HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	不作為犯の体系と構造(五)
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，45(2)：259-279
発行日	2009-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

不作為犯の体系と構造　(五)

吉田敏雄

目次

はじめに
第一章　不作為犯総説
Ⅰ　不作為犯の体系と種類
Ⅱ　真正不作為犯
Ⅲ　不真正不作為犯
Ⅳ　複合的行為態様における作為と不作為
a　作為と不作為の区別
b　同時的全体事象
c　多段階的事象
d　「非難可能性の重点」説
e　作為による不作為　(第44巻第1号)
第二章　不真正不作為犯の構成要件
Ⅰ　客観的構成要件
A　客観的構成要件要素
1　結果回避義務を基礎付ける状況
2　命令された作為の非着手（不作為）
3　命令された作為に着手する事実上の可能性(個別行為能力)
4　結果の発生
5　不作為の因果関係　(第44巻第2号)

6　保障人の地位
(1)　総説
(2)　保障人の地位
a　法令
b　任意の義務引き受け（契約）（第44巻第3＝4号）
c　危険を基礎付ける先行行為
d　危険源責任
e　その他（第45巻第1号）
(3)　わが国の最近の諸学説
a　先行行為説
b　事実上の引き受け説（具体的依存性説）
c　法益存立の依存関係説
d　物理的危険創出行為、法益・危険源の意識的引き受け説
e　因果経過支配説
f　排他的支配、危険創出（増加）説
g　効率性説
h　機能二分説
i　準作為犯説
(4)　わが国の判例
a　法令・任意の義務引き受け（契約）
b　先行行為
c　危険源責任（以上本号）

第二章　不真正不作為犯の構成要件

Ⅰ　客観的構成要件

A　客観的構成要件要素

6　保障人の地位

(3)　わが国の最近の諸学説

わが国でも、従前、保障人の地位の発生根拠を法令、契約・事務管理、慣習・条理といった法源によって形式的に

分類するのが一般であったところ、[215]ドイツ語圏刑法学では、保護義務、監視義務という実質的観点から、作為義務の内容、限界を根拠付ける考えが支配的となったきた。これに対応して、わが国でも、作為義務を形式的に根拠付けるのではなく、実質的に根拠付ける方向にあるが、その際、一元的に、しかも規範的にではなく、事実的に保障人の地位を基礎付ける傾向が強いようである。[216]以下では、近時の学説の動向を概観し、その問題点を簡潔に指摘しておこう。

a　先行行為説

この説は、作為は因果の契機を与え、不作為は単に因果の契機を放置しているにすぎないから、本来、両者は構成要件的に同価値ではないというところから出立する。両者の同価値性を認めるためには、不作為者が、自己の過失の先行行為によって因果を設定することが必要であると。[217]

本説には、先ず、先行行為がないときには作為義務が常に否定されるところに問題がある。本説は、不真正不作為犯をそれ自体として原因力を有する作為犯に引き付けて構成しようとするのであるが、しかし、作為と不作為の同価値性はこの両者の関係で不作為について問題となるのであって、過去の先行行為によって作為と不作為の存在構造上の溝を埋めることはできない。[218]本説は、先行行為が過失に基づくことを要求しているが、そうすると、例えば、保冷庫に人を閉じ込めてしまった者に、そのことに過失が無かった場合、閉じ込められた人を解放する作為義務が否定されることになるが、それは妥当ではなかろう。[219]

b　事実上の引き受け説（具体的依存性説）

この説は、作為義務は単に自然的な因果力の問題でも、因果経過の支配の問題でもなく、不作為者と被害者との社会的諸関係により生ずる義務があるということから出立する。作為義務は、不作為者と結果との依存関係、不作為者の法益に対する密着性という事実関係、すなわち、当該法益の保護（結果の不発生）が不作為者に依存するという関係に基づくことを意味する。このような依存関係は、不作為者が法益の保護を事実上引き受けている場合に肯定される。かかる事実上の引き受行為の存否は、①法益の維持・存続を図る行為（結果条件行為）の開始、②そのような行為の反復・継続性、③法益に対する排他性の確保という重畳的基準に基づいて具体的に判断されると。[20]

本説によると、子供を餓死させた母親が作為義務を有するのは、母親と子供という関係によるのではなく、子供の生命という法益が母親の行為に依存する関係が生じているからだということになる。しかし、事実上の引き受けが無くとも、不作為者に依存する状態は発生しうるのであり、法益の依存を事実上の引き受けに限定する理由が明らかでない。本説規準①によれば、例えば、母親の不在中に家にいるが一度も乳児の世話をしたことのない父親とか、仮死状態で生まれた赤ん坊を放置する母親には作為義務は否定されることになりそうである。[21] もっとも、本説の論者は作為義務を肯定する。しかし、子供が溺れている川の側をたまたま通ったその親には、作為義務が否定されることになろう。さらに、規準②によると、最初から保護を引き受けなければ作為義務は発生せず、一時的にでも保護を引き受ければ作為義務が生ずるということになるが、これは均衡を失するといえよう。例えば、一人暮らしの老人が健康を害して餓死しそうになっている場合に、それを見て見ぬふりをする隣人には作為義務が発生せず、何度か食事を運んであげると作為義務が生ずるということになる。[22] 規準③については、他にも救助可能な者がおり、「他を排して」はい

