

第 二 編

判例にあらわれた多数関与犯の理論

序 問題の設定と本稿の目的

I 多数関与犯をめぐる問題点

現行刑法第 60 条、第 61 条、第 62 条の共同正犯、教唆犯、幫助犯について、判例はどのように処理しているであろうか。特に、前編でみてきたような学説の理論は判例に反映されているであろうか。まずもって、この点が明らかにされなければならない。

ところで、最近の司法統計年報によれば、共犯関係にある者は、このところ毎年 1 万 1 千人前後であるが、そのうち教唆とされる者は 30 人前後、幫助とされる者は 350 人前後にすぎない。しかも、教唆・幫助が認められる罪種には、統計による限り大きな偏りがあり、前者の半数ほどは、犯人蔵匿・証拠湮滅罪に、後者の圧倒的多数は、賭博罪に集中している、というデータが存在する³⁾。しかも、共同正犯か従犯か、その区別をめぐっては学説上いまだに定説をみえない。この点に関し、判例は事案をどのように処理して正犯・共犯を区別しているか、明らかにしなければならない。特に、共謀共同正犯論が判例上確立した今日、共謀共同正犯の実態をも明らかにしなければならないだろう。このように考えてみると、共犯すなわち多数関与犯をどのように把握し現行共犯規定に当てはめるかが重要となる。

本稿の研究目的も、以上の問題点を明らかにし、自らの立場を明らかにすることにある。しかし、多数関与犯といっても、その範囲は広範にして奥行きが深い。実際問題として、現行共犯規定の意義というか、共犯規定のもつその類型性を明確にすることが先決問題と考えられる。そのための準備作業として、次の事実を指摘しなければならない。

先ほどの司法統計年報は、現代の共働現象を把握する上で、ある一つの事実を我々に呈示してはいないだろうか。それは、まず第一に、教唆犯、幫助犯が極端に少なくしかも認定されている犯罪類型は限定されている、という事実である。次に、従来、実行共同正犯における共同正犯と従犯(幫助犯)の限界設定問題として論争されていたのが、共謀共同正犯論の登場によって、教唆犯の類

型が非定型的な類型となってきたことがあげられよう。その内実は、共謀共同正犯論の登場背景を考慮すれば明らかになる。最後に、そのことは、正犯か従犯かの区別に影響を及ぼしているという事実をあげることができる。

以上の事実、犯罪現象が田舎的な現象から都市型の現象に転嫁し、それだけ共働現象も複雑になってきたということである²⁾。従って、従来から通説的地位を占めてきた定型説(正犯＝構成要件該当行為を行う者、共犯＝構成要件の行為以外の行為を行う者、という図式を基礎として理論構成する学説)に重大な局面が招来した。その端的なあらわれを団藤博士の改説にみる。すなわち「正犯とは基本的構成要件に該当する行為を行う者」という表現に代えて「正犯とは基本的構成要件に該当する事実を実現する者」と主張された³⁾。だからといって、定型説が破綻してしまったと断定するのは早計である。定型説が通説的地位を保ち続けてきたのは、それなりの理由がある。それは共働現象を田舎的な現象であるという意味で把握する限りにおいて正当であった。すなわち「共同正犯」＝共同加功の意思(意思の連絡)＋共同実行の事実、「教唆犯」＝正犯優位の原則＝正犯とは基本的構成要件に該当する行為を行う者＋教唆者の教唆行為(教唆犯は正犯に従属する＝共犯従属性原理)、「幫助犯」＝正犯優位の原則＝正犯とは基本的構成要件に該当する行為を行う者＋幫助行為＝加担行為、という図式が簡単に当てはまるからである。換言すれば、単独正犯＝基本的構成要件該当性の問題、共犯＝その修正形式として把握することである。ところが周知のとおり、共謀共同正犯論はいわゆる『集団犯罪に関する理論』なのである⁴⁾。判例は共働現象そのものとして共犯現象を把握するために共謀共同正犯の概念を樹立したのである。刑事政策的要請からいわば「実行行為を行わない背後者を教唆犯として処遇するのが妥当か」という問題意識から「実行行為を行わない背後者の黒幕的存在者」を重く処罰するために、共謀共同正犯の概念を用いたと⁵⁾。これに理論的基礎を提供したのが、共同意思主体説の提唱者草野豹一郎博士であった。

そうであれば、刑法所定の共同正犯、教唆犯、幫助犯の類型的限界設定は、従来の定型的思考では破綻を生じたと云わざるを得ない。ここに共犯内部での

類型的限界設定の困難性を提供するに至った。それは共謀共同正犯論の登場に始まり、それとともに定型説は破綻の途を歩まざるを得ない状態に追い込まれた。それと同時に、共犯の処罰根拠論も何らの救済策にはならない。それは「正犯—共犯」という図式を前提としてのみ成り立ち得る問題だからである。

そこで、われわれは、判例のいう共謀共同正犯論 — 特にそれが刑法 60 条の実行共同正犯を拠り所にして以上 — を検討する作業から始めなければならない。本稿では、最高裁判所以降の判例を中心に分析・検討作業を進めることにする(第 1 章以降の判例番号は、巻末の判例総索引における番号に従っている)。

その前に、ここで整理しておく、先ほどの司法統計年報のデータから、教唆犯、幫助犯の成立を、それが極端に少なけれ、またそれが罪種の面から大いに偏りがあれ、一定の限度で肯認することができるのである。私は、それらを定型的な教唆犯、定型的な幫助犯と理解する。さらに実行共同正犯を定型的な共同正犯と。これらは何人といえども否定できない定型に基づいた教唆犯、幫助犯ということになろう。但し、いずれも共犯従属性の立場にたつ限りにおいてである。

結論を先取りすれば、私は、共犯規定をもって方法的類型を規定したものと理解する結果、共犯をもって共働現象そのものとして把握し、江藤教授の表現⁶⁾を借りれば、『集団における犯罪』として分析するものである。その理由は、個別的行為責任の原則を維持することにある。

Ⅱ 判例にあらわれた共謀共同正犯概念の発展史

1. 共謀共同正犯論の発展史

周知のとおり、共謀共同正犯概念は、徹底して判例の創作による。判例が、何故に、共謀共同正犯概念を採用せざるを得なかったのか、その発展史を検討してみれば判明するものと考えられる。その登場の端緒は、大審院判例にある。従って、われわれは、まず最初に、大審院の判例に目を向けなければならない。以下、大審院の判例を手がかりとして、最高裁判所に引き継がれるまでの過程

を概観しておこう。

一般に、共謀共同正犯を採用した最初の判例として、次の判例があげられている。

〔1〕 「恐喝取財ノ件」に関するものであった(大判明 29・3・3 刑録 2・3・10)。すなわち、恐喝罪について、『現場に出向かなかった共謀者も、共同正犯となる』として、「其れ斯の如く共に謀りて事を行ふ以上は何人が局に當るも其行為は共謀者一鉢の行為に外ならず」と判示した。

〔2〕 もっとも、窃盗罪については、『実行行為もしくはこれに密接かつ必要な行為が必要であり、そうでない限り共同正犯は成立しないとか、あるいは従犯である』、とした判例も存する。例えば、「被告人の行為は止た窃盗罪の実行を謀議したるに過ぎず果して其实行行為若くは之に密接且必要な行為に加担したる事実に該当するや否やを確認するに足らざるに拘らず原判決が輒く被告人の行為を以て窃盗の実行正犯に間擬したるは理由不備の違法あるもの」とした(大判大 3・6・19 刑録 20・1258)⁷⁾。さらに下級審のものとして、「画策に加わっても、犯罪の特別構成要件たる行為を行わない場合は、共同正犯でない」としたものもある。例えば、朝高院判大 5・4・22 朝高録 3・382 がそれである。

〔3〕 「恐喝取財ノ件」に関して共謀共同正犯を認めた次の判例は、教唆犯との差異を明言した。『数人共謀して犯罪を遂行する為め其方法を画策したる末共謀者中の一人をして之が実行の任に当らしめたるときは其担任者は共同の犯意に基きて自己及び他の共謀者の為めに犯罪の実行を為したるものにして他の共謀者は右一人を使役し以て自己の犯意を遂行したるものと謂ふべきを以て刑法第60条に所謂二人以上共同して犯罪を実行したるもの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之に起因する手段実行の有無に関する相違あること言を俟たず』と(大判明 44・10・6 刑録 17・1618)。このように、〔2〕の実力犯を除いて、判例は恐喝罪については、共謀共同正犯を認める態度を示し、さらに共謀共同正犯の成立を拡大していった。それは、『他人と共謀して、贈賄のため金円の給付、酒食の饗応をした者は、自ら金円費用等を支出しなくても、賄賂提供罪の正犯である』

(大判明 43・11・1 刑録 16・1808)とした贈賄罪、『詐欺罪を共謀し一名が実行にあつた場合には、自ら実行に関与しないでも共同正犯となる』(大判大 3・3・27 新聞 936・27)とした詐欺罪、『賭博を共謀し一名が実行にあつた場合には、自ら実行しないでも、共同正犯となる』(大判大 4・11・1 刑録 21・1821)とした賭博罪、『横領を共謀した場合には、自ら費消しない横領金額についても、共同正犯となる』(大判大 5・9・28 刑録 22・1459)とした横領罪に及んできた。そして、大審院は大正11年に共謀した者が共同正犯になりうるのは知能的な犯罪に限る、とする知能犯に関する総括的な態度を打ち出したのである。

[4] 「恐喝取財ノ件」に関する判決文において、次のように判示した。曰く、『刑法第60条に所謂共同して犯罪を実行したる者とは必しも犯罪の構成要件たる行為の全部又は一部の実行に共同加功したる者のみを指称するの義に非ず。数人共同して犯罪の実行を発意し共謀者中の或者をして犯罪実行の任に当らしめ之をして他の共謀者に代りて共同の犯意を遂行せしめたる者も亦犯罪の性質に従ひ其の中に包含するものと解すべきものとす。然り而して所謂知能的犯罪の遂行に付ては、其の構成要件たる行為に対して身体的加功を必要とするのみならず精神的加功を要求する場合最も多きに居るを以て、共同正犯を身体的加功者のみに制限し、其の犯罪の遂行に就き与て大に力ある精神的加功者を除外し其の身体的に犯罪を加功せざりし理由を以て之を不問に付すべき理あるべからず。之を共同正犯として刑罰の制裁を加ふるを相当とするものと解せざるべからず。原判示事実によれば被告人Xは、判示恐喝罪の実行を発意計画し実行行為を共謀者たるYに担当せしめ身体的加功を為さざりしに精神的加功を為し以て不法に他人より金円の交付を為さしめたる事実なれば、恐喝罪の教唆又は従犯に該当せざるは勿論恐喝罪に依りて得たる贓金収受罪をも構成せざるものとす』(大判大 11・4・18 刑集 1・233)と(下線・筆者)。その後、大審院は、『公務執行妨害を共謀し、一名が実行した以上、他の共謀者も共同正犯となる』(大判昭 4・10・28 新聞 3097・9)とした公務執行妨害罪、『暴行を共謀し一名が実行した場合は、共謀者全員が共同正犯となる』(大判昭 4・11・29 刑集 8・575)とした暴行罪、『傷害を共謀し、自己は単に追跡し手を下さない場合でも、共同

正犯となる』(大判昭3・7・21新聞2904・15)とした傷害罪、『脅迫を共謀し、主として一名が実行にあたって、共同一体の関係にある他の共謀者は、共同正犯としての責を免れない』(大判昭5・5・26新聞3149・5)とした脅迫罪、『放火を共謀し、一名が実行を担当した場合にも、他の共謀者は共同正犯となる』(大判昭6・11・9刑集10・568)とした放火罪、『殺人を数人共謀し、一名において実行にあたった場合には、他の共謀者は共同正犯である』(大判昭8・11・13刑集12・1997)とした殺人罪等に共謀共同正犯の成立を認め、ついに共謀共同正犯論を全般的に採用すべきことを明言した、大審院第一第二第三第四刑事聯合部の昭和11年の画期的な判決が登場したのである。

[5] 『窃盗罪又は強盗罪に付て其の謀議に與りたる者は実行行為を分担せざるも共同正犯たる責を負うべきものとす』とした治安維持法違反強盗強盗予備住居侵入私文書偽造行使窃盗被告事件(大判昭11・5・28刑集15・72)である。曰く、『凡そ共同正犯の本質は、二人以上の者一心同体の如く互に相寄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。共同者が皆既成の事実に対し全責任を負担せざるべからざる理由茲に存す。若し夫れ其の共同実現の手段に至りては必ずしも一律に非ず。或は俱に手を下して犯意を遂行することあり。或は又共に謀議を凝したる上其の一部の者に於て之が遂行の衝に当ることあり。其の態様同しからずと雖二者均しく協心協力の作用たるに於て其の価値異なるところなし。従て其の孰れの場合に於ても共同正犯の関係を認むべきを以て原則なりとす。但し各本条の特別の規定に依り之と異なりたる解釈を下すべき場合の存するは言を須たざるところなり。而して窃盗罪竝強盗罪の共同正犯関係は殺人傷害及放火等の罪に於けると同しく上叙原則に従うべきものにして之が例外を為すべき特質を存するものに非ず。即ち二人以上の者窃盗又は強盗の罪を犯さんことを謀議し其の中或者に於て之を実行したるときは爾余の者亦由て以て自己の犯意を実現したるものとして共同正犯たるの責を負うべきものと解せざるべからず。本院従來の判例は初め所謂知能犯と実力犯とを區別し前者に付ては実行を分担せざる共謀者をも共同正犯とし、後者に付ては実行を分担したる者に非ざれば共同正犯と為さざるの見解を採りたるも、近

来放火罪殺人罪等の如き所謂実力犯に付ても概ね上叙原則の趣旨を宣明せるに拘らず窃盗罪竝強盗罪の共同正犯に付ては寧ろ例外的見地を採用し実行分担者に非ざれば之が共同正犯たるを得ざるものと為したること緒論の如しと雖之を維持すべきに非ず』と⁸⁾。

以上のように、共謀共同正犯論は大審院判例において確固たる地位を築いたのである。この基礎を提供したのは、草野博士提唱の『共同意思主体説』であることは多言を要しない。

[6] 「数人が共同して強盗罪を犯した事案」に関する強盗窃盗被告事件最高裁判決である(最判昭 23・1・15 刑集 2・1・4)。曰く、『凡そ共同正犯者が共同正犯者として処罰される所以のものは、共犯者が、共同意思の下に一体となって、互に他人の行為を利用して自己の意思を実行に移す点にあるのであるから、苟も判文上共謀の事実を明確にさえずれば、共犯者の何人が実行行為の際、その如何なる部分を分担したかは、これを特に明示しなくとも、罪となるべき事実の判示として、間然とするとところはない』と。

このようにして、最高裁判所になってからも、大審院の立場を受け継ぐことを明言し、爾後この立場は維持されている。

しかし、後述のようにいわゆる練馬事件判決は、同じく共謀共同正犯論の立場にたつとはいえ、若干ニュアンスの異なった表現を用いている。ともあれ、共謀共同正犯論は判例上確立した理論となったことは確かである。

2. 判例における共謀共同正犯論の登場背景

前述のとおり、共謀共同正犯の概念は、当初知能犯的な犯罪において姿をあらわした。その総括的態度を表明したのが、大審院大正11年判決(大判大 11・4・18 刑集 1・233)である。その後、大審院昭和11年判決(大判昭 11・5・28 刑集 15・72)は、知能的な犯罪だけでなく実力犯にも共謀共同正犯論を拡大適用するに至った。

そこで問題は、判例は、当初知能犯的な犯罪だけに限定して共謀共同正犯の概念を用いたのか、さらに実力犯にまで拡大適用するに至ったのは何故か、で

ある。この大正 11 年判決と昭和 11 年判決を比較検討すれば、判例の意図が明らかになると思われる。

まず昭和 11 年判決の事案は、当時の共産党地下組織資金部責任者が、資金獲得のため銀行襲撃を発案計画して部下に指令実行させたというものであり、部下の窃盗・強盗につき、資金部責任者が「共謀共同正犯」に問われたものである。他方、大正 11 年の判決では、「所謂知能的犯罪の遂行に付ては、其の構成要件たる行為に対して身体的加功を必要とするのみならず精神的加功を要求する場合最も多きに居る」との理由から、精神的加功により共謀共同正犯の成立を肯認した。そうはいうものの、判例中には、共謀共同正犯と教唆犯は異なるという。前掲の明治 44 年判決(大判明 44・10・6 刑録 17・1618)がそうであった。明治 44 年判決は、「数人共謀して犯罪を遂行する為め其の方法を画策したる末」そのうちの一人が実行行為を行えば、他の共謀者は右実行者を使役して自己の犯意を遂行した者といえるから「共同正犯である」と判示する。すなわち「共謀してその方法を画策した」点が重要視されている。恐らく、判例は、「共謀してその方法を画策した」点に共謀者相互の「危険創出」行為を認めたとも考えられる。いわば知能的な犯罪類型は、その行為態様の出発点が精神的発起にあることは否定できない事実である。知能的犯罪に限定する趣旨はいわゆる「知的発起者」概念を想起させるものがある。その意味で、この段階では未だ「共同意思主体説」に基づく共謀共同正犯論の色彩は濃くなかったのではないか。

それに対して、実力犯に共謀共同正犯の成立を認めてきたという事実は、共同意思主体説の影響も考えられる。殺傷犯及び盗取罪等はいわば行為態様自体に有形力の行使が類型化されている。このような犯罪類型には実行共同正犯が前提とされよう。だからこそ、判例は、窃盗罪、強盗罪について「実行行為もしくはこれに密接かつ必要な行為が必要である」と判示したのであろう。ところが、前記昭和 11 年判決は、「窃盗罪又は強盗罪に付て其の謀議に與りたる者は実行行為を分担せざるも共同正犯たる責を負うべきものとす」と判示した。そして、大正 11 年判決以降、実力犯に共謀共同正犯論が採用されている事情は、

実力犯の犯罪類型を精神的発起によっても実現することが可能というか、いわば犯罪実現の黒幕的存在であるという事情が窺われるのである。判例はこれを『使役』という表現であらわしている。すなわち刑事政策的意図から共謀共同正犯論を非知能的犯罪にまで拡大適用したということであろう。ここに「共同意思主体説」の論理が実を結んだといえる。

Ⅲ 本研究の対象とその目的

以上、多数関与犯に関する問題点の出発点が提出された。多数関与犯の理論を構成する場合、どうしても避けて通れないのは「共謀共同正犯論をどのように把握するか」である。現行刑法典には「共謀共同正犯」に関する規定は存在しない。ところが昭和47年改正刑法草案は、『共謀共同正犯』に関し、その27条2項で次のように規定した。曰く、『二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする』と。

この改正草案によって、共謀共同正犯は一応認知されたものと考えられる。

そこで、われわれが、これから研究しなければならないことは、共働現象をどのように把握するかである。そのための資料を提供するのは、最高裁判所の判例である。大審院から最高裁判所に引き継がれてから45年にもなろうとする現在、時代の変遷とともに、裁判所が共働現象をどのように把握しているか、まず検討しなければならない。ただし、最高裁判所の判決だけでなく、むしろどちらかといえば下級審の判決を重視する立場で事案を検討することにする。何故かという、最高裁の判決は下級審の判決を基礎とした法律判断がその使命であるのに対し、下級審は事実認定をどちらかという、重視しているため、量刑判断の基礎を理解するうえで、貴重な資料を提供するものと考えからである。

次に、多数関与犯の現象を捉えるうえで、共犯類型の限界設定を判例はどのように考えているかである。特に、問題は正犯と従犯の区別の規準である。この点については、学説上も未だ定説をみない。判例はどのような区別の規準を

提出しているであろうか。

最後に、判例を読む場合に、いわゆる解釈論的視座から判例を分析・検討するのが一般的である。例えば、正犯と共犯の区別について「判例は主観的基準を重視している」とか、「故意ある幫助的道具を判例は認めているか」とか、というのがこれである。これが誤りだということではない。それは一面的な視座ではなかろうか。共働現象を把握する場合に、重要なことは、判例は「どういう場合を正犯と類型化し、また、どういう場合を共犯(従犯)と類型化しているか」である。換言すれば、正犯と共犯の区別が問題となるにしても、そこでは、正犯とは何か、共犯(従犯)とは何か、ではなくて、どういうものが正犯類型を構成し、またどういうものが共犯(従犯)類型を構成しているかが重要なのである。端的にいうと、量刑論的視座を重視した分析・検討の試みである。

従って、まず最初に、解釈論的視座から判例を分析・検討し、次に、量刑論的視座から判例を分析・検討するという手順を踏むことにする。ここで注意しておきたいことは、量刑論的視座といっても、量刑論それだけで足りるというのではなく、量刑論の基礎たる事実認定をも考慮するということである。いつてみれば、解釈論と量刑論を別個に考慮するのではなくて、量刑論をつねに前提として解釈論を展開するということである⁹⁾。

- 1) 中森喜彦「実行行為を行う従犯」判例タイムズ 560 号 67 頁脚注 (1) 参照。
- 2) 藤木英雄「刑法講義総論」26 頁以下参照。
- 3) 団藤重光「刑法綱要総論(改訂版・昭 55 年)」347 頁参照。なお、旧書「刑法綱要総論」の昭和 44 年版の 280 頁以下参照。
- 4) 草野野一郎「刑法改正仮案と共犯の従属性」刑法改正の重要問題所収 297 頁以下、同「刑事法学の諸問題」208 頁以下参照、牧野英一「団体的共犯論と個人的責任論」刑法研究 7 巻 270 頁以下参照、斎藤金作「共謀共同正犯の理論」刑事法講座 3 巻 457 頁以下参照、安平政吉「集団犯罪」刑事法講座 3 巻 509 頁以下参照。
- 5) 平野「刑法総論Ⅱ」400 頁以下参照。
- 6) 江藤孝「騒擾罪の問題点」法学教室第 2 期 7 号 134 頁以下、同「騒擾罪における「共同意思」—共同意思否定論の試み—」判例タイムズ 275 号 16 頁以下、同「共犯理論の再検討」名城法学 37 巻別冊(西山富夫教授還暦記念論文集) 45 頁以下参照。

- 7) 同旨、大判大 7・12・21 新聞 1522・21。
- 8) 本件大審院判決が登場する 3 年前の昭和 8 年に、下級審判例であるが、知能犯、実力犯の区別なく、共謀共同正犯論の妥当すべきことを判示した判例も存する。曰く、『所謂知能的犯罪たると否とを問わず数人犯罪の実行を共謀し共謀者の或者が其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ときは担任者を利用して其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於ける他の部分に対する関係と其の理を異にするものに非ざるを以て担任者に於て犯罪の特別構成要件たる行為の全部を実行したるときは其の単に共謀者たるに止まる者も共同正犯として罪責を負担すべきものとす』(朝高院判昭 8・2・6 評論 22 刑法 69)と。
- 9) Kienapfel, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, S.1ff., いわゆる統一的正犯者の原理では、量刑体系と称されるように、解釈論の次元を重要視せず、量刑論を最重要視する。しかし、キーナップフェルは、みずから機能的な統一的正犯者の体系の立場にたち、解釈論の次元に一定の理解を示す。ただし、それは概念的・類型的な範疇構成であり、実質的には量刑において関与類型の個別化を行う。しかし、「量刑の基礎は責任にある」とされていることから、責任を実質的に把握するためには、行為者の行為構造、その違法性が論究されねばならないだろう。責任の前提は行為者の行為の違法性にあるからである。その意味で井上正治博士提唱の人格責任論(井上「違法と責任との関連」法律時報 21 卷 11 号 8 頁、同「刑事責任の本質」法政研究 17 卷合併号 88 頁以下参照)は「解釈論と量刑論の架橋」である。

第1章 解釈論的視座による判例の分析・検討

I 共同正犯の成立要件について

1. 総説

学説上、刑法60条の共同正犯が成立するためには、その主観的要件としての「共同加功の意思(意思の連絡)」と客観的要件としての「共同実行の事実」を必要とする、ということについては見解の一致をみる¹⁾。しかし、そこで主張されている内容については若干の相違が存する。その理由は、「共犯正犯とは何を共同にするのか」という共犯の本質に関する見解の対立にあった。

判例は、この点に関し、どのように把握しているであろうか。まず、主観的要件から検討作業を進めていこう。

2. 主観的要件としての「共同加功の意思(意思の連絡)」

「共同加功の意思」とは、通説的理解によれば、「相互的理解」として捉えられ、その内容は、各共同者は、他人の行為を補充し、また他人の行為によって補充せられることを認識し、その認識に従って行為することである。このような補充し合う行為によって一つの結果に到達しようという決心が共同正犯の総合的要素であり、この心理的状态(相互的理解)は故意的行為について存するにすぎない²⁾。ところが、最近は、過失の共同正犯を認める傾向にある。例えば、内田教授は次のようにいう。曰く、「過失の場合では、前法律的な事実の共働に添加した不注意という意思状態が、犯罪的結果志向の意思・犯罪的結果惹起のために他人と通じようとする意思に代って、それとパラレルな関係にたつわけであるから、そこに、一部実行の全部責任を基礎づけるもう一つの契機が求められるということになるからである」と³⁾。もちろん、行為共同説の立場からは、過失の共同正犯は肯定的になる。木村博士が「行為共同説は行為を共同にする意思があれば足り、結果を共同にする意思、従って、故意の共同を必要としないから、結果的加重犯については行為を共同にする意思の共同があれば共同者のすべてが結果に対して責任を負うことになり、又、過失犯の共同

正犯を認める」と述べられる⁴⁾のがその典型例である。

それでは、判例は、主観的要件に関して、どのように捉えているであろうか。

従来、判例は、『共犯に関する総則規定は、過失犯に適用がない』として過失犯の共同正犯の成立を否定していた⁵⁾。ところが、最高裁は、昭和28年に過失の共同正犯を肯認した。

[20] 「過失により有毒飲食物等取締令第1条第1項に違反した罪と共同正犯」に関する有毒飲食物等取締令違反被告事件(最判昭28・1・23刑集7・1・30)について、

【判決要旨】 『A B両名がその共同経営にかかる飲食店で、過失により法定の除外量以上の「メタノール」を含有する飲食物を客に販売した場合において、右両名が意思を連絡して右飲食物を販売したものと認められるときは、有毒飲食物等取締令第4条第1項後段の罪の共同正犯が成立する』と。

最高裁は、『原判決は、被告人両名の共同経営にかかる飲食店で、右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには「メタノール」を含有するか否かを十分に検査した上で、販売しなければならない義務のあることを判示し、被告人等はいずれも不注意にもこの義務を懈り、必要な検査もしないで、原判示液体を法定の除外量以上の「メタノール」を含有しないものと軽信してこれを客に販売した点において有毒飲食物等取締令4条1項後段にいわゆる「過失ニ因り違反シタル」ものと認めたものであることは原判文上明かである。しかして、原判決の確定したところによれば、右飲食店は、被告人両名の共同経営にかかるものであり、右の液体の販売についても、被告人等は、その意思を連絡して販売をしたというのであるから、此点において被告人両名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのであって原判決がこれに対し刑法60条を適用したのは正当であって、所論のような違法ありとすることはできない。』と判示した(下点線筆者)。

井上博士はそれでも『過失の共同正犯』に否定的である。何故かというと、共同加功の意思というのは、犯罪を共同にする意思と考えるべきだからであると。

それでは、最高裁は何故、これまで過失犯に共同正犯はないと断定してきたにもかかわらず、それを承認するに至ったか。しかも小法廷でなぜ簡単に判例をくつがえしたかにみえる結論を出したのか。

井上博士は、次のように主張される。「判例は共謀共同正犯の理論を採ったが故に、過失犯に共同正犯を承認したものであり、しかも、大法廷によらず小法廷において処理したものと思います」⁶⁾ と。この井上説に対して中教授は「共謀共同正犯という共謀の内容は、共謀者各員に共通一定の犯罪であったはずであり、これをにわかに脱殻したものと解することにはなお疑問がある」と批判される⁷⁾。

思うに、判例は「意思の連絡」の意義を行為共同説のいうように、すなわち構成要件該当行為を共同にする意思と解釈しているのではないか。構成要件的結果を実現しようとする意思とは解していないのではないかと考えられる。下級審判例であるが、名古屋高等裁判所も失火罪の共同正犯を認めている（名古屋高判昭31・10・22 高裁特3・1007）。その説明の仕方は、最高裁昭和28年判決と全く同じである。つまり第一審判決をそのまま肯認する形で次のように表現する。『原判決は、被告人兩名は素焼こんろを利用して煮炊の仕事をする場合該こんろ内の炭火による過熱の為その下部床板が燻焦して発火するかも知らないからその危険のなさか否かを十分調査し過熱発火の危険がないことを確認した上こんろを使用すべきであったに拘らず不注意にも何等の調査を為さず被告人兩名は意思を連絡して本件こんろを使用し間然に消火する措置を採らないで帰宅したのである。……して原判決の確定したところに依れば被告人兩名は共同して素焼こんろ二個を床板の上におき之を利用して煮炊を為したものであり過熱発火を防止する措置についても被告人等は共に右措置を為さずして帰宅したと謂うのであるから此の点に於いて被告人兩名の内に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのである。』と。

かくて、判例は共謀共同正犯論の立場にたって「過失の共同正犯」を認めたのである。井上博士は「共謀共同正犯の理論を認めないが故に、過失の共同正犯を否定する」と主張される。

ところが、学説のなかには、「意思の連絡」を「共謀」の概念と同一視して解釈されている場合が見受けられる。例えば、下村教授は、「共謀概念の分析」というセクションで「意思の連絡」という用語を共謀概念下で把握されているように考えられる⁸⁾。下村教授の見解は、共謀共同正犯論の基底には共同意思主体説が存在し、教授自身共同意思主体説を採られることから、必然的な帰結になると考えられる。

それでは、判例は、共謀共同正犯にいう『共謀』の概念をどのように捉えているのであろうか。

〔11〕「共同正犯と事前の打合せ」に関する公務執行妨害被告事件(最判昭 23・12・14 刑集 2・3・1751)について、

【判決要旨】 『共同正犯であるには、行為者双方の間に意思の連絡のあることが必要であるが、行為者間において事前に打合せ等のあることは必要でない』と。

本件弁護人の上告趣意は「全く突然の出来事にして被告人としては他のものと打合す暇もなく独自の考に依り不法逮捕を攻撃したものであって決して共謀して職務の執行を妨害したのではない」と主張した。

最高裁曰く、『共同正犯たるには、行為者双方の間に意思の連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。原審の採用した証拠によれば、被告人等の間に判示の犯行について共同行為の意思連絡のもとに、互に他の一方の行為を利用し、協力して両巡査の職務執行を妨害したものであることを認め得るのであるから、原審が挙示の証拠により被告人等は共謀して本犯行をなしたと認めたことは虚無の証拠によったものとは言い得ない。』と判示した。

それでは、どういう場合に「共同加功の意思(意思の連絡)」があったというのか。次の判例は、共謀共同正犯を否定していわゆる同時犯(単独犯)を認めた事例である。

〔137〕「強姦未遂罪の共謀共同正犯を否定し各被害者に対する単独犯を認めた

事例」に関する強姦未遂被告事件(広島地判昭42・12・18 判タ 215・217)について、

【判決要旨】 『被告人YについてはU子に対する被告人MについてはT子に対する強姦未遂罪(単独犯)は、それぞれ成立するが、当該被告人において実行行為に出なかった婦女に対する関係、即ち被告人YについてはT子、被告人MについてはU子に対してはいずれも強姦未遂罪は成立しないものと解する』。

本件公訴事実の要旨は、『被告人兩名は、共謀のうえ、昭和42年8月6日午後10時頃、広島県安芸郡府中町水分峡水分神社付近において、U子およびT子の兩名を強いて姦淫しようと企て、被告人Yにおいて、右神社付近の堤防上へ前記U子を連行し、同女の頸部に腕を巻きつけて同女を右堤防上に押し倒し押さえつけるなどの暴行を加え、「大声をたてると締めるぞ、やらせい」などと申し向けて脅迫し、被告人Mにおいて前記T子の腕を掴んで水分峡広場入口付近の小屋内に連行し、同女の頸部を手で締めつけるなどの暴行を加え「声を出すと殺すぞ、ここまで来たら観念せい」などと申し向けて脅迫し、強いて同女らを姦淫しようとしたが、同女らが激しく抵抗したためその目的を遂げなかったものである』というにあって、検察官は被告人兩名につき、いずれもU子、T子の両女に対する各強姦未遂罪の共謀共同正犯として訴追するものである旨主張した。

これに対して、広島地裁は、『前判示の如く、被告人YについてはU子に対する被告人MについてはT子に対する強姦未遂罪(単独犯)は、それぞれ成立するが、当該被告人において実行行為に出なかった婦女に対する関係、即ち被告人YについてはT子、被告人MについてはU子に対してはいずれも次の理由により強姦未遂罪は成立しないものと解する。まず前掲証拠によれば、判示の如く、被告人Yは府中町埃宮付近からU子を強いて姦淫しようと考え、被告人Mは被告人Yが同女らを姦淫しようとしているのではないかと感じ、同人が姦淫する場には自分も姦淫しようと内心考えながら、水分峡広場入口付近に到来したところ、同所で被告人Yは直ちにタクシーを帰らせたうえ、被告人Mに対し右U子を指さし、「わしはこっちをものにするから、お前はあれをやれや」と

ささやいた。そこで被告人MにおいてもT子を強いて姦淫しようと決意し、被告人兩名は互いに相被告人が強姦行為におよぶであろうことを認識しながら、それぞれ判示犯行におよんだ事実がみとめられる。しかしながら、前掲証拠によっても、被告人兩名が水分峡広場に到着前に同女らを強姦しようとの意思連絡を行ったとの事実はみとめられず、したがって、また同所に赴くまでの間に強姦罪の実行の着手たる暴行、脅迫を被告人らが行ったとの事実もみとめられない。被告人兩名は水分峡到着後、意思を通じたうえ、判示の如くそれぞれ実行行為には出ているが、強姦罪は被害者毎に成立するものであり、前記U、Tの両女に対する各犯行は別個の犯罪であると考えられるに加え、司法警察員作成の実況見分調書ならびに被告人らの前記各供述調書によっても各犯行現場はかなり離れていることが明かであって、被告人兩名が暴行、脅迫を共同して行ない、あるいは相被告人の暴行、脅迫を互いに利用した事実はみとめられない。それ故、被告人兩名は、いずれも相被告人の犯行には互いに何ら加功しておらないのであるから、いわゆる実行共同正犯が成立しないことは明かであるといわなければならない。そこで、共謀共同正犯の成否についてさらに考察するに、いわゆる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、互いに他人の行為を利用して各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、この謀議にもとづき、共謀者のある者が実行したことの事実が存しなければならないと解される(昭和33年5月28日最高裁大法廷判決参照)。したがって、共謀共同正犯における共謀は、二人以上の者が各自現実に実行行為の全部または一部を行ういわゆる実行共同正犯の場合の主観的成立要件たる、二人以上の者における「意思の連絡」ないし「共同犯行の認識」のみでは十分でない点において、これと異なるものがあるといわなければならない。これを本件についてみるに、前記の如く被告人らは水分峡に到着直後、被告人Yの前記の言葉を契機に、それぞれ相被告人と意思を通じ、各自実行行為におよんだが、その際両被告人とも自己が強姦に着手した婦女のみを姦淫しようと考えたにすぎず他の婦女をも姦淫しようとの意思は全く有していなかったことが明かである。いうまでもなく、強姦罪においても

自己が姦淫する意思を有していなくとも、他の者と共謀し、その者をして実行行為をなさしめることにより共謀共同正犯の成立する場合はあるけれども共謀共同正犯における共謀の内容を前記の如く解する以上、強姦罪の性質からして実行行為に出ない者に付いて実行行為者の行為により自己の犯罪を行う意思即ち正犯意思を有したというためには、当該婦女を姦淫することに関して例えば該婦女に対する自己の憎しみの感情等の利害関係そのほか他の者の行為を自己の意思の実現として利用したとみるに足りる何らかの事情がなければならないと解される。しかし、叙上の事実関係からみて、被告人兩名はいずれも相被告人の行為についてまでも、自己の犯罪として行わしめる意思を有していたと認めるに足りる事情はうかがわれない。以上によれば、被告人兩名は当時、互いに相被告人の犯行を認識して各自の犯行におよんだとしても、いわゆる共謀共同正犯における共謀があったものとは考えられない。また被告人Yの同Mに対する前記「わしはこっちをものにするから、お前はあっちをやれや」との文言もいまだそのみでは、被告人Yが同Mに対し、T子についての強姦の教唆あるいは幫助をしたとみる証拠となすには十分でないといわなければならない』（下線・筆者）と判示した。

この広島地裁の判決を読む限りにおいては、共謀共同正犯と実行共同正犯は異なる。

そもそも**実行共同正犯**は刑法60条に基づいて、いわゆる定型的な共働現象を捉えているといえるのではないか。すなわち**故意犯に限定した解釈を基礎とする**。但し、この場合、実行共同正犯は、主観的要件としての「意思の連絡」と客観的要件としての「共同実行の事実」を必要とする。ところが、広島地裁の判決は、どちらかと言えば、強姦罪の性質から単独正犯の原理に基づいてそれぞれ認定しただけのことであって、共犯関係の入り込む余地はなかったといえるのではないか。なるほど、被告人兩名が「意思の連絡」のもとに強姦罪を実行したことは事実であるが、判例もいうように、強姦罪は被害者毎に成立するものであり、被告人等は、別個に姦淫行為をそれぞれ実行したものであって、同一の被害者に姦淫したわけでもないのである。ただ、形のうえでは、姦淫行

為という実行行為と姦淫しようとの意思の連絡は確かに存在する。その意味で共同実行の認識と共同実行の事実が考えられる。行為共同説を採れば、あるいは実行共同正犯と考える余地もあろう。何故かという、構成要件該当行為を共同にする意思で足りるからである。その意味で、判例は行為共同説の立場にたって判断したとも考えられる。

この点について、井上博士は、『行為共同説にたいする大きな疑問は、そういうばあい、わざわざ共犯などと説明の必要はないのではないかということだ。私は一発殴ったのだが、そこへ相手は更に数発殴り、そして、結局私は相手の行為を利用して(すなわち因果関係を利用して)、財物を奪取したという単独正犯で十分ではないでしょうか。… なんのためにわざわざもって廻って共犯と説明しなければならないのでしょうか。行為共同説をとるかぎり、共同正犯の成立に、共同加功の意思を必要とすることはあまり意味をもちません。… そこで、むしろ論理を一貫させようと思えば、植田重正教授のように、「共同正犯の成立に共同加功の意思は要らない」というべきだと思います』と主張される⁹⁾。

3. 共謀の意義—共同加功の意思とどう違うのか

次に、共同正犯にいう主観的要件としての「意思の連絡」と類似して、裁判所が創り出した「共謀共同正犯」にいう『共謀』の概念が明確にされなくてはならない。

前掲〔137〕では、共同加功の意思(意思の連絡)と共謀共同正犯にいう『共謀』は異なるという。つまり、共謀とは「意思の連絡」ないし「共同犯行の認識」だけでは不十分で、「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、互いに他人の行為を利用して各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」が必要であるという。

ところが、藤木博士は「共謀」概念について、次のように主張される¹⁰⁾。

「共謀の概念をあきらかにするについて核心となる問題点は、共謀を、犯罪共同遂行の合意を形成するに至る過程、犯行の打ち合わせ、協議、相談等と解す

るか、それともその結果成立した合意の関係と解するかにあるということができよう」とされ、「共謀共同正犯の刑事責任を根拠づけるものは、犯罪の共同遂行に関する合意、すなわち共同謀議行為の結果成立した合意にほかならず、合意に到達する過程たる共同謀議行為は、合意の存在に対する論理的前提をなすものであるが、共同謀議行為自体は、共謀者の共同正犯としての責任を根拠づける要素そのものではない。すでに説いたとおり、共謀共同正犯の刑事責任は、犯罪遂行の共同謀議に加わったことによって根拠づけられるのではなく、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ものである」として、共謀の内容を「犯罪の共同遂行に関する合意」とであると定義づけられた。そして、共謀の成立要件について、「共謀とは、単なる意思の連絡ではなく、犯罪の共同遂行に関する合意であり、各共謀者が他の共犯者と協力してみずから犯罪を遂行する意思をそれぞれもって結合することを要するのである。単に他人の犯罪遂行に加担する意思、あるいは他人の犯罪遂行の決意を誘発させる意思を有しただけでは、共謀の成立を認めることはできない。この意味で、共謀の概念は行為者の意思の面から厳格な限定をうける。しかしながら、以上の要件をみたま限り、共謀の成立は十分に認められるのであって、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」とされる。さらに、実行共同正犯と共謀共同正犯の主観的要件の差異について、「実行共同正犯につき他人の行為の結果について責任を問われる根拠は、単に他人の犯行の認識を有しただけでなく、その他人と協力し、相互に相補い相利用して共通の目標の実現を図る意思をもつところに存することを認むべきであると言わねばならぬ。これは結局、共謀共同正犯の要件としての共謀すなわち犯罪の共同遂行に関する合意との同質性を承認することに帰着すると言ってよい。…かくして、共謀とは、共謀共同正犯に特有な要件ではなく、むしろ実行共同正犯、偶然的共同正犯を含め共同正犯一般に共通した、共同正犯の成立要件の一つと解すべきことになる。…要するに、共謀共同正犯の共謀と、実行共同正犯の意思の連絡、共同加功の意思

とを同一視することは、共謀の内容を軽減する趣旨ではなく、むしろ、共同加功の意味もまた共謀共同正犯における共謀と同一の意思の状態として理解すべきである旨を主張するものである」として、実質的な差異は存しないとされた。そして、共謀共同正犯と実行共同正犯とは慣用的に区別されるだけのものだと主張された。

判例の態度はどうであろうか。

[12] 「共同正犯の成立要件としての『共謀』の意義」に関する強盗傷人被告人事件(最判昭24・2・8刑集3・2・113)について、

最高裁曰く、『按ずるに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っ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のできないことは所論のとおりである。そして論旨は原判決挙示の証拠によっては被告人が相被告人等の犯行を知っていた事実は認められるが未だ彼等との間に犯行につき共謀があった事実は認められないと主張するのである。しかし原判決挙示の証拠を総合すると被告人は相被告人N等において強盗に行くことを知りながら同行したのみならず被害者宅の近くに行ったときに相被告人等は強盗に押入るため覆面はするし又日本刀を持っており右Nが自分とMが切れ物を持っているから脅かし役を遣るFとOは座敷に上って金を探せ、被告人は表で見張っておれと云い、被告人がこれを承諾したことが認められるのである。してみると被告人は単に他人の犯行を認識していたに止まらず強盗の犯行の一部として見張の役をすることを承諾したものといえるのであるから被告人は右承諾のときに相被告人等との間に共同犯行の認識即ち共謀があったものと認めることができるのである』(下点線筆者)と。

この判決では、「共謀」の意義について、数人相互の間に共同犯行の認識があることを必要としている。しかも他人の犯行を認識しているだけでは足りないともいう。

本件で、数人相互の間の共同犯行の認識として考えられるのは、

- (1) 相被告人等が強盗に行くことを知りながら同行したこと、
- (2) 見張り役を言いつけられ、これを承諾したこと、

この承諾のとき共同犯行の認識があったと認定したのである。

従って、共謀の認定において、他人の犯行を認識すると同時に見張り役を言いつけられ、これを承諾したことがポイントになっている。すなわち、「判旨のいうところは、共謀とは各自が互いに共同犯行の意思を有し、且つその旨について相互に意思連絡のある状態をいうとの趣旨であるから、むしろ、共謀概念を限定する趣旨の判例として理解すべきであり、別段非難には値しないものと言わねばならない」¹¹⁾ との見解もある。

ここで見張りを命ぜられ承諾したということは、強盗の計画を知った上、自らもその一翼をになって見張を担当したもので、結局他の共犯者の行為を通じ強盗の意思を実行に移す意思があったことになるのであり、共謀の関係の成立を認め得るのである¹²⁾、と解することになろう。

〔16〕「共同正犯の一事例」に関する住居侵入傷害致死被告事件(最判昭 25・6・27 刑集 4・6・1096)について、

【判決要旨】 『乙のため傷つけられた甲が、そのことにつき乙方二階で乙と強談中、甲の輩下たる被告人等7,8名が乙方に駆せ集り、もし甲乙間に話がつかない場合には当然喧嘩になる情勢であり、殺傷沙汰の起ることを予期し、その場合は甲に加勢し、乙と争闘すべきことを暗に共謀して待期中、突如二階で物音がしたので一同は予期の如く喧嘩が始まったものと速断して二階に押し寄せ、その際被告人等の一人が乙に傷害を加え死に致した場合には、たとえ甲乙間に未だ喧嘩が始まらず、なお談合中であつたとしても被告人等は傷害致死の共同正犯たるの罪責を免れない』と。

最高裁は、『原判決挙示の証拠によれば被告人等が原判示のように乙と争闘すべきことを暗に共謀した事実を認定することができるのであるから、共謀の点につき証拠がないとの論旨は理由がない。なお、原判示によれば、被告人等の共同暴行の意思を実行に移す時期については所論のような仮定的事実の発生にかからしめたように見えるのであるが、その趣旨とするところは、被告人等において乙方階下に待期中突如二階で物音がしたので予期の如く喧嘩が始まったものと速断して二階に押寄せたのであるから、被告人等は既に互に意思を連絡

して共同暴行の意思決定をしたことを判示したものと解されるので、原判決には所論のような理由齟齬の違法はない。そして、共謀者の一員たるKが乙に傷害を加え死に致した以上、被告人もまたその結果につき罪責を免れないことはいうまでもない。論旨においては、被告人等は仮に二階に駆せ上った際に暴行の意思を有したとしても、喧嘩のない事実を認めてその意思は消滅したと主張しているが、かかる事実は原判決の認定しないところであるから所論は採用することができない』と判示した（下点線筆者）。

本判決の基礎となっている原審判決によれば、『被告人等は、甲が乙に斬られて負傷したことにつきいわゆる「話をつける」ため、乙方に赴いた際、甲の身辺を案じ、相前後して右乙方玄関附近に駆せ集ったが、若し同人との話がかぬ場合は当然喧嘩となる情勢であり、殺傷沙汰の起ることを予期し、暗に共謀の上、その場合は甲に加勢し、乙と争闘すべきことを企て』と認定した。いわゆる仕返しのために、喧嘩争闘に及ぶ可能性が高いことを前提とした意思の連絡を認定したものといえる。いわゆる暗黙の方法による共謀といえよう。

昭和40年代において、下級審判例の中には「暗黙の共謀」を認めた判例もある。

[80] 「傷害の暗黙の共謀を認定した事例」に関する傷害致死等被告事件(東京高判昭40・6・7判タ180・144)について、**東京高裁**は、次のように判示した。曰く、『被告人が原判示第一の小刀を原審相被告人Aに示したことはなく、同人が被告人の小刀の所持を知っていて、甲と被告人とが喧嘩となったとき右小刀を被告人が使用することをおそれ、その懷中に手を入れてこれをとったものであり、もとより被告人とAとが被害者甲を傷害する意思を通ずるなどということとはあり得ないというものである。よって記録を検討すると、… 所論のように被告人の知らぬ間にAが勝手に被告人の懷中に手をつっこんで本件小刀の刀身だけを取り出したというようなことは通常信じ難いことであり、むしろ他に信ずべき反対の確証がない以上Aが甲と喧嘩となり同人から殴られた際被告人がその意思により懷中にしていた本件小刀を鞘から抜き出してAに交付し、Aがそれを取って甲を刺したと認むべきである。そして以上の事実とAと甲が喧嘩

になる前まず被告人と甲が言い争いをし、被告人は甲に対しくやしそうな顔をして相当興奮しており、甲が刺されたとき同席していた被告人の兄が被告人に「えらいことをやってくれた」と言ったことなどから見て、当時仮に被告人が甲を刺したとしても不思議に思われないほどの周囲の状況であったし又被告人としても甲を刺す十分な動機を持っていたとみられる事実その他原判決挙示の証拠によりうかがわれる諸般の状況事実を総合すれば、原判示のように被告人とAが激昂の極、とっさに甲を刺すことの意を通じ、換言すれば両名のいわゆる暗黙の共謀に基づきAが実行担当者として被告人から交付された小刀をもって甲を傷害したものと認めるのが相当である』と(下点線筆者)。

本判決では、「暗黙の共謀」が成立したとされる一事例であるが、裁判所が本件において主張したかったのは、『Aが甲と喧嘩となり同人から殴られた際被告人がその意思により懷中にしていた本件小刀を鞘から抜き出してAに交付し、Aがそれを取って甲を刺したと認むべきである』としている点である。この客観的事実を基礎として、四囲の状況をも考え、『被告人とAが激昂の極、とっさに甲を刺すことの意を通じ、換言すれば両名のいわゆる暗黙の共謀に基づきAが実行担当者として被告人から交付された小刀をもって甲を傷害したものと認めるのが相当である』と判断するに至ったと考えることも可能である。

