

I. 反対尋問

1. 『Ⅲ. 学説の状況』のC3説『結果条件行為の開始』、C5説『結果回避の引き受け』の違いは何か。
2. 『Ⅴ. 学説の検討』の乙説を肯定している箇所において「解釈によって～」とあるが、乙説の明確性はどのように担保されるのか。
3. 『Ⅴ. 学説の検討』のC4説において「過多の要求」とあるが、そう考える理由は何か。
4. 『Ⅴ. 学説の検討』のC5説において、どのような場合に結果原因を支配したといえるのか。

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

作為犯は禁止規範違反であり、不作為犯は命令規範違反である、という両者の規範の性質が異なるという観点より、あるいは文言上の理由により、不真正不作為犯を処罰することは罪刑法定主義に反するという主張がある。しかし、構成要件的行為の形式が作為であれ不作為であれ、規範を侵害したとして処罰されるわけではなく、法益を侵害する行為、あるいはその危険をもたらす行為が処罰されるのであるから、犯罪の性質上、不作為によっては法益侵害が不可能な場合を除いて不真正不作為犯を処罰することに罪刑法定主義上の問題はない。

したがって、弁護側は乙説（不真正不作為犯肯定説）が妥当であると考えられる。

2. 作為義務の発生根拠について

不真正不作為犯を認めるためには、その不作為が作為と同視すべき、あるいは同価値の内容を含むものでなければならず、それを評価するために不作為者には作為義務と作為の可能性・容易性が求められる。その点を鑑みるに、「作為義務の生ずるような場合」は類型化され、ある程度明確化されたものであることが求められる。以下、諸説を検討する。

- (1) A説（形式的三分説）は、一定の地位、身分を有するというだけで不真正不作為犯を認めるものであり、処罰範囲はあまりにも広い。また、民法上の義務が刑法上の（作為）義務を基礎づける理由もない。さらに、「条理」という要件は不明確極まりなく、形式性が失われている（検察同旨）。ゆえに、弁護側はA説を採用しない。
- (2) B説（社会的期待説）についても、規範として掲げられる「社会的期待」とは道徳的なものに過ぎず、A説同様不明確性は拭えない。ゆえに、弁護側はB説を採用しない。
- (3) C1説（先行行為説）は、一応は客観的判断性を得てはおり、法的安定性に資する。しかし、一方では例えば過失により死亡結果発生の危険を生じさせた者が、これを認識して放置した場合には、故意の不真正不作為犯が成立することとなり、過失犯が故意犯に転化

してしまう（例えば、ひき逃げ行為はつねに殺人罪に当てはまることになる）。そもそも、必ずしも不作為者自らに先行行為をする必然性は認められず、結局のところ結果の妥当性と結びつかず、法的安定性を相当程度害するので弁護側は C1 説を採用しない。

(4) C2 説（危険創出説）についても、C1 説同様不作為者自らに先行行為を要求している点で妥当とは言い難い。ゆえに、弁護側は C2 説を採用しない。

(5) C4 説（排他的支配領域性説）は、自己の意思によらずに先行行為がおこなわれた場合において、支配領域性の上に、不作為者と被害者との社会継続的保護関係を要求している。これは、一定の地位・身分にあることが作為義務の根拠たりうる、という意味であり、A 説同様処罰範囲拡大の批判は免れ得ない。ゆえに、弁護側は C4 説を採用しない。

(6) 検察側の主張する C5 説（結果原因支配説）は、「危険源の支配」及び「法益の脆弱性の支配」をまとめた「結果原因の支配」が不作為者に認められるとき、作為義務を認める。しかし、どの程度法益が脆弱であれば不作為者に「法益の脆弱性の支配」を認めるのかははっきりしないため、明確性に欠ける。ゆえに、弁護側は C5 説を採用しない。

思うに、作為義務は、たんに自然的な因果力の問題でも、因果経過の支配の問題でもなく、不作為者と被害者との社会的諸関係により生ずる義務ではあるものの、それは単純に両者の人的関係とは結びつかない。不作為者と結果との関係こそが重要なのであり、被害者が直面する法益侵害およびその危険を、不作為者が取り除き、法益を維持・発展させる必要があるときにこそ、作為義務は認められるべきである。このことは、作為義務が、不作為者と結果との依存関係、不作為者の法益に対する密着性という事実的關係、すなわち当該法益の保護（結果の不発生）が不作為者に依存するという関係に基づくことを意味する。そして、このような依存関係が肯定されるのは、客観的な事実としての「事実上の引受け」的行為に求められるべきである。¹

