できない。
- ④ 行為者が、傷害についてすでに同等の刑又はより重い刑により処罰されているときは、第一項及び第二項によっては罰しない。

【援助提供の懈怠】

第九十五条 事故又は公共の危険（第七十六条）に際し、死亡又は著しい傷害若しくは健康侵害の危険から人を救助するために明らかに必要な援助を提供することを怠った者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金刑に処する。援助の提供の懈怠が人の死亡を生ぜしめたときは、1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金刑に処する。ただし、援助の提供を行為者に期待できないときは、この限りではない。

- ② 特に、行為者が身体又は生命の危険のもとでのみ、又は、その他の重要な

(4) Der Täter ist nach Abs. 1 und 2 nicht zu bestrafen, wenn er schon wegen der Verletzung mit der gleichen oder einer strengeren Strafe bedroht ist.

§95 Unterlassung der Hilfeleistung

- (1) Wer es bei einem Unglücksfall oder einer Gemeingefahr (§ 176) unterläßt, die zur Rettung eines Menschen aus der Gefahr des Todes oder einer beträchtlichen Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung offensichtlich erforderliche Hilfe zu leisten, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen, wenn die Unterlassung der Hilfeleistung jedoch den Tod eines Menschen zur Folge hat, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, daß die Hilfeleistung dem Täter nicht zuzumuten ist.
- (2) Die Hilfeleistung ist insbesondere dann nicht zuzumuten, wenn sie nur unter Gefahr für Leib oder Leben oder unter Verletzung anderer ins Gewicht fallender Interessen möglich wäre.

利益の侵害のもとでのみ援助が可能であるときは、援助の提供は期待できない。

一般的不救助罪や負傷者放置罪は、不真正不作為犯の要件であるところの保障人的地位を要件としておらず、特に人身犯に関して、不真正不作為犯として処罰できない場合の受け皿規定として機能しうる罪である。こういった受け皿的規定については、判例の中でもしばしば言及されている。また、これらの罪は、「保障人的地位を肯定する範囲をある程度限定しても処罰の間隙が生じるわけではない」といった処罰感覚から、自覚的にせよ無自覚的にせよ、保障人的地位の範囲に関する議論に影響している可能性がある。そこで、以下では、これらの罪の解釈論の概要を解説する³⁸⁾。条文の位置とは異なるものの、便宜上、一般法である一般的不救助罪（95条）、特別法である負傷者放置罪（94条）の順で検討したい。

1. 一般的不救助罪（95条）³⁹⁾

一般的不救助罪は、「事故」又は「公共の危険」の際に、保障人的地位にないが援助を提供しうる者が、その援助の提供を怠ることを処罰する真正不作為犯である⁴⁰⁾。

38) オーストリア刑法典には、一般的不救助罪や負傷者放置罪のほか、保障人的地位にない一般市民に対して、一定の重大な犯罪が切迫している場合に当局や被害者にその旨を通報すべきことを義務付けたうえで、この義務に違反して通報を怠ったことをもって処罰する旨の規定が存在する（286条）。本規定の検討については、他日を期したい。

39) 本罪の新設に比較的近い時期に本罪について詳細な検討を行った文献として、Kienapfel, Die Unterlassung der Hilfeleistung (§95 StGB), ZVR 1977, 289; Nowakowski, Bemerkungen zu §§94, 95 StGB, Festschrift für Otto Reimer, 1976, S.253.

40) Kienapfel, a.a.O. (Anm.39), 289 Hauptmann/Jarebek, Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 2.Aufl., 2001, §95 Rz.2; Murschetz, Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum StGB, 2008 §95 Rz.2j Nimmervoll, Leukauf/Steininger, StGB Kommentar, 4.Aufl., 2017, §95 Rz.1; Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, 15.Aufl., 2020, §95 Rz.2.

