

## I. 反対尋問

- 5 1. 裁判例の判旨(検察レジュメ 2 頁 30 行目以下)において、「受傷した同女の救助を引き受けたうえ、同女を、その支配領域内に置いていたと認めるのが相当」とあるが、救助を引き受けた点は保護の引き受けに当たると評価でき、検察側が B 説ではなく C 説を採用するのに有用といえないのではないか。
- 10 2. ひき逃げの事例(検察レジュメ 3 頁 11 行目以下)において、遺棄の意思で車に引き入れた場合には作為義務が否定され、このような場合不可罰になるとあるが、実行行為性が否定されるのは殺人罪についてのみであり、他の犯罪の成立については別個検討できるのであるから、不合理という批判は当てはまらないのではないか。
- 15 3. 治療を委ねられてから死亡するまでの因果の経過について排他的支配を有していた(検察レジュメ 4 頁 13 行目以下)とあるが、本件は 1 回目の治療と 2 回目の治療の間に二日間の空気が存在している。この点はどのように評価するのか。

## II. 学説の検討

### A 説(先行行為説)について

20 本説は、先行行為の有無によって不作為犯の成立を判断するものであるが、先行行為の存在のみにより不作為犯の成立を認めることは、不真正不作為犯の処罰範囲を過度に拡大することとなる点で妥当ではない。

また、これとは反対に、先行行為が存在しない場合に不作為犯の成立を認めないこととするのは、不真正不作為犯の処罰範囲を限定しすぎる点で妥当ではない。

よって、弁護側は A 説を採用しない。

25

### B 説(具体的依存性説)<sup>1)</sup>について

30 本説は、作為義務の根拠を当該法益の保護が行為者に事実上依存している点に求めるものである。そしてこのような依存関係は、法益保護行為の開始、同行為の反復・継続、法益に対する排他性の確保という 3 要件を充足するときに認められるとし、不真正不作為犯の成立について明確な判断基準を確立した。

よって、弁護側は B 説を採用する。

### C 説(排他的支配説)<sup>2)</sup>について

1 大塚裕史「応用刑法 I -総論 (第 3 講)」『法学セミナー731 号』(日本評論社,2015 年)95 頁参照。

堀内捷三『不作為犯論』(青林書院新社,1978 年)249 頁。

2 大塚裕史・前掲 95 頁。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013 年)80 頁以下。

35 本説は不作為者が因果経過を具体的に支配していたことを必要とし、具体的には法益を排他的に支配していたことが必要であるとするものである。

本説によれば、「規範的に作為が要求される特別の関係」が認められる場合にまで作為義務の範囲を拡張していることとなるが、規範的に作為が要求される場合とは、作為義務を認めるべき場合というのに等しく、処罰範囲を著しく拡大する恐れがある。

よって、弁護側はC説を採用しない。

40

### III. 本問の検討

1. 甲のAに適切な医療措置を取らずに放置した行為につき、殺人罪(刑法(以下省略。)199条)が成立しないか。

45 (1)ア. 「殺人」とは、人の死亡結果を発生させる行為をいい、通常作為によって実現することが期待されているが、本件ではAを放置するという不作為によって実現されている。かかる場合にも実行行為性は認められるか。

イ. 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をいう。そして、かかる結果発生は不作為によっても可能であるため、実行行為性を認められる。しかし、条文上明記されていないにもかかわらず無制限に認めると、不当に処罰範囲を拡大することになってしまう。そこで、50 不作為が作為と同価値といえる場合にかぎり、実行行為性を認められると解する。そして、これらは作為義務が存在し、作為可能性・容易性がある場合であると考え。

ウ. 上記の理由から、作為義務が認められるためには①法益保護行為の開始、②同行為の反復・継続、③法益に対する排他性の確保を充足する必要がある。この点、甲はAに呪文を唱えたり、大量のハンバーガーや栄養ドリンクを摂取させたりという治療行為をおこなっていることから法益55 保護行為は開始している(①充足)。しかし、かかる行為は2回しか行われておらず、継続しているとは言えない(②不充足)。また、かかる行為の間、Xが時折出入りしていることから、排他性を有しているとも言えない(③不充足)。

エ. よって、実行行為性が認められない。

(2)したがって、殺人罪は成立しない。

60 2. しかし、「死んでもやむを得ない」と考えている以上、Aの死亡結果に対する予見可能性があり、適切な医療措置をとるなど、かかる結果発生の回避義務違反もある。よって、甲の上記行為には過失致死罪(210条)が成立する。

### IV. 結論

65 甲のかかる行為につき、過失致死罪が成立し、甲はかかる範囲で罪責を負う。

以上