

◆同志社大学刑事判例研究会◆

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

最高裁平成一二年(あ)第一八五九号平成一三年一〇月二五日決定、
刑集五五卷六号五一九頁、判時一七六八号一五七頁、判タ一〇七七号一七六頁

十 河 太 朗

【事実の概要】

スナックのホステスだった被告人A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、自宅にいた息子B(当時一二歳一〇か月、中学一年生)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さい。」などと申し向け、覆面をしエアガン突き付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。Bは嫌がっていたが、被告人は、「大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。」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、エアージェン等を交付した。これを承諾したBは、上記エアージェン等を携えて一人で同スナックに赴いたうえ、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、自分の判断により、同スナック出入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反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約四〇万一〇〇〇円およびシヨルダーバッグ一個等を強取した。被告人は、自宅に戻って来たBからそれらを受け取り、現金を生活費等に消費した。

第一審の東京地裁は、Bは被告人に抗しがたい状況下で本件実行に及んだものではなく、自らの自由な意思で実行行為に及んだのであるから間接正犯は成立せず、また、被告人が本件犯行の準備を行い、奪った金品を主体的に処分していることなどからすると教唆犯でもないとして、強盗罪の共同正犯の成立を認めた。これに対し、被告人が控訴したが、控訴審の東京高裁は控訴を棄却した。

被告人は、間接正犯の成立を認めるべきであるから、第一審および原審が共同正犯としたのは事実誤認であり判例違反であるとして、上告した。しかし、最高裁は、次のように判示して上告を棄却した。

【判旨】

「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自ら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。したがって、これと同旨の第一審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」

【研究】

一 問題の所在

本決定は、母親である被告人が一二歳一〇か月の息子に指示命令して強盗を実行させた事案につき、間接正犯および教唆犯の成立を否定した上で共同正犯の成立を認めたものである。本件は、刑事未成年者を利用した場合どのような要件の下に間接正犯が認められるのか、間接正犯が否定された場合に共同正犯が成立する余地はありうるのか、責任能力者と責任無能力者との共同正犯は可能かなど、間接正犯および共同正犯に関する興味深い問題を提示している。以下では、こうした問題に検討を加えながら、本決定について論評を試みることにしたい。

二 未成年者の利用と間接正犯

(1) 本決定において第一に注目されるのは、刑事未成年者に指示命令して犯罪を行わせた事案につき判例として初めて間接正犯の成立を否定した点である。

判例は、これまで刑事未成年者を利用した事案についてはすべて間接正犯の成立を肯定してきた⁽¹⁾。たとえば、仙台高裁昭和二七年九月二七日判決は、一三歳に満たない少年にタバコやジャンパー等を窃取させた被告人の行為は「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……窃盜正犯をもつて、論ずべきこと言を俟たない」として、間接正犯を認めている。また、一四歳三か月、一二歳、九歳、八歳の少年らに対し、他人所有の位牌堂に張つてある古銅板を盗ってくるよう命令した事案において、広島高裁松江支部昭和二九年一月二三日判決⁽²⁾は、「被告人はそれらの子供を使つて一個の窃盜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觀察して被告人に対して一個の窃盜罪を以て問擬するを相当とする」と判示し、刑事未成年者の利用は間接正犯に当たるとの考えを示した。さらに、仙台高裁昭和二七年二月二九日判決⁽⁴⁾は、少年が刑事責任年齢に達していないのに達していると誤信し、その少年に窃盜をするよう命令した事案につき、事実は窃盜の間接正犯の概念をもつて律すべきであるが、刑法三八条二項により窃盜教唆罪の刑をもつて処断されるべきであるとした。この判決の前提となつているのも、刑事未成年者を利用して犯罪を行わせる行為は間接正犯になるという理解である。

これらの裁判例はいずれも、被利用者が刑事未成年者であった点を指摘するにとどまり、それ以外には間接正犯の成立が認められるべき根拠を特に示していない。このことから、刑事未成年者を利用すれば当然に間接正犯が成立するというのが、従来の判例の立場であったと考えられる⁽⁵⁾。学説上も、以前はそのような考え方が支配的であった⁽⁶⁾。

