



Title	刑事判例研究
Author(s)	中田, 翔太; Nakata, Shota
Citation	北大法学論集, 72(6), 261-282
Issue Date	2022-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/84639
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_6_10_Nakata.pdf



刑事判例研究

中田 翔太

被害者の治療をその両親から依頼された者が、両親に指示してインスリンの投与をさせず、被害者が死亡した場合について、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殺人罪が成立するとされた事例¹

最高裁令和2年8月24日第二小法廷決定

平成30年（あ）第728号：殺人被告事件

刑集74巻5号517頁

I 事案の概要と経過

1 事案の概要²

〔(1) 被害者（平成19年生）は、平成26年11月中旬頃、1型糖尿病と診断され、病院に入院した。1型糖尿病の患者は、生命維持に必要なインスリンが体内でほとんど生成されないことから、体外からインスリンを定期的に摂取しなければ

¹ 本決定の評釈として、前田雅英「判批」WLJ判例コラム特報第211号（2020、文献番号2020WLJCC023）1頁以下、矢田陽一「判批」比較法制研究43号（2020）99頁以下、十河太郎「判批」法教484号（2021）130頁、林幹人「判批」法教485号（2021）68頁以下、松本圭史「判批」刑ジャ67号（2021）167頁以下、秋山栄一「判批」秋田62号（2021）107頁以下、鎮目征樹「判批」令和2年度重判解（2021）114頁以下、平山幹子「判批」新・判例解説 Watch vol.28（2021）203頁以下、水落伸介「判批」法学新報128巻1・2号（2021）259頁以下、船橋亜希子「判批」医事法36号（2021）168頁以下。

² 刑集74巻5号518-520頁。

ば、多飲多尿、筋肉の痛み、身体の衰弱、意識もうろう等の症状を来し、糖尿病性ケトアシドーシスを併発し、やがて死に至る。現代の医学では完治することはないとされるが、インスリンを定期的に摂取することにより、通常の生活を送ることができる。

(2) 被害者の退院後、両親は被害者にインスリンを定期的に投与し、被害者は通常の生活を送ることができていたが、母親は、被害者が難治性疾患である1型糖尿病に罹患したことに強い精神的衝撃を受け、何とか完治させたいと考え、わらにもすがる思いで、非科学的な力による難病治療を標榜していた被告人に被害者の治療を依頼した。被告人は、1型糖尿病に関する医学的知識はなかったが、被害者を完治させられる旨断言し、同年12月末頃、両親との間で、被害者の治療契約を締結した。被告人は、その頃、母親から被害者はインスリンを投与しなければ生きられない旨説明を受けるなどして、その旨認識していた。被告人による治療と称する行為は、被害者の状態を透視し、遠隔操作をするなどというものであったが、母親は、被害者を完治させられる旨断言されたことなどから、被告人を信頼し、その指示に従うようになった。被告人は、被害者の治療に関する指示を、主に母親に対し、メールや電話等で伝えていた。

(3) 被告人は、平成27年2月上旬頃、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指示し、両親は、被害者へのインスリン投与を中止した。その後、被害者は、症状が悪化し、同年3月中旬頃、糖尿病性ケトアシドーシスの症状を来していると診断されて再入院した。医師の指導を受けた両親は、被害者の退院後、インスリンの投与を再開し、被害者は、通常の生活に戻ることができた。しかし、被告人は、メールや電話等で、母親に対し、被害者を病院に連れて行き、インスリンの投与を再開したことを強く非難し、被害者の症状が悪化したのは被告人の指導を無視した結果であり、被告人の指導に従わず、病院の指導に従うのであれば被害者は助からない旨繰り返し述べるなどした。このような被告人の働きかけを受け、母親は、被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、被告人を信じてインスリンの不投与等の指導に従う以外にないと一途に考え、被告人の治療法に半信半疑の状態であった被害者の父親を説得し、同年4月6日、被告人に対し、改めて父親と共に指導に従う旨約束し、同日を最後に、両親は、被害者へのインスリンの投与を中止した。

(4) その後、被害者は、多飲多尿、体の痛みを訴える、身体がやせ細るな

どの症状を来し、母親は、被害者の状態を随時被告人に報告していたが、被告人は、自身による治療の効果は出ているなどとして、インスリンの不投与の指示を継続した。同月26日、被害者は、自力で動くこともままならない状態に陥り、被告人は母親の依頼により母親の実家で被害者の状態を直接見たが、病院で治療させようとせず、むしろ、被告人の治療により被害者は完治したかのように母親に伝えるなどした。母親は、被害者の容態が深刻となった段階に至っても、被告人の指示を仰ぐことに必死で、被害者を病院に連れて行こうとはしなかった。

(5) 同月27日早朝、被害者は、母親の妹が呼んだ救急車で病院に搬送され、同日午前6時33分頃、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した。」

2 事案の経過

(1) 第1審(宇都宮地判平成29年3月24日刑集74巻5号539頁)

「本件当時のB〔引用者注：被害者の母親〕の心理状態と被告人の意図に照らせば、Bは、A〔引用者注：被害者〕にインスリンを投与させないとの被告人の意思を心理的抵抗なしに実現に移したものであると同時に、被告人にも利用意思があったものと認められる。

したがって、Bはいわば道具であるとともに、被告人にもその旨の認識があった以上、Bとの関係においては、被告人にインスリン不投与という実行行為の間接正犯が認められる。」

