

【判例研究】

10歳の少年にバッグを盗ませた行為につき 窃盗の間接正犯が成立するとされた事例

佐藤 多美夫

大阪高裁平成7年11月9日第5刑事部判決棄却確定

(平成7年(う)614号, 窃盗, 住居侵入被告事件)

(高刑集48巻3号177頁, 判例時報1569号145頁, 判例タイムズ920号255頁)

〈事実の概要〉

被告人は、現場近くの甲野公園に時々やって来て、小学生がキャッチボールやサッカーをして遊んでいるのに加わったり、他から窃取してきたバイクを小学生に見せて直結する等して運転する方法を教えたりしていた。A（当時10歳、小学5年生）もその小学生の一人であり、被告人に3、4回遊んでもらったことがあったが、元ヤクザでシンナーを吸うと聞いていたため被告人を恐いとは思っていたものの、反面いろいろ教えてくれる面白い人とも思っていた。本件当日午後5時過ぎころ、同公園で被告人は、Aら小学生数名と遊んでいたが、他の小学生がいなくなって被告人とAの二人だけになった午後5時50分ころ、公園の東の方から交通事故のような自動車のブレーキ等の音が聞こえてきたので、二人で走って行ったところ、150メートル位離れた原判示第一の場所付近の小川の橋の上で同判示の被害者C（当時56歳）が血を流して倒れており、橋の付け根の道路上に同判示のメンズバッグが落ちていた。その付近には中年の女性もいたが、被告人が救急車を呼ぶよう頼んだため、近くの公衆電話の方向に歩いて行き、その場に被告人とAだけが残されたが、被告人は、4、5メートル先に落ちている右のバッグを指さして、Aに対し、「誰もおらんからそこのカバンとってこい」と命令した。これに対し、Aは、バッグをとってくるのは悪いことと思ったので、知らん顔をしていたが、被告人がAをにらみつけて、なおも、「おい、とってこい」ときつい声で命令したため、逆らったら何をされるか分からないと思って怖くなったAは、4、5メートル歩いて行ってバッグを拾い、すぐ戻って被告人にバッグを手渡した。バッグを受け取った被告人は、「早く来い」と言ってAと共に約50メートル西に戻った甲野公園南側の駐車場まで行き、バッグの中身を確認して、在中の現金約13万2000円のうち1万円札1枚を「もっとけ」と言ってAに渡し、その後Aを連れ回って窃取した現金で被告人自身のため買い物をしたあと、「今日のことは誰にも言うな」と口止めをして別れた。被告人は、窃盗罪、住居侵入罪で起訴された。

第一審（大阪簡易裁判所）は、窃盗罪の間接正犯にあたるとして懲役2年を言い渡した。

被告人側は、事実誤認、法令適用の誤りである、などと主張して控訴した。

〈判決要旨〉

大阪高等裁判所は、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されている10歳の少年を利用して4、5メートル先にあるバッグを盗ませたと認められる判示の事実関係のもとにおいては、たとえ右少年がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、右利用者につき窃盗の間接正犯が成立する。

〈研究〉

一、本件は、被告人が、10歳の刑事未成年である少年に対し、交通事故の被害者が事故現場付近で落とした現金入りのバッグをとってくるよう指示・命令してこれを拾わせた行為が、窃盗の間接正犯となるかが争われた事案である。

二、犯罪を他人を利用して実現する、いわゆる間接正犯については、共犯の従属性つまり極端従属性説か制限従属性説かを巡る議論がなされてきた。

間接正犯の基本的、典型的な形態として、是非を弁別しえない者を利用する間接正犯がある。たとえば、幼児とか、高度の精神障害者などのように、その精神状態が、成熟性または健全性のいずれかの面において相当程度以上に欠陥を有することによって、是非を弁別する能力を欠き、規範意識を完全に具備せず、または、きわめて不完全にしか備えない者を利用する場合である。

