

琉球大学学術リポジトリ

不作為犯の離接的因果関係

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2012-11-22 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, MORIKAWA, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/25434

不作為犯の離接的因果関係

森 川 恭 剛

- 目次
- 1 はじめに
 - 2 不作為犯の因果論的再構成
 - 3 先行行為の二義性
 - 4 因果系列の枝分かれ
 - 5 不作為犯の他行為可能性
 - 6 結びに代えて

1 はじめに

不作為は「無」であり、「無から有は生じない」とされる。したがって不作為犯の因果関係とは、被告人の不作為と犯罪結果の間に成立する、「期待された作為があれば、犯罪結果がなかったであろう」という仮言判断そのことをい、事実上の因果関係を意味しないと考えられてきた。最高裁もこの判断方法を採用し、覚せい剤注射により急性の重篤状態に陥った被害者がホテルの客室に取り残され死亡した事案で、被告人が「救急医療を要請していれば」「救命は合理的な疑いを超える程度に確実」であったとして保護者遺棄致死罪を認めた（最決平成元・12・15刑集43巻13号879頁）。

このような見解に対し、不作為は「無」であるとしても、「有」から「無」への変化の事実は犯罪結果の原因となりうるとする有力な反論が提出されている。実際に最高裁として不作為の殺人罪を肯定した最初の事案では、先の仮言判断を要せず、ただ被告人は義務に反して「医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた」とされた（最決平成17・7・4刑集59巻6号403頁）。被

告人は、生命を維持するために必要な医療措置を受けていた入院患者を強いて退院させた。つまり被告人は「有」（必要な医療措置）を「無」に変えた。

ところが、この事案では、被害者の退院時に被告人の殺意が認められないので、病院主治医に代わり「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」にあった被告人による、その後の適切な医療措置の不在を特に指して、不作為の殺人があったとされた。被告人は、被告人なりの治療行為を過信して不注意で被害者を退院させただけではない、つまり単に過失致死の責任を負うのではないと判断されたと考えられる。では、被告人の不作為（故意犯）は、犯罪結果を現に生じさせたのであろうか。

故意犯と過失犯では、犯罪結果を生起させる事実経過に特徴的な差異が認められる。別稿で指摘するとおり、過失犯の因果系列は偶然に開かれているのに対し、故意犯はむしろこれを閉じようとする（森川「致死傷の偶然と因果関係」本誌次号掲載予定）。そうすると、不作為犯と過失犯も因果的に区別される。故意に何かをしないこと（不作為犯）は、不注意に何かをすること（過失犯）ではない（もちろん過失の不作為犯を否定しないが）。この点を理論的に詰めておきたい。

2 不作為犯の因果論的再構成

花が枯れたのは水をやらなかったからである。同じように授乳懈怠と生後6ヶ月の乳児の死亡、ここに因果関係をみるのは容易である（大判大正4・2・10刑録21輯90頁）。従来の学説は、前述の仮言判断を用いてこれを説明してきた。しかし、不作為犯の因果論的再構成の議論は、近代刑法学の侵害原理の歴史的意義を踏まえるならば、不作為の原因性は事実経過の中で具体的に示されねばならないとし、乳児は授乳されなかったからではなく、授乳されなくなったから死亡したとする新たな認識を示した。つまり、授乳懈怠は犯罪結果を生起させる事実経過の決定的な転換点として把握されねばならない、と。例えば「人

の生命」という一つの「有」は、他の諸存在との相互的な「平衡状態」を動的に保つことで「有る」。このバランスは別の「有」をそこに付加しても、ある「有」をそこから引き抜いて「無」にしても、そのままでは保たれない。乳児を抱える腕は、乳児を投げ出さずとも、ただ力を抜けば乳児を落下させる。それも乳児の生命・身体を危険にする一つの方法である。この意味で「有」も「無」も、ある変化を起こす力をもつと論じられた¹。

こうして、まず、不真正不作為犯に固有の事実経過があることが示されたが、それは他でもなく、作為であれ不作為であれ、犯罪結果に対する原因性をもたせる共通の基盤（「因果構造」）があるからである、と考えられている。つまり人は栄養を摂取して生存するが、彼のこの身体機能を傷害しても、あるいは彼に栄養を与えなくても、彼は栄養を摂取できなくなるのであり、その生命は危うくなるであろう。では、やや焦点を遠ざけて、これを例えば日々の暮らしの次元の「平衡状態」に敷衍するならば、子の生存が親に依存しているという事情のあるかぎり、海で溺れる子を救助しないという親の不作為と、子に栄養を与えないという不作為は、因果的にみて直ちに同等であるといえるのであろうか。しかし、これは不作為の因果論の結論ではない。海で子がどのようにして溺れたか、その理由に無頓着であることはできないからである。そうすると、これは両者の違いが「有」から「無」への変化そのものにあるのではなく、その動態構造にしめる不作為の位置取りにバリエーションがあることを示唆しているかもしれない。

次に、不作為の因果論は、作為義務の「引き受け」の議論が、同様に事実経過にこだわる不作為犯論であることを高く評価する。後者が義務論から出発しながら、作為義務の根拠について事実経過への具体的依存性を指摘するのは、そうすることで犯罪結果を回避すべき作為義務者が具体的に特定されるからである。彼の不作為こそが「期待される作為」に反転して仮言判断の前件になる。