「被告人の上記指示は、Aへのインスリンの不投与という殺人の実行行為に対して初動的かつ主導的に強い影響を与えたものとして、正に正犯の行為と評価すべきである。また、Aにインスリンを投与しないとの被告人の指示は、Bを通じてC〔引用者注：被害者の父親〕に伝わり、Cがその指示に従う決断をしたのであるから、順次共謀となる。そして、被告人は、インスリンの不投与という実行行為自体は行っていないから、Cとの関係で、共謀共同正犯となる。

なお、C自身については、上記第二の七九(2)記載のとおり、殺意は認められず保護責任者遺棄の認識・認容にとどまることから、保護責任者遺棄致死の限度で共謀が成立することとなる。

三 したがって、本件は、Bとの関係では間接正犯が、Cとの関係では共謀共同正犯が成立する。」

(2) 原審（東京高判平成30年4月26日刑集74巻5号558頁）³

「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。」

「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。」

II 決定要旨

上告棄却。

「被告人は、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、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、医学的根拠もないのに、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り、被告人の指導に従わなければ被害者は助からないなどとして、被害者にインスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執ようかつ強度の働きかけを行い、父親に対しても、母親を介して被害者への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、被害者が死亡するに至ったものである。母親は、被害者が難治性疾患の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ところ、被告人による上記のような働きかけを受け、被害者を何とか完治させたいとの必死な思いとあいまって、被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にないと一途に考えるなどして、本件当時、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っていたものであり、被告人もこれを認識していたと認められる。また、被告人は、被告人の治療法に半信半疑の状態ながらこれに従っていた父親との間で、母親を介し、被害者へのインスリンの不投与について相互に意思を

³ 同判決の評釈として、安田拓人「判批」法教455号（2018）144頁、稲垣悠一「判批」専紀44号（2019）61頁以下、豊田兼彦「判批」平成30年度重判解（2019）148頁以下。

通じていたものと認められる。

以上のような本件の事実関係に照らすと、被告人は、未必的な殺意をもって、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の上、被害者の生命維持に必要なインスリンを投与せず、被害者を死亡させたものと認められ、被告人には殺人罪が成立する。以上と同旨の第1審判決を是認した原判断は正当である。」

Ⅲ 評釈

1 はじめに

本決定は、被告人が未必的な殺意をもって、1型糖尿病を患った被害者について、その母親にインスリンを投与しないよう働きかけを行って道具として利用し、また、不保護の故意ある父親と共謀し、被害者にインスリンを投与せず、被害者を死亡させたという事案である。

まず、被害者の母親を利用した間接正犯の成否について、第1審及び原審はこれを肯定し、本決定も母親を利用する間接正犯を肯定した。本稿では、被告人が母親に対して行った「インスリンは毒であり、被告人の指導に従わなければ被害者は助からないなどとして、被害者にインスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執ようかつ強度の働きかけ」の性質に着目して、本決定がどのような論理で間接正犯を肯定したのかを示す。また、本決定は母親の精神状態について「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」と判示した。これと類似した表現を用いる最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁と比較し、この判示がどのような意味を有するのかを示す。

次に、被害者の父親との共同正犯の成立範囲、すなわち、共同正犯が成立する場合にどのような罪名の犯罪が成立するかという問題について、第1審は保護責任者遺棄致死罪の限度で共謀共同正犯の成立を認め、原審もこれを是認した。本決定は、父親との共同正犯を肯定する一方、その範囲については判示していない。共同正犯の成立範囲をめぐっては、殺意のない者と保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯を肯定した最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁があるところ、本稿では、本決定が前記最決平成17年7月4日の延長線上にあり、部分的犯罪共同説に親和的な従来の判例の傾向は維持されていることを示

す。

2 被害者の母親を利用した間接正犯

(1) 検討の方針

本決定は、被告人が、母親に対して「インスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執ようかつ強度の働きかけ」をし、「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」に陥らせて母親を利用した事案である。そのため、本決定は、被告人の働きかけの態様としては、母親にインスリンの不投与を強制したものと見える。

一方、被告人は「インスリンは毒であり、被告人の指導に従わなければ被害者は助からないなどとして」働きかけをしているが、現実には、インスリンを投与しなければ被害者は死亡する状態だった。そのため、被告人の働きかけには、母親に被害者の死亡を認識させないという点で、母親に対する欺罔としての性質もある⁴。

そこで、このような本決定における被告人による母親に対する働きかけの性質に着目し、背後者が強制により被利用者を利用した判例、背後者が欺罔により被利用者を利用した判例、被利用者が被害者の死亡を認識していなかった判例を参照し、本決定が間接正犯を肯定した論理を分析する。

さらに、本決定における「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」という母親についての判示は、前記最決平成16年1月20日における被利用者の精神状態についての判示と類似している。もっとも、同決定は、被害者の母親を利用した本決定とは異なり、被害者自身を利用した事案である。学説上には、被害者を利用する間接正犯は第三者を利用する間接正犯よりも認められやすいとの指摘がある⁵ところ、本決定は前記最決平成16年1月20日よりも厳格な基準を採用しているといえるのか。本決定

⁴ 秋山・前掲注(1)118頁、高橋則夫『規範論と理論刑法学』(成文堂、2021)365頁、水落・前掲注(1)266頁。原審についてこれを指摘するものとして、安田・前掲注(3)144頁。

⁵ 樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017)28-32頁、豊田兼彦「被害者を利用した間接正犯」刑法57巻2号(2018)146-149頁。

