

## I. 事実の概要

5 平成10年1月、母親Aは、父親Bとの間に生まれた男児Cが1型糖尿病（インスリンを定期的に投与しないと死亡する病気）であると診断され治療法などに悩んでいた。そこでAは、インターネットで見つけた医者であるXに相談したところ、「インスリンなんて投与しなくても俺の力で治せる」など発言したことで安心し、XにCの治療を引き受けてもらうことを約した。尚、XはCにインスリンを投与しないと死亡することは認識していた。XはCの足にろうを垂らし、  
10 「これで悪霊が逃げる」と言って治療をし、また、Aに対し「インスリンは毒だ。投与してはならない」と投与の中止を促し、「Cの周りに塩を盛れ」「龍神の書いた紙をCの足元に載せろ」などメールで十数回指示をした。AはCの病気が治るならと必死にXの指示に従った。また、BはXの治療法に疑問があり悩んだが、Aの必死さから同じく従うことにした。

Xからの指示の通りA及びBは平成10年3月4日午後13時半の投与を最後にCへのインスリンの投与を中止し、指示通りCを放置した。よって、同年3月26日午前4時頃、1型糖尿病に基づく衰弱により死亡した。

以上の事実関係の下、X、A、Bそれぞれの罪責を検討せよ。

## II. 問題の所在

20 他人の不作为による犯罪行為に作為義務者が不作为で参加する場合、作為義務者が正犯と共犯のどちらに当たるか。

Xが母親Aにインスリン投与しないように命じ、間接的に法益の侵害を惹起していると言える。そこで、間接正犯に正犯性を求める根拠が問題となる。

## 25 III. 学説の状況

ア説(形式的実行共同正犯説)

刑法60条の「共同して実行した」という文言解釈から導かれる、各人が構成要件該当行為の一部を自ら分担することを必要とする説<sup>1</sup>。

## 30 イ説(共同意思主体説)

共犯を特殊な社会心理的現象である共同意思主体の活動と解す説<sup>2</sup>。つまり、本説は正犯について共謀により一心同体的な共同意思主体が形成されるとしたうえで、共謀者の一部による犯罪の

---

<sup>1</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(法学教室 Library, 2013年)400頁。

<sup>2</sup> 曾根威彦『刑法の重要問題 総論[第2版]』(成文堂, 2005年)314頁。

実行は超個人的な共同意思主体の活動であるとする。そして、そこから生じた結果に対する責任は共同意思主体の構成員である共謀者全員が負うとする<sup>3</sup>。

ウ説(機能的行為支配説)

- 5 共同者の各自は関与行為を通じて全体の犯罪の企てを実現させ得るし、関与行為をやめることにより挫折させ得るという意味で、犯罪の全体を手中に収め「支配」している。このことから、共同者のそれぞれは中心的存在として評価し得る。本説はこのように共同者が犯罪実現のために本質的な機能を果たしたことに注目し、その点において正犯性を認めるものである<sup>4</sup>。

10 エ説(緩やかな共同正犯性説)

- 共同正犯が成立するには共同実行が必要であるが、これは実質的に理解されなければならない、実行行為が共同のものと評価し得れば足りるとする説。より具体的には、①客観的に、共謀に参加した者の誰かが実行に着手したことを前提に、②共謀・謀議の存在と、③共謀者内での地位・役割の重要性が認定される必要がある。②については、主として自己の犯罪として行ったかという共同正犯性の判断と重なり、不作為の関与の場合には、具体的には作為義務の存否を勘案して共同正犯性が判定される<sup>5</sup>。

間接正犯と教唆犯のどちらに当たるか。間接正犯の正犯性を考える。

1. 間接正犯の正犯性

20 α説(道具理論<sup>6</sup>)

間接正犯の正犯性を実行行為性に求める考え方<sup>7</sup>に実質的な解釈基準を提示するため、被利用者の道具的性格に根拠を求める考え方。具体的には、①正犯意思、および、②利用者が被利用者を一方的に支配・利用し構成要件実現の現実的危険性を生じさせることが必要である。

25 β説(規範的障害説<sup>8</sup>)