なくても、なお密接なことはありうるから、密接性から「排他性」を直ちに導くことはできない。[223]

c　法益存立の依存関係説

この説によると、乳児の生命・健康の保全が親に依存している場合のような顕在的依存関係の場合、被依存者の不保護は直ちに生命・身体・財産その他の法益の侵害をもたらすので、当該不作為は作為によってこれらの法益侵害の危険をもたらす場合と同視するにふさわしく、そこに保障人義務の発生根拠がある。これに対して、健康な生活を送っている夫婦の一方が病気その他の事由で身動きできなくなったとき、他方が面倒を見る場合のように、潜在的依存関係にある場合には、第一に、夫婦生活共同体関係、家族生活共同体関係、危険共同体関係、監督者・被監督者関係、危険物の管理関係及び一定の法益の保全引き受け関係等のように当該不作為者と被害者、被監督者、危険物との間に特別の事実関係が出来上がっていること、第二に不作為者には法令上の義務、契約上の義務、事務管理上の義務、危険管理義務等の何らかの法的義務があること、第三に、当該不作為者が当該法益の存否について事実上支配している地位にあることの三つの条件の下で、保障人義務が生ずる。[224]

本説は、一方で、事実上の引き受けだけですべての保障人義務を導出することは狭すぎると指摘し、他方で、過去からの特別な事実関係があるということが法益存立の前提であるから、先行行為による保障人義務は根拠づけられないと主張する。[225]「皮革用噴霧器事件」のように、製品が消費者の間に出回った後、その製品が有毒物を含有し、生命・身体に害を及ぼすことが判明したとき、関係者の手を離れた当該製品につき、事実上の管理ないし支配関係がないので、保障人義務は生じない。[226] 本説は、先行行為に基づく保障人義務を否定する等、保障人義務の範囲を狭めすぎると

云えよう。

d　物理的危険創出行為、法益・危険源の意識的引き受け説

この説は、作為義務が人の行動の自由への強度の制約を意味するから、それを正当化する事情が必要であるというところから出立する。したがって、先ず、行為者が法益が失われる危険性を故意、過失または無過失を問わず何らかの形で高めた場合に保障人の地位が発生する。危険創出行為は、それ自体が処罰の対象ではなく、そこには責任主義は妥当しないというのがその理由である。次に、現代の社会的分業の時代においては、脆弱な被害者や危険物の管理をある一定の社会的役割についている者に委ねざるを得ず、このような場合、当該地位に自らの意思でついたとき（法益あるいは危険源に対する意識的引受け）保障人の地位が肯定される。[27]

本説は先行行為説と事実上の引受け説を継承・発展させたものといえよう。本説の問題点は、物理的危険創出行為につき過失、無過失を問わないということは、作為義務を広げすぎることに繋がるところにある。

e　因果経過支配説

この説は、事実上の引き受け説の規準③を発展させたものである。本説は、作為が結果へと至る因果の設定であるのに対し、不作為は因果経過の放置であることから出立する。それ故、不作為が作為と構成要件的に同価値であるためには、不作為者が、すでに発生している因果の流れを自己の掌中に収めることが必要である。このことは自己の意思に基づく排他的支配の獲得を要求する。これと区別されるのが、自己の意思に基づかない排他的支配（例えば、朝

起きたら玄関に赤ん坊が置き去りにされていたという場合)であり、「支配領域性」と名付けられる。この場合、作為義務を基礎付けるためには、親子関係や建物の管理者・警備員であるなどの「社会継続的な保護関係」[228]という規範的要素が必要である。これに対して、支配領域性があっても、先行行為は作為義務を根拠づけないと。

