

Title	被拐取者解放減輕における「違法減少」と「違法減少阻却」
Sub Title	Unrechtsminderung und ihr Ausschluss bei der tätigen Reue im Menschenraub
Author	和田, 俊憲(Wada, Toshinori)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2007
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.169- 204
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0169

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

被拐取者解放減輕における「違法減少」と「違法減少阻却」

和田 俊 憲

1. はじめに
2. 判例
3. 検討
4. おわりに

1. はじめに

(1) 重罰化による法益保護のディレンマ

重罰化の時代である。この数年、生命、身体、自由に対する罪において個別の法定刑引き上げが相次いでなされた¹⁾。また、刑法総則における有期懲役刑の上限の引き上げもあり²⁾、傷害致死罪や各種致死傷罪のうち傷害の罪の刑を準用するもの³⁾においても、刑の上限が総じて上げられている。これらは、重要な個人的法益の侵害行為に対して十分な非難を加え強く予防を図ろうとする

1) 法定刑の下限について、殺人罪3年→5年(刑法199条。以下、本文も含め、特記しない限り条文は刑法のそれである)、傷害致死罪2年→3年(205条)、強姦罪2年→3年(177条)、法定刑の上限について、傷害罪10年→15年(204条。以上、平成16年改正)、逮捕監禁罪5年→7年(220条)、未成年者略取誘拐罪5年→7年(224条。以上、平成17年改正)など。

2) 15年→20年、加重の場合20年→30年(12条1項、14条2項。平成16年改正)。

3) 不同意墮胎致死傷罪(216条)、遺棄致死傷罪(219条)、逮捕監禁致死傷罪(221条)など。

ものであり、一定の効果が期待できる。しかし、既にその趣旨に反する新たな問題も立ち現れている。最も顕著なのが、飲酒運転による交通事故におけるいわゆる逃げ得問題である。

悪質で重大な交通事故に対応するため、平成13年に危険運転致死傷罪が新設された（208条の2）。その後、直接・間接の刑の引き上げを経て⁴⁾、現在では、法定刑の上限は危険運転致死罪で懲役20年、危険運転致傷罪で懲役15年、と傷害の罪に合わせてかなり重いものになっている。これに対して、危険運転致死傷罪が適用されない場合は、上限が懲役5年の業務上過失致死傷罪と各種道路交通法違反の罪⁵⁾との併合罪となり、処断刑の上限は致傷でも致死でも同じく高々懲役7年6月⁶⁾に過ぎない。従って、飲酒によるアルコールの影響下での危険運転によって人に傷害を負わせた場合、もしその場で救護行為に出ると、少なくとも危険運転致傷罪で懲役15年、救護行為が功を奏せず死亡させた場合は危険運転致死罪で懲役20年となりうるのに対して、救護行為に出ずに現場から逃げ、血中アルコール濃度を下げてアルコールの影響下での危険運転が立証不可能になってから出頭した場合は、被害者が運良く第三者に救命された場合だけでなく、被害者が死亡したとしても、業務上過失致死傷罪と救護義務違反（ひき逃げ）の罪⁷⁾との併合罪で、処断刑の上限は7年6月にとどまることになる。ここでは、新たに救護義務違反の罪を犯してでも、危険運転致死傷罪の適用を回避した方が処断刑が軽くなるため、一旦危険運転により被害者に

4) 平成16年改正において、致傷罪の上限が直接引き上げられ、また有期懲役刑の上限引き上げにより致死罪の上限が引き上がった。

5) 酒酔い運転（道路交通法65条1項、117条の2第1号。懲役3年以下）、最高速度違反（同22条、118条1項1号。懲役6月以下）、無免許運転（同64条、117条の4第2号。懲役1年以下）、安全注意義務違反（同70条、119条1項9号。懲役3月以下）、信号無視（同7条、119条1項1号の2。懲役3月以下）など。

6) 懲役5年の1.5倍。47条参照。道路交通法違反の罪が懲役2年6月未満の場合は、懲役5年との合算以下。47条但書参照。

7) 道路交通法72条、117条。法定刑上限は懲役5年。さらに上限を懲役10年に引き上げる改正案の提出が予定されている。

傷害を負わせた犯人に対して、救護行為に出るよりも現場から逃げることを動機付ける状況が生じている。そしてその結果、現に行為者が逃げた場合は、危険運転致死傷罪で処罰できない（ないし処罰が極めて困難である）という問題が発生しているのである。

このいわゆる逃げ得問題は、第一に、危険運転致死傷罪で処罰されるべき者がそのように処罰されないという問題と、第二に、法益保護行為を動機付けるべき法が逆に法益侵害行為を動機付けてしまっているという問題と、ふたつの側面に分ける必要がある。事故により被害者が即死するか、あるいは、事故後のいかなる救護行為をもってしても死亡を回避できない場合は、法が救護行為の不作为を動機付けていたとしても、具体的には生命に対する法益侵害との関係で有害ではないから⁸⁾、問題の中心は危険運転致死罪で処罰できないという第一の側面となる。しかし、なされるべき処罰が犯人自身による罪跡隠滅行為により不可能ないし極めて困難になることは、犯罪の種類を問わず問題となりうることであり⁹⁾、この場合に限って大きく取り上げられているのは、重く処罰できないこと自体の問題性よりも、そもそもこの種の犯罪における遺族感情の強さを反映したものであると思われる。

これに対して規範構造上重要だと思われるのは、第二の問題である。これが正面から問題となるのは、行為者による事故後の救護行為の不作为と被害者の死亡との間に明確な因果関係が認められる場合である。その場合には、法が救護行為の不作为を動機付けることによって生命法益に対する侵害が発生しているといえ、法益保護という刑法の目的と全く逆のことが実現してしまっている

8) 道路交通法72条は必ずしも当該事故における被害者の生命・身体のみを保護するためのものではなく、そこでは「道路における危険を防止する」措置も求められるほか、即死した被害者の死体が他の車両に荒らされないよう安置することなく逃げる場合も、「必要な措置」を怠ったものとして、同条違反となる。注釈特別刑法第6巻交通法通信法編I（1982）349頁〔河上和雄〕参照。

9) なお、証拠隠滅罪（104条）は「他人の刑事事件に関する証拠」を客体として定めており、犯人自身による自己の刑事事件に関する証拠の隠滅行為は処罰対象から外されている。期待可能性の欠如が理由とされる。

からである¹⁰⁾。これは、立法時に予想し得たはずではあるが、看過し得ない問題である。

逃げた方が明確に得である場合だけでなく、逃げようが逃げまいが大差ないという場合にも、逃げずに救護行為を行わせる動機付けは不十分であるとすれば、この問題を解決するためには、危険運転致傷罪よりも業務上過失致死罪と救護義務違反の罪との併合罪の方が処断刑が格段に重い、という刑の重さの関係を用意する必要がある¹¹⁾。しかし、懲役15年という危険運転致傷罪の法定刑を前提とすると、それを上回る処断刑を、現在ともに上限が懲役5年である業務上過失致死罪（の一部）や救護義務違反の罪の法定刑を引き上げることで作り出すのは無理であろう¹²⁾。仮に救護義務違反の罪の法定刑を10年に引き上げたとしても（それ自体相当に均衡を欠いた重罰化であるように思われるが）、業務上過失致死罪との併合罪の処断刑は、危険運転致傷罪の法定刑にようやく並ぶだけで、危険運転致死罪による処罰のリスクを考慮すると、依然として逃げ得状況は解消しない。

ある行為に対して一般予防目的で重い処罰を用意することは、そもそもそのような犯罪行為に出させないという事前の禁圧には効果的であっても、一旦そのような犯罪行為に出て重い犯罪が成立した行為者に対しては、事後的な法益

10) もちろん、死亡結果との間に因果関係がない場合でも、交通の安全等との関係では同様のことが実現してしまっている。

11) 検査時から見た過去の血中アルコール濃度の合理的推測を行うことにより、時間が経ってもアルコールの影響下での危険運転が立証できるようにすることは、ある程度は可能でも、事実レベルで自ずと限界があり、それだけでは問題の根本的な解決には至らないように思われる。飲酒の目撃証言等を積極的に活用することについても同様である。

12) 危険運転致死も危険運転致傷も基本行為たる危険運転行為は共通であるから、危険運転の禁圧という観点からは危険運転致死罪だけに重い法定刑を用意すれば足り、危険運転致傷罪についてはそもそも立法しないか、立法しても刑はそれほど重くせずに抑えた方がよかったということもできる。いまから危険運転致傷罪を廃止したり刑を引き下げたりするのは、危険運転を容認する方向のメッセージとなり、実際は無理である。

保護行為を動機付けないことにつながりうる。重い刑をもって強く予防を図るという観点からだけでは、均衡を欠いた重罰化と均衡を取り戻すための重罰化の連鎖が続くだけで、重罰化のディレンマは根本的な解決を見ないと思われる。

(2) 刑の減免による法益保護

事後的に法益保護行為をしない方が明確に得であるというのは極端で稀な例であるが、事後的な法益保護行為に出ても出なくても大差ないという状況であれば、これまでも多く見られた。そして、刑法は既にそのような問題に対して一つの解決法を持っており、積極的に活用されている。それは、ある犯罪が成立した後、(事後的な法益保護行為の不作为を別途処罰するのではなく、逆に、)事後的に法益保護行為がなされた場合に、当初の行為について成立した犯罪の刑を減免するという方法である。法益保護の不作为という法益侵害行為を処罰することによってではなく、刑の減免により法益保護行為を積極的に奨励することによって、行為者が法益保護行為に出るよう働きかけ、法益保護を図るのである。

