

I. 事実の概要

- 5 (1) 被告人甲は、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」)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。
- (2) Aは、甲の信奉者であったが、脳内出血で倒れて病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。そこで、Aの親族であるBは、甲に対して、後遺症を残さずAを回復させるため、甲に治療を依頼した。
- 10 (3) 甲は、脳内治療等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、主治医の警告や、主治医の許可を得てからAを甲の下に運ぼうとする意図を知りながら、「点滴治療は危険である。明日中にAを連れてくるように」などとBに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。なお、BはAを病院から甲の滞在するホテルまで運び出した後、Aが心配であったことから、上記ホテルの甲の滞在するホテル室内にて治療を見届けることとした。
- 15 (4) 甲は、上記ホテルまで運び込まれた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、シャクティ治療を施したとしてもかなり高いであろうことを意識したが、上記(3)の指示の誤りが露呈するの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、痰の除去や水分の点滴等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。なお、甲がAに対して期待された作為に出ていれば、十中八九Aを救命可能であったとする。
- 20
- 25 甲の罪責を論ぜよ。

参考判例：最判平成17年7月4日刑集59巻6号403頁

II. 問題の所在

- 30 甲は、故意犯が原則処罰されるのに対し、過失犯は原則処罰されず、される場合でもその法定刑が軽いことから、故意と過失の区別は重要である。したがって、未必の故意と過失(厳密には、認識のある過失)をどのように区別するかが問題となる。

Ⅲ. 学説の状況

1. 作為義務(保障人的義務)

α 説(形式的三分説)

法令、契約・事務管理、慣習・条理・先行行為といった根拠によって作為義務を認定する説¹。

5

β 説(限定説)

β-1 説(先行行為説)

不作為には原因力がなく、作為には原因力があることから、このギャップを乗り越えるために、不作為者が原因を設定したこと(先行行為)が作為義務を肯定するための要素として必要とする説²。

10

β-2 説(具体的依存性説)

結果発生を阻害する条件となる行為(法益維持行為)を開始し、そのような法益維持行為を反復・継続しており、かつ、それに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とする説³。

15

β-3 説(排他的支配領域性説)

すでに発生している因果の流れを自己の掌中に収める意思に基づく排他的支配の獲得を必要とし、意思に基づかないで排他的支配を得た場合には、「排他領域性」に加えて、「意思に基づく」といえるかにつき、これを代替・補充するために社会継続的な保護関係が認められる場合に作為義務を肯定する説⁴。

20

γ 説(多元説)

保証義務の発生根拠を多元的に理解し、これらをもとに、具体的事例において刑法上の作為義務が基礎づけられるかどうかを総合的に判断する説⁵。

25

2. 構成要件の故意

ア 説(蓋然性説)

単に結果が可能であると思っただけに過ぎない場合を過失、結果発生蓋然性を認識した場合が未必の故意とする説⁶。

30

イ 説(動機説)

未必の故意と認識ある過失の区別を、認識的要素ではなく、意思的要素に求める見解⁷。

¹ 齋藤信幸『刑法講義〔総論〕』(成文堂,2007) 112 頁。

² 日高義博『不真正不作為犯の理論』(刑事法叢書,1979) 154 頁。

³ 堀内捷三『不作為犯論:作為義務論の再構成』(青森書院新社,1978) 249 頁。

⁴ 西田典之『刑法総論[第3版]』(弘文堂,2019) 132 頁。

⁵ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018) 157 頁。

⁶ 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』(東京大学出版会,2024)159 頁。

⁷ 大谷實『刑法講義総論』(成文堂,2012) 158 頁。行為者は認識を否定しないでそれを自己の行為への動機付けをしたかどうかを未必の故意と認識ある過失の区別の基準とする説である。

ウ説(認容説)

行為者が犯罪の実現について認容しているときは、故意を認めるべきであるとする説⁸。認容説によれば、犯罪的結果の発生自体は確実でないが、発生するかもしれないことを認識・予見しつつ、それが発生するならば発生してもかまわないと認容している場合に未必の故意が認められる。

IV. 判例

最判昭和 33 年 9 月 9 日刑集 12 卷 13 号 2882 頁

[事実の概要]

- 10 会社の営業所で残業していた被告人は、仮眠中、自分が机の下に放置していた火鉢から書類や机に火が燃え移ったことを認識したにも関わらず、不慮の失火を目撃した驚きと自己の失策が発覚するのを恐れて、そのまま立ち去った。その結果、営業所建物が全焼した。なお、被告人が出火を認識した際に消火に及んだ場合、容易に火を消し止めることができた。

[判旨]

