

I. 事実の概要

5 甲は、手のひらで患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるといって「シャクティパット」と称する独自の治療を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。

10 信奉者の一人である乙には、脳内出血により重度の意識障害状態にある入院中の父親 A がいた。乙は甲のシャクティパット治療により A の容体が回復すると信じ、甲に治療を依頼した。それを受け入れた甲は、乙と共謀して A を病院から連れ出し、甲の自宅に運び込んだ。

15 その後、甲の自宅にて治療が行われたが、A の容体は急変し、早急に適切な治療を施さなければ死亡してしまう状態になった。甲はこのままでは A が死亡してしまうと認識しながらも、治療を終えたため安息にさせているなどと言いながらなんら適切な措置を施すことなく 1 日放置し、そのまま A を痰の気道閉塞に基づく窒息により死亡させた。

また、甲の治療中及び治療後の間、乙は A の回復を真摯に祈っており、A が死亡すること容認していたとは言い難かった。しかしながら、治療後の A の状態を見る限りでは A の容体が芳しくないとは感じていた。

20 甲及び乙の罪責について検討せよ。なお、不作為による実行行為が認められることについて争う必要はないとする。

参考判例：最高裁平成 17 年 7 月 4 日第二小法廷決定

II. 問題の所在

25 「不作為」正犯に「不作為」で関与した場合、共犯関係をどう評価すべきか。

III. 学説の状況

30 不作為と不作為が併存する場合、複数の作為義務者の結果に対する物理的な因果関係から寄与度を比較することは難しい。そこで、単独正犯と共同正犯の区別を共同正犯の「共同性」におく。

α 説

「共通した作為義務」を「ある犯罪的結果を防止すべき保障者としての共同の作為義務」¹とすると、共同義務を関与者全員が共同して履行しなければ結果を回避できない

¹ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣, 2008年)301頁。

場合に限るべきとする説。つまり、作為義務違反した不作為を共犯者が相互に利用・補充し合って実現するときに共同正犯を認める²。各関与者が単独で義務を履行できる場合、単独正犯の同時犯に過ぎないとする。

5 β 説

単独正犯として処罰可能な者であっても、他者と協働して共同正犯の要件を満たす限り、共同実行によって結果を惹起したことに關して、法的評価に反映させるべく、共同正犯として評価する説。

10 IV. 判例(裁判例)

東京高裁平成 30 年 4 月 26 日 平 29(う)750 号

[事実の概要]

15 被告人は、難病を治せる「龍神」と称し、当時 7 歳の男児であった被害者の母親から、被害者が罹患している 1 型糖尿病について相談を受けると、母親及び被害者の父親との間でその治療を引き受けることを約した。

被告人は被害者が定期的にインスリンを投与しなければ死亡するおそれがあることを知りながら、母親が被害者にインスリンを投与することなく被害者の 1 型糖尿病の治療ができるものと信じて被告人の指示に従っていることに乗じ、かつ、被害者を保護する責任を有しており、悩みながらも被告人の指示に従うことにした父親と意思を通じた上、殺意をもって、両親に対し、被害者に対するインスリンの投与の中止等の指示に従うよう命じ、
20 両親をして、被害者にインスリンを投与させずにこれを放置させ、被害者を、糖尿病性ケトアシドーシスを併発した 1 型糖尿病に基づく衰弱により死亡させて殺害した。

[判旨]

25 「父親との関係で共謀共同正犯の成立を認めた点について……父親については、被告人の治療には半信半疑ではあったものの、……インスリンの不投与という被告人の指示に従う決断をしたものと認められる。……父親は、被告人の指示や言動による影響を相当程度受けてはいたものの、その程度は母親程大きくはなく、被害者にインスリンを投与するか、被害者を病院へ連れていくといった行動をとることは不可能ではなかったと認めら
30 れ、父親を道具として利用したとまで認定することには躊躇を覚える。……被告人の上記指示は、被害者へのインスリンの不投与という殺人の実行行為に対して初動的かつ主導的に強い影響を与えたものとして、まさに正犯の行為と評価すべきである。また、被告人の上記指示は、母親を通じて父親に伝わり、父親がその指示に従う決断をしたのであるから、順次共謀となる。なお、父親については、殺意が認められず、保護責任者遺棄の認

² 大塚・前掲 422 頁および 459 頁。

識・認容に止まるから、保護責任者遺棄致死の限度で共同正犯が成立する。……原判決の上記要約した認定、評価に論理則、経験則等に反する不合理な誤りは認められない。」

[引用の趣旨]

- 5 本判決は、被告人の不作为による殺人を認定し、その不作为正犯と意思連絡をした上で不作为で関与した者に共同正犯を認めており、共同して法益侵害を惹起している以上、不作为であっても共同正犯を構成するとするβ説に立った判例であるといえる。

V. 学説の検討

10 α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为の共同正犯の成立を認める³。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为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⁴。

- 15 よって、検察側は本説を採用しない。

β説

- それぞれを不作为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、不作为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⁵。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⁶。

