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２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～ 論 司H22,H26,H30,旧H8-1,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、構成要件的結果発生の現実的危険性の発生時点を認定すればよい（構成要件的結果発生の現実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。）。

総合 16頁　論証 1頁

法的作為義務については、離婚後であっても養育義務を負うこと（民817の12Ⅰ）、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危険性が発生していたと評価してよいであろう。

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

1頁

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。

⑴　実行行為は構成要件的結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、構成要件的結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。

⑵ア　法的作為義務違反の有無

　まず、乙は甲と離婚しているものの、養育義務を負っており（民法８１７条の１２第１項）、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

2頁

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。

⑶　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、構成要件的結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。

MEMO

MEMO

3頁
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

4頁