判例をみると、大審院明治37年12月20日は（上告諭旨）「原判決ノ理由ニ依レハ被告ハ〇ノ三男S（未ダ十歳ニ達セス是非ノ弁別ナキモノ）ヲシテ証書ヲ取出サシメ之ヲ受取りタル行為ヲ以テ窃盗ノ行為アルモノト判定シ〈旧〉刑法第三百六十六条ヲ適用セラレタリ然レトモ其犯罪ハSカ証書ヲ取出シタル時ニ成立シタルカ將タ被告カSヨリ之ヲ受取りタルトキニ成立シタルカ判旨甚明瞭ナラス若シ前者ニ在リトセンカ被告ハ窃盗ノ教唆ヲナシタルモノト謂ハサルヲ得ス而カモ〈旧〉刑法第百五条ヲ適用セラレサルハ失当也將後ニ在リトセンカ被告カSヨリ受取りタルハSノ任意ニ出テタルモノニシテ此間ニ毫モ窃盗ノ行為ナケレハ〈旧〉刑法第三百六十六条ヲ適用セラレタルハ失当ナリ」とする主張に対し、（判旨）「原判決ノ認ムル所ニ依レハ被告ハ〇ニ対スル借用金弁済ノ責ヲ免レント欲シ〇ノ三男Sカ未タ満十歳ニ達セス是非ノ弁別ナキヲ知ルヨリ同人ニ本件金百円ノ借用証書ヲ自宅ヨリ取出シ来ルヘク告ケタルニ同人ハ事ノ善悪ヲ知ラサル為メ其告ケラレタル証書ノ模様ニヨリ自宅仏壇抽斗ニ蔵シアタル右証書ヲ取出シ被告方ニ持参シタルニ被告ハ之ヲ受取り窃盗ノ目的ヲ遂ケタルモノナリ而シテ右事実ノ認定ニ依レハ被告ハ是非ノ弁別ナキSヲ機械ト為シ証書ヲ窃盗シタルモノニシテSカ該証書ヲ取出シタル時窃盗ノ行為カ已ニ完成シタルコトハ自ラ明カナルノミナラス被告ハ実行正犯ニシテ教唆者ニアラサレハ原院カ〈旧〉刑法第三百六十六ヲ適用処断シタルハ相当ニシテ本論旨ハ上告ノ理由ナシ」（刑録10-2415）としている。これは10歳未満の幼児を利用して窃盗罪の間接正犯を犯した場合である。

大審院明治32年3月14日は（上告諭旨）「原判決ハ被告カTヲ強迫シテ放火セシメタルモノト認メタルカ如キモ〈旧〉刑法第七十五条ニ伝フ強制ハ本件ノ事実ニ該当セサルヲ以テ本条ヲ適用セスシテ同第八十条ヲ適用セリ其第八十条ハ自カラ罪ヲ犯シタル場合ヲ見タルモノナリ該条ヲ適用スルトキハ被告ニ付テハ自カラ教唆ノ事実ヲ認メサルヘカラス然ルニ原判決ハ第七十五条ヲ適用セス又タ教唆ニ非ストナシ単ニ被告ハTヲ用テ放火未遂罪ヲ犯シタルモノト判定シ且Tノ所為ヲ目シテ罪トナラスト判定シタル上ハ之ヲ用イテ放火セシメタル被告ノ所為モ亦罪トナラサル道理ナリ故ニ原判決ハ同一事実ヲ被告ニ対シテハ犯罪ナリトセシハ擬律ノ錯誤理由ノ齟齬若クハ理

10歳の少年にバッグを盗ませた行為につき窃盗の間接正犯が成立するとされた事例（佐藤）

由ヲ附セサルノ違法アル裁判ナリ」とする主張に対し、(判旨)「原判決ヲ按スルニTハ是非ノ弁別ナク唯畏怖スルニヨリ被告ノ命スル所ヲ肯諾シ放火ヲ為シタルマテニテ刑法第七十五条ノ所謂抗拒スヘカラサル強制ノ事実ナケレハ該条ヲ適用スヘキ案件ニ非サルハ勿論Tハ是非ノ弁別ナケレハ罪ヲ犯スノ決心ナク從テ教唆アリトスルヲ得ス而シテ原判決ハ被告カ是非ノ弁別ナキTヲ用ヒテ放火ヲ為シタル事実ヲ明示シ実行正犯トシテ処断シタルモノナレハ事実理由及擬律ノ点ニ於テ不法ノ廉ナク上告論旨ハ其理由ナシトス」(刑録5-3-64)としている。これは12歳以上16歳未満の少年を利用した場合である。この判旨中に「唯畏怖スルニヨリ」と言う記述があるが、この判決は少年が是非の弁別を欠いた点に主眼をおいてその罪を論ぜず、利用者の放火罪の正犯とした場合である。

