

I. 事案の概要

1. Xは、暴力団A組組長の地位にあり、A組には、Xを専属で警護するスワットと呼ばれるボディガードが複数名おり、その一員たるYは、襲撃してきた相手に対抗できるように、けん銃等の装備を持ち、被告人が外出して帰宅するまで終始被告人と行動を共にし、警護する役割を担っていた。

XとYらとの間には、個々の任務の実行に際しては、Xの気持ちを酌んで自分の器量で自分が責任をとれるやり方で警護の役を果たすものであるという共通の認識があった。

2. 東京においてXの接待等をする責任者はZであり、Zは、Xが上京する旨の連絡を受けると、配下の組員らとともに車5、6台でXを迎えに行き、Zの指示の下に、先頭の車に駐車スペース確保や不審者の有無の確認等を担当する者を乗せ（先乗り車）、2台目にはZが乗ってXの乗った車を誘導し（先導車）、3台目にはXを乗せ（X車）、4台目にはYらが乗り（スワット車）、5台目以降には雑用係が乗る（雑用車）という隊列を組んで、Xを警護しつつ一団となって移動するのを常としていた。

3. 平成9年12月下旬ころ、Xは、遊興等の目的で上京することを決め、4名が随行することになった。この上京に際し、Xに対する襲撃を懸念し、Xを防御するためのけん銃等は東京側で準備してもらうこととした。そこで、YからXの上京について連絡を受けたZは、けん銃5丁を用意して実包を装てんするなどして準備を調えた。

4. 同年12月25日夕方、Xらが到着すると、これをZや組関係者と、先に新幹線で上京していたスワット3名が5台の車を用意して出迎えた。その後は、次のような態勢となった。

- ① 先乗り車には、スワット2名が、各自実包の装てんされたけん銃1丁を携帯して乗車した。
- ② 先導車には、Zらが乗車した。
- ③ X車には、Xのほか秘書らが乗車し、Xは防弾盾が置かれた後部座席に座った。
- ④ スワット車には、スワット3名が、各自実包の装てんされたけん銃1丁を携帯して乗車した。
- ⑤ 雑用車は、当初1台で、途中から2台に増えたが、これらに東京側の組関係者が乗車した。

そして、Xらは、この車列を崩すことなく一体となって都内を移動していた。また、遊興先の店付近に到着して、Xが車と店の間を行き来する際には、Xの直近を組長秘書らがガードし、その外側を、けん銃等を携帯するスワットらが警戒しながら一団となって移動し、店内では、組長秘書らが不審な者がいないか確認するなどして警戒し、店外では、その出入口付近で、本件けん銃等を携帯するスワットらが警戒して待機していた。

5. Xらは、翌26日午前4時過ぎころ、最後の遊興先を出て宿泊先に向かうことになった。その際、先乗り車は、先にホテルに向かい、その後、残りの5台が出発した。出発後すぐ警察官らがその車列に停止を求め、スワット車の中から、けん銃3丁等を発見・押収し、Xらは現行犯逮捕された。

6. スワットらは、いずれも、Xを警護する目的で実包の装てんされたけん銃を所持していた。しかしXは、過去にスワットを務めた経験から拳銃の携行の概括的可能性は認識していた。

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なしていないものに対して共

謀共同正犯(60条)を認めることはできないか。

2. 共謀共同正犯が認められたとしても、どの程度の意思の連絡があれば謀議があったと認められるのか。

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¹

二人以上の者が一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に合一したときそこに共同意思主体が形成され、その共同意思主体中の一人以上が共同目的のもとに犯罪を実行したとき、そこに共同意思主体が形成され、その共同意思主体を形成する全員につき共犯が成立するとする説。

乙説：間接正犯類似説²

各人がそれぞれ意思を連絡のうえ、相互に相手を道具として利用し、共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、実行に加わらなかった者も共同実行者として責任を負うべきであるとする説。