ア 構成要件状況：「事故」又は「公共の危険」

(1) 「事故」とは、突発的に生じた出来事であって、他人の生命若しくは身体に著しい侵害を惹起し、又は、そのような侵害の懸念を具体的にもたらしめるものをいう⁴¹⁾。

事故の発生原因は問わず、交通事故やスポーツ事故のほか、心臓発作や重度の薬物中毒といった症状の発症も「事故」に該当する⁴²⁾。自殺未遂によって生命侵害の危険に晒されている状態についても「事故」に該当するとの理解が通説である⁴³⁾。

(2) 「公共の危険」とは、多数人の生命又は身体に対する具体的危険が存在する状況をいう。条文上は176条⁴⁴⁾が参照されており、同条においては、危険にさらされる対象として、①多数人の生命、②多数人の身体、③他人の所有物の三つが掲げられている。もっとも、一般的不救助罪は人の生命ないし身体を保護する規定であり、他人の財産が具体的危険にさらされているにとどまる場合は「公共の危険」には当たらない、と解されている⁴⁵⁾。

-
- 41) Kienapfel, a.a.O. (Anm.39), 289 Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.4; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.8; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.6; Fabrizy, a.a.O. (Anm.24), §95 Rz.2; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.2 ff.
- 42) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.4; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.6 f; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.2 ff.
- 43) Kienapfel, a.a.O. (Anm.39), 290f. Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.7; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.10; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.3. なお、Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.6は、死を決意した末期患者について延命治療を施すことは本罪の義務にはならない、と指摘する。
- 44) 公共の危険を惹起する行為を一般的に処罰する罪であり、条文は次の通りである。条文訳は法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注10) 74頁を参照したが、適宜修正している。

【故意の公共危険化】

第百七十六条 第百六十九条、第百七十一条及び第百七十三条において刑を科されているいずれかの行為による以外の方法で、多数の人の身体又は生命に対する危険（第八十九条）又は他人の所有物に対する危険を重大な程度で招来した者は、1年以上10年以下の自由刑に処する。

② 略

- 45) 以上につき、Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.6; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.16; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.8. Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.3は、10人以上の者が危険にさらされている場合には「公共の危険」に該当する、と指摘する。

(3) なお、本罪が認められる事案では、行為者と被害者が「事故」や「公共の危険」の場に居合わせているのが通例であるが、行為者と被害者の時間的・空間的接近性は、本罪の構成要件要素ではない⁴⁶⁾。したがって、例えば、その場に居合わせていない者が電話越しに援助を提供しうるにとどまる場合であっても、援助提供義務は認められ得ると解されている⁴⁷⁾。

イ 援助提供の必要性の明白性

(1) 本罪において行為者は、生命に対する危険又は著しい傷害ないし健康侵害の危険から被害者を保護するために「明らかに必要な援助」を提供する義務を負う。この文言により、援助提供の必要性が明白であることが要求されている。例えば、援助提供の要否を確認してはじめて援助提供の必要性が判明する場合には、援助提供の必要性が明白であるとはいえないため、本罪の行為者は援助提供の必要性を確認する義務（Überzeugungspflicht）を負うものではない、と解されている⁴⁸⁾。

また、援助を提供する能力と意思を有する者が複数存在する場合は、援助提供の必要性が欠けるため、援助提供義務が否定される⁴⁹⁾。ただし、判例は、保障人的地位にある者や負傷者放置罪の義務を負う者が単にその場に居合わせているという事実だけで援助提供の必要性が否定されるわけではない、としている⁵⁰⁾。

46) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.18; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.24.

47) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.18; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.24; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.14.

48) Kienapfel, a.a.O. (Anm.39), 293; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.10; Fabrizio, a.a.O. (Anm.24), §95 Rz.3; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.5. 援助を提供する必要性がないと誤信した場合は、故意が否定される（11 Os 36/89=SSt 60/34（1989年5月30日））。

49) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.20; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.11; Fabrizio, a.a.O. (Anm.24), §95 Rz.3; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.5. Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.22は、援助提供の必要性の明白性が否定される、とする。

50) 10 Os 47/76 = SSt 47/72（1976年8月24日）。

ウ 期待不可能性による責任阻却

(1) 援助の提供が行為者に期待不可能である場合には、責任が阻却され⁵¹⁾、本罪は成立しない。95条2項は、援助提供によって行為者が自己の生命、身体その他の重要な利益について危険にさらされる場合を、期待可能性が否定される例として挙げている。

本罪については、行為者の重要な利益が脅かされていれば、そのことをもってただちに期待可能性が否定される。すなわち、後述の負傷者放置罪とは異なり、危険にさらされている行為者側の利益が、保護されるべき被害者の利益を上回っている必要はない、と解されている⁵²⁾。

(2) 期待不可能性による責任阻却に関しては、援助を提供すると行為者が刑事訴追されるおそれがある場合に、刑事訴追を免れるという利益が「重要な利益」に該当するか、という問題がある。

