

## I. 事実の概要

5 被告人Xは、手の平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う「シャクティパット」と称する独自の治癒(以下「シャクティ治療」という。)を施す特別の能力を持つなどして信奉者を集めていた。

Aは、Xの信奉者であったが、脳内出血で倒れて病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も  
10 後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはりXの信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。

Xは、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAをXの下に運ぼうとするBらの家族の意図を知り  
15 ながら、「点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように」などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。

Xは、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBらにゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、Xのした指示の誤りが露呈する  
20 ことを避ける必要などから、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必の故意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

X及びBの罪責を述べよ。

参考判例：最二小決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁

25

## II. 問題の所在

1. XのAに対する不作为に実行行為性を認めることができるか。また、作為と同様の実行行為性が認められるとしたら、作為と同視するための判断要素及び判断基準はいかなるものか。
2. XとBの間に共同正犯は成立するか。成立する場合、いかなる範囲で共同正犯が認められる  
30 か。

### Ⅲ. 学説の状況

#### 1. 不作為の実行行為性

##### (1) 不作為に罪責を負わせることはできるのか。

###### 5 ア説(否定説)

不真正不作為犯については、もし構成要件が作為犯のみを規定しているというのであれば、その基底によって不作為犯を処罰するのは類推であり、罪刑法定主義に反することになる<sup>1</sup>。

###### イ説(肯定説)

- 10 不真正不作為犯とは、条文は「……しなかった」ではなく「……した」と規定されているが、構成要件的行為として、作為のみならず、一定の範囲で例外的に、不作為も含まれている場合において、その不作為犯を意味すると解すべきである<sup>2</sup>。

- 15 不真正不作為犯の成否は構成要件の解釈にかかることである<sup>3</sup>。作為義務(保護する義務)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ことが構成要件該当性を充たすのであり、この場合には法文上必ずしも明確でない不作為について処罰することができるのである。

##### (2) 法的義務はどこで生じるのか。

###### 甲説(形式的三分説)

法令、契約・事務管理、慣習・条理に作為義務の根拠を認める考え<sup>4</sup>。

- 20 法令には民法820条の親権者の監護義務などが、契約・事務管理には幼児を死守する契約、義務なくして病人を自宅に引き取る行為(民法697条以下に基づく)が、条理には先行行為による信義誠実義務が挙げられる<sup>5</sup>。

###### 乙説(構成要件同価値性の理論[先行行為説])

- 25 違法性および責任の内容において同等なものでなければならぬのは勿論であるが、まず構成要件該当性の段階において同価値でなければならぬ<sup>6</sup>。

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<sup>7</sup>とし、その点において違法性、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。

30

<sup>1</sup> 浅田和茂『刑法総論[第2版]』(成文堂,2019)153頁参照。

<sup>2</sup> 浅田・前掲153頁。

<sup>3</sup> 植松正『再訂 刑法概論 I 総論[第8版]』(勁草書房,1985)142頁。

<sup>4</sup> 只木誠『コンパクト刑法総論[第2版]』(新世社,2022)46頁。

<sup>5</sup> 浅田・前掲159頁参照。

<sup>6</sup> 日高義博『刑法総論[第2版]』(成文堂,2022)152頁。

<sup>7</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第6版]』(成文堂,2025)132頁。

丙説（事実上の引受け説）

①結果発生を阻害する条件となる行為（法益維持行為）を開始し、②そのような法益維持行為を反復・継続しており、かつ、③それにほかのものが干渉しえないような排他性が確保されている場合に、刑法上の作為義務が認められるとする説<sup>8</sup>。

5

## 2. 共同正犯の成立

### α説（行為共同説）

共同正犯は各自それぞれが自分の犯罪を遂行するものであり、全体として実現された違法行為につき各自の故意・過失に従って処罰される<sup>9</sup>。

- 10 例えば、XYが共同でBに暴行を加えた場合、Xに殺意があり、Yには傷害の故意しかなかった場合、Xは殺人罪の共同正犯、Yは傷害致死罪の共同正犯が成立することになる。

