

〔論文〕

## 不真正不作為犯における構成要件的 同価値性の要件について（4・完）

萩野 貴史

名城大学法学部

### 要 旨

不真正不作為犯に関して、現在、その成立要件として保障人的地位ないし（法的）作為義務違反が必要であるという点では概ね意見の一致がみられる。その一方で、構成要件的同価値性要件を必要とするか否かでは見解の対立がみられ、この要件を不要とする見解が支配的である。

本論文は、ドイツ刑法13条1項の「相応性条項」をめぐる議論や日本の従来の議論を参考に、構成要件的同価値性要件について検討を加えるものである。その検討を通じて、同要件が必要か否か、そして、この要件が不要であるとしても同要件の必要性を主張した見解から得られる示唆は存在しないかを明らかにする。

前稿までの検討では、同価値性要件の意義の1つである構成要件を個別化する機能に着目すべきことを指摘した。本稿（4・完）では、殺人罪を検討素材として、そうした機能・役割を果たす独立の要件を設けるべきか否かを検討し、最後に結論や残された課題を示す。

キーワード：刑法、不作為犯、不真正不作為犯、（構成要件的）同価値性

## Zur tatbestandlichen Gleichwertigkeit als Merkmal unechten Unterlassungsdelikts (4)

Takashi HAGINO

Faculty of Law  
Meijo University

目 次\*

- 一 はじめに
- 二 ドイツ刑法における相応性条項〔2(1)まで、本誌50巻3号〕
- 三 わが国における構成要件的同価値性要件をめぐる議論状況
  - 1. 学説の状況〔(2)まで、本誌50巻4号〕
  - 2. 検討〔以上、本誌51巻4号〕
- 四 構成要件的同価値性要件の意義——殺人罪を検討素材として——
  - 1. 独立の「要件」とするための条件
  - 2. 正犯と共犯の区別（殺人罪と殺人幫助罪の区別）
  - 3. 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別
- 五 おわりに
  - 1. 本稿の結論
  - 2. 残された課題〔以上、本号〕

四 構成要件的同価値性要件の意義——殺人罪を検討素材として——

1. 独立の「要件」とするための条件

前章までに検討してきた内容のうち、本章にかかわる部分をここで簡単に確認しておきたい。

本論文では、構成要件的同価値性要件をめぐる日独の学説を確認し、同価値性要件がなぜ必要とされてきたのか（同価値性要件の意義ないし機能は何か）を3つに大別して検討してきた。その検討により、次のことが導かれた。すなわち、（作為義務違反要件により問責対象行為を確定したうえで、）その不作為が同一の義務内容を課す構成要件のうちのいずれに該当するかを同価値性要件において確定するという考え方に注目すべきであり、同価値性要件に意義を認めるとすればこうした思考方法をおいて他にないということである。

同価値性要件にこうした機能を担わせ得るか否かを問うのであれば、特定の犯罪を取り上げて検討する必要がある。そこで、不真正不作為犯が認められることに比較的争いが無い殺人罪を検討素材とすることにした<sup>285)</sup>。

さらに、同価値性を「独立の（犯罪成立）要件」として認めるにあたっては、いくつかの条件が必要となる旨を指摘した。こうした条件については、これまで検討対象とされていたりすでに共通認識となっていたりするとはいいがたいため、やや具体化して再度言及しておこう。まず、

---

\* 本稿において、内容をより精確に反映させたものとなるよう、連載中の(1)～(3)までに掲載していた目次から若干の修正を加えさせていただいた（章のタイトルを変更したにとどまり、内容を修正するものではない）。

285) 刑法199条に不作為形態の殺人は含まれないと解する見解として、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）154頁以下等。

明文規定が存在しないにもかかわらず、犯罪の成立要件とする以上、その要素が必要となる根拠（違法関連性・責任関連性）を示すことが求められるだろう。こうした一般論と思われる条件に加えて、同価値性を要件とするためには、次の2つの条件が充たされる必要があると考えられる。第1に、同価値性要件が、「作為犯で考慮される要件と完全に同一ではないこと」である。これは、作為義務（違反）と同様に、同価値性を不真正不作為犯特有の要件として位置づけるのであれば<sup>286)</sup>、完全に作為犯と共通の要件であるべきではないという制約が生じると考えられるからである。私見とは離れて例示するならば、たとえば不作為による殺人罪において（他の犯罪類型と区分する要素として）「故意（殺意）の有無」が決定的であると解した場合、それを不真正不作為犯における特別な要件とする必要はないだろう。その一方で、“完全に”としたのは、たとえば（未必の故意では足りず）確定的故意の存在が重要であって、これは作為犯・不作為犯共通の要件である故意（確定的故意と未必の故意の双方を含む）と完全に一致するものではないというのであれば、不作為犯のみ特別な要件を設けることで殺人罪の成立範囲が変動することとなり、その意義が認められると考えたからである。第2に、「作為義務（違反）の要件におさまらない要素が考慮されていること」である。というのも、不真正不作為犯に特有の要件であるとしても、作為義務論の枠内で判断される事情により構成要件の個別化まで可能であるならば、同価値性という新たな要件を設ける意義は認めがたいと考えられるからである。これは作為義務の発生根拠論で考慮する事情のほか、具体的にどのような作為をすべきかといった作為義務の種類ないし内容、あるいは作為義務違反に向けられる非難の程度といったものによって犯罪の個別化が可能であるとしても同様である。これらによって区別がなされるならば、構成要件の個別化においても決定的に重要なのは作為義務論であり、作為義務の議論がもたらす影響（構成要件の個別化機能）を自覚したうえで理論を展開すべきであるというにすぎない。

以上のように、これら2つの条件を充たす場合に初めて同価値性要件を独立の要件として確立することができるだろうという点を前章の最後に確認した。下記の検討において、以上の条件を充たさない場合には、同価値性を独立の要件とすることに否定的な論拠として用いることとする。

## 2. 正犯と共犯の区別（殺人罪と殺人幫助罪の区別）

### (1) 検討の視座および方法

上述の前提のもとで、同価値性要件を「独立の要件」として確立することが可能かという点を検討していこう。まずは、不作為による関与の刑法上の評価（正犯と共犯の区別）について扱うことにしたい。

本節での検討の目的は、不作為犯の正犯と共犯を区別するにあたって、独立の要件を設けるべきか否かを確認する点にある。したがって、まず①従来の議論（各見解）において、いかなる基

---

286) もっとも、作為義務（が存在すること、およびこれに行為者が違反すること）を、犯罪論における主体の特定に関する要件として捉えるのであれば、不真正不作為犯特有の要件なのか再検討する余地が生じる。高橋則夫ほか『理論刑法学入門 刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）60-2頁〔仲道祐樹〕等参照。

準によって両者が区別されてきたのかをみるべきであろう<sup>287)</sup>。ここで注目すべきポイントは、あくまで各見解の妥当性や、それらに向けられる批判ではなく、正犯と共犯の区別基準である。そして、それらの区別基準を明らかにした後に、②従来の議論で用いられてきた各要件の枠内には本来おさまらず、独立の要件を設けるべき要素が混在していないかに着目する。これは、作為犯と共通の要件や作為義務（違反）の要件において区別可能ならば、新たに要件を設ける必要はないという前述の2つの条件と関連する検討内容である。そして、③独立の要件を設けるべき要素が見いだされた場合に、この要素を独立の要件とすることの当否を判断することになる。以上のような①～③の手法のもとで検討していくが、後述の検討ではどの段階を検討しているかを逐一明示することなく、またポイントを絞って論じることとした<sup>288)</sup>。

なお、「不作為による関与」の刑法上の評価を扱うといっても、現在ではさまざまな類型を想定して議論がなされている<sup>289)</sup>。だが、本稿では、もともとドイツの議論で念頭に置かれていたように、作為犯に不作為で関与するケース——すなわち、作為義務者Xの罪責が問題になるとして、Aが作為によりBを死に至らしめた際にXがこれを傍観していたといった、いわゆる「犯罪の不阻止」の典型的な事例<sup>290)</sup>——を念頭において、検討を進めていくこととする（以下、本章で〔典型事例〕と述べる際には、こうした事例を念頭においている）。

## (2) 原則正犯説

不作為による犯罪の不阻止の場合、従来の学説では大別すると3つの見解が主張されてき

287) この論点に関する文献は枚挙に暇がない。たとえば近時この論点について検討したものとして、奥村正雄「犯罪の不阻止と共同正犯」『川端博先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014年）635頁以下、山中敬一「不作為犯の正犯と共犯——基本思想からの考察および区別基準の展開——」『川端博先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014年）663頁以下、齊藤彰子「作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責」名法249号（2013年）254頁以下等。

