

## I. 反対尋問

1. 検察レジュメ 3 頁 20 行目で、共同正犯を構成するのは当然であるとしているが、このように言い切れる具体的根拠はなにか。
2. 検察レジュメ 5 頁 13 行目に「両者が共謀の上」とあるが、この時点で甲乙間に何罪に対するどのような「共謀」があったのか。
3. 検察レジュメ 5 頁 17 行目以下で、甲乙間には保護責任者遺棄致死罪の限度で意思連絡が認められるとしているが、このように認定する根拠は何か。
4. 検察レジュメ 5 頁 19 行目について、なぜ検察側は甲と乙に殺人罪の共同正犯を成立させなかったのか。

## II. 学説の検討

### a 説

この説は「共同して結果を回避すべき」という共同義務が存在する場合に限り不作為の共同正犯の成立を認める<sup>1</sup>。この考えによれば、意思を通じて法益侵害を共同惹起していても共同義務が存在しない限り不作為の共同正犯を認めないことに繋がり、共同正犯の成立範囲を不当に狭めてしまう<sup>2</sup>。

よって、弁護側は本説を採用しない。

### b 説

それぞれを不作為の単独正犯として処罰できる場合にあって共同正犯を認める必要がないとの考えもある。しかし、不作為であっても意思を通じて行えば、共同して法益侵害を惹起している以上、共同正犯を構成するのは当然であり、共同正犯を認める実益の存在する場合に限り成立させる必要はない<sup>3</sup>。また、単独正犯として処罰可能な者であっても、他者と協働して結果を惹起した関係にあるならば、それを法的評価に反映させるべく、共同正犯として評価すべきである<sup>4</sup>。

よって、弁護側は本説を採用する。

## III. 本問の検討

### 第 1. 甲の罪責について

1. 甲の A を病院から連れ出して適切な措置を施すことなく放置し、窒息死させた行為について不作為の殺人罪(刑法[以下法令名略]199 条)が成立しないか。

(1) 実行行為とは、特定の構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為であるところ、

<sup>1</sup> 金子博『不作為犯の共同正犯(2・完)』(立命館法学 347 号、2013 年)194 頁。

<sup>2</sup> 前田雅英『不作為と共犯』法学教室 150 号(有斐閣、1993 年)23 頁。

<sup>3</sup> 前田・前掲 23 頁。

<sup>4</sup> 橋爪隆『法学教室 422 号(刑法総論の悩みどころ)』(有斐閣、2015 年)97 頁。

不作為でもかかる危険性を有しうる。もっとも、全ての不作為に実行行為性を認めると不当に処罰範囲が拡大し、刑法の自由保障機能を害する。したがって、①作為義務があり、②作為が可能かつ容易であるといえれば、不作為を作為と同視することができ、実行行為性が認められる。そして、①については、具体的には先行行為、保護の引き受け、排他的支配性、法令・条理等を総合考慮して判断する。

(2)ア 本件では、甲は脳内出血により重度の意識障害にある A を病院から連れ出して自宅へ運び込み、病院での治療を受けられない状態にしているため、先行行為が認められる。そして、甲は自宅において A にシャクティパット治療を施しており、乙は甲の信奉者であり甲のかかる治療によって A の容態が回復することを信じて甲に治療を依頼していることから、保護の引き受け及び排他的支配性も認められる。

イ 以上の事情を総合考慮すれば、甲に作為義務が認められる(①充足)。

ウ また、甲は自宅から救急車を呼んだり、A の入院先の病院に連絡したりすることはできたため、作為は可能かつ容易であったといえる(②充足)。

(3)したがって、甲の本件行為に実行行為性が認められる。

(4)ア 不作為の因果関係については、期待された作為がなされたならば結果を回避することが合理的な疑いを超える程度に確実であった場合に認められる。

イ 本件では、甲の自宅において A の容態が急変したがその時点で救急車を呼んだり、A の入院先の病院に連絡したりするなどしていれば A は救命できた。よって、期待された作為がなされていれば A 死亡結果を回避することが合理的な疑いを超える程度に確実であったといえる。

ウ したがって、因果関係は認められる。

(5)また、甲は容態が急変した A がこのままでは死亡してしまうと認識していたため、殺人の未必の故意があったといえるため、故意(38条1項本文)も認められる。

2. したがって、甲の本件行為に不作為の殺人罪が成立する(もっとも、後述するが、Y と保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立する)。

## 第2. 乙の罪責について

1. 乙の A を病院から連れ出して適切な措置を施すことなく放置し、窒息死させた行為について、不作為の殺人罪の共同正犯(60条、199条)が成立しないか。

(1) 共同正犯の処罰根拠は、自己又は他人の行為を介して因果を作出し、特定の構成要件的结果の危険性を共同惹起した点にある。したがって、乙に甲との共同正犯が成立するためには、①不作為者の作為義務、②共謀、③共謀に基づく実行行為が必要であると考えられる。そして、共謀とは犯罪の共同遂行に関する合意をいい、具体的には、意思連絡と正犯意思をいう。

(2)ア 本件では、乙は A を病院から連れ出し、甲の自宅に運び込み、病院での治療を受けられない状態にしているため、先行行為に基づく作為義務が認められる(①充足)。

イ また、乙は甲と共謀の上で A を病院から連れ出し、甲の自宅に運び込んでいることから、

意思連絡がある。さらに、乙は治療後の A の状態を見る限りでは容体が芳しくないとは感じていながらも、なんら A の生存に必要な措置をとろうとしなかったことから、正犯意思も認められる(②充足)。

ウそして、乙は当該共謀に基づき、上記実行行為に及んでいる(③充足)。

(3) 以上より、すべての要件を充たすため、乙の本件行為に不作為の殺人罪の共同正犯が成立するように思われる。

2. しかしながら、本件において乙は遺棄の故意しかなく殺人の故意を有していなかったため、乙は甲の殺人罪にまで責任を負うか。共犯間における抽象的事実の錯誤が問題となる。

(1) 共同正犯の処罰根拠は、自己又は他人の行為を介して因果を作出し、特定の構成要件の結果の危険性を共同惹起した点にある。したがって、異なる構成要件についても行為態様及び法益の点で実質的に重なり合う程度であれば当該危険が認められるといえる。

(2) 本件では、乙は甲を信奉し、治療の効果を信じていたものの、治療後の A の状態を見る限りでは容体が芳しくないと感じていた。しかし、乙は A の容体を確認することができ、甲に真摯な治療を求めたり、病院へ連れて行くといった行動をとること可能であったことから、実質的に A の死亡を左右しえる地位にいたといえ、「保護する責任のある者」にあたる。よって、乙の本件行為に保護責任者遺棄致死罪(219 条、218 条)が成立する。

(3) そして、不作為の殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は人の死という結果発生認識の認識の有無という点で異なるだけであり、放置行為という行為態様に重なり合いがある。また、人の生命という法益の点では同一といえる。

3. したがって、乙の本件行為に保護責任者遺棄致死罪の範囲で共同正犯が成立する。

#### IV. 結論

甲に殺人罪の単独正犯(保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯)が成立し、乙に保護責任者遺棄致死罪の共同正犯が成立する。

以上