

《判例研究》

長女（当時14歳）と共謀の上、次女（当時10歳）に指示して店内から商品を未精算のまま持ち出させ、これを窃取させた被告人の行為につき、次女との関係では窃盗の間接正犯が成立するとした一方で、長女との関係では窃盗の共同正犯が成立するとした事例

福岡地方裁判所平成29年12月18日（平成29年（わ）第629号、平成29年（わ）725号、平成29年（わ）849号：窃盗被告事件）

（裁判所ウェブサイト、LEX/DB 文献番号 25449180）

矢 田 陽 一

【事実の概要】

被告人は、

第1 被告人の長女（当時14歳）と共謀の上、平成29年1月14日、福岡市a区bc丁目d番e号のA店において、刑事未成年者である被告人の次女（当時10歳）に指示し、同女をして同店店長B管理に係るランドセル1個（販売価格3万556円）を携帯させて未精算のまま同店から持ち出させ、これを窃取し

第2 平成29年4月1日、福岡市f区gh丁目i番j号のC店において、刑事未成年者である被告人の次女（当時10歳）に指示し、同人をして同店店長D管理に係るアイスクリーム1点（販売価格238円）を携帯させて未精算のまま同店から持ち出させ、これを窃取し

第3 平成29年4月23日、前記C店において、刑事未成年者である被

告人の次女（当時 10 歳）に指示し、同人をして同店店長 D 管理に係る餃子の皮 1 点（販売価格 89 円）を携帯させて未精算のまま同店から持ち出させ、これを窃取したものである。

【判決要旨】

「1 …本件以前より、被告人が、次女に対して商品の万引きについての黙示的なものも含めた指示をしており、これに従わなければ髪のを引っ張るなどの暴行を加えていたという状況があり、判示第 1 ないし判示第 3 の各犯行においても、被告人が、持ち出すものを指示し、次女が、万引きをしなければ前記のような暴行を加えられるかもしれないとの思いから、その指示に従って商品を持ち出したことが認められる。

2 そして、次女が本件各犯行時 10 歳であって、その是非弁別能力には限界があること、各犯行当時、次女と同居していた大人は被告人のみで、生活をしていくためにはその意向に従わざるを得なかった状況にあったことも加味すれば、母親である被告人が次女を利用して自己の犯罪として各犯行を実現したと認められる。また、判示第 1 については、…被告人が長女及び次女の目の前でランドセルの持ち出しを指示したことが認められるところ、長女はこの指示に従って、被告人がレジで別の商品を購入している間に、ランドセルを手持って精算することなく通過していることからすれば、長女と被告人との間の共謀が認められる。そして、長女は当時 14 歳であり、犯行時においても、自身の判断でランドセルについていた盗難防止の鈴を外すなどその場の状況に応じた行動をしていることからすれば、被告人と長女の間では間接正犯ではなく、共同正犯が成立するといえる。」

【評釈】

I. はじめに

本事例では、主に、被告人自身の子である刑事未成年者および未成年者の

2名に対して財物の窃取を指示した被告人の行為につき、それぞれ窃盗の間接正犯あるいは共同正犯が成立するか、が争点となった。この点につき、本判決は、刑事未成年者(10歳)であった次女との関係では窃盗の間接正犯の成立を認めた一方で、未成年者(14歳)であった長女との関係では窃盗の共同正犯の成立を認めた。

本判決の内容は、(強制を伴う)刑事未成年者を利用した間接正犯の成否、未成年者との間の共同正犯の成否ないし認定順序など、正犯・共犯論上の重要問題に関わるものである。

本判決の意義は、これら諸問題のうち、間接正犯との関係では、被告人が暴行等によって作出した強制状況下における刑事未成年者の利用に間接正犯の成立を認めた点、共同正犯との関係では、未成年者との間で共同正犯の成立を認めた点、間接正犯の認定を共同正犯のそれより先行させ、前者の成立を否定した上で後者の成立を認めた点、にある。

