

I. 事実の概要

被告人 X は、平成 21 年 8 月 2 日午後 8 時頃、当時親密に交際していたホステス Y と違法薬物である錠剤型合成麻薬 MDMA を使って性交渉をする目的でホテルの一室で合流した。合流後、Y は X がシャワーを浴びている間に自ら持参した MDMA を 2 錠服用した。15 分後、X が部屋に戻ると、Y は異常な興奮状態に陥っており、X はすぐに Y が MDMA を服用したのだと理解した。Y はこれまでに見たことのない様子であり、突然意識を失い倒れこみ動かなくなったことから、X はこのまま放置すれば死亡するかもしれないと思ったが、相談のため友人を呼び出ただけで、自らの保身の為に通報せず、友人を待つ間も Y に対して救命措置は行わず、Y を全裸のまま放置した。1 時間 15 分後に友人が到着し、X を説得した上で通報し Y は病院に搬送されるも、15 分後である同日午後 10 時頃、Y は最寄の搬送先の病院で MDMA 服用による急性薬物中毒での死亡が確認された。

X は以前に数回、他ホステス A との MDMA を使ったドラッグセックスの経験があったが、当時は互いに 1 錠ずつしか服用しておらず、重篤な状態に陥ることはなかった。

なお、友人が通報した時点で Y は既に心肺停止していたが、意識を失ってから 1 時間弱はまだ生存しており、当時の状況から X が 30 分以内に通報していれば、十中八九救命は間に合っていた。

II. 問題の所在

1. 特別な行為をしたわけではなく、不作為により被害者を死亡させたと考えられる場合において、殺人罪(199 条)は成立するか。殺人罪は条文上作為の形式で規定されていることから、不真正不作為犯の成立の可否が罪刑法定主義と関連して問題となる。
2. また、不真正不作為犯の成立が認められるとして、いかなる範囲で認められるか、どのような場合に保障人的地位が発生するか、作為義務の発生根拠と関連して問題となる。

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¹

作為を予定して規定された構成要件を不作為によって実現す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。また、真正不作為犯とは異なり、作為義務の内容が構成要件に明示されていないため、どの範囲の不作為が処罰範囲なのか構成要件上明らかでないから、やはり罪刑法定主義に反する。

¹ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂,2010年）116頁参照。

乙説:不真正不作為犯肯定説²

作為形式で定められている構成要件も、単に作為を基準に規定されているものにすぎず、禁止規範(～してはいけない)も命令規範(～しなさい)も含みうるものであるから、作為だけでなく、一定の不作為の処罰も当初から予定されているのであり、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反しない。

2. 作為義務の発生根拠について

A 説:形式三分説³

作為義務の発生根拠として、法令、契約、条理とする説

B 説:多元説⁴

作為義務の発生根拠を多元的に理解し、具体的事例において作為義務が基礎づけられるかどうか総合的に判断する説

C 説:限定説

C1 説:先行行為説⁵

統一的な作為義務の発生根拠を先行行為のみに求める説

C2 説:危険創出説⁶

危険創出(先行行為)と因果関係の排他的支配を必要とする説

C3 説:社会的期待説⁷

社会的に見て法益保護の責任を負うべきものに作為義務を認めるとする説

C4 説:具体的依存性説⁸

保護の引き受けがあったときのみ作為義務が発生するという説

C5 説:排他的支配領域性説⁹

意思に基づく排他的支配を獲得した場合、もしくは客観的にしか排他的支配がない場合は支配領域性や社会継続的な保護関係の存在が肯定されるときに作為義務が生じるとする説

C6 説:結果原因支配説¹⁰

結果原因すなわち、結果回避についての引受・依存の関係があればいいという説

² 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009年)144頁。

³ 川端博『刑法総論講義〔第2版〕』(成文堂,2006年)223頁参照。

⁴ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣,2007年)86頁参照。

⁵ 山中敬一『刑法総論I』(成文堂,1999年)223頁参照。

⁶ 西田・前掲 123頁参照。

⁷ 西田・前掲 122,123頁参照。

⁸ 山中・前掲 223頁参照。

⁹ 西田・前掲 125,126頁。

¹⁰ 山口・前掲 88頁。

IV. 判例

不真正不作為犯の成立の可否について(最高裁平成17年7月4日第二小法廷決定)¹¹

[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」を依頼された被告人が入院中の患者を病院から運び出させ生命に具体的な危険を生じさせた上、手当を全面的にゆだねられたが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。

[判旨]

この判例では、被告人の行為に対し殺人罪の実行行為性があるか否かが問題となり、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面的にゆだねられた立場にあった」という引き受け・依存の関係に言及している。