288) 同価値性要件に関する本稿では、各学説やこれらに対する批判等を網羅的には扱わない。また、本節で扱う議論の範囲も、わが国の状況に限定し、必要な範囲でドイツの学説に触れることとした。それは、本節の目的が、不作為による正犯と共犯の区別に関する妥当な見解を導き出すことではなく、従来の議論の中に同価値性要件に役立つ要素が“隠れて”いないかを検討する点にあるためである。

この注で述べたことは、「殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別」に関する次節にも妥当する。

289) たとえば、「犯罪の不阻止」という問題領域の中でも、作為犯による犯罪行為の終了後に（後行的に）関与する不作為犯を単独不作為犯や不作為共犯と区別して「不作為関与」と呼称し、こうした類型を検討するものとして、松尾誠紀「作為犯に対して介入する不作為犯（1）～（6・完）」北法56巻5号（2006年）1頁以下、56巻6号（2006年）51頁以下、57巻1号（2006年）179頁以下、57巻2号（2006年）171頁以下、57巻4号（2006年）85頁以下、58巻4号（2007年）1頁以下等がある。

290) 従来、「犯罪の不阻止」という場合にも、不作為犯に対する不作為での関与の類型と、作為犯に対する不作為による関与の類型とが含まれるとされてきた（この2つの類型が存在することを指摘し、両者を検討したものとして、奥村・前掲注（287）646頁以下等）。なお、前者の類型に関する日独の判例・学説については、内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川34巻3号（2001年）50頁以下等。

た<sup>291)</sup>。第1に、原則正犯説と呼ばれる立場がある。この見解は、不真正不作為犯の本質を作為義務違反と捉えたうえで、結果の発生が何に起因するものであろうとも、作為義務に違反した不作為という点では同じであり、原則として正犯になると理解するものである。

たとえば、ドイツで主張されている Claus Roxin の見解<sup>292)</sup> を支持して、わが国でも作為義務に違反して構成要件を実現させた者はみな正犯であるとの見解が主張されてきた<sup>293)</sup>。近時もこうした原則正犯説を支持するものがみられるが<sup>294)</sup>、論者は、保障人的地位が認められるのであれば正犯性の要件は充足されているのであり正犯の成立を否定する理由はない（通常、同時正犯とされる）、また、原則的に共犯とする見解は安易に幫助犯を認めることにより処罰範囲を拡大するおそれがある、などと指摘する。

この見解によれば、〔典型事例〕のようにBの死亡結果を惹き起こした原因がAの行為であろうが、〔典型事例〕を少し変更して自然現象（例えば、突風により子どもBが池に落ちて溺死するという場合）であろうが、Xの不作為の評価に変わりはなく、いずれも正犯と評価されることになる。むしろ“原則”正犯説というように、例外的に共犯の成立する場合も認められるが、それは自手犯（例：ドイツ刑法における近親姦）や一身専属的義務犯（例：偽証罪）のように、作為義務のある者の不作為だけでは構成要件の実現がなされ得ない場合を想定している<sup>295)</sup>。

では、こうした見解に拠った時に同価値性要件が認められる余地はあるのだろうか。まずもって基本的な理解として、行為者に作為義務が「存在すること」が原則的にとはいえ正犯性を決定づけるのであるから、作為義務違反こそが決定的な要件であり、同価値性要件を必要とする契機は見出しにくいということができよう。むしろ、この見解は例外的に幫助犯の成立を肯定するが、こうした例外についても、保障人的地位以外に求められる正犯要素が不作為関与者には欠けていることが理由といえるのであれば<sup>296)</sup>、これらの正犯要素は作為関与者にも共通すると思われる。

291) 各学説について詳細に紹介するものとして、西田典之ほか〔編〕『注釈刑法第1巻 総論 88 1～72』（有斐閣、2010年）924頁以下〔嶋矢貴之〕等。

292) ここではRoxinの教科書から、その見解をうかがえる部分を示しておく。Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, 2003, § 31 Rn. 140ff.（邦語訳として、山中敬一〔監訳〕『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]』』（信山社、2012年）254頁以下。）

293) 阿部純二「不作為による従犯に関する最近の判例について」研修639号（2001年）5頁以下。さらに、齊藤誠二「不作為犯と共犯」*Law School*14号（1979年）22頁等も参照。

294) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）442-3頁、葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』（有斐閣、2009年）304-5頁〔葛原〕等。

「正犯共犯の行為規範性を重視する考え方からは、行為後の状況により関与類型が変化しうることは、理論的に肯定しがたく、かつ不作為という同一の行為態様であることから、区別自体が極めて困難となり、すべて正犯になる」という論理自体には理解を示すものとして、西田ほか〔編〕・前掲注（291）929頁〔嶋矢〕（ただし、その当否については否定的な立場を採る）。

295) 阿部・前掲注（293）10頁。なお、同頁の注10では、Roxinが上記の2つのほかに領得犯を挙げていることに疑念を示している。

296) 井田・前掲注（294）443頁は、不作為関与者（同時正犯が問題となるケース）において、身分犯の身

こうした評価が妥当であるならば、この立場からは同価値性要件は不要であるということができよう。

### (3) 義務二分説<sup>297)</sup>

第2に、義務二分説と呼ばれる立場がある<sup>298)</sup>。この見解は、保障人の作為義務について、いかなる危険からも法益を保護すべき「保護的保障義務」と特定の危険源から危険が生じることを阻止すべき「監督的保障義務」とを区別し<sup>299)</sup>、この相違を正犯と共犯の区別に反映させるものである<sup>300)</sup>。

まず〔典型事例〕において、被害者BがXの幼い子どもであるとしよう。この場合には、Xには、自らの子どもBの生命をいかなる危険からも保護する保護的保障義務が認められるものとされる。したがって、Xが作為義務に違反して殺意をもってBの死を回避しなかった場合には、Bの生命という法益を直接的に害する不作為として、殺人罪の（同時）正犯の成立を認めることになる。

次に、上述の例とは異なり、〔典型事例〕の作為者AをXの幼い子どもだとしよう。この場合、Xには、自らの子どもであるAの犯罪行為（Aの行為から法益侵害の危険が生じること）を阻止する義務が課されるものとされる。したがって、Xが作為義務に違反してAを止めずBの死を回避しなかった場合には、（Aを介して）間接的にBの生命という法益を害する不作為が存在した

---

分が欠けている場合や、窃盗に関して不法領得の意思が欠けている場合を例示する。これらを理由として正犯性が否定されるのであれば、作為関与者であっても同様に解することが可能であろう。

297) こうした立場を、原則正犯説と原則幫助犯説の「中間説」と呼ぶもの（内田・前掲注（290）669頁以下等）もある。

298) 中義勝『刑法上の諸問題』（成文堂、1991年）329頁以下、同『講述犯罪総論』（有斐閣、1980年）266頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2016年）161-2頁、518頁以下等。

また、山中敬一「不作為による幫助」齊藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（信山社、2003年）347頁（後掲に際しては『齊藤（誠）古稀』とする）、同『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）963頁以下（後掲に際しては『刑法総論』とする）も、義務を二分する。ただし、それだけでは「一面的」であり、正犯・共犯原理の観点も取り入れ、法益保護義務違反の場合であっても、「当該法益が人の実行行為によって結果発生の危険にさらされている段階にあるとき」には幫助犯の成立を認める（同『刑法総論』966-7頁）。そこで、この見解は、原則幫助犯説に「近い帰結をとる」と評されることもある（西田ほか〔編〕・前掲注（291）924頁〔嶋矢〕）。

299) 「保護的保障義務」については、「法益保護義務」（高橋・前掲注（298）162頁）等と呼ばれることもある。また、「監督的保障義務」については、「危険源管理義務」（高橋・前掲注（298）162頁）、「犯罪阻止義務」、「危険源監督義務」（以上、西田ほか〔編〕・前掲注（291）924頁〔嶋矢〕）等と呼ばれることもある。

なお、高橋・前掲注（298）162頁注22は、山口説（山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）90頁以下）について、「結果原因の支配」という視点から危険源の支配と法益の脆弱性の支配とに分類するが、前者は危険源管理義務に、そして後者は法益保護義務に対応すると分析する。

300) そのほかに、こうした立場を採るものとして、中義勝ほか〔編〕『刑法1総論』（蒼林社、1984年）332-3頁〔神山敏雄〕等。

ということになり、殺人幫助罪の成立を認めることになろう。

義務二分説の立場において、正犯と共犯の区別における決定的な要素は、作為義務が直接的に法益の保護に向けられている（ここから、作為義務違反の不作為を直接的な法益侵害行為と評価する）か、他者を介して間接的に法益の保護に向けられている（ここから、作為義務違反の不作為を、作為行為者を介した間接的な法益侵害行為と評価する）かという点である。この立場については、ある者を保護するということはその者を脅かす危険を監督することであり、危険源を監督するとは危険にさらされる者を保護することであって、両者を分けることはできないという批判が向けられており<sup>301)</sup>、こうした批判は確かに作為義務論におけるこの見解の課題とはなり得る<sup>302)</sup>。だが、この点をさしあたり措くとすれば、期待される義務の種類によって正犯・共犯の区別がなされている<sup>303)</sup>。この見解からも、上述の原則正犯説と同様に、作為義務（違反）要件のほかに同価値性といった独立の要件を設ける必要はないということができる。