丙説：行為支配説³

共謀者が構成要件該当事実について支配を持ったと認められる場合は共同正犯が認められるとする説。

丁説：包括的正犯説⁴

正犯として重要な役割を果たせば、必ずしも実行行為を行う必要はなく、実行行為が共同の意思に基づくという意思方向を持てば良いとする説。

否定説⁵

正犯とは実行行為を行う者である以上、共謀の事実があっても実行行為を分担しない者は共同正犯とは言えないことから、共謀共同正犯を否定する説。

2. 「謀議」について⁶

A 説：客観説

「意思の連絡」を超えた一定の内容のある具体的な「指示、命令、提案等」、「打ち合わせ行為のような具体的『行為』」ないし「共謀に参画すること」を要求する。

B 説：主観説

各関与者の意思が合致している、もしくはさらに、その合致を各関与者が互いに認識していれば足りるとする。

C 説：折衷説

具体的な「謀議行為」でなくとも、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものではない外部

¹ 西原春夫『刑法総論改定準備版(下巻)』(成文堂,1977年)375頁。

² 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂,1975年)285頁。

³ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社,1990年)373,397頁。

⁴ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣,1975年)403頁。

⁵ 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂,2008年)253頁。

⁶ 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)101頁参照。

的な「意思の連絡」があれば足りるとする。

IV. 判例

最高裁平成 21 年 10 月 19 日⁷

<事実の概要>

暴力団五代目甲野組幹部かつ同組二次団体乙原会総長である被告人を、護衛するため配下組員がけん銃を持って行動を共にしていたところ、宿泊先ホテルを出発する際、職務質問により組員のけん銃が発覚した。被告人は、けん銃を所持していた組員たる同会幹部の A、B それぞれと共謀の上、けん銃を、これに適合する実包と共に携帯し所持していた A・B による各けん銃等の所持について共謀共同正犯として起訴された。

<判旨>

「乙原会幹部である A と B は、JR 浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、丁木会からのけん銃による襲撃に備えてけん銃等を所持し乙原会総長である被告人の警護に当たっていたものであるところ、被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下の A、B らを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、このような状況のもとにおいては、他に特段の事情がない限り、被告人においても、A、B がけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受け入れ認容していたものと推認するのが相当である。」

V. 学説の検討

1. 共謀共同正犯の成否について

(1) まず、共謀共同正犯否定説について、この説を採用すると複数の者が関与する犯罪においては実行共同正犯・教唆犯・幫助犯によってこれを解決することとなる。しかし、実行行為を行った者を背後で支配する重要な役割を持つ者が存在する場合、あるいは対等の立場で相互に影響し合いって共同実行委の意思を形成したが、一部のものしか実際に実行行為を担当しなかった場合に犯罪の実態にそぐわない教唆犯又は幫助犯によってこれを解決することになってしまい、「自らの犯罪か否か」を中心に考える共同正犯概念からは不合理であり妥当でない⁸。

また、狭い教唆犯・幫助犯では対応しきれない共謀も存在する。たしかに、容易に共謀共同正犯の成立を認めると捜査機関にとってその処理が容易になってしまうということも考えられ、慎重な運用が必要であるが、以上の理由のみによって共謀共同正犯を否定する必要はないと考えられる⁹。

よって、検察側は共謀共同正犯否定説を採用しない。

(2) 次に、共謀共同正犯を肯定する説の中でもどのような場合に共謀共同正犯が成立するとするのが妥当であろうか。

ア、甲説は、共犯現象において共同意思主体的なものを想定するものであって、共同正犯の基礎となる心理的因果性を説明したものとして一定の評価が与えられるべきである。

しかし、個人をこえた共同意思主体を認めることは刑法における個人責任の原則に反するから容

⁷ 判時 2063 号 155 頁,判タ 1311 号 82 頁。

⁸ 大谷實『刑法講義総論〔第 4 版〕』(成文堂,2012 年)427 頁。

⁹ 前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』(東京大学出版会,2011 年)491 頁。

認できるものでなく妥当でない¹⁰。

また甲説によれば共謀において共同意思主体が形成されると考えるから、共謀に参加したという事実をもって共同正犯の成立を認めるように思える。共謀の定義にもよるが、かりに共謀に内容を意思の連絡で足りるとするのであれば主観統一的正犯理論に到達することになり妥当でない¹¹。

イ、乙説については、甲説とは異なり、共謀共同正犯の成立範囲に限定を加える点において妥当であるといえる。

しかし、共同者の一人が他の共同者を支配するいわゆる「支配型」の共謀共同正犯に妥当するが、共同者間で実行を実質的に分担する「分担型」の共謀共同正犯については妥当しえず、説明が不十分であると考えられる¹²。

また、乙説は共犯を単独犯の理論で解決するものであるようにみえる。しかし、共犯は互いの行為を相互に利用し、補充しあう事によって犯罪を実現させることにあるから、共謀共同正犯を理論づける説としては妥当でない¹³。

ウ、また、丙説についても「分担型」の共謀共同正犯については妥当しないとの批判、共謀共同正犯を単独犯として解決する方法であり妥当でないとの批判があてはまる¹⁴。

さらに、行為支配についてはいかなる場合にこれが存すると考えるのか明確でない。なぜなら、捉え方によれば教唆行為や幫助行為についても行為支配があるといえないこともないからである¹⁵。エ、そして、丁説について、共同正犯の処罰根拠は先述のように相互利用補充関係にあるところ、その結果として犯罪を実現させた以上、実際に実行行為を行うか否かは問う事は必要とせず、正犯として罰すべきである¹⁶。

加えて、共謀共同正犯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ものであるから、構成要件該当性に対する重要な因果的寄与をなせば、この心理的因果を根拠に共謀共同正犯として共同者の実行行為に対して帰責することは可能である¹⁷。