その背景にあったのは、間接正犯を、共犯の成立が否定される場合に生ずる処罰の間隙を埋めるための弥縫策であるとする考え方と、共犯の要素従属性に関する極端従属性説である。すなわち、共犯成立の前提条件としての要素従属性に関しては極端従属性説がかつては通説であり、共犯が成立するためには構成要件に該当する違法・有責な正犯行為の存在が必要であるとされてきた。これによると、直接行為者が刑事未成年者であるために責任が阻却される場合、背後者は共犯として処罰されることはない。他方、この背後者は、構成要件該当行為を自ら行ったわけでもないから、直接正犯ともいいがたい。こうした処罰の間隙を埋めるために作り出されたのが間接正犯の概念であるというのである。

しかし、本来、犯罪的結果について第一次的な責任を負うのは正犯であり、共犯は、処罰拡張事由として第二次的に責任を問われるにすぎない。そうだとすると、正犯が成立しない場合に初めて共犯の成否が問題となるといふべきであって、共犯が成立しないから正犯の成立を認めるといふのでは本末転倒である。このような理解から、共犯の成立範囲とは無関係に、間接正犯の正犯性それ自体を積極的に論証しようとする立場が一般化していった⁽⁷⁾。間接正犯も正犯である以上は直接正犯と同視しうる実体を備えたものでなければならず、それゆえ、間接正犯が認められるためには、他人を道具のように一方的に利用・支配し、自ら直接に実行したのと同様の態様で犯罪を実現することが必要

であるとするのである。このような立場を前提とすると、刑事未成年者の利用がすべて間接正犯となると解することはできない。刑事未成年者であっても現実には是非弁識能力を有している場合も多く、そのような場合には一方的な利用・支配関係があったとはいいたいからである。つまり、直接行為者が是非弁識能力を全く欠く幼児である場合や、強制により刑事未成年者の意思が抑圧されている場合など、背後者が刑事未成年者たる直接行為者を一方的に利用・支配したといえる場合に限って間接正犯が成立するというのが、現在の通説的見解⁽⁸⁾であるといつてよい。

こうした間接正犯概念に対する認識の変化に伴い、判例においても、被利用者が刑事未成年者であるというだけで直ちに間接正犯を肯定するのではなく、他の事情をも考慮した上で間接正犯の成否を決定しようとするものが現れるようになった。名古屋高裁昭和四九年一月二〇日判決⁽⁹⁾は、父親が一〇歳の息子に命じて、駐車中の自動車から金品を窃取させた事案につき、息子は一応盗みについての罪悪感を持ち、是非善悪を判断しうる年齢に達していたとしながらも、刑事未成年者であるばかりでなく、息子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おり、息子が自主的、主体的に窃盗行為をしたものとはいえないことを理由に、窃盗罪の間接正犯を認めている。有名な最高裁昭和五八年九月二一日決定⁽¹⁰⁾も、これと同様の判断方法を採用するものである。事案は、被告人が一二歳の養女を連れて四国八十八カ所札所等を巡礼中、寺などから金銭を窃取させたというものであり、最高裁は、「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」と判示した。また、大阪高裁平成七年一月九日判決⁽¹¹⁾は、被告人が顔見知りの一〇歳の少年に対し、交通事故の現場においてその被害者が落とした現金入りのバッグを取ってくるよう指示命令した事案において、少年が刑事未成年者であったというだけでなく、その年齢からすると、日頃怖いという印象を抱いていた被告人の命令に逆らえなかったのも無理はないこと、少年は機械的に動いたにすぎず、判断および行為の独立性ないし自主性に乏しかったことなどの事実を指摘し、たとえ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窃盗の間接正犯が成立するとの判断を示した。

これらの判決例の特徴は、刑事未成年者に是非弁別能力があった可能性を認めた上で、その意思が抑圧されていたことなど他の事情を根拠に間接正犯の成立を肯定する点にある。つまり、現在の通説と同じく、是非弁識能力を有する刑事未成年者の利用は常に間接正犯となるものではないというのが、最近の判例の考え方であるといつてよい。ただ、これまでは刑事未成年者を利用した事例において実際に間接正犯を否定した裁判例は存在しなかった。そのような状況にあって本決定が間接正犯の成立を否定したことは、右に述べた最近の判例の立場を改めて確認するものとして重要な意義を有するのである。

(2) それでは、刑事未成年者の利用が間接正犯となる場合と、それが否定される場合との限界を判例はどのような点に求めているのであろうか。名古屋高裁昭和四九年判決は、被利用者である息子が刑事未成年者である点、および、息子が命じられた窃盗を行わない際に被告人が暴行を加えていた点を理由に間接正犯を認めている。最高裁昭和