ここで取り上げた義務二分説を、(1)で扱った原則正犯説とともに「作為義務の発生根拠に応じて正犯と幫助犯を区別するアプローチ（義務内容説）」と位置づける分析もあるが<sup>304)</sup>、本稿にとっても有用なネーミングである。これらの見解（原則正犯説および義務二分説）のように作為義務に着目して区別するのであれば、その区別のために（同価値性という）独立の要件を設ける必要はないという主張に結びつきやすいであろう。では、上記分析で、「正犯論ないし共犯論からのアプローチ（正犯共犯本質説）」と位置づけられる見解はどうであろうか。次に、そのアプローチのうち原則幫助犯説をとりあげたい<sup>305)</sup>。

---

301) 松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法36巻1号（1996年）153頁以下、齊藤彰子「不作為の共同正犯（2）・完」論叢149巻5号（2001年）30頁等。

302) これに対して高橋・前掲注（298）161頁は、「この二つの義務は、結局、行為者に対して直接的・間接的に当該法益の保護を社会的に期待するか否かによるのである。そして、社会的期待は、行為者の社会的役割がどのようなものであるかによって決定され、その判断資料は、法令等の形式的要素、排他性・支配性等の実質的要素から構成される」とする。

303) これら義務の種類により正犯と共犯を区別すること（およびその前提）に対する批判もみられる。たとえば、内海朋子「不作為の幫助をめぐる問題について」法政論究56号（2002年）6頁以下、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）456-7頁等。

304) 山中・前掲注（298）『刑法総論』964頁以下。

305) このアプローチに属するものとして他に、山中・前掲注（298）『刑法総論』965-6頁は、①「原則としてすべて正犯とする見解」（例として義務犯論）、②「原則としてすべて幫助犯とする見解」、③「正犯と共犯の区別から出発する見解」（結果発生を「確実に」回避しえたか「困難にした可能性がある」かによって区別する見解）とを挙げる。わが国で①の義務犯論に依拠する立場から、そもそも作為犯との同価値性という発想自体に否定的である見解（平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂、2005年）171頁以下参照）も唱えられており、この立場からは、構成要件的同価値性要件を設けることに否定的な立場を採るものと思われる。義務犯論について検討したものととして、萩野貴史「義務犯論について」『名古屋学院大学法学部開設記念論文集』（2014年）405頁以下。

#### (4) 原則幫助犯説

第3の立場として、原則幫助犯説と呼ばれる見解が主張されている<sup>306)</sup>。ここに分類される説の根底には、「不作為による関与は、作為義務違反の不作為により、作為正犯を介して結果発生と間接的な因果関係をもつにとどまり、原因力も弱く、従たる役割を果たして、作為正犯の実行を容易にしたにすぎない」という考え方があると指摘される<sup>307)</sup>。不作為による関与についても、(論者が正犯・共犯を区別する一般的な基準と解する)「重要な役割」<sup>308)</sup>や「行為支配」<sup>309)</sup>の有無により正犯か共犯かを判断するものといえよう。

これらの考え方によれば、〔典型事例〕において、Bの死亡という結果に直接的な因果関係をもち、主たる役割を果たしているのはAの作為であり、Aが正犯として評価される。これに対して、Xは、あくまでBの死に対して従たる役割にすぎないため幫助犯として評価されるということになるろう。

では、こうした考え方から、同価値性を独立の要件と解する余地は認められるのだろうか。原則幫助犯説のように、行為支配や重要な役割の有無という作為犯と共通の要件のもとで、不作為関与者が正犯か共犯かを判断しようとするのであれば、やはり同価値性要件という特別な要件を必要とするものではないと考えられる。

この見解もちろん“原則”幫助犯説であって、例外が存在する。この例外については、どのような場合に正犯と評価されるか明らかではないという指摘もみられるが<sup>310)</sup>、その中で類型等を示す見解を取り上げて検討しておきたい。たとえばまず、①作為者に自律的決定が認められない場合(結果の認識がない、期待可能性がない、責任能力がないといった場合)や、②作為者の行為終了後に、なお保障人が作為義務を履行することが可能だった場合などの類型を示す見解がみられる<sup>311)</sup>。

①は作為者に犯罪成立要件たる責任が肯定できないなどの事情から不作為者に支配性が認められることを、そして、②は作為者から不作為者に支配性が移ったことを、不作為者に正犯性を基礎づける例外的な事情としていえると考えられる。そうであるとすれば、行為支配基準等を用いても不作為者に正犯性が認められるケースがあることを示すにすぎないのであって、別の要件を必要としているわけではない。それゆえ、この見解からしても、作為義務の他に特別な要件を要するとは思われない。

原則幫助犯説の中には、行為支配の有無を判断するうえで作為義務の内容に着目し、「作為義

306) 内藤謙『刑法総論講義(下)Ⅱ』(有斐閣, 2002年)1444頁以下等。

307) 内藤・前掲注(306)1445頁等。なお、平山・前掲注(305)194頁は、義務犯論に拠ることで、「作為犯に対する不作為の関与を原則幫助とする考えを包括しつつ、それが〔正犯・共犯の〕区別問題において遭遇する限界を克服しうる」(〔 〕内は引用者による)と主張する。

308) 内藤・前掲注(306)1333頁等。

309) 松原・前掲注(303)457頁等。

310) 西田典之(橋爪隆〔補訂〕)『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂, 2019年)390頁。

311) 島田聡一郎「不作為による共犯について(1)」立教64号(2003年)49頁以下等。

務の内容が強度なものであればあるほど、支配性は高まり、法益保護がほぼ確実に期待される作為が義務づけられる場合には、不真正不作為犯の正犯が認められる」と主張するものもある<sup>312)</sup>。この見解も、支配性という作為犯と共通の要件を用いている点では変わらない。また、作為義務（保障人的地位）を第一次的なものと第二次的なものに分ける点に着目するとしても<sup>313)</sup>、支配性を判断する要素の1つとして作為義務を加味するだけであり、やはり同価値性要件を設ける必要はないと解することになる。

そのほかにも原則幫助犯説の立場からさまざまな例外的な場合の基準が示されている。しかし、そこで考慮されている事情は、あくまで作為犯と共通の要件の下で一定の事情を判断していたり、作為義務に着目していたりすると考えられるのである。

## （5）判例

以上の検討によれば、この正犯と共犯（殺人罪と殺人幫助罪）の区別という論点において、大別した3つの学説のいずれの立場からも同価値性要件が必要だとはいいがたい。そして、同価値性要件が存在しなくとも両罪の区別はなされており、特段の不都合は見当たらない。それでは、この論点において「同価値」という観点さえも必要ないのだろうか。ここで、同価値性という観点の要否について結論づけるに先立って、殺人罪に関して「犯罪の不阻止」が問題となったとされるわが国の判例（裁判例）も参考にしておきたい。

わが国では、不作為関与者を幫助犯とする判例が多数であるが、中には不作為者を正犯としたものもわずかながら存在するとされる<sup>314)</sup>。以下では、不作為関与として検討の対象となる事案のうち、殺人罪や殺人幫助罪に問われたものをいくつかみてみたい<sup>315)</sup>。

---

312) 内海・前掲注（303）16頁。

313) 内海・前掲注（303）20頁等。

314) 西岡正樹「不作為による幫助に関する一考察」法学75巻6号（2012年）142頁、奥村・前掲注（287）651頁等。

もっとも、そこで挙げられる判例の多くは殺人罪・殺人幫助罪に関するものではないため、それらについては本文中で取り上げることはしない。

殺人（幫助）罪以外において正犯と共犯の区別の検討対象とされることの多い判例として、たとえば、大阪地判昭和44年4月8日判時575号96頁（土地管理の一部と使用を委ねられ、かつ侵奪行為者に対して土地使用を許可したうえで、侵奪行為開始後は謝礼をもらって黙認した行為者に対して、不動産侵奪幫助罪の成立を認めた事案）、札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁（内縁の夫が自分の子に暴行を加えて死亡させた際に、それを制止しなかった被告人に対して、不作為による傷害致死幫助罪の成立を認めた事案）、名古屋高判平成17年11月7日高刑速（平17）292頁（交際相手が自分の子に暴行を加えて死亡させた際に、その制止が不十分だった被告人に対して、不作為による傷害致死幫助罪の成立を認めた事案）等がある。

