

## 只木ゼミ前期第1問検察レジュメ

### I. 事実の概要

甲は3歳の子どもAと暮らしていたが、平成18年1月から職場の乙と交際を開始し、甲は乙と甲の家で同棲し始めた。乙が甲の家に通うにつれてAは乙になつき始め、乙が来るのを心待ちにするほどになった。しかし、平成18年9月下旬ころから、甲はAの育児の方法に悩むようになり、医師に育児ノイローゼと診断され、育児を放棄するようになった。甲は育児を放棄するどころか、夜遊びをはじめ家を空けることが多くなった。その結果、Aは十分な飲食物を与えられず極度の低栄養におちいった。

乙はそんなAの状態を認識していたが、甲との間にAの育児には口を出さないという暗黙の了解があり、加えて近時1か月ほどから甲と結婚したいという思いが芽生えており、そのためにはAの存在を邪魔に感じ出していたため、これを放置した。その結果、Aは飢餓死した。

### 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。作為の形式で規定された構成要件を不作為犯に適用することは、刑罰法規の類推適用であり、罪刑法定主義に反しないかが問題となる。
2. 不真正不作為犯が認められるとして、作為義務の発生根拠は何か。

### III. 学説の状況

#### 1. 不真正不作為犯を肯定することは罪刑法定主義に反しないか

甲説：不真正不作為犯否定説<sup>1</sup>

①作為形式で規定された構成要件を不作為にまであてはめることは、条文の類推解釈につながることで、②真正不作為犯と異なり不真正作為犯の場合は法律上の作為義務が不明確であるため、国民の行動基準の明確性が失われることの2点を理由に不真正不作為犯を否定する説。

乙説：不真正不作為犯肯定説

条文上作為犯と読み取れるような規定も、それは単に作為を標準として規定しているにすぎず、不真正不作為犯の構成要件も命令規範として国民に対する規制機能を有するものである。しかしながら、命令規範としての明確性には欠けているため、不作為者に①作為義務、②作為可能性・容易性、③不作為の有する法益侵害の危険性が作為犯の構成要件が本来予定している結果発生危険性と同価値のものである(以下、構成要件的同価値性という)ことを要することで、作為の処罰範囲を限定する説。

#### 2. 作為義務の発生根拠について

---

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2012年)422頁参照。

A 説：形式的三分説<sup>2</sup>

法令、契約・事務管理、条理・慣習を作為義務の発生根拠とする説。

B 説：機能的二分説<sup>3</sup>

作為義務の発生根拠を法益保護義務と危険源管理・監督義務に機能的に二分する説。

C 説：限定説

C1 説：先行行為説<sup>4</sup>

自己の先行行為によって因果を設定することを作為義務の発生根拠とする説。

C2 説：危険創出説<sup>5</sup>

先行行為と因果経過の排他的支配を必要とする説。

C3 説：事実上の引き受け説<sup>6</sup>

①結果発生を阻害する条件となる行為(法益維持行為)を開始し、②そのような法益維持行為を反復・継続しており、かつ、③それに他の者が干渉しえないような排他性が確保されている場合に、保護の引き受けがあったといえ刑法上の作為義務が認められるとする説。

C4 説：排他的支配領域説<sup>7</sup>

不作為者が、既に発生している因果の流れを自己の掌中に収めることによって、当該不作為が作為と構成要件的同価値であるといえ、作為義務の発生根拠となるとする説。

C5 説：結果原因支配説<sup>8</sup>

不作為者による結果原因の支配、すなわち結果回避についての引き受け・依存の関係がある場合に作為義務の発生根拠とする説。具体的に結果原因の支配は①危険源の支配と②法益の脆弱性の支配に分けられる。

#### IV. 判例

##### 1. 作為義務の判断基準について

最高裁平成 17 年 7 月 4 日第二小法廷決定 刑集 32 卷 5 号 1068 頁。

##### (1) 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殺意に基づく不作為による殺人罪が成立するとされた事例

##### (2) 判決要旨

---

<sup>2</sup> 大谷・前掲 132 頁参照。

<sup>3</sup> 山中敬一『刑法総論[第 2 版]』(成文堂,2008 年)234 頁参照。

<sup>4</sup> 日高善博『不真正不作為犯の理論』(慶應通信,1979 年)21 頁参照。

<sup>5</sup> 佐伯仁志(他)『刑事法学の課題と展望』(成文堂,1996 年)109 頁参照。

<sup>6</sup> 浅田和茂『刑法総論[補正版]』(成文堂,2012 年)156 頁参照。

<sup>7</sup> 西田典之『刑法総論[第 2 版]』(弘文堂,2010 年)125 頁参照。

<sup>8</sup> 山口厚『刑法総論[第 2 版]』(有斐閣,2007 年)88 頁参照。

「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、未必的な殺意をもって、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ないまま放置して死亡させたなど判示の事実関係の下では、不作為による殺人罪が成立する。」

