

## 不真正不作爲犯：刑事法判例抄(四)

不破，武夫  
九州帝国大学教授

<https://doi.org/10.15017/1212>

---

出版情報：法政研究. 13 (4), pp.99-129, 1944-03-31. 九州帝国大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 不真正不作爲犯

— 刑事法判例抄(四) —

不破武夫

不真正不作爲犯は、犯罪論に於ける最も厄介な問題の一である。其れは、今更ら説明するまでもなく、構成要件上積極的な動作によつて犯罪の實現が豫想せられるに拘らず、一定の作爲義務を有する者が、期待せられる行爲を回避することによつて、作爲によると同一の結果を發生せしむる場合である。

不真正不作爲犯に關する一般論を展開するのは、現在そのところではない。以下、重要な判例を抄録するに當つて、若干の参考とすべき事項を述べるならば、不真正不作爲犯の問題は、當初、不作爲といふ無より如何にして積極的な結果を本人に負はしめることが出来るかといふ、因果關係の問題として論ぜられ、引續いて、不真正不作爲犯を認めるに當つての作爲義務の根據が議論の焦點となつた。而して、此の作爲義務の範圍は、夙に牧野博士によつて、廣く行爲の違法性に關する原理を基礎として理解すべきものであることが主張せられ、其の義務の根據は、法令及び法律行爲に基づくもの以外に公の秩序善良なる風俗に求めらるべきものと論じられた。(牧野博士、行爲の違法・不作爲の違法性、「不作爲犯と刑法改正草案」警察研究第六卷、第七號「法律に於ける概念的

と價值的「警察研究第七卷第四號」「信義誠實の原則と不作爲犯」刑法研究第六卷第八頁等）。木村教授は更らに牧野博士の見解を展開するものとして、不作爲犯の作爲義務の根據は、専ら公の秩序善良なる風俗の概念に従つてのみ決定せらるべきもので、公序良俗に基づく義務と並んで法令・法律行爲等による義務を數へることは適當でないとせられる（木村教授「不作爲犯に於ける作爲義務」牧野教授還曆祝賀刑事論集所載）。尙、不作爲犯に關する重要な邦語文献としては、上掲牧野博士及び木村教授の諸勞作以外に、草野判事「不作爲犯と刑法改正草案」（中央大學五十周年記念論文集所載）、安平判事「新刑法に於ける不作爲犯論」（日本法學第三卷第八號第九號）、大森英太郎氏「刑法に於ける不作爲の概念」（法學第四卷第一〇號）がある。

惟ふに、不眞正不作爲犯に於ける作爲義務の根據は、法令及び法律行爲以外になほ一般的なるものに求められねばならぬことは、吾が學說の廣く承認するところで正當と謂はなければならぬ。引續き掲げる「不作爲による放火」に關する二判例（一〇）及び（一一）は、其の點に於いて通説を承認し殊に牧野博士の主張せられるところに影響を受けること極めて大なるものがあるのを知り得るであらう。

さて、斯くの如く不眞正不作爲犯の成立に關する作爲義務の基礎を、汎く公序良俗に求むるならば、翻へつて判例（九）の炭燒籠事件についても死體遺棄罪の成立を認めるのが正當だといふことになるのではあるまいか。現に草野判事は、此の判決につき「批評らしき批評のあつたことを知らないが、必しも之に賛成する者ばかりではあるまいと思はれる。何となれば、（中略）斯かる場合に於ては、被告人に陥没少年を即時搬出すべき法

律上の義務あるものと解すべしであり、而して其の撤出せずして放置しておいたことが、即ち死者を遇するの禮に非ざるの意味に於て死體遺棄罪を構成することとなるからである。小野野判事前掲論文、別刷二五頁と述べて居られる。事柄を一般的・抽象的に考へる立場からは、左様に解せられる傾向となるのが當然であらうと思ふ。

然し、公序良俗に反する作為義務の不履行が直接に不真正不作爲犯を礎底するものでないことは謂ふまでもないのである。其の成立するためには、あくまでも、問題となる不作爲がひとり公序良俗に反するのみに止まらず、具體的にみて、構成要件上定型的に豫想せられる作為と刑法上同價值なるものとして評價せられる値打のある場合でなければならぬ。此の點を嚴密に考察せざる限り、不當に廣範圍に不真正不作爲犯の成立を容認する結果となるであらう。即ち、不作爲による放火を認定するためには、犯人の消火義務違反たる不作爲が、ひとり違法とせられるに止まらず其の程度が甚だしく、具體的な事態に即してみれば、まさに積極的な「火ヲ放ツ」行為と同様なるものとして評價判斷せられる場合でなければならぬ。不作爲による死體遺棄罪を認むるためには、埋葬義務ある者の不作爲が具體的情況よりみて、積極的な取捨て乃至遺棄行為と同様な甚だしき違法行為と解せられる場合たることを要するのである。

一 次に掲げる判例は、斯くの如き意味に於いて、不真正不作爲犯成立の具體的な基準を示すものとして、甚だ重要であると謂はなければならぬ。尙、蠟燭臺事件に關する判例研究のうち特に重要なものとして、小野教授「刑事判例評釋集第二卷二一九頁」及び草野判事「刑事判例研究卷五、四九頁」の研究がある。参考にして欲しい。

(八) 不作爲による殺人

殺人被告事件(大正十五年十月二十五日、大審院判決、日本判例大成、刑法各論一一九六頁)

被告人ハ大正十三年末吉田きさと内縁ヲ結ビ同棲シ、大正十四年五月意合ハズシテ離別セシガ、當時きさハ被告人ノ胤ヲ宿シ居リシヲ以テ、被告人ハ分娩ノ曉ニハ産兒ヲ引取ルベク約諾シタルニ、きさハ同年十二月十日女兒ヲ分娩スルヤ、同月十六日人ニ託シテ突然該嬰兒ヲ被告人方ニ寄越シタルヨリ、貧困ナル被告人ハ其ノ處置ニ當惑セルト同時ニ、當時被告人ノ内縁ノ妻タル立石たけニ對スル遠慮トヨリシテ竟ニ嬰兒ヲ死ニ致シテ右ノ苦境ヨリ脱セント決意シ、同月十八日夜ヨリ同月二十三日迄ノ間被告人肩書ノ居宅ニ於テ其ノ扶養スベキ右嬰兒ノ生存ニ必要ナル授乳ヲ爲サズシテ饑餓ノ状態ニ陥ラシメ、因テ同二十三日午前九時之ヲ死ニ致シ殺害シタルモノナリ。以上ノ犯罪事實ハ被告人ノ否認スルトコロナルモ、一、被告人ニ對スル第一回及第二回豫審訊問調書ニハ同旨ノ犯行自供録取シアリ、二、證人吉田きさニ對スル豫審訊問調書ニハ自分ト被告人トノ間ニ産シタル嬰兒ハ非常ニ丈夫ニシテ且元氣ナリシガ、約束ニ基キ分娩後一週間程經タル大正十四年十二月十六日母等ニ託シテ被告人方ニ引渡シタル旨ノ供述記載アリ、三、醫師佐々木半市作成ノ鑑定書ニハ剖檢所見ノ如ク嬰兒ノ消化管ノ空虚ハ饑餓ヲ證スルニ足ル、死因ハ死後數日間授乳ヲ缺キシニ保溫ノ不足ガ加ハリシコトニ存スモノト斷定スル旨ノ記載アリ、之等ノ證據ニヨレバ被告人ノ犯行否認ハ其ノ謂レナク、前示犯罪事實ノ證明アリタルモノト謂ハザルヲ

得ズ。法律ニ照ラスニ、被告人ノ所爲ハ刑法第九十九條ニ該當スルヲ以テ有期懲役刑ヲ選擇シ、犯狀憫諒スベキモノアリ且刑ノ執行猶豫ヲ與フルヲ相當トスルニヨリ同法第六十六條第六十八條第三號第七十一條及第二十五條ニ依リ減刑處斷ノ上二年間其ノ刑ノ執行猶豫ヲ言渡シ、訴訟費用ハ刑事訴訟法第二百三十七條第一項ニ依リ被告人ノ負擔トシ、同法第四百十二條第四百四十七條ノ規定ニ則リ主文ノ如ク判決ス。

### (九) 炭 燒 竈 事 件

死體遺棄被告事件 (大正十三年三月十四日、大審院第六刑事部判決、破棄自判、判例集第三卷二八五頁)

