

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

5 平成30年3月1日午後10時頃、自動車を運転していたXは、東京都八王子市所在のC大学下交差点にて、前方不注意により、帰宅途中であったA(20歳、大学生)を跳ね飛ばした(以下、「本件事故」とする)。

本件事故によりAは全身を強く地面に打ち付けたものの、意識ははっきりしており、また、目立った外傷はなかった。

10 XはAが全身を強く打ち付ける様子を見て、「早期に診療をした方がよいのではないか」と考えたものの、自身の過失運転が発覚するのをおそれ、自身の父が経営するB病院で診療・治療後、示談するつもりで本件事故現場から車で1時間30分程の距離にあるB病院までAを連れていくことに決め、Aに「病院に連れていく」と伝えた上で、助手席に乗せ、運転を再開した。

15 ところが、運転を再開してから40分頃経過した後、Aの容態が急変した。Xは5分程悩んだ末、早期に治療を施さなければ死亡してしまう可能性が高いことを認識しつつ、運転を再開した。

同日11時30分頃、B病院に運び込まれたAは医師等による懸命な救命治療を受けたものの、本件事故による肋骨4箇所骨折に伴う肺損傷により、翌日午前6時頃死亡が確認された。

20 尚、本件事故現場から最も近い距離にあったD大学病院までは車で10分程度の距離にあり、また、Aの容態が急変した地点から、最も近い距離にあったE大学病院までは、車で15分程度の距離にあった。仮に本件事故から、Aが20分以内に病院に搬送されていた場合、救命可能性は95%程度であり、本件事故から1時間程度で病院に搬送されていた場合は

25 75%程度救命が可能であったという鑑定結果がわかっている。

Xの罪責について検討せよ。

II. 問題の所在

不真正不作為犯の場合において、実行行為性は認められるのか。

30

III. 学説の状況

検察側は、不真正不作為犯について処罰範囲を限定する必要から、保証人的地位を負うものが、保証人的地位から導かれる義務に違反することをもって作為による実行行為と同一視できると考えるところ、かかる保証人的地位がどのように発生するのかについて、学説を検討する。

35

なお、保証人的地位とは単なる道徳的義務ではなく、法的な作為義務、しかも違反した

ときには刑法上の処罰規定に該当することを認めてよいほどの高度の法的作為義務を負う立場のことをいう¹。

A-1 説(形式的三分説)

- 5 作為義務を認めるためには、法令、契約・事務管理、条理などに基づく関係が必要であるとする説²。

A-2 説(先行行為説)

- 10 作為義務を認めるためには、不作為者が当該不作為を成す以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定しなければならないとして、不作為者の故意・過失に基づく先行行為が必要であるとする説³。

A-3 説(保護の引き受け説)

- 15 作為義務を認めるためには、危険にさらされている法益と不作為者との密着性という事実的要素、すなわち事実上の引き受け行為を必要とする説⁴。

A-4 説(排他的支配領域性説)

- 20 作為義務を認めるためには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、すなわち排他的支配が必要であるとする説。具体的には、①不作為者が自己の意思に基づく排他的支配を獲得した場合及び②不作為者が自己の意思に基づかないで排他的支配を獲得した場合があるが、②のときは自己の意思に基づくものでないため、社会継続的な保護関係を必要とする⁵。

25 IV. 判例の状況

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

[事実の概要]

- 30 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、痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡させた。

[判旨]

「被告人は、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

¹ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)144頁。

² 大塚裕史『刑法総論の思考方法[第4版]』(早稲田経営出版,2012年)118頁。

³ 日高義博『不真正不作為犯の理論』(慶応通信,1979年)107頁以下。

⁴ 堀内捷三『不作為犯論・作為義務論の再構成』(青林書院,1978年)249頁以下。

⁵ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂 2015年)125頁。

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て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、未必的な殺意をもって、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し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」。

10 IV. 学説の検討

A-1 説(形式的三分説)について

法令、契約、事務管理がなぜ刑法上の作為義務を基礎づけるのか根拠が明らかではない。また、条理とは曖昧な概念であり形式性を失うと共に倫理的義務を取り込むこととなり妥当ではない⁶。

15 よって、検察側は A-1 説を採用しない。

A-2 説(先行行為説)について

先行行為のみを作為義務の認定に要するとすれば多くの故意犯・過失犯をすべて故意の不作為犯に転換し得、処罰範囲を広げることになりかねない⁷。

20 よって、検察側は A-2 説を採用しない。

A-3 説(保護の引き受け説)について

保護の引き受けがあったときのみを作為義務の認定に要するとすれば、作為義務は保護の意思を有している行為者のみ認められる。このように行行為者の主観面を考慮するとなると反社会的意思を有している者には作為義務を認めないこととなり妥当ではない。

25 よって、検察側は A-3 説を採用しない。

A-4 説(排他的支配領域性説)について

30 不作為が作為と構成要件的に同価値であるといえるために、本説では因果の流れに着目する。作為が結果へと至る因果の設定だとすれば不作為とは既に発生している結果への因果の流れに介入しないことであり、結果発生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。そこで、いかなる場合に上記のような消極的態度、身体の動静があったかといえるかは、結果へと向かう因果の流れを意思に基づいて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、先行行為の有無という規範的要素で

