

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31年3月9日午前10時頃、普通乗用自動車を運転していたXは、東京都文京区所在のO大学前交差点にて、前方不注意により、登校途中であったA(20歳、女子大学生)と激突した(以下、「本件事故」とする)。

本件事故により、同車の前部右側ライト付近にAの左下腿部が衝突し、同人はボンネットに跳ね上げられた。その後、同車が10メートルほど進んでからAは道路に落下転倒した。その際、Aは後頭部を強く縁石にぶつけ頭蓋骨骨折等の傷害を負った。

10 降車したXはAの息があることを確認したが、頭部からの出血やAがXの呼びかけに反応しないことから自分の父が経営しているB病院へと連れて行って処置をしようと思いい同車に乗せた。

ところが出発から30分後、Aの容体が急変したため、早急に手術を行う必要があるとXは考えた。しかし、自己の父親の経営する病院で処置をしてもらえば、Aとの手術後の交渉によっては治療費の賠償だけで済ませてもらい刑事責任に問われないようにもらえるかもしれないと思ったため、そのままB病院へと向かった。さらに、父親に頼めば手術についての証拠も残さないようにできると思い、本件事故自体をなかったことにできると考えていた。

20 午前11時20分頃、B病院にてAの手術が行われたが、既に容体は悪化しており処置が間に合わない状態であった。そのため、Aは午後0時頃に前記傷害に基づく外傷性ショックのため死亡した。

尚、本件事故現場から最も近い距離にあったO大学病院までは車で15分程度の距離にあり、また、Aの容体が急変した地点から、最も近い距離にあったT大学病院までは、車で25 20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90%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。

参考裁判例:東京地裁昭和40年9月30日

30

II. 問題の所在

条文上、殺人罪の実行行為は作為を予定しているように思えるが、本件のような不作为の場合に構成要件に該当するか。いわゆる不真正不作为犯に実行行為性が認められるか。

35 III. 学説の状況

不真正不作为犯は条文上不作为を規定していないところ、単に不作为に実行行為性を認

めると処罰範囲が不当に拡大する恐れがある。そこで、不真正不作為犯が成立するためには行為者にそのような命令、すなわち結果の発生を防止すべき法律上の作為義務が課せられること、および作為による結果回避可能性が存在することが必要である¹。

そこでその作為義務の発生根拠について、学説の状況を整理する。

5

ア説(形式的三分説)

法令・契約・条理や慣習に基づいて作為義務を認定する説²。

イ説(事実上の引き受け説³)

- 10 法益の維持が何人かに具体的に依存している場合に、不作為者と結果との依存関係があるとする。すなわち、法益の維持を事実上引き受けている者に、作為義務が発生するものとする。

ウ説(先行行為説⁴)

- 15 不作為には自然的に見て原因力がなく、既存の因果の流れを利用するだけであり、したがって、不作為者が当該不作為をなす以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定している場合でなければならないとする。

エ説(排他的支配領域説⁵)

- 20 作為が結果へと至る因果の設定だとすれば、不作為は因果経過の放置である。それゆえ、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が必要である。すなわち、意思に基づく排他的支配の獲得である。排他的支配が意思に基づかない場合は代替・補充のために規範的要素を考慮することができる。

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 被告人は、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)を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。A は、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内の病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等

¹ 大塚裕史『刑法総論の思考方法[新版補訂版]』(早稲田経営出版,2009年)55頁。

² 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2013年)132頁。

³ 堀内捷三『不作為犯論』(青林書院新社,1978年)254頁以下。

⁴ 日高義博『不真正不作為犯の理論』(慶応通信,1979年)155頁以下。

⁵ 西田典之『刑法総論[第二版]』(弘文堂,2013年)125頁。

を要する状態にあった。

被告人は、A に対するシャクティ治療を B からゆだねられ、A の容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療を A に施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分
5 の点滴等 A の生命維持のために必要な医療措置を受けさせないまま A を約 1 日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息により A を死亡させた。

[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
10 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
15 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。

[引用の趣旨]

以上の判例は、被害者が不作為により人を殺した点で本問と類似している。被害者の行為が介在したとしても行為と結果との間に因果関係を認めることが可能か考える際に参考になると考え引用した。

