

I. 事実の概要

X は、元夫 B との間に長男 C 及び二男 D をもうけたが、離婚し、C、D の親権者となり二人を引き取った。その後、A との間に長女 E をもうけ、結婚をするも A の暴力を理由に協議離婚が成立。現在はよりを戻し同棲を再開している。1997 年 7 月、X は A との第二子を懐妊したことに気付き、A にもその旨を伝えたが、A からの暴行は腹部を避けてそれからも続き、C 及び D に対しても頬を平手や手拳で殴打したり、長時間正座させたりするなどの折檻を加えるようになった。A が仕事に就く当てもなく経済的に困窮するようになってからは、その鬱憤晴らしのため暴行・折檻は激しさを増し、ほとんど毎日のこととなった。

1997 年 11 月 20 日、A は X と E(当時生後 10 カ月)を連れて外出し、その際に D には壁に向かってずっと立っているように、C(当時 4 歳 8 カ月)には D(当時 3 歳 6 カ月)を見張っているように命じた。同日帰宅した A は、子ども部屋のおもちゃが少し移動していることに気付き、D が言いつけを破って遊んでいたに違いないと立腹し、隣の寝室で壁に向かって立っていた D の方に向かった。X は、また D に折檻を加えるのだらうと思ったが、これに対して何もせず、台所で夕食用の米を研ぎ始め、A の行動に対しては無関心を装っていた。A は D を怒鳴りつけたが、D が何も答えず A を睨みつけるような態度をとったことに逆上し平手で頬を一回殴打したが、なおも同様の態度をとる D に更に二回平手で頬を殴打し、引き続き頭部を手拳等で五回殴打したところ、D は突然短い悲鳴をあげて仰向けに倒れた。この間 X は A の怒鳴り声や頬を殴打する音からやはりいつもの折檻が始まったと認識していたが、米を研ぎ続け無関心を装っていた。しかし、これまでになく D の悲鳴を聞き駆けつけたところ、D は仰向けで意識を失い身動きをしない状態だったため、あわてて A とともに病院に連れて行き、直ちに D に開頭手術が施されたものの、翌 21 日午前 1 時 55 分ごろ、A の暴行による硬膜下出血、くも膜下出血等の傷害に伴う脳損傷により死亡した。

II. 問題の所在

自ら特別な行為をしたわけではなく、不作為により人を死に至らしめた場合において、傷害致死罪(205 条)が成立するか。不作為による正犯と従犯の区別の判断基準、また正犯を基礎付ける作為義務の違いが問題となる。

Ⅲ. 学説の状況

1. 不作為による正犯と従犯の区別の判断基準について

甲説：不作為独自説

不作為犯は独自に判断すべきとする見解。

乙説：作為義務説¹

作為義務により判断すべきとする見解。

2. 正犯を基礎付ける作為義務と幫助犯の作為義務の違いについて

A 説：①結果発生を直接回避すべき保障者的義務が正犯を基礎付け、②結果回避以前の保障者的義務が幫助の根拠となりうるとする見解。²

B 説：作為による正犯の存在を認識して不作為で関与した場合には、原則として幫助犯となるとする見解。³

C 説：不作為者が作為に出ているならば「確実に」結果を回避できたであろう場合には正犯、結果発生を「困難にした可能性」がある場合には不作為による幫助とする見解。

4

Ⅳ. 判例

最高裁判所第二小法廷 平成 17 年 7 月 4 日決定

[事案の概要]

脳内出血状態の患者にシャクティパットと呼ばれる治療を施し、生命維持に必要な医療措置を受けさせず死亡させ殺人罪とされた被告人とともに、被告人にシャクティ治療を依頼し必要な医療措置を受けさせなかった遺族が保護責任者遺棄致死罪に問われた事例。

[判旨]

被告人は、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、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根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。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。

¹ 前田雅英『刑法総論〔第 5 版〕』（東京大学出版,2011 年）519 頁。

² 山中敬一『刑法総論Ⅱ』（成文堂,1999 年）848 頁。

³ 内藤謙『刑法講義総論 下 1』（有斐閣,1991 年）1445 頁。

⁴ 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂,2010 年）362 頁。

V. 学説の検討

1. 不作為による正犯と従犯の区別の判断基準について

この点につき、甲説は、不作為は作為と根本的に性格が異なるので作為に関する共犯理論をそのままあてはめえないとして、不作為犯を独自に判断すべきとする。

しかし、そもそも不作為犯が処罰されるのは、作為犯との等価値性が認められるからであり、その等価値性の判断は作為義務を中心に行われる。そうだとすれば、不作為による正犯と従犯の区別も作為義務によってなすべきである。