(判決理由) 死體遺棄罪ハ埋葬ニ關スル良俗ニ反スル行爲ヲ罰スルニ在ルヲ以テ死體ヲ其ノ現在セル場所ヨリ他ニ移シテ之ヲ放棄スル場合ハ勿論法令又ハ慣習ニ依リ葬祭ヲ爲スヘキ責務アル者若ハ死體ヲ監護スヘキ責務アル者カ擅ニ死體ヲ放置シ其ノ所在ノ場所ヨリ離去スルカ如キモ亦死體遺棄罪ヲ構成スルモノトス而シテ積極的ニ死體ヲ他ニ移シテ之ヲ放棄スル場合ニハ犯人カ其ノ葬祭義務者又ハ監護義務者ナルト否トヲ論セス均シク本罪成立スト雖消極的單ニ死體ヲ放置スルニ止ル場合ニ在テハ法令又ハ慣習ニ依リ葬祭ヲ爲スヘキ責務ヲ有スルカ若ハ死體ヲ監督スヘキ責務ヲ有スルトキニノミ本罪ヲ構成スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ前者ノ場合ニハ直チニ第九十條ノ規定ニ該當スルヲ以テ其ノ葬祭義務者又ハ監護義務者タルト否トヲ別タス死體遺棄罪ノ主體タルコトヲ得ルヤ勿論ナリト雖後者ノ如ク不作爲ニ因ル犯罪ハ原則トシテ法規ノ命スル所ニ違反スルカ又ハ法規ノ

禁止ニ違反スル場合ニ非サレハ成立スルコトナケレハナリ原判決ノ判示スル事實ヲ查スルニ被告ハ判示御料林内ニ炭燒竈ヲ所有シ木炭ヲ製造スル者ニシテ大正十二年六月十三日傭人申野某カ其ノ竈内ノ木材ニ點火シ木炭製造ニ着手シタル處同月十五日午後三時半頃被告ハ其ノ見廻リノ爲同所ニ至リタル際小林某ナル當十歳ノ少年カ該竈ノ鉢上ヨリ誤テ燃焼セシ竈中ニ陥没シテ燒死ヲ遂ケタルコトヲ覺知シタルニ拘ラス同人ノ死體ヲ即時搬出センニハ右竈ヲ破壊シ製造中ノ木炭ヲ烏有ニ歸セシムヘキヲ憂ヒ何等搬出ノ手段ヲ講セヌ却テ其ノ附近ニ在リタル鐵板ヲ以テ同入ノ陥没セシ穴ヲ塞キ其ノ上ニ土砂ヲ積載シ右死體ヲ該竈中ニ放置シテ火勢ニ委シ以テ遺棄シタリト云フニ在リテ該當事實ニ依レハ被告ハ小林某ト親族法上身分關係ナキハ勿論罹備其ノ他何等監護ノ責務關係アル者ニ非スシテ偶偶被告所有ノ炭燒竈ニ於テ木炭製造中右小林某カ誤テ其ノ燃焼セル竈中ニ陥リテ燒死ヲ遂ケタルコトヲ知テ之ヲ搬出セス同人ノ陥没セシ穴ヲ塞キ依然其ノ燃焼作用ヲ繼續センメタルニ過キサルモノナレハ被告ハ此ノ場合ニ於テ燒死セル前記小林某ノ死體ヲ埋葬シ若ハ監護スヘキ法令又ハ慣習上ノ責務ヲ有スルモノト謂フヲ得サルニ依リ其ノ死體ヲ竈中ニ放置シ其ノ燒ケルニ委セン如キハ道義上ヨリ論スレハ固ヨリ非議スヘキモノナリト雖法律上該死體ヲ竈中ヨリ搬出シ葬祭ヲ行フニ適スヘキ状態ニ置クヘキ責務ヲ有スルモノニ非スト謂ハサルヘカラサルヲ以テ本件被告ノ所爲ハ死體遺棄罪ヲ構成セサルモノト論斷セサルヲ得ヌ原判決ハ前記ノ如ク被告ニ於テ搬出ノ手段ヲ講セヌ却テ其ノ附近ニ在リタル鐵板ヲ以テ究ヲ塞キ其ノ上ニ土砂ヲ積載シ右死體ヲ竈中ニ放置シ火勢ニ委シタル事實ヲ判示スルヲ以テ假リニ原判決ハ死體損壞ノ事實ヲモ認メタリトスルモ竈ノ穴ヲ塞クハ竈内

ノ火勢ヲ強大サラシムルモノニ非スシテ寧ロ火勢ヲ弱ムル效果ヲ來スニ過キサルノミナラス他ニ死體ヲ損壞スヘキ特段ノ行爲存スルコトヲキテ被告ノ行爲ハ死體損壞罪モ亦構成スルコトヲキモトス然ルニ原判決カ判示被告ノ所爲ヲ刑法第九十條ニ問擬シ死體遺棄罪ヲ以テ論シタルハ擬律錯誤ノ不法アルモノニシテ論旨ハ理由アリ原判決ハ此ノ點ニ於テ破棄ヲ免レサルモ多トス

(一〇〇) 親子喧嘩事件 (不作爲による放火)

殺人及放火ノ件 (大正七年十二月十八日、大審院第三刑事部判決、破棄自判、判決錄第二十四輯一五五八頁)

(上告論旨) 第六點原判決ハ被告ヲ放火犯ニ付キ「有殺害後被告ハ屍體ノ處置ニ付キ考慮シ居リタル折柄……被告ハ直ニ消止メ自家ノ火災ニ因ル公共ノ危險ヲ防止スヘキ義務アリ且ツ當時容易ニ消止メ得タリシニ拘ハラヌ之ヲ利用シテ該住宅ヲ燒燃セ云云」トノ事實ヲ認定シ被告ハ自家ノ火災ニ因ル公共ノ危險ヲ防止スヘキ義務アル旨ヲ判示シタリ然レトモ所謂不純正不作爲犯ニ於テハ犯人カ其結果ヲ防止スヘキ義務アル場合ニ之ヲ防止セザルカ爲メ結果ク發生シタルトキ其不作爲犯ヲ認ムルモノトス而シテ其義務ハ法令カ明示若クハ默示ニ依ル場合ト契約又ハ先行爲ヨリ生スル場合トヲ問ハサルハ學說判例ノ一致アル所ナリ然ラハ本件ノ事實ニ於テ被告ニ防止スルノ義務アリヤ契約又ハ先行爲ニ依ル義務ナキハ言ヲ俟タヌ法令上ノ義務アリヤ刑法ニ「火ヲ放チテ……建造物ヲ燒燬シタル者ハ云々」トノ條規ハ其反面ニ火ヲ放チテ建造物ヲ燒燬スハカラストク意ヲ包含スルモノニシテ即チ火

不真正不作為犯



ヲ放チテ建造物ヲ燒燬スヘカラストノ命令ナリ依テ其義務存在ス右防止ノ義務ハ是ヨリ生スルモノナリト云ハ大ナル誤リナリ若シ此理論ヲ以テセハ「人ヲ殺シタル者ハ云云」ノ規定ハ人ヲ殺スヘカラサルノ義務ヲ包含スルヲ以テ他人ノ人ヲ殺スヲ傍觀シタルモノハ悉ク不作爲ノ殺人犯ナリトノ結論ニ到著セン學者ノ多クハ是ヲ否定スル所ナルハ言ヲ踈タス然ラハ他ノ法令ニ其義務ヲ認メタル規定アリヤ他ニ斯ル規定ノ存在ヲ見ス故ニ本件被告ノ放火罪ハ之ヲ認定スヘキモノニ非ス殊ニ刑法ハ鎮火防害罪ハ燒燬ノ結果ニ對シ條件ヲ與フルモノナルモ放火行爲其モノニ非ストシテ獨立ノ犯罪ト認メ放火罪ヨリ輕キ刑ヲ定ムルニ徵スルモ放火罪ノ條規ノミニ依リテ各人ニ防火ノ義務ヲ認ムヘカラサルハ明瞭ナリ依テ原判決ハ被告ニ放火ノ事實ナキニ拘ハラヌ放火罪ノ條規ヲ適用シタル不法アリト信ス假ニ被告ニ右防火ノ義務アリトセハ如何ナル義務ナリヤ之ヲ判文ニ明示セサルヘカラサルニ之カ明示ヲ缺キタルハ理由不滿ノ判決タルヲ免レスト信スト云フニ在リ

(判決理由) 按スルニ放火罪ハ故意ニ積極的手段ヲ用ヒテ刑法第百八條以下ニ記載スル物件ニ火ヲ放チ之ヲ燒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爲ニ歸スヘカラサル原因ニ由リ既ニ叙上物件ニ發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既發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爲モ亦法律ニ所謂火ヲ放ツノ行爲ニ該當スルモノト解スルヲ至當ナリトス然リ而シテ叙上物件ノ占有者又ハ所有者カ自己ノ故意行爲ニ歸スヘカラサル原因ニ由リ其ノ物件ニ發火シ爲メニ公共ニ對シ危害ノ發生スル虞アルニ際リ之ヲ防止シ得ルニ拘ハラヌ故意ニ之ヲ放任シテ