20

V. 学説の検討

ア説(形式的三分説)について、本説は民法上の扶養義務や監護義務あるいは扶養契約や養育契約あるいは条理があると認められる場合に不作為を認める説であるが、民法上の義務がなぜ刑法上の作為義務を基礎づけるのか明らかでないため妥当ではない。

25

したがって検察側はア説を採用しない。

イ説(事実上の引き受け説)について、本説は作為義務について保護の引き受けがあったときに認められるものであるとする説である。この説においては保護の無いような事例において一様に作為義務を認めないとするのは不十分であるため妥当ではない。

30

したがって検察側はイ説を採用しない。

ウ説(先行行為説)について、本説は先行行為がある場合には不作為を認める説であるが、この説をとると故意、または過失によって先行行為を行えば直ちに不作為が認められることになり、処罰範囲が不当に広がる恐れがあり妥当ではない。

35

したがって検察側はウ説を採用しない。

エ説(排他的支配可能性説)について、本説は不作為者の意思に基づく排他的支配の有無を

必要とする説である。本説は因果経過の流れに着目し、保障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ている。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、本説は作為と不作為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。

5 したがって、検察側はエ説を採用する。

VI. 本問の検討

1. X が自己の運転する自動車に A を衝突させ、その結果死亡させた行為につき殺人罪(刑法(以下略)199 条)が成立しないか。

10 2.(1) 199 条についてみるに、殺人罪の実行行為は作為を予定している規定にも思える為、本件のような不作為にも殺人罪の実行行為性が認められるのか、いわゆる不真性不作為犯の実行行為性が問題になる。

(2)ア. 殺人罪の実行行為とは人を死に至らしめる現実的危険性を有する行為をいうところ、不作為でもかかる危険性は生じうる。もっとも、いかなる不作為にも実行行為性を認めると、
15 処罰範囲が不当に広がり刑法の自由保障機能を害する。したがって、作為犯の実行行為と同視できる不作為に限り、実行行為性を認めるべきである。具体的には、不作為について①作為義務②作為可能性・容易性があるか否かで判断する。

イ. X は自車を A に衝突させた後、A を病院に連れていくために車に乗せているが、この時点で X 以外に A に治療を受けさせることができる者はおらず、X は全面的に A に治療を受けさせるべき立場にあったのだから、自己の意思に基づいて排他的支配を獲得したと言え
20 る。したがって X には、A に必要な治療を施させる義務があったといえる(①充足)。

また、本件事故現場から最も近い距離にある O 大学病院までは 15 分で行くことが可能であり、A の容態が悪化した地点からでも 20 分程度で行くことが可能な T 大学病院があった。X は車を現所持していることに加え、現代の情報伝達機器の発達に鑑みれば、救急車等公共
25 機関を容易に呼び出して利用が可能であったことが推測できる。したがって、A に必要な治療を施させることが可能かつ容易であったといえる(②充足)。

したがって、本件不作為について殺人罪の実行行為性が認められる。

また、A の容態が急変した後もなお B 病院へ向かった時点で A が死亡する現実的危険性が発生し、X もかかる事実を認識しているので、この時点で殺人罪の実行の着手が認められ
30 る。

(3)ア. では、当該不作為と A の死亡との間に因果関係は認められるか。あれなければこれなしの関係が認められないとも思えるため問題となる。

この点、不作為犯の処罰根拠は期待された行為をしない点にある為、期待された行為をなしていれば当該結果の発生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れば
35 条件関係が認められる。

イ. X は、A の容態が急変したものの距離が離れている B 病院に向かっているが、もしその

時点で T 病院に連れていくことを選択していれば、事故から 50 分程で病院に搬送できたのであり、約 75% の確率で救命が可能だった。つまり、T 病院に搬送していれば A の命を救うことが十中八九可能だったのであるから、期待された行為をなしていれば当該結果の発生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いえる。したがって、条件関係が認められる。

3. 故意(38 条 1 項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいう。

X は、すぐに病院に連れていかないと A が死ぬかもしれないことを認識しながら、近くの病院に連れていかなかったのだから未必の故意が認められる。

4. 以上より X の当該行為につき A に対する殺人罪が成立し、X はかかる罪責を負う。

10

Ⅶ. 結論

X は上記行為につき殺人罪(199 条)が成立する。

以上