

「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——

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 本決定の事案と要旨
 - (1) 本決定の事案
 - (2) 本決定の要旨
- 3 「救助的因果経過の阻止」の行為形態
 - (1) 「作為」と「不作為」の区別
 - (2) 「直接正犯」と「間接正犯」の区別
 - (3) 「不作為犯に対する教唆」その他との区別
- 4 阻止者と阻止される者との共同正犯
 - (1) 不保護の故意
 - (2) 保護責任者と阻止者との共同正犯
- 5 むすびに代えて

1 問題の所在

他人の救助行為を阻止して有害な結果を発生させた場合、この妨害行為は結果発生に対して作為となるのか不作為となるのかという問題が、「救助的因果経過の阻止」または「作為による不作為」というタイトルで議論されている。この問題を最高裁レベルでほとんど初めて扱った裁判例が、昨年公開された。最二決令和2・8・24裁判所ウェブサイト<LEX/DB25571011>であ

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

る(以下、「本決定」と呼ぶ)。

加えて、本決定は、被告人が救助行為をすべき作為義務者を心理的に拘束し、これに逆らえない心理状態にして結果を発生させたことをして、その理由中に「道具として利用する」という言葉を用いることで、「間接正犯」を彷彿させる理論構成をみせている。ここでは、そもそもこのような場合を「間接正犯」と呼ぶべきかという問題も浮上する。

さらに、本決定は、心理的には完全には拘束されていなかったもう一人の作為義務者との関係で、保護責任者(不保護)致死罪を限度とする共謀共同正犯の成立も示唆している。それにより、阻止行為をした者と救助を妨害された作為義務者との間に共同正犯が成立し得るのかという問題も浮上する。

そこで、以下では、本決定の事案と理論構成を分析しつつ、これら3つの問題を検討しようと思う。

2 本決定の事案と要旨

(1) 本決定の事案

本決定が引用する本件の第1審判決¹⁾および原判決²⁾の認定ならびに記録によれば、本件の経緯は、次のとおりとされている。

(1) 被害者A(2007年生)は、2014年11月中旬頃、1型糖尿病³⁾と診断され、

1) 宇都宮地判平成29・3・24裁判所ウェブサイト<LEX/DB25448610>。

2) 東京高判平成30・4・26裁判所ウェブサイト<LEX/DB25449488>。

3) 1型糖尿病とは、主に自己免疫によって起きる病であり、自己の体内にあるリンパ球が自己の膵臓にある膵島β細胞の大部分を破壊することにより発病するものである。膵臓移植や膵島移植を受けるか、血糖測定をしながら、生涯にわたって毎日数回のインスリン自己注射またはインスリンポンプと呼ばれる医療機器による注入を続ける以外に治療法はないとされている。発症した後、一時的に残っている自分のインスリンの効果により病状が改善する時期(ハネムーン期)がある患者もいるが、その後は再びインスリン治療が必要となる。国立国際医療研究センター糖尿病情報センターホームページ2021年1月13日参照(<http://dmic.ncgm.go.jp/general/about-dm/050/010/01.html>)。

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（DKA）⁴⁾を併発し、やがて死に至るものである。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とされている。

(2) 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ぼうしていた被告人にA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、Aを完治させられる旨断言し、2014年12月末頃、両親との間で、Aの治療契約を締結した。被告人は、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。被告人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、被告人を信頼し、その指示に従うようになった。被告人は、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。

(3) 被告人は、2015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、

4) インスリンの絶対的欠乏によってもたらされる急性代謝性合併症で、高血糖、高ケトン血症、および代謝性アシドーシスを特徴とする。高血糖は浸透圧利尿を引き起こし、体液と電解質の著明な減少をもたらす。DKAは主に1型糖尿病（DM）で生じる。悪心、嘔吐、および腹痛を引き起こし、脳浮腫、昏睡、および死亡に進展する恐れがある。MSD マニュアル・プロフェッショナル版2021年1月13日参照（<https://www.msmanuals.com/ja-jp/>）。

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、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Aは助からない旨繰り返し述べたなどした。このような被告人の働きかけを受け、Bは、Aの生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、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考え、被告人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、2014年4月6日、被告人に対し、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。

