

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ1頁18行目で、正犯と共犯の区別を問題の所在としているにもかかわらず、学説として、正犯と共犯の区別に関連性の乏しいア説～エ説という共謀共同正犯の成立範囲に関する学説を挙げているのは何故か。
2. 検察レジュメ2頁9行目においてα説を「間接正犯の正犯性を実行行為性に求める考え方」としているが、かかる説明は実行行為説の説明と同視できるため、考えが混同しているのではないか。混同していないとすれば、通説たる実行行為説を挙げている理由はあるのか。
- 10 3. 検察レジュメ3頁29行目以下のウ説の批判として「その者の関与がなくとも同じように犯罪計画が実現された可能性がある場合」とは具体的にはどのような場合を想定しているのか。
4. 検察レジュメ4頁22行目以下における間接正犯の正犯性につき、「①主観的には、故意の他、他人を道具として利用し、自己の犯罪を実現する意思があり、②客観的には、利用行為により他人を一方向的に支配・利用し、構成要件を実現する現実的危険性」を生じさせたこととしているが、これは道具理論の立場に依拠した根拠づけではないか。
- 15

II. 問題の所在

1. Aの不作为による犯罪行為に作為義務者であるBが不作为で参加する場合、Bに共同正犯と
- 20 幫助犯のどちらかが成立するか。共同正犯においては正犯性、すなわち自己の犯罪を実行したと同視できる必要があるところ、正犯性の判断基準が問題となる。
2. Xに間接正犯と教唆犯のどちらが成立するか。間接正犯においては固有の正犯概念が必要であるところ、かかる固有の正犯概念の判断基準が問題となる。

25 III. 学説の検討

1. BがAとの共同正犯となるか。
- (1). 共謀共同正犯の成立範囲について
- 60条の解釈から共同正犯成立のためには「共同意思」と「共同実行」が必要と解される
- 30 ところ、ア～エ説は「共同実行」を行っていない共謀者も「共同実行」をしたと認めてよいか、という共謀共同正犯成立範囲に関する学説である。換言すれば、共同正犯の共犯性を説明しているに過ぎず、共同正犯の正犯性とは別の問題である¹。
- よって、実行共同正犯である本問とは関連性が低く、論ずる実益は乏しいと考える。

¹ 浅田和茂『刑法総論[補正版]』(成文堂,2007年)419頁。

なお、仮に共謀共同正犯であると仮定すると、

ア説(形式的実行共同正犯説)

- 5 検察側と同様の理由で採用しない。

イ説(共同意思主体説)

検察側と同様の理由で採用しない。

- 10 エ説(緩やかな共同正犯説)

本説は共謀と共謀に基づく実行行為を前提に、共謀者内の地位・役割の重要性を判断することで共同実行の欠如を補完する説であるが、これらの要素によって一部で実行している、すなわち共同実行がないという重要な事実を補完しきれていないとは言えない。また、本説は実行者の背後にいる黒幕・大物の者を処罰しようとする見解に基づく説であるため、本説によって単なる従犯

- 15 に過ぎない者が正犯として重く処罰されやすくなる²ことは妥当ではない。

よって、弁護側は本説を採用しない。

ウ説(機能的行為支配説)

- 20 本説は丙 2 説(行為支配説)から派生した説であり、構成要件に該当する事実を行ったといえる者が正犯、共同者の行為を支配、すなわち自分の思うように行動させ、本人自身がその犯罪主体と同視できる者を(共同)正犯とする説である³。後述の通り、丙 2 説に妥当性があり、また本説は犯罪実現に対する本質的な機能ないし重要な寄与を理由として共謀者の正犯性を肯定する⁴点である。

よって、弁護側は本説を採用する。

- 25

(2) 正犯と共犯の区別について

問題の所在である B が正犯と共犯どちらに当たるかという問題は、いわゆる「正犯と共犯の区別」という観点から別途検討が必要である。

- 30 甲説(主観説)

本説は、因果関係に関する条件説を基礎とし、すべての条件は原因として等しいために正犯と共犯を因果関係の観点から区別するのが不可能という考えから、自己の行為を行う意思で行為す

² 山中敬一『刑法総論[第 3 版]』(成文堂,2015)935 頁。

³ 団藤重光『刑法綱要総論[第 3 版]』(創文社, 1990 年)372 頁以下。

⁴ 井田良『刑法講義総論の理論構造』(成文堂, 2005 年)349 頁。

る者を正犯、他人の行為に加担する意思で行為する者を共犯とする説である。もっとも因果関係に関する条件説自体が不当である⁵ため、これを基礎とする本説は妥当ではない。

よって、弁護側は本説を採用しない。

乙説(形式的客観説)