現行法上、刑の減免には、法律上の減免¹³⁾と酌量減輕とがある。酌量減輕(66条)と、法律上の減免のうち減免の根拠が行為者の構成要件該当行為の中にあるもの¹⁴⁾は、量刑責任の類型的な軽さを反映させたものであると解される。これに対して、法律上の刑の減免のうち、ある犯罪が成立した後の行為者による事後行為に減免の根拠があるものが、刑の減免によって法益保護を図ろうとするものとして理解されうるものである。前者は、軽い責任評価¹⁵⁾をす

13) 法律上刑を減輕する場合(「法律上の減輕」)と法律上刑を免除する場合とを併せて、「法律上の減免」と呼ぶことにする。

14) 総則では、過剰防衛(36条2項)、過剰避難(37条1項但書)、違法性の錯誤(38条3項)、心神耗弱(39条2項)、従犯(63条)。

15) 違法性と対置される犯罪成立要件としての責任ではなく、違法性も含めた量刑責任という場合の責任の評価である。

ること自体に政策目的がある減免事由であるのに対して、後者は、軽い責任評価を用意することによって一定の行為を奨励し法益保護を図ることが政策目的である。ここで扱おうとしているのは、後者の減免事由である。

事後行為奨励型の典型的な政策的減軽事由として理解されているのが、身の代金目的拐取罪等における被拐取者解放減軽（228条の2）である。身の代金目的拐取罪（225条の2第1項）は、被害者を自己の支配下に置いた時点で既遂が成立し、その法定刑は無期又は3年以上の懲役と非常に重い。昭和39年の立法当時は、殺人罪と刑の下限が同じであり、殺人罪との違いは死刑の有無だけであった。一般予防の必要性を考慮して重い法定刑が用意されたものであるが、身の代金目的拐取の後に被拐取者を殺害しても、新たに死刑の可能性が生ずるだけで、殺害の禁圧にとっては十分でないともいえるため、逆に被拐取者を「安全な場所に解放した」ときは刑を必要的に減軽することにし¹⁶⁾、被拐取者の生命の保護を図ったものと解される。

被拐取者解放減軽で問題とされるのは、「安全な場所に解放した」の意義である。いかなる行為を行うと「解放した」に該当し、また、「安全な場所」とは何を意味するのかが問題とされる。後者については、被拐取者を解放した場所に一定の危険が認められる場合にも減軽が認められるか、即ち、被拐取者の生命の安全を図る行為が、同時に被拐取者に対して別の危険を生じさせる場合に、減軽を認めてよいか議論されている。

（3）本稿の目的

予防のためには重罰化すればよいというものではない。早い時点での重い処罰により強く一般予防を追求しようとする時代にあっては、それと同時に事後的な法益保護行為を刑の減免によって奨励することの重要性が増しているように思われる。ある行為を重く処罰する場合は、その犯罪が成立した後の法益保

16) 従って、酌量減軽がない場合、処断刑は、上限が懲役20年、下限が懲役1年6月となる。

護行為を奨励する必要がないかを併せて検討しなければならない。さらに、そのような奨励を行う場合は、法益保護行為が別の法益を侵害する可能性も検討した上で、刑の減免規定を設ける必要がある。本稿では、以上のような問題意識に基づき、事後行為奨励型の典型的な政策的減輕事由である被拐取者解放減輕を題材にして、刑の減免による法益保護のあり方について考察を加え、以て、平良木登規男先生の重責からの解放に祝意を表したい。

次節以降では、被拐取者解放減輕規定における「安全な場所に解放した」の意義が問題となった判例・裁判例を紹介した上で、それを参考に、解放減輕の制度趣旨、および、解放構成要件のうち「違法減少」を担う「解放した」の意義と、否定されると「違法減少阻却」とでもいふべき機能を持つ「安全な場所」の意義について、順次検討を加える。

2. 判例

(1) 解放減輕規定をめぐる議論状況

身の代金目的拐取罪等の被拐取者解放減輕(228条の2)についての立案当局者の説明を見ると、「この規定は、みのしろ金目的の誘拐罪やその事後従犯及びみのしろ金要求罪、みのしろ金目的の収受罪等が極めて危険な犯罪であり、被拐取者の殺害された事例も少なくない実情にかんがみ、被拐取者を解放した場合には、これらの罪の刑を必要的に減輕することとし、犯人に反省の機会を与えそのような不幸な結果の発生をできるだけ防止しようとする政策的な考慮が中心をなす」¹⁷⁾。ここでは、解放減輕規定の保護対象は①被拐取者の「生命(の安全)」であるとされている。

これに対して、学説では、それと同様の見解¹⁸⁾のほか、保護対象を、②

17) 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説(その1)」曹時16巻8号(1964)1089頁。

18) 大谷實・刑法各論〔第2版〕(2002)71頁、前田雅英・刑法各論講義〔第4版〕(2007)114頁ほか。

「生命・身体（の安全）」とする見解¹⁹⁾、③「生命・自由」とする見解²⁰⁾、④「生命・身体・自由」とする見解²¹⁾があり、さらに、⑤「被拐取者の安全」とする見解²²⁾も見られ、解放減輕の制度趣旨に関して多様な説が主張されているようにも見える。しかし、いずれも記述が短く、積極的な根拠付けも批判もないから、それぞれ相互に取えて異なる内容の主張を行おうとしているとは考えられない。究極的には被拐取者の「生命」を保護するための規定であることによりの見解も異論はなく、あとは、生命法益の手前に位置する「身体」も明示するか、「解放」が要件となっていることから「自由」にも言及するか、あるいは、そもそもそれらの個別の法益に言及せずまとめて「安全」と呼ぶか、表現の違いがあるに過ぎないということすらできるように思われる。

そうすると、むしろ重要なのは、具体的にいかなる場合に解放減輕が認められるのか、「安全な場所に解放した」の意義を明らかにすることであろうが、この点に関する深い議論は見あたらない。そこで、本節では、被拐取者解放減輕規定における「安全な場所に解放した」の意義が問題となった判例・裁判例を紹介し、若干の検討を加えて、同規定における法益保護の構造を考察する際の基本的視角への示唆を得たい。

（２）最高裁昭和54年決定

a) 事案と決定要旨

「安全な場所に解放した」の意義に関するリーディングケースは、最高裁第

19) 団藤重光・刑法綱要各論〔第3版〕(1990)487頁、大塚仁・刑法概説（各論）〔第3版増補版〕(2005)96頁、西田典之・刑法各論〔第3版〕(2005)80頁、曾根威彦・刑法各論〔第3版補正版〕(2003)69頁、山中敬一・刑法各論Ⅰ(2004)134頁ほか。

20) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(1975)333頁、大越義久・刑法各論〔第2版〕(2001)54頁。さらに、中村雄一「刑法228条の2『解放減輕規定』の諸問題」秋田法学41号(2003)151頁は、「直接的には、被拐取者の自由の回復を目的とし」「間接的には被拐取者の生命の安全を図ることも目的となる」とする。

21) 林幹人・後掲注24)69頁。

22) 平野龍一・刑法概説(1977)178頁、山口厚・刑法各論〔補訂版〕(2005)101頁。

三小法廷昭和54年6月26日決定²³⁾(以下、最高裁昭和54年決定という)である²⁴⁾。最高裁の認定によると、事案は次のようなものである。

「被告人は、沖縄県内で外交販売員をしていたものであるが、身代金目的の誘拐を行うことを決意し、昭和52年11月16日午後2時ごろ、那覇市……の……小学校正門前において、同市にある株式会社Kの役員Kの長女で小学校1年生のM(当時6歳)に対し、母親から頼まれて迎えにきたなどとの嘘を告げて、同児を被告人の運転する普通乗用自動車に乗車させて誘拐した後、同日午後10時過ぎごろまでの間、那覇市及び沖縄市周辺をドライブしたりしながら身代金の交付要求の方法を考えているうちに、その決意がにぶり、右要求を断念して同児をその両親のもとに返還しようと考え、同日午後10時15分ごろ、同県中頭郡西原村内の公衆電話で那覇市……の同児の自宅の父親に対し、『Mちゃんは自分が預っている。申訳ないことをした。15分以内に車から降ろして、その場所を連絡する。』旨告げた後、同日午後10時20分ごろ(原判決は午後9時20分ごろと判示しているが、誤りと認められる。)、同村……T方の裏塀のそばで、県道38号線から約26メートル入った、片側に……中学校の校庭と他方の側に民家数軒がある簡易舗装の脇道の上に同児を車から降ろし、『パパに電話してすぐ迎えにきてもらうから、ここで待っていてね。』と告げて同児のもとから立ち去り、同児を解放した。」

また、解放後の事情として、次のような事実が認められている。

「その結果、同児は、同日午後10時30分ごろ、たまたま同所を通りかかった付近住民のSに発見されて同人方に保護救出され、次いで、同日午後11時40分ごろ、同人の連絡により迎えにきた父親に引き取られた。一方、被告人は、同児を解放した後、その解放場所を同児の自宅などに通知するため種々努力した。すなわち、被告人は、解放後ただちに西原村役場前に行き同所の公衆電話で同児の自宅に電話をかけたが通じなかった。そこで、西原ドライブイ

23) 刑集33巻4号364頁。

24) 評釈・解説として、宮野彬・別ジュリ83号(刑法判例百選Ⅱ第2版)34頁、三原憲三・創価法学10巻2=3号121頁、渡部保夫・曹時32巻12号189頁、同・判解刑昭和54年164頁、林幹人・警研51巻12号65頁、香川達夫・ジュリ718号(重判解昭和54年)201頁、同・判時954号44頁、飛田清弘・警論32巻12号143頁、古田佑紀・研修376号73頁がある。

