

以下の事例に基づき、甲、乙並びに丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く）。（制限時間 80 分）

1. 甲（30 歳・男性）は、資産家の両親の事故死により莫大な遺産を受け継いだことから、社会貢献活動として、引きこもりや行き場のない若者たちを集めて田舎で自給自足生活を行うことを目的とする団体 A を立ち上げた。設立から 3 か月後、A は、構成員 10 名に達し、3 軒の住居に分かれて共同生活を行い、構成員全員で農業を行っていた。自給自足生活はなお軌道にのっていなかったことから、構成員の生活費や農業のための経費などは甲の財産によって全て賄われていたが、各住居は別個独立に生活を営んでおり、住居が異なる住民同士は、農業は共同して行っているものの、それ以外では田舎の近所づきあいに近い関係にあった。なお、A に法人格はなく、権利能力なき社団として認められる実態も備えていない。
2. B（18 歳・女性）は、母親 C と賃貸マンション D で生活していた高校生であるが、ウェブ上で A のホームページを見つけ、自分もこの団体に入りたいと考え、甲に連絡をとった。甲は、B を A に受け入れることを決めたが、C がそれに反対し、甲の電話による説得などによってもその態度は変わることがなく、D への訪問も明確に拒否された。甲は、B に対して、とりあえず A に来てから C に事後報告することを提案し、B もそれを承諾した。
 平成 29 年 10 月 5 日、甲は A 団体と一緒に自給自足生活を行っている乙（25 歳、男性）と共に、C が仕事で留守の折を見計らって D（2DK で一部屋は B の居室）を訪問し、B の居室で B の荷造りを手伝った。荷造りと搬出を終えて、甲乙 B が車に乗り込もうとした時、予定外に会社を早退してきた C と鉢合わせした。甲は、C に対して A の活動趣旨などを説明したが、自身の不在時に勝手に D を訪問した A に対する C の不信は強く、納得してもらえなかった。最終的に、甲は、「お嬢さんの意思を尊重してください」と言って、C の体を乙に押さえさせ、B と共に車で去って行った（乙は、その後一人で帰った）。
3. B は、A の一員として E（20 歳、女性）、F（25 歳、女性）と同じ家で生活していたが、農業が思った以上に重労働であったことに加えて、毎日自分の行動が監視されているように感じたことから、共同生活に嫌気がさし、度々作業をさぼるようになった。甲は、B が真面目に活動しないことに腹をたて、B を指導しようと考えた。
4. 平成 29 年 11 月 5 日 16 時、甲は、B を A の住居群の裏手にある山に散策に誘った。山を 1 時間程度散策した後、甲は B の最近の態度について責めたが、B は謝罪することなく、むしろ共同生活をやめて自宅に帰ると言い出した。甲は、かっとなって B を突き飛ばし、その結果、B は転倒し地面に後頭部をぶつけ、頭部から血を流して気絶してしまった。甲は、B の様子に驚き、携帯電話で恋人の丙に電話をかけ「大事な話がある」と言って現場に呼び出した。
5. 丙（23 歳、女性）は、団体 A の住居近くの町に住んでいた甲の恋人であるが、A の共同生活には一切かかわることがなく、B が A に加わった経緯などについても知らなかった。そのため、甲からの電話について「もしかしたらプロポーズかもしれない」と期待

して甲のもとへ向かい、現場の状況を見て仰天した。甲は、丙にBを誤って突き飛ばしてしまったことだけを話し、今後のことについて意見を求めた。丙は、「このままだと警察につかまってしまうから、高飛びしましょう。あなたのお金があれば、海外で悠々自適に暮らせる」と述べ、甲もその提案を了承し、Bをそのままにして山から立ち去った。

6. 乙は、甲やBとは別の住居で生活をしていたが、Bをはじめて見てから同人に一目惚れし、共同生活において、Bのあとをついたり、家の外からBの部屋等を覗こうとしたりするなどのストーカー行為を行っていた。Bが監視されていると感じたのは、乙のこれらの行為が原因であるが、乙の仕業であることは認識していなかった。

11月5日も、乙は、甲とBの様子が気になり、2人の跡をつけて森まで行ったが、途中で見失ってしまった。乙は、しばらくあたりを探し回っていたところ、甲と丙が血相をかえて走っていく様子を目撃した。甲らの来た方向に向かった乙は、倒れているBを見つけ治療が必要であることを認識したが、これ以上関わり合いになることをおそれ、そのまま立ち去った。甲も丙も、乙のこれまでのストーカー行為や、甲とBをつけて山まで来ていたことはおよそ認識していなかった。

