

〈判例研究〉

刑事未成年者との共同正犯

(最決平成13年10月25日・刑集第55巻第6号519頁)

東 公 明

【判示事項】

刑事未成年者に指示命令して強盗を実行させた者につき強盗の共同正犯が成立するとされた事例

【事実の概要】

原審及びその是認する第一審の認定した事実関係は次の通りである。

スナックのホステスであった被告人は、生活費に窮したため、同スナックの経営者C子から金品を強取しようとして、自宅にいた長男B（当時12歳10ヶ月、中学1年生）に対し、「ママのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見せない。」などと申し向け、覆面をしエアガン突きつけて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示命令した。

長男Bは嫌がっていたが、被告人は、「大丈夫。おまえは、体も大きいから子供に見えないよ。」などと言って説得し、犯行に使用するため予め用意した覆面用のビニール袋、エアガン等を交付した。

これを承諾したBは、上記エアガン等を携えて一人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入り口のシャッターを下ろしたり、「トイレに入れ。殺さないから入れ。」などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその犯行を抑圧し、同女所有に係る現金約401,000円及びショルダーバック一個等を強取した。被告人は、自宅に戻ってきたBからそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した。

第一審、第二審ともに、長男Bを実行犯とし、被告人に強盗罪（236条1項）の共同正犯の成立を認めた。

被告人・弁護人は、第一審、第二審を通じて、本件は被告人の単独犯行であり、長男Bは無関係であると主張したが、認められず上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

職権で以下の如く判断した。「本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のものではなく、B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ことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」

【評釈】

1. はじめに

本決定は、刑事未成年者が犯罪を行ったときに、背後にいた者に、間接正犯を認めずに、共同正犯の成立を認めた初めての最高裁の判例である。

刑事未成年者の背後にいた者に、従来、判例は、間接正犯を認めてきた。しかし、従来判例は詳細な理由を付さずに間接正犯の成立をも認めてきたのに対し、近時の判例は、詳細に理由を述べるようになってきているなど変化が見られる。本決定は、そのような理由や根拠に留まっていた変化が、結論に現れたものである。ただし、事例としては、今までと、かなり異なる面も存すると思われる。本決定は、何故に、間接正犯の成立を否定したのかを第一に検討することとする。

正犯のひとつである間接正犯が本決定では否定されたので、次に、共犯の成立を検討する。犯罪の外形である行為を行った者に、犯罪構成の要素が欠落し

ている場合に、その背後の者に、共犯が成立するか否かを、従属性の程度と言う問題で、今まで考察してきた。そのときに、従来の判例は、行為者に有責性まで必要とする極端従属性説に立っていたが、現在、違法性の要件までで、共犯の成立を肯定しようという制限従属性説に移行したのではないかと言われてきている。本決定は、最高裁が従来の考えを明確に変更したものと考えられることが出来るのであろうか。この点について考察を加えることとする。

被告人は、刑事未成年者である子に、犯罪遂行の決意をさせたのであり、教唆犯の典型的な事例とも考えられるが、本決定は、教唆犯ではなく、共同正犯の成立を認めている。判例は、共謀共同正犯を共同正犯のひとつとして認めているので、その様な結論も肯定しようるのであるが、共同正犯と教唆犯との区別という問題が生じることとなる。最後に、正犯と共犯の区別について、検討を加える。

2. 間接正犯の成立について

間接正犯は、他人を道具として利用することによって、犯罪を実現する場合と定義されることが通常であり、判例も、「責任無能力者若ハ犯意ナキ者又ハ意思ノ抑圧セラレタル者ノ行為ヲ利用シテ或ハ犯罪ノ特別構成要件タル事実ヲ実現セシムル場合」と判示している¹⁾。つまり、責任能力や故意が存しないことから道徳的障壁というものがなく、道具と同視されるわけである。よって、本件のような刑事未成年者を用いた場合に、即座に、間接正犯の成立を認めるとするのは、厳格な間接正犯の定義からすると議論のあるところである²⁾。

