

【判例研究】

## 不作為を強制する行為と間接正犯

——インスリン不投与強制事件控訴審判決について——

稲垣 悠一

東京高等裁判所平成30年4月26日第12刑事部判決<sup>(1)</sup>

(平成29年(う)第750号 殺人被告事件)

裁判所ウェブサイト、LEX/DB文献番号25449488

[参照条文] 刑法60条(ただし、保護責任者遺棄致死の範囲で)、199条

### 【事実の概要】

1 本判決が是認する原判決の認定した罪となるべき事実は、次のようである。

被告人は、当時7歳の男児であった被害者の母親(以下単に「母親」と言う。)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や、母親及び被害者の父親(以下単に「父親」と言う。)との間でその治療を引き受けることを約し、両親(母親及び父親を指す、以下同じ。)に対し、インスリンは毒であるとして被害者に対するその投与の中止などを指示していたものであるが、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、被告人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母親が信じ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、平成27年4月5日頃から同月27日までの間、栃木県内又はその周辺において、両親に対し、メール又は口頭の方法により、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、同月6日午後4時36分頃の投与を最後に、それ以降、被害者にインスリンを投与させずにこれを放置させ、よって、同月27日午前6時33分頃、同県所在の病院において、被害者を糖尿病性ケトアシドーシスを併

---

(1) 本稿における本判決文および原判決文の引用は、裁判所ウェブサイトの判決文の頁数によることとする。

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。

2 両親は起訴猶予となり、被告人のみが殺人罪で起訴された。検察官は、被告人が両親を道具として本件犯行に及んだ旨の間接正犯（主位的訴因）を主張し、これが認められない場合として、被告人が両親と共謀して本件犯行に及んだ旨の共謀共同正犯（予備的訴因）を主張した。これに対し、弁護人は、検察官が主張する事実全般に亘り争った。第1審（宇都宮地裁）判決は、被告人と母親との関係では、主位的訴因を基にして、母親を利用した殺人の間接正犯を、被告人と父親との関係では、主位的訴因である間接正犯の訴因の縮小認定として、保護責任者遺棄（不保護）致死罪の限度で共謀共同正犯の成立を認め、前記の罪となるべき事実を認定した。その上で、被告人を懲役14年6月に処した（求刑懲役15年）。

これに対し、被告人側が控訴した。控訴趣意としては、訴訟手続の法令違反、事実誤認および理由不備が主張された。このうち、事実誤認の主張は、次のようなものである。すなわち、〔1〕母親との関係で殺人の間接正犯を認めた点、〔2〕父親との関係で共謀共同正犯の成立を認めた点、〔3〕被告人の殺意を認定した点、〔4〕誤って認定した多数の間接事実により、殺人の実行行為や殺意を推認している点について、いずれも原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認がある、というものである。

### 【判旨】控訴棄却

東京高等裁判所は、前記〔1〕ないし〔4〕の主張に対し、原判決の認定、判断に論理則、経験則等に反する不合理な誤りは認められないとして、いずれの主張も排斥し、本件控訴を棄却した。このうち、〔1〕および〔2〕に対す

---

（2） 宇都宮地判平成29年3月24日裁判所ウェブサイト、LEX/DB文献番号255448610。

る判示は、次のようである。なお、下線は筆者が付したものである。

#### 1 母親との関係で殺人の間接正犯を認めた点について

「母親は、被害者が現代医学では完治できずインスリンの投与を将来にわたって継続しなければならない1型糖尿病に罹患したことを知って衝撃を受け、藁をも掴む気持ちで、非科学的な力で難病を治癒させることを標榜していた被告人に被害者の治療を依頼して、すがっていたものであるが、平成27年4月6日に至るまでの間においても、被告人から、メール又は口頭で、頻繁に、被害者の病を治すためには、被告人の指導に全面的に従う必要があるなどと言われ、その後、インスリンは毒だから被害者へのインスリン投与は中止しなければならないなどと命じられ、病院へ行ったら3年はもたないなどと言われ、医師の指導に従うことも禁じられ、更には、父親が被告人の指導に半信半疑になると、被害者を死神の自縛（呪縛の意と解される。）から解きほぐして欲しかったら、被告人の指導に従うしかないなどと言われ、更には、被害者の症状悪化により、同年3月中旬に再入院することとなり、退院後に一時、インスリン投与を再開させると、被告人から、指導に従わなかったことを再三にわたって責め立てられた上、被害者の症状の悪化は被告人の指導を無視した結果であるなどとも言われて、同年4月6日、改めて被告人の指導に従うことを約束し、その後は、被害者を救うためには、被告人を信じてその指導に従う以外にないと一途に考えていたことが認められる。また、被告人は、同年2月初旬に一度被害者と会った以降は、被害者が重篤な状態となった同年4月26日夕方までの間、被告人の治療は神霊の世界で治すもので遠隔操作をしているという説明をし、メール等を用いて、インスリンを投与するな、医師の指導に従うな、被告人を信じなければいけないといった指示を出すだけといった対応であったのに、母親は、被告人から請求されるがままに、多数回にわたり、被告人に報酬として多額の金銭を支払い続けている。そして、同年3月中旬に被害者が再入

院した際、担当医から、インスリンを投与しなければ、被害者が死ぬ危険性があることの説明を受けたにもかかわらず、その後もインスリンの不投与を続けている。加えて、母親は、一貫して被害者の快復を強く望んでいたのであるが、被害者の症状が悪化していたのに、病院の診察予定日であった同年4月22日に被害者を病院へ連れて行かず、その後、被害者が衰弱し、死亡の一、二日前に容態が深刻となった段階に至っても、被告人の指示を仰ごうとすることに必死で、最終的に駆けつけた母親の妹が被害者の容態を見て救急車を呼ぼうと言うまで、病院に連れて行こうとしていない。これらの事情によれば、同月6日の時点において、母親が被告人を妄信し、その指示に機械的に従わざるを得ない状態にあったと評価することができる。

したがって、被告人に母親を道具とする間接正犯の成立を認めた原判決の認定、判断に論理則、経験則等に反する不合理な誤りは認められない。](12～13頁)

## 2 父親との関係で共謀共同正犯の成立を認めた点について

「所論は、共謀共同正犯における『謀議』は、共同して犯罪を行う意思を形成するだけの共謀が必要であり、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りないと解すべきところ、父親は、少なくとも平成27年1月1日以降は、被害者が死亡するまで、一度も被告人と顔を合わせたことも、メールのやり取りをしたこともなく、また、被告人が母親を通じて父親に対し、具体的指示を行った形跡は窺われず、父親は、母親の熱意に押されて被告人の治療を受けるという母親の方針を容認したにすぎないのであって、被告人と父親の間に『単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在』を超える共謀は認められないと主張する。

しかしながら、被告人は、母親のみならず父親との間でも、被害者の治療を引受ける旨の契約を結んだものである上、契約後に父親と直接話をするのではなく、メールのやり取りもなかったとはいえ、母親から被告人に伝えられた母

