

### ・事実の概要

甲は、住み込みの従業員Aが小便を漏らしたことに立腹し、木刀で多数回に亘ってAを殴打し、その結果Aに、意識が判然とせず、自力で立ち上がることもできないほどの重傷を負わせた。

しかし、甲は事件の発覚をおそれ、直ちに医師による治療を施さねばAが死ぬかもしれないと認識しつつ、これをやむを得ないと決意し、化膿止め等の錠剤を投与するに止まった。

その結果、Aは死亡した。

### ・問題の所在

本問において、Aは甲により重傷を負わされた後、甲が救急車を呼ぶ等A救命のための適切な措置を採らなかった結果、死亡するに至っている。

したがって、かかる甲の行為につき、殺人罪（199条）が成立するとも思える。

もっとも、本問における甲の行為は、救急車を呼ぶ等の適切な措置を採らなかったという不作為である。

そこで、かかる甲の不作為につき、殺人罪の実行行為性を肯定できるか。通常は作為によって実現される構成要件を不作為によって実現する場合である不真正不作為犯の肯否、また肯定した場合の成立要件が明確でなく問題となる。

### ・学説の状況

#### 1. 不真正不作為犯の肯否について

##### A説 否定説

不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない犯罪であって、通常は作為により実現される構成要件を不作為で実現する場合である不真正不作為犯の存在を認めることは類推解釈の許容につながり、罪刑法定主義に反する。

##### B説 肯定説<sup>1</sup>

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

よって、不真正不作為犯は、作為により実現することが規定された構成要件を不作為で実現する「不作為による作為犯」ではなく、行為（作為又は不作為）による構成要件

の実現を処罰する罰則に、不作為で構成要件を実現することにより該当する場合であると解すべきといえる。したがって、不真正不作為犯の存在を認めても、何ら罪刑法定主義に反するものとはいえない。

## 2. 不真正不作為犯の成立要件について

### (1) 保障人的地位に基づく作為義務

形式的に結果と因果関係の認められる不作為をすべて処罰すると不真正不作為犯の処罰範囲が広がりすぎるため、まず作為義務が、不真正不作為犯の成立要件として要求される。

作為義務の発生根拠

三分説<sup>2</sup>

作為義務の発生根拠を、法令の規定、契約・事務管理、慣習・条理に求める。

さらに、かかる根拠のみをみたせば不真正不作為犯が成立するとしたのでは処罰範囲が不当に拡大してしまうおそれがあるため、上記見解を前提として、作為義務の発生を肯定するための付加的な根拠が要求される。

作為義務発生への付加的根拠

#### ・ A 説 主観説（藤木）<sup>3</sup>

行為者の主観的意思（放火罪における「既発の火力を利用する意思」など既に発生している法益侵害の危険を利用する意思）を成立要件として要求することにより処罰範囲の限定を意図する。

#### ・ B 説 多元説（平野・内藤・町野）<sup>4</sup>

作為義務の成立要件は、不作為による結果惹起を作為による結果惹起と構成要件的に同視しうるかという構成要件的解釈の問題であるため、犯罪によってそれを肯定しうるための要件は異なるとして、作為義務の発生根拠を多元的に解する。

#### ・ C 説 限定説

作為義務の成立要件について、一元的な基準を設定する。

##### ・ C 1 説 先行行為説（日高）

不作為者が不作為以前に法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定していた場合に作為義務を肯定する。

##### ・ C 2 説 事実上の引き受け説（大越・堀内）<sup>5</sup>

不作為者の法益に対する密着性に着目し、法益保護が不作為者に依存するときに作為義務を肯定する。

##### ・ C 3 説 排他的支配説（西田）<sup>6</sup>

不作為者が結果へと向かう因果経過を具体的・現実的に支配していた場合に作為

義務を肯定する。

### (2) 作為の可能性

保障人的地位が認められ、一般的・抽象的な作為義務が肯定されても、作為の可能性が欠如する場合には、具体的な作為義務がない。(たとえば、湖で溺れている者を救助すべき作為義務が肯定されるとしても、泳げない者に泳いで救助することを要求できないことは明らかである) よって、作為の可能性は不真正不作為犯の要件となる。

