

## I. 事実の概要

AはBとの交通事故により、頭蓋骨骨折等の重傷を負い、路上に倒れていた。そこを通りかかった被告人Xは、Aに声をかけ、反応を示したため、手当をしようと、自らの運転する自動車に乗せ、病院へと出発した。しかし運転中、次第に病院に連れて行っても助からないかもしれない、Aが死んだら自分が犯人扱いされるかもしれないと思いつき始め、XはAを山中に遺棄することを決意し、進路をb森林公園に変えた。同日午後5時40分ごろ、Xは自動車を停車させ、Aを抱えて車から降ろし、さらに杉林の中の未舗装の山道を約50メートル進み、杉の木の下付近の地面の上に、Aの体を横たえ、遺棄した。Aは翌日発見されたが、病院にて死亡した。

その後の鑑定によるとXがAを自車に乗せた時点において、直ちにAを病院に運んでいれば、十中八九の救命が可能であった。

## II. 問題の所在

1. 不真正不作為犯を肯定することが罪刑法定主義に反するか。
2. 罪刑法定主義に反しないとしても、いかなる場合に保障人的地位が発生するか。

## III. 学説の状況

### 1. 不真正不作為犯を肯定することが罪刑法定主義に反するか

甲説(不真正不作為犯否定説)<sup>1</sup>

法文上、作為による実行を予定している刑罰法規を不作為に適用することは、罪刑法定主義に反する。また、かりに刑罰法規が不作為も予定していたとしても、どの範囲の不作為が処罰の範囲とされているのかが条文上明らかでないのなら、やはり罪刑法定主義に反する。

乙説(不真正不作為犯肯定説)

作為犯処罰を原則とする刑罰法規であっても、禁止規範ばかりでなく命令規範をも含み得るのであるから、作為ばかりでなく、一定の不作為をも最初から予定しているのであり、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反しない。

### 2. 保障人的地位の発生根拠について

A 説(形式的三分説)<sup>2</sup>

作為義務は道徳的な義務でなく法的な義務でなければならないため、法令、契約・事務管理、条理に基づいて生じるとする説。

B 説(多元説)

法令、契約、救助の引き受け、先行行為、所有者・管理者としての地位ないし支配領域性、取引上の信義誠実義務、危険共同体の存在などの作為義務発生根拠を多元的に理解し、具体的事例において刑法上の作為義務が基礎づけられるかどうかを総合的に判断する説。

<sup>1</sup> 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』成文堂[2009] 82頁以下

<sup>2</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)〔第3版〕』有斐閣[1997]149頁以下

## C 説(限定説)

### C-1 説(先行行為説)<sup>3</sup>

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なければならないとする説。

### C-2 説(社会的期待説)<sup>4</sup>

行為者と法益主体あるいは危険源との社会的関係から、法益の保護が行為者の作為に強く依存し、その保護が社会的に強く期待されている場合に、保障人的地位を認める説。

### C-3 説(具体的依存性説)<sup>5</sup>

作為義務の実体を事実上の引受け行為に求め、法益を維持存続させる結果条件行為の開始、その行為の反復・継続、法益に対する排他性の確保という 3 つの要件が充足されるときに、作為義務を認める説。

### C-4 説(排他的支配説)<sup>6</sup>

不作為者が自己の意思により「事実上の排他的支配」を設定した場合、または不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素の存在がある場合に作為義務を肯定する説。

### C-5 説(結果原因支配説)<sup>7</sup>

不作為者による「結果原因の支配」、すなわち、「危険源の支配」もしくは「法益の脆弱性の支配」が認められる場合に作為義務を肯定する説。

## IV. 判例

最高裁平成 17 年 7 月 4 日

[事実の概要]

重篤な患者の親族から患者に対する「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上、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場合につき未必的故意に基づく不作為による殺人罪が成立した事案。

この判例では、被告の行為に対し殺人罪の実行行為性があるか問題となり、認める前提での保障人的地位を生ずる根拠について、「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」という先行行為のみに着目するだけでなく、「患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人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前端的にゆだねられた立場にあった」という引き受け・依存の關係に言及している。すなわち、この判例では、先行行為による危険の創出、患者に対する支配關係から保障人的地位が肯定されている。

## V. 学説の検討

### 1. 不真正不作為犯が罪刑法定主義に反するかについて

否定説は、当然に作為犯を予定する構成要件としているが、あくまで「作為犯を予定しているかのように見える」構成要件にすぎない。たとえば、「人を殺した」という文言の可能な意味の範囲

<sup>3</sup> 日高義博『不真正不作為犯の理論〔第 2 版〕』慶應通信[1983] 107 頁以下

<sup>4</sup> 木村亀二「不作為犯における作為義務」『刑法解釈の諸問題(1)』有斐閣[1939] 248 頁以下

<sup>5</sup> 堀内捷三『不作為犯論』青林書院[1978] 253 頁以下

<sup>6</sup> 西田典之「不作為犯論」『現代理論の現代的展開 総論 I』日本評論社[1988] 89 頁以下

<sup>7</sup> 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』有斐閣[2007] 88 頁以下

内には「母親が授乳しないことによって嬰兒を見殺しにする」というような場合も当然に含まれるから、不作為も殺人罪の構成要件に本来的に含まれると解することができる。また、不真正不作為犯の処罰を否定すると、法益侵害の危険を伴う種々の活動が必要不可欠である現代社会における法益保護はおよそ不可能なものになる。