規範的障害の介在の有無により正犯性を判断する説。

---

<sup>3</sup> 大谷實『判例講義 刑法 I 総論[第2版]』(悠々社, 2014年)146頁

<sup>4</sup> 井田良『刑法総論の理論構造[初版]』(成文堂, 2005年)349頁

<sup>5</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第7版]』(東京大学出版会, 2019年)344頁以下。

<sup>6</sup> 高橋則夫『刑法総論第2版』(成文堂, 2013年)411頁。

<sup>7</sup> 団藤重光『刑法概要総論 第3版』(創文社, 1990年)153頁。

<sup>8</sup> 西原春夫『刑法総論(下巻)』(成文堂, 1993年)358頁。

## Y 説(行為支配説<sup>9</sup>)

被利用者の行為を行為者が支配しているため、利用者に正犯性が認められるとする説。  
当該違法事実の実現について主導的な役割を演じた場合に正犯性が認められる。直接行為者の正犯性は、原則として背後者の正犯性を排除する。<sup>10</sup>

5

## IV. 判例

最高裁令和2年8月24日 刑集第74巻5号517頁

### [事実の概要]

10 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し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、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。

20 [判旨]

生命維持のためにインスリンの投与が必要な1型糖尿病に罹患している幼年の被害者の治療をその両親から依頼された被告人が、インスリンを投与しなければ被害者が死亡する現実的な危険性があることを認識しながら、自身を信頼して指示に従っている母親に対し、インスリンは毒であるなどとして被害者にインスリンを投与しないよう執拗かつ強度の働きかけを行い、母親をして、被害者の生命を救うためには被告人の指導に従う以外にないなどと一途に考えるなどして被害者へのインスリンの投与という期待された作為に出ることができない精神状態に陥らせ、被告人の治療法に半信半疑の状態であった父親に対しても母親を介してインスリンの不投与を指示し、両親をして、被害者へのインスリンの投与をさせず、その結果、被害者が死亡したなどの本件事実関係の下では、被告人には、母親を道具として利用するとともに不保護の故意のある父親と共謀した未必の殺意に基づく殺人罪が成立する。

30

### [引用の趣旨]

---

<sup>9</sup> 平場安治『刑法総論講義』(有信堂,1952)150頁。

<sup>10</sup> 井田良『講義刑法学 総論 第2版』(有斐閣,2011)488頁。

本判決は被告人の不作为による殺人を認め、当該殺人行為に不作为で参加した作為義務者である母親と父親にもそれぞれ間接正犯と共同正犯を認めている点で検察側の主張に沿うものであると考え引用した。

## 5 V. 学説の検討

### ア説(形式的実行共同正犯説)

刑法 60 条の文言解釈のみでは複数の者が共同して犯罪を実行したという意味に解することも可能であり、また犯罪の実行を分担していても結果との間には他の共犯者を通じた心理的因果関係しか存在しない場合があるが、そのような場合にも既遂の共同正犯を認めるのであれば、実行の  
10 分担それ自体は決定的な要素ではないことになる<sup>11</sup>。以上により、本節の言う文言の解釈のみでは妥当な結論に至らないと考えるため、検察側は本説を採用しない。

### イ説(共同意思主体説)

個人責任の原則に反する点で妥当でない<sup>12</sup>。また、共同意思主体を個々の構成員を超えた法主体と認めるのなら、結果について責任を負うのも超個人的な共同意思主体のはずであって、個々の構成員が刑事責任を負うというの一貫しない。仮に構成員が責任を負うのを認めるとしても、共同意思主体の責任は 1 つのはずであるから、構成員の責任も不真正連帯的な責任となるのが自然であって、すべての構成員が結果について完全な責任を負うのは理論的に矛盾している<sup>13</sup>。よ  
15 って、検察側は本説を採用しない。

20

### ウ説(機能的行為支配説)

確かに、本説においては重要な因果的寄与を正犯性の基準とする点で妥当であるが、結果犯の共同正犯性が否定されてしまう可能性が高い<sup>14</sup>。本説では各関与者が自己の寄与を撤回することによって全体の計画を挫折させうる関係がある場合に限って共同正犯が成立するのであるから、  
25 逆に、その者の関与がなくとも同じように犯行計画が実現された可能性がある場合には、共同正犯の成立が認められないことになる。このように成立範囲が過度に狭くなってしまう点が妥当でない<sup>15</sup>。よって、検察側は本説を採用しない。

