

22. 共謀共同正犯(2)―スワット事件～最決平 15.5.1 【百選 176】

【論述例】

- 1 スワットらは、いずれも、甲を警護する目的で実包の装てんされた拳銃を所持していたから、銃砲刀剣類所持等取締法 31 条の 3 第 2 項の罪が成立する。そこで、甲に、同罪の共同正犯（60 条）が成立しないか。
- 2 共同正犯が「正犯」（同条）たる理由は、相互利用補充関係に基づく共犯者間の一体性・共同性に求められる。また、広義の共犯の処罰根拠は、違法な結果に対して因果性を与えた点に求められる。したがって、「共同して犯罪を実行した」（同条）と認められるためには、①正犯性、②意思連絡、③意思連絡に基づく実行行為が必要である。

- (1) まず、正犯性は、主観面において正犯意思が認められ、しかも、客観面においても正犯と評価されるにたりる重要な関与を行っている場合に限って、認められる。具体的には、共謀者と実行行為者の関係、犯行関与の動機・経緯、共謀者と実行行為者との意思疎通の状況、共謀者の具体的役割の内容、犯行前後の徴憑行為等の事情に犯罪の性質（罪種）・内容などを総合考慮して決せられる。

甲は、兵庫、大阪を本拠地とする P 組組長兼 Q 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ところ、P 組には、甲を専属で警護するボディガード（スワット）が複数名おり、甲は、スワットらを指揮命令する権限を有する地位にあった。また、スワットらは甲の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始甲の近辺にいて甲と行動を共にしていたものであり、甲は、スワットらによって警護を受ける立場にあった。したがって、実質的には、正に甲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から、主観面において正犯意思が認められ、しかも、客観面においても正犯と評価されるにたりる重要な関与を行っているとして認められる。

よって、①正犯性は認められる。

- (2) 次に、甲は、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していないから、明示的な②意思の連絡は認められない。もっとも、甲は、スワットらが自発的に甲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からすれば、甲とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に②意思の連絡があったといえる。
- (3) 最後に、上記のとおり、スワットらは、いずれも、甲を警護する目的で実包の装てんされた拳銃を所持していたから、③意思連絡に基づく実行行為も認められる。

3 以上より、甲に同罪の共同正犯が成立する。

注1) 論述例2(1)第1段落第1文については橋爪隆・刑法総論の悩みどころ 350 頁乃至 351 頁、同第2文については植村立郎編・刑事事実認定重要判決 50 選(上)〔第3版〕395 頁乃至 396 頁を参照。

なお、同第2段落について、本決定の深澤補足意見は、「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。」「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」と述べている。

注2) 論述例2(1)に関連して、最決昭 57.7.16【百選 I 77】は、「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画したAからその実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、知人のBに対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとしてAに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部(金 20 万円)をAに提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人が右A及びBらと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認めた原判断は、正当である」と判示しているところ、同決定の団藤意見は、以下のように述べている。

「正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独正犯のばあいには、みずから実行行為(基本的構成要件に該当し当の構成要件の特徴を示す行為)そのものを行った者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさ

せるについて自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となったものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである。」

「まず、被告人はかなりの大麻吸引歴をもっていたところから……、大麻の密輸入を計画したAからその実行担当者になってほしい旨頼まれると、みずから大麻を入手したい欲求にかられて、本件犯行に及んだこと、また、大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその代金に見合う資金を提供していることがみとめられる。これは被告人にとって本件犯罪が自分のための犯罪でもあったことを示すものというべく、それだけでただちに正犯性を基礎づけるには足りないとはいえ、本人がその犯罪実現の主体となったものとみとめるための重要な指標のひとつになるものというべきである。そこで、さらに進んで、被告人が本件において果たした役割について考察するのに、被告人はAから本件大麻密輸入の計画について実行の担当を頼まれたが、自分は刑の執行猶予中の身であったので、これはことわり、自分の身代わりとしてBを出したというのである。ところで、Bは被告人よりも5、6歳年少の青年で、被告人がかねてからサーフィンに連れて行くなどして面倒をみてやっていた者であるが、たまたま被告人とBは一緒にグアム島に旅行する計画を立てていたところ台風のために中止になり、Bはせっかく旅券も入手していたことでもあり外国旅行を切望していた。被告人はそこに目をつけて、『旅費なしでバンコックへ行ける話がある』と行ってタイ国行きを二つ返事で応諾させたのであり、その際、大麻の密輸入のこともいって、自分の代わりに行くことを承知させたものと認められる。このような経過でBは本件犯行計画に参加し大麻の密輸入を実行するにいたったのであって、被告人は、単に本件犯行の共謀者の一員であるというにとどまらず、Aとともに、本件犯行計画においてBを自分の思うように行動させてこれに実行をさせたものと認めることができる。以上のような本件の事実関係を総合して考えると、被告人は大麻密輸入罪の実現についてみずからもその主体になったものとみるべきであり、私見においても、被告人は共同正犯の責任を免れないというべきである。」

注3) 論述例2(2)に関連して、最大判昭 33.5.28【百選 I 75】は、「共謀共同正犯が成立するには、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」と判示していたところ、岩田誠・最判解刑事篇昭和33年度405頁は、『共謀』又は『謀議』の存することは、実行行為に関与しない共同者をも共同正犯としての責任を負わせるために必要な要件ではあるが、それは単なる主観的要件に止まるものではなく、実行共同正犯における客観的要件である『二人以上の者の実

行行為の分担』にも比すべきもので、共謀共同正犯の客観的要件でもあると解すべきである」と述べており、客観的謀議説（謀議行為があつてはじめて共謀が認められるとする見解）を採ったと評される（亀井源太郎・百選Ⅰ153頁）。しかし、本決定は、「甲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つたといえる」と判示しており、判例が主観的謀議説（共謀を共同犯行の認識あるいは意思連絡といった主観的な状態と捉える見解）に立つことが明らかとなった（橋爪・前掲書347頁、亀井・前掲書153頁）。このような見解からは、実行共同正犯と共謀共同正犯は統一的に理解することができる（植村・前掲書377頁乃至378頁、井田良・百選Ⅰ155頁も参照）。実務上も、実行共同正犯の成立要件と共謀共同正犯の成立要件を特に区別しない傾向にある（大塚裕史ほか・基本刑法Ⅰ〔第3版〕322頁）。

※ ただし、本決定では被告人が犯行現場付近に赴いた現場共謀に近いものであったということに留意すべきであり、被告人が現場に赴いていない場合においては、黙示的な意思連絡が肯定されることは通常考え難い（植村・前掲書382頁、芦澤政治・最判解刑事篇平成15年度310頁も参照）。

注4）同じく論述例2(2)に関連して、本決定は、「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」と判示しているが、故意については未必的で足りることが一般に承認されているし、意思連絡の存否については、認識の確定性を求めるのは過度の要求であるとの指摘がある（植村・前掲書383頁）。最決平19.11.14も、「被告人5名は、Bや実際に処理に当たる者らが、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Bに処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後B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というべきである」と判示している。

※ ただし、本決定の事案において、拳銃所持の認識が未必的に止まる程度であるならば、犯罪の共同遂行の合意が黙示的にあつたと認定することは困難となろう（植村・前掲書383頁）。