### β説（犯罪共同説）

- 15 複数者の行為が同一の犯罪にかかわり、同一の犯罪を共に行おうとする合意があつてはじめて共同正犯が成立するとする考え方<sup>10</sup>。

厳格に全部責任の法理の適用をするβ-1説（完全犯罪共同説）と、一部全部責任の法理の適用をするβ-2説（部分的犯罪共同説）に分かれる。

#### β-1説（完全犯罪共同説）

- 20 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とする説<sup>11</sup>。

#### β-2説（部分的犯罪共同説）

二人以上の者が異なった構成要件にわたる行為を共同ないし加担して行う場合において、これらの構成要件が同質的で重なり合うものであるときは共犯を認めるべきであるとする<sup>12</sup> 説。

25

## IV. 判例

### 1. 不作為の実行行為性について

大判大正7年12月18日刑録24輯1558頁

[事実の概要]

- 30 被告人は、養父の隠居により戸主になり、住宅その他の財産を相続したが、養父との間に不和が生じた。そこで格闘の末、養父を殺害しようとしてこれを成し遂げた。その後、養父が格

---

<sup>8</sup> 浅田・前掲160頁。

<sup>9</sup> 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』（有斐閣,2018）509頁参照。

<sup>10</sup> 井田・前掲509頁参照。

<sup>11</sup> 井田・前掲510頁参照。

<sup>12</sup> 大谷・前掲405頁。

闘の際にもえ火が、住宅内庭に積んであった藁に飛散して燃え上がったのを認めた。死体の始末を考えていた被告は、むしろ住宅とともに死体および証拠物件となるべきものを焼燬(しょうき)して隠ぺいしようとして燃え上がっていたのを放置した。結果、被告人以外に人の現在しない家屋を焼燬しかつ隣家の物置1棟を類焼させた。

5 [判旨]

自己の故意行為に帰すことのできない原因により既に物件に発火した場合にこれを消止せしむべき法律上の義務を有し且容易に消止せしめ得る地位にある者が、その既発の火力を利用する意思を以て鎮火に必要である手段をとらないのは、不作為による放火にあたる。それは公の秩序を維持すべき法律の精神に牴触し、公共危険発生防止の法律上の義務に違反するものである。

[引用の趣旨]

被告人が格闘をしようと思わなければ火は発生することがなかったため、格闘をしたことで被告人が自ら因果の流れを設定したといえる。よって、格闘という先行行為の後に、作為者には発生した火を止める「法律上の義務」がある。このように考えると、当該判例は故意がないとはいえ、本件火事が格闘という先行行為の中で発生したことを作為義務の根拠としていると考えられるため乙説と親和性があると判断した。

## 2. 共同正犯の成立について

最二小決令和2年8月24日刑集74巻5号517頁

[事実の概要]

1型糖尿病患者であった被害者はインスリンを定期的に摂取すれば通常の生活を送ることができたため、被害者の母親および父親は定期的に投与していた。しかし、母親は被害者を完治させたいと思い、非科学的な力による難病治療を被告人に依頼した。依頼された被告人は両親にインスリンを投与しないよう指示した。母親は被告人の指示を信じ、半信半疑であった父親を説得しインスリンの投与を中止した。その結果、被害者は1型糖尿病に基づく衰弱により死亡した。

[判旨]

被害者の治療を依頼された被告人は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と認識しながら、母親に対してインスリンの投与の中止を指示し、強度の働きかけを行い、インスリンの投与という期待された行為ができない精神状態に陥らせた。父親に対しても母親を介してインスリンの投与をさせなかった。被告人は未必の故意をもって、母親を道具として利用し、不保護の故意のある父親と共謀し、被害者を死亡させたものと認められ、被告人と父親に未必の故意に基づく殺人罪が成立する。

[引用の趣旨]

実行行為が不作為であっても未必的な故意をもって特定の人(親族等)を利用し、ある結果を

生じさせた場合、その背後で実行行為の指示をした者にも不作為の共同正犯が成立する。医療措置が必要であることを認識し、保護責任のある者の不作為によって共謀共同正犯が成立する部分でB-2説と親和性があると判断した。

## 5 V. 学説の検討

### 1. 不作為の実行行為性

#### (1) 不作為に罪責を負わせることはできるのか。

##### A説（否定説）

10 行為は、人の意思によって支配可能な社会的意味のある身体の外部的態度(動と静)であるから、不作為に行為性を認めることに支障はないばかりか、不作為を作為と同視すべき場合があることは日常的にも認められているといつてよい<sup>13</sup>。

