

判例研究

暴力団組長である被告人が自己のボディガードらのけん銃等の所持につき直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うとされた事例について

最高裁平成15年5月1日第一小法廷決定(平成14年(あ)164号、銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件)

(刑集57巻5号507頁、判例時報1832号174頁)

(参照条文: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)

増井 敦

目次

- I. 最高裁平成15年5月1日第一小法廷決定
 - 1. 認定事実
 - 2. 決定要旨
 - 3. 補足意見
- II. 検討
 - 1. 問題の所在
 - 2. 直接手を下さない者についての共同正犯の成立根拠
 - i) 共謀共同正犯を認めた最初の判例から練馬事件判決までの判例
 - ii) 練馬事件判決
 - 3. 直接手を下さない者についての共同正犯の成立要件
 - i) 練馬事件判決以前の判例
 - ii) 練馬事件判決の先例的意義
 - iii) 練馬判決以後の判例
 - iv) 共謀形成行為と共同正犯成立要件との関係
 - 4. 本決定について
 - i) 各理由についての検討
 - (1) 黙示的な意思連絡
 - (2) 現場性
 - (3) 指揮命令権限を有する地位——使役的立場
 - (4) 直接的利益
 - ii) 本決定の意義

I. 最高裁平成15年5月1日第一小法廷決定

1. 認定事実

本決定が職権により認定した事実は以下のとおりである。

(1) 被告人は、兵庫、大阪を本拠地とする三代目山健組組長兼五代目山口組若頭補佐の地位にあり、配下に総勢約3100名余りの組員を抱えていた。山健組には、被告人を専属で警護するボディガードが複数名おり、この者たちは、アメリカ合衆国の警察の特殊部隊に由来するスワットという名称で呼ばれていた。スワットは、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。

被告人とスワットらとの間には、スワットたる者は個々の任務の実行に際しては、親分である被告人に指示されて動くのではなく、その気持ちや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) 被告人は、秘書やスワットらを伴って上京することも多く、警視庁が内偵して把握していただけても、本件の摘発がなされた平成9年中に、既に7回上京していた。東京において被告人の接待等をする責任者は山健組兼昭会会長のA（以下「A」という。）であり、Aは、被告人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台で羽田空港に被告人を迎えに行き、Aの指示の下に、おおむね、先頭の車に被告人らの行く先での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に乗せ（先乗り車）、2台目にはAが乗って被告人の乗った車を誘導し（先導車）、3台目には被告人と秘書を乗せ（被告人車）、4台目にはスワットらが乗り（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、被告人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) 同年12月下旬ころ、被告人は、遊興等の目的で上京することを決め、これを山健組組長秘書見習いB（以下「B」という。）に伝えた。Bは、スワットのC（以下「C」という。）に上京を命じ、Cと相談の上、これまで3名であったスワットを4名とし、被告人には組長秘書ら2名と山健組本部のスワット4名が随行することになった。この上京に際し、同スワットらは、同年8月28日に山口組若頭兼宅見組組長が殺害される事件があったことから、被告人に対する襲撃を懸念していたが、山健組の地元である兵庫や大阪などでは、警察の警備も厳しく、けん銃を携行して上京するのは危険と考え、被告人を防御するためのけん銃等は東京側で準備してもらおうこととし、大阪からは被告人用の防弾盾を持参することにした。そこで、Bから被告人の上京について連絡を受けたAは、同人の実兄である姉ヶ崎連合会佐藤二代目畠山組組長のD（以下「D」という。）に電話をして、けん銃等の用意をも含む一切の準備をするようにという趣旨の依頼をし、また、Cも、前記兼昭会の組員にけん銃等の用意を依頼し、同組員は、Dにその旨を伝えた。連絡を受けたDは、畠山組の組員であるEとともに、本件けん銃5丁を用意して実包を装てんするなどして、スワットらに渡すための準備を調えた。

(4) 同年12月25日夕方、被告人がBやCらとともに羽田空港に到着すると、これをAや畠山組関係者と、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、(2)で述べたようなそれぞれの役割区分に従って分乗し、被告人車のすぐ後ろにスワット車が続くなどの隊列を組んで移動し始め、最初に立ち寄った店を出るところからは、次のような態勢となった。

- ①先乗り車には、山健組本部のスワット1名と同組兼昭会のスワット1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、Aらが乗車した。
- ③被告人車には、被告人のほかBらが乗車し、被告人は前記防弾盾が置かれた後部座席に座った。

④スワット車には、山健組本部のスワット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、被告人らは、先乗り車が他の車より少し先に次の目的場所に向かうときのほかは、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、被告人が車と店の間を行き来する際には、被告人の直近を組長秘書らがガードし、その外側を本件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)被告人らは、翌26日午前4時過ぎころ、最後の遊興先である港区六本木に所在する飲食店を出て宿泊先に向かうことになった。その際、先乗り車は、他車より先に、同区六本木1丁目10番6号所在のホテルオークラ別館に向かい、その後、残りの5台が出発した。そして、後続の5台が、同区六本木1丁目7番24号付近路上に至ったところで、警察官らがその車列に停止を求め、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、被告人車のすぐ後方に続いていたスワット車の中から、けん銃3丁等を発見、押収し、被告人らは現行犯逮捕された。また、そのころ、先乗り車でホテルオークラ別館前にその役割に従って一足先に到着していた山健組本部のスワットと同組兼昭会のスワットは、同所に警察官が来たことを察知して、所持していた各けん銃1丁等を、自ら、又は他の組員を介して、同区虎ノ門4丁目1番29号の民家の敷地や同区赤坂1丁目14番14号所在のビルディング植え込み付近に投棄したが、間もなく、これらが警察官に発見された。

(6)スワットらは、いずれも、被告人を警護する目的で実包の装てんさ

れた本件各けん銃を所持していたものであり、被告人も、スワットらによる警護態様、被告人自身の過去におけるボディガードとしての経験等から、スワットらが被告人を警護するためけん銃等を携行していることを概括的とはいえ確定的に認識していた。また、被告人は、スワットらにけん銃を持たないように指示命令することもできる地位、立場にしながら、そのような警護をむしろ当然のこととして受け入れ、これを認容し、スワットらも、被告人のこのような意思を察していた。

