

《論 説》

障害者を利用した間接正犯 —— 私文書偽造罪を素材として ——

矢 田 陽 一

1. はじめに
2. 間接正犯をめぐるわが国の議論状況
3. 事理弁識能力を欠くあるいは著しく減退する者を利用した間接正犯
4. 事実の不知あるいは錯誤者を利用する間接正犯
5. 被害者を利用した間接正犯
6. 文書偽造罪の間接正犯
7. 若干の考察
8. おわりに

1. はじめに⁽¹⁾

従来、刑法において障害(者)の問題が取り沙汰されてきたのは、おもに責任能力論との関係においてであったといえる。すなわち、とりわけ精神ないし知的障害を有する行為者に事理弁識能力や行動制御能力が認められるか否かということをめぐる、かねてより判例ないし学説においてともに活発な議論が展開されてきたことは、周知のとおりである。換言すれば、障害者もまた、健常者と同じく、犯罪の「主体」として言及されることが一般的であった。しかしながら、犯罪への関与者という観点から眺めるならば、障害者はかならずしも「主体」としてではなく、むしろ「客体」ないし「被害者」として登場するケースも少なくない。すなわち、障害者が犯罪の道具として利用されるということが起こりうる。一例として、相続人 X が、言語および知的障害に由

来する、自書ないし遺言能力を欠く被相続人 A に対して、その事実の不知や錯誤に乗じて他の相続人に比して自身に有利な遺言書を作成させたという事案が実際に問題となったことがある。このような事件は、民事上では古くから遺言無効確認訴訟のなかでしばしば議論されてきたが、刑事上もまた、障害者を利用した私文書偽造 (159 条) の間接正犯というかたちで俎上に載せられるべきものである。そして、この問題の背景には、間接正犯の正犯性、事理弁識能力を欠くあるいは著しく減退する者の利用、事実の不知あるいは錯誤者の利用、被害者の利用ならびに私文書偽造の間接正犯など、間接正犯の本質と密接に関係する事柄が数多く含まれている。その意味で、本問題について分析・検討を加えることは、間接正犯論への洞察をさらに一歩深めることに大きく寄与するものと考ええる。

そこで本稿は、障害者を利用した間接正犯について、相続人の 1 人である利用者が被相続人である言語・知的障害者に対してその事実の不知や錯誤に乗じて自身に有利な遺言書を作成させた場合における私文書偽造罪の成否を議論の素材として、考察を行うものである。具体的には、まずはじめに、総論として、間接正犯をめぐるわが国の議論状況を概観したうえで、本問題と密接に関係すると思われる各論的な問題として、事理弁識能力を欠くあるいは著しく減退する者を利用した間接正犯、事実の不知あるいは錯誤に陥った者を利用した間接正犯、被害者を利用した間接正犯、私文書偽造罪の間接正犯について、それぞれ今日のわが国における判例・学説の状況を明らかにしたのち、最後に本事案における私文書偽造罪の成否について、「民事判決」において裁判所が認定した事実や各鑑定書の意見などを踏まえつつ、僅かばかりではあるが自身の考えているところを披瀝してみたいと思う。

2. 間接正犯をめぐるわが国の議論状況

間接正犯とは、ごく平明にいうと、被害者あるいは第三者の行為を

道具として犯罪を実現する場合をいう。現在、わが国において間接正犯についての明文の規定は存在しないものの⁽²⁾、学説上は一部の例外を除いて⁽³⁾、間接正犯の概念を認める立場が支配的であるといえる⁽⁴⁾。判例もまた、旧刑法の時代から、明示的にその名称を用いていたわけではないが、間接正犯の存在を暗黙のうちに認めており⁽⁵⁾、現行刑法が成立して以降も引き続き、幅広い犯罪において間接正犯形態による実現を許容しているところである。

まず、間接正犯がどのような場合に、ないしどの範囲で成立するかについては、論者の拠って立つ犯罪論の構成方法により広狭さまざまではあるが、一般的に認められている類型としては、以下のようなものがある。すなわち、大別すると、①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、②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、③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、④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、⑤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⁽⁶⁾、等が挙げられる。この点、①はさらに、(a)利用者が、是非を弁別する能力を欠くあるいは著しく減退する被利用者の身体活動を利用する場合、(b)利用者が、強制され、その意思を抑圧されて行った被利用者の身体活動を利用する場合、に区分されうる。②はさらに、(c)被利用者が構成要件の故意を欠く被利用者の行為を利用する場合⁽⁷⁾(その内部でさらに、被利用者が、i. 無過失の場合、ii. 過失を有する場合(認識なき過失の場合ないし認識ある過失の場合)、iii. 一定の犯罪の故意はあるが、当該犯罪の故意を欠く場合⁽⁸⁾、iv. 当該犯罪の故意も有するが、法益の内容・質・量等に錯誤がある場合⁽⁹⁾、等が考えられる)、(d)利用者が、目的犯において、その目的を欠く被利用者の行為を利用する場合⁽¹⁰⁾、(e)利用者が、身分犯において、その身分を欠く被利用者

の行為を利用する場合⁽¹¹⁾、等に区分されうる。③はさらに、(f)利用者が、正当防衛・緊急避難など、緊急行為に該当する被利用者の行為を利用する場合⁽¹²⁾、(g)利用者が、被害者の承諾、正当行為等、一般的な正当化事由に該当する被利用者の行為を利用する場合、等に区分されうる。④はさらに、(h)利用者が、誤想防衛等、違法性阻却事由の前提事実(正当化事情)について錯誤に陥っている、すなわち、責任故意を欠く被利用者の行為を利用する場合、(i)利用者が、(刑事未成年も含めた)責任無能力あるいは限定責任能力の状況にある被利用者の行為を利用する場合⁽¹³⁾、(j)利用者が、期待可能性を欠く被利用者の行為を利用する場合、等に区分されうる⁽¹⁴⁾。また、これらの内には、利用客体による区分として、第三者を利用する場合と被害者を利用する場合とが、被利用者の行為による区分として、作為を利用する場合と不作为を利用する場合とが、利用方法による区分として、利用者が積極的に暴行・脅迫・欺罔等を用いる場合とすでに存在している緊急・錯誤状態等を消極的にそれと知って利用する場合とが、それぞれ区分されうる。

判例上、間接正犯の定義ないし成立範囲について言及した事案としては、以下のものがある。すなわち、①「間接正犯ノ觀念ハ責任無能力者若ハ犯意ナキ者又ハ意思ノ自由ヲ抑圧セラレタル者ノ行為ヲ利用シテ或犯罪ノ特別構成要件タル事実ヲ実現セシムル場合ニ存スヘキモノ」と判示した大判昭9・11・26、②「間接正犯ハ責任無能力又ハ故意ナキ者ヲ利用シテ間接二罪ノ構成要素ヲ実行シタル者ヲ指称スルモノトス」と判示した朝高院判大3・11・5、③「間接正犯は情を知らざる犯意なき者を自己の手足として利用し之をして自己の犯罪を実現せしむることを指称する」と判示した名古屋高判昭25・3・20、④「間接正犯は言う迄も無く、犯罪実行の手段として第三者を恰も道具の如く利用するものである」と判示した長崎地佐世保支判昭33・5・30、等が挙げられる。

これら判例上の文言を眺めると、③が故意なき者(不知)の利用のみ

を間接正犯と定義する点で最も狭く、ついで、故意なき（不知の）者の利用に加えて責任無能力者の利用を認める②、さらに、故意なき（不知の）者の利用・責任無能力者の利用に加えて強制状況下にある者の利用を認める①の順にその成立範囲は広がり、④では被利用者が道具といえる範囲で間接正犯の成立を認める点で、最も広いものとなっている。もっとも、これらの判例で示された間接正犯の成立範囲については、さしあたり当裁判で問題となった事案に応じて個別に定義されたものにすぎず、後述するように、それ以外の類型においても間接正犯の成立を認めている諸判例からして、あえて限定的に列挙されたものではなく、あくまで例示的な列挙を意味するにすぎないとみるのが妥当であろう⁽¹⁵⁾。