この点について、判例は、「事案の特別な状況に応じて、自己弁護権 (Recht der Selbstverteidigung) から生じることもありうる」が、「自己が刑事訴訟に巻き込まれるおそれは、それ自体としては、基本的にいかなる場合でも期待可能性を排除しない」との一般論を示したうえで、軽罪に該当する薬物犯罪で刑事訴追されるおそれがあるからといって、被害者の生命を救助するために医師に通報する行為の期待可能性が否定されるわけではない、と判示している⁵³⁾。

学説上は、少なくとも被害者が生命侵害の危険にさらされている場合であって、援助の提供が軽微な軽罪について刑事訴追されるおそれをもたらすにとどまるときは、期待可能性は否定されない、との理解が一般的である⁵⁴⁾。

51) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.26; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.29; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.16; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.6.

52) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.28 f.; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.17; Fabrizy, a.a.O. (Anm.24), §95 Rz.4; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.7.

53) 10 Os 47/76=SSt 47/72 (1976年8月24日)。

54) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.30; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.18; Fabrizy, a.a.O. (Anm.24), §95 Rz.4.

エ 他の犯罪との関係

(1) 明文上、一般的不救助罪の主体は限定されていない。したがって、保障人的地位にある者も本罪の主体には該当し得る。もっとも、本罪は、基本的に、保障人的地位にない者の不作為を補充的に処罰することを想定している。したがって、保障人的地位にある者の不作為に関しては、原則として、不作為による殺人罪や不作為による傷害罪等の不真正不作為犯が一般的不救助罪に優先して成立することになる⁵⁵⁾。

(2) ただし、不作為による過失致死罪（80条1項）の要件も充足する事案については、上記の一般論から外れた処理がなされる。

まず、95条1項後段は、被害者が死亡した場合に一般的不救助罪の法定刑を加重する旨を規定している（1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金刑）。そして、このように加重された一般的不救助罪の法定刑は過失致死罪（80条1項）の法定刑と同一となる。このような法定刑の状況と一般的不救助罪の主体が限定されていないという点が相まって、保障人的地位にある者が援助提供を怠って被害者を死亡させ、かつ、その不作為が過失による場合には、不作為による過失致死罪（80条1項、2条）と一般的不救助罪（95条1項後段）が競合する事態が生じうる。

上記の一般論に従うと、このような場合には不作為による過失致死罪が成立するようにも思われる。しかし、学説上は、死亡結果により加重された一般的不救助罪は過失致死罪の特別法であるため、一般的不救助罪が優先的に成立する、と解されている⁵⁶⁾。

したがって、不作為により被害者が死亡し、かつ、行為者の主観面が単純過失である事案では、まず、保障人的地位の有無を問わず、加重的な一般的不救助罪の成否を検討し、同罪が否定された場合に限り、不作為による過失致死罪の成否を検討する、という処理手順になると思われる⁵⁷⁾。この意味で、

55) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95, Rz.39; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.36; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.26.

56) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95, Rz.39; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §80 Rz.37 f.

57) Vgl., Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95, Rz.39.

一般的不救助罪が成立する場面には、保障人的地位にある者が主体となる事案も含まれている点に、注意を要する。

(3) 被害者を先行行為によって負傷させた後、生命侵害や著しい健康侵害等の危険から被害者を保護するための措置を講じなかった場合には、後述する負傷者放置罪(94条)との競合が問題となりうる⁵⁸⁾。このような場合について、通説は、負傷者放置罪は一般的不救助罪の特則であるとして、負傷者放置罪が優先的に成立する、と解している⁵⁹⁾。

2. 負傷者放置罪(94条)⁶⁰⁾

負傷者放置罪は、行為者自身が先行行為によって被害者を負傷させた場合に、被害者への援助提供を怠ることを重く処罰する趣旨の真正不作為犯である⁶¹⁾。

ア 先行行為による傷害の惹起

(1) 本罪における「傷害」を惹起したといえるためには、先行行為によって、単純傷害罪(83条)における身体傷害(Körperverletzung)又は健康侵害を惹起しなければならない⁶²⁾。ここでは、「傷害」が現に惹起されたことが要件となっているため、先行行為によって相手方の身体に対する危険が生

58) ここでは、先行行為によって保障人的地位を認めることができない事案を想定している。先行行為をもって保障人的地位を認めることができる事案では不真正不作為犯(2条)が優先的に成立するため、負傷者放置罪との競合の問題は生じない。

59) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §95, Rz.37; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.35; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.24; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §95 Rz.9.