2. 決定要旨

以上の事実を前提として本決定は以下のように判示した。

本件では、前記1(5)の捜索による差押えや投棄の直前の時点におけるスワットらのけん銃5丁とこれに適合する実包等の所持について、被告人に共謀共同正犯が成立するかどうかの問題となるところで、【要旨】被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していたことは、前記1(6)で述べたとおりである。なお、弁護人らが主張するように、被告人が幹部組員に対してけん銃を持つなという指示をしていた事実が仮にあったとしても、前記認定事実を徴すれば、それは自らがけん銃等の不法所持の罪に問われることのないように、自分が乗っている車の中など至近距離の範囲内で持つことを禁じていたにすぎないものとしか認められない。また、【要旨】前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるといふ被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに

本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、B、A、D及びCらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である。

3. 補足意見

なお本決定に付された裁判官深澤武久の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見に賛同するものであるが、罪刑法定主義との関係において、共謀共同正犯の成立については、厳格に考えるべきものであるという立場から意見を述べておきたい。

1 本件は、被告人を組長とする山健組の組員3100名余の中から被告人の警護のために選ばれた精鋭の者が、けん銃等を所持して被告人を警護するために行われたものであって、被告人は山健組の組長としてこれら実行行為者に対し圧倒的に優位な支配的立場にあり、実行行為者はその強い影響の下に犯行に至ったものであり、被告人は、その結果、自己の身の安全が確保されるという直接的な利益を得ていたものである。

本件犯行について、具体的な日時、場所を特定した謀議行為を認めることはできないが、組長を警護するために、けん銃等を所持するという犯罪行為を共同して実行する意思は、組織の中で徐々に醸成され、本件犯行当時は、被告人も警護の対象者として、実行行為者らが被告人警護のために、けん銃等を携行していることを概括的にはあるが確定的に認識して犯行場所ないしその付近に臨んでいたものである。

2 被告人と実行行為者間に、上記のような関係がある場合、具体的な謀議行為が認められないとしても、犯罪を共同して遂行することについての合意が認められ、一部の者において実行行為が行われたときは、実行行

為に直接関与しなかった被告人についても、他人の行為を自己の手段として犯罪を行ったものとして、そこに正犯意思が認められる本件のような場合には、共謀共同正犯が成立するというべきである。

所論引用の最高裁判所昭和29年（あ）第1056号同33年5月28日大法廷判決・刑集12巻8号1718頁は、犯罪の謀議にのみ参加し、実行行為の現場に赴かなかった者の共同正犯性を判示したものであって、被告人を警護するため、その身边で組員がけん銃を所持していた本件とは、事案を異にするものである。

II. 検討

1. 問題の所在

共謀共同正犯の成立要件については、いわゆる練馬事件判決（最大判昭33・5・28刑集12・8・1718）において、「二人以上の者が、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」とされている。

本決定は、被告人がけん銃の携行について直接指示した事実はなかったと認定しながら、共同正犯の成立を認めるものであるため、練馬事件判決との関係において幾つかの疑問が生じる。すなわち、直接手を下さない者についての共同正犯の成立要件は何か。謀議行為がなくとも共同正犯の成立を認めることができるか。認められるとすれば、どのような場合に、なぜ認められるのかが問題となる。さらに、練馬事件判決で示された要件との関係を明らかにしようとするれば、そもそも練馬事件判決をどう理解するかという点にも検討を加える必要が生じよう。

そこで本稿では、まず、練馬事件判決の示した「謀議」要件の意味内容・射程を論じるための前提として、その要件が、直接手を下さない者についての共同正犯の成立根拠に関するいかなる考え方に基づいて導き出されたのかを再検討する。そのうえで、練馬事件判決の示した共同正犯成

立要件の意味内容を明らかにする。ついで、練馬事件判決以降の判例の流れを確認し、最後に、本決定についての検討を加える。

本決定については既に多数の優れた解説・評釈が公刊されており、教科書や演習書においても取り上げられている。そこで本稿では、関連するあらゆる論点を指摘することを目的とするのではなく、裁判所の認定事実を前提として、上述の理論的な問題関心に焦点を合わせて、その視点から本決定について検討を試みることにしたい。

2. 直接手を下さない者についての共同正犯の成立根拠

練馬事件判決における「謀議」要件は、直接手を下さない者についての共同正犯の成立根拠に関するいかなる考え方に基づいて導き出されたのであろうか。「謀議」とは、構成要件実現に向けられた行為者間の合意の存在それ自体を意味するのか、それとも、合意を形成する行為を意味するのか、という問題は、共同正犯成立根拠に関する基本的な考え方と関係している。なぜなら、前者の見解において合意の存在が重要であるのは、それが共同正犯における集会的な帰責を根拠づける集団の一体性を担保する事実とされるからである（もっとも、集団の一体性という事実だけでは、共犯の罪責を根拠付けうるとしても正犯性をも基礎づけるかという問題は残る）。一方、後者において合意形成行為が重要であるのは、その行為こそが直接手を下さない者に対しても個人的帰責として共同正犯の罪責を問うための結節点に他ならないからである（ここでも、合意形成行為が正犯性をも具備させる要素となりうるかについては別途検討されねばならない）。従来、練馬事件判決については、「間接正犯との類似性を基礎とすることによって個人主義的共犯論を援用し⁽³⁾」てそれ以前の共同意思主体説とは異なる新たな論拠付けをしたと評されてきたところであるが、いずれにせよ、その解釈の当否を含めて、直接手を下さない者についての共同正犯の成立根拠に関する判例の基本的な考え方を明らかにすることには、練馬事件判決の「謀議」要件をどう読むかを論ずるにあたり一定の意義があるといえよう。そこで以下では、共謀共同正犯を認めた最初の判例から練馬