よって、甲説は妥当でなく、検察側は、乙説を採用する。

2. 正犯を基礎付ける作為義務と幫助犯の作為義務の違いについて

(1) この点につき、A 説は、両者を明確に区別することは困難であり、そもそも後者も法益侵害を防ぐべきだから生じるものである。また、この説だと自分の子供が他人によって殺されようとしている父親に正犯が成立することになるが、この場合の不作為を殺人の実行行為と解することに疑問が残ることから、A 説は妥当でない。

(2) B 説は、作為正犯は結果発生と直接的な因果関係をもって強い原因力を持つのに対して、不作為による関与は、作為義務違反の不作為により、作為正犯を介して結果発生と間接的な因果関係をもつにとどまり、原因力も弱く、従たる役割を果たして、作為正犯の実行を容易にしたに過ぎないからという理由から、原則として幫助犯となるとしている。

しかし、この見解は、原則幫助犯だとしても、例外的に、同時正犯あるいは片面的共同正犯となるのは、どのような場合か明らかでないので、妥当でない。⁵

(3) 思うに、不作為による正犯・共犯の作為義務を等質のものとする場合には、作為義務の程度によって、その不作為の重要性を区別することはできない。つまり、行為支配の論理や重要な役割論によっては、不作為の正犯と共犯を区別することは不可能であるといえる。そこで、因果関係の質的差異に着目すべきと解する。

幫助の因果関係理論によると、幫助行為は正犯結果と条件関係にある必要はなく、正犯結果を促進し、容易にしたことで足りるとされることから、これを不作為の幫助に引き直すと、作為に出ることによって「確実に」結果を回避できたという事実関係を必要とせず、結果発生を「困難にした可能性がある」という関係で足りることになる。また、判例は不作為の単独正犯の成立については、「十中八九」結果の回避が可能であったことを要求する。これらの対比から、不作為者が作為に出れば「確実に」結果を回避できたであろう場合には正犯、結果発生を「困難にした可能性」がある場合には不作為による幫助とすると解するのが妥当である。

以上より、検察側は、C 説を採用する。

⁵ 西田・前掲 361 頁参照。

VI. 本問の検討

1. A が D に折檻を加えていることを止めようとしなかった X の行為に傷害致死罪(205 条)が成立しないか。

2. 本問 X は、A が D に折檻を加えていることにつき何ら作為をしていない。そもそも、実行行為は、法益侵害の現実的危険性を有する行為をさすところ、不作為によってもかかる危険を発生させることは可能であるため、不作為によっても実行行為を観念することは可能である。

もっとも、かかる X の不作為が傷害致死罪の正犯を構成するか、従犯を構成するか、その判断が困難である。ここで、不作為による正犯と従犯の区別の判断基準が問題となるも、この点について、検察側は乙説を採用する。

3. では、かかる作為義務が正犯と従犯どちらを基礎づけるものとなるか。この点、検察側は C 説を採用し、以下検討する。

(1) 本問では、A が D に対して折檻を行った際に室内にいたのは A・D の他、長男である C (当時 4 歳 8 カ月)、長女である E (当時生後 10 カ月) そして被告人である X しかおらず、年齢的に考えても、A を止める事が出来たのは X しかいないので、D の生命の安全の確保は、X のみに依存していた状態にある。そして、X は A の短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知しながら、A との同棲期間中 D を連れ、A とともに住んでいたのであり、かつ、X は A の怒鳴り声や頬を殴打する音からいつもの折檻が始まったと認識していたのだから、D の生命の安全が害される危険な状況を認識していたといえる。よって、X には A が D に折檻をすることを防止すべき作為義務があったといえる。

(2) 次にかかる作為義務の程度を見ていくと、たとえば、本問折檻時に X は台所にいたのであるから、折檻が始まったらすぐに、A と D の側に寄って A が D に暴行を加えないように監視していれば、D が死亡するような折檻を確実に防止でき確実に D を死亡させることはなかったといえるといえる。また、X が A に対し、『やめて。』などといって制止し、あるいは D のために弁解したり、あるいは D に代わって謝罪したりするなどの言葉による制止行為をすれば、A は、D を死亡させるような折檻をすることはなく、確実に D を死亡させることはなかったと考えられる。さらに、X が A の暴行を実力行使により阻止することは、確かに、A の反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難いものの、A が、X が妊娠中のときは、胎児への影響を慮って、腹部以外の部位に暴行を加えていたことなどに照らすと、胎児の健康にまで影響の及んだ可能性は低いことから、X が A の暴行を実力行使により阻止することは十分に可能であり、確実に D を死亡させることはなかったといえる。

(3) 以上より、確実に D 死亡という結果を回避できるにもかかわらず、上記等の行為を行わず D を「死亡させた」のであるから、X の A を止めなかった行為に傷害致死罪が成立する。

VII. 結論

X は傷害致死罪(205 条)の罪責を負う。

以上