



# 刑事弁護人のための刑法

## 第7回

# 不作為犯

本庄 武 一橋大学准教授

ほんじょう・たけし／共著に、『危険運転致死傷罪の総合的研究』(日本評論社、2005年)、『被告人の事情/弁護人の主張——裁判員になるあなたへ』(法律文化社、2009年)などがある。

山下幸夫 弁護士

やました・ゆきお／東京弁護士会。共著に、『日本弁護士連合会編『法廷弁護技術(第2版)』(日本評論社、2009年)』などがある。

## 本件事案

被告人は個人でボクシングジムを経営し、入門者のコーチを務めていた。Aは最近ジムに入門してきた中年の男性であった。ある日、被告人がAをトレーニングでみっちりしごいている最中に、Aは気分が悪くなったと言い出した(①)。被告人はAを横にならせ、氷枕をあてがうなど介抱した。Aはずいぶんよくなってきたと言い上体を起こしていたが、そのうちに吐き気がする、頭ががんがんする等と言って苦しみだした(②)。被告人は以前の練習生にも同じような症状を訴えた者がおり、その時は冷房の効いた部屋に連れて行き、寝かせておくことで回復したという出来事があったため、今回も同様の対処をすればよいと考えて、冷房の効いている事務所スペースにAを連れて行き、ソファに横にならせた。被告人はトレーニングルームに戻っていたが、30分くらい経過してからAの様子を見に行くと、Aは青ざめた顔をしており、ガクガクと震え、泡を吹いていた(③)。被告人はAに本格的な医療措置を受けさせる必要があるかもしれないと思ったが、自分の処置が不適切だったということになってジムの評判が落ちるのは避けたい等と思い、119番通報をするかどうか悩んでいた。被告人がトレーニン

グルームと事務所を行き来しながら逡巡しているうちにAはいよいよ苦しそうな表情になり、大量の脂汗を流すまでに至った(④)。被告人は、意を決して119番に通報した。救急隊員は速やかにAを病院に搬送したが、処置が遅れてしまったためAは3時間後に死亡した。

事後にAの解剖を担当した医師Cの証言によれば、③時点で適切な救急医療を施していれば、まず間違いなく救命できたとされ、他方で別の医師Dの証言によれば、②時点で適切な救急医療を施していれば、十中八九救命できたと思われるものの、③時点でも救命できた可能性はそれなりに存在し、また救命できなくても延命を図ることができたのは間違いなく、とされている。

## 不作為犯の成立要件<sup>1</sup>

### 1 保障人的地位

不作為犯の成立要件のうち学説上最も盛んに議論されているのは、その成立範囲が法文上定まっていなない不真正不作為犯における作為義務の成立根拠論である。作為義務という規範的要素を直接認定しようとする、直観的・恣意的な認定を招きかねな



い。そのため学説上は、事実的な要素により基礎づけられる保障人という特別な地位にある者のみが不作為犯の主体となりうるとする**保障人説**が通説となっている。問題はいかなる事実があれば保障人的地位が基礎づけられるかである。

従来の通説は、法令・契約・先行行為などの条理という3つの要素を並列させる**形式的三分説(多元説)**であった。しかし形式的根拠を満たした者すべてに保障人的地位を認めるとすれば、不作為犯の成立範囲が広がりすぎる。そこで**形式説**は当該不作為の作為との**同価値性**という別の要件を付加することで成立範囲を適切に限定しようとする。しかし同価値性とは、当該不作為の行為が作為により結果を惹起したと価値的に同等であることを意味する評価的な概念である。それをそのまま要件化すれば、事実的要素への還元を図った保障人説のなかに再び評価的な要素を持ち込むことになるという難点を有する。

そこで近時は統一的な作為義務の成立根拠を探る動きが盛んである。その中で最も有力なのは、法益を**排他的に支配**している場合+ $\alpha$ の場合に保障人的地位を認める見解であろう。しかしながらその+ $\alpha$ の要素を何に求めるかについてはなお激しい議論が存在する。また排他性は必須ではないとする見解があるほか、あらゆる場合に排他性が必要だとする見解においても、過失不作為犯については複数の同時犯の成立を認めるのが一般的である。すなわち、他に保障人的地位に立つ者が存在する場合にも、その者に作為義務を果たすことが期待できないのであれば、なお排他的支配が認められるとするのである。さらには、作為正犯者とそれを傍観している者がいる場合にも、厳密な意味での排他的支配は存在しないはずであるが、傍観者に不作為共犯が成立することがあるとされるのが一般である。