315) 以下の①②の判例について「不作為者を正犯とした裁判例」と評するものとして、西岡・前掲注（314）142頁等。

①大阪高裁平成13年6月21日判決

大阪高裁平成13年6月21日判決は<sup>316)</sup>、被告人Yが1歳2か月のAが泣き止まないことに腹を立て、Aの顔面を手拳で殴打するなどの暴行を加えたが、夫Xが一向に制止しようとしないうことから、Aを抱きかかえて隣室のこたつの前に移動し、Aを自分の右肩付近まで持ち上げたままXの方を振り返り、「止めへんかったらどうなっても知らんから」と申し向けたが、Xが黙ったまま顔をそむけたところ、Yは、Aをこたつの天板めがけて叩きつけて殺害したという事案である。

この事案において、大阪高裁は、「Xにおいても、被告人と並んでAの親権者でその保護者たる実父であり、本件犯行当時、その場には、乳幼児らを除くと、被告人の本件犯行を制止することができる立場にあったのは、自分ただ一人であったものであるところ、……被告人がAをこたつの天板に叩きつけようとしているのを十分理解し、被告人の前記の発言の意味するところを知悉し、しかも、その際、被告人が自分に制止して欲しいという気持ちを有していることまでも熟知しながら、自らもAに死んで欲しいという気持ちから、被告人と一旦合った目を逸らし、あえて被告人を制止しないという行動に出ることによって、被告人がAを……殺害することを容認したといえるのであって、以上によれば、Aを……殺害することについて、この時点において、暗黙の共謀が成立したと認めるのが相当というべきである」として、被告人YとXとの殺人罪の共同正犯を肯定している。

上述のように、同判決では、Xに対して（Yとの共同）正犯が認められている。本件においては、Yの暴行がXの言辞を契機として開始されたこと、被害者の死に直結したYの作為の決意がXの不制止によって惹起されたこと、XはYの作為を極めて容易に阻止できたと認められること、Xも被害者の死を望んでいたことなどの事情から、「正犯と評価されたものと思われる」との評価がみられる<sup>317)</sup>。

本判決が、本稿の関心事（同価値性要件やそうした視点の要否）との関係で重要かということや疑わしい。というのも、本判決では最終的に「暗黙の共謀が成立した」と認定されており、共謀共同正犯によりXの「正犯」性が肯定されているように読めるからである<sup>318) 319)</sup>。共同正犯を肯

316) 大阪高判平成13年6月21日判タ1085号292頁。

317) 齊藤彰子「不作為の共同正犯」成瀬幸典＝安田拓人〔編〕『判例プラクティス刑法I総論』（信山社、2010年）419頁。

もっとも、本件は、Xが、Aを黙らせろという趣旨で「うるさいじゃ、何でもいから黙らせ。」などと発言したり、Yの行為を阻止せず黙ったまま顔を背けるという態度をとった点等から、作為による共犯の成立が検討されるべきであった（齊藤彰子「不作為による共犯」松原芳博〔編〕『刑法の判例（総論）』（成文堂、2011年）300頁等）とも評価されている。

318) 奥村・前掲注（287）635-6頁等参照。

319) この点、共謀共同正犯の場合にはすでに（共犯の処罰根拠の1つである）心理的因果性が認められるから、関与者の作為義務などを検討する必要はないという見解も主張されている（西田（橋爪〔補訂〕）・前掲注（310）384頁以下等）。したがって、論者は、不作為による共犯は片面的でしかありえないと主張する。また、同385頁では、「作為義務」も結局は共謀共同正犯を認めるに足りる重要な役割といえるかの判断材料として考慮すればよい旨が指摘されている。

定する要件としての「共謀」は作為犯・不作為犯に共通しており、同価値性要件やそうした視点の必要性は判然としないものとなると考えられる。その意味では、本件とは異なり<sup>320)</sup>、共謀により正犯性を肯定していない事案の方が本稿の関心事との関係では望ましいように思われる<sup>321)</sup>。

## ②東京高裁平成20年10月6日判決

こうした事案としては、共謀共同正犯を肯定した原審の「共謀」の認定は不十分であるとして、不作為による共同正犯の成立を肯定した東京高裁平成20年10月6日判決が想起されよう<sup>322)</sup>。

本件は、ZらによるAに対する暴行およびその後の殺害の現場に同行したが直接的な殺害行為は行わなかったXおよびYの罪責が問題となったものであるが、こうした者に「共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合がある」とする<sup>323)</sup>。そして、Xが虚偽の事実をYに話したことがZらによるA殺害の原因であること、XはAの呼び出しを行っていること、Aに危険が生じた際にAを救えるのはXしかいなかったことから作為義務が肯定され、YについてはXの作り話を真実だと思っていた点で異なるが、ZらによるAの殺害行為を積極的に押し進めたこと、Aを呼び出して危険な状況に誘い入れたことなどから作為義務が認められている。

この事案では、Zら「他の作為犯との意思の連絡」に加えて、不作為犯の成否を検討し、いわば作為犯と不作為犯の実行共同正犯を肯定するという構成を試みている。

この判決からも同価値性について考慮している様子を見て取ることができない。だが、それはむしろ当然ともいえるだろう。というのも、不作為犯（正犯）の成立が肯定されるケースで、正面から正犯と共犯の区別に関する判示をする必要性は乏しいように思われるからである。したがって、こうした類型に属する判例も、（不作為による殺人罪（正犯）と殺人幫助罪との区別に関する重要な事例ではあろうが、）判例が両罪を区別するために同価値性という観点に意義を見

---

320) また、齊藤・前掲注（317）『刑法の判例〔総論〕』300頁において指摘されているように、同判決は、Xを被告人とするものではない点にも注意を要する（Xを被告人とするのは、大阪高裁平成13年9月21日裁判所ウェブサイトである）。

321) 以上のほかに、同棲相手の男性が被告人の長男（当時6歳）に虐待を繰り返し、ビニール袋等に閉じこめて密封状態にした際に、被告人がその男性と共謀の上そのまま放置して窒息死させた事案において、殺人罪の共同正犯の成立を認めたものとして、広島高判平成17年4月19日高刑速報（平17）312頁等がある。

322) 東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁。同判決の判旨は長文にわたるため、詳細は同判決の評釈（西岡正樹「判批」山法54・55合併号（2012年）73頁、萩野貴史「不作為による共同正犯」獨協ロー7号（2012年）183頁以下等）を参照されたい。

323) 従来、作為者への不作為関与について、わが国で共同正犯として「とりあげた判例はみあたらず〔ない〕」（〔 〕内は引用者による）とされてきた（内田文昭「不作為の幫助」判タ766号（1991年）89頁）。学説上、作為と不作為の共同正犯について検討するものとして、齊藤彰子「作為正犯者による犯罪実現過程への不作為による関与について」川端博ほか〔編〕『理論刑法学の探究8』（成文堂、2015年）37頁以下等。

出しているかを確認するために有益なものとはいいがたい。やはり、正犯と共犯のいずれに当たるかを判示している判例をみる必要がある。

### ③大阪高裁昭和62年10月2日判決

こうした正犯と共犯の区別に関わる判示をしたものとして、大阪高裁昭和62年10月2日判決<sup>324)</sup>が挙げられる。その事案は、被告人Xが、共犯者Yらとともに被害者Aを逮捕・監禁し、土砂採取場に拉致したうえで、その場を離ればYがAを殺害するかもしれないが、それもやむを得ないと考えから約10分間現場を離れたところ、YによるAの殺害を阻止できなかったというものである<sup>325)</sup>。

この事案において、大阪高裁は、「被告人は、Yからスコップやつるはしの持参を依頼されても、これに応ずることなく同席を続け、YによるA殺害を阻止すべき義務を有していたと解すべきである。しかるに、被告人は、前記……記載の意図（予測・認容）のもとに、約10分間その場を離れることにより、YのA殺害を容易ならしめたものであるから、不作為による殺人幫助罪を免れないというべきである。」と判示している。その一方で、検察官が予備的訴因として追加していた殺人罪の正犯については、「被告人に課せられる前示のような作為義務の根拠及び性質、並びに被告人の意図が前示のようにAの殺害を積極的に意欲したのではなく、単に、これを予測し容認していたに止まるものであること等諸般の事情を総合して考察すると、本件における被告人の行為を、作為によって人を殺害した場合と等価値なものとは評価し難く、これを不作為による殺人罪（正犯）に問擬するのは、相当ではないというべきである。」とした。

ここでは、作為義務（の根拠・性質）に加えて、「殺害を積極的に意欲した」か「予測し容認した」にすぎないかという主観的要素をも考慮して正犯性を否定している<sup>326)</sup>。もっとも、本稿の検討内容との関係で注目したいのは、作為義務を肯定しつつも、「作為によって人を殺害した場合と等価値なものとは評価し難い」と述べている部分である<sup>327)</sup>。