¹ 梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』成文堂、2001年、256頁以下。

前述の最高裁の不作为殺人の事例では、退院前の主治医の退院後の不作为ではなく、医師に代わり「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」にあった被告人の不作为が、犯罪行為であると目されている。しかし、義務論（人的違法論）として、この同一性（彼の不作為が犯罪であるという必然的關係）をいうために、彼の不作為（行為）と犯罪結果の因果關係（原因と結果の必然的關係）を示すことは必須ではないはずである。彼が義務違反者であること（その義務の懈怠が違法であること）をいえば足りるからである。そのためには個別具体的な身分關係に基づく作為義務が各別的に明文で列挙されることが望ましいが²、予見可能な犯罪結果にはその回避義務が課されるという一般的な義務規定を設けることも一つの方法であろう（犯罪とは基本的に客觀的注意義務違反の過失犯であると解されることにもなりえよう）。この場合、具体的な結果回避義務の認識根拠となって作為義務者の前に置かれるのが、まさしく事実経過であると考えられるであろう。これに対し、犯罪を法益侵害であるとして違法論において結果無価値論を採用するのであれば、彼が犯罪をしたこと、その同一性（必然性）を因果的に示さねばならない。つまり義務論では、構成要件の結果に対する原因性は、事実に示されねばならないものではない（作為犯と不作为犯を問わず抽象的な仮言判断そのもので足りる）。しかし、不作为の因果論は、それなのに義務論が作為義務の事実上の「引き受け」に注目し、彼の排他的支配領域で、あるいは彼への具体的な依存關係の中で、犯罪結果を生起させる危険性が増大するなど理論を深めるところに³、義務論から因果論への接近、すなわち侵害原理の承認という重要な意義を見いだした。

不作为の因果論によれば、ある種の不作為は法益侵害をもたらしうるから禁止の対象になる。すなわち作為の命令（義務）の根拠は価値侵害の事実にある。

² 内藤謙『刑法講義総論（上）』有斐閣、1983年、240-2頁。

³ 堀内捷三『刑法総論』第2版、有斐閣、2004年、60頁、西田典之『刑法総論』第2版、有斐閣、2010年、118頁以下。佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙、他編『刑事法学会の課題と展望』成文堂、1996年、108頁以下。

個別事案への法適用において、もっぱら遡及的に規範の確証があることは、一見すると作為犯と対照的である。しかし、殺人罪や傷害罪と同様に人の生命・身体を保護法益としながら、危険犯として遺棄罪が行為客体を特定の「扶助を必要とする者」とするのは、老年者や幼年者を扶助すべき特別の義務を負う者の存在を前提にしており、それはすでに特定者に対して作為（扶助）を明らかに命令している。したがってこれは不作為の因果論の例外規定である⁴。ただし、もしこれを特定の作為義務者に対して一般的な結果回避義務を課すものであると義務論的に解するとき、それは遺棄の保護者と殺人の保障人の区別、あるいは不作為の共同正犯か従犯か、という作為義務者の種別を、作為義務の内容において示すことの困難さとして、作為義務論にも跳ね返ってくる問題であろう。

そこで因果関係論としては、侵害原理の歴史的意義を踏まえて、不作為による殺人と保護者遺棄致死を、結果回避義務の不作為として同等視するのではなく、因果的に特徴の異なる事実経過を辿るものとして区別してみることが考えられる（保護者遺棄致死を取り上げるのは、単純遺棄が不作為を含まず、また保護義務が「引き受け」によると説明されるからである）。保護者遺棄致死罪の行為客体である「老年者」「幼年者」等は殺人罪の行為客体である「人」でもあるから、不作為の因果論によれば、前者の行為主体の具体的な作為義務は、先行行為による事実経過を認識・予見することそのことに由来するのではなく、後者の行為主体の他行為可能性とは異なる内容において、それでもあくまで「人」に対する価値侵害の原因であるかぎりの不作為の禁止を根拠として、つねに遡及的に明らかにされるであろう。ということは、被害者の生命侵害の認容の有無が必ずしも両者の分かれ目ではないことにもなる（結果的加重犯の加重結果に過失を要すると考えるとき、犯罪結果に対する過失があり、故意がないことは、単に主観的な差異にとどまらなないと考えられる）。むしろこのようにして、保護者遺棄致死で

⁴ 遺棄罪の沿革について大塚仁『刑法論集(2)』有斐閣、1976年、89頁以下。

あれ不作為の殺人であれ、あるいは作為犯であれ、個別具体的に被告人に対して他行為の可能性を示すことが（自然犯を原則とするかぎり）、刑事責任を問うという実践判断において相応しいと考えられる⁵。ともかく不作為犯に内容を因果的に盛り込まなければ、それは単なる不注意の「無」へと薄められていくと思われる。

3 先行行為の二義性

不作為の因果関係に関する代表的な三つの判例に即して考察を進めよう。

事例一 ホテルの客室で被告人により覚せい剤を注射された被害者は、心身の重篤な状態に陥ったが、救命の可能性を残していたにもかかわらず、被告人が救急医療を要請せずその場を立ち去ると、間もなく急性心不全により死亡した（前掲最決平成元・12・15）。

事例二 脳内出血により緊急入院した被害者は、意識障害があり、痰の除去や薬剤及び水分の点滴等の治療をうけており、生命に危険はないものの、数週間の入院治療を要する状態にあったところ、被告人は、被害者に独自の治療を受けさせるため、点滴装置等を取り外して退院させ、ホテルの一室に運び込ませたが、そのままでは同人が死亡するおそれがあることを認識していながら、適正な医療措置を受けさせないで同人を痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡させた（前掲最決平成 17・7・4）。

事例三 営業所事務室で股火鉢をしながら残業していた被告人は、可燃物への引火の危険があるのに、別室で休憩仮眠をとる過失により、木机等を燃焼させたところ、仮眠から覚め事務室に戻りこれを発見したのに、そのまま放置すれば火勢が拡大することを予見しながら、同所を立ち去るという不作為の放火行為により、同営業所及び近隣住宅等を焼損した（最判昭和 33・9・9 刑集 12 卷 13 号 2882 頁）。

事例一から三は、被告人の不作為が、海で溺れる子に対するそれのように、すでに犯罪結果への可能性のある因果系列に対して介入しない「無」である点

⁵ 生田勝義『行為原理と刑事違法論』信山社、2002年、176頁以下。

で共通する。しかし、事例一と三では犯罪結果を生起させた因果系列が、被告人自身の先行行為を原因とするのに対し、事例二では被害者を「痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡」させた因果系列の起点は、被告人の行為から孤立したところにある。さらに、それぞれの因果系列の特徴をみてみよう。

