

第1問

以下の事例に基づき、甲、乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（33歳、女性）は、乙（35歳、男性）と婚姻し、某年11月22日、乙との間に長男Aを出産したものの、Aを出産してから乙と不仲になった。その結果、婚姻後1か月もたたないうちに離婚し、甲が一人でAを育てることになった。
- 2 やがて、Aが四六時中泣き止まないことに対する苛立ちや、周りの友人家族が幸せな結婚生活を送っていることに嫉妬心を感じ始めた甲は、その育児疲れから「なぜ私だけがこんな思いをしなければならないの。私だって幸せになりたい。こんなことならAを生まなければよかった。そもそもこんな状況になった原因は乙がパチンコ通いだったことを隠していたことがいけないんじゃない。Aは乙の子供なんだし、乙に育てさせればいいのよ。」と考えるに至った。そこで、出産から3か月がたったある日、甲は乙が現在住んでいる家までAを運び、乙宅の玄関付近にAを置いて立ち去った。なお、乙宅付近は車や人の出入りがほとんどなかった。さらに、Aが置かれた場所は、草木に覆われており、乙宅前の道路からはAが見えない状態だった。また、甲がAを置いていった当時、乙は外出していた。
- 3 甲がAを放置してから10時間後、乙は、外出先から帰宅すると、玄関わきに置き去られているAを発見したものの「何で別れた女の子供がこんなところに置かれてるんだ。まあ、俺の子供じゃないし、放っておいて死んでくれれば好都合だな。」と考え、Aをそのまま放置した。
- 4 翌日、犬を散歩させていた歩行者が乙宅前を通りかかった際、犬が激しく叫んだことをきっかけに偶然Aが草むらに放置されていることが発覚し、病院に運ばれたAは一命をとりとめた。

第1 乙の罪責

不作為による殺人未遂罪（203、199）の成否が問題となる。

不真正不作為犯（**論点** 不真正不作為犯～実行行為性～  司H22,H26,H30,18H8-1,H16-1,H22-1）の実行行為性については、不作為が作為と構成要件的に同価値であればよいと解されているため、その枠内で法的作為義務違反の有無、作為の可能性・容易性、構成要件の結果発生の実現的危険性の発生時点を認定すればよい（構成要件の結果発生の実現的危険性の発生時点については不真正不作為犯の論点とは分けて「実行に着手」（43本文）したか否かという形で論じてもよい。）。

法的作為義務については、法令から基礎付けることは離婚後の事案なので難しいが、排他的支配やAの年齢を考慮すれば作為義務は認められるだろう。また、乙がAを認識した時点で殺人罪の結果発生の実現的危険性が発生していたと評価してよいであろう。

 総合 16頁  論証 1頁

第2 甲の罪責

問題文には「『……Aは乙の子供なんだし、乙に育てさせればいいのよ。』と考えるに至った。」と書かれているので、殺意がないことは明らかである。したがって、保護責任者遺棄罪（218）の要件を淡々と検討すればよい。同罪の「遺棄」に不作為形態の置き去りが含まれるかは論点であるが、本問は作為形態の移置なので論点を答案に展開してはならない点には気を付けるべきであろう。

■ 答案構成

第1 乙の罪責

- 1 殺人未遂罪（203、199）
- 2 実行行為性…不真正不作為犯
 - (1) 規範（作為義務違反、可能性・容易性、危険性）
 - (2) あてはめ
 - (3) 結論
- 3 故意
- 4 成立

第2 甲の罪責

- 1 保護責任者遺棄罪（218前段）
- 2 「幼年者」、「保護する責任のある者」、「遺棄」、故意
- 3 成立

第1 乙の罪責

1 乙がAを放置した行為に殺人未遂罪（刑法（以下、法令名省略。）203条、199条）が成立するか。

2 上記行為は殺人未遂罪の実行行為といえるか。同条は「人を殺した」として作為の形で規定しているように読めることから不真正不作為犯の場合の実行行為性が問題となる。

(1) 実行行為は構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為であり、不作為によっても結果発生の危険性を生じさせることはできる。他方、自由保障の観点から、不作為による実行行為性が認められる範囲を限定する必要がある。そこで、不作為に作為との構成要件的同価値性が認められ、かつ、構成要件的结果発生の現実的危険性が認められる場合に不作為の実行行為性が認められると考える。作為との構成要件的同価値性が認められるか否かは作為義務違反の有無、作為の可能性及び容易性をもって判断すべきである。

(2)ア 法的作為義務違反の有無

確かに、乙は甲と離婚しているので、乙は「親権を行う者」（民法820条）に当たらず、法令上の監護義務は負っていない。しかし、Aは生後3か月なので自ら生活することが不可能な年齢であった。また、乙宅付近は車や人の出入りがほとんどなく、かつ、Aが置かれた場所は、草木に覆われており、乙宅前の道路からはAが見えない状態だったことからすれば、他者によるAの救助は期待し難い状況だったといえる。したがって、排他的支配の存在が認められ

1

る。さらに、かかる排他的支配は乙自身が設定したわけではないものの、Aの年齢や置かれた場所の状況からすれば死の結果が発生する高度の蓋然性が認められる。故に、Aの要保護性が高いことに鑑みれば、なお、乙にはAを保護する義務を負わせるべきと評価できる。よって、乙は、Aを乙宅内に連れて入り、病院に連絡を取って引き取らせるという作為義務を負っていたというべきである。そうであるにもかかわらず、乙は漫然とそれを怠り、Aをそのまま放置しているため、作為義務違反が認められる。

イ 作為の可能性及び容易性

乙がAを自宅内に連れて入ることや病院に連絡することに何ら支障はなかったと考えられるので、Aを乙宅内に連れて入り、病院に連絡を取って引き取らせるという作為可能性は認められる。また、それらの作為は容易といえ、作為容易性も認められる。

ウ 危険性

Aは生後3か月であり、甲がAを放置してから乙が発見するまでに既に10時間も経過していることからすれば、乙が気付いて放置した時点において、既に死の結果発生の現実的危険性が認められる。

(3) よって、乙の上記不作為には作為との構成要件的同価値性が認められ、かつ、構成要件的结果発生の現実的危険性も認められるので、殺人未遂罪の実行行為といえる。

3 乙は「放っておいて死んでくれれば好都合だな。」と思いながら上記行為に及んでいるので、故意（38条1項本文）が認められる。

2

4 以上より、乙の上記行為に殺人未遂罪が成立する。

第2 甲の罪責

1 甲がAを乙宅の玄関付近に置いていった行為につき、保護責任者遺棄罪（218条前段）が成立するか。

2 「幼年者」につき、Aは生後3か月なので「幼年者」に当たる。「保護する責任のある者」につき、甲はAの親権者なので「親権を行う者」（民法820条）として監護義務を負うことや上述の排他的支配を設定したのは甲であることからすれば、甲は「保護する責任のある者」に当たる。「遺棄」につき、甲がAを乙宅の玄関付近に置きにいった行為は、移置として「遺棄」に含まれる。そして、甲に同罪の故意が認められる。

3 以上より、甲の上記行為に保護責任者遺棄罪が成立する。

以上