つぎに、間接正犯が正犯性を有する根拠については、その成立範囲と同様、さまざまな見解が主張されている。例えば、①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⁾、②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⁾、③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⁾、④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⁾、⑤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⁾、⑥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⁾、等がある。上述したように、わが国の刑法典は間接正犯に関する明文の規定を設けていない以上、間接正犯は直接正犯と同様、単独正犯に属するものであるから、直接正犯と間接正犯とで異なる正犯性の基準を用いるべきでない。すなわち、少なくとも間接正犯は、器具・動物等を使用して刑法典の各則に記述された犯罪を実現する直接正犯の場合と実質的に同一の構造を有するものでなければならないという点では、それら見解のうちでも、およそ見解

の一致があるといって差し支えないであろう⁽²²⁾。

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、先ほど挙げた、長崎地佐世保支判昭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元・12・17、「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」と判示した最決令2・8・24、等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」⁽²³⁾あるいは「器械」・「機械」⁽²⁴⁾等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⁽²⁵⁾。そもそも判例においては、間接正犯という言葉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、あえてそのような表現を用いるまでもないとする趣旨であろう⁽²⁶⁾。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器械や動物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⁽²⁷⁾。このような理解からは、被利用者の行為をいかなる場合に実質的に道具と評価しうるかということが決定的に重要となってくる。そこで以下では、とりわけ本件と密接に関係しうる間接正犯の諸類型について、現在の議論状況を明らかにしたい。

3. 事理弁識能力を欠くあるいは著しく減退する者を利用した間接正犯

一般的に、利用者が是非を弁別する能力を欠くあるいは著しく減退する被利用者の身体活動を利用する場合は、「間接正犯の最も基本的かつ典型的な形態」⁽²⁸⁾と目されている。というのも、この場合、被利用者の身体活動はそもそも刑法上の行為と評価し難く、したがって容易に利用者を正犯として、換言すれば、被利用者を道具として、評価しうるからである⁽²⁹⁾。具体的には、幼児あるいは高度の精神・知的障害者の身体活動を利用する場合がこれにあたる。もっとも、刑事未成年者の行為を利用する場合、そもそも刑事未成年者の制度自体、あくまで政策的な観点から一律に14歳未満を責任無能力者とするものすぎない(41条)から、実質的に事理弁識能力を獲得することが期待される12、3歳程度の者に犯罪を懲罰する場合、利用者にはもはや間接正犯ではなく狭義の共犯である教唆犯の成立を認めるべきとするのが、目下支配的な見解であるといえよう⁽³⁰⁾。

判例上、是非の弁別能力をまったくあるいは著しく減退する被利用者の身体活動を利用した間接正犯について言及した事案として、以下のものがある。すなわち、①「被告人ハTカ愚鈍ニシテ被告人ヲ信スルコト厚キヲ奇貨トシ同人ヲ欺キ同人自ラノ手ヲ藉リ死ニ至ラシメテ殺害シ真実自殺セルカ如ク装ヒ以テ保険金ヲ騙取センコトヲ企テC生命保険相互会社トノ間ニ右Tヲ被保険者兼保険契約者同人妻Sヲ保険金受取人ト為シタル保険金一万円ノ生命保険契約ヲ締結セシメ其ノ後Tニ対シ恰モ仮死状態ニ陥ルヘキ薬品ナルカ如ク欺キテ含糖ペブシンニ食塩ヲ混シ水ニ溶解シタルモノヲ服用セシメ詐言ヲ弄シTヲシテ其ノ儘頸部ヲ縊ルモ一時仮死状態ニ陥ルニ止マリ更ニ被告人ヨリ他ノ薬剤ヲ使用シテ蘇生セシメラルヘシトノ錯誤ヲ生セシメタル結果遂ニTヲシテ自ラ頸部ヲ縊リテ死亡スルニ至ラシメ以テ殺害ノ目的ヲ遂ケ其ノ後右保険会社ニ対シ右S名義ヲ以テTノ死因ヲ自殺ナリト詐リ同人

ノ保険金支払方ノ請求ヲ為シタルモ同会社ノ容ルルトコロトナラサリシ為其ノ目的ヲ遂ケサリシモノナリト云フニ帰著ス然ラハ右Tハ被告人ノ詐言ノ為錯誤ニ陥リ全然自殺スルノ意思ナク自ラ其ノ頸部ヲ縊リテ一時仮死状態ニ陥ルモ再ヒ蘇生シ得キモノト信シ原判示ノ如キ方法ニ依リ遂ニ死亡スルニ至リタルモノナルヲ以テ被告人ハTヲ殺害シタルモノト謂フヘク從テ該所為ハ刑法第百九十九条ニ……該当スル犯罪ヲ構成スルモノ」と判示した大判昭8・4・19、②「被告カZノ愚鈍ニ乗シ之ヲ欺罔シ他ノ文書ナリト誤信セシメテ其内容ヲ了知セシメスZノ署名捺印アル権利義務ニ関スル文書ヲ作成シ之ヲ被告ニ交付セシメタリト云フニ在リテ右ハ文書偽造ノ行為ニ該当スルモノナレハ其他人ヲ利用シテ文書ヲ作成シ之ヲ交付セシムルニ付キ詐欺ノ手段ヲ用フルモ之カ為メニ別ニ詐欺罪ヲ構成セス又文書偽造罪ノ成立ヲ妨害セス」と判示した大判明44・5・8、③被告人は、かねて治療費として統合失調症（旧精神分裂病）患者A子の母親から前借していた謝礼金等2万5千円を、治療の効果があがらなかったために返還しなければならなくなったことを苦慮したすえ、浅慮にも同女を殺害して治療の責任を免れようと考え、その殺害の方法として、A子が通常の意味能力もなく自殺の何たるかを理解せず、しかも被告人が命じることは何でも服従するのを利用してこれに縊首の方法を教えて縊死させ、かつ同女が自発的に自殺したように装って自己の罪責を隠蔽しようと決意し、同女に対し、遺書の文言を口授し、同女をしてこれを筆記させて同女自筆の遺書を作成し、ついで同女に指示して同女の兵児帯でその頸部を二重に巻いて後頭部で結び、さらに両端をたがいに結んで輪状にさせたうえ、同女を木製供物台の上に立たせ、帯の輪の一端を梁の五寸釘にかけさせ、同時に供物台が中心を失って倒れたので、同女をして縊首による窒息のため即時その場で死亡するにいたらせたという事案において「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202条を以て問擬しないで同法199条を適用したのは正当である」と判示した最決昭27・2・21、④「被告人I同Sハ共謀シテMカ酩酊ノ結果心神喪失ノ状況ニ在ルニ乗シ同人ヲ利用シテ（機械トシテ）同人ノ印ヲ盗用シ判示ノ文書ヲ偽造行使シ登記官吏ヲシテ不動産登記簿ニ不実ノ記載ヲ為サシメ且ツ該登記簿ヲ判示登記所ニ備付ケシメタルモノニシテ叙上判示ノ場合ニ於テハ欺罔手段ニ依リテ財物ヲ騙取シ若クハ欺罔手段ニ依リテ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之レヲ得セシメタル者ト謂フコトヲ得サルヲ以テ旧刑法ノ詐欺取財罪又ハ刑法ノ詐欺罪ニ問擬スルコトヲ得ス然レハ原判決ニ於テ右判示事実ニ対シ叙上ノ罪ニ問擬スルコトナク文書ニ関スル罪ノ法条ヲ適用処断シタルハ正当」であると判示した大判明43・5・13、等が挙げられる。