(4) その後、A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、Bは、A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。2014年4月26日、Aは、自力で動くこともままならない状態に陥り、被告人は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、被告人の治療により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、Aを病院に連れて行こうとはしなかった。

(5) 2014年4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。

(2) 本決定の要旨

本件につき、本決定は、次のように述べて、被告人に殺人罪の成立を認めた第1審判決および原判決を是認した。

すなわち、「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型糖尿病に患っ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り、「母親は、……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。」（下線筆者）

3 「救助的因果経過の阻止」の行為形態

(1) 「作為」と「不作為」の区別

まず、本件のような「救助的因果経過の阻止」は作為（犯）か不作為（犯）かという問題を扱おう。というのも、本決定および原判決に関する評釈の中に、本件における被告人の「行為」を純粹に不作為だとしたものは、今とのところ見当たらないが、一方では、これを作為でも不作為でもない「第三行為類型」に分類するものがあり⁵⁾、他方では、作為とするも

5) 原判決の評釈である稲垣悠一「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——」専修大学法学研究所紀要44号（2019年）83頁以下。↗

のがあるからである⁶⁾。

この点に関しては、同じように迷信的治療が問題となった「シャクティパット事件」(最決平成17・7・4刑集59巻6号403頁)との異同を意識すべきであろう。この事件の被告人は、被害者の治療が自己の手に負えないことを意識しながら痰吸引のために被害者を病院に戻すことを怠ったという不作為の責任を問われたが、本件の被告人は、まさに、「インスリンの投与を阻止してはいけない」という禁止規範に違反した作為の責任を問われているからである。ここでは、作為と不作為の区別は、「作為がなければ当該結果発生はなかった」という現実的条件関係があるか、それとも、「作為があれば当該結果発生はなかった」という仮定的条件関係があるかに拠るべきであると思われる⁷⁾。

この点では、本件は、業務上過失致死罪に関するものであるが、自らの誤った療養指示のゆえに被害者が医師の診察治療を受けることを妨げられた「柔道整復師事件」(最決昭和63・5・11刑集42巻5号807頁⁸⁾)に類似した

↘そこでは、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』(成文堂、1994年)630頁が参照されている。もっとも、ドイツで提唱されたこの「第三行為類型」説は、これを不作為犯とする見解と同じく、もともと、末期患者の人工呼吸器などの延命措置中止について、作為とすると、延命義務の有無にかかわらず殺人となってしまうという懸念から生まれたものであった。しかし、今日では、作為であろうと延命義務自体がないのであれば、治療中止は適法であるとする見解が通説化しており、そのため、「第三行為類型」説も不作為説も衰退している。Vgl. *Schönke/Schröder/Bosch*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2018, S. 205f.

6) 本決定の評釈である前田雅英「判批」WLJ判例コラム特報第211号(2020年)4頁は、「本件は、被害者の両親に命じ被害者に対しインスリンを投与させないことによって殺害した作為犯なのである。」と述べている。平山幹子「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No. 157(2020年)3頁も、被告人は「インスリンの投与を阻止してはいけない」という禁止規範に違反した作為犯であると解している。

7) これは、ドイツ刑法では、アルミン・カウフマン以来の通説的見解である。Vgl. A. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., 1988, S. 195ff., Schönke/Schröder/Bosch, a.a.O., S. 205.

8) この事件では、県知事から柔道整復師の免許を受けた被告人が、風邪の症状を訴えるAに対し、布団蒸しにして体温を上げる愉氣と称する温熱法等による解熱のための治療行為を行い、医師の診察治療を受けるよう勧めることなくその容態を悪化させ、Aを死亡させたことが、「罪となるべき事実」とされている。

構造を持っていると考えた方がよいであろう⁹⁾。

もっとも、本件では、被告人は「2014年12月末頃、両親との間で、Aの治療契約を締結した。」という認定事実、および、末尾にある「被害者の生命維持に必要なインスリンを投与せず」という本決定の表記が問題となる。この「Aの治療契約を締結した」ことが、被告人自身がAを救命するためにインスリン投与までも引き受けたという意味であれば、被告人には自らがAにインスリンを投与すべき作為義務があったことになり、ゆえに、母親Bのインスリン投与を阻止したことではなくて、自らがインスリンを投与しなかったことについて、不作為の責任を問われるべきだからである。

