

I. 事実の概要

被告人Xとその妻Yは飲食店を経営し、従業員としてA女を雇っており、A女は店の経営不振からXの自宅に同居させられていた。その後X及びYは、接客態度が悪いなどを理由にA女に対し叱責したり、殴る蹴る等の虐待を加えるようになった。

同年7月13日、XはA女の接客態度に立腹し、飲食店内において、シャッター降ろし用鉄棒でA女の頭部、顔面、腹部などを多数回にわたって強打し、更に木製サンダル履きの右足で、頭部、腹部を足蹴りにした。その後XY宅に連れ帰った後、Xは木刀で腰部、腕部を殴打、また、手拳で鼻根部、胸部を繰り返し殴打するなどの暴行を加えた。これによって、Aは鼻根部創傷などの障害を負った。暴行後、X及びYはA女を部屋に連れていき、就寝させた。

翌7月14日には、A女の食欲は減退していき、40度の高熱を出した。X及びYはこのままではXが死んでしまうと思ったが、救急車を呼ぶと近隣住民の迷惑になると思い、救急車を呼ばず、A女を病院に連れて行かなかった。その後、XYはA女について何ら気にかけることなく、XY2人で普段通りの生活を送っていた。A女の容体は悪化し、翌15日には意識がもうろうとし、ほとんど動けない状態となった。その後も医師による治療を受けさせることはなかった。

同月19日、A女は上記創傷を原因とした心機能不全、肺炎、細菌毒素によるショック、炎症による脱水ショック、冠動脈閉塞により死亡した。これらの症状は、創傷を負った時点ですぐに適切な処理をおこなっていれば起こることはないものであり、仮にこれらの症状が起こったとしても、すぐに適切な処理を施せば死亡することはない。

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証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規定することは類推解釈の許容に繋がり、罪刑法定主義に反する。また、不真正不作為犯は、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:形式的三分説³

保障人的地位の発生根拠として、法令、契約(さらに事務管理)、条理(さらに道徳)を挙げる。

B 説:主観説⁴

重大な作為義務違反が認められるだけでただちに不作為を作為と同視することはできないため、作為義務を怠った不作為者の主観的態度が考慮されなければならない。

C 説:多元説⁵

作為義務の発生根拠を一元的に示すのではなく、総合判断に委ねる。

D 説:限定説

保障人的地位の要件について、一元的な基準を設定しようとするもの。設定する基準によって、以下のように見解が分かれる。

D1 説:先行行為説⁶

不作為犯が処罰されるのは作為犯と同視できるからであり、両者の同価値性を認めるためには、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ることが必要である。

D2 説:具体的依存性説⁷

作為義務が肯定されるのは、保護の引き受けがあったときに限られる。

D3 説:排他的支配領域説⁸

不作為が作為と同価値であるとされるためには、不作為者が既に発生している因果の流れを掌中に収めていることが必要であり、意思に基づいて排他的支配を獲得している場合に作為義務を認めることができる。また、意思に基づくものではないが、事実上結果を支配する状態が生じた場合には、社会継続的な保護関係の有無により作為義務を判断する。

D4 説:結果原因支配説⁹

結果に至る因果の支配までは不要であり、結果原因すなわち結果回避についての引受・依存があればよい。

² 大谷實『刑法総論講義〔新版第3版〕』(成文堂,2009年)144頁参照。

³ 西田・前掲 122頁参照。

⁴ 藤木英雄『刑法総論講義』(弘文堂,2003年)135頁。

⁵ 山口・前掲 86頁参照。

⁶ 西田・前掲 123頁参照。

⁷ 西田・前掲 123,124頁参照。

⁸ 西田・前掲 125頁参照。

⁹ 山口・前掲 88頁参照。

IV. 判例

最高裁 17 年 7 月 4 日第二小法廷決定

(1) 事実の概要

重篤な患者の親族から、患者に対するシヤクティ治療を依頼された被告人が、患者を病院から運び出させた上、患者の死亡する危険を認識しながらも、必要な医療措置を受けさせず、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(199 条)の成立を認めた事案。

