

《判例研究》

被害者である 1 型糖尿病患者へのインスリンの不投与を指示した被告人の行為につき、被告人に対して妄信状態にあった被害者の母親との関係では殺人の間接正犯が成立するとした一方、半信半疑ながら被告人の指示に従った被害者の父親との関係では保護責任者遺棄致死の限度で共謀共同正犯が成立するとした事例

最高裁判所第二小法廷決定令和 2 年 8 月 24 日（平成 30 年（あ）第 728 号：殺人被告事件）

（裁判所ウェブサイト、LEX/DB 文献番号 25571011）

矢 田 陽 一

【事実の概要】

被害者 A（当時 7 歳）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、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。

A の退院後、両親は A にインスリンを定期的に投与し、A は通常の生活

を送ることができていたが、母親Bは、A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XにAの治療を依頼した。Xは、1型糖尿病に関する医学的知識はなかったが、Aを完治させられる旨断言し、同年12月末頃、両親との間で、Aの治療契約を締結した。Xは、その頃、BからA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。Xによる治療と称する行為は、A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、Bは、Aを完治させられる旨断言されたことなどから、Xを信頼し、その指示に従うようになった。Xは、Aの治療に関する指示を、主にBに対し、メールや電話等で伝えていた。

Xは、平成27年2月上旬頃、Bに対し、インスリンは毒であるなどとしてAにインスリンを投与しないよう指示し、両親は、Aへのインスリン投与を中止した。その後、A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、Aの退院後、インスリンの投与を再開し、Aは、通常の生活に戻ることができた。しかし、Xは、メールや電話等で、Bに対し、A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、Aの症状が悪化したのはXの指導を無視した結果であり、Xの指導に従わず、病院の指導に従うのであればAは助からない旨繰り返し述べるなどした。このようなXの働きかけを受け、Bは、Aの生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、X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、Xの治療法に半信半疑の状態であったAの父親Cを説得し、同年4月6日、Xに対し、改めてCと共に指導に従う旨約束し、同日を最後に、両親は、Aへのインスリンの投与を中止した。

その後、Aは、多飲多尿、身体の痛みを訴える、身体がやせ細るなどの症状を来し、Bは、Aの状態を随時Xに報告していたが、X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、A は、自力で動くこともままならない状態に陥り、X は B の依頼により B の実家で A の状態を直接見たが、病院で治療させようとせず、むしろ、X の治療により A は完治したかのように B に伝えるなどした。B は、A の容体が深刻になった段階に至っても、X の指示を仰ぐことに必死で、A を病院に連れて行こうとはしなかった。

同月 27 日早朝、A は、B 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。

第 1 審¹⁾ は、X の行為につき、X に妄信状態にあった B との関係では殺人の間接正犯の成立を認めるとともに、X に半信半疑ながら従っていた C との関係では保護責任者遺棄致死の限度で共謀共同正犯が成立すると判示した。第 2 審²⁾ は、1 審の判決に事実誤認、法令違反等の誤りはないとして、控訴棄却した。これに対して、X は上告した。

【判決要旨】

上告棄却。

「上記認定事実によれば、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

1) 宇都宮地判平成 29・3・24。

2) 東京高判平成 30・4・26。本判決の評釈として、安田拓人「判批」『法学教室』455 号（2018 年・平 30 年）144 頁、豊田兼彦「判批」『平成 30 年度重要判例解説』（ジュリスト 1531 号）（2018 年・平 30 年）148 頁以下、稲垣悠一「判批」『専修大学法学研究紀要』44 号（2019 年・令元年）61 頁以下。

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型糖尿病にり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。」

【評釈】

I. はじめに³⁾

本事案では、主として、被害者である1型糖尿病患者へのインスリン不投与を指示した被告人の行為につき、両親を道具とした間接正犯が成立するか、あるいはそれが認められない場合、両親と意思を通じた共謀共同正犯が成立するか、が争点となった。この点につき、本判決は、第1審である宇都宮地裁の認定を是認した東京高裁の判断は正当であるとして、被告人に対して妄信状態にあった母親との関係では殺人の間接正犯の成立を認め、半信半疑ながらも被告人の指示に従っていた父親との関係では保護責任者遺棄（不保護）致死の限度で共謀共同正犯の成立を認めた。