よって、検察側はA説を採用しない。

##### I説（肯定説）

15 他のなんらかの原因力によって法の禁ずる一定の事実が実現への方角を採るにいたったときには、この現象に対して一定の関係を有する者は、これを防止すべき義務を有するから、この義務を尽くさずに事実の実現するに任せることは、あたかも作為をもってその実現を期することと、その価値において選ぶところがない<sup>14</sup>。

よって、検察側はB説を採用する。

20

#### (2) 法的義務の生じる基準

##### 甲説（形式的三分説）

法令、契約・事務管理とは前述のとおり、民法の規定を指すものである。刑法とは異なる民法の規範を理由としてそのまま作為義務の認定をするべきではない。また、不真正不作為  
25 犯の作為義務は、法的義務であって、慣習・条理から導かれるものではない<sup>15</sup>。

よって、検察側は甲説を採用しない。

##### 乙説（事実上の引受け説）

30 作為義務の発生は、法益維持行為を開始した場合にあるとしているが、この要件を満たして初めて刑法上の作為義務が認められるとしている点に難点がある。

例えば、火事が発生しうるのに店にいた店員がそれをみても消火につながる行動をとらなくても、法益維持行為を始めていないため、店員に作為義務があったとされない。このよう

---

<sup>13</sup> 大谷・前掲128頁。

<sup>14</sup> 植松・前掲141頁。

<sup>15</sup> 浅田・前掲159頁。

な不作為について、罪に問われないという矛盾が生じる<sup>16</sup>。

よって、検察側は丙説を採用しない。

乙説（構成要件同価値性の理論[先行行為説<sup>17</sup>]

- 5 不真正不作為犯と作為犯は、同一の条文の下で処罰される以上、価値的に等しいものでなければならない。

この構成要件的同価値性は、不真正不作為犯の客観的構成要件要素として位置づけられる。法的作為義務および行為の可能性も客観的構成要件要素であるが、構成要件的同価値性の判断は、法的作為義務とは独立した判断である。法的作為義務が認められても、構成要件的同価値性がない場合には、不真正不作為犯の成立は否定されるのである。法的作為義務によって等価値問題を解決するのは困難である。

よって、検察側は乙説を採用する。

## 2. 共同正犯の成立<sup>18</sup>

### 15 B-1説（完全犯罪共同説）

共同正犯となるためには実行行為を共同して実現すれば足りるから、例えば、殺人罪と傷害致死罪のように、二つ以上の犯罪のうち構成要件的に重なり合う行為を実行行為として捉えれば足り、特定の犯罪全体を共同して実現することが必要であると解する完全犯罪共同説は妥当でない。

- 20 よって、検察側はB-1説を採用しない。

### α説（行為共同説）

共犯は、正犯の実行行為を通じて構成要件を実現し、法益侵害・危険の発生を惹起させることにその処罰根拠があると解すべきであるから、共犯というためには、共同して特定の構成要件を実現したという事実を要する。したがって、特定の構成要件を共同して実現する必要はないとする行為共同説は、支持できない。

よって、検察側はα説を採用しない。

### B-2説（部分的犯罪共同説）

- 30 上記のような共犯の成立の観点からすると、構成要件論を重視する立場からは、各関与者の犯罪が構成要件的に重なり合う限度でのみ共同正犯を認める本説が妥当である。

よって、検察側はB-2説を採用する。

---

<sup>16</sup> 浅田・前掲160頁。

<sup>17</sup> 日高・前掲152頁。

<sup>18</sup> 大谷・前掲406頁。

## VI. 本問の検討

### 第1 Xの罪責

1. Xが、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日間放置した不作為につき、殺人罪(刑法199条)が成立するか。

5 2. 実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険を惹起させる行為をいう。

(1) もっとも、Xは積極的にAに危害を加え、作為的に死亡結果を発生させたわけではなく、医療措置の必要なAに適切な措置を受けさせないことによって死亡させている。したがって、甲の上記不作為について、作為犯として規定されている殺人罪の実行行為性が認められるかが問題となる。

10 (2) この点、検察側はイ説を採用する。すなわち、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、不作為について処罰することができると考える。