①および②の判例は、愚鈍な被利用者の行為を利用した間接正犯の事例であるが、ここでいう「愚鈍」なる文言がいかなる意味を有するかは、判文上からは定かではない⁽³¹⁾。そもそも「愚鈍」という表現自体、一般的に刑法で用いられているものではなく、後述するように、むしろ知的障害者等に対する差別的な意味合いを含みうる用語として、現在その使用は差し控えられている⁽³²⁾。一般的に「愚鈍」とは、「頭の働きが悪く、することもまがぬけていること。のろま。ばか。」⁽³³⁾や「無知で、まぬけなこと。理解や判断をする力が劣ること。また、そのさま。」⁽³⁴⁾等と定義されており、特定の能力や振る舞い等が通常人のそれに比して一定程度劣っている様子を言いあらわす用語である。もっとも、類似の表現であり、かつて知的障害（精神薄弱・精神（発達）遅滞、以下、「知的障害」とする）の一種を指す言葉として使用されていた「魯鈍」（ろどん）において「おろかでにぶいこと。また、そのさま。愚鈍。『けいぐ（軽愚）』に同じ」⁽³⁵⁾や「愚かで、頭の働きが鈍いこと（さま）。愚鈍。『軽愚けいぐ』に同じ」⁽³⁶⁾と定義されていることからみて、「魯鈍」・「軽愚」と「愚鈍」とはほぼ同ような意味を有していることが理解されよう。こ

の点、わが国で「知的障害」について最もはっきりと定義を出している
とされる文部省の「特殊児童判別基準」によると、「精神薄弱児」すなわ
ち「知的障害(者)」とは、「いろいろの原因で、精神発育が恒常的に遅
滞し、このために知的能力が劣り、自己の身のことがらの処理およ
び社会生活への適応が、いちじるしく困難なもの」⁽³⁷⁾と定義されてい
る。そして、その程度にしたがって、白痴・痴愚・魯鈍の3者に分け
て考えることができるとし、「白痴」とは「言語をほとんど有せず、自
他の意志の交換、および環境への適用が困難であって、衣食のうえに
絶えず保護を必要とし、成人になっても全く自立困難と考えられるも
のであり、知能検査によるI・Qを参考とすれば、I・Q 25以下のも
の」をいい、「痴愚」とは「事態の変化に適応する能力が乏しく、他人の
助けにより、ようやく自己の身のことがらを処理し得るが、成人に
なっても知能年齢6、7歳に達しないと考えられ、I・Q 20ないし
25—50程度のもの」をいい、「魯鈍」とは「日常生活には差支えない程
度に自ら身のことがらを処理することができるが抽象的な思考推理
は困難であって成人になっても知能年齢10歳ないし12歳程度にしか
達しないと考えられるものであり、I・Q 50—75の程度のもの」をい
うと、それぞれ記述されている⁽³⁸⁾。判例があえて「愚鈍」という表現を
用いていることからみて、たんに行為者の認知・判断能力が一時的に
劣った様子を示したとみるのは困難であり、恒常的あるいは少なくと
も相当期間継続的に認知・判断能力等が減退している者、すなわち、
軽度の知的障害—あるいは場合によっては現在でいう知的障害一般
を総称して⁽³⁹⁾—そのように言いあらわしていたことが推察されよう。
なお、比較的古い心理学辞典によると、「精神薄弱」の説明において、「知
能検査によって知能指数が60～50のものを愚鈍(moron)という。こ
れは精神年齢が10歳程度のもので、後見人がいなければ独立した生
活を営むことができず、自分で生計をたてることはできない。知能指
数50～30のものを痴愚(imbecility)という。これは精神年齢が6歳

程度のものをいい、読み書きの能力も不足している。そのため、教育の可能な限界にあたる。知能指数が30以下のものを白痴(idiot)という。これは精神年齢が2歳にも満たないものをいい、言語の使用も十分でなく、教育は不可能である」⁽⁴⁰⁾と記述されており、上述した知的障害の区分でいう「魯鈍」とほぼ同程度のものを「愚鈍」と呼称していたことが窺える。したがって、ここでいう「愚鈍」な者とは、日常生活は後見人の助けを借りるなどしつつある程度自ら営むことが可能であるが、抽象的な思考・推理力という点で通常人より一定程度減退が認められる軽度の知的障害者とみるのが、自然であるように思われる。このような理解によると、①では、利用者が、利用者のことを厚く信頼していたことと相まって、「当該薬物を服用しても死なない」あるいは「自分が死んでも再び生き返る」という極めて稚拙な思考・推理力しか有していなかった被利用者の行為を、②では、「文書自体の意味」・「当該文書の内容」ないし「当該文書の効果帰属」という概念を正確に理解できない被利用者の行為を、それぞれ利用した点で、被利用者は自身の振る舞いに対する制動動機を形成しえない結果、利用者に意のままに操られており、実質的にみて利用者の道具と評価しえたことが、利用者の間接正犯性を基礎づける主な理由となったと考えられる。また、③では、利用者が、統合失調症(旧精神分裂病)の影響により意思能力を欠き、「自殺」の概念を理解しないのに加えて、利用者に唯々諾々と服従する被利用者の行為を利用している点で、①、②と比べても被利用者の自律性はさらに微弱であり、利用者は特段の支障なく被利用者を操縦可能であったことからして、被利用者の道具性の認定はさらに容易であったといえよう。④は、利用者が、酩酊によって一時的に心神喪失状態にあった被利用者の行為を利用した事例である。この点、「心神喪失者」とは、「精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善惡ヲ弁識スル能力ナク又ハ此ノ弁識ニ從テ行動スル能力ナキ状態」にある者⁽⁴¹⁾、すなわち、事理弁識能力あるいは行動制御能力を欠く者をいうところ⁽⁴²⁾、心

神喪失状態下においては、自らの行為の意味を理解し、それにしたがって行動を統制することはおよそ不可能であり、利用者の指示あるいは命令に抵抗することが期待できない点で、やはり被利用者の行為は実質的にたんなる道具と評価しうるから、その利用者を間接正犯と構成したのであろう。

このように従来判例は、被利用者の側に、軽度の知的障害、精神疾患に基づく意思無能力、酩酊による一時的な心神喪失など、行為当時、認知・判断能力を含めた事理弁識能力を欠くあるいは著しく減退させる事由が存在する場合、被利用者が利用者に従順であったことなどをも加味したうえで、利用者に広く間接正犯の成立を認めている、ということができよう。

4. 事実の不知あるいは錯誤者を利用する間接正犯

利用者が、故意なき者すなわち事実の不知あるいは錯誤者の行為を利用する場合、それが構成要件上の故意であるか、責任上の故意であるかはさておき、利用者に間接正犯の成立を認める点で、広い見解の一致が存する。この点、たとえ被利用者に何らかの過失が認められる場合でも、利用者に間接正犯の成立を認める見解が支配的である⁽⁴³⁾。また、通常、被利用者の事実の不知ないし錯誤について、利用者が詐言等を弄して積極的に惹起したかどうかは重要でない、と解されている⁽⁴⁴⁾。

判例上、間接正犯を構成する諸類型のうち「もつとも頻繁にあらわれている」ものの1つが、情を知らない者を利用する場合であり、これは、責任無能力者を利用する場合と並んで、しばしば「間接正犯の一般的な例」として扱われているものである⁽⁴⁵⁾。判例上、故意なき(不知の)被利用者の行為を利用する間接正犯について言及した事実として、以下のものがある。若干の例のみを挙げると、①官林の盗伐に、情を知らない柚夫を使役した事案において「原判文ニ認メタル事実ニ