親と父親の間のやり取りに関する事項の内容等からすれば、被害者の病状や治療に関して両親の間で日頃から意思の疎通が図られるであろう旨を十分に認識していたことは、関係証拠上容易に推認できるところである。被害者へのインスリン投与の中止という被告人の指示に反して父親がインスリンを投与したりすれば、いくら母親に指示を守らせても意味がないことからすれば、被告人は、母親に対してインスリンの投与中止等を指示したのみならず、父親に対しても、母親を介して、同様の指示をする意図を有し、その指示をしていたものと認めることができる。他方において、父親が、被害者へのインスリンの投与中止を継続するという実行行為に及んだのは、まさに被告人の母親に対する直接の指示を伝え聞いたからに外ならない。したがって、被告人に父親との間で母親を介した順次共謀による共同正犯の成立を認めた原判決の認定、判断に論理則、経験則等に反する不合理な誤りは認められない。」(15～16頁)

## 【研究】

### I 本判決<sup>(3)</sup>の意義、問題点

1 本判決は、①被告人が、インスリンを定期的に投与する必要のある被害者の母親を自己への妄信状態に陥れてその不投与を指示し、被害者を死亡させた行為につき、殺人罪の間接正犯を認め、②妄信状態に陥っていなかった父親との間では、被告人との共謀共同正犯を認めた。ここでは、第三者を利用して被害者の法益を侵害する類型として、間接正犯および共謀共同正犯が成立する限界が問われている。すでに裁判例として、強制による間接正犯を認めた事案や、間接正犯と共謀共同正犯の区別が問われた事案はある。しかし、①のよう

---

(3) 本判決の評釈として、安田拓人「判批」法学教室455号(2018年)144頁がある。

に、成人の不作為を利用した他害型の間接正犯が認められた事案は稀有である。しかも、本事案には、裁判では争点化されていない刑法解釈上の種々の問題が内包されているように思われる。そこで、本稿では、本事件に内包されている問題点を浮き彫りにし、今後の議論の素材を提供することとする。

2 第1に、妄信状態を利用した間接正犯の成否について検討する。ここでは間接正犯の諸類型を眺めながら、どのような要素に基づき間接正犯を認めているのかを整理・分析することとする（後記Ⅱ）。第2に、「不作為を利用した間接正犯」の当否を検討する。本件で被害者の死をもたらしているのは、インスリン不投与という不作為であるが、これを利用する間接正犯はあり得るのか。本判決では自覚的に検討されておらず、学説においても十分に議論されてきたとは言えないことから、その理論的問題点を検討する必要がある。さらに、この問題は、「作為による不作為犯」との接点もある。本件では、母親の不作為に向けて被告人の種々の積極的働きかけ（作為）を見出すことができる。いわば、作為により作為義務の履行を遮断しているが、被害者の死は、法的に見て、作為犯として実現されたのか、それとも不作為犯として実現されたのか。そこで、作為による不作為犯の問題領域との関係を検討する必要がある（以上、後記Ⅲ）。第3に、被告人と父親との共謀共同正犯を認めた点について、共犯理論上の問題点を検討する。ここには2つの問題が内在している。1つは、道具となった母親を介した父親との順次共謀の当否である。これは、共謀共同正犯、および共同正犯の本質論を踏まえて分析する必要がある。もう1つは、殺意のない父親と殺意のある被告人との間に成立する共同正犯の範囲の問題である（以上、後記Ⅳ）。

## II 強制による妄信状態の作出と間接正犯の成否

### 1 間接正犯の諸類型

間接正犯とは、情を知らない第三者を利用するなどして間接的に法益侵害の結果を惹起する犯罪形態であり、刑法総則の共犯規定によらずに、直接正犯と同様、各則の規定に基づき正犯として処罰される場合である。間接正犯の概念は、共犯論における極端従属形式を前提として、処罰の間隙を埋める道具概念として主張されたこともあったが、現在の多数説は、正犯の一種と解している。

その理論構成は、①利用行為に着目する構成と、②被利用者側の事情に着目する構成がある。①については、犯罪を実現する現実的危険性があるか否かという実行行為性を基準とする<sup>(4)</sup>見解、行為支配の有無を基準とする<sup>(5)</sup>見解がある。②については、構成要件の結果を実際に惹起した者に反対動機の形成可能性があったか否かを問題とする<sup>(6)</sup>見解がある。どの構成に依拠するにせよ、被利用者を介する背後者を正犯とするのであるから、被利用者の状況を踏まえた利用

---

(4) 大塚仁『刑法概説（総論）[第4版]』（2008年、有斐閣）160頁等。

(5) 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（2000年、有斐閣）172頁以下は、構成要件該当事実の実現という事象を統制していた者を正犯とする立場から、間接正犯の形態は、主観的・客観的な強制による場合（強制下で行動する者を利用して、そこから実現する構成要件該当事象を支配）と、知識・認識の優越に基づく場合（具体的な事実の意味を掌握している者が、犯罪行為を現実<sup>(6)</sup>に犯罪行為たらしめ、かつ目標とされる結果に向けてその犯罪行為を統制）に類型化されるとする。

(6) 西原春夫「教唆と間接正犯」団藤重光編『刑法講座第4巻』（1963年、有斐閣）135頁（151頁以下）。日高義博『刑法総論』（2015年、成文堂）445頁以下は、主として、刑事未成年者を利用する形態における間接正犯と教唆犯との区別を念頭に、構成要件の結果の惹起に直接関係した者が規範上非難しうする実体（正犯適格性）を有しているかを問題とし、その内実として反対動機形成可能性を問題とする。



行為の内実を明らかにする必要があるように思われる。

間接正犯には種々の類型があり、分類の視点も一様ではないが、被利用者の行為の法的性質（非故意行為、構成要件非該当行為、構成要件に該当するが適法な行為、違法行為だが有責性が欠ける行為）に着目して整理するならば、次の（１）ないし（４）に分類できる。この分類により利用行為に求められる内実（暴行・脅迫等による強制を伴うか、欺罔で足りるか）がある程度確定できるが、より精確に分析するためには、各類型において、利用される者が被害者自身か、それとも被害者とは別の第三者か、さらに被侵害法益の種類は何か、という観点を付加するのが有用と思われる。

#### （１）情を知らない者（非故意行為）の利用

情を知らない者を利用して第三者の法益を侵害するのは、間接正犯の典型類型であり、利用者は被利用者の非故意行為を利用する。そのような行為を利用する場合には、利用者の被利用者に対する心理面への働きかけが軽微な欺罔であっても、道具性が肯定されやすい。なお、争いはあるものの、A罪の故意がある者を利用して、B罪を実現する場合<sup>(7)</sup>も、B罪の間接正犯が成立するとの立場が有力である。

この類型の場合、犯罪事実を知らずことなく欺罔により被利用者の行為が利用されることが多いが、被利用者の心理・身体面に暴行・脅迫・欺罔等の強制が作用する結果、犯罪事実の認識の欠落に至る場合<sup>(8)</sup>もあり得る。このような場合は、被利用者の心理面への強度の制約が必要であろう。ただ、被利用者の