本判決の内容は、正犯・共犯論上のさまざまな問題と関係しうる。例えば、妄信状態を利用した間接正犯形態の存否、不作為に対する間接正犯の成否、間接正犯の正犯性、間接正犯と共謀共同正犯との区別および認定順序、それ自身共同正犯とならない者を介した順次共謀の成否、共同正犯の成立範囲、など多岐にわたる。

本判決の意義は、これら諸問題のうち、間接正犯との関係では、これまで争われたことのなかった、第三者の妄信状態を利用した間接正犯形態を認めた点、不作為に対する間接正犯を認めた点、従来の判例と同じく、いわゆる道具理論を採用した点に、共謀共同正犯との関係では、間接正犯と共謀共同正犯との区別および認定順序につき、一方的な支配利用関係である間接正犯の検討を先行させ、それが否定された場合に相互利用補充関係である共謀共同正犯の検討を行うという、従来の判例の方法を踏襲した点、それ自身共同

3) 本判決の評釈として、平山幹子「判批」『新・判例解説 Watch』刑法 No.157（2020年・令2年）1頁以下、前田雅英「判批」『判例コラム』『ウエストロー・ジャパン』第211号（2020年・令2年）1頁以下、十河太朗「判批」『法学教室』484号（2021年・令3年）130頁。

正犯とならない者を介した順次共謀を認めた点、実質的に犯罪が重なり合う限度で共同正犯の成立を認めるという、部分的犯罪共同説の立場を拠り所とした点に、それぞれあるといえる。

以下では、本判決が示した判断について、とりわけ正犯・共犯論上の問題を中心として、従来の判例ないし学説との関係を踏まえつつ、分析・検討を行う。

II. 妄信状態にあった母親を利用した間接正犯の成否

(a) 間接正犯の形態

従来から、間接正犯にはさまざまな形態があるとされている。例えば、犯罪成立要件という観点からは、利用者が、厳密な意味において、刑法上の行為とはいいがたい被利用者の身体活動を利用する場合と、利用者が、構成要件該当性を欠く被利用者の行為を利用する場合と、利用者が、構成要件には該当するが、違法性を欠く被利用者の行為を利用する場合と、利用者が、構成要件に該当し、違法でもあるが、有責性を欠く被利用者の行為を利用する場合と、利用者が、すべての犯罪成立要件を充足するが、正犯意思を欠く被利用者の行為を利用する場合とに、利用客体という観点からは、第三者を利用する場合と被害者を利用する場合とに、利用客体の状況という観点からは、暴行・脅迫などに起因する強制状況を利用する場合と欺罔による錯誤状況を利用する場合とに、被利用者の行為という観点からは、作為を利用する場合と不作為を利用する場合とに、利用者の利用態様という観点からは、積極的に強制・錯誤状況を作出する場合とすでに存在している強制・緊急や事実の不知・錯誤状況などを消極的にそれと知って利用する場合とに、区分される。

判例上、間接正犯の定義ないし成立範囲について言及するものは多くない

が⁴⁾、それらで示されている形態以外にも間接正犯の成立を認めたものも散見されることからして、限定的な列举ではなく、あくまで例示的な列举を意味するにすぎないとみるべきであろう⁵⁾。

本事案は、被告人が被利用者である母親に対して自身の指示に従いさえすれば被害者を治療可能である旨欺き、脅迫的言動を織り交ぜつつその妄信状態を強めている点で、構成要件該当性（構成要件の故意）あるいは故意を責任要素と解すれば有責性を欠く被利用者の行為を利用する形態であって、なおかつ第三者利用における強制状況と錯誤状況との混合形態といえることができる⁶⁾。