[19] 「実行者の具体的行為の内容を認識しない通謀者の責任」に関する詐欺等被告事件(最判昭 26・9・28 刑集 5・10・1987)について、

【判決要旨】 『数名のもの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において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。

最高裁は、次のように判示した。

『凡そ共謀者が共同正犯として処罰される所以は共犯者が共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用して自己の意思を実行に移す点にあり数名の者がある犯罪を行うことを通謀しそのうち一部の者がその犯罪の実行行為を担当し遂行した場合には他の実行行為に携わらなかった者も之を実行した者と同様にその犯罪の責を負うべきもので、必ずしも通謀者において実行者の具体的行

為の内容を遂一認識することを要しないものといわねばならない。しかし本件においては被告人S同Fにおいて同Nの判示各具体的欺罔行為の内容を知悉していた証左はないとしても右被告人等が判示のように軍衣袴払下希望者に対し献金すれば早急確実に払下の希望が達せられるように詐つて金員を騙取しようという趣旨の詐欺の犯行を通謀し、右通謀に基いて被告人Nが判示具体的欺罔行為に出て金員を騙取した事実は判決挙示の証拠を綜合すれば認め得られないことはなくその採証に所論の違法を認め難いから所論は理由がない』と（下点線筆者）。

本件において、被告人等が詐つて金員を騙取しようという趣旨の詐欺の犯行を通謀し、この通謀に基いて被告人Nが具体的欺罔行為に出て金員を騙取した、という点に共謀の成立を認めたものである。

本判決を個別的に検討していくと、「被告人Fについて、被告人が相被告人N等と共謀関係にあり相被告人の実行行為を介して自己の犯罪敢行の意思を実現したものとして認められる以上右相被告人の本件犯行時に所論のように被告人において不在であったとしても又詐欺の相手方と面識がなかったとしても被告人も亦詐欺罪の共同正犯としての責任を免れ得ないのである」、とした。

本判決から理解されることは、共謀の概念が共同犯行の認識という主観的事実として捉えられているということである。すなわち、相被告人の実行行為を介して自己の犯罪敢行の意思を実現した以上、被告人において犯行時不在又詐欺の相手方と面識がなかったとしても共同正犯になるということである。

従って、共謀概念は犯罪の共同遂行の合意があった以上、その具体的細目については問題ではないという趣旨に解することができる。

[73] 「共謀共同正犯における謀議の態様」に関する放火未遂被告事件（仙台高秋田支判昭 29・5・11 判特 36・94）について、
仙台高秋田支部は、次のように判示した。

『被告人両名は事件当夜Y女方を立ち去った後に実行担当者のうち誰がどんなことをするかというような分担などの具体的細目が協議決定されたのであり、またKなる者が新たに参加するに至ったことが認められるので、被告人両名は

これらの点については謀議に加わらず、全く認識がないのである。しかし火炎瓶投入の場所を小坂町警察署およびN方住宅とすること、決行の時刻を当夜午後10時30分ごろとすること、H, I, M, Sが実行に当ることはN女方において被告人両名がその他の者と謀議決定しているし、投入する火炎瓶4本もその際被告人両名のいるところで製造されていて、被告人両名はこれを知っていたのであるから、この程度の謀議に参加している以上、実行方法の具体的細目についての協議に参加せず、したがってこれを知らなくも、被告人両名は実行担当者であるH等とともに、本件放火(未遂)について共同正犯の罪責を負うべきものである』と(下点線筆者)。

本判決では、『大綱の謀議に参加した以上、その具体的な実行方法に関しての協議に参加せず、かつ知らなかったとしても、共同正犯が成立する』という趣旨であろう。ここでは、大綱の謀議に参加した以上、共同犯行の認識に欠けることなく実行方法の具体的細目について不参加、無知であっても共同正犯であるということから、〔19〕判例と同様に考えることができる。すなわち、大綱の謀議に参加した以上、犯罪の共同遂行の合意が認められるということであろう。

〔76〕「集団行進の際に行われた暴行脅迫行為につき右集団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の要件」に関する昭和25年東京都条例第44号違反、公務執行妨害、傷害等被告事件(東京高判昭32・7・20高刑集10・8・633, 東京高時報8・7・215)について、

【判決要旨】『前示被告人三名が、果して右デモ隊員ら多数の暴行脅迫者と共謀してこれに加担したものであるかどうかの点について考察するに、本件においては、あらかじめ事前において、その首謀者ないし暴行脅迫者ら間に、前掲岩之坂上巡査派出所襲撃についてのいわゆる共同謀議が行われたと認むべき証拠は、記録上みあたらないところであって、従って、起訴状記載の公訴事実においても、デモ隊が右派出所前に到達した際において、初めて、暴行脅迫者ら間に共謀が行われたことになっているのであるが、デモ隊が右派出所前に到達した当時においては、いわゆる共同謀議をやっている余裕もなかったような

情勢であったことが記録上うかがわれるのであるから、被告人らが右派出所前における共謀に加わったと認められるためには、同人らが、ただ、右デモ行進に参加して派出所前に行き、前示暴行脅迫の行われた際その場におったというだけでは足りないのであって、必ずや、右派出所前における同被告人らの個別的、具体的行動中に、他の暴行脅迫者らと互に相呼応し相協力して、警備警察官の公務の執行を妨害する意図の下に、同警察官に対し暴行脅迫を加えようとする意思の発現を認めるに足るものがなければならぬものといわなければならない』と（下点線筆者）。

本判決から理解されることは、共同謀議の内容として『被告人らの個別的、具体的行動中に、他の暴行脅迫者らと互に相呼応し相協力して、公務の執行を妨害する意図の下に、暴行脅迫を加えようとする意思の発現を認めるに足るものがなければならない』と主張していることである。ここでは「共同謀議」という表現を用いて、その内容が客観的な行動自体として捉えられている点に特徴がある。

前掲判例〔12〕，〔16〕，〔19〕，〔73〕と比較してみると、前掲諸判例は、どちらかといえば「共同犯行の認識」という心理的な状態を事実に基づいて検討した結果「共謀」を認定しているといえなくもない。勿論、心理的な状態そのものに重点をおいて、その心理的な状態を客観的事実の中で判断しているとはいえるが。

しかし、〔76〕判例は、明確に「共同犯行の認識」以上に客観的行動中に「共同謀議の内容」を探求しようとの態度が宣言されている。すなわち、「所論のような同人が右暴行脅迫の行われた当時、薪を携帯したままその場において、積極的に他人の犯行を阻止したり、消極的に薪を棄ててその場から逃げ出すようなことをしなかったとの一事によって、同被告人が他の暴行脅迫者らと互に相呼応し相協力して、デモ隊に対しなんらの干渉もしなかった警備警察官の公務の執行を妨害する意図の下に同警察官に対し暴行脅迫を加えようとする意図の発現があったものと認めることは、いささか無理であるといわなければならない。」という点から理解することができる。

ここにきて、判例は「共謀」概念を具体的客観的事実のなかに求めようとしてきたと言えよう。すなわち、「犯罪の共同遂行の合意」の中身を被告人の具体的な行為態様のなかで捉えようという態度の現れである。

[74] 「1. 他人の犯罪行為を傍観していたに過ぎない場合と共同正犯の成否、
2. 他人が被害者を昏倒せしめたのを傍観していて被害者が昏倒したの
に乗じて財物を奪取した者の責任」に関する強盗致死被告事件(名古屋高判昭 29・10・28 裁特 1・10・427)について、

名古屋高裁は、次のように判示した。

『然れども、原判決は、被告人に対する強盗致死の犯罪事実として、Oと共犯関係にあるという理由として、Oが被害者甲を殺害するため実行行為に出でた後、「Oと意思相通じてこれを傍観助勢し」と認定している。共同正犯となるためには、犯罪の実行行為前に、意思相通じて、犯罪を共同加工する意思があることを要するものであって、他人の犯罪行為を傍観していただければ、必ずしも共犯者ということはできない。この点において、原判決は、理由不備の違法があつて、破棄を免れない。よつて当審において原判決破棄を前提として被告人が強盗致死の犯罪について、共謀の事実があつたかどうかについて検討するに、…右兩名が甲方へ行く途中甲が金を出さんときは殺しても取つてくると相談したとか本件現場でIが伏臥せる甲の後頭部を一升杵で二回殴つたとかあり被告人もOと協力して、甲を殺害した旨の供述があるが、被告人及びOらの諸証拠を綜合すれば、前記の如き被告人とOの事前の共謀及被告人の積極的な協同行為は認められない(原審もその事実摘示によれば同一の結論に出たものの如くである)が、被告人は、Oと共に、昭和27年12月9日の夜、及び10日の夜も、甲方に行つて居り、10日の夜は、被告人は、表入口まで行き、Oが甲とOの妻H子の貯金通帳引渡について交渉するのを待っていたところ、Oは、甲と右通帳の引渡を要求している中、口論となり、遂に激昂して、甲と互いに格闘するようになって、強盗目的の下に原判示の通り甲を死に致らしめたけれども、被告人は、其間表入口外にいたにとどまり、Oに協力したり、声援したりしなかつたことが認められる。Oに対し、予め、しっかりやれと激励

した事実は、認められるが、これはO H子の貯金通帳引渡の交渉をしっかりとやれという趣旨にもとれるので、これだけでは、強盗を共謀したとは認められない。被告人は、… 甲方に行かぬといっているが、各供述調書によって、甲方に右両日共に行つたことが認められ、且つ甲が死亡後、Oと共に甲方のタンスの中やら甲の胴巻を物色して、二人で合計現金約五千元を取って来たことが認められる。然れども、原判決挙示の証拠を綜合するも、被告人が、Oと強盗について共謀した事実又はこれを助勢した事実は認め難く、従って、被告人がOの強盗致死行為を傍観していたことがあっても、被告人において、強盗俣は同致死罪の犯意があったとは認められない。従って、甲が昏倒俣は死亡した後、被告人が甲のタンスの中を物色したり又は甲の胴巻を物色して現金を取り出しても、この被告人の行為は、窃盗罪に該当するに過ぎない。或いは刑法第239条の昏酔強盗に該当するのではないかとの疑問があるかも知れないが、甲が昏酔又は死亡したことは明かであるけれども、これは被告人の責任ある行為に出でたものではないので、被告人に昏酔強盗の責任を負わすわけにはいかない。昏酔強盗が成立するためには、強盗犯人自らが被害者を昏酔せしめることが必要であって、他人が昏酔せしめていたり又は被害者自らが昏酔又は熟睡している間に、被害者の財物を奪取しても強盗罪とはならない。これは単純窃盗であるに過ぎない。従って、被告人の本件行為は、結果から見れば、Oの強盗致死罪の行為の一部に協力したことになるが、被告人に強盗の犯意がなかったから、被告人については、軽い窃盗の罪によって処断すべきものである。以上の通り原判決が、被告人を強盗致死罪と認定したのは、理由不備及び事実誤認がある』と（下点線筆者）。

本判決は、練馬事件判決が登場する以前の判例として高く評価したい。何故かという、本判決の時代は、いわば本件第一審判決に見られるように、『右両名が甲方へ行く途中甲が金を出さんときは殺しても取ってくると相談したとか本件現場でIが伏臥せる甲の後頭部を一升杵で二回殴ったとかあり被告人もOと協力して、甲を殺害した』という事実をもって『被告人に対する強盗致死の犯罪事実として、Oと共犯関係にあるという理由として、Oが被害者甲を殺

害するため実行行為に出でた後、「〇と意思相通じてこれを傍観助勢し」と判示する傾向が大勢であった。

ところが、本判決は「被告人及び〇らの諸証拠を総合すれば、前記の如き被告人と〇の事前の共謀及被告人の積極的な協同行為は認められない」と判示した。ここには、従前の如き「共謀」さえあれば「共同正犯」が成立するという観念を払拭し、「共同実行の事実」の具体的内容に踏み込もうとする態度がうかがえるのである。

ここでいわゆる練馬事件最高裁判決が出現した。

[26] 「①いわゆる共謀共同正犯の成立要件、②実行行為に関与しない共謀者の刑責と憲法31条、③『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』であるか、④共謀の判示方法、⑤被告人本人との関係における共犯者の犯罪事実に関する供述と、憲法38条3項にいわゆる『本人の自白』、⑥数人間の順次の共謀と共謀共同正犯の成立」に関する傷害致死暴行暴力行為等ニ関スル法律違反窃盜各被告事件(最判昭33・5・28 刑集12・8・1718)(いわゆる練馬事件)について、

事案は、次のとおり。

地下非合法組織の指導者と見られる被告人Yが、某警察官を襲撃、殴打すべきことを発案して、その計画の具体化を部下に指令し、その部下某は、これを承諾、その結果某の連絡により二つのグループの間で謀議が成立、謀議関与者の多数が実行したというもので、指導者とみられるYは、実行には一切関係しなかったというものである。

【判決要旨】

- ① いわゆる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い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存しなければならない。
- ② いわゆる共謀共同正犯成立に必要な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、共同正犯の刑責を負うものでかく解することは憲法31条に違反しない。

- ③「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」にほかならず、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。
- ④ 共謀の判示は、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まで、いちいち具体的に判示することを要しない。
- ⑤ 共同審理を受けていない単なる共犯者は勿論、共同審理を受けている共犯者(共同被告人)であっても、被告人本人との関係においては、被告人以外の者であって、かかる共犯者または共同被告人の犯罪事実に関する供述は、憲法 38 条 2 項のごとき証拠能力を有しないものでない限り、独立、完全な証明力を有し、憲法 38 条 3 項にいわゆる「本人の自白」と同一視し、またはこれに準ずるものではない(少数意見がある)。
- ⑥ 同一の犯罪について、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたものと解するを相当とし、数人の間に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、その数人の間に一個の共謀の成立することを必要とするものではない。

最高裁は、次のように述べた。

『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。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関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。他面ここにいう「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って認められ、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。…しかし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の成立することを必要とするものではなく、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ことに、数人の間に順次共謀が行われた場合、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解するを相当とする。本件について原判決によれば、被告人Yが昭和26年12月25日夕被告人F方を訪れ、同人に対し北部地区の党員らが協力して同月26日夜2班に分かれ印藤巡査及び香川を殴打すること、および参加人員、集合場所、実行方法等について指示し共謀したというものであり、その指示を受けた右Fが順次各被告人と共謀していったというのであるから、各被告人について本件犯行の共謀共同正犯の成立することをなんら妨げるものではなく、また所論引用の判例に違反するものではない』と（下点線筆者）。

本判決は、刑法学上「共謀共同正犯論」の画期的な判決として、今日までその指導的判例とされている。実行を担当しない共謀者の罪責は、共謀そのものによって根拠づけられるという考え方を強く示し、共謀共同正犯における共謀は、実行を担当しない共謀者にとって刑事責任を根拠づける唯一のかれ自身についての事実として、罪となるべき事実に属し、厳格な証明の対象とすべきものであると断ずるに至ったが、この結果として実行担当の内容の証明は別として、すくなくとも被告人の防禦の対象を明確にする意味で、共謀の事実実行の分担の有無等を明らかにする必要を認めたとみられることである¹³⁾。

共謀の概念内容として「謀議」ということをはっきりと打ち出したことは、注目されてよい。これによれば、共謀とはすなわち「共同謀議」である。実行共同正犯における意思の連絡は「共同犯行の認識」というがごとき純粹に心理

的な状態つまり主観的要件であるが、共謀はそのような内心の状態ではなく、「謀議」という客観的な行動なのである。この区別を明らかにした点において、この判決のもつ意義はきわめて重要だといわなければならない¹⁴⁾。

このように、練馬事件最高裁判決は「共謀」の概念を「共同謀議」という表現を用いて定義づけている。すなわち、『いわゆる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い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存しなければならない。いわゆる共謀共同正犯成立に必要な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、共同正犯の刑責を負うもの』と。しかし、他方で「謀議」に参加さえすれば共謀共同正犯が成立すると主張しているかにみえる。何故なら、「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」と判示しているからである。

従って、わたくしには、この練馬事件最高裁判決が「共謀」概念に関してはそれほど画期的な判決とは考えられないのである。学説上、本判決は共謀共同正犯に「しほり」をかける方向に赴いたように理解されている。

例えば、間接正犯類似の理論で「しほり」をかけようとしたものとして学説からも好意的に理解され、かつ評価されているのである¹⁵⁾。その理由は、共謀共同正犯論の基礎をなしていた共同意思主体説に決別し、「行為支配の理論」ないしは「間接正犯類似の理論」がこれにとって代わって登場したという点にある。つまり「共同実行」の中身が重視されてきたのである。例えば、「共謀者の意思の現実的・客観的機能が重視されねばならない。謀議者が単に謀議に参加したというだけでなく、直接実行者の意思に現実作用し、それをして遂行せしめているならば共同正犯であるが、ただ単に直接実行者の犯意を誘起し、または犯意を強化したに止まるならば教唆犯もしくは従犯にとどまるであろう」¹⁶⁾とか、「共同正犯、ことに共謀者の利用行為が、間接正犯が単独正犯と認められるのと平行した趣旨で、みずから手を下したものと価値的に同一に評

価しうるのであれば、そこに共謀者を、他人と合意の上共同して相互に利用しあって結果を実現したという意味で、共同の実行をした者と認めることが可能となるのである」¹⁷⁾ というのがこれである。

結局、学説が『「共謀」に参加さえすれば、実行行為をなさなくても共同正犯になる』という判例の態度を「共同の実行」の中身、すなわち関与行為の具体的態様に着目して「しぼり」をかけていこうとする態度は評価できる。

それでは、判例は共謀共同正犯にどのような「しぼり」を行っているのだろうか。

練馬事件最高裁判決を読むかぎり、「共謀」概念でしぼりをかけているとは考えられない。最高裁判決では、「共謀共同正犯成立に必要な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、共同正犯の刑責を負うもの」といっているからである。「共謀」概念につき、藤木博士が「共同意思すなわち犯罪の共同実行の合意の形成に至る過程たる共同謀議行為そのものが共謀に他ならぬものとするかのごとき印象を呈している」¹⁸⁾ と述べられるのも、この意味で理解する。すなわち、判例は、共同謀議行為それ自体に重点をおいて、それに共同実行の事実を結合させて「共謀」概念を認定する態度と考えられる。これではいわゆる「共同意思主体」の実態を明らかにしさえすれば、「共謀」の外枠が形成されるという意味にも考えられる。この点、牧野博士の次の主張は貴重な提言と考える。すなわち「… 実行の分担に因る共同正犯に関し、通説の理論的構成を修正する必要があると信じている。一方の行為に対する他方の者の立場は、単純なる共同正犯の範疇に属するものではなくて教唆である。従って、そこには、正犯と教唆との競合に因る共同正犯ということを考えねばならぬことになるのである。かやうな考え方は、正犯と教唆との区別が場合に依って甚だ不明なものであること、なお正犯と従犯とのその如し、といふことの一例を明かにすることにならう」と¹⁹⁾。練馬事件最高裁判決は「共謀共同正犯論」に新たな視点を設定したかの如き印象を与えるが、実体刑法上は依然として「共同意思主体説」に立脚していると考えられなくもない。

ただ「行為支配説」なり「間接正犯類似の理論構成」も共謀共同正犯の正犯性を説明・論証可能といっているだけであって、判例がこれらの学説を採用している証は不明である。この点を、判例に聞かなければならない。その前に、練馬事件最高裁判決までの判例の態度を整理しておこう。

以上、共謀概念を考えてきたが、藤木理論に従った共謀概念を用いるならば、〔12〕〔76〕〔19〕〔73〕〔26〕の判例はおおむね是認することができる。ただ〔16〕判例については、問題が残る。〔16〕判例は、共謀の存在を推測させる状況のもとで「共謀」を認定したかのような印象を与える。本件において、弁護人の上告趣意は「被告人等の共謀は甲と乙との間に話合がつかず喧嘩となった場合を仮定し、これに共謀による暴行の意思を条件づけたものである。しかもその条件は成就しなかったのであるから、被告人等には暴行の意思決定もなく、又それを行動に現わす余裕もなかった」と主張している。ただ判文をよく読むと、「原判示によれば、被告人等の共同暴行の意思を実行に移す時期については所論のような仮定的事実の発生にかからしめたように見えるのであるが、その趣旨とするところは、被告人等において乙方階下に待期中突如二階で物音がしたので予期の如く喧嘩が始まったものと速断して二階に押寄せたのであるから、被告人等は既に互に意思を連絡して共同暴行の意思決定をしたことを判示したものと解される」と判示している点がある。私の理解によれば、裁判所は「予期の如く喧嘩が始まったものと速断して二階に押寄せた」という被告人等の行動自体に「犯罪の共同遂行の合意」を認めたものと解することができる。犯意は確定していたのであって、実行に移す時期が問題を複雑にしている。その意味で、問題は解消する。

練馬事件最高裁判決後の「共謀」概念についての判例の態度はどうであろうか。

最近の最高裁の態度を知る手がかりとなるのは、昭和57年最高裁決定であり、そこで述べられた団藤裁判官の意見である。

〔41〕「大麻密輸入の謀議を遂げたものとされた事例」に関する 大麻取締法違反、関税法違反被告事件(最決昭 57・7・16 刑集 36・6・695)について、
【決定要旨】 『大麻の密輸入を計画した甲からその実行担当者になって欲し

い旨頼まれた乙が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、知人の丙に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代わりとして甲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を甲に提供したときは、乙は、これらの行為を通じ甲及び丙らと大麻密輸入の謀議を遂げたものと認めるべきである』と。

最高裁の決定理由は、次のとおり。

『被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画した甲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、知人の丙に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代わりとして甲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)を甲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甲及び丙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。

裁判官団藤重光の意見は、次のとおり

わたくしは、もともと共謀共同正犯の判例に対して強い否定態度をとっていた(団藤・刑法綱要総論・初版・302頁以下)。しかし、社会事象の実態に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、すくなくとも一定の限度において、それなりの理由がある。一般的にいて、法の根底にあつて法を動かす力として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできないのであり(団藤・法学入門129—138頁、206頁参照)、共謀共同正犯の判例に固執する実務的感覚がこのような社会事象の中に深く根ざしたものであるからには、従来の判例を単純に否定するだけで済むものではないであろう。もちろん、罪刑法定主義の支配する刑法の領域においては、軽々に条文の解釈をゆるめることは許されるべくもないが、共同正犯についての刑法60条は、改めて考えてみると、一定の限度において共謀共同正犯をみとめる解釈上の余地が充分にあるようにおもわれる。そうだとすれば、むしろ、共謀共同正犯を正当な限度において是認するとともに、その適用が行きす

ぎにならないように引き締めて行くことこそが、われわれのとるべき途ではないかと考える。おもうに、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的特徴を示す行為)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た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。わたくしが、「基本的構成要件該当事実について支配をもった者一つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者一が正犯である」としているのは(団藤・刑法綱要総論・改訂版・347 - 348 頁参照)、この趣旨にほかならない。以上は、刑法の理論体系の見地から考えて到達する結論であるが、それは同時に、刑法60条の運用についての実務的要求の観点からみて、ほぼ必要にして充分な限界線を画することにもなるものといってよいのではないかとおもう。これを本件についてみると、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(記録によれば、1年ばかり前から80回くらい大麻を吸引していたというから、すでに大麻に対する依存性が生じていたのではないかと想像される。)、大麻の密輸入を計画していた甲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認められる。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、被告人は甲から本件大

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丙を出したというのである。ところで、丙は被告人より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、たまたま被告人と丙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、丙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」とい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。このような経緯で丙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、甲とともに、本件犯行計画において丙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（下点線筆者）。

なお、大阪地方裁判所(第一審)判決(昭56・4・15)は、次のとおり。

主 文 被告人を懲役1年に処する。この裁判が確定した日から4年間右刑の執行を猶予する。

〔法令の適用〕 被告人の判示第一の所為は刑法60条、大麻取締法24条2号、4条1号に、判示第二の所為は刑法60条、関税法111条2項、1項にそれぞれ該当するところ、判示第二の罪について所定刑中懲役刑を選択し、以上は刑法45条前段の併合罪であるから、同法47条本文、10条により重い判示第一の罪の刑に同法47条但書の制限内で法定の加重をした刑期の範囲内で被告人を懲役1年に処し、なお被告人は昭和55年7月1日大阪地方裁判所で大麻取締法違反の罪により懲役1年6月に処せられ3年間その刑の執行を猶予され、本件の罪はその猶予の期間内に犯したものであって、その責任は軽くないが、被告人は、当初甲から本件犯行への参加を求められた際、執行猶予中の身であるこ

とを意識していったん断ったものの、重ねて同人から頼まれてこれを断り切れず、しぶしぶ参加したふしがうかがわれ、その参加の態様も従犯的である等諸般の事情を考慮し、同法 25 条 2 項を適用してこの裁判の確定した日から 4 年間右刑の執行を猶予し、同法 25 条の 2 第 1 項後段により右猶予の期間中被告人を保護観察に付する。

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭 56・9・17)は、次のとおり。

主 文 原判決を破棄する。被告人を懲役 1 年に処する。

〔判決理由〕 法令適用の誤りの主張について→論旨は、要するに、被告人の所為は幫助犯に該当し、正犯と認めることはできないのに、被告人に対し共同正犯の責任を負わせている原判決には判決に影響を及ぼすことが明かな法令適用の誤りがある、というのである。しかしながら、本件犯行の計画段階における事実関係は前記控訴趣意第一点について説示したとおりであり、右によれば、被告人は本件犯行を計画した甲からその実行担当者になって欲しい旨頼まれたのに対し、執行猶予中の身を理由にこれを断ったものの、他方丙に対しタイ国から大麻を持ち帰ることを承諾させたうえ、同人を自己の身代わりとして甲に引きあわせるとともに、密輸した大麻の一部を被告人がもらい受ける約束のもとにその資金の一部を甲に提供したというのであって、このような被告人の所為は、本件犯行を助け、その実現を容易ならしめる幫助行為というにとどまらず、被告人を本件犯行の共謀者の一員と認めるに足りうるものというべきであって、これに対し正犯をもって問擬した原判決に誤りはない。

さらに、昭和 57 年最高裁決定と対比されるべきものに、大阪地裁昭和 58 年判決があげられる。従って、まず、大阪地裁昭和 58 年判決を素材として検討した後、最高裁昭和 57 年決定を検討することにする。

〔182〕「拳銃等の密輸入の共同正犯の訴因に対し、幫助犯を認定した事例」に

関する 銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反、関税法違反
被告事件(大阪地判昭 58・11・30 判時 1123・141)について、

事案は、次のとおり。

被告人が、A から拳銃及び実包をタイで買い付けて日本へ密輸入して売り

さばく計画をもちかけられて協力を求められたところ、自己が執行猶予中の身であったことから、その実行担当者となることはできないと考えて、知人のBを「運び屋」としてAに紹介して両名の間を取り持ったほか、Aから右拳銃等の買付資金を調達するために持ち込まれた融通手形の割引、換金を行い、A・Bが拳銃等密輸入の目的でタイに渡航するための航空券を手配してやったなどというものである。

大阪地裁の判決は、次のとおり。

『被告人が本件拳銃等の密輸入に関して行った具体的行為のうち主なものは、(1) AとBの間を取り持って両名が拳銃等密輸入の話をする機会を作ったこと、(2) 帰国後AからBへの連絡を取り次いだこと、(3) Aが入手した融通手形の割引を金融業者に依頼し、その割引金をBを介してAに届けたこと、(4) AとBがバンコク市へ渡航するための航空券を手配したことであるところ、これらはA及びBが行った拳銃等の密輸入に対して少なからざる役割を果たしており、被告人のかかる協力によって右両名の犯行が円滑になされたことは明かである。しかしながら、本件拳銃等の密輸入を計画し、主導的な立場に立ってこれを積極的に推進したのはAであること、被告人とA及びBとの地位関係ないし間柄は前記認定のとおりであるところ、被告人の前記(1)ないし(4)の各行為はいずれもAの依頼に基づくものであり、その動機は主として同人への義理を立てることにあったのであって、本件拳銃等の密輸入計画に対する被告人の意向ないし態度は、義理である程度の協力はするが、自ら進んで積極的に関与しようとはしないというものであったと見られること(密輸入する拳銃の数量、密輸入の具体的方法、密輸入した拳銃の処分方法等について、なんらAに対して質問していないこと、前記のとおり融通手形の割引金の中からAに対する立替金をいち早く差し引いたことなどは、右密輸入計画に対する被告人の非積極的態度の現れである。)、前記(3)の資金調達面での協力に際し、被告人が自己の資金を拠出することが予定されていたか否か、裏書きによる法律上の責任はともかくとして事実上どの程度の危険を負担する立場にあったかは必ずしも明かでないことなどの諸点を併せ考えると、本件においては、被告人の前記各行

為によってA及びBが行った拳銃等の密輸入が円滑かつ容易になったとはいっても、いまだ被告人において右Aらと、右密輸入へ向けての共同意思の下に一体となって、同人らの行為を利用して自己の意思を実行に移すことを内容とする謀議を遂げたと認定することはできないものというべきである』（下点線筆者）として、被告人を懲役2年6月に処した。

更に、「量刑の理由」について、

『本件拳銃等の密輸入は、暴力団幹部によって企図されたものであって、税関において発覚しなければ当然暴力団に流されたであろうと考えられ、また、その数量も拳銃22丁及び実包300発とまことに多量に及んでいるのであって、甚だ悪質といわざるをえず、これに対する被告人の関与の度合いも判示のとおり決して低くなく、更に、被告人は長年暴力団に籍を置いて幹部の地位にあったこと、前刑の執行猶予期間中に本件犯行を敢行したものであることを併せ考慮すれば、その刑責は重いというべきであるが、被告人が本件幫助行為に及んだのは、暴力団内部での地位が自己より高いAからの依頼を受け、主に同人への義理を立てるためであったこと、幸いにも拳銃等が税関で発見、押収され、暴力団等に流出することが未然に防がれたことなど被告人に有利な事情も認められるので、これらの情状を彼此検討して、主文記載の刑が相当と判断した』と。

大阪地裁昭和58年判決では、幫助犯ではあるが共同正犯にはならないとした。判文から明らかになることは、(1)本件拳銃等の密輸入計画に対する被告人の意向ないし態度は、義理である程度の協力はするが、自ら進んで積極的に関与しようとはしないというものであったと見られること、(2)密輸入する拳銃の数量、密輸入の具体的方法、密輸入した拳銃の処分方法等について、ならAに対して質問していないこと、前記のとおり融通手形の割引金の中からAに対する立替金をいち早く差し引いたことなどは、右密輸入計画に対する被告人の非積極的態度の現れであること、の二点から、いまだ被告人において右Aらと右密輸入に向けての共同意思の下に一体となって、同人らの行為を利用して自己の意思を実行に移すことを内容とする謀議を遂げたと認定することはで

きない、ということである。

最高裁昭和 57 年決定と大阪地裁昭和 58 年判決とを比較してみると、次の点が明らかになる。

(1) 被告人と直接実行者(いわゆる「運び屋」)との関係

最高裁昭和 57 年決定 → 被告人がかねてから面倒をみていた年少の青年

大阪地裁昭和 58 年判決 → 被告人が組長をしている暴力団の相談役

(2) 被告人が犯行に関与した目的

最高裁昭和 57 年決定 → 大麻の一部を貰い受けるということ

大阪地裁昭和 58 年判決 → 密輸入の計画者(A)に「義理」を立てるとい
うことに過ぎず、そのため、被告人は密輸入
品の数量、処分方法などについて関心をもっ
ていなかったこと

以上の二点の相異が明かになるが、重点は(2)にある。すなわち、「犯罪の共同遂行の合意」たる共謀概念に従えば、「知人の丙に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代わりとして甲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)を甲に提供した」行為にこの合意を見いだしたといえなくもない。しかし、この点だけを捉えて、団藤博士のように、「被告人は、単に本件犯行の共謀者の一員であるというのにとどまらず、甲とともに、本件犯行計画において丙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」といえるか疑問である。何故かという点、『被告人が貰い受ける約束をした大麻の分量は提供した資金の額に見合うものであり、「密輸入する大麻を外部の者として買い受けることをあらかじめ約束し、その代金を前渡ししたものとみることも可能」であって、正犯性を認めさせることを躊躇させるものがあり、被告人のNに対する支配関係も「そこになんらかの強制的要素があったとまでは思われぬ』という見解もある²⁰⁾。さらに、最高裁昭和 57 年決定の第一審判決によれば、(法令の適用)に

において「被告人は、当初甲から本件犯行への参加を求められた際、執行猶予中の身であることを意識していったん断ったものの、重ねて同人から頼まれてこれを断り切れず、しぶしぶ参加したふしがうかがわれ、その参加の態様も従犯的である」といっている点が考慮される。勿論、原審の大阪高裁は第一審判決を「このような被告人の所為は、本件犯行を助け、その実現を容易ならしめる幫助行為というにとどまらず、被告人を本件犯行の共謀者の一員と認めるに足りうるものというべき」として最高裁決定と同様な態度を示している。されば、最高裁昭和 57 年決定は、「共謀＝犯罪の共同遂行の合意」に「代わりの人物を紹介することを約した」点に認めたともいえるのではないか。それでは、判例〔12〕と同じ態度といえなくもない。

それでは、最高裁昭和 57 年決定と大阪地裁昭和 58 年判決との決定的な相異はこれをどう解釈すべきか。最高裁昭和 57 年決定では、「被告人が甲による大麻の密輸入の成功、不成功及び密輸入後の大麻の処分に、経済的な利害も含めて具体的かつ重大な関心を抱いていた」点に、犯行の結果との関わり合いの事情が「自己の犯罪」となって、共謀共同正犯を認定し、大阪地裁昭和 58 年判決ではこのような関心を有していなかった点に「他人の犯罪」を認定した²⁰⁾ということになろうか。

以上、若干の判例を素材として判例のいう共謀共同正犯の成立に必要とされている「共謀」概念を検討してきたが、藤木博士が「犯罪の共同遂行の合意」として樹立された共謀概念でもって、共謀共同正犯の成立につき「しほり」をかけるという意図は困難と言わざるを得ない。勿論、「犯罪の共同遂行の合意」を藤木博士のように厳格に解すれば別であろうけれども、判例は、どちらかといえば「犯罪の共同遂行の合意」を緩やかに解しているのではないかと考えられる。すなわちこの合意さえあれば共同犯行の事実が認定できるという態度を採っているように考えられる。むしろ、判例が共謀共同正犯の成立範囲に「しほり」をかけてきているのは「共謀」概念ではなくて、「共同実行の事実」にあると考えられる。なるほど「共同実行の事実」を分析して、それに「共謀」概念を当てはめて、「自己の犯罪」か「他人の犯罪」かを区別するのは可能で

あろう。そのためにいわゆる「行為支配論」に基いた実質的実行共同正犯論²⁹⁾は評価できるし、また、そのための素材を提供したいいわゆる練馬事件判決は評価しなければならないだろう。しかし、いわゆる実質的実行共同正犯論は、あくまでも単独正犯論を基本的な前提条件としているということである。

なお、[182] 事例と同様の態度を採っている判例として、次の判例をあげることができる。

[185] 「共同実行の意思が認められないとして強盗殺人未遂の共同正犯の成立が否定され幫助犯が認められた事例」に関する強盗殺人未遂被告事件（福岡地判昭 59・8・30 判時 1152・182）について、

事案は、次のとおり。

被告人は、知人Aに誘われ名古屋から福岡へ赴き、福岡到着後直ちに暴力団関係者B～Dに紹介され、以後A～Dが覚醒剤取引名下に対立抗争の関係にあったEをホテルにおびき出して殺害し、覚醒剤を強取する旨の謀議をなす間もAらと行動を共にし、更にAの命を受け犯行に使用するホテルの物色、予約及びEの面前で覚醒剤売買の取り次ぎ役を装うなどしたうえ、E了承の下に買手に検分させる旨の名目で覚醒剤をEのいた部屋から搬出し（その直後、Dが同室に入り、Eに対し拳銃で実包5発を発射したが、重傷を負わせるに止まった。）、Aと共に覚醒剤を持ってホテルを脱出したというものである。

福岡地裁は、次のように判示した。

『共同正犯の訴因に対し幫助犯を認定した理由→検察官は、被告人が自ら財物である覚醒剤を 303 号室から搬出し奪取している以上、被告人はまさに実行行為の重要な一部を分担したものであるから、共同正犯者としての刑責を免れない旨主張する。ところで、およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要であることは多言を要しないが、行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからであろう。しかしながら、実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎないこ

とに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言ふべきであつて、前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である。そこで、本件において右特段の事情が認められるか否かについて判断するに、前掲各証拠を総合すれば、…、本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であつたとは考えられないこと、などの諸事情を窺うことができるのであつて、これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない。そうすると、結局、被告人には、前記推認を覆すに足りる特段の事情があつたと言ふべきであつて、前記認定の諸事実を総合すると、被告人は幫助の意思で判示の幫助行為を行ったものと認められるから、被告人には、共同正犯の成立を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である。なお、弁護人は、被告人がHを殺害することを認容していたとは認められないから、被告人には強盗殺人未遂の幫助犯の成立を認めることができず、せいぜい強盗致傷の幫助犯の限度で刑責を問われるにすぎない旨主張する。しかし、幫助犯の成立に必要な幫助の意思が認められるためには、当該行為者が、正犯者の実行行為を表象したうえ、自己の行為が正犯の実行行為の遂行を促進することを認識している事実が認められれば足り、正犯の行為の構成要件的结果についてまで認容していることを要しないと解されるから、弁護人の右主張は採用することができない』と（下点線筆者）²³⁾。

更に、「量刑理由」について、

『かかる暴力団同志の対立抗争は、単に仲間内の殺し合いにとどまらず一般市民をも巻き添えにするおそれが多分にあり、その社会に及ぼす害悪のほどは計り知れないものがあるのであつて、この意味において、いかなる事情があつたにせよ、その情を知りながらかかる対立抗争に加担し、判示の幫助行為を行つ

て、Aらの本件犯行を容易ならしめた被告人の刑責は、やはり重いと言わざるをえない。さらにまた、覚醒剤の害毒については今更いうまでもないが、被告人がHから奪った大量の覚醒剤が、被告人自身の、あるいはまたAの売却処分によってそのすべてが社会に流出してしまっていることもまた軽視できない事実なのであって、この点からしても被告人の刑責には、看過しえないものがある。しかしながら、他方、被告人は、前記「共同正犯の訴因に対し幫助犯を認定した理由」において詳細に認定判断したとおり、同情すべき事情によって、本件犯行に巻き込まれ、その意に沿わぬ判示の各幫助行為をせざるをえなくなったものであるうえ、被告人の本件幫助行為も、本件強盗殺人未遂を全体として見る限り、必ずしも大きな地位を占めるものではなく、被告人自身、本件犯行において不可欠的な役割を果たしたものではないこと、被告人には業務上過失傷害の罰金前科が一犯あるだけであること、被告人は、弱冠24歳の前途ある若者であり、本件犯行についても、素直に自己の犯行を申し述べ、深く自己の行為を反省していることなど、被告人のために酌むべき事情もあるので、これら一切の事情を考慮して、主文のとおり量刑した次第である』と述べる（下点線筆者）。

本判決は、いわゆる実行共同正犯について判示したもので、実行共同正犯の場合、一般的に、行為者が実行行為の一部を分担した事実が認められれば、容易に共同実行の意思は推認できるという²⁰⁾。判例、曰く、「およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要であることは多言を要しないが、行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからであろう。」と。判例のこの部分は、藤木博士の所説と全く同一内容となっている。

判例のこの態度を考えてみても、「意思の連絡」ないしは「共謀」の概念でもって正犯・共犯の区別は困難であるといえるのではないか。だからこそ、判例は次のように判示した。

曰く、「しかしながら、実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認

定の一つの有力な判断材料にすぎないことに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言うべきであって、前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である」と。そこで、裁判所が「共同実行の意思」を否認した事実としてあげた諸事実を検討してみると、

- ① 被告人は、Aから騙され、知らぬ間に本件犯行に巻き込まれたものであって、Aらの犯行計画を知った時には、既に犯行から離脱することがかなり困難な状態にまで陥っていたものであること、
- ② 被告人自身、Aに対し恩義を被っていたとか、特に深い付き合いがあったとかの事実はなく、他の共犯者とも本件犯行前は全く面識がなく、さらに本件被害者たるEに対しては何の恨みもなかったことはもとより、被害者が何者であるかさえ知らなかったのであり、また、覚醒剤自体を必要とする事情があったわけでもないのであるから、被告人には、AらとともにEに対し強盗殺人を働かねばならぬ理由は全くなかったものといわざるをえないのであって、それにもかかわらず、被告人が本件犯行に加担したのは、そうしないと自己やその内妻にも危害が加えられるおそれを感じたからであること、
- ③ 他方、他の共犯者にとっても、被告人はせいぜいAの手下程度の者にすぎないのであって、謀議の際にも何等その役割が定められなかったし、被告人自身も行きがかり上仕方なくその場にいたにすぎず自ら進んで謀議に加わる意思があったとも思われないこと、
- ④ 被告人に対しては、Aからも、他の共犯者からも、本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実には報酬が与えられた形跡もないこと、
- ⑤ 本件犯行に際しても、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてAのその場その場の命令に従って、Aから言われるままに、判

示の加担行為を行ったこと、

- ⑥ 覚醒剤を303号室から搬出した行為について見ても、それは、被告人がたまたまその時303号室に居合わせたから、Aが被告人に対し右搬出を命じたにすぎないのであって、仮に被告人が居合わせなければ、当然A自身が右搬出行為を行ったものと考えられ、Aが前記謀議の際及びBへの実行方法変更の指示の際に、覚醒剤は自ら搬出する旨明言していたことをも考慮すると、右搬出行為が被告人によって行われること自体にさほど重要な意義があったとも認められず、本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられないこと、

以上の諸事実を列挙した上で、

『被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない。そうすると、結局、被告人には、前記推認を覆すに足りる特段の事情があったというべきであって、前記認定の諸事実を総合すると、被告人は幫助の意思で判示の幫助行為を行ったものと認められるから、被告人には、共同正犯の成立を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である』（下点線筆者）と結論する。

本判決は、実行行為の分担の態様自体を詳細に分析して、分担行為の態様自体から「正犯意思＝共同実行の意思」の存在を否定したものである。そうであれば、判例は「共同実行の意思＝正犯意思」を厳格に解しているといえなくもない。しかし、本件では、実行行為の分担の態様自体が重視されて、問われたと考えるべきであろう。だからこそ、判例は『当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でない』と判示したのである。

以上の検討結果として、「共謀」概念を『共同謀議行為』とした練馬事件判決は、学説上共同意思主体説と決別したのではないかとの印象を与えたにも拘らず、その根底には「共同意思主体説」が存在していることを証明した。しか

し、共同意思主体説から脱皮しようとの態度は、「関与者の関与行為」を具体的に検討しているという点からうかがわれた。すなわち『共同実行の事実』の具体的な解明に目を向けてきたということである。判例〔182〕〔185〕は、下級審判例であるが、「共同実行の事実」を詳細に分析した後、それを「共謀」概念に当てはめて共同正犯性を判断している。練馬事件判決以前は、『共謀』があれば直ちに共同正犯を認定していた判例の態度が、『共同謀議行為＝共同実行の事実』として把握し、実行行為の内実を論究して『共謀』概念に当てはめるといふ論理構成に変遷したといえよう。この意味で、判例は共謀共同正犯に『しほり』をかけようとしているということを確認する。

4. 客観的要件としての「共同実行の事実」

共同正犯の成立要件としての第二の要件として、客観的要件たる「共同実行の事実」を必要とする。ただし、「共同実行の事実」の内容に関しては、若干、学説上の対立が存する。形式的実行共同正犯論(以下、形式説と略称する)によれば、構成要件該当行為すなわち刑法43条にいう実行行為の一部分担を必要とする²⁵⁾、のに対し、前述の実質説は実行行為＝構成要件該当事実の実現行為を分担したことを必要とすると解する。

判例は、どのように捉えているだろうか。大審院時代は、すでに述べたように、窃盗強盗罪について「実行行為またはこれに準ずる加担行為」の存在を求める判例があった。最高裁以降の判例はどうか。

〔23〕「密輸出未遂罪の成立する事例」に関する関税法違反被告事件(最決昭32・7・19刑集11・7・1987)について、
弁護人の上告趣意は、次のようなものであった。

曰く、(1)被告人はM等と共謀して朝鮮より鮮魚船で運搬した銅インゴットを山口県前島附近沖合で瀬取りし同県天応町に陸揚げして密輸入したとしている。被告人はMより大島に積荷があるので之を天応までの運搬方をたのんで大島に行く途中、前島沖でMの命により銅インゴットを瀬取りし之を天応まで運搬したものである。右銅インゴットを朝鮮で鮮魚船に積むときにも何等相談を

受けていない。銅インゴットが朝鮮より日本の領海に入った後、即ち密輸入未遂の状況にあった際に之が運搬をなしている。天応で陸揚げの際は何等加担していない。即ちM等の密輸入を容易ならしめたに過ぎないので幫助罪を構成する。原判決が之を共同正犯としたのは事実の誤認である。(2)被告人は門司市田ノ浦海上で韓国船朝洋号に貨物を積みかえる目的で貨物70梱包を積載し宇品港を出港し田ノ浦港に入港しその目的を遂げなかったとある。而し被告人の乗船せる大福丸が田ノ浦港に入港した際朝洋号はまだ田ノ浦港に入港していない。そこで積み替えにも着手せず朝洋号の入港を待っていたに過ぎないから密輸出の未遂ではなく予備をなしていたのにすぎない。更に被告人はK等の密輸を容易ならしめたにすぎないので幫助罪を構成する。原判決が密輸出未遂の共同正犯としたのは事実の誤認である。これを破棄せねば著るしく正義に反する。最高裁の決定要旨及び理由は次のとおり。

『政府の免許を受けないで貨物を韓国へ密輸出しようと企て、門司市田の浦海上附近で韓国向けの韓国船に貨物を積み換える目的をもって、宇品港で本邦船に貨物を積載、同港を出港、宇部港に寄港、同港を出港し、田の浦港に入港した際、門司市警察署員に検挙され、その目的を遂げなかったときは、旧関税法第76条2項の密輸出未遂罪が成立する』と。更に、その理由は、『なお、被告人Fが第一審判決挙示第一の密輸入罪及び第二の密輸出未遂罪の共犯であること並びに第二の犯罪が予備の段階に止まらず、未遂の域に達していることは、第一審判決挙示の証拠によってこれを肯認することができるから此点に関する原審の判断は正当である』と。

本件においては、原審判決のなかで、(1)に関し、被告人Fは、①銅インゴットが朝鮮より山口県前島附近沖合に運搬されたものであることの情を察知していた事実、②同被告人の判示第一の所為が判示の者らとの共謀に出たものである事実、③被告人F、同Kの両名において判示第二の貨物が朝鮮へ搬出さるべきことの情を知っていた事実、④同被告人ら両名の判示第二の所為が判示の者らとの共謀に出たものである事実は、原判決の挙示引用にかかる証拠によってすべてこれを認定するのに十分であるとし、(2)に関し、国外搬出の目的をもつ

て本邦港湾附近の海上において国外仕向けの船舶に積み替えるため、貨物を機帆船に積み込んだ上これを同海上まで運搬するときは、輸出の実行行為に接着する行為の遂行に入ったものであり既に予備の段階を超えなお輸出の実行に着手したものと解するのが相当であると判示している。

すなわち、「共同実行の事実」として本判例が判示しているのは、「国外搬出の目的をもって本邦港湾附近の海上において国外仕向けの船舶に積み替えるため、貨物を機帆船に積み込んだ上これを同海上まで運搬する」行為をいい、この行為は「輸出の実行行為に接着する行為の遂行に入ったものであり既に予備の段階を超えなお輸出の実行に着手したもの」であるということである。

本件は、実行共同正犯の事例と考えられ、それ故に、判例は、被告人は「他人の犯行の認識」を有していたことを(1)で認定し、(2)で「共同実行の事実」として「輸出の実行行為に接着する行為の遂行に入ったもの」と認定したのであり、最高裁もこれを決定でもって認めたということである。

[91] 「覚醒剤所持罪の共同正犯が成立するとされた事例」に関する覚醒剤取

締法違反被告事件(東京高判昭52・2・16月報9・1＝2・29)について、
弁護人の控訴趣意は、次のようなものであった。

曰く、「原判決は、被告人がHと共謀して、原判示の日時、場所において、虚言を弄して甲から覚醒剤約337グラムの交付を受けてこれを所持するに至ったとして、このうち100グラムについて被告人を営利目的による不法所持の罪に問擬したが、被告人は単なる使い走りをしたに過ぎず、Hと覚醒剤の騙取ないし不法所持を共謀したことはなく、これに手を触れたことすらないのであるから、原判決は事実を誤認したものである」と。