- 15 事件発生当時の状況から、被告人に自身が過失により引き起こした火を消火する義務があると認定したうえで、「被告人はふと右仮睡から醒め右事務室に入り来って右炭火からボール箱入原符に引火し木机に延焼しているのを発見したところ、その際被告人が自ら消火に当りあるいは判示宿直員 3 名を呼び起こしその協力をえるなら火勢、消火設備の関係から容易に消火しうる状態であったのに、そのまま放置すれば火勢は拡大して判示営業所建物に延焼しこれを焼燬するに至るべきことを認識しながら自己の失策の発覚のおそれなどのため、あるいは右建物が焼燬すべきことを認容しつつそのまま同営業所玄関より表に出で何等建物への延焼防止処置をなさず同所を立ち去った結果、右発燃火は燃え広がって右宿直員らの現在する営業所建物一棟ほか現住家屋六棟等を焼燬した、というのである。すなわち、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ってあえて被告人の義務である必要かつ
- 20 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、よってこれを焼燬したものであるということが出来る。よって、被告人が消火をしなかったという不作為に現住建築物等放火罪(刑法 108 条)が成立する」と判示した。
- 25

[引用の趣旨]

- 30 本判決は、不作為による放火の事例に関して、「既発の火力を利用する意思」が欠けている場合であっても、建物の焼損を認容する意思が認められれば、不作為による放火罪の成立を認めたという点で意義がある。

検察側は、構成要件の故意に関して認容説を採用するところ、本判決は建物の焼損の認容で構成要件の故意が認められる点で検察側の見解と親和性があるため、引用した。

⁸ 大塚仁『刑法概説(総論)[第 4 版]』(有斐閣,2008) 183 頁。

V. 学説の検討

1. 作為義務(保障人的義務)

α 説(形式的三分説)

- 5 民法上、契約上、事務管理上の作為義務違反はそれぞれ民法上、契約上、事務管理上の効果を有するのであって、それがそのまま刑法上の作為義務を基礎づけるものではない。また不真正不作為犯の作為義務は法的義務であって、慣習条理から導かれるようなものではない⁹。

よって、検察側は α 説を採用しない。

γ 説(多元説)

- 10 たしかに、我々の社会において行為規範が多元的に存在することに鑑みれば、作為義務の発生根拠も多元的に理解されるべきであるようにも考えられる。しかしながら、不真正不作為犯は刑法典上に明記されていないため、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 γ 説を採用しない。

15

β 説(限定説)

β-1 説(先行行為説)

- 20 この見解によると、故意または過失に基づく先行行為がある場合に保障人的地位を肯定することになるが、このことは、例えば単純なひき逃げの犯人にも故意が生じ、殺人罪が成立するというように、事後の故意によって過失犯を故意犯に「格上げ」するものであり適切でない¹⁰。

よって、検察側は β-1 説を採用しない。

β-2 説(具体的依存性説)

- 25 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事の妥当性に疑問が残るといえる。たとえば、交通事故被害者の不救助事例で、保証人的地位が認められるのは、それが救助の意思でなされた場合に限られ、遺棄の意図の場合には除外されることになる。しかし、このように区別して異なった扱いとする実質的理由はない¹¹。

よって、検察側は β-2 説を採用しない。

β-3 説(排他的支配領域性説)

- 30 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ことから、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る必要がある。すなわち、意思に基づく排他的支配の獲得である。もっとも、意思によらずに排他的支配を獲得する場合もあり得るが、この場合には「意思に基づく」の部分について、社会的継続的な保護関係等の規範要素を考慮することで代替・補充することができる¹²。

よって、検察側は β-3 説を採用する。

⁹ 浅田和茂『刑法総論[補正版]』(成文堂,2007)156 頁。

¹⁰ 松原芳博『刑法総論[第3版]』(日本評論社,2022) 101 頁。

¹¹ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016) 89 頁。

¹² 西田・前掲 132 頁。

2. 構成要件の故意

ア説(蓋然性説)

故意は、行為者が犯罪事実を認識し、その内容を実現する意思であることを本質としている。それにもかかわらず、この意思的要素を無視している点で蓋然性説は故意の本質を見誤っているといえる。また、故意と過失の区別は重要であるため、明確なものであることが求められているが、可能性と蓋然性の区別は極めて漠然としているため、基準として妥当でない。

よって、検察側はα説を採用しない。

イ説(動機説)

動機説は、「結果が発生するかもしれないと認識した場合、これを行為を思い止まる動機としなければなら」¹³ないとするものである。結局前提となる結果発生 of 認識の程度が依然として問題となっている。

よって、検察側はβ説を採用しない。

ウ説(認容説)