における前記判示の意味を分析する。

(2) 本決定が間接正犯を肯定した論理

ア 従来判例と学説

まず、背後者が強制により被利用者を利用した判例として、最決昭和58年9月21日刑集37卷7号1070頁、前記最決平成16年1月20日がある。

前記最決昭和58年9月21日は、被告人が、当時12歳の養女を連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、養女の顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせ、窃盗を命じて行わせたという事案について、「被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行つたと認められる」と判示し、窃盗罪の間接正犯を肯定した。被利用者である養女が抑圧されているという評価の基礎には、養女が「いまだ幼小、旅の途上にあつて被告人以外に頼るべき人もない状況にあつたこと」が考慮されているという指摘がある⁶。そのため、前記最決昭和58年9月21日は、被告人が被利用者には暴行を加えたということだけではなく、被利用者が「いまだ幼小、旅の途上にあつて被告人以外に頼るべき人もない状況にあつたこと」も含めて考慮し、被利用者が被告人の影響を受けやすい状況にあつたことから間接正犯を肯定したものとされる。

前記最決平成16年1月20日は、被告人が偽装結婚させた被害者を被保険者とする保険金を手に入れるために、漁港において、被害者に対し、乗車した車ごと海に飛び込んで自殺することを命じ、被害者に自殺を決意するには至らせなかったものの、被告人の命令に従って車ごと海に飛び込んだ後に車から脱出して被告人の前から姿を隠す以外に助かる方法はないとの心境に至らせて、車ごと海に飛び込む決意をさせ、普通乗用自動車を運転して岸壁上から下方の海中に車ごと転落させたが、被害者は水没する車から脱出して死亡を免れたという事案である。同決定は、被告人が「本件犯行当時、被害者をして、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陥らせていた」ことを指摘した上で、被告人に殺人未遂罪を成立させた。被害者の精神状態に関するこの判示は、間接正犯を肯定するにあたり、被利用

⁶ 渡邊忠嗣「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和58年度（1987）279頁。

者の精神状態として、被利用者に意思決定の自由がないほど強度に意思が抑圧されていることまでは必要なく、背後者が命令する行為以外の行為を選択することができない程度に意思が抑圧されていれば足りるということを意味すると思われる^{7,8}。

次に、背後者が欺罔により被利用者を利用した判例として、最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁がある。同判決は、「被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」と判示した。これは、背後者の欺罔によって、被利用者の自殺をする意思を強固にし、結果として、被利用者が自殺する精神状態に陥ったものといえる。

また、被害者である被利用者が自身の死亡を認識していなかった判例として、最決昭和27年2月21日刑集6巻2号275頁がある。同決定は、被告人は加持祈祷により精神病を患っていた被害者の治療にあたっていたところ、被害者を殺害して治療の責任を免れようと考え、自殺を理解していない被害者を縊首により自殺させたという事案について、「第一審判決は、本件被害者が通常の意味能力もなく、自殺の何たるかを理解しない者であると認定したのであるから、判示事実に対し刑法二〇二条を以て問擬しないで同法一九九条を適用したのは正当」と判示した。これは、「自殺の何たるかを理解しない」被害者に縊首させ、その誤認に基づき死亡させたという点で、背後者の働きかけの態様としては、欺罔的な性質を持つものといえる。

間接正犯が肯定される場合について、主に、学説上では、背後者の働きかけに実行行為性が認められる場合に間接正犯を肯定するもの⁹、被利用者に規範的

⁷ 藤井敏明「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度（2007）25-26頁は、前記最決平成16年1月20日における被害者の精神状態についての判示の表現の背景には、被害者に主体的な意思決定があることは否定できないということがあると指摘する。

⁸ 判例が間接正犯の基準として「被利用者が他の行為の可能性がない程度に自由な意思決定を阻止されている状況にあること」をとっていることを指摘するものとして、松生光正「判批」刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕（別ジュリ220号）（2014）151頁。

⁹ 大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣、1958）118-129頁、団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第3版、1990）154-155頁、内田文明『改訂刑法Ⅰ（総論）』（青林書院、補正版、1997）289頁、福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第5版、2011）263-264頁。大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第4版、2008）160頁は、「間接正犯の正犯的性格の実体は、

障害がない場合に肯定するもの¹⁰、背後者が構成要件の実現過程を支配している場合に肯定するもの¹¹、被利用者が「現に生じた結果について自律的に決定」していない場合に肯定するもの¹²がある¹³。背後者の働きかけに実行行為性が認められる場合に間接正犯を肯定する立場以外の学説からは、本決定について間接正犯を肯定することはできると思われる。これに対し、背後者の働きかけに実行行為性が認められる場合に間接正犯を肯定する立場からは、本決定において、間接正犯を肯定できないとする余地がある。なぜなら、被告人の働きかけに被害者の死亡という結果に対する現実的危険性があると評価できるかは疑問

その場合に、直接正犯と質的に異なる実行行為性が認められること、すなわち、背後の利用者の行為には、主観的には、実行の意思が備えられ、客観的には、被利用者の利用に一定の犯罪を実現する現実的な危険性が見出されることにあるというべきである」とする。

¹⁰ 植田重正『共犯の基本問題』（東京三和書房、1942）81頁、91-96頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975）276頁、西原春夫『刑法総論下巻』（成文堂、改訂準備版、1993）358-359頁、野村稔『刑法総論』（成文堂、補訂版、1998）338頁、409頁、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』（成文堂、第2版、2005）288頁、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第3版、2015）866頁、浅田和茂『刑法総論』（成文堂、第2版、2019）445頁。

¹¹ 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000）172-176頁、成瀬幸典「正犯・共犯」法教280号（2004）81-82頁、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005）296-298頁、306-308頁、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、第2版、2008）413-416頁、町野朔『刑法総論』（信山社、2019）387頁、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第5版、2019）141頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論』（弘文堂、第3版、2019）351頁、高橋・前掲注（4）353-354頁。