学説での議論が収束する気配を見せないためであろうか<sup>2</sup>、判例はこの問題について一般的な成立要件を定立することなしに、当該事案で作為義務を基礎付ける事情をアドホックに列挙して作為義務を根拠付けている。その姿勢は強いていえば、形式説に属するといえる<sup>3</sup>。懸念されるのは、形式説による場合、処罰範囲が不当に拡大してしまうことである。しかしながら、不作為犯の代表的事例であるひき逃げを例にとると、単に交通事故を起こした後に逃走しただ

けでは真正不作為犯である道路交通法上の救護義務違反罪しか成立せず、不真正不作為犯である殺人(未遂)や保護責任者遺棄(致死)に問擬されるのは、いったん自車内に被害者を引き入れて人気のないところに移動し、下車させ放置したような場合に限定されている。これは検察官の起訴裁量によって、不真正不作為犯での起訴が当罰性の高い事案に限定されてきたからであろう。裁判例において不真正不作為犯が認められた事案については、学説上も概ねその結論が是認される傾向にある。

しかしながら、刑事司法改革を経てこの傾向に変化が生じる可能性があるように思われる。1つには、裁判員裁判対象事件を念頭に置いた場合、作為義務の根拠論のように、判例が成立要件をはっきりさせてこなかった領域においては、どこまでが裁判官が専権的に行う法の解釈で、どこからが裁判員と協働して行う事実認定および法の適用なのかが明確でない。とりわけ規範を定立せずいきなり事案の評価を行う判例の立場からすれば、すべて裁判員とともに1から検討するというのが素直であろう。そうした場合、たとえば単純ひき逃げのように、故意または過失の先行行為が存在するが、排他的な支配が十分でないような場合、被害者が死亡するなどにより事案が悪質とされると、その印象に引きずられて不作為犯の成立範囲が拡大してしまうおそれがある。もちろん検察官の起訴裁量によるコントロールがしっかり効いていれば、そうした事態はあまり起きない。しかし、もう1つの変化として、近時の被害者遺族の要望を尊重する流れや検察審査会の起訴議決に基づきいわゆる強制起訴を経由することで、従来は起訴が見送られてきたような事案が起訴されてくることも予想される。今後の動向を慎重に見守る必要がある。

## 2 不作為犯における条件関係判断の特殊性

不真正不作為犯は通常、結果犯に関して問題となり、ここでは不作為と結果との因果関係の有無が問われることになる。不作為犯は、法益の侵害または危殆化という結果へと至る因果の流れに介入しないことをその本質とする。そのため、作為犯とは異なり、義務づけられた作為が行われたと仮定した場合に、結果が回避できたかどうか問題とされる。

周知のように判例(最決平1・12・15刑集43巻13

号879頁)は、被告人により覚せい剤を注射された被害女性が錯乱状態に陥った時点で、被告人が直ちに救急医療を要請していれば、十中八九同女の救命が可能であったといえれば、その救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるとして、保護責任者遺棄致死罪の因果関係を肯定している。この「十中八九」とは鑑定書内で用いられた表現であり、文字どおりの意味で、民事事件と同程度の確率で因果関係を肯定してよいわけではなく、あくまで救命可能性が非常に高く、ほとんど救命できたという趣旨とされる。そして、この判例は、ほぼ間違いのない程度にまで高い可能性が認められる場合であれば、合理的な疑いを超えると評価してよいと判示したものと解説されている<sup>4</sup>。

作為が行われていたとすれば結果が回避できたか、という仮定的な因果経過の判断は、必然的に確率判断にならざるをえない。それを合理的な疑いを容れない程度という規範的な判断に変換することには困難がつきまとう。しかし、80から90%の確率では足りないということはいくら強調しても、強調しすぎることはないだろう。