これに対して、東京高裁は次のように判示した。

『右のように「鮎忠」においてHが甲をだまして覚醒剤の入った鞆の交付を受けると同時に、在地中の覚醒剤はHの事実上の支配内に置かれたものであり、同人は同所において覚醒剤を所持するに至ったものというべきであるが、覚醒剤のような法禁物については、詐欺によって入手したものであっても、詐欺罪に包摂されることなく別に所持罪を構成するものと解しなければならない。そ

して、被告人はHが甲から本件覚醒剤をだまし取るや、Hと意思相通じ、覚醒剤と知りつつ同人と相協力してその所持を確実なものにしたのであるから、所持罪の共同正犯としての責任を負わなければならないものである』と（下点線筆者）。

本件について裁判所が認定した事実によれば、(1)暴力団住吉連合塩沢睦会の幹部N方に入入りして自動車の運転などを手伝っていた被告人は、右N輩下のHが、Nの命を受けて甲と覚醒剤約500グラムの買受交渉をするため、東京都渋谷区内の喫茶店に出かけた際、Nの指示により右事情を承知のうえ、自分の運転する自動車にHを乗せて同所へ赴き覚醒剤サンプルの受渡しの約束をするのに立会った、(2)被告人は終始、Hと甲の右取引状況やHが甲に覚醒剤を手提鞆の中に入れてさせたことなどを目撃し、Hが甲から右手提鞆を持ち去る機会を窺っていることを知りつつ、いずれは利益の分配に預かれることを期待してHと行動を共にし、(3)「鯨忠」においてHが、手提鞆の中の覚醒剤を騙取する意思をもって甲に対し「お客はこの近くにいる。15分位で品物を金にしてくるから預からしてもらいたい」と嘘を言って右鞆を甲から受取るや、被告人はHの意図を察知してこれと意思を相通じ、甲と共に同所でHの帰りを待つのかのように振舞って甲を安心させ、再び戻ってくる意思のないHが右手提鞆を持って同所を立ち去るのを見送った、(4)被告人は甲と共に同所に居残り、一方Hは「鯨忠」を出るとすぐ、覚醒剤を甲から騙し取った旨Nに電話連絡したうえ、後刻甲が探しにくるのを予測して同夜はN方に行かず他に宿泊し、翌日Nを呼んで同人と覚醒剤を分配した。

本件では、「犯罪の共同遂行の合意」のもとに、被告人の具体的な行為態様を認定している。特に、裁判所が被告人の「共同実行の事実」として認定した共同実行行為の態様は(2)、(3)、(4)に詳細に描かれている。そして、判例が強調している点は、「Hと相協力してその所持を確実なものにした」ということだけであって、本件共働事実の中での被告人の実行行為性の具体的な意味内容は定かではない。ただし、判決が認定した事実から明らかなことは、「Hの覚醒剤所持に密接かつ必要な行為に加担した」ということであって、従前の判例

と大差ない。

ところが、私が画期的な判例として数えるのは、下級審の判例であるが、「強盗致傷の謀議に参加した被告人について、実行行為者との実質的な一体的相互利用関係が存在しないとして、共謀共同正犯の成立を否定した」長崎地方裁判所佐世保支部の判決である。まず、これを紹介しよう。

[187] 「強盗致傷の謀議行為に参加した被告人について、実行行為との実質的な一体的相互利用関係が存在しないとして、共謀共同正犯の成立を否定した事例」に関する強盗致傷等被告事件(長崎地佐世保支判昭 60・11・6 判タ 623・212)について、

事案は、次のとおり。

金塊などの韓国への密輸出を手伝っていたCからその話を聞いた暴力団組員A、Dらは、密輸出の対価としてその都度多額の現金が授受されるのに目をつけ、密輸出の手伝いを装って右現金を強取しようと計画し、順次仲間を誘って、次第にその計画を煮つめ、魚師である被告人に強取計画を話して、チャーター料60万円の約束で、所有の漁船の貸与方を要請し、被告人も、いったんこれを承諾した。しかし、被告人は、その後、こわくなって、右承諾を撤回し、Aも被告人の計画からの離脱を認めた。しかるに、計画を実行に移す前日になって、Kから船舶の貸与方を再び求められた被告人は、従前C・Aらに恩義を受けているところから、やむなくこれを承諾し、犯行当日も、Aらが待伏せのためなどに使う漁船を犯行現場付近まで廻航させるなどした。

【判決要旨】 『実行行為に関与しない者に共謀共同正犯者としての刑責を負わせうるのは、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合う実質的な相互利用関係が形成されとともに、①全体の犯罪遂行過程において、対等またはそれ以上の行為主体として加功し、実行行為と等価的に評価される重要な役割を分担しているか(等価的分担関係)、②実行行為者の行為を自己の手段として実質的にも支配利用していると認められる場合(実質的支配利用関係)であることを要し、本件における被告人の関与度合いは、右いずれの場合にもあたらない』と。

長崎地裁佐世保支部は、次のように述べた。

『共同正犯関係が成立するには、二人以上の者が相互の意思連絡の下に対等な行為主体として一体となり、互いに自己の役割を分担し合って遂行し、かつ、他人の役割分担行為を実質的にも支配又は利用し合って、各自の犯罪意思を実行に移し、もって特定の犯罪を共同で実行したと認められることが必要であり、特定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合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、実行行為こそ分担してはいないものの、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とき、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、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、若しくは、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又は利用して当該犯罪を共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受けせしめ、その引受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)であることが必要と解すべきである。(最大判昭33・5・28刑集12・8・1718(練馬事件判決)は、共謀共同正犯の成立には「特定の犯罪を行うため、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、各自の意思を実行に移すことを内容とする」共同謀議の存在が必要である旨述べているところ、右の共同謀議の内容として重要であるのは、もとより主観的な意思連絡の内容自

体ではなく、かかる謀議によって形成された実質的な一体的相互利用関係(当該謀議参加者が実行行為者との関係で格別の役割を分担していない場合には、むしろ実行行為者に対する支配又は利用関係としてとらへるべきである。)の存在であると解すべきであり、その実質的な一体的相互利用関係が当該謀議参加者自らの正犯行為たる行為に基づいて形成されたものである場合にはじめて、当該謀議参加者の共同正犯者としての責任を肯定しうるものであり、かかる見地は、近代刑法における個人責任及び行為責任の各原則に基づく当然の理論的帰結である。) 右の見地よりすれば、被告人Eの本件強盗致傷の犯行に対する関与度合は、同A、同C、同D、同B及びFら他の共謀者のそれに比して著しく低い程度にとどまっているうえ、終始専ら同Aや同Cらに一方的に従属した関係にあって、単純な機械的幫助行為を分担したにとどまり、また、強取計画の実行を同Aらに委託するなどして自らの代わりにこれをなさしめるなどの関係にはおよそなく、右犯行によって受ける利益の分配も、自己所有の船を密輸出に使用するために提供したことによるチャーター料の60万円位のみしか約束されていなかったものであり、しかも、右約束もEの共謀関係からの離脱により反古となり、その後実質的に共同実行意思が形成された事実も認められないので、共謀共同正犯として認めるに足る実質的な相互利用関係の存在はおよそ認められず、その責任は幫助犯たるにとどまるというべきである』と(下点線筆者)。

そして、被告人らを次のように処した。

『被告人Aを懲役9年に、同Bを懲役8年に、同Cを懲役6年に、同Dを懲役5年に、同Eを懲役3年に処する。被告人Eに対し、この裁判確定の日から5年間その刑の執行を猶予し、右猶予の期間中同被告人を保護観察に付する』。

本件において、裁判所は、共謀共同正犯の成立範囲に関して明確な「しほり」を類型化したという意味で高く評価する。そして、被告人を共謀共同正犯としてではなく、幫助犯と認定した過程を追及してみると、次のように整理することができよう。

(1) 被告人Eの本件強盗致傷の犯行に対する関与度合は、同A、同C、同D、同

B及びFら他の共謀者のそれに比して著しく低い程度にとどまっていたこと、

- (2) 終始専ら同Aや同Cらに一方的に従属した関係にあつて、単純な機械的幫助行為を分担したにとどまること、
- (3) 強取計画の実行を同Aらに委託するなどして自らの代わりにこれをなさしめるなどの関係にはおよそなかったこと、
- (4) 右犯行によって受ける利益の分配も、自己所有の船を密輸出に使用するために提供したことによるチャーター料の60万円位のみしか約束されていなかったものであり、しかも、右約束もEの共謀関係からの離脱により反古となり、
- (5) その後実質的に共同実行意思が形成された事実も認められない、

以上の事実から、共謀共同正犯として認めるに足る実質的な相互利用関係の存在はおよそ認められず、その責任は幫助犯たるにとどまるとした。

ところで、本判決と練馬事件判決とを対比してみると、判例の苦心の跡がうかがわれる。

とくに、練馬事件判決では、『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、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつ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関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。他面ここにいう「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」にはほかならないから、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』(下点線筆者)と判示したことは記憶に新しい。

ところが、長崎地裁佐世保支部昭和60年判決では、『最大判昭33・5・28刑集12・8・1718(練馬事件判決)は、共謀共同正犯の成立には「特定の犯罪を行うため、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、各自の意思を実行に移すことを内容とする」共同謀議の存在が必要である旨述べているところ、右の共同謀議の内容として重要であるのは、もとより主観的な意思連絡の内容自体ではなく、かかる謀議によって形成された実質的な一体的相互利用関係(当該謀議参加者が実行行為者との関係で格別の役割を分担していない場合には、むしろ実行行為者に対する支配又は利用関係としてとらえるべきである。)の存在であると解すべきであり、その実質的な一体的相互利用関係が当該謀議参加者自らの正犯行為たる行為に基づいて形成されたものである場合にはじめて、当該謀議参加者の共同正犯者としての責任を肯定しうるものであり、かかる見地は、近代刑法における個人責任及び行為責任の各原則に基づく当然の理論的帰結である』と判示した(下点線筆者)。

両判決を十分に対比してみると、興味深い事実が浮かび上がってくる。特に、私が両判決のなかで、アンダーラインを引いた部分をそれぞれ比較検討してみれば明確になるはずである。

共謀共同正犯成立の基本的なテーゼ

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(最大判昭33・5・28刑集12・8・1718)

練馬事件判決 → (1) 基本テーゼが認定されれば、実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではない。

(2) 「共謀」の事実が厳格な証明によって認められ、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(る)、

(3) 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。

長崎地佐世保支判決 → 特定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、

(1) 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合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、実行行為こそ分担してはいないものの、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とき、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、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、

(2) 若しくは、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又は利用して当該犯罪を共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受けせしめ、その引受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)であることが必要と解すべきである。

- (3) 共同謀議の内容として重要であるのは、もとより主観的な意思連絡の内容自体ではなく、かかる謀議によって形成された実質的な一体的相互利用関係(当該謀議参加者が実行行為者との関係で格別の役割を分担していない場合には、むしろ実行行為者に対する支配又は利用関係としてとらへるべきである。)の存在であると解すべきであり、その実質的な一体的相互利用関係が当該謀議参加者自らの正犯行為たる行為に基づいて形成されたものである場合にはじめて、当該謀議参加者の共同正犯者としての責任を肯定しうる。

なお、本件長崎地裁佐世保支部判決の控訴審判決が存するので、本判決と控訴審判決を比較対比するのが理解を深めると考えられるので、まず本件控訴審判決を描き出してみることにしよう。

[101] 「関税法 111 条 1 項の密輸出罪の共同正犯を認定した第一審判決を破棄し、同罪の従犯を認定した事例」に関する強盗、強盗致傷、関税法違反

等被告事件(福岡高判昭61・9・11判タ625・238)について、
福岡高裁は、次のように判示した。

『被告人Cにかかる関税法違反の事実についての職権判断→職権により調査するに、原判決は、同判示第四の被告人Cの関税法違反につき、Hらとの共同正犯を認定しているが、本件関税法違反についての被告人Cの罪責を検討するに先立ち本件以外の従前における被告人CらのHらに対する船舶の提供等の行為について見るに、原判決挙示の関係各証拠によると、同判示の(犯行に至る経過、共謀の経緯)の事実に加え、被告人Cらは、Hらが韓国に向けて金などの密輸出をするに際しそれに用いる船を提供して、Hらの指示する海域までこれを運航させて、それに対する報酬を得ていたにとどまるものであり、報酬の額も一回いくらという、主として運航の回数に対応する形で定められていたこと、密輸品はHらが終始所持しこれを船の運航者に託するようなことは全くなかったこと、船の運航者らは、密輸出品の内容、数量について、Hから特に告げられておらず、かえって、Hらは船内でも船の提供者らにこれを具体的に知られることにならないように警戒していたことなどの事実を認めることができ、したがって、少なくとも本件以前においては、被告人Cら船の提供者、運航者らは、Hらの密輸出を幫助したものに過ぎないと認められ、原判決が被告人Cらの役割について、Hらの密輸出の手伝いをしたものと認定しているのもこの趣旨であるように解される。もともと、船の提供者の側で現実にその船に乗り込み運航等にあたったものについては、密輸出行為に必要な運航行為を自ら実行したものとする余地もないではない。しかし、これらの者が貨物の委託を受けるなど貨物に対する管理、支配の権能を有する場合には、まさに自ら実行行為の一部をしたといえるが、自ら管理、支配する貨物を外国に持ち出すために、運搬手段として他人の船を使用し、これを自己の指示のとおり運航させるに過ぎないと考えられる場合にあっては、船の運航を行う者は、密輸出を実行しようとする者に移動の手段を提供して、密輸出を容易ならしめるにとどまるものと解するのが相当である。そこで進んで本件について見ると、原判決挙示の関係各証拠その他取調済みの関係各証拠を総合しても、被告人CらとHらと

の間に従前と異なる協議等がなされた形跡は何ら窺われず、被告人Cを含む被告人らにおいて、Hらに気付かれずに原判示の強盗を計画し、被告人C及び原審相被告人D、同Eにおいて、従前どおり密輸に使用する船を提供するとともにその運航にあたったものであり、ただ、今回は、被告人C及び原審相被告人Dにおいては、Hらが現金を強取する計画を首尾よく実現させることができるよう、Hらの密輸出が成功することをひそかに欲していたことが認められるに過ぎないから、被告人CらとHらとの間に新たに関税法の無許可輸出の共謀が成立したものということとはできず、被告人Cらが金地金の管理、支配を有しないのも従前と同様であり、右のとおり、被告人Cらが、後に予定されている強取行為の一環として、相手からの依頼を奇貨として船を使用させその運航に当たっている点において、強盗行為に向けられた準備行為として、韓国船との海上での取引の成功、不成功につき利害関係を有するとはいえ、密輸出はあくまでもHらの行為であり、いまだ彼等の指示に従って船の運航にあたっている段階にある以上は、そのような利害関係を有するからといって、それだけでは、被告人Cが、Hらとは独立して無許可輸出の実行行為をしたことにはならないし、情を知らない者を利用する間接正犯の成立を論ずる余地もない。したがって、被告人Cらは、この段階では、Hらの行為を幫助したに過ぎないものといわなければならないから、この点において原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認があり、右関税法違反の罪は原判示第一の強盗致傷の罪と併合罪の関係にあって、一個の刑で処断されているから、原判決中被告人Cに関する部分は、その余の控訴趣意(量刑不当)につき判断するまでもなく、その全部につき破棄を免れない』とし、『原判決中、被告人三名に関する部分をいずれも破棄する。被告人Aを懲役8年に、同Bを懲役7年に、被告人Cを懲役6年に各処する』と(下点線筆者)。

本判決の特徴は、次の点にある。曰く、

『もっとも、船の提供者の側で現実にその船に乗り込み運航等にあたったものについては、密輸出行為に必要な運航行為を自ら実行したものと解する余地もないではない。しかし、これらの者が貨物の委託を受けるなど貨物に対する

管理、支配の権能を有する場合には、まさに自ら実行行為の一部をしたといえるが、自ら管理、支配する貨物を外国に持ち出すために、運搬手段として他人の船を使用し、これを自己の指示のとおり運航させるに過ぎないと考えられる場合にあっては、船の運航を行う者は、密輸出を実行しようとする者に移動の手段を提供して、密輸出を容易ならしめるにとどまるものと解するのが相当である』と。

すなわち、船を提供し現実にその船に乗り込み運航等に当たった者が貨物の委託を受けるなど貨物に対する管理、支配の権能を有する場合、まさに自ら実行行為の一部をなしたといえる。他方、自ら管理、支配する貨物を外国に持ち出すために、運搬手段として他人の船を使用し、これを自己の指示のとおり運航させるに過ぎないと考えられる場合、船の運航を行う者は、密輸出を実行しようとする者に移動の手段を提供して、密輸出を容易ならしめるにとどまるものである。従って、本件被告人の行為は他の者の行為を幫助したにすぎないと判断した。

しかし、被告人が国外まで金地金を運搬したことは事実である。従って、被告人の行為は密輸出という関税法 111 条 1 項違反の実行行為を行ったと解することも可能である。それにもかかわらず、本判決が被告人の行為を従犯としたのは何故か。

再度、本件控訴審判決が認定した事実を検討してみよう。

被告人 C らの H らに対する船舶の提供等の行為について見るに（本件以外の従前の事実）、

- (1) 同判示の（犯行に至る経過、共謀の経緯）の事実、
- (2) 被告人 C らは、H らが韓国に向けて金などの密輸出をするに際しそれに用いる船を提供して、H らの指示する海域までこれを運航させて、それに対する報酬を得ていたにとどまるものであり、
- (3) 報酬の額も一回いくらという、主として運航の回数に対応する形で定められていたこと、
- (4) 密輸品は H らが終始所持しこれを船の運航者に託するようなことは全くな

かったこと、

- (5) 船の運航者らは、密輸出品の内容、数量について、Hから特に告げられておらず、かえって、Hらは船内でも船の提供者らにこれを具体的に知られることにならないように警戒していたこと、

以上の5点の事実を認定して、少なくとも本件以前においては、被告人Cら船の提供者、運航者らは、Hらの密輸出を幫助したものに過ぎないと認められる。原判決が被告人Cらの役割について、Hらの密輸出の手伝いをしたものと認定しているのもこの趣旨であるように解される。

本件における事実

- (1) 被告人CらとHらとの間に従前と異なる協議等がなされた形跡は何ら窺われず、
- (2) 被告人Cを含む被告人らにおいて、Hらに気付かれぬように原判示の強盗を計画し、被告人C及び原審相被告人D, 同Eにおいて、従前どおり密輸に使用する船を提供するとともにその運航にあたったものであり、
- (3) 今回は、被告人C及び原審相被告人Dにおいては、Hらが現金を強取する計画を首尾よく実現させることができるよう、Hらの密輸出が成功することをひそかに欲していたこと

以上の3点を認定した後→被告人CらとHらとの間に新たに関税法の無許可輸出の共謀が成立したものということとはできないと認定し、さらに、

- (4) 被告人Cらが金地金の管理、支配を有しないのも従前と同様であり、
- (5) 被告人Cらが、後に予定されている強取行為の一環として、相手からの依頼を奇貨として船を使用させその運航に当たっている点において、強盗行為に向けられた準備行為として、韓国船との海上での取引の成功、不成功につき利害関係を有するとはいえない。
- (6) 密輸出はあくまでもHらの行為であり、いまだ彼等の指示に従って船の運航にあたっている段階にある。

→ そのような利害関係を有するからといって、それだけでは、被告人Cが、Hらとは独立して無許可輸出の実行行為をしたことにはならないし、

→ 情を知らない者を利用する間接正犯の成立を論ずる余地もない。

従って、被告人Cらは、この段階では、Hらの行為を幫助したに過ぎないものといわなければならないと。

本件の解説によれば、『本判決が被告人の行為を従犯としたのは、実質的には主観説の観点からの考察をした結果であると言う余地もあるように思われる』と付言する(判タ 625・238)。

しかし、事案を詳細に分析すれば、被告人Cの行為は、本件関税法違反事件について、重要な役割を果していないと考えられる。判決も、この点に関して、従前の行為に関して「Hらの密輸出の手伝いをしたもの」と認め、さらに本件において「従前と異なる協議等がなされた形跡は何ら窺われず」としていわゆる共謀の事実を否定し、「従前どおり密輸に使用する船を提供するとともにその運航に当たったものであり」として、また、「密輸出はあくまでもHらの行為であり、いまだ彼等の指示に従って船の運航に当たっている段階にある」として、被告人Cの行為を「Hらとは独立して無許可輸出の実行行為をしたことにはならない」と認定した。これらの事実から、直ちに本判決が主観説の観点から考察した結果であるとはいえない。

むしろ、判例は、具体的な事実のなかから、個別的に被告人等の具体的な行為態様に着目して正犯・従犯の区別を考慮していると考えらるべきである。先に触れた練馬事件判決と本件第一審の長崎地裁佐世保支部判決の対比から、判例は「共謀」という概念を立証するために「共同実行の事実」を詳細に分析した結果に基づいて正犯・共犯の区別を行う傾向にあると考えらるべきである。この意味で、判例の努力を評価する。従来の刑法学上の主観説・客観説という机上の論理を念頭にいれつつも、より实际的に判断する傾向が顕著になっている。従って、学説上の理論構成はそれとして評価すべきであるが、判例の努力の跡をも評価すべきである。

5. 見張りと共同正犯の成否—見張行為の実行行為性

次に、学説上論争されていたいわゆる「見張りと共同正犯の成立如何」につ

いて判例の態度を検討してみよう。

〔2〕「見張り」と共同正犯」に関する強盗窃盗被告事件(最判昭 23・3・11 刑集 2・3・185)について

【判決要旨】 『被告人が強盗を共謀した以上、見張して被害者に手も触れず、一言も発せず、かつ一銭の分前にもあずからなかったとしても、共同正犯の責を免れない』。

最高裁は、次のように判示した。

『原判決によれば被告人は三人で「脅迫して金品を奪い取らうと相談して同日午後十時頃」「通行中のKを呼びとめ警察の者を装って同人を附近の隧道内に連れ込んだ上被告人は見張をした」事実が認定されているのであって、本件犯罪は被告人も共謀の上行われたこと明白である。従って、論旨がいうがごとく被告人は被害者に対して手も触れず一言も発しなかったとしても、又強取された金について一銭の分前にも與らなかったとしても、被告人はその罪責を免れることはできない』と（下点線筆者）。

〔3〕「屋外の見張り」と強盗又は窃盗の共同正犯」に関する強盗窃盗被告事件(最判昭 23・3・16 刑集 2・3・220)について

【判決要旨】 『数人が強盗又は窃盗の実行を共謀し、そのうち一人が屋外の見張りを担当した場合には、その者についても、強盗又は窃盗の共同正犯が成立する』。

最高裁は、次のように判示した。

『数人が強盗又は窃盗の実行を共謀した場合において、共謀者のある者が屋外の見張りをした場合でも、共同正犯は成立するということは、大審院数次の判例の示すところであって今これを改むべき理由は認められない、従って被告人が相被告人S外五名と共謀して、埼玉工業株式会社作業場内の綿糸三梱包を窃取した行為につき見張をした被告人を、窃盗罪の共同正犯と認めた原判決は正当であって、論旨の如き理由不備はない』と（下点線筆者）。

〔5〕「窃盗の意思で強盗の見張りをした者の責任」に関する窃盗赃物故買被告事件(最判昭 23・5・1 刑集 2・5・435)について

【判決要旨】 『窃盗の意思で見張をした者は、共犯者の意思は初めから強盗であり、その結果を実現した場合でも、窃盗既遂の責任を負う』。

最高裁は、次のように判示した。

『被告人以外の共犯者は最初から強盗の意思で強盗の結果を実現したのであるがただ被告人だけは軽い窃盗の意思で他の共犯者の勧誘に応じて屋外で見張をしたというのであるから被告人は軽い窃盗の犯意で重い強盗の結果を発生させたものであるが共犯者の強盗所為は被告人の予期しないところであるからこの共犯者の強盗行為について被告人に強盗の責任を問うことはできない訳である。然らば原判決が被告人に対し刑法第38条第2項により窃盗罪として処断したのは正当であって原判決には毫も所論の如き擬律錯誤の違法はない、論旨は理由なきものである』と（下点線筆者）。

〔7〕「屋外の見張り」と強盗の共同正犯」に関する強盗被告事件（最判昭23・5・25 刑集2・5・507）について

【判決要旨】 『数人が強盗の実行を共謀し、そのうち一人が屋外の見張りを担当した場合には、その者についても強盗の共同正犯が成立する』。

最高裁は、次のように判示した。

『原審は其挙示の証拠に基いて被告人は単に屋外に佇立して居ただけではなく見張をして居たものと認定したのである。而して数人が強盗の実行を共謀し、そのうち一人が屋外の見張りを担当した場合には、その者についても強盗の共同正犯が成立することは当裁判所の判例とするところである』と（下点線筆者）。

〔8〕「見張り」と共同正犯」に関する強盗窃盗強盗傷人被告事件（最判昭23・7・20 刑集2・8・979）について

【判決要旨】 『窃盗犯人又は強盗犯人と意思連絡のもとに見張をした者は、窃盗又は強盗の共同正犯である』。

最高裁は、次のように判示した。

『窃盗の共犯者と意思連絡のもとに見張をした場合は窃盗の共同正犯と断ずべきものであるということは、大審院数次の判例の示すところであって、今これを改めなければならない理由は認め得られない。原判決において証拠として

挙示した被告人に対する予審第一回訊問調書及びOに対する予審第一回訊問調書によれば、被告人は本件犯行についてT, Oと相談をした上で自らは見張をした事実を認め得るのであり、原判決は右事実を認定して刑法第60条を適用したものであるから、所論の如き法律の解釈適用を誤ったものではなく論旨は理由がない』と（下点線筆者）。

[9] 「日本刀を携帯して強盗することを共謀して見張りをした者の日本刀不法所持についての責任」に関する強盗同未遂窃盗銃砲等所持禁止令違反被告事件(最判昭23・7・22 刑集2・9・995)について

【判決要旨】 『日本刀を携帯して強盗することを共謀し、その見張りをした者は、その日本刀をかって手にしたことがなくても、銃砲等所持禁止令違反の共同正犯である』。

最高裁は、次のように判示した。

『犯罪の敢行を謀議した共犯者は、たとい犯罪の現場においては唯見張をなしただけでその実行行為に直接加担しなかったとしても、他の共犯者の実行行為を介して自己の犯罪敢行の意思を実現したものと認められる場合には、なお共同正犯たるの責を免れ得ないものであることは既に当裁判所の判例とするところである。然るところ原審の確定した事実によれば被告人は第一審相被告人Hに誘われて同人の所持する刃渡り二尺三寸余の日本刀を使って他人を脅迫して金品を強奪しようとして企て、共謀の上前後二回に亘り法廷の除外事由がないにも拘らずHにおいて右日本刀を携帯して他家に侵入し家人に対しその拔身を突きつけ「静にしろ金を出せ騒ぐと斬るぞ」などと言って脅迫し(但し一回は未遂)被告人はその間屋外にあって見張をしたというのである。従って論旨の主張するように被告人は右日本刀を嘗て手にしたことがなかったとしても、共犯者Hの行為を介して法廷の除外事由がないにも拘らず、日本刀を携帯して他人を脅迫する意思を実現したものといひ得るのであるから、原審が被告人を所論銃砲等所持禁止令違反として処断したのはむしろ当然である』と（下点線筆者）。

[10] 「見張り」と強盗窃盗詐欺傷害」に関する強盗窃盗詐欺傷害被告事件(最判昭23・10・30 刑集2・11・1427)について

【判決要旨】 『被告人の所為が見張りを命じられて終始家の外部にうろうろしておったに過ぎないとしても、被告人が他の共犯者と本件犯行について共謀した事実が認定せられる以上、強盗の実行行為をした他の共犯者と共に、共同正犯の罪責を免れない』。

〔12〕 「共同正犯の成立要件としての『共謀』の意義」に関する強盗傷人被告人事件(最判昭 24・2・8 刑集 3・2・113)について

【判決要旨】 『共同正犯が成立するために必要な「共謀」とは、数人相互の間に共同犯行の認識があることをいう』。

最高裁は、次のように判示した。

『按ずるに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っ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言うことのできないことは所論のとおりである。そして論旨は原判決挙示の証拠によって被告人が相被告人等の犯行を知っていた事実は認められるが未だ彼等との間に犯行につき共謀があった事実は認められないと主張するのである。しかし原判決挙示の証拠を総合すると被告人は相被告人N等において強盗に行くことを知りながら同行したのみならず被害者宅の近くに行ったときに相被告人等は強盗に押入るため覆面はするし又日本刀を持っており右Nが自分とMが切れ物を持っているから脅かし役を遣るFとOは座敷に上って金を探せ、被告人は表で見張っておれと云い、被告人がこれを承諾したことが認められるのである。してみると被告人は単に他人の犯行を認識していたに止まらず強盗の犯行の一部として見張の役をすることを承諾したものと見えるのであるから被告人は右承諾のときに相被告人等との間に共同犯行の認識即ち共謀があったものと認めることができるのである』と（下点線筆者）。

〔14〕 「共謀共同正犯の成立」に関する強盗窃盗住居侵入被告人事件(最判昭 25・2・16 刑集 4・2・184)について

【判決要旨】 『強盗の共謀をした者は、他の共謀者の暴行脅迫強取等の実行行為を通じて自己の犯意が実行に移された以上、たとえ自分は直接強盗の実行行為に当たる行為をしなくとも強盗の共同正犯たる罪責を免れない』。

最高裁は、次のように判示した。

『原判決挙示の証拠によれば、被告人が原判決第八のように、相被告人S, 第一審相被告人M, T, と共謀の上被告人及びM等は屋外で見張りをし、S, H, Tは判示のごとく脅迫、強奪行為をしたことを肯認することができる。そして強盗の共謀をした者は他の共謀者の暴行脅迫強取等の実行行為を通して自己の犯意が実行に移された以上は、たとい、自分は直接強盗の実行行為に当る行為をしなくとも強盗の共同正犯たる罪責を免れえないものであるから、共謀者の一人である被告人が判示のごとく見張行為をした以上判示他の共謀者の脅迫、強奪行為に対しその責を負うべきものである。されば、原審が被告人の見張り行為について所論のように強盗の共同加功行為と見るべき程度に達していたか否かを認定判示するところがなく被告人を強盗の共同正犯として処断したからといって、原判決には所論のような審理不尽又は理由不備の違法あるものとはいえない』と。

[17] 「見張りは犯行現場を見通しうる場所でなければならないか」に関する強盗住居侵入被告事件(最判昭 25・9・21 刑集 4・9・1735)について、
最高裁は、

『見張は、犯罪を遂行するため、その犯行の発覚、犯人の逮捕その他犯行に対する障害を排除することを担当する所為であるから、必ずしも常に犯行現場を見通しうる場所でなければならないとする実験則は存しない』と判示した。

なお、弁護人の上告趣意によれば、「本件犯行の首謀者はK, Yの両名であり、強盗行為の実行行為者がN, Hであることは明瞭な事実である。K, Yは本件犯行を企図しT, N, Hの三名学生を使囑してその実行に当らんとしたものであり、その情状は重いと言える。又N, Hは学生であり年上の者に使囑された点に於いてTと同様の立場にあるが本件強盗行為の実行行為者である点に於いてTと情状を異にするのみならず両名はA女を強姦した点に於いてその情状最も重いものであってK, Yと共に懲役6年の実刑を科せられたことは或いはやむを得ないと見るべきであろうが、被使囑者であり最年少学生でありしかも強盗の実行行為に加担せず犯行の軽微な一部に加工したに過ぎないTに対し懲役4年

の実刑を科したことは一般科刑の事例に鑑み又前記共犯者との量刑と比較し刑の量定著しく重きに失するものと謂わざるを得ない」と。

本件においては、見張りが当該犯罪遂行のため、犯罪発覚、犯人逮捕、その他犯行に対する障害排除行為として、犯罪遂行に欠くべからざる行為である場合は、広く実行行為性を承認する一事例と考えることができる。

以上、〔2〕，〔3〕，〔5〕，〔7〕，〔8〕，〔9〕，〔10〕，〔12〕，〔14〕，〔17〕の最高裁判例は、『窃盗(強盗)の共犯者と意思連絡のもとに見張をした場合は窃盗(強盗)の共同正犯と断すべきものであるということは、大審院数次の判例の示すところ』という表現を用いて、『強盗の共謀をした者は他の共謀者の暴行脅迫強取等の実行行為を通して自己の犯意が実行に移された以上は、たとい、自分は直接強盗の実行行為に当る行為をしなくとも強盗の共同正犯たる罪責を免れえないものである』と判示している²⁰⁾。すなわち、「共謀＝犯罪の共同遂行の合意」が認められれば、見張りであれ、共同正犯を肯定することができるということである。

ここまでは、見張行為の犯罪実現に対する具体的な関係が全くといっていいほど、考慮されていない。

ところが、以下に述べる下級審の判例は、見張行為の具体的な内容に立ち入って把握している点で、これまでの判例と若干趣を異にする。

〔68〕「共同正犯と従犯との相異」に関する窃盗、同未遂被告事件(東京高判昭24・12・22 高裁判特 16・21)について

東京高裁は、いう。

『共同正犯は数人が各自己の犯罪を実現する意思を相通じ共同して犯罪を実現するものをいうのであって、正犯者各自の行為は互に他の正犯者のために奉仕し各人は他の正犯者の行為を自己のために利用するものであるから、正犯者各人は自己の行為は勿論他の正犯者の行為についてもその責に任ずべき関係にあるものである。故に正犯者の或一人は単に補助的な行為をなしたに止る場合或は全然犯罪に加工しなかった場合においても他の正犯者が犯罪を実行した以上実行正犯の責任は免れないのである。これに反して従犯は他人の行為を利用

して自己の犯意を実現させる意思なく他人の犯罪を幫助する意思を以て実行行為以外の行為を以てこれを幫助するものである。この場合他人の犯罪か自己の犯罪かという区別は単に他人のため或は自己のためという点と異なり実行行為と離れて観念することはできないで、他人のためにしたのでも実行行為をすれば即ち自己の犯罪なのである。而して他人の犯罪に加工するのが従犯なのである。右の観点から看察すると窃盜行為の見張は或は正犯を以て論ぜられ或は従犯と観られる場合があるが、その区別の標準は専ら自己の犯罪を共同して実現する意思であったか或は他人の犯罪を幫助するだけの意思であったかにあり、これによって両者が分れるのである。よってこの標準に従って本件を見るに原判決の挙示している司法警察員作成の被告人の供述調書によると被告人は埼玉のMと約束した通り午後11時頃日立駅階段の所へ行ったらMが待っており、海岸工場内より銅板を盗み出すのだから手を貸して呉れといったので被告人は捕まると困るから嫌だというたが、Mがとにかく行こうというたので承知し、判示工場に行ってMが先に次に被告人が五尺位の板塀を超えて侵入しそこでMが警察官が外を通るかも知れないから自分が盗んでくるから君は見張をしてくれといい、被告人はこれによって見張をしていたらMが一人で変電所の方へ行き十分位して銅板を七枚程持って来、再び変電所の陰に行き同様のものを七枚運んだ。それからその品を塀の下から外に出し被告人は内七枚をマフラーで縛りMも七枚程持ち各自これを担いで弁天地附近迄来た時に警察官が来たので品物をその場に捨てて逃げたが遂に捕えられたとあるから被告人の意思はMから頼まれて特定の幫助行為に限定せず、本件窃盜行為に全面的に加担する意思即ち自分も窃盜を為す意思で承諾し塀を超えて工場内に侵入してから偶々Mから役割の分担として見張をいわれこれをなしたものと認められるから原判決が右証拠を以て被告人をMと共謀して原判示窃盜行為をなした正犯なりと認めたのは相当である。』と。

本判例を考えると、当時の学説で論争されていた「正犯・共犯の区別の基準」なるものを持ち出して、見張行為の共同正犯性を認定した。

曰く、『共同正犯は数人が各自己の犯罪を実現する意思を相通じ共同して犯

罪を実現するものをいうのであって、正犯者各自の行為は互に他の正犯者のために奉仕し各人は他の正犯者の行為を自己のために利用するものであるから、正犯者各人は自己の行為は勿論他の正犯者の行為についてもその責に任ずべき関係にあるものである。故に正犯者の或一人は単に補助的な行為をなしたに止る場合或は全然犯罪に加工しなかった場合においても他の正犯者が犯罪を実行した以上実行正犯の責任は免れないのである。これに反して従犯は他人の行為を利用して自己の犯意を実現させる意思なく他人の犯罪を幫助する意思を以て実行行為以外の行為を以てこれを幫助するものである。この場合他人の犯罪か自己の犯罪かという区別は単に他人のため或は自己のためという点と異なり実行行為と離れて観念することはできないで、他人のためにしたのでも実行行為をすれば即ち自己の犯罪なのである。而して他人の犯罪に加工するのが従犯なのである』と（下点線筆者）。

この判例がいわんとする点は、当時の犯罪共同説及び行為共同説に配慮しながらも、いわゆる「他人のためにする犯罪」であってもそれが実行行為と評価できれば「自己の犯罪」であるということである。すなわち『窃盗行為の見張は或は正犯を以て論ぜられ或は従犯と観られる場合があるが、その区別の標準は専ら自己の犯罪を共同して実現する意思であったか或は他人の犯罪を幫助するだけの意思であったか』といういわゆる主観説の立場にたちつつも、「実行行為性」を検討しなければならないという趣旨に理解することができる。

以上のような理論的基礎に基いて、本判例は、

- (1) 海岸工場内より銅板を盗み出すのだから手を貸して呉れといったので被告人は捕まると困るから嫌だというたが、Mがとにかく行こうというたので承諾し、
- (2) 判示工場に行つてMが先に次に被告人が五尺位の板塀を超えて侵入しそこでMが警察官が外を通るかも知れないから自分が盗んでくるから君は見張をしてくれといい、
- (3) 被告人はこれによって見張をしていたらMが一人で変電所の方へ行き十分位して銅板を七枚程持って来、再び変電所の陰に行き同様のものを七枚運ん

だ。

- (4) それからその品を塀の下から外に出し被告人は内七枚をマフラーで縛りMも七枚程持ち各自これを担いで弁天地附近迄来た時に警察官が来たので品物をその場に捨てて逃げたが遂に捕えられた

以上の4点を認定して、『被告人の意思はMから頼まれて特定の幫助行為に限定せず、本件窃盗行為に全面的に加担する意思即ち自分も窃盗を為す意思で承諾し塀を超えて工場内に侵入したから偶々Mから役割の分担として見張をいわれこれをなしたもの』として共同正犯性を認めたのである。

ここには、「犯罪の共同遂行の合意」及び「共同実行の事実」を詳細に分析・検討を加えている点を評価すべきである。

以下の〔125〕,〔78〕,〔132〕,〔155〕の下級審判例は、練馬事件判決以後に登場した判例である。いずれも見張行為につき、共同正犯を否定して幫助犯を認定したものである。その認定手法を検討してみよう。

〔125〕「強盜致傷事件の共同正犯として起訴されたのを幫助犯と認定した事例」に関する住居侵入、強盜致傷被告事件(東京地判昭 35・7・29 判タ No 108・102)について

東京地裁は、次のようにいう。

『なお、檢察官が本件犯行をSとの共同正犯と主張しているのに対し、判示のとおりこれを幫助犯と認定したについては、被告人は、判示のように電話線を切断したのち、同家の裏口に物音がしたためSに見張りをしろと命ぜられて同家表口に飛び出したところ、人の来るのを見て、そのまま逃走したことが認められるほか、とった金は山分けにすると当初Sからいわれたものの、犯行後喫茶店で会合した際、Sから五千元しかとれなかったといわれて僅かに二千元を分与されたに過ぎないのみならず、その際さらにSから命ぜられて喫茶店における二人の飲食代金八百円を右の二千元のうちから支払わされており、結局、終始Sに顧使されどおしであった事情をも考慮し、幫助犯と認定するのを正当と判断したことを附言する。』と(下点線筆者)。

本判決から理解されることは、次の二点をもって幫助犯と認定したというこ

とである。

(1) 被告人は、判示のように電話線を切断したのち、同家の裏口に物音がしたためSに見張りをしろと命ぜられて同家表口に飛び出したところ、人の来るのを見て、そのまま逃走したこと、

(2) 終始Sに顧使されどおしであった事情特に、判例から窺われることは、上記(2)の点と被告人が利益を受けていないということであろう。

[78] 「強盗罪につき共謀共同正犯の成立を認めえない事例」に関する強盗、窃盗被告事件(名古屋高判昭36・8・15下刑集3・7=8・676)について、

本件名古屋高裁判決は、共謀共同正犯の成立範囲につき、実質的な「しほり」を必要とする旨を明確に打ち出した。

名古屋高裁は、いう。

『共同正犯の成立について、かの共謀共同正犯説によれば、共謀者中の一人が、必ずしも、その共謀に係る犯罪行為の実行行為を分担遂行する必要のないことは、わが判例既に確定したところである。然し、そこに、犯罪の実行を共謀するとは、判例の表現を籍りれば、「二人以上の者が一心同体の如く互に相倚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べき」いわゆる犯罪団体ともいうべき協同関係の成立する場合でなければならず、この場合、共謀者と目される者においては、当該共謀に係る犯罪を飽く迄自己の犯罪として、自ら実行し又は共謀者中の一員をして実行させるものでなければならない。蓋し、他人の実行行為がなお、その実行行為をしなかった者の行為として評価されるためには、後者が前者の行為を、自己の行為として支配する関係がなければならず、そのためには、後者の主観、あるいは意思面において、前者の行為を自己の行為として意欲することを必要とするからである。そして、共謀共同正犯説を、共謀者の主観面において、このように制限して解する限り、これに対する反対説の批判にも堪え得るわけであるし、同時に又共謀に名を籍り、これを徒らに拡張して解するが如きことはやはり厳戒すべきことなのである』と。

このような裁判所の態度を基礎として、従来までなら「被告人Xとしては、

同N、Sが原判示乙方で強盜をすることの情を知りながら、同所まで同行はしたものの」という認定で共謀共同正犯を認定していたのを、『被告人Xとしては、自ら強盜を実行する意思のなかったのは勿論、被告人N、Sのする強盜行為を、自己の行為として意欲した事実もとうてい認められないのである』として、共同正犯の成立を否定した。ここには、実質的にはいわゆる主観的意思を基準としているかのごとき印象を呈している。しかし、判例を詳細に読んでみると、被告人が本件犯罪実現に果たした役割を評価した結果、幫助犯と認定したと考えることができる。

それは、(1)利益配分を受けていないこと、(2)被告人Xの見張行為というのも、同被告人としては、被告人N、Sらの犯行現場から約一キロ離れた場所で、同人らが犯行を終えて出てくるのを待ち受けていたまでのことであり、かつ、その待ち受けていた場所と犯行現場の地理的關係を考えれば、他人の犯罪行為の見張りというが如き關係の成り立ち得ないこと、の二点から理解される。

[132] 「いわゆる見張り行為につき、共同正犯の主張を排斥して幫助犯とした事例」に関する恐喝、窃盜被告事件(東京地判昭41・6・4判タ194・173)について、

事案は、次のようなものであった。

第二、被告人Tは被告人A、M、Yが共謀のうえ判示第一記載の日時、場所で窃盜をなした際、同飯場前道路で見張りをし被告人A等の右犯行を容易にしてこれを幫助したものである。

これに対して、東京地裁は、次のように判示した。

『被告人Tの判示第二の所為につき、檢察官はこれを被告人A等の判示第一の窃盜の犯行との共謀共同正犯であるとし、被告人Tの弁護人は、同被告人は被告人A等が飯場内から立戻るまで単に表通りに留まっていたに止り、同人等の窃盜行為を幫助する意思もなかった旨それぞれ主張するのであるが、証人M、同Y、被告人Aおよび被告人Tの各当公廷の供述によれば、まずMが単独で飯場に入り、出てきた際「米だ米だ」といってセメント袋を持って来ていてそれを表通りの被告人Tの足下においたこと、続いて被告人A、Yが飯場に入り、

Mも再び入って行ったこと、従って被告人TはMがセメント袋入り米包みを持ち出した時以後M等三人が窃盗行為をするものであることを認識していたこと、被告人Tはその後も右セメント袋包みの付近に留って被告人A等が衣類等を窃取して立ち戻って来るまで待っていたこと、それから数十米離れたところで四人で自動車に乗りY方居室に赴き翌日にでも入質換金し四人でこれを分ける考えで、取敢えず贓品のズボンにあった現金千円で四人で飲食したこと等の事実を認めることができ、なお被告人Tの司法警察員に対する供述調書によれば、前記自動車に乗るとき、Yから米があるから持って来いといわれたが面倒臭いので取りに行かなかった旨の供述記載があるから、これを総合すると被告人Tは被告人A等三名が飯場から出て集るまでセメント袋付近で被告人A等の窃盗行為を容認し贓物である同袋入り米包みを監視し、見張っていたと推認するのが相当である。しかし右証拠によれば、Mが右袋入り米包みを持ち出して来た後同人を被告人A、Yとの間に窃盗行為についての特段の謀議があったわけではなく、まして被告人Tは被告人A等とは数米離れていたうえ、被告人A等のその後の窃取行為も個々になされているばかりでなく、被告人A等が立ち戻るまでの時間は数分に過ぎなかったのであるから、被告人Tは前示のように被告人A等の窃取行為を認識しこれを容認したとはいっても、進んで被告人A等と一体となって窃盗行為をするものであり、その全体の行動の一部として積極的に見張行為を分担するまでの意思の連絡があったとは認め難く、単に被告人A等のために窃盗行為を容易にするための幫助行為に止ったものと認めるのが相当である』と。

本件で、東京地裁は、まず次のような事実を認定した。

- (1) Mが単独で飯場に入り、出てきた際「米だ米だ」といってセメント袋を持って来ていてそれを表通りの被告人Tの足下においたこと、
- (2) 続いて被告人A、Yが飯場に入り、Mも再び入って行ったこと、
- (3) 従って被告人TはMがセメント袋入り米包みを持ち出した時以後M等三人が窃盗行為をするものであることを認識していたこと、
- (4) 被告人Tはその後も右セメント袋包みの付近に留って被告人A等が衣類等

を窃取して立ち戻って来るまで待っていたこと、

- (5) それから数十米離れたところで四人で自動車に乗りY方居室に赴き翌日にも入質換金し四人でこれを分ける考えで、取敢えず贓品のズボンにあった現金千円で四人で飲食したこと、

以上五点の事実から、東京地裁は『被告人Tは被告人A等三名が飯場から出て集るまでセメント袋付近で被告人A等の窃盗行為を容認し贓物である同袋入り米包みを監視し、見張っていた』と断定した。普通、以上の点からみて、共謀共同正犯の成立する可能性があるのであるが、『被告人A等の窃取行為を認識しこれを容認したとはいっても、進んで被告人A等と一体となって窃盗行為をするものであり、その全体の行動の一部として積極的に見張行為を分担するまでの意思の連絡があったとは認め難く』と判示して、その成立を否認した。ここでは、被告人の行為につき、窃盗行為全体の一部として積極的に見張行為を分担したといえるような見張行為とはいえないと主張するのであろう。だから「その全体の行動の一部として積極的に見張行為を分担するまでの意思の連絡があったとは認め難く」という表現を使ったと考えるべきである。

〔155〕「共同正犯の訴因に対し幫助犯の成立を認めた一事例」に関する殺人、死体遺棄、窃盗被告事件(大阪地堺支判昭46・3・15判タ261・294)について、本件大阪地裁堺支部判決でも、具体的な犯行態様、犯行の経緯等を検討して共謀共同正犯の成立を否認したものである。一見して共同正犯が成立するかの如き印象を受けるが、本件判決がこれを否定した意義は大きい。

事案は次のようなものであった。

内縁関係にあった被告人AとB女が、その関係を秘して被告人B女に惚れている甲に対し、腹違いの姉弟だと偽って金を出させ、その金でアパートを借りて三人が一緒に暮らすうち、被害者にその関係を見破られ、Aと被害者が掴み合いとなるやAは突差に被害者を殺害しようと決意し、たまたまその頃知人が訪ねてくることになっていたのでB女にその見張りを頼み、B女が見張りに出た後Aが手で被害者の首を締め、しばらくして帰ってき