ン前に行き同所の公衆電話で電話をかけたが、やはり通じなかった。次いで、沖縄市高原、同市コザ高校付近、同市吉原入口前などから再三にわたって電話をかけ、同日午後11時40分ごろ、ようやく電話が通じたが、同児はすでに前記のとおりS方に保護されていた。被告人からの電話が通じなかった原因は、記録上明らかでないが、同児が前記S方に保護され、同人方と同児の自宅との間及び自宅と警察署との間などで種々電話連絡が行われ、これらの通話と重複したことなどによるものと推認されるのである。」

第一審那覇地裁昭和53年3月28日判決²⁵⁾ および控訴審福岡高裁那覇支部昭和53年7月21日判決²⁶⁾ は、「被拐取者が安全なる場所に解放されたと認められるか否かの判断は、解放の場所自体が物理的に安全かどうか及び解放場所の具体的状況のみならず、解放の日時、方法のほか被拐取者の年令、知能程度、健康状態等被拐取者の一身的事情等をも併せて総合勘案しなければならない」とした上で、解放場所が寂しい農村地帯であること、解放時刻が小雨の降る深夜であること、解放方法が6歳の女兒を地理不案内な場所に置き去りにするというものであったこと、被害者が風邪気味であったことなどを指摘し、「安全なる場所に解放した」には該当しないとした。

これに対して、被告人側の上告を受けた最高裁は、

「『安全ナル場所』というのは、被拐取者が安全に救出されると認められる場所を意味するものであり、解放場所の位置、状況、解放の時刻、方法、被拐取者をその自宅などに復帰させるため犯人の講じた措置の内容、その他被拐取者の年齢、知能程度、健康状態など諸般の要素を考慮して判断しなければならない」

として、第一審、控訴審と同様の一般論を立てつつ、

「右規定は、身代金目的の誘拐罪がはなはだ危険な犯罪であって被拐取者の殺害される事例も少なくないことにかんがみ、犯人が自発的、積極的に被拐

25) 刑集33巻4号383頁。

26) 刑集33巻4号386頁。

取者を解放した場合にはその刑を必要的に減輕することにして、犯人に犯罪からの後退の道を与え被拐取者の一刻も早い解放を促して、右のような不幸な事態の発生をできるだけ防止しようとする趣旨に出たものであることなどを考慮すると、解放の手段、方法などに関して、通常の犯人に期待しがたいような細心の配慮を尽くすことまで要求するものではなく、また、前述の『安全に救出される』という場合の『安全』の意義も余りに狭く解すべきではなく、被拐取者が近親者及び警察当局などによって救出されるまでの間に、具体的かつ実質的な危険にさらされるおそれのないことを意味し、漠然とした抽象的な危険や単なる不安感ないし危惧感を伴うということだけで、ただちに、安全性に欠けるものがあるとすることはできない、と解するのが相当である。」

とした。その上で、本件では、

「被告人が被拐取者Mを解放した場所は同兄の自宅のある那覇市から直線距離で数キロメートル離れ、同兄にとって全く地理不案内の地域であったこと、解放の時刻には人通りの少ない寂しい場所であったこと、解放後も同兄の安否を見守るなどしないで立ち去っていることなどを考えると、解放の場所、時刻、方法は必ずしも適切と認められるものではなかったといわなければならない。しかしながら、解放地点は、農村地帯の県道から少し入った脇道上で、民家のそばであり、右県道及び脇道沿いにはほかにも民家などが散在しており、場所自体が危険なものであるとは認められず、通行人の少ない時刻であるとはいえ、これらの民家の者らによって救出される蓋然性も見込まれるものであったこと、被告人は、解放に先立って同兄の自宅に対し、15分以内に解放して解放場所を通知する旨予告し、解放後ただちに解放場所を通知するため前記のとおり種々努力したこと、被告人がした右通知行為は、同兄がまもなく通行人に発見、救出されたことに伴う通話の重複などのため効果をあげ得なかったが、通行人による救出という事情が存在しなかった場合においても、解放場所の位置及び状況並びに被告人の右努力の内容などに照らすと、同兄はその両親及び警察官などによってそれほど長い時間の経過をまたずに救出され得たと認められ、その間、危険は皆無とはいえないが、その短時間内に同兄が具体的かつ実質的な危険にさらされる実際上の可能性はなほだ僅少であったと思われることなどを総合すると、原判決指摘のその余の事情を考慮にいれても、被告人の本件解放行為は刑法228条の2の要件を充たすに足りるもの、と認めるのが相当である。」

として、漠然とした抽象的な危険や不安感ないし危惧感は認められ、適切な解

放ではないとしても、具体的状況を前提にすると、実際になされた通行人による救出のほか、仮定的にも、民家の者や、被告人の連絡に基づく両親・警察官による短時間での救出が想定され、かつ、救出までの間に具体的かつ実質的な危険にさらされるおそれは認められないとして、安全な場所への解放と認めたのである。もっとも、そうすると、原判決には判決に影響を及ぼす法令違反があることになるが、懲役3年という量刑は重すぎず、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められないとして、上告は棄却されている。

b) 若干の指摘

「安全な場所」の判断において本決定でとられた判断枠組みは、(i) 被拐取者の解放後、どのような救出が見込まれるかを具体的に判断した上で、(ii) そのような救出がなされるまでの間にいかなる「危険」が認められるかを具体的に判断する、というものである。これについては、差しあたりさらに以下の三点を指摘することができる。

第一に、被拐取者の「解放」と「救出」を別のこととして理解していることである。略取誘拐罪は、本来の生活環境から離脱させた被害者を、行為者が自己（または第三者）の実力的支配下に置いた時点で既遂となるが、逆に、犯罪から撤退する際は、被拐取者を元の生活環境に帰還させたり、それと同等の自由・安全が認められる状態を回復させたりしなくとも、そのような原状回復よりも前の時点で既に「解放した」と認められることが前提とされている。もっとも、救出前のどの時点で「解放した」といえるかは、検討を要する問題である。

第二に、解放された被拐取者に対する危険は、解放時に予測された救出までのものに範囲が限定されていることである。これは、おそらく、安全に救出された後にふりかかる危険は、犯人に帰責されないからであろう。そうだとすると、このことは、行為者からは切り離された解放場所それ自体の危険性等ではなく、まさに解放行為によって被拐取者に対しいかなる危険が創出されるのか、という観点から問題を捉えるべきであることを示唆するように思われる。

第三に、これが最も重要な点であるが、「具体的かつ実質的な危険にさらされるおそれのないこと」という「安全」の意義についての判示が、相当に複雑な内容を含みうるため、さらに分析を要することである。「危険」には、①「安全」の反対の意味と、②「結果発生の可能性」という意味とがあり、ここではそれらが同時に使われていることで問題が複雑化し、さらに、③その「おそれ」にまで重ねて言及されていることが、理解を一層困難にしている。この点に関しては、判例評釈における理解にもばらつきが見られるところであるが、基本的には上の①～③に対応させて、次の三段階に分けて考えるのが妥当であると思われる。

まず、①の「安全」の反対の意味における「危険」は、「身の危険」即ち「生命・身体が害されうること」を意味すると解するのが通常理解であろう。そうすると、ここで問題とすべき危険の対象、安全の目的物は、「生命・身体」である²⁷⁾。もっとも、そのさらに詳細な内容は、なお検討を要する。

次に、②の「結果発生の可能性」については、「具体的かつ実質的」なものとしてされており、これは「漠然とした抽象的な危険や単なる不安感ないし危惧感」では足りないことと、それぞれ対応させられたものであろう。そうすると、「具体的な危険」というのは、「漠然とした抽象的な危険」のような抽象的・一般的な可能性ではなく、当該具体的状況を前提として具体的原因に基づく結果発生が具体的にあり得ることであり²⁸⁾、「実質的な危険」というのは、「単なる不安感ないし危惧感」のような感情的・心理的な可能性ではなく、客観的に根拠のある結果発生の可能性を意味すると解される²⁹⁾。以上は、実行の着手論において実質的客観説、不能犯論において客観的危険説をとった場合の、未

27) 渡部・前掲注24) 判解刑170頁は、「死」や「永久的傷害」を典型的なものとし、軽微な侵害の危険を排除している。もっとも、その制限の根拠は、危険が「実質的な」危険とされる点に求められている。

28) 林・前掲注24) 68頁は、「危険の種類・原因がはっきりしていなければならない」こととし、渡部・前掲注24) 判解刑170頁は、「当該危険が実害として現れることがある程度の蓋然性をもって予想されることが必要」とする。

遂犯を基礎づける危険に近い内容のものであると考えることができるかもしれない³⁰⁾。そして、このように「結果発生の可能性」を「具体的かつ実質的」なものに意識的に限定したことで、最高裁は第一審・控訴審とは違う結論をとることになったと考えることができる³¹⁾。

最後に、以上のような危険にさらされる©「おそれ」がさらに問題とされている。これは、結果発生の可能性が生ずる事態に至る可能性を指すものであろう。即ち、⑧「結果発生の可能性」が認められる状態を危険状態と呼ぶとすると、その危険状態が生ずる可能性を意味すると解される。解放時にはまだ危険状態は認められなくても、救出前に危険状態が生ずる可能性が認められるのであれば、「安全な場所」への解放とはいえないとされているのである³²⁾。この可能性がどの程度であるとき「安全な場所」が否定されるかは検討を要する問

