

I. 事案の概要

5 甲は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療(以下「シャクティ治療」という)で、信者からの信望を集めていた。

ある日、甲の信者の1人であるAが脳内出血で倒れて、病院内で点滴治療を受けていた。その際、A本人から携帯電話で甲にシャクティ治療の依頼があった。そこで甲は深夜に、未だ痰の除去や点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを病院から自宅まで運んだうえ、Aの治療を試みたが、翌日にはAの症状が悪化して危機的な状況に陥った。甲はこのままAを自宅内に放置すれば死亡するかもしれないと思ったが、シャクティ治療の失敗が判明するのを恐れて、Aが死んでもやむを得ないと考え、その後もシャクティ治療をAに施すにとどまりAに必要な医療措置を受けさせなかった。そのためAは数時間後に痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡した。

参考判例:最高裁平成17年7月4日第二小法廷決定

II. 問題の所在

1. 甲は、不作為により被害者Aを死亡させているが、そのような場合においても殺人罪(199条)が成立するか。そもそも不作為に行為性が認められるのか、また、行為性が認められるとしても刑法上殺人罪は条文上作為の形式で規定されているため、不真正不作為犯が認められるのか、罪刑法定主義との関係で問題となる。

2. また、不真正不作為犯が認められるとしても、どのような場合に保証人的地位(結果発生を防止すべき法律上の義務を有する地位)が発生するか、作為義務の実質的根拠が問題となる。

III. 学説の状況

1. 不真正不作為犯の成否について

甲説:不真正不作為犯の成立を否定する説

30 「無」から「有」は生じず、不作為でもって「有」たる結果を惹起することはできないため、不作為に行為性は認められない。行為性が認められないため、「何人も思想ゆえに罰せられることはない」という原則から、不作為は刑法的評価の対象にならず不可罰である。

35 また、もし行為性が認められるとしても罪刑法定主義の観点から2つ問題が生じる。1点目は、不真正不作為犯を認めることは類推解釈の許容につながり罪刑法定主義の法律主義の原則に違反し、処罰範囲が不明確である点。2点目は、罪刑法定主義を実質的な人

権保障原理とするために必要な明確性の原則に反する点である。以上の点から不真正不作為犯の成立は認められないとする。

乙説:不真正不作為犯の成立を肯定する説

5 不作為も「人の身体の動静」であることには変わりなく、絶対的な無為ではないため、刑法的評価をなし得る。不作為によっても法益侵害のおそれが生じうるため、法益保護の観点から一定の不作為の処罰も予定されていると考えるべきであり、不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に反するとはいえないとする。

2. 作為義務の実質的根拠について

10 A説:形式的三分説

不真正不作為犯の成立を限定するために、法律・契約(事務管理)・条理の3つを作為義務の実施的根拠と捉える説¹。

B説:機能的二分説²

15 作為義務の発生根拠を機能に従って分類し、大きく二つに分類されるべきとするとする説。第一に、当該法益を保護すべき関係に立つ場合の作為義務の発生根拠、第二に危険源を管理・監督すべき義務が認められる場合の作為義務の発生根拠である。第一の類型(法益保護型)では、下位規範として家族共同体、事実上の生活共同体、危険共同体(探検隊、登山隊等)、自由意志に基づく引き受け等による結果防止義務が認められる。第二の類型(危険源管理監督型)では一定の危険源から法益侵害を生ぜしめないように監督する義務の下位規範として先行行為、建物・建築現場・スポーツ施設等の管理者たる地位

20 に基づく結果防止義務、監督者たる地位に基づく犯罪阻止義務が認められる³。

C説:限定的理論

C-1説:先行行為説⁴

25 「法益に対して危険を設定した者は、それを除去すべきである」という命題を不作為犯の理論へ敷衍し、行為者が問題となる法益に対してあらかじめ作為による何らかの危険を設定したこと(先行行為)が作為義務を肯定する不可欠の要素とする説⁵。

