

## 2019年度同志社大学大学院司法研究科

### 後期日程入学試験問題解説

#### 刑法

#### 第1 解説

本問は、主として刑法総論の論点に係る問題を出題した。構成要件該当性では、行為時に存在した被害者の死因となりうる病状につき認識のない者による暴行（第1行為）が被害者の死因を形成する場合における死亡との間の因果関係の存否、第1行為後、被害者の病状を認識しつつ放置した行為（第2行為）の介在事情の影響、不作為犯における作為義務の検討が必要である。違法性では、量的過剰防衛の処理、一体的判断か分断的判断かが問われる。

#### 2 罪責の検討

(1) **犯罪を構成し得る事実** 甲は、午後7時30分頃帰宅すると、配偶者の乙が乙の実父Aに刺身包丁で「お前なんか死んでしまえ。」と叫び、乙に襲い掛かろうとしたので、乙の生命を防衛するため、Aを取り押さえ、Aの胸部を手拳で2回強打（第1行為）したところ、Aは同包丁を床に落とし、自らも床に崩れ落ち苦しみ始めた。これを見た乙がAには心筋梗塞でバイパス手術の既往歴があることを甲に明かし、このまま放置すれば死亡のおそれがあるので、反撃を止めるように告げた。甲はこの時点で初めてAに心臓疾患があることを知ったが、午後7時40分頃の時点で救急搬送しておれば、ほぼ確実に救命できたとの認定事実がある。しかし、甲は、Aの救命措置をとるところか、乙が実の娘であることも認識できない実父に殺されかけたこと、そのうち本当に乙はAに殺されるであろうこと、Aの介護を止めたがっていること、Aを放置して（第2行為）死亡させても、心筋梗塞で死亡したとみられるのでAを死亡させ、乙はAの呪縛から免れるべきだと強調し、Aの救命措置をとらず放置する態度をとった。これに対し、乙は、たとえAに殺されかけても、大切な父親であるので、絶対死亡させてはならないと主張し、救急搬送を求めた。こうした押し問答の間にAの容体が急変し、ようやく午前8時頃乙が発見した携帯電話で救急車を呼び、午前8時20分頃にAは病院へ搬送され午前8時45分頃に手当てを受けたが、甲の胸部強打による衝撃で心不全を起こし死亡した。

#### (2) 甲の罪責について

㊦ **構成要件該当性段階** 甲は、Aに対する第1行為の暴行はAの乙に対する殺害行為から乙の生命を守るための防衛行為であるが、まず、構成要件該当性から判断すると、甲から第1行為を受け、甲の認識外の既存の心臓疾患に起因して床に崩れ落ちたAが攻撃を止めた後、第2行為はAを放置することにより死の結果を発生させることを容認している点で不作為による殺人罪の成否が問われる。最初に問題にすべきは、甲の暴行と最終結果であるAの死亡との因果関係の存否である。折衷的相当因果関係説では判断基底が一般人の認識可能事情と行為者の特別の認識事情に限定されるので、Aに心臓疾患が存在した事情につき甲は認識がなかったから判断基底から外れる結果、第1行為の暴行では通常死の結

果を発生させないから因果関係は否定される。これに対し客観的相当因果関係説や判例の危険の現実化説によると行為時の純客観的事実が判断基底に入るため、心臓疾患のある者の胸部への強打行為とA死亡との間の因果関係が肯定される。折衷説では第1行為は暴行罪に当たるが、客観説ないし現実化説では心臓疾患のある者の胸部への強打行為は法益侵害の危険性が認められるため傷害致死罪を構成する。

次に、第2行為は、甲はAに心臓疾患のあることを乙から聞かされ、救命措置をとらずこのまま放置すればAが死亡するであろうことを是認したうえで、救命措置をとるべきであるという乙の主張にも耳を貸さなかった点で不作为による殺人罪の成否の検討が必要である。不真正不作为犯の作為義務違反の存否についてみると、不真正不作为犯の成立要件は、作為による実行行為と同視できるだけの不作为による実行行為が認められる必要がある（作為犯との同価値性）。不作为の実行行為を認めるための基準について様々な見解が主張されているが、たとえば以下のような見解が有力である。大前提として、①結果回避可能性があることが必要である。結果発生を防止しようと思えばできた場合でなければ、規範は、行為者に結果を回避せよと命じることができないからである。これ以外の要件として、②作為可能性と、③作為容易性、④作為義務が認められる必要があるとする見解が多い。④の内容として、法令、契約、先行行為、引き受け、排他的支配を挙げる見解が多い。これらの要件を本問にあてはめると、Aが苦しみ出した午前7時40分に救急搬送しておればほぼ確実に救命できた点で結果回避可能性がある。救急車を呼び病院での受診は容易であるから作為可能性と作為容易性もある。第1行為を加えた先行行為があり、乙が反対するも押し問答が続き甲の態度を変えさせるまでに至っていないからAに対する排他的支配も認められよう。以上から、甲には第2行為につき不作为による殺人罪の構成要件に該当する。