故意の認容説は、意思説を修正する説である。意思説は、犯罪事実の認識・認容に加えて犯罪実現の意欲・意思を必要とする説である。犯罪事実の認識・認容という内心の知的要素とともにこれをあえて行おうとする情緒的・意思要素も必要とされる一方で、犯罪実現の意欲・意思まで求めれば、故意の成立範囲が不当に狭まるおそれがある。よって、意思説を修正した、犯罪結果の発生の可能性の認識に加え、犯罪結果が発生するならば発生してもかまわないという認容があれば、故意を認めると解すべきである¹⁴。

よって、検察側はγ説を採用する。

VI. 本問の検討

1. 甲が、A に生命維持のために必要な医療措置を受けさせないまま約 1 日放置した行為につき、殺人罪(刑法 199 条)が成立しないか。
2. (1) 甲の A を放置した行為は不作为であるところ、かかる不作为によって「人を殺した」と言えるか、すなわち殺人の実行行為と認められるかが問題となる。
(2) 実行行為とは、構成要件の結果発生の現実的危険を有する行為を指すところ、かかる危険は不作为によっても作出可能であるため、法益保護の要請から、不作为にも実行行為性は認め得る。もっとも、あらゆる不作为に実行行為性を認めれば、処罰範囲が不当に広がり刑法の有する自由保障機能を害する恐れがある。そのため、不作为が作為による実行行為と同価値性を有すると認められる場合、すなわち、①作為義務および②作為可能性・容易性が認められる場合に限り、作為義務に違反した不作为に実行行為性を認め得る。そして、作為義務の認定について、検察側はβ-3説を採用する。すなわち、意思に基づく排他的支配の獲得又は、身分関係・社会的地位に基づく継続的保護管理義務を負う者の意思によらない排他的支配の取得が認められる場合に、作為義務の存在が肯定される。

¹³ 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015) 332 頁。

¹⁴ 大塚・前掲 182 頁・185 頁。

(3) ア 本件において甲は、自ら B に指示して A を入院中の病院から運び出させている。甲の滞在するホテルの部屋は、甲の許可が無ければ第三者が立ち入ることはできず、また甲は、A の息子で自己の信奉者である B から全面的にシャクティ治療を委ねられたのであるから、甲の不作为の時、A の生命維持に必要な措置を受けさせることができたのは甲のみであったと言える。このことから、甲は自らの意思により他者を排して A の生命維持を支配したと言える。そのため、甲には A の生命維持に必要な医療措置を受けさせるべき義務があったと認められる。

イ そして、甲は主治医の警告や、A に点滴治療が必要であることを認識していたため、A を再び病院に連れていき点滴治療を受けさせることも可能であったと言える。またこのような治療を再び A に受けさせることは、電話一本で救急車を呼べば直ちに A を病院に運び込むことができ、容易であった。そうであるにもかかわらず、甲は A に医療措置を受けさせること無く放置しており、作為義務違反が認められる。

ウ したがって、甲の不作为は殺人の実行行為と認められる。

3. そして、A は痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡している。

4. (1) 不作为と結果の因果関係について、期待された作為がなされていたならば、合理的疑いの程度を超えて確実に結果が回避できたという仮定的結果回避可能性を条件関係として、不作为の有する危険が結果へと現実化したかを判断する。

(2) 本件において、甲が期待された作為すなわち、A を再び病院に連れていき生命維持に必要な措置を受けさせていれば、A の生存は十中八九可能であったことから、A の死亡という結果の回避は合理的疑いの程度を超えて確実に可能であったと言え、甲の不作为と A の死亡結果に条件関係が認められる。

(3) A の死因は痰による気道閉塞に基づく窒息死であるところ、意識障害のため痰の除去や点滴治療を要する状態にある A を、院外へ運び出し生命維持のために必要な措置を受けさせること無く放置する行為には、かかる死亡結果を発生させる危険が内在していたと言え、A の窒息死はその危険が現実化したものと評価できる。

(4) よって、因果関係も認められる。

5. (1) 構成要件的故意(刑法 38 条 1 項本文)について、検察側は Y 説を採用する。すなわち、客観的構成要件該当事実の認識、認容があれば故意は認められる。

(2) 甲は、A の容態を見て、必要な医療措置を受けさせずそのまま放置すれば死んでしまう危険性を認識した上で、自己の指示の誤りが露呈することを避けるため、上記不作为に及んでいる。そのため、A の死を認容していたものと認められ、故意も認められる。

6. 以上より、甲には殺人罪(刑法 199 条)が成立する。

VII. 結論

甲が、A に生命維持のために必要な医療措置を受けさせないまま約 1 日放置した行為につき、不真正不作为犯としての殺人罪(刑法 199 条)が成立し、甲はその罪責を負う。

以上