したがって、作為義務は「事実上の引受け」的行為があったときに認めるべきであり、その下位規範として①法益の維持・存続を図る行為（結果条件行為）の開始、②そのような行為の反覆・継続性、③法益に対する排他性の確保という基準を設け、具体的に判断されるべきである。

(7) よって、弁護側は C3 説（具体的依存性説）を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

1. X が行った A の痰の除去、水分の点滴等の A の生命維持に必要な措置を講じないという不作為につき殺人罪(199 条)が成立するか検討する。
2. 本問において問題となる X の行為は前述した不作為であるが、199 条はその行為様式を「殺した」という作為の形式で定めている。そのためかかる不作為犯、すなわち不真正不作為犯を罰することは刑法の予定していない行為を処罰することになり、罪刑法定主義に反するのではないか問題となる。

¹ 堀内捷三『刑法総論』（有斐閣、2000 年）58 頁。

ここで弁護側も検察側と同様に乙説を採用するため、不真正不作为犯の成立を認めることは罪刑法定主義に反しないと考える。

3. (1) では、不作为にも実行行為性は認められるか、そして、いかなる範囲の不作为に行為性が認められるか。条文上明らかでないため問題となる。

(2) そもそも実行行為とは構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為である。そして不作为であっても、一定の期待された行為をしなかったことで何らかの結果が生じている以上、構成要件的结果を惹起し得る。

したがって、不作为にも実行行為性は認められうると考える。

もっともあらゆる不作为に実行行為性を認めると処罰範囲が不当に拡大し刑法の自由保障機能を害することになる。

そこで、刑法の法益保護機能と自由保障機能との調和の観点から当該不作为が作為と同視し得るほどの構成要件的结果発生の危険性を有している場合に限り、実行行為性を認めるべきであると考ええる。

具体的には、作為義務の有無、作為の可能性・容易性を考慮して当該不作为が作為と同視し得るかを判断すべきと考える。

(3) これを本問につき検討する。まず作為義務の発生根拠につき弁護側は C3 説を採用するため、作為義務の有無については①法益の維持存続を図る行為の開始、②そのような行為の反復・継続性、③法益に対する排他性の確保の有無を基準として判断する。

まず①について、いま X に問われている罪責は A に対する殺人罪であるため、その保護法益は A の生命である。したがって本問における①法益の維持存続を図る行為とは、A の生命を維持させる救命行為であると考ええる。

一方、X が A に対して行った行為は(ア)前述した不作为、(イ)病院からホテルに連れ出す行為、(ウ)S 治療を施すことの計 3 つである。

これらの行為についてみると(ア)は当然に救命行為ではない。また(イ)も、そのまま病院にいれば、治療に 1 か月ばかり後遺症が残る可能性があるとはいえ、生命を維持することが合理的な疑いをさしはさまない程度に確実であったのであるからその病院から特別な設備のないホテルへ移動させることは救命活動にあたるとはいえない。そして(ウ)について、確かに S 治療法は、X によれば後遺症もなく病気を治療できるものであるが、かかる治療法には医学的根拠は一切なく、一般的にみて、A の生命維持に資する行為であるとはいえない。

したがって、X は A の生命を維持させる救命行為を行っていないため、①法益の維持存続を図る行為は開始されていないといえる。

(4) ゆえに X には作為義務が認められないため、X の当該不作为は作為と同視しうることとはできず、したがって、実行行為性は認められない。

4. よって構成要件該当性が否定されるため、当該 X の不作为につき殺人罪(199 条)は成立しない。

5. もっとも X は A を治療することを B に約束していることから、X には条理により A を「保護する責任」があり、それにも拘らず当該不作為を行うなど A の「生存に必要な保護」をしておらず、「よって」A を死亡させているので、当該 X の不作為につき保護責任者遺棄致死罪(219 条、218 条)が成立する。

IV. 結論

X の当該不作為につき保護責任者遺棄致死罪(219 条、218 条)が成立する。

以上