よって、XにAの死亡結果について結果発生を防止すべき法的義務があったといえ、その義務に違反したといえれば、かかる不作為に殺人罪の実行行為性が認められるといえる。

ア では、かかる法的義務はいかなる場合に発生するか。

15 (ア) この点、検察側は乙説を採用する。すなわちかかる法的義務の発生は、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、その点で構成要件該当性において同価値といえるかで判断する。

(イ) 本件において、Xは、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAをXの下に運ぼうとするBらの家族の意図を知らながら、「点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように」などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。

25 この点、Xは自己の治療方法を施すとして治療を引き受けたのち、Bに指示をして、必要な医療行為を受けられないホテルの一室という密閉空間にAを移動させた時点で、Xが救命できるとする根拠がなかったのであるから、死亡というAの生命侵害に向かわせる因果を作出したといえる。

よって、Xは、Aの生死を左右する手当を全面的に委ねられたものとして、直ちに患者の生命を維持するために必要な上記医療措置を受けさせる法的義務があったといえる。

30 イ 以上より、Xには上記作為義務があった。しかし、上記医療行為を受けさせないまま約1日間放置した不作為には自己の負った法的義務に違反するものであるとして、殺人罪の実行行為性が認められる。

3. では、かかる不作為と結果との間に因果関係は認められるか。

35 (1) 因果関係は、条件関係の存在を前提に、実行行為の持つ法益侵害の危険が結果へ現実化し

たといえる場合に肯定される。

不真正不作為犯の場合は、期待された作為を行ってれば結果が回避されたことが合理的な疑いを超える程度に確実である場合に条件関係が肯定されると解する。

(2) 本件において、Aは意識障害によって痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあった。それにも関わらずXは、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告等を知りながら点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させている。もし、病院へAを戻し医師に治療を委ねていればAは必要な医療措置を受けることができたのであるから、Aの死亡結果を回避することが合理的な疑いを超える程度で確実であったといえる。したがって、Xの不作為とAの死亡結果との条件関係が肯定される。

また、Xのかかる不作為にはAが医療措置を受けることができず、死亡する危険性があった。本件ではその結果が現実化しており、危険の現実化も認められる。

(3) 以上より、因果関係が認められる。

4. 構成要件の故意(刑法38条1項本文)は認められるか。故意とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいう。

本件でXはそのままでは死亡する危険があることを認識したが、Xのした指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、Aが死んでも仕方ないという未必の故意をもって、必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置する不作為を認識認容しているといえる。

よって、故意が認められる。

5. 以上より、Xのかかる不作為には殺人罪が成立する。

## 第2 Bの罪責

1. BがXにAにシャクティ治療を依頼しAを病院から運び出してAに適切な治療を受けさせなかった不作為につき、殺人罪(刑法199条)が成立し、Xとの共同正犯(刑法60条)が成立しないか。

2. この点、検察側はB・2説を採用する。

(1) 本件において、Xはシャクティ治療を受けさせるためにAを病院から連れ出すよう依頼し、Bもそれに応じているため共謀が認められる。

(2) もっとも、かかる不作為につき、実行行為性は認められるか。

ア 本件においてBはAを病院から運び出し、Xしか存在しないホテルへと運んでいる。これは、BがXにもっぱらシャクティ治療を施すことを依頼していたことに照らせば、痰の除去や水分の点滴等のAを救命する手段を他の者が取ることを期待するのが困難な状況に陥らせたといえ、先行行為性が認められる。そして、BはAの息子でAを扶助する義務を負っていて(民法877条1項)、Bが移動に関する一挙手一投足を支配したという先行行為を行ったと評価できることを踏まえれば、Bに作為義務を負わせることには正当性が認められる。したがって、BにはAに適切な治療を受けさせるという作為義務があり、そのままAを病院に入院させていればよかったのだから、作為容易性・可能性も十分にあった。

イ よって、かかる不作為に実行行為性が認められる。

3. 結果として、Aは死亡した。

4. 因果関係についても上述の通り認められる。

5. 故意についても上述の基準で判断する。本件においてBはAが意識障害のため痰の除去や水

5 分の点滴等を要する状態でありながら「点滴治療は危険である」とするXのもとに預けることの認識認容があったから、故意も認められる。

6. したがって、Bのかかる不作為につき殺人罪(刑法199条)が成立し、Xと共同正犯(刑法60条)となる。

## 10 VII. 結論

XとBにはAに対する殺人罪が成立し、両者は共同正犯となる。

以上