### (3) 検討

本判決は、不作為による殺人罪(199条)の成立の有無が争われたものであるが、その前提としての被告人の作為義務の認定において、「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」こと、「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」ことを作為義務の発生根拠としている。

この点、本判決は患者を病院から連れ出すという生命に具体的な危険を生じさせる先行行為の他に、「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」として結果回避について法益保護の引き受け・依存の関係について言及している。

すなわち、本判決は作為義務の発生根拠について、結果原因の支配の有無を問題にしている。

## 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、構成要件が作為犯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の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、類推解釈にはあたらない。

また、作為義務の基準は解釈によって明確に確立することができるため、国民の行動基準の明確性が失われることはない。

したがって、不真正不作為犯の処罰を認めることは、罪刑法定主義に反せず、乙説が妥当であるといえる。

### 2. 作為義務の発生根拠について

(1) 不真正不作為犯が認められるとして、作為義務の発生根拠は何か。以下各学説を検討する。

ア、まず、A説について検討する。A説は非刑罰法規における義務から、刑法上の作為義務を根拠づけようとするものであるが、非刑罰法規における義務は、問題となっている構成要件的状况を考慮して存在しているわけではないため、当該構成要件の充足の前提としての作為義務と直ちに同視することができないのは明らかである<sup>9</sup>。また、A説において作為義務を基礎づける事情として条理が提示されているが、条理という範囲が不明確なものを、作為義務を基礎づける事情とすることは、形式性が失われ、倫理的義務を多く取り込むこととなる点で妥当ではない<sup>10</sup>。

<sup>9</sup> 山中敬一・前掲 231 頁参照。

<sup>10</sup> 西田・前掲 122 頁参照。

よって、検察側は A 説を採用しない。

イ、次に、B 説について検討する。B 説については、法益保護型の義務類型は刑法の法益保護機能から導かれるとしても、危険源管理監督型の義務類型は何を根拠に導かれるのか明らかでなく、したがって、不真正不作為犯の成立範囲を適切に限定するという作為義務発生根拠論の役割を十分に果たしていないといえるため、妥当ではない<sup>11</sup>。

(2) そこで、保証人的地位の発生根拠について、一元的な基準を設定している C 説について検討する。

ア、C1 説について

C1 説は、不作為の成立範囲が極めて明確という点で評価できるが、一方で多くの故意犯・過失犯が不真正不作為犯に転化しうる点で妥当ではない。具体的にいうと、この説を貫徹すると、単純轢き逃げも直ちに不作為による殺人となりえることになるが、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<sup>12</sup>。また、上記の例において、業務上過失致死傷罪及び不救助罪(道交法 72 条 1 項、117 条)が成立するが、C1 説の立場からは、そのことを理由に、さらに不作為による殺人罪ないし保護責任者不保護罪が成立することになる。このように、故意・過失の先行行為自体が処罰の対象となっている場合において、C1 説によると、それを理由にさらに不真正不作為犯を認めることになり、先行行為を二重に評価することになるため、妥当ではない<sup>13</sup>。

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ため、妥当ではない<sup>14</sup>。

イ、C3 説について

この説は、法益の維持という結果無価値的な観点から、作為義務の発生根拠を限定しようとするものであるが、上記 3 要件が常に重疊的に要求されるものとする、例えば、子供が溺れているのを通りがかりに発見した父親には、①の要件が欠け、交通事故の被害者を自車に乗せて運んだ者には、②の要件が欠け、さらに溺れている子供の近くに母親以外にも人がいた場合には、③の要件が欠けることになり、それぞれ作為義務が認められないことになる。これは、明らかに不当な結論といえ、国民の法感情に大きく反することになるため不当である<sup>15</sup>。

ウ、C4 説について

では C4 説はどうか。この説について、因果関係の支配に着目し、保障人的地位を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以上、個別の行為に結果についての因果経過を最後に至るまで支配することは必要とさ

