

只木ゼミ前期第1問弁護レジュメ

I. 反対尋問

1. 機能的二分説(B説)と結果原因支配説(C5説)との違いとは何か。
2. 参考判例について法益保護の引き受け、依存に言及する学説は C5 説のみではないが、なぜ結果原因の支配の問題にしていると言い切れるのか。
3. 学説の検討 2(2)エにおいて「作為義務を負うべきものに作為義務が認められにくくなるという不都合性」とはどういうことか、法感情を考慮要素にする根拠はなにか。
4. C5 説の①危険源の支配及び、②法益の脆弱性の支配とはどのようなものか。
5. 因果経過の支配と結果惹起の支配の違いは何か。

II. 学説の検討

1. 不真正不作為犯を肯定することが罪刑法定主義に反するか
弁護側も、検察側と同様の理由で乙説を採用する。
2. 作為義務の発生根拠について
 - (1) A・B説・C1説・C2説・C4説に関しては、検察側と同様の理由で採用しない
 - (2) 次に、C5説について検討する。ここでは、不作為犯における作為義務の問題と過失不作為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、この二つの問題を混同することは妥当でない。また、どのような場合に結果原因を支配したといえるのかについて一般的な基準がなく、不明確であり、妥当でない¹。
 - (3) ア、そして、最後に C3 説について検討する²。不真正不作為犯という犯罪類型において、作為義務を有する者についてのみ犯罪が成立するのは、刑法上禁止された法益侵害という結果の不発生が不作為者に依存するという関係にあるためである。そして、ここで問題となる依存性とは、不作為者と結果との間における依存関係を意味し、法益維持のための引受け行為に基礎を置く。

この「引受け行為」は、誰が引き受けるべきかという規範が問題となるのではなく、誰が現実に引き受けているかという事実が問題である。この意味で、引受け行為の存在は法的諸関係より形成されるものではなく、事後的諸関係に基礎を置く。

イ、そして、「事実上の引受け行為」の認定基準が問題となる。作為義務の実態をなす「事実上の引受け行為」の認定基準としては、①結果条件行為の開始・存在、②行為の反復・継続性、③排他性の確保という要件があげられる。

第一の要件は依存性判断の契機をなすものとして、「事実上の引受け行為」認定のための必要条件である。この要件を欠如するときには、不真正不作為犯の問題と

¹ 西田典之『刑法総論〔第二版〕』（弘文堂,2010年）125頁。

² 堀内捷三『刑法総論〔第二版〕』（有斐閣,2004年）249頁以下参照。

はならない。これに対して、第二の要件と第三の要件とは重疊的關係をもつ。行為を反復・継続して行うことにより、排他的關係が成立し、他方、排他性の強い場合には、反復・継続性を容易に肯定しうる場合が多いからである。

ウ、不作為犯の問題は一定の不作為により発生した法益侵害という結果を目の当たりにして生ずる処罰要求の赴くままに処罰の対象とすることにあるのではなく、刑法の謙抑主義の下に一定の合理的に首肯しうる範囲に制限することにある。つまり、不作為犯が問題となる一定の事例については、処罰感情の存在にもかかわらず、処罰を放棄するという政策的決断が必要である。そして、処罰感情との間に生ずる間隔を埋めようとするれば、それは緊急救助義務違反を処罰する規定等の新設によるべきであり、不作為犯の成立範囲の拡張ということで解決すべきでない。

以上より、弁護側は C3 説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第 1. 甲の罪責について

1. 甲が A に十分な飲食物を与えず極度の栄養失調に陥らせて飢餓死させた行為について殺人罪(199 条)が成立しないか。
2. まず、甲の上記行為に実行行為性が認められるか。甲は A に飲食物を与えないという不作為に実行行為性があるか、罪刑法定主義に反するとも考えられるため問題となる。

この点、弁護側も検察側と同様の理由で乙説を採用するため、不作為犯の成立には①作為義務の存在②作為可能性・容易性③構成要件的同価値性が必要となる。

- (1) ア、ここでさらに作為義務の有無について、その発生根拠から問題となる。

弁護側は C3 説を採用するため、①結果発生を阻害する条件となる行為を開始し、②そのような法益維持行為を反復継続しており、かつ③それに他の者が干渉しえないような排他性が確保されている時に保護の引き受けがあったといえ、この場合に作為義務が認められると解する。

イ、本問において考えると、まず①について、結果発生を阻害する条件となる行為とは事実の行為のことであり、甲が親として飲食物をあたえ、身の回りの世話をしていたことは A の世話をしていたことは A の死という結果を阻害する条件であり、甲はその条件となる行為を行っていたといえるため①をみたす。