五八年決定も、被告人が日頃から養女に対して暴行を加え、自己の意のままに従わせており、そのために養女が畏怖し意思を抑圧されていた事実を指摘している。この二つの裁判例は、利用者と被利用者が親子であり、暴行などによる日常的な支配・依存関係があったという状況の下で被利用者の意思を抑圧して犯罪を行わせた点に間接正犯成立の根拠を求めるものといえる。⁽¹³⁾ もっとも、これらの事案においては、刑事未成年者が絶対的強制下にあったわけではない。判例は、被利用者が成人の場合には、相当の強制があっても、被利用者に多少の意思の自由が残されていれば間接正犯の成立を否定する傾向にある。たとえば、妻が他の男性と不倫をしたと邪推し、妻に対して毎日のように常軌を逸した暴行・脅迫を加え、「自殺します」との文書を作成させるなど、妻の自殺を予見しながら肉体的・精神的圧迫を繰り返し、その結果、妻が自殺したという事案につき、広島高裁昭和二九年六月三〇日判決は、被告人の暴行・脅迫が妻の意思の自由を失わせる程度のものであったと認めるべき確証がないとして、殺人罪ではなく自殺関与罪の成立を認めている。そうすると、右の二つの判決例は、意思の抑圧があった点のみを根拠として間接正犯の成立を認めたのではなく、それと並んで、被利用者が刑事未成年者であるために事理弁識能力が不十分であったという事情も併せて考慮したものと解すべきであろう。⁽¹⁵⁾

一方、大阪高裁平成七年判決の事案では、利用者と被利用者は親子関係にはなく、単なる顔見知りすぎなかった。また、暴行などを手段とした日常的な支配関係があったわけでもなく、少年が犯行を拒否すれば直ちに危害を加えられるという状況にもなかった。しかし、大阪高裁は、少年の事理弁識能力が不十分であったこと、一〇歳という年齢からすれば、日頃怖いという印象を抱いていた被告人の命令に逆らえなかったのも無理はないこと、「目の前の

バッグを拾ってこい」という命令の内容が単純であったために、かえってこれに抵抗して被告人の支配から逃れることが困難であったこと、少年は被告人の命令に従ってとっさに機械的に動いただけで、自己が利得しようという意思もなく、判断および行為の独立性ないし自主性に乏しかったことを根拠として挙げている。日常的な支配・依存関係がなくても、事理弁識能力が不十分なうえ多少畏怖の念を抱いている少年に対し機械的な行動を内容とする命令をし たときには、その少年を道具のように利用したと評価できるとするのである。⁽¹⁶⁾

このようにして、最近の判例は、被利用者が刑事未成年者であるために是非弁別能力が不十分であったという事情のほかにも、利用者と被利用者との間に日常的な支配・依存関係があったかどうか、被利用者に対する指示命令がその意思を抑圧するに足るものだったかどうか、被利用者がどの程度畏怖していたのか、指示命令の内容が単純で、被利用者の行為が機械的動作にすぎないといえるかなどの点を総合的に評価して、背後者が直接行為者を一方的に利用して犯罪を実現したと評価しうる場合に間接正犯の成立を認めているといつてよい。

本件においては、利用者と被利用者が親子関係にあり、犯行を嫌がっていた息子を被告人が説得したという事情はあるものの、本決定が指摘しているように、息子は是非弁識能力を持っていたし、被告人の指示命令も暴行・脅迫を伴うものではなく、息子の意思を抑圧する程度には至っていなかった。また、本件行為が強盗であった点も注目される。これまで判例において刑事未成年者を利用した間接正犯が認められてきた事案のほとんどは窃盗に関するものであったが、一般に、強盗は窃盗と異なり、単に財物を盗ってくるという機械的な作業では足りず、暴行・脅迫を加え被害者の意思を抑圧した上で財物を強取することを内容とするから、強盗を完遂するためには実行者がある程度自己

の判断により主体的に行動することが必要となる。実際、本件において息子は、強盗を実行する際、被告人による犯行方法の指示どおりに動いただけではなく、被害者に「トイレに入れ」などと言って自己の判断で臨機応変に行動しており、このことからすると、息子が単に道具のように機械的に動いたとはいえない。したがって、先述した判例の基準からすると、本件は間接正犯の成立が否定されるべき事案であったということになり、その意味で、第一審および本決定の判断は最近の判例の延長線上にあるものといえる。