---

(7) たとえば、屏風の裏に人がいることを知る者が、それを知らない者に屏風の損壊を教唆して、屏風の背後にいる者の殺人を実現するような場合である（団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年、創文社）159頁）。

(8) 被利用者に正当防衛等の緊急行為が成立しうる状況の場合には、後記（３）の類型の問題となる。

行為性を欠く程度（絶対的強制状態）まで必要なのかについては、すでに指摘されているように、被害者自身の行動を利用する場合（自己侵害型）と被害者とは別の第三者を利用する場合（他害型）とでは、差異があると思われる。つまり、「被害者を利用する場合は、被利用者にとって法益侵害が自己侵害であるためにハードルが低く、そのため危険性が認められやすい、規範的障害となりにくい、あるいは支配性が認められやすい」ということである。<sup>(9)</sup>

自己侵害型の間接正犯の代表例としては、被害者を厳寒の川に転落させ、川から逃げられないようにして溺死させた事案につき、強制下にある被害者の行為を利用した殺人罪の間接正犯を肯定したもの（事案①）<sup>(10)</sup>、自殺させて保険金を取得する目的で被害者に命令して岸壁上から自動車ごと海中に転落させた事案につき、殺人未遂罪の成立を肯定したもの（事案②）<sup>(11)</sup>がある。後者につき、最高裁は、「被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態」にあったと判示している。殺人の前提として被害者の絶対的強制状態まで認定されていないが、自己侵害型と他害型とで強制<sup>(12)</sup>の程度に差異を設ける上記の考え方に従えば、事案②の結論は是認<sup>(13)</sup>できる。

---

(9) 豊田兼彦「被害者を利用した間接正犯」刑法雑誌57巻2号（2018年）273頁（280頁）。

(10) 最決昭和59年3月27日刑集38巻5号2064頁。

(11) 最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁。

(12) 藤井敏明「最判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成16年度）』1頁（25頁）。

(13) なお、偽装心中の事案で、判例は、真意を害する瑕疵ある意思があれば、自殺意思を無効とし、殺人罪を肯定している（最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁）。被害者の動機を重視した自殺意思の有効性の判断基準自体にも問題があるが、当時は専ら自殺意思の有効性に焦点が当てられ、間接正犯の問題性が十分に検討されていなかったと評価されている（佐伯仁志・刑法判例百選Ⅱ〈第7版〉5頁）。仮に自殺意思を無効とし、自己侵害型という面を加味したとしても、間接正犯の利用行為の内容が希薄であることは問題である。

これに対し、被利用者が強制されているとは言え、第三者の法益を侵害する他害型の場合は、自己侵害型に比べて心理的な障壁は高いといえよう。もっとも、心理的障壁の高さは、被侵害法益の種類とも無縁ではないであろう。前記の屏風事例は、欺罔により、器物損壊という低い心理的障壁を乗り越えさせて、重い殺人を実現するもので、被侵害法益の種類に応じた心理的障壁のギャップを利用するものである。また、このような欺罔を用いるのではなく、暴行・脅迫等の強制を伴う場合も、被侵害法益の種類に応じて、被利用者の意思制約の程度は異なってくると思われる。少なくとも、被侵害法益が第三者の生命のような重要な法益の場合に強制による間接正犯を認めるためには、基本的には被利用者の行為性すら欠く程度の絶対的強制状態が必要になると思われる。なお、被利用者（被強制者）の正当防衛あるいは緊急避難の可否が問題となるような類型については、後述の適法行為の利用の類型で指摘する。

## (2) 故意ある道具（構成要件非該当行為）の利用

この類型は、通貨偽造罪などの目的犯につき、目的を有する者がそれを欠く者の行為を利用し（目的なき故意ある道具<sup>(14)</sup>）、あるいは、収賄罪などの身分犯につき、身分者が非身分者を利用して（身分なき故意ある道具<sup>(15)</sup>）、各犯罪の予定している法益を侵害するものである。この類型は、かねてより、幼者、精神病患者、被強制者等の利用の場合とは異なるとして、間接正犯の限界問題の1つ

---

(14) たとえば、Aが行使の目的があるのにそれがないかのように装って、行使の目的のないBに通貨を偽造させる場合が挙げられる。

(15) たとえば、「公務員Cが、妻Dに業者からの賄賂であることを知らせた上で、自分に代わり賄賂を受取させた。」という場合が挙げられる。なお、Dが賄賂であることを知らされていない場合には、情を知らない者の利用の類型といえる。

として位置づけられ、今日においても、その当否に争いがある<sup>(17)</sup>。さらに、いわゆる「単純な故意ある道具」の当否は、より争いがある<sup>(18)</sup>。しかし、少なくとも、目的なき故意ある道具の場面では、行使の目的がないことを秘するなどの欺罔により被利用者に偽造させることは可能と思われる。この場合、被利用者には、構成要件の故意はあるものの、構成要件に類型化された特殊的主観的違法（責任）要素としての目的が欠けるため構成要件該当性がない。他方、利用者は、目的等を欠く構成要件非該当行為を道具として利用したとして、間接正犯になる。利用行為の程度としては、欺罔程度で足り、強制が常に必要とまではいえない。

### (3) 適法行為の利用

この類型は、被利用者を正当防衛（36条1項）あるいは緊急避難（37条1項本文）の状態に陥れて、その状態の下で行われる緊急行為を利用して被利用者とは別の法益を侵害するものである。この議論の前提として、被利用者の行為の正当化自体に争いがある。特に強制による緊急避難の成否につき、被利用者は、背後者の不法に加担して不可分一体となっていることから、第三者の法益を侵害する行為の緊急避難を否定する見解もある<sup>(19)</sup>。しかし、一般的には、背後者による強制も「現在の危難」といえ、その他の要件を充足する限度で、被

---

(16) 大塚仁『間接正犯の研究』（1958年、有斐閣）136頁。

(17) いずれも間接正犯を否定する見解（植田重正『共犯の基本問題』（1952年、東京三和書房）83頁等）や、身分なき故意ある道具の場合のみ否定する見解（西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年、弘文堂）331頁等）がある。

(18) 故意により結果を惹起した直接行為者を幫助として、背後者を正犯とした下級審判例があるもの（横浜地川崎支判昭和51年11月25日判時842号127頁、大津地判昭和53年12月26日判時924号145頁）、学説では、批判が強い（山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年、有斐閣）72頁等）。