### エ説(緩やかな共同正犯説)

---

<sup>11</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(法学教室 Library, 2013 年)400 頁以下。

<sup>12</sup> 中山研一『刑法総論[第 6 班]』(成文堂, 1986 年)466 頁。

<sup>13</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(法学教室 Library, 2013 年)401 頁。

<sup>14</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(法学教室 Library, 2013 年)403 頁。

<sup>15</sup> 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ[初版]』(法学教室 Library, 2020)330 頁。

本説は共同実行を実質的に理解することによって、因果の過程も共同実行者の結果への寄与度も考慮する。それゆえ、処罰範囲が過度に狭くなったり広くなったりしない点において妥当であるといえる。また具体的かつ画一的な正犯性判断の基準がないため各事例に合わせて柔軟に正犯性の判断をすることが可能な点でも妥当性がある。よって、検察側は本説を採用する。

5

間接正犯について

#### α 説(道具理論)

その道具性の判断がいかなる内容を有するのかが必ずしも明らかではない。

すなわち、事実的判断なのか、規範的判断なのかという問題がある。(高橋)

10 また、現実的危険性は、幫助や教唆行為も現実的結果発生危険を有する行為といえ、区別には不十分と言える。よって、検察側は採用しない。

#### β 説(規範的障害説)

15 規範的障害の判断に何を盛り込むかが必ずしも明らかではないのみならず、この見解は規範的責任論によってのみ正犯と共犯を区別しようとするものと考えられるが、区別基準として規範的責任論のみを挙げるのは不十分である。<sup>16</sup>よって、検察側はこれも採用しない。

#### γ 説(行為支配説)

20 間接正犯における正犯性は、不法帰属の分配の問題である。「危険性」という基準の中には、誰の行為に不法の完全な帰属が可能であるかの判断が入り込んでいる。その判断の実体をそのまま率直に判断基準とするのが行為支配説(C説)である<sup>17</sup>。検察側はこの説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第1. Xの罪責について

25 1. XはAをしてCに必要な医療措置をとらせず、もって死に至らしめた行為について、殺人罪(199条)の間接正犯は成立しないか。間接正犯の成立要件が問題となる。

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をいう。そうだとすれば、間接正犯の正犯性の根拠は、間接正犯が直接正犯と同様の危険性を有している点に求められるというべきである。そこで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  
30 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れば、間接正犯が成立するというべきである。

(2)ア. 本件においてXはCがインスリンの投与がなければ生きられなければならない状況であ

---

<sup>16</sup> 高橋 前掲 411 頁。

<sup>17</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(2008年,成文堂)283頁。

ることを契約当時から承知したにも関わらず、C に病院で治療を受けさせようとしなかった。したがって C が死亡する現実的な危険性があることを認識していたといえ、X に殺人罪の構成要件の認識、認容はあったといえる。また X が自己の指示に A が従順であるということを知っていたことは明らかであり、A を積極的に利用するつもりで指示を出していることから、A を道具として自己の殺人を実現する意思があるといえる(①充足)。

イ. 次に支配利用したかが問題となるところ、これは被利用者における規範的傷害がなければ認められる。

本件において母親 A は息子 C が 1 型糖尿病に罹患したことに強い精神的衝撃を受けていたこと、そして X を強く信頼して指示に従っていたところ、X が自身の治療に自信を持ち、半ば「X の指示に従わなければ C は助からない」といったような強度の働きかけを受け、C を何とか完治させたいとの必死な思いと相まって、C の生命を救うには X の指導に従う以外ないと一途に考えるに至り、インスリンの投与という期待された作為に出ることができない精神状態に陥っていたものであり、かつ X もこれを認識していたと認められる。また A には殺人の故意がなかった以上支配利用関係にあったといえる(②充足)。

