

I. 事実の概要

- 5 シングルマザーである甲女は自身の子供 A(6歳)と二人で暮らしていたが、ストレスから日常的に A に暴力をふるっていた。平成 27 年 12 月 24 日午後 6 時頃、甲はアパート内で A と過ごしていたが、仕事での失敗でイラついていた甲は、帰宅後、A が空腹を訴え、泣き出したのに対し、苛立ちを募らせ、A の頭部を拳で数回殴りつけた。A は仰向けに倒れて意識を失ったので甲は A が死ぬのではないかと考えたが、A が死ねば自分の生活が楽になると思い、徒歩 15 分程にある病院には連れて行かなかった。
- 10 また、甲は A が目に入るところにいると腹立たしいという理由で、住まいであるアパートの二階の外廊下に A を放置した。その結果 A は、12 月 24 日午後 23 時頃、甲の暴行を原因とする硬膜下出血、くも膜下出血等の傷害に伴う脳機能障害によって死亡した。A が傷害を受けた時点ですぐに病院で治療を受けさせていれば、A の救命は確実であった。
- 15 甲の罪責を検討せよ。

参考判例：最高裁平成 17 年 7 月 4 日第二小法廷決定
東京地判昭和 57 年 12 月 22 日判決

II. 問題の所在

- 20 本件において甲女は救命可能であった A を救命することなく死に至らしめた。不真正不作為犯の不作為を処罰の対象にするには、期待された作為を行う特別の法的義務、すなわち作為義務が必要となる。この場合作為義務の発生根拠は何か。

III. 学説の状況

25 A 説(形式的三分説)

作為義務は道徳的な義務ではない。また、法的な根拠を持つ義務でなければならない。そのため法令、契約・事務管理、条理に基づいて作為義務は生じるという説¹。

B 説(先行行為説)

- 30 不作為以前に被害者の法益が侵害される因果の流れを、不作為者が自ら設定した場合に作為義務が認められるという説²。

C 説(具体的依存性説)

- 35 不作為者と被害者の社会的諸関係より生じ、被害者が直面する法益の侵害や危険を取り除き、法益の維持・発展を図るべき不作為者の義務が作為義務である。これは当該法益の保護が不作為者に依存するという考えを基礎とする。

¹ 大塚仁『刑法概説(総論)[第3版]』(有斐閣,1997年)49頁以下。

² 日高義博『不真正不作為犯の理論[第2版]』(慶應通信,1983年)107頁以下。

このような依存関係は、不作為者が法益の保護を事実上引き受けている際に肯定される。よって作為義務の実質的根拠は事実上の引き受けの行為に求められるという説³。

D 説(排他的支配領域性説)

- 5 作為は結果へと至る因果の設定であり不作為は因果経過の放置である。不作為が作為と構成要件的に同価値であるためには、不作為者がすでに発生している因果の流れを自己の手中に収めることが必要である。そのため意思に基づく排他的支配の獲得が作為義務の根拠であり、排他的支配の獲得が意思に基づかない場合、意思に基づくという部分が欠けるため、これを代替・補充するものとして親子関係などの社会継続的な保護関係が必要であるという説⁴。

10

IV. 判例

最高裁平成 17 年 7 月 4 日第二小法廷決定 刑集 59 卷 6 号 403 頁

【事案の概要】

- 15 「シャクティパット」と称する独自の治療を施す特別な能力を持つなどとして信奉者を集めていた X が、脳内出血を患っていた信奉者である Y を医療設備のないホテルに運び込み、生存に必要な行為を講じず、約 1 日放置した末に死亡させた。

【判旨】

- 20 「被告人は、自分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、未必的な故意をもって、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する」。
- 25

V. 学説の検討

A 説(形式的三分説)について

- 30 民法上・契約上・事務管理上の作為義務違反は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考えるのは妥当でない。また、ここでの作為義務は法的義務であって、慣習・条理から導かれるものではない⁵。

したがって、検察側は A 説を採用しない。

B 説(先行行為説)について

- 35 不作為と作為の同価値性が肯定されるためには、不作為者が不作為以前に行った先行行為によって因果の流れを設定しなければならないことを本説は作為義務の根拠とする。しかし先行行為自体の罪責が

³ 堀内捷三『刑法総論[第 2 版]』(有斐閣,2000 年)60 頁以下。

⁴ 西田典之『刑法総論』(弘文堂,2006 年)116 頁以下。

⁵ 立石二六『刑法総論[第 4 版]』(成文堂,2015 年)135 頁参照。

問われているわけではないため、作為義務の有無は先行行為のみならず結果までをも含めて考慮すべきである。

また、故意・過失により先行行為がある場合には、その先行行為をもって作為義務の存在が肯定され、故意犯や過失犯をすべて故意の不作为犯に転化してしまい不都合な結果が生じるため妥当ではない⁶。

