

一、反対尋問

、学説の状況

2 (1) 保障人的地位をどのように考えているか。

慣習・条理をどのように考えているか。

、なぜこの判例を引用したのか。

、学説の検討 (2) 倫理的考慮とはどういったものか。

(3) イ、法益に対する密着性に注目するとはどういうことか。

ウ、因果経過を具体的・現実的に支配していた場合とはどのような場合か。

二、立論

学説の検討

不真正不作為犯の肯否について

この点については、類推解釈に当たらないという点については検察側に同意する。

不真正不作為犯の成立要件について

この点について、検察側は作為義務・作為可能性・作為との同価値性にその成立の根拠を求めている。また、作為義務に関しては、その発生根拠を法令の規定、契約・事務管理、慣習・条理に求めるとともに、その付加的根拠として作為義務の成立要件について一元的な基準を定め、不作為者が結果へと向かう因果経過を具体的・現実的に支配していた場合に作為義務を肯定する（排他的支配説）としている。

しかし、そもそも作為義務の発生根拠を慣習・条理に求めることには一定の基準が無く明確性を欠き、刑法の自由保障機能に反する。そこで、その発生根拠は法令の規定、契約・事務管理のみに限るべきである。

また仮に認められたとしても、一元的な基準として不作為者が結果へと向かう因果経過を具体的・現実的に支配していたことを求めるといのは、具体的な基準が明確でなく、処罰範囲を確定的にして自由保障機能を図るとい刑法の目的に反し妥当でない。

したがって処罰範囲を明確にするため、法益保護が不作為者に依存するとき、すなわち引き受け行為がある場合に作為義務を肯定する事実上の引き受け説により判断すべきであると解する。としても、そもそも不作為犯の処罰範囲の不当な拡大は作為との構成要件的同価値性において制限することで足ると解するため、その段階で判断する。

本問の検討

1、まず甲について、傷害罪（204条）の成否について検討する。

(1) 本問では甲はAが小便を漏らしたことに對して立腹し、木刀での数回にわたる殴打により重傷を負わせているため傷害罪が成立する。そして、その結果Aを死亡させるに至っているため傷害致死罪が成立する。

したがって甲について傷害致死罪（205条）が成立する。

2、次に殺人罪（199条）の成否について検討する。

(1) そもそも甲には法令の規定や契約・事務管理に基づく作為義務が認められないため、殺人罪は成立せず不可罰となる。

(2) 仮に作為義務が認められたとしても、作為との構成要件的同価値性につき、化膿止め等の錠剤を投与したことは気休めに過ぎず事実上の引き受けに該当するとは考えにくい。したがって、生命に対する危険の発生という保護責任者遺棄致死罪（219条）の実行行為性を認めるのが限度であり、保護責任者遺棄致死罪（219条）が成立する程度にとどまるものと解する。

(3) さらに、仮に作為義務が認められ、かつ作為との構成要件同価値性が認められた場合でも、Aが十中八九助かる見込みがあったとしても、合義務的な行為があればAの死という結果の発生はなかったといえるほど確実なものではなく、「あれあればこれなし」という不作為の因果関係は認められない。したがって殺人未遂罪（199条・203条）が成立する。

3、以上より、甲にはAに対する傷害致死罪（205条）が成立する。

以上