---

11 浅田・前掲 158 頁参照。

12 西田・前掲 123 頁参照。

13 浅田・前掲 156 頁参照。

14 西田・前掲 123 頁参照。

15 浅田・前掲 157 頁参照。

れていないため、作為義務発生根拠について、不作為者の結果に対する因果経過の排他的支配までを求めている点で過多の要求だといえる。<sup>16</sup>また、因果経過の支配・操縦は作為犯の特徴であって、不作為犯における排他的支配としても、積極的に他者を排除する行為がない限り、その実質は因果経過の排他的支配とはいえないため、妥当ではない。<sup>17</sup>

#### エ、C5説について<sup>18</sup>

この点、作為義務の発生根拠の判断を純然たる規範に基づいて行うにあたって、作為義務の限界は極めてあいまいなものとなるから、不真正不作為犯の処罰範囲を明確にするため、作為義務の限界を画する必要がある。そして、作為犯においても因果経過を最後まで支配することは必要でないといえるため、結果への因果経過の排他的支配を作為義務の発生根拠とすることは過多の要求であるといえる。

したがって、「因果経過の支配」を問題とするのではなく、結果惹起の支配、すなわち「結果原因の支配」を作為義務の発生根拠とすることが適切であるといえる。とすれば、既述のように、排他性は必須の要件ではなく、不作為者による結果原因の支配、すなわち、結果回避についての引受け・依存の関係を作為義務の発生根拠とするC5説が妥当である。

そこで、いかなる場合に結果回避についての引受け・依存の関係があるといえるか。そもそも、法益侵害の過程は危険の創出、増大、結果への現実化と把握することができるから、この過程を不作為の場合において理解すれば、①不適切な措置によって、潜在的な危険源から危険が創出・増大し、それが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、それが結果へと現実化する場合に分けられる。

とすれば、①危険源の支配または②危険の脆弱性の支配が認められるならば結果原因の支配が認められ、結果回避についての引受け・依存の関係があるといえる。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が認められることを防ぐことができる。また、一方で国民の法感情という観点からみて、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るという不都合性も回避できる。

以上により、不作為者による結果原因の支配、すなわち結果回避についての引き受け・依存の関係がある場合に作為義務の発生根拠とするC5説が妥当である。

(3) 以上により、検察側はC5説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第1. 甲の罪責について

1. 甲がその子どもである3歳のAに十分な飲食物を与えず、極度の低栄養に陥らせ、もっ

<sup>16</sup> 山口・前掲 88 頁参照。

<sup>17</sup> 浅田・前掲 158 頁参照。

<sup>18</sup> 山口・前掲 88～91 頁参照。

て死に至らしめた行為について、殺人罪の単独正犯（199条）が成立しないか。

甲がAの生命維持に必要な行為をなさなかったという不作為に、殺人罪の実行行為性が認められるかが問題となる。

2. まず、不真正不作為犯が罪刑法定主義に反しないかについて、検察側は乙説(不真正不作為犯肯定説)を採用する。

そこで、前述のとおり、不作為犯の成立要件である①作為義務の存在、②作為の可能性・容易性、③不作為の構成要件的同価値性が認められるか、以下検討する。

- (1) ア、甲に作為義務が認められるか。作為義務の発生根拠について検討するにあたり、検察側はD5説(結果原因支配説)を採用するため、結果回避についての引き受け・依存の関係がある場合といえるかを判断する。

ここで、子は自らの法益が侵害される危険に対して十分な対応ができず、その意味で脆弱性を抱えている。とすれば、本問は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、それが結果へと現実化する場合(②)にあたる。また、親は子の養育を引き受け、子の安全等は親に依存している関係にあるから、危険の脆弱性の支配が認められ、結果原因の支配も認められる。よって、結果回避についての引き受け・依存の関係があるといえる。

以上より、親に子の法益に対する作為義務を肯定することができる。そして、子の年齢等により作為義務の範囲は異なる。

本問では、甲はAの親であり、Aを養育していた。また、Aは3歳であり、自ら飲食物を入手する行為や、外部機関に適切な保護を求めるといった行為を期待できないほど低い年齢であることから、Aの生命が侵害されるか否かは親である甲に依存していたといえる。

よって、Aの生命が侵害されるか否かは甲に依存しており、結果原因の支配が認められるため、甲にはAの生命維持に必要な行為をなすべき作為義務が認められる。  
イ、甲がAに十分な栄養ある食事を与えるといったAの生命維持に必要な作為をなすことは可能かつ容易であったといえるか。

たしかに甲はAの育児の方法に悩み、医師に育児ノイローゼと診断されていることからすれば、甲がAの適切な養育を維持することは困難な状況にあったとも思える。

しかし、甲は甲自身で養育をできなくともAになつかれており同棲中であった乙に養育の協力を求めることは可能であった。また、甲は夜遊びをはじめ家を空けることが多くなっていたところ、このような夜遊びをする時間的・金銭的余裕があれば少なくともAを託児所等の保護施設に預けることは可能かつ容易であったといえる。