60) 本罪の新設に比較的近い時期に本罪について詳細な検討を行った文献として、Kienapfel, Imstichlassen eines Verletzten, ÖJZ 1977, 425; Nowakowski, a.a.O. (Anm.39)、本罪に関するモノグラフとして、Segelhuber, Die Hilfeleistungspflicht des Verursachers einer Verletzung (1996)、Zartl, Die Hilfeleistungspflicht nach §94 StGB (1999) がある。

61) Kienapfel, a.a.O. (Anm.60), 426 f.; Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.1; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.2; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.1; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.1.

62) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.3; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.9; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.8; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.3.

じたにすぎない場合には、本罪の構成要件には該当しない⁶³⁾。

(2) 傷害を「惹起」したといえるためには、最低限、先行行為と傷害の間に「あれなければこれなし」という意味での条件関係が必要である⁶⁴⁾。

さらに、一部の学説は、このような基準のみでは処罰範囲が広がりすぎるとの問題意識から、例えば、①総論の議論と平仄を合わせ、本罪の「惹起」概念にも客観的帰属論を援用すべき⁶⁵⁾、②客観的注意義務に違反していない行為、あるいは、社会的相当性が認められる行為から傷害が生じたとしても、傷害を「惹起」したとはいえない⁶⁶⁾、といった議論を行っている⁶⁷⁾。

もともと、94条1項は「違法でなかったとしても」という文言を用いており、傷害を惹起した先行行為の性質を限定する議論とは整合し難い⁶⁸⁾。そこで、先行行為の性質を限定せず、広く「惹起」該当性を認める見解も有力である⁶⁹⁾。

63) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.4; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.9; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.8. ただし、相手方の身体に対して生じた危険が「事故」又は「公共の危険」に該当し得る場合には、一般的不救助罪の成否が問題となりうる。

64) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.5; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.11; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.2; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.2.

65) Kienapfel, a.a.O. (Anm.60), S.428 f.; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.3.

66) Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.3.

67) その他、議論の詳細については、Kienapfel, a.a.O. (Anm.60), 427 ff.; Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.6 ff.; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.11 ff.; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.3 f.

68) Vgl., EBRV 1971, S.225.

69) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.12 ff.; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.4.

なお、Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.14は、このような見解を支持すべき理論的根拠として次のような指摘をしている。曰く、「社会的相当性のあるリスクが傷害結果に現実化した場合には、注意違反性がなかったとしても、自己の利益においてそのリスクを招来した者に対して、95条の一般的な義務を超える特別な援助提供義務を課すことが極めて正当である。このような特別な義務は、法的に許容された危険領域内の行動から惹起者が獲得しようとした個人的な便益についての補償 (Ausgleich) として捉えることができる。社会的相当性のあるリスクは、生活領域の至るところで生じている。(所定の法的規律や社会道徳を遵守していたとしても) 一般的な生活上のリスクを超える形で他人の身体の完全性を危殆化することを伴うにもかかわらず、その活動が(依然として) 注意適合的なものとして許容された行為である者についてはなおさらである」。ここからは、危険な行為から特殊な便益を享受する者はその危険に対処するための負担も負うべき、といった発想を看取することができる。

イ 援助提供義務

(1) 負傷者放置罪は「必要な援助」の提供を義務づけている。ここでは、一般的不救助罪とは異なり、条文上、援助の必要性が明白であることまでは要求されていない。そこで、判例及び通説は、負傷者放置罪については、援助提供の必要性を確認する義務まで課されうる、と解している⁷⁰⁾。

(2) 本罪の援助提供義務については、援助提供の必要性の明白性以外についても、一般的不救助罪とは異なる議論が散見される。

例えば、前述の通り、一般的不救助罪においては、援助を提供する能力と意思を有する者が複数存在する場合には、援助提供の必要性が欠けるとして、援助提供義務が否定されると解されている。他方で、負傷者放置罪においては、負傷者に専門的・実効的な援助が提供されるまで行為者の義務は免除されないため、第三者が救助に着手したとしても援助提供の必要性が直ちに否定されるわけではない、と解されている⁷¹⁾。

また、一般的不救助罪の場合は、条文上、「死亡又は著しい傷害若しくは健康侵害の危険から人を救助するために……必要な援助」という文言が用いられているが、負傷者放置罪の場合は単に「必要な援助」とのみ規定されている。この「必要な援助」とは、被害者の状況を改善するために必要な一切の活動を意味すると解されており、生命や身体に対する危険の除去とは関連性の乏しい、被害者の精神的ケアも義務付けられうるとするのが通説である⁷²⁾。

70) 12 Os 9/78=SSt 51/42 (1978年2月23日); 10 Os 64/83=SSt 54/49 (1983年6月21日); Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.27 f.; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.14, 19. 異説として、Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.32; Fabrizzy, a.a.O. (Anm.24), §94 Rz.6; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.10.