C-2説:事実上の引き受け説(具体的依存説)⁶

30 法益の維持を事実上引き受けている者に作為義務があるとする説。①法益の維持・存続を図る行為、つまり、結果の発生を阻害する条件となる行為(結果条件行為)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それにその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、刑法上の作為義務が認められる⁷

¹ 西田典之『刑法総論〔二版〕』(弘文堂,2010年)122頁。

² 山中敬一『刑法総論〔第二版〕』(成文堂,2008年)234頁。

³ 西田典之『刑法理論の現代的展開—総論I』(日本評論社,1988年)84頁。

⁴ 日高義博『不真正不作為犯の理論』(慶應通信,1979年)21頁。

⁵ 今井猛嘉ほか著『リーガルクエスト刑法総論〔第二版〕』(有斐閣,2012年)105頁。

⁶ 堀内捷三『不作為犯論—作為義務論の再構成—』(青林書院新社,1978年)249頁。

⁷ 山中・前掲 232頁。

とする。

C-3 説:排他的支配領域性説⁸

本説は、不作為を因果経過の放置ととらえ、不作為犯の処罰根拠を不作為者がすで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求める。そのため、不作為が
5 作為と同価値であるために、不作為者が因果経過を具体的・現実的に支配していたことが必要だとし、因果経過を①自己の意思に基づいて事実上の排他的支配をしている場合、②支配領域性がある場合、および③規範的支配がある場合に分けて検討を行うとする。①事実上の排他的支配が認められる場合には当然に作為義務が認められ、②自己の意思に基づかない場合(=支配領域性が認められる場合)には、これを代替・補完
10 するものとして社会継続的な保護関係がある場合のみ作為義務を認める。

IV. 判例(最高裁昭和 33 年 9 月 9 日第三小法廷判決)

[事実の概要]

会社の事務室で残業していた被告人が、机の下に置いた火鉢を後始末せず部屋から出
15 て別室で寝ていたところ、火鉢の炭火の過熱からボール箱入り原符に引火し、自室の机に延焼、発燃している状況を発見しながら、自己の失策の発覚のおそれと不慮の失火を目撃した驚きのため、そのまま放置して営業所から立ち去ったため、営業所とその近隣の建物が焼けてしまった。そこで、検察側が不作為による現住建造物放火罪(108 条)の成立を主張した事案。

[判旨]

原判決が認定した第一審判決の認定事實は、「被告人の重大な過失によつて右原符と木
20 机との延焼という結果が発生したものである。この場合、被告人は自己の過失行為により右物件を燃焼させた者(また、残業職員)として、これを消火するのは勿論、右物件の燃焼をそのまま放置すればその火勢が右物件の存する右建物にも燃え移り
25 これを焼燬するに至るべきことを認めた場合には建物に燃え移らないようこれを消火すべき義務あるものといわなければならない。……被告人は自己の過失により右原符、木机等の物件が焼燬されつつあるのを現場において目撃しながら、その既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思をもつてあえて被告人の義務である必要かつ容易な消火措置をとらない不作為により建物についての放火行為をなし、よつて
30 これを焼燬したものであるということが出来る。されば結局これと同趣旨により右所為を刑法一〇八条の放火罪に当たるとした原判決は相当であり、引用の大審院判例の趣旨も本判決の趣旨と相容れないものではなく、原判決には右判例に違反するところはない。

[解説]

この事例では、不作為による放火の要件として、法律上の消火義務、消火の可能性、
35 既発の火力または危険を利用する意思が必要としているかが問題となった。この点にお

⁸ 西田・前掲 125 頁。

いて本件は、落度ある先行行為によって出火したという事情があり、かつ建造物の所有者またはその管理を任された者である行為者の排他的支配領域内で火災が生じており、法益の保護が具体的・排他的に行為者に依存しているという関係にある。したがって、出火に気づいた時に被告人は消火する義務を負ったものと言える。また、行為者が出火に気付いた時はまだ燃えている範囲は狭く、消火が容易であることから、作為の可能性・容易性も認定されており、本件不作為は未必の故意による放火と同視できることが示されている。したがって、本判決では不真正不作為犯の要件が作為義務と作為の可能性・容易性であり、さらに作為義務の発生における実質的根拠が不作為者(本判例では被告人)だけが法益を左右する地位にあることを明らかにしたと言える。