本説は、基本的には、事実上の引き受け説に立脚しながら、作為義務を規範的観点から多少拡張したところに特徴がある。この説の問題点は、先行行為に基づく保障人義務を一切認めないところにある。次に、親子関係などの「社会継続的」な保護関係がある場合にも作為義務を肯定するが、不明確な規準のために、恣意的適用が免れがたいということも指摘できる。例えば、建物の所有者がその中に浮浪者が泊まり、餓死しそうになっているのを発見しながら、放置するとき、殺人罪の意味での因果経過の支配があるとはいえないように思われるが、それでも作為義務を肯定するのか不明である。[229]さらに、規範的支配がある場合、例えば、子供が溺れているのを親が発見したが、近くに救助可能者が多数いるような場合、排他的支配を前提とする支配領域性が欠如することを理由に、作為義務を否定するが、そこにも疑問がある。

f　排他的支配、危険創出（増加）説

この説は、(排他的)支配領域性説と同じく、保障人の地位を基礎付けるためには、不作為者が作為の場合と同様に結果の発生を支配していることが必要であり、したがって、排他的支配が要件となることから出立する。但し、これだけで保障人の地位を認めると、偶然に排他的支配を有した場合にまで含められることになり、広がりすぎる。そこで、その限定要件として、積極的に法益に危険を与える行為をしなければ処罰されないという自由主義の観点からす

ると、行為者が危険を創出又は増加させたことを付加する必要がある。先行行為説も危険創出を根拠としているが、それだけでは保障人の地位が広がりすぎるので、これを限定する要素が排他的支配である。結局、本説は先行行為説と事実上の引き受け説を統合・再構成した説である。刑事上の製造物責任の問題、つまり、製品を製造販売した時点では、その製品の危険性を知ることができなかったが、販売後に危険性が分かったにもかかわらず、これを回収しなかったため、これを使用した消費者が製品の欠陥が原因で死亡した場合、危険創出も排他的支配も認められると。[230]

本説によれば、危険創出行為は危険なものであれば足りる。したがって、正当防衛を行った者に対する保障人の地位が認められることもありうる。[231] 排他的支配は場所の管理支配とは関係がない。例えば、人里離れた山中で被害者に命に関わる怪我を負わせた者には、被害者を救助する保障人の地位が肯定される。特別の知識に基づく排他的支配も認められる。例えば、保冷庫に人が閉じ込められたことを知った者には、保冷会社の従業員ではなくても、排他的支配が基礎付けられると。[232]

危険創出を要件とすることに対しては、先ず、原理的視点から、他人のための作為は自由主義の例外として要求されるのであるから、不真正不作為犯の制約原理として危険創出行為の存在を要求することは適切でないとの批判が可能である。[233] 次に、実際問題として、本説によると、母親が子供を産んだ後そのまま放置して死亡させた場合、危険創出が認められず、不作為の殺人罪は成立しないことになるが、親子関係がある場合に作為義務を否定するのは妥当ではない。[234] もっとも、これに対しては、本説の主唱者は、病院で出産することが通常である現在の状況では、他の者の援助の得られない自宅でこっそり出産することが生まれてきた赤ん坊に対する危険創出と考えられると反論して

いる。[235] しかし、病気に罹った子供を放置して死なせてしまった親には、危険創出行為がないので、不作為による殺人罪の成立が否定されることになろうが、果たしてそれでよいのであろうか。

排他的支配の要件についても批判が可能である。本説によれば、子供が池で溺れている場合に、池の近くにいる者が父親だけであれば父親に保障人の地位が認められるのに、他に救助できる人がいれば保障人の地位が認められなくなりそうである。[236] これにつき、排他的支配を肯定する見解も散見されるが、[237] 本説の主唱者は、周りの人間が父親が助けると考えて救助を控えた場合のように、現実の信頼が存在している場合には、排他的支配が認められるが、そのような事情がない場合には排他的支配は認められないと反論している。[238] しかし、排他性の有無を、偶然に周りにいた人々の主観的状況判断に依存させることは適切ではない。[239]

g　効率性説

この説は、結果回避可能性を有する複数の者がおり、それらすべてを処罰することは国民の自由の過剰な制約となるので、主体を選択する必要があるということから出立する。そこで、主体選別の公平性という観点から、「結果回避措置を最も効率的に為しうる主体のみが保障人的地位に該当する」。主体として選別される者は、「法益が危殆化された状況下で、結果回避命令を遵守することによって負担しなければならないコストが、最も小さい行為者である。それは、最も効率的に（低コストで）結果回避措置（期待される作為）をなしうる主体である」。但し、行為選択の自由を保障するために、「行為者が自らの意思に基づいて、結果に実現した危険と行為者との間に、他者が介入する可能性を減少させる関係が成立することを受け入れたという事情が存在しなければならない」。[240]