このように議論のある刑事未成年者を用いた間接正犯を判例が、詳細な理由を示さずに、認めてきたのは、共犯の従属性の程度について極端従属性説を採用してきたためであると説明されてきている。つまり、極端従属性説を採ると、有責性の要件を欠く者を利用した者には共犯が成立せず、不可罰ということとなるが、それは法感情の面で許されないため、その弥縫策として間接正犯が用いられてきたというわけである。旧法時代から、戦後の昭和20年代までの判例は、たしかに、あまり積極的な理由を示さずに、間接正犯を認める傾向があり、そのように解釈されるのも十分に根拠のあるところである³⁾。しかし、その後の昭和40年代以降現在に至る判例は、利用された者が、刑事未成年者であ

るということのみで、間接正犯を認めることをせず、被利用者の意思が抑制されているなどの事由を取り上げ、比較的詳細に根拠を示している⁴⁾。本件は、間接正犯を認めたものではないが、刑事未成年者を用いた間接正犯の一連の判例の中で理解されるものであり、後者の判例のひとつとして位置付けられるものである⁵⁾。

さて、前掲の判例の間接正犯の分類によれば、間接正犯は、被利用者に責任能力のない場合、故意の存しない場合、意思を抑圧された場合に分類される。刑事未成年者を用いた間接正犯の事例は、かつての判例の文言からすると責任能力のない場合のひとつとされていたようであるが、近時の判例の文言をみると、意思抑圧された場合に、移行されたとみることが出来る。責任能力のない場合の間接正犯であれば、被利用者が14歳未満である刑事未成年者という形式的な根拠で充分であったが、意思抑圧されているか否かは実質的な事情を考察する必要を生む。詳細な理由を付すことは必然的なこととも言える。

意思抑圧という語を厳格に解せば、完全に自由意思を奪い、一挙手一投足に至るまで支配しているようであるが、本件のような刑事未成年者の場合には、そこまでは要求せず、日頃の言動から、拒絶することの困難なときに意思抑圧という語を用いている。そこで、「意思抑圧型」間接正犯という語を用いることとしよう。

「意思抑圧型」間接正犯を認めるに際し、判例の検討している事情は、利用者側の事情、被利用者側の事情、利用者与被利用者間の事情に分けることが出来る⁶⁾。まず、近時の判例における、利用者側の事情について具体的にみる。利用者は、犯罪を行わせるために、日頃から殴打や足蹴、タバコの火やドライバーを顔に押しつけるなどの行為を加えている⁷⁾。また、被利用者が命令された行為を為しているときに、その近くにおいて、監視して、被利用者が止めることを困難にもしている。刑事未成年者側について、具体的に見てみると、年齢という形式的なところのみではなく、その者の有する是非弁別能力、それにしたがって自己の行動を統御する能力、意思抑圧の程度などを考察している⁸⁾。利用者与被利用者との関係をみると、多くは、小学生に該当する年齢の者と成人の男性であり、暴力や、それに至らない威嚇を用いることによって、言うことを聞かせることは、充分可能であろう⁹⁾。また、利用者与被利用者との関係が、犯行現場

で、たまたま出会った、偶発的な関係であれば、利用者の言うことを聞かないという自由も認めやすいであろう。逆に、親子のように、利用者に刑事未成年者の保護が任せられているような場合には、利用者の言うことを被利用者が聞かないということは困難なことになるであろう¹⁰⁾。また、関係が緊密であればあるほど、当然、意思疎通は行われやすくなるのであり、詳細な指示・命令なしに、犯罪を行わせることは可能であろう。以上の要件や行われた犯罪が複雑なものであるか単純なものであるか等を総合的に考察して判断をしていると考えられる。

総合的に、近時の判例を見てみることにしよう。名古屋高判昭和49年11月20日(注4)の⑥の判例)の場合には、被利用者は10歳であり、盗みについての罪悪感や是非弁別能力を一応肯定したが、日頃から、金品を被利用者が窃盗してこないときには、殴打等が加えられていた事実が認められ、被告人に窃盗の間接正犯が認められた。また、利用者と被利用者とは親子関係である。