10

V. 学説の検討

1. 不真正不作為犯の成否について

第1. 不作為の行為性について

不作為も「人の身体の動静」であり、「人の意思によって支配可能な社会的に意味のある外部的態度」であるため、絶対的な無為とは言えないと考える。「無から有は生じない」という思考は自然科学的な思考であり、一方で犯罪は自然現象ではなく、人の社会的行為によって生ずるものである。そのため、不作為に刑法的評価を与え得るか検討する際に自然科学的思考のみを考慮することは適さないと考える。

15

第2. 不真正不作為犯と罪刑法定主義との関係について

作為犯は「……してはならない」という禁止規範に違反するのに対し、不作為犯は「…せよ」という命令規範に違反する場合であるから、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刑罰法の類推適用ではないかとの指摘がなされている。しかしながら、検察側はその指摘は問題にならないと考える。作為の形式で定められている構成要件も、単に作為を標準にして規定されているにすぎないのであって、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。例えば、殺人罪の構成要件の基礎にある規範の内容は、「人命(という法益)を尊重せよ」という内容であり、その規範(法益)は作為のみならず不作為によっても違反しうるものであり、その構成要件は当然に禁止規範違反のみでなく命令規範違反をも含まれている。例えば、母親が授乳しないことにより嬰兒を餓死させた場合、その行為は「人を殺した」(199条)という言葉の意味の範囲内であり、したがって、文理解釈上不作為を含めることが可能であるといえる。以上の理由から、検察側は不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義の法律主義に反するとは考えていない。

20

25

30

35

また、明確性の原則に関しては、処罰範囲の限界を設定する基準を具体的に設定する事で、法益保護の要請と罪刑法定主義から導かれる明確性の原則との調和を図ることが可能であると考えられる。そこで、実質的な作為義務の根拠をどの様に解するかが問題となるのである。

2. 作為義務の実質的根拠について

A 説:形式的三分説について

5 法律(たとえば民法)上・契約上・事務管理上の作為事務違反は、それぞれの法律(民法)上・契約上・事務管理上の効果を有するのであったのであって、それが、そのまま刑法上の不真正不作為犯を成立させる作為義務に転化すると解すべきでない。また、慣習・条理といった曖昧な要素からも作為義務を導けるとすると、例外であるべき不作為犯の成立範囲が不当に広がる恐れがある。本説は、一見形式的に限定されているようにみえるが、条理という包括的で無限定の概念が含まれているため、その形式性・限定機能は失われていると言わざるを得ない⁹。作為義務の認定の際は、より実質的な根拠を導くべきである¹⁰。

よって検察側は本説を採用しない。

B 説:機能的二分論について

15 確かに、作為義務の発生根拠をその保護機能にしたがって分類することで類型化に一定の成功をしている。もっとも、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、また分類の区分が何に基づくのか、その相互関係がどうかは明らかではなく、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の役割を十分に果たせない点で妥当でない¹¹。

20 C 説:限定的理論について

C-1 説:先行行為説について

25 先行行為説は、先行行為を不作為犯成立の不可欠の要素とする点、刑事責任を不作為自体に結びつけることなく何ら刑法的価値判断の対象とはならない先行行為にまで刑事責任を結び付けてしまう。また、本説に依ると、仮に親が嬰兒にミルクを与えず餓死させた場合、親は何らの先行行為も行っていないため、不作為による殺人罪が成立しないことになる。一般的に、親は自分の子供の生命を保護すべき作為義務を負うものであるにもかかわらずこの様な不当な結論を導く¹²。以上の点から本説は評価の対象を見誤っているといえる。

