

刑事系 126.87 点 200 位／全受験者 8015 人・総合評価対象者 4396 人

1 第 1 . 甲 の 罪 責

2 甲 が A に授乳等をしなくなった不作為について、殺人罪（刑法 1  
3 9 9 条）は成立するか。

4 1 . 甲 の不作為に殺人罪の実行行為性は認められるか。

5 （ 1 ） 不真正不作為犯の成立には、罪刑法定主義との関係から、不  
6 作為が作為と同視できることが必要である。具体的には、①法  
7 的作為義務と、②作為の可能性・容易性が必要である。

8 （ 2 ） 甲は A の親権者であり、民法上、A に対して必要な監護を行  
9 うべき地位にある（民法 8 2 0 条）。また、A には市販の乳児用  
10 ミルクに対してアレルギーがあり、母乳しか飲むことができな  
11 かったのであり、授乳等をやめてから 2 4 時間を越えると A の  
12 生命に危険が生じ、時間の経過とともにその危険は高まってい  
13 く。そして、甲方において A に授乳等をできるのは甲だけであ  
14 るから、A の生命の保護は甲に具体的に依存していたといえる。  
15 したがって、甲には、A に対して授乳等をする法的作為義務が  
16 認められる（①）。

17 そして、授乳等することは極めて容易である（②）から、甲  
18 には不真正不作為犯が成立し、甲の不作為には殺人罪の実行行  
19 為性が認められる。

20 2 . 「実行に着手」（4 3 条本文）とは、構成要件的结果発生の現実  
21 的危険のある行為に着手した時点で認められる。

22 甲が授乳等をしなくなった 7 月 1 日朝から 2 4 時間以上を経過  
23 した 7 月 2 日昼の時点で、A に脱水症状や体力消耗による生命の

危険が生じた。したがって、7月2日昼の時点でAに授乳等をし  
なかったことをもって、A死亡の現実的危険のある不作為に着手  
したといえ、殺人罪の「実行に着手」したことが認められる。

3. では、A死亡と甲の不作為との間に因果関係はあるか。

(1) 因果関係は、行為の危険性が結果へと現実化したといえる場  
合に認められる。そして、不作為の因果関係であっても、介在  
事情のある事案では、この判断枠組みを適用できると解する。  
この判断においては、①行為の有する結果発生確率の大小、  
②介在事情の客観的異常性、③介在事情の結果発生への寄与度  
を考慮する。

(2) 確かに、仮に乙が事故に遭うことなくタクシーでAを病院に  
連れて行き、Aに適切な治療を受けさせたとしても、Aが助か  
る可能性はなく、1日ないし2日後には衰弱により確実に死亡  
していたのであるから、甲の不作為の危険性がA死亡へと現実  
化したともいえそうである。

しかし、Aの死因はタクシーに衝突されたことで生じた脳挫  
傷であり、甲の不作為はAの死因を形成していないのだから、  
甲の不作為により形成された衰弱状態が悪化して脳挫傷による  
死亡が発生する確率はきわめて低い(①)。また、タクシーとの  
衝突事故は異常性の高いものであるから、甲の不作為がタクシ  
ーとの衝突事故をもたらしたともいえない(②)。しかも、Aの  
死因はタクシーとの衝突により生じた脳挫傷である(③)から、  
タクシーとの衝突がA死亡へ決定的な影響を及ぼしている。

したがって、甲の不作为の危険性がA死亡へと現実化したとはいえず、因果関係は認められない。

4. 甲は、「Aに授乳しなければ数日で死亡するだろう」と考えて不作为に及んでいるから、殺人罪の故意があり、殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。

5. では、Aに中止犯（43条但書）が成立しないか。

「犯罪を中止した」とは、結果発生防止のために真摯な努力をしたことをいう。甲は7月3日夕方の時点からAへの授乳を開始しているが、この時点では授乳等をやめた7月1日朝から48時間以上が経過しているため、病院で適切な治療を受けさせない限りAを救命することが不可能となっている。したがって、真摯な努力があるといえるためには、Aを病院に連れて行き適切な治療を受けさせることが必要であり、授乳を再開するだけでは足りない。