### (3) 同価値性

不真正不作為犯は、通常は作為で実現される構成要件を不作為で実現する場合であるため、上述の作為義務に違反する不作為が構成要件に該当する実行行為と認められるためには、それが、法的に構成要件に該当する作為と同価値のものと評価されることを要する。

## ・判例7

(最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁)

### 1. 事実の概要

Xは、手の平で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という「シャクティパット」と称する独自の治療を施す特別の能力を持つなどして信奉者を集めていたところ、Xの信奉者Aが脳内出血で倒れ、Aの息子B(Xの信奉者)が、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療をXに依頼した。

XはAのような重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、主治医の警告を無視してAを入院先からホテルまで運ばせ、Aの容態を見てそのままでは死亡する危険があることを認識したが、自らの指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療を施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡させた。

### 2. 判旨

「Xは、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運びこまれたホテルにおいて、Xを信奉する患者の親族から、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ものと認められる。その際、Xは、患者の重篤な状態を認識し、これを自ら救命できるとする証拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである」として、通常の医療を施さなかったXに不作為の殺人罪の成立を認めた。

## ・学説の検討

### 1. 不真正不作為犯の肯否について

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

(2) しかし、作為の形で定められている構成要件も単に作為を標準として規定されているにすぎず、禁止も命令もともに法益保護の目的に向けられた規範であるから、法益侵害ないし構成要件の結果発生の実現的な危険において同じであると解される以上は、いずれも同一構成要件に含まれていると解すべきである。

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

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

### 2. 作為義務の付加的根拠について

(1) この点について、放火罪における「既発の火力を利用する意思」等の犯罪に対する主観的意思を、作為義務の要件として要求することにより、妥当な処罰範囲を得ようとする見解(A説 主観説)がある。

しかし、「既発の火力を利用する意思」のような主観的意思を、客観的構成要件要素である作為義務の決定に際して重視すると、客観的に作為義務なくとも、主観的意思によって処罰される場合が生じることになりかねず、かえって、処罰範囲を拡大することになり、妥当でない。

(2) また、作為義務の要件は、不作為による結果惹起を作為による結果惹起と構成要件的に同視しうるかという構成要件解釈の問題であることから、犯罪によってそれを肯定しうるための要件は異なるとして、その要件を多元的に解する見解(B説 多元説)がある。

しかし、倫理的考慮によって、処罰範囲が左右されがちな不真正不作為犯においては、ある程度共通の最低限度の要件は必要であると解されるため、かかる見解も妥当でないと解する。

(3) そこで、作為義務の実質的根拠をどこに求めるかについては、作為義務の要件について、最低限度の要件として一元的な基準を設定し、不真正不作為犯の処罰範囲を限定する、限定説を採用するのが妥当であると解する。

ア．さらに、一元的な基準として、不作為者が不作為以前に法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定していた場合に作為義務を肯定するとする見解(C1説 先行行為説)

がある。

しかし、先行行為がありさえすれば作為義務が肯定されてしまう点で、不真正不作為犯の処罰範囲が不当に拡大するおそれがあるため、かかる見解は妥当でない。

イ．また、不作為者の法益に対する密着性に着目し、被害者の法益保護が不作為者に依存する場合、すなわち不作為者が法益保護を事実上引き受けたといえる場合に作為義務を肯定するとする見解（C2説 事実上の引き受け説）がある。

しかし、法益保護が不作為者に依存しているといえるためには事実上の引き受け行為が存在していなくても足りる（たとえば、山奥の人里離れた小屋の中で被害者に重傷を負わせた場合、被害者の生命という法益の保護は暴行者に依存しているものといえる）ことから、作為義務発生の実質的根拠として事実上の引き受け行為を要求することは、不真正不作為犯の処罰範囲を不当に縮減するおそれがあるため、かかる見解も妥当でない。

ウ．もっとも、不作為が作為と法益侵害についての同価値性を有することを担保するために、被害者の法益保護が不作為者に依存している場合に作為義務が発生するとしている点で、上記見解は評価できる。