依レハ被告兩名ハ本案ノ立木ヲ伐採スルニ付柚夫K等ヲ使役シタルモノニシテK等ハ唯事情ヲ知ラスシテ使役セラレタルニ過キサレハ即チ被告等自ラ伐採ヲ為シタルト異ナルコトナキヲ以テ正犯タルノ責ヲ免カレサルモノトス」と判示した大判明30・2・18、②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という事案において「原判決ニ依レハ本件ハ被告人Kニ於テK及GヨリDニ宛テタル金四百円ノ連帯借用証書及其追認公正証書作成ニ関スル権限ヲOニ委任スル旨ノ委任状ヲ偽造シテDノ代人OヲK Gノ代人トシテ公証人M役場ニ出頭セシメ右二通ノ偽造文書ヲ提出シ金四百円ノ貸借証書追認ノ公正証書ヲ作成シ貫ヒ情ヲ知ラサルOヲ使役シG代人トシテ之ニ署名捺印セシメ其公正証書ヲ同役場ニ備付ケシメタル事実ナリトス而シテ公正証書ニ於ケル関係人ノ署名ハ該証書成立ノ一要件ニシテ其署名ナキモノハ公正ノ効ナキコトハ公証人規則第三十四条ノ規定スル所ナレハ其署名ノ部分ハ即チ公正証書ノ一部ナルコトヲ固ヨリ論ナシ故ニ被告等ニ於テ前示ノ如ク情ヲ知ラサルOヲシテGノ代人タルカ如ク其資格ヲ冒シテ公正証書ニ署名捺印セシメタリトセハ右ハ被告等ニ於テ他人ノ手ヲ仮リ公正証書ノ一部ヲ偽造シタルモノニシテ公正証書ノ偽造ニ外ナラサレハ其公文書偽造ヲ構成スルヤ論ヲ俟タサル」と判示した大判明36・5・19等、旧刑法期の2判例をはじめとして、③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事案につき「不法監禁罪ノ成立スルニハ犯人カ不法ニ他人ノ行動ノ自由ヲ束縛シ之ヲシテ事実上一定ノ場所外ニ脱出スルコトヲ得サラシムル状態ニ置クヲ以テ足り犯人自ラ監禁ノ行為ヲナササルモ情ヲ知ラサル第三者ヲ利用シ其ノ者ヲシテ之ヲ行ハシムルヲ得ヘク此ノ場合犯人ニ於テ其ノ罪責ヲ負フヘキハ当然ナリトス本件ニ付之ヲ觀ルニ被告人ハ満州国熱川省赤峰警察署ニ警尉トシテ勤務中職務執行ヲ装ヒ北京外二区警察署員ヲ欺キ阿片ノ密輸出ノ取調ニ仮託シ同署員ニ対シテ同署留置場

ニ留置方ノ依頼ヲナシ因テ情ヲ知ラサル同署員ヲシテ右Tヲ判示期間同署留置場ニ拘禁セシメタルモノナルコト原判決摘示事実並ニ其ノ証拠説明ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ被告人ノ右所為ハ前叙説明スル所ニヨリ不法監禁罪ニ該当スルコト勿論ナリ」と判示した大判昭14・11・4、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、解体等のうえ搬出させた事案について窃盗罪の間接正犯を認めたものとして、それぞれ、大判大15・12・24、大阪高判昭28・6・22、最決昭31・7・3、広島高判昭27・10・3、大判大8・2・13、など、枚挙にいとまがない。近時のものとしては、上述した、⑤利用者への妄信により死亡結果の認識を欠く被利用者たる母親に対して、1型糖尿病に罹患していた息子へのインスリン不投与を指示し、これを殺害させた最決令2・8・24がある。

これら一連の判例は、学説上支配的な見解と同様、基本的に、利用者が被利用者の知らないし錯誤について詐言等を弄して積極的に惹起することまでは必要でなく、たんに被利用者の不知を消極的にそれと知って利用してさえいれば足りる、と解しているようである。また、当該知らないし錯誤が、一般的に認識能力を有する者のそれであるか(その事案において偶然不知であるか)、精神ないし知的障害等に由来する、元来的に認知・判断能力を欠如する者のそれであるか(事案にかぎらず必然的に不知であるか)については、さして問題としていないものとみられる。

このように従来判例は、積極的な知らないし錯誤の惹起であるか消極的な知情利用であるか、はたまた、偶然的な不知であるか必然的な不知であるか、などを厳密に問うことなく、利用者が当該事実について何らかの事情で正確な認識を有していない被利用者の行為を利用する場合、被利用者は利用者の言うがままに行動せざるをえない点で、実質的に器具・動物等の道具を利用する場合と何ら異なるところがな

いとして、広く間接正犯の成立を認めている、ということができよう。

5. 被害者を利用した間接正犯

利用者が第三者ではなく被害者を利用した場合もまた、当然に間接正犯として問擬しうる、と解されていることが分かる⁽⁴⁶⁾。この点、被害者を利用した間接正犯の成否においては、しばしば被利用者の瑕疵ある同意の有効性が問題となりうるが、同意が無効な場合直ちに利用者の正犯性を肯定する立場⁽⁴⁷⁾と同意が無効なことに加えて利用者に行行為等何らかの正犯性が認められることが必要であるとする見解⁽⁴⁸⁾とが主張されている。なお、欺罔に基づく同意の有効性として、錯誤に陥っていなければ同意しなかったであろうという関係が認められるかぎり同意は無効となるとする重大な錯誤説⁽⁴⁹⁾と、当該構成要件で保護される法益に関して錯誤が存する場合にのみ同意は無効となり、それ以外の錯誤は同意の有効性に影響を及ぼさないとする法益関係的錯誤説⁽⁵⁰⁾とが対立している。もっとも、いずれの見解によるにせよ、同意の有効要件として被害者に少なくとも同意能力⁽⁵¹⁾が必要であるとする点では、共通である。したがって、幼児や精神障害者の同意は、無効となる⁽⁵²⁾。なお、被害者の行為を利用する場合(「自己侵害型」)と第三者のそれを利用する場合(「他害型」)とを比べた場合、前者の方が典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⁽⁵³⁾。もっとも、仮に他害型の場合であっても、他害の対象が近親者など、被利用者と親密な関係にある場合、必ずしも法益侵害のハードルが低いとはいえない場合もありうるので、最終的には事案ごとに被利用者や被害者の属性などを考慮しつつ、判断せざるをえないであろう⁽⁵⁴⁾。

判例上、被害者(の不知あるいは錯誤)を利用した間接正犯について言及した事案として、以下のものがある。すなわち、上述した、軽度知的障害者(愚鈍者)・精神障害に基づく意思無能力者を利用した大判

昭8・4・19や最決昭27・2・21等に加えて、とりわけ被害者の同意の有効性が問題となった、みずから追死する意思がないのにそのように装い、被害者を誤信させて自殺させる、いわゆる偽装心中の事案として、①「原判決の意図するところは、被害者の意思に重大な瑕疵がある場合においては、それが被害者の能力に関するものであると、はたまた犯人の欺罔による錯誤に基くものであるとを問わず、要するに被害者の自由な真意に基かない場合は刑法202条にいう被殺者の囑託承諾としては認め得られないとの見解の下に、本件被告人の所為を殺人罪に問擬するに当り如上判例を参照として掲記したものというべく、そしてこの点に関する原判断は正当であって、何ら判例に違反する判断あるものということとはできない。……本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように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」と判示した最判昭33・11・21、②「刑法第202条後段の犯罪が成立するには其の囑託又は承諾が被殺者の任意にして且真意に出たものであることを要すべく、其の囑託又は承諾と殺害行為とは主要の点において相一致し自殺者又は被殺者において生を断つことについて責任能力をもち重大なる瑕疵ある意思に基かないものであることを要すると解すべきである。従って然らざる場合には本罪は殺人罪に対し特別罪の關係に立つものであるから普通殺人罪のみが成立するものといわなければならない。よって本件につき是をみるに後記証拠により認定しうるとおり被告人が追死の意思がないのに拘らず被害者を欺罔し其の旨誤信せしめてオブラート包入の硝酸ストリキニーネを嚥下せしめ生を断つに至らしめたものであるから重大な瑕疵ある意思に基き死を決せしめて死亡するに至らしめたものと断すべきである。従って同意殺人の罪が成立する余地なく殺人罪のみが成立するものと認むべ

きである」と判示した仙台高判昭27・9・15、等が挙げられる。

このように従来判例は、学説と同様、軽度知的障害者や精神障害者等のように、そもそも同意能力を欠く者の同意は無効であることを当然の前提としたうえで、かりに被害者に同意能力が認められる場合、その同意が有効であるか否かについて、被害者の意思に重大な瑕疵がなかったといえるか、換言すれば、被害者が、承諾するにつき必要な知識を事前に正しく与えられ、それをもとに承諾の内容を真に理解し、他者による重大な影響なしに自ら決断したといえるかという観点から、被害者を取り巻く具体的状況を総合的に考慮しつつ、判断している、ということができよう。そして、被利用者に有効な同意が欠ける場合には、利用者に間接正犯の成立を認めているものとみられる。

