

## I. 事実の概要

被告人 X は、暴力団の組幹部の地位にあり、配下に大勢の組員を抱えていた。また X には「スワット」と呼ばれるボディガードがついており、襲撃に備えてけん銃等を所持して警護にあたっていた。X は以前から頻繁に上京し、その際には A が接待と警備の責任者を務めていた。X は、遊興等の目的で上京することを決め、スワット 4 名(B・C・D・E)は A と連絡を取り合い、X の上京の準備をした。

平成 24 年 12 月 25 日、X は B・C を伴って上京し、A 及び先に現地入りしていたスワット D・E の出迎えを受け、次のような隊列を組んで車両で移動した。先導車には A と D・E が乗車し、X が乗車する車には X と B・C が乗車し、スワットはそれぞれ各自実包の装てんされたけん銃 1 丁を携帯して乗車していた。以上のけん銃と実包は、以前別の組幹部が殺害される事件があったことから、襲撃に警戒して準備しておいたものである。

X らは、翌日午前 4 時過ぎ頃、最後の遊興先の飲食店を出てホテルに向かって出発したが、警察官らが途中の路上で車列に停止を求め、各車両に対し、あらかじめ発付を得ていた搜索差押許可状による搜索差押えを実施し、けん銃 4 丁等を発見・押収するに至った。

## II. 問題の所在

1. 共同正犯において、犯罪結果を発生させた実行行為の全部または一部をしていない者に対して共謀共同正犯というものを認めて刑法 60 条を適用することはできるか。
2. また、共謀共同正犯が認められたとしても、本問において謀議行為がなされているということが明らかでないが、これをなくして共謀共同正犯を認めることができるか問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 共謀共同正犯の成否について

肯定説

甲説：共同意思主体説<sup>1</sup>

共同意思主体を形成した者のうちその一部の者が実行行為に出れば、これを全体としての共同意思主体の実行行為(活動)と解するとする説。

乙説：間接正犯類似説<sup>2</sup>

二人以上のものが犯罪遂行について合意に達した場合、この二人の行動を全体的にみたときは、間接正犯における利用関係に対比すべき実体をそこに見出すことが可能であるとする説。

丙説：行為支配説<sup>3</sup>

共同者に実行行為をさせるにあたり、自分の思うように行動させ本人自身はその犯罪実現の主体となったものといえるような場合には、客観的な共同実行行為を全く行わなくとも共同正犯が成立するとする説。

<sup>1</sup> 岡野光雄『刑法要説総論[初版]』(成文堂,2001年)302頁。

<sup>2</sup> 川端博『刑法総論講義[初版]』(成文堂,1995年)548頁参照。

<sup>3</sup> 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,1990年)397頁。

丁説：包括的正犯説<sup>4</sup>

共謀共同正犯論とは、「共謀」という強い心理的因果性を要求することにより、形式的な「共同実行」を不要とする共同正犯を認める理論であるとする説。

否定説：共同正犯が成立するためには、共同者全員が実行行為を分担することが必要であるとする説。

## 2. 「謀議」について

A 説：客観的謀議説<sup>5</sup>

意思連絡を超えた一定の内容のある具体的な指示・命令・提案のような具体的な「謀議行為」が不可欠である。

B 説：主観的謀議説<sup>6</sup>

共謀は単なる共同犯行の認識・共同遂行の合意・意思疎通という主観的状态の「謀議の存在」で足りる。

C 説：折衷的謀議説<sup>7</sup>

具体的な「謀議行為」は不要だが外部的な意思連絡は必要である。

## IV. 判例<sup>8</sup>

### 【事案の概要】

港湾運送事業、倉庫業等を営む X 社の代表取締役であった Y らは、下請会社に不要になったドラム缶の処理を任せようと考えていた。Y らは、下請会社による廃棄が不法なものであるということを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考え X 社が保管中の硫酸ピッチ入りのドラム缶 6000 本の処理を、その下請会社の代表者であった W に委託した。その結果、W は同ドラム缶のうち 361 本を不法に投棄した。