しかし、この構成は疑わしい。というのも、本決定によれば、「被告人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」とされているからである。これによれば、被告人が依頼された「治療」は「Aの状態を透視し、遠隔操作をする」などという内容のものであって、自らインスリンを投与することは含まれていなかったと考えられる¹⁰⁾。この点では、本決定の「被害者の生命維持に必要なインスリンを投与せず」という説明は不適切であって、正確には、「被害者の生命維持に必要なインスリンを投与させず」に統一して記すべきであった¹¹⁾。

(2) 「直接正犯」と「間接正犯」の区別

次いで、本件における被告人の妨害行為を、Bを道具とする殺人罪の「間接正犯」と考えるべきかどうか問題となる。というのも、前述の「柔道整復師事件」に関する最高裁決定（最決昭和63・5・11刑集42巻5号807頁）では、「被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひ

9) 同旨、平山・前掲注6)3頁。

10) もっとも、後述するように、65条に言及せずに保護責任者遺棄致死罪の限度で被告人を父親との共同正犯とする限りでは、被告人に父親と同じ保護責任を認めることが前提となる。

11) 現に本件第1審の「罪となるべき事実」は、「両親をして、……インスリンを投与させず」と記されている。

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ものであるから、医師の診察治療を受けることなく被告人だけに依存した被害者側にも落度があったことは否定できないとしても、被告人の行為と被害者の死亡との間には因果関係があるというべき」だとされているからである。ここでは、「被害者側の落度」は指摘されているが、問題は専ら因果関係にあるとされ、被告人の治療方針を信じていた被害者を利用した「間接正犯」という構成は、その評釈類¹²⁾も含めて、考えられていない。そもそも、この事件では、被害者は「間接正犯」にいう「道具」であるとは認定されていないからである。

そこで、特に本件のように直接行為者が不作為にとどまる場合、「間接正犯」を認めることには問題があると考えられる。というのも、「間接正犯」が認められる講壇事例および事件は、直接行為者が作為である場合に限られているからである¹³⁾。つまり、「間接正犯」となる背後者は、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。言い換えれば、直接行為者の作為は、直接正犯であれば背後者がなしていたはずの作為なのである。

これに対して直接行為者が不作為にとどまる場合に背後者が「間接正犯」となるためには、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はなければならない。言い換えれば、直接行為者の不作為は、直接正犯であれば背後者がなしていたはずの不作為なのである。ここでは、背後者に作為義務があることが前提となる。しかし、そうなると、背後者自身の作為義務違反により直接正犯が成立してしまうので、間接正犯の余地はなくなる。

12) 永井敏雄「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和63年度』(1991年)256頁、内田文昭「判批」『昭和63年度重要判例解説』(有斐閣、1989年)141頁、林陽一「時の判例」法学教室97号(1988年)84頁等。

13) 殺人罪の実行に第三者の作為を利用した間接正犯を認めた裁判例として、大判大正7・11・16刑録24輯1352頁(未遂)、福岡地小倉支判平成17・9・28裁判所ウェブサイト<LEX/DB28135332>。

しかし、本件では、前述のように、被告人自身にAにインスリンを投与する義務があったとは思われない。そもそも、作為義務者の作為を妨害するためには作為義務は不要である。

もっとも、義務を怠るよう作為義務者を説得することは、その説得に依じて不作為を決め込むかどうかの判断の自由が作為義務者に残されている場合には、不作為犯に対する教唆と考えるべきであろう。しかし、本件のBのように、作為義務者に背後者の指示に逆らう自由がなかったり、あるいは本件のCのように、作為義務者に当該犯罪（殺人罪）の故意がなかったりした場合には、殺人罪に関して教唆等の共犯が成立する余地はない。しかも、背後者に自ら作為すべき義務がないのであれば、背後者を不作為犯の「間接正犯」とすることはできない¹⁴⁾。