¹² 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002）391頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016）68-70頁。なお、島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻（成文堂、2006）447-448頁は、この立場における正犯性の積極的根拠は「結果に対する直接的支配」であり、自律的な決定がないことはその下位基準であるとする。また、基本的にこの立場に立つものとして、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018）515-516頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020）50-51頁。

¹³ 平山・前掲注（1）204-205頁は、本決定が「利用者の行為の危険性や利用者による行為支配を重視する立場」と「結果帰属の観点から、被利用者が規範的障害となり得たか否か、あるいは、被利用者の自律的決定が認められるかに注目する立場」の「双方の観点からA〔引用者注：被害者の母親〕の道具性を基礎づけた」と指摘する。

があるからである¹⁴。

イ 本決定の分析

まず、本決定の決定文を分析すると、間接正犯を肯定した論理は、次のように読める。

すなわち、本決定は、「母親を道具として利用する」と判示しているところ、このような評価の根拠を、母親が「被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にないと一途に考えるなどして、本件当時、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っていた」ことに求めている。そして、母親がこのような精神状態に陥った理由は、次の3つである。すなわち、①「母親は、被害者が難治性疾患の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、②被告人が、「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り、被告人の指導に従わなければ被害者は助からないなどとして、被害者にインスリンを投与しないよう脅しめいた文言を交えた執ようかつ強度の働きかけ」を行なったこと、③母親が「被害者を何とか完治させたいとの必死な思い」を持っていたことである。本決定は、②の被告人による働きかけのみから、母親の「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」が生じたとしているのではない。本決定は、①の状態を前提として、②と③が「あいまって」「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」が生じたとしている。

次に、従来判例との関係において、本決定が間接正犯を肯定した論理は実質的には次のように考えられる。

すなわち、被告人の働きかけには2つの性質がある。それは、強制的な性質と欺罔的な性質である。

まず、強制的な性質について見ると、被告人が「インスリンを投与しないよ

¹⁴ 高橋則夫「実行行為とは何か—近時の最高裁判例を契機として—」研修874号(2021)8頁は、「実行行為と間接正犯を連動させる見解は、間接正犯にも『現実的危険性』を要求することになるが、それによれば、間接正犯の成立範囲が極端に限定され、本件〔引用者注：本決定〕の指示行為に間接正犯の成立を認めることはできないことになろう。」と指摘する。

う脅しめいた文言」を用いたという働きかけの態様から、本決定は前記最決昭和58年9月21日や前記最決平成16年1月20日と同様に、背後者である被告人が強制により被利用者を利用したものと見える。そして、本決定においては、①や③のように被利用者である母親が被告人の働きかけの影響を受けやすい状況にあった。このような母親の状況は母親が「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っていた」ことの根拠であり、間接正犯を肯定するための重要な事情である。これは、前記最決昭和58年9月21日において、被利用者が背後者の影響を受けやすい状況にあったことから間接正犯が肯定された構造と同様であると思われる。

また、1型糖尿病の患者にインスリンは必要であるのに、被告人は母親に対して、「インスリンは毒であり、被告人の指導に従わなければ被害者は助からない」と働きかけたことから、本決定において、被告人の働きかけは強制的な性質だけではなく、欺罔的な性質も含むものであったといえる。そして、本決定においては、被利用者である母親は被害者の1型糖尿病を完治させるために被告人に治療を依頼していたのだから、「インスリンは毒であり、被告人の指導に従わなければ被害者は助からない」という働きかけを行うことで母親に対して被害者へのインスリンの投与をしないという選択をさせやすくしたといえる。このような被告人の働きかけの欺罔的な性質は、「インスリンを投与しないよう脅しめいた文言」を用いたという働きかけの強制的な性質の効果を高めるものであり、本決定において間接正犯を肯定するための重要な事情である。そして、この点は、働きかけの欺罔的な性質によって被利用者が被利用行為を主観的に行いやすくしたという意味で、背後者の欺罔によって被利用者の自殺をする意思を強固にし、結果として、被利用者が自殺する精神状態に陥らせた前記最判昭和33年11月21日と類似している。また、本決定において、母親は「被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にないと一途に考え」ていたことから、被告人による働きかけの時点で、被利用者である母親はインスリンを投与しないことで被害者が死亡することを認識していなかったといえる。このように母親がインスリンを投与しないと被害者が死亡することを認識していなかったことによって、母親は、インスリンを被害者に投与しないよう被告人が働きかけた際に、被害者へのインスリンの投与をしないという選択をしやすくなっていたといえる。そのため、このような母親の認識は被告人による働きかけの効果を高めた

といえ、間接正犯を肯定するために重要な事情であり、これは被利用者である被害者が「自殺の何たるかを理解しない者」であることが重要であった前記最決昭和27年2月21日と共通している。

したがって、従来の判例との関係から、次のことがわかる。すなわち、本決定においては、母親が被告人の働きかけの影響を受けやすい状況にあり、また、被告人による働きかけの時点で母親がインスリンを投与しないことによって被害者が死亡することを認識していなかったことが、被告人の母親に対する働きかけの効果を高めている。加えて、その働きかけそれ自体の持つ欺罔的な性質によって母親に対して被害者へのインスリンの投与をしないという選択をさらにさせやすくなっており、その結果、働きかけの強制的な性質の効果が高められている。言い換えれば、本決定には、母親が被告人の働きかけの影響を受けやすい状況にあり、また、インスリンを投与しないことで被害者が死亡することを認識していなかったことによって、被告人の働きかけに対する母親の抵抗力が低下しており、その上、このような母親側の事情に加えて、働きかけそれ自体の持つ欺罔的な性質によって、働きかけの強制的な性質に対する母親の抵抗力がさらに低下するという構造があると思われる。そして、このような構造の下で被告人による働きかけが行われた結果、母親が「被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にないと一途に考えるなどして、本件当時、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つた」ことによって、本決定は間接正犯を肯定したといえる。このように、本決定は、被告人による働きかけ時点での母親の状況や母親が被害者が死亡することを認識していなかったことが働きかけの効果を高めるというだけではなく、働きかけの欺罔的な性質がその強制的な性質の効果を高めるという構造になっている¹⁵。