### 【決定要旨】

「Y ら 5 名は、W や実際に処理に当たるものらが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えて W に処理を委託したというのである。そうすると Y ら 5 名は、その後 W を介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うべきである。」<sup>9</sup>

## V. 学説の検討

### 1. 共謀共同正犯の成否について

<sup>4</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第 5 版]』（東京大学出版会,2011 年）490 頁。

<sup>5</sup> 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」『法学研究 84 卷 9 号』（法学研究会,2011 年）94 頁参照、改正刑法草案 27 条 2 項参考。

<sup>6</sup> 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」『法曹時報 51 卷 8 号』（法曹会,1999 年）8 頁。

<sup>7</sup> 藤木英雄「可罰的違法性の理論」（有信堂,1967 年）343 項。

<sup>8</sup> 最 3 小決平成 19 年 11 月 14 日、刑集 6 卷 8 号 757 頁。

<sup>9</sup> この判例は未必の故意による共謀共同正犯を認めたものであるが、現にこの事案をみると Y らと下請会社(W)との間には具体的な謀議行為は存在せず、双方の認識のみ(明示的な共謀なし)で本件の不法投棄がなされているところに着目して欲しい。

- (1) 共謀共同正犯について検討するに際して、共同正犯(60条)の成立要件から順に検討したい。共同正犯は①共同実行の事実と②共同実行の意思の2つの要件を満たす必要がある。そこで最初に問題となるのは、①「犯罪の共同実行」があったと認められるためには具体的にどのような行為を共犯者が行う必要があるか、すなわち「犯罪の共同実行」のいかなる点に「正犯性」を認めるべきかということである。
- (2) そもそも正犯とは、自ら犯罪を実行した者であり、犯罪を実行した者に対して責任を負わせるのが原則的な考え方である。とすれば、実行行為の一部を行った者に対してのみ共同正犯を認めるべきである。すなわち、共同・分担で一つの犯罪を行い、それに直接犯罪実行という形で関与した(実行共同正犯)した場合(形式的正犯概念)のみに犯罪事実の全部について責任を負わせる(一部実行の全部責任<sup>10</sup>)という共謀共同正犯否定説からの主張には説得力がある。そしてこの立場に立つと、「実行行為の一部を担当した」点に正犯性を求めることになるだろう。
- (3) しかし、このような考え方に立ってしまうと、不都合な場合が多い。つまり本来ならば犯罪の結果に責任を負うべきものがその責任を負わないという事態が生じ得るのである。

そのように考えると、犯罪の共同実行の本質は、共犯者全員が「自己のために犯罪」を実現しようとする犯罪共同遂行の合意(共謀)を行い、その合意に基づいて「犯罪結果事実への因果的寄与(影響力)」を果たしたこと(実質的正犯概念)に共同正犯の正犯性を求めるべきであろう(包括的正犯説)。

- (4) 共謀共同正犯肯定説には、共同意思主体説(甲説)・間接正犯類似説(乙説)・行為支配説(丙説)があるが、甲説は個人を超えた共同意思主体を認め、その責任が個人に帰せられるとすることは団体責任を認めることに等しく、個人責任の原則に反するから支持し得ない。また、乙説・丙説は共同者の一人または複数人が、その他の共同者を支配する「支配型」においては共謀共同正犯に妥当するかもしれないが、共同者間で実行を実質的に分担する「分担型」の共謀共同正犯には妥当せず、不十分な説明であるから支持し得ない。