たB女にとどめをさすため紐を持ってくるように指示し、B女が渡した電気釜コードで完全に息の根をとめ、その後死体を土中に埋めて死体を遺棄したというものである。

これに対して、本件大阪地裁堺支部は、次のように判示した。

『共謀が成立したというためには単に他人が犯罪を行うことを認識しているだけではならず、数人が互いに他の行為を利用して各自の犯意を実行する意思が存することを要し、被告人自身にも被害者を殺害しようとする意思の存することが認められなければならないところ、被告人が相被告人の言葉に従って判示のとおり見張行為をし、また被害者の首を締めるための電気釜コードを渡したことが認められるが、その際の被告人の判示のような心情、両被告人間の関係、犯行前の被告人と相被告人の対被害者に対する感情の相異、本件犯行の突発性等の諸事情に徴すれば、被告人自身も被害者を殺害することを決意ないしは欲して右見張行為および電気釜コードの授受行為をなしたと認めるのは困難であり、専ら相被告人の被害者殺害行為を容易ならしめるためになされた行為であることが認められるから殺人幫助罪が成立するに過ぎない。』と。

それでは、何故、判例はこのような結論をだしたのか。判例の事実分析を検討してみよう。本件において、論点は、裁判所も指摘しているように、『問題は被告人両名の関係が甲に見破られ、被告人Aと甲とが争いとなったとき、被告人Aが被告人B女に「いてまうぞ、Sが来るかわからんから見てこい」と言い、被告人B女がSの見張りにいったことから共謀の事実が認められるか否かである』。

この点につき、次のような諸事実を認定した。

- (1) 被告人B女が被告人Aの右言葉を聞いて、被告人Aが甲を殺害しようとしていることを認識したこと、
- (2) (共謀が成立したというためには、単に他人が犯罪を行うことを認識しているだけではならず、数人が互いに他の行為を利用して各自の犯意を実行する意思が存することを要し、被告人B女自身にも甲を殺害しようとする意思の存することが認められなければならない)被告人B女自身にも甲を

殺害しようとする意思の存することが認められなければならない。その点で前判示のとおり被告人B女が、被告人Aの言葉に従ってSを見張る行為に出ていることが認められるが、そのことから被告人B女が甲を殺害することを決意ないしは欲してSの見張りを引き受けたとみるのは早計である、ここで重要なことは『被告人の心情、当事者間の関係および状況等を総合して判断す』ることである。その点に関し判例は次のようにいう。

- (1) 被告人B女の心情としては甲が被告人Aに殺されても仕方がないと考えたことが認められる程度であって、
- (2) 被告人B女自身も積極的に甲の殺害を決意ないし欲したとまでは認めることができず、
- (3) また見張りに出た際も、Sの来るのをとめるためであったが、甲が殺害される現場にいたたまれないという気持ちもあったわけで、
- (4) 両被告人間の判示のような関係に加えて、
- (5) 被告人Aと甲の争いが突然に起こった出来事であり、被告人B女としては被告人Aの言うがままにSの来るのを見張ったことが認められ、その態度は消極的で、専ら被告人Aのために見張りをしたことが認められ、
- (6) 被告人B女が被告人Aの前記言葉を聞いて見張りをしたとしても、その際の被告人B女の右のような心情、両被告人間の関係、犯行前の前記被告人Aと被告人B女の対甲に対する感情の相異、本件犯行の突発性。

以上六点の諸事実から、本件で被告人B女の共謀を認めるのは困難であると認定した。

本判決と最高裁の昭和20年代の判決と対比してみると、その相異が歴然とする。特に、[12]『共同正犯の成立要件としての「共謀」の意義』に関する強盗傷人被告事件(最判昭24・2・8刑集3・2・113)との相異が顕著になる。もし最高裁の昭和20年代の態度にしたがうと、本件は当然「共同正犯」が成立するものと考えられる。

判例は、次第に共謀共同正犯に「しほり」をかけてきたという事実が確認されるのである。それでは、どのようにして「しほり」をかけてきたのであろう

か。最近の判例から学べることは、多数関与犯を『集団による犯罪』との認識から『集団における犯罪』に認識を転換したことがあげられる²⁰⁾。すなわち共同犯行の事実を具体的に犯罪全体のなかで詳細に分析・検討しているということである。その結果が、学説において『共謀共同正犯に「しほり」がかけられてきた』という印象を与えていると考えることができる。

- 1) 牧野「増訂日本刑法」347頁以下、滝川「犯罪論序説」228頁以下、小野「刑法講義総論」202頁以下、団藤「前掲書」364頁以下、井上「刑法学総則」225頁以下、木村「刑法総論」403頁以下、西原「刑法総論」339頁以下、前田「刑法総論講義」411頁以下参照。
- 2) 滝川「前掲書」229頁、井上「前掲書」227頁参照。なお、井上博士は『共同加功の意思とは、犯罪を共同にするつもりでもって —ここが重要で—、すなわち、法律上の用語を使えば、構成要件を共同に実現するつもりをもちまして相手の行為を自分の行為として利用し、自分の行為を相手に利用させるという諒解です。…一つの犯罪を実現するための行為を共同にしようという諒解でなくてはなりません。』（刑法の論点(上)37-38頁）とされ、平場博士は『主観的にみれば意思の共同が必要である。意思の共同とは他人の行為を補充し、また他人の行為によって補充されることを認識し、その認識に従って行為することをいう。このような認識は故意にしかあり得ないのであって、過失の共同正犯は考えられない。』（刑法総論講義155-156頁）とされる。
- 3) 内田文昭「刑法における過失共働の理論」52頁以下参照、更に、犯罪共同説の立場から『過失の共同正犯』を肯定しようとする場合、『過失犯は、構成要件の結果の認識を欠くことを本質とするから、この点について意思の連絡ということは不可能である。しかし、意思の連絡がなくとも、不注意な目的的行為を共同で行ったといえる場合は、共同者全員に全体としての実行行為及びその結果を帰属させることができるのではないか』（内田「共同正犯」判例刑法研究4・164頁）とか、また、大塚博士は、『構成要件の過失の段階において、先に説明したように、結果的加重犯の共同正犯についての構成要件該当性がみとめられるのと同じ意味から、過失犯の共同正犯についての構成要件該当性をみとめることができるのではないかと思います。構成要件の過失は、社会の一般人を基準とした客観的な注意義務の違反を内容としますが、それに関しては、二人以上の行為者による共同実行、すなわち、共同した客観的な注意義務の違反があったといえる事態がありうると思います。』（大塚・共同正犯における共同実行の観念「刑法の基本問題」319-320頁）として、

過失犯の共同正犯を肯定されている。

- 4) 木村「前掲書」405頁参照。
- 5) 大判明44・3・16刑録17・380、大判大3・12・24刑録20・2618、大判大11・10・23新聞2057・21、なお、下級審の判例として、朝高判大11・5・22評論11刑法186。
- 6) 井上「刑法の論点(上)」67頁、同「判例にあらわれた過失犯の理論」315頁以下参照。なお、そこで、過失犯の共同正犯を認める場合、「混合された結果惹起の構成要件(gemischte Verursachungstatbestände)」であれば、共謀共同正犯の理論より容易である旨のべておられる。
- 7) 中義勝「過失の共同正犯」刑法判例百選Ⅰ総論(1978年)179頁参照。
- 8) 下村康正「共謀共同正犯と共犯理論」138頁参照。
- 9) 井上「刑法の論点(上)」34-35頁参照。
- 10) 藤木「共謀共同正犯」可罰的違法性の理論所収293頁以下参照。
- 11) 藤木「前掲書」348頁参照。
- 12) 藤木「前掲書」348-349頁参照。
- 13) 藤木「前掲書」319頁参照。
- 14) 中野次雄「共謀共同正犯の問題点」法律のひろば13巻1号12頁参照。
- 15) 内田文昭「共同正犯」判例刑法研究4所収175頁参照、団藤「刑法要総論〈改訂版〉」371頁以下、374頁注(27)、大塚「注解刑法〈補版〉」411頁以下、藤木「前掲書」285頁、同「共謀共同正犯」判例百選Ⅰ総論(1978年)172頁参照。
- 16) 平場「刑法総論講義」158頁参照。
- 17) 藤木「前掲書」335頁参照。
- 18) 藤木「前掲書」342頁参照。
- 19) 牧野「刑法改正案と教唆の独立性」刑法研究7巻171頁脚注参照。
- 20) 中野次雄「刑事判例研究 共謀共同正犯にあたとされた事例(特に団藤裁判官の意見)」警察研究56巻1号70頁以下参照。
- 21) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌31巻3号313頁以下、特に320頁以下参照。
- 22) 実質的実行共同正犯論とは、刑法60条にいう「実行」が構成要件該当行為の一部分担を意味するとの前提を維持しつつも、行為支配の概念を媒介として実行行為概念を規範的・実質的に理解することにより、共謀共同正犯を正当化すると同時に限定しようとする立場である。この立場に属するのは、平場「刑法総論講義」155頁以下、藤木「前掲書」334頁以下、同「共謀共同正犯の正犯性」法学教室第2期8号55頁、団藤「刑法綱要総論(改訂版)」347頁、大塚「犯罪論の基本問題」(198

- 2年) 340頁、同「共同正犯の本質」法学教室109号33頁以下参照。
- 23) 本判例の評釈として、竹内正「共同実行の意思が認められないとして強盗殺人の未遂の共同正犯の成立が否定され幫助犯が認められた事例」判例時報1167号204頁以下がある。
- 24) 藤木「前掲書」362頁以下、特に、367頁参照。
- 25) 形式説の立場にたつものとして、滝川「犯罪論序説」(1947年)228頁以下、佐伯千仞「刑法講義(総論)」(1968年)350頁以下、吉川経夫「改訂刑法総論」(1972年)252頁以下、香川達夫「刑法講義(総論)」(1987年)343頁以下、曾根威彦「刑法総論」(1987年)282頁以下、中山研一「刑法概説Ⅰ」(1989年)254頁以下参照。
- 26) 大審院判例において、「見張行為の正犯性」については、「強盗実行現場における見張りは、実行にほかならない」とした明治28年12月19日(刑録1・89)をはじめ、同29年12月17日には「放火罪を犯すに当たり火を放つ者と其発覚を防ぎ若くは逃亡に便するため見張を為す者とは両者相俟て犯罪を遂行するものにして共に正犯なりとす」と判示した(刑録2・56)。さらに、同42年6月8日には、強盗殺人の見張りにつき「強盗を為さんことを共謀し其実行の場所に於て見張を為したる者は他の共犯者が為したる殺人の行為に付ても亦実行正犯として其責任を負うべきものとす」と判示し(刑録15・728)、大正時代においても見張行為を正犯とする判例がある(大判大5・11・17刑録22・1791、大判大11・10・27刑集1・593)。なお、学説上、見張行為をどのように捉えるかについて、見張行為の正犯性を積極的に肯認されるのに、草野、斎藤、下村の諸博士をあげることができる。これは共同意思主体説を基礎とするからであろう(下村「共謀共同正犯と共犯理論」119頁以下参照)。
- 27) 『集団による犯罪』から『集団における犯罪』への発想の転換を強調されるのに、江藤孝教授をあげることができる(江藤孝「騒擾罪の問題点」法学教室第二期7号134頁以下、同「騒擾罪における『共同意思』—共同意思否定論の試み—」判例タイムズ275号16頁以下参照)。

II 正犯と共犯の区別について

1. 学説の現状

(1) 形式的実行共同正犯論

形式的実行共同正犯論(以下、形式説と略称する)は、共同正犯の成立如何に関し、すでに述べたように、正犯の基準として、構成要件該当行為、すなわち刑法 43 条にいう実行行為の一部分担を必要とする見解である。団藤博士の「正犯とは、実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者である。共同正犯は、数人が実行行為を共同して行うばあいにほかならない。だから、それは、やはり正犯である。これに対して、教唆犯および幫助犯は、実行行為そのものを行うものではなく、それ以外の行為をもって実行行為に加功するものである。教唆犯と幫助犯だけが狭義で共犯と呼ばれるのは、この理由による。狭義の共犯は、かように、基本的構成要件の実行行為そのものを行うものではなく、それ以外の行為をもって、これに加功するものである。」という態度²⁾がその典型例である。この立場にたてば、厳格な実行行為概念を基準とすることにより、共同正犯、教唆犯、幫助犯の区別が客観的に明確になるという長所をもつ。更に、実質的な観点にたっても、共犯の処罰根拠を法益侵害という結果との因果性に求める立場からは、実行行為すなわち結果発生 of 具体的危険を有する行為の分担者を共同「正犯」として重く処罰するという意味で妥当な見解であると考えられる。判例もかかる表現を用いているものもある。例えば、[159] 自衛隊朝霧駐屯地自衛官強殺事件第一審判決では、「被告人 Y の前記所為は、実行行為以外の行為をもって正犯の実行行為を容易ならしめる意思をもって正犯の実行行為を幫助した行為である」(浦和地判昭 50・1・29 判時 795・112)と判示した最近の下級審判例もある。さらに、なかには、「教唆犯、従犯は、自ら犯罪を実行するものではなく、他人の犯罪に加功する犯罪の一形式である。自ら犯罪を実行する者を正犯というのに対して、この正犯たるべき者を教唆して犯罪を実行させた者が教唆犯、正犯の犯罪の実行行為を幫助した者が従犯とされているわけである」(名古屋高判 36・11・27・判時 287・27)と明確に判示した

ものがある。

問題は、形式説は、その形式説の故に、現実の社会に生起する共働現象の複雑かつ多様性を無視し、共同正犯の当罰性を備える犯罪関与者を十分に捕捉しえないという点にある。とくに犯罪が多数人で行われる場合、背後にいて犯罪を指揮した者は、たとえ実行を担当しなくても犯罪の実現にとって重要な役割を果たしており、実行者と対等あるいはそれ以上の当罰性を有すると考えられる。いわゆる黒幕重罰の必要性は、形式説の論者も認めるところである²⁾。もっとも、教唆犯は、法規の上で「正犯に準ず」としているから、かかる批判はそれほど意味があるものではないとの反論もあろう。しかし、幫助犯については刑の必要的減軽が認められているから、犯罪の実現に重要な役割を果たした者を形式的な実行行為の分担が欠如するというだけの理由で幫助犯とするには疑問がある。逆に形式上実行行為の分担があれば、その分担行為が機械的なものであるいは命令によるものであっても正犯として処罰されることになる。共犯処罰の具体的妥当性という点で疑問が残る。小野博士でさえ、「全体的観察」という観点から「実行に欠くべからざる行為」をも実行行為に包摂し、その結果、犯罪の見張りについても共同正犯を肯定されるに至った³⁾のは、かかる点を考慮されたが故にである。

これに対して、曾根教授は共謀共同正犯肯認に関し「実行行為概念が刑法学において果している人権保障的機能」から形式説を維持すべしと主張されている⁴⁾。これを批判して、西田教授は「共謀共同正犯を認めるか否かは、実行を担当しない関与者が、およそ共犯として可罰的であるかという限界設定の問題ではなく、共犯としての可罰性を前提としたうえで、これをどう処罰するかという共犯形式の区別の問題にすぎない。だとすれば、そこでは、区別の明確性よりも、処罰の具体的妥当性を優先させることも許されるといえよう」と明言される⁵⁾。

(2) 共同意思主体説

共同意思主体説とは、二人以上の異心別体である個人が、一定の犯罪を行うという共同目的のもとに、同心一体の共同意思主体を形成すれば、その構成員

の一部による実行は、共同意思主体の行為として認識され「その結果として、直接に、実行行為を分担した共謀者の行為は、直ちに、以って、実行行為を分担しない他の共謀者の行為そのものとなる」が故に、構成員全員が共同正犯となるという見解である⁹⁾。この立場から共謀共同正犯を肯定すると、共謀関与者は全て共同正犯と解することになる。その理由は「いやしくも共同意思主体において犯罪の実行が認められる以上その構成員全員に共同正犯の成立があるべく、その間現実に犯罪を実行した者と共謀のみにとどまった者とを区別する必要はない」¹⁰⁾からである。この見解に対して、再三指摘されているように、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⁾。次の批判は、この立場は共謀への関与をもって一律に共同正犯を認めることになるということである。しかし、現在主張されている共同意思主体説は、共同意思主体の構成員のなかで犯罪実現に対し重要な役割を果たしたか否かにより共同正犯と従犯を区別するというものである⁹⁾。このようないわゆる修正された共同意思主体説に関し、「もはや共謀共同正犯を基礎づけるものではなく、単に共犯がなぜ他人の行為の結果についても責任を負うのかを説明する共犯の一般理論としての意味しかもないものというべきであろう」との批判がある¹⁰⁾。

(3) 実質的実行共同正犯論

実質的実行共同正犯論については、すでに述べたように、平場博士提唱のいわゆる「行為支配説」及びそれを発展させた藤木博士の「間接正犯類似の理論構成説」があげられる。さらに団藤博士の改説も見逃すことはできない。周知のとおり、博士は、最高裁昭和57年決定に付された意見のなかで、「正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である」との前提から、共同正犯の場合も「本人が共同者に実行行為をさせること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場合には、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」¹³⁾と述べておられる。更に、大塚博士は「一定の社会的関係において圧倒的優越的地位に立っていることによって、受命者の自由を奪って道具とする程度には至らないが、それに準じる心理的拘束を与える状況にある場合」には、共謀者も規範的観点においては共同実行の事実を示したものと評価しうるとして、これを優越支配共同正犯とされ、限定的にせよそれまでの厳格な否定説を緩和されたのも同一線上にある¹⁴⁾。

実質的実行共同正犯論は、意思の支配を媒介とした間接正犯の理論構成により、規範的見地より一定の共謀者を共同実行者のなかにとり込もうとする¹⁵⁾考え方を基礎とする。しかし、すでに周知のとおり、共謀者が真に実行者を支配しているのであれば、実行者は道具であって正犯ではなく、更に、共謀者は単独正犯であって共同正犯ではないというべきである¹⁶⁾。最後に、この立場からは、いわゆる支配型の共謀共同正犯は肯認できても、各関与者が対等の立場で犯罪実現に関与し、役割を分担する分担型の共謀共同正犯を基礎づけることは困難であるとの批判がある¹⁷⁾。

以上のような学説の現状に触れて、正犯と共犯の区別の基準は未だ定説をみていない。この点に関し、判例は、どのような態度を示しているであろうか。

2. 判例の態度（1） — 予備罪への従犯について

本件は、この名古屋高裁判決の上告審たる

[30] 「殺人予備罪の共同正犯にあたとされた事例」の最高裁判決(殺人予備被告事件(最決昭37・11・8刑集16・11・1522))である。

【判決要旨】 『殺人の目的を有する者から、これに使用する毒物の入手を依頼され、その用途を認識しながら、右毒物を入手して依頼者に手交した者は、右毒物による殺人が予備に終わった場合に、殺人予備罪の共同正犯としての責任を負うものと解すべきである。』と。

ところで、本件第一審の名古屋地方裁判所(昭36・4・28)は、次のように判示して『殺人予備罪の従犯』を認定した。曰く、

『被告人Kは従兄にあたるTから、同人がかねてから密通しているO女との

関係を続けるために、同女の夫O男を殺害したいとの意図を打ち明けられたうえ、その殺害の方法等について、相談をもちかけられていたが、Kから青酸カリの入手方の依頼を受けて、同人がO男を殺害するのに使用するものであることを知りながら、これを承諾して、T方においてビニールに包んだ青酸ソーダ約38グラムをTに手交し、もって、TのO男に対する殺人予備行為を容易ならしめてこれを幫助したものである。』と。

※ 本件を殺人予備幫助と認定した理由— 予備罪は、刑法においては、殺人罪のほか、内乱、外患、私戦、放火、強盗など特定の重大な犯罪について、これを罰する規定が設けられている。それは、この種の犯罪においては、国家的社会的な危険性が極めて大であることから、これを企図しては、事前の準備行為をする者は、それ自体刑罰をもって処断するに足る反社会的性格を備えているものとも思われ、更には、前記のような重大な犯罪を未然に防止しようとする刑事政策的な考慮もあると考えられる。かような予備罪は、教唆犯或いは従犯のように、正犯者のために加功するものと異なり、自己の犯罪の目的のため犯意を実現する行為であって、換言すれば、いわゆる基本的構成要件の実現を目的とする犯罪意思行為であるといえるから、予備罪の成立には、行為者において、基本的犯罪類型の充足を目的とする意思が必要であって、これを殺人予備について言えば、行為者が、自ら殺人の意図をもって、その準備行為をすることが必要と考えられる。そこで、本件についてみると、… 被告人の行為は殺人予備の幫助に該当すると解するのを相当とする。こう考えると、犯罪の予備は、「実行行為に着手する」以前の行為であるから、刑法61条の教唆犯は、人を教唆して「犯罪を実行せしめた」者とすることからして、同法62条の従犯もこれに従い解釈されていることから、実行行為以前の行為である予備には、刑法第一編総則の共犯規定の適用がないのではないかとの文理解釈からの反論があり、又、刑法79条が予備の幫助について、特に規定しているのは、他の予備罪には、刑法総則の幫助の適用がないのではないかとの疑問も生ずるが、刑法第一編の共犯規定は、特別の規定がない限り、刑法各本条に規定する犯罪構成要件に該当する事実を実現することと解されているが、予備罪も基本

的な構成要件の修正形式ではあるが、一個の構成要件をなしているものであるから、これを充足する行為は、実行行為であると考えられ、又、後者の疑問に対しては、刑法79条は、内乱罪の組織的集団犯の特質から、その刑について特に加重して規定したものにすぎないもので、他に予備の幫助を罰しない趣旨ではないと言っているので、予備罪について、従犯の成立を否定する理由もないから、前述のとおり主たる訴因を排斥し、本件を殺人予備の幫助と認定したものである。

これに対し、本件控訴審の名古屋高等裁判所(昭36・11・27)は、第一審判決を破棄し、『殺人予備罪の共同正犯にあたる』として、次のように判示した。

その前に、第一審判決に対する控訴趣意は、「従犯は、正犯の実行行為を幫助した場合に成立することは、刑法62条の明文の示すとおりである。然るに、「実行行為の予備」はありうるが、「予備の実行行為」というが如きは、刑法上の概念として考えることはできない。(「予備の実行行為」というが如きものを想定するとすれば、更に、「予備の未遂」というものも考え得べく、これは概念の矛盾である)従って、予備の実行行為が想定できないものである以上、予備の実行行為の幫助ということも、とうてい存在し得ないはずである、と主張した。

控訴審、曰く、

『いま構成要件を充足する行為を実行行為というのであれば、予備罪が独立して処罰される場合の、いわゆる修正された構成要件を充足する行為も又実行行為とよぶことが許されるのである。(この意味で実行行為の概念も關係的、機能的な概念である、といわれる。)]』と。更につづけて、『従って、刑法総則の規定の適用において予備罪の実行行為というが如きものは観念できないという論旨は採るを得ない』と判示した。

控訴審判決を検討してみると、次のような諸点が顕著になる。

- (1) 犯罪の予備行為というものは、実行行為に着手する以前の、犯罪の準備行為を含めて、犯罪への発展段階にあるすべての行為を指称するものであり、基本的犯罪構成要件の場合の如く、特に、それが定型的行為として限定さ

れていないところに特色がある。従って、予備罪の実行行為は無定型、無限定な行為であり、その態様も複雑、雑多であるから、たとえ、国家的、社会的にその危険性が極めて高い犯罪であっても、その予備罪を処罰することになれば、その処罰の範囲が著しく拡張され、社会的には殆ど無視しても差支えない行為、延いては又言論活動の多くのものまでが予備罪として処罰される虞れもないわけではない。

(2) 従犯の行為も又同様無限定、無定型である。従って、もし予備罪の従犯（正犯が予備罪に終わった場合の従犯）をも処罰するものとすれば、その従犯として処罰される場合が、前の予備罪の正犯の場合にもまして著しく拡張される危険のあることは極めて明かである。

(1), (2) の結論として、『わが刑法は、予備罪の従犯を処罰するのは、特に明文の規定がある場合にこれを制限し、その旨の明文の規定のない場合は、一般にこれを不処罰にしたものと解すべきである。すなわち、総則規定としての刑法 62 条の規定は、予備罪が独立に処罰される場合においても、当然にその適用があるものではない』という。

ところで、第一審判決は、正犯・従犯の区別を次のように判示した。曰く、
『予備罪は、教唆犯或いは従犯のように、正犯者のために加功するものと異なり、自己の犯罪の目的のため犯意を実現する行為であって、換言すれば、いわゆる基本的構成要件の実現を目的とする犯罪意思行為であるといえるから、予備罪の成立には、行為者において、基本的犯罪類型の充足を目的とする意思が必要であって、これを殺人予備について言えば、行為者が、自ら殺人の意図をもって、その準備行為をすることが必要と考えられる』と。

すなわち、特に、犯人の主観的意思の面を重視して、自ら自己の行為として殺人罪＝本件ではOに対する殺害行為＝を実行する意思であったか、それとも他人の殺人罪に加功する意思＝本件ではKが右Oを殺害する行為に加功する意思＝であったかにより、両者の区別を求めている。

これに対して、控訴審判決は、「正犯と従犯とを区別するのに、このように単に犯人の主観的側面、すなわち、行為者の意思の面だけを基準とすることは

相当ではない」として、次のようにいう。曰く、

『犯罪が、犯意の遂行過程としての外部に表現された行為を基本とするものである限り、その外部に表現された行為としてのいわゆる構成要件的行為の形式を無視することは許されない。従って、正犯と従犯とを区別するについても、いわゆる主観、客観の複合体としての行為の性質、すなわち、行為者の意思とその外部に表現された行為の形式の双方を併せて考察し、これを区別の基準とするのが相当である。そして、このことは、犯罪の実行の着手に至る以前のすべての行為、そして実行行為を準備する行為を処罰する予備罪の場合についても同様である。その予備罪を組成する無限定の行為の中にも、正犯の実行行為を基本として考えれば、自らそこに主、従の差、軽重の別を設けることも可能である』と。

そして、控訴審判決は、刑法153条を例にあげて説明する。この点に関し、井上正治博士は、次のように述べて第一審判決を支持される。曰く、

『同条の本質は予備罪ではあるが、しかし他方とくに同条をおいたところから、同条違反の罪と予備罪とは必ずしも一致しない結果となっている。そこで、自ら偽造変造する者ではなくても、他人の実行を幫助するために準備しても、第153条の罪が成立する。その旨の判例もあった(大判大5年12月21日刑録22輯1925頁)。そしてまた、特別に本条が存在する以上、機械器具を購入するための資金を準備したにとどまるものは、元来予備的行為ではあっても、本来の構成要件を充足しないために処罰されない。こうした区別が生まれるところから、しかし直ちに、名古屋高裁のいうように、機械器具を用意するものが予備罪にあたり資金を提供したにすぎないものは幫助にとどまるとはいえない。結局、正犯と幫助を区別するばあいと違い、予備罪とその従犯とを区別するためには、主観的に区別するほかない(この限りでは予備行為の定型性は十分でないことは認めざるをえない)。そうなると、第一審判決のいうがごとく、Kの殺人予備行為を幫助したにすぎなかったのではないか。蓋し、被告人には殺人の意思はなく、単にKの殺人を幫助する意思があったにすぎないからである。』と¹⁶⁾。

なお、本件においては、第一審(殺人予備の従犯成立)及び控訴審(殺人予備の共同正犯成立)ともに被告人に対し懲役1年に処した。本件と類似した事例として、

[179] 「密出国企図罪(実質上予備にとどまるもの)の幫助は処罰されるか」に関する出入国管理令違反幫助関税法違反被告事件(大阪高判昭 38・1・22 高刑集 16・2・177, 判時 342・38, 判タ 146・69)と

[115] 「密出国企図罪の教唆・幫助罪の成否」に関する出入国管理令違反幫助等被告事件(東京高判昭 48・4・26 判タ 297・367)があり、いずれもその幫助罪を認めた。

まず最初に、大阪高裁判決を考えてみよう。

「密出国を企てた者に、その事情を知らながら、旅費を貸したりその身廻品を運ぶのを手伝ったりして、その密出国の企てに便宜を与えた者」に対し、第一審判決は、『「同被告人は、被告人Kと共謀のうえ、所轄神戸税関の許可を受けずに兵庫県美方郡浜坂町及び同県城崎郡城崎町付近から船舶により朝鮮に向けて貨物を密輸出しようとして、昭和35年9月末頃東京都より右浜坂町及び城崎町まで、その頃購入し又は所持していたミシン一台等の貨物合計255点を鉄道便により又は携帯して運搬し、かつその間右貨物を船舶に積み込むため連絡手配する等密輸出の予備をした。」との事実につき、被告人Gが自ら密輸出を企図したとの証拠は不十分で密輸出予備の共同正犯ではなく、単に被告人Kの密輸出予備の犯行を幫助したのに過ぎず、しかも密輸出予備の幫助については刑法62条の適用はなく他にこれを処罰する規定はないから』(下点線・筆者)との理由で被告人Gに対し無罪の言渡をした。

この第一審判決は、前記名古屋高裁判決とはほぼ同様の理由から、密出国企図(予備)罪の幫助は処罰できないとして無罪を言い渡したのである。

しかし、大阪高裁は、『従って、共同正犯と従犯とを区別するについては、一般に、犯人が自ら実行行為をしたかどうか、その区別の基準の一つとなることは明かである。しかしながら、この基準(実行行為分担の有無)による区別は、基本的構成要件の実行に着手した後の犯罪(既遂又は未遂)には疑いもなく

あてはまるが、右着手前の準備行為を捉えて一個の犯罪類型としたいいわゆる予備罪にまでこれを適用することは妥当ではない。…すなわち、予備罪において共同正犯と従犯との区別の基準となる「実行行為」とは、予備罪自体の構成要件上の行為ではなくて、その基本的構成要件上の行為である。予備罪の共同正犯とは、基本的構成要件の共同正犯たるべき者がたまたま実行の着手前に犯罪が発覚した等の理由により予備の段階にとどまったものに過ぎず、予備罪の従犯もまた同様に基本的構成要件についての従犯たるべき者がその正犯がたまたま予備にとどまったため自らも予備罪の従犯とされるに過ぎないのである。…従って、予備罪については結局犯人の意思によって共同正犯と従犯とを区別するのほかないことになるが、さきに述べた共同正犯と従犯との区別に関する一般的基準のうち実行正犯についてのものを予備罪に適用すると、犯人が自ら基本的構成要件上の行為を分担実行する意思をもってその予備行為をした以上、その者は予備罪の共同正犯となるが、自ら基本的構成要件上の行為を実行する意思はなく単に他人の行為を幫助する意思で予備行為をした者は予備罪の従犯となると解するのほかない』(下点線・筆者)との態度を明らかにした。

そして、本件についてこれをみるのに、『被告人Gは自ら右実行行為を分担実行する意思でその予備行為をしたことが明かであり、同被告人については密輸出予備の共同正犯が成立するものというべきである』とした。

更に、密出国予備の幫助につき刑法 62 条の適用があるかどうかを審究するのに、『予備罪についても共同正犯ないし正犯と従犯との区別が考えられることはさきに説示したところにより明かであるから、その従犯の行為(幫助)も、刑法64条の如き除外規定にあたらない以上、同法 62 条、63 条により処罰の対象となるものと解すべきはむしろ当然である。そして、この見解は、予備罪である通貨偽造罪(刑法 153 条)の幫助を認めこれに対して右 62 条、63 条を適用した大審院判例(昭和 4 年 2 月 19 日宣告、同院刑事判例集 8 巻 84 頁)の趣旨にもそうものである。従って、刑法 64 条の除外規定の適用のないことの明かな本件密出国予備の幫助をした者も同法 62 条にいわゆる従犯として同法 63 条により法律上の減輕のされた刑の範囲内で処罰を免れないのであって、これと反

対の見解を採り密出国予備の幫助につき同法62条の適用のないことを理由に被告人Gに対して無罪の言渡をした原判決には所論の如き法令の解釈適用上の誤りがある』と判示した。

本件大阪高裁判決は、前記名古屋高裁判決の第一審判決に近い立場を鮮明にしている。

次に、東京高裁判決をみてみよう。曰く、

『出入国管理令はその第1条が宣明するとおり、本邦の出入国について公正な管理をすることを目的とするものであり、それが国家の秩序を保持する上に必須であることは論を俟たない。右目的よりすれば密出国の実行行為着手の前段階において規制することも公共の福祉に適うというべきである。密出国罪はその採られる手段によって犯行の態様が多样であり、これを企てる行為の定型も幅広いものとなるが、このことは他の予備罪の犯行についても同様であり、基本の罪の性質により程度の差があるに過ぎない。また密出国企図罪が密出国罪と法定刑を同じくし、他の予備罪の場合と異なることは所論のとおりであるが、企図罪と雖も、内心に企図を懷いたのみで処罰されるものではなく、具体的な外部行動からその企図を認定し得る段階に達したときに初めて処罰の対象となることはいうまでもない。そしてその場合密出国の目的に向かって次第に進展する一連の行動経過において密出国の実行行為に接した段階に在るとい得るから、処罰については密出国と同一法定刑の範囲内において具体的事案に応じた量刑に委ねる規制もあり得ることである。… 密出国企図罪は密出国罪に対しその予備的行為ではあるが、それとして構成要件を備えた独立の犯罪であるから、企図行為の実行着手ありと認められる場合、その教唆、幫助犯の規定の適用を否定する理由はない。所論は更に、教唆、幫助犯の規定は基本的構成要件的行為(実行行為)着手前の予備的行為(企図行為)が独立して処罰される場合であっても、予備罪の教唆幫助行為について特に処罰する規定がない以上、適用はないから原判決が密出国罪の教唆罪、幫助罪の成立を認めたことは法令の解釈適用を誤ったものであると主張する。しかし刑法61条、62条はいうまでもなく刑法総則規定であり、同法8条によれば、特に刑法総則規定の適

用を除外していない出入国管理令の規定する密出国企図罪に適用されるべきことはむしろ当然である。刑法自身が64条により適用を除外する場合に当たらない本件において原判決が密出国企図罪の教唆罪、幫助罪の成立を認めたことに、法令の解釈適用を誤った違法はなく、所論は理由がない』(下点線・筆者)と判示した。

以上のように、判例はいわゆる「予備罪の従犯」を積極的に認める傾向にある。予備罪が独立の犯罪として規定されている限り、従犯の成立を否定すべきだとは思わない。学説が形式的実行共同正犯論の立場にたって構成要件的行為＝実行行為と解する限り、予備罪の従犯は認め難いであろう。その点、名古屋高裁は、「実行行為の概念も關係的、機能的な概念である」と認めている。最近の判例の傾向も『關係的、機能的な概念としての実行行為概念』に基礎をおいているものと考えられる。例えば、前記長崎地裁佐世保支部判決を検討してみると、このような趣旨に理解できる。

先ほども触れたように、なる程、形式的実行正犯論は、実行行為概念を厳格に基準づけることにより、共同正犯、教唆犯、幫助犯の区別を客観的に明確化し、更に、実質的観点からみて、共犯の処罰根拠を法益侵害という結果との因果性に求める立場から、実行行為すなわち結果発生 of 具体的危険を有する行為の分担者を共同「正犯」として重く処罰するという意味で妥当とも考えられる。しかし、多数人が犯罪に関与する場合の具体的中身を形式論的に考えざるを得ないという結論になる。すなわち、判例がなぜに「共謀共同正犯論」を採らざるを得なかったのか、説明することはできない。せいぜい「共謀共同正犯」否定論を展開するの外ないことになる。形式的実行共同正犯論の「構成要件的行為＝実行行為を行うものが正犯、実行行為以外の行為でもって加功するのが共犯」という命題は維持し得るであろうか。

3. 判例の態度(2) — 「実行行為を行う従犯」に関する判例分析

— 中森教授の「実行行為を行う従犯」に関する判例分析について¹⁷⁾

(1) 判例分析・検討

「実行行為を行う従犯」という論文が京都大学の中森教授によって発表されている(判例タイムズ 560 号 67 頁以下参照)。この論文の結語で「正犯意思の有無が最終的な判断基準とされていることには危惧があるというべきであろう。正犯意思については、何よりもまず、その内容・それ自体の判断基準が明かではないという欠陥がある。それは、あらゆる当罰性の考慮をそこに持ち込むことができる点で、実際の処理に便利な概念ではあるが、他方で、正犯性判断の明確性・予測可能性を失わせるものである」と主張されている。そこで中森教授が取り上げられている判例を辿ってみよう。

[45] 「贈賄の相手方たる警察署長の職務権限に関する判示の要否」に関する

贈賄幫助贈賄被告事件(最判昭 24・12・6 刑集 3・12・1884)について

【判決要旨】 『贈賄の相手方を単に警察署長と判示するだけで、その職務権限の内容をさらに具体的に説示しなくとも、贈賄罪の判示として欠くる所はない』と。

事案は、次のようなものであった。

町の公安委員である被告人は、Tらが食糧管理法違反事件につき寛大な処分を受けたい趣旨で寄附金名下に現金2万円を警察署長に贈ろうとした際、情を知ってこの金員を受け取り、警察署で署長に対し交付の申込みをしたというものである。

原審の東京高裁は、『被告人SはOを介して被告人Tから前記贈賄の趣旨を了知して金2万円を受取り同被告人等の為その頃前記警察署に於て署長Xに対し寄附金名義で暗に前記趣旨の下に右金2万円を提供し以て被告人Tの賄賂提供を幫助したものである』と判示した。

最高裁は、『本件公訴事実は被告人Sが金二万円を収賄したというのであるのに、原判決が被告人は金二万円につき贈賄の幫助をしたと判決したのは、審判の請求を受けなかった事件につき審判した違法の判決である、と非難する。しかしながら、所論の公訴事実と原判決の認定事実とは範囲を異にせず、すなわち被告人T兩人が警察署長に贈賄せんとしたその橋渡しが被告人Sだったという事実は全然同一なのであるが、Sが公安委員であるため、これを警察がわな

る贈賄の相手方と見ての起訴だったところ、取調の結果Sが賄賂者がわの幫助者であることが判明した次第であって、原判決に公訴の範囲に属しない事実を認定した違法があるとはいい得ず、論旨は理由がない』と判示した。しかし、贈賄正犯を否定する理由は明かでない。ただ(1)「被告人Sが被告人T兩名からOを介し警察への寄附金名義で警察署長Xに贈賄するために金2万円を受取りその旨を右署長に傳達した事実を認定するに足る」とし、更に、(2)『原判決は被告人Sが賄賂を提供したと判示したが被告人のどういう行為を以て提供と判断したか』について、『「提供」とは、利益を現実収受し得べき状態に置く場合に限らず、口頭を以て相手方に対し賄賂の収受をうながす意思を表示する場合を含む、と解釈されていたのであって、その意味で現行法文の「申込」は口頭提供に当り、原判決が「提供」と言ったのは被告人が賄賂の申込をしたのを指すことは明白であり』と述べた。

この(1)、(2)の事実について、(2)だけを考えると、贈賄正犯とも考えられるが、(1)の事実を考えると、「被告人Sは…受取りその旨を右署長に傳達した」と認定していることから、贈賄幫助と判断したと考えられる。すなわちいわゆる「他人の犯罪」に加担したにすぎないということであろう。

〔69〕「覚醒剤取締法にいわゆる所持にあたらぬ一事例」に関する覚醒剤取

締法違反被告事件(福岡高判昭27・6・11判特19・100)について、

福岡高裁は、次のようにいう。曰く、

『覚醒剤所持者から、その所持にかかる覚醒剤の携行を依頼されたものが、自らこれを支配する意思なくして、その依頼に応じその依頼者に随伴してこれを携行した所為は覚醒剤取締法第14条第1項第41条第1項第2号所定の所持罪を構成することなく、同罪の幫助罪を構成するものである。』ただし、物の所持とは人が物を実力的に支配する状態を指称するものであるから、物を実力的に支配している者からこれが携行を依頼されてこれに随伴してその物を携行する場合、その物に対する実力的支配は依然としてその依頼者に存し、依頼を受けたものにおいてこれを自ら支配する意思がない限り、その物に対する実力的支配関係を設定するものでなく、単に依頼者にその物に対する実力的支配を容

易ならしめているに過ぎないからである』(下点線・筆者) と。

本件について、中森教授は『この判決は、「自ら支配する意思」の有無という主観的事情に重点をおいたものではあるが、結局、被告人には所持という実行行為がないとしたことになる』とされる。なる程判文をよく読んでみると、『「自ら支配する意思」なくくして』という文言がある点を考えれば、そういえずなくもない。しかし、「その依頼に応じその依頼者に随伴してこれを携行した所為」及び「物の所持とは人が物を実力的に支配する状態を指称するものであるから、物を実力的に支配している者からこれが携行を依頼されてこれに随伴してその物を携行する場合、その物に対する実力的支配は依然としてその依頼者に存し」としている点から考察すれば、「所持正犯」はあくまで依頼者に存し、被告人は「単に依頼者のその物に対する実力的支配を容易ならしめている」という意味で、所持罪の幫助罪を認定したものといえる。

なお、本判決に対して、「完全な構成要件該当行為があり故意もあるから、「判例通説の正犯概念に従えば、正犯の成立がある」との批判がある¹⁰⁾。これに対して、中森教授は、『しかし、福岡高判の立場は構成要件解釈として十分成り立ちうるとされるし、「判例通説の正犯概念」とは何を指すのかも明かではない』と述べられる。

[70] 「共同正犯と従犯との区別」に関する食糧管理法違反被告事件(名古屋高判昭 27・12・10 判特 30・21)についてはどうであろうか。

事案は、次のとおり。

麦の闇売買にかかわる食糧管理法違反事件について、社長から買受代金等を託されて先方に赴き、生産者から代金と引き換えに麦類を受取り、社長の指定した場所に運搬した農産物取扱ひ会社の自動車運転手を闇売買の補助者とした。

名古屋高裁、曰く、

『各売買につき被告人の演じた役割は相被告人N(社長)の企図実現上相当重要ではあるが前記証拠其他裁判所で取調べた各証拠を精査してみても被告人が此等売買につき運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ないから此等の被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審

相被告人Nの指示命令の儘に為されたものと見るの外なく、従って此の分の売買につき被告人は勿論所謂闇売買の幫助者としての責任は免れないところであるが結局被告人に共同正犯の要件である他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思があったとの証明はないものといはねばならぬ』（下点線・筆者）と。

本判決について、中森教授は「被告人を幫助とする意思が、最終的には、自己の犯意を実現する意思の欠如という主観的な点に求められている。しかしこの事件では、別に斡旋者があり、その者が生産者との間で買入れの話をまとめてNに連絡し、それに基づいて被告人が前記の行動をしたものであり、被告人を売買の一当事者とみることはできないというべき事情にあったと思われる。そうだとすれば、被告人には、結局、実行行為がなかったということになる」（下点線・筆者）とされている。

しかし、被告人は「社長から買受代金等を託されて先方に赴き、生産者から代金と引き換えに麦類を受取り、社長の指定した場所に運搬した」という事実は存在するのである。しかも被告人は「原審相被告人K方へ生産者よりの其の買入斡旋方依頼に赴いた際右Nの言葉に従って情を知り乍ら之と同行し」とある。従って、被告人の行為を「実行行為」であると解すべきである。だからこそ、名古屋高裁は、『被告人の演じた役割は相被告人N（社長）の企図実現上相当重要ではある』と認定したのである。ただこれを幫助犯と認定したのは、被告人の関与態様につき次のように認めたからである。

- (1) 売買につき運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ない。
- (2) 被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人Nの指示命令の儘に為されたもの。

従って、中森教授のように「被告人を幫助とする意思が、最終的には、自己の犯意を実現する意思の欠如という主観的な点に求められている」としても、判例は、被告人の具体的な行動内容に立ち入って、また原審相被告人Nとの関係等を吟味して、被告人には「自己の意思を実現する意思がなかった」から幫

助犯としたと考えるべきであろう。すなわち、幫助犯としたのが最終的に主観的な点に求めたとしても、それは「自己の犯罪を実現する意思の欠如」を確認的表現として用いたと考えるべきである。

[71] 『窃盗共犯の起訴事実認められないが窃盗幫助が認定できる場合直ちに起訴事実の証明なしとして無罪の言渡をすることの可否』に関する窃盗被告事件(東京高判昭 28・7・8判特39・9)について、

東京高裁は、

『被告人が、東京都所有の地下ケーブル線約十米を掘り出し窃取する際、その情を知りながら、同人等の依頼によりこれを巻き取ることを手伝い、以て同人等の窃盗行為を容易ならしめてこれを幫助した事実は優にこれを認め得るところである。しかるに原審が単に公訴事実として起訴状に記載された窃盗の事実はその証明なきものとして被告人に対し無罪の言渡しをしたのは事実の認定を誤ったものであり右の誤りは判決に影響を及ぼすこと勿論であるから本件控訴は結局理由あるに帰し、原判決は破棄を免れない』と判示した。

本件について、なる程中森教授のように「ただしこの判決は、共謀して窃取した事実は確認し得ないが、右の点で幫助した事実は優に認め得る、と述べているだけであって、それ以上の具体的に理由は不明である」と評価することもできる。しかし、判文をよく読むと「窃取する際、その情を知りながら、同人等の依頼によりこれを巻き取ることを手伝い」という文言がある。すなわち、東京高裁は、『同人等の依頼によりこれを巻き取ることを手伝い』という表現を用いて、被告人の幫助犯たる性質を認定したと考えられないだろうか。

[75] 「他人が製造した覚醒剤注射液を空アンプルに注入する行為は製造罪の正犯か従犯か」に関する覚醒剤取締法違反被告事件(福岡高判昭 30・5・28裁特 2・12・577)について、

事案は、次のようなものであった。

覚醒剤注射液入りアンプル多数の製造にあたって、Aが注射液そのものの製造と注射液の入ったアンプルの口の封緘を行い、被告人がAの依頼によって注射液を空アンプルに注入した事案について、被告人を覚醒剤製造の従犯としたも

のである。

これに対して、福岡高裁は、

『Aは覚醒剤注射液 4cc 入アンプル 1,410 本、2cc 入アンプル 150 本を製造したものであるが、その製造に当り Y は注射液そのものの製造と注射液のはいったアンプルの口を封緘する仕事をし、被告人は Y からたのまれて既に Y が製造した注射液を空アンプルに注入する仕事だけに従事したことが認められるから原判示に被告人が注射液をアンプルに詰めるとあるのは被告人の右所為を指しているものと云わねばならない。而して被告人がしたような既に製品となっている覚醒剤注射液をアンプルにうつし入れるだけの所為はそのアンプル入注射液の製造とは云えない。ただ通常の場合には覚醒剤製造の未遂罪を構成することになるだけである。引用の判例は覚醒剤取締法にいわゆる製造には製品を小分して容器に納め封緘を施し、覚醒剤の施用機関又は研究者に譲渡するに適する状態に製作する場合をも含むというのであるから本件に適切でない。原判決が判示事実に対し覚醒剤製造の従犯として処断したのは相当であって原判決には所論の違法なきを以って論旨は理由がない』（下点線・筆者）と判示した。

本判決に関して、製品を小分けして容器に収め、封緘を施して譲渡に適する状態に製作する場合も製造にあたるとする最高一小決昭 28・10・22（刑集 7 巻 10 号 1952 頁）は本件に適切でないとしたが、「小分けが製造の一態様である以上、共同正犯とするほうが論理的だ」という見解もある¹⁰⁾。しかし、中森教授は「この判決は、被告人の行為を実行行為でないとしたことになる。ただ、本判決は他方で、アンプルへの注入が通常未遂を構成するとしているので、その理由づけの一貫性は疑わしい」と述べられる。

判文を詳細に検討してみると、(1)被告人は Y からたのまれて既に Y が製造した注射液を空アンプルに注入する仕事だけに従事した、(2)被告人がしたような既に製品となっている覚醒剤注射液をアンプルにうつし入れるだけの所為はそのアンプル入注射液の製造とは云えない、としている点である。その前提をなすのは、「その製造に当り Y は注射液そのものの製造と注射液のはいったアンプルの口を封緘する仕事をし」たのであって、被告人は、『既に Y が製造

した注射液」を空アンプルに注入する仕事だけに従事し』たものである。ここでは、なる程中森教授主張のように製造＝実行行為をなしていないこと明白である。しかし、「被告人はYからたのまれて既にYが製造した注射液を空アンプルに注入する仕事だけに従事した」ことをもって従犯と認定したものと考えられる。

[124] 「俗に『上下』と称する骨子賭博における胴元一方の役による利得は賭博場開設と対価関係を有するか、右『上下』賭博において『札付け』または『壺振り』の代役をなした者の責任」に関する賭博開帳図利(予備的訴因賭博)被告事件(静岡簡判昭 35・11・7 下刑集 2・11 = 12・1434)について、

事案は次のようなものであった。

乙は甲が骨子、壺等を用い約 50 回に亘り金銭を賭して俗に「上下(ウエシタ)」と称する賭博を為すに際し、その情を知りながら賭金の配分等を行ういわゆる「札付け」の役をなし或いは甲に代わって「壺振り」を行い、甲の犯行を容易ならしめてこれを幫助したものである。