最決昭和58年9月21日(注4)の⑦の判例)の場合には、被利用者は12歳であり、是非弁別の判断能力を有するとしても、日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているとして、被告人に間接正犯を認めた。利用者と被利用者は、養父と養女の関係であり、住居を離れ、二人は四国八十八ヶ所巡りの旅の途中であった。被利用者の母親は、被告人の暴力に堪えかね、婚姻後、1年5月余りで家を出てしまったことや、実子を使って車に当たらせて金員を騙取するという詐欺罪によりかつて懲役4年に処せられていることも重要な要素であったと思われる。この事例は、被利用者の是非弁別能力についてはあまり欠けるところを見出してはおらず、利用者側の事情および旅先で他に頼るものがないことなどを重視したと思われる¹¹⁾。

大阪高判平成7年11月9日(注4)の⑧の判例)の場合には、被利用者は10歳であり、事理弁識能力が充分ではないとし、日頃から怖いという印象を抱いていた被告人から睨みつけられて、その命令に逆らえなかったとして、被告人に窃盗の間接正犯を認めた。この事例においては、前二者に比べ、被利用者に従わせるための、暴力はなく、関係性も公園で遊ぶというような希薄なものである。そこで、間接正犯の成立を認めるためには、それらを補う点が必要であると思われる。二点考えられ、一には、被利用者の是非弁別能力が充分ではな

かった点であり、さらに、二には目前のものを拾わせるという単純な犯罪を機械的な動作によって行わせた点である。利用者側の事情、被利用者側の事情、両者の関係、犯罪の性質等を総合的に考察して、間接正犯の成立を認めたといえよう。ただし、それにしても、前二者の判例に比べて、間接正犯の成立の範囲を広げたことは否定できないであろう。¹²⁾

そこで、本件について考察してみると、利用者側の事情について、詳細は不明だが、体力的には、母親の方が息子を凌駕しているとは、思われず、暴力を頻繁に用いたような事実は述べられていない。刑事未成年者の側についてみると、刑事未成年者は強盗の方法において自己で付加しているものであり、是非弁別能力についてのみではなく、その意思に従って自己の行為を統御する能力も、十分に存し、かつ発揮されている。また、今までの判例で、被利用者の行った行為は、比較的機械的で単純な動作が多かったが、本件はそのようにも言えないであろう。¹³⁾ 犯罪が、母親の手を離れて、子のもとに移ったと認めることが出来よう。以上のことからすれば、間接正犯を認めなかったという判断は妥当なところであろう。

本決定は、刑事未成年者の背後にいる者に共同正犯を認めたが、本決定の趣旨を敷衍すれば、刑事責任年齢に達している者においても、「意思抑圧」されている者には間接正犯が成立することとなるのではなかろうか。たしかに14歳未満とそれ以上で、精神能力が全く異なることとはならないであろう。そのときには、刑事未成年者とどの程度異なった判断をするのであろうか。いわゆる意思抑圧型と、完全な意思抑圧型間接正犯との差異を綿密に考察する必要がある。¹⁴⁾

刑事未成年者の意思を抑圧していたとは言えない本件の場合には、共犯の成立が問題となる。¹⁵⁾

3. 共犯の従属性の程度（要素従属性）について

共犯の従属性の程度について、最小限従属性説（形式または形態、以下同じ）、制限従属性説、極端従属性説、最極端従属性説等の見解がある。従来の通説は、極端従属性説といわれていたが、現在では、制限従属性説が通説であるといわれている。¹⁶⁾ 判例もかつては、極端従属性説に近い態度を採っていたが、現在は、

