

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側レジュメ 3 頁 24~26 行目において「不作為が作為と同価値であるためには、すでに発生している因果の流経過を自己の掌中に収めること、すなわち自己の意思に基づく排他的支配が必要である」としながら、自己の意思に基づかない場合に規範的要素を考慮して排他的支配を認める根拠は何か。
- 10 2. 意思に基づかない排他的支配を考えると、社会継続的な保護関係によって意思に基づくという部分を代替・補充できるのは何故か。

II. 学説の検討について

A 説(形式的三分説)について

- 15 当初は不真正不作為犯の成立を限定するために、法律または契約だけが作為義務の根拠になるとしていたが、民法上の義務がなぜ刑法上の作為義務を基礎づけるのかの説明がなされないうえ、限定的にすぎるものであり、それを補うために加えられた条理の要素もあいまいであり、妥当ではない。

B 説(先行行為説)について

- 20 この見解によれば、一方ではひき逃げ行為はつねに殺人罪に当てはまることになり、処罰範囲が拡大することになるが、他方では子供を餓死させた母親には先行行為がないために不作為犯は成立しないことになり、あまりにも処罰範囲が限定されることになる¹。また、先行行為を要求しても、それ自体について犯罪の罪責が問われるわけではないこと、先行行為について事後的故意・過失を根拠に犯罪の成立を肯定しようとするものとなっている²点
- 25 をも考慮すると、この説は妥当でない。
- よって、弁護側はこの説を採用しない。

C 説(具体的依存性説)について

- 30 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い。それは、不作為者と被害者との社会的諸関係より生ずる義務である。このことはたんに両者の人的関係を意味するわけではない。不作為者と結果との関係、すなわち被害者が直面する法益の侵害、あるいはその危険を取り除き、法益の維持・発展を図るべき不作為者の役割が問題である。このことは、作為義務は、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

¹ 堀内捷三『刑法総論[第2版]』(有斐閣,2004年)60頁以下

² 山口厚『問題探求 刑法総論』(有斐閣,1998年)40頁

³ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2011年)122頁

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關係に基づくことを意味する。そして、このような依存關係は、不作為者が法益の保護を事実上引き受けている場合に肯定される。この意味で、作為義務の実質的根拠は事実上の引き受け行為に求められるというべきである³。

5 よって、弁護側はC説を採用する。

このような事実上の引受行為があるかは、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復・継続性、③法益に対する排他性の確保という基準に基づいて判断される。

10 D説(排他的支配領域性説)について

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は明らかに必要ではないから、完全な因果経過の支配を不作為犯にあえて求めるのは不合理である⁴。

また、支配領域性を強調することから生ずる、一時的あるいは偶然に事故の現場などに居合わせた者について作為義務を肯定せざるをえないという不都合を是正するために、被害者との規範的關係を持ち出すことは、逆に一定の地位・身分にあるだけで作為義務を肯定することになりかねず妥当でない⁵。

15

よって弁護側はD説を採用しない。

III. 本問の検討

20 1. (1) 甲が意識を失ったAを廊下に放置した行為について、殺人罪(199条)が成立するか。

(2) 本問では、甲は、Aに障害を負わせた後、Aが死ぬかもしれないと思っていながら、アパートの外廊下に放置している。Aを放置するという不作為は、殺人罪(199条)の実行行為たりうるか。不作為の実行行為性が問題となる。

25 (3) 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のことをいう。そして、不作為はかかる危険性を有するものとなりうる。しかしながら、あらゆる不作為に実行行為性を認めることは法益を不当に害する恐れがあるため、処罰範囲を限定する必要がある。

30 (4) そこで、①構成要件的结果発生を防止する作為義務があり、②かかる作為の可能性・容易性が認められる場合には、当該不作為が構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為として処罰できると考える。ここで、作為義務の有無は、事実上の引き受け行為の有無によって判断される。この事実上の引き受け行為は、①法益の維持・依存を図る行為の開始、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によって判断される。

⁴ 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣, 2007年)88頁

⁵ 堀内捷三『刑法総論[第2版]』(有斐閣, 2004年)60頁

(5) 本問において、甲は、Aの親であったものの、日常的にAに暴力をふるっており、かつAが死んでもかまわないと思っていることから、Aの生命維持という法益を維持しようと望むことはなく、むしろ自らとの関係を切断する意図が含まれており、法益の維持・依存を図る行為の開始は認められない。当然にそのような行為の反復・継続性はない。さらに、

5 甲は、Aをアパートの二階の外廊下というアパートの住人であれば気付くであろう場所に、夕方6時という比較的人通りの多い時間帯に放置しており、法益に対する排他性も確保されていない。

(6) よって、事実上の引き受け行為がないことから、甲には作為義務が認められず、甲のAに対する不作为に実行行為性は認められない。

10 2. (1) このように、甲のAを放置した行為に殺人罪(199条)が認められないとしても、甲のAを暴行した行為は、傷害罪(205条)が認められないか。

(2) ここにいう「傷害」とは、身体の生理的機能を害する行為のことをいう。

(3) 本問において、甲はAの頭部という枢要部を拳で数回も殴りつけており、この結果Aは仰向けに倒れて意識を失い生命を脅かされていることから、身体の生理的機能を害する行為といえ、「傷害」にあたる。

15

(4) 傷害罪(205条)は暴行罪(208条)の結果的加重犯であるので、暴行罪の故意で足る。

甲は、Aの頭部を数回にわたり殴っており暴行の故意(38条1項本文)があるといえる。

(5) よって甲の暴行行為に傷害罪(205条)が認められる。

20 IV. 結論

甲は傷害罪(205条)の罪責を負う。

以上