(3) 以上より X には殺人罪の間接正犯が成立する。

3. 次に X に C に対する保護責任者遺棄致死罪の共謀共同正犯(60 条)は成立しないか。X は実行行為を行っていないため、共謀共同正犯の成立が問題となる。

(1) まず、そもそも現行法上共謀共同正犯が認められるかが問題となるも、共同正犯において一部実行全部責任の原則が認められる根拠は、二人以上のものが特定の犯罪を実行する意思のもと、相互利用補充関係のもと特定の犯罪行なう点に認められる。とすれば、実行行為を分担する場合と実行行為に向けた行為を分担する場合とで規範的に見て差異はないので、共謀共同正犯は認められると考える。具体的には、①共謀の存在、②正犯意思での共謀への関与、③共謀に関与したものが実行行為を行なうことが必要となる。

(2) 本件において確かに B は被害者が死亡するまで X と顔を合わせたこともなく、かつ直接メールをやり取りしたこともない。しかし、X は B を除いて A に対してのみ指示を与えていたと読み取れる事情はなく、C の病状や治療に関しての AB 間で日頃から意思の疎通が図られるであろう旨を認識していたと解することができる。また事実 B は X の指示に、半信半疑でありながら従っている。そうであれば、道具である A を介しているものの、インスリン不投与に関する X の犯罪意思が B との間で共有されている状況が認められ、したがって順次共謀が認められる(①充足)。また上記の通り正犯意思は認められる(②充足)。そして B は A ほどの意思の抑圧状態になかったにもかかわらず、C を病院に連れて行くなどせず、X との共謀に基づき C に適切な治療を受けさせていない(③充足)。

(3) したがって X に保護責任者遺棄致死罪の共謀共同正犯が認められる。

## 第 2. A の罪責について

1. A の C に適切な医療をうけさせなかったことについて、保護責任者遺棄致死罪(218 罪)が成

立しないか。

2.(1) 保護責任者遺棄罪の主体は「保護する責任のある者」(保護責任者)でなければならないところ、保護責任の有無は、前述の法的作為義務と同様の基準から導かれる。

5 本件では、Cは生まれたばかりの幼年者であり、親であるAは保護責任者という地位にあるといえる。

(2) AはCにインスリンの投与をしなかった。したがってXはCの「生存に必要な保護をしなかった」といえる。

(3) その後Cは死亡しており、当該結果と上述不保護との間に因果関係は認められる。

10 (4) 本件において確かにAは、Cはインスリンの投与が無くなれば死に至ることは理解していたと言える。しかしAはCを助けたいという一心でXの指示に従うことに必死になっていた。「Cの周りに塩を盛れ」「龍神の書いた紙をCの足元に載せろ」という到底信じ難い指示にも従っており、Xのマインドコントロール下にあったといえる。したがってCの生命に危機が及んでいると言う事実を認識していたといえず、よって保護責任者遺棄致死罪の故意は認められない。

3. 以上より、Aには保護責任者遺棄致死罪は成立せず、無罪となる。

### 15 第3. Bの罪責について

1. Bの、Cへのインスリンの投与を中止し、死亡させた行為について、保護責任者遺棄致死罪(刑法219条)が成立しないか。

20 2.(1) Cは1型糖尿病を患っており、「身体障害者または病者」にあたる。また、BはCの父親であって、保護責任が認められる。「生存に必要な保護をしない」とは、場所的隔離によらずに養扶助者の生命に必要な保護をしないことを言うところ、Bはインスリンを定期的に投与しないと死亡する病気であるCにその投与を中止し、放置しているから、これにあたる。そして結果的にCは1型糖尿病に基づく衰弱により死亡している。

(2) BはXの指示に従って上記放置行為をしたものであるが、Xの治療法には疑問を持っていたのであり、意思を抑圧されているとは言えず、故意が認められる。

25 (3) そして、Bは半信半疑ながら、Aの必死さからXの指針に従っており、Aを介してCへのインスリン不投与についてXと相互に意思を通じていたと言える。

3. よって、Bには保護責任者遺棄致死罪が成立し、Xとの間で共同正犯(60条)となる。

## VII. 結論

30 Xに間接正犯及び保護責任者遺棄致死罪の共謀共同正犯、Bには保護責任者遺棄致死罪が成立し、Xとの間で共同正犯(60条)となり、Aは無罪となる。

以上