

第1. 甲が授乳等を一切しなくなった点についての甲の罪責

甲が、7月1日朝の授乳を最後に、Aに対して授乳等を一切しなくなった点につき、甲に殺人罪(刑法(以下略)199条)が成立するか。

1. まず、甲の不作为が殺人罪の实行行為に当たるとあるか。

(1) 不真正不作为犯が成立するためには、罪刑法定主義との関係から、不作为が作為と同視できることが必要である。

そこで、①作為義務及び②作為の可能性・容易性を満たす場合には、不作为が作為と同視でき、实行行為性を有すると解する。

(2) 甲は、Aの母親として、生後4ヶ月のAの親権を有する(民法818条)。そして、甲は、Aの親権者として、Aを監護する義務を課されている(民法820条)。

また、Aの父親に当たる乙は、甲と不仲になり、同居していたアパートから出て行った。その後、甲は新たに丙と同棲を始めるが、丙は、自らの寝不足が原因で、Aの世話を一切行わなくなった。

従って、Aの生育については、甲に依存していたと言える。

以上より、甲に作為義務が認められる(①)。

また、甲は、Aに対して授乳等を行うのは可能であつたし、容易でもあつたと言える(②)。

(3) よって、甲が授乳等をしなかった不作为は、殺人罪の实行行為に当たる。

2. 3. 2. 授乳停止後の2日直前には、Aに生命の危険が生じており、同罪の实行の着手が認められる。Aには、死亡という結果が発生している。むしろ、甲の不作为は、まさに、

Aの死亡結果の間には、Aが乙に外へ連れ出され、さらにタクシーに衝突されるという介在事情が存在する。

そこで、因果関係が認められるかが問題となる。

(1) まず、不作为犯の条件関係が認められるか。

A. 不作为犯は、仮定的判断が伴うことに鑑み、期待した作為がなされれば、高度の蓋然性をもって結果が回避される場合、条件関係が認められると解する。

1. 甲が、Aの母親として期待する授乳等を行い、アレルギー体質を有するAに母乳で育て栄養を与えることを続けていたが、Aが脱水状態等で生命の危険に陥ることになった。このため、乙がAを連れて病院に行こうとしようとしたが、高度の蓋然性をもって回避できたとする。

よって、条件関係は認められる。

(2) 次に、以上の外に、条件関係が認められるかを検討する。ことを前提に、因果関係が認められるかを検討する。

A. ここで、因果関係が認められるのは、行為の危険性が結果へと現実化した場合であると解される。

1. 確かに、乳児であるAに授乳等をしていないことは、Aの生命に危険を及ぼしかねない点で、それ自体危険なものであると言える。

しかし、別居状態にある乙が、甲のいない隙にアパートに立ち入り、Aを連れ出すこと、さらに、^A乙が外でタクシーに衝突されるという介在事情は、想定外の出来事であり、その

異常性は高い。

また、Aの直接の死因は、タクシーに衝突したことで生じた脳挫傷である。このため、介在事情の結果発生への寄与度が高いと言える。

以上より、~~甲~~甲の不作為とA死亡結果の間の因果関係は否定される。

よって、甲には、Aに対する殺人未遂罪(199条、203条)が成立する。

4. 中止犯(43条但書)の成否について。

(1) 中止犯の制度趣旨が、行為者の非難可能性の減少にあると解されることから、「自己の意思により犯罪を中止した」と言うためには、結果発生防止のため真摯な態度を取ったことを要する。

(2) 甲は、確かに、目に見えて衰弱していたAを見てかわいそうになり、Aを殺害するのをやめて授乳することを再開した。そして、3日方から4日昼前までの間に、2、3時間おきに授乳した。

しかし、Aは、1日朝までの授乳から、48時間以上、母乳を得ることができなかった。このため、病院で適切な治療を受けられない限り、生存を続けることができない状態に陥っていた。

そうであるのに、甲は、Aの早期回復のために、病院に連れて行くことが不可欠だと認識しつつも、病院から警察に通報されるのを警戒するという事から自己の都合で、病院への搬送を回避した。