しかし、背後者の作為それ自身が「被害者の病状を悪化させ、ひ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ように思われる¹⁵⁾。作為義務者を失神させたり殺害したり

14) 意思決定を経ない不作為を惹起して救助的因果経過を妨害することは、自然の救助的因果経過を妨害することと同じである。

15) 原判決および本決定に対する評釈は、そのほとんどが、本件を「間接正犯」の事例として捉えることに疑いを抱いていない。原判決に関する安田拓人「判批」法学教室455号（2018年）144頁、豊田兼彦「判批」『平成30年度重要判例解説』（有斐閣、1989年）149頁、稲垣・前掲注5）66頁、本決定に関する前田・前掲注6）5頁、十河太朗「判批」法学教室484号（2021年）130頁、林幹人「判批」法学教室485号（2021年）68頁等。わずかに平山・前掲注6）3頁が、被告人を「不作為を利用した間接正犯とする余地はない。」と述べるのみである。なお、前田・前掲注6）5頁は、「インシュリンを管理し投与しなかったのは、母親なのである。」として、被告人が「自己の犯罪実現のための道具として利用した」という「コントロールド・デリバリー事件」最高裁決定（最決平成9・10・30刑集51巻9号816頁）を挙げる。しかし、この事件では直接行為者は作為であり、また、前田自身が「必ずしも、道具となる者の意思を抑圧しなくても、直接正犯と同視しうる結果発生危険性を有する行為を行い、主観的に正犯者意思が認定できれば足りる」（下線筆者）と述べるなど、「道具」性にこだわらない構成を示唆している。なお、「間接正犯」の場合、結果発生直接的危険を持った行為は直接行為者が行うのであって、背後者の作為が「直接正犯と同視しうる結果発生危険性を有する」のであれば、それはもはや直接正犯である。

して救助を阻止した場合を考えればわかるように、これは「道具」を介した犯罪実現ではなく、救助用「道具」の破壊だからである。つまり、阻止行為自体に結果発生の「殺人に至る客観的な危険が明らかに認められる¹⁶⁾」なら、それは直接正犯なのである。

なお、この点に関しては、ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) の2005年7月12日の判決 (BGH NStZ-RR 2006, 174) が参考になろう。事案は、ネグレクトのゆえに親権を制限された被告人らが、数年にわたり青少年局の管理から子供を遠ざけ、家族を外界から完全に隔離し、当局による健康診断と治療を偽計によって妨害することにより、子供の健康に深刻な損害を与えたというものである。BGH は、これにつき作為による意図的な重傷害 (ドイツ刑法226条2項) が成立する可能性があるとして、これを認めなかった原判決を破棄している。その際、強制的に健康診断と治療をする権限と義務のある青少年局を利用した「間接正犯」という構成は採られていない。

(3) 「不作為犯に対する教唆」その他との区別

本件では、完全に被告人の指示に拘束されていなかった父親Cとの関係では、殺人罪と競合する形で、保護責任者 (不保護) 致死罪の教唆犯ないし、現に本決定が示唆するような共謀共同正犯の成立が考えられる。しかし、同一の被侵害法益との関係では、犯情の重い殺人の「(単独) 正犯」優先の原則が妥当すると考えるべきであろう¹⁷⁾。

本件のBとCは、インスリン投与を再開していたのに、心理的拘束力の強い被告人の指示によって、中断させられている。したがって、被告人の

16) 最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁 (「クロロホルム殺人事件」)。

17) 自己の刑事事件に関する証拠隠滅が構成要件に該当しない証拠隠滅罪 (104条) に関しては、自己の刑事事件に関する証拠隠滅を他人に指示する者は共同正犯にもなり得ない。したがって、この場合には、教唆と心理的幫助の区別が問題となる。これに関しては、「K-1事件」最高裁決定 (最決平成18・11・21刑集60巻9号770頁) が、「本件において、Aは、被告人の意向にかかわらず本件犯罪を遂行するまでの意思を形成していたわけではない」ことを強調して、教唆犯の成立を認めている。

指示自体の危険性が「正犯性」を根拠づけているものと思われる。この点は、第1審判決が「妻から、もう一度信じて被告人の指示する治療に従って息子の1型糖尿病を治したい等と強く言われ、その一途な思いに負け、被告人の治療には半信半疑の状態ではあったが、再びインスリンの不投与を決断した」と評したCに関しても、同じであると考えられる。

