

I. 反対尋問

- 5 1. d 説について、排他的支配・支配領域性があるだけで作為義務が発生してしまうのでは、
実行行為たる不作為が行われる時点での支配性を重視することとなり、作為を要求される
状況になるまでの因果経過を無視していることにならないか。
- 10 2. 検察レジュメ 4 ページ目 7 行目「その実質的根拠を刑法上の法益保護を事実上排他的に
引き受けるような関係を被害者との間に結んでいたかどうかを基準」とあるが、「法益保
護を事実上排他的に引き受けるような関係」とは具体的にどのような関係か。また、その
判断基準は何か。
- 15 3. 判例の事実の概要に先行行為についての情報が多く見られるが、先行行為を一切考慮し
ないのであればこれほどの情報量は必要なく、まさしくこの点において検察側も先行行
為を重視していることを暗に示しているのではないか。

II. 学説の検討

不真正不作為犯については、検察側と同様に罪刑法定主義に反しないものとする。

a 説(形式的三分説)について¹

- 20 a 説はあまりにも形式的である。刑法以外の義務を負ったとしても、必ずしも刑法上の
義務にあたるわけではない。また、条理・慣習というものはあまりにも不明確な基準であ
り、倫理または道徳を刑法の義務としてしまう恐れが出てきてしまう。よって、弁護側は
本説を採用しない。

b 説(結果原因支配説)について²

- 25 「因果の流れ」を「支配」していたか、ではなく、「結果原因」を「支配」していたか
どうかを基準とする本説は、この面においては評価に値するが、それだけで作為義務違反
を認めることは、処罰範囲が広範囲であり、自由保障の要請に反することになりかねない。
よって「結果原因」を「支配」していたかどうかのみを考える本説を弁護側は採用しない。

c 説(先行行為説)について³

- 30 本説は先行行為があるというだけで不作為犯の成立を認めてしまうため、不作為犯の
成立範囲が広すぎる。また先行行為時点の因果経過しか支配できていない場合に、実行行
為として評価される不作為自体の因果経過を支配できていないとしても、作為と不作為
の同価値性を認めることになってしまい、刑法の自由保障機能を害してしまう。

そのため、弁護側は本説を採用しない。ただし、危険創出の観点から先行行為を根拠と
して作為義務を限定するという考え方は評価する。

¹ 西田典之『刑法総論(二版)』(弘文堂,2010年)123頁

² 西田・前掲 124頁

山口厚『刑法総論 第2版』(有斐閣,2007年)88頁

³ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)88頁以下

d 説(排他的支配領域性説)について⁴

5 作為が結果へと至る因果の認定だとすれば、不作為は因果経過の放置である。それゆえ、
d 説は不作為が作為と構成要件的に同価値であるためには、不作為者が自らの意思に基づ
き因果の流れを排他的に支配する必要があるという。さらに意思に基づかないで排他的
支配を獲得した場合(排他的領域性)は、これに加えて親子関係などの社会継続的な保護
10 関係を必要とする。確かに作為と不作為の構成要件的同価値性を因果経過の支配力に着
目したことについては傾聴に値する。しかし、作為犯においても因果経過を最後に至るま
で支配することまで要求されていないのだから、不作為犯にのみ排他性を求めるのは過度
な要件である。第二に、d 説は作為義務を事実的な要素に限定し、明確性を確保しようと
する説の一種であるが、排他的領域性の判断においては形式的三分説を非難した規範的
要素を考慮するものであり、実質的要件による限定が貫徹されていない。よって弁護側は
d 説を採用しない。

15 以上の通り、検察側が提起した上記の説について採用しうる説がなかったため、弁護側
は新たに、e 説(排他的支配説+危険の創出・増加)を提起する。

e 説(排他的支配説⁵+危険の創出・増加)⁶について

20 d 説の検討で述べたとおり、不作為の場合にも作為と同様に結果の発生を支配している
ことが必要である。ここに、排他的支配を要件とすべき根拠がある。しかし、偶然に排他
的支配を有してしまった場合にまで保証人的地位を認めるのは処罰範囲が広がりすぎて
しまう。また作為犯が禁止規範であるのに対して、不作為犯は命令規範であるから、命令
25 規範以外の行動を(同時に行えない限り)禁止させられる。これは自由主義の観点から望ま
しくない。そこで e 説は排他的支配のほかに危険の創出・増加を要件とする。これは、自
らが危険を作り出した者に、これを除去する義務を科すのであれば、命令規範による自由
保障減少と均衡がとれるものとする。よって弁護側は e 説を採用する。

