

是非弁別能力を有する刑事未成年者を利用した間接正犯

（最高裁昭和五八年九月二二日第一小法廷決定、昭和五八年（あ）第五二七号窃盜被告事件、刑集二七卷七号一〇七〇頁、判例時報一〇九三号一四九頁、判例タイムズ五〇九号一二六頁）

佐藤 多美夫

〔事実〕

第一審の事実関係はつぎのごとくである。

被告人は、当時十二歳になる養女A子を連れて四国八十八カ所札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つ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、窃盜を実行するよう命じた。被告人の暴力を恐れたA子は嫌々ながら十三回にわたり窃盜を実行した。

第一審は、被告人の行為に刑法二三五条を適用し、被告人に懲役三年の実刑判決を言い渡した。被告人側は量刑不当を理由に控訴したが、原審はこれを破棄した。弁護人は、A子には是非弁別能力があり、顔にタバコの火を押しつ

けられたりはしたが、A子は絶対的強制下にあつたわけでもなく、主体的に窃盗を行ったものであるから、「A子に盗みを命じた被告人の行為は窃盗の教唆になるのは格別、窃盗の正犯にはならない」と主張して、さらに上告した。

〔判旨〕

最高裁第一小法廷は、上告趣意は単なる法令違反の主張であり適法な上告理由にはあたらないとすたうえで、職権によつて次のように判示した。

「所論にかんがみ、職権をもつて判断すると、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、当時十二歳の養女A子を連れて四国八十八カ所札所を巡礼中、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つ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つたとしても、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」として上告を棄却した。

〔研究〕

一、間接正犯は、他人の行為を利用して自己の犯罪を行う者とされていた。その場合の他人の行為は、以前は責任無能力者の行為又は、責任能力者の故意のない行為とされていた。ところが、その後、間接正犯の範囲が拡大され現在では広く解されているように思われる。それは、「生きた道具」「死んだ道具」を利用する場合、「資格のない故意のある道具」「目的のない故意のある道具」を利用する場合、「他人の不可罰的過失行為」を利用する場合、「他人の正当行為」を利用する場合、「責任のない他人」の行為を利用する場合等に、間接正犯が成立するとされている。

それでは、このように間接正犯を正犯の一種として罰つるのはどのような理由であるのか。発生論的、歴史的には共犯従属性の結論をとつた場合に直接正犯としても、共犯としても罰つることのできない当罰的な場合を可罰的なものとするために間接正犯の概念が出現したとされている。ところが、共犯の従属性の程度についていろいろと結論が異なるのである。それは、極端従属性説による場合、制限従属性説による場合、最少限従属性説等により異なる。また間接正犯の正犯性についての理解によつても差異がある。

この間接正犯について若干の検討を試みたい。

二、間接正犯についての裁判例はあるが、最高裁判所としての判例はすくない。大審院時代の判例をみると、刑事未成年者を利用した事案につき①「Bハ是非の弁別ナク唯畏怖スルニヨリ被告ノ命スル所ヲ肯認シ放火ヲ為シタルマテニシ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ヲ非サルハ勿論Bハ是非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力是非ノ弁別ナキBヲ用ヒテ放火ヲ為シシメタル事実ヲ明示シ実行正犯トシテ処断シタルモノ」としたものである（大審院明治三十二年三月十四日判刑録五輯三卷六四頁）。

他に②「是非ノ弁別ナキ幼者ヲ機械ト為シ借用証書ヲ取出サシメタル者ハ実行正犯トシテ処分スヘキモノ」としたものである（明治三十七年十二月二十日大審判決録第十卷二四一五頁）。

これに対して下級審の判例は刑事未成年者を利用した事案につき③「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、右は窃盜正犯をもつて、論ずべきことをまたない。斯かる場合にも窃盜の正犯が成立するものと解すべきである」としたものである（仙台高判昭和二七年九月二七日高刑判決特報二二二号一

七八頁）。

他に④「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つて一個の窃盗罪を敢行したものと言うべく、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つ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間擬するを相当とする」としたものがあつた。（広島高判昭和二九年一月一三日高刑集第七卷一一号一七八二頁）。

他に⑤「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」としたものがあつた。（名古屋高判昭和四九年一月二〇日刑事裁判月報第六卷一一号一一二七頁）。