顧ミサルカ如キハ實ニ公ノ秩序ヲ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牴觸スルヤ明ナルカ故ニ斯ノ如キ場合ニ於テ此等ノ者カ其ノ發火ヲ消止メ以テ公共ノ危險ノ發生ヲ防止スルハ其法律上ノ義務ニ屬スルモノト認ムルヲ正當ナリトス蓋シ此法理ハ民法第七百十七條等ノ規定ノ精神ヨリ推究スルモ其一端ヲ觀フニ難カラサルナリ之ヲ原判決ニ徵スルニ其確定シタル事實ハ被告ハ其養父ノ隱居ニ因リ戸主ト爲リ住宅其他ノ財産ヲ相續シタル處養父トノ間ニ不和ヲ生シ終ニ爭鬪ヲ爲シタル末寧ロ之ヲ殺害シテ煩累ヲ除クニ如カスト決意シ被告所有ノ押切庖丁ヲ以テ養父ノ頸部等ニ斬付ケ之ヲ殺害シ其屍體ノ始末ニ付キ考案中偶養父カ爭鬪ノ際投付ケタル燃木瓦ノ火カ住宅内庭ニ積ミアリタル藁ニ飛散シ其場所ヨリ燃上リタルヲ認メタルモ寧ロ住宅ト共ニ屍體及證據物件ト爲ルヘキ物ヲ燒燬シ以テ罪跡ヲ掩ハント欲シ當時客易ニ消止メ得ヘカリシニ拘ハラヌ故ラニ之ヲ放置シ因テ被告以外ニ人ノ現在セサル右住宅ヲ燒燬シ且隣家ノ物置一棟ヲ類燒スルニ至ラシメタリト云フニ在ルヲ以テ上文説示セル理論ニ照シ被告ノ所爲ハ法律上ノ義務ニ違背セル故意ノ不作為ニ依リ火ヲ放テ刑法第九條第一項ニ記載スル自己所有ノ建造物ヲ燒燬シ因テ公共ノ危險ヲ生セシメタルモノニ該當シ同條第二項ノ罪ヲ構成スルモノト斷定セサルヘカラス故ニ被告ニ公共危險防止ノ義務ナシト主張スルハ正當ナラサルモ上文説示ノ如ク被告ノ所爲ハ刑法第九條第二項ニ該當スルモノナルニ原判決カ之ヲ同第八條ニ問擬シタルハ失當ナルヲ以テ原判決ニ擬律錯誤ノ不法アリト爲ス本論旨ハ結局其理由アルモノニシテ原判決ハ爲メニ破毀ヲ免レス然レトモ原判決ニ於テ被告ニ發火ヲ消止メ公共ノ危險ヲ防止スル義務アルコトヲ判示シタル以上ハ更ニ此義務ノ性質如何ヲ説

不眞正不作為犯

明スルノ要ナキヲ以テ此點ニ關スル説明ヲ缺クモ理由不備ノ不法アルモノト論スルヲ得ス

(一一) 蠟燭臺事件 (不作爲による放火)

放火被告事件 (昭和十三年三月十一日、大審院第三刑事部判決、棄却、判例集第十七卷二三七頁)

(判決理由) 案スルニ放火罪ハ故意ニ積極手段ニ依リ行ハルルヲ普通トスト雖自己ノ故意ニ歸スヘカラサル原因ニ依リ火カ自己ノ家屋ニ燃燒スルコトアルヘキ危険アル場合其ノ危険ヲ發生ヲ防止スルコト可能サルニ拘ラズ其ノ危険ヲ利用スル意思ヲ以テ消火ニ必要ナル措置ヲ執ラス因テ家屋ニ延燒セシメタルトキモ亦法律ニ所謂火ヲ放ツノ行爲ヲ爲シタルモノニ該當スルモトス故ニ自己ノ所有ニシテ火災保險ニ付サレ而モ自己以外ノ人ノ住居ニサル家屋ノ神棚ニ多數ノ神符存在シ其ノ前ニ供セル燭臺ノ蠟燭受カ不完全ニシテ之ニ點火シテ立テタル蠟燭カ神符ノ方ヘ傾斜セルヲ認識シナカラ危険防止ヲ措置ヲ爲サス却テ該状態ヲ利用シ若シ火災起ラハ保險金ヲ獲得スルヲ得ヘシト思料シテ外出シタル爲右燈火ヨリ神符ニ點火シ更ニ家屋ニ延燒スルニ至ラシメタルトキハ刑法第百九條第一項ノ犯罪ヲ構成スルモノトス蓋シ自己ノ家屋カ燃燒ヲ虞アル場合ニ之カ防止ノ措置ヲ執ラス却テ既發ノ危険ヲ利用スル意思ニテ外出スルカ如キハ觀念上作爲ヲ以テ放火スルト同一ニシテ同條ニ所謂火ヲ放ツノ行爲ニ該當スルハナリ唯右ノ如ク不作爲ニ依リ犯罪ヲ責ヲ問ハルルカ爲ニハ其ノ者カ其ノ之ヲ爲ササルニ付義務違反ノ責ニ任スヘキ場合ナルコトヲ要スルハ本院判例ノ趣旨トスルトコロナルヲ以テ果シテ右ノ場合義務違反ヲ認

得ヘキヤニ付考フルニ凡ソ不作爲犯成立ノ條件ヲ成ス義務違反ハ必シモ各箇ノ法規上ニ明ニ規定セラレタル義務ニ反スル場合ノミニ限ラズ具體の場合ニ於テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ照ラシ社會通念上當然一定ノ措置ニ出テサルヘカラスト認メラルル場合敢テ其ノ措置ニ出テサルコトモ亦右ニ所謂義務違反ヲ以テ論スヘキモノトス蓋シ公ノ秩序善良ノ風俗トハ法ニ於ケル忠孝仁義ノ謂ニ外ナラスアラユル法律規定ハ之ヲ以テ其ノ基礎トナシ如何ナル行爲モ其ノ根本ニ於テ之ニ背馳スルヲ許サレズ其ノ之ニ反スルモノハ法ノ保護ヲ受クヘカラサルモノトスサレハ私法ニ於テハ之ニ反スル目的ヲ有スル法律行爲ヲ無効トシ權利ノ行使ト濫用トノ限界ヲ定メ刑法ニ於テハ違法性ノ基準ヲ之ニ求ムルモノ何レモ斯ノ觀念カ法ノ基礎タルコトヲ示スモノトス思フニ我國俗ハ由來他ノ災厄ヲ見テ徒ニ坐視スルヲ快トシ身ヲ挺シテ難ニ當ルヲ勇トス從テ公共ノ危險ノ發生ヲ防止スヘキ立場ニ在ル者カ之ヲ防止シ得ヘキニ拘ラス法規上義務ノ規定セラレサルヲ理由トシ徒ニ放置シテ他ノ困厄ヲ顧ミサルカ如キ行爲ニ對シ其ノ責任ヲ問ハサルカ如キハ到底許スヘカラサルコトニ屬スルカ故ニ不作爲犯ノ條件タル義務違反モ亦其ノ標準ヲ前記ノ如キ公ノ秩序善良ノ風俗ノ觀念ニ求ムルカハ洵ニ至當ナリト謂ハサルヘカラス原判示ニ依レハ被告人ハ(中略)昭和十二年二月四日午前六時頃自宅三階西南隅ニ設備セル神棚ニ基ノ燈明ヲ獻シ禮拜シタルニ内一基ハ蠟燭立不完全ナリシ爲點火セズ長サ約二寸ノ蠟燭ハ西北方即神殿及多數ノ木製神符等ヲ祭祀セル方位ニ傾斜シ顛落カ虞アリシカ本家建物及附屬建物ハ云々(中略)火災保險ニ付シアルコトヲ懸起シ右建物ヲ燒燬セハ右保險金ヲ取得シ債務ヲ辨濟シ得ヘキニ依リ云々(中略)茲ニ右家屋ヲ放火燒燬センコトヲ決意シ前記神棚ハ木製ニシテ前

在真正不作爲犯

記燈火附近ニハ木製神殿神符等存シ且右神殿ヲ爲セル木製ノ箱ハ同家屋根裏ニ近接セルニ依リ右燈火カ神棚神符  
 神殿等ニ移ラハ傳導燃燒作用ニ依リ自ラ同家屋ノ屋根ニ延燒シ因テ同家屋ヲ燒燬スルニ至ルモノナルコトヲ確認  
 シナカラ點火傾斜セル前記蠟燭ヲ前記意思ノ下ニ其ノ儘放置シ之カ消火等ノ處置ヲ採ラザリシ爲右燈火ヨリ神符  
 神殿等ニ燃移リ更ニ同家屋ニ燃移ラシメ因テ間モナク右家屋階上ヲ全燒スルニ至ラシメ以テ現ニ人ノ住居ニ使用  
 セス且人ノ現在セサル被告人所有ニシテ前記火災保險ニ付セル同家屋一棟ヲ燒燬シタルモノナリト云フニ在ルヲ  
 以テ被告人ハ右家屋ノ所有者トシテ自己ノ家屋ヲ燃燬ヲ防止スヘキ立場ニ在リ而モ當時被告人ノカヲ以テ容易ニ  
 其ノ燃燒ノ危險ヲ防止シ得タルモノナレハ斯ル場合之カ防止ノ措置ニ出ツルコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ照ラシ  
 社會一般ノ觀念上當然ニ要求セラルヘキコトニ屬スト謂フヘク之ヲ放置シテ外出スルカ如キハ明ニ家屋ノ所有者  
 タル被告人ニ於テ斂上ノ意味ニ於ケル義務違反ノ責アリト謂フヘキヲ以テ被告人ノ行爲ハ不作爲ニ依リテ刑法第  
 百九條第一項第百十五條ノ罪ヲ犯セルモノナリト謂フヘシ