29) 名和・後掲注37) 45頁も、「行為自体の外観（形式）に対する社会心理や印象だけで判断してはならない」とする。これに対して、林・前掲注24) 68頁は、「実質的な危険」というのは「結果発生の蓋然性がかなり高い」ことであるとの理解を提示する。古田・前掲注24) 485頁は、「実質的な危険」がないというのは「実際上の危険が生じる蓋然性が極めて小さいこと」であるとして、同じく蓋然性と関係づけて理解するが、結果発生ではなく危険発生の蓋然性を問題としており、これは本稿の整理では次に述べる「おそれ」の内容である。

30) さらに、切迫性について、注32) 参照。

31) もっとも、最高裁は、控訴審まで午後9時20分頃とされていた解放行為の時刻を午後10時20分頃に認定替えして、10時30分頃の救出までの時間を大幅に短く認定し、また、結局は功を奏しなかったものの被告人が解放場所の通知のための架電を何度も試みていることを、強調しており、被害者に対する危険を減少させるものといえるこれらの事情も、最高裁が控訴審までと結論を違った原因のひとつであるとの理解もありうる。しかし、危険についての最高裁の判断基準を前提とすると、そのような事情の有無が結論にとって決定的であるとは思われない。諸々の事情をもとに解放減輕を認めるという結論を得、むしろそのことの結果としてそれらの事情は強調されているものと考えられる。

32) 可能性の可能性は単なる可能性に過ぎないから、敢えて「可能性が生ずる事態に至る可能性」という二段構造をとっているのは、前者の可能性が時間的な切迫性を不可欠な要素としているからであると解することができるかもしれない。本件事案は、上述（i）の段階において短時間で救出が見込まれるものであった

題であるが、本決定では「はなはだ僅少」であるから安全性は否定されないとされている。

(3) 下級審裁判例

a) いくつかの裁判例

その後の下級審の裁判例では、①5月中旬午後8時頃の宇都宮市内の山林³³⁾、②午後0時過ぎ頃の宇都宮市内レストラン隣接の駐車場³⁴⁾、③1月下旬午後2時頃の富山県婦負郡内神社入り口付近³⁵⁾、④10月中旬午後3時40分頃の東京都板橋区内路上³⁶⁾での解放が、結論としていずれも「安全な場所」での解放であると認められている。もっとも、その点が争われた事案ではないため、最高裁昭和54年決定がどのように理解されているか判断する材料を提供するものとはなっていない。

b) 東京地裁平成14年判決

「安全な場所」での解放といえるかどうか争点となり、最高裁54年決定の判断枠組みに従った判断を示したのは、東京地裁平成14年4月17日判決である³⁷⁾。事案は次のようなものである。

被告人は、ほか3名と共に謀の上、鍵を奪い事務所に侵入して金を盗む目的

のであるから、救出はされるが時間がかかるような場合は本判例の射程外と解することもできるが、時間的切迫性の不存在を吸収できる判断枠組みになっていることを考えると、あり得る危険が時間的に近い事案と遠い事案とを敢えて区別しようとしていると解する必要は、必ずしもないのではないと思われる。

33) 宇都宮地判平成4年10月27日判時1452号153頁。解放場所は特定できないが、地図によると、県道まで1キロメートル以下の場所であると推測され、県道に出るまで集落はなさそうであるが、県道に出るまでの道の側に川は見あたらない。

34) 仙台高判平成10年3月17日判時1670号93頁。

35) 富山地判平成13年11月8日公刊物未登載TKC-LEX/DB28075257。

36) 東京地判平成14年3月14日公刊物未登載TKC-LEX/DB28075479。被害者は当時7歳である。

37) 判時1800号157頁。評釈として、名和鐵郎・判時1879号43頁がある。

で、平成13年8月20日午後9時50分ころ、東京都渋谷区渋谷において、会社役員E（当時58歳）に対し、暴行を加えた上、普通乗用自動車内に押し込み、同車を発進走行させて、Eを被告人らの支配下に置き、その際、同人に全治約6週間を要する傷害を負わせ、引き続きさらにほか1名とも共謀の上、東京都内、神奈川県内、静岡県内を走行中又は停車中の同車内及び静岡県賀茂郡東伊豆町片瀬所在の家屋内において、手錠をかけたりその動静を終始監視したりして、同月25日午前0時30分ころまでの間、同車内及び同家屋内からEが脱出できないようにし、その間、Eは当初狙った人物でないことが判明したため、計画を変更して、Eの家族に対し多数回にわたり電話で5000万円ないし1億円の身の代金を要求したが、同月25日午前0時半ころ、Eを静岡県志太郡岡部町大字三輪小字大滝先道路上で解放した。被告人らが被害者を解放した経緯及びその場所等については、以下の事実が認められている。

〔1〕解放に至る経緯

〔1〕平成13年8月24日午後8時半ころ、Bは、被害者に対して『東京の近くで降ろす。歩いていけるところで降ろす。』などと東京都内又はその近辺で解放することを伝えたが、被害者は一刻も早く解放してもらいたいと考え、『ここでいいです。』などと答えた。

〔2〕その後、数時間自動車で行った後、Bは、被害者に対して『これから降ろすが、立たされたところから5分間は動くな。立った場所から坂を下りていくとタクシーが通っている道だ。』などと言い、被害者から取り上げていた財布の中身のうち、外国人登録証及び運転免許証を返す旨伝えたが、被害者はこの場から離れることが先決であると考え、受け取ることを断った。

〔3〕翌25日午前0時半ころ、被害者は、ガムテープで目隠しされた状態で自動車から降ろされ、被告人に手を引かれて数十メートル歩き、道路の上に立たされた。被告人は、被害者に、そのまま5分程度待つように言って、その場を離れて被害者を解放し、自らはBらの待つ自動車へ向かった。

〔2〕解放現場及びその付近の状況

〔1〕被害者が自動車から降ろされた場所は、静岡県志太郡岡部町にある県道焼津・岡部線（高草街道）三輪橋交差点を折れ、三輪川沿いに集落の中を通る舗装道路を川の上流に向かって約750メートル進行した地点であり、周辺に照明設備はない。

〔2〕解放場所は、被害者が自動車から降ろされた場所から三輪橋交差点方向に

約40メートル戻った地点であり、幅員3.6メートルないし4.6メートルの舗装道路上であって、周辺に照明設備はない。道路脇には三輪川が流れており、道路から川底まで約3.32メートルの高さがあり、ガードレール等落下防止の設備はない。

〔3〕解放場所から三輪橋交差点に向かって100メートル余り進んだ地点から同交差点に至るまでの間は、道路両側に民家が立ち並んでおり、そのうち、解放場所から約200メートル進んだ地点以降は電柱に街灯が設置されていた。

〔4〕高草街道は、国道1号線と焼津市街を結ぶ県道であり、道路沿いに民家や店舗がある。

(3) 解放後、被害者が保護される経緯等

〔1〕被害者は、日本語に堪能である上、被害当時、毎日のようにスポーツクラブに通うなどして身体を鍛えており、会社を経営し、団体役員を務めるなどの社会的経験も有する男性である。

〔2〕被害者は、解放された後、Bから指示されたとおり、その場で5分以上待った上で、目隠しを外したところ、立っていた場所が坂道になっており、道の前方は曲がっており、脇に川が流れていることが分かったので、Bから言われたとおり、坂を下りる方向に道なりにしばらく歩くと明かりのついた民家が見え、そのまま集落の中の道路を歩くと、三輪橋交差点の信号機が見え、車が走行しているのも分かった。そこで、被害者は、その道路（高草街道）に出てタクシーを停車させ、所持金がなかったため、東京まで着払いで乗車させてくれるよう頼んだが、拒否され、次いで、付近の工事現場の警備員に携帯電話の借用を申し入れたものの、警備員が携帯電話を所持していなかったため、道路沿いの飲食店に入って電話を借り、自宅に電話して妻に解放されたことを伝え、ほどなく駆け付けた警察官に保護された。」

東京地裁は、営利目的誘拐、傷害、監禁、拐取者身の代金要求の各罪の成立を認めた上で、以下のように述べ、被告人らが被害者を解放した行為は被拐取者解放減輕規定にいう略取された者を「安全な場所に解放した」場合に当たると認め、拐取者身の代金要求罪の刑について法律上の減輕をした。

「そこで上記各事実を前提に、解放場所が安全な場所といえるかどうかを検討すると、解放場所は、被害者にとって全く地理不案内の山間の道路上であり、解放の時刻には暗くて人通りのない場所であった上、道路脇には川が流れており、道路から川への落下を防止するための設備もなく、また、被告人らは、解放後、被害者の安否を見守ることなく立ち去っており、加えて、被害者は、

金銭を所持せず、長時間監禁された後の疲労した状態にあり、肋骨骨折等の傷害も負っていたのであって、これらのことを考えると、解放の場所、時刻、方法は適切なものではない。しかし、解放場所は、集落内を通過して県道に通じる舗装道路上であり、100メートル余りの地点からは民家が建ち並び、約200メートルの地点からは街灯も設置されている上、被告人らは、解放に当たって、被害者に対し、解放場所から坂を下りるとタクシーが通る道である旨教えていること、暗かったとはいえ、被害者は、解放された場所が坂道となっており、道の前方が曲がっていることや脇に川が流れていることは認識できていること、被害者が日ごろから身体を鍛えており、社会的経験も有する成人男性であることなどを併せ考えると、被害者は、舗装路を踏み外さないように注意しながら県道方向へ歩き、それほど長い時間をかけずに、解放された道路沿いの民家や県道沿いの店舗を訪ね、あるいは県道の通行車両に停車を求めた上で、事情を説明して助けを求め、安全に救出された蓋然性が高かったと認められ、その間、不安感や危惧感が存したことは認められるものの、検察官が主張するような、川に転落したり、見知らぬ土地を長時間にわたりさまよいつづれたりする危険が、具体的かつ実質的な危険として実際に存したとは認め難い。

