

・ 事実の概要

X は A に嘘をついて自動車に A を同乗させ、山道に連行して A の所持金をひったくった。それから X は A を山中に置き去りにしようと思決したところ、たまたま A から車外に出すように頼まれたため、A を車外に出し、A の手提げカバンをひったくった。さらに X は A を山中に放置すれば A が死ぬかもしれないことを認識しながら、A が死亡してもやむを得ないと決意し、A を道端に置き去りにしてその場を立ち去り、その結果 A は低体温症発症による心停止により死亡した。

・ 問題の所在

X は、厳冬期、身体障害者である A を人気のない山中に放置し、その結果として、A は低体温症により死亡している。これは、殺人罪の不真正不作為犯にあたるか。殺人罪が作為による実行行為を予定しているため、不作為に適用することは罪刑法定主義に反するのではないかが問題となる。

また、不作為犯が成立するためには 1 . 作為義務があること 2 . 結果発生を防止するための作為が可能かつ容易であること 3 . 作為との構成要件的同価値性を有すること が必要と解すが、本件のように、法令や契約による義務を負っていない X にも作為義務があるといえるか。いかなる場合に作為義務を認めるべきなのかが問題となる。

・ 学説の状況¹

1、不真正不作為犯の肯否について

A 説（否定説）

作為を想定して規定した構成要件を不作為で実現することは類推解釈の許容につながり、罪刑法定主義に反する。

B 説（肯定説）

不作為による構成要件の実現も、その内実が作為と同視でき、社会通念上、当罰性が疑いえないものは、形式上は作為犯と見られる処罰規定中に包摂されており、法律自体がその処罰を予定していると解すべきである。

よって、不真正不作為犯は、作為により実現することが規定された構成要件を不作為で実現する「不作為による作為犯」ではなく、行為（作為又は不作為）による構成要件の実現を処罰する罰則に、不作為で構成要件を実現することにより該当する場合であると解すべきといえる。したがって、不真正不作為犯の存在を認めても、何ら罪刑法定主義に反するものとはいえない。

2、作為義務の発生根拠について

¹ 日高義博『不真正不作為犯の理論』（1979）慶應通信 26 項・堀内捷三『不作為犯論』（1978）青林書院新社 249 項・大谷實『刑法講義総論』（1986）成文堂 141 項

A 説（形式的三分説）

作為義務は 法令、 契約・事務管理、 条理に基づいて生じるとする説。

B 説（先行行為説）

先行行為を重視し、不作為犯が成立するためには、不作為者の故意・過失に基づく先行行為が必要であるとする説。

C 説（事実上の引き受け説）

不作為者の法益に対する密着性を重視し、法益が不作為者に依存していたという事実関係を根拠とする説。具体的には、結果条件行為（法益の維持・存続を図る行為）の開始、そのような行為の反復・継続性、法益保護についての排他性、を必要としている。

・判例

（最判昭33.9.9刑集12巻13号2882頁）

< 事案の概要 >

X は営業所事務室内自席の木机の下に大量の炭火がおこっている木製火鉢を置き、そのまま放任すれば右炭火の過熱等により周囲の可燃物に引火する危険が多分にある状態であることを容易に予見しえたにもかかわらず、何等これを顧慮せず、容易に採りうる引火防止措置を採らず、そのまま他に誰も居合わせない同所を離れた結果、右炭火の過熱によって右木机、営業所建物を燃焼させた。

< 判旨 >

「被告人は自己の過失行為により右物件を燃焼させた者（また、残業職員）として、これを消火するのは勿論、右物件の燃焼をそのまま放置すればその火勢が右物件の存する右建物にも燃え移りこれを焼」損「するに至るべきことを認めた場合には建物に燃え移らないようこれを消火すべき義務あるものといわなければならない」とし、X に作為義務を認めた。

・学説の検討

1、不真正不作為犯の肯否について

確かに、作為犯は「～してはならない」という禁止に違反するのに対し、不作為犯は「～しなければならず」という命令に違反する場合であるため、不真正不作為犯に作為犯の構成要件を適用して処罰することは、刑罰法規の類推適用であって、罪刑法定主義に反し、許されないと考える。

しかし、禁止規範も命令規範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的结果発生の現実的な危険において同じであると解される以上は、いずれも同一構成要件に含まれていると解すべきである。

したがって、不真正不作為犯の存在を認めることが、罪刑法定主義における「類推解釈の禁止」に反するとする A 説（否定説）には何ら理由がないものと解する。

以上より、不真正不作為犯の肯否については、不真正不作為犯を認めることは何ら罪刑法定主義に反しないと主張する B 説（肯定説）を採用するのが妥当であると解する。

2、作為義務の発生根拠について検討する。

まず、不作為犯が成立するためには、不作為者の故意・過失に基づく先行行為が必要であると

する説（B説：先行行為説）がある。確かに、この説に立てば処罰範囲が明確になり、判決の一律性と法的安定性が認められる。

しかし、先行行為があれば不作為犯が成立するのでは、不真正不作為犯の処罰範囲は著しく拡大するし（例えば、ひき逃げの場合に、加害者に故意があれば常に殺人罪が成立してしまう）、逆に先行行為がなければ不作為犯が成立しないというのでは、処罰範囲が狭くなりすぎてしまい、不合理である。したがってB説は妥当ではない。