二 既に不眞正不作爲犯の成立を、構成要件を標準としたる價值判斷の問題と考へるならば、不作爲に依る從  
 犯たる場合も、一般の正犯と從犯とを區別する標準が其の儘に妥當して、適當に解決せられる。他人が犯罪を實  
 行するに當り之を幫助する行爲を從犯と謂ふ。共同正犯と從犯とを區別する契機は、周知の如く甚だ學說の岐れ  
 るところであるが、私は、主觀的事情及び客觀的事情双方を綜合して考察し、構成要件に該當する行爲並に之と  
 同一に評價せられる價值ある密接重要なる行爲の爲されたる場合には共同正犯ありとなし、其れ以外の場合には

從犯が存するに過ぎぬものと解してゐる。そこで、不真正不作爲犯の從犯を認定するためには、第一に、問題となる不作爲が構成要件上定型的に豫想せられる作爲と同一に評價せられるか否かを判断し、更らに第二段として、その不作爲が右に述べる標準に照して、共同正犯とみるべきであるか從犯とみるべきであるか、を評價する順序となるのであつて、其の決定には裁判官の二重の評價判断を必要とし、極めて困難な問題を生ずることとなるのである。注意すべき判例に次の二種のものがある。

(一一一) 選舉長の責任(不作爲による從犯)

町會議員選舉罰違反被告事件(昭和三年三月九日大審院第一刑事部判決、棄却、判例集第七卷一七六頁)

(上告理由) 第二點原判決ハ「被告敬治ハ同町町長ニシテ同選舉ノ實際選舉長ト爲リ同日同選舉ノ取締リノ任ニ在リタルモノナルトコロ其ノ任務ニ背キ被告文弘カ前記ノ如ク選舉人藤掛本次郎ノ投票紙ヲ投票函ニ投入シテ右本次郎ノ投票ニ關涉スルヲ目撃シナカラ毫モ之ヲ制止セス以テ被告文弘ノ前示犯行ヲ容易ナラシメ之ヲ幫助シタルモノナリ」ト事實ヲ認定シ刑法第六十二條第一項ヲ適用シテ處斷セルモ當時列席セル立會人ヲ始メ總テノ關係者ノ陳述ニ徴スルモ被告ノ心裡ニ於テ斯卡ル不具疾病者カ附添人ノ保護ヲ受ケ入場スルコトノ違法ナリトノ觀念ニ乏シク或ハ無識輕卒ノ誹ヲ免レストスルモ寧ロ常識上ノ社會的道義ノ通念トシテ當然ノコトト信シ毫モ介意セザリシ事實ヲ想見シ得ヘシ更ニ事前ニ於テ相被告トノ間ニ意志ノ連絡ナカリシコトハ言フ俟タサル案件ナルヲ以テ

即チ一面ニハ法律不知ニ因ル過失的犯行ナルヘク一面ニハ共同ノ認識ナキ不作爲犯ナリト云ヒ得ヘン斯ノ如クシテ果シテ共犯關係ノ成立ヲ認め得ヘキハ原裁判所カ之ヲ從犯ト認定シタル法律的理解ノ誤レルコト敢テ識者ヲ俟テ後知ルヘキ問題ニアラサルヘシ若シ夫レ行政上ノ職務懈怠等ノ責任ニ付テハ多少論議ノ餘地アリトスルモ選舉法違反ノ共犯トシテ處罰スヘキ性質ノモノニ非サルナリ然ルニ原判決ハ此ノ事實上ノ重大ナル誤認ヲ爲シ有罪ヲ言渡セシモノニシテ當然破毀ヲ免レサルモノナリト云フニ在リ。

(判決理由) 法律ノ不知ハ其ノ無識輕卒ニ因ルト否トヲ問ハズ犯意ヲ阻却スル事由トナラス又不作爲ニ因ル幫助犯ハ他人ノ犯罪行爲ヲ認識シテカテ法律上ノ義務ニ違背シ自己ノ不作爲ニ因リテ其實行ヲ容易ナラシムルニヨリ成立シ犯罪ノ實行ニ付相互間ニ意志ノ連絡又ハ共同ノ認識アルコトヲ必要トスルモノニ非ス而シテ原判示ノ事實ニ依レハ被告人ハ奥村文弘ノ判示投票關涉ヲ現認シナカラ法律上ノ義務ニ違背シ之ヲ制止セス因テ右文弘ノ關涉行爲ノ遂行ヲ容易ナラシメタルモノナレハ罪トナルヘキ事實ニ付認識アリシハ勿論其ノ不作爲タルヤ過失ニ出テタルモノト認ムヘカラスナルコト言フヲ俟タズ記録ヲ查スルモ判示幫助罪ヲ認定シタル原判決ニ重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由ナキカ故ニ論旨ハ理由ナシ。(此の判例に關する判例研究として、牧野博士「法律の錯誤、不作爲に因る從犯」刑法研究第四卷二六八頁以下)

(二三) 運轉手の責任 (不作爲による從犯)

自動車取締法違反被告事件（昭和十二年三月三十一日大審院第三刑事部判決、棄却、草野、刑事判例研究第四卷一三一頁以下）

（事實）被告人ハ普通自動車運轉者ニシテ昭和十一年一月三十一日大久保貨物自動車運輸業番場喜三郎方ニ臨時ニ雇ハレ、同店ノトラツクノ運轉ニ従事シ居タルモノナルトコロ、同年二月六日貨物自動車第一〇四五七號ヲ運轉シ東京府南多摩郡恩方村ヨリ八王子市ニ向フ途中、同村大字宮下千九百七十九番地ニ差掛リタル際、同乗セル普通自動車運轉者坂本某カ自動車運轉免許停止處分ヲ受ケ居タルニ拘ラス、被告人ニ對シ右貨物自動車ノ運轉ヲ被告人ニ代リテ爲スヘキ旨申出ツルヤ、被告人ハ坂本カ右停止處分ヲ受ケ居レルノ事實ヲ知リナカラ、之ニ運轉手ノ座席ヲ譲リ、同人カ東京府南多摩郡恩方村宮下ヨリ元八王子大樂寺五百四番地先ニ到ル迄約二里ノ距離ヲ運轉スルコトヲ許容シ、以テ同人ノ自動車取締令違反行爲ヲ容易ナラシメテ、幫助シタルモノナリ。

（上告論旨）被告人カ被幫助者タル坂本某ノ犯罪ノ實行ヲ認識シタリトスルモ、被告人ハ之ヲ防止セザリシニ止リ、物質的又ハ精神的ニ之ヲ援助シタル事實ナキヲ以テ幫助犯ノ成立ナシ。法律上犯罪行爲ヲ防止スヘキ義務アル者カ故意ニ之ヲ防止セザルトキハ幫助犯ノ成立アリ得ヘシ。依テ本件ニ付キ被告人ニ法律上犯罪防止ノ義務アリヤ否ヤニ付按スルニ、自動車運轉免許停止ハ、一定期間自動車運轉手ノ就業ヲ禁止シ、之ニ因ル苦痛ヲ與フル制裁ニ過キスシテ停止期間ト雖モ自動車運轉ノ技術上ニ缺陷アルモノニ非サレハ、其期間中ノ運轉ナルカ故ニ公共的危險アリト爲スヘキニ非サルヤ論チカルヘシ。然ラハ被告人カ自動車運轉免許停止期間中ニアリタル坂本某ノ本



件自動車ノ運轉ヲ爲サムトスルニ當リ、之ヲ防止セザリシトスルモ、之ヲ以テ法律上ノ義務ニ違背シタルモノト謂フヲ得サルヘシ。而モ故意ニ之ヲ防止セザリシモノト認ムヘカラサルコト疑フ容レサル所ナリトス。然ルニ原審ニ於テ被告人ニ對シ自動車取締令違反幫助ノ成立ヲ認メタルハ到底違法タルヲ免レサルモノト信ス。

(判決理由)按スルニ、被告人カ貨物自動車運輸業者番場喜三郎方ニ臨時雇ト雖モ運轉手トシテ雇ハレタル以上、被告人ハ同人ニ對シテ同居ノ貨物自動車ヲ誠實ニ運轉スルノ法律上ノ義務ヲ負擔スルニ至リタル者ト謂フヘク、若シ其ノ義務履行トシテノ運轉ヲ妨害スル者アルニ於テハ、之ヲ排除スルノ責務アリタルモノト謂ハサルヘカラス。然ルニ、被告人ハ坂本某カ自動車運轉免許停止ノ處分ヲ受ケ居タル者ナルコトヲ知リ乍ラ、同人ヨリ被告人ニ對シ運轉代行ノ申出アルヤ、斷乎之ヲ拒絕スヘク且ツ之ヲ拒絕シ得タルニ拘ラス、輒ク其ノ申出ヲ容レテ、遂ニ同人ヲシテ被告人ノ操縦スヘキ貨物自動車ヲ運轉セシメテ行程二里ニ及ヒタルコトハ、是レ明カニ被告人カ其ノ負擔スル自動車運轉上ノ妨害排除ノ作爲義務ニ違反シテ、坂本某ノ自動車取締令違反行爲ノ遂行ヲ容易ナラシメタルモノニ外ナラサルヲ以テ、原判決カ被告人ニ對シ判示犯罪事實ヲ認定シ、之ヲ自動車取締令第八十條 第四十六條、刑法第六十二條第一項、第六十三條、第六十八條ニ開擬シタルハ相當ニシテ毫モ所論ノ如キ違法存在セス。若シ夫レ、自動車運轉停止處分ヲ受ケタル者ノ停止期間内ノ行爲ト雖モ、自動車運轉ノ技術上ニ缺陷アルモノニ非サルヲ以テ、被告人ニ坂本某ノ運轉ヲ阻止スルノ義務ナシトノ所論攻撃ニ至リテハ、該停止命令違反行爲カ形成犯タルコトヲモ辨ヘサルノ言ニシテ、採用ノ限りニ在ラス。(此の判例に關聯しては、標題掲記の草野