71) 12 Os 116/84=SSt 51/61 (1984年9月13日); 15 Os 35/12d (2012年4月25日); Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.21; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.26 f.; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.16; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.7.

72) 10 Os 64/83=SSt 54/49 (1983年6月21日); Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.19; Murschetz, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.25; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.12a; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.7. このような意味において、負傷者放置罪の保護法益は被害者の生命及び身体に尽きているわけではない。この点に関しては、Kienapfel, a.a.O.

ウ 期待不可能性による責任阻却

負傷者放置罪についても、一般的不救助罪の場合と同様に、援助提供が期待不可能であるときは責任が阻却される（3項）。もっとも、一般論として、期待可能性が否定されるハードルは一般的不救助罪よりも高い。

例えば、94条3項は、期待可能性が否定される場合として、行為者の身体が「著しい」危険にさらされている場合を例示している。一般的不救助罪では行為者の身体が危険にさらされていれば期待可能性が否定される（95条2項）ことと比較すると、期待可能性が否定するために必要な身体への危険の程度が高くなっていることが分かる。

また、一般的不救助罪の場合には、前述の通り、一般に、行為者側の利益が危険にさらされていれば、被害者の利益との利益衡量を経るまでもなく、期待可能性が否定されると解されている。しかし、負傷者放置罪の場合には、行為者側の利益と被害者の利益を個別的に利益衡量する必要があると解されている⁷³⁾。したがって、負傷者放置罪においては、行為者側の利益が危険にさらされていたとしても、危険にさらされている被害者の利益次第では、期待可能性が認められる余地がある。

このように、一般的不救助罪に比して免責が認められる範囲が限定されている背景には、被害者を負傷させた者は、純然たる第三者に比して、援助提供から生じる重い負担の甘受を求めてよい、といった発想があると考えられる⁷⁴⁾。

(Anm.60), S.425における、「94条の保護法益は、傷害惹起者と援助を要するその被害者との間の連帯を強化すること（gesteigerte Solidarität）である」との指摘が参考になる。

これに対して、Venier, Die „erforderliche“ Hilfeleistung nach §94 StGB, 1991, 129f. は、負傷者放置の保護法益は生命及び身体に限られる、との理由から、被害者の精神的ケアは義務付けられない、としている。

73) Hauptmann/Jarebek, a.a.O. (Anm.40), §94, Rz.36 ff.; Nimmervoll, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.22; Bertel/Schwaighofer/Venier, a.a.O. (Anm.40), §94 Rz.16 f.

74) Vgl., Kienapfel, a.a.O. (Anm.60), S.425.

エ 不真正不作為犯との関係

負傷者放置罪は、行為者による傷害という先行行為を要件とする点で、先行行為を保障人的地位の発生根拠とする場合の不真正不作為犯との関係が問題となる。

この点について、不真正不作為犯に関しては、判例上、先行行為によって被害者を「加重的要保護状況」という特別な状況に置くことが要求されている。これは、被害者が「他人の援助なく逃れることができない」状況のことをいう⁷⁵⁾。また、不真正不作為犯の場合には、先行行為の性質について、違法性や客観的義務違反性を要求すべき、という理解が有力である⁷⁶⁾。他方で、負傷者放置罪においては、加重的要保護状況は要求されておらず、また、先行行為の性質の限定は不要、との理解が有力である。

このような相違を踏まえると、先行行為によって被害者を負傷させたものの、①加重的要保護状況が否定される場合、あるいは、②先行行為が適法ないし客観的義務に違反しないものである場合には、不真正不作為犯の要件は満たされないが負傷者放置罪の要件は満たされる、との事態が生じうる。この意味で、負傷者放置罪は、不真正不作為犯の受け皿規定としての機能を有しているといえる⁷⁷⁾。

IV おわりに

本稿では、オーストリアの不真正不作為犯に関する議論を検討するための準備作業として、「作為と不作為の区別」という論点の処理方法と(Ⅱ)、一般的不救助罪に関する基本的な解釈論(Ⅲ)について概観した。ここでは、

75) 10 Os 49/76 = SSt 47/42 (1976年8月24日・過失致傷罪); 11 Os 23/83 = SSt 54/21 (1983年3月14日・重強盗罪); 11 Os 22, 23/97 = EvBl 1998/89 (1997年12月2日・過失致死罪)。

76) Vgl., Nowakowski, a.a.O. (Anm.24), §2 Rz.27; Steininger, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.83 f; Triffterer, a.a.O. (Anm.17), Kap. 14 Rz.51 f; Hilf, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.106 ff; Kienapfel/Höpfel/Kert, a.a.O. (Anm.24), Rn.31.18 ff.; Seiler, a.a.O. (Anm.17), Rz.331.