III. 本問の検討

第1. 甲の罪責について

- 30 1. 甲が A に対して適切な医療措置をとらなかった行為につき、殺人罪(199 条)が成立しな
いか。殺人罪は作為の形で規定されていることから、かかる不真正不作為犯でも殺人罪の
実行行為性が認められるか問題となる。
2. まず、不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に反しないかが問題となるも、形式上作為
犯と考えられる文言で規定されていたとしても、それは単に作為を標準として規定され
ているにすぎず、法益保護の観点から一定の不作為の処罰も当初から予定されていると

⁴ 西田・前掲 125 頁

佐伯・前掲 88,89 頁

⁵ 著者のいう排他的支配とは結果原因の支配であり、排他性まで必要とはしていないが、文献に倣って排
他的支配と叙述する。なお前掲・佐伯 94 頁参照

⁶ 佐伯・前掲 89 頁以下

考えることができるので、検察側と同様に、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反し
ないと考える。

3. 次に、不真正不作為犯における殺人罪の実行行為性について問題となる。

(1) そもそも、実行行為とは、特定の構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をい
5 うところ、不作為であってもかかる危険性を惹起することができる。

しかし、あらゆる不作為に実行行為性を認めると処罰範囲が著しく広がってしまい、刑
法の自由保障機能を害するため、妥当でない。

そこで、不作為が作為と構成要件的に同価値といえる場合、すなわち、期待された作為
につき①作為義務及び②作為可能性・容易性が認められる場合には、実行行為性が認めら
10 れるものとする。そして、①については、弁護側はe説を採用し、(i)排他的支配性(ii)
行為者が危険を創出または増加させたか否かを検討し、作為義務の存否を決する。

(2) 本問では、甲はAの病状が急変し、危機的状況に陥ったにも関わらず、インスリン治療
等の適切な医療措置をとらなかった点に、死という結果惹起に向けた因果的支配が認め
15 られるので、甲に排他的支配性が認められる((i)充足)。もっとも、甲は、Xにインスリ
ンの治療を中断するよう助言したまでであり、実際に治療を中断したのは母親であり、死
の危険を創出したとは言えない。また、死因はインスリンの欠乏による「糖尿病性ケトア
シドーシス」を併発したことにあるところ、甲の行為は「死神退散!死神退散!」と呪文を
20 唱えながらAの体を触ったり、大量のハンバーガーや栄養ドリンクをAに摂取させるも
のであり、インスリンの欠乏を促進させたとは言えず、死の危険を増加させたとは言えな
い((ii)不充足)。したがって、甲に作為義務は存在せず(①不充足)、殺人罪の実行行為性も
否定される。

4. 以上より、甲がAに対して適切な医療措置をとらなかった行為につき、殺人罪(199条)
は成立しない。

もっとも、甲は後に検討するXとの間で保護責任者不保護致死罪の共犯(60条、218条
25 後段、219条)となり、その罪責を負う。

第2.Xの罪責について

1. XがAのインスリン治療を中断した行為につき、保護責任者不保護致死罪(218条後段、
219条)が成立しないか。

2.(1) 218条後段の構成要件は、①「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を」②「保護する
30 責任のある者が」③「その生存に必要な保護をしなかった」ことである。③の「生存に
必要な保護」については、保護を要する原因の性質、その必要性の程度などを考慮して
個別、具体的に判断すべきであるとする。

(2)本問では、Aは7歳という幼い年齢であることに加え、重度の1型糖尿病患者である
(①充足)。XはAの母親であり、1日3回に及ぶインスリン治療を受けさせていたこと
35 から、当然にAを保護する責任があったと言える(②充足)。また、Aの病気は体内でイ
ンスリンが分泌されなくなるという重篤なものであり、毎日インスリンを補うことが
必要であったことから、インスリン治療の必要性は非常に高かったにもかかわらず、X
はAのインスリン治療を中断している。よって、XはAの生存に必要な保護をしてい
ないと言える(③充足)。したがって、Xの当該行為に保護責任者不保護罪の実行行為性

は認められる。

3. その結果、A は死亡している。死因はインスリンの欠乏による「糖尿病性ケトアシドーシス」の併発によるものであり、インスリン治療を継続していればインスリンの欠乏による死の結果を回避することができたことは合理的な疑いを超える程度に確実であると言
5 えるので、因果関係は認められる。
4. また、A にとってインスリン治療が必要不可欠なものであることを知っていながら、その治療を中断させた X には、当該行為によって不保護結果が生じることに對する未必的故意が認められる。
5. さらに、X はインスリン投与を中断させる行為について甲と相談の上行っていることから共謀が認められ、それに基づいて実行行為が行われているため共犯が成立する。
10
6. 以上より、X は甲との間で保護責任者不保護致死罪の共犯(60 条、218 条後段、219 条)となり、X が A のインスリン治療を中断した行為につき、保護責任者不保護致死罪(218 条後段、219 条)の罪責を負う。

15 IV. 結論

甲、X 共に保護責任者不保護致死罪の罪責を負う。

以上