(3) よって、甲は、結果発生防止のための真摯な態度を取ったとは言えず、中止犯は成立しない。

第2. 甲が授乳等をしなかった点についての^丙その罪責

1. 丙には、甲に対する殺人未遂罪(199条、203条)の共謀共同正犯(60条)が成立するか。

共謀共同正犯が成立するには、共謀が認められる必要がある。丙は、確かに、甲がAへの授乳等をやめてAを殺害するという甲の意図を察知している。

しかし、丙は、単にAの態度を見て見ぬふりをしたにすぎない。従って、甲丙間には、明示的な意思連絡がなく、共謀があったということができずない。

よって、丙には、殺人未遂罪の共謀共同正犯は成立しない。
2. 次に、丙には、甲がAに対する殺人未遂罪の単独正犯(同時犯)が成立しないか、丙の不作為に不真正不作為犯の実行行為性が認められるかを検討する。

丙は、確かに、甲と同棲しており、Aが授乳を受けられなくなった7月1日以降の時点で、Aと同居している。

しかし、丙は、Aとの血縁関係はなく、Aの親権者ではない。また、Aを一次的に監護するのは、Aの母親であり甲であって、丙ではない。

以上より、丙には、①作為義務がない。

よって、丙には、Aに対する殺人未遂罪の単独正犯は成立しない。

3. それでは、丙には、不作為による殺人未遂罪の幫助犯(62条1項)が成立するか。

不作為による幫助犯が成立するためには、作為による幫助犯と

同視でそれだけの作為義務及び②作為の可能性・容易性を認める必要がある。

乙は、Aを殺害するという甲の意図に気がいた2日昼前に、Aが確実に死すとは思いつながら、甲に対し授乳等をするよう促すなどの措置をせず、見て見ぬふりをした。

加えて、乙は、3日昼すぎに、甲の母親から電話連絡を受けた際「甲の母親は、Aの衰弱した姿を見れば必ず病院に連れていく。そうすればAは助かる」として、甲の母親に嘘の用事があることを告げて、母親の甲方訪問を断念させた。かかる行為は、Aが授乳等を受けず、生存に困難にする状態を継続させるものとする。

従って、①作為義務が認められる。

また、丙は、甲Aと同居しているから、④Aを救命することは可能であり、容易であると言える。

以上より、不作為による実行行為性が認められる。

そして、上記の通り、母親の甲方訪問を断念させる等により、物理的にA殺害を促進している（「幫助した」）。

よって、丙には、殺人未遂罪の幫助犯（62条1項）が成立する。

第3. 乙が甲方に立入り、Aを連れ出した行為

~~乙が甲方に立入った行為は~~ 確かに、甲方の名義は、乙であるが、

乙は、甲方を連れ出しており、それ以降、甲がアパートの家賃を負担している。

また、甲は乙に対し、「二度とアパートには来ないで」と言わしている。

以上より、乙が甲方アパートに立入った行為は、住居権者と認められ、甲の意思に反する立入りに当たり、「侵入した」に当たる。

よって、乙には住居侵入罪が成立する。(①)

次に、「未成年者」たるAを連れ出した行為は「略取」に当たるとして、未成年者略取罪（224条）が成立する。

同罪の保護法益は、^{父兄的}監護者及び事実上の監護者の監護権である。そこで、事実上の監護者の監護権を害する態様での連れ出し行為は、「略取」に当たると解する。

乙は、確かに、Aの父親である。

しかし、乙が甲方を連れ出した後、甲方は、丙が甲と同棲生活を始めている。このため、丙がAを事実上監護する立場の者に当たる。

そうだとすると、丙の意図に反する形で、Aを連れ出した乙の行為は、「略取」に当たる。

よって、乙には、未成年者略取罪（224条）が成立する。(②)。

上記で検討した①と②の罪は、牽連犯（54条1項後段）となる。

以上。

140m