事例一の因果系列の起点は被害者に対する覚せい剤の注射である。被告人は被害者と「共謀のうえ」、その左腕部に注射したが、その目的は当時13歳の被害者と性交渉をもつことであったとされているから（第一審）、ここではこれを被告人による行為であるとする。そして覚せい剤の薬理作用により被害者の生命は危険な状態に陥った。それは致死傷の結果を（目的とせずに）随伴した不注意な行為であった。覚せい剤の薬理作用に被害者の死因があることを否定できない。

同様に事例三では、まず被告人の不注意による出火があり、それから火勢が拡大し、やがて建造物を焼損させ、さらに近隣に延焼の被害を生じさせた。最初の失火が「股火鉢の」「不始末」という一連の作為と不作為による点で事例一とやや異なるが、被告人の過失行為から犯罪結果が生起したという因果系列を孤立化できる点では同じである。ただし、事例三の被告人には犯罪結果の具体的な予見と認容があった。

これに対し事例二では、第一審が被告人の行為として作為と不作為の「一連の行為」を取り出し、これをもって殺人の実行行為であるとしたのに対し、前述のとおり控訴審は、被害者を退院させる被告人らの作為に殺意は認められないとし、殺人は不作為によるとされた。これにより事例二でも、被告人の先行行為を理由として、被害者の生命救助の作為義務を導きうるようになった。一見すると、この先行行為は海で子を溺れさせるような（乳児を抱える腕の力を抜くのではなく、放り投げるような）、被害者の生命を危険にする作為である。それゆえ、この先行行為を因果系列の起点であると捉えたい。ただし、被告人はより適切な代替医療を被害者に施そうとして、そのために被害者を退院させ

たのであるから、ここでも被告人の目的系列にとって被害者の容態の悪化は偶然であった。それは治療行為の正当性（医学的適正性）に関する錯誤に基づくものであったともいえるが、しかし、被告人は「脳内出血等の重篤な患者について救命治療を行ったことは一度もなかった」のであり（控訴審）、その治療方法は退院前の医療措置に相当する適正性を経験的に約束されていなかったのであるから、この点でそれはいかにも軽率な治療方法の変更であり、そこに被害者の容態に応じた注意深い治療行為の選択があったとはいえないであろう。したがって被害者を退院させる行為には少なくとも被害者の容態の悪化を招く過失があったといわねばならない。しかも被告人の治療行為とは非科学的であったから、第三者にとって容態悪化の経験則上の予見は極めて容易であった。これは退院前の治療方法が生命の危険の有効な回避措置となっていたことから、合理的に推論できる相当な予見である。そうすると、被告人の先行行為は、行為客体を場所移動させる過失の作為であるはいえ、治療方法の変更を目的（結果）とする手段（原因）の行為でもあるから、因果的には、それは適正な医療措置の必要な行為客体に対する、その措置を施さないという不作為として取り出しうる。このことは被告人の共同正犯である被害者の長男 A の立場からみると了解できる。A は甲なる「有」を「無」にして、乙なる「有」に代えようとした。こうして、ここでは先行行為は二義的である。つまり消極的であるようにみえても、他方でそれは積極的な「有」の現前でもある。そして事例二で被害者がどのようにして死亡したかという事実経過は、入院後の被害者に対する適切な医療措置、つまり取り去られた「有」を考慮しなければ全体的具体的に把握できない。

以上を整理すると、事例一は被告人の過失行為を先行行為としており、これにより被害者が生命の危険に陥ることを被告人は意図していなかった。事例三は被告人の過失による先行行為に不作為を指摘しうる点で事例一と異なるが、その先行行為の結果は、事例一と同様に、被告人の意図するところではなかつ

た。事例二は被告人の過失による先行行為に不作為を指摘しうる点で事例三と同じであるが、犯罪結果を後に導いた因果系列の起点が被告人の先行行為にない点で事例一と三と異なる。このように異同を指摘しうるが、いずれにせよ、その先行行為の直接の結果は、被告人のもとと意図せざる目的的外偶然であり、しかし、これがさらに深刻な犯罪結果を導いた。つまり、いずれの被告人も、先行行為による目的外の偶然の結果（先行行為における不注意の結果）を引き受けた状態で、不作為犯の行為があったとされている。ただし、事例二だけは、引き受けるべき事実に対する十分な認識をもって先行行為が行われているので、目的的外偶然はその半面における因果的必然の意味を帯びて、すでに偶然性の程度を減少させている⁶。つまり事例二では、海で溺れる子、授乳を絶たれた子を積極的に引き受けて、あたかも救助者を制止するように事実が経過したのであり、すなわち先行行為において「有」を「無」にする決定的な転換点⁶が、つまり不作為犯が早くも先取りされているような印象を与える。

ともかく事例一から三の被告人は、その「期待された作為」の懈怠の責任を問われなくても、少なくともその先行行為について責任を問うことができたと思われる。つまり事例一では、過失傷害の事実が延いては過失致死の結果を招いた。事例二では、入院中の患者を過って退院させて死亡させたのであるから過失致死とすることができる。事例三では火鉢の不始末から延焼したのであるから失火である。このように被告人の先行行為と犯罪結果を単線的な因果系列で結ぶことができる。しかし、私たちが被告人を不作為犯として問責しようとするのは、第一に、そのような因果系列の孤立化が、なお十分に具体的全体的でなく、事実経過を適切に把握していないからである。というのは、こういうことである。過失犯の因果系列は偶然に開かれている。しかし、先行行為による因果系列は犯罪結果を（いかにも合法則的に）生起させている。この必然性が