- 25 よって、検察側は本説を採用する。

VI. 本問の検討

第1. 甲について

1. 甲がAを病院から連れ出して放置したことにより、同人を窒息死させた不作为につき、殺人罪(刑法199条、以下刑法略)は成立するか。
- 30 2.(1)ア 不作为に実行行為性が認められることに争いはないところ、罪刑法定主義等の観点から、実行行為性が認められるためには、不作为者の作為義務と作為可能性・容易性が必要である。作為義務の認定に際しては、先行行為、保護の引受け、排他的支配の有無等を考慮

³ 金子博『不作为犯の共同正犯(2・完)』(立命館法学347号,2013年)194頁。

⁴ 前田雅英『不作为と共犯』法学教室150号(有斐閣,1993年)23頁。

⁵ 前田・前掲23頁。

⁶ 橋爪隆『法学教室第422号(刑法総論の悩みどころ)』(有斐閣,2015年)97頁。

要素とする。

5 本件では、甲は乙から A の治療を依頼されたことを受けて、適切な医療行為が期待される病院から同人を連れ出しており、甲の先行行為には問題がある。また、その後、A は甲の自宅に運び込まれ、シャクティパット治療を受けている。甲は A の死亡結果の発生の防止を引き受けているといえること、乙が甲の治療の効果を信じていること、甲の自宅は一般人が通常出入りするような場所ではないこと等を踏まえると、甲には保護の引受けおよび排他的支配性が認められる。したがって、甲には作為義務が認められる。

また、甲は自宅からであれば、救急車を手配するなどして適切な医療行為が行われるようにすることは可能であり、かつ容易であったといえる。

10 したがって、甲の不作为には実行行為性が認められる。

イ 甲の不作为により、A は死亡している。

15 ウ 不作为の因果関係を認めるには、期待された作為がなされたならば結果が発生しなかったことが合理的な疑いを超える程度に確実であったことが必要である。本件では、A は甲の自宅で容体が急変したものの、早急に適切な治療を施せば救命が可能な状況であった。したがって、甲が救急車を呼ぶなどの期待された作為をなしていれば、A の死亡結果が発生しなかった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、因果関係が肯定される。

(2) 故意(38 条 1 項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいうところ、本件では、甲は、このままでは A が死亡してしまうと認識しながら、作為をなさなかったというのであり、未必の故意が認められる。

20 (3) 以上より、甲の不作为は殺人罪の構成要件に該当する。

3. よって、甲の不作为につき、殺人罪が成立する。

第 2. 乙について

25 1. 乙が A を病院から連れ出して放置したことにより、同人を窒息死させた不作为につき、保護責任者遺棄致死罪(219 条、218 条)が成立するか。

2. 同罪が成立するための要件は、①保護責任者が、②病者等を「遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかった」ことにより、③同客体を死亡させたことである。

30 3.(1)ア 本件において、A は乙の父親であり、直系血族は互いに扶養義務を負うこと(民法 730 条)や乙自身も A を病院から連れ出していることなどからすると、乙は保護責任者にあたるといえる。(①)

イ また、乙は、A の容体が芳しくないと感じていながら、甲に真摯な治療を求めたり、自ら救急車を呼んだりするなど、同人の生存に必要な保護をしなかったというのである。したがって、乙は「必要な保護をしなかった」といえる。(②)

ウ そして、結果として、A は死亡している。(③)

35 (2) 故意の定義は前述の通りであるが、乙に保護責任者遺棄という犯罪事実の認識認容が存在することは明白である。そして、結果的加重犯の場合には、加重結果に対する認識認容は

不要であるから、乙には保護責任者遺棄致死罪の故意が認められる。なお、乙は、Aの回復を真摯に祈っており、Aの死亡を容認していたとは言い難かったというのであるから、乙に殺意は認められない。

(3) 以上より、乙の不作為は保護責任者遺棄致死罪の構成要件に該当する。

5 4. よって、乙の不作為につき、保護責任者遺棄致死罪が成立する。

第3. 共犯関係について

1. 本件において、甲と乙との間に共謀の事実が認められるところ、甲と乙の各不作為に共同正犯(60条)は成立するか。

10 2. この論点につき、検察側はβ説を採用するので、不作為であっても、複数の者同士で意思を通じ、共同して法益侵害を惹起したならば、共同正犯を構成するものとする。

3. 本件において、甲と乙は、甲のシャクティパット治療を行うために、両者が共謀の上、Aを病院から連れ出して甲の自宅に運び込んだ。そして、両者の前述のような各不作為により、Aの死亡結果という法益侵害を惹起したというのであるから、複数の者同士で意思を通じ、共同して法益侵害を惹起したといえる。なお、甲に殺意が認められるのに対し、乙には殺意が認められないので、両者の間に通じた意思の範囲は保護責任者遺棄致死罪の限度においてのみ認められる。

15 4. よって、甲と乙の各不作為には、保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立する。

20 VII. 結論

甲の不作為につき殺人罪が成立し、乙の不作為につき保護責任者遺棄致死罪が成立する。両者は保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる。

以上