事件判決までの判例を概観することとする。

i) 共謀共同正犯を認めた最初の判例から練馬事件判決までの判例

共謀共同正犯を認めた最初の判決が登場するのは明治29年3月3日の大審院判決（刑録2・3・10）においてであるが、そこでは『共に謀りて事を行う以上は何人が局に当るも其行為は共謀者一体の行為に外ならず』（以下、下線筆者）との表現が用いられている。それ以降、知能犯から実力犯へと共謀共同正犯の成立範囲は広げられていくわけであるが、その過程において判決が示す共同正犯成立根拠は必ずしも共同意思主体説に限定されていないことには留意すべきである。たとえば、明治44年5月19日大審院判決（刑録17・1618）は次のように述べている。『数人共謀して犯罪を遂行する為めその方法をかくかく劃作したる末共謀者中の1人をしてこれが実行の任に当たらしめたるときはその担任者は共同の犯意に基づきて自己及び他の共謀者の為に犯罪の実行をなしたるものにして他の共謀者は右の1人を使役し以って自己の犯意を遂行したるものというべきを以って刑法第60条に所謂2人以上共同して犯罪を実行したる者に該当し単に他人を教唆して犯意を生ぜしめ且犯罪を実行するに至らしめたる場合とは共同の犯意及びその因する手段実行の有無に関する相違あること言うを待たず』。この、『使役し以って自己の犯意を遂行したる』との表現はいかにも間接正犯類似説的なニュアンスを示している。それ以降も、判決中には、共同意思主体説的な、あるいは、間接正犯類似説的な、またその混合形態といえるような表現がそれぞれ繰り返し(4)現れる。大審院時代において共謀共同正犯論を全面的に採用することを宣明した画期的判決とされる昭和11年5月28日大審院刑事連合部判決（刑集15・715）では、『凡そ共同正犯の本質は2人以上の者一心同体の如く互に相より相援けて各自の犯意を共同的に実現し以て特定の犯罪を実行するにあり……、均しく協心協力の作用たるに於てはその価値異なるところなし』と、共同意思の下での一体性を強調するが、必ずしも個々人を離れた共同体自体の意思が実現されたとは言っていない。むしろ、各自の意思を実現する点に言及している。

このような構成はその後、最高裁判所においても一貫して踏襲される。その最初の例である昭和23年1月15日最高裁判決（刑集2・1・4）は共同正犯の処罰根拠について、「凡そ共同正犯者が共同正犯者として所罰せられる所以のものは、共犯者が、共同意思の下に一體となつて、互に他人の行為を利用して自己の意思を實行に移す點にあるのであるから、苟も判文上共謀の事實を明確にさえすれば、共犯者の何人が實行行為の際、その如何なる部分を分擔したかは、これを特に明示しなくとも、罪となるべき事實の判示として、間然するところはない」と述べた。ここでも、共同意思の下での一体性と他人の行為を利用して自己の意思を実現する点に処罰根拠が求められている。そして、これが昭和20年代の最高裁の基本的な考え方であったといえる。⁽⁶⁾このような流れの中で、昭和33年の練馬事件判決（最大判昭33・5・28刑集12・8・1718）を迎えることとなったのである。それは以下のようなものであった。

ii) 練馬事件判決

「共謀共同正犯が成立するためには、二人以上の者が、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、各自の意思を實行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を實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、直接実行行為に關与しないもの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關与したかどうか、その分擔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のを相当とする」。

「数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀が成立することを必要とするものでなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合には、これらの者のすべて間に当該犯行の共謀が行われたと解するのが相当とする」。

『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない」。

上述の練馬事件判決にいたる判例の流れを考慮する時、直接手を下さない者についての共同正犯成立の根拠について、練馬事件判決は従来の判例の考え方の延長にあるとみることができるよう思われる。その考え方とは、具体的には、共同意思主体説的な考え方と間接正犯類似説的な考え方のどちらか一方では単純に捉えきれない、両者の混合形態である⁽⁷⁾。そこでは共同意思の下での一体性を強調するが、同時に、他人を利用して自己の意思を実現する点にも繰り返言及している。

一方で、他人の行為の利用による自己の意思の実現を、集団とは切り離された各個人の個別的な意思の実現とは捉えられておらず、各自の意思内容は集団内の個々人に共通の意思であり、その範囲で一体性を有するものと考えられている。

それゆえ、練馬事件判決について、従来の判例の考え方と異なり、間接正犯類似説に立って個人的共犯論を採用したものであるというのは、いささか一面的な理解であるように思われる。むしろ、直接手を下さない者についての共同正犯の成立根拠についてのそれ以前の判例の考え方を総合したものとみるほうが自然である。共同意思の下に一体となって、互いに他人の行為を利用し自己の意思を実現する場合に、直接手を下さない者にも共同正犯が成立するというのが、判例の基本的な考え方である。

3. 直接手を下さない者についての共同正犯の成立要件

それでは、直接手を下さない者についての共同正犯の成立根拠に関するこのような考え方に基づいて、練馬事件判決が示した成立要件としての「謀議」はどのような意味を持つのであろうか。この「謀議」は、「二人以上の者が、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」という、直接手を下さない者に共同正犯を成立させる実体的根拠となる事実の形成を内容とすると考えられる。上述のとおりここで問題となるのは、判文中の「謀議をなし」と言う表現が、共同正犯成立の実体的根拠となる事実の形成行為を意味するのか、あるいは、何らかの形で形成されたそのような事実の存在を意味するのかである。従来、学説においては、これを前者と理解する客観的謀議説⁽⁸⁾と、後者と理解する主観的謀議説⁽⁹⁾とが対立して来たのであるが、この対立が、謀議行為（形成行為）がなくても共同正犯の成立を認めうる場合があるかについての結論を左右する。そこで本判決が、順次共謀を認め、謀議の行われた日時・場所・内容を証明することを求めている点をどのように考えるべきか。また、いずれに解釈されるにせよ、その場合に謀議内容の具体性についてはどの程度を要求しているのかが問題となる。

これらの点について、他の判例は手がかりとなる考えを明らかにしてきたであろうか。

i) 練馬事件判決以前の判例

練馬事件判決以前の判例は、必ずしも共謀形成行為を要求しておらず、共謀状態を要求するにとどまっているように思われる。たとえば、「共同正犯たるには、行為者双方の間に意思の聯絡のあることは必要であるが、行為者間において事前に打合せ等のあることは必ずしも必要ではなく、共同行為の認識があり、互に一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せしむれば足るのである⁽¹¹⁾」とするものや、「共謀とは数人相互の間に共同犯行の認識があることを云うのであつて単に他人の犯行を認識しているだけでその者が共謀者であると云うこと⁽¹²⁾」はできないと述べたものがある。

る。

また、共謀の内容については、具体的に述べられているものはほとんどないが、特定の犯罪を実行するというような緩やかな程度で認められているように見受けられる。たとえば、「数名の者が詐欺罪を行うことを通謀した以上、実行行為に携わらなかった通謀者は、実行者の具体的欺罔行為の内容を逐一認識しなくても、共同正犯としての責任を負う」とするものがある。⁽¹³⁾