¹⁵ 秋山・前掲注(1)122頁は、本決定は「既に減退している或いは減退の方向性をもった心理的・精神的な判断力に対して威迫や欺罔を行うことにより、被利用者が道具化する場合」であるとするところ、この指摘は本稿で示した本決定に対する理解と同様であると思われる。また、鎮目・前掲注(1)115頁が、本決定では、母親が被告人を「妄信するという錯誤に類似する状態にあった」ため、利用行為の程度が「脅しめいた文言を交えた執ようかつ強度の働きかけ」で足りたと指摘する点も同様の理解に立脚しているだろう。これに対し、松本・前掲注(1)170頁は、本決定においては、間接正犯が「欺罔それ自体からではなく、欺罔を含むX〔引用者注：被告人〕による威迫

ここまで、本決定が間接正犯を肯定した論理の構造として、母親が「被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にないと一途に考えるなどして、本件当時、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」たと評価できる理由について検討してきた。

それでは、本決定が間接正犯を肯定した直接の理由である「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」という母親についての判示はいかなる意味を有するか¹⁶。次にこの意味を分析する。

(3) 本決定における被害者の母親の精神状態についての判示の意味

母親が「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っていた」という被利用者の精神状態についての本決定の判示は、被利用者である母親に完全に意思決定の自由がないことを必要とするものではないと思われる。もっとも、前記最決平成16年1月20日は被告人が「本件犯行当時、被害者をして、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陥らせていた」と判示したところ、本決定と前記最決平成16年1月20日との関係が問題となる¹⁷。前記最決平成16

的な働きかけによって形成されたA〔引用者注：被害者の母親〕の『妄信状態』から基礎づけられている」と指摘する。

原審について、安田・前掲注（3）144頁は「被告人は、母親に対し、脅迫的な言動にも及んでいる（強制支配の側面）が、そこには、自分の指示に従うほかないと母親に誤信させる要素が含まれ（錯誤支配の側面）、実際上はこれが威迫効果を高めることに大きく寄与している」とした上で、「難治性疾患の子をもった母親の『薬にもすがりたい』〔引用者注：原審の判示〕が、欺罔威迫の効果を高めているという特殊性」を指摘する。この指摘は、原審についてのもではあるが、本決定の構造についての適切な指摘であると思われる。

¹⁶ 林・前掲注（1）70頁は、本決定の「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」という判示について、「直接行為者の母親の意思に着目していることが、重要である」と指摘する。また、同・前掲注（1）72頁は、本決定は「母親の『精神状態』としては選択の余地がないという事情を、間接正犯とする決め手にしている」とする。

¹⁷ 十河・前掲注（1）130頁は、前記最決平成16年1月20日における被害者の精神状態に言及し、「本決定は、第三者を利用した事例において同様の理由づけにより間接正犯

年1月20日のこの判示は、前記のとおり、被利用者の精神状態として、完全に意思決定の自由がないことまでは必要なく、背後者が命令する行為以外の行為を選択することができない程度に意思決定の制約があれば足りることを意味する。そして、前記最決平成16年1月20日のような被利用者の作為を利用する間接正犯の場合、被利用者としては、背後者の働きかけによって被利用行為を行うまでに、何らかの作為を行うか否かという段階と、作為を行うとして背後者が命令する作為を行うかその他の作為を行うかという段階の2段階の選択をすることとなると思われる。これに対し、被利用者の不作為を利用する間接正犯の場合には、何らかの作為に出ることが期待されているのではなく、特定の作為に出ることが期待されていることから、被利用者としては、背後者の命令を受けて作為を行わないとしても、どのような作為を行わないかの選択肢がない。そのため、インスリンを投与しないという母親の不作為を利用する本決定においては、母親にとっては期待された作為に出るか否かだけが問題となり、前記最決平成16年1月20日のように他の行為を選択する可能性は問題とならないため、「期待された作為に出ることができない」という表現がされたと思われる。しかし、「期待された作為に出ることができない」からといって、完全に意思決定の自由がないわけではないから、本決定における母親の精神状態についての判示は、前記最決平成16年1月20日と同程度の厳しさの基準を用いたようにも思われる。

もっとも、前記最決平成16年1月20日が被害者を利用する事案であるのに対し、本決定は第三者を利用する事案であるところ、学説には、被害者を利用する間接正犯は、第三者を利用する間接正犯より認められやすいとする指摘がある¹⁸。具体的には、第三者を利用する間接正犯においては、「共謀共同正犯による処罰の枠内で重い量刑が可能」であるため、「十分な処罰価値を表現することに支障はない」のに対し、被害者を利用する間接正犯においては、被害者に自殺させる以外の場合では、被利用者である被害者との共犯が成立しないため、処罰の間隙が生じ、また、被害者に自殺させる場合でも、罰条は202条にとど