- 5 本説は、構成要件に該当する実行行為をする者を正犯、実行行為以外の行為をする者を共犯とする説である。構成要件該当行為を自ら直接に行う者のみが正犯であるとすることは、間接正犯や共謀共同正犯の正犯性を完全に否定する⁶ことになり、妥当ではない。

よって、弁護側は本説を採用しない。

10 丙説(実質的客観説)

本説は、実質的基準によって構成要件を解釈することで、正犯性を判断するという説である。客観面を重視しながら、主観面をも考慮することができる点で妥当である⁷。また、正犯性を認めるためには、ある行為が正犯行為と構成要件的评价の上で同視できる必要がある。そうであれば、どのような場合に直接正犯と同等の構成要件該当性が認められるかが問題となるから、実質

- 15 的基準により正犯性を明らかにしようとする本説に妥当性がある⁸と言える。

そこで、どの観点を「実質的」にみるのかについては以下の学説に分かれる。

丙 1 説(行為危険性説)

- 20 本説は、行為が持つ構成要件実現ないし結果発生「危険性」を基準とする説である。もっとも一般的に、教唆・幫助行為も正犯行為と同様、結果発生に危険な行為である。また、行為が一定程度の危険性を有し、かつ結果との間に因果関係が認められることを前提として初めて正犯性が論じられるにもかかわらず、正犯性判断で再度、危険概念を用いることは困難⁹であり、危険概念を重複して論じる点にも疑問が残る。

よって、弁護側は本説を採用しない。

25

丙 2 説(行為支配説)

- 30 本説は、構成要件実現のプロセスを行為者が「支配」しているかどうかを基準とする説である。具体的には構成要件的结果実現について主たる役割を演じた「支配者」が正犯とされる。もっとも「支配」とは、因果の過程を思うがままに左右できるところまでは必要でなく、実現事実を第 1 次的に帰せられるべきとされる程度に主導的役割を演じれば「支配」といえる⁹と考える。そもそも正犯性を認めるかは不法帰属の分配が問題となっているため、本説はかかる判断の実態

⁵ 大谷實『刑法講義総論[新版第 5 版]』(成文堂,2019 年)397 頁。

⁶ 井田・前掲 294 頁。

⁷ 福田平『刑法総論[第 5 版]』(有斐閣,2011 年)252 頁。

⁸ 井田良『講義刑法学・総論[第 2 版]』(有斐閣,2018 年)437 頁。

⁹ 井田・前掲 296 頁。

を最も素直に理論に反映させており¹⁰、妥当である。

よって、弁護側は本説を採用する。

5

2. Xに間接正犯が成立するか。

α1 説(道具理論)

弁護側は本理論を「道具性」を説明した理論と解する。よって、以下、本理論の派生として

α2 説(実行行為説)を挙げる。

10

β 説(規範的障害説)

検察側と同様の理由により採用しない。

γ 説(行為支配説)

15 間接正犯は他人を道具とすることによって犯罪を実現させる場合¹¹をいう。よって、間接正犯の本質はその①道具性②正犯性であると考え。本説は、間接正犯の正犯性を行為支配、すなわち、その者が構成要件結果実現について主導的な役割を演じたか否かで判断する説である。かかる見解は①の根拠である、被利用者を道具として扱ったか否か、と同視することができ、本説を採用すれば①が認められた場合には確実に②も認められることになる。したがって、間接正犯の
20 正犯性の判断基準としては妥当ではない。

よって、弁護側は本説を採用しない。

α2 説(実行行為説)

25 本説は直接正犯と異なる実行行為性に間接正犯の正犯性を求める見解である¹²。本来、正犯とは構成要件を実現する現実的危険性を有する行為を行うものと解すべきであり、この点、間接正犯が正犯とみられるためにも構成要件実現の現実的危険性を有する行為を行っているといえる必要がある¹³ため、実行行為性に着目する本説は妥当である。

よって、弁護側は本説を採用する。

30 IV. 本問の検討

第1 Xの罪責について

¹⁰ 井田・前掲 297 頁。

¹¹ 大塚仁 『刑法概説総論[第4版]』(有斐閣, 2008)158 頁。

¹² 大谷・前掲 141 頁。

¹³ 川端博 『刑法総論講義[第2版]』(成文堂, 2006 年)320 頁。

1 XがAをしてCの治療に必要な措置をとらせず、死に至らしめた行為につき、殺人罪(刑法[以下法令名略]199条)の間接正犯が成立しないか。

2(1) 正犯とは、構成要件を実現する現実的危険性を有する行為を行う者であり、構成要件は通常、作為により実現されることが想定されているが、本件においてXは、Cにインスリンを投与しないと死亡することを認識しながら、Aにインスリンを投与しないよう指示し、結果としてCを死に至らしめていることからXの行為は不作为によるものであるといえる。そこで、Xが正犯といえるのかが問題となる。