学説上も、本決定の結論は概ね支持されるであろう。間接正犯が正犯として扱われる根拠に関しては、直接正犯と異なる実行行為性にあるとする見解⁽¹⁷⁾、直接行為者の規範的障害の不存在を強調する見解⁽¹⁸⁾、行為支配に求める見解⁽¹⁹⁾、直接行為者の自律的決定の欠如を重視する見解⁽²⁰⁾などが主張されているが、本件のように、直接行為者たる刑事未成年者が是非弁識能力を持っており、また、暴行・脅迫による意思の抑圧もない事案では、いずれの見解においても間接正犯の成立は否定されるものと思われる⁽²¹⁾。

三 共同正犯の成否

(1) 第二に注目されるのは、本決定が間接正犯を否定した上で共同正犯の成立を認めたことである。間接正犯と教唆犯の区別という問題が古くから学説上の論点とされてきたことから分かるように、従来、間接正犯が否定された場合には教唆犯の成立が問題になるにすぎないと一般に考えられてきた。しかし、判例および学説の多数の支持する共謀共同正犯の理論を前提とすれば、実行行為を直接担当しなくても共同正犯となりうるのであるから、他人に実行

行為を行わせた場合において間接正犯が否定されたとしても共同正犯が成立するということは理論的に可能であろう。本決定は、このことを明らかにしたものとして重要である。

それでは、本件において共謀共同正犯の成立は肯定されるべきであろうか。判例によると、「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い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をなし、よって犯罪を⁽²²⁾実行した」場合に共謀共同正犯が成立する。具体的には、①共謀者間の地位や関係（各共謀者が上下もしくは主従関係にあったか、対等な関係だったかなど）、②犯行の動機や意欲（自ら犯行を発案したのか、頼まれて断りきれずに犯行に加わったのかなど）、③謀議への関与の程度（実行方法の決定について積極的に発言したのか、謀議の現場にいただけで犯行計画の立案には実質的に参加していないのかなど）、④犯行全体における寄与度（犯罪の実現に不可欠な準備行為をしたか、共犯者の指示に従い、単純な機械的作業をしたにすぎないかなど）、⑤利益の分配（犯行によりどの程度の財産的利益を得たか）といった事情を総合的に評価して、共謀共同正犯の成否を決定している。⁽²³⁾

共同正犯と教唆犯の区別に関しても、こうした基準が適用されることになる。仙台高裁秋田支部昭和三五年四月六日判決⁽²⁴⁾によると、「共謀者が共同正犯として処断される所以は、その犯罪の実行々為が、行為担当者と共に共謀者間の共同犯行の認識のもとに、換言すれば、共謀者は行為担当者の実行々為を通じて自己の犯罪意思を実現し、他方行為担当者は自己の実行々為により共謀者の犯罪意思をも実現する主観的な相互依存の関係（双方による心理的補充の關係）のもとに敢行されるところにあるのに対比し、教唆犯の場合は、……被教唆者は教唆者により生ぜしめら

れた犯意に基づいて、主観的には自己の目的と意思のもとにその犯罪を敢行（単独正犯）するもの（一方的な心理的補充の関係）であり、「共謀共同正犯と教唆犯とは右のごとき共同犯行の認識の有無の点で明確に区別さ」れる。また、名古屋高裁昭和二六年一月三〇日判決⁽²⁵⁾は、「所謂共謀共同正犯なるもの教唆犯との区別に就て見るに、前者は共謀に係る数名の共同の意思を其中の或者して実行せしめる関係に立つのであるが教唆犯は単に他人をして犯意を惹起せしめ又は之を強からしめる行為を指称する」と述べている。これらの判決においては、謀議により共同の犯罪意思が形成されたかどうか共謀共同正犯と教唆犯の区別基準として重視されているのである。そして、その具体的な判断方法を見ると、たとえば、名古屋高裁昭和二六年判決は、教唆犯を否定し共謀共同正犯を認める理由として、被告人が実行行為担当者を情義に絡んで半ば強制的に使役した事実を挙げている。また、東京地裁昭和三五年四月三〇日判決⁽²⁶⁾は、被告人が密輸入の具体的方法等について実行行為の担当者と共同して研究討議し、実行者を定めたという事実もない以上、麻薬密輸入の共同謀議があつたとはいえないと述べて、共謀共同正犯を否定し、教唆犯にすぎないとする。いずれも、謀議への関与の程度が積極的・主体的なものといえるかどうか、すなわち前記の③の要素に着目するものといつてよい。