7. Bの倒れている場所はハイキングコースなどから外れた場所であり人が立ち寄る可能性はおよそなかった上、B自身も帰り道を知らなかった。そして、甲と丙、及び乙はこれらの事情を十分に知っていたほか、Bに治療が必要であることも認識していた。ただし、三名のいずれもBがこのまま死亡するとは考えていなかった。

Bは、突き飛ばされてから数時間後、意識を取り戻してなんとか自力で下山して救急車を呼んだ。Bは、頭部外傷により全治1ヵ月程度の傷害を負った。

【出題趣旨】

本問は、住居侵入、未成年者拐取、保護責任者遺棄の各罪に加えて、不作為犯に関する共犯関係、共犯と身分が問題となる事例である。誘拐罪、不真正不作為犯及びその共犯関係については、平成 26 年司法試験の刑事系第一問において問われている。他方、遺棄罪については直接問われたことはない（住居侵入罪についても、成立する犯罪としては多数問題とされてきたが、本件の論点が問題とされたことはなかったように記憶している）。

問題文は、行為者ごとに検討することが簡便と思われる。

1. 甲の罪責について、まず、D への立入りが住居侵入罪に該当する否かを検討することになる。そこでは、住居権を有する B と C が甲の立入りについて異なる意思を有していることから、誰の意思を基準に住居侵入罪の成否を判断するか否かが問題になる（いわゆる姦通事例と同じ状況である）。この点についての最高裁判例はないため、自ら規範を定立し、それに適切にあてはめることが問われる。

次に、甲が B を連れ出した行為が未成年者拐取罪に該当するかが問題になる。ここでも B と C の意思が相克していることから、問題となるのは被害者の同意である。この点に関しては、未成年者略取罪の保護法益についての自身の理解を呈示し、それに従った解決を示す必要がある。その際、B の 18 歳という年齢をどのように評価するのがあてはめにおいて重要になる。なお、甲らの行為は B の保護者である C への暴行として略取と評価されるが、保護法益の理解次第では、そもそも略取がないとの評価も考えられる。

最後に、甲が丙と共に B を置き去りにした行為の処理が問題となる。甲丙には殺意がないため、（不作為の）殺人が成立する余地はなく、遺棄罪の成否を検討することになるが、その際、甲らの行為が 217 条と 218 条のいずれに該当するのか（あるいはいずれにも該当しないのか）が問題となる。通説的理解によれば、遺棄と不保護は場所的離隔の有無で区別され、217 条の遺棄は作為のみ、218 条の遺棄は不作為も含まれると解されている（保護責任と不真正不作為犯の作為義務は同一の基準により認定される）。甲の行為は、一般的には不作為の置き去り（病者を救助しないこと）と評価されるため、218 条の成立のみが問題となる。これに対して、217 条の遺棄には不作為も含まれるという見解（不作為の場合の 217 と 218 の区別は、作為義務を負うにとどまるのか、それと量的又は質的に異なる保護義務を負うのかという点による）によれば、217 条の成立の可能性もある。いずれにせよ、最終的な犯罪の成立は保護責任が甲に認められるかどうかにかかってくる（なお、本件の置き去り行為を「身体的動作により場所的離隔を生じさせた」として作為と評価する見解もある。その場合であっても、作為犯として 217 条か 218 条のいずれが成立するかが問題となり、結局、保護責任の解釈が必要になってくる）。

甲に保護責任が認められるか否かについて、保護責任を作為義務と同視する見解によれば、作為義務と同じ基準により保護責任は認定される。その場合の考慮事情としては、甲による先行行為や、B の保護の引受け、及びそれらに基づく排他的支配の事実的・規範的設定などが挙げられるであろう。他方、保護責任を作為義務より重いものと解する場合には、これだけでは足りない。甲が B に対する継続的保護義務を負っていたか否かを認定しなければならない（その際には、甲と B が同居していないことは否定的事情として、甲が実質的に B の生活を支えていることは肯定的事情になる。また、誘拐罪の箇所、B の 18 歳という年齢をどのように評価したのかということもこの部分に影響を及ぼすであろう）。