(2) 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、肯定する前提として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、被告人が信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当を全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. 不真正不作為犯は罪刑法定主義に反するか

不真正不作為犯とは、構成要件が作為の形式で規定されている犯罪を不作為によって実現する場合をいう。ここで、甲説の立場からすると、「罪刑法定主義」に反するとも思える。しかし、禁止規範も命令規範も共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り、作為義務の基準は解釈によって明確に画立することが可能である。

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られる。

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、作為犯と同じ条文により処罰される不真正不作為犯について、このような特別の主観的要件を要求する根拠はない。また、このような主観的要件で、犯罪の成立を限定しようとする場合には、客観的要件がないがしろにされて、かえって処罰拡張の危険が認められ妥当でない。

(3) そして C 説は、作為義務の発生根拠を多元的に理解し、具体的事例に即して刑法上の作為義務の有無を判断する。これも A 説同様、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。

(4) そこで、明確な基準を示しうる D 説について以下検討する。

ア. まず D1 説は、例えば、故意または過失によって傷害を与えた者が、被害者を救助しないで死亡させれば、その先行行為により容易に不作為による殺人となりうる。このように、作為による故意犯・過失犯を容易に故意の不作為犯に転換してしまうという危険性がある。さらに、不作為者が先行行為を行っていない

い場合でも、不真正不作為犯が成立する余地があることから、妥当でない。

イ. 次に D2 説によれば、作為義務が生じるのは、保護の引受があった時のみである。とすると、ひき逃げ事例において、病院に連れて行こうと思って自分の車に乗せたという場合には保護の引受があるが、捨てようと思って車に乗せた場合には保護の引受がないということになる。このように、救助の意図か遺棄の意図かで結論が異なる点が妥当でない。

ウ. D3 説は、作為義務の根拠・要件を画定する際、規範を単に援用するのではなく、作為による結果惹起との同価値性を求めた点に関して、評価されるべきである。しかし、不作為者に因果経過を具体的・現実的に支配していることを求めている点に問題がある。なぜなら、同時犯が刑法上承認されていることから、作為者においても因果経過を最後に至るまで支配することは必要とされておらず、因果経過の排他性は過多の要求であるといえるからである。

エ. そこで、作為による結果惹起との同価値性を求める際に「因果経過の支配」を問題にするのではなく、「結果原因の支配」の有無を問題とする D4 説が最も適切である。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るが、不作為との関係においては、①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、②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。

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。

先行行為により危険を創出・増加しただけでは、結果原因の支配を肯定することはできない。危険の創出・増加の恐れがある操作を行っている段階では、危険源の支配に基づく作為義務を肯定しようとしても、措置を誤って危険を創出させた後の段階では、結果へ至る原因を支配しているとは言い難い。

以上のような根拠に基づいて作為義務を認められた者が、期待される行為を怠り、危険の創出・増加をもたらした場合に、当該不作為による構成要件的结果発生に構成要件該当性が認められる。

オ. 以上より、検察側はD4説を採用する。

VI. 本問の検討

第 1. 本問 X の A に対する暴行につき、傷害罪(204 条)が成立することは明らかである。

第 2. 1. では、A の生命の危険を認識しつつも自宅に留め、病院に連れて行かなかった X の不作為につき、殺人罪(199 条)が成立しないか。

2. (1)ア. まず、殺人罪は作為犯形式の規定であるため、不作為の実行行為性が認められないか、罪刑法定主義と関連して問題となる。

イ. この点について、検察側は乙説を採用するため、不真正不作為犯の成立を認めることは罪刑法定主義に反しないと認められると解する。

もっとも、あらゆる不作為につき不作為犯の成立を認めることは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、不作為が作為と構成要件的にみて同価値と認められる必要があると解する。具体的には、作為義務の存在、作為の可能性・容易性により作為との間に構成要件的同価値性を判断する。