制限従属性説に好意的であるといわれている。

判例が、極端従属性説一辺倒から離れ、制限従属性説にも一定の理解を示していることは否定できない傾向といえよう。たとえば、前掲の最決昭和58年9月21日の場合を見てみると、被利用者が日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されていることを検討するのは、極端従属性説においては不要なのであるから、極端従属性説から制限従属性説へ移行しているとみることが出来る。さらに、本決定において、制限従属性説を採るようになったと確定的に述べることは出来るであろうか。共犯の従属性の論議は、狭義の共犯を、まずは、前提としてきているのであるということからすれば、共同正犯は正犯の一つであり、共犯の従属性の問題の範囲外である¹⁷⁾と考えることも出来るのではなかろうか。このような考えについては、無用なことと考える見解もあろうが、共犯の従属性の問題を共犯の処罰根拠論と結び付けて考えるときには、そのような疑問も生じることとなる。共同正犯も他者の行為を利用して、犯罪を行っているのであるから、共犯の従属性の範囲に入ると考えることも出来ようが、より厳密に考えれば、それは、共同正犯の成立要件の問題なのである。本決定をもって、制限従属性説を採ったという見解には疑問を付しておく。

そこで、共同正犯の主観的要件について考察することとする。判例は、有責任のない者との間に共同正犯が成立するか否かについて、どのように考えているかをみてみたい。

共同正犯の成立には責任能力の要件は不要であると、述べた判例（大判大正2年11月7日刑録19輯26巻1140頁）がある。この判例は、共謀者を明示していないので、その者が責任能力者か否かが不明なので破棄を免れないという上告趣意書に対して、反対の説示がない以上、責任能力者であることを認めた趣旨であり、さらに、共同正犯者が責任能力者か否かということは被告人の罪責を定めるのに影響しないと述べたものである。実際に、責任能力者でない者の共同正犯を認めたわけではない。共同正犯の成立には責任能力の要件は不要であるということは傍論であり、先例性はないといえよう。

本判決は、責任能力のない者との間においても共同正犯を認めたものであり、先例としての意味がある。しかし、本決定をもって、共同正犯の成立には、責任能力が一般的に不要であるとするのではなく、心神喪失者や故意の存

しない者との間にも認めた趣旨と考えることは出来ない。なぜならば、刑事未成年者の場合には、刑罰以外の手段を用いる方が適当であるという観点から、責任無能力者とされているのであり、個別的には、是非弁別能力を有していることも肯定しうるし、共同実行の意思というものを肯定しうるからである。しかし、一方、心神喪失者や故意の存しない者との間には、共同実行の意思は考えにくいからである。片面的共同正犯を認めていない判例においては、刑事未成年者との共同正犯のみが比較的容易に認めることが可能である¹⁸⁾。本件の共同正犯の成立は、共犯の従属性に付いて制限従属性説を支持したという理論的な面よりも、いかなるときに共同正犯が成立するかという具体的な側面について、述べたものであると捉える方が確実であろう。

4. 共同正犯と教唆犯との区別

本件において、被告人は犯罪の決意をさせ、当該犯罪を行わせているのであるから、教唆犯の成立は認めることが出来る。しかし、本決定は、教唆犯の成立を認めずに共同正犯の成立を認めている。狭義の共犯である教唆犯ではなく、正犯のひとつである共同正犯を認めるにはいかなる要件を必要とするのであろうか。判例は、共謀共同正犯を認め、正犯と共犯との区別について、主観説を用いているといわれているが、いかなる要件を用いているのであろうか。

本決定は、被告人の「生活費欲しさ」という動機、「犯行方法の教示」、「犯行道具の供与」などを通して本件強盗の実行を指示命令した点、「金品すべてを自ら領得した」という点から共同正犯の成立を認めている¹⁹⁾。このような点は、共謀共同正犯の成立において、判例が認められてきたことではある²⁰⁾。ただし、共謀共同正犯には、幫助型、教唆型、対等型と、いくつかの異なる型が考えられるので、本件と同様である、いわゆる教唆型の共謀共同正犯の、最高裁の判例を見てみよう。そして、本決定が、判例の線の沿っているものか否かについて検討してみよう。

