

只木ゼミ前期第 11 問検察レジュメ

文責:2 班

I. 事実の概要

- 5 (1) X は兵庫県神戸市に本部を置く暴力団 A 組の組長の地位にある。A 組には X を専属で警護するボディガード(通称:スワット)が数名おり、その一員である Y は、襲撃してきた相手に対抗できるように拳銃等の装備をし、X が外出してから帰宅するまで終始 X と行動を共にし、その警護をする役割を担っていた。X と Y との間には、個々の任務の実行に際しては、X に指示されてから動くのではなく、Y が X の気持ちを酌んで自らの器量で自分が責任をとれる範囲で警護の役を果たすべきであるとの共通の認識があった。
- 10 (2) 平成 26 年 12 月 20 日、東京において X の接待等をする責任者であった Z は、Y から X が上京する旨の連絡を受けたため、X 警護のために本件拳銃 5 丁を用意して実包を装填するなどして、Y らに渡す準備を調えた。
- 15 (3) 同年 12 月 25 日、X が Y ら 4 人のスワットと共に到着すると、Z が車を用意して出迎えた。この際、Z は Y らスワットのメンバーに用意していた拳銃を渡したが、X はその様子を目にしていなかった。X らは Z の用意した車で都内各所を移動したが、その際にスワットたちが乗る車は X が乗る車の前後を挟むようにして周りを警戒しながら目的地へと向かった。また、遊興先の店付近に到着して、X が車と店と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、本件拳銃等を所持するスワットらが警戒しながら移動し、店内では組長秘書らが不審なものがないか確認するなどして警戒し、店外では、その出入り口付近で、
- 20 本件拳銃等を携帯するスワットらが警戒して待機していた。
- (4) 翌 26 日午前 4 時過ぎころ、最後の遊興先に向かって途中、警官らが X の乗車する車に停止を求め捜索差押え令状による捜索差押えを行ったところ、スワットが乗る車から拳銃 5 丁が発見され、X らは現行犯逮捕された。
- 25 (5) スワットらは、いずれも、X を警護する目的で実包の装填された本件拳銃を所持していたのであり、X も自身の過去におけるボディガードの経験から、スワットらが X 警護のために拳銃等を所持していることを概括的に認識していた。

参考判例:最高裁平成 15 年 5 月 1 日第一小法廷決定

II. 問題の所在

- 30 1. 刑法 60 条は、「2 人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定している。本条を適用して、単に共謀に加担しただけで「実行」行為を分担しなかった「共謀者」についても、教唆犯・幫助犯としてではなく、「共謀共同正犯」として処罰しうるか。
2. 「共謀共同正犯」の成立が認められるとして、共謀者がいかなる範囲で共同正犯になるのか。どの程度の意思の連絡があれば「謀議」といえるのかが問題となる。

35

III. 学説の状況

1. 共謀共同正犯の肯否について

・A説(共謀共同正犯否定説¹⁾)

実行行為を行う者が正犯であるという限縮的正犯概念を基礎とし、刑法60条の規定は、共同正犯の成立要件として、少なくとも実行行為の一部を行ったことを要求している、と解して共謀共同正犯を否定する説。

5 ・B説(共謀共同正犯肯定説)

実行担当者の中で成立する実行共同正犯だけでなく、自己の犯意を実現することを企図し犯罪の共同実行をしたが実行行為を行わなかった者にも共同正犯を認める説。

以下4つに大別される。

・B-1説(共同意思主体説²⁾)

10 2人以上の異心別体である個人が一定の犯罪を行うことを共謀することにより、そこに超個人的社会的実在としての「共同意思主体」が形成され、その構成員の一部の者による実行は即共同意思主体の実行として認識されるがゆえに、構成員全員が共同正犯となるという説。

・B-2説(間接正犯類似説³⁾)

15 共同意思をもった共同者の一員に加わるにより、実行担当者の犯行を思い止まろうとする反対動機、規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の拘束の下に全員の手足として行動させた点に正犯性を認める説。

