

## I. 事実の概要

(1)X は、本件当時、橋の近くの公園（以下、B 公園とする）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。

(2)A(10 歳)もその小学生の一人であり、X に三、四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 X を怖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。

(3)2014 年 4 月 10 日午後 5 時過ぎころ、B 公園で X は、A から小学生数名と遊んでいた。他の小学生がいなくなって X と A の二人だけになった午後 5 時 50 分ころ、B 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。すると、150 メートル位離れた橋の上で V(50 歳)が血を流して倒れており、橋の付け根の道路上にバッグが落ちていた。

(4)その付近には中年の女性もいたが、X 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 X と A だけが残された。そこで X は、4、5 メートル先に落ちているバッグを指さして、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。

(5)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、X 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。そのため、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 X にバッグを手渡した。

(6)バッグを受け取った X は、「早く来い」と言って A と共に約 50 メートル西に戻った B 公園南側の駐車場まで行き、バッグの中身を確かめた。すると、中に現金 13 万円が入っていたのでそのうち一万円札一枚を「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 X 自身のための買い物をしたあと、「今日のことは誰にも言うな」と口止めをして別れた。

## II. 問題の所在

本問では、間接正犯が問題となるどころ、間接正犯の条文がないことからその根拠が問題となる。

## III. 学説の状況

α 説：要素従属性を根拠として間接正犯を認める説

共犯の要素従属性と制限的正犯概念との結合から生ずる処罰の間隙を埋めるために間接

正犯を用いる説。

α-1 説：極端従属性説を採りながら共犯を考え、共犯とならなかった場合に間接正犯を検討する説<sup>1</sup>。

α-2 説：制限従属性説を採りながら共犯を考え、共犯とならなかった場合に間接正犯を検討する説<sup>2</sup>。

β 説：正犯性説

自分の手によって直接に構成要件を実現する者のみが正犯であるとする制限的正犯概念に立ちつつも、本来共犯である間接正犯の「正犯性」を強調し間接正犯を正犯として罰する説。

β-1 説：道具理論説<sup>3</sup>

被利用者はピストルなどと同様、利用者の道具にすぎないから、利用者に正犯性を認めようとする説。

β-2 説：行為支配説<sup>4</sup>

被利用者の行為を利用者が支配しているから、利用者に正犯性が認められるとする説。

β-3 説：実行行為説<sup>5</sup>

間接正犯の正犯性は、規範主義的観点において、他人を利用する行為そのものが、直接正犯と実質上異なるところのない実行行為性の存在が認められることにあるとする説。

#### IV. 判例

最高裁判平成 13 年 10 月 25 日第一小法廷決定

<事実の概要>

スナックのホステスであった被告人 A が、スナックの女性経営者から金品を強取しようと企て、当時 12 歳 10 ヶ月の中学 1 年生であった長男 B に対し、覆面をしエアガンを突き付けて脅迫するなどの方法により同経営者から金品を奪い取ってくるよう指示命令して、強盗を実行させた。

<判旨>

A が生活費欲しさから強盗を計画し、12 歳 10 ヶ月の長男 B に指示命令して強盗を実行させた場合においても、当時 B には是非弁別の能力があり、A の指示命令は B の意思を抑圧するに足る程度のものでなく、B は自らの意思によりその実行を決意した上、臨機応変に対処して強盗を完遂し、B が奪ってきた金品をすべて A が領得したなど判事の実事関係の

<sup>1</sup> 大塚裕史『刑法総論の思考方法』（早稲田経営出版社,2007 年）67 頁参照。

<sup>2</sup> 大塚・前掲 67 頁参照。

<sup>3</sup> 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社,1990）155 頁。

<sup>4</sup> 平場安治『刑法総論講義』（有信堂,1952）150 頁。

<sup>5</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣,2008 年）149 頁。

下では、Aにつき強盗の間接正犯又は教唆犯ではなく共同正犯が成立する。

<検討>

本判決は、刑事未成年者を被利用者とする間接正犯の成否が問題になったものである。結論として共同正犯を成立させたが、間接正犯不成立の判断において、被利用者には是非弁別の能力があり利用者の指示命令は被利用者の意思を抑圧するに足りず、あくまで被利用者の強盗の実行は自らの意思によってしたことを考慮している。これは、間接正犯の成否について被利用者が利用者に逆らうことが困難ではなかった、すなわち利用者によって被利用者の行為が支配されていたか否かで判断したものと考えられる。

