

只木ゼミ前期第1問検察レジュメ

文責：1班

I. 事実の概要

Xは、手の平で患者の患部をたたくことで患者の病を治療する独自の治療（以下、S治療という）を行っており、Aとその息子であるBはXの信奉者であった。平成13年10月14日Aは脳内出血で倒れて入院した。生命の危険はないものの意識障害のため、痰の除去等の医療措置が必要な状態であり、後遺症も見込まれた。Bは、後遺症が残らないことを期待し、Xに治療を依頼したところ、XはすぐにAを連れてくるようBに指示し、同月22日AをC病院からXが滞在するホテルEへ運び出させた。この時、XはAを退院させることは無理だとする主治医Dの警告などを知っていた。

Xは、Aの容体を見て、このままではAが死亡する危険を認識しつつもS治療のみ行い、生存に必要な医療措置を受けさせないままAを放置し、翌日、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

II. 問題の所在

1. 不作為により人を死亡させた場合にも殺人罪(199条)は成立するか。199条が作為の形式で規定されているため、不真正不作為犯の成否が罪刑法定主義と関連して問題となる。
2. 不真正不作為犯を肯定するとして、作為義務の発生根拠が問題となる。

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

不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に違反する根拠として以下の2点が挙げられる。

第1に、作為を予定して規定された構成要件によって不作為を処罰することは、類推解釈の許容に繋がる点である。すなわち、作為犯は「～してはならない」という禁止に意違反するのに対し、不作為犯は「～せよ」という命令に違反する場合であるから、不真正不作為犯に作為犯の規定を適用して処罰することは刑罰法規の類推にあたるのである。これは、「犯罪行為の内容を予め法律で定めておかなければならない」とする罪刑法定主義の法律主義の原則に反する。

第2に、不真正不作為犯は真正不作為犯とは異なり、作為義務の主体や内容についての具体的基準が欠如しているため、その処罰範囲が必ずしも明確ではない点である。処罰範囲が明確でなければ国民の予測可能性を失わせることになり、罪刑法定主義の明確性の原則に反する。

以上より不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反すると考える。

乙説：不真正不作為犯肯定説¹

形式上作為犯と考えられる文言で規定されていたとしても、それは単に作為を標準として規定されているにすぎず、法益保護の観点から一定の不作為の処罰も当初から予定されていると考えることができるため、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²

法律、契約、条理(社会通念)を作為義務の発生根拠とする。

B 説：社会的期待説³

社会的に見て法益保護の責任を負うべきものが作為義務を有する。具体的には法益保護義務と危険源監視義務という二つの機能に分類される。

C 説：限定説

C1 説：先行行為説⁴

不作為者が自己の先行行為によって因果を設定した場合に作為義務を認める。

C2 説：危険創出説⁵

作為義務が発生するには、危険創出(先行行為)に加えて因果経過の排他的支配が必要であるとする。

C3 説：具体的依存性説⁶

保護の引き受けがあった場合に限って作為義務を認める。

保護の引き受けが事実上認められるためには、①法益の維持・存続を図る行為(結果条件行為)の開始、②そのような行為の反復・継続性、③法益に対する排他性の確保があることが必要である。

C4 説：排他的支配領域性説

自己の意思に基づいて排他的支配を獲得した場合、若しくは意思に基づかない場合であっても支配領域性や社会継続的な保護関係が存在する場合には作為義務を認める。

C5 説：結果原因支配説⁷

結果回避の引き受け・依存の関係があれば作為義務を認める。

IV. 判例⁸

東京地八王子支判 昭和 57 年 12 月 22 日

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』（成文堂，2012 年）130 頁参照。

² 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂，2010 年）122 頁参照。

³ 西田・前掲 122 頁参照。

⁴ 西田・前掲 123 頁参照。

⁵ 西田・前掲 123 頁参照。

⁶ 西田・前掲 123 頁参照。

⁷ 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣，2007 年）88 頁以下参照。

⁸ 判例タイムズ 494 号 142 頁。

事実の概要

飲食店を経営する夫婦 A、B は従業員 X を自身の自宅に同居させていた。X の接客態度について不満があった A、B は店舗内及び自宅において X に激しい暴行を繰り返し、傷害を合わせた。その結果、X は重篤な病状を呈するに至ったが、A、B 両者は自身の暴行行為が発覚するのを恐れ、医師に診せる等の必要な医療措置を受けさせないまま未必の殺意をもって X を放置して死亡させた。

判旨

この判例では、A、B 両者の不真正不作為犯における作為義務の有無について問題となった。ここで、「死亡させる切迫した危険を生じさせた」先行行為の存在に加えて、X は看護を全て A、B に委ね、また病状が進んで自ら救済を求めることができなかつたこと等の事情から、X はその全生活面を A、B に統御されていたと考えている。そして「受傷した X の救助を引き受けたうえ、同女を、その支配領域内に置いていたと認めるのが相当」とし、結果原因に対する引き受け行為と依存関係について言及している。すなわち、この判例は、作為義務の発生根拠について先行行為による危険の創出だけでなく結果原因に対する支配の有無も問題としている。

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

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。甲説の立場に立った場合、前述の二つの点から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、罪刑法定主義に反するように思える。

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ということを考えれば、いずれも同一構成要件内に含まれていると解することができるため、甲説が主張する類推解釈には当たらない。