また、本説も共謀共同正犯の成立範囲について一定の限定を掛けるものである。共謀共同正犯は単に意思を疎通させただけでなく、実行行為が共同意思に基づく「意思方向」をもつものに限られるべきであり、本説は重要な役割を持つ者に限るとする点で妥当である¹⁸。

2. 「謀議」について

A 説について

共謀の内容をなす緊密な意思の連絡が時間とともに徐々に醸成され、これを特定の日時、場所における謀議行為として把握できない場合や、諸般の事情から緊密な意思連絡が成立していることは明らかで

¹⁰ 平野・前掲 401 頁。

山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2014年）323頁。

¹¹ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）347頁以下。

¹² 山口・前掲 323頁。

大谷・前掲 429頁。

¹³ 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』（学陽書房、1983年）99頁。

¹⁴ 大谷・前掲 429頁。

¹⁵ 鄭澤善「学説における共謀共同正犯論」（2000年）34頁。

¹⁶ 大谷・前掲 429頁。

¹⁷ 前田・前掲 490頁。

¹⁸ 平野・前掲 403頁。

あるが被告人の黙秘等により謀議行為の経過が判明しない場合も少なくないため検察側は A 説を採用しない¹⁹。

C 説について

各関係者の内心における意思の合致にとどまるものではない外部的な「意思の連絡」があれば足りると考え、主観的な観点ではなく客観的な観点も含めた上で総合考慮するのが B 説であるが何をもって外部的な「意思の連絡」があったとすることができるのか明確な基準がない。

よって検察側は B 説を採用しない。

B 説について

共同正犯の構造が各関係者による「相互的利用・補充関係」として捉えられる。そのような「相互的利用・補充関係」は、客観的な関係のみならず、結果発生に向けた心理的な拘束も含まれる。そしてその意思の連絡が、このような主観的な相互利用・補充関係を基礎づけるのに充分であれば、たとえ、黙示的な形式であっても足りると解される²⁰。

よって検察側は C 説を採用する。

VI. 本問の検討

第 1. Y の罪責について

1. Y の実包の装填された拳銃の所持行為について、「銃砲」(銃砲刀剣類所持等取締法 2 条)を所持していたとして、銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項が成立する。

第 2. Z の罪責について

1. Z のけん銃 5 丁を用意して実包を装てんするなどし、これを Y らに渡した行為について、銃砲を所持し、譲渡したものであるから、所持行為について銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項が成立し、譲渡行為については銃砲刀剣類所持等取締法 3 条の 7 第 1 項、31 条の 4 第 1 項が成立する。

第 3. X の行為について

1. Y に銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項が成立するとして、X は拳銃を所持しておらず、実行行為を行っていないから、X は何ら罪責を負わないとも考えられるが、X は Y の拳銃所持行為について概括的な認識があったのであって、共謀共同正犯(60 条)が成立しないか。自ら実行行為を担当していない者を「共同して犯罪を実行した者」として罪責を負わせることが認められるか。

2. この点、検察側は共謀共同正犯肯定説・丁説を採用するところ、共謀共同正犯は、正犯として重要な役割を果たせば、必ずしも実行行為を行う必要はなく、実行行為が共同の意思に基づくという意思方向を持てば成立すると解する。よって、犯罪遂行の際に実行行為を分担しなかったとしても、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 説を採用し、謀議行為は必ずしも必要ではなく、その意思連絡が明示的・黙示的であることを問わないとする。そして、その意思連絡の存在は事案からの様々

¹⁹ 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別・実務的観点から」(法曹会,1999 年)13 頁。

²⁰ 阿部力也「黙示の意思連絡について」(1997 年)119 頁。

な事情を基にそれが明示的であれ、黙示的であれ、各関係者の意思が合致していれば足りると考える。

3. (1) これを本件についてみると、X は暴力団 A 組組長の地位にあり、Y らスワットを使役する立場にあったと言え、Y ら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、因果的寄与は認められる。
- (2) さらに、過去にスワットを務めた経験から拳銃の携行の概括的可能性を認識していた。そして、概括的可能性の認識を持ちながら、あえてこれを止めさせようとせず黙認していたことから、拳銃の所持について黙示的に意思の連絡があったといえる。よって、X と Y らに謀議の存在も認められる。
- (3) そして、かかる状況の下、Y らスワットは拳銃の携行を行っており、謀議参加者の一部の実行が認められる。
- (4) よって、X に銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項の共謀共同正犯(60 条)が成立する。

VII. 結論

Y は銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項の罪責を負う。

Z は銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項及び銃砲刀剣類所持等取締法 3 条の 7 第 1 項、31 条の 4 第 1 項の罪責を負う。

X には共謀共同正犯(60 条)が成立し、銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項の罪責を負う。

以上