・B-3説(行為支配説⁴⁾)

共謀者は実行担当者の行為を支配するから正犯者としての行為支配が認められる説。

・B-4説(包括的正犯説⁵⁾)

20 刑法60条の「共同して実行した」というのは、二人以上の共同意思に基づいて犯罪を実行することをいうから、実行行為を分担し合った実行共同正犯の場合ばかりでなく、共同実行の意思と共同実行の事実とが認められる限り共同正犯が成立するとする説。

2. 謀議行為について⁶⁾

・甲説(客観説)

25 「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」を要求する説。

・乙説(主観説)

各関与者の意思が合致していれば(あるいは、さらに、その合致を各関与者が互いに認識していれば)足りるとする説。

30

IV. 裁判例

最高裁昭和33年5月28日大法廷判決。刑集12巻8号1718頁

¹ 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂,2007年)418頁。

² 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)347頁参照。

³ 藤木英雄 船山泰範補訂『刑法(全)〔第4版〕』(有斐閣,2013年)80頁。

⁴ 大谷實『刑法講義総論〔第4版〕』(成文堂,2013年)427頁参照。

⁵ 大谷・前掲427頁。

⁶ 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」『法學研究84巻9号』(慶應義塾大学法学研究会,2011年)101頁参照。

【事実の概要】

A～JはQに強い反感を募らせており、Qを暴行する謀議を順次遂げた。同夜11時頃、ABを除いた8名がほか数名とともにQの頭部、顔面、背部等を古鉄管、丸棒などで乱打し、その結果Qは頭がい骨骨折等の創傷を負い、脳損傷により現場で死亡した。

- 5 第1審は、現場に赴かなかったA、Bを含む10名全員に対して傷害致死罪の共謀共同正犯の成立を認め、第2審は被告人・検察官双方の控訴を棄却した。
これに対して被告人側が上告。

【判旨】

- 10 上告棄却。「共謀共同正犯が成立するには、2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、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担保または役割のいかんは右共犯の刑責自体の成立を左右するものではないと解するを相当とする」。

【解説】

- 20 本判決は共謀共同正犯の成立を認め、さらに成立するためには特定の犯罪についての「謀議」が必要であり、それは「罪となるべき事実」として厳格な証明が必要であるとした。
また、共謀を「罪となるべき事実」と位置付ける一方で、共謀につき「謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細」についてまで具体的に判示する事を要しないとしたのは、共謀を必ずしも謀議行為に限定せず、実行行為時に存在する意思連絡で足りるとしたからであると考えられる。そのことを考慮すると、本判決は主観説の立場であるといえる。

25 V. 学説の検討

1. 共謀共同正犯の肯否について

・A説(共謀共同正犯否定説)

A説を支持する立場は、「実行行為」を厳格に解し、単に謀議に参加しただけで実行行為を担当しなかった者は実行行為者(正犯)の教唆犯もしくは幫助犯にすぎないと主張する⁷。

- 30 しかし、実際の事例を考えてみると、小者が手を下し、首謀者は背後に隠れているという例がいくらかもある。共謀に参加した者、とくに親分格の者は、むしろ罪責としては重いにもかかわらず、教唆犯という名称で呼び、しかも軽い罪責の者として評価するのは不相当であり、「正犯」と呼び、評価するのがふさわしい⁸。

よって、検察側はA説を採用しない。

- 35 ・B説(共謀共同正犯肯定説)

⁷ 堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣,2004年)283頁参照。

⁸ 林幹人『刑法総論〔第2版〕』(東京大学出版会,2008年)406頁参照。

そもそも共同正犯者が全て正犯として扱われる理由は、共同意思の下に各自の行為が一体となって犯罪を行った者は、単独正犯者が自己の犯罪を実現した場合と同一視できるだけの強い正犯性を有するからである。したがってたとえ実行担当者ではなくとも、自己の犯罪を実現するためお互いに利用、補充し合って犯罪を完遂した場合、そこに強い正犯性を認めることができる。また、犯罪計画立案の中心となった造意者は実行に直接参加しないことが多く、犯罪実現に最も寄与した者が教唆犯や幫助犯として処断されるという犯罪の実態にそぐわない結論を回避することができる。