不真正不作為犯の成立範囲をかなり限定する本説には次のような批判が可能である。第一に、結果回避可能性を有する複数の者から犯罪行為主体を選択するということは、不作為犯固有の問題ではなく、作為犯にも当てはまる。第二に、故意作為犯への不作為による加功の場合、結果回避措置を最も効率的にとれる者は作為者であるから、不作為者は不可罰となろう。これは支持し難い帰結である。この帰結を避けようとすれば、最適効率性の観点からの結果回避措置を事案ごとに個別に判断すべしということになりそうであるが、そうすると、誰が最も効率的に結果を回避できるかの判断規準を明確にしなければなるまい。第三に、最適効率性という経済学的・経営学的概念で保障人の地位を決定することの妥当性についても疑問がある。刑法は、社会倫理に基礎をおく「責任刑法」であり、「安全管理法」ではないのである。[21]

h　機能二分説

この説は、作為義務の発生根拠を、当該法益を保護すべき関係に立つ「法益保護型」と、危険源を管理・監督すべき「危険源管理監督型」にわけて論ずる。法益保護型の保護義務の発生根拠として、規範的保護関係（例えば、親子関係）、制度的・任意的保護関係（例えば、子守契約）及び機能的保護関係（捨て子を拾って世話をする）がある。危険源管理監督型の管理・監督義務の発生根拠として、危険な物・設備に関する管理義務（例えば、猛獣が檻から出ようとしているのを傍観する飼育者）、人の危険行為に関する行為義務（例えば、幼児の違法行為を止めない親）及び不可罰の先行危険創出行為（例えば、過失で他人を監禁し、その後その事実に気づきながらも放置する者）がある。[22]

本説は、近時のドイツ刑法学説の傾向を踏まえた上で、保障人の地位の根拠付けと保障人義務の機能を分けて論じ

ている。しかし、犯罪理論体系的には、保障人の地位が先に論じられ、しかる後、保障人義務の機能が論じられるべきだと思われるところ、本説には、機能論が前面に出されてているため、不真正不作為犯の範囲の拡大に繋がりかねないのではないかという問題がある。

ⅰ　準作為犯説

この説は、一定の範囲で類推を許容することも、また作為犯規定に不作為を読み込むことも許されないということから出立し、不真正不作為犯を「偽装された作為」とみなし、不作為の中に作為に準ずる性質のものを探し出す、つまり、不真正不作為犯を「準作為犯」と見る。すなわち、作為に付随する不作為や結果への因果を起動する「先行行為」のある場合に、結果に向かう因果経過を、行為者の「延長された腕」による作為と「みなして」、そこから、それが他者を危険にさらさないように配慮する「義務」を引き出す。例えば、自動操縦中に線路上のまだ停止できる距離に人間を認めた列車運転手は、手動ブレーキをかけなかった場合、列車運行を組織した者として、殺人・傷害などの作為犯規定で処罰されるが、ひとたび衝突事故が起きた後の、被害者を救助しなかったという不作為については、もはや事象は「延長された腕」をも離れており、純粋な不作為犯規定（せいぜい保護者遺棄規定）でしか処罰されない。[243]

本説は、「不作為」を作為とみなす「延長された腕」という構想そのものに問題があること、及び、それがどこまで及ぶのかという点で不明確なところに問題があるのみならず、「不真正不作為犯」の成立を大幅に制限する点で、その帰結においても支持できない。

(4)　わが国の判例

わが国の判例は、保障人の地位の成立根拠についての一般的原理を示すことなく、具体的事案に即した判断を下している。ここでは、本章ⅠA6(2)において詳説された保障人の地位の成立根拠に関する立場に立脚して、判例を一応次のように整理して、概観することとする。

a　法令・任意の義務引き受け（契約）

①大判大正四・二・一〇刑録二一輯九〇［嬰児餓死事件］。被告人は、契約により、六ヶ月未満の嬰児を預かったが、食事を与えず死亡させたという事案。大審院は、「法律ニ因ルト将契約ニ因ルトヲ問ワス養育ノ義務ヲ負ウ者カ殺害意思ヲ以テ故ラニ被養育者ノ生存ニ必要ナル食物ヲ給与セスシテ之ヲ死ニ致シタルトキハ殺人犯ニシテ刑法第百九十九条ニ該当シ単ニ其義務に違背シテ食物ヲ給与セス依テ之ヲ死ニ致シタルトキハ生存ニ必要ナル保護を為ササルモニシテ刑法第二百十八条第二百十九条ニ該当ス要ハ殺意ノ有無ニ依リ之ヲ区別スヘキモノトス」と判示して、不作為による殺人罪の成立を認めた。[244]

b　先行行為

先行行為に関わる判例としては、先ず、放火罪についてのものが重要である。

②大判大正一三・三・一一刑集一七・二三七［神棚蠟燭引火事件］。被告人が点火した神棚の蠟燭が倒れかけているのを認めながら、火災になれば保険金を取れるだろうと思って、そのまま外出したところ火災になったという事案。