6. 文書偽造罪の間接正犯

文書偽造罪もまた、原則として、それが公文書であるか私文書であるかにかかわらず、間接正犯形態において実現しうるものであるとする点で、ほぼ異論がないといえる。もっとも、公文書ことに虚偽公文書作成罪に関しては、一定の場合間接正犯形態での実現が排除される、いわゆる形式的自手犯とみるべきかについて争いがあるものの⁽⁵⁵⁾、私文書においてはそのような制限はないとする点で、およそ見解の一致をみているといえよう⁽⁵⁶⁾。

判例上、文書偽造罪において間接正犯の成否が問題となった事案は古くから散見されるが、ここでは、本問題と密接に関係すると思われる、私文書偽造罪のもののみを取り上げることとする。まず、利用者が欺罔行為を行い、錯誤に陥っている被利用者(名義人)の行為を利用した私文書偽造罪の事案として、①「文書偽造罪ニ於ケル文書ハ必スシモ被告人若クハ情ヲ知ラサル第三者カ作成スルヲ要セス署名者トシテ表示セラルル者ヲ欺キ他ノ文書ナリト誤信シテ署名捺印セシメ又ハ内容ヲ知悉セシメスシテ文書ノ全体ヲ作成セシムル場合ニ於テモ文書

偽造罪ハ成立スル」と判示した、上述の大判明44・5・8⁽⁵⁷⁾、②「署名者ヲシテ証書ノ内容ヲ誤認セシメタル結果署名捺印セシムルニ至リタル本件ノ如キ場合ニ於テハ其欺罔手段ハ証書偽造ノ手段ニ外ナラスシテ署名者ハ偽造ノ器械ニ使用セラレタルモノト謂フヘク証書ノ内容ヲ認識シナカラ詐欺手段ニ依リテ之ヲ騙取セラレタル場合即チ詐欺罪ノ成立ヲ来ス場合ト相異ナルコト疑ナキ」と判示した大判大5・5・9、③「他人ヲ欺罔シテ文書ヲ作成セシメ之カ交付ヲ受ケタル所為ヲ以テ詐欺罪ニ問擬センニハ作成者ニ於テ其ノ文書ノ内容ヲ認識シ真正ニ之ヲ成立セシメタル事実ナカルヘカラス然ルニ之ヲ本件ニ見ルニ被告人ハ判示ノ如ク『シズ』カ『コウ』ノ印章ヲ携ヘ登記手續ノ為メ長崎区裁判所ヘ出頭シタルニ際シ這般ノ事情ニ暗キ『シズ』ニ対シ登記手續ニ必要ナルカ如ク申欺キ同人ヲシテ被告人ニ於テ予メ作成シ置キタル残二筆ニ対スル返リ証ハ将来無効ニ帰スヘキ趣旨ノ証書(証第七号)中ニ『コウ』ノ氏名ヲ記入シタル上其ノ名下ニ『コウ』ノ印章ヲ押捺セシメテ之カ交付ヲ受ケタリト謂フニ在ルカ故ニ右証書(証第七号)ノ真正ニ成立シタルモノニアラサルヤ論ナク被告人カ『シズ』ヲ錯誤ニ陥レ同人ヲ器械トシテ使用シ不正ニ『コウ』名義ノ証書(証第七号)ニ『コウ』ノ氏名ヲ成書シ且其ノ名下ニ押捺セシメ之ヲ作成シタルモノニ外ナラサルカ故ニ其ノ所為刑法第一百五十九条第一項ノ私文書偽造ノ罪ヲ構成シ詐欺ノ成立ヲ見ルモノニ非ス」と判示した大判大14・4・14、等が挙げられる。また、従来しばしば見られる、非識字者(文盲者)を利用した私文書偽造罪の事案として、④「依頼者ノ文盲ナルニ乗シ行使ノ目的ヲ以テ依頼者ノ意思ニ反スル文書ヲ作成シ恰モ依頼通りノ文書ヲ代筆シタルモノノ如ク詐リ依頼者ヲ欺キ之ニ署名捺印セシムル行為ハ文書ノ偽造ヲ完成スル手段ニ外ナラサレハ其署名捺印セシムルコトニ依リテ完成セラレタル文書偽造ノ行為ハ刑法第一五九条第一項ニ所謂行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ文書ヲ偽造シタルモノニ該当シ詐欺罪ヲ以テ問擬スヘキモノニ非ス」と判示した大判明43・10・7、

⑤「被告等ハKノ文盲ナルニ乗シ契約証書ノ内容カK名義ノ家屋一棟ヲ被告兩名及ヒKノ共有ト為ス趣旨ナルニ拘ハラス之ヲ家屋ヲ売却シテ約束ノ金円ヲKニ支払フ旨ノ契約書ナリト詐リ証書ノK名下ニ捺印セシメ因テ家屋共有契約証書三通ヲ作成シタリト云フニ在レハ証書ノ作成名義人ヲ欺罔シ其内容ヲ了知セシメス其署名ノ下ニ捺印セシメテ証書ヲ偽造シタル事実ニ帰着スルカ故ニ文書偽造罪ヲ以テ被告等ノ叙上行為ニ擬シタルハ当然ナリ」と判示した大判明44・9・14、⑥「被告ハOノ文盲ナルニ乗シ同人ニ対スル賃金ノ利息支払ノ延期証ナリト詐リ契約利息ニ延滞利息ヲ附シ支払フヘク若シ違約シタルトキハ元金利ニ対シ抵当物件ヲ直チニ譲渡スヘキ旨記載シタル契約書ヲ作成シ其ノ文書ヲ告知セス同人ヲシテ利息支払ノ延期証ナリト誤信シテ之ニ捺印セシメタルモノナレハ被告ノ所為ハ文書偽造罪ヲ構成ス」と判示した大判大12・12・15、⑦「被告ハNカ酩酊シ且文盲ナルヲ利用シ同人ニ贈与シタル判示土地売買周旋料ノ受取書ナリト詐言シNヲ誤信セシメテ判示被告宛証明文書ニ署名捺印セシメ同人名義ノ証明書ヲ完成シタル者ニシテ其ノ所為ハ他人ニ文書ノ内容ヲ明示セス異レル内容ヲ有スル文書ナリト詐リ之ニ借信シテ既成ノ文書ニ署名捺印セシメタル事実ナレハ他人ノ署名捺印セル白紙ヲ濫用シテ新ニ其ノ承認セサル文書ヲ作成シタル場合ト一般ニ文書偽造罪ヲ以テ論スルヲ相当トス」と判示した大判大12・11・30、等が挙げられる。

これらの判例をみるに、利用者が、その欺罔行為によって錯誤に陥っている、すなわち、当該文書の意味・内容ないし効果帰属等について不知である被利用者（名義人自身）に対し、①にあるように、不知状態を利用して文書全体を作成させる場合に加えて、文書自体は利用者が作成し、署名捺印のみを被利用者に行わせる場合もまた、私文書偽造罪の間接正犯にあたる、とされていることがわかる。また、判例は、被利用者の非識字（文盲）を利用する場合にも広く間接正犯の成立を認めているが、そもそも「文盲」とは、一般的に、不十分な教育環境

等を原因として文字の読み書きができないことや者を指す(差別的な意を含む)言葉であり、先天的あるいは言語教育以前に罹患した疾病等を原因とする非識字(者)は含まれない、と解されていることからして、それらの判例もまたそのような意味合いで用いているものと思われる。もっとも、利用者からみて、当該文書の意味・内容ないし効果帰属等を正しく認識・理解できない者を欺罔し、自身の利益のために使役することはきわめて容易であるといえるので、非識字の原因が先天的な疾病等に起因するものかあるいは後天的な教育環境等に起因するものかという問題は、少なくとも間接正犯の成否という観点からは、さして重要ではないといえよう。