⁶ 「目的的外偶然」と「因果的必然」の関係について九鬼周造『偶然性の問題』岩波書店、1935年、115-21頁。

事実経過に即してまだ十分に説明されていないのである。

第二に、それにもかかわらず、私たちはそこに犯罪結果の不可能性をみているからである。先行行為は、たしかに一方で、犯罪結果への可能性をもたらす、それは理論的には過失行為であることを要しないが(善意の承継もありうる)、その犯罪結果を未だ目的とせざる先行行為者において、他方で私たちは犯罪結果回避の措置がとられることを予期する。これは根拠のない期待ではないのであり、そのような先行行為者がそこに存在することで、犯罪結果の不可能性が現実化するわけである。この意味で先行行為はつねに二義的である。作為義務論が「法的評価以前の観念」を持ち出して「作為可能性」を不真正不作為犯の要件であるとするのは示唆に富む。それは社会的に期待される作為の客観的・主観的な根拠を尋ねる問いである⁷。作為可能であるなら、すなわち不可能性がある。したがって、不作為犯の因果関係を判断するためには、犯罪結果への可能性と不可能性の相克的・相乗的な事実経過を把握せねばならないから、優れて離接的(選言的)な方法が求められる。

4 因果系列の枝分かれ

存在の否定について論究した九鬼周造は「否定判断は自己自身では落ちつけないもどかしさを有っている」「否定判断は出発点に肯定判断を仮定するのみならず、到着点に肯定判断を仮定している」と指摘した。同様に私たちが問題にする不作為「甲」も期待された「乙」を出発点に仮定し、「甲は乙でない」の否定判断は「甲は非乙である」の無限判断を意味する。ところが無限のものを不定に立てても「事態に迫り行く心は未だそこに落ちつくことは出来ぬ」。したがって私たちは「甲は丙である」というような肯定判断に到達しなければならない⁸。つまり、その不作為とは何をした行為なのか、と問わずにおれない。

⁷ 佐伯千仞『刑法講義』第4版、1981年、157-8頁。

⁸ 九鬼周造『人間と実存』岩波書店、1939年、54-6頁。

私たちは侵害原理の歴史的意義を踏まえて不作為の原因性を把握しようとしているのであるから、犯罪結果との関係で何らかの肯定判断（同一性＝必然性の判断）ができたとき、初めて落ちついて行為責任を問えるであろう。

周知の仮説的偶然の例を取り上げて展開してみよう。瓦が屋根から落ちて風船に当たり破裂した。これは偶然の結果である。ここでは、風船は破裂せず、さらに空を舞ったとしよう。瓦は微かに軌道を修正して落下した。瓦の動きを示す因果系列は、風船の動きを示す因果系列の介入（偶然）をうけたが、ほぼ動じることなく、地面に衝突し、そこで静止した。他方で風船は、瓦との接触に影響されたとはいえ、相変わらず空中を浮動している。つまり二つの独立した因果系列は偶然に邂逅し交叉するが、しかし、それはつねに一方が他方を取り込んで、一つの因果系列として孤立化されねばならぬものであるとはかぎらない。つまり偶然の編み目は次の偶然を編むために因果系列を分岐させている。

マリオ・ブンゲによれば、因果系列の単線の孤立化は「短い時間間隔」においてのみ有用な虚構である。存在論的には因果線は枝分かれし、収束する複雑さにおいて展開するからである⁹。そして過失犯や共犯では、因果系列の融合があるとみなければ、競合的・共同的に犯罪結果を生起させる事実経過に迫ることはできないであろう。ここでは「有」を「無」にする不作為の因果系列を、先行行為による二元の邂逅後のその枝分かれにおいて、把握することができないかを考察してみよう。

事例一では、被告人と被害者が出会いホテルの一室で覚せい剤を使用した。二つの因果系列の偶然なる邂逅がある。しかし、被告人が被害者に覚せい剤を注射したため被害者が重篤状態に陥ったという簡単な因果系列の孤立化は、子細をみると、被告人を覚せい剤の注入主体とし、被害者をその注入客体としただけで、被害者の身体の状態など被害者側にある諸事情を捨象していることが分かる。もし覚せい剤の注入行為が被害者の傷害を目的としていたのであ

⁹ マリオ・ブンゲ『因果性』黒崎宏訳、岩波書店、1972年、139-48頁。

れば、そうした因果系列の孤立化が妨げられるのは、ありえない偶然、つまり不覚にも微量の注入であったのに、被害者が偶々事前に服用していた特別な薬剤との特別な反応がその場でその時にかぎり起きたというような驚異的な偶然があったときだけである。事例一の覚せい剤注射を被告人の過失行為とするのは、被害者にとってそれは、実際には短時日内の少なくとも3回目の注射であり、被害者が重篤状態に陥ったのはその影響を無視しえないが、被告人がこの点を認識していたのに覚せい剤の使用量を調整していないところに不注意をみるからであろう。つまり、被告人の目的系列は因果系列と合致していないが、覚せい剤注射の行為客体がそのような被害者であることの偶然を小さいとみることができるので、被告人にとって、また第三者にとっても、覚せい剤注射によって被害者が重篤状態に陥ることは予見可能であったといわねばならない。

このように（予見可能性を手がかりとして）被告人の注射行為を起点とし、被害者を単なる行為客体とする因果系列が孤立化されるが、被告人はある時点で被害者のもとを立ち去り、被害者はホテルの客室内に取り残されて死亡した。この被告人の不作为の行為により、その因果系列は、次にどのような可能性と偶然性に関わって、結果的に被害者を死亡させたか、と離接的に問うことができる。事例一における課題は、先行行為による過失傷害から致死へと偶然に関わった事実経過を認めることで飽き足らないのであれば、この因果系列から「有」を「無」にする不作为の因果系列が枝分かれして、そのことでどのように偶然が排除され、犯罪結果の不可能性を後退させていったかを把握することである。