また、作為義務の主体や内容の具体的基準といったものは解釈によって明確に確立することが可能であるため、国民の予測可能性を失わせることにはならない。

従って、不真正不作為犯に作為犯の構成要件を適用しても罪刑法定主義には反しない。よって、乙説が妥当であると考ええる。

2. 作為義務の発生根拠について

第1. まず、A説は条理(社会通念)という不明確な基準を含めているため、形式性が失われ、倫理的義務を多く取り込むことになってしまう点で妥当ではない。

第2. 次にB説は、作為義務の根拠を積極的に基礎づけるものとはいえない。基準は曖昧であり、結局は作為すべき者が作為義務を持つという同語反復に過ぎないため妥当ではない。

第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、不作為の成立範囲が極めて明確ではあるが、多くの故意犯・過失犯が不真正不作為犯に転嫁し得る点で妥当ではない。この説を貫徹すれば、単純引き逃げ犯も直ちに不作為による殺人になり得るが、このような作為による故意犯や過失犯をすべて故意の不作為犯に転換してしまうことになるため妥当ではない。

また、C2説はC1説の処罰範囲を限定しようとしたものであるが、同様の疑問はなお存在することになるため妥当ではない。

イ. 次にC3説は、保護を引き受けた場合のみ作為義務の根拠となるとする。この説によると、例えば放火の場合において作為義務が認められるためには消火活動を開始したことが必要となる。しかし、その場合まったく消火活動をしなかった夜間警備員には作為義務が認められないことになり、明らかに不当な結論である。よってこの説も採用できない。

ウ. では、C4説はどうか。C4説は、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、刑法上同時犯が認めら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いないため、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は過多の要求であると言える。よって、C4説も妥当ではない。

エ. 最後にC5説について検討する。

C5説は、作為義務が認められるためには結果原因すなわち結果回避についての引き受け・依存の関係が存在すれば十分である、という考えである。では、いかなる場合にその関係性が認められるのだろうか。

そもそも法益侵害は、危険が創出し、それが増大して結果へと現実化して生じるものである。これを不作為についてみると、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て結果へと現実化する場合、がある。

だとすれば、危険の支配若しくは法益の脆弱性の支配が存在すれば、結果原因を支配したと認められ、作為義務が発生する。⁹ 作為義務に以上のような限定を加えることで、過度に作為義務を認めることを防ぐことができる。また一方で限定を加え過ぎてしまうと、客観的にみて作為義務を負うべきものに作為義務が認められにくくなってしまい不都合な結果が生じうる。

よって、不作為に作為による結果惹起との同価値性を「結果原因の支配」の有無によって判断するC5説が最も妥当であると考ええる。

オ. 以上より、検察側はC5説を採用する。

VI. 本問の検討

第1. Xは、痰の除去や水分の点滴等のAの生命維持に必要な措置をいっさい行わなかった

⁹ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007年）88頁以下参照。

ことにより、Aを死亡させているため、Xに殺人罪(199条)を問えないか。

XがAの痰の除去、水分の点滴および救急車を呼ぶなどのAの生命維持に必要な行為を行わなかったという不作为に殺人の実行行為性が認められるかが問題となる。

第2.1(1)ア そもそも、殺人罪は作為犯形式の規定であるため、不作为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、不真正不作为犯の成立を認めることは罪刑法定主義に反しないと解する。

もっとも、あらゆる不作为につき不作为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、不作为犯の実行行為性が認められるためには、不作为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。

(2)ア そこでまず、作為義務の存在について検討する。ここで作為義務の発生根拠について検察官側は、C-5説を採用する。

イ 作為義務の存在についてみると、BはXに対してAにS治療を行うことを依頼したのであるから、この関係上Xが負う義務は、あくまでAに治療を行うことだけであり、生命維持の義務までは負わないとも考えられる。また、BがAを病院から連れ出したのであるから、Aを救命すべきなのはBであって、XにはAを救命する義務はないとも思われる。

しかし、本問において、AがXのところに運ばれてきた時には、すでにAは見ると呼吸が苦しそうで、意識がなく、話すこともできなかった。その点を踏まえると、Aの生命という法益が脆弱化していたといえる。さらに、自己を深く信奉するBにAをC病院から連れ出させ、施設Eという外部との接触を遮断することができる空間に連れて来させている以上、X以外の者による救命を期待できず、Aの脆弱化した法益への支配が認められる。

ウ 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Aの生命保護に向けた作為義務を負う。

(3) では、Xにとって病院に連れて行く等の生命救助の作為は可能でかつ容易であったか。

Xは救急車の要請を行える可能性が十分にあったにも関わらず、これを行わず、A死亡の可能性を許容していた。また仮にXが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等して、病院に連れて行き適切な治療を受けさせることはできたと考えられる。

したがって、Xには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が可能でかつ容易であったといえる。

(4) また医師Dの診断では命に別状がなかったAが重篤な状態に陥っていることを認識しながら、Aを自己の支配下におき、救急車を呼ぶどころかかえってBに

「私の治療を信じないのか。」などと怒鳴りつけるなどしており、これらの行為は、救命を阻む行為による殺人と同視できるほどの危険な行為であるといえる。すなわち、作為との構成要件的同価値性が認められるといえる。

2. したがって、X の A に対する不作為には、殺人罪の実行行為性を認めることができる。

第 3.1. 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。

2. (1) 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。
- (2) 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、X が A の弱りきった姿を目の当たりにし、A 死亡の可能性を認識した時点で、すぐに医師による適切な処置がなされていれば A の死因となった痰による気道閉塞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。

そして以上より、X の、A を病院に連れて行かないという不作為は A の死因である痰による気道閉塞に基づく窒息を誘発する危険性を有していると言え、A は死亡しているので、本件不作為に内在する危険性が結果へと現実化したと考えられる。

- (3) 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。

3. また、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。

第 4. 以上のことから 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。

VII. 結論

X の行為について殺人罪(199 条)が成立する。

以上