よって検察側は本説を採用しない。

30 C-2 説:事実上の引き受け説(具体的依存説)について

事実上の引き受け説は、作為義務を規範的要素からではなく事実的要素から捉えようとし、また、先行行為を作為義務の根拠から排除した点において評価されているが、

⁹ 西田・前掲 85 頁。

¹⁰ 浅田和茂『刑法総論 [補正版]』(成文堂,2007 年)156 頁。

¹¹ 浅田・前掲 158 頁。

¹² 今井ほか前掲・105 頁。

以下の点問題であるとする¹³。

第1. 要件が不明瞭である点

5 1つ目の要件である「結果条件行為の開始」について、本説では放火罪の事例では、「火気に対する消火行為」が結果条件行為の開始にあたるとするが、交通事故加害者の被害者救助の事例の際には「事故時に救助の手を差しのべること」が結果条件行為の開始に当たるとする。とすると、放火罪の事例では「消火行為」だけでなく「出火時の消火行為」が要求されるべきではないだろうか。また、2つ目の要件である「結果条件行為の反復・継続性」について、本説では交通事故の加害者が被害者の保護を一旦引き受けただけという事例の場合にも作為義務を認めているが、保護(結果条件行為)
10 を一旦引き受けることでは、その反復・継続性という要件が満たされているとは言えないと考えるのが自然ではないか。以上の点から、結局のところ本説では、作為義務を認める要件に不明確さが残ると言える。

第2. そもそも事実上の引き受けが無くても排他性は生じうる点

15 「事実上の引き受け(救助意思に基づく結果条件行為)が無くても、不作為者に依存する状態・法益に対する排他性は発生しうる」こともある点、法益の依存・排他性を事実上の引き受けに限定する理由が明らかではない¹⁴点、本説は大きな問題を抱えていると言える。本説に依ると、交通事故の加害者が、当初から遺棄の意思でもって被害者を車中に閉じ込めて走行中に殺意を生じて死亡させた場合、本説では殺人罪が成立しないことになるが、不当な結論である。

20 以上2点から、検察側は本説を採用しない。

C-3 説:排他的支配領域性説について

25 作為と不作為の同価値性を担保する要素とは何かを検討する際に、本説では因果の流れに着目する。作為犯は自己の意思に基づいて法益侵害の結果へと向かう因果の流れを設定したことに可罰性が認められるのに対し、不作為犯は既に発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的態度・身体の動静に可罰性が認められる。とすると、不作為が作為と同価値であるためには、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、(法律・契約上の義務が存したか否か、先行行為が存したか否かという規範的要素ではなく)因果経過を具体的・現実的に支配していたことが必要であると解すべきとする本説は、基本的には
30 C-2 説と同一の方向を志向しているが、その実質的根拠を刑法上の法益保護を事実上排他的に引き受けるような関係を被害者との間に結んでいたかどうかを基準とした点、不作為犯の実質的根拠をより明確に解したものと評価できる。というのは、特定の者に結果発生の防止を期待するのは社会生活上行為者に法益の保護が具体的に依存しているために、その者が自らの意思にもとづき結果の発生または不発生を支配でき

¹³ 西田・前掲(現代的展開)88頁。

¹⁴ 吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂,2010年)95頁。

るからであり、これこそが作為義務発生の実質的根拠と言えるからである。

また、本説に依ると結果へ向かう因果関係を事実上支配する地位は、支配の意思に基づかないで生ずる場合もあるが、この様な類型を本説では排他的支配と区別し支配領域性と位置付けている。支配領域性のある場合の不作为も、結果の支配という観点からは、これを作為と同視する余地はあるものの、そのすべてに排他的支配の場合と同じく作為義務を認めることは妥当ではなく、支配領域性には「不作为者こそが作為すべきであった」という規範的要素も考慮する点、本説は法益保護の要請と作為・不作为の同価値性の要求との調和を図る上でもっとも適切な説であると考え。よって検察側は本説(C-3 説)を採用する。

10

VI. 本問の検討

1. 甲の A を病院から連れ出したあと必要な医療措置を受けさせなかった行為に殺人罪(199 条)が成立しないか。

15

2. (1) そもそも、不真正不作为犯は認められるか。原則的に構成要件は、禁止規範としての構造を有している。一方、不作为犯における不作为とは先述した行為をしないこと、つまりある一定の行為をせよと命ずるという命令規範である。したがって、殺人犯の構成要件に命令規範がふくまれるか、すなわち不作为犯を処罰することは罪刑法定主義における法律主義に反しないかが問題となる。