さて、事例三では、被告人は事務室に戻ってきたため不作为の放火罪に問われたが、被告人がそのまま別室で仮眠していたとするならば、上告趣意にあるとおり、それは失火罪とする以外にないであろう。消火困難な程度まで火勢が増すという因果系列に対し、彼の不作为が無力であったなら、彼を放火罪とす

ることは、因果的に考察するかぎり、できないといわねばならない。しかし、彼は火勢の拡大を実際に認識し、さらなる拡大を予見できた。これをもって被告人は故意犯であるとされたのであり、つまり被告人の目的系列と因果系列の合致において、因果系列がいわば閉じられ、偶然が排除されたと考えられたのである。しかし、そのためには、火が単に燃え広がったというだけでは事実経過の把握として不足があるであろう。彼が消火措置をとらないで現場を立ち去るという因果系列の枝分かれが、どのようにして犯罪結果を生起させる因果系列に介入する偶然を排除していたかを示していく必要がある。例えば、彼が事務室に戻ったことが、宿直室の三人の宿直員に対し、事務室の安全確認の意味をもったため、宿直員による消火活動が妨げられたとか、あるいは他に誰も居合わせない事務室の照明を付けたまま被告人が立ち去ったため、火勢拡大の発見が遅れたとか、要するに彼の不作為が火勢拡大のための時間と空間を与えたことが説明されねばならない。

もちろん、これだけのことであれば、それは共犯でいえば見張りの補助的役割にすぎない。しかし、被告人と火鉢の燃焼力との、被告人がその拡大を認識したことによる再邂逅は、このことによって、なお特別な意義をもちえたかもしれない。すなわち、彼はもともと短時間の休憩をとろうとしていたにすぎず、その「再」邂逅そのことが、火勢拡大の不可能性を約束する否定的偶然として予期されてあったことが考えられる。にもかかわらず、彼は立ち去ったので火勢をさらに拡大させた。火は、喩えるなら、籠を出た鳥が自由に飛び回るように燃え広がる。つまり正確に言えば、被告人が事務室をいったん離れて戻るとは因果系列の再邂逅ではなく、彼は鳥籠の役目で、火力を制御していたはずであった。しかし、まるで事例三はそうではなかったかのように、不注意のある先行行為と被告人の立ち去りを同等の「無」とであると錯覚させてしまう。そうなる火鉢の不始末（不注意）さえなければ火勢の拡大もないのであるから、被告人に消火義務違反の故意があったとして放火犯であるとするのは、やや恣

意的であると思われてならない。しかし他方で、その一連の作為と不作為からなる過失による先行行為は因果的に「有」であり、火のないところに火をおこした「有」であるからこそ、失火とはいえ、因果系列の起点として重視したくもなる。事例三は、このジレンマを抱かせる。

それゆえ、むしろ最初の「無」（不注意）を取り払ってみると、股火鉢は火勢の拡大の不可能性を肯定する（偶然化しない）ことが分かる。同様に、被告人は営業所を離れるまで、先行行為の「有」（火勢）と「平衡状態」を保つべきもう一つの「有」として、そこに（営業所内に）存在したと捉えてみよう。つまり、ここに先行行為の二義性がある。これを「無」にしたのが被告人の立ち去りである。このとき因果系列は枝分かれしたが、このことによって、火勢の拡大という因果系列が、その偶然を排除して、すなわち新たに認容された目的系列と合致しながら、因果的必然の様相を呈して、その可能性を増大させて犯罪結果を生起させた。しかし、このようなことが示されなかったので、一方で被告人の「火力を利用する意思」（ここでは先行行為における過失の「重さ」とその「発覚のおそれ」の隠蔽を指摘しうるにすぎない）の悪意を強調しながら、他方で「犯情の情状憫諒すべきものがある」（第一審）として、酌量減輕をして、やや無理をして不作為犯として彼の責任を問うことになったのであろう¹⁰。

これに対し、事例一の被告人も現場を離れているが、その不作為は事例三のように「平衡状態」がくずれる重要な転換点にはなりえなかった。彼がホテルを立ち去ることは、一方で第三者（例えばホテル従業員）による救助的偶然の介

¹⁰ 大阪地判昭和43・2・21下刑集10巻2号140頁は、自宅の天井裏に転げ落ちたロウソクの火が消えたものと軽信した被告人が、後に白煙を認めて出火を確認したのに消火しないで外出したのは放火にあたるとしたが、本文の説明がよくあてはまる事案である。また、二件の火災につき不作為の放火罪の成立を否定した仙台高判昭和30・4・12高刑集8巻3号319頁は、一件目につき、「一挙手一投足の労を以て」消火の措置がとられなかったのは、被告人が「簡単に火が消え去ると思った」からであるとし、また二件目も、「自分一人で消しめることはできないと判断した」被告人には、それでも「結果の発生」の「認識」「認容」がなかったとした。先行行為による犯罪結果の不可能性の現実性を否定して、不作為犯にあたらぬとしたものと考えられる。

入に対する被告人による排除を難しくしたが（一般的に否定的偶然を排除し、肯定的偶然＝目的必然を介入させることで可能性は増大する）、他方で、被告人はこれを見込んで、その否定的偶然の介入の可能性を減少させることができた。実際に被告人は、成り行きを偶然に委ねたというより、その主観的な制御を試みて、事情を察したホテル従業員に対し被害者が重篤状態になく、しかも一時の外出にすぎないと虚偽を伝えて、はっきりと救助可能性を減少させてから立ち去っている。ここに犯罪結果に対して分岐する不作為の因果系列を孤立化できる契機がある。前述のとおり、これだけでは見張りの幫助的役割にすぎないが、さしあたりホテル従業員等の「有」を「無」にして、因果系列の枝分かれにより過失傷害を（保護責任者として）致死へと方向づける、可能性の目的的な増大があったことをつかんでおきたい。