以上のようなことから検察側は丁説(共謀共同正犯肯定説の包括的正犯説)を採用する。

## 2. 「謀議」について

- (1) 次に②「共同実行の意思」における謀議について検討する。そもそも謀議とは二人以上の者が、特定の犯罪を行うために共通の意識の下で各自の意思を実行に移すものである。ここから謀議という表現が、共同正犯成立の実体的根拠となる事実の「形成行為」(客観的謀議説)を意味するのか、あるいは何らかの形で形成された謀議事実の「存在」(主観的謀議説)を意味するのかが重要な問題である。
- (2) 先に述べたように検察側としては、共謀共同正犯の正犯性を合意に基づく犯罪結果事実への因果的寄与と考えているから、あくまでも合意に基づく謀議の存在が重要であって、謀議行為をしたことは要しないと考えている。さらにA説の問題点としては、現実には緊密な意思連絡が成立していることは明らかでありながら、謀議行為がなされた日時・場所が判明しない場合も多く、そのような場合に共謀共同正犯が認められないということは妥当しない。
- (3) そして、そのような謀議の存在は必ずしも共同者全員に明示的に連絡されていなくとも、それが黙示的に明らかな場合にはそれで足りると考えられる。なぜなら、合意の存在が要件であるから、それらは共同者が双方に認識して、その犯行を行えば合意があったということが出来るからである。
- (4) また、共謀する共同行為者との関係は多種多様なものが多く、必ずしも外部的な連絡がなくても心理

<sup>10</sup> 肯定説も「一部実行の全部責任」については否定していない。

的因果性を肯定する余地はある。よって、いかなる場合においても外部的連絡を必要(要件)とする折衷説も妥当でない。

以上のようなことから、検察側は B 説(主観的謀議説)を採用する。

## VI. 本問の検討

1. 本問では、B・C・D・E に銃砲刀剣類所持等取締法(3 条 1 項・31 条の 3 第 1 項・2 項)が成立するとして、拳銃を所持していない組長 X は実行行為をしていないが、共同正犯(60 条)は成立するか。そもそも正犯とは自ら実行行為を行う者を言うから、実行行為を実際に分担していない者に正犯性を認めてよいか問題となる。
2. 検察側は共謀共同正犯肯定説・丁説を採用するところ、共同正犯の正犯性を共犯者全員の「自己のために犯罪」を実現しようとする犯罪共同遂行の合意とその合意に基づいて「犯罪結果事実への因果的寄与(影響力)」を果たしたことを考える。とすれば、犯罪遂行の際に実行行為を分担しなかったとしても、上記のような共謀(合意)があり、その共謀(合意)に基づいて結果への因果的寄与を果たしていれば、他の者の実行があった場合には共謀共同正犯が成立する。そして、検察側は謀議行為の要否に関して B 説を採用するので、謀議行為は必ずしも必要ではなく、共犯者との間に謀議が存在し、それらが明示的・黙示的であることを問わないと考えている。そして、その謀議の存在は事案からの様々な事情を基に総合的に判断すれば足りうると考える。
- 3.(1) X は、今回の上京の 4 カ月前に発生した同組の若頭狙撃殺害事件を踏まえてスワットらが X への襲撃を警戒し防弾盾を用意したことなどから、スワットが X への狙撃に備えている事は認識したはずであり、とすれば応戦の武器としてスワットが拳銃を所持している事は当然認識しえたと考えられる。さらに、X は P 組の組長にあるから、組員の行動は容易に把握できる地位にあり、自らの専属の警護集団で終始行動を共にしているスワットの警護態様は指揮できたにも関わらず、「拳銃を所持しているのか」と尋ねたり、拳銃の所持を禁止したりする命令などを出していない事からして、自らを専属で警護する役割を担っている組員スワットがその役割を果たすために拳銃を所持する事に合意し、またそれを利用して自らの安全を確保しようとしていた事は明らかである。よって拳銃の所持に関する共謀が認められる。
- (2) さらに、X は組長であるから、スワットらにとって使役的立場にあると言え、スワットらがそのような地位にある X の包括的命令の下に X 配下の組織としての役割を果たすために拳銃を所持していたのであれば、既に結果発生の重要な心理的・物理的影響はあったと考えられるので、因果的寄与も認められる。
- (3) この時、上記のように組長 X とスワットらの間には黙示的な謀議(共謀)が存在しているから、本件のように具体的に日時・場所・内容等が判明している拳銃所持についての明示的な謀議形成行為がなくとも問題とはならない。
- (4) そして、このような状況の下、スワット 4 名は各自実包の装てんされた拳銃 1 丁を携帯しており、拳銃所持の実行行為が行われているので、以上より X は共謀共同正犯の要件を満たしていると考えられる。

## VII. 結論

以上より、刑法 60 条、銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項・31 条の 3 第 1 項・2 項が成立する。

以上