## V. 学説の検討

1. まず、 $\alpha$  説について検討する。

$\alpha$  説は、間接正犯を共犯の要素従属性と制限的正犯概念<sup>6</sup>との結合から生ずる処罰の間隙を埋めるために用いる補助概念とする。すなわち教唆犯は成立しないがそれでは妥当な結論ではない場合に間接正犯が成立すると解する。しかし、間接正犯が成立する場合は、利用者の悪性が非常に高く、それゆえに共犯性が希薄で正犯性が高いものであり、通常の共犯として解するのは妥当ではない。そうであれば、間接正犯は「非共犯性」からではなく「正犯性」から積極的に肯定すべきである<sup>7</sup>。

(1) $\alpha$ -1 説について、極端従属性説は、正犯が構成要件該当性と、違法性及び責任を具備することを要するとする説であるが、極端従属性説では、正犯が責任無能力者の場合にその利用者を教唆犯とすることができず、妥当ではない。

(2) $\alpha$ -2 説について、制限従属性説は、正犯が構成要件に該当し、かつ、違法性を具備することを要するとする説である。そして、本説は、共犯とならなかった場合に間接正犯を検討する説であるところ、たとえば、常日頃から利用者から暴行を受け、利用者を畏怖し意思を抑圧されていた14歳の利用者の娘(被利用者)が、利用者の命令によって犯行に及んだ場合、利用者・被利用者は共に共犯として処罰されることとなる。しかし、このような利用者の悪性が極めて高い事案において、被利用者が共犯として処罰され得ることをもって利用者の間接正犯が成り立たないとするのはあまりに不合理であるといわざるを得ない。

(3)よって、検察側は $\alpha$  説を採用しない。

2. 次に $\beta$  説について検討する。

---

<sup>6</sup> 制限的正犯概念は、正犯の概念を制限的に解しようとするもので、構成要件該当の行為を自ら行う者が正犯であるとする見解である。これに対し、拡張的正犯概念とは、いやしくも構成要件の結果の発生に何らかの条件を与えたものはすべて正犯であるとする見解である。しかし、拡張的正犯概念では実行行為の観念を放棄することになり、その代わりに構成要件の実現という結果に対して条件を与えた行為は、刑法上同価値ですべて正犯として処罰されることによって、極端な条件説に帰着することになるので妥当ではない。

<sup>7</sup> 大塚・前掲 68 頁参照。

- (1)B-1 説について、「道具のように利用したか否か」という基準は、素朴な直観に基づく一種の比喩にすぎず、基準としてはあまりにも漠然としており不明確である<sup>8</sup>。また、意思のある人を「道具」と言えるのかどうかという疑問が残り、妥当ではない。
- (2)B-3 説について、本説は構成要件ないし結果発生の「危険性」を正犯性の基準とする説であるが、危険性を持った行為が必ずしもそのまま結果へとつながるわけではなく、結果を実現するために他人のさらなる行為が必要となる行為は、実行行為すなわち正犯行為にあたらぬ。たとえば、他人に毒薬を与えて自殺をすすめ、実際に自殺するに至らせた時、毒薬を渡すという行為は危険を持った行為ではあるが、殺人罪の実行行為ではなく、正犯性があるということはできない。すなわち、本説が正犯性を肯定できる事例とは、直接行為者に完全な不法の帰属を求めることのできない何らかの理由があり、その反面において背後者に対し実現事実を第 1 次的に帰属させたいと思われるような場合に他ならないが、誘致行為の持つ危険性が正犯性を肯定する決定的な理由ではないのであり、B-3 説は妥当ではない<sup>9</sup>。
- (3)B-2 説について、本説は構成要件実現のプロセスを行為者が「支配」しているかどうかを正犯性の基準とするものである。構成実現のプロセスを支配するといっても、「因果の過程を思うままに左右される」ところまで必要とされず、実現事実を第 1 次的に着せられるべきものとされる程度に主導的役割を演じればそれで正犯足りうとする。このように考えれば、B-2 説の正犯性を肯定できる事例である、直接行為者に完全な不法の帰属を求めることのできない何らかの理由があり、その反面において背後者に対し実現事実を第 1 次的に帰属させたいと思われるような事例をも規範的に捉えることができ、より妥当な見解であるといえる<sup>10</sup>。
- 以上より検察側は B-2 説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第 1 A の罪責について