もちろん、被告人の立ち去りは、彼自身が救助的偶然であることを止めたことを意味したのであるから、その存在自体が現前させていた犯罪結果の不可能性をも偶然化させてしまった。しかし、事例一と三を比較するとき、先行行為者が担いうるその現実性には濃淡があることを認めないわけにいかない。一般的にいて、火勢の拡大に対して為しうる選択肢は限られているのに対し、覚せい剤の急性中毒者を前にすると色々な方法を取りうる。後者では何が最善であり、その最善を選択できるかは状況に依存する。事例一の被告人も、立ち去る前に「とりあえずはホテルのメイドを呼ぼうという気になり」、そして女性従業員2名が部屋の出入口まで来たが、そのとき偶々知人が被告人を迎えに来たため、「何とか自分たちで処置できるのではないかと考え」、同女らを引き取らせている。また被告人はその知人と「救急車を呼んだ方がよいのではないかなど」と善後策を話し合っている（第一審）。先行行為によって「平衡状態」がどのような推移をみせてどのレベルで保持されていたか、そのとき犯罪結果の不可能性がどのように現前していたかは事例毎に丁寧に把握されねばならない。

このように事例一の被告人には逡巡があったが、それというのは、覚せい剤が被害者の中でどのように作用して心停止させるか、その機序は被害者の意識状態の変化も含めて、ともかくその心身の状態に大きく依存するからであろう。被告人は立ち去ることで、この面の否定的偶然を排除すること（被害者の回復を妨げること）はできなくなった。実際に医学的には救命可能であったことを否定できない時点で被告人はホテルを去ったのであるが、それから被害者の中で何が起り、また何が起りえたかは、正確にはつかみえないし検証も不可能である。被害者が「錯乱状態に陥り部屋の中で動きまわるなど活発に動作していた段階」から、その後「体を活発に動かさなくなった段階」に移行したとする鑑定結果があり（控訴審）、また、被害者の「死体が発見された際、死体の位置、姿勢は被告人らが立ち去った時とほとんど変化がなく、同女の額の上に乗せられた濡れタオルがずれ落ちておらず、かぶせられた浴衣もほとんど乱れていなかったこと等の事情」が認められる（第一審）。しかし、被害者が「身動きしなくなった原因が睡眠状態にあったことによるものか心臓機能が著しく低下したことによるものか分からない」（第一審）。これらは被告人には被害者が死亡することの徴候であるとは認識されていなかったのであろう。控訴審も、被告人が被害者の「生命の危険はないと確信」していたとする弁護人の主張に対し、前者の錯乱状態の段階で被害者の容態が「軽微な一過性の症状の発現などではなく」「病者」として重篤であったとみなしたが、致命的であったとは述べていない。そして救急医療を要請しなかった被告人の（救急医療を要請すべきであったとしても、そうしなかったことについての）不見識や非常識を示唆する記述は各審級の判示にみられないから（加重結果に過失を要しないとされているからであると思われる）、そこには事後的な第三者にも断定を許さない偶然の事実経過があったと考えられる。ここに、被告人の主観の問題を離れて、事例一を故意の殺人と評価させない理由があると思われる。ただ件の因果系列は、遺棄目的の効果をえてなお偶然に開かれて、犯罪結果への可能性を実現させた。

5 不作為犯の他行為可能性

事例一では、第一審が、被告人は救命可能性の失われるまで室内にとどまり続けたとも考えられるとして、遺棄致死ではなく、むしろ遺棄にすぎないとしている。これに対し控訴審は、被告人が立ち去る前には十分な救命可能性があったとして不保護による致死の因果関係を肯定した。たしかに、救命措置をとっていれば死亡しなかったであろうという仮言判断そのことをもって、つまり被告人の行為を単なる不救助の「無」であるとして、因果関係の有無を判断するのであれば、事例一では、いつ立ち去るか、そもそも立ち去るか否かは、結論の違いをもたらさない。しかし、この行為選択を捨象して、被告人の行為責任を適切に問うるかは疑問である。また、そこには次の理論的問題が潜んでいた。致命傷をうけた被害者に対して、加害者はその原因行為のゆえに生命侵害回避の義務を課せられているとするなら（立ち去りの有無は意味をなさず）、被害者の救命可能性があるのに殺意のない加害者が何もしないと保護者遺棄罪が成立し、殺意があると不作為の殺人罪が成立しうる。これは一概に否定できない論点を含むが（単純ひき逃げと遺棄罪の関係など）、犯罪結果の不可能性（救命可能性）の現実性をまったく捨象している点で（先行行為の二義性、つまりここでは先行行為者の他行為可能性を考慮していない点で）、いたずらな一般論であり実践的でもない¹¹。

事例二の被告人は「医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた」とされる。つまり被害者の救命可能性がなくなるまで、被告人は立ち去らなかったのであるが、同時に有効な救命の措置をまったくとっていない。しかし、事

¹¹ 盛岡地判昭和44・4・16刑月1巻4号434頁は、自動車事故により瀕死の重傷を負った被害者を助手席に運び入れ、現場から逃走中の車内で死亡させたとして業務上過失致死罪を認めたが、受傷の程度から客観的に救命可能性がないので不作為の殺人ではなく、また殺人未遂とするためには「被害者を病院へ搬送して治療を受ければ救護可能であると考えていながら、敢えてその意思を放棄し、病院に搬送しないという不作為に出ることを要する」が、そもそも被告人に救命可能性の認識はなかったとした。これは主観的・客観的に犯罪結果（被害者死亡）の不可能性の現実性がないことを説明したものと解される。

例二では、仮言判断を要せず、因果関係が認められたことは強調されねばならない。

前述のとおり事例一では、被害者の救命可能性がいつなくなったかは、被告人がいつ立ち去ったかに、ほとんど依存していないとみられる。なぜなら被告人の立ち去りは、ホテル従業員に対し短時間の不在であると伝えられていたからであり（つまりホテル従業員にとって立ち去りはないも同然であり、それゆえ救助的介入がありえた時間と立ち去りの時間は相関しない）、また覚せい剤の効果は被害者の健康状態に大きく依存するからである。したがって事例一は、被害者を遺棄して（立ち去って）その生命・身体の危険を増大させ、さらにその因果系列をなお偶然に開きながら致死結果を生じさせた過失のある不作為犯（保護者遺棄致死罪）であると把握された。