また下級審ではあるが興味深いものとして、謀議行為が認められない場合に、別の要件を立てて共謀共同正犯の成立を認めたものがある。⁽¹⁴⁾

ii) 練馬事件判決の先例的意義

従来判例と比較して、練馬事件判決は、謀議の内容をより厳格に定めている。「二人以上の者が、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」を内容とする謀議がなされなければならない。その方向性からすれば、「謀議をなす」とは単なる合意の存在ではなく、合意形成行為であるとされたようにも見える。しかしながら、「共謀」の事実が証明されれば共謀形成行為を具体的に特定する必要がないとの判示からすれば、要件としては、共謀の内容を厳格化したにとどまり、判決で示されたような厳格な内容の合意が存在することを要求したにとどまるとも考えられるため、判断のつきかねるところである。以下では、その後の判例の流れをさらに追って、さらにこの点を検討する。

いずれにせよ、従来判例とのここまでの比較から、練馬事件判決の先例的意義については、個人的共犯論への画期的な転換との評価は極端であるとしても、少なくとも、直接手を下さないものに共同正犯を成立させる要件として、(合意形成行為を要求しないとしても)いかなる合意が存在していなければならないかを示すことにより、その点で明確な絞りをかけたところにあるということにはできるように思われる。

iii) 練馬判決以後の判例

練馬事件判決以後の共謀共同正犯に関する最高裁判例はほとんど見当たらないが、下級審判例は相当数に上る。

例えば、朝霞駐屯地自衛官殺害事件控訴審判決（東京高判昭52・6・30判時886・10 4）は共謀の意義について、「共謀が成立したというには、単なる意思の連絡または共同犯行の認識があるだけでは足りず、特定の犯罪を志向する共同者の意思が指示、命令、提案等によって他の共同者に具体的に明らかにされ、他の共同者が右指示、命令、提案等を了承、賛同するなど、各自の意思が特定の犯罪を行うことを目的とした一個の共同意思と認められるまでに一体化するに至ることを要するというべきである」と述べ、共謀の内容をさらに限定した上で、共謀の成立が集団の一体性評価と直結することを示唆している。そこで、どのような合意が存在する場合に、共同正犯の要件として要求される程度の一体性にいたるのかについては、犯罪類型や事案毎に結論を異にしているが、それぞれ具体的な内容が示したものが幾つもある⁽¹⁵⁾。さらに、重要な役割、正犯意思⁽¹⁶⁾に関してもそれらを要件としてその具体的内容を検討した多数の下級審判例が積み重ねられている⁽¹⁷⁾。

これらをざっと見渡すと、共同正犯の成立は、形式的に物理的な実行行為の有無に基づいて判断するのではなく⁽¹⁸⁾、集団の一体性と正犯意思の要件に加えて、具体的な各集団内での個々人の役割の重要性に基づいて、より実質的に判断されているといえるように思われる。その判断の際、共謀形成行為は、もはや厳格な意味での成立要件としてではなく、共謀状態すなわち集団の一体性を推認させる事情として扱われているようである。

そこで、練馬事件以降の判例の基本的な考え方をまとめると、共同正犯の成立要件としては、①集団の一体性——共謀状態、②重要な役割、③正犯意思を実体的要件として、それらを推認させる様々な事情が状況に応じて要求されているということになる。

iv) 共謀形成行為と共同正犯成立要件との関係

共謀形成行為という事実は、実体要件のすべてに関わりうるものである。それで、各事例において「共謀」がどの要件に関わって論じられているかを見きわめる必要がある。この点は、「共謀」の意義を明らかにする上で有用であると思われる。

例えば、集団の一体性要件を考える場合には、それ以前から特定の犯罪と関わる構造的一体性を有していた集団と、ばらばらの個人が個別の意思に基づいて結びつき一体性を有する集団を形成する場合とで、共謀形成行為のもつ意味は異なってくる。前者においては集団の一体性の認定のために、わざわざ共謀形成行為を指摘する必要はないが、後者については、共謀形成行為の存在が一体性要件の充足を示す重要なファクターとなるだろう。なお、前者の場合においても、特定の犯罪類型毎に共謀の内容すなわち集団の一体性をどの程度具体的に要求するかに応じて、共謀形成行為がなくとも別の事情からどの程度実体的要件を認定できるかが異なってくることは留意すべきである。

また、前者においても、被告人が重要な役割を果たしたか、あるいは正犯意思を有していたかの判断資料として、共謀形成行為が指摘されることは考えられるが、それは一体性を推認させるものとは違う仕方を用いられているのであり、「共謀」の意味内容はそれぞれ区別して理解しなければならない。

練馬事件判決後の判例において、共謀形成行為自体が決定的な成立要件としては扱われてこなかったことからすれば、やはり練馬事件判決は、直接手を下さない者についての共同正犯成立の要件として、①集団の一体性——共謀状態と②正犯意思を示すと共に、要件①について、その内容を明らかにしたものであり、必ずしも要件として共謀形成行為を要求したものではない⁽¹⁹⁾と考えられる。

それゆえ、平成15年5月1日決定は、練馬事件判決を踏襲し、その枠内で、共同正犯の基本的な成立要件を満たす限りにおいて、具体的な共謀形成行為がない場合でも直接手を下さない者に共同正犯の成立を認めうる

ことを示したものとイえる。そこで以下では、本事例において果たして共同正犯の基本的な成立要件の充足が認めうるか、という観点から若干の考察を加えることとする。なお、本決定については、事実認定、特にけん銃所持の認識の認定への批判も少なくないが、ここでは認定された事実を前提として、理論的内在的検討を加えるにとどめる。

4. 本決定について

本決定は、共同正犯成立の理由として、①黙示的な意思連絡——ボディガードらのけん銃所持についての被告人の認識認容、②現場性、③指揮命令権限を有する地位、④使役的立場を挙げている。これらの理由はそれぞれ共同正犯成立の要件としての、①集団の一体性、②重要な役割、③正犯意思とどう関わるのであろうか。

i) 各理由についての検討

(1) 黙示的な意思連絡

特定の犯罪行為に関する集団としての一体性——共謀状態が存在しなければ、ボディガードらがけん銃を所持していることについての被告人の認識それ自体は、他人の犯罪の認識でしかない。特定の犯罪行為についての認識を共有していることが必ずしも集団としての一体性の存在を意味するわけではない。