したがって、被告人らの解放行為は、刑法228条の2にいう略取された者を安全な場所に解放した場合に当たるといふべきである。」

c) 若干の指摘

東京地裁平成14年判決は、基本的に、最高裁昭和54年決定の示した二段階の判断枠組みに従うものであるといふことができる。

まず第一段階として、具体的事情を基礎に見込まれる救出が比較的短時間内でのものである点を指摘している。

第二段階に関しては、以下の諸点を指摘することができる。54年決定の事案になかった事情として、本件では被害者が既に軽くない傷害を負っている点が挙げられる。しかし、肋骨骨折等の傷害を負い、疲労した状態にあっても、比較的短時間での救出が見込まれるのであれば、その間により重い傷害に拡大していく危険は認められないであろう。また、その状態で川に転落すれば重い傷害の危険は認められるかもしれないが、転落自体の具体的な可能性は認められない。そのような判断を前提に、身体に対する侵害の抽象的危険だけでは解放

減輕は否定されないとしているものと解される。

さらに本判決で特徴的なのは、「見知らぬ土地を長時間にわたりさまよい続けたりする危険」に言及している点である。この危険は、弱い自由侵害の危険と軽い傷害の危険とを内包するものと解される。しかしこれは、54年決定に従い、見込まれる救出までの間に認められる危険を具体的に示さねばならなくなった検察官の主張に依えただけで、それがあれば解放減輕が否定されるような危険として指摘されているものと理解すべきではないであろう。

本判決は、基本的に最高裁昭和54年決定の判断枠組みに従おうとするものであり、そこでの危険判断の実質的な内容は妥当であると思われるが、危険に関する用語の使い方が最高裁とレベルを違えている点に注意を要する。本判決は、「川に転落したり、見知らぬ土地を長時間にわたりさまよい続けたりする危険が、具体的かつ実質的な危険として実際に存したとは認め難い」とし、「具体的かつ実質的な危険」を、川に転落するなどする可能性の内容として表現しているが、最高裁昭和54年決定の判断枠組みに従えば、川に転落したこと（あるいは、川への転落による死亡・傷害が切迫したこと）を前提にそこで発生する危険の内容が「具体的かつ実質的な危険」であり、転落の可能性がないことは、具体的かつ実質的な危険にさらされる「おそれ」がないと表現されることになるように思われるからである。最高裁が「おそれ」と表現したところのものに「具体的かつ実質的な危険」を当てることは、「おそれ」の内容を充実させる点は評価できるものの、逆に、最高裁が「具体的かつ実質的な危険」として表現した危険の範囲を拡張させようとする点は、見逃してはならないであろう。本件事案で、仮に「見知らぬ土地を長時間にわたりさまよい続けたりする」「具体的かつ実質的な危険」があったとしても、解放減輕は否定すべきでないと思われる。

3. 検討

(1) 解放減輕規定の制度趣旨と「違法減少」

身の代金目的の場合に被拐取者が殺害される事例が多いことの実事レベルで

の原因は、他の目的による略取誘拐罪においては、被拐取者の生存が行為者の利益であるのに対して、身の代金目的略取誘拐や略取誘拐後に身の代金目的が生じた場合は、被拐取者は身の代金獲得のための道具に過ぎず、現実にかかしておく必要がないだけでなく、犯行の目撃証人であるので犯跡隠滅のためにはむしろ殺害することが行為者の利益であることにある。また、規範レベルで見ても、身の代金目的略取誘拐罪に格段に重い法定刑³⁸⁾を用意するだけであると不十分であるのは³⁹⁾、そのようにすると、逆に拐取罪が既遂に達した後には殺人に出ない動機づけが相対的に弱くなるからである、という点を指摘することができる⁴⁰⁾。そこで、法定刑は重くした上で、既遂後の解放行為に対して刑の必要的減軽の報奨を用意し、被拐取者に対する（少なくとも）生命侵害の危険を回避しようとした規定であると理解することができる。その意味で、解放減軽規定が保護しようとしているものは、被拐取者の生命である。

解放の客体は、身の代金と対価関係におかれるに至った被拐取者一般であ

38) 前述の通り、法定刑は無期又は3年以上の懲役であり、平成16年改正によって殺人罪の法定刑が引き上げられるまでは刑の下限は同じであって、殺人罪との違いは死刑の有無のみであった。

39) さらに、予備罪の処罰規定もあり、予備後、実行の着手前に自首した場合の特別の減免も用意されている。228条の3。

40) なお、殺人罪で被害者が一人の場合、通常は死刑は科されないが、身の代金目的拐取後の被拐取者殺害では、死刑を選択することが多いようである。岩井直子「判評」判時1676号211頁参照。殺害に及んでも大差ないと思わせないための、量刑段階での努力であると評価することもできる。近年の被害者単数の身の代金目的拐取殺人事件で、死刑が選択されたものとして、最判平成10年4月23日判時1638号154頁（ほかに身の代金要求、監禁、強姦も）、福岡高判平成3年3月26日判時1387号145頁（ほかに身の代金要求、監禁等も）、最判昭和63年4月28日判タ710号67頁（ほかに準強姦未遂、死体遺棄、身の代金要求も）、最判昭和62年7月9日判時1242号131頁（ほかに身の代金要求、死体遺棄も）、広島高判昭和61年10月21日高等裁判所刑事裁判速報集（昭和61年）247頁（ほかに死体遺棄、身の代金要求等も）、東京高判昭和58年3月15日高等裁判所刑事裁判速報集（昭和58年）74頁（ほかに準強姦等も）、無期懲役が選択されたものとして、東京高判平成8年4月16日判時1572号141頁（ほかに身の代金要求、死体遺棄も）、東京高判昭和60年3月20日判時1159号167頁（ほかに身の代金要求、死体遺棄も）。

り⁴¹⁾、具体的に当該事案において行為者が殺害目的を持ったか否かは問われない。従って、回避・消滅が目指される生命侵害の危険は、身の代金目的の下での拐取者と被拐取者の支配関係がありさえすれば認められる抽象的なものであるということが出来る⁴²⁾。換言すれば、身の代金目的の下での拐取者と被拐取者の支配関係を解消する行為が、身の代金と対価関係におかれた被拐取者一般に認められるところの、殺害による生命侵害の抽象的危険を消滅させる行為であり、解放減輕の制度目的に合致する「違法減少」行為である。そして、そのような行為が、「解放した」に該当するものと解される。

では、支配関係の解消は具体的にいかなる場合に認められるか。解放減輕においては、被拐取者を本来的な生活環境や拐取した場所に復帰させることにより原状回復をすることまでは求められていない。行為者が支配関係を解消する意思で、被拐取者の下から離れ（または、被拐取者が離れて行くように仕向け）れば、原則として支配関係の解消は認められるであろう⁴³⁾ ⁴⁴⁾。場所的に離隔しなくても、被拐取者と連れだって警察に出頭・自首するような場合も、支配関係の解消を認めてよいと思われる⁴⁵⁾。

41) 身の代金目的略取誘拐（225条の2第1項）、身の代金要求（225条の2第2項）、身の代金目的被拐取者収受等（227条2項・4項）の各罪における被害者（被拐取者）である。

42) 現に殺害意思があったがそれを抛棄して解放したような場合は、生命に対する具体的危険が回避されているが（解放の時点では既に殺害意思がないから、解放行為による危険消滅は認められない、という極めて細かな分析的把握はしないとしても）、そのような個別的な事情は、次に見る危険衡量の中で考慮するのが妥当である。

43) 香川達夫・前掲注24) 重判解203頁は、拘束を解く前提として拘束していた場所からの積極的な移転は不要とする。

44) さらに、被拐取者が逃げて行くのを止められるのに止めない、という不作為態様による解放を認めてよいかは、問題である。「犯人が自発的、積極的に被拐取者を解放した場合にはその刑を必要的に減輕する」とする最高裁昭和54年決定の一般論からは、解放を認めることは難しいことになる。

45) さらに、共犯事件の場合について、島田聡一郎「判評」判時1821号205頁参照。

（2）優越的危険を理由とする「違法減少阻却」

支配関係を解消する解放行為が認められ、「解放した」といえる場合であっても、解放の時点で、関係する危険を比較衡量し、消滅する生命侵害の抽象的危険よりも重く評価される法益侵害危険が別に生ずる場合には、解放減輕の目的追求を諦めるべきであろう。優越的危険とでもいうべき危険が別に生ずる場合には、法益保護主義の観点から、「違法減少阻却」を認め、危険消滅を理由とした減輕は否定すべきである。そして、そのような優越的危険が認められる場合に解放減輕を否定するための要件として、「安全な場所」が規定されているものと解される⁴⁶⁾。「安全な場所」とは、場所自体の絶対的な安全性ではなく、解放しなかった場合と比較したときの相対的な安全性を意味するものであると考えられるのである⁴⁷⁾。では、解放時にいかなる別の危険が認められる場合に解放減輕の適用を否定すべきか。問題となりうる法益の内容と危険の程度ごとに検討しよう。

a) 生命侵害の危険

解放後に別の原因で生命が奪われる具体的危険が存在する場合は、解放減輕の対象とすべきでないことは当然であろう。解放しない場合と比べて却って生命侵害の危険が増加するからである。この場合は、「安全な場所」への解放とは認められないことになる。もっとも、その危険が第三者の故意行為に基づくものである場合には、当該第三者に対する殺人罪等の処罰で対応すれば足りるので、解放減輕を否定する必要はないと思われる。事実上は殺人の意思を持った第三者がいても、規範的にはそのような危険は肯定されず、「安全な場所」