判事による判例研究がある。私も固より判例の結論に對して異論はないが、被告人の作爲義務の根據を判例のいふが如くにみるのが正當であるかどうかは甚だ疑はしい、と考へてゐる。

三 以下不眞正不作爲に關聯して注意すべき若干の判例を掲げる。何れも不作爲が作爲と合一して、構成要件上要求せられる定型的な行爲となるものと解せられる場合であるが、殊に沈黙が取引上認容せられる場合と刑法第三百四十六條の欺罔行爲となる場合の區別はデリケートである。判例も多いし特に注意する値打があるであらう。

#### (一四) 運轉手身代り事件

犯人隱避被告事件（昭和五年二月七日大審院第一刑事部刑決、棄却、判例集第九卷五一頁）

（事實）被告人ハ松山市ニ於テ辯護士ノ業務ニ從事スルモノナルトコロ昭和三年十月中旬頃原審相被告人佐伯保及大龜某ノ依頼ニ基キ同市千舟町天狗屋事泉乙三郎方家用自動車運轉手タル原審相被告人矢野勳ニ係ル業務上過失致死事件ノ辯護ヲ引受ケ其ノ業務ニ從事中同年十一月三日頃右肩書居宅ニ於テ原審相被告人和泉乙三郎ヨリ右事件ノ真相ヲ打明ケ乙三郎自ラ自動車ヲ運轉操縦中事故ヲ惹起シタルモノニシテ矢野勳ハ只其ノ身代リト爲リ居ルニ過キサレハ後顧ノ憂ヲ殘シ良心ノ呵責ニ堪ヘス且又勳ニ對シテモ面目ナキ故自首センコトヲ申出ツルヤ眞犯人タル乙三郎ヲ庇護シ之ヲ隱避セシメ其ノ處罰ヲ免レシメンコトヲ謀リ且之ヲ引取ラシメタル後翌四日頃

電話ヲ以テ乙三郎ニ對シ「警察署ヲ檢事局モ都合良ク進行セルヲ今更覆ヘスハ都合悪シケレハ此儘進行スルヲ可トスル」旨申向ケ因テ乙三郎ヲシテ自首ノ決意ヲ阻止セシメ次テ同月二十一日松山區裁判所ニ於テ右勳ニ對スル前記刑事被告事件ノ第一回公判開廷セラルルヤ其ノ辯護人トシテ立會シ勳カ判事ノ訊問ニ對シ恰モ自己カ自動車ヲ運轉中該事故ヲ惹起セシメタルモノノ如ク供述シテ主人乙三郎ノ身代リト爲リ居ルコトヲモ默認シ引續キ同月二十四日公判ノ實地檢證ニモ立會シ尙同年十二月十二日該被告事件ノ最終ノ公判ニ於テモ前同様立會シ其ノ儘審理ヲ終了セシメ以テ眞犯人乙三郎ヲ隱避セシメタルモノナリ（罰金二百圓）。

（上告論旨）辯護人上告趣意書第一點原判決ハ理由不備ノ違法アリ（1）原判決ハ被告人カ和泉乙三郎ヲ隱避スル爲ニ同人カ自首セントシタルヲ阻止シタル事實ヲ認ムルト同時ニ矢野勳ノ辯護人トシテ眞犯人カ和泉乙三郎ナルコトヲ知リナカラ之ヲ默過シ公判手續ヲ進行シタル事實ヲモ認定シタリ然ルニ原判決ハ此ノ二ノ事實ヲ併セテ一罪トナシタルモノナリヤ將タ個々別々ノ犯罪即チ二罪トナシタルモノナリヤ不明ナリ若二罪トセシモノナレハ刑法第四十五條ノ適用アルニ原判決ハ之ヲ適用シ居ラサル處ヲ以テ見レハ一罪トシテ處罰シタルモノナラン果シテ然ラハ這ハ不法ノ甚シキモノナリ何トナレハ自首阻止ハ積極行爲ニシテ公判ヲ進行セシムル行爲ハ消極行爲即チ不作爲犯ナルコト言フ迄モナキトコロナリ故ニ作爲犯ト不作爲犯ハ全然罪責ヲ異ニスルモノナレハ二者ヲ合セテ一罪ヲ爲スコト能ハサルモノナリ要之原判決ハ此ノ點ニ關シテ何等説明ヲ加ヘサルモノニシテ理由不備ノ違法アリ（2）前述ノ如ク原審判決ハ不作爲行爲ヲ認定シタリ不作爲行爲ハ法律上又ハ契約上ノ義務ニ違反シテ原因ノ

進行ニ放任スルニヨリテ成立ス然ラハ原審判決ハ其ノ義務違反カ法律上ノ義務ニ違反シタルモノナリヤ將夕契約上ノ義務ニ違反シタリヤヲ説明セス故ニ此ノ點ニ於テモ理由不備ノ違法アリト云フニ在リ。

(判決理由) 刑法第三百三條ニ所謂隱避セシメトハ藏匿以外ノ方法ニ依リ犯人若ハ逃走者ニ對スル當該官憲ノ職權ノ行動ヲ障礙シ其ノ發見逮捕ヲ妨止スル行爲ニ外ナラスシテ之カ方法如何ハ其ノ間フトコロニ非サルカ故ニ苟モ敍上ノ目的ヲ助成スルニ必要ナル積極消極ノ行爲ハ之ヲ包括シテ前記法條ノ隱避行爲ヲ成スモノナリト解スルヲ相當トス然ラハ原判決カ之ト同趣旨ニ於テ所論被告人ノ行爲ヲ一括シテ犯人隱避行爲ト認メタルハ違法ニ非ス。

(判決理由) 原判決ハ舉示ノ證據ニ依リ被告人カ和泉乙三郎ノ自首ノ決意ヲ阻止シタル事實ヲ認定シタルモノニシテ斯ル認定モ爲シ得ルモノナレハ論旨ニ於テ被告人ハ乙三郎ヨリ自首ニ付相談ヲ受ケ單ニ意見ヲ述ヘタルノミニシテ其ノ自首ヲ阻止シタルモノニ非スト云フカ如キハ原判決カ正當ニ爲シタル事實認定ヲ非難スルニ過キスシテ所論肯綮ヲ失セリト云ハサルヘカラス又原判示ノ如ク被告人ハ辯護ヲ引受ケタル矢野勳ニ對スル業務上過失致死被告事件ニ付其ノ眞犯人ハ勳ニ非スシテ和泉乙三郎ナルコトヲ知悉セルニ拘ラス乙三郎ヲ庇護シ其ノ處刑ヲ免レシメンカ爲辯護人トシテ同事件ニ立會シナカラ勳カ判事ノ訊問ニ對シ犯人ナルカ如ク虛構ノ申立ヲ爲スヲ默過シ其ノ儘事件ヲ進行結審セシメタルハ辯護人ノ職責ニ違反スルモノニシテ當然ノ措置ヲ採リタルモノト云フヲ得ス蓋シ辯護人ハ自己カ辯護ヲ引受ケタル被告人ニ對シ苟モ檢事ヨリ不當ナル攻撃アリタルトキハ被告人ノ意思如何ニ關セス其ノ攻撃ヲ排除シ被告人カ當該事件ニ付テ有スル利益ヲ防衛スヘキ職責ヲ有スルモノニシテ此ノ職責

