

## I. 反対尋問

1. 本問の検討 3(2)「作為義務の程度をみていく」とあるが、何を指すか。
2. 学説の検討 2(3)において「確実に結果を回避できた」場合と「結果発生を困難にした可能性がある」という場合を挙げているが、両者の具体例はなにか。
3. 当該判例を選んだ理由はなにか。
4. なぜ因果関係の質的差異に着目するのか。

## II. 学説の検討

1. 不作為による正犯と従犯の区別の判断基準について  
検察側と同様の理由により、弁護側も乙説を採用する。
2. 正犯を基礎付ける作為義務と幫助犯の作為義務の違いについて
  - (1) この点につき、A説において①結果発生を直接回避すべき保障者の義務と②結果回避以前の保障者の義務を明確に区別することは困難であり、したがってA説は妥当でない。
  - (2) C説は、不作為の正犯と共犯の区別について、不作為者が作為に出ているならば「確実に」結果を回避できたであろう場合には正犯、結果発生を「困難にした可能性」がある場合には不作為による幫助として区別するとしている。  
しかし、この見解は、そもそも不真正不作為犯は作為犯と同視しうるから処罰の対象となるものである以上、正犯と共犯の区別は作為による場合と同様でなければならず、すなわち正犯性を構成要件的结果惹起の支配により判断するべきであるという点を無視するものであり、したがってC説は妥当でない。
  - (3) このように、正犯性を構成要件的结果惹起の支配により判断する以上、構成要件該当事実を故意により実現する直接行為者に対して不作為で関与する者には、たとえばわが子を殺そうとしている児童を格別恐怖も感じずに簡単に追っ払えた場合など、作為の実行行為に不作為で加功するのでも正犯とされるような場合を除き、従的な役割にとどまるので原則として正犯性を肯定することはできず、作為正犯に対する幫助犯が成立するにとどまると解するのが妥当である。<sup>2</sup>  
よって弁護側はB説を採用する。

## III. 本問の検討

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣,2007年)361頁。

<sup>2</sup> 齋藤信司『刑法総論[第6版]』(有斐閣,2008年)263頁。

1. まず、Xに作為義務が存していたことについては、検察同様弁護側も認める。
2. また、Xは身重な妊婦である上に、日ごろからAに暴行を加えられていた者であって、Xとの関係における身体的不利およびXに対する恐怖心も相当なものであったと考えられる。他方、直接行為者たるAは日ごろから鬱憤晴らしのためAらに対して暴力行為を繰り返してきた男性である。  
そうであるとすれば、このような状況下において、XがAに対してなんらかの防止行為を取る事は困難であり、作為の容易性が否定される。
3. したがって、Xの行為につき実行行為性が否定されることから、Xには傷害致死罪の不真正不作為犯は成立しない。

#### **IV.結論**

Xの行為につき犯罪は成立しない。