

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の採用するエ説は「排他的支配」を強調する説であるが、例えば、溺れかけている子どもをその親と他数人が助ける気がなく見ているという場合に「排他的支配」が存在していないがゆえに誰にも不作為犯が成立しないこととなり、不合理な結果とならないか。
2. エ説について、排他的支配が自己の意思によらない場合には規範的要素を考慮すると述べられているが、規範的な観点を持ち込む根拠は何か。

10

II. 学説の検討

ア説(形式的三分説)について

- 15 法令、契約、条理のいずれかの事情に照らして作為義務を負うべきときには、その者に作為義務が認められるという整理は、判例とその事案の表層に表れている理由や事情を列挙したものにすぎず、作為義務が生じる実質的な根拠を示しているわけではない。
- したがって、弁護側は本説を採用しない。

イ説(先行行為説)について

- 20 検察側と同様の理由により採用しない。

ウ説(事実上の引受け説)について

- 25 作為義務は、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ある。この社会的関係とは、不作為者が、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・発展を図るといふものである。したがって、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着性という事実関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のである。そしてこの依存関係は、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ため、作為義務の実質的根拠は事実上に引受け行為に認められる²。
- よって、弁護側は本説を採用する。

30 エ説(排他的支配領域説)について

- 本説は、ウ説(事実上の引受け説)を継承しつつ、因果関係の支配領域性に着目し、不作為者が自己の意思により「事実上の排他的支配」を設定した場合や、それが自己の意思によらないものであった場合にも規範的要素の存在があった場合に作為義務を肯定する見解である³。
- これにつき、排他性の要求は過多のものである。なぜなら同時犯の場合は、因果関係を具体的・現実的に支配した「排他的支配」は存しないがゆえに、誰にも不作為犯が成立しないことになり、妥当とは言えない⁴。
- したがって、弁護側は本説を採用しない。

¹ 内田幸隆『刑法総論』(有斐閣ストゥディア,2019)60頁。

² 堀内捷三『刑法総論[第2版]』(有斐閣,2004)60頁。

³ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016)89頁。

⁴ 高橋則夫『刑法総論[第4版]』(成文堂,2018年)156頁。

III. 本問の検討

1. Xの、自己の運転する自動車でBに衝突し、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。

5 (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B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。

10 イ. 実行行為とは、構成要件的结果発生の実現的危険性を有する行為をいい、結果発生は不作為によっても実現が可能であるため、実行行為性が認められる。しかし、条文上明記されていないにもかかわらず、無制限に実行行為性を認めると、処罰範囲を不当に拡大することになってしまう。そこで、不作為が作為と同価値といえる場合にかぎり、実行行為性が認められると解する。具体的には、作為義務が存在し、作為可能性・容易性がある場合に実行行為性が認められると考える。

ウ. 作為義務が認められるためには①結果条件行為、すなわち結果発生を阻害する条件行為の開始・存続、②同行為の反復・継続、③法益に対する排他性の確保⁵を充足する必要がある。

15 この点、本件では、確かにXは同乗していたAに対して「これ、どうしよう」と聞いたものの、刑事責任が問われることを恐れ、結局行動に移さなかった。よって、①は認められない。仮に①が認められるとしても、同行為は反復・継続して行われているものではないため、②は認められない。

エ. よって、作為義務が否定され、実行行為性が認められない。

20 (2) したがって、Xの上記行為に殺人罪は成立しない。

2. もっとも、Xの行為に保護責任者遺棄致死罪(218条、219条)が成立しないか。

(1)ア. Xは自己の運転する自動車でBに衝突しており、重傷を負わせているため「病者を保護する責任のある者」にあたる。

25 イ. Xは重症のBを県道に放置し、逃走しているため「その生存に必要な保護をしなかった」といえる。

ウ. 結果、Bは死亡している。

30 エ. 因果関係は、期待された作為がなされたならば、十中八九その結果が防止できたか否かによって判断する。仮にBが30分以内に病院に搬送され、適切な治療を受けた場合、救命可能性は85%であったことから、Xは車で15分程度の距離にあるT大学病院にBを連れていき、適切な医療措置を受けさせることで、十中八九救命可能であったといえ、因果関係は認められる。

オ. 故意(38条1項本文)とは客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、XはBが死ぬかもしれない、と思っていたにもかかわらずBを病院に連れて行かなかったため、未必の故意が認められる。

(2). よって、Xの上記行為には保護責任者遺棄致死罪が成立する。

35

IV. 結論

Xの上記行為には保護責任者遺棄致死罪(218条、219条)が成立する。

以上

⁵ 堀内・前掲254頁以下。