4 阻止者と阻止される者との共同正犯

(1) 不保護の故意

最後に、本決定が、「不保護の故意のある父親と共謀の上」と述べて、被告人とCとの間に保護責任者（不保護）致死罪の共謀共同正犯を示唆していることが問題となる。ただ、その前提問題として、同罪の故意がCに認められるかどうかを検討しておくべきである。

なぜなら、「先天性ミオパチー事件」最高裁判決（最判平成30・3・19刑集72巻1号1頁）は、「同条（刑法218条——筆者注）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。」と述べ、「本件では、本件保護行為を行っていなかったという実行行為に係る故意の問題として、Aが生存に必要な保護として本件保護行為を必要とする状態にあることを被告人が認識していたか否かが検討されるべき」（下線筆者）であると判示したからである。これは、本罪の故意に、「怠っているのは被害者の生存に必要な措置である。」という認識を要求したものである。

ところで、本件において原判決が是認する第1審判決は、「Cは、インスリンの不投与が、Aが障害者となってしまうような重篤な事態に陥る危険性があるとの認識は有していたものの、Aが死亡する危険性があるとまでの認識を有していたとは認めがたい。」（下線筆者）と述べている。これを文字通りに解すれば、Cには、怠られたインスリンの投与がAの

「生存に必要な措置である。」という認識はなかったということになる。

したがって、本決定が「不保護の故意のある父親と共謀」を認めたのは、従前の判例ないしその解釈に反するものとなる。この部分は被告人に殺人罪が成立することを否定するものではないが、法の解釈と適用としては、再検討が必要であろう¹⁸⁾。

(2) 保護責任者と阻止者との共同正犯

さらに問題となるのは、保護責任者遺棄致死罪のうちの不保護が、真正不作為犯であるばかりでなく、身分犯(それも真正身分犯)でもあるということである。したがって、被告人にAの保護義務者という身分がないのであれば、身分者との共同正犯を論じるためには刑法65条に言及する必要がある¹⁹⁾。

この点につき、たしかに本決定は、BとCが「被告人にAの治療を依頼した」と述べている。しかし、これは、前述のように、「被告人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」にすぎず、被告人自身にインスリン投与を依頼したという趣旨ではない。したがって、被告人自身をAの保護義務者と認めることはできないといわなければならない。

また、被告人の行為は「インスリンの不投与」ではなく、「BとCがなすべきインスリン投与の阻止」である。「阻止」が「阻止される者」との間で共謀された、あるいは「共同して実行」されたという評価は、いかにも不自然である。

ここには、身分犯の共犯を超えて、作為義務のない阻止者と作為義務のある阻止される者との間に「共同して犯罪を実行」(刑法60条)することが

18) 平山・前掲注6)4頁は、この問題も指摘している。

19) 稲垣・前掲注5)79頁および一部の見解は、非身分者も身分犯の「間接正犯」になり得ると解している。しかし、単独の「間接正犯」は単独犯であり、当該犯罪の正犯要素はその一身に備えていることが必要である。したがって、背後者に身分がなければ、身分犯の構成要件は実現できない。

可能なのかという、より根本的な問題がある²⁰⁾。これについては、「作為義務に違反して結果発生を防止しない」ことで結果を発生するに任せたと
いう「共同して犯罪を実行した」に該当する事実が、作為義務のない阻止
者と作為義務のある阻止される者との間には存在しないと考えるしかない。
なぜなら、阻止者に作為義務がない場合には、「作為義務に違反して
結果発生を防止しない」ことは共同できないからである²¹⁾。ゆえに、この
場合には、阻止者は、不作為犯に対する狭義の共犯または作為の（直接）
正犯のいずれかにしかなり得ない。

この理は、真正不作為犯である保護責任者不保護致死罪にも妥当する。
ここでも、「保護義務者とその生存に必要な保護をしなかった」（刑法218
条）という犯罪を、保護義務のない阻止者が保護義務者と共同して実行す
ることはできない。