仙台高裁昭和27年9月27日は「被告人は満十三歳に満たない少年を利用して原判示第二の①については判示K方より瓶に入った煙草光五十箇を盗らせた。同②については判示T方より売って金になるような物を盗って来いと言いつけ盗るのを見ていてジャンパー一枚を盗らせた。同③については判示のところで判示の角巻を持ってこいと言付けて盗らせた。同④については判示A呉服店より格子縞夜具地三反位を盗らせた。同⑤についてはD呉服店より何か品物を盗って来いと言付けて綿耕一反を盗らせた各事実を確認しうるのであって、被告人は刑事責任なき少年を利用して自己の罪を遂行したものと認むべきであるから、右は窃盗正犯をもって、論ずべきことを言を俟たない。所論は該少年に特定せざる物を窃取せしめた案件だから、窃盗の正犯も教唆も成立しないというのであるから、前記②⑤以外は孰れも特定物件を窃取せしめたことが窺われるが、②⑤は孰れも場所を指定し売って金になるような物を盗って来いと命じただけであるが、斯かる場合にも窃盗の間接正犯が成立するものと解すべきである」(特22-178)として満13歳に満たない少年を利用して、窃盗を犯した事案について窃盗の間接正犯をみとめたものである。

広島高裁昭和29年12月13日は「即ち、右の場合右数名の子供らは同時に同所で同一の所有者所有の古銅板を剥ぎ取って来たものであり、被告人はそれらの子供を使って一個の窃盗罪を敢行したものであると云うべく、たとえその子供らのうちに一人の責任能力を有する子供があったとしても全体を包括的に観察して被告人に対して一個の窃盗罪を以て問擬するを相当とする」(高刑集7-12-1782)としたものがある。

これらの判例は、共犯の従属性について極端従属性説をとり共犯処罰の間隙を埋めるために間接正犯を認めていたと思われる。

これに対し、共犯の従属性について極端従属性説ではなく制限従属性説に基づく考え方が有力になってきた。即ち刑事未成年者を利用する場合であっても、刑事未成年者には是非弁別能力のある場合には、原則として、間接正犯ではなく教唆が成立することになる(団藤重光・刑事綱要総論改定改定版140頁)。

下級審の判例の中にそのような判決が現れることになる。名古屋高裁昭和49年11月20日によると「原審で取調べた各証拠によれば、被告人において、駐車中の自動車内にある金品をYに盗って来させようと思った時には、特に被告人が『盗って来い』といわなくとも『あれ』とか『何かある』とか『財布があった』等といえ、Yはすぐ被告人が盗って来いといっている趣旨であることを理解し、その自動車内から金品を盗んで来ていたこと、Yが盗む際、被告人は自動車から離れた場所で見張りをし、Yが窃取して来た金品をすぐ受取り、これでYに玩具、菓子、衣類等

を買い与えたりしていたこと、更に窃取に必要な道具として、細工した針金等をYに渡していることなどから見ると、被告人がYと意思を疎通しているばかりでなく、Yが被告人の意思を体して行動していたことを優に是認することができる。また、Yは原判示第一の犯行当時は8歳であったけれども、原判示第二の各犯行当時は10歳に達しており、一応盗みについての罪悪感を持ち、是非善悪を判断し得る年齢に達している如くみられるが、いわゆる刑事未成年者ばかりでなく、前掲各証拠によればYが金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたことが認められ……これらの事実をも併せ考えると、所論の如くYが自主的、主体的に窃盗行為をしたものとは到底認められず、結局本件は、父親たる被告人が刑事責任能力のないYを利用して自己の犯罪を実行したものと認むべきであるから、窃盗正犯と断ぜざるを得ない」（刑月6-11-1125）として、被利用者が刑事未成年者であることと、被利用者が犯罪行為へと強制されていた事実を掲げることからいえば、これまでの判例のように刑事未成年者を利用する場合のすべてを間接正犯とするのではなくて、刑事未成年者を利用する場合であっても、教唆犯が成立する場合もあることを認めていることになる。

最高裁昭和58年9月21日は「被告人は、当時12歳になる養女A子を連れて四国八十八カ所礼所および霊所めぐりの旅を続けていた。ところがそのうちに宿泊費用などに窮してしまい、被告人はA子を利用して巡礼先の寺などから金員を窃取しようとして企てた。被告人は、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度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ていたA子に対し、窃盗を実行するよう命じた。被告人の暴力に恐れたA子は嫌々ながら13回にわたり窃盗を実行した」事実に対して、職権によって次のように判示した。「原判決及びその是認する第一審判決の認定したところによれば、被告人は、当時12歳の養女A子を連れて四国八十八カ所礼所を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度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た同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、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ったと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである」（刑集37-7-1070）として上告を棄却した。この決定は被利用者が刑事未成年者であっても、是非善悪の判断能力を備えている場合には被利用者が刑事未成年であるという理由だけでは間接正犯が成立しない利用者が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている被利用者を利用して犯罪を行った場合には利用者に間接正犯が成立すると解されよう。そして、共犯従属性について制限従属性説を見ることも可能であろう。