**④違法性段階** 甲がAに加えた第1行為は、Aに刺身包丁で乙が刺し殺されるのを防衛するためであるから、刑法36条1項の正当防衛の要件である、「急迫不正の侵害」に対して「自己または他人の権利」を防衛するため（緊急救助）であること、防衛意思の存在、及び防衛行為の相当性を満たしているため、正当防衛が成立するのは明らかであろう。第1行為の終了後、Aが攻撃を止めたのは甲の胸部殴打による心臓疾患に起因する苦痛のためであるが、これにより急迫不正の侵害は終了していること、この時点で甲は救命措置をとらなければ死亡するおそれがあること認識しつつ、結果回避可能性があったにもかかわらず、Aの死亡を容認して敢えてこれを放置した。それゆえ、時間的・場所的には連続していても、甲は、防衛意思の継続性はなく、第2行為はもっぱら攻撃意思に基づく不作为による殺人行為である。第1行為と第2行為と一体的評価か分断的评价かの問題については、明らかに分断的评价が妥当するであろう。なお、仮に第1行為によりAがその直後に死亡したような場合であれば正当防衛が成立することになるのに、本問事案のように、攻撃相手が心臓疾患のゆえに重篤な状態に陥っており、このまま放置すると死の結果に至る危険性を認識・認容しつつこれを放置すると第2行為は不作为による殺人罪を構成するという帰結は腑に落ちないかもしれない。しかし、急迫不正の侵害の継続性が終了し攻撃も終了して、反撃者に防衛

意思の継続性がない限り、正当防衛の検討はそこで終わるのである。

したがって、甲には不作為による殺人罪（刑 199 条）が成立する。

### (3) 乙の罪責について

Aに刺身包丁で刺殺されそうになった乙は、助けを求め甲の第1行為により防衛された。第1行為については、乙がAの心臓疾患を知っていた事実は、乙の生命への急迫不正の侵害にたいする反撃行為としての正当防衛の遂行を妨げる要因にはならない。

問題は、第2行為である。乙は、第1行為後、甲に対して、Aの心臓疾患の事実を伝え、救命措置をとるべく救急車を呼ぶように依頼し、かつAの死を容認する甲に対して大切な父親だから絶対死なせてはいけないと主張するなど押し問答の末、午前8時頃ようやく救急車を呼んでいるが、対応が遅れ、Aは救急病棟に搬送され受診したものの死亡している。甲との共謀の事実はなく、加担もしていない。

では、乙は何ら帰責されないのか。乙は、実父を介護するため引き取り同居しているので保護責任者に当たる。適用が考えられる条文としては、殺意が認められないから、不保護致死罪（刑 219 条）の成否が問われる。乙は、甲の第1暴行に起因するAの心臓疾患の悪化により死亡のおそれがある状態を放置する不作為により甲に殺害されるのを防止する作為義務を負っている。不保護とは、要扶助者の生存に必要な保護をしないことをいい、客観的にはそのまま放置すれば要扶助者の生命に危険の及ぶこと、主観的にはそのような危険性の存在を認識していたことが必要である。

乙は、たしかにAに自己の携帯電話を破壊されたり、固定電話の配線も切られたりしたため救急車を呼ぶのが困難とはいえ、近所の住人に救助を求めることを考えたものの、実行には移していない。乙は、Aに生命の危険が及んでいる事実並びにその認識があり、第1行為後にAを救急搬送しておればほぼ確実に生命を救えた。さらに排他的支配も認められよう。したがって、乙には不保護致死罪（219 条）が成立する。

### (4) 結論

甲には殺人罪が成立し、乙には不保護致死罪が成立する。

### 評価のポイント

刑法解釈論の基本的論点を問題文の具体的事実の中から見付け、当該論点に係る解釈及び事実へのあてはめが正確にできるか、第1行為と第2行為がある場合に第2行為が不作為の場合もあり得ることへの対応など、学部で刑法総論・刑法各論の学習をしっかりと身に付けているかを試している。