本決定が、被告人がボディガードらのけん銃所持を認識認容していることと、ボディガードらがそれを承知していることを挙げて、意思連絡の存在を認めている点については、この意思連絡が、集団としての一体性——共謀状態の存在を意味するとすれば、論理の飛躍であるとの批判を免れないように思われる。

本件のように具体的な共謀形成行為のない事案において、共謀状態の存在を認めるとすれば、まず、集団の構造的な一体性が基礎づけられねばならないように思われる。構造的な一体性を持たない他人同士が特定の犯罪行為についての認識を共有する場合と、構造的な一体性を有する集団の構成員

同土が特定の犯罪行為についての認識を共有する場合で、その意味は全く異なってくるからである。後者においてのみ、認識の共有と集団の構造的一体性とが相まって、共謀形成行為が無い場合においても共謀状態を認めうる余地が生じよう。

そのうえで、被告人とボディガードらが共同犯行の認識を有していた、すなわち共謀状態にあったというためには、当人らが一体性を有する集団のために、個人ではなく、集団の一員としてけん銃を所持していると認識していることも重要であり、また客観的にもそう言えなければならないであろう。具体的には、けん銃所持者の当該所持の目的が集団としての目的（この場合には組長の警護）と同一視されうるものでなければならない。そうでなければ、物理的にけん銃を所持していた者の行為を集団に帰属させることが困難となる。たとえ、組長警護の目的で構成された団体の一員がけん銃を所持しており、それを組長が認識認容していたとしても、そのけん銃所持の目的が所持者自身の安全確保であるとすれば、その所持を集団に帰属させうるかは疑わしい。（110）

本件は、被告人を含めた、被告人を警護する目的の下に一体性を有する集団の存在を認め得る事案であると思われるうえ、ボディガードらのけん銃所持については、客観的にも集団の一員としての役割を果たすための行為であったといえよう。被告人がボディガードらのけん銃所持を認識していることをボディガードらが承知しているという点を認定しているのは、ボディガードらの所持が集団の一員としての役割を果たすための行為であったことを示そうとする意図があったと読むこともできるが、分かりにくく迂遠であるように思われる。端的に集団に帰属されうる所持であるとの事実を示すべきであったと思われる。そして、このような前提を基礎とする限りで、被告人にボディガードらのけん銃所持についての認識があれば、それだけで、具体的な共謀形成行為がなくとも共謀状態の存在を認めうるだろう。なお、本件の集団について、警護する者とされる者とを区別する見方もありうるが、被告人を含め全員が被告人配下の同一の集団に属するわけであるから、被告人本人を含めて被告人を警護する一体性を有す

る集団と見るほうが実態に即していると思われる。

(2) 現場性

本決定では、被告人が現場にいたことが、被告人に共同正犯の成立を肯定する積極的理由とされており、また、補足意見においては、練馬事件判決と事案を異にする理由として挙げられている。

しかしながら、本人が現場にいたとしても、現場での共謀形成行為があったわけではない以上、なぜそれだけで共同正犯成立の積極的理由となるかは明らかでない。理論的には、本人が現場にいるかいないかそれ自体は共同正犯成立にとって重要な問題ではなく⁽²⁰⁾、基本的な要件が満たされたかどうか重要であると思われる。また、被告人が現場にいたことは本人が直接手を下さないという事情を異ならせるものではないのであり、補足意見においてもこの理由で練馬事件判決との関係について言及を避けた点には不満が残るところである。

それでも、本件の特殊な事情においてはやはり、被告人の現場性は共同正犯成立のための重要な要素であったと考えるのは正当である。それは、当該集団が被告人警護を目的とする集団だったからである。被告人の現存在を前提として被告人を警護することが集団の存在意義であり、集団の目的である以上、被告人の現場性が集団の一体性に不可欠の要素であり、被告人が現場にいたことが、ボディガードらのけん銃所持も集団の一員としての役割を果たすためのものであったと認められる重要な判断資料となるといえるからである。

(3) 指揮命令権限を有する地位—使役的立場

これは重要な役割また正犯意思の要件に関わるものである。ボディガードらがそのような地位にいる被告人の一般的包括的命令の下、被告人配下の組織の一員としての役割を果たすため、具体的状況下での必要に応じけん銃を所持していたのであれば、既に、共同正犯を根拠付ける構成要件実現に対する重要な心理的ないし物理的影響は否定できないと思われるからである。

また、当該集団がまさに被告人自身の警護という目的達成の為に被告人

の指揮命令権限の下に存在するものであったとすれば、けん銃所持についての認識認容があれば、それについての正犯意思をも認める方向に働くであろう。

(4) 直接的利益

本決定は、警護を受けるという被告人の立場を指摘して、直接的な利益を受ける者としての正犯意思の要件を満たすことを確認している。受益的立場と正犯意思が必ずしも必然的に結びつくわけではないが、⁽²¹⁾正犯意思を推認させる間接的な資料とはなりえよう。

ii) 本決定の意義

最高裁が、直接手を下さない者についての共同正犯を、具体的な共謀形成行為がない場合にも認めた事例として非常に興味深い。しかしながら、本決定の射程は、一般論が展開されていないこともあり、同種の事案のリーディングケースとしての狭い範囲にとどまると思われる。

私としては、認定事実を前提としたうえで、上述のように理論構成について疑問に感じるところもあるが、この事案についての結論としては肯定できると考える。

その理由の一つは、本決定がけん銃所持罪に関するものであるところにある。この点を捉えて「所持という行為の事実性、具体性を考えた場合、所持罪はいわゆる自手犯として間接正犯や共同正犯の観念を入れる余地は、理論的にはない」⁽²²⁾との批判もあるが、判例・多数説はこれを実力支配関係としてより観念的に捉えている⁽²³⁾。むしろ、犯罪類型の単純性、手段的性格から、特に、集団の支配的地位にある者の責任を認めやすい犯罪類型であるように思われる。すなわち、社会生活において、何らかの物の「所持」は、一般的にその所持自体が目的とされるのではなく、その物を所持あるいは使用することによって得られる機能によって、何らかの目的を達成するための、必然的な手段であると位置づけられる。所持される物自体にはその用法としての特定の目的がいわば埋め込まれているため、逆に機能や目的が特定されれば、必然的な手段が何であるかもまた、客観的に決

