

I. 反対尋問

- 5 1 検察レジュメ 4 ページ 24 行目において「被害者を支配している」とあるが、いかなる場合に支配しているといえるのか。そもそも、支配という概念自体が不明確ではないか。
- 2 検察側の採用している結果原因支配説にたつ場合、過失犯における注意義務はあくまで結果回避可能性と予見可能性の問題であるため、そこに結果原因の支配という要件まで持ち込むことは過多の要求とならないか。

10

II. 学説の検討

A 説(主観説)について

検察側と同様の理由により、弁護側は本説を採用しない。

- 15 B 説(形式的三分説)について

検察側と同様の理由により、弁護側は本説を採用しない。

C-1 説(先行行為説)について

検察側と同様の理由により、弁護側は本説を採用しない。

20

C-2 説(具体的依存説)について

検察側と同様の理由により、弁護側は本説を採用しない。

C-4 説(結果原因支配説)について

- 25 本説では不作為犯における作為義務の問題と過失不作為犯における注意義務の問題が同次元の問題として処理されているが、この二つの義務を混同することは処罰範囲の拡大につながり、刑法の自由保障機能を害しかねず、妥当でない¹。
- よって、弁護側は本説を採用しない。

- 30 D 説(多元説)について

検察側と同様の理由により、弁護側は本説を採用しない。

C-3 説(排他的支配領域性説)について

作為が結果へと至る因果の設定であるとするれば、不作為は因果経過の放置であるため、不

¹ 西田典之『刑法総論(二版)』(弘文堂,2010年)125頁。

作為が作為と構成要件的に同価値であると言えるためには、不作為者が意思に基づいて排他的支配を獲得することが必要である。しかし、意思に基づかないで排他的支配を獲得する場合も存するが、そのような、客観的に排他的支配はあるが、その排他的支配が意思に基づくものではない場合は、「意思に基づく」という部分が欠けるため、これを代替・補充するものとして、支配領域性の他に親子関係の有無等の社会継続的な保護関係が必要である。このように、規範的要素を考慮することにより、処罰範囲の拡大を防ぐことができ、妥当であるとも思える²。

5
10
しかし、社会的に作為が要求される場合とは、結局、保証人的地位を認めるべき場合というのと等しく、社会継続的な保護関係の有無のみでは規範的観点から特別関係にあるか否かを限定することはできない。

よって、弁護側は本説を採用しない。

15
以上の様に、A 説ないし D 説には弁護側がとり得る説がなかったため、新たに C-5 説(排他的支配+危険創出または危険増加を根拠とする説)を提起する。

C-5 説(排他的支配+危険創出または危険増加を根拠とする説)

上述の様に、偶然的に排他的支配を有してしまった場合にも保証人的地位が認められると、不当に処罰範囲が広がってしまう。

20
本説は、作為と不作為の同価値性が認められるためには、因果的支配の観点から排他的支配を、また、自由保障の観点から危険創出が必要であるとする説であり、同価値性の認定及び適正な処罰範囲の確定をすることができるため妥当である³。

よって、弁護側は本説を採用する。

III. 本問の検討

25
1. 甲の、C に対して一切食事や水分を与えなかった行為につき不作為による殺人罪(刑法<以下略>199 条)が成立しないか。

30
(1) 本件において、甲は C に一切食事や水分を与えないという行為を行っているところ、実行行為とは、客観的構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいい、甲は「殺す」という作為を行っているわけでは無く、実行行為性が認められるのかが、問題となる。この点につき、殺人罪は不真正不作為犯であって、どのような不作為が同条により処罰されるのかが条文上、明らかではない。そもそも不作為を処罰するということは、刑罰で一定の作為を強制することに他ならず、その間は他のことができなくなるという点で不作為犯は作為犯に比べて自由が制約される度合いが大きいと言える。よって、不作為犯の成立範囲は限

² 西田・前掲(注 1)125 頁。

³ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013 年)89 頁。

定的に解されるべきである。

(2) そこでそのような不作為に作為犯と同様の実行行為性が認められるかが問題となる。この点につき、i 作為義務、ii 作為可能性・容易性、の2点が満たされる必要がある。

ア. 作為義務について

5 上述のように、弁護側は C-5 説を採用する。

(ア) 不作為が作為と構成要件的に同価値であると言えるためには、因果的支配の観点から排他的支配を、また、自由保障の観点から危険創出が必要であると解する。なお、危険創出行為は、客観的に危険なものであれば足りる。

(イ) 本件の場合、A が平成 29 年 4 月 5 日から 4 日間ほど、出張のため C を残し、甲宅
10 を離れることになり、その結果甲のみが C の身の回りの世話をしている。したがって、客観的に排他的支配は認められる。しかし、確かに甲のみが C の身の回りの世話をするという状況は、まだ 1 歳半で自らの生命維持活動を自力では行うことのできない C に生命の危険があるといえるが、かかる状況は A が 4 日間ほど、出張のため C を残し甲宅を離れることになったという背景から生まれている。加えて、A は甲に対し平成 27 年 11
15 月ごろに、「A の面倒は私が全部見るから、もう見なくていいよ」と告げて自らが C の世話を引き受ける旨の発言をしている。したがって、甲が C の生命の危険を創出したとは言えない。

よって、作為義務は認められず、殺人罪の実行行為性が否定される。

2 以上より、甲の上記行為につき殺人罪は成立しない。

20 3 では甲の上記行為につき、保護責任者遺棄致死罪(218、219 条)が成立しないか。

(1) ア. 「保護責任者」とは、法令や慣習、契約、条理などにもとづき、要保護者を保護する責任のある者をいう。

イ. 本件では、確かに甲は C と民法上の親子関係にあるわけではなく、甲に C を保護する責任はないように思えるが、共同生活を始めて数か月のうちは、A と甲との円満な関係のもと、A は甲の親身な協力も得て C の世話をしていた A の不在時にはミルクを与えたり
25 風呂に入れたり寝かしつけたりと親身に世話をしていたという背景がある。さらに、当該行為が行われた時 A は 4 日間ほどの出張中であり、甲宅において C の世話をすることができるのは甲だけであった。したがって、甲はまだ 1 歳半で自らの生命維持活動を自力では行うことのできない要保護者である C を保護する責任がある「保護責任者」に当たる。

30 (2) 「生存に必要な保護をしなかった」場合とは、保護責任者と要保護者が場所的に離れることなく、要保護者が生存していくために必要な保護をしないことをいうところ、本件では C は前述のようにまだ 1 歳半で自らの生命維持活動を自力では行うことのできない要保護者であり、甲は甲宅にいたのにもかかわらず C に対して食事や水分を与えていないため、「生存に必要な保護をしなかった」場合に当たるといえる。

35 (3) また、結果として C は多臓器不全で死亡している。

(4) ア. 構成要件の故意(38 条 1 項本文)とは、構成要件該当事実の認識・認容を言い、結

果的加重犯については基本犯についての故意があれば足り、結果についての故意は不要である。

イ. 本件では保護責任者遺棄罪の構成要件該当事実を認識しており、故意が認められる。

4 以上より、甲の上記行為につき保護責任者遺棄致死罪が成立する。

5

IV. 結論

甲に保護責任者遺棄致死罪が成立する。

以上