作為犯における因果経過は、実行行為が引き起こした法益への危険性が徐々に増大していき、結果へと実現するというプロセスを辿る。対して、不作為犯の場合は法益の危険状態は実行行為たる不作為によって発生させられたものではなく、それ以前から存在しているものである。そして、作為による因果経過の介入が、時間的に後の段階になるほど結果回避は困難となり、逆に前の段階になるほど結果回避は容易となる。しかし、救助の必要性に関しては反対に、時間的に後の段階になるほど高まるため、結果回避措置を義務づけやすくなるが、前の段階になるほど必要性が低くなるため結果回避に適した作為を法的に義務づけるのが困難になる、という裏腹な関係にある。このような特質を有するため、不作為犯の場合は、どの段階の不作為を実行行為として特定するかが自明ではなく、恣意的に特定されやすい。

先の判例の事案で考えてみると、①覚せい剤の注射、②被害者の頭痛等の訴え→安静にするよう指示、③さらに強い不調の訴え→濡れタオルで冷やす等の介抱を受け、いったん落ち着く、④叫び声をあげ、押さえつけても何度も立ち上がろうとする等の異様な

言動→背中をさすりベッドに横たえるなどして一応の小康状態に、⑤起き上がり、着衣を脱ぎ捨て、窓から飛び出そうとするなどの錯乱状態→取り押さえなだめるよう努めた後に、足払いを掛けて横倒しにする、⑥横になったままうめき声をあげ、もがくように苦しむ→ホテルのメイドを呼ぶも覚せい剤の発覚を恐れて帰らせ、被害者を放置して立ち去る、という経過を辿っている。最高裁およびそれが支持した原審は、このうちの④⑤の錯乱状態に陥った時点で救急医療を要請しなかったことを実行行為として特定した。鑑定によれば、この時点では「十中八九救命可能」とされ、因果関係が肯定されている。しかし、第一審は⑥の被害者が身動きを止めた時点で救護せずに立ち去ったことを実行行為として特定した。この時点では「救命できた可能性はかなり高い」とどまるとされ、因果関係は否定されていた。結論を分けたのは、④⑤の時点で被告人なりに行った介護が、その時点で義務づけられる結果回避措置として十分と言えるかに関する判断の相違であったように思われる<sup>5</sup>。確かに被告人は、自らが注射した覚せい剤のせいで被害者に錯乱状態が生じたことを認識しているが、他方で当初は奏功していた自分なりの介護を継続することには自然な側面がある。少なくとも自分なりの介護の限界を悟ることができてからでなければ、救急医療の要請を義務づけることはできないのではないだろうか。その判断は、被告人の知識状態にも依存する。結果回避可能性が十分認められる時点であるという理由だけで、その時点の不作為が安易に実行行為として特定されることは避けなければならない。そのため、訴因構成において、どの時点の不作為が実行行為として特定されているかは明確にすべきである<sup>6</sup>。また、仮に作為義務が認められたとしても、その時点で故意を認めうるかは別途慎重に検討する必要がある。

### 3 延命可能性しかない場合

次に問題になるのは、救命がほぼ確実とまでは言えないが、作為義務を果たしていれば延命させられることは確実であった場合である。墮胎後に出生した未熟児を放置して死亡させた場合に保護責任者遺棄致死罪を認めた判例(最決昭63・1・19刑集42巻1号1頁)は、判文上明確ではないものの、延命の確実性を根拠に不作為と死亡結果との因果関係を認



めたものとされる<sup>7</sup>。確かに結果は具体的に把握されるべきであるから、作為犯の場合には、死を目前にした者を殺害するような場合でも因果関係は認めざるをえないであろう。それと平行に考えると、不作為犯の場合も、わずかでも延命可能性があれば、結果との間で因果関係を有することになりそうである。しかし、この判例が「同児が短期間に死亡することはない場合であることを強調していることに注意しなければならない。作為犯の場合にはどんなに短期間の生命短縮であっても、因果関係は否定されないであろうから、判例においても厳密な意味で不作為犯と作為犯が平行に考えられているわけではない。それは、わずかでも死期が先延ばしになりさえすればよいとすれば、ほとんど常に条件関係が肯定されることになりかねず、帰責限定の機能が失われかねない<sup>8</sup>、という考慮に支えられているのであろう。区別の理論上の根拠は、社会的に見て意味のある生命の短縮かどうかは、作為犯の場合か不作為犯の場合かで自ずと異なる、という点に求めることができる。

