

一．反対尋問

- (1) . 学説の検討 2 について、A 説が先行行為に基づく条理上の作為義務を認めるのならば、A 説と B 説との違いは何か。
- (2) . 本問の検討(3)について、不真正不作為犯の故意の内容についてどのように考えるか。

二．立論

．学説の検討

(1) 不真正不作為犯における作為義務の発生根拠について

ア この点、検察側は A 説（形式的三分説）を採用する。しかし、A 説にいう「条理」とは包括的で曖昧なものであり、これによって作為義務を基礎付ける事は刑罰法規の明確性の観点からして疑問である。また、先行行為に基づく「条理」上の作為義務の発生を認めるならば、過失により車ではねた者が救助などの作為をしなかった場合(*)に、行為者に結果の認容があれば故意の不真正不作為犯が成立する。すなわち、過失犯が広く事後の故意に基づく故意犯に転換されてしまう¹。先行行為と事後の故意とをあわせ故意犯とするに等しく、行為と責任の同時存在の原則に実質的に反する²。よって、「条理」は根拠とすべきでない。

イ 思うに、「条理」など法令による義務付けのない基準でもって、明確かつ妥当な作為義務の限界付けを行う事は容易でなく、判断基準の明確化が必要となる。そして、作為義務は法的な義務である以上、なんらかの形で義務の根拠が法令上明示されていることに積極的意義を認めうる。また、契約や事務管理も民法に規定されているという点では広い意味での「法令」に含めても良いと解する。したがって、先行行為を含む「条理」や排他性といった事実的な事情は作為義務の根拠とせず、「法規範」を統一的根拠とすべきである³。A 説は不十分であるというのが今日の定説的理解であるが、弁護側はこの立場を見直すものである。

ウ なお、他の法領域における義務が反対解釈によって刑法上の義務を否定する趣旨であるとき、作為義務を否定する。例えば、殺人罪の成立は単なるひき逃げについては認められず、引き受けが事務管理となる程度でのみ肯定できる。なぜなら、救護義務違反の罪(道交法 72 条 1 項前段)の罰則は 5 年以下の懲役、50 万円以下の罰金(117 条)という重いものであり、救護しなかったことによって死傷結果が発生した場合を含む趣旨であるからである。弁護側は*の事例で妥当な解決を導ける。

(2) 不真正不作為犯における故意の内容について

A 説 未必の故意であっても不真正不作為犯論において故意を認定する⁴

B 説 不真正不作為犯論における故意認定に際しては、確定的故意の存在を要求し、未必の故意犯を排除する⁵

作為は未必の故意であっても、結果発生を認容した上で敢えて危険な実行行為に出る意思は十分に犯罪を構成するものと評価できる。しかし、未必の故意に基づく不作為は結果発生 of 積極的意欲を伴わない消極的肯定があるにとどまり、作為における結果発生へと向けられた活動もないため、犯罪意思力の点で未必の故意による作為の場合と同列に扱えない。よって、B 説が妥当である。

．本問の検討

(1) 作為義務について

被害者 A は小児麻痺の身体障害者であり、歩行には介助が必要であった。このことから、被告人 X が A を山中へと連れ出し移動を介助した行為は人の生活に必要な一切の仕事にあたり、X は「他人のために事務の管理」をしたといえ、民法 697 条(事務管理)が適用されるようにも思える。

しかし、697 条が「他人のために」する意思を要求するところ、X は A の所持金を奪おうとする意思で自動車に乗せ移動を手伝った。そのため、X の当該行為は「他人のために」なされたものとはいえず、事務管理は成立しない。したがって、X は何らの法規範に基づく作為義務をも有しない。よって、X には作為義務がなく、殺人罪の実行行為は認められない。

(2) 故意の内容について

X は A の凍死や溺死を予期してはいたが、それはひったくりの発覚を恐れる心によって生じた「死亡してもやむを得ない」という程度の未必の故意に過ぎず、殺人罪の成立を肯定する程の確定的故意は認められない。よって X に殺人罪(199 条)は成立しない。

．結論 X には殺人罪(199 条)は成立せず、窃盗罪(235 条)が成立するととどまる。 以上

¹ 今井猛嘉「第 3 章不作為犯」ケース&プロブレム刑法総論(2004)弘文堂 68 頁
² 高山佳奈子「第 2 講不真正不作為犯」クローズアップ刑法(2004)成文堂 64 頁
³ 高山佳奈子「第 2 講不真正不作為犯」クローズアップ刑法(2004)成文堂 67,68,71,72 頁
⁴ 大谷實『刑法講義総論〔新版第 2 版〕』(2007)成文堂 155 頁
⁵ 神山敏雄「不真正不作為犯論の批判的考察(三)」沖大論叢第六巻二号(1966)沖縄大学 54 頁