324) 大阪高判昭和62年10月2日判タ675号246頁。

325) 同判決の事案について、山中・前掲注(298)『齊藤(誠)古稀』337頁のように、その場から立ち去るという行動に着目し、「作為による幫助」であると評価するものもある。

326) 自己の犯罪を実現する意思、犯罪実現に向けた強い意欲や動機が認められる場合には、共同正犯を認める判例の一般的な傾向に沿うものとして、本判決は評されているところである（齊藤彰子「不作為による殺人幫助」成瀬幸典＝安田拓人〔編〕『判例プラクティス刑法I総論』（信山社、2010年）414頁等）。その一方で、正犯者意思の有無に正犯と共犯の区別を求めることに批判的なものとして、山中・前掲注(298)『齊藤(誠)古稀』337頁等。

327) なお、殺人罪にかかわる事案ではないため本文中では取り上げなかったものの、前掲(注314)の札幌高裁平成12年3月16日判決もまた、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される」（圏点は引用者による）等と判示する。

## （6）「同価値」という視点

なぜ上述の部分に注目すべきか、再度、学説の立場を簡単に確認したうえで明らかにしていきたい。原則正犯説や義務二分説は基本的に作為義務に着目して正犯と幫助犯を区別するアプローチである。そうだとすれば、作為犯とは異なる不作為犯特有の要件から不作為犯特有の区別基準を導き出し、これを適用するというだけで足りるはずである。その意味で、作為による正犯ないし共犯と「同価値（等価値）」という視点が必要とは思われない<sup>328)</sup>。また、作為犯も不作為犯も同一要件のもとで判断するという原則幫助犯説の立場からは、本来、正犯と共犯の区別基準をそのまま用いて判断を行えば足りるはずであって、やはり作為による殺人罪（正犯）と「同価値」という視点は必要ないはずである。しかし、学説の側から、こうした判例の言い回しを批判的にみるものは現在のところ見当たらない。そして、もしこうした言い回しを否定的に解さないのであれば、作為による正犯・共犯との「同価値」性を判断する根拠を理論的に説明する必要があるのである。

この点、わが国で有力な立場と解されている原則幫助犯説からは<sup>329)</sup>、次のように説明することはできないだろうか。

そもそも従来<sup>330)</sup>の正犯・共犯論において行為支配や重要な役割は、作為犯を念頭に、問責対象行為の現実の影響力や寄与度を判断材料の1つとしており、不作為犯にはそのままでは妥当なものとして理解されてきたように思われる<sup>330)</sup>。この点は、ドイツで、行為支配説を基本的に妥当としながらも、不作為犯については義務犯論を展開する見解<sup>331)</sup>が有力に主張されていることからもうかがえる。

328) 補足的に説明するならば、①これらの説からは作為犯と同価値と評価しうるだけの作為義務違反が認められるか否かが、まず重要である。そしてこれが認められた後に、②原則として正犯とする（原則正犯説）、あるいは義務内容に応じて正犯・共犯を振り分ける（義務二分説）という思考過程をたどるはずである。①の段階では別論として、②の段階で作為正犯と同価値か否かを示す必要はないと考えられる（義務二分説であっても義務内容に照らして正犯と共犯のいずれと評価されるかを示せば足りる。同説からは、義務内容に応じた区別に「同価値」の観点が含まれていると指摘されることも考えられるが、これに対しては、直接的・間接的な法益侵害に着目した区別が作為犯の場合と同価値なのかという疑問が生じる）。

329) 本稿では前述のように各学説の当否を決することに主眼を置いてはならず、また、この論点について筆者には詳細な検討を行うだけの力もない。だが、ドイツのように特別な規定が存在するわけではなく、同一条文で処罰する以上、作為犯と不作為犯の正犯原理は同一であることが望ましいことや、導かれる具体的な帰結の点などからすると、原則幫助犯説が妥当であると現時点では解している。

330) 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（成文堂、1994年）53頁参照。

その一方で、作為義務を課されている者は、作為に出れば状況を変更することができるとして、「このような状況の変更可能性を『行為支配（事実支配）』として構成することはごく自然な議論である」とするものとして、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000年）132頁。内海・前掲注（303）11頁も参照。

331) Z. B. Roxin, a.a.O. (Anm. 292), § 25 Rn. 10 ff. (邦語訳として、山中敬一〔監訳〕『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1分冊]』』（信山社、2011年）12頁以下。）

作為犯の基準を不作為犯にはそのまま適用できないとして、それでは「同価値」か否かという判断はどのように行うのだろうか。「同価値」というには、性質の異なる何かと何かを比べているということが前提であろう。それゆえ、ここで着目すべきは、上述の判例において、作為犯とは異質な部分である。こうした観点からすると、同判例においては「作為義務の根拠及び性質」に着目している点が作為犯とは異なるのであり、具体的には（同席して）共犯者による殺害を阻止すべき義務を有していたにもかかわらずその義務を果たさなかったことを示して、「殺害を容易ならしめた」という帰結を導いている点に目が留まる。このとき、まず履行すべき義務を明らかにしたうえで、この義務を履行した場合の状況において認められる仮定的な影響力が、いまだ作為により「人を殺す」行為という現実の影響力と同価値でない（その一方で、殺害を作為により「容易にした」行為と同価値と評価できる）との結論を導いていると考えることができる<sup>332)</sup>。この手法は、本来ならば、作為犯を念頭に展開されてきた理論を不作為型に読み替える道を模索するものであり、その「読み替え」に際して作為犯の行為態様と比べているために「同価値」と表現していると解するのである<sup>333) 334)</sup>。

もしこうした理解が妥当であるとすれば、同価値性を要件として位置づけてはいないとしても、同価値性要件を肯定する見解と通底する発想（同価値性の観点のもとで正犯と共犯を区別するという発想）が採り入れられているように思われる。そして具体的には、不作為犯における正犯・共犯の区別を判断するに際して、問責対象たる不作為が、作為の「影響力ないし寄与度」に置き換えるとどのようなものに匹敵する（同価値）かが判断されていると考え得るのである<sup>335)</sup>。

332) 齊藤・前掲注(323) 41頁以下参照。

333) 本稿では、あくまで正犯・共犯の区別に関する「行為」の側面にのみ着目して同価値性判断をしていることになる。これに対して、前述の大阪高裁昭和62年10月2日判決の判示（「諸般の事情を総合して考察」すると「等価値なものとは評価し難く」）を文面どおり読む限り、行為だけでなくおおよそ全体的評価として作為正犯・作為幫助犯と「同価値」かを判断しており、こうした方向性も考えられる。だが、それでは同価値性判断の内容がブラックボックス化することは避けられないのであり、その方向性が妥当とは思われない。

334) こうした理解は、ドイツにおけるいわゆる同価値理論と親和的な考え方となるように思われるが、その同価値理論内でも見解に相違があり、それらと本稿の考え方の異同について詳細な検討は他日を期したい。同価値理論については、神山・前掲注(330) 62頁以下等を参照。

335) なお、本稿では、上述(注333)のように、あくまで作為による行為態様との同価値性判断がなされているにとどまる。この点からのあり得る帰結として、作為犯において、「影響力ないし寄与度」といった行為者の行為のみを基準として正犯・共犯を区別するものでなければ（すなわち、被告人と共犯者との関係や犯行前後の微憑行為等をも考慮するのであれば）、不作為犯においてもその行為だけを基準とする必要はないものと思われる。

もっとも、こうした多様な要素を考慮することには疑問も示されているのであり（多様な要素の考慮や、そうした考慮に向けられる批判等について、亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』(弘文堂、2005年) 185頁以下等を参照)、さらなる検討を要する。

### 3. 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別

次に、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別についてみていくことにしたい<sup>336)</sup>。

従来、両罪の区別について、学説では主観面（すなわち殺意の有無）により区別する見解と、客観面により区別する見解とが主張されてきた。

#### (1) 主観面による区別

まず、行為者の主観面による区別を主張する見解のうち、両罪の区別が殺意の有無により行われるという説を確認しておこう。この説は、「保護責任者遺棄罪の客観的要素である保護責任・作為義務は不作為の殺人罪の作為義務を、また不作為の遺棄と不保護は不作為による殺人罪の実行行為の要件をそれぞれ充足しており、これらの要素によって両罪を区別することはできないと考える」ものであるとされる<sup>337)</sup>。そこで、両罪を区別するにあたっては、被遺棄者の死亡結果について故意（殺意）があるか否かを問題とし、これが認められれば殺人罪が成立すると説明するのである<sup>338)</sup>。