の成立を認めた点で注目される」と指摘する。

¹⁸ このような指摘を前提とすると、第三者を利用して被害者を殺害した本決定の意義は大きいと思われる。これを指摘するものとして、松本・前掲注（1）169頁注（7）、水落・前掲注（1）270頁。

まるという「処罰価値に応じた法令適用に難が生じる」ことを根拠に「処罰価値にふさわしい法定刑が規定された条文を背後者に適用すべき」という指摘がある（指摘①）¹⁹。また、規範的に見ると、「第三者を利用する場合、利用される第三者にとって法益侵害は犯罪として禁止される行為である」のに対し、「被害者を利用する場合には、利用される被害者にとって法益侵害は犯罪ではないので、これに対するハードルは低」いため、被害者を利用する間接正犯は第三者を利用する間接正犯より認められやすいという指摘もある（指摘②）²⁰⁻²¹。これらの指摘が本決定にも当てはまるならば、本決定における母親の精神状態についての判示は、前記最決平成16年1月20日のものよりも厳しい基準と見るべきであろう。

しかし、これらの指摘は、本決定には当てはまらない。すなわち、処罰価値に着目する指摘①については、本決定では、被利用者である母親は「被害者の生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、インスリンの不投与等の被告人の指導に従う以外にないと一途に考え」ていたから、インスリンを投与しないことによって被害者が死亡することを認識していなかったといえる。そうすると、本決定は、後述のとおり、共同正犯の成立範囲について部分的犯罪共同説に親和的な立場であると理解できるから、殺意のない母親の実行行為によって被害者が死亡しても、被告人には母親との殺人罪の共同正犯が成立しない余

¹⁹ 樋口・前掲注（5）30頁。

²⁰ 豊田・前掲注（5）147頁。これに対し、水落・前掲注（1）270-271頁は「自己侵害と他者侵害のいずれが被利用者にとってより実行しやすいかは個人によって異なるであろうから、いずれの類型の方が間接正犯の成立が認められやすいという一般的な傾向が存在するかは疑問である。」とする。また、矢田・前掲注（1）107頁は「他害の対象が近親者など、被利用者とりわけ緊密な関係にある場合、法益侵害のハードルは典型的に高いといえるが、最終的には個別的事案ごとに被利用者や被害者の属性ないし関係性などを考慮しつつ判断せざるをえないであろう。」と指摘する。

²¹ 稲垣・前掲注（3）70-71頁は指摘②を踏まえて、「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」とした上で、同・前掲注（3）78頁において、原審について、「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、『不作为』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」とする。

地がある²²。そのため、被告人について、「共謀共同正犯による処罰の枠内で重い量刑が可能」かは疑問がある。そのため、処罰価値に着目する指摘①は、本決定には当てはまらない。また、被利用者のハードルに着目する指摘②は、被利用者が結果を認識していなければ、被利用行為を行うハードルも認識できないため、被利用者が結果を認識していることを前提としているといえる。しかし、本決定では、インスリンを投与しないことによって被害者が死亡することを被利用者である母親が認識していなかったため、この前提を欠く。したがって、被利用者のハードルに着目する指摘②は、本決定には当てはまらない。そのため、本決定における母親の精神状態についての前記判示が前記最決平成16年1月20日のものよりも厳しい基準である必要はない。

よって、前述のとおり、前記最決平成16年1月20日との比較から、本決定における母親の精神状態についての判示は、前記最決平成16年1月20日と同程度の厳しさの基準といえる²³。

3 被害者の父親との共同正犯の成立範囲

(1) 従来の判例と学説

共同正犯が成立する場合にどのような罪名の犯罪が成立するかという共同正犯の成立範囲の問題についての判例としては、最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁と前記最決平成17年7月4日がある。

まず、前記最決昭和54年4月13日は、被告人7名が暴行ないし傷害を加える旨共謀し、そのうち1名が殺意をもって被害者を殺害したという事案について、殺意のない6名には「殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立する」としたものである。

²² 殺意のない者の実行行為によって結果が発生した場合について、部分的犯罪共同説の立場から、殺意のある者に殺人罪の成立を肯定するものとして、井田・前掲注(11)351-353頁。

²³ 鎮目・前掲注(1)115頁は、本決定が前記最決平成16年1月20日を「踏襲」しており、「本決定が、是非弁別能力のある第三者を利用する類型についても、被害者利用型と同様の基準で被利用者の道具性を判断していることを示唆するものといえる」と指摘する。また、水落・前掲注(1)267頁も、「母親が道具であったとする本決定の認定は平成16年決定〔引用者注：前記最決平成16年1月20日〕と軌を一にするものとして理解されるべきである」と指摘する。

同決定は、殺意のない者について成立する共同正犯の範囲を判示したものであるところ、殺意のある者について、殺人罪の共同正犯が成立するのか、または、傷害致死罪の共同正犯が成立するのかは明らかではなかった。

前記最決平成17年7月4日は、殺意のある者に成立する共同正犯の範囲について判示した。同決定は、「シャクティパット」と称する独自の治療を依頼された被告人が、被害者にその治療を施すにとどまり、殺意をもって、生命維持に必要な医療措置を受けさせずに死亡させたという事案において、被告人に「不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる」としたものである。この判示は、殺意のある被告人に殺意のない者と保護責任者遺棄致死罪の共同正犯が成立することを述べたものであると理解することができ、後述する部分的犯罪共同説の帰結と一致する²⁴。前記最決昭和54年4月13日も踏まえると、従来の判例は部分的犯罪共同説に親和的な傾向にあるといえる。