2. 丙の罪責については、甲と共にBを置き去りにした行為の処罰が問題である。甲と丙が（不作為の）実行共同正犯となるのか、そうではないのかという点が、最終的な 65 条の適用の有無にも関係するので、丙に保護責任（作為義務）が認められるのかという点の検討は必須である。この点につき、甲の場合と同じ基準により、保護責任（作為義務）についてあてはめを行うことになるが、その際、丙は甲に呼び出され偶然に現場に居合わせただけであるため、簡単に排他的支配を認定することはできないことには注意が必要である（たまたま通りがかったら川で見知らぬ子供が溺れていた場合とどこが違うのか考えて欲しい）。そのため、丙に作為義務を認めるのであれば説得的な論述が必要になる。

丙に作為義務が認められれば、甲との間で不作為の共同正犯が成立することになる。この場合、217 条の遺棄が作為のみと解するのであれば、丙にも 218 条が成立し、甲と丙は 218 条の共同正犯になる。217 条の遺棄に不作為も含むと解する場合、作為義務と保護責任が異なることになるが、丙には保護責任までは認められないと思われるため、甲と丙は 217 条の共同正犯、または、65 条 2 項により甲が 218 条、丙が 217 条という処理になると思われる。

丙に作為義務を認めない場合、甲と丙が共謀して甲の不作為を行ったという構成をとることになる（丙は甲に対して置き去りを促しているので作為の加功ということになり、不作為の共犯の問題にはならないと思われる）。その場合、丙の行為が教唆にとどまるのか共同正犯と言えるのか、両者の区別が問題になる。ここでも、法的三段論法を用いて、しっかりとあてはめることが必要になる。最後に、65 条による処理が行われる。217 条の遺棄に不作為を含まないとすれば、218 条の遺棄は構成的身分犯になり 65 条 1 項の問題になるのに対し、217 条の遺棄に不作為を含めれば、218 条の遺棄は加減的身分犯になり 65 条 2 項の問題になる。

3. 乙の罪責については、住居侵入罪と誘拐罪の共同正犯がまず問題になる。それ以外に、Bを置き去りにした行為について、甲丙と同様に遺棄罪の成否が問題になる。もっとも、甲丙とは共犯関係が認められず、単独犯のみが検討の対象となる。前二者と同様に 217 条と 218 条の理解を前提に、保護責任者（作為義務）に該当するか否かを論証することになるが、乙は、丙のようにBとおおよそ無関係の者ではない一方で、Bを連れ出すことに加担した以外は単なる共同生活者（住居も別）に過ぎない点をどのように評価するのが重要になる。なお、ストーカー行為を行った点は先行行為としては評価できない。

・構成の一例

I. 甲の罪責について

1. Dへの立入り：住居侵入罪

Bの承諾はあるがCの承諾がない場合に、「侵入」が認められるか。

2. Cの体を押さえた上で、BをDから連れ出してAに移した行為：未成年者略取

(1) 「略取」：Cに対する暴行 ※下記拐取罪の保護法益の結論次第ではそもそも「略取」が認められない可能性もあり。

cf. Bに対する誘惑としての「誘拐」？

(2) 違法性阻却：Bの同意はあるが、Cの同意はない場合の処理（→拐取罪の保護法益）

※ 未成年者略取が認められなくてもCへの暴行罪は成立することに注意。

3. Bを突き飛ばした行為：傷害 ※傷害の故意はない

4. 丙と共にBを置き去りにした行為：保護責任者遺棄 or 単純遺棄

(1) 甲の行為は、217 条の「遺棄」、218 条の「遺棄」、「不保護」いずれにあたるか。

※ 前提として、甲の行為が作為か不作為か→一般的には不作為の置き去りと評価。

α：217 の遺棄は作為のみだが 218 の遺棄は不作為も含む（＝保護責任者は作為義務と同じ）←通説の処理 ※217 の遺棄は作為のみ、不作為は 218 の不保護とする場合も同じ。

→218 条の成立可能性のみが問題。

β：217 の遺棄も 218 の遺棄も同じ概念で作為と不作為の双方を含む。

→217 条と 218 条両方の成立可能性が問題。

→どちらの構成にせよ次の保護責任者の意義（作為義務の検討）が重要

(2) 甲は保護責任者か。

保護責任（保護義務）が作為義務と同一視されるか（上記α）、そうではないか（β）によって、定立される規範、及び、認定基準が異なってくる。

II. 丙の罪責について

甲と共にBを置き去りにした行為：保護責任者遺棄 or 単純遺棄

(1) 丙は保護責任者か。

丙は偶然その場に居合わせただけで、自己の意思により排他的支配を設定したわけではないため、簡単に作為義務を認めることはできない（βの構成だけではなく、αの構成によっても保護責任は認められない）。