次に、不作為者の法益に対する密着性を重視し、法益が不作為者に依存していたという事実関係を根拠とする説（C説：事実上の引き受け説）がある。すなわち、この説は、「誰が引き受けるべきか」ではなく、「誰が現実引き受けているか」という事実には重きを置いている。確かに、この説に立てば処罰範囲が明確になる。

しかし、「事実上の引き受け」がなくても、法益に対する排他性を確保し不作為犯が成立する場合があります（例えば、母親が出産直後の嬰兒を何ら保護せずに死亡させた場合、引き受け行為の反復・継続がないことから、C説では殺人罪にならない）ため、処罰範囲が狭すぎる。したがってC説も妥当ではない。

このように、B説・C説ともに作為義務の成立根拠を実質的に解明し処罰範囲を限定しようと試みているものの、妥当な基準を提示出来ていない。

思うに、作為義務の発生根拠とは、何に基づいて作為義務が生じるのかということである。そして、作為義務とは、法的に要求された一定の作為を行うべき義務をいう。

とすれば、何に基づいて、法的に要求された一定の作為を行うべき義務が生じるかを考えれば作為義務の発生根拠が導き出せる。まず、法令ならば、法律として実際に規定されている以上当然作為義務の発生根拠と認められる。次に、契約・事務管理も、法律の規定から生ずる法的義務に基づいて作為するため認められる。そして、条理も、例えば先行行為のように自己の行為によって結果発生危険を生じさせた場合に、その危険を除去することは当然であるから、認められる。

以上の～が作為義務の発生根拠であり、作為義務の範囲を包括している。したがって、不真正不作為犯の本質である「法益保護の要請」に基づいているといえる。

以上より、作為義務の発生根拠を上記の～としているA説（形式的三分説）が妥当である。

・本問の検討

1、本問では、まず被告人Xは以前から恨みを抱いていたAから金を奪う目的で、欺罔し現金100万円を携えさせたAをXの自動車によって連れ出し、途中、車外に出て用を足しているAの隙をついて現金100万円の入った手提げカバンをひったくっていることから、Xの当該行為につき窃盗罪(235条)が成立する。

2、次に、XはAの手提げカバンをひったくった後、Aをその場に置き去りにして立ち去っているが、かかるXのAを山中に放置するという不作為における、殺人罪(199条)の成否を以下本問につき検討する。

(1)ア、本問では、XがAを欺罔して連れ出し、またA自らが車外に出すよう頼んだとはいえ、XはすでにAを付近に全く人気のない山中に置き去りにしようとして決意してAを車外に出し、Aの手提げカバンをひったくり、その場に小児麻痺により歩行不能の障害者たるAを置き

去りにしており、Xはこれらの自己の行為によってAの死という結果発生危険を生じさせたといえる。

したがって、XにはAに対する自己の行為に基づく条理上の作為義務が認められる。

イ、さらに、XはAを山中に放置せずに自動車で連れて帰ることに、可能性・容易性は当然に認められる。

ウ、Xは歩行不能であるAを人家からかなり離れ、付近に全く人気のない山道に連行した揚句、Aの所持金100万円を窃取した上、Aを放置した。

事件当時、積雪もある厳冬の深夜で、なおかつAが放置された場所は、前述したように人気がないだけでなく、東側は山、西側は下方に川が流れる崖という身を寄せ寒さをしのぐことができる建物等がない、通常の人であっても不安感を煽られ、また身の危険を感じるような閉ざされた山中であったことから、XがAを置き去りにし、この場を立ち去れば、Aは歩行不能のため自力で下山することはできず、さらに人気がないことから誰かに救助されることもなく、仮に人が通ったとしても深夜であるため発見されず厳冬のため朝を待たずに凍死する、もしくはXに騙され所持金を窃取されたという混乱の中で、さらに凍死という非常に生命の危機を感じる状況下に置かれたAが何とか助かろうと這いずり回り、誤って崖から転落して溺死等により死亡することは通常考えられることである。

それにも関わらず、このXのAを放置したという当該不作為はAに対し、自ら何らかの作為をしていなくとも「人を殺す」という作為と同程度の法益侵害の危険性を有しており、したがって、放置という不作為の「人を殺す」という作為との構成要件的同価値性が認められる。

エ、以上より、XのAを放置した不作為は殺人罪の実行行為にあたる。

(2)また、XがAを山中に放置するという不作為により結果が発生しており、Xが歩行不能のAを当該山中に放置せずに連れて帰ると期待された行為がなされていれば、Aの死という結果は発生しなかったであろうし、またXの当該不作為によるAの死は社会通念上相当といえる。したがって、XのAを放置するという不作為とAの死の間には因果関係が認められる。

(3)さらに、XはAを放置すれば死に至る危険性を十分に認識し、かつAの死という結果が発生してもやむを得ないと決意していることから、XにはAに対する殺人罪の構成要件の故意(未必の故意)も認められる。

(4)以上よりXの当該不作為につき殺人罪が成立する。

・結論

よって、Xにつき窃盗罪(235条)をよび殺人罪(199条)が成立し、両罪は併合罪(45条)とし、Xはその罪責を負う。

以上