7. 若干の考察

以上の分析を踏まえ、行為者が、一定の障害に由来する、遺言について自書能力ないし遺言能力を欠く被相続人をして、自己に有利な遺言書を作成させた行為につき、有印私文書偽造罪の間接正犯(刑法159条1項)が成立するか、本事案をめぐる争われた裁判(「民事判決」)での裁判所の認定や鑑定書の意見などを踏まえながら、なお幾ばくかの考察を行うこととしたい。

本問題においては、被相続人が、遺言書という有印私文書を作成するにあたり、相続人に実質的に道具として利用されていたといえるか、被相続人に一定の障害が存したことが窺える場合、事理弁識能力をまったくあるいは著しく減退する被害者の身体活動を利用した、ないしは、事実の不知あるいは錯誤に陥っている被害者の行為を利用した間接正犯の類型に該当しうるため、問題となる。

まず、被利用者である被相続人の障害がいかなる程度のものであったかが重要となってくるが、被相続人は幼少時より感音性難聴による聴覚障害を有し(身体障害者手帳2級)、これに伴う言語機能の障害により他者とのコミュニケーションに支障があったほか、一定の知的障

害もみられたことは、「民事判決」において、当事者に争いのない事実として認められているところである。この点、当該言語障害ないし知的障害の程度に関して、被相続人の成年後見開始の審判に際して実施された調査官鑑定には、「被相続人(筆者注)について、単語を記載した筆談で意思疎通が成立する場面もあったものの、質問の意味を理解していないにもかかわらず、早合点をした反応をして、その後どんな問いかけにも頷きつづけるばかりで、訂正がきかなかったため、その意向等を確かめることができず、これらの結果、印象として知的障害の影響が大きく、成年後見の類型に該当するように感じられるとの意見が付され」(第1審)ていたこと、その際実施された別鑑定においても、「被相続人(筆者注)の計算力につき、ごく簡単な計算はできるものの、加減乗除の筆計算ができないとされるとともに、被相続人の理解力・判断力についても、簡単な語を用いた筆談は可能であるものの、助詞を用いた短文による理解と筆記は不可能であるほか、自分名義の土地や建物等について理解できず、その理解・判断力は極めて低く、著しく阻害されているとされたうえ、コース立方体テストの結果、I Q 85 と測定される一方、難聴と言語的コミュニケーションに著名な制限があるため長谷川式簡易知能評価スケールは実施不可能とされ、被相続人(筆者注)の精神発達遅滞は、上記のコース立方体テストの結果を見る限り軽度であるものの、言語的思考の過程はかなりの障害があり、総合的に知的能力は著しく低い状態にあ」(第1審、控訴審)り、自己の財産を管理処分することができない状況にあったと判定されたこと、被相続人(筆者注)が遺言書を作成した当時においても、このような状況に改善はみられなかったこと(第1審)、などの事情もまた、「民事判決」において確認されている。さらに、別の鑑定書によれば、「本来の脳機能に大きな問題がなくても、言語機能が十分に発達する前の段階で聴覚機能が失われてしまうと、その言語特有の音韻構造が聴覚により入力されないことによって音韻構造を基にする文字や

語彙の体系の学習に困難を来し、言語機能の発達が遅れてしまうだけでなく、言語機能によって演繹される抽象的思考力の発達も遅れてしまい、結果的に知的障害と診断される程度能力障害を伴うことがあり、聴覚障害の教育においては、このように、助詞、副詞等の言語機能の修得が容易にできなかったために抽象的思考力が十分発達せず、文章能力を含めたコミュニケーションのレベルが小学校3年生ないし4年生の程度で停滞してしまうことを指して『9歳の壁』といわれることがあるところ、被相続人(筆者注)も、この『9歳の壁』を超えられず、そのコミュニケーション機能及び抽象的思考力の発達は一定程度で停滞していた可能性が高いとみられる」(第1審)ことも認定されていた。このような判示事実を前提として、「民事判決」では、そもそも遺言者が文字を理解しえない場合には、他者の説明を受けることによって初めてその内容を理解することができたとしても、実際に他者による下書きがその説明のとおり自分の意思に合致するものであるかを検証しうる余地はないのであるから、自書能力を欠くことになりはなく、たとい被相続人が相続人の作成した本件文案に従って自ら筆記したものであるとしても、本件遺言書を自書していたものと認めることはできないと判断されている(第1審)。また、仮に被相続人に自書能力が存在するとしても、「本遺言が、被相続人(筆者注)の有する総額約1億7600万に達する財産を対象とするものであって、その内容も、全ての財産を包括的に特定の相続人に相続させるという単純なものではなく、このうち本件土地の共有部分、預金、株式ごとに分与者を指定するとともに(第1項ないし第4項)、その他の財産が発見された場合の分与の方法について定める包括条項(第5項)や、遺言執行者指定の条項(第6項)を定めるものであるところ、上述のとおり、幼少時における聴覚の喪失により言語機能の障害とこれに伴う抽象的思考能力の未発達により顕著な知的障害が残り、別件鑑定において、自己名義の土地や建物等について理解できず、自己の財産を管理処分す

ることが不可能とされていた被相続人(筆者注)において、上記の包括条項や遺言執行者指定の条項について理解することができなかったことはもちろん、不動産の共有部分や株式など、その概念の理解に一定の抽象的思考力を要する財産の処分についても、これを理解することは困難であった」(第1審)ことなどから、遺言書作成当時、被相続人に遺言能力はなかったと判示されている。以上により、本件遺言書は、被相続人において自書能力を欠く又は遺言能力を欠く状況でされたものであるから、無効というべきであると結論づけられている(第1審および控訴審)。

このような「民事判決」における裁判所の認定および理解を踏まえると、被相続人は、遺言書作成当時、聴覚障害に伴う高度の言語ならびに知的障害によって、その判断力・推理力等を含めた抽象的思考力を著しく欠いた状態にあったことが明らかであり、その結果、当該遺言書の個々の規定の意味はいうまでもなく、そもそも遺言書という文書自体の意義やその効果帰属等について、正確な認識をほとんど有していなかったといわざるをえない。そして、相続人は、このような、遺言書作成当時、事理弁識能力が著しく制限された状態で、遺言能力はおろか自書能力さえも欠いていた結果、遺言(書)の意味・内容・効果帰属等についておよそ理解不可能であったないし不知であった被相続人を、自己に対して有利に遺産を相続させる目的で意のままに操り、当該遺言書を作成させた点で、被相続人をあたかも器具・動物等を用いるのと同様、実質的に道具として利用したと評価すべきである。よって、相続人の当該行為には、有印私文書偽造罪の間接正犯が成立するといわなければならない。なお、「……被相続人(筆者注)は、元来、対人関係等について好き嫌いが強く、……被告らに対しては……日頃から好意的な感情をしめして」(第1審)いたことから、被相続人(筆者注)が平素より相続人の言動にかなり従順であったことが窺われ、このこともまた、遺言書作成当時、被相続人(筆者注)が相続人の

言いなりであった、すなわち、実質的にみて道具であったことを強く推認させる事情となりえよう。

以上のような帰結は、上述した、間接正犯の諸類型をめぐる従来の判例・学説の傾向ともよく合致するものといえよう。すなわち、判例・学説ともに、間接正犯の概念を認めることを前提として、利用者が軽度知的障害者や精神障害者など、事理弁識能力を欠くあるいは著しく減退する被利用者を利用する場合、あるいは事理弁識能力を欠く結果、故意がない（不知の）被利用者を利用する場合において、被利用者は実質的な道具とみることができるとして、広く間接正犯の成立を認めている。本事案もまた、被相続人が遺言書作成当時、幼少期の聴覚障害に伴う高度の言語ならびに知的障害により「当該文書自体の意味」・「当該文書の内容」ないし「当該文書の効果帰属」等の概念をほぼ理解不可能あるいはそれらについて不知であったことは疑問の余地がないといえるので、これらの類型に該当しうる。また、判例・学説では、被利用者が被害者である場合、被害者が精神障害等一定の事由により同意能力を有していなければ同意は無効となり、利用者に間接正犯が成立するとされている。本件において、たとい相続人が被相続人の同意を得たうえで、被相続人自身が遺言書を作成したとしても、遺言書作成当時被相続人は高度の言語ならびに知的障害の影響により遺言書の概念あるいは当該遺言書の意味・内容・効果帰属等を正確に理解しえない以上、そもそも当該遺言書作成に対する同意能力に欠けるので、その同意は無効とならざるをえない。すなわち、被相続人は、当該遺言書を自由で真意な意思ではなく、重大な瑕疵ある意思のもとで作成したものである。なお、相続人の主張にあるように、仮に相続人が遺言書を作成（代筆）し、被相続人の同意を得た場合でも、有印私文書偽造罪が成立することには変わりないといえる。なぜならば、従来の判例の理解によれば、「偽造」とは「作成名義を偽ることすなわち文書の名義人でない者が権限がないのに、名義人の氏名を冒用して文