20

この点検察側は不真正不作为犯が法律主義に反しないと考える。その理由は 199 条の「人を殺した者」という構成要件の根底にあるのが、人の生命を尊重せよという規範なのであって、その規範には禁止規定はもちろんのこと、人の生命を救助せよとの命令規範も含みうるからである。よって、法律主義に反しない。

25

(2) そうは言っても、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、その規範は必ずしも明確ではない。そこで、罪刑法定主義を実質的な人権保障原理とするために必要な明確性の原則に反しないか問題となる。

30

不作为といえども、法益侵害の危険を現実的に引き起こすおそれがあり、そのような場合においては刑法的評価を下す必要性がある。つまり、法益保護の要請と明確性の原則との調和をはかる必要がある。そこで、検察側は作為犯にはない独自の付加的な構成要件要素を要求する。具体的には、①不作为者が作為義務を負うか、②作為義務を行うことが可能かつ容易であるか、③不作为が該当する作為犯と同様に処罰すべきものであるか(同価値性)、という 3 点が満たされた場合のみ、不真正不作为犯を処罰すべきであると考え。

35

(3) ところで、先述した①の作為義務における特別な地位とはどのようなものか。明確ではなく、作為義務の実質的根拠をどう考えるか問題となる。

この点検察側は、作為義務の実質的根拠として、前述の通り C-4 説を挙げる。

3. 本問では甲が A を運んだのは自宅であるところ、他者からは容易に救助することのでき

ない場所であると考えられ、また、甲と A とは教祖と信者という関係であることから、A の生命の安全は全面的に甲に委ねられている。さらに、甲は自己の意思によって A の治療を引き受けており、以上の点から甲には当然に排他的支配があると言える。よって甲は A の救命のために適切な医療措置を受けさせるという作為義務が認められる。

5 また、甲はシャクティ治療の信用を守るために必要な医療処置を講じなかったのであり、A の死亡まで数時間あったことからも助けを求めるなど十分に作為可能性があったといえる。さらに、A の生命を救うことは救急車を呼ぶことで成し得るものであり、それは容易であったと考えられる。よって、作為義務に違反し、作為可能性・容易性もあった甲のかかる不作為は作為によるものと同視でき、実行行為性が肯定される。その結果 A が死亡して

10 いる。

4. (1) では因果関係は肯定されるか。

そもそも、因果関係とは実行行為と結果の結びつきであるが、不作為犯においては、結果回避可能性がなければ作為義務は認められないため、因果関係に一定の仮定的要素

15 を入り込まざるを得ない。したがって、「期待した行為がなされたならば、結果が生じな

なかったらろう」という関係が認められる。すなわち、不作為者による救命が「合理的な疑いを超える程度に確実であった」場合にのみ、条件関係が認められる。

(2) 本問において、A の死因は痰による気道閉塞に基づく窒息死である。気道閉塞は、

20 脳内出血により痰を出す機能が十分作用しないことにより引き起こされたものであると

考えられる。さらに、A が危機的状況に陥ってから死亡するまで数時間の時間の開きがある。したがって、甲が A を病院に運んでいたら A は助かっていたと考えられ、結果回避可能性は十分にあったと言える。よって、A の救命のために適切な医療措置を行うという期待された行為をしていれば、A は死ななかつただろうと思え、それは合理的な疑いを超える程度に確実であったと言える。

以上のことから、甲の不作為と A の死との間に因果関係が認められる。

25 5. 本件事例において甲は、「このまま A を自宅内に放置すれば死亡するかもしれないと思ったが、シャクティ治療の失敗が判明するのを恐れて、A が死んでもやむを得ないと考え」A に必要な医療措置を受けさせなかった点、結果の認識・認容があり故意が認められる。

6. よって甲に殺人罪(199 条)が成立する。

30 VII. 結論

甲の行為には殺人罪(199 条)が成立し、その罪責を負う。

以上