この「短期間」が具体的にどの程度かが問題である。短期間とは、具体的には数分ないし数時間を念頭に置いているとの指摘もあるが<sup>9</sup>、そういった簡易な救命措置によっても実現可能な程度の延命の有無は、治療環境や救急医療体制といった、ふとしたことで変化しうる他の状況により左右される範疇のものであり、限定として十分でないのではないだろうか。結果実現へと向かう因果の流れに介入しない不作為が作為と同視されるためには、その作為義務懈怠のためだけで結果が変更になったと言えなければならず、そのためにはより大幅な結果の変動が必要になるように思われる<sup>10</sup>。

さらに、大幅な延命が確実となった場合でも、それをもって致死結果との因果関係を認めてよいかを問題にする余地もある。というのも、致死結果との間に因果関係を認めるのに、延命可能性で足りるといふのであれば、救命可能性の立証は罪体立証としては不要となり、せいぜい情状立証にすぎないということになりかねないためである。刑法の保護法益である死の結果の回避とは第一義的にはまず死そのものの回避を目指しているという理由で、まずは救命可能性を検討すべきという主張もあるが<sup>11</sup>、延命可能性の立証の方がかなり容易であり、検察官がそちらの立証を

選択することを妨げることは難しいと思われる。

この難点を回避しようとするれば、延命可能性が認められるにとどまる場合は、致死結果との因果関係を否定することが検討に値するであろう。作為犯の場合にはどんなにわずかな期間であっても生命を短縮すれば、すなわち生命を剥奪したと評価される。それに対し、不作為犯の場合、すでに死を決定づけられた生命の延長を図らないことは、生命の剥奪とは評価されないとも言えそうである。なぜなら、この場合に生命剥奪結果を惹起したのは、まずもって不作為に先行して生命法益を侵害した事情であるという点が、作為犯と決定的に異なっているためである。仮にこう言えるのであれば、延命可能性があるにとどまる場合は、不作為と因果性を有する「致死結果」は生じていないと評価されることになる。

なお、この結論は前述の63年最決と抵触するように見えるが、当該事案では第一審から一貫して保護責任の有無が争われており、保護責任が認められた場合に遺棄罪にとどまるか遺棄致死罪まで成立するかは、争点化されていなかったようである。なおこの点を争う余地はあると解する。

#### 4 相当程度の救命可能性がある場合

下級審判例には、被告人が執るべき救命措置を施した場合、被害者が救命された可能性は相当程度存在するが、救急車で病院に搬送される途中に死亡した可能性を否定できないため、死亡との因果関係を認めることには合理的な疑いが残るとして、保護責任者遺棄罪の成立を認めないものがある(札幌地判平15・11・27判例タイムズ1159号292頁)。また近時、救命可能性の程度について医師らの見解が分かれるなか、第一審の裁判員裁判で保護責任者遺棄致死の成立が否定された事案の控訴審において、救命率について最も厳しい見解を示す医師を含めて、相当程度の救命可能性があったことはほぼ一致して肯定されているとして、「被告人は、錯乱状態に陥った被害者の生存に必要な保護をすべき責任があり、速やかに119番通報をして保護をしていれば、被害者を救命できる相当程度の可能性があったと認められるから、保護責任者遺棄罪の成立を免れない」とした裁判例もある(東京高判平23・4・18LEX/DB文献番号25472521)。なお、保護責任者遺棄罪が抽象的

危険犯か具体的危険犯かについては争いがあるものの、裁判例は相当程度の救命可能性を認定しており、法益への危険発生を要件としているように見える。救命可能性がおよそ存在しない場合にも同罪の成立を認めるといった極端な立場には立っていない。