(19) 橋田久「強制による行為の法的性質（1）」法学論叢131巻1号97頁以下。

強制者の緊急避難も成立すると考えられている。このような理解の下では、被強制者の行為は、正当防衛等の要件を満たす場合には違法性が阻却されて犯罪不成立となり（緊急避難につき、違法性阻却事由とした場合も同様）、過剰防衛、過剰避難となる場合には、犯罪は成立するものの刑が減免され得る（36条2項、37条1項但書）。たとえば、被告人が覚せい剤の影響下にあった捜査対象者からけん銃（実弾が装填されていたかは不明）を頭部に突き付けられ、目の前で覚せい剤を使用することを強制された事案につき、覚せい剤の自己使用について構成要件該当性を肯定しつつ、被告人の生命・身体に対する現在の危険を肯定し、緊急避難を認め無罪としたものがある<sup>(20)</sup>（事案③）。また、Aが、教祖Bから「Xを殺さなければ、お前を殺す。」と強要されて、やむなくXを殺した事案につき、Aの自由に対する限度で現在の危険を認め、それを避けるためにXを殺害するしかなかったとして補充性も認められたが、害の均衡を欠くとして過剰避難に止まるとしたもの（オウム真理教信者殺害強制事件：事案④）<sup>(21)</sup>がある。

これらを背後者から見た場合、緊急行為を利用する間接正犯は、被利用者を緊急状況下に陥れる強制行為が認められない限り肯定することは困難である。問題は、どの程度の強制があれば間接正犯となるかである。緊急行為で侵害されるのは被強制者以外の第三者の法益であるのが基本であり、被強制者が自己の法益を害する状況に追い込まれる自己侵害型は例外的であろうから、本類型で主として問題となるのは、事案④<sup>(22)</sup>のような他害型の場合である。

---

(20) 東京高判平成24年12月18日判時2212号123頁。

(21) 東京地判平成8年6月26日判時1578号39頁。

(22) 事案③のような自己侵害型の緊急避難が問題となる場合、それを利用した間接正犯は、例外ではあるが問題となり得る。この場合、自己侵害型の場合の方が、他害型に比べて補充性や害の均衡の要件充足性が高いことから、転嫁行為への心理障壁は低くなる。その反

他害型については、事案④のX殺害につき、別の判決において、教祖Bの間接正犯性を否定したものがある（地下鉄サリン事件等第1審判決<sup>(23)</sup>）。この事件の被告人Cは、事案④のXの殺害を強要した教祖Bの共同正犯として起訴された。弁護側は、Cの共同正犯性を否定するために、X殺害はAを利用したBの間接正犯であると主張したが、次のように述べてこれを排斥している。すなわち、「Aは自分が助かるのであれば、Xを殺害することもやむを得ないと自ら判断して殺害行為に及んだものである」であって、間接正犯の道具とはいえないし、また、殺害の実行行為の間、他の教団幹部らも、Xの身体を押さえ付けるなど実行行為と評価できる行為に及んでいることからすると、Bの単独正犯であるとも到底いえず、前記共謀共同正犯の認定は揺るがない。」というのである。事案④でX殺害を強要されたAは、自身の自由に対する現在の危難しか認められなかったため、過剰避難に止まっているが、仮に、Aの生命に対する現在の危難が肯定され、その他の要件も充足した場合は、Aに対する背後者Bの強制は、Aの絶対的強制状態<sup>(24)</sup>を作出したといえ、間接正犯性を肯定し得るであろう。

---

面、背後者による強制の度合いも、自己侵害型の方が他害型に比べて緩やかなもので足りることになり、当該犯罪の性質上、間接実行が可能な限り、比較的緩やかに間接正犯性が肯定されることになろう。

(23) 東京地判平成12年7月17日判タ1091号181頁。

(24) なお、Aが絶対的強制状態に置かれたと評価できる場合は、適法行為の緊急避難以前に、Aの行為性に疑義が生じ、前記（1）の他害型の非故意行為を強制的に作出する場合に包摂されるとも思える。しかし、Xを殺害するより他に取るべき手段が無い状態に陥れたAの活動は、他害性を伴う以上、社会的行為としては決して無意味ではない。第三者の法益を害する他害型の重要性を踏まえ、Aの行為性は、社会的行為論等の観点から緩やかに認めつつ、緊急避難の要件を厳格に判断し、その充足をもって絶対的強制状態と評価して、背後者の間接正犯性の判断に繋げるべきであろう。

#### (4) 責任無能力者の利用

この類型は、被利用者が心神喪失者の場合と刑事未成年（刑法41条）の場合がある。被利用者の行為は、違法であるが責任が阻却され、犯罪は不成立となる点で共通する。しかし、利用行為に必要な内実は、被利用者の責任が否定される根拠に応じて異なってくる。まず、高度の精神病患者等の心神喪失状態（39条1項）を利用する場合は、軽微な欺罔で足りることが多いであろう。次に、刑事未成年者を利用する場合は、刑事未成年者の責任能力が否定される根拠が最終的には政策に帰することから、直ちに被利用者の道具性が肯定される訳ではない。道具性の有無は、被利用者の年齢状況に応じた事理弁識能力の有無や利用者与被利用者との関係などを考慮して検討する必要がある。たとえば、事理弁識能力がない5、6歳の幼児を利用する場合は利用行為として軽微な欺罔でも足りるが、かかる能力のある12～13歳程度の未成年者を利用する場合は強制を要する<sup>(25)</sup>、といったように、利用行為の内実に差異が生じるのである。

なお、間接正犯が否定される場合の利用行為は、責任無能力者の違法行為に関与したものと評価され、共犯論における因果共犯論、制限従属性説を前提にすると、(共謀)共同正犯、あるいは教唆犯が成立することになる。この結論は、共謀共同正犯を「共犯」として位置づける場合には困難はないが、「正犯」として位置づける場合には、間接正犯を否定しつつも、正犯としての共謀共同正犯を認め得るのか、その区別基準が問題となる<sup>(26)</sup>。

---

(25) 最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁は、12歳の養女に窃盗をさせた事案につき、「自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されていた同女を利用して右各窃盗を行ったと認められる」としている。ただ、行為性を失わせる程度の絶対的強制下とまではいえないと思われる（園田寿・刑法判例百選Ⅰ〈第4版〉149頁）。

(26) 12歳10月の刑事未成年者を利用した強盗行為につき、背後者について間接正犯を否定しつつ、共謀共同正犯を認めたものとして、最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁がある。



## 2 本事案の場合

(1) 本事案の母親は、最終的には、被告人への妄信状態ゆえに、「その指示に機械的に従わざるを得ない状態にあった」と評価されている。被利用行為の性質と利用行為の内実に着目する場合には、一応の分類は可能であるが、

(1) ないし (4) の典型類型に直ちに当てはまるものではなく、種々の意味で特異な事案といわざるを得ない。

まず、母親は、被害者を助けたい一心で「藁をも掴む気持ちで」被告人を頼ったとされ、被害者に対する殺意のみならず、不保護の故意すら否定されている。その意味で、被告人は母親の「非故意行為」を利用したといえる。

不保護の故意については、本事件の発生後の判断ではあるが、不保護の意義を示した近時の最高裁判例を踏まえる必要がある。すなわち、「刑法218条の不保護による保護責任者遺棄罪の実行行為は、同条の文言及び趣旨からすると、『老年者、幼年者、身体障害者又は病者』につきその生存のために特定の保護行為を必要とする状況（要保護状況）が存在することを前提として、その者の『生存に必要な保護』行為として行うことが刑法上期待される特定の行為をしなかったことを意味すると解すべきであり、同条が広く保護行為一般（例えば幼年者の親ならば当然に行っているような監護、育児、介護行為等全般）を行うことを刑法上の義務として求めているものでないことは明らかである。」<sup>(27)</sup>としている。これによれば、不保護の認識・認容の内容は、想定される期待行為との関係で絞られることにはなるう。