よって、甲がAの生命維持に必要な作為をなすことは可能かつ容易であったといえる。

ウ、作為犯との構成要件的同価値性が認められるか。甲は自ら飲食物を手に入れる

ことができない3歳のAを飢餓死に至るまでの長期間養育を受けられない状況に放置しており、このような不作為は作為による殺人の実行行為と同視できる程度の結果発生危険性を有する。

よって、作為犯との構成要件的同価値性は認められる。

以上より、甲の行為に殺人罪の実行行為性が認められる。

- 3.(1) 甲の不作為とAの死という結果との間に因果関係が認められるか。
  - (2) 不作為犯の因果関係については、仮定的側面が否定しえないことから、期待される作為をなせば結果を回避できたことが十中八九すなわち合理的な疑いを超える程度に確実であったことが認められれば、因果関係が肯定されると解する。
  - (3) 本問では、甲がAを託児所に預ける等の適切な対応をしていれば、飢餓死にいたるほどの重症の低栄養に至る前にAは第三者によって保護されたと十分に考えられる。  
よって、甲が上記の作為をなせばAの死を回避できたことが合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるため、因果関係は肯定される。
4. 次に、甲は乙との間でAの育児には口を出さないと暗黙の了解を有していたことから、自分以外にAに飲食物を与える者がいないことを十分認識しているはずである。とすれば、甲が長期にわたり育児を放棄すれば、Aが飢餓死に至ることを当然認識・認容していたといえる。  
よって、Aが飢餓死することについて少なくとも未必の故意（38条1項本文）が認められる。
5. 以上より、甲の行為に殺人罪の単独正犯(199条)が成立する。

## 第2. 乙の罪責について

1. 乙はAが極度の低栄養に陥っていることを認識しながら、甲との暗黙の了解の上で甲の育児放棄を放置し、もってAを飢餓死させている。このような乙の行為に殺人罪の単独正犯(199条)が成立しないか。
2. (1) まず、殺人罪の実行行為性が認められるか。
  - (2) 乙に作為義務が認められるか。前述のとおり、D5説(結果原因回避説)に基づき検討する。
  - (3) 前述の通り、3歳のAにはその性質上法益に脆弱性が認められる。また、乙は親でこそないものの、平成18年1月から同年9月下旬の間、約9ヶ月以上の長期にわたり甲及びAと甲の家で同棲し、Aにもなつかれており、実質的には親の地位と同じ立場にあった。また、甲が育児を放棄して家を空けることが多くなっている状況の下、Aの極度の低栄養状態を認識していたのは甲の家という閉鎖的空間においては乙だけであった。とすれば、乙はAの保護が自己に依存する状態であることを認識しつつ、これを放置することによって、Aの法益の脆弱性を支配していたといえる。  
以上より、Aの生命が侵害されるか否かは乙に依存しており、結果原因の支配が認められるため、乙にはAの生命維持に必要な行為をなすべき作為義務が認められる。

- (4) また、乙が自ら A に飲食物を与える等、乙が A の生命維持に必要な作為をなすことは可能かつ容易であった。よって、乙が A の生命維持に必要な作為をなすことは可能かつ容易であったといえる。
- (5) そして、乙は自ら飲食物を手に入れることができない 3 歳の A を飢餓死に至るまで放置しており、このような不作為は作為による殺人の実行行為と同視できる程度の結果発生危険性を有する。
- (6) 以上より、殺人罪の実行行為性は認められる。
3. では、乙の不作為と A の死という結果との間に因果関係が認められるか。乙が A に飲食物を与える等の適切な対応をしていれば、飢餓死にいたるほどの重症の低栄養に至る前に A の生命は保護されたと十分に考えられる。
- よって、乙が上記の作為をなせば A の死を回避できたことが合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるため、因果関係は肯定される。
4. 乙に故意(38 条 1 項本文)が認められるか。乙は甲と結婚したいとの思いから A を邪魔であると感じており、邪魔な A の存在を消すためにその養育を放棄していたといえる。とすれば、乙は A が飢餓死することについて認識・認容していたといえる。
- よって、A が飢餓死することについて少なくとも未必の故意(38 条 1 項本文)が認められる。
5. 以上より、乙の行為に殺人罪の単独正犯(199 条)が成立する。

## VII. 結論

甲には A に対する殺人罪一罪が成立する。また、乙には A に対する殺人罪一罪が成立する。

以上