本件では、①利用者と被利用者は親子関係にあつた、②被告人が生活費欲しさから強盗を発案した、③強盗の実行方法を計画し、決定したのも、被告人であつた、④嫌がる息子を説得し、犯行方法を教示するとともに、犯行道具も供与した、⑤長男が奪った金品はすべて被告人が領得した、という事情が認められる。したがって、従来の判例の基準からすると、本件は共謀共同正犯の成立が認められる事案であつたといえる⁽²⁷⁾。第一審および本決定も、これらの事

実を指摘して共同正犯の成立を肯定しているところである。

判例上、共謀共同正犯の成否が争われた事案のほとんどは幫助犯との区別が問題となったものであり、共謀共同正犯と教唆犯の区別基準に触れた裁判例はそれほど多くない。そのような状況の中で、本決定が共謀共同正犯と教唆犯の区別につき最高裁として一定の判断基準を示したことは注目し値するといえよう。

なお、本件では、成人と刑事未成年者との共同正犯が認められたが、この点についても異論はないであろう。後述するように、共犯成立の前提条件として構成要件に該当する違法な正犯行為の存在を要求する制限従属性説が狭義の共犯ばかりでなく共同正犯にも妥当するのか、また、共同正犯者の一方の行為は違法で、他方の行為は違法でないということがありうるのかについては議論の余地があるが、少なくとも責任の個別性の原則により、各共同正犯者の責任はそれぞれの事情に応じて個別的に判断されるべきであるという点に関しては争いがない。これによると、責任能力者と責任無能力者との共同正犯も可能であるということになる。結局、成人と刑事未成年者が一体となって互いに利用・補充し合って構成要件を実現したといえる以上は共同正犯の成立要件を満たしており、共同正犯の成立を否定する理由は存在しないのである。

(2) ただ、このように間接正犯が否定された場合にも共同正犯の成立が可能であるとする、間接正犯の概念を論ずることにどのような意義があるのかを問い直してみる必要があるように思われる。学説はこれまで、間接正犯の要件を厳格に解し、その成立範囲を限定するために多くの努力を払ってきた。しかし、間接正犯の成否が問題となる事例では、本件のように背後者は少なからず主体的・積極的に行動しているのが通常であろうから、仮に間接正犯

が否定されたとしても、ほとんどは共謀共同正犯が認められ、結局は正犯として扱われることになると考えられる。それでは間接正犯の成立について厳格な要件を課す意義はあまりないのではないかとの疑問も生ずるのである。

これに関連して問題となるのは、共同正犯は正犯か共犯かという点である。学説上は、共同正犯を共犯の一種であると解する立場が有力である。⁽²⁹⁾これによると、間接正犯は、直接正犯と同視しうる本来的な正犯であるのに対し、共同正犯は、単独正犯（直接正犯および間接正犯）の成立が否定された場合に認められる処罰拡張事由にすぎない。こうした立場においては、間接正犯と共同正犯とは異なる正犯性の要件が認められることになるから、間接正犯の概念は依然として重要であるといえよう。これに対し、共同正犯の正犯性を強調する⁽³⁰⁾と、間接正犯独自の成立要件を論ずる実践的意義はそれほど大きくないともいえる。間接正犯も共同正犯も同じ正犯である以上、両者には同じ正犯性の原理が妥当することになるからである。今後、本決定を契機として、こうした点について議論が深められることが望まれる。

四 本決定と要素従属性

なお、学説の中には、本決定は明示的に制限従属性説を採用した点に先例的価値があるとするもの⁽³¹⁾がある。すなわち、以前の判例は極端従属性説に立つと解されていたところ、最高裁昭和五八年決定が刑事未成年人者を利用した場合に間接正犯ではなく共犯の成立する可能性があることを示唆したこと⁽³²⁾から、最高裁は制限従属性説に好意的であると評されることになった。ただ、最高裁昭和五八年決定は被告人の行為を間接正犯とし、その結論は極端従属性説によ

