

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ5頁15行目「法の禁ずる一定の事実が実現への方向を採るにいたった時には...これを防止すべき義務を有する」とあるが、不真正不作為犯の該当性が問われる法文には禁止規範がなく、命令規範を含まない。そうであるにもかかわらず、義務を認定するのはなぜか。
2. 検察レジュメ2頁27行目「つまり、先行行為を重視し、不作為犯が成立するためには、問題となっている不作為以前に法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定する行為を必要とし、その点
- 10 において違法性、責任、構成要件該当性において同価値といえるかで判断する」とあるが、ここで問題となっているのは不作為が実行行為たりうるかである。かかる検討において、当該実行行為でない先行行為の構成要件該当性、違法性、有責性を検討しているのはなぜか。

II. 学説の検討

- 15 1. 不作為に実行行為性を認めることはできるのか。

(1) 不作為に罪責を負わせることはできるのか

イ説（肯定説）

不真正不作為犯が構成要件において作為犯のみを規定している場合、その規定により処罰を与えるのは類推であり、罪刑法定主義に反してしまう¹。

- 20 よって、弁護側はイ説を採用しない。

ア説（否定説）

不真正不作為犯を決定づける要素である作為義務について明文化されていない以上、国家による恣意的な判断がされる恐れがあり、刑罰の一貫性に欠ける²。

- 25 よって、弁護側はア説を採用する。

¹ 浅田和茂『刑法総論[第2版]』（成文堂,2019）153頁。

² 平山幹子「不真正不作為犯について」立命館法学1号(1999)218頁。

(2) 法的義務はどこで生じるのか

乙説（構成要件同価値性の理論[先行行為説]）

当説は、あらかじめ法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定した場合(故意・過失の先行行為がある場合)に、刑法上の作為義務が認められるとする説である。これは、従来、慣習・条理に基づく作為義務の一種とされてきた先行行為を、因果力の設定という観点から、作為義務発生の一般的根拠とするものであり、不作為自体の因果力の欠如を補うという意味を有する。しかし、故意・過失の先行行為が、それ自体として処罰の対象となっている場合、それを理由に、さらに不真正不作為犯を認めることは、先行行為の二重評価となって不当である³。

10 丙説（事実上の引受け説）

検察側と同様の理由により採用しない。

甲説（形式的三分説）

不真正不作為犯の場合、真正不作為犯と異なり、いつ誰にどのような内容の作為義務が課されるかが個々の処罰規定には全く示されておらず、いかなる不作為が可罰的不作為であるかの要件が不明確である⁴。このため、可罰的不作為の要件を、法令の規定、契約・事務管理、慣習・条理などによって具体的に定めることで、基準を明確にすることが求められる。

よって、弁護側は甲説を採用する。

20 2. 共同正犯の成立

α説（行為共同説）

検察側と同様の理由により、採用しない。

β説（犯罪共同説）

25 β-2説（部分的犯罪共同説）

部分的犯罪共同説は、構成要件が重なり合う時は重なり合う範囲で共同正犯の成立を可能とする考え方であるが、重なり合うのは可としてもいかなる場合にその重なり合いを認めうるのか、その選択の基準が明らかでない⁵。

³ 浅田・前掲160頁。

⁴ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』（有斐閣,2018）153頁。

⁵ 香川達夫『刑法講義(総論)[第3版]』（成文堂,1995）342頁-343頁。

よって、弁護側はB-2説を採用しない。

B-1説 (完全犯罪共同説)

共同正犯とは「共同して犯罪を実行した者」(刑法60条)であるのだから、相互が同一の犯罪を

- 5 共同していない限り共同正犯を認めないとするのが自然である⁶。

よって、弁護側はB-1説を採用する。

III. 本問の検討

第1 Xの罪責

- 10 1. 弁護側はア説を採用する。よって、何ら作為をしていないXは殺人罪の罪責を負わない。
- 2.(1) 仮にイ説を採用した場合、XがAに必要な医療措置を受けさせない不作為につき、作為義務違反が認められれば殺人罪(刑法199条)が成立するところ、作為義務の認定について、弁護側は甲説を採用する。よって、法令、契約・事務管理、慣習・条理の観点から、Xに作為義務が認められないかを判断する。
- 15 (2) XはAの親権者でも親族などでもないため、なんら私法上の義務(民法820条、877条以下)は生じない。また、Xは警察官でも精神科病院の管理者などでもないため、なんら公法上の義務(警察官職務執行法3条、精神保健福祉法20条)も生じない⁷。加えて、XはAと何ら契約を締結しておらず、また、事務管理(民法697条1項)についても、Xがシャクティ治療を開始したのは自身の教祖としての地位確立及びこれによる信奉者の増加のためであり、不作為についても、自己の指示の誤りが露呈することを避けるためであるから、「他人のため」ではなく、
- 20 成立しない。そして、条理・慣習とは信義則(民法1条2項)及び公序良俗(民法90条)を基礎とするところ⁸、Aとなんら契約を締結していないXには、上記の違反は観念できない。
- (3) よって、Xに作為義務が認められず、Xの不作為に作為同価値性が認められないため、やはりXは殺人罪の罪責を負わない。
- 25 3. 以上より、Xの「病者」Aの治療を引受けホテルの一室に引き取り、「保護する責任」があつたにもかかわらず、未必の故意の下、1日間にわたって放置し客体を隔離して「遺棄」し、Aを「死亡」させた行為に、保護責任者遺棄致死罪(刑法218条、219条)が成立するに留まる。