判例もかつて、養育の義務を負う者が被害者の生存に必要な食物を与えず死亡させたという事案で、殺人罪と遺棄致死罪との区別について、「要は殺意の有無に依り之を区別すべきものとす」

---

336) 両罪の区別に関する判例および学説の視点について詳細は、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頁以下等。近時、この問題について論じるものとして、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」岩井宜子先生古稀祝賀論文集『刑法・刑事政策と福祉』（尚学社，2011年）368頁以下等。

337) 大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタール刑法〔第3版〕第11巻〔第209条～第229条〕』（青林書院，2014年）324頁〔半田靖史〕参照。

338) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社，1990年）456頁，堀内捷三『刑法各論』（有斐閣，2003年）33頁，前田雅英ほか〔編〕『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂，2013年）639頁等。

大塚ほか〔編〕・前掲注(337)338頁〔半田〕は、殺意があれば殺人罪のみを認めれば足りるが、これは「別途、遺棄等致死罪を認める必要がない（殺人罪等に吸収される）」という意味である。遺棄等致死罪の訴因に対し、殺意……がある（疑いがある）から遺棄等致死罪の成立は認められないということではない。遺棄・不保護の故意が認められる以上、同罪の成立が認められる」と指摘する。

なお、生存に必要な保護をしないことを行為者が認識している場合には、「放置すれば死亡する」という未必的な認識のある場合が多く、殺意の有無により両罪を区別すると遺棄致死罪（219条）の存在意義がほとんど失われてしまうため、殺人の「意図」ないし「確定的認識」のある場合に殺人罪の適用を限定すべきである旨を主張するものとして、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂，2018年）82頁。

と判示したことがあり<sup>339)</sup>、こうした故意による区別が判例の立場であるとの指摘がみられる<sup>340)</sup>。

このように、殺意があれば殺人罪であるという立場からは、両罪を区別する役割を担う独立の要件を設ける余地があるだろうか。この点、そもそも、殺意がある場合にのみ殺人罪が成立し、殺意がなければ同罪が成立しないという判断は、作為犯でも共通になされる区別である。したがって、この立場からは、同価値性要件を設ける必要はないという帰結が容易に導かれるように思われる。

上述のような理解に対して、行為者の主観面に着目しつつも、殺意の有無ではなく「結果発生への積極的意欲」等に着目し、これを（作為犯と共通する要件である故意とは別に）独立の要件と解する余地は存在する。すなわち、不作為による殺人罪についてのみ、作為と同視し得るだけの違法性を備えるため「結果発生への積極的意欲」を内容とする特別の要件を設け<sup>341)</sup>、この要件が認められなければ作為義務（違反）や殺人の未必の故意が認められたとしても不作為による殺人罪の成立を否定するという構成である。もっとも、こうした主観的違法要素に着目して不作為の客観面のマイナスを補うかのような発想には批判が向けられており<sup>342)</sup>、こうした批判が妥当するように思われる。

以上の検討から導かれる帰結としては、主観面に着目して両罪の区別に言及する見解のうち、

339) 大判大正4年2月10日刑録21輯90頁。

なお、作為形態の場合にも、大判昭和3年4月6日刑集7巻291頁は、「生命身体に対する危害までの認識を伴ふに於ては殺人罪又は傷害罪の故意の成立を来し遺棄罪成立の余地なきに至るへし」としている。（本注に示した2つの判例を引用するにあたり、引用者がカタカナを平仮名に、旧字体を新字体に変更した。）

340) 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）101頁等。これに対して、「判例が殺意の有無で両罪の適用を区別しているとはなお言い切れないように思われる」と述べるものとして、塩見淳「判批」平成17年度重判解162頁。同様の指摘をするものとして、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」同法57巻6号（2006年）301頁。

なお、両罪に関する判例を比較しても、明確な区別基準を見出すことは困難であり、検察官による起訴罪名に影響されているといつてよいのではないかと指摘をするものとして、中山研一「不作為の遺棄と殺人——判例の批判的検討」判タ881号（1995年）19頁以下（28頁）等。

341) 藤木英雄『新しい刑法学——刑法の現代的課題』（有斐閣、1974年）199頁以下は、いわゆる「ひき逃げ」に関しての言及であるが、「問題の不作為が作為と同視するに足りるだけの違法性を具備しているか」が重要であり、作為によって予定されている類型的な違法性を「不作為によって実現することが容易なものと困難なものがある」としたうえで、保護責任者遺棄罪は前者に、殺人罪等は後者にあたり、後者については「主観的要素の面を無視すべきではない」とする。そして、後者の罪（実質犯で、かつ、作為性が強いもの）については、結果発生への積極的意欲を一種の主観的違法要素として、不作為の違法性を強めるものとみる。藤木説は一般に、不真正不作為犯の成立要件として主観面に着目するものと解されているが、（確かに不作為による殺人罪の成否を問題にすると同時に、）主観面で保護責任者遺棄致死罪との区別を試みる面をも意識していたといえよう。

342) 福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）96頁等。

故意に着目する見解については同価値性を独立の要件とする余地や必要性は認められないということ、積極的意欲等に着目する見解についてはその理論的な構成に向けられた批判が妥当するということである。したがって、主観面による区別を試みる立場から同価値性を独立の要件と解することは妥当でないということになる。

## （2）客観面による区別

それでは次に、客観面による区別を試みる見解には、どのようなものがあるのかをみていきたい。

### A) 重大な先行行為

まず、それ自体で重大な生命・身体の危険を生じさせるような行為が当該不作為に先行して行われた場合（いわゆる先行行為が認められる場合）に、判例は殺人罪を肯定する傾向にあるとの指摘がなされている<sup>343)</sup>。たとえば、親が幼児に食事を与えずに餓死させた事案などでは、いわば虐待行為が先行して、（同居等の事情から）行為者の支配領域に置かれた被害者を放置する行為については、殺人罪の成立が認められやすいというのである。論者もまた、先行行為が重大で、それ自体で重大な生命・身体の危険性を生じさせるような行為が行われた場合には、その後の放置行為を殺人罪として評価することができる<sup>344)</sup>。

そして、かなりの数の関連判例に検討を加えた論者も、「特に家庭内の不保護以外の事例において殺人罪の成立が認められた裁判例は、すべて先行行為がなされたものである<sup>345)</sup>、この先行行為に着目する見解について「かなりの説得力を持つ<sup>346)</sup>と一定の評価を与えているところである。

本稿ではまず、この「先行行為」を「重大な先行行為」と記述している点に説明を加えておきたいが、それは次の理由による。すなわち、論者は、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の「両罪は先行行為の重大性により区別されると解すべきである」、「保護責任者遺棄致死罪に該当するとされた事案でも、骨折など虐待の痕跡の残る児童が被害児となった場合もある。しかし、直前まで暴行等を加えられ、そのまま放置されたために死亡した場合と、栄養失調による衰弱死の場合と

---

343) 木村光江「不作為による遺棄」現刑5巻9号（2003年）101-2頁。こうした例として、同102頁では、さいたま地判平成15年3月12日公刊物未登載や東京地八王子支判昭和57年12月22日判タ494号142頁が参照されている。（ただし、名古屋地岡崎支判昭和43年5月30日下刑集10巻5号580頁等を例示して、純粹に不作為のみの形態で行われたと解されるものも存在することが指摘されている。）

344) 木村・前掲注（343）103頁。

345) 十河・前掲注（340）306頁。たとえば、ひき逃げの事案では自動車事故による過失傷害という重大な先行行為が存在し、家庭外の不保護の事例でも虐待・暴行、病院からの搬送といった形で先行行為が存在しているとする。なお、この「病院からの搬送」については、最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁〔いわゆる「シャクティ治療」を依頼された者が入院中の患者を病院から運び出させたうえ、必要な医療措置を受けさせないまま放置して死亡させた事案〕が参照されている。

346) 十河・前掲注（340）308頁。

では、先行行為の重大性が異なるように思われる。<sup>347)</sup>と述べており、「重大な先行行為」が存在してはじめて殺人罪が成立すると考えていると思われるからである。

ただし、「この重大な先行行為」は、殺人罪を肯定するにあたって形式的法義務説等のいう「先行行為」の中から、重大性が認められるものを選別して限定する趣旨のものではないという点には注意が必要である。むしろ、実行行為たる不作為に先立つ（あるいは並存する）虐待等をおよそ先行行為としたときに、死因を形成するようなレベルの暴行を「重大な先行行為」の典型として理解していると解される。その意味で「重大な先行行為」は、形式的法義務説の「先行行為」とおおよそ同等のものを意味していると評価できる。それどころか、「重大な先行行為」は、一般の先行行為概念と意味を異にしており、むしろ作為義務論にいう「先行行為」よりも、広く先行行為と捉えているとの指摘もある<sup>348)</sup>。