タルヤ刑事訴訟法上ノ義務ニ外ナラサルヲ以テ辯護人カ其ノ職責ヲ果スニ當リ假令辯護士トシテ業務上取扱ヒタルコトニ付知り得タル人ノ秘密ヲ漏泄スル結果ヲ生ズルコトアリトセムモ違法ヲ阻却シ秘密漏泄罪成立セサルハ勿論何等法律上ノ責任ヲ生ズルコトナク從テ矢野勳ニ對スル業務上過失致死被告事件ニ於テモ辯護人タル被告人ハ眞犯人ノ勳ニ非サル事實ヲ知りタル以上假令辯護士タル業務上知り得タル秘密ヲ漏泄スル結果ヲ來スモ辯護ヲ辭任セサル限り右事實ヲ申述シテ公訴ノ不當ナルコトヲ主張シ且之ヲ證明セサルヘカラサル筋合ナリシヲ以テナリ然リ而シテ他人ノ犯罪ヲ自己ノ犯罪ナルカ如ク虚構ノ申立ヲ爲シ以テ其ノ他人ノ犯罪ノ發見ヲ妨阻スル行爲ハ刑法第百三條所定ノ隱避罪ヲ構成スヘキハ當院從來ノ判例ノ趣旨ニ徴シ明瞭ニシテ（大正四年（れ）第一六九三號）同年八月二十四日言渡判決大正八年（れ）第三九六號同年四月十七日言渡判決參照）該判旨ハ之ヲ變更スヘキ理由アルヲ見サルニヨリ原判示ノ如ク和泉乙三郎カ自家用ノ自動車ヲ運轉操縱中犯人ヲ轢傷死ニ致シタル事犯ニ付矢野勳カ其ノ身代リトナリ眞犯人ナルカ如ク當該官憲ニ虚構ノ申立ヲ爲シ因テ以テ業務上過失致死被告事件ノ被告トシテ松山區裁判所ノ審理ヲ受クルニ當リ一方同事件ノ辯護ヲ引受ケタル被告人ハ乙三郎等ヨリ事情ヲ聽取シ右自動車運轉操縱中ノ事故ハ乙三郎自ラ惹起シタルモノニシテ矢野勳ハ唯其ノ身代リト爲リ居ルニ過キサルコトヲ知悉シナカラ眞犯人タル乙三郎ヲ庇護シ其ノ處刑ヲ免レンシメンカ爲乙三郎ヨリ自首ノ決意アルコトヲ被告人ニ洩ラスヤ被告人ハ乙三郎ニ對シ矢野勳ノ前記事件ヲ進行セシムルヲ可トスヘキ旨ヲ申向ケテ乙三郎ヲシテ自首ノ決意ヲ阻止セシメ併セテ前述ノ如クニシテ同事件ヲ進行結審セシメン以上被告人ノ夫等ノ行爲ハ勳カ身代リ犯

人ト爲レル行爲ト相俟テ眞犯人乙三郎ヲ隱避セシメタルモノト云上得ヘキモノトス然ラハ原判決カ被告人ヲ同罪ニ問擬シタルハ正當ニシテ所論ノ如ク罪ト爲ラサル事實ニ對シ法律ヲ適用シタルモノニハ非サルモヨリ論旨ハ理由ナシ

(一五) 準禁治産宣告の黙秘(不作爲による詐欺)

詐欺ノ件(大正七年七月十七日大審院第三刑事部判決、棄却、判決録第二十四卷九四〇頁以下)

(上告理由及判旨) 被告上告趣意書第一點原判決ハ被告カ相被告岡本正雄ト共謀シ正雄カ準禁治産ノ宣告ヲ受ケタル者ナルコトヲ秘シ北澤重三郎ヨリ金圓ヲ借受ケタル事實ヲ認定シ之ヲ刑法第二百四十六條詐欺取財ノ律文ニ問擬シタリ然レトモ右詐欺タルニハ少ナクトモ積極ノ行爲ヲ以テ相手方ノ錯誤ヲ誘因セサルヘカラス然ルニ單ニ準禁治産者タルコトヲ内秘シタルノ一事ヲ以テ之ニ問擬シタルハ法律上罪タラサルモノヲ處罰シタル不法ヲ免レスト云フニ在レトモ 欺罔ノ手段ハ必スシモ積極的行爲ヲ要スルモノニアラス一定ノ事情ヲ告知スヘキ義務アル者カ故ラニ之ヲ黙秘スルカ如キモ亦人ヲ錯誤ニ陥ラシムヘキ欺罔手段ト認ムルヲ妨ケサルモノトス而シテ準禁治産者カ法律上ノ取引ヲ爲サントスルニ當リ其相手方ニ於テ準禁治産者タルコトヲ知ラハ取引ヲ爲ササルヘキ場合ニ於テハ法律上ノ取引ノ安固ヲ保持スル必要ニ鑑ミ其準禁治産者タルコトヲ告知スルノ義務アルモノト解スルヲ一般法理上ノ觀念ニ適スルモノト云ハサル可ラス故ニ斯ル場合ニ於テ故ラニ其準禁治産者タルコトヲ黙秘シ

不眞正不作爲犯

テ相手方ヲシテ能力者ナルカ如ク誤信セシメ因テ以テ財物ヲ交付セシメタルトキハ詐欺罪ヲ構成スルモノトス原  
判決ニ依レハ被告正雄ハ準禁治産者ニシテ被告等ハ共謀ノ上被害者北澤重三郎カ此事實ヲ知ラハ金員ヲ貸與セサ  
ルヘキヲ察知シナカラ故意ニ黙秘シテ之ヲ告知セス重三郎ヲシテ正雄ヲ能力者ナリト誤信セシメ以テ貸與名義ノ  
下ニ金圓ヲ交付セシメタルモノナレハ詐欺罪ノ責任ヲ免ルル能ハサルコト論ヲ竣タス原判決ノ擬律ハ相當ニシテ  
論旨ハ理由ナシ

(二六) 見本と相異せる擔保物に關する黙秘(不作爲による詐欺)

詐欺被告事件(大正十三年三月十八日大審院第一刑事部判決、棄却、判例集第三卷二三〇頁以下)

(上告理由)辯護人上告趣意書第四點原判決ノ第一事實理由ヲ閱スルニ「被告俊三ハ……株式會社加島銀行福島  
支店長廣岡某ニ對シ右黒木綿ノ見本ヲ示シ同人ヨリ……同品ヲ擔保トシテ金二萬圓ノ貸與ヲ受クヘキ内諾ヲ得タ  
ルトコロ該品ヲ入手スルニ及見本ヨリ遙ニ劣等ナリシ爲之ヲ右銀行ニ告クル時ハ前示金員ノ貸與ヲ拒絶セラルヘ  
キヲ慮リ故ラニ其ノ事實ヲ秘シ現品ヲ呈示スルコトナク……擔保品ハ見本ト相違セサルモノト誤信セシメ……金  
二萬圓ヲ交付セシメ之ヲ騙取シ……トシテ要スルニ被告ハ見本ヨリ劣等ナリシ品ナルコトヲ知りナカラ之ヲ秘シテ  
物品ヲ擔保ニ差入レ金員ヲ借入レタル事實ヲ詐欺取財トシテ問擬セリ然レトモ詐欺取財ハ人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙  
取スルヲ指スヲ以テ其ノ要件トシテ欺罔行爲ナカルヘカラス而シテ欺罔行爲ハ必スシモ積極的ナルコトヲ要セザ

ルモ不件爲ニ因ル場合ニ於テハ欺罔者ハ被欺罔者ニ對シ義務ニ違背シテ作爲セサルコトヲ要件トスルハ今更説明スルマテモナシ本件ノ如キ取引ニ於テハ被告ノ相手方タル右支店長ニ於テ見本ト相違ナキヤ否ヲ精密ニ調査スヘキハ至當ニシテ被告ヨリ右支店長ニ對シ特ニ劣等品ナリシコトヲ告知スルノ義務ナキナリ是故ニ假ニ原判示ノ如ク擔保品ハ見本ヨリ劣等ナリシ品ナリトスルモ之ヲ秘シタレハトテ被告ハ何等告知義務違背トナラサルヲ以テ不法ナル欺罔行爲アリト謂フヲ得サルナリ然ルニ原判決ハ此ノ點ニ付何等ノ理由ヲ示サスシテ單ニ劣等品ナリシ事實ヲ告ケサルノ一事ヲ以テ被告ニ欺罔行爲アリトシ被告ヲ詐欺取財ニ問擬セルハ理由不備擬律錯誤ノ違法アルノミナラス事實ヲ不當ニ認定シタル違法アルモノナリ

(判決理由)信義誠實ヲ旨トスル取引上ノ必要ニ鑑ミ本件ノ場合ニ於テ被告人ノ現ニ提供スル擔保品カ前ニ示シタル見本ト異ル他物ナルトキハ被告人ハ之ヲ告知スルノ義務アリト解スルヲ相當トスヘク而シテ本件加島銀行福島支店長廣岡某カ擔保品ハ見本ト同一ナリト誤信シテ取引ヲ爲スニ當リ被告人ハ告知義務ニ違背シ其ノ同一ナラサルコトヲ秘シ因テ以テ廣岡某ヲシテ其ノ取引ヲ爲スニ至ラシメタルモノナレハ刑法第二百四十六條第一項ニ所謂欺罔行爲アリト謂ハサルヘカラス蓋シ此ノ場合ニ於テハ被告人ハ積極的ニ欺罔行爲ヲ爲ササルモ廣岡某ノ陷リタル錯誤ト之ニ因リテ廣岡某ノ爲シタル取引トノ間ニ存スル因果關係ヲ遮斷セサルニ因リテ詐欺罪ハ成立スルコトヲ得ヘキモノトス而シテ原判決ノ判示スル所ハ畢竟被告人カ此ノ告知義務アルニ拘ラス之ニ違背シテ故ラニ事實ヲ秘シ因テ以テ相手方タル前記廣岡某ヲ欺キタリトテ趣旨ナルコト判文上之ヲ知ルニ足ル論旨理由ナシ