よって、共謀共同正犯肯定説が妥当である。

以下4説を検討する。

10 ・B-1説(共同意思主体説)

本説に対しては、共同意思主体という超個人的団体を犯罪の実行主体としつつ、その構成員に刑事責任を帰属させることは団体責任を認めるものであり、個人責任の原則に反するとの批判が妥当する⁹。

15 また、本説によって共謀共同正犯を肯定する場合には、共謀関与者は全て共同正犯と解することになるが、この点についても批判がある。共謀の概念をゆるやかに解し、意思の連絡でも足りるとすれば、全ての共犯を共同正犯とすることにもなりかねない¹⁰。

よって、検察側はB-1説を採用しない。

・B-2説(間接正犯類似説)

20 本説は共謀共同正犯と間接正犯との類似性に着目し、共謀者と実行担当者が互いに道具として利用し合っているとしている。しかし、間接正犯における利用者と被利用者との関係は、共謀共同正犯における共謀者と実行担当者との関係とは異なるものである。特に後者は各人が自己の犯意を実現する意思で実行行為を共同しており、これは自己の意思通りに犯罪を実現しようとした点に正犯性を認める共謀共同正犯肯定説と馴染まない。

よって、検察側はB-2説を採用しない。

25 ・B-3説(行為支配説)

30 本説は他人の行為を支配して自己の犯罪を実現する点に共同正犯の実質があるとするが、行為の支配性が認められるならば単独正犯とすれば足り、あえて共同正犯とする必要がない¹¹。また、対等な立場で相互に影響し合って共同実行の意思を形成し、その共同意思に従って共同者の一部の者が実行行為を担当する場合(相互補助型)には、この説からは説明することができない。

よって、検察側はB-3説を採用しない。

・B-4説(包括的正犯説)

前述の通り共同正犯が正犯とされるのは、共同意思の下お互いの行為を利用、補充し合って自己の犯罪を実現するからである。したがって、相互に意思の連絡をすることで共同実行の意

⁹ 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』(有斐閣,1990年)372頁参照。

¹⁰ 西田・前掲372頁。

¹¹ 大谷・前掲429頁。

思を形成し、お互いの行為を利用、補充し合って犯罪を実現した以上、実行行為を分担した場合であると実行行為に向けた行為を共同した場合であるとを問わず、自己の犯罪を実現するための共同実行の事実があり、正犯とすることが妥当である。以上より①共謀の事実②一部の者による共謀に基づく実行行為③正犯意思の3つの要件を導出できる。

5 よって、検察側はB-4説を採用する。

2. 謀議行為について

共謀共同正犯の刑事責任は、犯罪遂行の共謀に加わったことによって根拠づけられるものではなく、謀議の結果、犯罪の共同遂行の合意に達し、それにより各人が犯罪の共同遂行の意思を確定させ、その意思の実現として実行行為がなされたことにより根拠づけられる¹²。重要な
10 のは合意に基づく謀議行為の存在であり、いかなる経過において共謀が成立したかは、法律要件そのものとしては関係のないことである。共謀共同正犯の要件たる共謀とは、共同謀議行為ではなく、その結果成立した犯罪の共同遂行に関する合意でなければならない。また、かかる謀議の存在は明示的なものに限られず、黙示的に明らかな場合はそれで足りると解する。共謀
15 を「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」と解することは、一方では、共同正犯の刑事責任の本質にかかわりない無用の要件を附加するだけでなく、他方では、各共謀参加者の意思の要件をかえってあいまいにするものである¹³。