これに対して、静岡簡裁は次のように判示した。曰く、

『被告人乙は同甲に頼まれ、日当を貰う約束で同被告人の開設した賭場においてさきに判示したようないわゆる「札付け」をしたり、同被告人に差支えのあるとき臨時に壺振りを代行したものに過ぎず、賭金(胴金)の出資、配分には関係しなかったものと認められるから、結局被告人乙は同甲が判示賭博をなすに際しその犯行を容易ならしめたに止まるのであって、被告人甲の従犯と認めるのが相当である』と。

中森教授によれば、本判決に関し「その趣旨が、賭博罪は財産的利益の得喪を争う点が中核であり、被告人にはこの要件が欠けるというのであれば、この判決は、構成要件的行為の実質的解釈によったものということになる」ということになる。

本判決は、本位的訴因たる賭博開帳図利について、「被告人らはその開設にかかる賭場において自ら胴元として賭博に参加し、賭客との間に勝負を争い、

且つ、勝負の結果が概して自己の有利となるような揃目、分れ目等の役を設けて競技を行い、賭博に勝を占めることによって判示利益を取得したものに外ならない。しかしその「役」を設けた趣旨は主として胴潰れを防止し、勝負を永続化させる点にあるというべく、結果的に胴元がこれによって利益を得ることにはなるけれども右利得を以て賭場開設の対価たる性質を有するものということとはできないのである」と結論づけて、「被告人らがその開設にかかる賭場において賭客から賭場開設の対価として不法な財産的利得をしようとする意思を有していた事実はこれを認むべき証拠がない」と判示した。ここに被告人には賭博開帳図利罪の要件が欠けると主張したものである。そして、刑法 185 条の賭博罪を認定した。そして予備的訴因たる賭博幫助については、次の諸点をあげて賭博幫助罪を認定した。

- (1) 被告人乙は同甲に頼まれ、日当を貰う約束で同被告人の開設した賭場においてさきに判示したようないわゆる「札付け」をしたり、同被告人に差支えのあるとき臨時に壺振りを代行したものに過ぎず、
- (2) 賭金(胴金)の出資、配分には関係しなかった。

本件においても、被告人の従犯認定に関して、被告人自身の行動形式について用いている表現は「頼まれ」てとか、「代行したものに過ぎず」という事実である。

[140] 「消極的身分者が、非身分者と共同して違反行為をしたとの起訴につき、身分者に対しては、共同正犯ではなく従犯を認めた事例」関する道路交通法違反被告事件(墨田簡判昭 43・6・4 判タ 225・182)について、事案は、次のようなものであった。

自動車運転免許を受けているK男が、無免許であるT女の依頼を受け、T女に運転席を譲ってハンドル操作をさせ、自らは助手席からアクセル、クラッチ、ブレーキなどの操作をして約 200 メートル走行させた事案について、T男を無免許運転の幫助としたものである。

これに対して、墨田簡裁は、次のように判示した。曰く、

『被告人K男の取得している運転免許は、道路交通法の免許に関する諸規

定からみて、同人自らが自動車を運転できる免許で他人をして自動車を運転させる権限までは含まれておらず、被告人が運転することはもとより自由であるけれども、他人に運転行為を許すことは免許権の犯意を逸脱した違法のものといわざるを得ない。すなわち、被告人K男は、同T子から運転を教えとくれと頼まれても、同人が無免許者であることを知っているのであるから、その申出を当然拒絶すべきであるのにこれを為さず、安易に運転席をゆずり、たとえ走行距離 200 メートルとはいえ、被告人T子にハンドルを操作させて運転を許したことは正犯の実行行為を容易ならしめたことに帰するから、本件のような場合、被告人K男に対し無免許運転幫助の罪責を認めるのが相当である』と。そして、被告人T女に対し罰金 15000 円、被告人K男に罰金 7500 円を科した。

検察官は、両名について、無免許運転の共同正犯として起訴したのであるが、本判決は、運転免許を受けている被告人Kに従犯を認めたものである。

いわゆる消極的身分(人的処罰阻却事由のある身分)を有する者が、その身分のない者の違反行為に加功した場合に、身分者について、非身分者の違反行為の教唆犯、従犯の成立があることについては、判例も認めるところである²⁰⁾。ところが、このような身分者が、非身分者の違反行為について、共同正犯となりうるかについては問題がある。大審院の判例は、消極的身分者につき共同正犯の成立を認める²¹⁾。しかし、このような身分者は、その身分の性質上、共同正犯にはなりえないとする見解がある²²⁾。

本判決について、中森教授は「X(本論文ではK)の行為が違法だとする点に判示の重点がおかれており、正犯性の否定理由が、Xは免許を有していた点にあるのか、他の実質的な点にあるのか明らかでない」とされる。本判決文を読む限り、被告人の正犯性については全くといっていい程考慮されていない。この点だけを捉えれば、いわゆる消極的身分に関して、小野判事のように、「身分の性質上、共同正犯にはなり得ない」という考えがあったのではないと思われる。だからこそ、墨田簡裁は「被告人K男は、同T子から運転を教えとくれと頼まれても、同人が無免許者であることを知っているの

であるから、その申出を当然拒絶すべきであるのにこれを為さず」という点を強調したのであろう。

〔88〕「収賄罪の共謀共同正犯の訴因につき幫助犯が認定された事例、右の場合訴因変更手続を要しないとされた事例」に関する収賄等被告事件（東高判昭50・2・4 東高時報26・2・19）について、

事案は、次のようなものであった。

収賄事件に関して、鉄道管理局の課長補佐Oが、着任後まもなく、課として支払うべき飲食代金等の未払分が70万円ほどあることを知り、そのことを課長Tに話したところ、後日、Tから、出入りの広告会社社員Yが金を持って来たら受け取っておくよう指示を受け、この現金供与の趣旨を認識しながら指示を了承し、Yが課事務室において係長Mに対しTに渡すようにって現金25万円を交付して領収証の作成交付を求めた際、Mから相談をうけて領収証の作成を承認し、Mをして金員を受領させた事実について、Oを収賄幫助としたものである。

本判決文は詳細になされているが、まず、『被告人Oが右の贈、収賄につきどのように関与しているか』について、検討作業を進める。

(1) 被告人Oが旅客課として支払うべき飲食代金の捻出に苦慮していて、そのことを課長であるTに話し、それが原因の一になって、TからYに金策の要請がなされたこと（以上の点をもって、被告人Oが収賄の教唆をしたものとみることはできない。Oは、Tに対し収賄行為をするように要請したわけではないからである）。

(2) 右Tの指示と被告人Oの了承とによって、両者間に収賄の共謀が成立したとみることはいささか当を得ないものというべきである。

(1)、(2)によって教唆犯、共同正犯の成立を否定した。特に、TとOの両名の間の収賄の共謀を否定した理由について、次のように述べる。

(3) Oが支払に苦慮していた飲食代金等のほとんどは、Oが着任する前にT課長やその他の関係者によってなされた飲食についてのものであって、Tがその支払について最も責任を負うべき立場にあり、

- (4) 総務課の30万円の件もTが総務課長から依頼されたものであるから、Tは、Oから依頼されたためではなく、旅客課長としての自己自身のためにYに金策の要請をし同人の承諾を得ていたものであり、Yとの従前からの関係からしても、自分が単独でYから金員を収受するつもりであったとみるのが相当である。
- (5) Oに指示することによって、Oを自己の手足のように利用する意思があったとしても、Oとの間に収賄の共同意思を形成し、同人と一体となって賄賂収受を実行しようとしたものであるとは容易に認め難い。
- (6) Oとしても、Tから指示を受けた際、Yが広告取扱業者であり広告発注のことなどで旅客課に出入りしている者であることは知っていた筈であるから、YからTに対しTの職務に対する不法な対価としての金員の交付がなされることは推知していたものというべきであるが、Tと共にYから賄賂を収受しようとの意思を生じ、Tとその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは決して考えられない → 単に、Tの収賄行為の手伝いを求められ、その了承をしたにすぎないものとみるべきである。

次に、「Oが領収証作成を承認してMに現金を受領させた行為」について

- (7) MとしてはOの右承認があったことによって領収証と引換えに25万円を受領することができた → 被告人Oは、右承認によってTの収賄を容易ならしめたということはできるが、収賄の実行行為そのものを担当したとみることはできない。

更に、OとTが共同意思のもとに25万円を収受したものとみるべきでない証拠として、次の点をあげている。

- (a) Mが右25万円を直ちにOに交付することをせず、Oもまたその交付を求めていること、
- (b) 3月上旬になってからMの後任甲がOに交付したこと、
- (c) Yにおいても、Oを25万円交付の相手方としては全く考えていなかったこと、

本判決について、中森教授は、「賄賂の利益の帰属を重視し、その点から、

Oについて、共謀および実行行為の両方の存在を否定したものであるということができよう」とされる。

なる程、判文をよく読むと、中森教授の指摘は理解できる。しかし、(6)の事実こそが東京高裁が被告人を収賄幫助に認定した最大の理由とも考えられる。特に、「Oとしても、Tから指示を受けた際、Yが広告取扱業者であり広告発注のことで旅客課に出入りしている者であることは知っていた筈であるから、YからTに対しTの職務に対する不法な対価としての金員の交付がなされることは推知していたものというべきであるが、Tと共にYから賄賂を収受しようとの意思を生じ、Tとその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは決して考えられない—単に、Tの収賄行為の手伝いを求められ、その了承をしたにすぎないものとみるべきである」という点が、被告人を従犯としたものと考ええる。

[163] 「覚醒剤譲渡の実行担当者につき、正犯意思を欠き、故意のある幫助的道具であるとされた事例」に関する競馬法、覚醒剤取締法各違反被告事件(横浜地川崎支判昭51・11・25判時842・127)について、

事案は、次のようなものであった

Mから覚醒剤の調達の依頼を受けた被告人が、Mの言い値でSと話をまとめ、Mと共に取引場所に赴いたところ、SはMと会うことを嫌い、覚醒剤を被告人に託して立ち去ったため、被告人がMに手渡し、Mからの代金支払についてSの指示に従ったうえ、Mから代金のほか車賃等として五万円を受け取り、後日Sに代金を渡したが、Sからは一円も貰わなかったという事案について、被告人を覚醒剤譲渡の幫助とした。

まず、本判決は、本位的訴因である「被告人が単独でSから覚醒剤50グラムを購入してMに売却したとは到底認めえないのであって、本位的訴因は採用の限りではなく、さりとて被告人がSと共謀してMに右覚醒剤を譲り渡したことを認むべき証拠は存しない」として検察官主張を斥けた。しかし、「被告人が覚醒剤50グラムをMに手渡した客観的事実は動かしえないものである」と認定し、次のように判示した。曰く、

『右所為における被告人は、覚醒剤譲渡の正犯意思を欠き、SのMに対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべく』、『これを正犯に間擬することはできない』と。そして、

『予備的訴因に関し、客観面において被告人の実行行為の分担的行為即ち構成要件的行為を認めながら、主観面において正犯意思を否定し正犯幫助意思を認めて幫助犯とした認定であって、構成要件該当行為以外の行為だけによる幫助犯認定の場合とは本質的に異なるもので予備的訴因範囲内の認定というに何の妨げもないから、更に訴因変更の手続は採る必要がないものである』と。

本判決について、中森教授は、「この判決は、実行行為を行った者も正犯意思をもたなければ正犯たりえない、とする主観説の立場を明言している点で注目を集めた。ただし、正犯意思とは何であり、この事件の場合なぜそれが認められないのかについては、本判決は何も述べていない」とされる²⁹⁾。

本件判決が認定した事実を分析してみよう。

- (1) 被告人は、Mから1グラム1万円の覚醒剤 50 グラムの世話を依頼されて S に連絡したこと、
- (2) 取引場所まで来た S が取引相手が快くない M であることを見聞了知して、被告人に覚醒剤を手渡したこと、
- (3) 被告人も本件覚醒剤の取引当事者は S と M であることを認識しながら、これを M に渡したこと、
- (4) M から 50 万円を受け取ると、そのままこれを S に渡し、同人から 1 円の分配も受けていないこと、

以上 (1) ～ (4) の事実をもって、被告人が自ら M に覚醒剤を引渡すことになったものであって、被告人が譲渡の単独正犯たり得ないとしたのであった。

しかし、「被告人が覚醒剤 50 グラムを M に手渡した客観的事実は動かしえないものであって」として『覚醒剤譲渡の実行行為性はこれを認めた』のである。この点に関し、「構成要件該当行為以外の行為だけによる幫助犯認定の場合とは本質的に異なるもの」と述べている。

本判決に対し、「主観説の立場を明言したもの」とする意見が寄せられていることは先に触れた。

そもそもわが国の刑法 60 条、61 条、62 条の共犯規定は、どのような意図で規定されているのであろうか。学説上主観説と客観説の対立があることは周知のとおりであるが、共犯規定を『多数関与犯』に対する対処規定と考えれば、共同正犯、教唆犯、幫助犯それぞれの定型的な類型というものが考えられていたのではないか。すなわち 60 条の共同正犯の「定型性」、61 条の教唆犯の「定型性」、62 条の幫助犯の「定型性」というように。それがいわゆる構成要件理論に基づいて「正犯とは構成要件的行為＝実行行為を行う者であり、共犯とは構成要件的行為以外の行為でもって加功する者である」という図式が樹立されたのではなかったか。

ところが、共謀共同正犯の理論や間接正犯の理論が出現してくるに至って、この図式が維持し得なくなってきたという事情が考えられるであろう。多数関与犯の事象において、どういう場合が正犯なのか、またどういう場合が共犯なのか、その限界を設定するのに困難な事象が出現してきたということであろう。すなわち非定型的な多数関与犯の現象が存在するということである。そこで判例は、学説上の主義主張に関係なく、正犯・共犯の限界設定を考慮しはじめていると考えるべきであろう。ここには刑事政策的な観点からの判例の苦心の跡を配慮すべきではないか。この点についての詳細は、ここでは未決定のままにしておこう。

[169] 「覚醒剤を他人に注射した事案について、使用罪の共同正犯ではなく、幫助犯にとどまるとされた事例」に関する強姦、覚醒剤取締法違反被告事件(大津地判昭 53・12・26 判時 924・145)について、

事案は、次のとおりであった。

I が覚醒剤の水溶液を自己の身体に注射しようとしたがうまく行かず、I の依頼で、傍らに居合わせた被告人 T が I に注射してやったという事案について、被告人 T を覚醒剤使用の幫助としたものである。

これに対して、大津地裁は、次のように判示した。曰く、

『覚醒剤取締法 19 条にいう覚醒剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解されるし、覚醒剤の水溶液を注射器で人の身体に注射することは、それ自体が覚醒剤の使用と目される場合もありえようが、前記認定の事実によれば、被告人は、I において自ら覚醒剤の水溶液を注射しようと試みる途中で、同人に頼まれるままその手で同人に注射してやったというもので、結局、同人の身体に注射したのは被告人自身であるけれども、しかし右所為における被告人は、自ら又は他人に覚醒剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚醒剤使用の正犯意思を欠き、I の覚醒剤使用行為を幫助する意思を有したにすぎないと認めざるをえないから、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認めるべく、これを正犯に間擬することとできないと解さなければならない』と。さらに、

『右認定は訴因に掲げられた構成要件該当行為以外の行為だけによる幫助犯認定の場合と異なるので、訴因の範囲内の認定といえるし、被告人の防禦を妨げないから訴因変更の手続は必要ないと解する』と。

本件判決によれば、覚醒剤使用の実行行為が被告人 T には認められると明言している。すなわち、「覚醒剤取締法 19 条にいう覚醒剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解される」と述べ、続いて「覚醒剤の水溶液を注射器で人の身体に注射することは、それ自体が覚醒剤の使用と目される場合もありえよう」といっているのである。

ところが、被告人のそのような行為は、「I において自ら覚醒剤の水溶液を注射しようと試みる途中で、同人に頼まれるままその手で同人に注射してやった」ものであると認定している。このような被告人の行為態様を判決は「自ら又は他人に覚醒剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚醒剤使用の正犯意思を欠き、I の覚醒剤使用行為を幫助する意思を有したにすぎないと認めざるをえないから、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認める」と表現したと理解することも可能である。

勿論、学説上の主義主張の立場からすれば、中森教授のごとく「㊟(前掲横浜地川崎支判昭 51・11・25 を指す)と同様の主観説の立場にあるものとみられる。そして、行為の「積極的意図」の欠如が正犯意思否定論の理由とされている点で、㊟よりも主観重視の方向で徹底しているともみることができる」ということになる。

他方、大津地裁は、「I との共謀共同正犯による覚醒剤の使用と解するのは相当でない」としている。この意味では、覚醒剤使用罪の実行行為ではないとも解釈できる。この点について、中森教授は、「使用罪自体はあくまで自己の体内への摂取を意味するから、被告人の行為は直接には使用罪の実行行為でなく、正犯となるためには積極的意図の存在を要する、と解したのではないかと推測させる。そうだとすれば、この判決には、独自の構成要件解釈が大きな役割を果たしていることになる」と述べられる。この点に関する中森教授の意見は認めることができる。

[76] 「先行行為が恐喝・傷害であるときの承継的共同正犯の成立範囲」に関する恐喝、障害及び覚醒剤取締法違反被告事件(横浜地判昭 56・7・17 判時 1011・142)について、

事案は、次のようなものであった。

先行行為者である A, B, C, D が Y に対して暴行・脅迫を加えて金員を要求し、後行行為者である E が、畏怖している Y から金員の交付を受ける行為を分担したときの後行行為者の刑責に関するものである。A ないし D については恐喝・傷害罪が成立し、右傷害の結果は恐喝の手段としての暴行の結果生じていることから、検察官は、後行行為者 E についても、介入前の行為を含めた全体の恐喝・傷害の行為について共同正犯としての責任を問い得るとして、恐喝・傷害罪で公判請求した。

これに対して、横浜地裁は、次のように判示した。曰く、

『本件は、暴行を加えて財物の交付を受けようとする恐喝罪の正犯が先行しているところ、被告人はその財物の交付を受ける行為のみを、情を知ってなした者であり、かつ、これを自らの犯罪遂行としてなしたのではなく、S, K に

指示され、それらの者のために加担したものであって、恐喝の正犯意思を有していたとまで認め難いから、恐喝の共同正犯の成立は認定できず、恐喝幫助の限度で認定することとした』と。

そこで判決文を詳細に検討してみよう。

まず、検察官は、次のような理由で「恐喝・傷害の共同正犯」とした。

理由 — 「本件においては、被告人自身は直接暴行行為に及んでいないとしても、被告人は暴行行為終了後とはいえない時期に現場に臨場し、Kが被害者Fに暴行を加えているのを眼のあたりにしながら、これを容認して、被害者の畏怖状態を認識しつつ金銭受交付行為に及んでいること、恐喝の手段としての暴行とそれにより生じた傷害の結果は、分離不可分な単一の社会的事実であること、牽連犯の場合と異なり、行為は一個であって傷害はその結果であり、強盗致傷と全く同様の関係にあるわけで、ただ反抗抑圧の程度の差によって一方は恐喝・傷害となり、もう一方は強盗致傷となるにすぎないこと、強盗致傷の場合は暴行行為終了後に加担した共犯者も被害者が反抗を抑圧された状態が続いている間に加担したのなら強盗致傷としての共同責任を負うべきであるとする結論が支配的であるところ、本件の如き恐喝・傷害の場合も、強盗致傷とパラレルに処理されるべきであって、両者とも行為はもともと一個であり、ただ反抗抑圧の程度の差異によって適用条文が異なるだけであって、行為の実態を重視すれば、これを区別すべき理由はなく、承継的共同正犯の理論上結論に差異をもうける必要もないから、本件被告人は恐喝の点はもちろん傷害の点についてもその責任を負うべきである」。

これに対し、横浜地裁は、前述のとおり結論するために、「承継的共同正犯と承継的従犯」に関する態度を、次のように判示した。曰く、

『いわゆる承継的共同正犯と承継的従犯とでは、いずれも先行行為者が特定の犯罪の実行に着手し、まだその全部を終了しないうちに、後行行為者がその事情を知りながらこれに介入し、先行行為者と意思を通じて、じごの行為をする点では同じであり、ただ後行行為者が行う行為が残りの実行行為を分担するものである場合が共同正犯、実行行為そのものを行うのではなくそれ以外の行

為をもって実行行為を容易にする場合が幫助犯とされるにすぎず、共同正犯か幫助犯かという差はあるにせよ、その責任の及ぶ犯罪の範囲については異なった取扱いをする実質的理由はないので、以下においては承継的共同正犯を基本として検討することにする。従来、承継的共同正犯の責任の及ぶ範囲については、問題となっている犯罪が単統一罪か、行為の分割可能な罪であるかどうかということが重要なきめてとされており、それによれば強盜致傷罪は結果的加重犯として単統一罪を構成するので分割不可能であり、後行行為者は先行行為者の行った強盜及び傷害の全部について共同正犯者としての責任を負うが、恐喝・傷害の各罪は科刑上一罪として実質上数罪であるから分割可能であり、暴行・傷害行為に加担していない後行行為者は恐喝についてのみ責任を負うとする結論が導かれよう。しかし、檢察官が指摘するように、強盜致傷と恐喝・傷害は、行為の実態を重視してこれを統一的にみるとき、両者は暴行の程度が反抗を抑圧するに足るほどの強力なものであったか否かが異なるだけであって、単に当該犯罪が一罪かどうかという理由だけで責任の及ぶ範囲に差異をもうけようとする考え方は説得力不十分と思料されるが、さればといって、後行行為者が先行行為による介入前の犯罪行為を認識して、じごなんらかの実行行為を分担した以上は、その認識した全範囲についての共同正犯の責任を負うと解すべきかどうかについてはさらに検討を要しよう。いうまでもなく共同正犯の成立には、共同実行の意思とその事実が必要であり(幫助犯にあっては、正犯を幫助する意思と正犯を幫助する行為)、承継的共同正犯において、じごに犯行に加担した者に、それ以前の先行行為者の行為についてまで責任を負担させることができる理由は、先行行為者の行為及び生じた結果・状態を単に認識・認容したというにとどまらず、これを自己の犯行の手段として積極的に利用すべく自己の犯罪行為の内容に取り入れて、残りの実行行為を他の共犯者と分担して行うことにあり、この場合の後行行為者の共同実行の意思の内容及び共同実行の事実、介入後の後行行為者の行為を通じて明確となるわけである。すなわち、後行行為者が先行行為者の行為なり、生じさせた結果・状態の拡大に寄与する行為を行うところに介入前後を通じての共同実行の意思とその事実を認

めることができるとともに、かかる寄与行為を行わないとすれば、後行行為者においてそれに相応する先行部分の共同実行の意思やその事実を有しないか、すくなくともこれらの存在は客観的には明確でなく、結局これらの存在を断定することはできない』と（下点線・筆者）。

以上の基本的態度に基づいて、本件について、次のように認定した。

- (1) 被告人については被害者Fに対し恐喝・傷害を加えることの事前の共謀の事実、及び被告人自身が被害者に対し暴行を加えた事実は、いずれも存在しない。
- (2) 本件は先行行為者が恐喝・傷害の実行に着手し、暴行行為のほとんど大部分、かつ、重要部分は終了していたものの、その全部が終了しないうちに、その事情を知りながら、自らは暴行を加えることなく金員受領行為についてのみ関与したというものである。
- (3) 被告人は被害者FがSらの先行行為により畏怖状態にあることを認識・認容して金員受領行為に加担しているので、これによって恐喝罪の実現に協力したと評価することができるが、傷害の結果を生じさせることやその拡大につながるような暴行等の寄与行為はなんらしていないから、傷害については共同実行の意思及びその事実の存在を認めることはできず。
- (4) 本件については恐喝罪の限度で承継的共犯の成立を認めることができるが、傷害についてはこれを認め得ない。

本件を検討するに、横浜地裁は、承継的共同正犯と承継的従犯の違いは、後行行為者が実行行為を行ったか否かにあるとし、実行行為そのものを行うのではなくそれ以外の行為をもって実行行為を容易にする場合が幫助犯であるとする。そうであれば、本件被告人を恐喝の幫助犯と認定しているのだから、被告人の行為は恐喝罪の実行行為ではなく、実行行為以外の行為とも解することができる。しかし、上記(3)の事実は、「恐喝罪の実現に協力した」といっているのである。しかも、(1) (2) (3)の事実は、横浜地裁の基本的態度たる「後行行為者が先行行為者の行為なり、生じさせた結果・状態の拡大に寄与する行為を行うところに介入前後を通じての共同実行の意思とその事実を認めることがで

きる」という態度とも一致するかの如き印象を呈している。それにもかかわらず、横浜地裁は、恐喝罪の限度で承継的共犯の成立を認定した。

これをどのように解すべきか。私の理解によれば、本件は非定型的な多数関与犯の現象である。被告人の行為はまさしく恐喝罪の分担された実行行為として捉えることができる。けだし、横浜地裁が、被告人を正犯としてではなく、従犯と認定した根拠は、この結論部分で判示しているように、「S,Kに指示され、それらの者のために加担した」という点にある。横浜地裁は、「指示され」て行為をなしたという点を強調したかったのではないか。

[185] 「共同実行の意思が認められないとして強盗殺人未遂の共同正犯の成立が否定され幫助犯が認められた事例」に関する強盗殺人未遂被告事件（福岡地判昭 59・8・30 判時 1152・182）について、
事案は、次のとおり。

被告人は、知人Aに誘われ名古屋から福岡へ赴き、福岡到着後直ちに暴力団関係者B～Dに紹介され、以後A～Dが覚醒剤取引名下に対立抗争の関係にあったEをホテルにおびき出して殺害し、覚醒剤を強取する旨の謀議をなす間もAらと行動を共にし、更にAの命を受け犯行に使用するホテルの物色、予約及びEの面前で覚醒剤売買の取り次ぎ役を装うなどしたうえ、E了承の下に買手に検分させる旨の名目で覚醒剤をEのいた部屋から搬出し（その直後、Dが同室に入り、Eに対し拳銃で実包5発を発射したが、重傷を負わせるに止まった。）、Aと共に覚醒剤を持ってホテルを脱出したというものである。

本件事案に関して、検察官は、《被告人が自ら財物である覚醒剤を303号室から搬出し奪取している以上、被告人はまさに実行行為の重要な一部を分担したものであるから、共同正犯者としての刑責を免れない》と主張したのに対し、福岡地裁は、次のように判示して、強盗殺人未遂の共同正犯の訴因に対して幫助犯の成立を認め、被告人を懲役5年に処した。曰く、

『被告人が本件強盗殺人未遂の実行行為の一部を担当したことは明かである。ところで、およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要であることは多言を要しないが、行為者が実行

行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからであろう。しかしながら、実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎないことに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言うべきであって、前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である』とまず基本的な態度を述べたのち、次のように具体的な犯行態様を認定した。

- ① 被告人は、Aから騙され、知らぬ間に本件犯行に巻き込まれたものであって、Aらの犯行計画を知った時には、既に犯行から離脱することがかなり困難な状態にまで陥っていたものであること、
- ② 被告人自身、Aに対し恩義を被っていたとか、特に深い付き合いがあったとかの事実はなく、他の共犯者とも本件犯行前は全く面識がなく、さらに本件被害者たるEに対しては何の恨みもなかったことはもとより、被害者が何者であるかさえ知らなかったものであり、また、覚醒剤自体を必要とする事情があったわけでもないのであるから、被告人には、AらとともにEに対し強盗殺人を働かねばならぬ理由は全くなかったものといわざるをえないのであって、それにもかかわらず、被告人が本件犯行に加担したのは、そうしないと自己やその内妻にも危害が加えられるおそれを感じたからであること、
- ③ 他方、他の共犯者にとっても、被告人はせいぜいAの手下程度の者にすぎないのであって、謀議の際にも何等その役割が定められなかったし、被告人自身も行きがかり上仕方なくその場にいたにすぎず自ら進んで謀議に加わる意思があったとも思われないこと、
- ④ 被告人に対しては、Aからも、他の共犯者からも、本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実には報酬が与えられた形

跡もないこと、

- ⑤ 本件犯行に際しても、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてAのその場その場の命令に従って、Aから言われるままに、判示の加担行為を行ったこと、
- ⑥ 覚醒剤を303号室から搬出した行為について見ても、それは、被告人がたまたまその時303号室に居合わせたから、Aが被告人に対し右搬出を命じたにすぎないのであって、仮に被告人が居合わせなければ、当然A自身が右搬出行為を行ったものと考えられ、Aが前記謀議の際及びBへの実行方法変更の指示の際に、覚醒剤は自ら搬出する旨明言していたことをも考慮すると、右搬出行為が被告人によって行われること自体にさほど重要な意義があったとも認められず、本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられないこと、

などの諸事情を窺うことができる、とした後、次のように結論する。

『これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない。そうすると、結局、被告人には、前記推認を覆すに足りる特段の事情があったというべきであって、前記認定の諸事実を総合すると、被告人は幫助の意思で判示の幫助行為を行ったものと認められるから、被告人には、共同正犯の成立を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である』と。

本判決は、すでに前節でも取りあげたが、被告人が犯罪の実行行為の一部を担当したことを認めながら、共同正犯の成立を否定し、幫助犯を明言した興味ある判例である。本判決だけを考える限り、いわゆる形式的実行共同正犯論は自らの立場を失うのではないか。ともあれ、まず判決文を再び検討してみよう。福岡地裁は、基本的態度として、次のように述べたのであった。曰く、

『行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからであろう。しかしながら、実行行為一部

分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎない』と。

まさしくこのような文言は、すでに触れたが、藤木博士の論文にみたのであった。あえて再び引用してみると、「一般に、実行共同正犯の場合には、実行分担者の相互認識があれば足るかのごとく考えられているが、実は、各人が、自己の行為だけでなく、互いに他の者の行為を利用しあって共同実行すること、即ち犯罪の共同遂行について合意—共謀—することが共同正犯の本質的要件なのである。ただ、この場合は、各自の実行行為分担という事実を通じて、二人以上の行為が、偶然的な競合ではなく、事前に成立した合意を背景としたものである旨が合理的に推認され、且つ各自が正犯としての犯罪遂行の意思をもって行動したことは実行分担という事実からおのずから明白となる」と²⁰⁾。

ところが、福岡地裁は、ここから『当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でない』と論理づけ、さらに『前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である』と主張した。すなわち、実行行為の一部分担という事実から実行共同正犯の成立を肯認すべきではないというのである。ここには、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別するのではなくて、実行共同正犯の場合も共謀共同正犯のように各行為者ごとに具体的に行為態様等を検討すべきだという趣旨に理解することができる。藤木教授が「みずから実行を分担しない共謀共同正犯の場合には、実行の担当以外の事実から当該犯罪事実を他の共犯を介して実現するという意思を有していたことが明かにされないかぎり、単に犯行につき意思を連絡したというだけでは、犯罪の共同実行の意思ありと認めることができなくなるのである。かような実理的な理由が、共謀共同正犯と実行共同正犯との間に、換言すれば共謀と意思の連絡との間に差異が存するかのごとき誤解を生み出したものと考えられる」²⁰⁾とされるのと同じ線上にある。従って、判例はいわゆる実行共同正犯にも『しほり』をかけようと意図していると評価

できる。

そこで本件を具体的に検討してみよう。福岡地裁が認定した事実、次のようなものであった。

- (1) 被告人は、Aから騙され、知らぬ間に本件犯行に巻き込まれ、Aらの犯行計画を知った時には、既に犯行から離脱することがかなり困難な状態にまで陥っていたこと、
- (2) 犯行に加担したのは、そうしないと自己や内妻に危害が加えられるおそれを感じたこと、
- (3) 他の共犯者にとっても、被告人はせいぜいAの手下程度の者にすぎないのであって、謀議の際にも何等その役割が定められなかったし、被告人自身も行きがかり上仕方なくその場にいたにすぎず自ら進んで謀議に加わる意思があったとも思われないこと、
- (4) 本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実には報酬が与えられた形跡もないこと、
- (5) 本件犯行に際しても、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてAのその場その場の命令に従って、Aから言われるままに、判示の加担行為を行ったこと、
- (6) 本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられないこと、

以上(1)～(6)までの事実に基づいて、『Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない』と結論づけた。

本件福岡地裁の論理構成は、実行の分担を共同意思・正犯意思認定の一材料にすぎないと明言して出発している点である。この点に関し、「しかし、行為者に犯罪事実の認識すなわち故意もあり、犯罪の実行行為の一部分担の事実もあるのに、それを共同正犯ではなくて幫助犯だとすることが、従来の伝統的な刑法理論から認めることができるものかどうか、そこに本判決をめぐる根本的な問題がある」との指摘²⁶⁾が出てくるのも、あるいは避けられない事実であ

るし、また、実行行為の存在という犯罪の客観的要件を、正犯意思の有無という主観的要件に完全に従属させる判断を示したものである、との批判的な意見もでてくるはずである(中森、竹内)。

しかし、学説上の主義主張はそれが説得力あるものでなくてはならない。「実行行為が存在し、故意があれば、必ず共同正犯になる」という論理は、果して妥当であろうか。例えば、『共謀共同正犯につき、「共謀の事実」が認定されれば共謀共同正犯の成立は肯認できる』とする従前の判例を批判した学説は、この点をどのように考えるのであろうか。本判例のごとく、実行行為の一部分担があっても、また、分担者が情を知っていたとしても、これが直ちに共同正犯を基礎づけるものではなく、従犯をもって処理することも可能である。ここに多数関与犯の非定型性が考えられるのである。

ここで一言付け加えておこなうならば、本判決における「量刑理由」の箇所、被告人に関し、福岡地裁は、次のようにその理由を述べている。曰く、

『被告人は、前記「共同正犯の訴因に対し幫助犯を認定した理由」において詳細に認定判断したとおり、同情すべき事情によって、本件犯行に巻き込まれ、その意に沿わぬ判示の各幫助行為をせざるをえなくなったものであるうえ、被告人の本件幫助行為も、本件強盗殺人未遂を全体として見る限り、必ずしも大きな地位を占めるものではなく、被告人自身、本件犯行において不可欠的な役割を果たしたものではない』と(下点線・筆者)。

(2) 判例分析・検討の総括

中森教授に従って、以上12の判例を分析、検討してきた。中森教授の総括は、「正犯性判断におけるこのような主観化の傾向が何に由来し、どの範囲にまで及ぶかは、今のところ明らかではない。…しかし、…正犯意思の有無が最終的な判断基準とされることには危惧があるというべきであろう。正犯意思については、何よりもまず、その内容・それ自体の判定基準が明らかでないという欠陥がある。それは、あらゆる当罰性の考慮をそこに持ち込むことができる点で、実際的処理に便利な概念ではあるが、他方で、正犯性判断の明確性・予測可能性を失わせるものである。今後の判例の動向には十分な注意が払われる必

要があろう」とされる。

このような中森教授の判例分析の総括は、判例分析から直ちに導かれたものであるが、判例は果して中森教授の総括どおりの態度を採っているであろうか、考えてみなければならない。

<1> まず判例〔45〕では、「被告人Sは…受取りその旨を右署長に傳達した」という行為、「すなわち被告人T兩人が警察署長に贈賄せんとしたその橋渡しが被告人Sだったという事実」を重視して、被告人の行為態様自体を幫助犯と認定したものと考えられる。本件被告人の行為態様は「傳達する」ないし「橋渡し」という点に特徴がある。

<2> 判例〔69〕では、「覚醒剤所持者から、その所持にかかる覚醒剤の携行を依頼されたものが、自らこれを支配する意思なくして、その依頼に応じその依頼者に随伴してこれを携行した所為」は覚醒剤取締法第14条第1項第41条第1項第2号所定の所持罪の幫助罪を構成するものであるとした。ここでの被告人の行為態様は「その依頼に応じその依頼者に随伴してこれを携行した」という点に特徴がある。

<3> 判例〔70〕では、「被告人の演じた役割は相被告人N(社長)の企図実現上相当重要ではあるが」、「被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人Nの指示命令の儘に為されたもの」であると認定して、被告人を幫助犯としたものである。ここでの被告人の行為態様は「Nの指示命令の儘に為されたもの」という点に特徴がある。

<4> 判例〔71〕では、「窃取する際、その情を知りながら、同人等の依頼によりこれを巻き取ることを手伝った」所為を重視して、幫助犯と認定したものと考えられる。すなわち、被告人の行為態様は「同人等の依頼により…手伝った」という点に特徴がある。

<5> 判例〔75〕では、「その製造に当りYは注射液そのものの製造と注射液のはいったアンプルの口を封緘する仕事をし、被告人はYからたのまれて既にYが製造した注射液を空アンプルに注入する仕事だけに従事したこと」を認定して、被告人を幫助犯としたものである。ここでの被告人の行為態様は「Y

からのまれて…空アンプルに注入する仕事だけに従事した」という点に特徴がある。

<6> 判例〔124〕では、「被告人乙は同甲に頼まれ、日当を貰う約束で同被告人の開設した賭場においてさきに判示したようないわゆる「札付け」をしたり、同被告人に差支えのあるとき臨時に壺振りを代行したものに過ぎず、賭金(胴金)の出資、配分には関係しなかったもの」と認定し、被告人甲の従犯と認めるのが相当であるとした。ここでの被告人の行為態様は「被告人乙は同甲に頼まれ、日当を貰う約束で…いわゆる「札付け」をしたり、同被告人に差支えのあるとき臨時に壺振りを代行した」という点に特徴があり、更に「賭金(胴金)の出資、配分には関係しなかったもの」として、利益配分にも無関係であったとした。

<7> 判例〔140〕では、「被告人K男は、同T子から運転を教えてくれと頼まれても、同人が無免許者であることを知っているのであるから、その申出を当然拒絶すべきであるのにこれを為さず」と判示して、被告人を無免許運転の幫助犯とした。本判決では、被告人の行為が違法であるとする点を強調しており、正犯性否定の理由づけが不明である。ただ、ここでも被告人の行為態様は「運転を教えてくれと頼まれて」という点に特徴がある。

<8> 判例〔88〕では、被告人の行為態様は「単に、Tの収賄行為の手伝いを求められ、その了承をしたにすぎないものとみるべきである」という点に特徴がある。

<9> 判例〔163〕では、次のような事実を認定した。(1)被告人は、Mから1グラム1万円の覚醒剤50グラムの世話を依頼されてSに連絡したこと、(2)取引場所まで来たSが取引相手が快くないMであることを見聞し知して、被告人に覚醒剤を手渡したこと、(3)被告人も本件覚醒剤の取引当事者はSとMであることを認識しながら、これをMに渡したこと、(4)Mから50万円を受け取ると、そのままこれをSに渡し、同人から1円の分配も受けていないこと。ただ、本件においては、「客観面において被告人の実行行為の分担的行為即ち構成要件的行為を認めながら、主観面において正犯意思を否定し正犯幫助意思

を認めて幫助犯とした認定」であると述べている。ところが、判例が認定した被告人の行為態様を具体的に検討してみると、「Mから依頼されてSに連絡した」→「SがMと会うことを嫌い、覚醒剤を被告人に託したこと」→「被告人も本件覚醒剤の取引当事者はSとMであることを認識しながら、これをMに渡したこと」→「Mから50万円を受け取ると、そのままこれをSに渡し、同人から1円の分配も受けていない」という事態の経過のなかで、被告人の行為態様は「頼まれて」「橋渡し」をし「利益分配」にも関係なかったという点に特徴がある。

<10> 判例〔169〕では、「被告人は、Iにおいて自ら覚醒剤の水溶液を注射しようと試みる途中で、同人に頼まれるままその手で同人に注射してやった」として、覚醒剤使用罪の幫助犯とした。ここで被告人の行為態様は「同人に頼まれるままその手で同人に注射してやった」という点に特徴がある。

<11> 判例〔76〕では、「被告人はその財物の交付を受ける行為のみを、情を知ってなした者であり、かつ、これを自らの犯罪遂行としてなしたのではなく、S,Kに指示され、それらの者のために加担したものであって、恐喝の正犯意思を有していたとまで認め難いから、恐喝の共同正犯の成立は認定できず、恐喝幫助の限度で認定することとした」と判示した。ここで被告人の行為態様は「S,Kに指示され、それらの者のために加担した」という点に特徴がある。

本件は「承継的共同正犯か承継的共犯か」という複雑な問題を提起しているのであるが、横浜地裁は、被告人の行為をもって「恐喝幫助の限度で認定することとした」と判示したものである。その理由として、「恐喝の正犯意思を有していたとまでは認め難い」からだという。この点を捉えて、中森教授は「主観説的立場を表しているといえる」とされる。

<12> 判例〔185〕では、被告人が実行行為の一部を担当したことは明らかであると言明した後、「特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形式上実行行為の一部に該当する行為を行った場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である」という。こ

の点に関して、中森教授は「実行の分担を共同意思・正犯意思認定の一材料にすぎないと明言し、犯罪の客観的要件を主観的要件に従属させる判断を示したのである。またここでは、共謀共同正犯論における共同意思が、主観説のいう正犯意思と同じものとして扱われている」と述べられる。はたしてそうであろうか。

もう一度、福岡地裁の本件に関する事実認定を省察してみよう（なお、下線は筆者）。

- (1) 被告人は、Aから騙され、知らぬ間に本件犯行に巻き込まれ、Aらの犯行計画を知った時には、既に犯行から離脱することがかなり困難な状態にまで陥っていたこと、
- (2) 犯行に加担したのは、そうしないと自己や内妻に危害が加えられるおそれを感じたこと、
- (3) 他の共犯者にとっても、被告人はせいぜいAの手下程度の者にすぎないのであって、謀議の際にも何等その役割が定められなかったし、被告人自身も行きがかり上仕方なくその場にいたにすぎず自ら進んで謀議に加わる意思があったとも思われないこと、
- (4) 本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実
に報酬が与えられた形跡もないこと、
- (5) 本件犯行に際しても、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてAのその場その場の命令に従って、Aから言われるままに、判示
の加担行為を行ったこと、
- (6) 本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であ
ったとは考えられないこと、

以上 (1) ～ (6) までの事実に基づいて、Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができないと結論づけたのである。

なる程、判文を読むかぎり、中森教授主張の如く捉えてもおかしくはない。しかし、判例は、被告人の行為態様を「自己の意思に基づいて行動したのでは

なく、すべてAのその場その場の命令に従って、Aから言われるままに、判示の加担行為を行ったこと」、「本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられない」などと特徴づけているのである。すなわち、事件全体の中での被告人の行為態様、役割、程度等に詳細に検討を加えているのである。

以上、＜1＞ から ＜12＞ までの検討事実から、判例には、多数関与犯に関する一種の思考パターンが存在するということである。中森教授が挙げられた12本の判例は、いずれも正犯・従犯の境界部分にある事例である。すなわち正犯としても是認できるし、従犯としてもまた是認できるものである。換言すれば、多数関与犯の現象における「非定型的な共犯類型」とでも考えられるであろう。それだけに、学説上の主義主張だけでは解釈できない部分でもある。だからこそ、判例は、特に、実行行為の一部分担の事実があっても、それを直ちに共同正犯として捉えるのではなくて、幫助犯としても捉えられる類型を構築しようとしているのではないか。そのためにこのような技巧的な論理構成をとっているのではないか。むしろ、端的に、(1)行為を第三者の働きかけを受けて、または恐怖心からもしくは服従心から行った者、(2)数人によってなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない者の類型の場合には、実行行為が存しても従犯と解すべきであると類型化すべきである。例えば、前述の12の判例分析で断言できることは、判例は、このような関与類型を構成しようとしているか念頭に入れているということである。12の判例の大部分は、第三者の働きかけを受けて、または恐怖心からもしくは服従心から行為を行ったか、あるいは数人でなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合の類型である。

犯罪事象全体のなかで、関与者各人の状況、関与の程度、関与の役割等を具体的に考察することによって、正犯・共犯の区別が明確化するものと考えている。その意味で、判例の苦心の跡を読みとることができよう。学説上の主義主張も重要であろうが、それが具体的な社会的犯罪事実を捉え得る、説得力あるドグマでなくては、机上の論理に終わる。

- 1) 団藤「刑法綱要総論」(昭44) 281頁参照。
- 2) 滝川「共謀共同正犯」刑法の諸問題所収 236頁、団藤「刑法綱要総論(改訂版)」(昭55) 371頁。もっとも、すでに指摘したとおり、博士は改説されている。
- 3) 小野清一郎「新訂刑法講義総論」(昭23) 204頁。この点に関し、平野博士は、「全体的に考察したからといって、構成要件該当性のない行為に該当性が生じるはずはない」(平野「刑法総論Ⅱ」389頁)から、それは既に形式説を放棄したものと考えられる。
- 4) 曾根威彦「刑法総論」(昭63) 284頁参照。
- 5) 西田典之「共謀共同正犯について」平野古希論文集上巻 371頁参照。
- 6) 斎藤金作「共犯理論の研究」118頁以下、草野豹一郎「共犯の従属性」刑法改正の重要問題所収 315頁以下参照。
- 7) 下村「共謀共同正犯と共犯理論」84頁参照。
- 8) 滝川「刑法の諸問題」229頁、牧野英一「団体的共犯論と個人的責任論」刑法研究第7巻所収 270頁以下、団藤「刑法綱要総論(改訂版)」371頁参照。
- 9) 斎藤「共犯理論の研究」174頁、西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編『論争刑法』234頁、同「共同正犯における犯罪の実行」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』所収 159頁、下村「共謀と共同意思主体説」『続犯罪論の基本思想』所収 108頁参照。
- 10) 西田「前掲論文」373頁、中野次雄「共謀共同正犯の問題点」法律のひろば 13巻 1号 10頁参照。
- 11) 最決昭57・7・16刑集、36・6・697以下の団藤裁判官の意見参照、なお、本論文第1節の3における判例〔41〕参照。
- 12) 大塚仁「犯罪論の基本問題」340頁以下、同「共同正犯の本質」法学教室 109号 33頁参照。
- 13) 西田「前掲論文」374頁参照。
- 14) 西田「前掲論文」374頁、中「共同正犯の正犯性」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』182頁、同「共謀共同正犯」法律時報 37巻 1号 15頁、西原「共同正犯における犯罪の実行」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』134頁参照。
- 15) 平野「刑法総論Ⅱ」402頁、同「正犯と実行」『犯罪論の諸問題(上)』所収 127頁以下、特に 135頁、中野「共謀共同正犯にあたとされた事例(特に団藤裁判官の意見)」警察研究 56巻 1号 70頁参照。
- 16) 井上「予備罪の従犯」判例時報 292号 1頁以下参照。
- 17) 中森「実行行為を行う従犯」判例タイムズ 560号 67頁以下参照。
- 18) 香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一ほか編・注解特別刑法531頁及び131頁参照。

- 19) 香城「前掲書」167 頁参照。
- 20) 例えば、狩猟免許を受けた者が免許を受けない者の狩猟行為を教唆した事案について、大判昭 14・7・19 刑集 18・417，按摩術営業の免許を受けた者が免許なき者の施術を教唆した事案について、大判昭 10・11・22 刑集 14・1209，医師が医師でない者の医業を幫助した事案について、大判大 3・9・21 刑集 20・1719 など。
- 21) 選挙委員でなければ選挙運動が許されないのに、選挙委員が無資格選挙運動者と共謀し、候補者を当選させる目的で、金員を選挙運動者に供与した事案について、選挙委員を無資格運動の共同正犯と認めたものとして、大判昭 12・2・17 刑集 16・92，選挙事務長に関する同種の事案について、大判昭 12・10・29 刑集 16・1417 など。
- 22) 小野慶二「共犯と身分」刑事法講座 3 巻 500 頁参照。
- 23) 同旨、竹内正「共同実行の意思が認められないとして強盗殺人未遂の共同正犯の成立が否定され幫助犯が認められた事例」判時 1167 号 205 頁以下参照、なお本件判決の評釈として、香川達夫・昭和 52 年度重要判例解説 155 頁以下参照。
- 24) 藤木「前掲書」367 頁参照。
- 25) 藤木「前掲書」367 - 368 頁参照。
- 26) 竹内「前掲論文」204 頁以下参照。

第2章 量刑論的視座に基づく正犯と共犯の区別

I 総説

最近、判例分析について、興味ある分析がなされている。『犯罪実現に果した役割の評価の帰結』として正犯と共犯の区別を認定した判例を取りあげて、新たな視点から正犯と共犯の区別を試みようとする態度がこれである¹⁾。例えば、西田教授は、判例の態度に関し、「刑事政策的に、また、量刑という点からみて罪責の軽い者は、既に共犯形式の段階で従犯とすべきだという考慮があるように思われる。それゆえに、犯罪実現に対する事実的寄与度、場合によっては実行の分担という事実をも無視して従犯の成立を肯定するのであろう。しかし、共同正犯か従犯かという区別が単なる量刑事情ではない以上、この区別は具体的量刑の前提としての客観的類型的判断にとどまるべきではなかろうか」²⁾とされる。私も、このような立場にたって、解釈論的視座と量刑論的視座の架橋から正犯と共犯の区別を主張するものである。従来は、どちらかという解釈論的視座だけに重点が設定されすぎていた。