77) そのような機能が発揮された一例として、10 Os 47/76=SSt 47/72 (1976年8月24日)。

本稿の検討の成果を今一度まとめたいので、今後、不真正不作為犯に関する議論について検討すべき課題を概観し、本稿の結びとしたい。

1. 本稿の検討の成果

(1) オーストリアでは、「作為と不作為の区別」の論点について、「可罰性を汲み尽くす作為の優先」の法理が支持されている。この法理は、一個の行為が作為犯との性質と不作為犯の性質を帯びる場合には、原則として作為犯を優先的に検討すべき、というものである。このような法理を採用すべき理論的根拠は、①作為犯は、構成要件要素の数が少ないという意味において不作為犯よりも容易に立証可能であり、かつ、②作為犯による有罪は、一般に、不作為犯による有罪よりも事案全体の当罰性を適切に評価していることが多いため、作為犯の成否を優先的に検討すべき、という点にあると考えられる。

特に②の理論的根拠からは、不作為が問責対象行為とされている場合には、その不作為には一定の当罰性が見込まれていることが示唆される。このように不作為の当罰性に着目する議論は、不真正不作為犯の要件としての同価値性条項の議論にも密接に関連していると考えられる。

(2) オーストリアには、保障人的地位にない者に対して要救助者の救助を義務付ける犯罪として、一般的不救助罪（95条）と負傷者放置罪（94条）の二つの罪が存在している。このうち、負傷者放置罪は、一般的不救助罪に比して、①要求される義務内容が広範である、②期待可能性の欠如が認められる場面が限定されている、③法定刑が加重されている、といった特徴を有している。この意味で、負傷者放置罪は、行為者が先行行為によって要救助者を負傷させたことを重視した、一般的不救助罪の加重規定と位置付けることができる。

また、負傷者放置罪の要件である先行行為は、保障人的地位の発生根拠としての先行行為よりも緩やかに肯定できると解されている。このような意味で、負傷者放置罪は不真正不作為犯の受け皿規定としての側面も持ち合わせている。保障人的地位の発生根拠としての先行行為の法理については、この

ような受け皿規定による解決の可能性も踏まえて検討する必要がある。

2. 今後の検討課題

以下では、本稿の準備的検討を踏まえて今後検討すべき課題を、保障人的地位の発生根拠と同価値性条項のそれぞれについて概観しておきたい。

ア 保障人的地位の発生根拠

(1) オーストリア刑法2条は、保障人的地位の発生根拠について、「法秩序」という文言を採用している。この文言は、「法律上の (gesetzlich)」義務という文言ではあたかも制定法に明文の根拠を有する義務のみが保障人的地位の発生根拠になる、といった解釈がなされる可能性があるところ、そのような義務でなくとも、「法律からの類推 (Gesetzesanalogie)」や「法全体からの類推 (Rechtsanalogie)」から導かれる義務でも足りることを示す趣旨で採用されたものである⁷⁸⁾。

他方で、本条の制定過程では、保障人的地位の発生根拠に関する学説や判例は流動的であり、法律・契約・先行行為の法理という伝統的な三分説に即した条文化によって議論の発展を阻害すべきではない、との考慮から、「法秩序」という文言からさらに進んで保障人的地位の発生根拠を列举することは断念されている⁷⁹⁾。したがって、2条制定以後も、保障人的地位の発生根拠が何かについては、判例及び学説の議論に委ねられることになった。

(2) オーストリアの学説は、2条制定以前から、法令・引受け・先行行為の法理を保障人的地位の発生根拠として承認してきたが⁸⁰⁾、2条制定以降も、このような三分説は、保障人的地位の発生根拠として受け入れられている。

78) EBRV 1971, S.60. ここでは、「特に先行行為の法理は、現行法の一部に属することには疑いがないにもかかわらず、法律上の規定から直接読み取ることはできない」と指摘されており、「法律上の」義務という文言を採用した場合に処罰の空隙が生じてしまう事案として、先行行為の法理が適用される場面が念頭に置かれていた。

79) EBRV 1971, S.60.