→丙の行為は保護責任、作為義務のない者の不作為であり、単独では不可罰。

(2) 甲との共犯関係に基づく処罰の可能性：作為義務ある甲に置き去りを促したという意味での共同正犯の検討。

共同正犯の要件：共謀＋それに基づく犯罪の実行

→具体的に問題となるのは、丙が教唆か共同正犯か（正犯性）。

考慮事情：丙の関与態様、動機等

(3) 甲丙の共犯関係：共犯と身分

甲が 217 の場合、217 の共同正犯。

甲が 218 の場合、βの構成であれば 65 条 2 項、αの構成であれば 65 条 1 項（通説による 65 条の解釈が前提）。

III. 乙の罪責について

1、2：住居侵入と未成年者拐取の（実行）共同正犯 ←甲と同じ処理。

3. Bを置き去りにした行為：217or218

※ 甲・丙との意思連絡はおおよそ認定できない（片面的加功）。

甲の傷害に対する不作為責任は認められない（止める可能性はない）。

・乙は保護責任者か。

丙と同様に偶然Bが倒れている場所に居合わせただけ。丙との違いは、甲と一緒にBを連れてきて、Bと（別の住居で）共同生活を一緒に送っていること（ストーカー行為は先行行為に認定できないことに注意）。

【採点基準】（採点者のみ）

50 点満点で加点方式(各項目の採点の結果 50 点を超えたとしても、50 点としてください)。

各項目後ろの点数は、最大値。その範囲内で、論述の内容に応じて点をつけてください。

別途、優れた論述や、刑法の基本的知識の理解が不十分である論述については、+5～-10 までの裁量点を付けていただいても構いません。

論述の順番について、明らかに読みにくい場合や論理矛盾を来している場合は、裁量点の箇所でも考慮していただいても構いません。

I. 甲の罪責：33 点

1. 住居侵入罪：7 点

触れていれば 1 点

「侵入」要件について：6 点

→問題の所在の指摘 2 点、適用すべき規範の導出 2 点、あてはめ 2 点程度をおおよその目安としてください（論述内容次第で、内訳を変動していただいても構いません）。あてはめについては、単に問題文の事実を列挙したにすぎないものや、自己の呈示した規範と対応していない場合には減点してください。

2. 未成年者拐取：8 点

「拐取」：2 点（認定を誤っていれば減点）

被害者の同意：6 点（問題の所在の指摘 2 点、適用すべき規範の導出 2 点、あてはめ 2 点程度）

3. B への傷害：1 点

4. B の置き去り：17 点

（1）甲の行為は、217 条、218 条のいずれにあたるか：8 点

甲の行為が作為か不作為かの特定：3 点 ※不作為を認めるのが一般であることを前提に作為であることにつき詳細な説明があれば 3 点にさらに加点してください。

217、218 の「遺棄」「不保護」概念の解釈：5 点（問題の所在の指摘 2 点、適用すべき規範の導出 2 点、あてはめ 1 点程度）

（2）甲は保護責任者か：9 点（問題の所在の指摘 2 点、適用すべき規範の導出 3 点、あてはめ 4 点程度）

II. 丙の罪責：11 点

（1）丙は保護責任者か：5 点（問題の所在の指摘 1 点、あてはめ 4 点）

規範は既に甲のところで評価されているはず。

（2）甲と丙の共犯関係（共同正犯か教唆か）：4 点（問題の所在の指摘 1 点、適用すべき規範の導出 1 点、あてはめ 2 点程度）

※（1）で保護責任（作為義務）を認めた場合や置き去りを作為としていた場合には、共同正犯の認定について 2 点を限度に評価。

（3）共犯と身分：2 点 ※217 条と 218 条が構成的身分と加減的身分が混在していることの問題を指摘し、詳細な検討を行っている場合には適宜加点してください。

III. 乙の罪責：5 点

住居侵入と未成年者拐取は、甲のところですので既に評価。

共同正犯であること及びその認定について 1 点程度。

- ・ 乙は保護責任者か。(問題の所在の指摘 1 点、あてはめ 3 点)

IV. 罪数 : 1 点