しかし、その事実経過の特徴は、救命可能性がいつなくなったかを明示できないところにある。そこが認識の限界というだけでなく、偶然に開かれているので、被告人に対し、仮に彼が室内にとどまり続けたとしても、いずれにせよ救命のための措置をとるべきであった（具体的には救急医療を要請すべきであった）と作為義務を示して、法益侵害への不安をぬぐい去りたいという思いに駆られる。しかし、そうすると、仮に被害者自身が病院に向かおうとしたのを被告人が制止するなどして、不作為のまま被害者の死亡を確実にしていたとしても、あるいは反対に、その動機はともかく、懸命に介抱していたとしても、これらは捨象されてしまう。ここに義務論の皮肉なもどかしさがあるように思われる（もちろん覚せい剤にせよ、アルコールにせよ、急性中毒をおこしたら救急医療を要請すべきであることを否定したいのではない）。しかし、事実経過をみると、被告人は、救急医療による救命可能性が残っているのに、被害者を遺棄して（立ち去って）、そのときにホテル従業員の「有」も「無」にして、犯罪結果の不可能性を偶然化させており、また、そこに被害者を死亡させてしまうことになる不注意もあったと把握できる。したがって被告人に対し、立ち去るのではなく、むしろホテ

ル従業員等の手を借りて早く被害者の救助に努めるべきであったし、また立ち去るとしても彼らによる救助可能性を残しておくべきであった、とより具体的に他行為の可能性を示して、その行為責任を問うことができる。殺人ではなく、遺棄による致死の罪を適用するのであるから、救命できないとしても、そこを不問にして何をすることができたか、被告人はこの行為選択の問題に直面していたと考えなければ理論的に整合しない¹²。

これに対し、事例二の辿る事実経過はもっと把握しやすいので、義務論の抽象性を隠すことができる。つまり、どのような「有」を「無」にする不作為があり、どのように被害者の救命可能性がなくなったかを把握しやすいのである。それに、仮言判断の方法で一般的な結果回避義務を被告人に示したところで、最高裁によれば被告人が被害者を「救命できるとする根拠はなかった」のであるが、被告人としては、彼なりの措置をとっており義務は尽くしていたのである、とする違法論の対立を招くであろう¹³。

事例二の被告人は「手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高める」「独自の治療」をする「特別な能力を持つ」とされ「信奉者を集めていた」（最高裁）。被害者とその長男 A も信奉者であり、

¹² 未熟児が産院で放置され死亡した事案を保護者遺棄致死罪としたのが判例である（最決昭和 63・1・19 刑集 42 卷 1 号 1 頁）。これを墮胎の罪の範囲で考えるなら胎児殺であるが（辰井聡子・刑法判例百選Ⅱ各論第 6 版、有斐閣、2008 年、23 頁、石川友佳子「母体外に排出された胎児に関する一考察」福岡大学法学論叢 55 卷 3・4 号、2011 年、351 頁）、死の認容があってもともかく殺人罪にはならない。しかし、墮胎を胎児の生命侵害であると考えとしても、そこに「人」の可能性が認められたときには問いが提起されるであろう。未熟児の生育可能性は「人」の「生命」侵害の不可能性の現実性がどのように現れ出てくるかという事実経過と相関関係があるので、医学的な生育可能性の有無は直ちに「人」の「生命」を約束することはできず、「人」の「生命」の可能性と不可能性の揺れる現場で、救命の規範的命命をときに差し控えて（「生命」は「胎児」のものか「人」のものかの線引きをいったん保留して）、被告人は何をすべきであり何をすべきではなかったか、と作為・不作為の可能性を問わざるをえないことがあると思われる。

¹³ 最高裁判例解説（藤井敏明・平成 17 年度 184 頁以下）は、被告人による代替医療が被害者家族からの依頼によるものであるとしても、それは被害者の生命維持を条件としていたと考えられることを指摘して、被告人の救命の作為義務を否定する理由にはならないとする。

Aが被告人の指示を仰いで、被告人による治療を選択したため、被害者は退院させられホテルに運び込まれた。しかし被告人は、被害者の容態をみて、このままでは死亡する危険があることを認識しながら、退院の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、独特の代替医療を続けた。それだけでなく被告人は、被害者の妻Bが被害者に水分を取らせようとするのに対し、その必要がないと説明し、また痰の詰まりも案ずるほどのことではないとし、痰が詰まって被害者の呼吸が停止したと考えたAが痰を吸い出そうとしても、背中をさするだけでよいと指示し、まもなく脈拍が停止しても「大丈夫」であると述べ、あげくは死体が異臭を発するようになってからもAらにその介護を続けさせた。

つまり被告人は、被害者に適正な医療措置を受けさせなかったが、被害者を「放置した」というのはかえって誤解を招きそうである。被告人は、被害者を死亡させる可能性をもつ因果系列に介入する否定的偶然を目的的に排除しているのであるが、その救命可能性が失われていく経過は、痰がのどに詰まって呼吸ができなくなるなど、容易に予見可能な範囲に収まっている。というのは、被告人やAの反対を押し切り、Bが再び被害者を病院に運び込む可能性は現実にはなかったし、さらに被告人が代替医療を放棄することもありえなかった。つまり、それは起こるべくして起きた犯罪結果であるとはいえ、しかし代替医療を施しながら、同時に被害者の気道を確保して適度に水分や栄養を補給してさえいれば、その救命可能性は失われなかったのである。そこに犯罪結果の不可能性が確かに網渡りするような現実性があった。つまり、そこに「有」を「無」にした被告人の不作为の具体性と明白な他行為の可能性がある。