もっとも、この点もまた、被告人に殺人罪が成立することを否定するも
のではない。さらに、そもそもCは起訴されていないのであるから、本決
定がCとの共謀に言及する必要はなかったと思われる²²⁾。これが争点化さ
れたのは、第1審以来の「間接正犯」の成否に拘泥した理論構成にあるよ
うに思われる²³⁾。

20) 不真正不作為犯は、結果不発生を保障すべき保障人的地位にある者を主体とするので、
一部には、これを一種の身分犯と考える見解もある。例えば、大谷實『刑法講義総論〔新
版第5版〕』（成文堂、2019年）131頁以下は、不真正身分犯を構成的身分犯と解する。し
かし、わが国では、作為義務発生を条件を充たせば誰でもその主体になり得ることを理由
に、これを非身分犯と考える見解が多数である。また、不真正不作為犯に対する作為義務
のない者による共犯に65条を適用した裁判例も見当たらない。

21) これに対して、共に作為義務を負う者のうちの一方が、自ら義務を果たさなだけでな
く、他方の義務履行をも、その意思を抑圧するに至らない程度の圧力を加えて阻止した場
合には、阻止行為は義務に反する結果不防止の一態様と考えることができる。ゆえに、こ
の場合には、共同正犯は可能である。

22) この点は、「シャクティパット事件」最高裁決定（最決平成17・7・4刑集59巻6号403
頁）にも当てはまる。

23) 前述のように、前田・前掲注6）5頁は「必ずしも、道具となる者の意思を抑圧しなく
ても」と述べ、また、稲垣・前掲注5）84頁も「介在者の意思の支配」については「背

5 むすびに代えて

本決定は、一見すると、被告人の指示に盲従していたBを利用した殺人罪の「間接正犯」を認めた裁判例のように思われる。しかも、一部には、本件は作為でも不作為でもない「第三行為類型」による殺人罪を認めたもののように解するものもある。

しかし、以上の検討から明らかなように、「救助的因果経過の阻止」は作為である。したがって、本件において被告人に認められたのは、殺人の作為犯である。また、「救助的因果経過の阻止」は、人間の作為であろうと自然経過であろうと、ともかくそれによる救助を阻止して結果を発生させることに重点がある。したがって、不作為者の自由な意思に働きかけて作為を怠らせる「不作為に対する教唆」のような事例を除き、阻止行為自体に結果発生の「殺人に至る客観的な危険が明らかに認められる」なら、それは殺人の直接正犯と解するべきであろう。

また、不保護による保護責任者遺棄致死罪の故意には、「怠っているのは被害者の生存に必要な措置である。」という認識が必要なのはである。また、身分犯である同罪との共同正犯を認めるのであれば、少なくとも、65条への言及が必要であるし、そもそも、阻止者と阻止される者との間に共同正犯が成立しうるかどうかは疑わしい。しかし、本件では、保護責任者遺棄致死罪の共同正犯の成否は、被告人に殺人罪が成立するという結論を左右するものではないので、本来、言及は不要であったと思われる。

付言すれば、本件については、Aが死亡すればインスリン投与を阻止した自己の責任問題が発生する可能性のあった被告人が、どうして、未必とはいえ、A殺害の故意を持つに至ったのかという問題がある。これに関

↘後者に間接正犯性が付与される程度のもを常に要求する必要はない」と述べている。被告人の殺人罪に関して「間接正犯」の成否に拘泥する必要がないことは、すでに暗示されていたのである。

し、第1審判決が認定し原判決が是認した事実によれば、被告人は「治療開始前に、既に数百万円に上る金銭をBらから得ている」ようである。

ここには、「シャクティバット事件」と同じく、自らの非科学的な治療に疑問を挟ませることなく金銭を得るという主たる動機・目的のゆえに、被害者の死亡の危険を意に介さないという「無関心」があったように思われる。この心理構造は、自己の目的追求のために、それに付随する構成要件該当結果の危険性を意識しつつ、それに十分な関心を払わずに行為に出るという典型的な「未必の故意」のそれである。第1審判決および原判決は、このような意味で、被告人に殺人罪の未必の故意を認めたものと思われる。