学説上では、複数人がそれぞれ異なる故意を有する場合の共同正犯の成立範囲について、部分的犯罪共同説と行為共同説が対立している。部分的犯罪共同説²⁵は、共同正犯とは犯罪を共同するものであるという理解を前提として、犯罪が重なり合う限度で共同正犯を肯定するのに対し、行為共同説²⁶は、それぞ

²⁴ このように理解するものとして、平山幹子「判批」判例セレクト2005（法教306号別冊付録）（2006）30頁、高橋則夫「判批」刑ジャ2号（2006）100頁以下、塩見淳「判批」平成17年度重判解（2006）162頁、日高義博「判批」専修ロージャーナル2号（2007）133頁、山口厚『新判例から見た刑法』（有斐閣、第3版、2015）45頁。また、藤井敏明「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成17年度（2008）206頁は、「判例としての拘束力があるかということについては、慎重に考える必要があろう」としつつも、「『やわらかい部分的犯罪共同説』になじむ判示」と指摘する。

²⁵ 団藤・前掲注（9）389-391頁、井田・前掲注（11）352頁、大塚・前掲注（9）（『刑法概説（総論）』）282-283頁、福田・前掲注（9）269頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015）256頁、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第4版、2018）446頁、大谷・前掲注（11）402頁。

²⁶ 中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第3版補訂版、1997）140-141頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002）1362頁、林・前掲注（11）401-402頁、山口・前掲注（12）317頁、西田・前掲注（11）430頁、浅田・前掲注（10）421頁。野村・前掲注（10）387頁は「共同正犯・教唆犯と従犯とで分けて考えなければならない」とした上で、共同正犯については行為共同説に立つ。

れの故意に対応した犯罪についての共同正犯を肯定する。前記最決平成17年7月4日の事案であれば、部分的犯罪共同説からは被告人には保護責任者遺棄致死罪の共同正犯と殺人罪の単独犯が成立するのに対し、行為共同説からは殺人罪の共同正犯が成立する。

(2) 本決定における共同正犯の成立範囲

本決定は、「不保護の故意のある父親と共謀の上、被害者の生命維持に必要なインスリンを投与せず、被害者を死亡させたものと認められ、被告人には殺人罪が成立する。」と判示している。この判示のみからは、本決定が被害者の父親との関係で被告人にいかなる範囲で共同正犯が成立するかは明らかではない。しかし、本決定は続いて「以上と同旨の第1審判決を是認した原判断は正当である。」と判示している。そこで、第1審と原審の判示を見ると、第1審は父親には「殺意は認められず保護責任者遺棄の認識・認容にとどまることから、保護責任者遺棄致死の限度で共謀が成立する」と判示し、父親との保護責任者遺棄致死罪の共同正犯の成立を肯定しており、原審は被告人に父親との間で「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。」としている。そのため、第1審の判断を是認した原審も、被告人に父親との関係で保護責任者遺棄致死罪の共同正犯が成立するものとして理解できる²⁷。そして、「不保護の故意のある父親」と判示しつつ、原判断を正当とした本決定は、被告人に父親との関係で保護責任者不保護致死罪の共同正犯が成立するものとして読める。したがって、本決定は、少なくとも部分的犯罪共同説に親和的な判示をしたものと読める。

これに対し、「本決定は、行為共同説と部分的犯罪共同説のどちらからも説明可能なものでありながらも、シャクティパット事件決定〔引用者注：前記最決平成17年7月4日〕と比べると、相対的にみて行為共同説に親和的な判断を行ったと評価されるべき」という指摘がある²⁸。この指摘の前提には、部分的犯罪共同説を前提とすると、被告人に保護責任を認め難い本決定においては、刑法65条1項の適用が明示されることが望ましく²⁹、また、それを明示すること

²⁷ 豊田・前掲注(3)149頁は第1審と原審が部分的犯罪共同説に立つと指摘する。

²⁸ 松本・前掲注(1)173頁。

²⁹ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』823頁〔川端博〕(青林書院、第3版、

によって、部分的犯罪共同説に立つことを示せたのに、それが明示されず、そのため、「部分的犯罪共同説を採用したと評価されることを避けたと考えるのが適切」であり、「部分的犯罪共同説と一定の距離をとった」という理解がある³⁰。しかし、論者が指摘するとおり³¹、刑法65条1項の適用が明示されなくても、その適用が看取できればよいとする判例がある³²。そのため、刑法65条1項の適用が明示されることが望ましいとはいっても、本決定においては、前記判例の立場に立つ限り、本決定が保護責任者不保護致死罪の共同正犯を肯定したならば、刑法65条1項が適用されたことは看取できるから、刑法65条1項の適用を明示する必要はない。したがって、本決定があえて刑法65条1項の適用を明示することによって、部分的犯罪共同説に立つことを明らかにする必要はなかった。よって、本決定が刑法65条1項の適用を明示していないことをもって、本決定が「部分的犯罪共同説と一定の距離」をとり、「相対的にみて行為共同説に親和的な判断を行ったと評価されるべき」とまではいえない。

もともと、本決定においては、共同正犯の成立範囲と関わりなく、殺意のある被告人には殺人罪が成立する。さらに、上告趣旨においても、被告人に殺人罪が成立する場合の共同正犯の成立範囲については主張されておらず、本決定も共同正犯の成立範囲について判示していない。そのため、本決定が被告人に成立する共同正犯の成立範囲をあえて判示する必要はなかったといえる³³。したがって、本決定が明確に行為共同説を否定し、部分的犯罪共同説に立脚する判示をしたとまではいえない。