以下では、本判決で示された判断のうち、特に検討を要する問題を中心として、従来の判例・学説の動向と対比しつつ、若干の評釈を行いたい。

II. 次女との関係における間接正犯の成否

(a) 間接正犯の類型

かねてより、わが国では、他者を通じて犯罪を実現する間接正犯の概念を認める見解が支配的であるが¹⁾、他方、どのような場合に、あるいはいかなる範囲でこれを認めるのかについては、各人各説の様相を呈している。この点、間接正犯の類型としては、犯罪成立要件(行為自体を欠く場合、構成要件該当性を欠く場合、違法性を欠く場合、有責性(責任)を欠く場合、正犯意思を欠く場合)、利用客体という観点(第三者あるいは被害者自身)、利用客体の状況(強制状況あるいは事実の不知・錯誤状況)、被利用者の行為(作為あるいは不作為)、利用者の利用態様(積極的あるいは消極的)、などの区分が観念されうる。

1) 間接正犯の概念を否定するものとして、牧野英一『重訂日本刑法 上巻』(1937年・昭12年)461頁以下、木村亀二(阿部純二補訂)『刑法総論 [増補版]』(1978年・昭53年)388頁。また、佐伯千仞『四訂刑法講義 (総論)』(1981年・昭56年)345頁以下、357頁以下。

本事例に関して、被告人と次女との関係では、強制状況下における刑事未成年者を利用している点で、行為自体を欠く場合あるいは有責性（責任）を欠く場合であって、なおかつ、暴行等を加えて意のままに財物を窃取させている点で、第三者の強制状況に基づく作為を積極的に利用する場合、に分類することができる。

（b）刑事未成年者の利用

学説上、本事案と同様、刑事未成年者のような責任無能力者を利用する場合に関して、古くは、自らの手で直接実行行為をおこなう者のみを正犯とする厳格な制限的正犯概念と、共犯従属性説の立場から、狭義の共犯の成立には正犯の行為が構成要件該当性・違法性に加えて有責性（責任）まで充足することが必要であるとする極端従属性説とを背景として、それらから生じる処罰の間隙を埋めるため、広く間接正犯の成立を認める見解が支配的であった²⁾。しかしその後、要素従属性の程度として、構成要件該当性・違法性を充たしさえすれば足りるとする制限従属性説の立場が通説化するにともない、たとい刑事未成年者であっても、およそ是非の弁別能力を有し、自ら実行行為をなす者を利用する場合、これを教唆犯として構成しうるとする見解が、次第に通説的な地位を占めるようになった³⁾。これに対して、このような見解を主張する者の多くは、刑事未成年者のうちでも、とりわけ幼年少者など、人格の発達が十分でなく、是非の弁別をまったくあるいは著しく欠如する者の身体活動については、そもそも刑法上の行為とはいいがたいとして、これを利用する場合に広く間接正犯の成立を認め

2) 大場茂馬『刑法総論（下）』（1917年・大6年）1017頁、泉二新熊『日本刑法論総論』（45版）（1939年・昭14年）659頁以下。

3) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（1948年・昭23年）107頁以下、208頁、団藤重光『刑法綱要総論』（第3版）（1990年・平2年）156頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版）（2008年・平20年）160頁（以下、『大塚（概説）』と略）、福田平『全訂刑法総論』（第5版）（2013年・平25年）264頁、大谷実『刑法講義総論』（新版第5版）（2019年・令元年）142頁、大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀『大コンメンタール刑法』（第3版）（2019年・令元年）43頁〔高窪貞人〕。これに対して、西原『刑法総論 下巻』（改訂準備版）（1993年・平5年）364頁以下は、刑事未成年者を含めた責任無能力の利用を遍く間接正犯とする。

る傾向にある⁴⁾。このように、目下支配的な理解によれば、刑事未成年者を利用する場合、利用者に間接正犯が認められる場合と教唆犯のみが認められる場合とがありうることになる。すなわち、かつてのように、刑事未成年者の利用であれば一様に間接正犯の成立が認められるのではなく、被利用者に是非の弁別能力があったか否か、あるいはどの程度あったかということが、事案に応じて個別に問われるようになったわけである。

