

I. 事実の概要

5 Aは、Bと結婚して平成27年10月17日にCを出産したが、Bとの結婚生活は破綻し、Cを連れて実家に戻ったが、Aは同年8月頃から働き出した勤務先で、甲と知り合い、同年11月頃から甲と交際を始め、平成28年6月22日頃からA、C、甲の共同生活が始まった。

共同生活を始めて数か月のうちは、Aと甲との円満な関係のもと、Aは甲の親身な協力も得てCの世話をしていた。すなわち、Aの不在時にも、甲はCにミルクを与え、一緒に遊び、風呂に入れ、寝かしつけるなど親身に育児をしており、Cも甲に懐いていた。Cは体格や体調に特に異常なく、順調に発育していた。

ところが、甲は同年11月頃からCを疎んじる態度を示すようになった。Aは、甲がCを邪魔に思っていると感じ甲に嫌われたくない一心から、甲に対し、「Aの面倒は私が全部見るから、もう見なくていいよ」と告げたところ、甲はこれに同意し、Cの育児をすることもなくなった。

15 Aは平成29年4月5日から4日間ほど、出張のためCを残し、甲宅を離れることになった。Aがいない間、甲はCに食事や水分を与えなければ数日でCが死亡するかもしれないと思ったが、育児への意欲を完全に失っていたことからCが死亡してしまっても構わないと考え、Aが同日午前6時に授乳したのを最後に、甲は甲宅にいたのにもかかわらず、Cに対して食事や水分を一切与えなかった。

20 同年4月8日午前5時頃、Cがぐったりして動かなくなったことに気づいた甲は、ふと我に帰り、急いで自動車を運転してCを病院に連れていったが、同日午前8時2分、脱水による多臓器不全によりCは死亡した。

一般的に、乳児に対して授乳や水分補給を一切しなくなった場合、その時点から、約24時間を超えると脱水症状等により生命の危険が発生し、約48時間後までは授乳等を再開すれば快復するものの授乳等を再開しなければ生命の危険が次第に高まり、約48時間を超えると病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能となり、約72時間を超えると病院で適切な治療を受けさせても救命することが不可能になるとされている。

甲の罪責について論ぜよ。

参考判例：さいたま地判平成18年5月10日裁判所HP参照(平17(わ)209号)

30 大阪地判平成18年3月28日裁判所HP参照(平17(わ)6550号)

II. 問題の所在

殺人罪が作為犯であるところ、不作為に実行行為性が認められるか。不真正不作為犯は一般に、不作為と結果発生との因果関係、作為義務、作為可能性が存在することがその成立要件となるも、
35 作為義務の発生根拠に争いがあり問題となる。

Ⅲ. 学説の状況

A 説(主観説)

作為義務という客観的要件に付加して、作為犯における行為者の主観を重視する説¹。

5 B 説(形式的三分説)

作為義務は、法令、契約・事務管理、慣習・条理によって生じるとする説²。

C 説(限定説)

C-1 説(先行行為説)

- 10 作為には原因力はあるが、不作為には原因力はないという存在構造上の差異から出発し、不作為が作為と同価値になるためには、不作為以前に法益侵害に向かう因果の流れを設定したことが必要であるとする説。

C-2 説(具体的依存説)

- 15 事実上の引き受けにより法益の保護ないし侵害が当該不作為者に依存していたという事実関係を根拠として作為義務を認定する説³。

C-3 説(排他的支配領域性説)

- 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ところ、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掌中に収めており、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する説⁴。

C-4 説(結果原因支配説)

- 25 結果惹起の支配という観点から、「結果原因の支配」すなわち「危険源の支配」もしくは「法益脆弱性の支配」が認められれば作為義務が肯定されるという説⁵。

D 説(多元説)

作為義務の発生根拠を多元的に理解する説。

30

¹ 高橋則夫『刑法総論[第2版]』(成文堂,2013年)149頁。

² 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)240頁。

³ 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2016年)133頁。

⁴ 西田典之『刑法総論[第3版]』(弘文堂,2019年)132頁。

⁵ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016年)87頁。

IV. 判例

最決平成 17 年 7 月 4 日刑集第 59 卷 6 号 403 頁 百選 I -6

[事実の概要]

- 5 被告人は、脳内出血等の重篤な患者の親族から患者に対して独自の治療法である「シヤクティ治療」を依頼され、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。

[判旨]

- 10 「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
- 15 た被告人には、不作為による殺人罪が成立」する。

[引用の趣旨]

本間と同様に不作為犯が問題となった事例だから。

V. 学説の検討

20 A 説(主観説)について

作為犯と同じ条文で処罰される不真正不作為犯について特別の主観的要件を要求する根拠はない。また、このような主観的要件で犯罪の成立を限定しようとする場合には客観的要件が蔑ろにされて、かえって処罰拡張の危険が認められ、妥当ではない⁶。

よって検察側は A 説を採用しない。

25

B 説(形式的三分説)について

形式的な根拠があったとしても、直ちにそれが刑法上の作為義務の根拠となるわけではない。例えば、救護義務違反罪(道交法 117 条)それ自体は真正不作為犯であるのに対して、不作為による殺人罪や保護責任者遺棄致死罪という不真正不作為犯の成立が認められるためには、これらの

30 形式的な作為義務発生根拠だけでは不十分であるといわざるを得ない。

よって検察側は B 説を採用しない。

D 説(多元説)について

- 35 たしかに、行為規範が多元的に我々の社会において存在することを考慮すれば、作為義務の発生根拠も多元的に理解されるべきであるとも思える。しかし、不真正不作為犯は刑法典に類型化