では、この「重大な先行行為」の存在が殺人罪の成立にとって、独立の要件になりうるのだろうか。作為義務論において「先行行為」に着目する見解は決して珍しいものではない<sup>349)</sup>。

①もし作為義務論の先行行為と同様であるならば、そもそも同価値性を独立の要件とする意義はないということになる。ただし、その先行行為が法令・契約等と並ぶ義務の発生根拠の1つと捉えられているのであれば、別の要件として掲げる意義は認められる。法令等で作為義務が生じるだけの場合は保護責任者遺棄致死罪であり、先行行為により義務が生じる場合は、先行行為が（義務の発生根拠となるとともに）殺人罪を根拠づけることになるからである。

その一方で、②もし作為義務論の先行行為よりも広く捉えているという指摘が妥当するのであれば、作為義務違反の要件の判断におさまらない事情を考慮しているという点においては、同価値性要件に意義をもたらす可能性がある。

だが、①と②のいずれの場合であっても、先行行為が認められるか否かが殺人罪と遺棄致死罪の区別において重要であり、これを同価値性要件で考慮すべきという主張は直ちには成り立ちがたいであろう。というのも、先行行為の存在は不作為犯に特有ではなく、これを重視するならば、作為形態の場合にも妥当し得る基準となるからである。不作為犯に特別な要件とするためには、不作為犯の場合にのみ「先行行為」が両罪の区別にとって決定的となる根拠が求められる<sup>350)</sup>。

また、先行行為がある場合に遺棄致死罪でなく殺人罪が認められる理論的な根拠も問われることになる。この点、実務では、日ごろから虐待が行われ、それと並行して不保護がなされたような場合には、犯情の重大性に伴い、殺人罪の要件を充たす限り殺人罪で起訴されることが多く、それに伴って殺人罪で有罪とされることが多い（虐待がなされていない単なる育児放棄の事例が犯情が比較的軽いのでたとえ殺人罪の要件を充たす場合でも保護責任者遺棄致死罪として起訴さ

347) 木村・前掲注(343)102-3頁。

348) 十河・前掲注(340)308-9頁。

349) もっとも、先行行為を要する理由づけや、先行行為と認められる行為の範囲は同一ではない。

350) その意味で、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪を区別するために先行行為を要求するというのであれば、その主張は、存在構造上のギャップを乗り越えるために先行行為を要求するという見解とは理論的にはまったく異なるものとなる。

れる）という推測が成り立つとの指摘がなされており<sup>351)</sup>、この考えをそのまま理論的な根拠とすることも考え得る。だが、そもそも犯情の重大性が殺人罪という成立罪名を決定するかのような論理は、そのままでは成り立ちがたいものであろう。さらに、交通事故の場面等を念頭に置くと、「重大な先行行為が認められる事案では保護責任者遺棄致死罪ではなく、殺人罪に問われることになる」という考え方は必ずしも判例の結論を説明できるものでもない<sup>352)</sup>。

以上の点に鑑みると、この重大な先行行為を同価値性要件で考慮することはなお根拠づけられていないと考えられる。

## B) 作為義務の程度

上述の「重大な先行行為」以外に、両罪を客観面で区別する要素として、「作為義務の程度」を挙げる見解もみられる。論者は、「不作為の殺人と不作為の遺棄致死との違いは、死の予見の有無ではなく、作為義務の程度によることになる。いいかえると、殺人の故意があっても殺人とするに足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罪として軽く処罰される。このように不作為の場合は、作為義務の強弱によって、重い罪から次第に軽い罪と、それぞれによって処罰されることになるのである。」とする<sup>353)</sup>。

こうした主張を文面どおりに読むならば、「作為義務違反の強さが80未満であれば保護責任者遺棄（致死）罪であり、強さが80～100であれば殺人（未遂）罪になる（80未満のときは、かりに殺意があっても保護責任者遺棄にとどまる）」<sup>354)</sup>と理解することが考えられる。だが、こうした理解に対しては、「どのような要素（例えば先行行為か）が加われば義務を高めるのか、同価値性をもたらすのかは明らかでない」<sup>355)</sup>といった指摘が当然に向けられることになる。もっとも、本稿の関心事との関係では、作為義務の種類（程度・強弱）によって区別がなされるとすれば、作為義務要件のほかに特別な要件（構成要件的同価値性要件）を設ける必要はないという帰結が導かれるだろうという点を確認しておくことで足りる。

その一方で、作為義務の程度の違いを別に解する余地もある<sup>356)</sup>。すなわち、作為義務の認められる範囲といった意味で理解するのである。たとえば、「保護義務者に要求される『生存ニ必要ナル保護』はありうる生命の危険を要扶助者から回避する広く浅い義務にすぎず、個別的・具体

351) 十河・前掲注(340) 308頁の指摘を参照。

352) 交通事故で被害者に重傷を負わせた自動車運転者（先行行為者）に、保護責任者遺棄（致死）罪を肯定した事例も散見される。最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁、東京高判昭和37年6月21日高刑集15巻6号422頁等。

353) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）158-9頁。そのほかに、「作為義務の程度」による区別を主張するものとして、中山研一『概説刑法Ⅱ』（成文堂、1991年）54頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）46頁等。

354) 井田・前掲注(294) 45頁、井田良＝佐藤拓磨『刑法各論〔第3版〕〔新・論点講義シリーズ2〕』（弘文堂、2017年）52頁。

355) 大塚ほか〔編〕・前掲注(337) 325頁〔半田〕。

356) 大塚ほか〔編〕・前掲注(337) 325頁〔半田〕参照。

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である殺人罪における作為義務とは異なっている」<sup>357)</sup>といった形で、義務の相違を指摘することが考えられるのである。もっとも、このような理解は、いかなる危険が存在するかという要素から両者の相違を導くものといえる。そこで、(義務の程度という用語を用いずに)「危険の程度」に言及する見解と合わせて次項で検討することにしたい。

### C) 危険の程度

ここで取りあげる見解は、遺棄罪が生命(ないし身体)に対する危険犯であることから、より軽微な危険でも、そうした危険を回避するための作為義務を負うのに対して、殺人罪が生命に対する侵害犯であることから、死亡へと直結するような具体的な危険の存在がある場合にのみ生命侵害という結果を回避するための作為義務を負うといった形で主張される<sup>358)</sup>。

もっとも、不作為犯は、一般に、物理的に外界(や法益の状態等)に変更を加えるものではない<sup>359)</sup>。そうだとすれば、不作為はそれだけで「生命侵害の危険性」を物理的・積極的に基礎づけられるものではなく、危険の程度に着目するという主張は、被害者の身体条件や周辺環境といった(一定の)行為状況を危険性の判断事情に取り込む見解であるといえる。

では、結果発生の危険を基礎づけるような被害者の身体条件や周辺環境といった行為状況を同価値性要件の枠内で検討すべきだろうか。この点、確かに作為犯では、一般に「毒薬を飲ませる」とか「ピストルを発射する」といった行為自体に主眼を置いて、その危険性を判断しており、行為状況はそれほど考慮されていないかのように見える。そうだとすれば、行為自体ではなく、行為状況に着目することは不作為犯に特有であるかに見える。しかし、作為犯においても結果発生

357) 小暮得雄ほか〔編〕『刑法講義各論』(有斐閣, 1988年) 74頁〔町野朔〕。

358) こうした立場に属するものには、殺人罪の作為義務違反は保護責任者遺棄致死罪における保護義務の懈怠よりも高度の生命に対する危険を含むものでなければならぬと主張し、殺人の「実行行為」の程度に達しているかを問題とする見解も多い(大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』(有斐閣, 2005年) 66頁, 曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』(2012年) 46頁, 大塚ほか〔編〕・前掲注(337) 325頁以下〔半田〕, 大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』(成文堂, 2019年) 82頁等)。

ただし、近時は、作為犯の実行行為性の判断についても、そもそも具体的危険(現実的危険)が必要か疑問視する見解が主張されている(樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣, 2017年) 19頁以下, および20頁注4に掲載されている文献等を参照。また実行行為概念自体を否定するものとして, 高山佳奈子『「実行行為」概念の問題性」論叢162巻1～6号(2008年) 204頁以下等)。これらの立場の当否や、この立場によると、両罪の区別をどのように行うことになるのかなどについては、さらなる検討を要する。

359) 筆者は、例外的に、不作為自体が結果に作用を及ぼす場合があると解している(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7号(2012年) 77頁以下)。本節の検討内容とは直接かかわらないが、こうした類型の不作為の場合、前述の正犯と共犯の区別については、作為犯との同価値性を判断するよりも、むしろ作為犯で用いられる要件に当てはめて判断の方が望ましいと解している。