46) 違法減少阻却は、処罰を重くする方向での判断であり、規定の根拠なく認めるべきではない。そして、減免規定の場合は、総則で定められるような一般的な違法減少阻却事由の規定があるわけではないから、減免規定それ自体の中に文言を用意しなければならない。

47) 林・前掲注24) 69頁も、「解放された場所が被告人の支配内にあるのと同程度の危険なのは、もちろん解放させる意味はない」として、解放前と解放後の危険を比較する観点を提示している。

といえと解することができる⁴⁸⁾。

重傷を負わせた被拐取者を瀕死の状態のまま直ちには救命されない場所に放置するような解放も、生命侵害の具体的な危険が引き続き認められるのであれば、解放がなかった場合と比べて危険の減少は認められないから、「安全な場所」への解放とはいえない。具体的な危険が継続して認められる場合は、そこに吸収評価される抽象的危険が観念上消滅するからといって、危険減少を肯定すべきではないであろう。被拐取者に瀕死の重傷を負わせた後、その後の具体的な殺害計画・意思を抛棄して救命措置が期待できない場所に解放するような場合も、生命に対する物理的な危険と爾後の行為に基づく危険との両方が認められる状態から、生命に対する物理的危険のみが認められる状態に変化させており、観念上は爾後の行為に基づく危険の分を減少させているが、被拐取者の生命に対する具体的な危険が存在する点では解放行為の前後で変化がないから、結局危険の減少は認められず解放減輕は否定すべきである。

b) 身体侵害の具体的な危険

生命よりも軽い法益の場合は、それが抽象的危険に止まる場合は、生命に対する抽象的危険よりも重く評価されることはないから、問題になりうるのは具体的な危険のみである⁴⁹⁾。

解放後に身体が侵害される具体的な危険がある場合は、解放減輕の対象とすべきではない領域を認めるべきであろう。前に見たように、これは判例がとっている結論であると解され、学説上も明示的な異論はないようであるが、その理論的根拠は、生命に対する抽象的危険よりも身体に対する具体的な危険の方が重

48) もっとも、第三者が責任無能力であるような場合はまた別論である。後述c)も参照。

49) 具体的な危険の有無は、当該具体的場合における侵害結果発生の確実性の有無で判断し、結果発生の切迫性は直接は問わないのが妥当である。具体的な危険犯としての未遂犯における危険判断について、拙稿「未遂犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（2003年）187頁以下参照。もっとも、ここでは別の理由で切迫性を要求すべきであると解する可能性について、注32）参照。

く評価される点にあると考えることができる。例えば、生命に対する抽象的危険が処罰根拠となる遺棄罪よりも、身体侵害を要素とする傷害罪の方が、法定刑の上限が格段に重く⁵⁰⁾、ここでは、少なくとも一定のレベル以上の身体侵害については、生命に対する抽象的な危険化よりも重く評価されているといえる。そして、既遂の具体的危険の惹起により成立する未遂犯が既遂の刑を任意的に減輕しただけの重い刑を科される点を考慮すれば、既遂と未遂とで故意がほぼ共通することを差し引いたとしても、侵害の具体的危険は侵害自体よりも格段に低く評価されるわけではないといえようから、少なくとも重大な身体侵害の具体的危険については、生命侵害の抽象的危険よりもなお重く評価されるべきであると思われる。その意味で、解放によって自らの支配下における生命侵害の抽象的危険を消滅させたとしても、それよりも重く評価される、重傷害の具体的危険が認められる場合には、「安全な場所」での解放とは認められず、解放減輕の対象とならないものと解されるのである。

これに対して、傷害の具体的危険が認められる場合でも、それが軽い傷害に過ぎない場合には、「安全な場所」への解放というべきである。解放減輕においては、犯人が逮捕を免れるため人気のない発見されづらいところに被拐取者を解放することは前提とした適用をする必要があり、そのような場所においては解放された被拐取者が軽い傷害を負うことも少なくないと思われる一方、軽い傷害の具体的危険は、生命に対する抽象的危険よりも軽い評価に値するといえることができるからである⁵¹⁾。

最高裁昭和54年決定は、前述のように、生命・身体に対する漠然とした抽象的な危険や不安感ないし危惧感は認められても、生命・身体に対する具体的状況を前提とした具体的危険は小さいという場合には、「安全な場所」への解放といえるとしていると解される。これは、基本的に支持できる判断であるが、

50) 単純遺棄罪の懲役1年、保護責任者遺棄罪の懲役5年に対して、傷害罪は懲役15年である。もっとも、山中・前掲注19) 86頁注3は、傷害罪の上限の重さは、生命に対する危険も評価しているからであるとする。

51) 傷害罪の法定刑の下限は科料で、遺棄罪よりもはるかに軽い。

上に述べたことに照らすと、身体に対する具体的危険が認められれば、それがいかなる傷害の危険であっても直ちに解放減輕を否定するものであると理解すべきではない。原審、原原審が考慮した可能性のある、雨の中で風邪が悪化する程度の危険は、減輕の障碍と考えるべきでない。

なお、解放後に重傷害の具体的危険が認められる場合であっても、現に被拐取者に対する具体的な殺害計画・意思があったがそれを抛棄して解放したような場合は、一方で生命に対する具体的危険が消滅し、他方で傷害の危険が生じ、合算すれば一連の解放行為がない場合と比較して被拐取者に対する危険は減少しているといえるから、相対的に「安全な場所」への解放であるとして、解放減輕を認めてよいと思われる。共犯者が引き続き殺害意思を持っているのに共謀関係を解消して共犯者の目を盗み被拐取者を解放するような場合も、同様である。犯人の支配下での生命に対する抽象的危険が消滅して違法減少があり、しかしそれを上回る重傷害の具体的危険が認められて違法減少阻却がなされるように見えても、さらにそれに優越する生命に対する具体的危険の消滅が肯定されるのであれば、結局違法減少を認めるべきである。

c) 自由侵害の具体的危険

自由侵害の具体的危険が實際上問題となりうるのは、①被拐取者が救出されるまで歩き彷徨う危険がある場合、②行為者が当初の逮捕監禁状態をそのまま残して逃亡する場合、③行為者が被拐取者を新たに逮捕監禁した上で逃亡する場合、④第三者に自由を侵害される危険がある場合である。

①の場合は、不自由が継続するという点では、解放されなかった場合に予測される状態と変わらないから、解放により生命侵害の抽象的危険を消滅させたことを打ち消すだけの危険を新たに創出したとはいえない。彷徨っている間に軽い傷害を負う危険があるとしても変わらない。これらの場合は解放減輕を認めてよいと思われる。

逮捕監禁を継続する②の場合も、逃亡しなかった場合の予測と比較して新たな危険創出がないのは同様であり、生命侵害の抽象的危険を上回る危険を新た

に創出していない点では解放減輕を認める根拠が同じくありそうである。しかし、逮捕監禁状態が続いているのに「解放した」といえるかが問題となる。ここで、行為者が逃亡する時点では逮捕監禁状態が残っていても、短時間での救出が見込まれる場合は、実質的に見て拘束は解かれたものと評価することができ、「解放した」といってよいかもしれない。監禁場所を警察に通報して逃亡するような場合は、通常は短時間での救出が見込まれるから、解放減輕を認めてよいと思われる。難しいのは、救出までに長時間かかる場合である。

③は、逃亡時に新たな逮捕監禁状態を作出した場合である。短時間での救出が見込まれるのであれば、生命に対する抽象的危険の消滅を打ち消すに足る危険創出は依然として認められず解放減輕の根拠はあるし、実質的な拘束解除を認めて「解放した」ということもできよう。これに対して、救出までに長時間かかることが見込まれる場合は、強度の移動の自由の侵害が長時間生ずる危険を新たに創出しており、強度の移動の自由侵害の具体的な危険は、重い傷害の場合と同様に、生命に対する抽象的危険よりも重く評価されるということが可能であるように思われる⁵²⁾。そうすると、仮に生命に対する抽象的危険は消滅させているとしても、それを打ち消す別の危険創出により全体として被拐取者に対する危険を増大させており、解放減輕の根拠が肯定できないことになりうるとともに、文言上も「解放した」に当たるとはいいがたい。この場合も、逮捕監禁があるのに「解放した」といってよいかという文言上の問題が、②と同様に残る。

短時間での救出が見込まれないのに、被拐取者を逮捕監禁状態に置いて逃亡した場合、「解放した」といえるか。やはり、逮捕監禁状態があり、かつ、それがある程度長時間継続すると見込まれるのに、その時点で「解放した」と言うのはことばの可能な意味の範囲を超え、この場合に解放減輕を認めるのは形式上無理だと思われる。しかし、翻って考えると、被拐取者の自由が強度に拘

52) 質的に異なり連続性のない法益について、法定刑だけを根拠に比較して論ずるのは危険であるが、一つの資料として、例えば、逮捕監禁罪には遺棄罪よりも格段に重い法定刑が用意されている。