大審院は、「自己ノ故意ニ帰スヘカラサル原因ニ依リ火カ自己ノ家屋ニ燃焼スルコトアルヘキ危険アル場合其ノ危険ノ発生を防止スルコト可能ナルニ拘ラス其ノ危険ヲ利用スル意思ヲ以テ消火ニ必要ナル措置を執ラス因テ家屋ニ延焼セシメタルトキモ亦法律ニ所謂火ヲ放ツノ行為ヲ為シタルモノニ該当スル」と判示して、不作為による放火罪の成立を認めた。この判決は、自己の過失という先行行為を重要視している。本判決は、後掲大正七年大審院判決と同じく、不作為による放火罪の成立要件として「利用する意思」という主観的要件を要求している。[245]

③最大判昭和三三・九・九刑集一二・一三・二八八二［股火鉢引火事件］。被告人は、工務室でうたたねをしてから事務室に戻ってきたところ、同室で残業していたときに、机の下において暖をとっていた火鉢から出火していたにもかかわらず、自己の失策の発覚を恐れるあまり、そのまま営業所を立ち去ったために火災となったという事件である。最高裁は、「被告人は自己の過失により右原符、木机等の物件が焼燬されつつあるのを現場において目撃しながら、その既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思をもってあえて被告人の義務である必要且つ容易な消火措置をとらない不作為により建物についての放火行為をなし、よってこれを焼燬したもの」と判示して、自己の過失行為としての先行行為を保障人義務の発生根拠としている。[246] 本判決は前掲大正一三年大審院判決、後掲大正七年判決とは異なり、不作為による放火罪の成立要件として「利用する意思」を要求していない。[247]

次に、殺人罪に関わる判例が重要である。

④前橋地高崎支判昭和四六・九・一七判時六四六号一〇五頁［身体障害者山中置き去り事件］。被告人は、小児麻痺

のために歩行困難な被害者をだまして所持金を奪おうと企て、厳寒期の深夜、同人を自動車に乗せて人気のない山中に連行し、所持金を奪った上、置き去りにして立ち去ったが、被害者は一晩中付近を這いずり回り、山小屋にたどり着いて救助されたという事案。裁判所は、「被告人は、……まさに自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って、当然同被告人には、その場所において被害者の生命の危険を除去しまたは被害者を安全な場所まで連れ帰るべき法的義務（作為義務）がある。したがって、同被告人の前記不作為は右作為義務に違反する不作為である」と判示して、不作為による殺人未遂罪の成立を認めた。

⑤最決平成一七・七・四刑集五九・六・四〇三頁［シャクティ治療殺人事件］。点滴等の医療措置が必要な入院中の患者を退院させてその生命に具体的な危険を生じさせ上、その親族（共犯者）から患者に対する手当てを全面的に委ねられた被告人が、患者の生命維持のために必要な医療措置を受けさせずに患者を死亡させた事案。最高裁は、「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせ上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立」するとの決定を下した。本決定は、保障人義務の根拠として、被害者を無理やり退院させるという先行行為と並んで、被害者の被告人への依存関係を強調している。[248]

最後に、ひき逃げの事案を挙げておこう。わが国では、「単純な轢き逃げ」の事案で殺人罪の成立を認めた判例は見られないが、「移転を伴う轢き逃げ」の事案では、これを不作為の形態と捉えて[249]、保護責任者遺棄（致死）罪の成立を認めた判例⑥と殺人罪の成立を認めた判例⑦がある。

⑥最判昭和三四・七・二四刑集一三・八・一一七六［雪中被害者遺棄事件］。自動車事故による負傷者を車内に収容して事故現場を離れ、折から降雪中の薄暗い車道上に被害者を捨てて逃走したという事案。最高裁は、「刑法二一八条にいう遺棄には単なる置去りをも包含すると解すべく、本件の如く、自動車の操縦者が過失に因り通行人に前示のような歩行不能の重傷を負わしめながら道路交通取締法、同法施行令に定むる救護その他必要な措置を講ずることなく、被害者を自動車に乗せて事故現場を離れ、折柄降雪中の薄暗い車道上まで運び、医者を呼んで来てやる旨申欺いて被害者を自動車から下ろし、同人を同所に放置したまま自動車の操縦を継続して同所を立去ったときは、正に『病者を遺棄シタルトキ』に該当する」と判示して、保護義務の発生根拠として道路交通取締法（当時）に救護義務が規定されていることを保護義務の発生根拠とし、保護責任者遺棄罪の成立を認めた。[250]

⑦東京地判昭和四〇・九・三〇下刑集七・九・一八二八［車中被害者死亡事件］。被告人は、自動車運転中の過失により被害者を轢いて重傷を負わせ、救護するためもよりの病院に意識不明に陥っている被害者を搬送しようとして、助手席に乗せたが、途中、同人を搬送することによって、自己の犯行であることが発覚し刑事責任を問われることを恐れ、病院に搬送する意図を放棄し、被害者を適当な場所に遺棄するなどして逃走しようと企て、被害者が死ぬかもしれないということを予見しながら、それも止むを得ないと決意し、車を走らせているうちに、被害者が走行中の車