間接正犯の諸形態のうち、錯誤状況の利用は間接正犯のもっとも一般的な形態であるとされており、被害者利用ないし第三者利用を問わず、判例においてもかねてより広く間接正犯の成立が認められているところである。このうち、本事案と同様、第三者の錯誤状況の利用に間接正犯の成立を認めた事案は数多いが、代表的なものとして、官林の盗伐に、情を知らない柚夫を使役した大判明治30・2・18や、名義人の代人たる資格を冒用して公正証書に署名捺印させ、よって公正証書の一部を偽造した大判明治36・5・19など、旧刑法期の2判例をはじめとして、満州国警尉であった被告人が、北京外二区警察署員であった被利用者を欺罔して、被害者を不法に監禁させた大判昭和14・11・4、他人の所有・管理にかかる物件を、被告人が自己の所有物のように装って、情を知らない第三者に売り渡し、第三者をして運び去らせ、または、伐採、解体などのうえ搬出させたものとして、それぞれ大判大正15・12・24、大阪高判昭和28・6・22、最決昭和31・7・3、広島高判昭和27・10・3、大判大正8・2・13、などがある。いずれの事案も、第三者の事実の不知あるいは錯誤状況を利用する点で、本事案と部分的に共通して

4) 例えば、大判昭和9・11・26、朝高院判大正3・11・5、名古屋高判昭和25・3・20、長崎地佐世保支判昭和33・5・30など。

5) 大塚仁『総合判例研究叢書 刑法(21)』(1963年・昭38年)7頁。

6) 平山・前掲注3)3頁は、被告人を間接正犯ではなく、不作為の直接正犯と構成する。

いる。なお、本事案では、被告人が母親に対して欺罔ないし威迫を用いて妄信状態を積極的に作出しているが、仮に被利用者の錯誤に利用者が積極的に関与せず、何らかの事情からすでに錯誤状況に陥っている被利用者をそれと知って消極的に利用した場合でも、被利用者の存在は利用者の犯罪実現にとって特段の障害になりえないため、間接正犯の成立を認めうるであろう⁷⁾。

また、判例上、強制状況を利用した事案のうち、間接正犯の成立が肯定されたものとして、真冬の深夜、かなり酩酊しかつ被告人等による暴行から衰弱していた被害者を河川堤防から川に転落させて溺死させた最決昭和 59・3・27、被害者に暴行・脅迫を加え、被害者に自殺を強いる一方で、その死亡が自殺ではなく自動車の海中転落事故にみせかけようとして、実際に自動車ごと被害者を海に転落させた最決平成 16・1・20、などがある。これに対して、間接正犯の成立が否定されたものとして、夫が妻に不貞があると邪推し、妻の自殺を予見しつつも、毎日のように詰問・監視したほか、陰湿な暴行を加えるなどした結果、妻が心身ともに疲弊して死を決意し縊死した広島高判昭和 29・6・30、同棲していた被害女性に対して暴行を加えたうえ、川岸に連行し、溺死する危険性を認識しながら、被告人による暴行により受け逆らうことができない状態にあったのに乗じ、川に入るよう強要して溺死させた浦和地熊谷支判昭和 46・1・26、などがある。それらの事案は、被害者自身の行為を利用したものであるが、利用者の威迫等によって被利用者の法益侵害に対する自由な意思決定が阻害されたか否かということが、重要な判断要素となっている。また、第三者の強制状況を利用した場合につき、間接正犯の成立を認めたものとして、被告人が、巡礼の旅の途中、その養子（当時 12 歳）に対して、被告人に逆らう素振りを見せるときには、その顔にたばこの火を押しつけたり、ドライバーで顔をこすったりして意のままに従わせ、繰り返し窃盗を行わせた最決昭和 58・9・21 がある。本事案もまた、被害者自身の強制状況を利用するのではなく、第三者である母親のそれを利用した点に類似性を有する。この点、被害者自身の強制状況を利用する場合（自己侵害