判例上、是非を弁別しえない刑事未成年者の利用が問題となったものとして、旧刑法期における2つのリーディング・ケースがある。1つ目の大判明治37・12・20は、被告人が10歳未満の幼年少者を利用して自身の借用証書を窃取させたという事案につき、被告人は「是非ノ弁別ナキSヲ機械ト為シ」たことを理由として、被告人に窃盗罪の成立を認めている⁵⁾。2つ目の大判明治32・3・14は、被告人が12歳以上16歳未満の少年(ただし年齢不詳)を利用して放火を行かせたという事案につき、原判決は「是非ノ弁別ナキTヲ用ヒテ放火ヲナシタル事実ヲ明示シ実行正犯トシテ処断シタルモノ」であって、事実、理由及び擬律の点で不法の廉はないとして、被告人に放火罪の成立を認めている⁶⁾。これら旧刑法期の判例においては、(後者の判例では「……是非ノ弁別ナク唯畏怖スルニヨリ」とあるように一定の強制状況下にあったことも指摘されてはいたものの)、もっぱら被利用者が幼少年者である点で是非の弁別能力を欠くということに主眼を置いてその罪の成立を否定し、代わりにその利用者に間接正犯の成立を認めたようである⁷⁾。すなわち、旧刑法期の判例は、責任無能力者である刑事未成年者の利用に関して、極端従属性説の立場から、実質的な是非弁別能力

4) 団藤・前掲注3) 156頁以下、大塚(概説)・前掲注3) 160頁、大谷・前掲注3) 142頁、佐久間修『刑法総論』(2009年・平21年) 81頁。

5) 旧刑法366条は「人ノ所有物ヲ窃取シタル者ハ窃盗ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ処スル」と規定していた。

6) 旧刑法75条は「抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所為ハ其罪ヲ論セス」と、旧刑法80条本文は「罪ヲ犯ス時満十二歳以上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、それぞれ規定していた。

7) 大塚仁『総合判例研究叢書 刑法(21)』(1963年・昭38年) 14頁(以下、『大塚(判例)』と略)。

の有無や強制の程度などを仔細に検討することなしに、等しく間接正犯の成立を認めていた点に特徴があるといえる⁸⁾。

現行刑法典が施行された以降においても、刑事未成年者の利用が問題となったケースが散見される。仙台高判昭和 27・9・27 は、被告人が 13 歳に満たない幼年少者に指示して、煙草、ジャンパーや角巻などの衣類、夜具、糸絣などを窃取させたという事案につき、窃取の対象物品を被告人が個別に指示していたか否かを問わずに、「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言を俟たない」と判示し、被告人に各財物に対する窃盗の間接正犯を認めている。本事案に関して、被利用者は、被告人から窃取の対象物品を個別に指示されたもの以外、「金になるような物を盗って来い」ないし「何か品物を盗って来い」などといわれ、犯行現場において自らの判断で当該物品を選定していることからして、相応の知識・知能ならびに是非の弁別能力を有していたことが窺われるが、本判例はそれらの事実は一切言及することなく、被告人を間接正犯としている⁹⁾。すなわち、本判例もまた、刑事未成年者の利用について一律に間接正犯の成立を認めており、極端従属性説に立脚しているものと思われる点で、前述した旧刑法期の判例と軌を一にするものといえよう¹⁰⁾。また、広島高松江支判昭和 29・12・13 も、14 歳 3 ヶ月、12 歳、9 歳、8 歳の幼年少者に窃盗を命じた事案につき、全体を包括的に観察して 1 個の窃盗罪が成立すると判示している点で、ほぼ同様の論拠によっているものとみられる。

これに対して、名古屋高判昭和 49・11・20 は、父親が満 10 歳の息子に金品を窃取させたという事案につき、「Y は、いわゆる刑事未成年者であるばかりでなく、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

8) 大沼邦弘「間接正犯」西原春夫＝宮澤浩一＝阿部純二＝板倉宏＝大谷実＝芝原邦爾編『判例刑法研究 4』（1981 年・昭 56 年）118 頁。なお、井上正治「間接正犯」平野龍一＝福田平＝大塚仁『判例演習 刑法総論』[増補版]（1969 年・昭 44 年）32 頁。