したがって、肯定説が妥当であると考ええる。

なお、不真正不作為犯の成立範囲についての具体的基準を条文から直ちに読み取ることはできない。それゆえに、判例や学説によって、誰のいかなる不作為が構成要件に該当するのかということについて可能な限り明確な基準を示すことが求められる。

## 2. 保障人的地位の発生根拠について

まず、A 説は、あまりに形式的である。道路交通法上などの法令上の義務がただちに不真正不作為犯の作為義務を基礎づけるわけではない。また、契約をし、民法上の義務を負ったとしても、ただちに刑法上の義務を認めてよいことにはならない。さらに、条理や慣習というのも、あまりに不明確であり、倫理的・道徳的な義務を刑法上の義務としてしまうおそれがある。よって、A 説は妥当でない。

次に、B 説は、具体的事例において刑法上の作為義務が認められるかどうか多元的・総合的に考慮しようとするもので、実質的に作為義務の根拠を判断しようとする点は賛成できる。しかし、B 説も、基準として明確性を欠いており、罪責の判断を恣意的にしてしまうおそれがあり、採用することはできない。

そこで、多元的ではなく、一元的で実質的な基準を示そうとする C 説について以下検討する。

まず、C-1 説は、自ら危険を作り出した者は、これを除去する義務があるとする。たしかに、これには説得力もあり、明確な基準である。しかし、過去の先行行為によって存在構造上の溝を埋めることはできない。また、過失行為によって結果発生を発生させた者が、これを認識しながら放置して結果が発生すると、故意の不真正不作為犯が成立してしまい、過失犯が広く故意犯に転化してしまう。よって、C-1 説を採用することはできない。

次に、C-2 説は、法益の依存性を、事実的にのみとらえるのではなく、社会的期待の側から規範的にとらえているが、社会的期待とは、結局社会に存在する道徳的規範にすぎない。A 説の条理や慣習と同様に、あまりに不明確であるため、C-2 説は採用することはできない。

続いて、C-3 説は、法益の依存性を事実的なものに限定し、判断の明確性を確保できる長所がある。しかし、行為者の法益が不作為者に依存している状態は、事実上の引受けによらなくとも発生するので、事実上の引受けに限定する根拠が明らかでない。また、最初から保護を引き受けなければ一切責任を負わないのに、一時的に保護を行うと責任を負うのは、不均衡である。

さらに、C-4 説は、作為と不作為の同価値性を担保する要素として、不作為者が因果経過を具体的・現実的に支配していたこと、すなわち、排他的支配を必要とする。そして、自己の意思に基づいて事実上の排他的支配を設定した場合と、規範的に作為が要求される場合に基づいて排他的支配を有している場合に保障人的地位が認められる。かかる 2 つの事実的要素がなぜ作為義務を基礎づけるかについての規範的理由づけを示した点は高く評価できる。しかし、作為犯において因果経過を最後に至るまで支配することは必要でないことから、「因果経過の支配」を問題とするのでは、不真

正不作為犯の成立範囲を十分に限定することができない。よって、積極的に C-4 説を採用することはできない。

検察側は、C-5 説を採用する。C-5 説は、「結果原因の支配」の有無を問題とする。「結果原因の支配」は、不適切な措置によって危険が増大した場合の「危険源の支配」と侵害されやすい法益の脆弱性が顕在化した場合の「法益の脆弱性の支配」に分けることができ、これによれば、自らが危険を創出した場合のみならず、潜在的に脆弱性を持つ法益を保護する義務をも肯定することが可能となる。例えば子を養育する親に保証人的地位を肯定することも可能である。

したがって、結果原因支配説(D 説)が妥当である。

## VI. 本問の検討

1. 本問で X は A を山林に遺棄しているが、かかる行為に殺人罪(199 条)が成立しないか。本件の行為は不作為であるが、殺人罪は作為で規定されているため、不作為によっても実行行為が認められないか問題となる。

(1) 実行行為が認められるためには、上記 C-5 説をとるので、①作為義務、②作為の可能性が必要であるが、作為義務が認められる前提として X が保障人的地位にあるかが問題となる。保障人的地位にあるといえるためには結果原因の支配、つまり法益の脆弱性の支配が必要である。

本問で X は A を手当しようとして自車に乗せていることから、A の死という結果回避についての引き受けがある。A を車という密接した場所に連れ込み、A には意識もないことから、自らの法益に対する危険に対して十分な対応ができないため、保護の必要性が高いといえる。そして、A は杉林の中の未舗装の山道を 50 メートル離れた場所に遺棄されているが、そのような場所は通常、一般人は通行しないと考えられるところ、当該遺棄により A が誰かに発見され、救助される可能性がなくなったといえ、A の生命の安全は X に依存しており、法益の脆弱性に対する支配・依存関係が認められるから、X について保障人的地位が認められ、作為義務が認められる。(①)

(2) そして人を車で病院まで運ぶことは容易であり、X が A を車に乗せ病院まで運ぶことは容易といえ、作為の可能性も認められる。(②)

(3) 以上より X の行為に殺人罪の実行行為性が認められる。

2. 本問で A は死亡しているので結果が発生している。

3. そして、後の鑑定によると X が A を自車に乗せた時点において、直ちに A を病院に運んでいけば、十中八九救命が可能であったことから、期待された行為がなされていけば、A はほぼ確実に死ななかったといえ、X の行為と結果とに因果関係が認められる。

4. また、X には A を放置すれば死亡することもあるが、それでもかまわないという未必の故意があったといえ、殺人罪の故意が認められる。

5. よって X の本件行為には殺人罪が成立する。

## VII. 結論

X は殺人罪(199 条)の罪責を負う。

以上