

## I. 反対尋問

- 5 1. 2頁27行目「意思に基づく排他的支配」の判断基準は何か。  
2. 2頁28行目「規範的要素」とは何を指すのか。  
3. 4頁19行目「保証人的地位を限定的に理解する」とは、何を根拠とし、どの程度の範囲で「保証人的地位」を解釈するのか。  
4. 4頁20行目「自己の意思に基づく」という部分が欠けた場合に規範的要素を考慮して、排他的  
10 支配を認める根拠は何か。

## II. 学説の検討

### B説(事実上の引き受け説)

- 15 本説は保護の引き受けがあった場合だけ作為義務を認めるため、保護の引き受けがない場合にすべて作為義務を認めないとするのは不十分である。  
したがって、弁護側は本説を採用しない。

### C説(先行行為説)

- 20 本説は先行行為がある場合に不作為を認めるため、処罰範囲が著しく拡大する一方、先行行為がない場合には不作為を認めないため、処罰範囲が狭すぎるため、妥当ではない。  
したがって、弁護側は本説を採用しない。

### D説(排他的支配領域説)

- 25 本説は不作為者の意思に基づく因果関係の排他的支配を要求する説である。作為義務は客観的に判断すべきであり、排他的支配が意思に基づくものであるか否かという主観面を考慮すべきでない。また、同時犯において、因果関係を排他的に支配することはできないため、排他性まで要求するのは過剰である。  
したがって、弁護側は本説を採用しない。

### A説(形式的三分説)

- 30 本説は法令・契約・条理・慣習に基づいて作為義務を認定する説である。行為態様は多種多様であるため、作為義務は一元的な基準で判断すべきではない。事案に即した作為義務の認定をするために、上述の客観的観点から合理的に判断すべきである。  
したがって、弁護側は本説を採用する。

35

## III. 本問の検討

### 第一 XがAを轢いた行為について

1. Xは車を運転するにつき、前方に注意して運転する義務を負っているのにも関わらず、前方不

注意によって、A を激突し、「よって」頭蓋骨骨折等の「傷」害を負わせており、「運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた」といえ、自動車運転死傷行為処罰法 5 条の罪責を負う。

第二 X が A を病院に連れて行かなかった行為について

1. X の上記行為につき、殺人罪(刑法(以下略)199 条)が成立しないか。

- 5 2.(1) 199 条が「殺した」という作為の形式で規定されているところ、本件におけるかかる行為は、A を病院に連れて行かなかったという不作为である。そこで、甲は A を「殺した」といえ、実行行為性が認められるか。

ア. 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う。そして不作为であっても構成要件结果発生の現実的危険性を有する行為を行いうる。

- 10 もっとも、あらゆる不作为に実行行為性を認めると、罪刑法定主義に反し刑法の自由保障機能を害するおそれがある。そこで、作為と不作为が同価値であるとき、すなわち①作為義務が存在し、②作為の可能性、容易性が認められるときには、実行行為性が肯定されると考えられる。

イ. 本件において、X は A を自動車で轢いているものの、両者の間には、法令や条理、慣習などの事情は存在していない。

- 15 ウ. よって X には作為義務が認められず、作為と不作为が同価値であるとはいえない。

エ. したがって実行行為性が認められない。

(2) ここで、仮に実行行為性が認められた場合に X の上記行為に殺人罪が成立するか検討する。

(3) 本件において、A は死亡している。

(4) では、当該不作为と A の死亡との間に因果関係は認められるか。因果関係は、条件関係を前提として実行行為の危険性が結果に現実化したと言えれば肯定できるところ、条件関係すなわち行為なければ結果なしの関係が認められないとも思えるため問題となる。

- 20 この点、不作为犯の処罰根拠は期待された作為をしないことにある以上、期待された作為をしていれば当該結果の発生を回避できたことが合理的な疑いを超える程度に確実にすれば条件関係が認められる。

- 25 本件においては、上述の通り、X は、搬送開始から 30 分後、A の容態が急変した時点で、T 病院に連れて行くことを期待されていた。そして、T 病院は A の容態が急変した場所から車で 20 分の場所にあったのであるから、X がかかる作為を行ってれば、事故から 50 分程で A を病院に搬送できたと考えられる。しかし、事故から 1 時間程での救命可能性は約 75%に留まる以上、10 時 30 分頃より A を T 病院に搬送していれば A の命を救うことが十中八九可能であるとは言えないのであるから、期待された作為をしていれば当該結果の発生を回避できたことが、合理的な疑いを超える程度に確実にであったとは言えない。

従って、条件関係が認められず、因果関係が否定される。

3. 以上より、X の上記行為には殺人罪は成立しない。

#### 35 IV. 結論

X の上記行為に自動車運転過失死傷行為処罰法 5 条の罪が成立し、X はその罪責を負う。

以上