束され、自力では脱出できないか脱出が極めて困難である場合は、間もなく救出されるといふ具体的な見込みが生ずるまでは、行為者が再び戻って具体的な支配を回復する危険が否定できないから、当初の支配関係が継続していると見るべきであろう。そうであるなら、支配関係の下での生命に対する抽象的危険が引き続き肯定されることになるから、生命に対する危険の消滅がそもそも認められないということができるよう思われる。従って、この場合は、「解消した」には当たらないとして解放減輕を否定することに、結局実質的な根拠があるといえる⁵³⁾。

もっとも、長時間と見込まれる監禁状態に置いたまま逃亡した場合、解放減輕がおよそ排除されると考えるべきではない。逃亡の時点ではまだ「解放した」とはいえないだけで、少なくとも、最終的に監禁状態から救助された時点で、あるいは、上で述べたことと平仄を合わせると、監禁状態からの短時間内の救出が見込まれるに至ればその時点で、「解放した」に該当するものというべきであろう。支配関係の解消により「解放結果」とでもいうべきものが発生した時点で解放は「既遂」に達するのであり、既遂は通常の事案では狭い意味での解放行為と同時に認められるが、長時間と見込まれる監禁状態に被拐取者を置いたまま逃亡するような場合は、狭い意味での解放行為の後、時間が経ってから解放結果が発生して既遂が認められ、その時点で初めて「解放した」といえることになる⁵⁴⁾。

53) 逃亡後、強度な移動の自由がある程度長期にわたって引き続き侵害される具体的危険が認められる場合であっても、逃亡前に被拐取者に対する具体的な殺害計画・意思があり、それを抛棄して逃亡したのであれば、全体としては危険減少が肯定できる。しかし、被拐取者を手元に置いたまま単に殺害計画・意思を抛棄しても、殺人の中止犯はともかく、解放減輕は認められないと同様、この場合も解放減輕を肯定することはできない。解放減輕は、単に全体的な危険減少によって基礎付けられているのではなく、「解放した」といえること、即ち、支配関係の元での生命に対する抽象的危険を消滅させることを前提とし、例外的に全体としての危険増加がある場合には減輕が否定される構造になっていると解される。

54) 長時間と見込まれる監禁状態を残して逃亡する場合は、従って、解放結果が発生する前に、例えば、事故により被拐取者が死亡したような場合には、解放結果

こうして、以上の限りでは、自由侵害の危険は、生命に対する抽象的危険に対する優越的危険として考慮される余地はなく、生命に対する抽象的危険の消滅を判断する前提として考慮される場合があるだけであるということになる。

最後に、第三者に自由を侵害される危険があるという④については、多くの場合、当該第三者に自由侵害について犯罪の成立を認めれば足りるのであろう。犯罪が成立しない程度の自由侵害が見込まれるに過ぎない場合は、解放により消滅させた生命に対する抽象的危険を上回る危険の創出は認められない。従って、いずれにせよ、解放減輕を認めてよい。しかし、例外的に、責任無能力の第三者のように、刑罰による予防の対象とならないものによって、移動の自由が長時間にわたって侵害されたり、性的自由が害されたりする危険があるときには、生命に対する抽象的危険に優越する重大な自由に対する具体的危険が認められるとして、「安全な場所」を否定すべき場合があるように思われる⁵⁵⁾。生命と身体だけでなく、自由についても、それに対する侵害の危険がないことを「安全」と称することは、とりわけ身体的接触のない場合に不自然さが残るが、可能であろう。

d) 危険の時間的範囲と発生可能性

ここまでは、単に危険の内容と程度を問題としてきたが、違法減少阻却の肯否を検討するためには、危険がいかなる時間的範囲内のものであるかと、さらに、危険状態が生ずる可能性についても検討する必要がある。

がなく解放未遂に過ぎないから、解放減輕は認められない。また、解放結果が発生しても、解放行為との間に因果関係が認められない（あるいはその認識がない）ような場合、例えば、被拐取者を監禁したまま逃亡したら、全く偶然に第三者が発見して被拐取者を救助したような場合は、「解放した」に該当しないと解すべきであろう。監禁状態を残して逃亡する場合は、通常は、監禁場所を通報することが必要であると思われる。

55) 解放された被害者が自ら閉鎖的空間に迷い込み、長時間外に出られなくなる可能性があるような場合も、解放前の拘束よりも不自由の程度が高まるのであれば、同様に扱われる余地がある。

まず、危険の時間的範囲について、判例は、前述の通り、「被拐取者が近親者及び警察当局などによって救出されるまでの間」としている。その限定は、一旦救出された後の危険は犯人に帰属させられないから、犯人の解放行為によって被拐取者に対する危険がどれだけ増減するかを考える際には考慮対象とすべきでないことによるものと解される。

さらに、判例によれば、予測される救出までという時間的範囲内であっても、被拐取者が危険にさらされる「おそれ」がなければ「安全な場所」は否定されず、危険にさらされる「実際上の可能性ははなはだ僅少」である場合は、そのような危険は考慮されない。ここでは、前述のように、危険状態が発生するさらにその可能性が問題とされていると解されるが、どの程度の可能性があるときに、危険にさらされる「おそれ」ありとすべきであろうか。

まず、切迫性を前提に判断されるような確実性がある初めて「おそれ」ありとすべきではない。何故なら、解放減輕を否定する危険状態の発生は、被拐取者の予測される救出までその可能性が考慮され得なければならないものであり、予測される救出までの時間は、必ずしも極めて短時間ではない場合も想定しなければならないからである。また、例えば緊急避難において、現に侵害された利益 α との間で衡量の対象とされるのは、侵害回避しようとした利益 β に対する「危険」ではなく、利益 β の「侵害」自体である。危難の現在性が認められ、何もしないと、確実に β に対する切迫した具体的危険が生じ β の侵害に実現すると判断されるような状況においては、「危険」ではなく「侵害」が秤に載ることになる。これに対して、ここで行おうとしているのは「危険」どうしの衡量であるが、可能性が問題とされるのは主に生命・身体に対する「具体的危険」の発生であるから、判断基準としてその発生の切迫した確実性を要求するとすると、生命・身体「侵害」を秤に載せる衡量を行っていることになりかねない⁵⁶⁾。こうして、危険状態発生について切迫した確実性には至らない可能性があるにすぎない場合でも、「安全な場所」は否定されることがあり

56) そうすると、軽い傷害の危険があるだけで解放減輕が否定されかねない。

うるとしなくてはならない。

反対に、危険状態が生ずる可能性が極めて小さい場合には、「おそれ」なしとすべきである。さもないと、ほとんどの場合に「安全な場所」が否定されることになりかねず、それは明らかに規定の趣旨に反する。さらに、危険状態の発生の「おそれ」は、少なくとも、危険状態が現に発生したとしたら解放行為との間に因果関係が認められるようなものでなければならぬであろう⁵⁷⁾。そうでなければ、当該危険を、解放行為を基点とした衡量の対象にすることはできないと思われる。解放行為による危険減少・違法減少が肯定できるかどうかの判断だからである。

それを超えて、どれだけの可能性が必要かは、一律には決定できないし、そうすべきでもないと思われる。生命に対する具体的危険が発生するおそれであれば、相当程度低い可能性であっても「安全な場所」を否定しうるであろう。生命侵害に接するような重大な傷害や、身体の重要な機能の不可逆的な侵害、に対して具体的危険が発生するおそれについても、同様である。これに対して、軽くはないが生命の危険には及ばず回復も可能な骨折程度の傷害の具体的危険が発生するおそれであれば、それなりに可能性はあるが大丈夫であろうと思われる程度であっては、「安全な場所」を否定するに十分ではないとも考えられる。自由に対する危険の場合は、「安全な場所」を否定するためにはさらに高い発生可能性を要求すべきであろう。

結局、ここでの判断は、解放行為がない場合と比較したとき、解放行為により被拐取者を相対的により安全な状態に置いたといえるかどうかを、総合的に判断するものであるというほかない。前項までで検討した優越的危険の判断は、解放により消滅させる生命に対する抽象的危険と、解放により生じさせるほかの危険とを、危険自体の重大性のレベルで比較するものであったが、最

57) 名和・前掲注37) 47頁が、「具体的かつ実質的な危険にさらされた場合であっても、解放場所の安全性を否定するためには、解放行為と危険結果との因果関係、すなわち、当該解放行為からこのような危険が発生する『おそれ』または『実際上の可能性』（蓋然性または可能性）が認められなければならない。」とするのも同旨か。

終的な「安全な場所」の判断においては、解放により生じさせうる危険については、その発生可能性の程度によってさらに評価を希釈した上で、衡量を行わなければならないのである⁵⁸⁾。

(3) まとめ

以上をまとめると、次のようになる。

(i) 支配関係を解消することで、自らの支配下での生命侵害の抽象的危険は消滅する。このような支配解消行為だけで、解放減輕規定の趣旨には合致する。支配を抛棄する意思で被拐取者の元を離れれば原則として支配関係を解消したものといえるが、逮捕監禁罪に対応する程度に強度な移動の自由が引き続き侵害される場合は、まだ支配関係の解消は認められない。支配関係の解消が認められるとき、その時点で「解放した」に該当する⁵⁹⁾。