80) Vgl., Kienapfel, a.a.O. (Anm.17), S.16 f, 80 f.

ところが、立法時の想定とは異なり、2条制定以降のオーストリアの学説では、三分説の枠組みを離れた実質的議論から保障人的地位を基礎付けるといふ論法をとると、保障人的地位が認められる範囲が無制約に拡大するおそれがある、との警戒感から、三分説から逸脱する発生根拠を認めることに極めて消極的な見解が通説とされている⁸¹⁾。すなわち、オーストリアにおいては、法令・引受け・先行行為の法理という三分説を大きな枠組みとして、保障人的地位の発生根拠を多元的に認めつつ、その精緻化を図る、という方向性で議論が発展しているのである。

(3) こういった議論の在り方を踏まえると、①法令・引受け・先行行為の法理という伝統的な三分説がどのように精緻化されているのか、②その精緻化のされ方はドイツ法と異なっているか、といった点が重要な検討課題となろう。また、③伝統的な三分説から逸脱するような発生根拠が本当に認められていないのかも検討されるべきであろう。こういった検討からは、保障人的地位の発生根拠の多元性を前提として事案類型ごとに具体的な基準を模索するという日本の議論が直面する課題にとって、有益な示唆が得られるだろう。

イ 同価値性条項

(1) オーストリア刑法2条は同価値性条項を要件としている。I.2で述べたように、同様の要件はドイツ刑法13条にも存在しているが、この要件に関するオーストリアの特徴は、その立法経緯にある。すなわち、ドイツでは、もっぱら学説にリードされる形で同価値性条項が立法化されたのに対して⁸²⁾、オーストリアでは、同価値性条項の検討を要求する判例が現れ、この判例にリードされる形で同価値性条項が立法化された、との経緯が存在す

81) Kienapfel, a.a.O. (Anm.17), S.15, 17; Steininger, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.39; Hilf, a.a.O. (Anm.17), §2 Rz.82 f.; Rittler, a.a.O. (Anm.17), S.131; Triffterer, a.a.O. (Anm.17), Kap.14 Rz.32; Seiler, a.a.O. (Anm.17), Rz.333.

82) ドイツ刑法13条の制定過程については、内藤・前掲注15) 428頁以下に詳細な紹介がある。

る⁸³⁾。そして、オーストリアの判例は、2条の原案となった1971年政府草案の公表後、あるいは、2条制定以後も、引き続き、同価値性条項に関する判示を繰り返している⁸⁴⁾。

(2) このような状況を踏まえると、①同価値性条項の検討を要求する判例が現れたのはどのような背景によるものなのか、②判例がどのような事実関係に着目して同価値性条項を具体的に適用しているのか、といった点が重要な検討課題となろう。特に②は旧稿で検討したドイツ法からは十分な知見が得られなかった点であり⁸⁵⁾、オーストリア法を検討する大きな意義の一つといえる。そこで得られた知見は、日本の議論にとって、構成要件的同価値性の要請を保障人的地位の指導原理とするか、保障人的地位とは別個独立の要件とするかを問わず、構成要件的同価値性の内実を検討するうえで、示唆的なものとなろう。

[追記]

脱稿後、福岡高判令和4年1月19日(裁判所ウェブサイト)に接した。本件は、ベトナム人の技能実習生である被告人が、出産直後に死亡した嬰兒2名の死体を段ボール箱に入れた上、約33時間自室に置き続け、死体を遺棄したとして起訴された事案である。

福岡高裁は、本件の第一審判決⁸⁶⁾は「本件各えい児の死体の葬祭義務を負う被告人が、それらの死体を1日以上にわたり葬祭を行わずに自室に置いたままにした行為が不作为による遺棄に当たると判断したものと解される」

83) リーディングケースの判例は、12 Os 87/70 = SSt 41/38 (1970年7月1日・謀殺罪幫助)である。

84) 1971年政府草案理由書公表から2条制定までの判例として、9 Os 116/71 = JBl 1972, 276 (1971年12月9日・謀殺罪幫助)、9 Os 91/73 = EvBl 1974/106 (1973年9月26日・窃盗罪幫助)、11 Os 26/74 = EvBl 1975/9 (1974年6月7日・職権濫用罪)。2条制定後の判例として、13 Os 141/78 = EvBl 1979/92 (1978年12月14日・過失致傷罪等)、13 Os 119/84 = SSt 56/72 (1985年9月26日・職権濫用罪)、11 Os 76/93 (1993年8月24日・職権濫用罪)、15 Os 118/03 = SSt 2004/1 (2004年1月8日・強要罪)等。