9) 大塚（判例）・前掲注 7）19 頁以下は、この点を重視して当該刑事未成年者に教唆犯の成立を認めるべきであったとする。

10) 大塚（判例）・前掲注 7）19 頁。

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」として、被告人を窃盗の間接正犯としている。本判決に関しては、それまでの判例のように、被利用者が刑事未成年者であることの一事をもって被告人を間接正犯としたのではなく、暴行等に起因する強制状況を利用した点も考慮要素とされていることからして、刑事未成年者を利用する場合にも教唆犯が成立する可能性を認めたものと理解されている¹¹⁾。そして、本判例を皮切りとして、裁判所は次第に極端従属性説から制限従属性説へと軸足を移していくことになる¹²⁾。もっとも、本判例では、利用者・被利用者間に親子関係の存在が認められたが、その点に関する指摘は見当たらない。

さらにその後、本判例の延長線上にあるとみられる判例が登場するに至った。最決昭和 58・9・21 は、当時 12 歳であった養女に金品や菓子缶等物品 6 点を窃取させたという事案につき、「被告人は、当時 12 歳の養女 A を連れて四国八十八カ所札所等を巡礼中、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ものであったとしても、被告人については本件各

11) 大越義久「判批」『昭和 58 年度重要判例解説』（1983 年、昭 58 年）148 頁、園田寿「判批」松尾浩也＝芝原国爾＝西田典之編『刑法判例百選 I 総論』[第 4 版]（1997 年・平 9 年）149 頁。

12) 川端博「判批」西田典之＝山口敦＝佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論』[第 6 版]（2008 年・平 20 年）151 頁は、本判決の判断について、極端従属性説を緩和するものではあるが、必ずしも全面的に制限従属性説への移行を意味するものではないとする。

窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである」と判示している¹³⁾。本判例は、仮に被利用者が刑事未成年者であっても、行為当時において被利用者には是非弁別能力が存在していれば教唆犯とする余地があることを認めると同時に、たとえ行為当時被利用者には是非弁別能力が備わっていたとしても、暴行・威迫などにより一定の意思抑圧下にあったといえる場合、間接正犯となしうることをも認めたものといえる。すなわち、責任無能力者を利用する場合でも教唆犯が成立しうるとした点で、黙示的とはいえ、最高裁が制限従属性説に立脚することをはじめて正面から首肯した点で、きわめて重要な意義を有するものと評されている¹⁴⁾。ただし、本判決においても、被告人と被利用者との間で養親子関係があったにもかかわらず、その点に関する言及は（少なくとも明示的には）なされていない¹⁵⁾。

比較的近時においても、大阪高判平成7・11・9は、被告人を畏怖する、ある程度是非の弁別能力を有する10歳の少年に対してバッグを窃取するように指示した事案につき、「たとえAがある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人には、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、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である」と判示しており、上述した名古屋高判昭和49・11・20や最決昭和58・9・21とほぼ同様の論調により、

13) 本判例の評釈として、渡邊忠嗣『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和58年度』（1987年・昭62年）275頁以下（以下、渡邊（判解）と略）、同「判批」『法曹時報』38巻9号（1986年・昭61年）2211頁以下、山本輝之「判批」『警察研究』56巻9号（1985年・昭60年）70頁以下、神山敏雄「判批」『法学セミナー』363号（1985年・昭60年）146頁、齊藤誠二「判批」『法学教室』44号（1984年・昭59年）94頁以下など。

14) 大越・前掲注11）148頁、高窪・前掲注3）47頁。もっとも、亀井源太郎「実務における正犯概念」『判例タイムズ』1104号（2002年・平14年）23頁以下は、判例実務では、極端あるいは制限従属形式のいずれかを採用するかといった形式的な判断ではなく、実質的な観点から被告人の正犯性が判断されているとする。なお、松宮孝明「判批」『法学セミナー』567号（2002年・平14年）110頁。

15) なお、渡邊（判解）・前掲中13）は、「同女がいまだ幼く、旅の途中にあつて被告人以外に頼るべき人もない状況にあった」ことも意思抑圧の一考慮要素に挙げている。また、山本・前掲注13）75頁は、本事案では養親子関係などに基づく排他的支配状況にあったことを指摘する。