このように結果回避可能性が否定された場合に、保護責任者遺棄罪ないし殺人未遂罪が成立するかという問題について<sup>12</sup>、学説上対立がある。多数説は、結果回避可能性がないため結果惹起を理由として処罰できない場合でも、「結果回避可能性が存在する可能性」を根拠に未遂犯の成立を肯定することは可能だとする論理<sup>13</sup>、あるいは行為時において一般人が結果回避が可能だと思える状況があれば未遂処罰は可能だという論理<sup>14</sup>により未遂犯(結果的加重犯の場合は、基本犯。以下同)の成立を認める。それに対して、結果を防止することが具体的に可能な作為を想定しえない以上、そこには実行行為としての不作為そのものが存在しえないため、未遂犯も成立しない、とする少数説がある<sup>15</sup>。

この対立にあっても、作為犯と不作為犯を平行に解するかどうかが決め手となる。作為犯の場合、結果発生危険が生じていれば未遂犯が成立する。不能犯論においては現在、未遂危険を客観的事後的に判定する客観的危険説か、事前的一般的に判定する具体的危険説が有力である。不作為犯の場合、これと平行に考えると、客観的危険説からは、結果回避の可能性が存在する可能性が肯定できれば未遂犯となり、具体的危険説からは行為時に一般人が結果回避可能と考える場合は未遂犯になる<sup>16</sup>。結果発生現実的危険が存在し増加する以上、その危険が確実な程度に至らない場合でも、法はその原因を作った者に対して、結果回避のための措置を講じ危険を減少するように求めると言うのである<sup>17</sup>。

しかし「結果回避可能性が存在する可能性」説については、結果回避がほぼ確実でなければ既遂犯が成立しないという立場を前提にしつつ、その程度に達しなくても、結果回避の見込みがあれば未遂犯として軽く処罰してよいとするのは、嫌疑罰の疑いが濃厚だという指摘がある<sup>18</sup>。確かに、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従えば、結果回避可能性はなかったとみなされ、「可能性があった可能性」を論じる余地はないようにも思われる。しかも、相当程度の救

命可能性の実態は不明確であり、どの程度であれば「相当程度」なのかは判然としない。かなり低い程度でも足りるとされる可能性がある。以上の難点は、相当程度の救命可能性を問題にする裁判例にも同じように妥当する。

そこで、不作為犯が作為犯と平行である必要はないという前提をとり、かつ不作為犯が法益保護のためのギリギリの例外的な処罰であるとする<sup>19</sup>、結果回避が確実に見込まれる場合に初めて作為を義務づけることができるとする少数説に至りうることになる。不作為犯は作為犯よりも行動の自由の制約度合いが大きいと言われる<sup>20</sup>。作為犯の規範が特定の行為のみを禁止するのに対し、不作為犯の規範は特定の行動をとることを命令することで他の行動を選択する余地をなくしてしまうからである。そこで、作為犯との同価値性要件によって保障人的地位の成立範囲を限定することが意図されてきた。ところが、いったん保障人的地位が肯定されると、一転して作為犯との平行性が強調され、確実な救命可能性がなくても処罰が肯定される傾向にある。しかし前述のように、判例上も作為犯との完全な平行性は要求されていないだけでなく、不作為犯論のもとの出発点からすれば、排他的支配等の観点から保障人的地位が肯定される場合でも、不作為犯の成立は限定的に考えられるべきともいえる。この問題を扱った下級審判例がどこまでこのことに自覚的であったかという問題もあり、適切な事案でこの点を提起してみることも検討に値すると思われる。

## 不作為犯事案のポイント

不真正不作為犯の事案では、まずもって公判前整理手続の過程で、作為義務の成立要件について裁判員に説明する内容を明確にすることが必要である。当該事案に即した形になってしまうかもしれないが、ともかく、処罰感覚に引きずられないために要件を明確化しておくことは是が非でも必要である。また訴因において、いつの時点の不作為が実行行為として特定されているのかも明確にしておかなければならない。

そのうえで、作為義務を果たしていた場合に結果回避可能性がどの程度存在していたのか、その時点



で故意は成立しているかを慎重に見極める必要がある。ほぼ確実な救命可能性までは肯定できない場合も多いと思われ、その場合に確実な延命可能性を根拠にした因果関係肯定論や相当程度の救命可能性を根拠にした基本犯ないし未遂犯成立論が展開されることを想定して、対策を講じる必要がある。