まず、いわゆる練馬事件²¹⁾について、見てみることにする。練馬警察署駐在所勤務の巡査襲撃の現場には参加しなかったが、当該巡査および敵対関係にある第二組合の委員長襲撃を謀議した被告人にも、傷害致死の共同正犯を認めた判決である。謀議の内容として、役割分担や襲撃方法の決定が明らかにされてい

る。

次に、大麻密輸入の謀議を遂げたか否かが問題となった事例を見てみよう。²²⁾ タイ国からの大麻密輸入を計画したAから、その実行担当者になって欲しい旨頼まれた被告人は、執行猶予中の身であることを理由に一旦は断ったのであるが、知人のBにその旨を明かして協力を求め、同人を自己の身代わりとしてAに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部を貰い受ける約束の下にその資金の一部をAに提供したというものである。

さらに、共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否が問題となったことで知られている事例を見てみよう。²³⁾ 電話における被害者の侮辱的な言葉に憤激した被告人は、同行を渋るAを強く説得して、包丁を持たせて一緒に犯行現場近くに赴いた。そして、Aに対しては、自らも被害者とは面識がないのにもかかわらず、面識があるように、Aには言い、面識のないAに先に行くことを指示し、喧嘩になったときには加勢に応じることを約束し、さらには、そのときには、ナイフを使うことを指示した。

練馬事件においては、周到な犯罪計画を練っており、大麻輸入が問題とされた事例においては、自らの使用という動機は明らかであり、Aへの紹介や資金の一部提供という犯行に至る行為を行っている。さらに、最後の事例においては、凶器を持たせたり、加勢を約束したりなど具体的な指示を与えている。「自己の犯罪」か「他人の犯罪」かによって、正犯と狭義の共犯の区別を求める主観説によるのであれば、正犯性を肯定されるであろう。

共謀共同正犯における共謀は、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」とされている。以上の最高裁の判例や近時の判例を参考にして、共謀の要件を探ってみる。犯罪計画を少なくとも大枠で知り、たとえば、如何なる者が如何なる役割を負っているか、如何なる方法を用いるかということを知っていることが挙げられる。さらに、積極的に参加する動機が存することが挙げられる。また、共謀者と実行行為担当者との関係を見ると、共謀者は、少なくとも、同等、多くは上位にあるということが出来る。

以上の要件を本件に当てはめてみると、計画を自ら為し、方法を指示し、エアガンや覆面用ビニール袋を提供したりしている。自ら、生活費に困ってい

るという動機も、明確である。また、奪ってきた金品をすべて領得している。親子関係を即座に上下関係といえるかについては、疑問があり、具体的に見る必要があるが、嫌がる長男を犯行に強いていることからすれば、本件については上下関係をまだ認めることが出来よう。本件について、共同正犯を認めたことは今までの判例に沿ったものといえよう。²⁴⁾ところで、このような論証は、共同正犯となるか否かの論証である。教唆犯とは考えられないかを考察するために、さらに、教唆犯と共同正犯との区別が明確であるかについても検討を加えておこう。

本件と同様の強盗の教唆犯を認めた事例について比較してみることにする。²⁵⁾教唆犯である被告人Aは、強盗の実行犯となる被告人Bより、金銭に窮したことを聞き、甲子を殺害した上その金品を強奪させる結果となったことを予期しながら、被告人Bに対して、「それでは殺そう、おれのところに道具がある、両方に刃がついていて切れる」「多摩川の近くに防空壕がある、そこに連れて行って殺せば分からない」等申し向け、甲子を殺害して金品を強取すべき旨を指示教唆した。被告人Bは、同女を殺害して、金品を強取した。(のちに、被告人A Bは強取した預金通帳や定期預金証書、認印を用いて金員を騙取している)本件と同じく「犯行方法の教示」や利益に預かっていることは認められる。「犯行道具の供与」は実際には行われなかったが、その提示は行われている。本件と異なっているのは、当初は、自己の利益を図ろうという動機が見出せないことである。教唆とは、人に一定の犯罪実行を決意させることであり、決意させるためには、犯罪の具体的な像を提示するために、犯罪の方法を教示することや犯行道具の供与はよく行われることであろうし、必要なことであろう。これをもって、共同正犯と認めることは出来ない。結局、動機という主観的な要件を重視することとなる。その意味で、やはり、判例は、正犯と共犯の区別について、主観説を採っているといえよう。²⁶⁾主観面の要素を基準とするときには、主観面を直接に把握することは出来ないため、外面に生じた諸事情から認識することとなり、単一の要件で明確に区別するという効果は期待できず、その意味では明確性に欠けるとも言える。しかし、多くの点を勘案することにより、慎重な判断を期待することも出来、必ずしも、刑罰権を恣意的に拡大することになるとはいえないであろう。ただし、諸事情を加点することにより、当