被利用者が刑事未成年者であったという形式的な事情のみに拘泥することなく、犯行当時において被利用者に是非弁別能力があったか否か、ならびに、被利用者が被告人の意思支配下にあったか否か、という実質的な要素を考慮し、間接正犯の成否を判断している¹⁶⁾。

本判決でもまた、本件犯行当時 10 歳の次女に財物の窃取を指示した被告人（母親）の行為につき、その年齢に着目し、「その是非弁別能力には限界がある」と判示している点で、被利用者の是非弁別能力を 1 つの考慮要素としつつも、そのみを絶対視することなく、「本件以前より、被告人が、次女に対して商品の万引きについての黙示的なものも含めた指示をしており、これに従わなければ髪を引っ張るなどの暴行を加えていたという状況があ」ったとして、被告人が被利用者に対して強制を用いていたことを認定している点で、暴行等に起因する強制状況なども考慮した上で、被告人を窃盗の間接正犯としている。したがって、これらの点については、本判例は上述した名古屋高判以降の諸判例とほぼ同一線上にあるものとして位置づけることができよう。もっとも、本判決ではそれにとどまらず、「各犯行当時、次女と同居していた大人は被告人のみで、生活をしていくためにはその意向に従わざるを得なかった状況にあった」ということが指摘され、利用者・被利用者間の実質的な支配・依存関係にまでも目が向けられた部分が、とりわけ注目に値する。

思うに、刑事未成年者の強制状況を利用する場合であっても、行為当時その者に是非弁別能力があり、かつ、強制の作用が相対的に僅少でかつ自発的な意思に基づく犯行の決意がなお可能であったかぎりにおいて、背後者に間接正犯ではなく共同正犯や教唆犯が認められるケースのあることは、もとより否定しえない。もっとも、刑事未成年者においては、14 歳以上の未成年者あるいは成年者に比して人格の形成がいまだ途上であることも多く、他者からの影響をより強く受けやすいという事実もまた、看過されてはならない。すなわち、一般的に、刑事未成年者の場合、比較的軽微な強制でも意思が抑圧されやすいといえることから、犯行当時において当該者

16) 亀井・前掲注 14) 24 頁以下。

の意思決定がおよそ自律的なものであったか否かについては、とりわけ慎重な判断を要するといわなければならない。また、刑事未成年者のケースでは、親などの扶助者が利用者となることも稀でなく、通常そのような場合、刑事未成年者の生活環境はそれらの者に大きく依存しており、その指示に違背すること自体がきわめて困難であるから、扶助者以外による強制の場合と比していくぶん軽微なものであったとしても、共同正犯や教唆犯ではなく間接正犯の成立を認めるべきである。したがって、本判例がはじめてこの点にまでさらに踏み込んで認定を行ったことについては、高く評価されるべきである。

(c) 間接正犯の正犯性

間接正犯の正犯性については、学説上、道具理論¹⁷⁾、実行行為説¹⁸⁾、行為支配説¹⁹⁾、規範的障害説²⁰⁾、遡及禁止論²¹⁾、全体的考察説²²⁾、など、様々な見解が主張されているが、それらは互いに必ずしも排斥し合うものではなく、むしろ重なり合う部分も多く見受けられる。

判例ではしばしば、被利用者の身体活動ないし行為を「自身の手足として

17) 大場・前掲注2) 1016頁

18) 団藤・前掲注3) 155頁、大塚(概説)・前掲注3) 160頁、263頁以下、高窪・前掲注3) 42頁、川端博『刑法総論講義』[第3版](2013年・平25年)535頁以下、前田雅英『刑法総論講義』[第7版](2019年・令元年)89頁。

19) 井田良『講義刑法学・総論』[第2版](2018年・平30)488頁、橋本正博『刑法総論』(2015年・平27年)238頁以下、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論』[第3版](2019年・平31年)350頁以下、高橋則夫『刑法総論』[第4版](2018年・平30年)436頁以下。