しかし、本事案の場合、一型糖尿病の性質上、インスリンを定期的に投与しないと死に至るというのであるから、被害者が要保護状況にあったことは明ら

---

(27) 最決平成30年3月19日刑集72巻1号1頁。



かである。そして、母親は医者からその説明を受けている。そうすると、かかる「病者」の親権者に対して、医者の指導に従い、定期的にインスリンを投与することを「生存に必要な保護」として刑法上期待することは比較的容易である。通常の判断能力を備えた成人であれば、不保護の認識すら欠ける心理状態というのは、想像し難い。にも拘らず、本事案では、母親は被告人への「妄信状態」にあったと評価されているが、不保護の故意すら欠けているとの評価を理解するためには、背景として、いわゆるカルト教団によるマインドコントロールの点に目を向ける必要があるだろう。

カルト教団の支離滅裂な言説に従い、重篤な患者を死亡させた著名な事件として、「シャクティパット事件」<sup>(28)</sup>がある。この事件は、カルト教団の教祖である被告人が、被害者の長男を介して被害者（いずれも信者）を病院から連れ出させ、自己の支配するホテル内で放置して被害者を殺害したというものである。この事件の長男は、被害者がミイラ化するまで被告人の指示に従っており、もはや「妄信状態」を超えていると評しても良いと思われるが、保護責任者遺棄致死罪で処罰されている。本事案の場合も、被告人は、龍神の力で緑のインスリンが分泌されるなどという非科学的な言説で信者を獲得していたカルト教祖ともいえる者であった。事実関係の相違があるにしても、同種事案と比較して、母親の不保護の認識すら否定した判断は、かなり特異である。

(2) 次に、本事案は、子どもの生命という重要な法益を侵害する他害型であり、母親自身の生命身体に対する現在の危難がないにも拘らず、間接正犯を肯定した点でも特異である。事案④では、被強制者の自由に対する限度で現在の危難を認めながらも、その行為性は否定されていない。行為性を充足しつつ過剰避難しか認められない状況では、利用者と被利用者の関係は、共謀共同正

---

(28) 最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁。

犯となるのが通常であろう。前記のように、通常の他害型で間接正犯を肯定するためには、基本的に、被利用者に対する絶対的強制状態が必要になると思われる。

しかし、本事件では、母親に対する種々の脅迫、欺罔が入り乱れてはいるものの、いずれもメール・口頭での指示であり、母親には上記事件に匹敵するような物理的な強制は見られず、緊急避難はもとより過剰避難すら問題とならない状況であった。にも拘らず、母親は非故意行為とされ、その反面、被告人の間接正犯性が肯定されている。もちろん、カルト事案のマインドコントロールの特性を踏まえ、利用者の心理的強制のみで「その指示に機械的に従わざるを得ない状態」に被使用者を陥れ、その非故意行為を利用することも可能ではある。実際、間接正犯の支配性は、行為者による働きかけの強度と相手方の規範的耐性の強度との相関関係で判断される<sup>(29)</sup>として、「不合理な権威に従わざるを得ない母親の精神的に弱った状態との相関関係において判示程度の欺罔威迫が行われれば、殺人罪の間接正犯が認められるとしたものであり、具体的判断として妥当である。」との評価も見られる。しかし、本事案の特徴として、被告人が利用した母親の行為が、インスリン不投与という不作為であったことも間接正犯を肯定した要因の1つになるのではなかろうか。つまり、仮に母親が「作為」によって被害者の法益を害した場合には、本事案程度の心理的強制で道具性が肯定されるかは疑問であるが、「不作為」の場合は、遂行への心理障壁が低いと共に行為の容易性が認められることから、被利用者の意思の制約の程度は緩やかで足りると解するのである。本判決が是認する第1審判決も、「母親は、被害者にインスリンを投与させないと被告人の意思を心理的抵抗なしに実現に移した」と判示している（第1審判決16頁）。このことから、他害型

---

(29) 安田・前掲注（3）144頁。

の間接正犯の判断においては、「被利用行為が作為か不作為か」という観点も加味する必要があると考える。

もともと、被利用行為の性質に着目する場合、「不作為を利用した間接正犯」ということになるが、別途検討すべき問題が生じるように思われる。

### Ⅲ 不作為を利用した間接正犯の成否

#### 1 身分犯を利用した間接正犯、および自手犯との関連性

(1) 本事案を「不作為を利用した間接正犯」と位置づけるならば、身分犯を利用した間接正犯の当否、さらには自手犯の問題と交錯する。つまり、不作為犯を作為義務者に主体が限定された一種の身分犯とするならば、被告人は、身分犯たる母親を利用した間接正犯となり、その当否が問題となるのである。

この点については、非身分者も身分犯を利用して法益侵害を実現できるとする見解（無限定説<sup>(30)</sup>）がある。すなわち、犯罪の本質が法益侵害であるとする法益侵害説では、非身分者が身分者を利用する場合であっても、身分犯の法益を侵害することが可能である以上、理論上はあらゆる場合において間接正犯が成立すると解するのである。この点については、虚偽公文書作成罪（156条）の間接正犯の議論が参考になる。<sup>(31)</sup>

---

(30) 瀧川幸辰『刑事法判決批評（2）』（1937年）134頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年、有斐閣）370頁、川端博「虚偽公文書作成罪の間接正犯」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅱ〔第2版〕』（1997年、勁草書房）286頁、西田・前掲注（17）76頁等。

(31) なお、西田・前掲注（17）357頁、同〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』（2018年、弘文堂）387頁は、原則的に無限定説に依拠しつつも、虚偽公文書作成罪の間接正犯については、157条の減輕処罰の根拠（「虚偽の申立て」という行為態様による責任減少）との関係から、虚偽申立以外の手法で虚偽文書を作成させる場合に限定する。。

しかし、このように解してしまうと、身分犯として限定した意味がなくなってしまうとして、通説は身分犯を利用した間接正犯を否定する<sup>(32)</sup>。ここでは、自手犯との関係を押さえる必要がある。自手犯とは、犯罪実現の上で、正犯者自身による直接実行を必要とし、間接正犯形態によっては犯罪を実現することができないものを言う。そして自手犯には、2つの類型がある。第1は、「真正自手犯」(狭義の自手犯)であり、どのような方法を講じようとも間接正犯の形態では犯罪の実行が不可能な犯罪類型である。例として、偽証罪(169条)、重婚罪(184条)、免許証不携帯罪(道交法121条1項10号、95条1項)が挙げられる。第2は、「不真正自手犯」(広義の自手犯)であり、一定の身分や目的などを有する者が、その身分・目的等をもたない者を利用し、間接正犯形態で犯罪を実現することは可能(これは身分なき故意ある道具の類型)だが、その逆の場合には間接正犯の形態で実現することが不可能な犯罪類型である。例としては、収賄罪が挙げられる<sup>(33)</sup>。