そして、甲は①の行為を育児ノイローゼに悩むまでは反復して行っていたと考えられるから②もみたす。

③については、乙も甲宅に通い A の栄養状態について認識していたのであるから、甲の A の生存に対する排他性は認められないとも考えられる。しかし、乙が甲宅を訪問していたのはわずか週に 1 回であり、さらに甲乙間には A の育児に関して乙は口を出さないとの約束もあったのであるから乙に A の生存に対する行為を期待することは厳しいと考えられるため、やはり親である甲に A の生存は依存しており排他性があ

ったといえる。

よって、①から③までの要件を満たすため事実上の引受けがあったといえるから甲の作為義務は認められる。

- (2) そして、作為可能性・容易性については、甲が育児ノイローゼであったことから認めることができないのではないか。たしかに、夜遊びをしていたことなどを考えると一見、子供に食事を与えることは容易であり、作為可能なものであるとも思える。しかし、育児ノイローゼの症状としては不安感、不眠症、悲観的な考え方になる等があり、炊事洗濯にやる気がなくなることもある。そして、育児ノイローゼの程度によっては育児を放棄するどころか、子供に対して虐待をすることもあり、一概に作為が容易であったとするのは安易である。育児ノイローゼは精神的なものであり、夜遊びをしていたから金銭的余裕、時間的余裕があったとし、作為が容易であるとするのもまた同様である。

しかし、本問において育児ノイローゼの具体的事情が明らかでなく作為可能性・容易性について判断が不可能だとしても、甲はAの育児について乙や他の人に助けを求めたのであるから、甲は以上のような対応をとるべきであったのであり、作為可能性・容易性はあったものと思われる。

- (3) 次に構成要件的同価値性について、①、②が認められたということは、期待された作為をそれが可能かつ容易であったにもかかわらず行わなかったということであり、殺人罪の作為と不作為の同価値性は認められる。よって、本問についても構成要件的同価値性は認められる。

3. (1)次に本件甲の不作為とAの死との間に因果関係は認められるか、不作為により犯罪を犯した場合の因果関係の基準が問題となる。

この点について、不作為犯の因果関係においては仮定的推論を挟むものであるから、期待された行為をなせば結果が回避できたであろうことが合理的な疑いを超える程度に確実であれば因果関係が認められるとする。

- (2) 本問においては、Aの死亡は極度の低栄養による飢餓死である。甲が期待されたようにAに飲食物を与える、または周囲の助けを求める等の行為を行っていれば飢餓死という重大な状況にまでなりえなかったと考えられるのであるから、Aの死という結果が回避できたであろう頃が合理的な疑いを超えて確実であったと考えられる。

よって、因果関係も認められる。

4. そして、甲に故意が認められるか問題となるが、甲のAの死亡に対する故意について本文中からは読み取れないし、育児ノイローゼではあったものの、Aが死亡してよいと考えるとは一概には言い難く、未必の故意も認めるべきではない。
5. したがって、甲の上記行為に殺人罪(199条)は成立しない。
6. もっとも、甲はAの親であるから「幼年者」を「保護する責任のある者」であり、「生存に必要な保護をしなかった」。また、Aはこれにより死亡した。そして、甲はこれに関しては認識していたはずであるから、甲のAの放置行為に保護責任者遺棄致死罪(218条、

219条)が成立する。

7. そして、甲は行為時に育児ノイローゼであったため、責任の有無を検討することができる。

第2. 乙の罪責

1. 乙がAの低栄養状態を認識していたにもかかわらず、放置し、Aを死亡させた行為について殺人罪(199条)が成立しないか。

2. まず、甲と同じように不作為に実行行為性があるか問題となるが、甲の罪責の検討と同様である。

(1) ア、最初に、乙に作為義務があるかが問題となる。

ここで、作為義務についての要件も先述の通りである。

イ、本問において、①の要件を満たすか。

乙は甲とは違い、Aに飲食物を与えるなどの生存を確保するための事実行為を行っていないかった。また、甲乙間には甲の育児には口を出さないとの暗黙の了解があったため、やはり乙はAの育児には関わっていなかったと考えられ、よって①の要件を満たさない。

(2) よって、育児に関わっていなかった乙に作為義務は認められない。

3. したがって、乙には作為義務が認められないことから乙の上記行為に実行行為性も認められず、殺人罪(199条)は成立しない。

4. また、乙はAの親ではないため「幼年者」を「保護する義務のある者」にはあたらない。よって、乙の行為に保護責任者遺棄致死罪(218条、219条)は成立しない。

IV. 結論

甲の当該不作為につき保護責任者遺棄致死(218条、219条)が成立する可能性がある。

乙は何の罪責も負わない。

以上