(一七) 抵當權付不動産取引に關する黙秘(不作爲による詐欺)

詐欺被告事件(昭和四年三月七日大審院第二刑事部判決、棄却、判例集第八卷一一二頁以下)

(判決理由) 抵當權ノ設定及其ノ登記アル不動産ヲ賣買スル場合ニ於テハ抵當權ノ行使ニ因リ買主ハ其ノ所有權ヲ失フ虞アルヘキヲ以テ買主ニ於テ抵當權設定及其ノ登記アルコトヲ知リタランニハ或ハ之ヲ買受ケサルコトアルヘク又縱令之ヲ買受クルモ代金ノ支拂ニ關シ自己ノ利益ヲ保護スル爲相當ノ措置(例ヘハ民法第五百七十七條ノ規定ニ依ル代金支拂拒絶)ヲ爲ス要アルヘキヲ以テ右設定及登記ノ事實ヲ知ラスシテ買受ケ代金ヲ交付セントスル場合ニ於テハ信義誠實ヲ旨トスル取引ノ必要ニ鑑ミ賣主ハ右事實ヲ買主ニ告知スル法律上ノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス抵當權ノ設定カ登記簿上明白ニシテ買主カ其ノ閱覽等ニ依リ容易ニ之カ設定ヲ知リ得ヘキコトハ右義務ノ存在ヲ妨クルモノニ非ス故ニ敍上不動産ノ所有者カ其ノ不動産ヲ賣却セントスルニ當リ相手方ニ於テ抵當權ノ設定及其ノ登記アルコトヲ知リタランニハ之ヲ買受ケ代金ヲ交付セサルヘキ場合ニ相手方ノ不知ニ乘シ故ラニ抵當權ノ設定及其ノ登記アルコトヲ黙秘スルハ法律上ノ告知義務ニ違背スルモノニシテ之カ爲相手方ヲシテ抵當權ノ負擔ナキ不動産ナリト誤信センメタル結果之ヲ買受ケ代金ヲ交付セシメタルトキハ詐欺罪成立スルモノトス原判決ノ認定シタル事實ノ旨趣ニ依レハ被告人ハ安井寬ト自己ノ所有ニ係ル原判示土地ノ賣買契約ヲ爲スニ當リ該土地ハ既ニ株式會社北海道拓殖銀行ニ對スル被告人ノ債務ノ擔保トシテ抵當權ノ設定及其ノ登記ヲ爲シ

アリ被告人ハ寛カ此ノ事實ヲ知ラハ右土地ヲ買受ケサルコトヲ察知シナカラ法律上該事實ヲ買主タル寛ニ告知スヘキ義務アルニ拘ラス故ラニ黙秘シテ之ヲ告知セス寛ヲシテ抵當權ノ負擔ナキ土地ナリト誤信セシメタル結果買名義ノ下ニ代金トシテ即時金三千圓ヲ交付セシメタリト云フニ在ルヲ以テ被告人ノ行爲ハ詐欺罪ヲ構成スルコト論ヲ俟タス本件抵當權ノ設定カ登記簿上公示シアルコトハ右黙秘ヲ絕對ニ不能ナラシムルモノニ非サルハ勿論寛ニ於テ登記簿ノ閲覧等ニ依リ容易ニ本件抵當權ノ設定ヲ知り得ヘカリシニ拘ラス其ノ調査ヲ怠リシコトハ本件詐欺罪ノ成立ヲ妨クルモノニ非ス

### (二八) 賣渡家屋の繫争中なることの黙秘(不作爲による詐欺)

詐欺被告事件(昭和八年五月四日大審院第一刑事部判決、破毀自判、判例集第十二卷五四〇頁以下)

(判決理由) 本件公訴事實ノ要旨ハ被告人ハ大正十二年末ヨリ東京市日本橋區住吉町十三番地ニ木造二階建住家一棟(建坪十一坪七合五勺二階十一坪七合五勺)ヲ所有シ之ニ居住シ居タルカ昭和三年一月頃區劃整理ニ因リ被告人ハ右家屋ヲ取毀テ隣地十四番地上ニ前記家屋ト同一ノ家屋ヲ新築シタルニ昭和四年ニ至リ前家屋ノ二番抵當權者タル石川縫太郎ハ其ノ債權三千圓ニ付右十四番地上ノ被告人ノ新築家屋ニ對シ競賣ヲ申請シ前家屋ノ一番抵當權者小野保ニ於テ代金四千六百餘圓ニテ競落シタルモ被告人ハ之ニ對シテ何等異議ノ申立ヲ爲サス右競落許可決定ハ確定シ小野保ハ被告人ノ債務ヲ支拂ヒ該家屋ノ所有權ヲ取得シ被告人ニ對シ右家屋ノ明渡ヲ請求シタルモ

不眞正不作爲犯

之ニ應セザリシ爲家屋明渡等ノ民事訴訟ヲ昭和五年四月東京區裁判所ニ提起サレ被告人ハ該家屋ノ占有者合資會社寫生堂ノ代表社員トシテ之ニ應訴シ抗爭中昭和六年五月下旬頃山崎種二ヨリ右家屋買受方ノ交渉ヲ受クルヤ同人カ右家屋ニ付前記事情ヲ知ラス且之ヲ知ルニ於テハ到底右家屋ヲ買受ケサルヘキコトヲ知悉シナカラ同人ニ對シ故ラ前記事情ヲ隱蔽シテ同人ヲ欺罔シ因テ同人ヲシテ右家屋ニ付テハ何等紛争存セサルモノト誤信セシメタル末同年六月三十日同區蠣殼町松澤公證人役場ニ於テ右賣買契約ヲ締結セシメタル上同年七月十三日迄ノ間ニ代金名義ノ下ニ金五千圓ヲ交付セシメ之ヲ騙取シタリト云フニ在リ

按スルニ右公訴事實中其ノ冒頭以下被告人カ山崎種二ヨリ本件家屋買受方ノ交渉ヲ受クルニ至レル迄ノ事實並被告人カ山崎種二ヨリ右家屋買受方ノ交渉ヲ受クルヤ直ニ之ヲ承諾シテ賣買契約ヲ締結シ同年七月十三日迄ノ間代金五千圓ヲ受領シタル事實ハ被告人ノ當公廷ニ於ケル供述ニ依リ之ヲ認定スルニ足ルトコロ被告人カ右契約締結ニ際リ種二ヲ欺罔シテ之ヲ錯誤ニ陷レ因テ同人ヲシテ右契約ヲ締結セシメタリトノ事實ハ之ヲ認ムヘキ證明充分ナラス從テ右契約上ノ代金ヲ受領シタル行爲ヲ以テ財物騙取ノ行爲ナリトスルヲ得サルモノトス尤モ被告人カ右賣買契約締結ノ際該家屋ノ係争事情ヲ告クルニ於テハ種二ニ於テ買受ケサルヘキコトヲ認識シタルニ不拘其ノ事實ヲ告ケザリシコトハ被告人ノ當公廷ニ於ケル自供ニ徵シ明白ナレトモ相手方ノ質疑ニ對シテ右事實ヲ否認スルカ如キ行爲ヲ爲シタルニモ非ス只單ニ沈黙ヲ守レルモノニシテ即チ單純ナル不作爲ノ存スルニ止マリ而シテ此ノ不作爲ハ法令上慣習上又ハ契約上其ノ他法規上ノ一般條理トシテ存在スル告知義務ニ違反スルモノニ非サルカ

故ニ之ヲ以テ相手方ヲ欺罔スル手段ヲ用ヒタルモノト爲スヘカラサルヲ正當ナリトス蓋シ賣買契約ノ締結ニ限り賣主カ其ノ契約ノ履踐ニ因リ相手方ニ損害ヲ生セシメ又ハ生セシムルノ眞アル原因ノ存在スルコトヲ知ル場合ニ於テ之ヲ告知スルノ義務アルコトハ取引ノ安全ヲ保護スヘキ法律ノ精神ニ鑑ミ法律上ノ一般條理ニ屬スルモノト解スルヲ得ルモノニシテ例ヘハ擔保ノ目的物タルコトヲ默秘シテ之ヲ普通價格ニテ賣買スルカ如キ場合ニ付本院ノ判例上(昭和三年(レ)第一九二二號同四年三月七日第二刑事部判決參照)詐欺罪ノ成立ヲ認ムルハ當ニ此ノ見地ニ立脚スルモノト認ムルヲ得ヘシト雖本件事實ニ在リテハ之ト全ク趣ヲ異ニスルモノアリ即チ本件ニ於ケル賣買ノ目的物タル家屋ハ前顯區劃整理ノ際新ニ建築セラレタルモノニ係リ前顯抵當權ノ目的物ニシテ右區劃整理ノ際取毀チタル家屋ノ材料ノ全部又ハ大部分ヲ利用シテ移築セラレタルモノニ非サルコトハ當公廷ニ於ケル被告人ノ措信スヘキ其ノ旨ノ供述ニ徴シ之ヲ認ムルニ足ルカ故ニ本院判例(昭和六年(オ)第三〇八五號同七年五月十七日第五民事部判決參照)ノ趣旨ニ照ラシ右抵當權ハ既ニ消滅シタルモノニシテ本件賣買ノ目的物タル家屋ニ及フモノニ非スト爲スヲ正當ナリトシ從テ買主種ニ於テハ本件契約ニ依リ何等ノ瑕疵ナキ目的物ヲ買受ケタルモノニシテ契約ノ履踐ニ因リ何等損害ヲ被ルヘキ地位ニ在ラサリシモノト解スヘキノミナラス被告人亦本件賣買ノ目的物ト全然別個ノ家屋ニ對スル抵當權ニ付テノ爭訟ヲ相手方ニ告知スルノ必要ナキモノト信シ居リタルモノナルコト其ノ供述ニ依リテ之ヲ認ムルニ足ルヲ以テ被告人ノ上級ノ單純不作爲ヲ以テ法規上ノ一般條理ニ違反スルモノト爲スヘキニ非ス而シテ單純不作爲ハ一定ノ事情ヲ告知スヘキ義務アル者カ故意ニ之ヲ默秘隱蔽スル場合ニ