5 したがって、検察側は B 説を採用しない。

C 説(具体的依存性説)について

本説は事実上の引き受け行為の存在を保証人的地位の要件としている。

たとえば、交通事故の加害者が、救助の意図で自己の自動車に被害者を收容した場合には保証人的地位が肯定される。その一方で、遺棄の意図で收容した場合には保証人的地位が認められないことになる。このように事実上の保護状態が存在する場合にだけ保証人的地位を肯定することとなるため妥当ではない⁷。

したがって、検察側は C 説を採用しない。

15 D 説(排他的支配領域性説)について

作為が結果へと至る因果の設定だとすると不作为は因果経過の放置である。そのため不作为が作為と構成要件的に同価値であるためには、すでに発生している因果の経過を自己の掌中に収めること、すなわち自己の意思に基づく排他的支配が必要である⁸。このように本説は因果経過の流れに着目し、保証人的地位を限定的に理解することで作為義務が肯定される範囲を明確にしたものである。

20 また、規範的要素が考慮される場面を「自己の意思に基づく」という部分が欠けた場合に限定したことで、本説は作為と不作为の同価値性と処罰範囲の適正の双方に資するため妥当である。

したがって、検察側は D 説を採用する。

25 VI. 本問の検討

X の罪責について

(1) 本件において甲は殺人罪(199 条)の罪責を負うか検討する。

30 (2) 本件では甲が A に傷害を負わせ、その後甲は A が死ぬかもしれないと思いつつアパートの外廊下に放置している。この傷害を負わせた後、廊下に放置した行為が殺人の実行行為に当たらないか問題となる。

そもそも実行行為とは、法益侵害の現実的危険性を有する行為をいう。そして、不作为によっても法益侵害は可能なため不作为であっても実行行為となりうる。他方、不作为は類型化することができないため、刑法の自由保障機能を全うするため処罰範囲を限定する必要がある。

35 そこで、①作為義務があり②作為の可能性・容易性が認められる場合に、不作为が作為と構成要件的同価値があるとして不作为を処罰できると考える。そして作為義務があるかどうかは、不作为が自己の意思により「事実上の排他的支配」を設定した場合には作為義務を肯定し、自己の意思に

⁶ 西田典之『刑法総論[第 2 版]』(弘文堂,2010 年)123 頁参照。

⁷ 山口厚『刑法総論[第 2 版]』(有斐閣,2007 年)87 頁参照。

⁸ 西田・前掲 125 頁。

よらずに事実上結果を支配する状態が生じた場合には、不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素の存在を条件に作為義務を肯定する。

本件において甲は、自身の子供である A を殴りつけ意識を失わせているが、自己の意思により事実上の排他的支配を設定したわけではない。

5 そして、自己の意思によらずに事実上結果を支配する状態が生じた場合には、不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素の存在を条件に作為義務を肯定する。また、規範的要素とは社会的な保護関係をいう。

10 本件において、まず甲と A は親子であるため社会的な保護関係はある。さらに甲は自己の先行行為により A に傷害を負わせているため甲こそが A を病院に連れていくなどの作為をすべきであり、作為義務はあるといえる。そして徒歩 15 分に病院はあったため作為の可能性は認められ、また病院に連れていくうえで何か障害があったという事情もないので作為は容易であったといえる。

したがって、甲に不作為による殺人の実行行為が認められる。

15 (3) その後 A は死亡しているが、傷害を受けてすぐに病院で治療を受けていれば救命は確実だったのであるから、甲が作為義務は果たしていれば A の救命は合理的疑いを超える程度に確実であったといえ、甲の不作為と A の死亡の因果関係も認められる。

(4) また、甲は意識を失った A を見て A が死ぬのではないかと感じたが、A が死ねば自分の生活が楽になると考え A を放置しており、未必の故意(38 条 1 項本文)があったといえる。

(5) よって、甲に殺人罪(199 条)が成立する。

(6) 甲は A を殴って気を失わせ A の生理的機能を害しているから、甲に傷害罪(204 条)が成立する。

20 (7) 以上から甲の行為には傷害罪(204 条)と殺人罪(199 条)が成立し、前者は後者に吸収される。

VII. 結論

当該行為につき、甲は殺人罪(199 条)の罪責を負う。

以上