初より望んだ結論に近づけてしまう危険性は存する。

5. 総括

本決定の意義は、刑事未成年者を利用したときも、間接正犯を認めることをせずに、共同正犯を認めた点である。刑事未成年者を利用した場合に、以前に比べれば、詳細な検討を加えてきているが、間接正犯の概念としては、拡張されたものであったことは否定できない。間接正犯を容易にはみとめなかったことは評価しうるであろう。

しかし、いくつかの課題も残された。本決定の射程範囲は如何なるものかということである。本件と今までの刑事未成年者を利用した間接正犯を認めてきた事例とて明確に異なるのは刑事未成年者が、犯行を臨機応変に行っていることである。そして、このことから、是非弁別能力が肯定される一方、被告人の指示命令が意思を抑圧していることは否定されることとなり、結論として、間接正犯の成立が否定されたのである。今まで、刑事未成年者を利用した間接正犯を認めてきた近時の判例は、その二つの兼ね合いについて、どちらを重視するかが明確ではなかった。本件は、両者とも否定されたのであり、その課題は、依然残されたこととなる。また、「意思抑圧」の概念は語を厳格に解したときよりは緩やかに認めてきた傾向が刑事未成年者の判例には存するが、本決定を機に限定的とするのであろうか。

さらに、本件では、教唆犯ではなく、共同正犯が認められたが、その基準は維持できるかということである。そして、理論的なことを述べると、本決定をもって、判例は制限従属性説を採用したという見解もあるが、このことは、確定的であろうかということである。刑事未成年者を利用した本件のような事例において、如何なる判断を積み重ねて行くのか判例の集積を待ちたい。

注

- 1) 大塚仁『総合判例叢書刑法(21) 間接正犯』(1963・有斐閣)等。大判昭和9年11月26日刑集13巻1598号。
- 2) 学説においては、刑事未成年者ということのみで間接正犯を認めることには批判的な見解が多い。たとえば、是非弁別能力のある者を利用したときには、間接正犯の成立を否定するという前提から、責任無能力者であっても、12、3歳の少年に犯罪を実