非サレハ之ヲ以テ欺罔手段ナリト爲スヘカラサルコト既ニ本院判例ノ存スル所ナリ以是本件被告人ノ行爲ハ詐欺罪ヲ構成セサルモノト解スヘク乃チ刑事訴訟法第三百六十二條ニ則リ被告人ニ對シテ無罪ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス。

(一九) 代理店の保險詐欺幫助事件

詐欺幫助被告事件 (昭和十三年四月七日大審院第四刑事部判決、棄却、判例集第十七卷二四四頁)

(事實) 被告人原幸之助ハ三井生命保險株式會社酒田代理店ヲ營ミ被告人佐藤喜宗次ハ同會社東北支社ノ外務員ナリシカ原審共同被告人ナル醫師大平祐次ハ同人ノ妻幸 (大正二年十一月二日生) カ腺病質ニシテ肺結核ニ侵サレ易キ體質ナリシ爲昭和九年六月頃ヨリ同年八月頃迄ノ間山形縣飽海郡吹浦村海濱伊藤末治方ニ轉地療養セシメ且肺結核豫防ノ注射ヲ施シ服藥セシメ居リタルモ昭和九年十月長女ヲ分娩シテヨリ身體ノ衰弱甚シク同年末頃左側肺炎ニ「ラツセル」アリテ斯ル症狀ヲ告知スルニ於テハ同人ヲ被保險者トスル保險契約ハ不成立ニ終ルヘキヲ熟知シ居リタルニ拘ラス被告人喜宗次ヲシテ昭和十年二月十四日頃及同年四月二十五日頃ノ二回ニ互リ酒田市本町五丁目二十五番地ナル自宅ニ於テ同會社ニ對スル孰レモ被保險者大平幸保險金額五千圓保險種類三十年滿期養老保險保險金受取人被保險者生存ノ場合ハ被保險者タル幸同人死亡ノ場合ハ保險契約者大平祐次ナル祐次名義ノ保險契約申込書各一通ヲ作成セシメタル上夫々之ヲ同會社ニ送付セシメ其ノ都度同會社ノ診査醫麻生宗雄、佐々

木金太郎等ニ對シ幸ノ前記症狀ヲ秘シ同醫師等ヲシテ殆ント無診査又ハ全然無診査ニテ其ノ告知書及診査報狀ニ右幸ニハ既往症現在症等ナク被保險者タルニ適スル健康體ナル旨記載セシメテ夫々之ヲ同會社ニ郵送セシメ同會社係員ヲシテ眞實幸カ被保險者タルニ適スル健康體ナルモノノ如ク誤信セシメ因テ該申込書記載ノ各保險契約ヲ締結セシメ昭和十一年三月三日幸カ肺結核ニ因リ死亡スルヤ醫師石原幸吉ニ依頼シテ右既往症ノ記載ナキ死亡證明書ヲ作成セシメ之ヲ保險金受領ニ要スル書類ニ添ヘテ同會社ニ送付シ其ノ後同會社ノ依囑ニ依リ幸ノ死亡ニ付調査ニ來レル調査員ニ對シ幸ハ診査狀記載ノ通り從來健康體ニシテ診査醫ノ診査ヲ受ケタルモノナル旨詐言シ以テ同會社係員ヲシテ幸カ從來健康體ニシテ既往症ナク診査醫ノ診査ヲケタルモノト誤信セシメタル結果同年五月十二日頃前記自宅ニ於テ同會社ヨリ保險金名義ノ下ニ合計金一萬圓ヲ騙取シタルモノナル處被告人幸之助及同喜宗次ハ前記幸ヲ被保險者トスル各保險契約カ殆ント又ハ全然無診査ニテ虛偽ノ診査報狀ニ基キ締結セラレタルコトヲ知リタルヲ以テ被告人幸之助ハ同會社ノ代理店トシテ又被告人喜宗次ハ同會社東北支社ノ外務員トシテ執レモ其ノ旨同會社ニ報告スルヲ相當トスルニ拘ラス被告人兩名共謀ノ上右祐次ノ犯行ヲ容易ナラシメンカ爲同會社ニ對シ右無診査ノ事實ヲ報告セサルノミナラス右祐次ヨリ依頼セラルル儘前記死亡證明書其ノ他右本件金受領ニ要スル書類ヲ同會社ニ送付シテ之カ請求ノ手續ヲ執リ以テ右祐次ノ犯行ヲ容易ナラシメ之ヲ幫助シタルモノナリ。(懲役十月、二年間執行猶豫)

(判旨) 被告人ニ對スル原判示事實ノ要旨ハ被告人ハ判示保險契約カ殆ント又ハ全然無診査ニシテ虛偽ノ診査報

狀ニ基キ締結セラレタルモノナルコトヲ了知セルニ拘ラス大平祐次ノ判示保險金詐欺ノ犯行ヲ容易ナラシメンカ  
 爲判示會社ニ對シ右無診査ノ事實ヲ報告セサルノミナラス右祐次ヨリ依頼セラルル儘判示死亡證明書其ノ他保險  
 金受領ニ要スル書類ヲ判示會社ニ送付シテ之カ請求ノ手續ヲ執リ以テ右祐次ノ犯行ヲ容易ナラシメテ之ヲ幫助シ  
 タリト謂フニ在リテ被告人カ大平祐次ノ判示保險金詐欺ノ犯行ヲ認識シナカラ右行爲ヲ敢テシタル趣旨明瞭ナリ  
 ト謂フヘク原判示事實ハ保險金詐欺罪ノ從犯ノ判示トシテ缺クルトコロアルヲ見ス然リ而シテ原判決ハ上告論旨  
 ノ如ク被告人カ診査不完全ナル事實ヲ判示會社ニ通報セサリシ一事ヲ捉ヘテ詐欺罪ノ從犯ナリト認定シタルモノ  
 ニ非スシテ判示ノ如ク大平祐次カ虚偽ノ診査報狀ニ基キ締結シタル保險契約ニ因リ判示會社ヲ欺罔シテ保險金ヲ  
 受領セントスルニ際シ同會社ノ代理店主タル被告人ニ於テ其ノ情ヲ了知シナカラ之ヲ本社ニ報告スルコトヲ爲サ  
 ス祐次ヨリ依頼セラルル儘右保險金受領ニ要スル死亡證明書其ノ他ノ必要書類ヲ判示會社ニ送付シテ請求ノ手續  
 ヲ執リ以テ右詐欺罪ノ遂行ヲ容易ナラシメタル行爲ヲ同罪ノ從犯ナリト認メタルモノニ係リ被告人カ判示會社ノ  
 代理店業者タル關係上保險金請求書ヨリ受取リタル保險金請求ノ必要書類ヲ本店ニ送付スルコトハ其ノ業務ノ範  
 圍ニ屬スルコト固ヨリ言フ俟タサルトコロナルモ唯前示ノ如ク保險金詐欺ノ犯行カ被告人ノ營ム代理店ヲ通シテ  
 遂行セラレントスルカ如キ場合ニ於テハ被告人ハ須ク其ノ了知事實ヲ本店ニ報告スル等右犯罪ノ遂行ヲ未然ニ阻  
 止スルニ適當ナル措置ヲ講スヘキ法律上ノ義務アルハ勿論ナルヲ以テ此ノ義務ニ違背シ何等其ノ擧ニ出ツルコト  
 ナクシテ右書類ヲ本社ニ送付スルノ手續ヲ執ルカ如キハ明ニ保險金詐欺ノ幫助行爲トシテ犯罪ヲ構成スルコト毫

モ疑ヲ容レス原判決ノ判示亦茲ニ存ス而シテ該判示事實ハ原判決擧示ノ證據ヲ綜合シテ優ニ之ヲ證明スルニ足り  
所論共謀ノ事實ヲ認ムルニ十分ニシテ記錄ニ徴スルモ原判決ニハ重大ナル事實誤認アルコトヲ疑フヘキ顯著ナル  
事由アルコトナケレハ原審カ之ヲ詐欺罪ノ從犯ト認メテ判示法條ヲ適用處斷シタルハ正當ナリ。

(此の項終る)