内で死亡したという事案。東京地裁は保障人義務の根拠を特に論ずることなく殺人罪の成立を認めた。[251]

「移転を伴う轢き逃げ」事案について、殺人（未遂）罪の成立を認めた下級審判例は、作為義務の根拠について触れていないが、仮に、先行行為や法令（道路交通取締法、現道路交通法）の定める救護義務を根拠にしているとするなら、同じことは「単純な轢き逃げ」についても妥当することになろう。しかし、「単純な轢き逃げ」については殺人罪の成立を認めてる判例は無いことから、判例は「引き受け」、「排他的支配」を作為義務の根拠としているもののようである。殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別については、[252] 判例は殺意の有無にかからせているといえよう。[253]

c　危険源責任

⑧大判大正七・一二・一八刑録二四・一五五八［燃木尻引火事件］。被告人は、養父を殺害後、格闘中に養父の投げた燃木尻の火が内庭の藁に燃え移ったのを認めながら、罪跡を湮滅しようと思い、そのまま放置して消火せず、家屋を全焼させたという事案。大審院は、「放火罪ハ故意ニ積極的手段ヲ用ヒテ刑法第百八条以下ニ記載スル物件ニ火ヲ放チ焼燬スルニ因リ成立スルコト普通ノ事例ナリト雖モ自己ノ故意行為ニ帰スヘカラサル原因ニ因リ既ニ叙上物件ニ発火シタル場合ニ於テ之ヲ消止ムヘキ法律上ノ義務ヲ有シ且容易ニ之ヲ消止メ得ル地位ニ在ル者カ其ノ既発ノ火力ヲ利用スル意思ヲ以テ鎮火ニ必要ナル手段ヲ執ラサルトキハ此不作為モ亦法律ニ所謂火ヲ放ツノ行為ニ該当スル……叙上物件ノ占有者又ハ所有者カ自己ノ故意行為ニ帰スヘカラサル原因ニ由リ其ノ物件ニ発火シ為ニ公共ニ対シ危害ノ発生スル虞アルニ際シ之ヲ防止シ得ルニ拘ワラス故意ニ之ヲ放任シテ顧ミサルカ如キハ実ニ公ノ秩序を無視スルモノニシテ秩序ノ維持ヲ以テ任務トスル法律ノ精神ニ抵触スルヤ明ナルカ故ニ斯ノ如キ場合ニ於テ此等ノ者カ其発火ヲ消止メ

以テ公共ノ危険ノ発生ヲ防止スルハ其法律上ノ義務ニ属スルモノト認ムルヲ正当ナリトス蓋シ此法理ハ民法第七百十七条等ノ規定ノ精神ヨリ推究スルモ其一端ヲ窺ウニ難カラサルナリ」と判示して、被告人が「物件の占有者又は所有者」たる地位にあったことを保障人（消火）義務の根拠としている。本判決はさらに不作為による放火罪の成立要件として「既発の火力を利用する意思」という主観的要素を要求している。

注

(215) 團藤（注58）一四九頁以下。大塚（注56）一四二頁以下。

(216) 参照、内田文昭「保障人的地位の根拠」（阿部純二他編『刑法基本講座第二巻』所収）一九九四年・九三頁以下、九九頁。中森喜彦「保障人説 ――その推移と意義――」現代刑事法第四巻第九号（二〇〇二年）四頁以下、六頁。

(217) 日高義博（注163）一五二頁以下。

(218) 曽根（注163）一六頁。佐伯仁志「不作為犯論」法学教室・二八八号（二〇〇四年）五四頁以下、五七頁以下。中森（注216）六頁。

(219) 佐伯（注218）六〇頁。

(220) 堀内捷三『刑法総論』（第二版）二〇〇四年・六〇頁以下。同『不作為犯論』一九七八年・二五三頁以下。この説によると、「皮革用噴霧器事件」のような「製造業者、販売業者の手元を離れて流通している製造物については製品に対する排他性が確保されているとも、危険物が自己の支配領域内にあるともいえない。従って、製造会社にも市場に出回っている製品をリコールすべき作為義務は生」じないことになる。同「製造物の欠陥と刑事責任 ――その序論的考察――」研修五四六号（一九九三年）八頁以下。これに対して、本来、本説は被害者の保護に関する排他性を問題としていたのに、ここでは製造物に対する排他性を問題としていて、問題のありどころの認識に欠けるとの批判が可能である。参照、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』八号（一九九九年）三四三頁以下、三六三頁。

浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・一五九頁も、事実上の引き受け説を支持するが、問題は、いかなる場合に結果不発生の事実上の引き受けが認められるかであり、個人的法益の場合は、被害者が現に置かれている状態を顧慮しつつ、その被害者の法益について