前述のとおり事例二は、被害者が退院させられたことにおいて、被害者を死亡させる原因性のある不作为が先取りされていたかのような印象を与えた。しかし、そこに重要な転換点があったのではない。被害者は明らかな救命可能性をもって、被告人に「全面的にゆだねられた」。被告人の不作为は、この救命

可能性の現実性、つまり「有」を「無」に変えた。この意味で「必要な医療措置」を受けさせないという被告人の不作為の因果系列は枝分かれして、もう一つの因果系列を被害者の死亡へと決定的に方向づけた、すなわち不可能性を偶然化させて可能性の必然化に反転させている。ここに不作為の原因性の幅のある事実経過を認めねばならない。

なお、事例二の先行行為は、交通事故の被害者を、救急車に乗せないで、搬送する引き受け行為に類似することを付言しておきたい。この場合も、十分に救命可能であるのに、途中で病院搬送の意思が失われると不作為の殺人罪の成否が問われる。命綱が断たれると評価できるからである。ただし、ここでも客体の場所移動に作為の行為性を認めうる。移動そのことにより客体に負荷がかかりうるし、また外部環境の変化も客体に影響を及ぼすからである。したがって移置の作為が死の危険性を増大させうるし、同時に、不救助の不作為が死の不可能性の現実性を奪っていく。場所移動は他人による救助をさらに難しくするものでもありうる。つまり、ここでは引き受け行為を先行行為として¹⁴、不作為の因果系列が枝分かれするが、同時にこの先行行為自体の因果系列に共同原因性を認めうる。作為と不作為は、何も排他的ではなく、因果性の実事経過の中で行為性を重ねることができる¹⁵。そして被害者を置き去りにしてから、その死の可能性（実在的危険性）を不可能性に転じる大きな救助的偶然が介入すれば未遂罪が適用される¹⁶。

¹⁴ 自動車事故の過失行為を先行行為とする不作為の罪は、道路交通法の救護義務違反として処理される（谷口正孝「ひき逃げの刑事責任」青木清相、他編『過失犯(2)』有斐閣、1966年、245、253頁）。なお、東京高判昭和37・6・21高刑集15巻6号422頁で被告人は重傷の被害者を車道上から歩道上に移動させたが、これは救助行為の類であると思われるので、その後、置き去りにされた被害者が側溝に転落し死亡したとしても、引き受け行為による不作為の罪は成立せず、自動車事故による過失致死と評価すべきであったと考えられる。

¹⁵ 前田雅英『刑法総論講義』第5版、東京大学出版会、2011年、129頁。

¹⁶ 宗岡嗣郎「可罰未遂の限界」九大法学39号、1980年、173頁、同、梅崎進哉『刑法学原論』成文堂、1998年、160頁以下。ただし自動車事故による受傷も軽度で、死の実在的危険性が現実化していないときは遺棄（致傷）の罪が適用される（大阪高判昭和30・11・1高刑裁特2巻22号1152頁）。

6 結びに代えて

先行行為によって「平衡状態」は容易ならざる可能と偶然の現実世界に投げ出される。したがって救命可能性（犯罪結果の不可能性）とは、救命の予測可能性と同じではないし、単に主観的なものでもない。例えば、ボートの上から幼児が海へ飛び込んだとしよう。幼児は泳げないが、溺れることをまだ理解できていない。彼は楽しもうとただけで、危険性の認識がないが、それは知識がないからであるというより、ボートの上には親がおり安心があったからである。幼児にとって親がいるかぎり海に危険はなかった。なぜならいつも助けてくれるからである。それゆえ、この幼児には救命可能性の現実性があった。それは未来を先取りして現実的なものとして「有った」。しかし、親が救助しなければ、その救命可能性は「無くなり」、幼児は溺れてしまう。つまり「有」を「無」にして、幼児の生命を支える「平衡状態」をくずすのは、幼児が海に飛び込むことではなく、親が救助しないことである。そして泳げない幼児をして海に飛び込ませるような状況を生んだことを親の先行行為として指摘しうるのである。

このように犯罪結果の不可能性の現実性を失わせるのが不作為犯である。それは未来の先取りとして「有った」ものであり、主観的なものではない。それはまさしく現実世界への先行行為の介入の「有」が生んだ二義性である。しかし不作為犯はこの「有」を「無」にする。つまり、目的的にこの二義的な因果系列から枝分かれして、このことで犯罪結果への因果系列は被告人の目的系列と合致して、偶然を排除することによって、犯罪結果を生起させるように方向づけられる。というのも「無」は「有」の否定であり、「有」を「無」にしても、「有」は「無」を埋めようとするからである。一人の不作為は万人の作為で代替可能である。この意味で不作為とは「一」を「多」にする偶然化である。したがって不作為犯は、この偶然（「多」の可能性）を排除するところにしか成立しない¹⁷。

¹⁷ 不真正不作為犯の三面構造が示されているが（日高義博『不真正不作為犯の理論』慶

具体的全体的に、事実経過の可能性と偶然性を、離接的に把握する方法をとるとき、作為犯では、犯罪結果の可能性を現実化させる必然性の「有」の事実経過を把握すればよい。これに対し不作為犯では、犯罪結果の不可能性（救命可能性）の現実性を偶然化する「無」の行為性を問うのであるから、偶然による偶然の排除、すなわち不可能の偶然が可能の必然に反転することを理解しなければならない。そのために因果系列を枝分かれさせて、一方から他方への方向づけの先端に犯罪結果が生起するとして事実経過を把握する方法があることを指摘した。

應通信、1979年、153頁）、①先行行為等による因果系列において②法益侵害の可能性と不可能性が現れ③不作為の因果系列が枝分かれして、さらに④第三者の作為可能性も排除されるという事実経過があるので少なくとも四面構造であることができる。