量刑論重視の立場を鮮明にしたのは、いわゆる統一的正犯者の原理である。キーナップフェル曰く、「共犯体系は解釈論を重視する。統一的正犯者の体系では、解釈論的局面での個別化ではなく、量刑段階において刑の個別化を志向するものである。共働の多様性を考慮した『共働関係的量刑事由』が統一的正犯者の体系の特色である」³⁾と。すなわち、構成要件の局面で問題となるのは、共働形式・共働類型の解釈論的・範疇的把握であり、法定刑・量刑の局面で問題となるのは、具体的場合における共働の事実的重要性を発見し、考量することである。そして、わが国でよく引用されているドイツの判例・スタシンスキー事件(Staschynskij - Fall, BGHSt 18, 87)について、統一的正犯者の体系により解決すれば、解釈論のカテゴリーを無視して、BGHが獲得した結論を全体的な量刑で比較的簡単な仕方を得ることが可能と強調する⁴⁾。キーナップフェルが主張する統一的正犯者の体系は、1975年オーストリア刑法典に規定された。本研究と関連する部分だけを引用しておこう。

第12条(全関与者の正犯者としての処遇) 直接正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規制し、又はその他所為の実行に寄与した各人も、可罰的行為を行ったものである。

第13条(関与者の独自の可罰性) 数人が所為に関与したときは、そのうちの各人は、その者の責任に従ってこれを罰するものとする。

第14条(正犯者の資格及び関係) ① 法規が、可罰性、又は刑の量を、所為の不法にかかわる行為者の一身的な特別の資格又は関係に依存させているときは、これらの資格又は関係が関与者のうちの一人だけに存する場合であっても、すべての関与者にこの法規を適用するものとする。但し、所為の不法が、一身的な特別の資格又は関係の所持者が所為を直接に実行し、又はその他一定の方法で所為に協働することに依存している場合は、この前提も充足されなければならない。これに反して、一身的な特別の資格又は関係がもっぱら責任にかかわるときは、その法規は、これらの資格又は関係が存する行為者に対してのみこれを適用するものとする。

第33条(特別の加重事由) 特に、次の場合は、加重事由となる。行為者が、

- ③ 他人を可罰的行為に誘惑した場合、
- ④ 数人でなされた可罰的行為の起因者又は教唆者であった場合、又はこのような所為に指導的に関与した場合、

第34条(特別の減輕事由) 特に、次の場合は、減輕事由となる。行為者が、

- ④ 所為を第三者の働きかけを受けて、又は恐怖心から若しくは服従心から行った場合、
- ⑥ 数人によってなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合、

このような予備的作業に基づいて、判例の態度を分析・検討することにする。

Ⅱ 長崎地裁佐世保支部判決(昭60・11・6判時623・212)の意義

[187] 「強盜致傷の謀議行為に参加した被告人について、実行行為との実質的な一体的相互利用関係が存在しないとして、共謀共同正犯の成立を否定

した」強盗致傷等被告事件に関する長崎地佐世保支部判決(昭 60・11・6 判時 623・212)がこれである。

事案は、次のようなものであった。

金塊などの韓国への密輸出を手伝っていたCからその話を聞いた暴力団組員A, Dらは、密輸出の対価としてその都度多額の現金が授受されるのに目をつけ、密輸出の手伝いを装って右現金を強取しようと計画し、順次仲間を誘って、次第にその計画を煮つめ、魚師である被告人に強取計画を話して、チャーター料60万円の約束で、所有の漁船の貸与方を要請し、被告人も、いったんこれを承諾した。しかし、被告人は、その後、こわくなって、右承諾を撤回し、Aも被告人の計画からの離脱を認めた。しかるに、計画を実行に移す前日になって、Kから船舶の貸与方を再び求められた被告人は、従前C・Aらに恩義を受けているところから、やむなくこれを承諾し、犯行当日も、Aらが待伏せのためなどに使う漁船を犯行現場付近まで廻航させるなどしたというものである。

これに対して、長崎地裁佐世保支部は、共謀共同正犯の要件として、『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と』き、共謀参加者に

- (1) 等価的分担関係が存在する場合 — 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、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、
- (2) 実質的支配又は利用関係が存在する場合 — 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又は利用して当該犯罪を共に実行したと認められる場合、

以上の二点のいずれかが必要であると判示した。(2)に関しては、学説上、目的的行为論の登場により主張されている「行為支配論」ないし練馬事件判決に関し主張された「間接正犯類似の理論構成」等により、その内容が論究されて

いることは周知の通りである。しかし、その具体的内容を詳細に述べたものとしても本件判決は特筆される。すなわち、次のようにいう。曰く、

『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受けせしめ、その引受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』と(下点線筆者)。

以上のような長崎地裁佐世保支部判決の態度は、練馬事件判決が説示した基本命題に「しほり」を具体的にかけのべしということになる。

ところで、(2)に関して、判例は、「首謀者として」、「黒幕的存在として」、「中心人物として」、「指導的立場で」という表現をよく用いている。例えば、「強姦罪と身分のない者の加功」に関する〔31〕強姦恐喝被告事件(最判昭 40・3・30 刑集 19・2・125)について、その第一審の東京地方裁判所(昭 36・6・5)は、「被告人M女は本件犯罪の中心的人物であって」と判示した。また、〔40〕殺人、兇器準備結集、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告事件(最判昭 56・12・21 刑集 35・9・911)の原審(福岡高裁)判決(昭 56・5・19)では、量刑の事情のなかで「被告人Yは原判示第一の犯行の首謀者であり、… とくに本件殺人事件等の黒幕的存在というべきである」と判示している。また、〔172〕よど号ハイジャック事件東京地裁刑事四部判決(東京地判昭 55・1・30 判時 939・8)では、量刑の理由において「被告人は、判示のとおり、各犯行においても、計画を策定し、武器等の準備を指示し、戦術の討議、決定に関与するなど、いずれも主謀者及び計画の中心的推進者として関与した」と判示した。また、〔192〕商法違反被告事件(東京地判平 2・3・26 判時 1356・63)の平和相銀事件第一審判決では、「被告人は一連の犯行において主導的役割を果している」と判示している。このような判例の表現及び長崎地裁佐世保支部判決を整理すれば、

次のように言うことができよう。「実質的支配又は利用関係が存在する場合」とは、① 他人を可罰的行為に誘惑した場合、② 数人でなされた可罰的行為の起因者又は教唆者であった場合、又はこのような所為に指導的に関与した場合である。そのことは、逆に、正犯から従犯とされた判例によっても明かとなる。詳細は後述する。

それでは、本件において、長崎地裁佐世保支部は、被告人等のかかる関係をどのように判示しているであろうか。本判決の「量刑の理由」のなかで被告人等の個別的・具体的な関与行為を明示している。曰く、被告人Aについて、『判示第一の強盗致傷の犯行の首謀者であり、その犯行に他の被告人らを引き込み、全遂行過程において終始指導的役割を果たしていたもの』。

被告人Bについて、『被告人Aの依頼と自己が属するf会の会長Fの意向を受けて、被告人Aらの強盗計画に途中から参画し、判示第一の犯行に加功したものであるが、襲撃の際には被告人Aと全く同等の役割を果たしている』。

被告人Cについて、『判示第一の強盗致傷の犯行の際、分担した役割の違いなどから、暴行や脅迫行為自体はなさなかったとは言え、その計画の当初より、被害者らの密輸行為に関する情報を提供して積極的に加功し、極めて重要な役割を果たし、利得の分配についても被告人Aと同等の割合が約束されていたもの』。

被告人Dについて、『判示第一の強盗致傷の犯行については、被告人Cと同様分担した役割の違いなどから暴行や脅迫行為自体こそなかったが、その計画の当初から被告人Aから多額の分け前を約束されたことにより、同Aに指示されるまま半ばその手足となって終始積極的に加功し、右犯罪遂行に極めて重要な役割を果たしながら、その犯行の重大さに思いをいたした形跡がほとんど見受けられないことなどに鑑みると、その犯情は悪質である』。

被告人Eについて、『判示第二の強盗致傷幫助の犯行については、利欲的動機や被告人A及び同Cに対する恩義から同Aらの強盗計画に加功することを一度承諾しながら、事の重大さと被害者らによる報復に対する不安と恐れからいつ

たんは右承諾を撤回して右計画から完全に離脱していたところ、再度被告人A及び同Cから右計画に自己所有の漁船「太平洋丸」を貸してくれるよう懇請され、不本意ながらもこれを承諾し、その後は自分の船を使わせる以上はより多くの分け前をもらわねば割が合わないと考え、被告人Aの指示に忠実に従って積極的に幫助行為をなし、右犯行後も被告人Aらと行動をともにしていたもの』(下点線筆者)である。

以上のように、各被告人等の犯行態様、関与態様等を認定した後、次のように科刑した。『被告人Aを懲役9年に、同Bを懲役8年に、同Cを懲役6年に、同Dを懲役5年に、同Eを懲役3年に処する。被告人Eに対し、この裁判確定の日から5年間その刑の執行を猶予し、右猶予の期間中同被告人を保護観察に付する』と。

ところが、本件控訴審の福岡高裁は、「被告人Cの関税法違反の共同正犯につき、これを否定して関税法111条1項の従犯を認定した」のである。

〔101〕強盗、強盗致傷、関税法違反等被告事件(福岡高判昭61・9・11判タ625・238)。福岡高裁曰く、

『被告人Cら船の提供者、運航者らは、Hらの密輸出を幫助したものに過ぎないと認められ、原判決が被告人Cらの役割について、Hらの密輸出の手伝いをしたものとして認定しているのもこの趣旨であるように解される。もっとも、船の提供者の側で現実とその船に乗り込み運航等にあたったものについては、密輸出行為に必要な運航行為を自ら実行したものと解する余地もないではない。しかし、これらの者が貨物の委託を受けるなど貨物に対する管理、支配の権能を有する場合には、まさに自ら実行行為の一部をしたといえるが、自ら管理、支配する貨物を外国に持ち出すために、運搬手段として他人の船を使用し、これを自己の指示のとおり運航させるに過ぎないと考えられる場合にあっては、船の運航を行う者は、密輸出を実行しようとする者に移動の手段を提供して、密輸出を容易ならしめるにとどまるものと解するのが相当である』と。更に、続けて曰く、

『被告人Cらが、後に予定されている強取行為の一環として、相手からの依

頼を奇貨として船を使用させその運航に当たっている点において、強盗行為に向けられた準備行為として、韓国船との海上での取引の成功、不成功につき利害関係を有するとはいえ、密輸出はあくまでもHらの行為であり、いまだ彼等の指示に従って船の運航にあたっている段階にある以上は、そのような利害関係を有するからといって、それだけでは、被告人Cが、Hらとは独立して無許可輸出の実行行為をしたことにはならないし、情を知らない者を利用する間接正犯の成立を論ずる余地もない』（下点線筆者）と。そして、被告人CはHらの行為を幫助したに過ぎないものと判示した。

この点に関し、「本判決が被告人の行為を従犯としたのは、実質的には主観説の観点からの考慮をした結果であると言う余地もあるように思われる」との意見もあるが（判タ625・238の本件に関する解説）、私は、そうは思わない。判文をよく読むと、「密輸出はあくまでもHらの行為であり、いまだ彼等の指示に従って船の運航にあたっている段階にある」といっているのである。すなわち、被告人らは、「Hらの指示に従って船の運航にあたっていた」点を重視したのではないか。判文には、この文言と同種の文言が多用されている。例えば、「移動の手段を提供して、密輸出を容易ならしめる」とか、「Hらの密輸出の手伝いをしたもの」というのがこれである。

しかし、科刑については、第一審と同一の懲役6年であった。第一審では関税法違反の正犯と認定され、控訴審では「被告人Cの判示第四の罪は従犯であるから、法律上の減輕をして」といいながら、科刑の面では同じ懲役6年ということは、第一審判決の「量刑の理由」における『判示第四の関税法違反の犯行もこれが一回限りのものではなく、約二ヶ月前より数回にわたって反復して利得を得ていたものであり、その経緯も利欲の動機から自ら進んで密輸出の依頼者を探してこれに加功したものであって、この面からも犯情は悪質である』という点を念頭にいたからだろうか。それとも、かぎりなく正犯に近いけれども、犯罪実現に対する役割から従犯と認定しただけであろうか。疑問が残る。

ともあれ、長崎地裁佐世保支部判決が提起した共謀共同正犯に関する「しほり」は、実質的支配又は利用関係の場合は別として、等価的分担関係が存する

場合、共謀共同正犯の成立を認めようとするものであるが、その内容は明白ではない。しかし、判例のなかから、その内容は浮かび上がってきてはいないだろうか。例えば、すでに触れた『実行行為を行う従犯』に関する諸判例に共通していることは、従犯とされた諸場合は、次の関与類型に該当するものであった。

① 所為を第三者の働きかけを受けて、又は恐怖心から若しくは服従心から行った場合

② 数人によってなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合 すなわち、判例の表現を借りれば、〔70〕「指示命令の儘に為された」（名古屋高判昭 27・12・10 判特 30 号 21 頁）とか、〔75〕「依頼（懇請、頼まれて）されて… なした」（福岡高判昭 30・5・28 裁特 2 卷 12 号 577 頁）とか、〔155〕「本件犯行における地位は従属的であり」（大阪地判昭 46・3・15 判タ 261・294）とか、〔127〕「受動的であった」（東京地判昭 36・2・13 判タ 119・102）などがあげられる。これらはいずれも量刑の事情又は量刑の理由のなかで、判決理由の認定事実に関連して明言されているのである。

そこで、以下では若干の判例を手がかりに、犯罪実現に果した役割の内容を論究してみたい。なお、部分的には、すでに触れた『実行行為を行う従犯』の箇所ので取りあげた判例と重複する判例もあるが、以下では量刑論的視座に視点を置くことにする。

Ⅲ 犯罪実現に果した役割の評価について — 等価的分担関係及び実質的支配又は利用関係の意味するもの —

練馬事件判決直後の下級審判例であるが、いずれも共謀共同正犯の訴因に対し幫助犯を認定したものである。まず、〔128〕強盜致死被告事件（札幌地室蘭支判昭 36・3・31 下刑集 1・3・856）では、事案は、次のようなものであった。

K は自宅に O の訪問を受け玄関先において話し合ううち、O が F を殺して金銭を強奪すべきことを持出したので、真実、O がこれを遂行する意思あることを察知し、その犯意を確固ならしめる目的をもって O に対し殺害の方法等に関

するOの相談にも応じ、犯行終了時刻と目される時刻頃から犯行現場と目される地点より程遠くない附近にて待合せている旨を約し、犯行を激励しOに積極的に援助を与え、Oの犯行の決意を強化せしめてこれを幫助したというものである。

これに対して、札幌地裁室蘭支部は、次のように判示した。曰く、

『犯罪事実実現につき利用すべき被告人Kの行為としては判示の如き助言と、犯行現場に近接した地点にて待合せていたこと以上にでていない。被告人Kとしては本件犯行によりその贓物について分前を貰う意思ではあったが同被告人自身が被告人Oのように人を殺して財産を奪うまでの強い意思によってなしたものと認められない。このことは被告人Oが犯行を遂行しなければ改めて同人と、もしくは同人をして犯行を遂行させる程までに強い意思がなかったことにより推測される』(下点線筆者)と。

判示から理解されることは、KはOの強盗致死罪の幫助犯と認定したものであるが、幫助犯と認定した所以は、Kの本件において果たした役割は「助言と待合わせ」以上の行為に出ていないということである。

なお、本判決では、Kの犯罪実現における立場を推測させるものとして、その「法令の適用」部分で「なお犯情憫諒すべきものがあるから」、法定の減輕を為した刑期範囲内で…処すると述べている。

次に、札幌地裁室蘭支部判決と類似の判例として、[78]「強盗罪につき共謀共同正犯の成立を認めえない」とした強盗、窃盗被告事件(名古屋高判昭36・8・15下刑集3・7=8・676)をあげることができる。

名古屋高裁はいう。曰く、

『被告人Sとしては、同X、Yが原判示乙方で強盗をすることの情を知りながら、同所まで同行はしたものの、被告人Sとしては、自ら強盗を実行する意思のなかったのは勿論、被告人X、Yのする強盗行為を、自己の行為として意欲した事実もとうてい認められないのである。…そして又、原判決のいう被告人Sの見張行為というのも、同被告人としては、被告人X、Yらの犯行現場から約一千米離れた場所で、同人らが犯行を終えて出てくるのを待ち受けてい

たまでのことであり、かつ、その待ち受けていた場所と犯行現場の地理的關係を考えれば、他人の犯罪行為の見張りというが如き關係の成り立ち得ない』
(下点線筆者)と。

練馬事件判決以前の判例では、「強盜をすることの情を知りながら、同所まで同行はした」ということでもって、強盜の共同正犯を認めていたこと周知のことである。ところが、名古屋高裁は、「犯行現場から約一千米離れた場所で、同人らが犯行を終えて出てくるのを待ち受けていたまでのことであり」とし、更に、「その待ち受けていた場所と犯行現場の地理的關係を考えれば」として、他人の犯罪行為の見張りというような關係は成立しないと述べた。被告人Sの見張行為が本件強盜罪の実現に果した役割は重要ではなかったという趣旨に理解できる。

なお、本判決でも、Sの犯罪実現における立場を推測させるものとして、その「法令の適用」部分で「犯罪の情状憫諒すべきものがあるので」、酌量減輕した刑期範囲内で…処すると述べている。

しかし、札幌地裁室蘭支部判決や名古屋高裁判決では、まだ正面から『犯罪実現に果した役割の評価』というものは明言していない。

ところが、次にあげる大阪地裁堺支部判決は、「犯罪実現における被告人の立場」を明言して、犯罪実現に果した役割を正面から評価している。

[155] 「共同正犯の訴因に対し幫助犯の成立を認めた」殺人、死体遺棄、窃盜

被告事件(大阪地堺支判昭46・3・15判タ261・294)について、
事案は、次のとおり。

内縁關係にあった被告人AとB女が、その關係を秘して被告人B女に惚れている甲に対し、腹違いの姉弟だと偽って金を出させ、その金でアパートを借りて三人が一緒に暮らすうち、被害者にその關係を見破られ、Aと被害者と掴み合いとなるやAは突差に被害者を殺害しようと決意し、たまたまその頃知人が訪ねてくることになっていたのでB女にその見張りを頼み、B女が見張りに出た後Aが手で被害者の首を締め、しばらくして帰ってきたB女にとどめをさすため紐を持ってくるように指示し、B女が渡した電気釜コードで完全に息の根を

とめ、その後死体を土中に埋めて死体を遺棄したというものである。

大阪地裁堺支部は、被告人B女の本件で果たした役割について、次のように具体的に判示した。曰く、

『被告人B女が、被告人Aの言葉に従ってSを見張る行為に出ていることが認められるが、そのことから被告人B女が甲を殺害することを決意ないしは欲してSの見張りを引き受けたとみるのは早計であり、その際における同被告人の心情、当事者間の関係および状況等を総合して判断すべきものであるところ、…被告人B女の心情としては甲が被告人Aに殺されても仕方がないと考えたことが認められる程度であって、被告人B女自身も積極的に甲の殺害を決意ないし欲したとまでは認めることができず、また見張りに出た際も、Sの来るのをとめるためであったが、甲が殺害される現場にいたたまれないという気持ちもあったわけで、両被告人間の判示のような関係に加えて、被告人Aと甲の争いが突然に起こった出来事であり、被告人B女としては被告人Aの言うがままにSの来るのを見張ったことが認められ、その態度は消極的で、専ら被告人Aのために見張りをしたことが認められ、被告人B女が被告人Aの前記言葉を聞いて見張りをしたとしても、その際の被告人B女の右のような心情、両被告人間の関係、犯行前の前記被告人Aと被告人B女の対甲に対する感情の相異、本件犯行の突発性等の諸事情に徴すれば、本件で被告人B女の共謀を認めるのは困難であるといわなければならない。さらに被告人B女の判示電気釜コードの授受行為から共謀が認められないかという点についても、…被告人Aの指示で被告人B女が右コードを手渡したことが認められるが、前記見張りの場合と同様に被告人B女の態度は消極的であり、その心情も変わっておらず、被告人Aと一緒に甲を殺害しようとして渡したというよりは専ら被告人Aの甲殺害行為に奉仕する形で渡したものであることが認められ』るから共謀を認めるのは困難であるとし、『被告人B女の判示見張行為および電気釜コードの授受行為はいずれも被告人Aの甲殺害行為を容易ならしめるためになされた行為であることが認められる』として、被告人Aの殺害行為を容易ならしめるためになされた行為である、と述べた(下点線筆者)。そして、以上の判決理由を是

認するため、その「法令の適用」のなかで、被告人A、Bの関係、立場等につき、次のように述べている。曰く、『被告人B女については、その複雑で多情な男性関係が相被告人Aをしてこのような犯行に至らせる原因をなしたということができ、殺人罪について共謀を認定しなかったとはいえ、相被告人Aに対する協力の仕方は共同正犯に近く、死体遺棄罪は相被告人Aと全く共同してやっているなどその責任は重いが、他面被告人Aの本件殺害行為は計画的な犯行ではなく、判示第二の窃盗は回数、被害金額ともに少なく、被告人B女には前科前歴が全くなく、本件犯行における地位は従属的であり』と(下点線筆者)して、被告人Aに懲役13年、被告人B女に懲役4年を科したものである。

本判決は、正面から被告人B女の本件犯行において果たした役割を評価している。すなわち、その文言をあげてみると、判決理由の部分では「被告人B女の態度は消極的であり」とし、量刑の情状では「本件犯行における地位は従属的であり」とした。

次に、

[159] 自衛隊朝霧駐屯地自衛官強殺事件第一審判決(強盗殺人、公務執行妨害、住居侵入、強盗予備、窃盗、現住建造物放火未遂、非現住建造物放火各被告事件(浦和地判昭50・1・29判時795・112))であるが、本判決は、被告人等の具体的な犯行態様、役割等を認定し、『検察官の強盗殺人の共謀共同正犯の主張を排斥してその幫助に過ぎない』としたものである。事案は、次のとおり。

(1) K, A, S, YはHと共に、帝国ホテルに集合し、米軍34空軍基地から銃器などを強取することの共謀を遂げ、あらかじめKの指示によりSおよびYが買い求めた柳刃包丁一丁をS所持のH運転する自動車の助手席にY、その後部座席にA及びSが同乗し、途中かねてから準備していた自衛官の制服にAとSが着替えた後、在日米空軍34空軍基地中隊正門前に来て、A及び包丁を持ったSが自動車から降り、正門を警備していた警備隊員から銃器等奪取の機会を窺い、よって強盗予備をなし、(2) K, A, Sは喫茶店「ヴィレッジゲート」に集合し、次の土曜日に自衛隊朝霧駐屯地から銃器などを奪取する計画を実行に移

すことを決定し、さらに喫茶店「ふじみ」に集まり、陸上自衛隊朝霧駐屯地内に侵入し、警衛勤務中の陸上自衛官に発見された場合にはこれを殺害してでも同駐屯地内の弾薬庫などから銃器などを強取することにつき最終的な共謀を遂げ、また喫茶店「タイムス」に集合し、右共謀にかかる武器奪取計画の実行につき各自の役割を確認し合うなどしたのち、Sの運転する乗用車にAが同乗し、途中、予め準備した自衛官の制服に着替え、陸上自衛隊朝霧駐屯地に至り、陸上自衛官を装ってその北側正門から同駐屯地内に侵入し、動哨勤務中であった陸士長甲と出会うや、一旦はやり過す風を装いつつ、不法な侵入の発覚することを防ぎ、また同人の携帯するライフル銃を強取することを決意し、Aは甲に接近し右手拳で同人の腹部を強打し、同人に組みつき膝蹴りを加えて格闘となるや、Sは所携の包丁で同人の胸部などを数回に亘って突き刺し、よって動哨警衛中の同自衛官の勤務を妨害するとともに、同人をして間もなく同所付近で二個の右胸部刺創に基づく胸部内出血などにより死亡するに至らしめたが、格闘中付近の草むらに落ちた甲陸士長所携のライフル銃を発見することができず、そのまま逃走したため武器等強取の目的を遂げなかったものである。

本件に対して、検察官は、『右一連の加担行為は本件自衛官強殺事件遂行のための重要な行為であり、強殺行為には直接関与しなかったものの、警衛を殺害してでも武器などを奪取する共同意思の下に、互いに他の分担行為を利用し合い、各自これを実行に移すことの意味を互いに相通じたうえ、積極的に右一連の加担行為に出たもの』（下点線筆者）として、被告人を強盗殺人の共同正犯と主張した。

検察官主張に対して、浦和地裁は、次のように判示した。曰く、

『被告人Yが右日時場所においてKから本件犯行について打ち明けられ、犯行の概要について事前の認識があったことは窺われるが、後段認定事実を併せ考えると、被告人YにおいてK, A, Sと共同意思の下に一体となって、右の者らの行為を利用して自己の意思を実行に移すいわゆる共同犯行の意思まであったとは認め難い。…被告人YはK, A, Sによる本件犯行直前まで行動を共にし、且つ本件犯行中、犯行現場に近い判示喫茶店「宮殿」にいたことが認めら

れるので、右事実から本件は被告人Yを含めた共同犯行ではないかと疑う余地がないでもないので、更に判示第三の被告人Yの犯行を含めて同被告人が本件犯行に際し実行行為者と前記のとおり行動を共にするに至った経緯について検討するに《証拠略》によれば、…むしろ被告人Yの前記所為は、実行行為以外の行為をもって正犯の実行行為を容易ならしめる意思をもって正犯の実行行為を幫助した行為であると認めるべきである』と。

そこで、検察官があげた被告人Yの関与行為を検討してみよう。

- (1) 被告人Kの指示を受けて柳刃包丁を購入していること、
- (2) 米軍グランドハイツ強盗予備事件に実行行為者の一員として参加していること、
- (3) Kらが自衛官を殺害してでも武器などを強取しようとしていることを知りながら、すすんで強取した銃を運搬するための人形を自ら創意工夫をこらして作ったこと、
- (4) 右人形を、犯行に使用する自衛官の制服、制帽などとともにKに手渡したこと、
- (5) 成増の喫茶店「宮殿」において待機し、朝霧駐屯地に侵入したAからの電話を受けてKに連絡したこと、
- (6) Aから贓物である警衛腕章を右縫いぐるみ人形とともに受け取り、これを自分の下宿へ持ち込んでいること、

以上六点の関与行為をもって、検察官は共同正犯としたのに対し、浦和地裁は、被告人Yの関与行為をもって「実行行為以外の行為をもって正犯の実行行為を幫助したものである」と述べた。ところが、判文をよく読むと、「Kの指示で…行為をなした」という文言が随所に出てくる。ここに被告人Yの行為を「実行行為以外の行為をもって正犯の実行行為を容易ならしめた」と判断したものと考えられる。

他方、その「量刑の事情」のなかで、被告人Yも含めた被告人等の個別的事情について、次のように述べている。曰く、

- (1) 被告人Kについて→被告人Kの本件一連の犯行における行為の具体的内容

を見るに、実行行為こそ担当してはいないが、本件いずれの犯行においても主謀者の立場においてすべての犯行を立案して日時、場所等具体的計画を決定し、他の共犯者の役割まで指示してこれを実行させたものであって、三件の武器奪取の犯行で実行行為に加わらなかったというだけでは、その刑責を何ら軽減するものではなく、むしろ、被告人らの中で最も重いといわなければならない。

- (2) 被告人Aについて→次いで、被告人Aの本件各犯行における具体的行為内容を見るに、同被告人は、米空軍グラントハイツ強盗予備の犯行においては警備員を誘い出す役を引き受けてこれに接近し、七軒町派出所強盗予備の犯行においては気分の悪くなったSを介抱する風を装い、派出所建物内に侵入して勤務中の警察官の隙を窺い、さらに最後の朝霧事件においては、Sと共に自衛官を装って駐屯地内に侵入し、動哨中の甲自衛官と出会うや最初に殴る蹴るの攻撃を加え、Sに「銃を捜せ」と命じて自らもこれを捜し、その後腕章を奪い去るなど、右いずれも犯行においても実行行為者として積極的に極めて重要な行為をしているのであって、その責任は主謀者Kに次いで重いといわなければならない。

- (3) 被告人Sについて→本件一連の犯行における被告人Sの具体的な行為内容を見るに、武器奪取闘争において使用する目的からKの指示によりヘルメットを窃取し、米空軍グラントハイツ強盗予備の犯行においては、Aと共にH運転の自動車から降り、包丁を手にして車の陰に隠れ、Aの誘い出して来た警備員から右包丁で刺すなどしてその携帯する銃を奪う機会を窺い、七軒町派出所強盗予備の犯行においては衣類の下に包丁を携帯したうえ、気分の悪くなった風を装い、Aに介抱されるようにして派出所建物内に侵入し、Aの合図によって勤務中の警察官を刺すなどして、その携帯する銃を奪うべく機会を窺い、最後の朝霧事件においては、Aと共に自衛官を装い、レンタカーを運転して駐屯地内に侵入して動哨中の甲自衛官と出会い、Aと格闘となったと見るや、予め手に持った柳刃包丁で数回に亘って同人の右腹部を突き刺し、直接殺害行為を行つているのであり、右いずれの犯行においても積極的

に実行行為に出、ことに最後の朝霧事件においては被害者甲自衛官に直接死因となった傷害を与えていることを考慮するとき、被告人Sの刑責は極めて重大であるといわなければならないが、同被告人については昭和45年4月日大文理学部に入学し、哲芸研を介してKと知り合うや、同人の展開する武力革命理論に共鳴し次第に同人を信奉して行動を共にするようになり、本件犯行はすべて同人の指示乃至命令に基いて行われたものである。

- (4) 被告人Yについて→本件各犯行における被告人Yの具体的な行為内容を見るに、同被告人は、帝国ホテルに集合後Kの指示によりH運転のレンタカー助手席に乗ってグラントハイツ中隊正門まで至り、その際Hとのアベックかつ酔った振りを引き受けていたものであり(グラントハイツ強盗予備)、朝霧駐屯地自衛官強殺事件における幫助行為の具体的内容は前述のとおりであり、事案の重大性を考えるとき、同被告人に対する刑責は軽視できないといわなければならないが、右グラントハイツ強盗予備の犯行において被告人Yは正犯とはいっても、その加担した行為はA、Sはもとより、レンタカーを運転したHの行為に比しても軽微であったといえることができるし、朝霧駐屯地自衛官強殺事件における加担態様が幫助であることを考慮すれば、同被告人に対する刑責は他の共犯者らに比して一段軽いといわざるを得ない。また主としてKに対する前記のごとき個人的感情から右のような犯行に至った被告人Yの犯情も特段の考慮を払うべきである。

以上の事実から、本件においても、判決は「指示されて… 行為したもの」という態様を従犯と認定した。

なお、本件自衛隊朝霧駐屯地自衛官強殺事件控訴審判決(東京高判昭52・6・30判時886・104)では、共謀共同正犯の成立要件として『右謀議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っていることを要する』としたうえで、第一審の強盗殺人の共謀共同正犯の成立を否定し、

強盗傷人罪の共謀共同正犯を肯定し、また被告人Yに対しても強盗罪の従犯とした。更に、「量刑の理由」においては、『本件各犯行における被告人らの役割、犯行への加担の程度等を考慮すると、Kらの思想に共鳴したというよりも、むしろ同人に対する個人的感情から犯行に加担したとみられる被告人Yを除き、その余の被告人らの刑責は極めて重いというべきである。しかし、一連の犯行中、最も兇悪重大な朝霧駐屯地自衛官強殺等については、当審において、被告人らの共謀の内容が前示のように、強盗殺人ではなく強盗傷人であると認められたこと、その他記録及び当審における事実取調の結果にあらわれた被告人らについての個別的事情、すなわち、被告人Kについては、…各犯行の具体的な立案等は同被告人がなしたものの、同被告人が武器奪取という政治的意図を懷くについては滝田修こと竹本信弘の影響が大きく与っていること』と述べた(下点線筆者)。

控訴審判決から明らかになるのは、被告人Yの犯行関与の動機として「Kに対する個人的感情から犯行に加担した」という点が同被告人を従犯とした一理由とも考えられる。

ところで、本件朝霧自衛官殺害事件に関しては、控訴審判決の量刑の理由で触れられているとおり、被告人Kに影響を与えたとされるTに関する第一審判決が、つい先頃出た。

[191] 「強盗致死事件について、共謀に関する共犯者の供述を信用せず、共謀共同正犯の訴因に対し、幫助犯が認定された事例、強盗致死事件の幫助犯に対して懲役5年の刑が言い渡され、未決勾留日数が刑期に満つるまで算入された」強盗致死、建造物侵入、公務執行妨害被告事件(浦和地判平元・3・2判時 1333・3)がこれである。

事実の概要は、次のとおり。

朝霧自衛官刺殺事件に関しては、すでにK及び実行犯二名らに対する有罪判決が確定し、Kは懲役15年、Aは懲役14年、Sは懲役12年にそれぞれ処せられている(第一審判決は、浦和地判昭50・1・29判時 795・112、控訴審判決は東京高判昭52・6・30判時 886・104)。本判決の被告人は、Kの供述により、同

事件の首謀者として全国に指名手配され、事件の発生から11年後の昭和57年8月に逮捕され、以後6年余にわたって審理が続けられてきたものである。

本件に対し、検察官は、次のように主張した。曰く、

『K供述に変遷があると言っても被告人の著述を読んで関心をいだいた被告人を紹介され、その革命に対する情熱に感激し、あるいは心酔し、ついてはその革命構想に必要とされるメンバーの確保を指示され、被告人の著述でS、乙らに対する革命思想の教育を行い、Xを介してAから持ち込まれた武器奪取闘争の話を被告人に話し、被告人の指示でAと密談を重ね、その結果をふまえて被告人から本件一連の犯行の実行の指令を受け、あるいは激励され、A、Sらをしてハイツを襲撃させたものの失敗に終わり被告人に叱責され、第一次朝霧、七軒町派出所の襲撃にも失敗して被告人から本件敢行の激を受け本件犯行を敢行させたという大筋において、Kの自白が一貫していることに重要な意義がある』と。この点に関し、浦和地裁は、『Kが被告人と新左翼の活動家として一致協力していこうと意思の一致をみたこと及び被告人がKの逃亡を画策したことが認められるにすぎず、Kと被告人との共謀を右事実によって認定することは到底できない』と判示した。そして、『被告人とK間に本件犯行に向け共同意思主体が成立しその意思に基づいて本件が敢行されるに至ったとは認められない。…以上個々の検討した結果を総合すると、本件はKと被告人との共謀に基づくものではなく、Kが首謀者であり、新左翼の活動家としての自己宣伝のため周囲にいる日本大学の新左翼の活動家あるいは同調者及び元自衛官のAを使喚して敢行したものであり、被告人は単に資金協力をしたにすぎず、Kの背後には確たる新左翼の組織は存在しなかったものとみるのが相当である』と結論づけた。

ところで、検察官の「Kは被告人からハイツ闘争に発して本件に至るまでの各闘争計画の実行責任者に命じられた者」との主張に対しては、『Kはハイツ闘争から本件に至るまで一度たりとも実行行為を分担したことはないのみならず、犯行現場にすら赴いていない。実行責任者とされた者がKのような行動をとることは極めて不可解といわざるをえない』として、Kを本件の実行責任者

とみるのは困難であるとしている。

以上のような認定から、浦和地裁は、被告人に対し、実体法上の評価として、『ところで、武器奪取闘争は、奪取の際、武器管理者など相手の抵抗を排除するため、実行者において強度の暴行、脅迫に出ることが当然予想されるものであって、実行者が武器奪取闘争に出るかもしれないとの認識は、強盗の幫助犯の主観的要素として欠けるところがなく、本犯者の具体的犯行についての認識が欠けていても、幫助犯の認識については十分である。また、犯行着手前の闘争資金の援助は、典型的な幫助行為であり、その用途が明かでなくても、少なくとも受領者の心理において犯行遂行を容易とするものであって、本件送金が犯行実現の危険を増加させたという因果性を肯定できる。したがって、被告人の本件送金は本件犯行に対する幫助としての主観・客観両面の実体を備えたものと認められ、被告人には、実体法上、建造物侵入、公務執行妨害、強盗致死の幫助犯が成立するものと解する』と(下点線筆者)。

ここで、浦和地裁判決の特徴点は、「犯行着手前の闘争資金の援助は、典型的な幫助行為であり、その用途が明かでなくても、少なくとも受領者の心理において犯行遂行を容易とするものであって、本件送金が犯行実現の危険を増加させたという因果性を肯定できる」という点である。いわば『幫助行為とは正犯の犯罪実現の危険を増加させる行為である』と言っているのである。

他方、本件判決の「量刑の理由」をみると、

『被告人の関与は、正犯行為の準備段階で4万円の闘争資金を送金したというものであるが、送金された金銭の用途はつまびらかではなく、送金が正犯行為遂行の不可欠の前提であったとまではいえない。送金の正犯行為に対する影響は心理的なものであり、被告人の認識も、正犯行為を具体的に特定して認識した上で送金したのではなく、送金と正犯行為との結びつきが強いと断ずることはできない』という(下点線筆者)。

ここから理解されることは、被告人Tの本件犯罪関与は、本件各犯罪の実現の危険を増加せしめたが故に、本件犯罪と被告人Tの従犯の因果性を肯定したものと考えることができる。

それでは、次の判例はどのように解すべきか。

- [163] 「覚醒剤譲渡の実行担当者につき、正犯意思を欠き、故意のある幫助的道具であるとされた」競馬法、覚醒剤取締法各違反被告事件(横浜地川崎支判昭 51・11・25 判時 842・127)と、
- [169] 「覚醒剤を他人に注射した事案について、使用罪の共同正犯ではなく、幫助犯にとどまるとされた」強姦、覚醒剤取締法違反被告事件(大津地判昭 53・12・26 判時 924・145)である。

この両判決については、すでに『実行行為を行う従犯』の箇所を取りあげているので、ここでは、なぜ従犯とされたのかに焦点をあてることにする。

一般的に、学説上、本件については『故意ある幫助的道具の問題』として取り扱われている。横浜地裁川崎支部判決では、『被告人が覚醒剤 50 グラムを M に手渡した客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為における被告人は、覚醒剤譲渡の正犯意思を欠き、S の M に対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認む』としたもので、大津地裁判決では、他人に頼まれるまま同人に覚醒剤の水溶液を腕に注射してやった者につき、『自ら又は他人に覚醒剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚醒剤使用の正犯意思を欠き、I の覚醒剤使用行為を幫助する意思を有したにすぎないと認めざるをえないから、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認めるべく、これを正犯に間擬することはできない』としたものである(下点線筆者)。

この両判例からうかがえることは、実行行為を行っても、それが従犯になるということである。その発想の由来は、多数関与犯において、もっとも重く処罰されるべき者を正犯、軽く処罰される者を幫助犯とする点にある。それでは、両判決は、なぜ正犯とせず従犯としたのか。両判決にそのところの共通性は見いだすことができるのであろうか。中森教授は、「実行行為を行った者も正犯意思をもたなければ正犯たりえない、とする主観説の立場を明言している点で注目を集めた」として、判例は主観説の立場から従犯としたと解されている。

る⁵⁾。

まず横浜地裁川崎支部判決では、被告人の関与態様をつぎのようにいう。

- (1) 被告人はMから覚醒剤の調達の依頼を受け、Mの言い値でSと話をまとめたこと、
- (2) SはMと会うことを嫌い、覚醒剤を被告人に託して立ち去ったこと、
- (3) 被告人は託された覚醒剤をMに手渡し、Mからの代金支払についてSの指示に従ったこと、

(1), (2), (3)の関与行為態様から窺われることは、なる程被告人は覚醒剤をMに手渡したという覚醒剤譲渡たる実行行為の客観的事実は存在する。しかし、その中身は、M, Sの依頼を受け両者間の橋渡しをしたということである。

他方、大津地裁判決では、被告人の関与行為態様をつぎのようにいう。

「被告人は、Iにおいて自ら覚醒剤の水溶液を注射しようと試みる途中で、同人に頼まれるままその手で同人に注射してやった」と。

この点につき、覚醒剤の水溶液を注射器で人の身体に注射することは、それ自体が覚醒剤の使用と目される場合もあり得るとしたが、被告人は、自ら又は他人に覚醒剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いとした。この両判決で、共通するのは、いずれも『依頼を受け(頼まれて)…行為を行った』という事実である。このことは、私が先ほどあげた「所為を第三者の働きかけを受けて行った場合」の類型に該当する。他方、被告人等の関与行為が「他人を可罰的行為に誘惑した場合」にも「数人でなされた可罰的行為の起因者又は教唆者であった場合、若しくはこのような所為に指導的に関与した場合」にも該当しないこと、これまた明かである。

もともと「故意ある幫助的道具の問題」は、実行行為の関与の程度如何、又は分担行為における役割如何の問題だったのである。練馬事件判決においてさえ、「実行の方法、各人の行為の分担役割等についてまで、いちいち具体的に判示する必要はない」と判示しているのであった。しかし、横浜地裁川崎支部判決が挙げている食糧管理法違反被告事件に関する最高裁昭和25年7月6日判決に目をとおしてみると、運送会社の代表取締役が、その娘を介して、情を知っ

た会社の使用人たるSに命じてトラックを運転して米を運搬輸送せしめたものであるが、本件で争われたのは、運送会社の代表取締役が自ら米を運搬輸送したといえるかどうかであった。最高裁は、『Sがその情を知ると否にかかわらず被告人の行為が運搬輸送の実行正犯たることに变りはないのである』として、代表取締役の食糧管理法違反の正犯とした。実際に実行行為をなしていない被告人を実行正犯としたのか。上告趣意によれば、Sが本件の事情を知悉していたことによって間接正犯の場合にあたらないという。判決文を読めると、Sを教唆し又は同人と共謀した趣旨ではないといいながら、被告人たる代表取締役の正犯性を基礎づけたのは、『被告人が…会社の使用人Sに命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した』という点に、「可罰的行為の起因者」であるという意図が考えられる。他方、Sの関与行為は、「所為を第三者の働きかけを受けて行う場合」に該当するとも考えられるが、本件では刑事問題とされていない。

ところで、次の〔92〕「殺人罪について、幫助犯ではなく、共同正犯が成立するとされた」殺人被告事件(大阪高判昭53・5・11 判時919・112)は、どうであろうか。

妻Mが愛人I(かつて夫のもとで働いていた職人)と共に夫殺害に加功した事案について、第一審の大阪地裁は、妻Mには本件殺人の実行行為の一部の分担実行があったとはいえないから、実行共同正犯は成立せず、また、M、I両名間に、本件殺人の共謀、すなわち共同意思のもとに一体となって互に他の行為を利用し各自の犯罪意思を実行に移すことを内容とする謀議が成立したとするには疑問が残るから、共謀共同正犯も成立しないとして、妻Mを殺人の幫助犯に処したものである。

これに対して、大阪高裁は、次のように述べた。

共謀の成立の有無について、曰く、

『被告人M女は、本件犯行当夜、被告人Iが忍んで来た際、同被告人がどうしても同夜M男殺害の計画を実行する決意でいることを察知すると同時に、同被告人とともにM男を殺害することを決意し、そのことはおのずから被告人I

に通じたものと認めるのが相当であり、右の時点において被告人両名の間に本件殺人の共謀が成立したものである」とし、実行共同正犯の面からも、共同実行の事実については、共同者のおおのが実行行為そのものか、これに密接かつ必要な行為を行うことを要し、かつ、それで足るものとして、『被告人M女が睡眠薬をカルピスに溶かしてM男に飲ませ同人を熟睡させた行為は、これを右犯行の態様との関連において見た場合、少なくとも本件殺人の実行行為に密接かつ必要な行為に当たるものである』として、『被告人両名は、本件殺人を共謀し、それに基づきそれぞれ本件殺人の実行行為もしくはこれに密接かつ必要な行為を行ったものであるから、いずれにしても、本件殺人の共同正犯の刑責を負うべきものであるといわなければならない』（下点線・筆者）と結論した。

本判決では、被告人妻Mの殺害行為に関して、殺人の実行行為に密接かつ必要な行為にあたるものと判断したものである。すなわち、被告人妻Mが睡眠薬をカルピスに溶かして夫Mに飲ませ同人を熟睡させた行為は、被告人Iの夫M殺害行為にとって密接不可欠な行為であるとした。ただし、量刑について、大阪高裁は、次のように述べた。曰く、『被告人Iについては、早くからM男殺害を意図し、被告人M女を慫慂してM男に高額生命保険をかけさせ、長期間にわたって執拗に犯行計画を巡らし、逡巡する被告人M女に働きかけて遂にM男殺害を共謀せしめ、おおむね犯行の主動的役割を果たしたものと見られること、及び、被告人M女は、M男殺害を共謀するに至った過程ならびに本件犯行自体において、被告人Iに引きずられた嫌いがあり、同被告人との対比においては従属的立場にあったと見られること』（下点線・筆者）と。

本判決が、被告人両名の本件に関する立場・関与行為の役割等について、「被告人Iは、おおむね犯行の主導的役割を果たしたもの」とし、「被告人M女は被告人Iに引きずられた嫌いがあり、同被告人との対比においては従属的立場にあった」と述べている点は、本判決が被告人両名を共同正犯としたにせよ、主犯・従犯の区別に近い実行行為の分担関係を意図していたことを窺わせる。すなわち、被告人Iは「所為に指導的に関与した場合」であり、被告人妻Mは

「所為を第三者の働きかけを受けて行った場合」か又は「第二義的方法で関与したにすぎない場合」に該当する。そのあらわれが、科刑において、被告人Iに懲役12年、被告人妻Mに対し懲役8年が科されている。

次の判例は、

[175] 「強盗罪の共謀共同正犯の起訴に対し共謀の成立を否定して強盗幫助を認めた」強盗被告事件(千葉地松戸支判昭55・11・20判時1015・143)についてである。共犯者らが千葉銀行柏支店の現金輸送車を襲撃して現金4700万円余を強取したという事案について、

検察官は、共謀共同正犯成立の理由として、次の三点をあげた。曰く、

- (1) Cは当初被告人に本件犯行を打明けていなかったが、現金輸送車を襲撃する直前に犯行を打明けていること、
- (2) 被告人が犯行計画を打明けられながら離脱することなく敢えて犯行に及んでいること、
- (3) 被告人が本件で果たした逃走のための車の運転行為は本件犯行の中では決して軽微なものではなく、報酬として200万円を受領していること、

これに対して、千葉地裁松戸支部は、次のように判示した。曰く、

『本件において被告人が果たした役割は軽微なものではなく、むしろ必要不可欠なものであったこと、また、被告人が受領した金額は200万円であり、強取金額からすればさほどのものではないが、その役割分担に照らせば、それ相応の金額であるということもできないわけではないことが認められる』(下点線・筆者)としながら、他方、『被告人は前記のとおり1月12日の謀議、本件山林内の下見には全く参加させられておらず、常にCら三名において決定されていること、また、被告人が受領した200万円についても、本件強取金員をCら三名で三等分し、Cの取分から出されたものにすぎないこと、Cらにおいても、被告人を単に逃走用車輛の運転手としてしか考えていなかったこと』などから、被告人に、Cら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られないとした。本判決は、被告人の本件犯行で果たした役割の重要性(すなわち軽微なものではなく、むしろ必要不可欠なものであったということ)

を認めながら、従犯としたのは何故か。真実、主観的意思の欠如を理由に共謀共同正犯の起訴に対して幫助犯を認定したのであるうか。判文をよく読んでみると、罪となるべき事実において、千葉地裁松戸支部は、「現金4703万円を強取した際、右Cからの打明け話などによって予めその情を知りながら同人らの前記犯行を幫助する認識の下に、同人の指示に従い、自己の自動車で右山林内において同人らを待受け、同人及びDの両名を乗車させて同所からC宅まで運転走行して同人らを逃走させ、もって同人らの前記犯行を容易ならしめてこれを幫助したものである」と述べている。本判決においても、被告人は「同人の指示に従い、自己の自動車で右山林内において同人らを待受け、同人及びDの両名を乗車させて同所からC宅まで運転走行して同人らを逃走させ」というように判断したことがうかがわれる。すなわち「所為を第三者の働きかけを受けて行う場合」の類型に該当する。

なお、量刑については、『情状について考えるに、本件は、Bが業務上知り得た情報を悪用して、共謀のうえ、現金輸送車を白昼堂々と襲撃して多額の現金を強取した際、その情を知りながら自己の自動車でCらを現場から逃走させてこれを幫助したという事案であり、その首謀者が銀行内部の者であったことから金融機関に対する社会的信用を大いに失墜させ、社会に与えた影響が重大であること、被告人の果たした役割が本件において必要不可欠のものであったこと』としたが、それでも従犯としたのは、第三者の働きかけを受けて行為を行ったからであって、ただ、「被告人の果たした役割が本件において必要不可欠のものであった」というのは、銀行強盗の逃走の用を提供したからであるという点にあると考える。