⁶ 山口厚『刑法総論[第 3 版]』(有斐閣,2016 年) 87 頁。

されておらず、そもそも曖昧な概念であるため、規範による類型化が必要となるべきところ、処罰範囲を拡大することとなりうる本説は罪刑法定主義に抵触しうる。

よって検察側は D 説を採用しない。

C-1 説(先行行為説)について

- 5 過失行為によって結果発生に危険を発生させた者がこれを放置して結果が発生すると(ひき逃げなど)、故意の不真正不作為犯が発生してしまい、過失犯が広く故意犯に転化してしまうため、刑事政策上問題がある。

よって、検察側は C-1 説を採用しない⁷。

10 C-2 説(具体的依存説)について

法益の依存性を事実的なものに限定するものであるが、事実上の引き受けがなくとも、親子関係ということから依存性が存在することがあり、また、排他性設定の時点で救助意思がない場合や保護関係が一時的な場合などが除かれることになり、不合理が生ずる⁸。

よって、検察側は C-2 説を採用しない。

15

C-3 説(排他的支配領域性説)について

作為犯において、因果経過を最後まで支配することは必要とされておらず、因果経過の排他的支配を作為犯の特徴とすることはできない。したがって、それを不作為犯の成立要件とすることは、作為犯と不作為犯の同価値性を欠き妥当ではない。

- 20 よって、検察側は C-3 説を採用しない⁹。

C-4 説(結果原因支配説)について

不作為犯を成立させるためには作為犯と同視しうることが必要であるところ、作為犯の実行行為者は実行行為の時に被害者を支配しているものの、その因果経過については必ずしも支配をしているとは言えず、作為犯成立の要件とはならない。そうだとすると、不作為犯においては、結果原因の支配が認められるのみで作為と同価値であると言える。

25

よって、検察側は C-4 説を採用する。

VI. 本問の検討

- 30 1. 甲の、C に対して一切食事や水分を与えなかった行為につき不作為による殺人罪(刑法(以下略)199 条)が成立しないか。

2. まず、甲は「人」たる C に一切食事や水分を与えないという行為を行っている。

実行行為とは、客観的構成要件的結果発生の現実的危険性を有する行為をいうところ、甲は「殺す」という作為を行っているわけでは無く、実行行為性が認められるのかが、問題となる。

⁷ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』86 頁-87 頁。

⁸ 高橋則夫『刑法総論[第 2 版]』(成文堂,2013 年)150 頁。

⁹ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013 年)89 頁。

この点につき、殺人罪は不真正不作為犯であって、どのような不作為が同条により処罰されるのが条文上、明らかではない。そもそも不作為を処罰するということは、刑罰で一定の作為を強制することに他ならず、その間は他のことができなくなるという点で不作為犯は作為犯に比べて自由が制約される度合いが大きいと言える。

5 よって、不作為犯の成立範囲は限定的に解されるべきである。

そこでそのような不作為に作為犯と同様の実行行為性が認められるかが問題となる。

この点につき、i 作為義務、ii 作為可能性・容易性、の2点が満たされる必要がある。

(1) 作為義務

上述の通り、検察側は C-4 説を採用する。

10 本件において、甲は A が居ない間、C の実質的保証人的地位にあり、C の健康を害する原因を除去する立場にあったといえる。また、子は自らの法益が侵害される危険に対して十分に対処できず、その意味で脆弱性を抱えている。C は当時 2 歳であり、自立的に食事や水分を得る手段を持たず、C の安全等は甲に依存していたといえるため脆弱性の支配があったといえる。よって、甲に作為義務が認められる。

15 (2) 作為可能性・容易性

作為可能性とは、義務づけられた作為に出ることが物理的または心理的に可能であることを意味し、容易性とは、それが容易であることを意味する。

20 本件において、甲は A と C との共同生活を始めた当初には、A の不在時に C にミルクを与えたり、風呂に入れ寝かしつけたり等、親身になって育児をしていたという経験がある。そのため育児に関して特段不慣れということは無いはずであり、行為当時も、C になにかしらの食事や水分を与えることは当然可能であったと言える。さらにそれは、容易いものであったと言える。

結果として C は死亡している。

3. 次に甲の行為と結果との間に因果関係が認められるか。

25 この点につき、不作為犯においても因果関係判断は条件関係の存在を前提として不作為に含まれた危険性が結果へと現実化したと言えるかを検討する。

不作為における条件関係は、「期待された行為が行われていれば、その結果が生じなかったであろう」という形で判断する。不作為犯における条件関係は仮定的なものなので、結果回避可能性の程度が問題となる。この点、単なる可能性ではなく、高度の蓋然性をもって結果が回避されたとと言える場合に条件関係が認められる。

30 本件において、期待された行為とは、C に対して食事や水分を与える行為である。そして、一般的に乳児に対して授乳や水分補給を一切しなくなった場合、その時点から、約 24 時間を超えると脱水症状等により生命の危険が発生し、約 48 時間後までは授乳等を再開すれば快復するとされている。そのため、最後に A が C に授乳をした 4 月 5 日午前 6 時から 7 日午前 6 時までの間に
35 なにかしらの食事や水分を与えていれば、C の身体に危険が及ぶことは無く、結果的に脱水による多臓器不全を引き起こすこともなかったと考えられる。

よって、甲の行為と C の死亡との間に因果関係が認められる。

4. 故意とは、客観的構成要件的结果発生についての認識・認容を指すところ、本件において甲

は、Cがそのまま死んでしまっても構わないと考えており、未必の故意が認められる。

5. 甲の、慌ててCを病院に連れていった行為につき、中止犯(43条ただし書き)が成立しないか。
本件において、結果的にCの死亡という結果が発生しているため、中止犯は成立しない。

5 VII. 結論

甲は殺人罪(199条)の罪責を負う。

以上