したがって、Aは「犯罪を中止した」とはいえず、中止犯は成立しない。

6. 以上より、甲は殺人未遂罪の罪責を負う。

## 第2. 丙の罪責

### 1. 共同正犯

丙は甲の意図を察知しているが、甲は「丙は、私の意図に気付いていないに違いない」と思っているため、甲丙間でA殺害の共謀があったとはいえない。そして、片面的共同正犯は、共同正犯の本質である心理的因果性を欠くから認められないと解する。したがって、殺人罪の共同正犯の成立は認められない。

2. では、丙が7月2日昼の時点から甲に対しAに授乳等をするように言わなかった不作為について、不作為による殺人罪が成立しないか。

丙はAの親権者ではないから、民法上、Aを監護すべき地位にない。また、Aの生命の危険を生じさせたのは甲であるし、授乳等を行えるのは甲自身である。したがって、丙について、甲に対しAに授乳等するように言う法的作為義務を認めることはできない。

したがって、この不作為について、殺人罪は成立しない。

3. それでは、7月3日昼過ぎに丙が甲の母親に嘘をつき母親の訪問を妨げた時点以降の不作為について、殺人罪が成立しないか。  
なお、丙が甲の母親に嘘をつき訪問を断念させたことは、Aに対して必要な監護をしないという不作為の一環であり、作為ではない。

(1) 7月3日昼過ぎの時点では、病院で適切な治療を受けさせない限り救命できない程度までにAの生命の危険は高まっていた。  
そして、丙は甲の母親に嘘をつくという積極的な行為により、母親の訪問を妨げ、母親がAを病院に連れて行き適切な治療を受けさせるという機会を喪失させた。しかも、甲方という閉鎖的空間において、甲がAを殺害するために授乳等をやめている状況下では、Aを病院に連れて行き適切な治療を受けさせることができるのは丙しかいないため、Aの生命の保護は丙に具体的に依存していたといえる。したがって、丙が嘘をつき甲の母

親の訪問を妨げた時点以降から、丙にはAを病院に連れて行き適切な治療を受けさせるという法的作為義務が認められる(①)。

そして、この作為は容易であるから(②)、丙の不作为には殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) 丙は、「Aが確実に死亡することによるだろう」と思っていながら不作为に及んでいるから、A死亡の認識・認容があり、殺人罪の故意が認められる。したがって、丙には殺人罪未遂罪が成立し、丙はこの罪責を負う。

### 第3. 乙の罪責

1. 乙が甲方に立ち入った行為について住居侵入罪(130条前段)が成立するか。

(1) 乙は甲と別居しており、それから4ヶ月も経過しているから、甲方は、乙との関係では「人の住居」に当たる。

(2) 甲は乙に対して「二度とアパートに来ないで」と立ち入り拒否の意思を明確に表明しているから、乙の立ち入りは管理権者たる甲の意思に反すといえ、「侵入」に当たる。したがって、住居侵入罪が成立する。

2. 乙が「未成年者」であるAを「誘拐」した行為に未成年者誘拐罪(224条)が成立するか。

(1) 親権者である乙も本罪の主体となるか。

本罪の保護法益には、監護権者の監護権だけでなく、未成年者の安全も含まれると解する。したがって、親権者による誘拐も未成年者の安全を害するおそれがあるから、親権者も本罪の

- 1           主体になると解する。よって、乙は本罪の主体となる。
- 2       (2) そして、Aの監護に慣れていない乙がAを外に連れて行くこ
- 3           とはAを危険にさらすことになるから、違法性阻却は認められ
- 4           ない。したがって、未成年者誘拐罪が成立する。
- 5       3. 2つの罪は、牽連犯となり、乙はこの罪責を負う。           以上