以上のような判例の傾向は、最高裁に反映したであろうか。ここで、再度、いわゆる最高裁昭和57年決定を検討してみよう。

[41] 「大麻密輸入の謀議を遂げたものとされた」大麻取締法違反、関税法違反被告事件(最決昭57・7・16刑集36・6・695)について、
事案は、次のようなものであった。

被告人乙は、タイからの大麻密輸入を計画した甲から実行担当者となること

を頼まれたが、自己が執行猶予中であることから右申出を断ったが、大麻入手の欲求にかられて、自己の身代わりとして知人丙を紹介したほか、密輸入した大麻の一部を貰う約束で資金の一部を提供したというものである。

これに対して、**最高裁の決定要旨**は、次のとおりであった。曰く、

『大麻の密輸入を計画した甲からその実行担当者になって欲しい旨頼まれた乙が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、知人の丙に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代わりとして甲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を甲に提供したときは、乙は、これらの行為を通じ甲及び丙らと大麻密輸入の謀議を遂げたものと認めるべきである。』と。

本決定には、団藤裁判官の補足意見がある。本件に関する部分を要約すれば、

- (1) 大麻の密輸入を計画していた甲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、
- (2) 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認められる。

以上 (1), (2) は、『被告人にとって本件犯罪が自分のための犯罪で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、

- (3) 被告人は甲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丙を出したというのである(丙は被告人より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、たまたま被告人と丙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、丙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」とい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)。

(4) このような経緯で丙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る。

以上 (3), (4) は、『被告人は、単に本件犯行の共謀者の一員であるというのにとどまらず、甲とともに、本件犯行計画において丙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』と。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』とされる。

そこで、本件最高裁決定を検討する前に、本件第一審及び控訴審の判決を概観してみよう。

まず、第一審の大阪地裁は、被告人を大麻密輸入の共謀共同正犯と認定したが、「法令の適用」において、『被告人は、当初甲から本件犯行への参加を求められた際、執行猶予中の身であることを意識していったん断ったものの、重ねて同人から頼まれてこれを断り切れず、しぶしぶ参加したふしがうかがわれ、その参加の態様も従犯的である等諸般の事情を考慮し、同法 25 条 2 項を適用してこの裁判の確定した日から 4 年間右刑の執行を猶予し、同法 25 条の 2 第 1 項後段により右猶予の期間中被告人を保護観察に付する』(昭 56・4・15)とした(下点線・筆者)。

この第一審判決に対し、弁護人及び検察官からの控訴が提起された。まず、弁護人の控訴趣意は、本件において、被告人の所為は幫助犯にあたるもので原審の判決は事実を誤認していると主張し、検察官は、原判決の量刑は著しく軽きに失し不当である旨主張した。

これに対する控訴審の大阪高裁は、弁護人の控訴趣意に対し、次のような事実を認定した後、『被告人の所為は、本件犯行を助け、その実現を容易ならしめる幫助行為というにとどまらず、被告人を本件犯行の共謀者の一員と認めるに足りうるものというべきであって、これに対し正犯をもって問擬した原判決

に誤りはない』と判示した(昭56・9・17)。

- (1) 被告人は本件犯行を計画した甲からその実行担当者になって欲しい旨頼まれたのに対し、執行猶予中の身を理由にこれを断ったものの、
- (2) 他方、丙に対しタイ国から大麻を持ち帰ることを承諾させたうえ、同人を自己の身代わりとして甲に引きあわせるとともに、
- (3) 密輸した大麻の一部を被告人がもらい受ける約束のもとにその資金の一部を甲に提供したというものである、

更に、検察官の量刑不当との主張に対し、『こともあろうに右裁判が確定して僅か3か月もたたないうちに、またもや右甲に誘われるまま本件犯行計画に加わったものであって、その実行に加担しなかったとはいえ、自己の身代わりとして丙を誘い、同人をして大麻の運び役として実行させたこと』等に徴すると、「情状特ニ憫量ス可キモノ」があるとは到底考えられないとして、原判決の量刑は重ねて刑の執行を猶予した点において軽過ぎて不当であるとした。

ここで、本件第一審判決と控訴審判決を対比してみると、同じく共同正犯とはいっても、第一審判決では、本件犯行に対する被告人の役割・地位等に関し、「甲から頼まれてこれを断り切れず、しぶしぶ参加したふしがあるがわれ、その参加の態様も従犯的である」と判断したのに、控訴審判決では、「甲に誘われるまま本件犯行計画に加わったものであって、その実行に加担しなかったとはいえ、自己の身代わりとして丙を誘い、同人をして大麻の運び役として実行させた」としている点に顕著な相異を見ることができる。すなわち、前者では、「頼まれて、参加し、その参加の態様も従属的であった」、つまり所為を第三者の働きかけを受けて行った場合の類型として捉えているのに対し、後者では、「誘われるまま、犯行計画に参加し、身代わりとして、誘い、実行させた」、つまり誘われたとはいえ、さらに知人の丙を身代わりとして実行させた点で「他人を可罰適行為に誘惑した場合の類型」として捉えたということになる。ここに量刑の面で両判決に違いがでたのである。

ところが、最高裁は、この控訴審の大阪高裁の判決を支持した。しかも、最高裁決定には、次のような論理構成が窺われ、またそれは団藤博士の意見にも

結びついているように思われる。すなわち、

- (1) 甲に誘われるまま本件犯行計画に加わった、
- (2) その実行に加担しなかったとはいえ、資金の一部として20万円提供した、
- (3) 自己の身代わりとして丙を誘い、同人をして大麻の運び役として実行させた、

以上の(1)、(2)、(3)の認定事実のうち、(3)の事実を重視したのではないか。つまり(1)(2)の事実によって、本件大麻密輸入の共同関与者という大枠を設定し、その中で、(3)の事実を「他人を可罰的行為に誘惑した場合」の類型として認定することによって、本件共謀共同正犯を認定したといえることができるだろう。従って、団藤博士が『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』とされるのも、(3)の関与態様をこのように解された結果ではなかろうか。その意味で、本決定は一種の正犯の関与態様を呈示したものと評価することができよう。

最高裁昭和57年決定と類似した判例として、下級審判例ではあるが、
〔180〕「外国在住の日本人が密輸入用の拳銃及び実包を調達した事案について、輸入罪の共同正犯は成立せず、幫助犯が成立するとした」銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告事件(東京地判昭57・7・28判時1073・159,判タ486・177)がある。

そこで、本件東京地裁判決を検討してみよう。

事案の概要は、次のとおりである。

被告人甲はアメリカ合衆国に居住して観光案内業を営んでいた日本人であるが、同じく同地に居住して観光バス運転手をしている丙の依頼を受け、アメリカ人から拳銃及び実包を買受、これを丙に引き渡した。丙は右拳銃等を乙に引き渡し、乙はこれを日本に密輸入した。被告人甲は、丙に右拳銃等を引き渡した際、乙が本件拳銃等を日本に持ち込むためにアメリカに買付け来たことを知っていたというものである。

本件について、検察官は、「被告人甲が乙らと共謀の上乙において本件拳銃等を本邦内に持ち込んで密輸入した」との訴因で被告人甲を起訴した。

これに対して、東京地裁は、検察官の主張について『被告人は自己の利益を図る目的で本件拳銃等の調達に極めて重要な役割を果たしているのであって、被告人のこのような積極的な加功なしには乙の本件密輸入の各犯行もあり得なかったことは否定できないところであり、被告人に共同正犯としての刑責を認めるべきであるとする検察官の主張もあながち理由がないわけではない』（下点線・筆者）と理解を示しつつも、被告人甲の具体的な関与態様を次のように認定した。曰く、

- (1) 被告人は本件拳銃等の調達方を依頼された当初、アメリカ合衆国における永住権の取得を考えていたため、右依頼を承諾して拳銃を調達した場合に犯罪等に巻き込まれることを懸念し、拳銃を調達することについてはむしろ消極的な態度をとっていたのであり、丙からアメリカ国内では拳銃を買うことは違法ではないし、被告人には迷惑をかけない旨説得されてこれを承諾し、合法の範囲内にある拳銃等の売買に尽力する限度でこれに協力する態度をとり続け、本件拳銃の最終的な売渡し先については何らの関心を示さなかったこと、
- (2) 被告人の調達する拳銃等が乙によって本邦内に密輸入されるものであることを認識したものの、その後も乙においていかなる手段、方法を用いて右拳銃等を本邦内に密輸入し、どのように処分するのかについても同人に尋ねることすらせず、この点については何らの関与もしていないこと、
- (3) 被告人としては将来反復してこのような拳銃等の調達に協力するつもりはなく、乙による密輸入の成功、不成功及び帰国後の密売による利益の多寡等には経済的な利害や関心を全く有していなかったこと、
- (4) そもそも被告人はアメリカ合衆国に居住しており、日本から拳銃等の買付けに来た乙とは従前全く面識がなく、本件取引に関する限りの接触であり、また、丙とも知り合ってから日も浅く個人的に特に親密な交際をしていたものではないのであって、被告人とこれらの共犯者との間には、拳銃等を調達して報酬を得るという経済的な関係を離れて被告人において積極的に乙の本件密輸入の各犯行を成就させようと意欲するほどの緊密な人的関係は認めら

れないこと及び、

(5) アメリカ合衆国で生計を立て同国の取引慣習になじんだ被告人としては、カリフォルニア州においては拳銃等の売買が違法とはされていないところから、乙が買い付けた本件拳銃等をどのように処分するのかは乙自身の問題であり、被告人には関係のないこととして安易に本件拳銃等の調達方を引き受けてしまった面があること（下点線・筆者）、

以上のような認定事情から、東京地裁は、次のように認定した。

『被告人において本件拳銃等の調達という重大な行為をなしたとはいっても、いまだ被告人と乙らとの間に共謀共同正犯の成立に必要な前記のごとき謀議が成立し、被告人において乙の行為を手段として自己の犯罪意思を実現したものとまで認定することには疑問があり、結局被告人の拳銃等の密輸入に対する加功の程度は、右拳銃等の調達行為によって正犯者乙の各犯行を容易ならしめたにとどまるものとみるべきであり、幫助犯の成立を認定するのが相当である』（下点線・筆者）。

本件判決は、一方で、「本件拳銃等の調達に極めて重要な役割を果たしているのであって、被告人のこのような積極的な加功なしには乙の本件密輸入の各犯行もあり得なかったことは否定できない」として、被告人甲は本件犯罪実現に極めて重要な役割を果たし、しかも被告人甲のこのような積極的な加功なしには乙の本件密輸入の各犯行もあり得なかったとまで明言した。すなわち被告人の役割は本件犯罪実現にとって極めて重要でかつ必要不可欠とまで言っているのである。しかしながら、他方で、「いまだ被告人と乙らとの間に共謀共同正犯の成立に必要な前記のごとき謀議が成立し、被告人において乙の行為を手段として自己の犯罪意思を実現したものとまで認定することには疑問があり」として、幫助犯の成立を認定したのである。すなわち、幫助犯認定の理由は、被告人において乙の行為を手段として自己の犯罪意思を実現したものと認定することには疑問があるという点にある。この点を捉えて、主観的意思の欠如を理由に共謀共同正犯の成立を否定したと考えることも可能である⁶⁾。しかし、判例が認定した被告人の関与態様をよく読んでみると、(1) 丙の拳銃調達依頼

を承諾したものの、その態度は消極的であったこと、(2)拳銃の密輸入の方法、その処分等について無関心であったこと、(3)被告人と共犯者の間には被告人において積極的に乙の本件密輸入の各犯行を成就させようと意欲するほどの緊密な人的関係は認められないこと、(4)安易に本件拳銃等の調達方を引き受けたこと、の事実を認めることができるのである。これら被告人の関与態様は、「所為を第三者の働きかけを受けて行う場合」および「数人によってなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合」の両類型が考えられる。しかも本件で被告人が「可罰的行為の起因者」とは言いがたく、ましてや「所為に指導的に関与した場合」にも当てはまらない。この点を東京地裁は強調しなかったのではないか。それが、『自己の犯罪意思を実現したものとはまでは認定できない』という表現となったと解することもできるのである。このように判決文を解するならば、主観的意思の欠如を理由に従犯を認めたと明言できないのではないか。むしろ判例は客観的事実に即した判断を下していると評価すべきである。なお、被告人の関与態様が「数人によってなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合」の類型に当たるとするのは、量刑の理由のなかで「被告人における拳銃等の調達は拳銃等の売買が合法的に行い得るアメリカ合衆国カリフォルニア州で行われたもので、被告人としては同国では違法でないということから安易に本件犯行に加功したと認められること」としている点をあげることができる。

更に、同じく下級審判例であるが、〔182〕「拳銃等の密輸入の共同正犯の訴因に対し、幫助犯を認定した」銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反、関税法違反被告事件(大阪地判昭 58・11・30 判時 1123・141)もあげることができる。

本件は、先の最高裁昭和 57 年決定の事案とほぼ同一の事案である。

事実の概要は、次のようなものであった。

被告人が、F から拳銃及び実包をタイで買い付けて日本へ密輸入して売りさばく計画をもちかけられて協力を求められたところ、自己が執行猶予中の身であったことから、その実行担当者となることはできないと考えて、知人の O を

「運び屋」としてFに紹介して両名の間を取り持ったほか、Fから右拳銃等の買付資金を調達するために持ち込まれた融通手形の割引、換金を行い、F・Oが拳銃等密輸入の目的でタイに渡航するための航空券を手配してやったなどというものである。

本件に対し、検察官は、被告人は「F及びOとの間で判示拳銃及び実包の密輸入並びに関税遁脱未遂の各犯行につき共謀を遂げていたものであって共謀共同正犯としての罪責を負う」旨主張し、その理由として被告人は、右Fから、拳銃等を密輸入し、これを売り捌いて得た利益を山分けにする話を持ちかけられ、これに同意したものの、自己が執行猶予中であって表立った行動ができないことから、配下のOに協力を求め、同人を運び屋に仕立てたものであり、また、Fが入手した融通手形に裏書きしたうえ知り合いの金融業者に割り引かせて拳銃買付金を捻出するなど本件密輸入について首謀者的な立場で関与していたものである旨述べる。

これに対して、大阪地裁は、被告人の本件拳銃等の密輸入に関し行った具体的な行為の主なものとして、(1) FとOの間を取り持って両名が拳銃等密輸入の話をする機会を作ったこと、(2) 帰国後FからOへの連絡を取り次いだこと、(3) Fが入手した融通手形の割引を金融業者に依頼し、その割引金をOを介してFに届けたこと、(4) FとOがバンコク市へ渡航するための航空券を手配したこと、の四点の事実を認定したうえで、『これらはF及びOが行った拳銃等の密輸入に対して少なからざる役割を果たしており、被告人のかかる協力によって右両名の犯行が円滑になされたことは明かである。しかしながら、本件拳銃等の密輸入を計画し、主導的な立場に立ってこれを積極的に推進したのはFであること、被告人とF及びOとの地位関係ないし間柄は前記認定のとおりであるところ、被告人の前記(1)ないし(4)の各行為はいずれもFの依頼に基づくものであり、その動機は主として同人への義理を立てることにあつたのであって、本件拳銃等の密輸入計画に対する被告人の意向ないし態度は、義理である程度の協力はするが、自ら進んで積極的に関与しようとはしないというものであったと見られること』と認定した後、『本件においては、被告人の前記各行為に

よってF及びOが行った拳銃等の密輸入が円滑かつ容易になったとはいえても、いまだ被告人において右Fらと、右密輸入へ向けての共同意思の下に一体となって、同人らの行為を利用して自己の意思を実行に移すことを内容とする謀議を遂げたと認定することはできないものというべきである』と述べた(下点線・筆者)。

更に、『密輸入する拳銃の数量、密輸入の具体的方法、密輸入した拳銃の処分方法等について、なんらFに対して質問していないこと、前記のとおり融通手形の割引金の中からFに対する立替金をいち早く差し引いたことなどは、右密輸入計画に対する被告人の非積極的態度の現れである』とまで述べて、被告人の関与の度合いの低さを強調している。

そして、「量刑の理由」部分で、『被告人は長年暴力団に籍を置いて幹部の地位にあったこと、前刑の執行猶予期間中に本件犯行を敢行したものであることを併せ考慮すれば、その刑責は重いというべきであるが、被告人が本件幫助行為に及んだのは、暴力団内部での地位が自己より高いFからの依頼を受け、主に同人への義理を立てるためであったこと』(下点線・筆者)として、被告人の関与行為の態様を明らかにしている。

大阪地裁判決では、被告人の本件拳銃等の密輸入に対して果たした役割の重要性は、これを認めつつも、被告人の関与行為は「暴力団内部での地位が自己より高いFからの依頼を受け、主に同人への義理を立てるために」行ったものであると明言した。本件においては、被告人の関与行為の態様につき、「所為を第三者の働きかけを受けて行う場合」に明白に当てはまる。更に、判文中、「義理を立てるため」とか「非積極的態度の現れ」という文言も、被告人が「所為を第三者の働きかけを受けて行った」という事実を強調するものにほかならないといえるだろう。

[95] 「詐欺罪において、欺罔の手段となった物を提供した者について共謀共同正犯の成立を否定して幫助犯の成立を認めた」詐欺、横領、道路交通法違反、有印私文書偽造、同行使各被告事件(東京高判昭57・12・21 判時1085・150)について、事案は、次のとおり。

刀剣類のブローカーをしていたKが、同業者のOから無銘の日本刀と重要美術品認定通知書の用紙を入手し、右用紙を使用して文部省作成名義の重要美術品認定通知書を勝手に作り上げたうえ、顧客に対して、右通知書を示しながら、右日本刀があたかも重要美術品に認定された高価な刀であるかのように申し向け、同人をしてその旨誤信させ、同人から金員を騙取したというものである。

本件では、被告人Kが右日本刀等を用いて他人を欺罔して金員を騙取するであろうことを認識しながらこれらをKに売渡した被告人Oについて、詐欺罪の共同正犯が成立するのかが争点となったものである。

これに対して、東京高裁は、『甲に対し二回にわたる金員騙取の犯行を企て、その実行行為に及んだのが被告人Kであることは明白であり、同人が詐欺罪の正犯としての罪責を負うべきことは当然である』とした後、被告人Oについて、『同人が日本刀や重要美術品認定通知書用紙をKに売渡し、右日本刀を重要美術品として認定された刀であるかのように装うことをKに勧めるなどし、本件各詐欺の犯行の実現につき相当程度寄与していることは明かである』と認めつつも、『各詐欺の実行行為そのものを分担したものと認められず、また、Kとの間で各詐欺の犯行につき共謀があったと認めることも困難である』として、本件詐欺罪の共同正犯の成立を否定して、その幫助犯を認定したものである。その理由とするところは、判文によれば、『Oは、前記のように、Kが欺罔しようとする相手方や欺罔の方法、時期などについては何も聞かず、日本刀などを売渡したほかはKの犯行につきなんら介入、関与せず、Kから事後報告もうけていないし、騙取金員の配分もうけていない』点にあるという。従って、OにKとの共同犯行の意思があったものと見ることはできないとして、共同正犯の成立を認めた原判決を破棄して幫助犯を認めたものである。

本件判決の特徴は、まず、被告人のOの関与行為は、本件各詐欺の犯行の実現につき相当程度寄与していることは明かであるとして、その役割の重要性を認めつつも、被告人OはKの犯行態様につき「何も聞かず、介入せず、関与せず、配分も受けていない」点を強調しているのである。このような被告人Oの関与行為をどう評価すべきであろうか。「数人によってなされた可罰的行為に

第二義的方法で関与したにすぎない場合」の類型とでも考えられようか。

ただ、ここで注目すべき点は、詐欺罪の実行正犯たるKが懲役2年6月であったのに対し、その従犯とされた被告人Oが懲役2年の判決を言い渡されていることである。この点に関し、量刑の情状の中では、「それぞれ共同正犯あるいは従犯という評価の違いこそあれ、犯行の基本的手段となる日本刀や偽造の指定書などをNやKに交付し、犯行の実現に重要な役割を果たしている点において、犯情は甚だ悪質といわなければならない」(下点線・筆者)と述べている。この点に関する限りで考察すると、被告人Oの関与行為態様は、本件各詐欺罪の起因者にも等しいが、それが第二義的方法で関与したにすぎないが故に、従犯と評価したにすぎないと理解することができる。

次の事例は〔96〕「覚醒剤譲受の幫助犯ではなく、共同正犯と認めた」覚醒剤取締法違反被告事件(大阪高判昭59・3・14判タ535・304)であるが、事案は次のようなものであった。

Aが覚醒剤密売人たる甲から覚醒剤約100グラムの仕入方につき相談を受け、知り合いの暴力団組長乙及びその輩下の丙に連絡をとり、甲と乙・丙との間に立って両者間の右同量の覚醒剤取引を完結させたというものである。

本件では、第一審の大阪地裁は「被告人は、甲と共謀の上、営利の目的で、乙・丙から覚醒剤約100グラムを代金45万円で譲り受けた」旨の共同正犯の公訴事実に対し、被告人は甲に覚醒剤の仕入先を紹介する目的で好意的に同行したにすぎないとして、共謀の存在及び実行行為の分担を否定し、譲受の幫助犯が成立するにとどまるとした。

これに対して、大阪高裁は、被告人の関与行為について『被告人は、甲が乙及び丙から本件覚醒剤を譲り受けた犯行に密接に深く関与し、甲が乙や丙から本件覚醒剤約100グラムを譲り受けることができるようにその下準備の段階から甲において覚醒剤を受取るまで終始両者の間に立って尽力してきたものであって、被告人の関与がなければ本件覚醒剤の譲受の前提となる売買契約は成立しなかったとみられるから、被告人が果たした役割は本件覚醒剤の譲受けの結果実現に必要で欠くべからざる重要なものであったと認められる』とし、『右被告

人の代金支払い行為自体本件覚醒剤の譲り受けに密接で重要であるばかりでなくこれを含めて被告人が甲の本件覚醒剤譲り受けの犯行を完遂させる目的で終始同人に協力加担した行為は前記のとおり本件譲り受けの結果実現に必要で欠くことが出来ない重要なものであり、しかも犯行により甲の財産上の利益を図るとともに自分も利得を期待していたと認められるから、被告人は甲と共謀のうえ営利の目的で本件覚醒剤の譲り受けをしたものとして正犯と認めるべきであり、原判決が説示するように被告人が本件取引後甲の覚醒剤の密売に関与せず、その密売利益の分配を受けなかったことは右認定を左右するものではなく、被告人の所為を幫助の域にとどまると評価することは相当ではない』（下点線・筆者）と述べて、幫助犯を認めた原判決を破棄し譲受の共同正犯が成立するとした。

まさしく、本件では、被告人の関与行為が本件において果たした役割の重要性及びその不可欠性をもって共同正犯としたものである。それでは、その具体的内容を検討してみよう。まず、本件において、被告人が関与した行為の具体的な内容は、次のように整理することができる。

- (1) 被告人は、覚醒剤密売人の甲から覚醒剤を1グラム当り1万円位の値段で100グラムほど買えるところを世話してほしいと頼まれ、同人が購入した覚醒剤を密売して利益を図るものであることを知りながら同人のために覚醒剤を取扱っている暴力团组织九州一会の会長乙に信用があることを利用して同人に対し電話で覚醒剤100グラムを信用できる友人に譲渡してほしいと申し込み、
- (2) 乙がこれに応じる意思があることを確認するとともに覚醒剤の価格についても同人との間で1グラム当り5,000円ないし6,000円と概略を取り決め、
- (3) 乙と甲との間に立って連絡をとって取引の日を打ち合わせ乙を連れて飯塚市の九州一会事務所に向向き、
- (4) 乙にAを直接引き合わせて同人が信用できる男であることを保証し、甲と乙や丙との間で成立した本件覚醒剤約100グラムの譲受契約の締結を立ち会い、
- (5) 甲から預った現金の中から45万円をその代金として丙に手渡し、それと

引き換えに甲をして丙から本件覚醒剤を受領させたもの、
以上 (1) ～ (5) までの被告人の関与行為の態様は、その概略を要約すれば、
「被告人は、甲の依頼を受け、自らを信用している乙に電話で覚醒剤を注文し、
一応の価格も取り決め、両者の間に立って取引の日を打ち合わせ、当日甲を伴っ
て乙の事務所に行き、甲を乙に引き合わせ、甲と乙・丙との覚醒剤の授受に立
ち会い、その際、甲から覚醒剤代金を渡されこれを丙に手渡した」ということ
になる。すなわち、被告人は甲から依頼されたとはいえ、本件覚醒剤譲受に指
導的に関与している事実を明言することができる。つまり自ら注文し、価格を
取り決め、取引引き日を打ち合わせ、両者間の覚醒剤授受に立ち会い、現金の
受け渡しを行ったのであるから、被告人の関与行為は、「数人でなされた可罰
的行為に指導的に関与した場合」の類型の典型的な例である。ただし、第一審
の大阪地裁は、このような被告人の関与行為を甲に依頼され、好意的に同行し
たにすぎないと評価したのであるが、大阪高裁は、この第一審判決の評価を
「単なる好意だけで福井県の肩書住居から飯塚市まで遠路同行し本件覚醒剤の
取引現場に臨むという危険な行為に出たとは考えられない」と一蹴した。

次の事例は、実行行為の一部分担の事実を認めながら、共同正犯ではなくて
幫助犯とした、いわゆる〔185〕「共同実行の意思が認められないとして強盗
殺人未遂の共同正犯の成立が否定され幫助犯が認められた」強盗殺人未遂被告
事件(福岡地判昭 59・8・30 判時 1152・182)である。

本件については、すでに『実行行為を行う従犯』の箇所で触れたが、ここで
は視点を变えて量刑論的視座から検討を加えてみたい。その前に、福岡地裁の
判決要旨を概観しておく。まず、『実行行為一部分担の事実も、結局は共同実
行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎないことに鑑みると、当該行為者が
右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何
を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の
意思ありと解するのは相当でないと言うべきであって、前記推認を覆すに足り
るような特段の事情の存する場合であっても、共同実行の意思の存在を否定し
て、幫助犯の成立を認めるのが相当である』とした上で、『本件犯行を全体と

して見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられないこと、などの諸事情を窺うことができるのであって、これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない』と理由づけた。すなわち「実行の分担を共同意思・正犯意思認定の一材料にすぎないと明言し、犯罪の客観的要件を主観的要件に従属させる判断を示した」ものである。

本判決の量刑理由で、被告人の関与行為の態様はどのように評価されているであろうか。

まず、『かかる暴力団同志の対立抗争は、単に仲間内の殺し合いにとどまらず一般市民をも巻き添えにするおそれが多分にあり、その社会に及ぼす害悪のほどは計り知れないものがあるのであって、この意味において、いかなる事情があったにせよ、その情を知りながらかかる対立抗争に加担し、判示の幫助行為を行って、Aらの本件犯行を容易ならしめた被告人の刑責は、やはり重いと言わざるをえない』としつつも、他方で『被告人は、前記「共同正犯の訴因に対し幫助犯を認定した理由」において詳細に認定判断したとおり、同情すべき事情によって、本件犯行に巻き込まれ、その意に沿わぬ判示の各幫助行為をせざるをえなくなったものであるうえ、被告人の本件幫助行為も、本件強盗殺人未遂を全体として見る限り、必ずしも大きな地位を占めるものではなく、被告人自身、本件犯行において不可欠的な役割を果たしたものであること』と述べる(下点線・筆者)。

それでは、福岡地裁が認定判断した、「同情すべき事情によって、本件犯行に巻き込まれ、その意に沿わぬ判示の各幫助行為をせざるをえなくなった」とは、どういう事情であろうか。ここで福岡地裁が認定した事実を考えてみよう。

- ① 被告人は、Aから騙され、知らぬ間に本件犯行に巻き込まれたものであって、Aらの犯行計画を知った時には、既に犯行から離脱することがかなり困難な状態にまで陥っていたものであること、
- ② 被告人自身、Aに対し恩義を被っていたとか、特に深い付き合いがあった

とかの事実はなく、他の共犯者とも本件犯行前は全く面識がなく、さらに本件被害者たるEに対しては何の恨みもなかったことはもとより、被害者が何者であるかさえ知らなかったのであり、また、覚醒剤自体を必要とする事情があったわけでもないのであるから、被告人には、AらとともにEに対し強盗殺人を働かねばならぬ理由は全くなかったものといわざるをえないのであって、それにもかかわらず、被告人が本件犯行に加担したのは、そうしないと自己やその内妻にも危害が加えられるおそれを感じたからであること、

- ③ 他方、他の共犯者にとっても、被告人はせいぜいAの手下程度の者にすぎないのであって、謀議の際にも何等その役割が定められなかったし、被告人自身も行きがかり上仕方なくその場にいたにすぎず自ら進んで謀議に加わる意思があったとも思われないこと、
- ④ 被告人に対しては、Aからも、他の共犯者からも、本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実には報酬が与えられた形跡もないこと、
- ⑤ 本件犯行に際しても、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてAのその場その場の命令に従って、Aから言われるままに、判示の加担行為を行ったこと、
- ⑥ 覚醒剤を303号室から搬出した行為について見ても、それは、被告人がたまたまその時303号室に居合わせたから、Aが被告人に対し右搬出を命じたにすぎないのであって、仮に被告人が居合わせなければ、当然A自身が右搬出行為を行ったものと考えられ、Aが前記謀議の際及びBへの実行方法変更の指示の際に、覚醒剤は自ら搬出する旨明言していたこと、

以上の事実を認定しているのであって、本判決が『303号室から309号室に前記覚醒剤を搬出し、さらに309号室においてショルダーバックに右覚醒剤を入れ、これを持ってOとともにMホテルを脱出しており、この点で、被告人が本件強盗殺人未遂の実行行為の一部を担当したことは明らかである』とし、被告人の実行行為一部分担の事実を明言したとしても、上記⑥の事実から従犯と考

える余地もあると思われる。すなわち被告人が実行行為の一部を担当したのは、⑥の事実がいうように「命じられるまま搬出した」からであると。つまり「所為を第三者の働きかけを受けて行う場合」の類型に該当するからである。そして、更に、被告人の関与態様をあからさまに示すのは、上記⑥の事実から「所為を恐怖心から行う場合」の類型である。

このように判決文は、被告人の関与行為の態様を客観的事実に基づいてに認定しているのであって、そこから浮かびあがってくるものは、被告人は、本件において他人を可罰的行為に誘惑した者ではなく、可罰的行為の起因者でもその指導的な関与者でもなく、むしろ所為を第三者の働きかけを受けて行い、かつ恐怖心から行った者であると認定しているのである。

なる程、判文は主観的意思の重視という印象を呈しているようにも思われる。しかし、判文全体を通してよく目を向けてみると、判決理由→量刑の理由というプロセスのなかから、被告人の関与行為の態様等を明言している部分が随所に存在するのである。

次の判例は、ごく最近のものであるが、〔99〕「事前にそのコピーの入手希望者をつのるなどして実行行為者に協力した者の共謀共同正犯の成否」に関する自衛隊試験問題漏洩事件控訴審判決たる窃盗被告事件(札幌高判昭 60・3・20 判時 1169・157, 判タ 550・315)である。

事案は、次のとおり。

Yは、かつてIから試験問題を入手し不正合格したことがあったが、これを契機に両名は親しくなった。Yは、Iから幹候試験などの受験希望者がいるならば試験問題のコピーを売りつけてほしいと依頼され、数回にわたり、コピーの入手希望者をつのり、これをIに伝えた。Iは、その都度、試験問題を窃取してそのコピーをYに渡した。Yは、これを希望者らに渡し、その謝礼として合計140万円を受け取り、そのうち19万円を自分のものとし、残りをIに渡した。

本件に対して、第一審の札幌地裁は、

『YがIに対して各試験問題の必要科目を明示又は黙示に指定するなどして

入手を依頼した状況、その内容、時期、更にIがYの右依頼に応じて右各試験問題の窃取を決意し、これらを窃取する実行行為に及んだ経緯、その結果Yが入手しえた各試験問題の利用状況などを総合すると、YはIと共同意思のもとに同人と一体となりI又は同人と意思を相通じた者の行為を利用する意図で各試験問題の入手方を依頼することにより、自己の意思を実行に移そうとしたものと評価できる』として、窃盗罪の共謀共同正犯の成立を認めた。これに対して、札幌高裁は、『YはIの各試験問題の窃盗に際し、Iに対し、そのコピーの入手希望者を紹介し、かつコピーを売りつけることを約することによりIの各窃取行為を容易ならしめ、助長したということはできる』として、幫助犯の成立を認めたものである。その理由とするところを、次のように認定している。曰く、

- (1) YはIから右試験問題の窃取方法について具体的に説明を受けたことはなく、また、これについて詳細な知識をえようとしたこともないこと、
 - (2) 窃取方法などについて相談、打ち合わせなどしたことは全くないこと、
 - (3) YがIに対して試験問題のコピーの入手希望者を知らせたり、コピーを売りつけるなどしたとしても、それは、もともとIからコピーの売りつけを頼まれたことによるものであって、Y自身の固有の強い動機、利益、関心によって、同人の方から積極的にその入手方を依頼したとまでは認め難いこと、
 - (4) Yが窃取行為自体についてIに対して心理的拘束を感じさせるほど強く働きかけた形跡はないこと、
 - (5) 両者いずれも共同で窃取行為をするという意識をもっていたことはないこと、
- そして、以上の事実から、札幌高裁は『両者が共同意思の下に一体となって、互いに他の行為を利用して右各窃盗を行ったなどということはできない。YとIとの間に共謀共同正犯の関係を認めることはできない』と判示した。

本件では、YとIの犯行に関する具体的な関与形式を論究し、両者の関係を具体的に問い、Yの関与行為はIの各窃取行為を容易ならしめ、助長する行為であると認定したものである。

そこで検討するに、第一審判決では、YがIに試験問題の入手を依頼し、I

がこれに応じて右各試験問題の窃取を決意し、これらを窃取する実行行為に及んだという点を重視していることがうかがわれる。いわばYが本件犯罪の起因者またはIを本件犯罪に誘惑した者とも考えられる。しかも、Iは、実際に試験問題の窃取行為を行ったわけあるから、両者を共謀共同正犯に間擬することができたわけである。

ところが、札幌高裁は、Yの関与態様を詳細に検討して、原審の「YがIに試験問題の入手を依頼し」という点に関しては、『もともとIからコピーの売りつけを頼まれたことによるものであって、Y自身の固有の強い動機、利益、関心によって、同人の方から積極的にその入手方を依頼したとまでは認め難い』とし、また『Yが窃取行為自体についてIに対して心理的拘束を感じさせるほど強く働きかけた形跡はない』として、「Y→I」の依頼という図式につき積極的な入手依頼ではなく、また心理的拘束を感じさせるほど強く働きかけたものではないと認定し、いわゆる「実質的支配又は利用関係」を否定した。さらに、(3)の認定事実から、逆に「I→Y」の依頼という図式を強調しているようにもうかがわれる。

この点を、札幌高裁は、その「量刑の事情」のなかで、両者の関係を次のように述べている。曰く、被告人Iについて『被告人Iは、原判示の全事実に係わり、巧妙な方法でその大半の実行行為をし、100万円をこえる利得もえていて、その犯情は悪質である』とし、被告人Yについては『被告人Yは、本来の職務には忠誠を尽くしていたものであるところ、被告人Iに誘われて犯行に加担したものであり、経済的利得も少なく』とその事情を明言する。

本判決並びにその量刑の事情から、被告人I、被告人Yの関与態様を考えれば、被告人Iは「他人を可罰的行為に誘惑した場合」の類型であり、被告人Yは「所為を第三者の働きかけを受けて行った場合」の類型と規定することができる。

IV 要 約 一 判例・学説の総括と私の立場

以上、20余件近くの判例を分析・検討してきたが、その結論について、次

の事実が明らかになる。すなわち正犯・従犯の区別につき、判例は、なる程自己の犯罪実現意思、共同実行の意思を認定するにあたり、動機、利益の帰属、実現意欲の積極性といった心情的要素を重視しているということである⁷⁾。練馬事件最高裁判決で図式化した共謀共同正犯の基本的命題を、さらにその具体的内容、関与の程度、役割等を論究・認定することにより「正犯・従犯の区別」を実質的に行おうとしているふしがある。その点で、共謀共同正犯に「しほり」をかけようとの意図がうかがわれる。

しかし、判例が主観的要件を重視しているとはいっても、それが直ちに処罰の拡大を招くものではなかろう。つまり犯罪実現に対し重要な役割を果たさなかった者をも、その主観的意思内容のゆえに正犯領域にとり込まれる危険性があるという危険も存在しようが、それは犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型的判断基準を確立すれば足りる。判例は、すでにみてきたように、この点の一定の類型化を怠っていないということである。すなわち、正犯・共犯の区別の基準は、いわゆる**正犯者類型**として、

- (1) 他人を可罰的行為に誘惑した場合、
- (2) 数人でなされた可罰的行為の起因者又は教唆者であった場合、又はこのような所為に指導的に関与した場合、

が考えられ、いわゆる**加担者類型**として、

- (1) 所為を第三者の働きかけを受けて、又は恐怖心から若しくは服従心から行った場合、
 - (2) 数人でなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合、
- が考えられているのではないか。

これに関し、西田教授は、「確かに、共犯処罰においては、共犯として可罰的か否かが決定的であり、共同正犯か従犯かという区別は単なる量刑問題にすぎないという側面をもっていることは事実である。更に主観的要素の考慮が従犯の範囲を拡張する方向にのみ片面的に作用するのであれば、右のごとき考慮をあえて否定する必要もないのかもしれない。しかし、主観的要素の考慮が逆に作用する危険性、すなわち、犯罪実現に対し重要な役割を果たさなかった者を

も、その主観的意思内容のゆえに正犯領域にとり込む危険性は否定しえないのである。更に、既に述べたように、共同正犯と従犯の区別が単なる量刑事情ではなく犯罪事実であるとすれば、それは犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型的判断にとどまるべきであり、主観的心情的要素は酌量減輕や情状判断の資料として考慮すれば足りよう。」と述べられる⁸⁾。西田教授の指摘も一理ある。確かに、判例は、自己の犯罪実現意思、共同実行の意思あるいは正犯意思という主観的要素を強調している。その理由は、練馬事件最高裁判決の共謀共同正犯の基本的命題、否、多数関与犯を『集団による犯罪』と位置づけているからではないか。その根底には共謀共同正犯論＝いわゆる共同意思主体説との観念が依然として横たわっていることの証である。

しかし、刑法の責任主義、個別行為責任の原理を基本と解するならば、多数関与犯を『集団における犯罪』として捉えるべきである。事実、判例は、事実認定の領域では『集団における犯罪』として関与者の犯罪実現に対する事実的寄与度を具体的に検討しているのである。それを量刑の面で個別的に判断している面が理解される。

構成要件の行為＝実行行為を基準に正犯・共犯の区別を考える形式的実行共同正犯論は、『実行行為の一部分担行為』が存在するにもかかわらず、これを従犯とする判例の態度、及び故意のある幫助の道具の問題に適切な解決策を提出できない。また、中森教授が提起された『実行行為を行う従犯』の問題にどのような解答を与えるのか。判例は、実行行為概念は關係的・機能的な概念であるといっている（「殺人予備罪の従犯を」認めた最判昭37・11・8 刑集16・11・1522の原審名古屋高判昭36・11・27）。そこから実行行為を行っていない者も他人の行為を実質的に支配または利用して自己の犯罪意思を実現したという意味で、実行行為が存在するという。例えば、団藤博士は、その著書刑法綱要総論（昭和44年）の280頁以下では「正犯とは、実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者である」とされていたが、同書改訂版（昭和55年）の384頁以下では「正犯とは、犯罪を実行する者すなわち基本的構成要件該当事実を実現する者である」と修正された（下点線・筆者）。ここに、団藤博士の形

式的実行共同正犯論から実質的実行共同正犯論への偏向がうかがわれる。

判例のなかには、「実行行為以外の行為をもって被告人〇〇×の行為を容易ならしめて、その犯行を助長せしめたもの」という表現を用いているものもある。例えば、〔79〕「犯人が自ら基本的構成要件上の行為を分担実行する意思をもってその予備行為をした以上、その者は予備罪の共同正犯となるが、自ら基本的構成要件上の行為を実行する意思はなく単に他人の行為を幫助する意思で予備行為をなした者は予備罪の従犯となる」（大阪高判昭 38・1・22 高刑集 16・2・177 判時 342・38 判タ 146・69）、〔151〕「被告人甲の所為は被告人乙の B に対する強姦行為を、被告人乙の所為は被告人甲の A に対する強姦行為をそれぞれ容易ならしめる意思に基づき実行行為以外の行為により幫助したものに過ぎないというべきである」（大阪地判昭 44・12・12 判時 598・98、判タ 249・278）など。

しかし、実質的実行共同正犯論に対しては、共謀者が真に実行者を支配しているのであれば、実行者は道具であって正犯ではなく、更に、共謀者は単独正犯であって共同正犯ではないと考えなければならない⁹⁾。だからこそ、藤木博士は「間接正犯のアナロジーから説明しようとする考え方」すなわち間接正犯類似の構成とされ、更に、共謀者の実行の着手時期を実行担当者の着手時期に求める見解（共同正犯の実行従属性説）の立場にたたれる。この藤木博士の見解に対して、西田教授は、『規範的な意味において刑法43条にいう「実行」行為の概念は放棄されており、その実質は、共謀者が実行者に強い心理的影響力、心理的支配力を及ぼすことにより、実行に準ずるような重要な役割を果たした場合に共謀者の共同正犯性を肯定する見解であったというべきであろう』とされる¹⁰⁾。

そもそも共犯処罰の問題は、共犯として可罰的か否かが決定的なものであり、正犯か共犯かという区別の問題は単なる量刑問題にすぎないという側面をもっているとの指摘がある。すなわち加担者はなぜ処罰されるのかが問題なのである。それは「正犯—共犯」という二元的体系を前提とするからである。つまり刑法典は単独正犯が基礎であって加担者は例外的にのみ処罰されるという観念

に基づいている。しかし、加担者(教唆犯、幫助犯)といえども犯罪行為者に変わりはない。

加担者も犯罪行為を違法・有責に実現したから処罰されるのである。その点で直接的な犯罪行為者と変わらない。要は犯罪行為を直接的に行ったか、間接的に行ったかの違いによる。『犯罪行為者』という概念のもとでは、両者は包摂される。ただ犯罪関与の態様の相違が存在するだけである。いわゆる『正犯』が正犯として処罰される所以は、自ら犯罪行為を行ったからである。また、いわゆる加担者(=私の立場では加担者という概念は存在しない)が処罰されるのは、加担的であれ犯罪行為を行ったからである。すなわち犯罪行為を直接的に行ったか、間接的に行ったかの違いだけである。このように考えれば、多数関与犯は、犯罪行為を直接的に行う者と間接的に行う者とで実現する場合にほかならない。

従って、法律的に「共同正犯」、「教唆犯」、「幫助犯」と区別する前に、多数関与者を「共同関与者」という一定の枠で『しほり』をかけた上で、関与者各人の関与行為の態様それ自体を問うことになる。あるいはこの『しほり』を判例のいうように『共謀』概念で捉えてもよい。藤木博士のように実行共同正犯を共謀共同正犯の類型のなかで捉えるならば、いわゆる教唆犯もこの類型に入れ込むことが可能となろう。現に、牧野博士は「実行の分担に因る共同正犯に関し、通説の理論的構成を修正する必要があると信じている。一方の行為に対する他方の者の立場は、単純なる共同正犯の範疇に属するものではなくて教唆である。従って、そこには正犯と教唆との競合による共同正犯ということを考えねばならぬことになるのである」¹¹⁾と。この牧野博士の示唆は教唆犯も正犯と同様に責任が重いということを物語っている。

それでは、わが国の共犯体系のなかで、いわゆる共犯規定をどのように理解すべきであろうか。私は、現行共犯規定は関与行為の態様及びその取扱方を述べているだけであって、それ以上の意味はないと考える。学説上、61条の教唆犯の規定について、「正犯ニ準ス」との意味は、量刑の問題ではなくて、ただ正犯の法定刑に準ずる意味に解されている。従って、62条の幫助犯につい

ても正犯の法定刑の範囲内で63条により必要的減輕するといわれている¹²⁾。このことから理解されることは、加担者であれ、正犯の犯した犯罪行為の法定刑で処理すべしということだけであって、「正犯—共犯」の二元的体系及び正犯が基本的前提であり、共犯はそれに従属して成立するものだとまで法は述べていないのである。なる程、わが国の共犯論が法律上の規定により共犯体系を基礎としているとはいえ、「正犯—共犯」という図式を固執しているのは、単独正犯を前提とし、それに共犯は従属すると考える伝統的な犯罪論体系を維持しようとしているからである。

もし、わが国の共犯規定をこのように解するならば、「正犯—共犯」という図式は、法律上そのような名称が存在するだけであって、犯罪論体系を構築する場合には、『犯罪行為者の行為』という一個の概念でもって犯罪論を構成する必要がある。共犯規定は多数関与犯における関与行為の態様を明らかにしているにすぎない。従って、正犯か共犯かの区別は、量刑論の一側面を有するものであるが、他方、犯罪事実でもあるから、犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型判断をする必要があるともいえる。判例のそれぞれの判文をよく読んでみると、事実的寄与度に基づいた正犯者、加担者それぞれの類型が考えられるのであった。その意味で、多数関与犯に関する判例は、学説上の主義主張にも耳を傾けながら、別の面で犯罪実現に対する事実的寄与度の客観的類型を構築していることが判明したのである。

V 自説を補強するための2つの判例

最後に、多数関与犯の問題に関連して多数関与者の「故意」について、考えてみたい。思考の素材を提供するのが、〔40〕「現実の殺害行為を一定の事態の発生にかからせていた場合と殺人の故意の成立」に関する殺人、凶器準備結集、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告事件(最決昭56・12・21 刑集35・9・911)である。

本件は、組織暴力団の幹部であるYが抗争中の相手方暴力団の組長の弟を配下のものを使って殺させたという典型的な共謀共同正犯の事案において、謀議

の内容との関係で、被告人Yに殺人の故意を認めてよいかが問題となった事件である。

最高裁は、次のように決定でもって、本件を棄却したものであった。曰く、

『弁護人井上正治の上告趣意は、判例違反をいうが、原判決が共謀時における条件付故意は刑法における故意として何ら欠けるところはないというときの条件付故意とは、故意は単純に存在し、これに基づく実行行為だけが条件にかかっている場合を指していることが明かであり、所論の趣旨で刑法における故意は無条件のものでなくてもよい旨の判断を示しているわけではないから、所論は前提を欠き、適法な上告理由にあたらない』とし、その理由として、『原判決の認定したところによると、被告人はR及びKとの間で、被害者らがこがねビル四階の甲方に押し掛け又は喧嘩となるなどの事態になれば、被害者を殺害するもやむないとして、同人殺害の共謀を遂げ、その際、現実には殺害の実行に着手すべき右の事態については、Rら現場に赴く者の状況判断に委ねられた、というのである。そうすると、謀議された計画の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせていたとしても、そのような殺害計画を遂行しようとする被告人の意思そのものは確定的であったのであり、被告人は被害者の殺害の結果を認容していたのであるから、被告人の故意の成立に欠けるところはないというべきである』と判示した。

ここで、問題なのは、共謀時に被告人Yに殺人の故意ありということが出来るかである。

被告人と配下の者との間の謀議の内容は、被害者らが被告人の組長の家に押し掛け又は喧嘩となるなどの事態になれば、被害者を殺すこともやむをえないが、現実には実行に着手すべき右の事態については、現場に赴く者の状況判断に委ねるというものであった。弁護人は、原審以来、このような謀議では被告人の故意は条件付であるから、条件付故意は認められないという刑法上の定説に照らし、故意は成立していない旨主張した。これに対して、原判決は、本件の場合、故意は単純に存在し、これに基づく実行行為だけが条件にかかっている場合であって、このような「条件付故意」は刑法における故意として欠ける

ところはない旨の判断を示し、参照判例として、大判大14・12・1（刑集4・11・688）と最二判昭25・8・9（刑集4・8・1562）を引用している。前者の判例は、相手方の応酬が被告人の意に満たないときはこれを殺害するという決意をしていたときは、条件付の殺意ではあるけれども、殺人予備罪における故意として十分であるというものであり、後者の判例は、「場合によっては」あるいは「成行によっては」相手を殺傷するもやむをえない旨決意していたという判示は、被告人らが右のような決意をしたときに殺意があったことを意味しているというものである。