⁶ 西田・前掲 122 頁。

⁷ 西田・前掲 123 頁。

はなく)因果経過を具体的・現実的に支配していたことを本説は要求する。

刑法上の法益保護を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に着目する点で、本説は不作為犯の作為義務の認定に明確な基準を設けたものといえる。というのは、特定の者に結果発生を防止を期待するのは、他者の法益の保護がその特定の者に具体的に依存しているために、その者が自らの意思に基づいて結果の発生あるいは防止を支配できるからであり、これこそが作為義務発生の実質的根拠なのである。

もっとも、玄関に突然赤ん坊が置き去りにされていたケースの様に、結果へと向かう因果の流れが自己の意思に基づかない場合もある。かかる場合を本説は自己の意思に基づいた客観的な排他的支配と区別し、支配領域性と位置づけている。支配領域性のあるすべての場合に排他的支配の場合と同じように作為義務を認定することは妥当ではない。そこで本説は「不作為者こそが作為すべきであった」といえるために支配領域性の他に親子関係や社会継続的な保護関係等、規範的要素を考慮する。この点において本説は法益保護の要請と作為・不作為の同価値性の要求との調和を図る上で最も適切な学説であると考え。

よって検察側は A-4 説を採用する。

VI. 本問の検討

第一 X が A を跳ね飛ばした行為

X は車を運転するにつき、前方に注意して運転する義務を負っているのにもかかわらず、前方不注意によって、A を跳ね飛ばし、「よって」肋骨四ヶ所の「傷」害を負わせているため、「運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた」といえ、自動車運転死傷行為処罰法 5 条の罪責を負う。

第二 A の容体が急変するまでの保護引き受けについて

X は病院に連れていくことを決意しているものの、近くにあった D 病院ではなく、最も遠い B 病院に連れていくことを決意し、それを実行しているため、保護責任者遺棄致死罪 (218 条、219 条)が成立しないか。

1(1)同罪の成立には行為者に「責任」が認められる必要がある。発生根拠については法律、契約、事務管理、先行行為などを総合的に考慮する。

(2)本件においては、X は A を車で轢いており、X は自己の責めに帰すべき理由によって A の生命に具体的な危険を生じさせている(先行行為)。道路交通法 72 条の 1 より法律上の保護義務も認められる。さらに X は A を車に乗せており、車内における排他的支配も認められる。以上の事情から X には A を保護する「責任」が認められる。

2次に X は A の「生存に必要な保護をしなかった」といえるか。

本件においては、上記の事情から、X には直ちに専門医による診察を受けさせる義務が認められるところ、本件事故現場から最も近い距離にあった D 大学病院ではなく、現場から 1 時間半かかる B 病院に連れて行っているおり、上記義務を適切に履行していないため、「生存に必要な保護をしなかった」といえる。

3(1)次に、保護責任者遺棄致死罪は保護責任者遺棄罪の結果的加重犯であるところ、実行行為と死亡の因果関係は認められるか。不作為犯における条件関係は「期待された作為がなされたならば、結果は発生しなかった関係」をいうところ、結果回避可能性すなわち作為がなされることで結果の回避が合理的な疑いを超える程度に确实と認められるかどうかで

5

判断する。
(2)本件において事故現場から最も近い距離にあった病院に搬送されていた場合救命可能性は95%であり、Xが作為義務を履行していれば十中八九Aを救命もしくは延命できたという高度の蓋然性が認められる。よって、Xが作為を行っていればA死亡の結果の回避は合理的な疑いを超える程度に确实と言え、因果関係は認められる。

10 　そして、Xは基本犯の保護責任者遺棄罪の故意も認められるから、Xの行為には保護責任者遺棄致死罪が成立する

第三 Aの容体が急変してからの行為について

XはAの容体が急変してなお、近くにあったE大学病院に連れていっていない。かかる行為は218条の不保護にあたるが、早く病院に連れて行かなければ、XはAが死んでしま

15

う可能性が高いことを認識しているため、Xの行為に殺人罪(199条)が成立しないか。
1(1)実行行為とは構成要件が予定する結果を発生させる現実的危険性を有する行為をいうから、不作為であってもこの定義に当てはまる場合はあり、処罰根拠が妥当する。一方で、犯罪が成立するのは、犯罪成立範囲を限定するため、①作為義務が認められる者が②その作為義務に違反した場合に限られるべきである。

20

(2)本件においては、既述の通りXには、Aを直ちに病院に連れていく義務を負っているのにもかかわらず(要件①充足)、かかる義務を適切に履行していない(要件②充足)。よってXの不作為には実行行為性が認められる。

3次にAの死亡結果との因果関係が認められるか。本件ではAの容態が急変した地点から最も近い距離にあったE大学病院に搬送されていた場合、救命可能性は75%であり、救命はともかく、十中八九延命は可能であったと言え、A死亡の結果回避の高度の蓋然性が認められる。よって、結果回避可能性が認められ、因果関係も認められる。そしてXには未必の殺意も認められ、Xの行為には殺人犯が成立する。

25

第四 罪数処理

以上より、Xの上記行為に自動車運転死傷行為処罰法5条の罪、保護責任者遺棄致死罪及び殺人罪が成立し、これらは同一の客体・法益に向けられたものであるから包括一罪となり、殺人罪に吸収され、Xは殺人罪の罪責を負う。

30

VII. 結論

Xは殺人罪(199条)の罪責を負う。

35

以上