20) 植田重正『共犯の基本問題』(1952年・昭和27年)81頁、山中敬一『刑法総論』[第3版](2015年・平27年)866頁、西原春夫『刑法総論』[改訂準備版(下巻)](1993年・平5年)358頁以下、曾根威彦『刑法原論』(2016年・平28年)527頁以下、日高義博『刑法総論』(2015年・平27年)444頁以下。

21) 山口厚『刑法総論』[第3版](2016年・平28年)68頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(2002年・平14年)391頁。

22) 栗原宏武「間接正犯と教唆犯の区別」大塚仁=佐藤文哉編『新実例刑法[総論]』(2001年・平13年)285頁以下。

利用し」²³⁾と述べたり、あるいは「器械」・「機械」²⁴⁾などとみなしたりしている点で、基本的には道具理論の立場によっているものと推察される²⁵⁾。すなわち、従前の判例において、利用者の正犯性は、問題となる犯罪の特性を踏まえ、事案に応じて、被利用者の行為をあたかも自身の手足や器械などと同じ性質の道具として利用していたかという観点から、実質的に判断されている、ということができよう。なお、そもそも「間接正犯」という表現自体を用いることなく、端的に「実行正犯として処罰すべき」や「～罪が成立する」もしくは「～罪に間擬する」などと述べているケースも少なくないが、それらは間接正犯が直接正犯とその本質において等しいものであることからあえて明示するまでもないことを理由とするものであって、間接正犯の概念それ自体を否定する趣旨ではないと解される²⁶⁾。

本判例でもまた、「母親である被告人が次女を利用して自己の犯罪として各犯行を実現した」との言い回しをしている点で、明示的に間接正犯の文言を使用しているわけではないが、その意味するところは従来の判例と基本的には大きく異ならないものと思われる。もっとも、「自己の犯罪として各犯行を実現した」という表現はその意味するところが甚だあいまいである点で、間接正犯の本質についてより明確かつ具体的な説明をなすべきであったということは指摘してきたい。

Ⅲ. 長女との関係における共同正犯の成否

本事例では、刑事未成年者ではないが、それと近接する年齢（犯行当時14歳）の未成年者であった長女に対して財物の窃取を指示した被告人の行為につき、窃盗の間接正犯ではなく共同正犯が成立すると判示された。近時、このように、成年者が暴行・威迫等による優越的な地位を利用して（刑事）未成年者に犯行を指示したが、その者が一定の範囲で独自の判断に基づき

23) 名古屋高判昭和25・3・20など。

24) 大判明治37・12・20、大判明治43・5・13、大判大正5・5・9、大判大正14・4・14など。

25) 大塚（判例）・前掲注7）7頁以下。

26) 大塚（判例）・前掲注7）8頁。

行動した場合に、間接正犯あるいは共同正犯のどちらが成立するか、ならびにどのような認定順序によるべきか、ということが議論されている。

この点に関してリーディング・ケースとなった最決平成 13・10・25 では、スナックのホステスであった被告人が、犯行当時において刑事未成年者（12 歳）であったその長男をそそのかして強盗を行わせたという事案に関して、「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」ことを理由に、間接正犯ではなく（共謀）共同正犯の成立が認められている²⁷⁾。これに対して、大阪高判平成 7・11・9 では、「被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己の利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった」として、間接正犯の成立が認められている。このような言い回しから判例の理解を推し量ると、（刑事）未成年者との間でも、その者が是非の弁別能力を有するかぎり、共同正犯が成立しうることを前提とした上で、被利用者が被告人の言動などに畏怖し、その指示に抗しえない状況下でもっぱら機械的な振る舞いに終始していた場合には間接正犯が成立するが、これとは対照的に、たとえ部分的には他者の働きかけがあったにせよ、該（刑事）未成年者が犯行全体を通じて独立的・主体的に行動したと判断されうる場合には共同正犯が成立する、ということになる。

本事案では、「長女は当時 14 歳であり、犯行時においても、自身の判断でランドセルについていた盗難防止の鈴を外すなどその場の状況に応じた行動をしている」ことが指摘され、年齢上すでに刑事未成年ではなかったことにくわえ、長女が犯行現場において独自の判断で臨機応変に振る舞った点を重視して、間接正犯ではなく共同正犯の成立を認めている点で、上述の判例とほぼ同様の判断枠組みによっていることが看取されうる。