したがって、被害者の法益保護が不作為者に依存している場合として、不作為者が結果へと向かう因果経過を具体的・現実的に支配していた場合に作為義務を肯定するとする見解（C3説 排他的支配説）を採用するのが妥当であると解する。

## ・本問の検討

1．本問では、まず甲はAが小便を漏らしたことに立腹し、木刀で多数回に亘ってAを殴打した結果、Aに意識が判然とせず自力で立ち上がることもできないほどの重傷を負わせている。

また、木刀で多数回に亘り人を殴打すれば、その対象に傷害の結果が生じることは容易に想像できることから、甲には少なくとも傷害罪（204条）の未必の故意があったといえる。

したがって、かかる甲の行為につき、傷害罪が成立する。

2．次に、で述べた通り、不作為による殺人罪の成立の余地を肯定するため、甲の不作為につき殺人罪（199条）が成立するかを検討する。

（1）ア．まず、甲は前述の通り自らの行為によりAに重傷を負わせていることから、先行行為があるといえ、形式的な作為義務の発生要件をみたしているといえる。

さらに、自力で立ち上がることもできないほどの重傷を負った人間が一般人の目に留まれば、通常救急車を呼ぶ等の救命措置がなされることが期待できるにもかかわらず、それがなされなかったことから、甲により化膿止め等の錠剤が投与された場所は一般人の目に留まるような場所ではなかったものといえ、甲はAの生命を具体的・現実的に支配していたといえ、実質的な作為義務の発生要件もみたしているといえる。

したがって、甲には適切な救命措置を採るべき義務があったといえる。

イ．また、救急車を呼ぶことが困難なほどの状況下にあったと認められるような事情もないことから、甲には適切な救命措置を採る容易性、及び可能性があったといえる。

ウ．さらに、Aは殴打により意識が判然としないほどの重傷を負わされていることから、頭部への深刻な打撃、あるいは相当量の出血があったものといえる。かかる状況下においては、早急に縫合ないし輸血等の措置を採らなければ、Aの生存に重大な危険が生じることは明白である。

したがって、Aの生命を排他的に支配しており、かつ適切な救命措置を採ることが容易かつ可能であった甲が適切な救命措置を採らないことは、作為によりAを殺害することと同価値性を有するといえる。

エ．よって、かかる甲の不作为は殺人罪における実行行為にあたる。

(2) また、Aは甲が適切な救命措置を採らなかったことにより死亡しているが、Aには特段の疾病に罹患していた等の事情もないことから、甲による暴行後直ちに適切な救命措置が施されていれば、現代の医療設備においては十中八九Aの救命は可能であったといえ、さらに甲による当該不作为の結果Aが死亡することは、社会通念上相当であるといえる。

したがって、甲の行為によってAの死という結果が発生し、その行為と結果との間の因果関係も存在するといえる。

そして、甲はAが死亡することもやむを得ないと決意していることから、甲には殺人罪における構成要件の故意(未必の故意)も認められる。

(3) さらに、甲に違法性阻却事由、責任阻却事由が認められるような事情もない。

(4) 以上より、かかる甲の不作为につき、殺人罪が成立する。

## ・ 結論

以上より、甲には傷害罪(204条)、殺人罪(199条)が成立し、両罪は包括一罪となり、甲はその罪責を負う。

以上

---

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論』第2版(2007年)有斐閣 75頁以下

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論』新版第2版(2007年)成文堂 146頁以下

<sup>3</sup> 藤木英雄『刑法(全)』第3版補正版(2003年)岩波書店 94頁以下

<sup>4</sup> 内藤謙『刑法原論』(1997年)岩波書店 94頁以下

町野朔『刑法総論講義案』第2版(1995年)信山社出版 132頁以下

<sup>5</sup> 堀内捷三『刑法総論』(2001年)有斐閣 57頁以下

<sup>6</sup> 西田典之『刑法総論』(2006年)法律学講座双書 116頁以下

<sup>7</sup> 他に、最決平成元年12月15日(刑集43巻13号879頁)、東京地裁八王子支部昭和57年12月22日判決(百選 6事件)がある。