つても説明可能なものであったため、最高裁が判例として制限従属性説を採用していると断定することはできなかつた。しかし、本決定が成人と刑事未成年者との共同正犯を認めたことにより、共同正犯を含む共犯の成立要件に関し最高裁が制限従属性説に従うことが明らかになったというのである。

従来、制限従属性形式か極端従属性形式かという要素従属性の問題は、狭義の共犯すなわち教唆犯と幫助犯を対象として議論されてきたが、右の見解は、要素従属性を狭義の共犯と共同正犯に共通する問題と捉えている。その基礎にあるのは、共同正犯は本来正犯ではなく共犯であるとする理解であろう。しかし、共同正犯は本来正犯であると解すれば、従属性の内容につき狭義の共犯と共同正犯とで異なる考慮が働く可能性があるということになる。また、共同正犯の共犯性を強調する見解の内部においても、共同正犯における従属性は共同正犯の本質・構造を前提として解決されるべき問題であるから、教唆犯や幫助犯と同じ従属性の原理が共同正犯に妥当するわけではないとする立場が有力である。いずれにせよ本決定を含めた判例がこの点につきいかなる理解に立つのかは明らかではないのであるから、要素従属性の問題に関しては、さしあたり共同正犯の場合と狭義の共犯の場合とを分けて検討する方が適切であろう。

そこで、まず問題となるのが、本決定が共同正犯に関して制限従属性形式を採用したものと見えるのかである。極端従属性形式によると、共同正犯が成立するためには構成要件に該当する違法かつ有責な行為を共同して実行することが必要となるのに対し、制限従属性形式からは、構成要件に該当する違法な行為を共同して実行するときに共同正犯が認められ、さらに、最小従属性形式においては、構成要件に該当する行為の共同があれば足りることになる。そうする

と、責任能力者と責任無能力者との共同正犯を認めた本決定は少なくとも極端従属形式を否定したものとはいえる。しかし、そこから本決定が共同正犯に関して制限従属性説を採用したとまでは断定できないように思われる。本決定の結論は、最小従属性説からでも導き出すことは可能だからである。実際、判例は、共同正犯における違法性阻却の有無は各人により個別的・相対的に判断されると解している。たとえば、最高裁平成四年六月五日決定⁽³⁴⁾は、共同正犯者の一方に積極的加害意思があり、他方ない場合、急迫不正の侵害は後者についてのみ認められるとして、正当防衛の成立要件の有無は各人により個別的に判断されるとの判断を示した。こうした点からすると、共同正犯が成立するためには構成要件を共同して実現した事実があれば足り、違法な行為を共同することを要しないというのが、判例の立場であるとも解される。したがって、本決定が共同正犯について制限従属形式を採用したとすることは疑問が残るのである。

次に問題となるのは、本決定が狭義の共犯について制限従属性説を採用する趣旨なのかという点である。右の見解は、本決定が共同正犯に関して制限従属形式を適用したことを理由に、狭義の共犯についても本決定は制限従属性説を採用したと断ずる。しかし、既述のように、本決定が共同正犯に関して制限従属形式を採用したとは断定できないし、仮に本決定が共同正犯について制限従属形式を基礎としていても、共同正犯における従属性の内容と狭義の共犯における従属性の内容とが一致する必然性はない。学説の中には、本決定が刑事未成人者を利用した事例について間接正犯の成立を否定した点を捉えて、本決定は制限従属性説を採用したとするものも存在する⁽³⁵⁾が、すでに見たように、いかなる場合に間接正犯が成立するのかという問題と、共犯成立の前提条件として正犯行為がいかなる要素

を具備していなければならぬかという問題とは全く無関係であるというべきであるから、本決定が刑事未成年者の利用について間接正犯を否定したからといって、そのことが直ちに制限従属性説の採用を意味するものではない。

結局、本決定は、現実に刑事未成年者の正犯行為に対する教唆犯の成立を認めただけではないのであるから、本決定が狭義の共犯における要素従属性に関してどのような立場を採るかは依然として明らかではないというべきであろう。ただ、本決定が刑事未成年者に実行行為を行わせた被告人の行為が共同正犯に当たるか教唆犯にすぎないかについて検討し、刑事未成年者の正犯行為に対する教唆犯の成立可能性に言及している点から見ると、少なくとも極端従属形式は否定したものと推測される。しかし、共同正犯の従属性に対する判例の態度からすると、本決定が狭義の共犯についても最小従属性説に立つ可能性も否定できず、本決定が制限従属性説を前提としているとは言い切れないであろう。この点に関しては、今後の判例の推移を見守る必要がある。