(2) 前記無限定説においては、不作為を利用した間接正犯は、道具性が肯定される限り、可能であろう。他方、不真正自手犯説の立場からは、背後者に作為義務という身分がないことから、行為主体性を直ちに肯定することはできない。もっとも、不真正自手犯説であっても、間接正犯の成立を否定している犯罪類型は、通常、非身分者が身分者の作為を利用する場合(収賄罪の例では、

---

(32) 団藤・前掲注(7)155頁、福田平『全訂刑法総論[第5版]』(2011年、有斐閣)267頁、大塚・前掲注(4)164頁、山口・前掲注(18)44頁、井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(2018年、有斐閣)493頁、日高・前掲注(6)454頁等。なお、虚偽公文書作成罪の間接正犯の場面で、補助公務員が作成権者を利用して虚偽文書を作成させる場合(最判昭和32年10月4日刑集11巻10号2464頁)は、別である。

(33) 井田・前掲注(32)493頁は、身分者を利用した収賄罪の間接正犯を否定する理由として、「背後者に身分がないからであり、自手犯だからでない。」とする。

非身分者が身分者たる公務員を道具として賄賂を収受する行為)である。利用されるのが作為義務者の不作為の場合には、不真正自手犯説でも間接正犯を肯定する余地はあるように思われる。これについては、「作為による不作為犯」の問題との接点がある。

## 2 「作為による不作為犯」との関連性

(1) 本事案では、被告人が母親を間接的に利用してインスリン不投与という不作為をなさしめており、「作為による不作為犯」という側面も有している。これは、「Aが過失で負傷させたXを救助しようとしたが、Bがそれを暴行・脅迫等により阻止し、その結果Xが死亡した。」(事案⑤)というように、暴力、脅迫および欺罔等のごとく、作為義務者の自由意思を阻害する手段によって、結果防止行為を制止し、結果を惹起させる場合である。いわば作為義務の履行を遮断する行為といえるが、これはそもそも作為犯なのか、それとも不作為犯なのかについて議論がある。

---

(34) この問題については、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の研究—不作為に対する共犯」刑法雑誌18巻1・2号(1971年)51頁、同「作為犯と不作為犯の限界に関する問題—“作為による不作為犯”をめぐる—」岡山大学法学会雑誌26巻3・4号(1977年)93頁、同『不作為をめぐる共犯論』(1994年、成文堂)623頁以下参照。なお、同『不作為をめぐる共犯論』625頁注(1)では、当該行為形態は、ドイツおよび我が国において裁判例として取り上げられていないとされているが、「我々は、実務上、具体的に問題となっていないからといって、それを等閑に付することはできず、それが現実的に問題となり得る場合があることを想定し、それに対応するための理論を事前に検討しておく必要がある。判例が出た後、その後追い論評をするだけでは我々の役割を半減するおそれがある。」との指摘は、誠に慧眼である。筆者も過去の事案で当該行為形態の裁判例は見つけられなかったが、仮に存在していない場合には、本事案は、当該行為類型と接点をもつ初めての事案ということになる。

まず、作為義務の履行を遮断する行為が作為であるとして、作為犯構成を採る見解がある。ドイツではこの立場のうち直接正犯とするのが多数説<sup>(35)</sup>であるが、作為の間接正犯とする見解<sup>(36)</sup>も存在する。しかし、背後者の行動は、現象的に見れば、脅迫、欺罔という作為形態ではあるが、結果発生<sup>(35)</sup>の過程をみれば、それ自体には結果を発生させる物理的因果力はないという特性がある。また、Aの状況の如何を問わず、常にBが正犯になるわけではないであろう。そうだとすると、正面から作為正犯構成を取ることは困難であろう。

そこで、この特性に鑑み、作為犯構成はできないとして、不作為犯として構成する見解もあり得る。この場合、事案⑤では、Bに作為義務がない限り犯罪の成立を否定することになろう。これに関連して、本判決は、「本件と同様に殺人の不真正不作為犯の成否が争いとなった事案」(20頁)としてシャクティパット事件に言及している箇所があり、被告人の行為を不作為と捉えているとも採れる節がある。たしかに、不作為犯構成の余地はある。なぜなら、罪となるべき事実にもあるように、本事案の被告人は、(i) 両親との間で被害者の治療に関する契約を締結し、(ii) インスリン不投与を繰り返し指示していることから、保護の引き受け、先行行為・危険創出行為を見出し得るからである。しかし、物理的因果力がないとはいえ、執拗に脅迫、欺罔等の作為を繰り返していることから、純粹の不作為犯として構成することは違和感がある。また、被告人は、被害者の治療を引き受けた面があるとはいえ、インスリンの不投与がなされなくなった現場に現に居た訳ではないことから、事實的支配を問題とする場合には、法的作為義務を充足しているとは、にわかに断定できない。

他方で、被告人の行為は純粹の不作為ではなく、作為・不作為との混合形態

---

(35) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2018, S. 205. なお、齊藤誠二「不作為犯と共犯」Law school No.14 (1979年) 13頁以下 (26頁) 参照。

(36) Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts A.T., 5. Aufl., 1996, S. 640.

とみる余地もある。たとえば、シャクティパット事件第1審判決<sup>(37)</sup>のような構成である。同事件では、①病院からの被害者の連れ出し行為、②ホテルでの放置行為があるが、第1審判決が、①の段階から被告人の殺意を認定したことと関連して、①をもって被害者の生命を危険にさらす作為の実行行為とし、これと②の不作為との混合形態とした。本事案の場合も、病院の指示に反してインスリンの不投与を求める被告人の行為が①に類するとして、作為・不作為の混合形態とするのである。しかし、シャクティパット事件の場合、①の行為自体に被害者の生命に対する物理的危険性が内在していた上に、被告人と共謀共同正犯関係にある被害者の長男を介して、これを被告人に帰属させるという構成を採ることが可能であったが、本事案は、前記のように、インスリン不投与の指示自体には物理的因果力がないことから、作為犯構成と同様の問題がある<sup>(38)</sup>。

(2) これに対し、前記の事案のBの行為は、作為でも不作為でもない「第三類型行為」に分類する見解が有力である<sup>(39)</sup>。この立場は、前記のとおり、本事案における作為自体には結果を発生させる物理的因果力はないという特性を踏まえ、さりとて純粹の不作為犯でもないとして、従来の作為・不作為とは<sup>(40)</sup>

---

(37) 千葉地判平成14年2月5日刑集59巻6号417頁。

(38) なお、作為・不作為の混合形態の構成を採ったシャクティパット事件第1審判決は、被告人を懲役15年に処したが、その控訴審と最高裁は、不作為犯構成を採用して被告人を懲役7年に処している。これに対して、本判決が是認する第1審判決では、被告人を懲役14年6月に処している。量刑事情は個別事案ごとに異なるとはいえ、本事案は、不作為犯構成を採った類似事案と比較すると、宣告刑の重さが際立っている。この観点からも、純粹の不作為犯とは言い難く、行為者の積極的な遮断行為を適切に評価する理論構成が必要になる。