すなわち、この判例では、先行行為による危険の創出のみならず、患者に対する支配関係から保障人的地位が肯定されている。

V. 学説の検討

1. 不真正不作為犯を肯定することが罪刑法定主義に反するか

たしかに、作為犯は禁止規範に反するのに対して、不作為犯は命令規範に反する場合なので、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り、また、作為義務の内容が構成要件に明示されてなく、その内容の確定は解釈に寄らざるを得ないので、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反するようにも思える。

しかし、禁止規範も命令規範もともに法益保護の目的に向けられた規範であるから、いずれも同一構成要件内に含まれていると解すべきである。したがって不真正不作為犯を認めることも罪刑法定主義に反しない。また、作為義務の内容は解釈によって明確化を図ることができる。

よって、不真正不作為犯の処罰を認めることが、罪刑法定主義における「類推解釈の禁止」及び「明確性の原則」に反するとする甲説にはなんら理由がなく、乙説が妥当であると考える。

2. 作為義務の発生根拠について

- (1) まず、A説は民法上の契約や事務管理などを保障人的地位の発生根拠とするが、なぜ民法上の義務が刑法上の作為義務を基礎づけるのか明らかでない。また、条理という曖昧不明確な基準を取り入れているため形式性が失われている点でも妥当でない。
- (2) 次に、B説は、作為義務の発生根拠を多元的に理解し、具体的な事例に即して刑法

¹¹ 最高裁判所刑事判例集 59 卷 6 号 403 頁。

上の作為義務の有無を判断するものである。事情を実質的に判断しようとする点は評価できるが、これも形式的三分説と同様の批判を克服できておらず、明確性に欠け恣意的な判断を招く恐れがあり、採用できない。

(3) そこで、明確な基準を示しうる C 説について以下検討する。

ア. まず C1 説は、不作為者自ら不作為以前に因果経過を設定している必要があるとする。たしかに先行行為があればそれは客観的に判断しうるため、明確な基準と言える。しかし、例えば過失により死亡結果発生危険を生じさせた者が、これを認識して放置した場合には、故意の不真正不作為犯が成立することとなり、過失犯が広く故意犯に転化してしまう。また、既に他の原因により発生している因果経過を認識し放置した場合にも不作為犯は成立するのであり、必ずしも不作為者自らが先行行為をする必要はない。よって、先行行為説は妥当でない。C2 説も、不作為者自らの先行行為を要求している点で妥当でない。

イ. 次に、C3 説は、社会的に見て法益保護の責任を負う者に作為義務があるとする。しかし、作為義務を負う者が作為義務者であるというのはトートロジーであり、社会的期待という基準も曖昧不明確である。よって採用できない。

ウ. 続いて、C4 説は、事実上の引き受け行為により作為義務を認めるものである。これは法益保護を誰が引き受けるべきかではなく、現実に誰が引き受けているかという点に着目しており、事実的な要素からの明確な判断が可能である。しかし、引き受け行為がなくとも法益保護が不作為者に依存している状況は考えられるのであり、不真正不作為犯の成立範囲が縮小してしまうことになる。また、この説によれば一時的に保護を引き受けた方が、何もしないより重く罰せられる場合も考えられるが、これは均衡を欠くものであり、法益保護の努力を委縮させることになりかねない。加えて、どちらも法益保護の不作為者への依存という実態に変わりはない以上、区別すべき実質的理由もない。

エ. では、C5 説はどうか。これは、作為が因果経過の設定であるとすれば、不作為はいわば因果経過の放置であり、両者の構成要件的同価値性を担保する要素として、不作為者が結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと、すなわち因果経過を具体的・現実的に支配していたことに求める立場である。そして、①自己の意思に基づき排他的支配を獲得したとき、または自己の意思に基づかない場合でも②支配領域性や社会継続的な保護関係が肯定されるときに作為義務が認められるとする立場である。

たしかに、主観面や規範的要素に着目して限定的に理解しようとする点は評価できる。しかし、①が危険の創出、増大という要素である一方、②は保護の期待という要素であり、異質な要素を併せて取り込んでいる点に疑問が残る。また、作為犯においても因果経過を最後に至るまで支配することは求められていないため、因果経過の支配を偏重している点で C5 説はやや不適切である。

オ. 因果経過の支配を重視するのではなく、結果惹起の支配さらにいえば結果原因の支配の有無を問題とする方が適切であると考えられる。

思うに、法益侵害とは危険の創出、増大、結果への現実化という過程を経て生じるものであり、不作為との関係においては、i 不適切な措置により潜在的な危険源から危険が創出、増大し結果へと現実化する場合、ii 侵害されやすい法益の脆弱性が顕在化し、侵害の危険が増大し結果へと現実化する場合がある。