書を作成することをいうのであって、その本質は文書作成者との人格の同一性を偽ることにある」⁽⁵⁸⁾とされているところ、「作成者」の概念について、事実説によるときはもとより、文書の記載をさせた観念・意思の主体とみる観念説(意思説)⁽⁵⁹⁾を採用したとしても、被相続人のように高度の言語ならびに知的障害により文書の意味・内容・効果帰属等を理解しえない者はそもそも観念・意思の主体たりえない以上、その同意は無効というほかないからである。したがって、名義人は被相続人、作成者は相続人となり、作成者と名義人との間で人格の同一性に齟齬が生じている以上、有印私文書偽造罪が成立するというべきである⁽⁶⁰⁾。さらに、従来の判例・学説においては、私文書偽造罪に関して、利用者が、非識字(文盲)により文書の意味を正しく理解できない被利用者の行為を利用した場合もまた、当然に間接正犯として問擬しうるとされている。本事案でもまた、被相続人は、遺言書作成当時、聴覚障害に起因する高度の言語ならびに知的障害により、遺言書の意義・内容・効果帰属等について正しく認識・理解できない状態、すなわち、非識字(文盲)と実質的にはほぼ同様の状態にあったということができよう。

このように、従来の間接正犯をめぐる判例・学説のいずれの理解に徴しても、本事案において相続人が、遺言書作成当時、高度の言語ならびに知的障害の影響により当該遺言書の意味・内容・効果帰属等についてはほぼ理解不可能ないしそれに起因して事実を不知であった被相続人を実質的に自身の道具として利用した行為に有印私文書偽造罪の間接正犯が成立することは明らかである。

8. おわりに

わが国において2014年に「障害者の権利に関する条約」(「障害者権利条約」)が批准・締結されて以降、障害(者)をとりまく法的環境は急速に変化しつつある。刑法の領域とてまた、その例外ではない。現行

刑法典が施行された明治の時代にはほとんど想定されていなかった、あるいは明示的には意識されてこなかった様々な問題がこの先新たに発生する可能性も十分考えうる⁽⁶¹⁾。そしてその問題の1つが、まさしく障害者を利用した間接正犯である。最初に述べたように、従来、障害者は犯罪の「主体」として論じられることが多かったが、むしろ「客体」ないし「被害者」として登場する場合も、けっして稀ではない。本稿で取り上げた事案のように、今後、障害(者)の法的地位に対する理解が深まるにつれて、民事にかぎらず刑事においても事件化するケースも次第に増えてこよう。いずれ来るべきときに備えて、今の段階から刑法における障害(者)の意義について議論を重ねておくことは、刑法学は言うに及ばず、ひいてはわが国の障害法学全体の発展にとっても大きな価値があるものと思われる。本稿が、そのほんの僅かな契機ともなれば幸いである。

- (1) 本稿は、遺言無効確認の訴えをめぐる争われた民事裁判である第1審東京地判平29・9・27および控訴審東京高裁判平30・2・7(以下、まとめて「民事判決」と略。いずれも判例集未掲載)の上告審に向けて意見書として執筆したものに一部加筆・修正を施し、論稿のかたちに構成し直したものである。したがって本稿では、これら「民事判決」で採用された鑑定書の意見や裁判所の認定・理解などを踏まえつつ、具体的な事例の検討を通じて犯罪の成否を論じるというスタイルで叙述してあることを予めお断りしておきたい。なお、本事件については最終的に裁判外において和解が成立したので、意見書原文は証拠として採用されていない。
- (2) 改正刑法草案(昭49年)26条2項は、「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も、正犯とする」として、間接正犯の立法化を試みたが、いまのところ実現に至っていない。なお、ドイツ刑法25条は「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を遂行した者は、正犯として罰する」として、間接正犯

に関する明文規定を設けている(訳は法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』(令3年)による)。

- (3) 例えば、牧野英一『刑法総論下巻』(昭34年)713頁、木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論[増補版]』(昭53年)388頁は、新派主観主義刑法学および共犯独立性説から、また、佐伯千仞『四訂刑法総論』(昭56年)345頁以下、中山研一『刑法総論』(昭57年)474頁以下は、厳格な制限的正犯概念および(極端従属性説から制限従属性説あるいは最小従属性説への)共犯従属性の緩和から、それぞれ間接正犯の概念を否定し、教唆犯等への解消を主張する。
- (4) 例えば、大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第5巻』[第3版](令元年)32頁以下(高窪貞人執筆部分)、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第1巻』(平22年)786頁以下(島田聡一郎執筆部分)、前田雅英＝松本時夫＝池田修＝渡邊一弘＝大谷直人＝河村博編『条解刑法』[第4版](令2年)239頁以下、団藤重光『刑法綱要総論』[第3版](平2年)153頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)』[第4版](平20年)158頁以下、平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(昭50年)358頁以下、大谷実『刑法講義総論』[新版第5版](令元年)140頁以下等。
- (5) 最も初期のものとして、「凡ソ共犯者ノ所為又ハ犯罪行為ニ付其事情ヲ告ケシテ他人ニ或ル行為ヲ為サシメタル場合ハ其共犯者ノ一体又ハ犯罪者ニ於テ其刑責ヲ受クルヘキコトハ当然ナル」と判示した大判明29・9・18がある。
- (6) いわゆる「故意ある幫助的道具」の事例である。判例として、最判昭25・7・6、横浜地川崎支判昭51・11・25等。
- (7) 構成要件の故意の概念を認めない立場においては、責任段階の故意が欠けることとなろう。
- (8) 例えば、甲がAを殺害する意図で、それを知らない乙に対して、目の前の屏風をピストルで撃てと命じ、屏風の裏にいたAを殺害させる場合等が挙げられる。
- (9) 例えば、400万円の返済を免れる意図を持った甲が、その旨を秘して、100万円の返済を免れる意図しか有していない乙に対して、債権者Aを殺害するよう指示する場合や、甲が客体の錯誤に陥っている乙を利用する場合等が挙げられる。
- (10) 例えば、行使の目的を有する甲が、その目的を欠く乙に、通貨の偽造を行わせる等、いわゆる「目的なき故意ある道具」の事例である。