定されやすいように思われる。例えば、穴を掘れといわれれば、所持すべき物は必然的に決定される。掘るべき穴が具体的であればあるほど、その目的に適合的な機能を果たす物は必然的に限定されるはずである。その過程において逐一具体的なコミュニケーションが必要であるとするのは現実的ではないように思われる。

また、「所持」は生活上極めて単純で基本的な行為であるから、現実には複数人がその行為を共同するために必要なハードルも相対的に低いものとなるろう。

もう一つの肯定的評価の理由は、複数人の共同によって遂行される犯罪において、個別の行為の意味を全体の文脈と密接に関連付けて理解しようという私の基本的考え方によるものである。この方向は、個別行為責任との関係で難しい問題を孕んでいるため慎重を要するが、本決定の事実認定の是非はともかく、共同正犯成立の理由として挙げられたファクター、とりわけ指揮命令権限を有する地位への言及は、示唆に富むものであると考える。もっとも、決して、組長警護のためにけん銃を所持していた組員がいれば、組長はその地位ゆえにけん銃所持罪の共謀共同正犯になるなどと一般化して理解されるべきでないことはいうまでもない⁽²⁵⁾。しかしながら、本決定が、ある種の地位や立場にあるということが、その者の行為の意味を客観的に解釈する上でいかに位置づけられるべきかという問いへの新たな地平を拓いた点で、その意義は少なくないように思われる。

最後に、類似の事案として、最高裁平成17年11月29日決定（有罪）（判例集未登載）、大阪地裁平成16年3月23日判決（無罪）（判例集未登載）等がある。いずれも、本決定によって示された判断枠組みを踏襲しているものの、具体的な事実認定によって結論が分かれた。けん銃所持の認識認容の判断資料として組織の構造や、関係者の地位・経歴のほか、襲撃の現実的可能性についても詳細に検討された点が特徴である。本決定後大阪高⁽²⁶⁾裁において⁽²⁷⁾一審の無罪判決が破棄され、最高裁も有罪とした平成17年決定については、本決定との重要な相違を指摘して、共同正犯の成立に反対する見解も強く主張されている⁽²⁸⁾。なお、係争中の事案は、控訴審も無罪判

(29)
決を維持して検察側が上告中であり、判断が注目されるところである。

註

- (1) 亀井源太郎「共謀共同正犯における黙示の意思連絡とその認定」法学教室 280号(2004年)114頁以下、芹澤政治「時の判例」ジュリスト1265号(2004年)112頁以下、大塚仁・福田平「最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上)」現代刑事法64号(2004年)15頁、十河太郎「暴力団組長が自己のボディガードらのけん銃等の所持につき直接指示を下さない場合の共謀共同正犯の成否」現代刑事法68号(2004年)85頁、大久保隆志「暴力団組長が自己のボディガードのけん銃等の諸寺に着き直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うとされた事例」ジュリスト1269号平成15年度重要判例解説(2004年)159頁、島田聡一郎「暴力団組長が、自己のボディガードのけん銃等の所持につき直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うとされた事例」ジュリスト1288号(2005年)155頁、林幹人「共謀共同正犯と『謀議』判例時報1886号(2005年)3頁など。原審について批判的なものとして、村井敏邦「拡大する『共謀』概念についての批判的考察『激動期の刑事法学』(2003年)325頁以下、本決定について批判的なものとして、山中敬一「銃砲刀剣類所持等取締法違反(けん銃所持)の共謀共同正犯の成否」関西大学法学論集53巻3号(2003年)180頁、本田稔「共謀共同正犯における「共謀」事実の特定の意義」法学セミナー584号(2003年)118頁。
- (2) 浅田和茂『刑法総論』(2005年)416頁、橋田久「共謀共同正犯」町野朔ほか編『ロースクール刑法総論』(2004年)120頁、山口厚『刑法』(2005年)162頁、前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』(2006年)441頁など。
- (3) 川端博「共謀共同正犯の意義」芝原・西田・山口編『刑法判例百選Ⅰ総論』149頁。
- (4) 「数人共謀して一の恐喝行為を為す時直接に実行の局に当る者は共謀者中の一人なりとするもその者は共謀者全員の意思を実行するものなるを以てこの場合他の者はその一人を使用して自己の意思を実行するものに他ならずしてすなわち共同一体となりて犯罪を実行するものといわざるべからず故に共謀者全員に於いて共同実行正犯の責に任ずべきは当然なり」大判大5・824新聞1172・32
「数人共謀して犯罪を遂行する場合に在りては共犯の一人は他の共犯者に代表さるるか又は他の共犯者を使役する関係にあるを以て自己の犯意を遂行したるものと云うを得べければなり」大判昭3・7・21新聞2904・15
「数人共謀して罪を犯したる場合には数人共同一体の関係において相互に手足となり共同の目的を遂行するものなるが故にその関係において為したる共犯者の一人の行為は法律上全部の行為と観察すべきものなれば」大判昭5・

「数人犯罪の実行を共謀し共謀者の或る者がその特別構成要件たる行為全部の実行を他の者をして担任せしめたる時は担任者を利用してその犯意と共通なる自己の犯意を遂行することを得るは数人が各自犯罪の特別構成要件たる行為の一部を実行したる場合における他の部分に対する関係とその理を異にするものに在らざるを以て」朝高院判昭8・2・6評論22刑法69

- (5) 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』（1975年）48頁。
- (6) 「多衆一團となつて他人に暴行を加えることを謀議した者が、偶々犯行現場におくれて到着したため、又はその現場にいながら、直接実行行為に加担しなかつたとしても、他の共謀者の実行行為を介して自己の犯罪敢行を實現したものと認められるときは、その集團暴行に基く傷害乃至傷害致死の罪につきなお共同正犯たるの責を負うべきである。」最判昭23・10・6刑集2・11・1267

「数人が強盜の罪を犯すことを共謀して各自がその実行行為の一部を分擔した場合においては、その各自の分擔した実行行為は、それぞれ共謀者全員の犯行意思を遂行したものであり、又各共謀者は他の者により自己の犯行意思を遂行したものであるから、共謀者全員は何れも強盜の實行正犯としてその責任を負うべきものである」。最大判昭23・11・4刑集2・12・1452

「共謀共同正犯は、単なる教唆や従犯とは異なり、共謀者が共同意思の下に一体となつて、互いに他人の行為を利用してその意思を実行に移すものであるから、犯罪の予備、着手、実行未遂、中止結果等は、すべて共謀者同一体として観察すべきものである。去れば、強盜を共謀した者は自ら実行行為を分担しなくとも、他の共謀者の実行した強盜行為の責を免れないものである」最判昭25・4・20刑集4・4・602