7) 大塚・前掲注 5) 21 頁。

型)と第三者のそれを利用する場合(他害型)とで差異を設け、自己侵害型の方が類型的に法益侵害のハードルが低く、そのため間接正犯の成立がより認められやすいとの指摘もある⁸⁾。たしかに、本事案のように、他害の対象が近親者など、被利用者にとりわけ緊密な関係にある場合、法益侵害のハードルは類型的に高いというが、最終的には個別の事案ごとに被利用者や被害者の属性ないし関係性を考慮しつつ判断せざるをえないであろう。

さらに、本事案のように、強制状況と錯誤状況とが部分的に混在するものとして、福岡高宮崎支判平成元年・3・24は、借金返済を免れるため、被害者に自殺するよう仕向けることを企て、被害者に刑務所に入ることになるなどと虚偽の事実を述べて脅迫し、長期間諸所を連れ回ったり、周りとの接触を断たせたうえで自殺する以外ない旨執ように迫ったりして、心理的に追い詰めた結果、被害者が農薬を飲んで自殺したという事案につき、「同女(被害者：筆者注)が自己の客観的状況について正しい認識を持つことができたならば、およそ自殺の決意をする事情にあったもの[と]認められないのであるから、その自殺の決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であるというべきであらう」としたことを理由として、間接正犯の成立を認めている。同事案は、たしかに利用者の欺罔ないし威迫により、被害者が刑務所に入らなければならない、あるいは警察に追われているなどの状況認識に錯誤を重ねていたことから、自殺の意思決定に重大な瑕疵が認められるものであったが、自殺することすなわち自身の死という法益侵害に錯誤があったわけではない点で、母親に被害者の死という法益侵害それ自体の認識さえなかった本事案とは事情を異にする。すなわち、被利用者である第三者が被害者の法益侵害の認識を欠く場合、法益侵害に対する障壁はほぼ存在しないという点で、被告人の意のままに従う道具としての性質はより色濃いものとなろう。なお、強制状況と錯誤状況とが混在する場合、すなわち、本事例のように妄信状態ないしマインドコントロールされている状態にあった場合においては、強制状況が

8) 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・平30年)273頁以下、稲垣・前掲注2)70頁。

優勢な場合、錯誤状況が優勢な場合、あるいは両者が同程度に併存する場合など、諸種のヴァリエーションを観念しうるが、強制あるいは錯誤の理論を形式的に適用しただけではうまく解決できないものもありうるので⁹⁾、それらを包摂する、より上位の基礎づけが必要となろう¹⁰⁾。

加えて、本事案では、被告人が第三者である母親の不作为を利用している点で、不作为に対する間接正犯を肯定したものと評価することができる¹¹⁾。わが国において、これまで不作为に対する間接正犯の成否に言及した判例は存在せず、学説上もその点について正面から論じた文献はそれほど多くないことから¹²⁾、先駆的な意義が認められる。この点、不作为を利用する場合の背後者の行為について、作為による直接正犯とする見解¹³⁾、作為による間接正犯とする見解¹⁴⁾、作為や不作为とは異なる独自の第三行為類型であるとする見解¹⁵⁾、不作为による直接正犯とする見解、不作为による間接正犯とする見解、などがありうる。本事案においては、背後者である被告人の作為義務などは一切論じられていないため、少なくとも不作为とは解されていないようであるが、それ以外のどの立場を採用するものであるかは、明らかでない。被告人の実行行為のみに着目するならば、それ自身は自律的な法主体である母親に対して積極的に欺罔ないし威迫を用いて一方的に利用している等の事

9) 行為支配説を前提に、強制状況の利用の場合は被利用者の「答責性の排除」が、錯誤状況の利用の場合は利用者の被利用者に対する「知の優越」が、それぞれ認められる場合に意思支配に基づく間接正犯の成立を認めるものとして、Roxin, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1992, § 25, S.36, 41.