(ii) 「解放した」といえても、救出までに、生命侵害の抽象的危険の消滅を上回る法益侵害危険の発生可能性がある場合は、解放減輕を否定すべきであ

58) 数式化することが許されるならば、次のように表現できる。

生命=100、身体=50とし、具体的危険=0.5、抽象的危険=0.1、とする。

法益どうしを衡量すると、

$$\text{生命 (100)} > \text{身体 (50)}$$

となり、前者の方が重い。しかし、法益侵害の危険どうしを衡量すると、

$$\text{生命侵害の抽象的危険 (100*0.1=10)} < \text{傷害の具体的危険 (50*0.5=25)}$$

となり、逆転する。しかし、さらに、法益侵害の危険にさらされるおそれがあるに過ぎない場合は、おそれが例えば30%であれば、

$$\text{生命侵害の抽象的危険が現に消滅 (100*0.1*1=10)}$$

$$> \text{傷害の具体的危険にさらされるおそれが発生 (50*0.5*0.3=7.5)}$$

となって、再び評価の重さが逆転し、優越的危険は認められないのに対して、おそれが例えば50%であれば、

$$\text{生命侵害の抽象的危険が現に消滅 (100*0.1*1=10)}$$

$$< \text{傷害の具体的危険にさらされるおそれが発生 (50*0.5*0.5=12.5)}$$

となって、優越的危険が認められ、「安全な場所」が否定されることになる。

これは判断構造を示すためのモデルに過ぎず、勿論、実際の危険衡量においてこのような具体的な数値による計算をするわけではない。

る。解放減輕を否定しうる危険は、生命侵害や重い傷害、重大な自由侵害の具体的危険である。

（iii）解放前に具体的な殺害計画・意思があり、生命侵害の抽象的危険を超えてその具体的危険が認められた場合は、解放行為により重い傷害に対する具体的危険のおそれが生じても、解放減輕を肯定することができる。

（iv）解放行為がない場合と比較して、解放行為による危険消滅と別の危険の発生可能性とを衡量し、相対的に危険を減少させたといえる場合に、「安全な場所」への解放が肯定される。

解放減輕規定が終局的に保護しようとしているものは、被拐取者の生命である。しかし、それだけなのであれば、単に「解放した」だけで減輕を認めてもよいところ、「安全な場所」での解放が要求されており、その判断においては被拐取者の身体や自由への配慮も見られる。もっとも、そこで衡量対象となっているのは、「生命」や「身体」や「自由」自体ではなく、「生命・身体・自由」に対する「危険」でもなく、「生命・身体・自由」に対する「危険」が生ずる「可能性」である。そうだとすると、解放減輕の制度趣旨の説明としては、単に「生命」に言及するだけでは不十分であるし、「身体」や「自由」を加えても、「生命・身体の安全」などとしてもまだ正確でないから、端的に、「被拐取者の安全」を図る規定である、とするのが表現として優れていると思われる。

59) なお、解放の客観的側面（違法減少）のみを扱う本稿の対象からは外れるが、「解放した」といえるためには、解放結果の認識（解放故意）も必要と解される。さらに、それを超えた責任減少を求める観点から、「自己の意思により」等の文言がないにもかかわらず）解放の自発性・積極性を要求すべきか否かは検討を要するが、本稿の目的を超えるので別稿に譲る。被害者に対する拘束を自発的に解いたということはできないから解放には該当しない、としたものとして、神戸地判平成14年6月24日TKC-LEX/DB28075713参照。

4. おわりに

被拐取者解放減輕規定を題材に、事後行為奨励型の刑の減免規定による法益保護のあり方について検討を加えてきた。解放減輕のほかにも、事後行為奨励型の刑の減免事由と理解されうるものとして、刑法総則には自首（42条）と中止犯（43条但書）があり⁶⁰⁾、各則では各種の予備罪や偽証罪などに特別の自首・自白減免規定が用意されており、また、特別法にも種々の自首・自白・中止減免規定が見られる。これらの要件解釈においても、それが事後行為奨励型の刑の減免事由の一種であるという理解を前提に、本稿で触れたような一般的な枠組みに照らした上で、相互比較の観点を持つことが重要であろう。それらが全て一律の解釈をとられるべきものだからではなく、制度の中での、元の犯罪の重大性と刑の重さ、事後行為奨励の必要性和許容性、裁量的減輕から必要的免除までの報奨の程度、要求する違法減少と責任減少の程度、のあるべき微妙なバランスを見出すには、それぞれ個別の制度の中だけを検討対象としたのでは十分でないと思われるからである⁶¹⁾。

最後に、蛇足ながら、冒頭で触れた危険運転致死傷罪における逃げ得問題について、さらなる重罰化ではなく刑の減輕事由による解決の試案を示しておきたい。

まず必要なのは、救護行為による必要的減輕を危険運転致死傷罪に設けることである。これにより、救護行為がなされた場合の危険運転致死傷罪の処断刑の上限は懲役7年6月となる。もっとも、これだけでは、①危険運転致死傷罪で救護行為がある場合と、②業務上過失致死傷罪と救護義務違反の罪の併合罪とで、

60) 簡潔かつ不十分なながら、自首については、拙稿「判評」ジュリスト1234号（2002）128頁以下、中止犯については、拙稿「中止犯論——減免政策の構造とその理解に基づく要件解釈——」刑法雑誌42巻3号（2003）1頁以下参照。

61) なお、全てに共通する基本問題として、刑罰による予防と減免による予防とを、単に手段を裏返した関係であると理解してよいかについては、慎重に検討する必要がある。

処断刑の上限が同じにしかならず、救護行為を動機付けるには不十分であるともいえる。そうであるなら、さらに、(i) 危険運転致傷罪の法定刑の上限を懲役10年に引き下げて、①の処断刑の上限を懲役5年にするか、それが難しければ、(ii) 救護義務違反の罪の法定刑を懲役7年に引き上げたり、懲役7年以下の自動車運転重過失致死罪等を新たに設けて業務上過失致死罪の一部について法定刑を引き上げ、②の処断刑の上限を10年6月にするか、いずれかが必要である⁶²⁾。

また、救命行為が功を奏するかどうか明らかでない段階では、救護行為に出る行為者は危険運転致死罪で処罰されるリスクを負うことになるので、それを軽減するために、救護行為が失敗した場合のための裁量的減軽を危険運転致死罪に設けることが有効であろう。

こうして、刑の減軽に関しては、具体的には208条の2第1項第1文に例えれば次のような但書を追加することになる。

「但し、救護のための最適の措置を行ったときは、前段の罪の刑は減軽し、後段の罪の刑は減軽することができる。」

被害者の生命侵害・重傷化の回避がかかっているのであるから、客観的に最適の救護措置を要求し、十分な違法減少を求める必要がある。また、本罪は結果との関係では過失犯であり、結果発生との関係で行為者を翻意させるなどする必要はないから、負担の大きい行為を要求しても、実際上の不都合は大きくないであろう。むしろ、責任減少を重視して、例えば「救護のための十分な努力」などで足りるとすることは、不当な減軽をもたらす結果となって妥当でな

62) 逆に見れば、救護義務違反の罪の法定刑を10年に引き上げても、それだけでは、①危険運転致傷罪で救護行為がある場合と、②業務上過失致死傷罪と救護義務違反の罪の併合罪とで、処断刑の上限が同じにしかならないから、やはり救護行為による必要的減軽を危険運転致傷罪に設けることが有効である。しかも、その場合は、救護義務違反の罪の法定刑は7年に引き上げるだけで、逃げ得回避のためには十分なのである。

いと思われる。さらに、違法減少阻却の観点からは、当初の事故の被害者を救護する行為であっても、交通の安全を害し、不特定・多数の第三者に危険を及ぼすようなものは、奨励の対象とすべきでない。「最適の措置」というのは、用語として妥当かどうかはともかく、以上の意味である⁶³⁾。

事後行為による刑の減軽を広く認めることに対して否定的な見解は、例えば、「刑法228条の2の解放減軽の規定については、犯人が身代金を得ることを目的として、誘拐という卑劣な手段を用い、身代金を要求し、その要求が実現した場合であっても、被拐取者を安全な場所に解放しさえすれば、本来の刑が必要的に減軽されるというものであるところから、一体、このような規定を設ける必要があるのかどうかということについても、問題がないとはいえない」、「身代金をまんまと巻き上げた上で、目的を達したことにより被拐取者を解放した場合や、逃走するに際して足手まといになる被拐取者を途中で置き去りにすると同様な状態で解放した場合にまで、この規定を適用しなければならないとすることには、国民の素朴な正義感情に抵抗を感じさせるものがないとはいえない」としている⁶⁴⁾。しかし、「減軽」ということばだけに囚われるべきではないであろう。減軽される「本来の刑」は、本稿の理解によれば、事後行為に根拠のある減軽を見込んで、そもそも重く設定されているものだからである。「減軽」は、重い処罰を解除するだけで、それを超えて必要な非難を抛棄するものではない⁶⁵⁾。この点は、裁判員制度において減軽規定の適用が不当に狭められることを防ぐ上で、強調しておく必要がある。もっとも、そうだとすると、減軽規定だけを新設するのだとすると、従来よりも処罰が軽くされる印象は否定しがたいから、もしすでに立法されている危険運転致死傷罪に新

63) ほかに、救護義務違反の罪との理論的關係、酩酊を前提とした実際上の適用可能性、主観的要件の必要性など検討すべき点は少なくないが、詳細は別稿に譲る。

64) 飛田・前掲注24) 149頁以下。

65) もっとも、事後行為を理由とした各種の「免除」規定は、既に行われた行為の違法性が小さいことと、当該事後行為を奨励することの必要性の高さとを比較し、本来科されるべき非難を政策的に抛棄するものである場合がある。

論説（和田）

たに救護減輕規定を設けるのであれば、誤った印象を持たれないためにも、救護義務違反の罪や業務上過失致死罪の一部の法定刑を引き上げる機会をとらえて、それと同時にするのがよいと思われる。それはまさに今である。