- (7) 林・前掲注（1）4頁。
- (8) 内藤謙『刑法総論〔下II〕』1371-2頁参照。
- (9) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』375頁以下、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号（1999年）12頁。
- (10) 島田・前掲注（1）157頁。
- (11) 最判昭23・12・14刑集2・13・1751
- (12) 最判昭24・2・8刑集3・2・113
- (13) 最判昭26・9・28刑集5・10・1987
- (14) 東京高判昭32・7・20高裁判集10・8・633（要旨『集團行進の際に行われた暴行脅迫行為につき右集團行進に参加していた者が共謀してこれに加担したものと認められるためには、あらかじめ、いわゆる共同謀議が行われたと認められない限りは、右参加者等の個別的・具体的行動中に、他の暴行脅迫者らと互いに相呼応し、相協力して暴行脅迫を加えようとする意思の発現

を認めるに足りるものがなければならない』)

- (15) 最判昭43・3・21刑集22・3・95 (要旨『公職選挙法に定める金銭供与の罪に関する共同謀議が成立したとするためには、数人の間に一定の選挙に関し一定範囲の選挙人または選挙運動者に対し、投票または投票とりまとめを依頼し、その報酬とする趣旨で金銭を供与するという謀議の成立があれば足り、その供与の相手方となるべき具体的人物、配布金額、金員調達的手段等細部の点まで協議されることを必要とするものではない』)、東京高判昭35・9・19東京高判時11・9・241 (「詐欺の共謀があるとするためには、共犯者間において、相手方を欺罔し金員を騙取するにつき互いに意思連絡あるをもって足り、必ずしも欺罔の方法、共犯者の役割その他につき具体的な謀議のあったことを要せず、かつ実行行為を分担することを要しない」)、名古屋地判昭35・11・8判時247・33 (「所謂共同正犯が成立するためには、数人相互間に共同加功の意思即ち犯意の連絡があり、互に他人の行為を利用し全員協力して犯罪を発現せしめることが必要であり、単に他人の犯行を認識しているのみでは共謀者であるとはいえない」)、東京地判昭34・2・18下級刑集1・2・401 (要旨『輩下が被害者に対し暴行を加えたり、ナイフで傷害を与えたりした際、その場にいた首領が右暴行を黙認し、傷害の結果を未然に防止する措置をとらなかった場合には、首領も共同正犯となる』)、大阪地判昭36・12・23判時286・11 (「共謀共同正犯が成立するためには、共犯者相互間に特定の犯罪を共同して行う意思がなければならない。それは単に各人が同様の犯行を同時に行っているとの認識があるだけでは足りず、各人がそれぞれ他の者の犯行を自己の犯行の一部として利用し、また自己の犯行を他の者の犯行の一部として役立たせるところの積極的な意思の連絡の存することが必要である」)、東京高判昭41・2・28判タ190・210東京高判時1・2・21 (要旨『拳銃および実包の売却を斡旋するため、これを携えた売主と同行して引渡を了したときは、互いに意思を通じ共同して、不法に拳銃および実包を所持したものである』)、大阪地判昭41・11・26判タ204・187 (要旨『自動車で逃走中の窃盗犯人が、その仲間が自動車の外側にぶら下がっている被害者を振落すため疾走中急ブレーキを掛けるのを黙認し、そのなすに任せて被害者を転落負傷させたときは、事後強盗致傷罪の共同正犯となる』)、東京地判昭43・4・6判タ221・231 (「日頃行動を共にしており、かつ違反文書を頒布して歩いていることを知っていたとしても、一体となって実行する謀議の存在が認められない以上、戸別訪問罪および法定外選挙運動文書頒布罪の共同正犯の責任を負わせることはできない」)、大阪地判昭44・12・12判時598・98 (要旨『同一の機会に、被告人甲、乙がAを、被告人丙がBをそれぞれ強姦した場合に、被告人等3名に右A、Bに対する強姦の共謀共同正犯が成立するためには、各被害者に対する強姦を行うため共同意思の

下に一体となって互いに他人を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議が存することが必要である』)、東京高判昭47・10・9判タ289・389(要旨『わいせつ文書販売罪においては、著作者と出版販売業者との間に共同加功の意思が当然存在する』)、大阪高判平13・6・21判タ1085・292(「自分の方を向いた被告人が秋子をこたつの天板に叩きつけようとしているのを十分理解し、被告人の前記の発言の意味するところも知悉し、しかも、その際、被告人が自分に制止して欲しいという気持ちをも有していることまでも熟知しながら、自らも秋子に死んで欲しいという気持ちから、被告人と一旦合った目を逸らし、あえて被告人を制止しないという行動に出ることによって、被告人が秋子をこたつの天板に叩きつけて殺害することを容認したといえるのであって、以上によれば、秋子をこたつの天板に叩きつけるという方法によって、同兇を殺害することについて、この時点において、暗黙の共謀が成立したと認めるのが相当というべきである」)。

- (16) 東京高判昭34・11・5下級刑集1・11・2335(要旨『他人が自動車を窃取するものであることを認識して見張をしても、他人と共謀して自動車を窃取するために見張をしたものでなければ、共同正犯とはならない』)、大阪地判昭39・11・4下級刑集6・11/12・1263(要旨『殺人につき具体的な協議をすることなく、単に正犯を激励し、助言し、教示したに過ぎないときは、謀議があったものとはいえない』)、東京高判昭43・1・23判タ221・220(「甲が、乙から金員を喝取しようとした丙と手分けして金員の捜索に当たった場合には、恐喝についての意思連絡および実行行為の分担があったものというべきである」)、東京地判昭48・4・16判時716・113(「兇器準備集合の共謀をしても、自ら集合体に参加するという行為に及んでいないときは、兇器準備集合罪の共同正犯は成立しない」)、札幌高判昭60・3・20判時1169・157(「被告人が、かつて甲から試験問題を入手し不正合格したことから同人と親しくなり、同人から希望者がいるときは試験問題のコピーを売りつけて欲しいと依頼され、数回にわたりコピー入手希望者をつのり、これを同人に伝え、同人はその都度試験問題を窃取してそのコピーを被告人に渡し、被告人はこれを希望者らに渡し謝礼として合計約140万円を受取り、うち約19万円を自分のものとし、残りを同人に渡したときは、窃盗の共同正犯ではなく幫助である」)、長崎地裁佐世保支判昭60・11・6判タ623・212(「特定の犯罪の共同謀議に参加した者が、直接実行行為に関与しなかった場合に、いわゆる共謀共同正犯としてなお正犯者としての責任を負うためには、当該共同謀議の結果、各当事者間に互いに相手の行為を利用しあう実質的な一体的相互利用関係が形成されるとともに、当該謀議参加者において、実行行為こそ分担はしていないものの、当該犯罪の計画及び準備段階から最終的な実行段階までの全体の犯罪遂行過程を通して見た時、自らも当該犯罪遂行の対等または対等以上の行