10) 振津隆行「自殺関与罪と殺人罪の限界」『刑法判例百選』[第4版]（1997年・平成9年）7頁。

11) 稲垣・前掲注2）79頁以下。

12) 神山敏雄『不作为をめぐる共犯論』（1994年・平6年）555頁以下、623頁以下。

13) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 195ff.; Roxin, o. Fn 9), § 25, S. 99; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2019, S. 530.

14) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 640.; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, S. 710f.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S. 898.

15) 神山・前掲注12)630頁、日高義博「不作为犯と共犯」『法学セミナー』333号（1982年・昭57年）56頁以下。

実に鑑み、端的に作為による間接正犯形態と目すべきである。

(b) 間接正犯の正犯性

間接正犯の正犯性については、学説上さまざまな見解が主張されている。例えば、利用者にとって被利用者は機械や動物と同じく単なる道具であるとする素朴な道具理論¹⁶⁾、規範的観点から、利用者の利用行為は機械や動物利用の場合と同じ実行行為性を有するからであるとする実行行為説¹⁷⁾、利用者の被利用者に対する支配ないし優越性を強調する行為支配説¹⁸⁾、間接正犯の場合、被利用者の行為が利用者による構成要件実現の妨げとなっていないことに求める規範的障害説¹⁹⁾、被利用者の自由ないし自律性が失われた場合にはその背後にいる利用者に正犯性が認められるとする遡及禁止論²⁰⁾、さまざまな事情を総合的に考慮し判断すべきとする全体的考察説²¹⁾、などがある。もっとも、それらの見解は必ずしも互いに排斥し合う関係になく、しばしば重畳的に用いられており、その相違は主に間接正犯の成立範囲に係るものであるといえる。

判例上、間接正犯の正犯性の根拠に直接言及するものとしては、上述した、

16) 大場茂馬『刑法総論(下)』(大6年)1016頁など。

17) 団藤重光『刑法綱要』[第3版](1990年・平2年)155頁、大塚仁『刑法概説(総論)』[第4版](2008年・平20年)160頁、263頁以下、川端博『刑法総論講義』[第3版](2013年・平25年)535頁以下など。

18) 井田良『講義刑法学・総論』[第2版](2018年・平30)488頁、橋本正博『刑法総論』(2015年・平27年)238頁以下、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論』[第3版](2019年・平31年)350頁以下、高橋則夫『刑法総論』[第4版](2018年・平30年)436頁以下など。

19) 植田重正『共犯の基本問題』(1952年・昭和27年)81頁、山中敬一『刑法総論』[第3版](2015年・平27年)866頁、西原春夫『刑法総論』[改訂準備版(下巻)](1993年・平5年)358頁以下、曾根威彦『刑法原論』(2016年・平28年)527頁以下、日高義博『刑法総論』(2015年・平27年)444頁以下など。

20) 山口厚『刑法総論』[第3版](2016年・平28年)68頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(2002年・平14年)391頁など。

21) 栗原宏武『間接正犯と教唆犯の区別』大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』(2001年・平13年)285頁以下。

長崎地佐世保支判昭和 33・5・30 や「運送契約上の義務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のための道具として利用しようとしていた」と判示した最決平成 9・10・30、「被告人は、睡眠導入剤を摂取させた者を、居眠り運転をして事故を引き起こす道具として利用した」と判示した東京高判令和元年・12・17、などがいわゆる道具理論に拠っているとみられるくらいで、それほど多くはない。もっとも、多くの判例で、被利用者の行為を「自身の手足として利用し」²²⁾あるいは「器械」・「機械」²³⁾などとみなして間接正犯の成立を認めている点からして、本質的には道具理論の考え方を基礎としているものと思われる²⁴⁾。そもそも判例においては、間接正犯という表現自体を用いることなく、率直に「実行正犯として処罰すべき」あるいはたんに「～罪が成立する」・「～罪に間擬する」等とするものも少なくないが、それらは間接正犯の概念自体を否定するものではなく、間接正犯が直接正犯と実質的に同様の構造を有するものであることから、あえてそのような言い回しを用いるまでもないとする趣旨であろう²⁵⁾。したがって、判例実務においては、一般的に、利用者の正犯性は、問題となる犯罪の特性を踏まえ、個別具体的な事案ごとに、被利用者の行為をあたかも機械や動物などと同じ性質の道具として利用していたかという観点から、実質的に決せられている、とみることができよう。