85) 拙稿・前掲注2) 979頁。

86) 熊本地判令和3年7月20日裁判所ウェブサイト。

と指摘したうえで、次のように述べて、不作為による死体遺棄罪の成立を認めた原判決を破棄した。

「死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう『遺棄』に当たるかどうかを判断するに際しては、その不作為が、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するものであって、作為による遺棄と構成要件的に同価値のものといえるかどうかを検討する必要がある。

この点、墓埋法3条により、死体の埋葬又は火葬は、死亡又は死産後24時間を経過した後でなければ原則として行ってはならないとされている。また、死体の存在を認識した葬祭義務者が、死亡又は死産の届出(戸籍法86条参照)、火葬等の許可の申請(墓埋法5条参照)といった手続をした上で葬祭を行う場合(以下「通常の葬祭を行う場合」という。)であっても、葬祭を行うまでに一定期間を要することもあり得る。そうすると、葬祭義務者が死体の存在を認識した後直ちに葬祭を行わなかったとしても、それだけでは死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するとはいえない。死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が作為による遺棄と構成要件的に同価値のものとなったと評価するには、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったという点で上記の法益を害するといえることが前提になると考えられる。したがって、死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう死体の『遺棄』に該当するのは、その者が死体の存在を認識してから同義務を履行すべき相当の期間内に葬祭を行わなかった場合に限り得ると解するのが相当である。

これを本件についてみると、……被告人は、11月15日午前9時頃に本件各えい児を自室内で出産し、本件各えい児は遅くともその一、二分後には死亡した。被告人は、その頃にそれらの死体の存在を認識したから、それらの死体の葬祭義務を負う。その後、被告人は、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れて封をした上、自室にあった棚の上に置くなどして葬祭を行わずに自室内に置いたままにしていたが、……同月16日午後6時頃に病院において

医師に対しえい児の出産、死亡の事実を話している。その医師は、警察に通報し、被告人はそのまま入院しており、被告人が本件各えい児の死体に作為を加えることは事実上できない状態になったから、被告人に葬祭義務の不履行があったと評価できるのはその頃までである。そうすると、被告人が本件各えい児の死体の存在を認識してから葬祭義務を履行しないまま経過した期間は、1日と約9時間にとどまる。通常の葬祭を行う場合であってもその着手までにその程度の期間を要することもあり得ると考えられるから、その期間の経過をもって葬祭義務を履行すべき相当の期間が経過したとはいえない。

したがって、本件各えい児を出産し、それらの死体の葬祭義務を負う被告人が、1日と約9時間にわたり、それらの死体の葬祭を行わずに自室内に置いたままにした行為は、不作為による死体の『遺棄』に当たらない。」

本裁判例は、不作為による死体遺棄罪の成立要件として、①死体の葬祭義務を負う者が、②葬祭義務を履行すべき相当の期間を経過したにもかかわらず、③死体の葬祭を行わないこと、という三点を要求していると考えられる。本稿の関心からは、②相当期間の経過という要件を導く際に作為と不作為の構成要件的同価値性という概念を用いていること、そして、本要件を充足しないととして不作為による死体遺棄罪の成立を否定したことが注目される。

I.1で述べたように、従来の通説的見解は、構成要件的同価値性の要請は作為義務（保障的地位）の有無の判断に尽きており、作為義務が認められるにもかかわらず構成要件的同価値性が否定されることはない、と解していた。しかし、本裁判例は、被告人の作為義務を認めつつ、実質的に構成要件的同価値性を否定しており、従来の通説的見解とは異なる判断枠組みを採用している。すなわち、本裁判例には、構成要件的同価値性を作為義務とは実質的に独立した要件と位置づけたうえで、これを実際に否定した、との意義が認められる。

本裁判例についての立ち入った検討は他日を期すほかないが、今後の学説には、本裁判例を踏まえ、作為義務と独立した要件として位置づけられる構

成要件的同価値性の内実を検討することが求められる。その際には、IV.2
イで述べたような特徴を有するオーストリア法との比較法的検討が極めて有
意義であるように思われる。