三、本件最高裁決定は、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いて窃盗罪の間接正犯が成立するとしたものである。そこで、大審院判例は、旧刑法八〇条「罪ヲ犯ス時満十二歳以上満十六歳ニ満サル者ハ其所為是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ弁別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス」と規定していることから、刑事未成年者の利用者も処罰しえない不合理を解消するために間接正犯の成立を認めていたと思われる。①の判例は、これにあたる。②の判例は、被利用者が刑事未成年者であるばかりではなく、利用者と被利用者は親子で言うことを聞かないと利用者から暴行を加えられることなどからして道具理論を用いていると思われる。これらの判例は是非の弁別能力がない刑事未成年者を利用する場合に間接正犯が成立するとせられていた。

ところが、下級審判例になると是非の弁別能力の有無というよりも刑事未成年者を利用した犯罪の場合には直ちに間接正犯が成立するとせられるようになった。③及び④の判例がこれにあたる。

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犯が成立することになる（団藤重光・刑法綱要総論改定改定版一四〇頁）。

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。それが、⑤である。それによると「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に盗つて来させようと思った時には、特に被告人が『盗つて来い』といわなくとも『あれ』とか『何かある』とか『財布があった』等といえば、Yはすぐ被告人が盗つ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、衣類等を買ひ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と。また、Yは原判示第二の各犯行当時は一〇歳に達しており、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實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」として、被利用者が刑事未成年人者であることと、被利用者が犯罪行為へと強制されていた事実を揚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人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、刑事未成年人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ろう。

本最高裁決定は、刑事未成年人者を利用する場合でも、教唆犯を認める場合もありうることを考慮したものと思われる。下級審の判例の中には、日頃覚せい剤を多量に使用すると幻覚、妄想に支配されて暴力をふるう習癖のあるXが、これを覚せい剤しながら多量の覚せい剤を自己使用した結果、妄想に支配されて、日本刀で内妻を切り殺したという事案であるが、その際共犯Yは、Xが同女を殺害するとの認識の下に、Xに対し日本刀を手渡してXの犯行を容易ならしめた、ことに對しXに重過失致死罪を認めたが、Yについては、殺人幫助を認めた（判例時報九五八号一三五頁、京都地裁舞鶴支部昭和五四年一月二四日判決）。これは制限従属性説の立場に従うものと思われるが、本決定はこの点に関する判断は、明示的ではないが最高裁としての最初の判断であると考えることができよう。

四、学説は、刑事未成年人者が是非の弁別能力の有無にかかわらずひろく間接正犯を認めていた。その見解は共犯の成立を極端従属性説にしたがっていたため、刑事未成年人者を教唆した場合には教唆犯が成立しないため、その間隙を埋めるために間接正犯を認めていたのが旧来の説であった（大場、泉二、滝川、草野、安平、斉藤）。

現在の通説的考え方は、刑事未成年人者であっても是非の弁別能力がある者について、是非の弁別能力のない道具として一律に扱うのは不合理であるとして、刑事未成年人者でも個々具体的に是非の弁別能力の有無により、その刑事

未成年者が是非弁別能力を欠いているときは、その者の行為は実行行為とはいえないから、その者が正犯となることなく、これを利用する行為が間接正犯となるが、刑事未成年者であってもその者が是非弁別能力があるときは、その者の実行行為といえることができるから、その者が正犯となるのであって、これを利用する行為は、教唆犯となり、間接正犯ではないとする（小野、団藤、植松、平場、平野、大塚、福田、西村、香川）。

本判決は、この通説の見解に直接的な理由を示していないが、その判文から推して、現在の通説的な見解の上に立つ判断であると思われる。

五、次に、本判決は、意思を抑圧されている者を利用して犯罪を行ったとされる場合には、間接正犯の成立が認められるとしている。判例としては、大判昭和九年一月二六日の「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の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ナ〔リ〕」とする考え方を採用したと思われる（大審院刑事判例集第一三卷一六〇五頁）。

本決定のこのような判示については、「『利用者が被利用者の意思を抑圧して犯罪を実行せしめた場合』を間接正犯の典型的類型のひとつとして挙げるのが、学説の通説的見解であるが……、本決定は右の学説にしたがって、いわゆる『意思抑圧型』の間接正犯を認めたものである」（渡辺忠・ジュリスト八〇三号九三頁）、「本決定は最高裁がはじめて『意思抑圧型』の間接正犯の成立を認めたものとしても重要である」（大越義久・昭和五八年度重要判例解説一四八頁）とする「意思抑圧型」の間接正犯を一般的に認めたものとするコメントがなされている。

本決定は利用者と被利用者との間には養父・養女であり、四国八十八ヶ所巡りの旅に出ている、Aにとっては養父以外に頼るべき人もないことから、嫌いなながらもこの養父に付き従っていないなければならないという排他的支配関係が