の危険性は、被害者の身体条件等の行為状況を踏まえて判断されてよいのではないだろうか。具体的には、たとえば山の中に幼児を移置する（作為の）行為により人を死亡させた場合には、被害者の身体条件や周辺環境（天候等も含む）を踏まえたうえで、客観的には殺人罪の構成要件に該当すると評価することも可能であると思われる<sup>360</sup>。もしこうした理解が妥当だとすれば、作為犯においても不作為犯においても、行為状況を踏まえて、結果発生の危険性を判断するというのであるから、両者は考慮要素の点で異なるものではないと考えられる。

以上より、行為状況を結果発生の危険性判断に加味するとしても、それは作為犯における両罪の区別基準と異なるものではなく、やはり不真正不作為犯特有の要件として同価値性要件を設ける必要はないと言わざるを得ないのである。

### （3）「同価値」という観点

このように（網羅的ではないながらも）学説をみてきた限りでは、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別という論点においても、構成要件の同価値性要件を設けることの妥当性は見いだせない、ということができる。

それでは、（独立の要件にはならないにせよ）「同価値性」という観点さえも不要なのだろうか。前節と同様に、この点を検討してみたい。

十分な検討はできていないものの、まずは本稿の基本的なスタンスを明らかにしておきたい。殺人罪と保護責任者遺棄致死罪（殺人未遂罪と保護責任者遺棄罪）の区別は、前述のように、作為形態の場合にも当然に問題となろう。そして、作為犯の場合であっても故意にのみ違いがあるというのでなければ、やはり客観面による区別が志向されるべきように思われる。こうした点において、現時点で着目すべきは、危険の程度に着目する見解であろう。

こうした立場からも、前述のように、行為状況を判断事情に加味したうえで結果発生の危険性を評価しているという点では作為犯と同様である（すなわち、作為犯との「同価値性」といった観点すら、一見すると不要である）と解すべきようにも思われる。

しかし、やはり不作為犯の特殊性が存在しており、作為犯と同一の要件のもとで判断するために、「作為犯と同価値」の不作為という視点が暗黙のうちに取り込まれているように思われる。作為犯の場合には「行為状況」等の要因がいわば加算されて物理的・自然主義的な危険が創出され、作為者の行為の危険性が判断されている。その際には、たとえば山に幼い子どもを遺棄する際に被害者の身体条件や天候等とともに、「遺棄」行為が影響力を有しており、危険を創出する積極的な条件の1つである。その一方で、不作為犯の場合に、不作為という行為は物理的な危険を創出してはいない。幼い子どもを山に放置したまま立ち去る場合には、被害者の生命を危険にさらすのはあくまで被害者の身体条件や周囲の状況等である。すなわち、不作為は物理的には危険性0であるはずの消極的条件にすぎないのであり、行為以外から生じる結果発生の危険性を不

---

360) 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別は、作為の場合にも問題となることを指摘するものとして、齊藤彰子「遺棄（217条・218条）」法教407号（2014年）39頁等。

作為の危険としていわば借り受ける形で、危険性判断がなされている。ここでは、先ほどとは判断方法が異なっており、不作為犯に適するように「読み替え」しているのである。

以上の検討をまとめると、作為犯と不作為犯が、行為と行為状況により危険性を判断するという（一般的な）考慮要素の点では同じであるとしても、そのあり方はかなり異なる。不作為犯の場合には、自然現象等に起因する結果発生の危険性を借り受けて、当該「不作為の危険」の程度を評価しており、作為犯の判断とは似て非なるものであると考えられる。したがって、他の事情から生じる危険を「不作為の危険」と読み替える形で、この論点においても作為による殺人罪に匹敵する「同価値の不作為」が追求されていると考えられるのである。

もっとも、同じ「読み替え」という単語を用いながらも、正犯と共犯の区別における「読み替え」とは違う形で行われている点には注意を要する。

## 五 おわりに

### 1. 本稿の結論

最後に、本論文の検討結果をまとめ、今後の課題を示したい。

本論文では、ドイツ刑法13条の相応性条項の立法過程や当該条項をめぐる議論から、その要件には3つの意義が認められると分析した。その一方で、わが国の構成要件的同価値性要件をめぐる議論においても、ドイツ刑法学の影響を受けたり独自性を示したりしつつ、やはり3つの意義が主張されていたことを確認した<sup>361)</sup>。そして、これらの同価値性要件を必要とする見解の中でも、作為義務の内容として同一のものが認められる犯罪が問題となる場合に、それらの罪を個別化するものとしての意義や、正犯と共犯を区別する意義をもたせる見解(同価値性要件の意義③)が検討に値すると解した。もっとも、こうした意義や機能は、構成要件的同価値性要件をめぐる従来の議論において着目・検討されてきた内容とは異なるものである。その意義を念頭に同価値性要件を設ける試みは、同要件の名称や枠組みを用いしつつ、いわば内容の“再構成”を試みることになる。しかし、同価値性要件のこうした再構成を試みた結果、少なくとも今回扱った論点において、同価値性を独立の要件とする必要性は見いだせなかった。したがって、現在のところ、不真正不作為犯の成立要件としては、保障人の作為義務違反だけでよいという現在の有力説が妥当であると解する。

ただし、このことは直ちに、同要件を必要とする見解から得られる示唆は存在しないということまでも意味するものではない。各論点について「同価値」であることを求める考え方(同価値性要件の意義③を主張する見解)というのは、不作為犯におけるさまざまな論点を分析的に思考し、作為義務以外の論点でも作為犯と「同価値」であることを要求する立場であったというこ

361) これら3つの意義について、同要件がいかなる機能を担うかという観点から、萩野貴史「不真正不作為犯における構成要件的同価値性の要件」刑法57巻2号(2018年)195頁以下では、「3つの機能」として、それぞれ①「行為態様面同価値性担保機能」、②「補完的な処罰範囲限定機能」、③「構成要件個別化機能」と呼称している。

とができよう。そして、実際に（意識的か否かは別にして）「作為と不作為の同価値性」を問題としてきた領域は、そのフレーズが強調されてきた作為義務論の枠内ではなかったといえることができる。そこから、法的作為義務以外の論点においても、作為犯を指針としてこれに匹敵するものを追究していく方向性を、同価値性要件を必要とする見解から得られた示唆として意識していくことが考えられる。本稿では、こうした理解を展開する可能性を示した。

## 2. 残された課題

もっとも、こうした理解のもとでは、大別すると次の3つの課題が生じるように思われる。第1に、本稿で検討した論点以外のさまざまな要件についても、不真正不作為犯における各要件が作為犯に匹敵する「同価値」なものとなっているか検討する必要がある。たとえば、不作為犯の結果帰属について、介在事情が存在する場合等をも念頭に、作為犯と同価値といえる帰責範囲を検討する必要があるように思われる<sup>362)</sup>。そして、第2に、本稿で扱った殺人罪の論点だけでも、仮定的な影響力を念頭において現実の影響力と比較したり、他の事情から生じる危険性を「不作為の危険性」として借り受けたりと、「同価値」と評価する（作為犯の要件に適合するように読み替える）際の着眼点は異なっていると思われる。したがって、各論点において作為のどのような部分に着目してこれと「同価値な不作為」と評価したのかを明示したうえで、その当否を検討していく必要がある<sup>363)</sup>。さらに、第3に、本稿では不作為による一定の犯罪類型（殺人罪、殺人幫助罪、保護責任者遺棄致死罪）を検討対象とするにとどまったが、各犯罪類型に特有の考慮要素が存在したといえる。それゆえ、不作為犯を作為犯と「同価値」と判断する基準はすべての犯罪類型で同一である必然性はなく、各構成要件によって異なり得ることになる（いわば不作為犯の各則的な検討が必要であると考えられる）。こうした見地からは、一定の犯罪類型については、そもそも作為犯と「同価値」と判断するための特別な要件（ひいては処罰範囲の限定）が不要であると解する余地も生じることになる<sup>364)</sup>。

---

362) こうした問題意識について、萩野貴史「不真正不作為犯における『特別な要件』の意義——保障人的地位および（狭義の）同価値性の要件について——」刑ジャ 46号（2015年）22-3頁も参照。

363) 現時点では十分な検討ができていないが、作為義務論においても、たとえば作為犯は「結果に対する原因力を有する」という単一の視点からこれと同価値な不作為を追求するというだけでなく、作為犯の特徴を様々な角度から分析し、それらの視点に相応する要素を複数求める形で、いわゆる多元説を構成するという方向性も考え得るのではないかと解される。この点に関する詳細な検討は他日を期したい。

364) この点についても、今後の検討課題としたい（過失不作為犯について、同価値性の判断が故意不作為犯とは異なり得ることを指摘したものとして、萩野貴史「過失不作為犯における作為義務の意義——明石砂浜陥没事故第2次上告審決定を手がかりとして——」法セミ 769号（2019年）11頁）。