## 弁論要旨案

1 被告人にはAさんの死亡を回避することはできなかったため、保護責任者遺棄致死罪は成立せず、保護責任者遺棄罪にとどまります。

2 被告人は、Aさんがガクガク震え、泡を吹いた時点で医療措置を要請しなかったことについて責任を問われています。この時点でのAさんの救命可能性の程度について、専門家の判断は分かれています。刑事裁判の鉄則である「疑わしきは被告人の利益に」によれば、ほぼ確実な救命はできなかったと考えなければなりません。およそ不可能な救命を刑罰をもって法的に義務づけることはできませんので、被告人はAさんの死亡についての責任を負いません。

3 皆さんのなかには、Aさんは助からなかったにせよ、被告人が適切に医療措置を要請していれば、もっと長く生きることではなかったのかとの疑問を持たれる方がいらっしゃるかもしれません。しかし、ほんの短い時間でも長く生きられる可能性があるというだけでは、救命を義務づけてよいことにはなりません。被告人が救命の義務を怠ったことにより、Aさんの死期が大幅に早まったと言える場合に初めて被告人の行為によってAさんが死亡したと評価することが許されます。

4 Aさんの救命は確実ではなかったにせよ、救命できた可能性はそれなりに存在するということからすれば、被告人には保護責任者遺棄罪が成立するとどまると考えなければなりません。検察官が主張する保護責任者遺棄致死罪は成立しません<sup>21</sup>。

1 以下の成立要件の検討は、専ら本庄のみに帰属する。

2 学説の概観として、たとえば、多元的根拠論の立場からの塩見淳「作為義務の成立根拠」法学教室381号(2012年)57頁、一元的根拠論の立場からの松原芳博「不作為犯」法学セミナー658号(2009年)94頁以下がある。

3 最高裁が初めて不作為の殺人を認めたシャクティパー

ト事件(最決平17・7・4刑集59巻6号403頁)では、患者に運び出させて危険を生じさせた先行行為と手当を全面的に委ねられたという支配性が作為義務の根拠となっているが、あくまで事例判断にとどまり、一般論の展開は見られない。

4 原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成元年度)』(1991年)385頁。

5 中山研一「判批」判例タイムズ725号(1990年)55頁も参照。ただし一審判決がどの時点の不作為をもって実行行為と捉えているかは判文上明確とは言いがたく、本稿の理解は中山論文の理解とは異なる。

6 判例の事案では訴因の特定性が十分であったか疑問が残る。

7 原田國男「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和63年度)』(1991年)4頁。原田・前掲注4書386頁も参照。

8 町野朔「条件関係論」同『犯罪論の展開I』(有斐閣、1989年)124頁。

9 原田・前掲注7判批4頁。

10 町野朔「判批」警察研究62巻9号(1991年)25頁は、病院に運ばば2、3日は生残(ママ)したであろう場合も保護責任者遺棄致死罪が成立するとすることは、やはり妥当でない、とする。

11 原田・前掲注4判批387頁。

12 両罪の区別の基準については争いがあるが、ここでは論じない。高山佳奈子「遺棄の概念」『刑法の争点』(有斐閣、2007年)138頁など参照。

13 たとえば、山口厚『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2007年)79頁注20。

14 たとえば、塩見淳「不作為犯の不能未遂」法学論叢148巻3・4号(2001年)277頁。

15 西田典之「不作為犯論」同『共犯理論の展開』(成文堂、2010年)165頁。

16 松澤伸「不真正不作為犯の実行行為と未遂について」早稲田大学大学院法研論集74号(1995年)279頁。

17 奥村正雄「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)13頁。

18 塩見・前掲注14論文280頁。

19 西田・前掲注15論文166頁。

20 島田聡一郎「不作為犯」法学教室263号(2002年)116頁。

21 本文の弁論要旨案は、被害者の確実な救命可能性は否定されるが、延命可能性は肯定される場合を想定したものである。それは相当程度の救命可能性が肯定される以上、基本犯である保護責任者遺棄罪の成立は争わないという方針を前提にしている。しかし4の少数説に従って、確実な救命可能性がなければ基本犯である保護責任者遺棄罪(ないし事案によっては、殺人未遂犯)も成立せず、被告人は無罪である、との弁論を展開する余地もあるだろう。