(39) 神山・前掲注(34)『不作為をめぐる共犯論』630頁以下、日高義博「不作為犯と共犯」法学セミナー333号(1982年)56頁(59頁)。

(40) 神山・前掲注(34)630頁は、第三類型行為とする前提として、「行為者が保障義務を

別の第三類型行為現象として理論構成を試みている。具体的には、特別構成要件の他の要件（主観的要件、結果発生等）が充足されることの他、客観的前提条件として、次の3つを要求している。①介在者と結果との関係において、介在者は不動の決意をもって結果を防止するために具体的行動を起こし、あるいは起こそうとしていたことが、少なくとも、客観的に認定されること、②背後者は、結果を防止しようとする介在者の意思を支配し、その者の救助活動を不可能にしたこと、③介在者は、背後者が結果防止行為を妨害さえしなければ、確実に当該結果を防止することができたであろうことが客観的に認定されることである。その上で、本来の作為によって結果を惹起する場合と同視し得るか否かについて、全法秩序の観点からの価値比較論により、問題を解決するとしている<sup>(41)</sup>。介在者（作為義務者）に犯意があり、不作為犯が成立する場合（少なくとも違法性を具備した不作為である場合）には、背後者については、その共犯を考えれば足りる。そのため、①～③は、背後者の妨害行為を独立して評価する客観的前提条件として、基本的に妥当である。ただ、②の「介在者の意思の支配」については、背後者に間接正犯性が付与される程度のものを常に要求する必要はないと解する。たとえば、作為義務者への執拗な妨害行為により、救助が必要な被害者の下から作為義務者を立ち去らせるなど、間接正犯とまでは言えない場合も含めるべきである。そこで、②は、「背後者は、介在者（作為義務者）の自由意思を阻害する程度の妨害行為により、その者の救助行為を心理的・物理的に不可能にしたこと」とすればよいと思われる。

本事案では、母親は、被告人の誤った治療方針に従うなどしているが、当初

---

有しない限り、不真正不作為犯現象としても捉えることができない。」としており、作為義務の裏付けがある場合には、不作為犯構成を採る余地を残している。日高・前掲注（34）59頁も同様。

(41) 神山・前掲注（34）632～634頁。



から被害者を助けたい一心で行動しており、本件実行行為以前は、医師の指示に従い、容態の悪化した被害者を再入院させるなどして、保護義務を果たそうとしていた(①充足)。それに対し、被告人は、一旦再入院させた母親に対して、執拗にインスリン不投与を指示して、最終的には、「その指示に機械的に従わざるを得ない状態」(妄信状態)に陥れ、母親の正しい行動を心理的に不可能にしている(②充足)。さらに、母親は、被害者を再入院させた以降、医師の指示に従い、被害者の容態も回復していたのであるから、被告人の指示がなければ、被害者の死を確実に防止できたといえよう(③充足)。その他の殺人罪の成立要件として、未必の故意も認定されている。問題は、被告人の行為の価値比較であるが、上記②の状況下では、被告人は、作為義務者を立ち去らせる場合のような妨害行為を越えて、自身への妄信状態にある母親の不作為を掌握するに至っている。この場合、被告人は、自身の掌握下にある母親の不作為を通じて法益侵害を実現しており、刑法規範の下では、母親が被害者の死の実現にとって主導的役割を果たすものとは評価されず、背後者である被告人が<sup>(42)</sup>作為殺人犯と同じ役割を果たすものと評価できると思われる。このように、第三類型行為においても、背後者が被利用者(不作為者)への強制により間接正犯性を具備する限度において、間接正犯の成立は排除されるものではない。この場合、結局は、作為による不作為犯の事案を、作為による間接正犯とする構成と一致することにはなるが、前記客観的前提条件を満たす状況で、第三類型行為として把握する場合は、不作為者の状況を問わず、すべて間接正犯とするものではない。やや迂遠とも思える思考方法ではあるが、被告人の母親に対

---

(42) 本件第1審判決は、第三類型行為として論じているわけではないが、「被告人の上記指示は、被害者のインスリン不投与という殺人の実行行為に対して初動のかつ主導的に強い影響を与えたものとして、まさに正犯の行為と評価すべきである。」(17頁)とし、本判決もそれを是認している(15頁)

する妨害行為の執拗さや悪質さに目を奪われ、安易に背後者を間接正犯とすることを防止できると思われる。

#### IV 父親との共謀共同正犯について

##### 1 道具を介した順次共謀の当否

本判決は、被告人と父親との関係では、母親を介した順次共謀を肯定し、共謀共同正犯が成立するとしている。弁護人は、共謀共同正犯における「謀議」は、共同して犯罪を行う意思を形成するだけの共謀が必要であり、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りない<sup>(43)</sup>と主張しているが、本判決は、これを排斥しているのである。

共同正犯の本質については、犯罪共同説と行為共同説がある。元来、前者は「故意の共同」を要する一方、後者は、自然的意味の行為の共同の意識があれば足りるとされてきた。しかし、前者のうちの部分的犯罪共同説に依拠した場合、完全に同一の犯罪の故意を共同する必要はなく、共同者相互間で異なる犯罪意思を持っていたとしても、構成要件の重なり合いがある限度で故意の共同を肯定しうる。また、後者に依拠するとしても、前構成要件的な意味の自然的行為の認識で足りるとする見解は少数であり、少なくとも、何らかの構成要件に該当する行為を共同する意識は共同者間では必要となろう。しかし、本事案の母親は、前記のとおり、不保護罪の故意すらない。いわば、母親は、前構成要件的事実の認識しかない<sup>(43)</sup>のであり、そのような者を介した順次共謀を認めている点で、本判決は、旧来型の行為共同説的である。

---

(43) 安田・前掲注(3)144頁は、順次共謀の点とは別の観点から「仮に被告人には殺人の共同正犯を認めたとののだとすれば、それは行為共同説であり、判例のとする部分的犯罪共同説とは整合しないであろう。」と指摘している。

共謀共同正犯の理論については、共同意思主体説<sup>(44)</sup>、間接正犯類似説<sup>(45)</sup>、目的的行為支配説<sup>(46)</sup>、優越的行為支配説<sup>(47)</sup>、準実行共同正犯論等<sup>(48)</sup>、その理論構成は様々である。また、共謀共同正犯を正犯理論で基礎づけるのか、共犯理論で基礎づけるのかにより、成立要件にも差異が出てくる。しかし、いずれにせよ、肯定説を採る場合には、事前共謀、現場共謀、順次共謀<sup>(49)</sup>のいずれかによる共謀が必要である。犯罪の共謀は、明示的なものである必要はなく、暗黙のものでも足りるとするのが判例<sup>(50)</sup>であるが、共謀共同正犯の拡張傾向は否めない<sup>(51)</sup>。非故意行為者を介した共謀まで認めてしまうと、この拡張傾向にさらに拍車を