しかし、前述のとおり、本決定は被告人に父親との関係で保護責任者遺棄致死罪の共同正犯が成立するとしたものと理解できる第1審とそれを是認した原審を正当としている。そのため、本決定は、少なくとも部分的犯罪共同説に親

2019)、松本・前掲注(1)172頁。

³⁰ 松本・前掲注(1)172頁。

³¹ 松本・前掲注(1)172頁。

³² 最判昭和25年11月2日裁判集刑35号39頁、最判昭和26年3月15日刑集5巻4号535頁。

³³ 軽い故意の父親が起訴されていないことから、本決定において、父親との共同正犯を判示する必要はないことを指摘する見解として、平山・前掲注(1)206頁、水落・前掲注(1)269頁。また、前記最決平成17年7月4日について、藤井・前掲注(24)207頁は「重い罪に係る故意を有する被告人については、いずれにしても当該被告人に重い罪が成立する以上、そのような実質的な影響が及ぶ可能性はない」と指摘する。

和的な判示をしたという理解を許容するものであるといえる。よって、本決定は前掲最決平成17年7月4日の延長線上にあるといえ³⁴、部分的犯罪共同説に親和的な従来の判例の傾向は維持されているといえる³⁵。

4 その他の問題点

学説上、被利用者の作為を利用する間接正犯において、「背後者は、自己の作為によって犯罪を実現する代わりに、直接行為者の作為を利用して犯罪を実現するのである」(下線ママ)り、被利用者の作為は直接正犯であれば背後者がなしてははずの作為であるという理解を前提として、被利用者の不作為を利用する間接正犯においては、背後者が「自己の不作為によって犯罪を実現する代わりに、直接行為者の不作為を利用して犯罪を実現するのでなければなら」(下線ママ)ず、被利用者の不作為は直接正犯であれば背後者がなしてははずの不作為であるから、背後者は背後者自身の作為義務を具備しなければならず、背後者に作為義務が認められるならば、直接正犯が成立し、間接正犯の余地はないという立場が示されている³⁶。この立場によれば、本決定は被利用者である母親の不作為を利用しているから、背後者である被告人に作為義務を認めて不作為の直接正犯と構成するか、作為の直接正犯と構成することとなると思われる。そして、論者は、本決定において、被告人に作為義務は認められないことを指摘した上で、「背後者の作為それ自体が『被害者の病状を悪化させ、ひ

³⁴ 本決定が部分的犯罪共同説に立つと理解するものとして、平山・前掲注(1)206頁、矢田・前掲注(1)113頁、高橋・前掲注(4)365頁。これに対し、前田・前掲注(1)6頁は、前掲最決平成17年7月4日について、「共同正犯者間で成立する罪名が異なることを前提とした上で、共同関係を基礎づける部分を『限度で』という形で明示したものと見ることができよう。」とした上で、本決定の第1審も「この判断方式」に従っており、本決定はそれを再確認したとする。また、共同正犯の成立範囲について、本決定の理解は明らかではないとするものとして、十河・前掲注(1)130頁、鎮目・前掲注(1)115頁。水落・前掲注(1)269頁は「本決定はシャクティ事件決定を敷衍するものでもなければ変更するものでもない」とする。

³⁵ 豊田・前掲注(3)149頁は、第1審と原審の「登場により、部分的犯罪共同説に従う流れが一層強まった」と評価する。

³⁶ 松宮孝明「『救助的因果経過の阻止』についての一考察—最決令和2・8・24を素材に—」立命館法学393・394号(2020)652頁。

いては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していた』のであれば、『間接正犯』を論じるまでもなく、それは殺人罪の（直接）正犯となる行為と考えてよい」とする³⁷。

しかし、被利用者の不作為を利用する間接正犯であっても、背後者に作為義務は不要である。すなわち、被利用者の作為を利用する間接正犯において、被利用者の作為は直接正犯であれば背後者がなしていたはずの作為であり、また、被利用者の不作為を利用する間接正犯において、被利用者の不作為は直接正犯であれば背後者がなしていたはずの不作為であるという説明は、間接正犯が典型的にどのようなものであるかを説明するには有益であるが、間接正犯における正犯性とは関係がないと思われる。不作為犯の作為義務は処罰の限定のために要求される場所、作為によって不作為を利用する場合、背後者はあくまでも作為の利用行為を行なっているのだから、背後者に作為義務を要求することで処罰を限定する必要はない。そのため、被利用者の不作為を利用する間接正犯であっても、背後者に作為義務は不要である。

なお、仮に本決定を直接正犯と構成する場合、被告人の利用行為に結果発生の実質的危険性が認められるかには疑問がある。これが認められなければ、実行行為性が認められず、被告人に殺人罪の単独正犯を肯定することはできない³⁸。

5 おわりに

本稿では、被害者の母親を利用する間接正犯と被害者の父親との共同正犯の成立範囲に着目して、本決定に分析を加えた。

その結果、母親を利用する間接正犯については、本決定は、母親側の事情が被告人による働きかけの効果を高めるというだけではなく、働きかけの欺罔的な性質が強制的な性質の効果を高めるという構造になっていることがわかった。その上で、本決定には、第三者の不作為を利用した間接正犯においても、その間接正犯の成否は被害者の作為を利用した前記最決平成16年1月20日と同程度の厳しさの基準で判断したという意義が認められる。

次に、父親との共同正犯の成立範囲については、本決定が前記最決平成17年

³⁷ 松宮・前掲注(36) 653頁。

³⁸ この点について、前掲注(14)も参照。

7月4日の延長線上にあるといえ、部分的犯罪共同説に親和的な従来の判例の傾向は維持されているといえる点に本決定の意義があると思われる。