存在し、また、養父は以前に多数回にわたり実子を使つていわゆる当たり屋を行つていたというように、非常に粗暴で冷酷な人間であつたと考えられ、かつ日頃からAが彼にさからう素ぶりをみせると、顔にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで顔をこするという暴行・脅迫を継続的に加えていたなどの事情から、Aは養父によつて意思を抑圧されていたため、それが養父に間接正犯を認める重要な根拠であつたと考えられる。しかし、このような状況のもとでも、Aの意思決定の自由が完全に失われていたかどうかは疑わしいと思われる。もし、成年者に本件と同程度の意思の抑圧を加えて利用した者にも、教唆犯ではなく間接正犯を認める趣旨であるとまでは解せられない。

大越教授は、「本件では被利用者が刑事未成年者であつたことが、被告人の間接正犯性を基礎づける要素として、依然として大きく作用していることになる」として、被強制者に意思決定の自由が少しでもある場合には、そのことを根拠にして強制されたものを利用する間接正犯の成立をなかなか認めない傾向にあつた従来の判断の枠組を崩すものではないとしている（大越掲一四八）。このような傾向は昭和四八年一月二〇日の名古屋高裁の判例にもあらわれていた。この判例は、前述したように被利用者が刑事未成年者であつたことばかりでなく、他の事情をも総合的に考慮して間接正犯の成立を認めたとみることができるが、この判例な「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履行したものと認むべきであるから、窃盜正犯と断ぜざるを得ない」としているように、被利用者が刑事未成年者であつたことを間接正犯の成立を認める重要な根拠として、考慮していたものと考えられる。

しかし、本判文に「当時十二歳の養女A」と示されているように、刑法上責任能力のある未成年者が利用され、刑事処分が彼に追及されていない場合にも被利用者の間接正犯が認められると考える。

六、内田教授は、本決定についてAは刑事未成年者といえども十二歳の少女であれば、是非善悪の判断能力を有する者であり、したがってみずから主体的に構成要件に該当する違法な行為を行いうる者であるがゆえに、「正犯」たりうるものであるとしながら被告人には「教唆犯」の成立がありうることを前提としたうえで本件については「窃盗の間接正犯」が成立するとした点に重要な意義があるとしている。そして、本決定は、『正犯の背後にいる正犯 (Täter hinter dem Täter)』を肯定する態度へと一歩踏みだしたものとして、高く評価されるべきであるという見解を示されている(内田・判例タイムズ五三〇号六六頁)。

齊藤教授も「正犯の背後の正犯」という考え方をとれば、本件の被告人の行為は容易に間接正犯とすることができるとしている(齊藤誠二・法学教室四四号九四頁)。この理論の考え方は、犯罪をさせた背後にいる者は、直接手を下した者を操縦して犯罪をおこなわせたのであるから、間接正犯とし、この背後にいる者を「正犯の背後の正犯」という。これは、利用される者の行為が犯罪といえるときにも、それを利用する間接正犯を考えると言うのが「正犯の背後の正犯」とする考えである。

ただ、この考え方をとる場合でも、「正犯の背後の正犯」をどの範囲で認めるかについて問題があるが、今後検討する必要がある。

七、以上本決定は刑事未成年者を利用する行為がすべてただちに間接正犯となるとはいえないが、本件の程度の意思の抑圧および養父、養女という関係を利用しての間接正犯を認めたものと思われる。それから、判例が学説にいう極端従属性の立場から制限従属性への立場に移行する可能性をしめしているように思われる。

参考文献

山本輝之「是非弁別能力を有する刑事未成年者を利用した間接正犯」警察研究五六卷九号七〇頁。

東條伸一郎「間接正犯が成立するとされた一事例」研修四二七号五九頁。

齊藤誠二「いわゆる『正犯の背後の正犯』をめぐって」警察研究五五卷十号三頁。

神山敏雄「是非の弁別能力を有する刑事未成年者を利用して盗みをさせた者の間接正犯の成否」法学セミナー三六三号一四六頁。

酒井安行「是非の弁別非力のある刑事未成年者を利用する間接正犯は成立するか」刑法の争点（増補）二六八頁。

大越義久「非故意行為への教唆」警察研究五三卷九号八〇頁。

齊藤信治「『極端従属形式』は捨てられるべきか」法学新報九一卷八・九・十号五五頁。

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なった者につき窃盗の間接正犯が成立するとした事例」法学新報九

一卷八・九・十号四〇七頁。

訂正 本誌第19号一六五頁4行目8行目、一六六頁8行目「障」は「傷」の、一七六頁3行目「字」は「実」の、同頁6行目「はした」は「なした」の各誤りにつき、訂正いたします。