配慮すべき地位にあること、公共的・国家的法益の場合は、結果発生の有無が行為者の支配内にあることが、主要な判断基準になると論ずる。

(221) 参照、中森（注216）六頁。東京高判昭和三五・二・一七下刑集二巻二号一三三頁〔仮死状態で出生した嬰児が放置され、死亡した事案。「被告人は……嬰児が生きて生まれたことを認識していたのであるから、母親として、直ちに嬰児の生存のため必要、適切な保護をなすべき義務があった筈であり、故意にこの義務を履行せず、よって嬰児の死亡の結果を招来したときは、その責任を負わなければならぬことは当然である」。殺人罪成立〕。

これに対して、前田雅英『刑法総論講義』第四版・二〇〇六年・一三一頁は、事実上の引き受け説と同様に、親の子に対する義務は民法上の扶養義務から形式的に発生するのではなく、従来から継続的に食物を与え続けてきたこと等の事実から作為義務が発生すると主張する。

(222) 佐伯（注218）五八頁。

(223) 島田聡一郎「不作為犯」法学教室・二六三号（二〇〇二年）一一三頁以下、一一四頁。

(224) 神山（注67）二一四頁以下。

(225) 神山（注67）二〇六頁、二一六頁。

(226) 神山（注113）二四頁。

(227) 島田（注223）一一六頁以下。

(228) 西田典之「不作為犯論」（芝原邦爾等編『刑法理論の現代的展開　総論』所収・一九九〇年）一八九頁以下。同（注44）一一六頁以下。山口（注35）八八頁以下は、因果経過支配説を基本的に支持しながらも、作為犯においても因果経過を最後に至るまで支配する必要はないという観点から、「因果経過の支配」ではなく、「結果原因の支配」の有無を問題とするべきだとして、それが肯定される場合として、①法益の脆弱性の支配（例えば、親が子を養育している場合）と②危険源の支配（例えば、危険な装置や事業を運用する場合）を指摘する。本説も先行行為に基づく保障人の地位を一切認めない。

(229) 山中敬一『刑法総論』（第二版）二〇〇八年・二三四頁。佐伯（注218）五九頁。

(230) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」（『香川達夫博士古稀祝賀・刑事法学の課題と展望』一九九六年所収）九五頁以下。佐伯（注218）五九頁以下。

(231) 佐伯（注218）六〇頁注25。

(232) 佐伯（注２１８）六〇頁。
(233) 中森（注２１６）六頁。
(234) 林（注44）一六二頁。
(235) 佐伯（注１６１）六一頁。
(236) 林（注44）一六二頁。
(237) 井田（注56）四二頁。
(238) 佐伯（注２１８）六二頁。
(239) 林（注44）一六二頁は、作為義務の根拠を専ら、「自ら法益に排他的な支配を設定」したところの求めるが、本文で指摘したような問題が残る。
(240) 鎮目征樹（注２２０）三五三頁以下。
(241) 島田（注２２３）一一六頁。佐伯（注２１８）六二頁。
(242) 山中敬一（注２２９）二三四頁以下。
(243) 松宮孝明『刑法総論講義』（第三版）二〇〇四年・八六頁。
(244) その他の下級審判決として、名古屋地岡崎支判昭和四三・五・三〇下刑集一〇巻五号五八〇頁〔被告人は、家出した妻が知人に預けた生後八ヶ月の子を受け取り、一旦は食事を与えたものの、妻が帰宅しないため自暴自棄になり、何等飲食物を与えず放置したため、その子は餓死したという事案。不作為による殺人罪が成立〕。福岡地久留米支判昭和四六・三・八判タ二六四号四〇三頁〔被告人は、陣痛を催していたが、便秘による腹痛と思い何度も便所に入っているうちに、嬰児を便層内に産み落としたことに気づいたものの、咄嗟に殺害を決意し、当該嬰児を便層内に放置し死亡させたという事案。不作為による殺人罪が成立〕。東京八王子支判昭和五七・一二・二二判タ四九四号一四二頁〔被告人は、自宅に住まわせていた従業員に暴行を加え、骨折等の傷害を負わせが、重篤な症状を呈するに至ったにもかかわらず、犯行の発覚をおそれて医師による治療を受けさせず、化膿止めの薬品を投与する等の措置を執るにとどまったため、同人を死亡させたという事案。不作為による殺人罪成立〕。
(245) 團藤（注２１５）一五一頁は、「神棚蠟燭引火事件」について、不作為による放火が違法であり、且つ「焼燬」の結果に対する原因になったことはたしかだが、それだけでは足りず、「既発の危険を利用する意思」が認められたからこそ、放火罪の定型に当たると論ずる。