三. そこで、本判決は、少年が事理弁識能力が十分とはいえない10歳の刑事未成年者であったのみならず、少年が被告人に反抗しても、被告人から直ちに大きな危害を加えられるような状態ではなかったとしても、右少年の年齢からいえば、日頃怖いという印象を抱いていた被告人かららみつけられ、その命令に逆らえなかったのは無理からぬものがあること、そのうえ被告人が少年に指示した内容が、4、5メートル先に落ちている被害者のバッグをとってくるという単純なことであるだけに、かえってこれに抵抗して被告人の支配から逃れることは困難であったと思われ、また少年の行った窃盗行為も、被告人の命令にしたがって、とっさに機械的に動いただ

けであり、かつ、利得の意思もなかったから、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったことなどを総合的に判断すると、少年がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人は、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか10歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗罪の間接正犯が成立すると認めた原審の判断を是認した。

四. 本件と同様に上記の最高裁昭和58年9月21日の事例では、被告人が12歳の養女に対し、日頃から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た、自己の意のままに従わせていたものであり、是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、窃盗の間接正犯が成立するとされた。

五. ところで、刑事未成年者を利用して犯罪を実行せしめた場合に、その利用者が間接正犯となるか否かについて、通説的な見解（制限従属性説）は、①当該刑事未成年者が是非弁別能力を欠いているときは、その者の行為は刑法上実行行為とはいえないから、正犯とはならず、これを利用する行為が実行行為であって、利用者に間接正犯が成立するが、②当該刑事未成年者が是非弁別能力を備えているときは、その者の行為は刑法上の実行行為といえるから、その者が正犯となり、これを利用する行為は教唆犯であって、間接正犯は成立しないとする。

前記最高裁昭和58年9月21日は、この点について直接的な判断を示していないが、右通説的な見解を是認しているものと解され、その上で、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養女を利用して窃盗を行ったものとして、間接正犯の成立を認めている。

もとより、利用者が被利用者に抗拒不能の強制を加えその意思を抑圧して犯罪を実行せしめた場合は、被利用者の行為は実行行為とはいえないから、利用者に間接正犯が成立することは、通説的な見解の認めるところであるが、前記最高裁の事例で、現実に抗拒不能の程度までにその意思を抑圧されていたがどうかについては、事実の認定評価上微妙な点がないではない。しかし、被告人はかねてから暴力癖があり、養女が被告人に逆らう素振りを見せるとしばしばひどい暴力を加えており、養女が日頃からその暴力を恐れて被告人の意のままに行動していたこと、被告人の命令を拒否すれば苛烈な暴力を加えられることは必至の状況であり、養女はそのことに極度の恐怖心を抱いていたこと、養女がいまだ幼く、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なったことなどの事情を総合的にみれば、養父たる被告人の本件命令は抗拒不能の強制的命令としてその意思を抑圧するに足りるものであったと認定評価してよく、「意思抑圧型」の間接正犯を認めたものと解される。

六. 以上に対し、本件では、少年が10歳であり、更に幼いという点はあるものの、少年が反抗しても、被告人から直ちに大きな危害を加えられるような状態ではなかったこと、被告人と少年との関係は、公園で会って時々一緒に遊んだりする程度のもので、被告人以外に頼るべき人もないといった依存関係にはなかったことなどが、前記最高裁の事案や名古屋高裁の事案とは異なるにもかかわらず、本判決が「意思抑圧型」の間接正犯の成立を認めたのは、日頃から怖いと思っていた被告人に、きつい声で目筋4、5メートル先のバッグをとってこいと命じられたことから、少年が被告人の支配から逃れることが困難であり、少年は、被告人の命令にしたがって、とっさに機械的に行動した者で、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったと解したうえで、おそらくは是非弁別能力の低さの方に重心がおかれていたがゆえに、教唆犯ないしは共謀共同正犯ではなく、間接正犯が成立するとされたのではなからうか。