本事案でも、「B(母親:筆者注)はいわば道具である」とする宇都宮地裁、「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況にあった」とする東京高裁の判断を基本的には是認し、被告人は「母親を道具として利用」したとして、間接正犯の成立を認めている点で、上述した道具理論を採用しているものと思われる。その意味で、本判決は、従来の判例の立場を逸脱するものではないといえる。このような道具理論に対しては、なぜ意思を有する人間がそれを有しない機械・道具と同視されるのか、まさにその実

22) 前述した、名古屋高判昭和 25・3・20 など。

23) 大判明治 43・5・13、大判大正 5・5・9、大判大正 14・4・14 など多数。

24) 大塚・前掲注 5) 7 頁以下。

25) 大塚・前掲注 5) 8 頁。

質的な根拠が問われているのであって、それを「道具」という多義的かつ比喩的表現のもとで当然の前提として基礎づけるだけではいまだ不十分であり、間接正犯の本質を踏まえたより具体的な説明を要するとの批判が妥当しよう²⁶⁾。

Ⅲ. 半信半疑の父親と意思を通じた共謀共同正犯の成否

(a) 間接正犯と共謀共同正犯との区別および認定順序

判例上、間接正犯と共謀共同正犯との区別につき、間接正犯の成立を認めたものとして、被告人が、被利用者（当時 10 歳）に命令し、同人を利用して被害者のバッグを窃取させた大阪高判平成 7・11・9 がある。これに対して、間接正犯の成立を否定し、共謀共同正犯の成立のみを認めたものとして、スナックのホステスであった被告人が、その長男（当時 12 歳）をそそのかして強盗を行わせた最決平成 13・10・25 がある。前者における介在者が「被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己の利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった」のに対して、後者における介在者は「自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂した」という点に、相違が見られる。すなわち、判例においては、介在者が被告人の指示にただ機械的に従うだけで、一方的に支配ないし利用されているにすぎない場合には間接正犯が、介在者が単なる機械・器具としてではなく、自律的な主体として、自ら犯罪をおこなう意思を持ち、状況に応じて自主的に他者と相互に利用ないし補充し合いながら犯罪を実現した場合には共謀共同正犯の成立が、それぞれ認められているといえる。なお、両者の関与形態について、判例は、間接正犯の認定を先行させ、それが認められない場合に共謀共同正

26) 大塚仁『間接正犯の研究』（1958 年・昭 33 年）47 頁以下、植田・前掲注 19）12 頁以下。

犯の認定を行うという順序に拠っており、本判決も同様の方法に従ったものといえる²⁷⁾。

本事案では、父親は、被告人に対して妄信状態にあった母親とは異なり、半信半疑の状態被告人に従っていたにすぎない点で、一方的な道具とはいえないとして、間接正犯の成立は否定され、被告人と意思を通じた共謀共同正犯の成立のみが認められた。たしかに、父親は、母親に比べて、いまだ半信半疑であった点で犯罪事実の認識や一定程度の判断能力はなお残存していたことが窺われるものの、被告人に対して妄信状態に陥っていた母親から強く説得され、やむなくその判断に従っていたにすぎなかったのであるから、独自の利益を得ようとする意思から被告人と相通じて自主的・自律的にインスリンの不投与を決意したとはいいいがたいではないだろうか。したがって、父親に保護責任者遺棄致死の直接正犯の成立を認めるかどうかはともかくとして、被告人にはまずもって母親を介して父親を一方的に道具として利用した間接正犯の成立を認めるべきであったように思う。その意味で、共謀共同正犯の成立のみを認めた本判決の結論には疑問の余地がある。