法益の脆弱性とは、自身の法益侵害へと向かう原因に対して、知識や能力、情報の不足のため独力では適切に対応し結果を回避することできない状態を指すと解する。

そうであるとすれば、危険源の支配もしくは法益の脆弱性の支配があれば、結果原因を支配したと認められ、その者に作為義務が発生すると解する。

そして、法益の脆弱性の支配の認定については、他者の救助を期待できない状態に置くことで強い支配、依存関係が構築されることから、引受け行為は、あれば重要な判断基準となる。もっとも、引受け行為がなくとも法益保護の依存状態は生じうるから、不作為者への依存状態を客観的に判断することで作為義務を認めることも可能である。

したがって、法益侵害という結果へと向かう危険の原因を支配する場合、または法益保護が不作為者に依存している場合に作為義務を認める C6 説が妥当である。

よって、検察側は C6 説を採用する。

VI. 本問の検討

1. 本問 X の、生命の危険が迫った Y に対し救命措置を施すことなく放置した行為につき、殺人罪(199 条)の不作為犯が成立しないか。
2. まず、そもそも不真正不作為犯の成立は認められるか、罪刑法定主義に反しないか問題となるも、検察側はこれにつき乙説に立つため、不真正不作為犯の成立を認めることは罪刑法定主義には反せず、認められると解する。

もっとも、全ての不作為につき不作為犯の成立を認めることは刑法の自由保障機能の観点から妥当でないため、不作為犯の実行行為性が認められるためには、当該不作為が、作為により犯罪を実現した場合と構成要件的に見て同価値と認められる必要があると解する。具体的には、作為義務、作為の可能性・容易性などにより、作為との間に構成要件的同価値性を判断する。

3. (1)ア. ここで、保証人的地位にある人物が作為義務を負うところ、作為義務の発生根拠について検察側は C6 説を採用する。

本問、X は Y と違法薬物を用いた性交渉をする目的でホテルの一室で合流しており、Y もこれを了承し、これまでも度々ドラッグセックスを繰り返していた。当日、Y は MDMA を服用し、異様な行動をとった後、意識を失っているが、こ

の時すでに Y は薬物の影響で正常な判断が困難な状況にあり、自身の生命という法益を守るための適切な行為が出来ない状態にあったといえる。そして、Y はホテルの一室内という外界から遮断された空間、すなわち X 以外の者の救助を期待できない状態にある。

したがって、Y の生命という法益が侵害されるか否かは X に依存していると客観的に認められるため、X に Y の生命保護に向けた作為義務が発生していると認められる。

イ. 本問 X は携帯電話を所持しており、救急車を呼び、専門家である医師に見せること、若しくは心肺停止が確認されていたら、人工呼吸や心臓マッサージなど、Y の生命保護に向けた作為を行うことは可能であった。

また、X は実際に所持していた携帯電話で友人を呼び出しており、携帯電話で外界との通信を図ることは容易であったといえる。

ウ. また、X は 1 時間以上 Y と同じホテルの一室内にいたにもかかわらず、救命措置を行うことなくただ友人の到着を待つだけで、全裸で倒れている Y を放置している。通常、薬物を摂取し、異様な行動をした後に倒れた人が近くにいたら、その人の鼓動や呼吸を確認したり、必要ならば救命措置を行うべきであり、それを怠ることは直接死という生命侵害が生じることを認容していると評価できる。そうであるとすれば、本問 X の不作為は救命措置の必要な Y を放置し、死に至らしている点で、直接生命を奪う行為に出たことと構成要件的にみて同価値であると認められる。

エ. したがって、X の不作為に殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) 本問 Y は実際に死亡しており、殺人罪の構成要件の結果が発生している。

不作為の場合、当該期待された作為がなされた場合には、当該結果は十中八九発生しなかったと認められる場合には、当該結果の回避は合理的疑いを超える程度に確実であったとして因果関係が認められる(判例同旨。最判平成元年 12 月 15 日)ところ、本問 X が 30 分以内に通報し、救命措置がとられていたならば、十中八九救命は間に合っていたと認められるため、かかる X の不作為と Y 死亡の間に因果関係は認められる。

(3) Y の異常な様子を見て X は Y 死亡の可能性を認識、または予見していたにもかかわらず、自身の麻薬の使用や不貞行為の発覚を恐れ保身のために、Y を放置しており、かかる X の行為から Y の死亡につき未必の故意が認められる。

4. よって、本問 X のかかる行為につき殺人罪(199 条)の不真正不作為犯が成立する。

VII. 結論

X は殺人罪(199 条)の罪責を負う。

以上