(2) XはCの治療を引き受けることを約し、AはXの指示に従っていたが、Xが直接Cの治療を行っていたものではなく、たとえXの指示があったとしても、Aが絶対にそれに従うとは必ずしも言い切れない。よって、Xのかかる行為は直接正犯と異なる構成要件実現の現実的危険性を有する行為とはいえない。

(3) したがって、Xのかかる行為に殺人罪の間接正犯は成立しない。

3 ここで、Xの上記行為につき、保護責任者不保護致死罪(218条後段、219条)の教唆犯(61条1項)が成立しないか。

4(1) Xが、AにCへのインスリン投与の中止を指示した行為は、Aに保護責任者不保護致死罪の実行行為に出る決意をさせたものであるといえ、「教唆」にあたる。また、Aはその教唆に基づき犯罪を実行している。もっとも、同罪は保護責任者という特定の身分を有する行為者を処罰する規定であるため、保護責任者ではないXに同罪を適用できるかが問題になるが、65条1項により共犯となる。

(2) よって、Xに保護責任者不保護致死罪の教唆犯が成立する。

第2 Aの罪責について

1 AがCの治療に必要な措置をとらせなかった行為につき、保護責任者不保護致死罪(218条後段、219条)が成立しないか。

2(1) Cは1型糖尿病を患っていたため、「病者」にあたる。また、AはCの母親であるため、Cを「保護する責任のある者」にあたる。さらに、Cはインスリンを定期的に投与しないと死亡する病気を患っているにも関わらず、AはCへのインスリンの投与を中止し、放置しているため、Cの「生存に必要な保護をしなかった」といえ、結果としてCは死亡している。

(2) 確かにAはCの治療のためにとXを信じて指示に従っていたため、不保護という認識が無かったとも思える。しかし、AはCの治療法などに悩んでいたという事情から、他の医師にも受診し、現代医学の知識に基づいたある程度の情報、すなわち、1型糖尿病はインスリンを投与しなければ死亡する病気であるという情報を十分に得ていたはずである。よって、Aは、Cへのインスリンの投与を中止すればCが死亡する可能性があるということは認識していたといえ、故意(38条1項本文)が認められる。

(3) よって、Aのかかる行為に保護責任者不保護致死罪が成立する。

第3 Bの罪責について

1 BがCの治療に必要な措置をとらなかった行為につき、保護責任者不保護致死罪の単独正犯が成立しないか。

2 Cは1型糖尿病を患っているため、「病者」にあたる。また、BはCの父親であるため、Cを「保護する責任のある者」にあたる。さらに、Cはインスリンを定期的に投与しないと死亡する病気を患っているにも関わらず、BはCへのインスリンの投与を中止し、放置しているため、Cの「生存に必要な保護をしなかった」といえ、結果としてCは死亡している。

3(1) ここで、BはAと共にCへのインスリンの投与を中止しているため、Bには保護責任者不保護致死罪の単独正犯は成立せず、Aとの関係で保護責任者不保護致死罪の共同正犯と幫助犯(62条1項)のどちらが成立するかが問題となる。

10 (2) この点について、構成要件の結果実現について主たる役割を演じた「支配者」が正犯とされると考える。本件においては、インスリンの投与を中止する前からXの指示に従っていたAは構成要件の結果実現について主たる役割を演じたといえるが、BはXの治療法に疑問をもっており、Aの必死さを見てこれに従ったに過ぎない。よって、Bは構成要件の結果実現について主たる役割を演じたとはいえない。よって、Bは正犯にはあたらず、Aとの共同正犯も成立しない。

15 (3) ここで、BはXの指示に従ってインスリンの不投与を行っているが、Xの治療法に疑問をもっていたことから、同じくCに対するインスリンの投与を中止しようとしているAの行為を止めることも可能であった。しかし、最終的にBはXの指示通り、Cへのインスリンの投与を中止し放置しているため、この行為はAの実行行為による結果発生を容易にしたものであるといえる。

20 (4) よって、Bに保護責任者不保護致死罪の幫助犯が成立する。なお、BはAの犯意を生じせしめたとはいえないため、教唆犯とはならない。

V. 結論

25 Xに保護責任者不保護致死罪(218条後段、219条)の教唆犯(61条1項)、Aに保護責任者不保護致死罪、Bに保護責任者不保護致死罪の幫助犯(62条1項)が成立する。

以上