(b) 順次共謀の存否

共謀の方法として、指示者と実行者との間で直接謀議を行うことまでは必要でなく、他の共同正犯者を通じて間接的に謀議に参加する、いわゆる順次共謀でもって足りるとするのが従来判例の立場であるが²⁸⁾、本事案では、そもそも共謀共同正犯の成立が認められていない母親を介して被告人と父親との間で順次共謀を認めた点に従来判例には見られない目新しさがある。たしかに指示者と実行者との間に当該犯罪事実についての意思疎通さえあれば共同して犯罪を実行する意思はなお首肯されうるので、当該犯罪の共同正

27) 最決平成 13・10・25。これに対して、共同正犯の検討を先行させ、それが否定された場合に間接正犯の認定を行うべきとするものとして、高橋・前掲注 18) 436 頁。

28) 最決昭和 33・5・28。

犯関係を構成しない者を介して順次的に意思の連絡を行うこと自体は可能であろう。もっとも、上述したように、本事例における父親には犯罪遂行の独自の利益を得る意思はなく、被告人から指示を受け、その支配下にある母親からの強い説得にやむをえず従っていたにすぎないのであるから、自主的に謀議に参加したとまではいえず、したがって順次共謀は認められないように思う。すなわち、被告人と父親との間には相互利用補充関係を基礎づける意思連絡はなく、あくまで一方的な指示に基づく支配・利用関係のみが認められるにとどまるというべきである。

(c) 共同正犯の成立範囲

判例上、共同正犯者間で成立する罪名が異なる場合、実質的に両罪が重なり合う範囲内で共同正犯が認められるとする、部分的犯罪共同説の立場が採用されている²⁹⁾。本判例もまた、未必的な殺意を有していた被告人と殺意のない父親との間において、保護責任者遺棄致死の限度で共同正犯関係になるとした点で、従来判例の立場と軌を一にする。もっとも、父親の行為が不作为である以上、先ほど述べたように、被告人の行為を作為と構成する理解を前提とした場合、作為者と不作为者との間で共謀共同正犯を認めることになる³⁰⁾。もし父親との関係では被告人の行為を不作为とみるならば、同一の行為で被害者を作為的かつ不作为的に殺害したということになるが、そのような理解が可能か、疑問なしとしない。少なくとも被告人の行為につき作為義務の認定を一切行っていない本判決では、被告人の行為を不作为とはみていないようである。なお、作為者と不作为者との間で共謀共同正犯の成立を認めたものとして、夫が、妻が三女を殺意をもって折檻するのを黙認し、死

29) 最決平成 17・7・4。

30) 作為者と不作为者との間で共同正犯を認めるものとして、大塚仁『犯罪論の基本問題』(1982年・昭57年)333頁以下、前田雅英「不作为と共犯」『法学教室』150号(1993年・平5年)23頁、山中敬一「不作为犯と作為犯の共犯関係」『関西大学法学論集』58巻4号(2008年・平20年)477頁など。

亡させた大阪高判平成 13・6・21 がある。当事案は、作為による実行行為者に不作為で関与した点で、不作為による実行行為者に作為で関与する本事案とは状況を異にする。いずれにせよ、そもそも作為者と不作為者との間で共同正犯が成立しうるとすれば、その理由について立ち入った説明を要しよう。

IV. おわりに

本判例は、母親との関係では、第三者の妄信状態を利用した間接正犯の形態を正面から認めた点に独自の意義を有し、その結論自体は基本的に支持しうるものであるが、従来の判例と同様、間接正犯の正犯性について多義的・比喩的な「道具」という表現による基礎づけを脱しえておらず、具体的な説明を欠いたままである点で、なお課題が残る。これに対して、父親との関係では、被告人との間で実質的に一方的な支配・利用関係が見受けられるにもかかわらず、間接正犯ではなくもっぱら共謀共同正犯の成立のみを認めた点で、結論・理由ともに支持しえない。