(1) 大審院時代の判決例としては、満一二歳以上一六歳未満の少年に放火をさせた事案につき放火罪の間接正犯を認めた大判明治三二年三月一四日刑録五輯三巻六四頁、および、満一〇歳に達しない少年にその自宅から借用証書を盗ってこさせた事案につき窃盗罪の間接正犯とした大判明治三七年一二月二〇日刑録一〇輯二四一五頁があるが、いずれも、是非の弁別のない少年を利用した事実を指摘して間接正犯を肯定している。

(2) 判特二二号一七八頁。

(3) 高刑集七巻二二号一七八一頁。

(4) 判特二二号一〇六頁。

(5) 大越義久「判批」昭和五八年度重要判例解説(昭和五九年)一四八頁。

- (6) 大場茂馬『刑法総論 下巻』(大正七年)一〇一七頁、宮本英脩『刑法学綱要 第三分冊』(昭和三年)四九四頁。
- (7) 大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版〕』(平成九年)一五三―一五四頁、大谷實『新版刑法講義総論』(平成十二年)一六五頁、前田雅英『刑法総論講義〔第3版〕』(平成八年)四〇二頁。
- (8) 大塚・前掲注(7)一五五頁、大谷・前掲注(7)一六七頁、前田・前掲注(7)四〇三頁、曾根威彦『刑法総論〔第三版〕』(平成十二年)二六六頁、山口厚『刑法総論』(平成十四年)六八頁。これに対して、西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)三一五頁、齋藤信治『「極端従属形式」は捨てられるべきか』法学新報九一卷八〇九―一〇号(昭和六〇年)六四頁は、刑事未成人者を利用した場合について常に間接正犯を認める。
- (9) 刑月六卷一―一五頁。
- (10) 刑集二七卷七号一〇七〇頁。
- (11) 判時一五六九号一四五頁。
- (12) 大越・前掲注(5)一四八頁、亀井源太郎「判批」東京都立大学法学会雑誌三八卷二号(平成九年)四九三頁、園田寿「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第四版〕』(平成九年)一四九頁。
- (13) 渡邊忠嗣「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五八年度)』(昭和六二年)二八〇頁は、最高裁昭和五八年決定は「意思抑圧型」の間接正犯を認めたものであるとする。
- (14) 高刑集七卷六号九四四頁。
- (15) 大越・前掲注(5)一四八頁、園田・前掲注(12)一四九頁、亀井・前掲注(12)四九四頁。
- (16) 亀井・前掲注(12)四九四頁以下、高橋則夫「判批」判例セレクト96(平成九年)三五頁。これに対して、中山研一「判批」判例タイムズ九二九号(平成九年)六四頁以下は、この事案について間接正犯を認めることに否定的である。なお、島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」(平成十四年)二九八頁参照。
- (17) 大塚・前掲注(7)一五五頁、前田・前掲注(7)四〇二頁。
- (18) 曾根・前掲注(8)二六四頁、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(平成十一年)七六六頁。