---

(44) 草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』(1950年、巖松堂) 297頁以下、齊藤金作『共犯理論の研究』(1954年、有斐閣) 111頁以下、植松正「共謀共同正犯」『刑法講座第4巻』105頁以下、下村康正『犯罪論の基本的思想』(1960年、成文堂) 183頁以下、西原春夫『刑法総論』(1977年、成文堂) 325頁、日高・前掲注(6) 479頁以下。

(45) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』(1967年、有信堂) 334頁以下。

(46) 平場安治『刑法総論講義』(1961年、有信堂) 158頁。なお、橋本・前掲注(5) 190頁は、「非実行者の共同正犯性は共謀共同正犯概念によってではなく、行為支配論によってこそ基礎づけられるし、また行為支配の理論が正犯性の本質をついているといえる限りにおいて、正犯的寄与によって犯罪事実を支配している者は、非実行者であっても正犯とされるべきである」とする。

(47) 大塚・前掲注(4) 307頁、佐久間修『刑法総論』(2009年、成文堂) 366頁。

(48) 西田典之「共謀共同正犯について」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集(上巻)』(1990年、有斐閣) 375頁等。

(49) 大判昭和11年6月18日刑集15巻805頁、最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

(50) 最判昭和25年6月27日刑集4巻6号1096頁。

(51) いわゆるスワット事件に関する最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁は、黙示の共謀を拡張するものとして批判が強い(福田平=大塚仁「対談」最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上)現代刑事法6巻8号(2004年)4頁(16頁)等)。なお、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務-最高裁平成17年11月29日第一小法廷判決を中心に」刑事法ジャーナル3号(2006年)54頁以下も参照。

かけることになる。この傾向に歯止めをかけるために、犯罪共同説を基調とする場合には、原則として、非故意行為者である道具を介した順次共謀は否定し、片面的幫助が認められない限りは、直接行為者の単独犯が成立するに過ぎないとするのが筋である。ただ、背後者の犯罪意思が、道具を介して順次直接行為者に伝わったとしても、背後者と直接行為者との間で、少なくとも構成要件の重なり合いの認められる犯罪事実の範囲内で犯罪意思が共有される状況がある場合には、なお順次共謀を肯定しようと思われる。

本事案の父親は、少なくとも平成27年1月1日以降は、被害者が死亡するまで、一度も被告人と顔を合わせたことも、直接メールのやり取りをしたこともない。また、被告人が母親を通じてであっても、父親に対し、具体的指示を行った形跡はない。しかし、「母親から被告人に伝えられた母親と父親の間のやり取りに関する事項の内容等からすれば、被害者の病状や治療に関して両親の間で日頃から意思の疎通が図られるであろう旨を十分に認識していた」とされており、母親からのメールにより、被告人は、母親のみならず、父親によってもインスリンが投与されていないことを確認していることが窺われる。そうであれば、道具である母親を介しているものの、インスリン不投与に関する被告人の犯罪意思が父親との間で共有されている状況は、かろうじて見出すことができると思われる。

## 2 共同正犯の成立範囲

たとえば、「AとBが傷害の限度で共謀してXに傷害を加えたところ、Aだけが殺意を持ってXを殺害した。」というように、共同者が異なる犯罪意図を持って行動をした場合、どの範囲で共同正犯が成立するかについては、争いがある。行為共同説の場合、各自の犯意を基準に共同正犯の成立を肯定し（数人数罪）、上記事案の場合、Aには殺人罪の共同正犯、Bには傷害致死罪の共同

正犯が成立する。これに対して、部分的犯罪共同説の場合は、構成要件の重なり合いの限度で共同正犯を認めつつ（数人一罪）、過剰部分については、その故意を有している者に単独正犯が成立し、共同部分を包摂することになる。上記事例の場合は、A Bには傷害致死罪の共同正犯が成立し、Aにはこれを包摂する殺人罪の単独犯が成立する。判例もこの立場とされている<sup>(52)</sup>。このような理論に対しては、行為共同説から、次のような批判がある。すなわち、前記事例で、Aの行為ではなく、殺意のないBの行為からX死亡の結果が生じた場合には、部分的犯罪共同説では、殺意のあるAを殺人既遂の単独犯にすることはできないのではないかと<sup>(53)</sup>いうのである。本事案の場合も、被告人は殺意を持って<sup>(54)</sup>いるが、父親は不保護の認識に止まっているので、同様の問題が生じる。これに対し、部分的犯罪共同説の立場からは、一部行為全部責任の法理の適用の結果、傷害致死罪の限度で共同正犯が成立する以上、死亡結果についてAに帰属されるのだから、Aには殺人既遂の成立が認められるとの反論がなされて<sup>(55)</sup>いる。

本事案の場合、被告人は、父親との関係で保護責任者不保護致死罪の限度で共謀共同正犯となり、被害者の死の結果について帰属されるのみならず、母親との関係でも間接正犯となり、被害者の死について帰属されるので、いずれにせよ、被告人が未遂に止まるということはないであろう。

(52) 最決昭和54年4月13日刑集33卷3号179頁。さらに前掲注(28)も参照。

(53) 山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2001年、岩波書店）219頁〔山口厚〕、西田・前掲注(17)398頁等。

(54) 安田・前掲注(3)144頁。

(55) 井田・前掲注(32)511頁。

## V おわりに

本判決は、被告人と母親との関係で、成人の非故意行為（不作為）を利用した他害型の間接正犯を認めた。従前認められた間接正犯の種類のどの類型にも直ちに当てはまらないものであり、間接正犯の新たな行為形態として注目に値する。間接正犯の判断においては、被利用者の行為がどのような法的性質か、被侵害法益が被利用者自身の法益（自己侵害型）か第三者の法益（他害型）か、被侵害法益がどのような種類のものかという観点のほか、被利用行為が作為か不作為かにも着目する必要があることが明らかになった。また、判決は自覚的に検討しているとはいえないが、本事案は、作為による不作為犯の問題領域と接点をもっている。結論としては、母親との関係で、殺人の間接正犯を肯定するという結論を支持するが、被告人の行為が、作為とも不作為とも言えない第三類型行為に該当するとの立場に依拠しつつ、正犯として評価できるかについて模索すべきと考える。父親との関係では、道具たる母親を介した順次共謀による共謀共同正犯が問題となっており、その拡張傾向に歯止めをかける必要性がある。故意の共同を要する犯罪共同説の立場からは、非故意行為状態にある道具を介した順次共謀は原則として否定すべきである。ただ、道具を介しつつも、背後者と直接行為者との間で、構成要件の重なり合いの認められる犯罪事実の範囲内で犯罪意思が共有される限度においては、なお順次共謀を肯定しうると思われる。本事案は、辛うじて、後者の場合に当たると思われるため、結論としては妥当である。

本事案は、間接正犯論、不作為犯論、共謀共同正犯論等が複雑に交錯しており、すべての問題について到底十分に検討できたとは言えないが、事案に内在する問題性の抽出・整理はできたように思われる。今後の議論に資するのであれば幸いである。