以上より、甲説は過剰な要求であるといえ妥当でない。よって、検察側は乙説を採用する。

20 VI. 本問の検討

第1 Yの罪責について

Yの本件拳銃所持行為について、Yは法定の除外事由がないにもかかわらず、「実包」を装填した「けん銃等」を「所持し」ており、拳銃等所持罪(銃砲刀剣類所持等取締法第3条1項、
25 第31条の3第1項、第2項)が成立する。また後述の通り、Xとの間で同罪の共謀共同正犯(刑法60条)が成立する。

第2 Zの罪責について

Zの本件行為について、Zは法定の除外事由がないにもかかわらず、「けん銃等」を「所持」し、またYに「譲り渡し」ており、拳銃等所持罪および拳銃等譲渡罪(銃砲刀剣類所持等取締法第3条の7第1項、第31条の4第1項)が成立する。

30 第3 Xの罪責について

1. 本件において、Xは拳銃を所持などの犯罪の実行行為をなしておらず、何ら罪責を負わないはずであるが、スワットらがXの警護のために拳銃等を所持している事を概括的に認識していたことから、かかるXも含めて拳銃等所持罪の共同正犯(刑法60条)が成立しないか。共謀共同正犯の成立が問題となる。

35 2. この点、検察側は、B-4説(共謀共同正犯肯定説・包括的正犯説)を採用する。つまり、刑

¹² 藤木英雄『可罰的違法性の理論』(有信堂,1967年)343頁。

¹³ 藤木・前掲352頁。

法 60 条において 2 人以上で共同して犯罪を実行した者が「すべて正犯」とされているのは、ひとえに行為者間に共同の意思の下の相互利用補充関係が存在し、実行行為以外の行為によっても相互利用補充は可能であることから、そこに共謀共同正犯の根拠が存在する。かかる相互利用補充関係が認められるためには、①共謀の事実、②一部の者による共謀に基づき
5 実行行為、③正犯意思が必要であると解する。

また、①共謀の事実における謀議の認定につき、検察側は、乙説(主観説)を採用する。つまり、各関与者の意思が合致していれば足りると解する。

3. (1) 本件において、X は、本件犯行現場にて、Y らと共に行動を共にしており、Y らが X
10 を警護している事を当然に認識していたものといえる。また Y が警護を目的として拳銃を所持していることは、X 自身のボディガードの経験からも概括的のみならず確定的に認識しており、当然に認容していたといえる。つまり、X と Y の間には、Y が拳銃を所持しているという点で両者の意思が合致している。よって、①共謀の事実は存在したといえる。

(2) また、XY 間の意思の合致の下、Y は Z の援助を受け、拳銃を所持している。よって、
15 ②一部の者による共謀に基づく実行行為は存在する。

(3) 加えて、X は暴力団 A 組の組長であり、その一員である Y を指揮命令する権限を有する地位にあった。この事からも、X と Y の間には支配・従属関係にあり、Y の為す行為について影響力があったといえる。また、Y が X を警護するためにボディガードとして行動を共にしていたのは、何らかの襲撃に対して X の生命及び身体の安全を保障する
20 事を目的としていたからである。そのうえ、X の安全は Y の拳銃等の装備により保障が堅固なものとなったといえ、X は Y の本件行為から利益を十分に享受していたといえる。よって、③の正犯意思は認められる。

(4) よって、X の行為は①、②、③を充足する。

4. 以上より、X の行為に拳銃等所持罪が成立し、Y との間で同罪の共謀共同正犯(刑法 60 条)
25 が成立する。

VII. 結論

Y の行為に拳銃等所持罪(銃砲刀剣類所持等取締法第 3 条 1 項、第 31 条の 3 第 1 項、第 2 項)、Z の行為に拳銃等所持罪と拳銃等譲渡罪(銃砲刀剣類所持等取締法第 3 条の 7 第 1 項、第
30 31 条の 4 第 1 項)、X の行為に拳銃等所持罪が成立し、Y と X の間に拳銃等所持罪について共謀共同正犯(刑法 60 条)となる。そして、三者ともそれぞれの罪責を負う。

以上