(246) 参照、岩間康夫「不作為による放火」（別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ　総論』（第六版）所収）二〇〇八年・一二頁以下。下級審判決として、広島高岡山支判昭和四八・九・六判時七四三号一一二頁〔被告人は、夜間事務室に侵入し、机の引き出しから現金を摂取する際、硬貨を床に落としたため、紙たいまつに点火してそれを拾い集めたが、その際、紙たいまつの火が机上の紙類に燃え移ったところ、犯行の発覚を恐れて消火せずにその場を立ち去ったという事案〕。

(247) 藤木英雄『刑法講義総論』一九七五年・一三五頁以下は、不真正不作為犯の成立には、重大な作為義務違反が認められるばかりでなく、「既発の状態を利用するか、すくなくとも意図的に放置」するという主観的態度が必要であると主張するが、本判決に関しては、「積極的な利用の意思はないにしても、自己の失策を隠す意図で放置したことの認められる事案」であるという理由から、本判決を結論的に是認している。

(248) 参照、山中敬一「不作為による殺人」（別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ　総論』（第六版）所収）二〇〇八年・一四頁以下。

(249) 被害者を降ろして放置することによりその死の発生の具体的危険が発生した場合には作為による殺人行為が認められ、したがって、行為者に殺人の故意が認められるなら、殺人罪が成立する。かかる危険がまだ発生していないとか、発生しても殺人の故意がないとき、作為による保護責任者遺棄罪が成立する。これに対して、被害者を既に自動車に乗せた時点で瀕死の重傷を負っていた場合、故意があれば、不作為による殺人罪が発生する。第一章注37参照。

(250) 本最高裁判決の前後にも、下級審は同種の事案について保護責任者遺棄（致死）罪の成立を認めている。大阪高判昭和三〇・一一・一高刑裁特二巻二二号一一五二頁〔被告人が、夜間タクシーを運転中、過失によって、泥酔して道路を横断中の被害者に接触して転倒させ治療日数約一〇日を要する傷害を負わせたが、被害者を自車に乗せて、付近に人家もないし通行の人車も稀な共同墓地下の池の端まで運び、そこに放置して立ち去ったという事案。道路交通取締法第二四条第一項を根拠に被告人は保護責任者に当たるとして、保護責任者遺棄罪の成立が認められた〕。東京高判昭和三七・六・二一高刑集一五巻六号四二二頁〔被告人が、深夜、自動車を運転中、過失によって通行人を車道上に跳ね飛ばして重傷を負わせ、意識を失っている被害者を抱きかかえて歩道上まで運び、そのまま放置して立ち去ったところ、被害者が苦悶反転しているうちに側溝に転落して溺死したという事案。道路交通法第七二条第一項を根拠に被告人は保護責任者に当たるとして保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた〕。

(251) 本東京地裁判決の前後にも、殺人（未遂）罪の成立を認めた下級審判例がある。横浜地判昭和三七・五・三〇下刑集四巻五＝六号四九九頁〔自動車運転者が、走行中に過失によって重傷を負わせた被害者を救助すべく助手席に乗せて走行したものの、途中で自己の発覚を恐れて被害者を路上に引き摺り下ろして逃走したという事案。「傷害により顔面から出血し、意識も明確でない状態で一見し

てかなり重傷を負っていて、しかも当時は夜明前で未だ暗い上に寒気厳しく降霜しているので、長時間人に発覚され難がた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認識しながら、敢えて同人を遺棄して死に至ることもやむなしと決意」した点に未必の故意があり、殺人未遂罪が成立する〕。東京高判昭和四六・三・四高刑集二四巻一号一六八頁〔被告人は、自動車を運転中、過失により道路を横断中の歩行者を跳ね飛ばして重傷を負わせたが、被害者を知り合いの病院に運ぼうと助手席に乗せて走行中、自己の発覚を恐れて人通りのない場所へ置き去りにしようと決意し、事故現場から約二九〇〇メートル離れた道路沿いの陸田を掘り起こした窪みに放置して逃走したという事案。未必の故意が認定され、殺人未遂罪の成立が認められた〕。

(252)　学説には、「殺人の故意があっても殺人とするにたりるほどの作為義務のない者の場合は、保護責任者遺棄致死として軽く処罰される」として、作為義務の程度によって区別する見解がある（平野龍一『刑法　総論Ⅰ』一九七二年・一五八頁以下）。これに対して、作為義務の内容は被害者の死の結果阻止という点で異ならないので、この区別は適切でないと批判するのが、大沼邦弘「ひき逃げと遺棄罪・殺人罪」（阿部純二他編『刑法基本講座第六巻　各論の諸問題』一九九三年）九五頁以下、一〇七頁。

(253)　参照、大沼（注252）一〇〇頁以下。

（つづく）