しかしながら、次女との関係でも指摘したとおり、被告人と長女は親子関係にあった点で、生活全般にわたり両者間に特殊な関係が存在していた可能性も排除しえないにもかかわらず、長女との関係ではその点に一切言

27) 本判例については、平木正洋『平成 13 年度最高裁判所判例解説 刑事篇』（2004 年・平 16 年）146 頁以下、島田聡一郎「判批」『法学教室』259 号（2002 年・平 14 年）124 頁以下、松宮・前掲注 14）110 頁。

及することなく、もっぱら年齢や犯行現場における振る舞いのみを強調してなお主体的でありえたとした本判決の認定には、疑問も残る。すなわち、表面的には自主的に判断して犯行を行っていたとしても、利用者・被利用者間の背後に親子などに基づく特別な支配・依存関係が形成されていたような場合、被利用者の意思決定は利用者によって強く支配されていた可能性があったこと、すなわち、被利用者がはたして自律的に犯行を決意したかということにも思いを巡らすべきである²⁸⁾。したがって、長女との関係でも、間接正犯の成否をも含めた、さらに立ち入った検討が必要であったといわなければならない²⁹⁾。

ところで、本判例では、従来の判例と同様、間接正犯と共同正犯の認定順序に関して、間接正犯の認定を先行させ、それが否定された場合に共同正犯の認定を行うという手法を採用している³⁰⁾。この点、共同正犯の認定を先行させるべきとの見解もあるが³¹⁾、間接正犯が直接正犯と並ぶ単独正犯の一種である点で原則形式であるのに対して、共同正犯はその修正形式と理解されるものである以上、間接正犯の認定を先行させた本判例の判断は妥当なものといえよう³²⁾。

28) 平木・前掲中 27) は、刑事未成年者を利用した場合における間接正犯の成否について、利用者と被利用者との関係(親子関係の存否等)を挙げ、本件における被利用者は親である被告人の支持命令を拒みにくかったことに言及する。また、川西薫「被告人が、実子である長女(当時 13 歳)に指示してその弟である長男(同じく被告人の実子、当時 10 歳)に対して暴行を加えさせ、負傷させた傷害事件について、被告人に間接正犯が成立するのか、共同正犯が成立するのかが問題となった事例」『研修』880 号(2021 年・令 3 年)は、親子間における「逃れ難い関係」を指摘する。

29) なお、事実認定の補足説明においては、以前から指示に従わないと被告人に怒鳴られたり、髪を毛を引っ張られたりなどされていたことも指摘されている。

30) 近時の判例として、最決令和 2・8・24 も同様の認定順序によっている。

31) 高橋・前掲注 19) 436 頁。

32) 井田・前掲注 19) 488 頁以下。

Ⅳ. おわりに

本判例は、一方で、刑事未成年者であった次女を利用した間接正犯の成否につき、その年齢に応じた是非弁別能力の有無や日頃の暴行などに起因する強制の程度にだけでなく、さらには被告人との生活上の依存関係にまでも目を向けた点で、従来の判例にはない新たな考慮要素を提示したものといえ、その認定方法ないし帰結も含めて、およそ支持しうるものといえよう。もっとも、間接正犯の正犯性についてはほとんど言及されておらず、その点はなお不十分であるといわなければならない。

他方で、未成年者であった長女と意思を通じた共同正犯の成否につき、もっぱら犯行当時 14 歳で刑事未成年者ではなかったこと、ならびに犯行現場において独自の判断に基づき臨機応変に対処したということのみをもって間接正犯ではなく共同正犯の成立を認めたことについては、被利用者がなお自律的に犯行を決意したかということの認定を一切欠いている点で、安直にすぎるとの誹りを免れないであろう。被告人との関係において、扶養に基づく生活環境全般の依存度などを含めて、さらに踏み込んだ認定をすべきであった。その意味で、この部分の認定および帰結には重大な問題があったと評せざるをえない。