ウ. (ア) ここで、保障人的地位にある者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

察官側は D4 説を採用する。

本問において、A は意識がもうろうとし、ほとんど動けない状態にあり、自己の生命を守るための適切な行為を行うことは困難であったため、A の生命という法益が脆弱化しているといえる。さらに、本来、自宅とは、居住者の意思に基づく限りにおいて外部との接触を遮断することが可能な空間である以上、居住者以外の者による救助を期待できず、A の脆弱化した法益への支配が認められる。

以上より、A の生命が侵害されるか否かは X に依存しており、結果原因の支配があると認められるため、X は保障人的地位を有する。

したがって、X は A の生命保護に向けた作為義務を負う。

(イ) では、X にとって病院に連れていく等の作為は可能でかつ容易であったか。

X は救急車を呼ぶことが近所迷惑であると考え、A を病院に連れて行かなかったが、仮に救急車を呼ぶことができなかったとしても、タクシーを呼ぶことや、病院に直接電話をすることにより、病院に連れて行き適切な治療を受けさせることは可能であったといえる。

また、X が医療従事者でない以上、X による適切な治療は期待できないが、一般家庭において、通常は電話を設置しているため、電話をかけることは容易である。電話がなくとも、近隣住民に助けを求めることは家の外に出ればすぐにできることである。したがって、A を病院に連れて行き、医師による診断を受けさせることは、容易に為しえたといえる。

(ウ) 通常、傷害を負い高熱を出している同居人の容体が依然悪化し続け、意識がもうろうとして動けない状態にあれば、病院に連れて行くなどの処置を行うべきであるといえる。更に、A は X 以外の救助を期待できないにもかかわらず、可能かつ容易である適切な措置を怠った。そうだとすれば、X の不作為は救命処置が必要な A に適切な措置を行わず、死に至らしめている点で、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いえる。

エ. したがって、X の不作為に実行行為性が認められる。

(3) そして、心機能不全、肺炎、細菌毒素によるショック、炎症によるショック、冠動脈閉による A の死亡という結果もある。

(4) ア. では、当該不作為と結果との間に、因果関係は認められるか。

イ. 因果関係は、条件関係の成立を前提に、実行行為に内在する危険が結果へと現実化したといえる場合に認められると解する。

(ア) 不真正不作為犯においては、ある期待された行為がなされたならば、合理的な疑いをさしはさまない程度に高度な蓋然性をもって結果が回避されたといえれば、条件関係が成立する。

本問において、創傷を負った時点ですぐに医師による適切な処置がなされていれば A の死因となった心機能不全等の症状は発生しなかったと認められ、また、右症状が起こったとしても、すぐに医師による適切な処置がなされていれば A は死亡することはなかった。

よって、X が A を病院に連れていっていけば、十中八九結果が生じていなかったといえるので、期待された行為がなされたならば、合理的な疑いをさしはさまない程度に高度な蓋然性をもって結果が回避されたといえ、条件関係が認められる。

(イ) 創傷を負った時点ですぐに医師による適切な処置がなされていれば A の死因となった心機

能不全等の症状は発生しなかったといえる。また、右症状が起こったとしても、すぐに医師による適切な処置がなされていればAは死亡することはない以上、Xの、Aを病院に連れていかないという不作為は、上記心機能不全等の症状を誘発する危険性を含んでおり、Aは右症状により死亡しているため、Xの当該不作為に内在する危険が結果へと現実化したと認められる。

ウ. したがって、Xの不作為とA死亡という結果との間に因果関係が認められる。

(5) そして、XはAが死ぬかもしれないと認識していたため、未必の故意が認められる。

3. よって、Xの当該不作為につき、殺人罪(199条)の不真正不作為犯が成立する。

第3. 以上より、Xの行為について傷害罪と殺人罪が成立し、両者は併合罪(45条前段)となる。

VII. 結論

Xの行為について傷害罪(204条)と殺人罪(199条)が成立し、両者は併合罪(45条前段)となる。

以上