⁶ 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論[第4版]』(弘文堂,2025)437頁。

⁷ 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2012)137頁参照。

⁸ 同上。

第2 Bの罪責

1. 弁護側はア説を採用する。よって、何ら作為をしていないXは罪責を負わず、Bに共同正犯は成立し得ない。

2. では、イ説を取ったうえで、Xに殺人罪(刑法第199条)が成立すると仮定した場合、BがAを病院から運び出した行為に、Xの殺人罪との共同正犯(刑法第60条)が成立しないか。

(1) この点、弁護側はB-1説(完全犯罪共同説)を採用するため、全く同一の構成要件にかかわる場合にしか、共同正犯の成立を認めない。このため、Bの行為が殺人罪(刑法199条)の構成要件を満たす場合にのみ、Bに共同正犯の成立を認める。

ア 本件において、AはXの指示によって、生命維持に医療措置が必要であったBを病院からホテルに連れ込んでいる。今回はイ説をとるため、作為義務がある者に対して結果発生を防止すべき法的義務があるといえれば、不作为についても作為同価値性があるとし、実行行為と認定する。

では、かかる法的義務はいかなる場合に発生するか。

(ア) この点、弁護側は甲説を採用する。すなわち、かかる法的義務の発生を判断するにあたり、法令、契約・事務管理、慣習・条理の観点から、Bに作為義務が認められないかを判断する。

(イ) 本件において、BはAの子であるから、私法上の扶養義務(民法877条)が発生する。また、医療行為においては、本人が意思疎通を取れる状態に無い場合、その親族の判断・同意が尊重される慣習が存在している。このため、前述の扶養義務と合わせて、息子であるBには、Aに対する医療措置について、適切な判断を試みる必要性があったと認められる。

イ よって、BにはAの死亡を回避する作為義務が発生していると考えるのが妥当であるから、Bによる適切な医療措置をAに受けさせなかった不作为につき、作為同価値性があり、実行行為として認定される。

(2) 因果関係について、BがAをホテルに運び出したことにより、XはホテルでAにシャクティパッドを施すことが可能になったのであり、これによってAは死亡しているため、BとXの死には因果関係が認められる。

(3) 結果について、Bの死亡という結果が発生している。

(4) 故意(刑法38条1項本文)について、Aが回復する事を期待して、BはXにAの治療を依頼し、ホテルに運び込んでいるところ、Aの死亡という結果の認容がBにあったとは言えない。したがって、Bには殺人罪の故意が無い。

(5) よって、Bの行為は殺人罪(刑法199条)の構成要件を満たさない。

(6) したがって、Bには、Xの殺人罪(刑法199条)との共同正犯(刑法60条)が成立しない。

3. Bに保護責任者遺棄致死罪(刑法218条、219条)が成立しないか。

(1) Bには、重篤な病人であるAを「保護する責任」があるか。

5 保護責任の有無は、この場合、病人とその者の関係性を考慮して判断する。本件において、
BはAの子であるから、私法上の扶養義務(民法877条)が発生する。また、医療行為においては、本人が意思疎通を取れる状態に無い場合、その親族の判断・同意が尊重される慣習が存在している。このため、前述の扶養義務と合わせて、息子であるBには、Aに対する医療措置について、適切に判断する必要があったのであり、これはBを保護責任者として認めるに足
10 りる事由である。

(2) Bは、Aを「遺棄」したと言えるか。

 遺棄(刑法218条)とは、客体を安全な場所から移動させ、危険に晒すことをいう。本件において、BはXの治療を受けさせるために、Aを病院からホテルへと移動させているところ、Xは適切な治療を行う事が出来ない人物であった。このため、Bは客体であるAを安全な場所である病院から、適切な治療が見込めないホテルへと移動させたと言えるため、BはAを遺棄
15 したと認められる。

(3) BにはAを遺棄する故意(刑法38条1項本文)が認められるか。

 本件において、Bは、Aはしばらく退院することができない旨の警告を担当医から受けており、それを知りながらAを運び出したBには、Aの遺棄に関して未必の故意が認められるよう
20 にも考えられる。しかし、BがAを運び出したのは、Xによる点滴治療の危険性の指摘や、翌日までの期限である旨を受けてのことであったことを考えれば、Bは信奉するXの言葉を信じてAを運び出したと考えるのが妥当であり、Aが回復することを期待していても、Aの死亡という結果を認容していたとは言えない。

 よって、BにはAを遺棄する故意が認められない。

25 (4) したがって、Bの行為には保護責任者遺棄致死罪(刑法218条、219条)が成立しない。

IV. 結論

ア説(不作為否定)に立つ場合、Xは罪責を負わないため、Bに共同正犯は成立し得ない。Bは罪責を負わない。

- 5 イ説(不作為肯定)に立つ場合、XにはAに対する保護責任者遺棄致死罪(刑法218条、219条)が成立するが、Bとの共同正犯(刑法60条)は否定され、Bは罪責を負わない。Xには殺人罪(刑法199条)が成立すると仮定した場合でも、Bは罪責を負わない。

以上