

I. 反対尋問

1. 検察側はどのような構成で不真正不作為犯を認めるのか。
2. 検察側は先行行為説に対する批判として、「過去の先行行為によって存在構造上の溝を埋めることはできない」としているが、その理由は何か。
3. 検察側の採用する結果原因支配説(C-5説)は具体的にどのような場合に作為義務を認めるのか。
4. 学説の検討において、母親が授乳しなかった事例を出しているが、この事例における作為と不作為を区別する基準となる行為は何か。またその根拠は何か。
5. 検察側は不保護致死罪の存在意義をどのように考えているのか。
6. ひき逃げ犯より一度助けようとした者がより重い罪に問われることについてどのように考えるのか。

II. 学説の検討

1. 不真正不作為犯を肯定することが罪刑法定主義に反するかについて

¹検察側の採用する不真正不作為犯肯定説(乙説)は作為を予定している罰則を不作為に適用する点で、条文の意味を超えた解釈である。また、「作為義務」は明文化されておらず、検察側の採用する見解は、明確性の要請に反する疑いがある。

したがって、弁護側は不真正不作為犯否定説(甲説)を採用する。

また、検察側の採用する C-5 説は、作為義務の発生根拠を「結果原因の支配」たる明文なきものに求める点で、法律主義の要請に反する。

2. 保障人的地位の発生根拠について

検察側は C-5 説に立つが、単に法益の脆弱性を支配しているにすぎない場合には、作為と不作為の存在構造上の溝を埋めることはできないから、C-5 説は作為と不作為の存在構造の差異を無視したものであり、妥当でない。

²思うに、作為は因果の流れを惹起しそれを結果発生に向かって支配しうるが、不作為は単に因果の流れを利用できるにすぎず、両者には構造上の差異が存する。したがって、不作為を作為と同じ条文で処罰するには、この存在構造上の溝を埋めることが不可欠である。さらに考察するに、不真正不作為犯の構造においては、①起因(法益侵害についての直接の原因)②起因による被害者③起因による因果の流れを利用する不作為者との三面構造が存在する。作為者は原因力を有するため、起因主体になれるが、不作為者は原因力を有さず、起因主体にならない。このことこそが両者の存在構造上の溝であり、それを埋めるためには、不作為に原因力が存在すること、つまり不作為者が自ら原因を設定し、①の起因主体となることが必要である。それゆえ、不真正不作為犯は不作為者が故意・過失により、不作為をなす以前に法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定している場合にのみ成立しうるとする C-1 説が妥当である。

検察側は「過去の先行行為によって存在構造上の溝を埋めることはできない」と主張する。しかし、不作為以前の「不作為者の原因設定」こそが不作為を①の起因たらしめるのであり、過去の先行行為な

¹ 松宮孝明『刑法総論講義[第四版]』成文堂[2009]85頁以下

² 日高義博『不真正不作為犯の理論』慶應通信[1979]153頁以下

しに存在構造上の溝を埋めることは不可能といえるのである。

また、検察側は C-1 説では、過失犯が広く故意犯に転化してしまうことを問題にする。しかし、これには論理の飛躍がある。というのは、作為義務が発生しても、それすなわち不真正不作為犯の成立ではないからである。例えば、轢き逃げ事例では、運転手は被害者を保護する作為義務を負うであろうが、その場合の運転手の故意の義務違反が、道交法の救護義務違反、保護責任者遺棄罪あるいは殺人罪の不真正不作為犯のいずれの構成要件に該当するかは一概には判定できない。このことから分かる通り、不真正不作為犯においては、作為義務違反がいずれの構成要件に該当するかは作為義務だけでは区別しえず、さらに進んで不作為が「構成要件的に同価値か」を判断しなければならない。なぜなら、当該不作為が構成要件と同価値でなければ、その行為はその構成要件の実行行為とは評価できないからである。

つまり、C-1 説に立ち、先行行為によって作為義務を認めたとしても、当該不作為が殺人罪等の構成要件と同価値でないと判断される状況ならば、不真正不作為犯は成立しない。それゆえ、仮に殺人罪等の構成要件と同価値といえるならば、それを故意の不真正不作為犯とすることはむしろ妥当であるし、同価値性が否定される状況ならば、不真正不作為犯は成立しないから、過失犯が広く故意犯に転化するという批判は妥当しない。

以上より、検察側が主張する C-1 説に対する批判はいずれも理由がなく、やはり C-1 説を採用すべきである。

Ⅲ. 本問の検討

1. まず、弁護側としては不真正不作為犯否定説に立つことから、X に不作為の殺人罪は成立しえない。
2. また、仮に不真正不作為犯を肯定するとしても、作為義務について弁護側は C-1 説に立つ。A の意識不明という法益侵害は X ではなく B の過失行為によって引き起こされている。X は A を引き受けているが、そのことが因果の流れを設定したとはいえない。本問では法益侵害の起因主体が第三者たる B であることから、X は起因主体なりえない。よって不作為をなす以前に法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定しているとはいえず、X に作為義務を認めることはできない。
3. そして、仮に検察側が主張するように X に作為義務・作為の容易性が認められるとしても、不作為犯が作為犯と「構成要件的に同価値か」を判断する必要がある。本問では、確かに X は A を病院へ運ぶために自車に乗せて途中で A を遺棄している。しかし、X が A を遺棄したのが未舗装道とはいえ、わずか 50 メートルしか離れていないこと、公園内であること、実際に A が発見されたのが午前 1 時であったことから考え、深夜の暗闇でも十分発見できる場所といえることから、遺棄現場がそれほど人通りの少ない場所ではないといえる。また遺棄した時間が午後 5 時 40 分とまだ十分人が外にいる時間であることから当該遺棄により A が誰かに発見され、救助される可能性がなくなったとは言えない。よって A の生命が X に排他的に依存していたとはいえず、X の不作為は作為と構成要件的同価値性に欠けることから不作為による殺人は成立しない。
4. したがって、X には保護責任者遺棄致死罪(218 条)が成立するにとどまる。

Ⅳ. 結論

X は保護責任者遺棄致死罪(218 条)の罪責を負うにとどまる。

以上