為主体として加功し、かつ、実行行為者の行為と等価的と評価される重要な役割を自己の分担した行為によって果たしていると認められる場合（等価的分担関係が存在する場合）であるか、もしくは、当該謀議参加者において、他人である実行行為者の行為を自己の手段として実質的にも支配または利用して当該犯罪をともに実行したと認められる場合、即ち、当該謀議参加者において、自らも当該犯罪遂行の対等又は対等以上の行為主体として加功し、かつ、共同謀議などの際において、自ら又は他人を介して、実行行為者に対し当該犯罪の実行を自己に代わって遂行するよう指揮命令又は委託し、あるいは、利益誘導などの方法で誘導するなど自らの意思に従って支配又は利用すべく働きかけの行為を為し、その結果、当該実行行為者をして自らの代行者として実行行為の遂行をなすことを事実上引き受けしめ、その引き受けに基づいて当該実行行為者をして当該犯罪を実行せしめたと認められる場合（実質的支配又は利用関係が存在する場合）であることが必要である」〔金塊などの密輸出を手伝っていた者からその話を聞いた甲らは、密輸出の対価として多額の現金が授受されているのに目をつけ、密輸出の手伝を装って右現金を強取しようと計画し、漁師である被告人に強取計画を話して漁船の貸与方を要請し、同人らに恩義を受けていた被告人はやむなくこれを承諾して、犯行当日、甲らが待伏せのためなどに使う漁船を本件強盗致傷の犯行場所付近まで回航させるなどしたときは、強盗致傷の共謀共同正犯ではなく幫助犯が成立するにとどまる〕等。

- (17) 東京高判昭35・10・4東京高判時11・10・263（要旨『正犯者等が格闘中の被告人を応援するため、相手方を傷害した場合でも、それが被告人の意思とかかわりなく行われたに過ぎないときは、被告人に傷害の共謀があったものとするとはできない』）、名古屋高判昭36・8・15下級刑集7/8・676（要旨『他人が強盗をすることを知りながら同行しても、自ら強盗をする意思がなく、また他人のする強盗を自己の行為として意欲した事実も認められないときは、強盗の共謀があったものとはいえない』）、東京地判昭41・6・4判タ194・17335（要旨『他人の窃盗行為を容認し、赃物を監視し、見張っていても、窃盗行為について謀議や意思連絡があったと認められないときは、幫助にとどまる』）、東京地判昭42・1・12判タ207・187（要旨『甲、乙が金をつくるために悪事を働きに行くのだということは推認していたが、犯行の手段や方法について相談にあづかった事実はなく、共同して強盗しようとする意思が認められないときは、共犯関係は成立しない』）、大阪高判昭42・10・17判時510・78（要旨『共謀者等が人を殺害することを意欲していない場合に、なお殺人の共謀があったとするためには、共謀者間において、行為内容例えば兇器の種類形状、その具体的使用方法等について相談ないし意思の連絡がなければならぬ』）、千葉地裁松戸支判昭55・11・20判時1015・143（「現金輸送車の強盗事件において、共犯者が被告人に、犯行直前に犯行

を打明けたこと、被告人が打明けられながら離脱することなく犯行に及んだこと、被告人が果たした逃走のための車の運轉行為は、犯行においては軽微ではなく、報酬として200万円を受領していることなどの事情があっても、被告人は事前の謀議や下見に参加させられておらず、犯行計画は他の共犯者らにおいて決定されたものであること、被告人が受領した200万円は、他の共犯者3名で強取した金員を3等分し、その中の1名の取り分から出されたものに過ぎないこと、共犯者らも被告人を単に逃走用車両の運轉手としてしか考えていなかったことなどの事情を総合すれば、被告人には共犯者の行為を利用して自らも強盗をする意思があったとは認め難く、幫助犯が成立するものと解すべきである」、東京高判昭57・12・21判時1085・150（「刀剣類のブローカーをしていた被告人が、同業者が無銘の日本刀を重要美術品に認定された高価な日本刀のように装って顧客から金員を騙取するものであることを知りながら右同業者に右の日本刀を売渡しても、右の外右同業者の犯行に何ら介入せず騙取金員の配分も受けていないときは、詐欺罪の正犯意思は認められず、幫助犯が成立する」）等。

- (18) 「実行行為を分担の事実も、それは共同実行意思認定の一つの有力な判断材料に過ぎない」（福岡地判昭59・8・30判時1152・182）とするのはその好例である。
- (19) 島田・前掲注（1）157頁。
- (20) 林・前掲注（1）7頁。
- (21) 十河・前掲注（1）89頁、林・前掲・9頁。
- (22) 村井・前掲注（1）17頁、浅田和茂「共謀共同正犯の拡散」広渡清吾ほか編『小田中聰樹先生古稀記念論文集民主主義法学・刑事法学の展望（下）』163頁以下。
- (23) 最判昭24・5・18刑集3・6・796。
- (24) 拙稿「集合的行為における刑事責任に関する予備的考察（2・完）」法学論叢157巻2号（2005年）48頁以下。
- (25) 島田・前掲注（1）159頁。
- (26) 大阪高判平16・2・24（判例集未登載）、この判決に批判的検討を加えたものとして、浅田・前掲注（22）161頁以下を参照。
- (27) 大阪地判平13・3・14判時1746・159
- (28) 西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務——最高裁平成17年11月29日第一小法廷判決を中心に——」刑事法ジャーナル3号（2006年）54頁以下。
- (29) 大阪高判平18・4・24（判例集未登載）

本稿は、平成18年度科学研究費補助金・若手研究（B）による研究成果の一部である。