刑事未成人者の利用と共同正犯

- (19) 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（平成一二年）一七二頁以下。
- (20) 島田・前掲注（16）一一四頁以下、山口・前掲注（8）六四頁以下。
- (21) 島田聡一郎「判批」平成一三年度重要判例解説（平成一四年）一五七頁、松原久利「判批」受験新報六一五号（平成一四年）一五頁、高橋則夫「判批」現代刑事法四三三号（平成一四年）九六頁、前田雅英「形式的共同正犯論の終焉」法曹時報（平成一四年）八頁、亀井源太郎「実務における正犯概念」判例タイムズ一〇四号（平成一四年）二五―二六頁、東公明「判批」創価法学三三卷一―二二二号（平成一四年）二四八頁。
- (22) 最判昭和三三年五月二八日刑集二二卷八号一七一八頁。
- (23) 上野智「事実認定の実証的研究」判例タイムズ二五五号（昭和四六年）一六頁以下、西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』（平成二年）三七八頁以下、石井一正「片岡博「共謀共同正犯の認定」判例タイムズ七六三号（平成三年）三六頁以下、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報五一卷八号（平成一一年）一九頁以下、拙稿「判批」大谷實編『判例講義刑法Ⅰ総論』（平成一五年）一三二頁など参照。
- (24) 下刑集二卷三―四号三五五頁。
- (25) 判特二七号一五頁。
- (26) 下刑集二卷三―四号六二二頁。このほか、共同正犯と教唆犯の区別が問題となった判例としては、名古屋高判昭和二四年一月二五日判特六号七九頁、仙台高判昭和五九年一月二六日高検速報昭和五九年五号五五六頁、仙台高秋田支判昭和六〇年五月一四日高検速報昭和六〇年二二号三七七頁などがある。
- (27) 島田・前掲注（21）一五八頁、松原・前掲注（21）一五頁、高橋・前掲注（21）九七頁、前田雅英「判批」同『最新重要判例250刑法 第4版』（平成一四年）七五頁、内藤謙『刑法講義総論(下Ⅱ)』（平成一四年）一三三八頁、亀井・前掲注（21）二八頁。なお、前田・前掲注（21）二頁以下は、本決定により、実行行為概念を基軸とする形式的な共犯論から、共謀共同正犯の理論を中心とする実質的な共犯論への流れが加速されると指摘する。
- (28) 島田・前掲注（21）一五八頁、前田・前掲注（21）二〇頁、亀井・前掲注（21）二七頁。これに対し、西原・前掲注

- (8) 三三三頁は、刑事未成年者が関与しても共犯とならないとする。
- (29) 山口・前掲注(8) 二五三頁、島田・前掲注(16) 九三頁以下、西田・前掲注(23) 三六六頁以下。
- (30) 橋本・前掲注(19) 二頁、長井圓『交通刑法と過失正犯論』(平成七年) 二〇九頁以下。なお、木村栄作・「判批」警察学論集二八巻四号(昭和五〇年) 一六八頁以下、東條伸一郎「判批」研修四二七号(昭和五九年) 六六頁以下、中山・前掲注(16) 六七頁参照。
- (31) 松宮孝明「判批」法学セミナー五六七号(平成一四年) 一一〇頁、北原一夫「判批」研修六四七号(平成一四年) 一四〇頁、内藤・前掲注(27) 一三三八頁。
- (32) 大越・前掲注(5) 一四八頁、園田・前掲注(12) 一四九頁、奈良俊夫「判批」法学新報九一巻八〇九号(昭和六〇年) 四一四頁。
- (33) 山口・前掲注(8) 二七四頁。同旨、東・前掲注(21) 二四九頁。
- (34) 刑集四六巻四号二四五頁。
- (35) 松原・前掲注(21) 一五頁。

【本決定評釈】

本決定評釈として、島田聡一郎「一二歳一〇か月の長男に指示・命令して強盗を實行させた者に、強盗の間接正犯でも教唆犯でもなく、共同正犯が成立するとされた事例」法学教室二五九号(平成一四年) 一二四頁、同「一二歳一〇か月の長男に指示・命令して強盗を實行させた母親に、強盗の間接正犯でも教唆犯でもなく、共同正犯が成立するとされた事例」平成一三年度重要判例解説(平成一四年) 一五六頁、松宮孝明「刑事未成年者を利用した強盗の間接正犯でなく共同正犯が認められた事例」法学セミナー五六七号(平成一四年) 一一〇頁、前田雅英「一二歳の少年を利用した強盗と共同正犯」同『最新重要判例250刑法第4版』(平成一四年) 七五頁、松原久利「刑事未成年者を利用した場合に強盗の共同正犯が成立するとされた事例」受験新報六一五号(平成一四年) 一五頁、北原一夫「刑事未成年者を利用して強盗を行った者と共同正犯の成否」研修六四七号(平成一

四年) 一四〇頁、高橋則夫「刑事未成年者に指示命令して強盜を實行させた者につき強盜の共同正犯が成立するとされた事例」現代刑事法四三号(平成一四年) 九四頁、東公明「刑事未成年者との共同正犯」創価法学三二卷一〇二二号(平成一四年) 二四三頁がある。

そのほかに、前田雅英「形式的共同正犯論の終焉」法曹時報(平成一四年) 一頁、亀井源太郎「実務における正犯概念」判例タイムズ一〇四号(平成一四年) 二三頁。