- (11) 例えば、公務員の身分を有する甲が、その身分を有しない乙に、賄賂を受け取らせる等、いわゆる「資格なき故意ある道具」の事例である。
- (12) 緊急避難の性質を責任阻却事由とする立場あるいは法益の権衡を考慮し違法性阻却事由ないし責任阻却事由の2類型に区分する立場からは、構成要件に該当し、違法でもあるが、有責性を欠く者を利用する場合に分類されえよう。
- (13) 責任無能力者を利用する場合、i. 上述した、そもそも行為能力すら欠き行為自体が否定される場合(高度の精神障害者を利用する場合等)、ii. 行為能力はあるが責任無能力の場合(軽ないし中度の精神障害者を利用する場合等)、iii. 行為能力も実質的な責任能力もあるが、政策的に責任無能力者とみなされる場合(例えば12、3歳程度の刑事未成年者を利用する場合)、が考える。この点について、団藤・前掲注(4)274頁脚注(1)、156頁以下参照。
- (14) さらに、利用者が、違法性の錯誤(法律の錯誤・禁止の錯誤)に陥っている被利用者の行為を利用する場合にも、間接正犯を認める見解がある。例えば、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(平14年)287頁。
- (15) 大塚仁『総合判例研究叢書 刑法(21)』(昭38年)7頁。
- (16) 例えば、大場茂馬『刑法総論(下)』(大6年)1016頁等。
- (17) 例えば、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭23年)105頁以下、団藤・前掲注(4)155頁、大塚・前掲注(4)160頁、福田平『全訂刑法総論』[第5版](平23年)252頁、263頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』(昭50年)275頁以下、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(平14年)1336頁、大谷・前掲注(4)141頁、川端博『刑法総論講義』[第3版](平25年)535頁以下、前田雅英『刑法総論講義』[第7版](令元年)89頁等。このうち、団藤・福田、藤木・大谷・前田は実行行為説と行為支配説との結合ないし近似性を示唆するのに対して、大塚・川端・内藤は現実的危険性を強調する。
- (18) 井田良『講義刑法学・総論』[第2版](平30)488頁、橋本正博『刑法総論』(平27年)238頁以下、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論』[第3版](平31年)350頁以下、高橋則夫『刑法総論』[第5版](令4年)436頁以下、松原芳博『刑法総論』(平25年)343頁等。なお、林幹人『刑法総論』[第2版](平20年)413頁は、利用者の被利用者に対する精神的支配関係を重視する。
- (19) 植田重正『共犯の基本問題』(昭27年)81頁、山中敬一『刑法総論』[第3版](平27年)866頁、西原春夫『刑法総論』[改訂準備版(下巻)](平5年)358

- 頁以下、曾根威彦『刑法原論』（平28年）527頁以下、日高義博『刑法総論』（第2版）（令4年）448頁以下等。
- (20) 山口厚『刑法総論』（第3版）（平28年）68頁以下、島田・前掲注（14）391頁等。
- (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〕』（平13年）285頁以下は、①利用者と被利用者の関係、②利用者の側の主観面の状況や客観面の状況、③被利用者の側の主観面の状況や客観面の状況、④当該具体的な利用行為が犯罪の結果を発生させる現実的危険性を孕む構成要件的行為といえるかどうかを、社会一般の立場に立って、総合的に判断すべきとする。
- (22) 大塚・前掲注（4）160頁、島田・前掲注（14）132頁、146頁等。
- (23) 前述した、名古屋高判昭25・3・20等。
- (24) 後述する、大判明43・5・13、大判大5・5・9、大判大14・4・14等多数。
- (25) 大塚・前掲注（15）7頁以下。
- (26) 大塚・前掲注（15）8頁。
- (27) 拙稿「判批」『比較法制研究』43号（令2年）110頁。
- (28) 大塚・前掲注（15）13頁。
- (29) 大塚・前掲注（15）13頁、高窪・前掲注（4）43頁、団藤・前掲注（4）156頁。
- (30) 小野・前掲注（17）106頁、団藤・前掲注（4）157頁、大塚・前掲注（4）160頁等。
- (31) 「愚鈍」について、①では「Kハ全然ノ馬鹿ニアラサルモ人竝ヨリ少シ頭ノ働キカ鈍ク」（Kの妻証言）と、②では「Zカ天性愚昧ニシテ理解力極メテ遅鈍ナル」（原審判示）との記述がある。
- (32) 知的障害をめぐる用語の変遷については、内田扶喜子＝谷村慎介＝原田和明＝水藤昌彦『罪を犯した知的障害のある人の弁護と支援』（平23年）34頁、浅井浩『知的障害と『人権』『福祉』』（平15年）26頁以下参照。
- (33) 新村出編『広辞苑』（第7版）（平30年）844頁以下。
- (34) 小学館『日本国語大辞典第4巻』（第2版）（平13年）952頁。
- (35) 小学館『日本国語大辞典第13巻』（第2版）（平13年）1207頁。
- (36) 松村明編『大辞林』（第4版）（令元年）2940頁。
- (37) 文部省『特殊児童判別基準とその解説』（昭28年）95頁。
- (38) 文部省・前掲注（37）103頁以下。刑法と知的障害（者）との関係について

は、宮本茂雄『精神薄弱と非行』(昭44年)122頁以下参照。

- (39) 大塚・前掲注(15)34頁「……被利用者の愚鈍の程度が高いときは、……是非を弁別しえない者を利用する間接正犯となることがあろう」という場合の「愚鈍」はこの意味合いで用いられているものと考えられる。同趣旨のものとして、高窪・前掲注(4)56頁。なお、大場・前掲注(16)644頁は、白痴・痴愚・魯鈍のすべてを継続的な心神喪失の原因としている。
- (40) 外林大作＝辻正三＝島津一夫＝能見義博編『心理学辞典』(昭46年)282頁。
- (41) 大判昭6・12・3。
- (42) 団藤・前掲注(4)280頁、大塚・前掲注(4)453頁等。
- (43) 団藤・前掲注(4)158頁、大塚・前掲注(4)161頁等。これに対して、植田・前掲注(19)93頁以下は、規範的障害説の立場から、過失行為者は規範的障害たりうるとして、利用者を間接正犯ではなく教唆犯とする。
- (44) 大塚・前掲注(15)21頁、島田・前掲注(14)215頁参照。
- (45) 大塚・前掲注(15)20頁。
- (46) 第三者利用の場合と被害者利用の場合とで間接正犯の成立要件に違いがあるかという点については、目下議論のあるところである。この点については、島田・前掲注(14)261頁以下参照。
- (47) 島田・前掲注(14)256頁以下。
- (48) 林幹人『刑法各論』[第2版](平19年)30頁、前田雅英『刑法各論講義』[第7版](令元年)18頁、山中敬一『刑法各論』[第3版](平27年)29頁等。
- (49) 大塚・前掲注(4)419頁、大谷・前掲注(4)254頁、井田・前掲注(18)353頁等。
- (50) 山口厚『刑法総論』[第2版](平19)159頁(第3版で一部修正)、西田・前掲注(18)206頁、山中・前掲注(19)218頁、川端・前掲注(17)328頁等。
- (51) 井田・前掲注(18)349頁によると、同意能力とは「同意の内容とそれがもたらす結果について理解する能力」をいうとされる。また、山中・前掲注(19)216頁は、「法益侵害の意義や射程、効果に関する『弁識能力』および『判断能力』が必要である」とする。
- (52) 大塚・前掲注(4)419頁、大谷・前掲注(4)254頁、川端・前掲注(17)328頁、山口・前掲注(20)166頁等。
- (53) 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。

- (54) 拙稿「判批」『比較法制研究』44号(令3年)61頁。
- (55) 形式的自手犯とするのは、大塚・前掲注(4)164頁、大谷・前掲注(4)146頁以下等。これに対して、公務員でない者も間接正犯形態において実現しうるとするものとして、川端博『刑法各論講義』[第2版](平22年)553頁以下等。なお、自手犯の概念自体を否定するのは、西田・前掲注(18)80頁、島田・前掲注(14)221頁等。
- (56) 団藤重光『刑法綱要各論』[第3版](平2年)284頁。判例上、私文書偽造罪が自手犯でないとしたものとして、大判大4・8・14。
- (57) 本判決は、知的障害者(愚鈍者)の不知を利用した私文書偽造罪の間接正犯を認めた点に「民事判決」との類似性がみてとれる。
- (58) 最判昭59・2・17。
- (59) 学説上、観念説(意思説)が通説とされている。大塚仁『刑法概説(各論)』[第3版補訂版](平17年)441頁以下、川端・前掲注(52)532頁。大谷実『刑法講義各論』[新版第5版補訂版](令元年)456頁、井田良『講義刑法学・各論』[第2版](令2年)470頁以下、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論』[第7版](平30年)380頁等。これに対して、事実説を基本的に支持するのは、山中・前掲注(48)603頁以下。
- (60) このように理解からは、あえて間接正犯とするまでもなく、直接正犯として構成しえよう。
- (61) そのような問題意識のもとで執筆したのが、拙稿「コロナ禍におけるトリアージと障害者の保護」『障害法』6号(令4年)155頁以下である。