1. A のバッグを拾った行為につき、窃盗罪(235 条)が成立しないか。
2. A は V が血を流して倒れており、誰も見ていない隙に、V のバッグという「他人の財物」を拾って自分のものとしたことから、A の行為は相手方の意思に反して目的物の占有を自己に移したといえ、「窃取」にあたる。

A は他人の物を窃取するという認識を有していたことから、窃盗の故意(38 条 1 項)が認められる。

したがって、窃盗罪の構成要件該当性をみताす。

3. もっとも、A は 10 歳であり、「十四歳に満たない者」であるから、罰せられない(41

---

<sup>8</sup> 大塚・前掲 68 頁参照。

<sup>9</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂,2006)295 頁参照。

<sup>10</sup> 井田・前掲 297 項。

条)。

4. 以上より、Aの行為に窃盗罪は成立せず無罪である。

## 第2 Xの罪責について

1. XはAに対し、「そのカバンとってこい」と財物を窃取するように命じたに過ぎず、直接カバンを窃取したわけではないことから、Xのかかる行為につきいかなる罪が成立するか。

2(1) 仮に、窃盗(235条)の教唆(61条)が成立しうるとしても、Xに窃盗罪の正犯の罪責を負わせることはできないか。間接正犯の根拠と関連して、その成立要件が問題となる。

(2) この点について、検察側はβ-2説を採用するところ、被利用者の行為を利用者が支配している場合には、利用者間接正犯として正犯性が認められると解する。

(3) たしかに、Aはバッグを窃取するのは悪いことだと認識していたことから、当該行為につき是非弁別が困難ではなかった。しかし、Aはまだ10歳に過ぎない未成年者であり、成人に比して事理弁識能力が不十分で、かつ精神的に未熟であり、AとXの関係性はほんの3、4回遊んだというものに過ぎず、親子などの依存関係はなかったとしても、AはXが元ヤクザでシンナーを吸うと聞いておりXを怖いと思っていたため、Xの命令に逆らえなかったのも無理はない。また、Aが当初Xの命令に対して無視したところ、Xは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、逆らったら何をされるか分からないという恐怖感をAに抱かせたこと、Aの犯行時にはXが至近距離で監視していたことから、XはAの意思決定の自由を奪っていたといえる。さらに、バックの所有者Vは150メートル離れた橋の上で血を流して倒れておりAの犯行に対して抵抗するのは困難で、Aは被害者Vに対する対応につき臨機応変に行動する必要はなかったこと、付近にいた中年女性も現場から離れて現場にはXとAだけになったこと、犯行が4、5メートル先という比較的近距离であったことからすると、本件の犯罪態様は複雑なものではなく、機械的に行うことが可能であり、犯罪を実現する上でAの自主的な判断・行動は不要であった。このようにXの命令内容が機械的行為という単純なものであったことは、複雑な作業を要求することに比べ、Aを自己の支配に従属させやすく、AがXに抵抗してXの支配から逃れることが困難であったことを示す。そして、XはAが窃取したバッグの中身の現金13万円のうち1万円をAに渡し、12万円という大部分を自分の物にしたこと、その後、窃取した現金でX自身のための買い物をしたことから、Xは自分自身の利益のためにAに犯行を遂げさせたといえる。以上のことから、XはAの行為の遂行とその経過を支配して、直接自分が窃取行為をすることの代わりにAに命じて自己の犯罪目的を実現したといえる。

3. よって、Xの行為につき、窃盗罪の間接正犯が成立する。

## Ⅶ. 結論

Xは、窃盗罪(235条)の罪責を負う。

以上