- 行させたときには、教唆犯であるとしている見解がある。その例として、団藤重光『刑法綱要総論』（1990・創文社）157頁。
- 3) ①大判明治32年3月14日刑録5輯3巻64頁（放火の事例）、②大判明治37年12月20日刑録10輯30巻2415頁（窃盗の事例）、③仙台高判昭和27年2月29日高刑特22号106頁（窃盗の事例）、④仙台高判昭和27年9月27日高刑特22号178頁（窃盗の事例）、⑤広島高松江支判昭和29年12月13日高刑集7巻12頁（窃盗の事例）がある。また、14歳以上であるという根拠を示して、間接正犯の成立を否定して、教唆犯の成立を認めている判例として、大判大正8年6月20日刑録25輯15巻786頁。
- 4) ⑥名古屋高判昭和49年11月20日刑裁月報6巻11号1125頁（窃盗の事例）、⑦最決昭和58年9月21日刑集37巻3号1070頁（窃盗の事例）、⑧大阪高判平成7年11月9日高刑集3号177頁（窃盗の事例）。
- 5) 亀井源太郎「10歳の少年を利用した窃盗と間接正犯」東京都立大学法学会雑誌第38巻第2号（1997）493頁は、近時の判例は、被利用者が刑事未成年者であるか否かや共犯の従属形式など形式的な判断ではなく、事実関係を詳細に認定し、総合的に判断していると述べている。
- 6) 栗原宏武「間接正犯と教唆犯の区別」佐藤文哉・大塚仁編『新実例刑法〔総論〕』（2001・青林書院）284頁。
- 7) たとえば、⑥においては息子が金品の窃取を拒絶したときには、拳固や平手による殴打、足蹴りを被告人が加えていることが確認されている。⑦においては、被告人の言動に逆らう素振りを見せる度に、顔面に煙草の火を押し付けたりドライバーで顔を擦ったりしたりしている。⑧においては、直接の暴行は存しないが、元やくぎでシンナーを吸うと聞いていたことなどから、日頃怖いという印象を抱かせていた被告人が睨み付けたというところにそれを認めているようである。
- 8) ⑥においては刑事未成年者が窃盗を自主的、主体的に行ったことを否定し、⑦においては、刑事未成年者の意思の抑制が肯定されている。⑧においては事理弁識能力が充分ではなく、判断及び行為の独立性ないし自主性が乏しかったことをあげている。⑥⑦⑧においては、是非弁別能力については、ある程度認めるとしても、畏怖していることにより、行為の自主性独立性を否定する傾向がある。
- 9) たとえば、⑥においては父親と10歳の息子、⑦においては養父と12歳の養女、⑧においては成人男性と10歳の少年である。
- 10) ⑥は父親と息子、⑦は養父と養女、⑧には親子などの関係はなく、公園で知り合った年上の男性とそこで遊んでいた子である。以上の要件からすると、⑧は⑥⑦に比べて、いくらか緩やかに間接正犯を認めているようであるが、命令も単純で、そばに利用者がいて、その場のものを拾うという機械的な行為を行わされたということも考慮して総合的に認めることが出来るのであろう。
- 11) 奈良俊夫「是非弁別能力を有する刑事未成年者を利用して窃盗を行った者につき窃盗の間接正犯が成立するとされた事例」法学新報第91巻第8・9・10号（1985）415頁は、「期待可能性のない者を利用する間接正犯」の採用を明確にした方が、本件処理の説明が、より明らかになったであろうとされる。
- 12) むしろ、責任のない不可罰的な行為に対する教唆犯や共同正犯の成立を実務が躊躇

- したものという見解として、中山研一「刑事未成年者の利用と間接正犯——大阪高裁平成7年11月9日判決を素材として——」判例タイムズ929号(1997.4.1)69頁。
- 13) 窃盗罪よりも、強盗罪の方が間接正犯を認めにくいことを述べた見解として、前田雅英「本件評釈」『最新重要判例250刑法第4版』(2002・弘文堂)75頁。
- 14) 成人の意思を完全に抑圧し、道具とした事例としては、最決昭和59年3月27日刑集38巻5号1921頁、鹿児島地判昭和59年5月31日判例時報1139号(1985.3.1)157頁がある。それは、刑事未成年者の「意思抑圧」に比べて、極度に厳しいものである。たとえば、前者の事例は、被告人が他の2名とともに、厳寒の深夜、酩酊しかつ暴行を受けて衰弱している被害者に、上衣、ズボンを脱がせ、川に転落するのやむなきに追いつめ、転落させ、溺死させるに至った事例である。後者の事例は、暴力団員の3名が、水道工事業を営む者1名を一室に閉じ込め、ガラス製灰皿や鉄製椅子で顔面等を殴打し、さらに足蹴にし、指詰めを被害者自らに行わせたという事例である。また、否定の判例として、昭和29年6月30日高刑集7巻6号944頁(殺人の間接正犯が否定されて自殺教唆を認めた事例)。
- 15) 本件のような場合には、間接正犯、共同正犯という正犯と、教唆犯という狭義の共犯の成立が問題される。思考の順としては、まず、正犯か狭義の共犯かの区別があり、次に、正犯性が肯定されたときには間接正犯か共同正犯かを決定することとなる。近時の判例は、そのような順序を意識しているように思われるが、以前のものには、その様なことを意識していないものが多い。たとえば、注3)の③においては、被告人の行為を教唆と認定しながら、刑事未成年者を利用したので間接正犯とするところであるが、そのことを被告人は認識していなかったので、錯誤の問題として、38条2項をもって、犯情の軽い窃盗教唆の刑とした。
- 16) 近時の学説の動向については、大塚『大コンメンタール刑法第二版第5巻』(1999・青林書院)14頁以下参照。
- 17) 松宮孝明「本件評釈」法学セミナー567号(2002.3)は、「『制限従属形式』を最高裁が明示的に採用したものとして、大きな先例的価値を有する」としている。
- 18) 幫助犯の場合には、片面的幫助を判例は認めているのであり、責任無能力者に対する幫助も成立することとなろう。
- 19) 松宮前掲注17)稿は、以上の諸点を判決が強調したことは、単なる共謀のみで、共同正犯を認めたのではなく、犯行にとって「重要な寄与」をしたことや自己領得の意思、犯行利益の帰属を重視したものとするべきであろうとしている。
- 20) 石井一正・片岡博「共謀共同正犯の認定」判例タイムズ673号(1991.10.1)33頁以下は、共謀共同正犯認定について、以下の点を判例は検討していると述べている。
①被告人と実行行為者の関係(どのような組織の関係か、上下関係か同等か等)、②被告人の動機(経済的利益等の有無、集団犯罪における闘争目的等)、③意思疎通行為(事前謀議、順次謀議、成行型等)、④実行行為以外の加担行為、⑤犯行前後の微憑行為(犯跡隠蔽行為、分け前の分与等)を挙げている。これらの点は検討されている点であり、基準ではないので、そのような点が否定されたときにも共謀共同正犯を認めることはある。交通事故を偽装した保険金詐欺事件において、被告人が保険金支払請求手続きに関与せず、利益の分配にもあずからず、保険契約の存在自体を知らな

かった場合にも、詐欺罪の共謀共同正犯の成立を認めた判例として、高松高判平成12年7月18日判例時報1732号(2001.2.11)149頁。また、認定に際し考慮される要点を述べたものとして、西田典之「共謀共同正犯について」内藤謙・松尾浩也・田宮裕・芝原邦爾編『平野龍一先生古希祝賀論文集上巻』(1990・有斐閣)375頁以下、松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌第31巻3号(1991)50頁、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別——実務的観点から——」法曹時報第51巻第8号(1999)19頁以下等。また、東「共同正犯と幫助犯との区別についての考察——ドイツ連邦通常裁判所1995年2月15日判決と関連して——」創価大学大学院紀要19集(1997)55頁以下。

21) 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

22) 最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁。

23) 最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁。

24) 島田聡一郎「本件評釈」法学教室259号(2002.4)125頁は、共謀共同正犯の成立を具体的な諸観点を勘案したとき、如何なる観点からも肯定できると述べている。

25) 千葉地判昭和34年5月26日下刑集1巻5号1306頁。

26) ただし、この基準は、教唆犯と共同正犯の区別について、常に用いられるとは考えられない。それというのも、近時、教唆犯の判例は多くないが、そのなかで多く見出されるのは、①他人を教唆して自己を隠避させた犯人隠避罪の教唆犯、②他人を教唆して自己の刑事被告事件についての証拠を隠滅等させた証拠隠滅罪の教唆犯、③自己の被告事件について他人を教唆して、虚偽の陳述をさせた偽証罪の教唆犯であるためである。

【付記】本稿、脱稿後、発行された内藤謙『刑法講義総論(下)II』(2002.10.30初版第一刷発行・有斐閣)1337頁以下も本決定を紹介している。

(創価大学法学部非常勤講師)