ところが、本件弁護士である井上正治博士は、原判決引用のこの両判決について、前者につき「条件付殺意があったにすぎなかったという事案ではなく、すでに殺意は確定的に存し、いつ実行するかという点において交渉の結果をまっていたにとどまる」とし、後者につき「条件付故意の問題を云々する事案ではない」と主張される。すなわち両判決ともすでに殺人の故意は確定的に存在した事案であって、ただ実行時期の問題だったということである。

他方、本件に目を向けてみると、謀議の段階では、被告人Yにはいまだ殺人の故意を有しない事案であった。すなわち「乙らがこがねビル四階の甲方に押し掛け又は喧嘩となるなどの事態になれば、乙を殺害することもやむをえない」という事案であって、ここにはまだ明確な殺意は存在しないのである。ただ存在するのはいわゆる条件付故意だけである。

ここで共謀共同正犯論の由来を、再び簡単に振り返ってみよう。

共謀共同正犯のリーディングケースとなった昭和11年5月28日の大審院聯合部判決における事実の要点は、共産党地下組織の資金部長の地位にある被告人が、資金獲得のため銀行襲撃を発案計画し、部員その他の部下に指令し、これらの者は、指令に応じて実行したというものであり、また昭和33年5月28日最高裁大法廷練馬事件の事例は、地下非合法組織の指導者と見られる被告人Yが、某警察官を襲撃、殴打すべきことを発案して、その計画の具体化を部下に指令し、その部下某は、これを承諾、その結果某の連絡により二つのグループの間で謀議が成立、謀議関与者の多数が実行したというもので、指導者とみ

られるYは、実行には一切関係なかったというものであった。両事例に共通するものは、犯罪遂行上実質的に重要な役割を演じた者が個々の実行行為をみずから分担しないのに、共同正犯の責任を問われているという事実である。更にこれまでみてきた判例のなかには、黙示的意思の合致による共謀を認めたり、いわゆる順次共謀も認められている。そして学説上「実行行為の具体的方法については実行担当者の判断に委ねるということがあっても、共謀の成立を妨げるものではない」(下点線筆者)¹³⁾ という見解もある。

以上の認識を基礎として、本件はどのように解すべきであろうか。まず第一審の長崎地裁は、その「量刑の事情」のなかで、被告人Yにつき『判示のとおり、殺人の共謀は、確定的に被害者の殺害を意欲したのではなく、条件的、迎撃的なものであった』と認めて、殺人罪の共謀共同正犯の成立を認定した。それに対して、第二審の福岡高裁は、その「量刑について」のなかで『被告人Yは原判示第一の犯行の首謀者であり、…とくに本件殺人等の黒幕的存在というべきであるが、右殺人の実行は現場に赴く被告人Rらの状況判断に委ねたものであったとはいえ、被告人Yの予想した事態に至る以前に、R及びKにおいて先走り実行したものである』として、第一審同様に殺人罪の共謀共同正犯の成立を認めた。一審、二審を通じて共通していることは、確定的に被害者の殺害を意欲したものではなかったという事実である。第一審はこのことを明言し、第二審は「右殺人の実行は現場に赴く被告人Rらの状況判断に委ねたものであったとはいえ、被告人Yの予想した事態に至る以前に、R及びKにおいて先走り実行したものである」(下点線・筆者)という文言から推測できる。ところが第二審の福岡高裁は、『故意の存否は実行に着手する時点において認識すべきものであるとすれば、いわゆる条件付故意もそれが現実化する実行の時点においてみることになるので、もはやその時点では条件的ではあり得ない。その意味では、条件的故意なるものが存在しないことは所論のとおりである。(なお、条件的故意は広い意味では未必的故意と同視されるが、未必的故意は実行の時点でも未必的たりうる点において、右の条件的故意とは異なる)。しかしながら、実行に着手する以前の時点、例えば共謀の時点においてみれば、当

該犯意が条件的に存在しうることは否定できないところである。尤も、共謀時に条件的であった故意も実行分担者の着手の時点においては、もはや条件的ではないので、前示のとおり故意は常に条件的たり得ないともいえるわけである。故意は単純に存在し、これに基づく実行行為だけが条件にかかっている場合であるということができよう』と述べているのである。

ここで、牧野博士の興味ある見解をみてみよう。共謀共同正犯における共謀者の責任は、共同正犯ではなく、むしろ教唆犯のそれであると解するのが理論上妥当であり、共謀共同正犯概念は、解釈上の過誤を犯していると批判され、共謀者を共同正犯と認め得ない根拠として、曰く、「通謀—すなわち陰謀—は、犯意が実行に対し決定的な程度に到達したものではない。そこには実行に対する決意が成立していない。されば陰謀から予備を経て行為が実行に進むのであり、着手に至ってその決意が成立する」¹⁴⁾ のであり「共謀に加わったのち犯罪の実行を他人の行為に委ねたのは共犯の種目としては教唆に属する。」「共謀者は実行担当者を決定した点において他人に犯意を確定せしめた者であるのである」¹⁵⁾ とされる。牧野博士の見解は井上博士の上告趣意のなかにその観念が窺われるように思われる。ところが、判例は、第一審から最高裁決定まで一貫して共謀共同正犯論に基づいて判断・認定しているのである。それが「量刑の事情」によくあらわれている。重複するが、簡潔に引用してみよう。まず第一審判決では、『本件殺人事件の発端は、直接的には、対立抗争中で一触即発の状況下にあったにもかかわらず、被害者が、相手暴力団の組長の居住し経営するビルに組員を引き連れて乗り込むなど無謀ともいうべき挑発的行動をとったことにあり、このような被害者の態度にも責任の一端があるものというべきである。次に、各被告人について考慮した点を述べる。まず、被告人Yは暴力団幹部で、本件殺人事件の共謀者の間では暴力団内の地位が最も高く、本件殺人現場に被告人RやKらを赴かせていること、本件凶器をはじめ、多くの拳銃やダイナマイトを他から購入してこれらを配下の組員に所持させるなどしていること、他方、判示のとおり、殺人の共謀は、確定的に被害者の殺害を意欲したものではなく、条件的、迎撃的なものであったことなど有利な事情も認められ

る。次に、被告人Rは、自ら確定的に被害者の殺害を意欲し、弟分のKに命じてその決意を固めさせて決行させたものであることからすれば、被告人Yと同様にその刑責は重い。他方、判示のとおり、本件殺人事件の犯行現場に赴いたのは被告人Yの指示によるものであることなど有利な事情も認められる。最後に、被告人Iは、本件殺人事件についてはKと共謀したとはいうものの、判示のとおり、その殺意は確定的に被害者の殺害を意欲したものではないうえ、犯行態様も幫助的であること』と述べ、第二審判決では、『被告人Rは被告人Yとの共謀の結果とはいえ、配下のKに対し「Mはあすこにおっぞ」と申し向けてMの狙撃を指示して、同人を殺害させたのであって、その責任は極めて大きく、…なお、職権により被告人Yに対する量刑を調査するに、被告人Yは原判示第一の犯行の首謀者であり、被告人Yの刑事責任は重く、とくに本件殺人事件等の黒幕的存在というべきであるが、右殺人の実行は現場に赴く被告人Rらの状況判断に委ねたものであったとはいえ、被告人Yの予想した事態に至る以前に、R及び小森勉において先走り実行したものである』と述べている（下点線・筆者）。

ここでは、被告人等の地位、役割及び被告人等の間の人的関係等を具体的に検討して共同正犯の成立を認めた。被告人Yについては、本件犯行の首謀者、黒幕的存在といい、被告人Rについては、被害者殺害の意思をもってKに命じて決行させたが、犯行現場に赴いたのはYの指示であったと認定する。すなわち被告人Yは本件犯行の起因者でありまた指導的に関与した者でもあり、更にRを犯行に誘惑した者（Rに指示して犯行現場に赴かせたこと）と考えられ、Rについては、第三者の働きかけを受けたにせよ（Yの指示であったにせよ）、被害者殺害の起因者及びKをそれに誘惑した者と認定したのである。他方、共謀の事実認定に関しては、上告趣意が主張するように、非常に意思内容が漠然としていて、条件付故意の如き意思内容であっても確定的意思内容であると認定していることから、「共謀」の概念内容が拡大されていることを窺わせる。要するに、判例は、『共同関与者』といえるかどうかの枠を拡大しつつも、共同関与者各人の具体的な関与行為の態様からいわゆる正犯・共犯の区別を試みよ

うと意図している、と感じるのだからいかなうか。

次の判例は、周知のとおり滋賀銀行山科支店事件判決(大津地判昭 51・6・29 (判例集未登載))である。

本件判決について、要点だけを整理すると、大津地裁は、『被告人O女の本件犯行は、一口で言えば男の甘言にのせられて銀行や顧客の金を取って、そのほとんどを男に貢いだということであるが、被告人O女は本件犯行のすべてについての実行行為者であって、ただ、男に騙されたというだけではなく、被告人みずからが、自分の意思で犯行をやめることもできたはずであり、それをしないで、Y男が、その金のほとんどを競艇の賭け金として消費するのを知りながら、Y男との関係をつなぎとめるために、Y男にせがまれるままに、(あるいは、みずから進んで)本件犯行を続けた責任は、すこぶる重大である』と認定した。

他方、被告人Y男は「滋賀銀行から巨額の金を領得したのはO女の単独犯行であり、自分としては、何らあずかり知らぬところである」として、被告人O女との共謀の事実を否定したが、大津地裁は、次のような理由で、共謀共同正犯の成立を認めた。曰く、

- (1) Y男はO女に再三にわたって、Hから預かっている金を融通するように頼んだこと、
- (2) O女が初めて銀行の金をごまかしたのも、Y男が執拗に指示したからである、
- (3) O女が十数回位犯行を重ねた頃、嫌がるO女を脅迫して、さらに金を都合つけた事実がある、
- (4) 本店の検査の間際、O女が預金証書の偽造に際し、Y男もこれを手伝っていること、
- (5) O女が甲銀行の本店などの口座へ電信送金した金をY男が懐にいられたこと等の事実を認定し、詐欺、横領の共謀共同正犯とした。

その理由について、

『本件犯行の実行行為の大部分は、O女によってなされたものであり、被告人Y男は、O女の犯行の詳細を知らず、犯行の手口はすべて、O女が考え出し

たものであるといいながら、それまで、真面目な銀行員であったO女を、このような史上空前の犯行に導き、手に入れた金のほとんどすべてを消費したのはY男である』と。

本判決のなかで、被告人兩名いずれも共謀共同正犯とされたのであるが、被告人らの関与行為態様については、なる程本件の実行行為を行ったのは被告人O女であるが、それは「第三者の働きかけを受けて」行ったものであり、Y男との関係をつなぎとめるために、Y男にせがまれるままに、又はみずから進んで本件犯行を続けたといい、他方、被告人Y男は史上空前の犯行に「導き」、「手に入れた金のほとんどを自ら消費した」のものという。すなわち「被告人Y男は被告人O女を本件犯行に誘惑した」という類型として考えることができる。

ところで、本件判決を言い渡したのは客観主義刑法学者滝川春雄である。量刑に際して、被告人Y男に対し懲役10年、被告人O女に対し懲役8年であった。ただ、本件で、被告人Y男の実行行為性については定かではない。判文から言えることは、被告人Y男の関与態様は誘惑し又は教唆者的な関与態様ということであろう。

更に、本件判例と同一線上にあるのは、いわゆるコンピューター犯罪の走りとも称すべき「三和銀行オンライン詐欺事件」をあげることができる。

[179] 「銀行の女子行員がオンラインシステムを操作し、あらかじめ開設しておいた預金口座に架空の預金を入金させた上、その一部を払い戻した事案について、私文書偽造、同行使、詐欺罪の成立を認めた」私文書偽造、同行使、詐欺、外国為替及び外国貿易管理法各違反被告事件(大阪地判昭57・7・27 判時1059・158)である。

本判決の量刑の事情のなかで、被告人兩名の関与行為態様について、次のようにいう。曰く、被告人Tについて、

『本件犯行の計画は同被告人において主導的に進めたものであること、騙取した金員のうち被告人M子が国外に逃走した際持ち出した500万円を除くその余の部分は被告人Tにおいて利得していること、… 同被告人が自己に好意を持ち、その意のままになることを奇貨とし、同被告人を本件犯行に加担させて

いること、被告人M子を本件犯行に加担させるについては、脅迫の意図はなかったとしても、暴力団が関与しているかのような虚言を弄しており、かつ、右の虚言は単に被告人M子に犯行を決意させあるいはその翻意を防ぐための手段にとどまらず、被告人M子において本件犯行に同意しなかった場合に同被告人からさらに金員を引出すための手段として用いられたもので極めて狡猾であること』と述べ、

更に、被告人M子について、

『何にもまして本件犯行は被告人M子なくしては実行不可能なものであり、かつ、現在の銀行業務を遂行するうえで不可欠であるオンラインシステムは、その前提として、これを取り扱う行員が職務を誠実に果すとの信頼のうえに成り立っているところ、在職14年で同銀行の信頼のもとに主任と呼ばれる地位にありながら、その信頼を裏切り、右オンラインシステムを悪用し、同銀行に多大の損害を与えていること、等を考え合わせると同被告人の刑事責任もまた重く、本件犯行はそもそも被告人Tの借金の返済のためのもので、被告人M子の利得のためではなかったこと、実行行為そのものは同被告人が行っているものの、犯行の計画は被告人Tが主導的に行ってきたもので、被告人M子はこれに追隨してきた面の多いこと、同被告人が本件犯行を決意するについては、被告人Tの判示のような虚言に影響されたことは否定できないこと』（下点線筆者）として、被告人Tに対し懲役5年、被告人M子に対し懲役2年6月に処した。

本件判決においても、被告人Tが本件犯行を主導的におこなったものであり、被告人M子は実行行為そのものは行ったが、被告人Tに誘惑され、かつ追隨してきたものであると述べている。

以上の事実から、判例は、関与行為の態様自体のなかから、いわゆる正犯者の態様と加担者の態様を分類して類型化していることを認めることができる。実行行為を行った者が常に正犯者となるのではなく、また、実行行為を行わなかった者が常に加担者となるのでもない。むしろ関与行為の態様自体のなかから、いわゆる正犯者の態様と加担者の態様のそれぞれの類型化が必要である。現行刑法典が共犯論について、共同正犯、教唆犯、幫助犯の三分類的類型を規

定している以上、これに従わざるを得ないが、しかし「犯罪行為者」というメルクマールは上述の三分類的類型も含んでいるのである。したがって、これら三分類的類型の区別は、犯罪行為者＝関与者という統一的な概念で犯罪論を構成するならば、関与行為の態様如何＝犯罪実現に対する事実的寄与度が基準となる。その場合、事実的寄与度の判断基準は関与行為自体の危険性ということになろう。つまり正犯者的関与態様は「危険創出」が根底に存在し、加担者的関与態様は「危険増加」で基礎づけられよう。

すでに触れたいいわゆる正犯者的関与態様は、(1)他人を可罰的行為に誘惑した場合、(2)数人でなされた可罰的行為の起因者又は教唆者であった場合、又はこのような所為に指導的に関与した場合、が考えられ、これらの関与態様はまさに「危険創出」をその根底としているし、いわゆる加担者類型として、(1)所為を第三者の働きかけを受けて、又は恐怖心から若しくは服従心から行った場合、(2)数人でなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合、の関与態様は「危険増加」が考えられている。

判例は、この事実的寄与度を認定した事実に基づき、量刑の事情ないし量刑の理由で判断を下していることが理解された。なる程、判例は行為者の主観を重視するような表現を好んで用いている。例えば、自己の犯罪実現意思、共同実行の意思とか正犯意思を。しかし、そこには共謀共同正犯論＝共同意思主体説というような思考論理が存在し、それに拘束されているのではないか。練馬事件最高裁判決が樹立した「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」という基本的命題を維持するのあまり、多数関与犯の場合には、この基本的命題に該当するか否かが判例の任務であるかのように、あらゆる判例のなかで唱えられている。しかも「共同意思の下に一体となって」という文言を実証するためには、関与者の主観的要件を重視せざるを得ない宿命をも負っているといえる。

他方、そのような宿命を負わされているにもかかわらず、判例、とくに下級

審判例は、練馬事件判決を前提としつつも、独自の共謀共同正犯論の樹立に力を注いでいる事実は、これを認めないわけにはいかない。それが関与者の関与態様自体に目を向けるという事実である。

- 1) 例えば、西田「共謀共同正犯について」平野龍一先生古希祝賀論文集(上巻) 361 頁以下、同「共謀共同正犯論—肯定説の立場から—」刑法雑誌 31 巻 3 号 304 頁以下、松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌 31 巻 3 号 313 頁以下参照。
- 2) 西田「前掲論文」刑法雑誌 31 巻 3 号 311 - 312 頁参照。
- 3) Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: Müller - Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 21ff und 44ff.,
- 4) Kienapfel, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, S. 3., なお、本判例の評釈については、西田「正犯の概念—共働正犯と従犯の区別」堀内・町野・西田編『判例によるドイツ刑法(総論)』190 頁以下参照。
- 5) 中森喜彦「実行行為を行う従犯」判例タイムズ 560 号 69 頁参照。
- 6) 例えば、西田「前掲論文」平野古希祝賀論文集(上巻) 361 頁以下、松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌 31 巻 3 号 39 頁以下参照。
- 7) 西田「前掲論文」平野古希祝賀論文集(上巻) 380 頁、同刑法雑誌 31 巻 304 頁以下、松本・前掲論文 313 頁以下、中森「実行行為を行う従犯」判例タイムズ 560 号 71 頁参照。
- 8) 西田「前掲論文」平野古希祝賀論文集(上巻) 383 頁参照。
- 9) 中義勝「共同正犯の正犯性」斎藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』182 頁以下、同「共謀共同正犯」法律時報 37 巻 1 号 14 頁参照。
- 10) 西田「前掲論文」平野古希祝賀論文集(上巻) 374 - 375 頁参照。
- 11) 牧野「刑法改正案と教唆の独立性」刑法研究 7 巻 171 頁参照。
- 12) 団藤「前掲書改訂版」385 頁 390 - 391 頁、木村「刑法総論」418 頁, 424 頁参照。
- 13) 藤木「前掲書」353 頁参照。
- 14) 牧野「刑法改正案と共犯の独立性」法学協会雑誌 50 巻 143 頁参照。
- 15) 牧野「共謀共同正犯雑考」法曹時報 2 巻 2 号 5 頁参照。

判 例 総 索 引

【最高裁判例】

〔共同正犯関係〕

(1) 強盗傷人被告事件(最判昭22・11・5 刑集1・1)

判示事項 共犯者の一人の加えた傷害と共犯者全員に対する強盗傷人罪の成立

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

(2) 強盗窃盗被告事件(最判昭23・3・11 刑集2・3・185)

判示事項 見張りとは共同正犯

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

(3) 強盗窃盗被告事件(最判昭23・3・16 刑集2・3・220)

判示事項 屋外の見張りとは強盗又は窃盗の共同正犯

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

(4) 強盗傷人強盗同末遂住居侵入被告事件(最判昭23・4・17 刑集2・4・384)

判示事項 強盗共謀者の一人の加えた傷害と共謀者全員に対する強盗傷人罪の成立

☆参考

札幌高等裁判所(原審)判決

(5) 窃盗赃物故買被告事件(最判昭23・5・1 刑集2・5・435)

判示事項 窃盗の意思で強盗の見張りをした者の責任

☆参考

大阪高等裁判所(原審)判決

(6) 傷害致死傷害被告事件(最判昭23・5・8 刑集2・5・478)

判示事項 暴行の共謀をしながら実行しなかった者の責任

☆参考

福岡高等裁判所(原審)判決

(7) 強盗被告事件(最判昭23・5・25 刑集2・5・507)

判示事項 屋外の見張りとは強盗の共同正犯

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

- (8) 強盗窃盗強盗傷人被告事件(最判昭23・7・20 刑集2・8・979)

判示事項 見張りとは共同正犯、共謀の日時場所の判示の要否

☆参考

大阪高等裁判所(原審)判決

- (9) 強盗同未遂窃盗銃砲等所持禁止令違反被告事件(最判昭23・7・22 刑集2・9・995)

判示事項 日本刀を携帯して強盗することを共謀して見張りをした者の日本刀不法所持についての責任

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

- (10) 強盗窃盗詐欺傷害被告事件(最判昭23・10・30 刑集2・11・1427)

判示事項 見張りとは強盗窃盗詐欺傷害

☆参考

大阪高等裁判所(原審)判決

- (11) 公務執行妨害被告事件(最判昭23・12・14 刑集2・3・1751)

判示事項 共同正犯と事前の打合せ

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

- (12) 強盗傷人被告事件(最判昭24・2・8 刑集3・2・113)

判示事項 共同正犯の成立要件としての「共謀」の意義

☆参考

広島高等裁判所(原審)判決

- (13) 贓物運搬強盗幫助公務執行妨害銃砲等所持禁止令違反被告事件
(最判昭24・10・1 刑集3・10・1629)

判示事項 贓物故買者の運搬行為と贓物運搬罪の不成立

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

- (14) 強盗窃盗住居侵入被告事件(最判昭25・2・16 刑集4・2・184)

判示事項 共謀共同正犯の成立

☆参考

大阪高等裁判所(原審)判決

- (15) 強盗窃盗等被告事件(最判昭25・4・20 刑集4・4・602)

判示事項 ①共謀共同正犯における共謀者の責任、②共謀共同正犯の判示として

各共謀者が実行行為をしたか否かを明示することの要否

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

- (16) 住居侵入傷害致死被告事件(最判昭25・6・27 刑集4・6・1096)

判示事項 共同正犯の一事例

- (17) 強盗住居侵入被告事件(最判昭25・9・21 刑集4・9・1735)

判示事項 見張りは犯行現場を見通しうる場所でなければならないか。

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

- (18) 傷害致死幫助等被告事件(最判昭25・10・10 刑集4・10・1965)

判示事項 正犯が人に傷害を加えるべきことを認識して幫助をしたところ正犯が殺意をもって人を殺害した場合における幫助者の罪責

☆参考

高松高等裁判所(原審)判決

- (19) 詐欺等被告事件(最判昭26・9・28 刑集5・10・1982)

判示事項 実行者の具体的行為の内容を認識しない通謀者の責任

- (20) 有毒飲食物等取締令違反被告事件(最判昭28・1・23 刑集7・1・30)

判示事項 過失により有毒飲食物等取締令第1条第1項に違反した罪と共同正犯

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決

- (21) 監禁被告事件(最判昭28・6・17 刑集7・6・1289)

判示事項 ①人を逮捕し引き続き監禁した場合の擬律、②監禁罪が成立するために要する脅迫の程度、③監禁の動機目的と監禁罪の成否、④同時に同一場所に数人を監禁した行為と罪数

☆参考

札幌高等裁判所(原審)判決

- (22) 尊属殺人被告事件(最判昭31・5・24 刑集10・5・734)

判示事項 刑法200条の罪は犯人の身分により構成すべき犯罪か

☆参考

東京地方裁判所(第一審)判決(昭29・9・17)

東京高等裁判所(第二審)判決(昭30・9・17)

- (23) 関税法違反被告事件(最決昭32・7・19 刑集11・7・1987)

判示事項 密輸出未遂罪の成立する事例

(24) 強盗傷人被告事件(最判昭 32・10・18 刑集 11・10・2975)

判示事項 共謀による強盗傷人の一罪として処断すべき事例

☆参考

京都地方裁判所(第一審)判決(昭 31・3・6)

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭 32・2・28)

(25) 業務上横領被告事件(最判昭 32・11・19 刑集 11・12・3073)

判示事項 身分的共犯の処罰

☆ 参考

水戸地方裁判所土浦支部(第一審)判決(昭 29・9・30)

(26) 傷害致死暴行暴力行為等二関スル法律違反窃盗各被告事件

(最判昭 33・5・28 刑集 12・8・1718) (いわゆる練馬事件)

判示事項 ①いわゆる共謀共同正犯の成立要件、②実行行為に関与しない共謀者の刑責と憲法 31 条、③「共謀」または「謀議」は、紀要帽共同正犯における「罪となるべき事実」であるか、④共謀の判示方法、⑤被告人本人との関係における共犯者の犯罪事実に関する供述と、憲法 38 条 3 項にいわゆる「本人の自白」、⑥数人間の順次の共謀と共謀共同正犯の成立

☆参考

東京地方裁判所(第一審)判決(昭 28・4・14)

東京高等裁判所(第二審)判決(昭 28・12・26)

(27) 傷害致死傷害銃砲刀剣等所持取締令違反被告事件(最判昭 33・6・17 刑集 12・10・2142)

判示事項 共謀による傷害致死罪が成立する事例

☆参考

福井地方裁判所(第一審)判決(昭31・1・31)

名古屋高等裁判所金沢支部(第二審)判決(32・1・26)

(28) 暴力行為等処罰二関スル法律違反爆発物取締罰則(最判昭 34・5・7 刑集 13・5・489)

判示事項 暴力行為等処罰二関スル法律第1条第1項にいわゆる「数人共同シテ」同条項に掲げる刑法各条の罪を犯すことを共謀したが自らは実行行為を分担しなかった者の責任

☆参考

福岡地方裁判所小倉支部(第一審)判決(昭 29・3・29)

福岡高等裁判所(第二審)判決(昭 30・4・25)

(29) 関税法違反被告事件(最判昭 34・5・8 刑集 13・5・657)

判示事項 納税義務者でない者につき関税遁脱の共同正犯が成立するか

☆参考

名古屋地方裁判所(第一審)判決(昭 30・2・14)

名古屋高等裁判所(第二審)判決(昭 31・8・9)

(30) 殺人予備被告事件(最判昭 37・11・8 刑集 16・11・1522)

判示事項 殺人予備罪の共同正犯にあたりとされた事例

☆参考

名古屋地方裁判所(第一審)判決(昭 36・4・28)

名古屋高等裁判所(第二審)判決(昭 36・11・27)

(31) 強姦恐喝被告事件(最判昭 40・3・30 刑集 19・2・125)

判示事項 強姦罪と身分のない者の加功

☆参考

東京地方裁判所(第一審)判決(昭 36・6・5)

東京高等裁判所(第二審)判決(昭 37・8・22)

(32) 麻薬取締法違反被告事件(最判昭 42・3・7 刑集 21・2・417)

判示事項 麻薬取締法第 64 条と刑法 65 条 2 項にいう「身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキ」

☆参考

神戸地方裁判所(第一審)判決(昭 41・2・17)

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭 41・6・11)

(33) 銃砲刀剣類等所持取締法違反被告事件(最決昭 42・12・14 判時 507・74)

判示事項 拳銃購入のあっ旋はその不法所持の幫助犯となるか

(34) 公職選挙法違反被告事件(最判昭 43・3・21 刑集 22・3・95)

判示事項 (1)公職選挙法に定める金銭供与の罪に関する共同謀議、(2)右の共謀者間において交付された金銭の一部につき共謀に基づく供与等のなされたことが認められる場合においてすでに交付者に対し右供与等の罪につき無罪判決が確定しているときと交付罪の成否

(35) 弁護士法違反、同教唆、恐喝、窃盗被告事件(最判昭 43・12・24 刑集 22・13・1625)

判示事項 弁護士法第 72 条違反の罪の教唆犯が成立しないとされた事例

☆参考

静岡地方裁判所沼津支部(第一審)判決(昭 41・5・20)

東京高等裁判所(第二審)判決(昭 42・6・14)

(36) 強姦幫助被告事件(最判昭 43・10・15 判時 540・83)

判示事項 いわゆる輪姦の幫助者に対する訴追と告訴の要否

☆参考

札幌高等裁判所(第二審)判決(昭 42・7・20 判時 499・80)

札幌地方裁判所(第一審)判決

(37) 補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律違反被告事件

(最判昭 52・3・16 刑集 31・2・80)

判示事項 補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律 29 条 2 項にいう交付する者にあたらないとされた事例

☆参考

那覇地方裁判所(第一審)判決(昭 50・9・26)

福岡高等裁判所那覇支部(第二審)判決(昭 51・3・15)

(38) 傷害致死、公務執行妨害、恐喝、暴力行為等処罰に関する法律違反、監禁、傷害、風俗営業等取締法違反被告事件(最判昭 54・4・13 刑集 33・3・179)

判示事項 暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が殺人罪を犯した場合における他の共犯者の罪責。

☆参考

神戸地方裁判所(第一審)判決(昭 48・5・10)

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭 52・9・26)

(39) 公然猥褻幫助被告事件(最判昭 56・7・17 判時 1014・137)

判示事項 一個の公然わいせつ行為を幫助したとされた事例

(40) 殺人、兇器準備結集、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告事件(最判昭 56・12・21 刑集 35・9・911)

判示事項 現実の殺害行為を一定の事態の発生にかからせていた場合と殺人の故意の成立

※(参照) 最高裁への井上正治弁護人の上告趣意。

☆参考

長崎地方裁判所(第一審)判決(昭 55・3・5)

福岡高等裁判所(第二審)判決(昭 56・5・19)

(41) 大麻取締法違反、関税法違反被告事件(最決昭 57・7・16 刑集 36・6・695)

判示事項 大麻密輸入の謀議を遂げたものとされた事例(団藤重光裁判官の意見)

☆参考

大阪地方裁判所(第一審)判決(昭 56・4・15)

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭56・9・17)

(42) 殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告事件

(最判昭59・3・6 刑集38・5・1961, 判時1113・140, 判タ525・103)

判示事項 謀議の内容において被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせていた場合といわゆる共謀共同正犯者としての殺人の故意の成立

☆参考

大阪地方裁判所(第一審)判決(昭57・4・12)

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭58・3・15)

(43) 殺人幫助事件(最判昭60・12・19 判時1194・138)

判示事項 事実誤認を理由として、殺人の事実を認定した第一審判決及び殺人幫助の事実を認定した控訴審判決を破棄自判した事例

☆参考

山口地方裁判所岩国支部(第一審)判決(昭56・12・2)

広島高等裁判所(第二審)判決(昭58・6・23)

〔教唆犯・幫助犯関係〕

(44) 公文書偽造教唆偽造公文書行使幫助収賄被告事件(最判昭23・10・23 刑集2・11・1386)

判示事項 ①公文書無形偽造教唆行為の共謀者の一人が他の共謀者に謀ることなく公文書有形偽造教唆行為をした場合と他の共謀者の責任、②偽造公文書を虚偽公文書と考えてこれを他人に交付した者の責任

☆参考

広島高等裁判所(原審)判決

(45) 贈賄幫助贈賄被告事件(最判昭24・12・6 刑集3・12・1884)

判示事項 贈賄の相手方たる警察署長の職務権限に関する判示の要否、供与の申込をした賄賂の没収

(46) 食糧管理法違反被告事件(最判昭25・7・6 刑集4・7・1178)

判示事項 他人の手足として米を運搬輸送して者がその情を知っていた場合と右米を運搬輸送させた者の食糧管理法違反罪の責任の有無

☆参考

東京高等裁判所(原審)判決(昭24・12・8)

(47) 窃盗教唆住居侵入教唆被告事件(最判昭25・7・11 刑集4・7・1261)

判示事項 ある住居侵入窃盗を教唆した場合において被教唆者がこれと異なる他の

被害者に対して住居侵入強盗をしたときの教唆者の罪責

☆参考

広島高等裁判所岡山支部(原審)判決(昭24・10・27)

(48) 金融緊急措置令違反被告事件(最判昭26・1・17 刑集5・1・1)

判示事項 金融機関でない者が金融機関従業員を欺き封鎖支払を受けた場合の罪責

☆参考

名古屋地方裁判所(第一審)判決(昭22・8・9)

名古屋高等裁判所(第二審)決定(昭23・11・30)

(49) 物価統制令違反臨時物資需給調整法違反各教唆被告事件(最判昭26・12・6 刑集5・13・2485)

判示事項 教唆犯の成立

(50) 殺人被告事件(最判昭27・2・21 刑集6・2・275)

判示事項 通常の意思能力のない被害者に縊首の方法を教えて縊首させた所為と殺人罪

☆参考

神戸地方裁判所(第一審)判決(昭25・9・11)

(51) 恐喝未遂横領被告事件(最判昭27・9・19 刑集6・8・1083)

判示事項 ①刑法第65条にいわゆる「身分」の意義、②横領の目的物を犯人が占有する状態は右にいわゆる「身分」にあたるか

☆参考

名古屋高等裁判所(原審)判決(昭25・12・15)

(52) 虚偽公文書作成行使詐欺被告事件(最判昭27・12・25 刑集6・12・1387)

判示事項 ①公務員の身分を有しない者が虚偽の申立をなし情を知らない公務員をして虚偽の証明書を作成させた行為と刑法156条の間接正犯、②公務員の身分を有しない者が虚偽の申立をなし情を知らない公務員をして作成させた虚偽の証明書を行使した行為と虚偽公文書行使罪の成否、③係員を欺罔して旅券の下附けを受ける行為と詐欺罪の成否

☆参考

福岡高等裁判所(原審)判決

(53) 麻薬取締法違反被告事件(最判昭28・3・5 刑集7・3・482)

判示事項 いわゆる囹捜査はこれによって犯意を誘発された者の犯罪の成否および訴訟手続に影響するか

☆参考

京都地方裁判所(第一審)判決(昭26・10・1)

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭27・6・30)

(54) 放火教唆被告事件(最判昭28・6・12 刑集7・6・1278)

判示事項 被教唆者がみずから犯罪を実行しないで第三者を教唆して犯罪を実行せしめた場合の第一の教唆者の責任

☆参考

大阪高等裁判所(原審)判決(昭26・6・25)

(55) 地方公務員法違反被告事件(最判昭29・4・27 刑集8・4・555)

判示事項 地方公務員法第61条第4号にいう「そそのかす」罪の成立要件

☆参考

福島地方裁判所(第一審)判決(昭27・6・5)

(56) 国税犯則取締法違反被告事件(最判昭29・5・20 刑集8・5・692)

判示事項 国税犯則取締法22条1項の文書による扇動罪の成立時期

☆参考

静岡地方裁判所(第一審)判決(昭27・10・3)

東京高等裁判所(第二審)判決(昭28・6・25)

(57) 麻薬取締法違反被告事件(最判昭29・11・5 刑集8・11・1715)

判示事項 いわゆる囹捜査はこれによって犯意を誘発された者の犯罪の成否に影響するか

☆参考

横浜地方裁判所(第一審)判決(昭26・10・17)

東京高等裁判所(第二審)判決(昭27・7・29)

(58) 窃盗被告事件(最判昭31・7・3 刑集10・7・955)

判示事項 他人の所有管理にかかる物件を不法領得の意思をもって恰も自己の所有物の如く装い第三者に売却搬出せしめた所為と窃盗罪の成否

☆参考

福岡地方裁判所(第一審)判決(昭28・11・30)

福岡高等裁判所(第二審)判決(昭29・4・26)

(59) 虚偽公文書作成行使詐欺収賄被告事件(最判昭32・10・4 刑集11・10・2464)

判示事項 補助者たる公務員が情を知らない上司を利用して虚偽の公文書を作成した場合の罪責

☆参考

仙台地方裁判所(第一審)判決(昭 29・7・23)

仙台高等裁判所(第二審)判決(昭 29・11・4)

(60) 殺人業務上横領被告事件(最判昭33・11・21刑集12・15・3519)

判示事項 ①被害者の意思の瑕疵と刑法202条の嘱託、承諾、②偽装心中は殺人罪にあたるか

☆参考

和歌山地方裁判所田辺支部(第一審)判決(昭 30・7・11)

大阪高等裁判所(第二審)判決(昭 31・5・9)

(61) 道路交通取締法違反重過失致死傷犯人隠避教唆被告事件

(最判昭 35・7・18 刑集 14・9・1189)

判示事項 犯人に対する犯人隠避教唆罪の成立

☆参考

東京高等裁判所(第二審)判決(昭 34・12・21)

(62) 犯人蔵匿教唆道路交通法違反業務上過失致死被告事件(最決昭 40・2・26 刑集 19・1・59)

判示事項 刑訴法第 402 条に違反しないとされた事例

☆参考

熊本地方裁判所八代支部(第一審)判決(昭 39・6・22)

福岡高等裁判所(第二審)判決(昭 39・10・21)

(63) 証憑偽造教唆等被告事件(最決昭 40・9・16 刑集 19・6・679)

判示事項 自己の刑事被告事件に関する証憑偽造の教唆犯の成立

☆参考

宮崎地方裁判所日南支部(第一審)判決(昭 39・3・17)

福岡高等裁判所(第二審)判決(昭 40・1・19)

(64) 道路交通法違反、同法違反教唆、道路運送法違反被告事件

(最決昭 46・9・28 刑集 25・6・798)

判示事項 無免許運転教唆罪と道路交通法75条所定の運行管理義務違反の罪との罪数

☆参考

山形地方裁判所(第一審)判決(昭 44・12・8)

仙台高等裁判所(第二審)判決(昭 45・5・19)

(65) 銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反殺人教唆被告事件

(最判昭 59・4・24 刑集 38・6・2196, 判タ 528・154)

判示事項 殺人教唆等の公訴事実につき被教唆者の供述の信用性を肯定しアリバイ成立を否定した原審の判断が支持し難いとして破棄された事例

☆参考

福井地方裁判所(第一審)判決(昭54・2・15)

名古屋高等裁判所(第二審)判決(昭56・4・14)

- (66) 道路交通法違反被告事件(最決昭42・3・16 判時479・62, 判タ206・137)

判示事項 道路交通法72条1項違反の罪の教唆犯が成立するとされた事例

- (67) 道路交通法違反、犯人隠避教唆被告事件(最決昭60・7・3 判時1173・151)

判示事項 犯人に対する犯人隠避教唆罪の成立

☆参考

名古屋高等裁判所(原審)判決(昭60・1・17)

【高裁判例】

〔共同正犯関係〕

- (68) 窃盗、同未遂被告事件(東京高判昭24・12・22 高裁判時16・21)

判示事項 共同正犯と従犯の相異

- (69) 覚醒剤取締法違反被告事件(福岡高判昭27・6・11 判特19・100)

判示事項 覚醒剤取締法にいわゆる所持にあたらな一事例(実行行為を行う従犯)

- (70) 食糧管理法違反被告事件(名古屋高判昭27・12・10 判特30・21)

判示事項 共同正犯と従犯との区別

- (71) 窃盗被告事件(東京高判昭28・7・8 判特39・9)

判示事項 窃盗共犯の起訴事実は認められないが窃盗幫助が認定できる場合直ちに起訴事実の証明なしとして無罪の言渡をすることの可否

- (72) 強盗傷人被告事件(札幌高判昭28・6・30 高刑集6・7・859)

判示事項 他人の強盗の事実を認識してその機会を利用した者の強盗傷人罪の成立

- (73) 放火未遂被告事件(仙台高秋田支判昭29・5・11 判特36・94)

判示事項 共謀共同正犯における謀議の態様

- (74) 強盗致死被告事件(名古屋高判昭29・10・28 裁特1・10・427)

判示事項 1. 他人の犯罪行為を傍観していたに過ぎない場合と共同正犯の成否、
2. 他人が被害者を昏倒せしめたのを傍観していて被害者が昏倒したのに乗じて財物を奪取した者の責任

- (75) 覚醒剤取締法違反被告事件(福岡高判昭30・5・28 裁特2・12・577)

判示事項 他人が製造した覚醒剤注射液を空アンプルに注入する行為は製造罪の正犯か従犯か

- (76) 昭和 25 年東京都条例第 44 号違反公務執行妨害傷害被告事件
(東京高判昭 32・7・20 高刑集 10・8・633)

判示事項 集団行進の際に行われた暴行脅迫行為につき右集団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の要件

- (77) 監禁致傷恐喝監禁銃砲刀剣類所持禁止法違反被告事件
(東京高判昭 34・12・7 高刑集 12・10・980)

判示事項 不法監禁罪において途中からこれに加担した者は、加担前の監禁をも含めてその全部について責任を有するか

☆参考

東京地方裁判所(原審)判決(昭 34・7・7)

- (78) 強盗、窃盗被告事件(名古屋高判昭 36・8・15 下刑集 3・7＝8・676)

判示事項 強盗罪につき共謀共同正犯の成立を認めえない事例

- (79) 出入国管理令違反幫助関税法違反被告事件
(大阪高判昭 38・1・22 高刑集 16・2・177, 判時 342・38, 判タ 146・69)

判示事項 密出国企図罪(実質上予備にとどまるもの)の幫助は処罰されるか

- (80) 傷害致死等被告事件(東京高判昭 40・6・7 判タ 180・144)

判示事項 傷害の暗黙の共謀を認定した事例

- (81) 強姦等被告事件(大阪高判昭 41・6・24 高刑集 19・4・375)

判示事項 共謀関係の消滅を認めた事例

- (82) 特別背任等被告事件(東京高判昭 42・8・29 高刑集 20・4・521)

判示事項 商法第 486 条第 1 項所定の身分がなくかつその会社に対し任務を負わない者が右身分のある者と共謀して同法条項所定の行為をした場合の処罰

☆参考

新潟地方裁判所新発田支部(第一審)判決(昭 42・2・15)

- (83) 殺人、恐喝各被告事件(大阪高判昭 42・10・17 判時 510・78, 判タ 218・252)

判示事項 未必の殺意に基づく殺人の共謀共同正犯の成立を認めた原判決を破棄した事例

- (84) 傷害被告事件(東京高判昭 45・2・24 判タ 249・251)

判示事項 傷害事件について、犯行の現場に来合わせはいたが、実行者とあらかじめ共謀したことも、現場共謀も認められないとして、無罪を言い渡

した事例

- (85) 窃盗、強盗致傷、恐喝未遂被告事件(東京高判昭48・6・14月報5・6・1012)

判示事項 強盗致傷の共謀共同正犯が成立するとされた事例

- (86) 有印私文書偽造、同行使、詐欺被告事件(東京高判昭48・11・14判時737・105)

判示事項 共謀共同正犯を幫助と認定するにつき訴因変更手続を要しないとした事例

- (87) 兇器準備集合(原審認定、同幫助)、公務執行妨害、傷害、放火未遂、建造物侵入未遂、放火予備、犯人隠避被告事件(東京高判昭49・7・31高刑集27・4・328,判時763・106,判タ316・256)

判示事項 兇器準備集合罪と共謀共同正犯の成否

☆参考

東京地方裁判所(原審)判決(昭48・4・16判時716・114)

- (88) 収賄等被告事件(東高判昭50・2・4東高時報26・2・19)

判示事項 収賄罪の共謀共同正犯の訴因につき幫助犯が認定された事例、右の場合訴因変更手続を要しないとされた事例、期待可能性の主張が排斥された事例

- (89) 覚醒剤取締法違反被告事件(東京高判昭50・11・26東高時報26・11・196)

判示事項 覚醒剤譲り受けの共同正犯の訴因につき幫助犯が認定された事例

- (90) 覚醒剤取締法違反被告事件(東京高判昭51・9・28東高時報27・9・130)

判示事項 原判決が覚醒剤の所持ないし所持幫助を否定したのに対し、共謀による所持罪が認められた事例

- (91) 覚醒剤取締法違反被告事件(東京高判昭52・2・16月報9・1＝2・29)

判示事項 覚醒剤所持罪の共同正犯が成立するとされた事例

- (92) 殺人被告事件(大阪高判昭53・5・11判時919・112)

判示事項 殺人罪について、幫助犯ではなく、共同正犯が成立するとされた事例

- (93) 兇器準備集合、火炎びんの使用等の処罰に関する法律違反、公務執行妨害、傷害被告事件(東京高判昭56・7・15判時1023・138)

判示事項 実行共同正犯の訴因から現場共謀による共同正犯への訴因変更の要否

☆参考

- (93) 事案と類似した事例

東京高等裁判所(東京高判昭55・2・25判時980・127)

- (94) 暴力行為等処罰に関する法律違反等被告事件(東京高判昭55・1・30判タ416・173)

判示事項 自ら実行行為を分担しなかった者についての共謀共同正犯の成否

- (95) 詐欺、横領、道路交通法違反、有印私文書偽造、同行使各被告事件

(東京高判昭 57・12・21 判時 1085・150)

判示事項 詐欺罪において、欺罔の手段となった物の提供者と共謀共同正犯の成否

- (96) 覚醒剤取締法違反被告事件(大阪高判昭 59・3・14 判タ 535・304)

判示事項 覚醒剤譲受の幫助犯ではなく、共同正犯と認めた事例

- (97) 監禁、監禁致傷被告事件(名古屋高判昭 59・9・11 判時 1152・178)

— いわゆる戸塚ヨットスクール事件控訴審判決—

判示事項 監禁場所から逃亡した者に対して加えられた暴行による傷害につき、
監禁の共謀共同正犯者の責任が否定された事例

- (98) 詐欺被告事件(大阪高判昭 60・1・25 判タ 559・304)

判示事項 詐欺罪における犯意および共謀の成立について

☆参考

大阪地方裁判所(原審)判決(昭 59・2・29)

- (99) 窃盗被告事件(札幌高判昭 60・3・20 判時 1169・157)

— 自衛隊試験問題漏洩事件控訴審判決

判示事項 事前にそのコピーの入手希望者をつくるなどして実行行為者に協力した者の共謀共同正犯の成否

- (100) 殺人被告事件(東京高判昭 60・9・30 判タ 620・214)

判示事項 共謀共同正犯の成否、順次共謀に関して各謀議の間に同一性・連続性が認められない事例

- (101) 強盗、強盗致傷、関税法違反等被告事件(福岡高判昭 61・9・11 判タ 625・238)

判示事項 関税法 111 条 1 項の密輸出罪の共同正犯を認定した第一審判決を破棄し、同罪の従犯を認定した事例

- (102) 傷害致死被告事件(大阪高判昭 61・12・10 判時 1259・129)

判示事項 傷害致死の共謀共同正犯を認めた原判決が破棄され、同時傷害致死罪が成立す

- (103) 覚醒剤取締法違反被告事件(大阪高判昭 62・4・2 判時 1238・154, 判タ 652・262)

判示事項 覚醒剤の共謀による共同所持の成否

[教唆犯・幫助犯関係]

- (104) 窃盗被告事件(大阪高判昭 27・4・28 高刑集 5・5・714)

判示事項 輸送貨物の荷札取換の方法による窃盗罪成立の時期

- (105) 殺人被告事件(仙台高判昭 27・9・15 高刑集 5・11・1820)

判示事項 自殺者の意思の瑕疵の原因が犯人の故意行為による場合

- (106) 業務上横領私文書偽造同行使窃盗被告事件(広島高判昭 27・10・3 高刑集 5・13・2345)

判示事項 刑法第 235 条にいわゆる窃取の意義

- (107) 虚偽有印公文書作成行使詐欺被告事件(広島高判昭 30・7・13 高刑集 8・6・775)

判示事項 ①「稟議書」は文書偽造の客体たる「公文書」に該当するか、②「稟議書」の名義人とその捺印の意義、③偽造若しくは変造の「稟議書」または虚偽の「稟議書」の行使罪が成立する時期

☆参考

松江地方裁判所(原審)判決(昭 28・9・1)

- (108) 窃盗麻薬取締法違反被告事件(東京高判昭 32・7・15 高刑集 10・5・439)

判示事項 医療法に依拠して開設された診療所の所長たる医師が麻薬管理者または麻薬施用者の免許を有しない場合における麻薬の自己施用のための持出と窃盗罪の成否

☆参考

宇都宮地方裁判所(原審)判決(昭 32・2・5)

- (109) 名誉毀損被告事件(仙台高判昭 32・1・30 判タ 70・661)

判示事項 名誉毀損罪の幫助犯が成立する一事例

- (110) 強盗傷人、売春防止法違反被告事件(広島高判昭 41・11・1 判時 477・72)

判示事項 ①売春防止法 13 条 2 項の法意、②賃借人の管理売春を黙認した家屋賃貸人の責任

- (111) 窃盗同未遂被告事件(東京高判 42・3・24 高刑集 20・3・229)

判示事項 郵便局の区分係が郵便物の受取人名義を自己宛に配達されるように書き変え郵便物区分棚に差し置きその一部は既に配達され他の一部は上司に怪しまれて配達されなかった場合の擬律

☆参考

東京地方裁判所(第一審)判決(昭 41・11・24)

- (112) 自転車競技法違反、銃砲刀剣類所持等取締法違反幫助、火薬類取締法違反幫助、暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件(大阪高判昭 43・3・12 判時 531・86)

判示事項 新旧両法にまたがる他人の拳銃不法所持を旧法当時においてその拳銃の購入をあっせんすることにより幫助した者に対する擬律

- (113) 業務上横領、同幫助、有価証券偽造、同行使各被告事件(高松高判昭 45・1・13 判時 596・98)

判示事項 農協の出納事務担当者である農業共済組合の組合長より預金の払戻請

求をうけ同人が払戻金を横領する意図であることを知りながら払戻に応じたことを業務上横領罪の幫助に該当するとした事例

(114) 殺人幫助被告事件(東京高判昭 45・11・20 判タ 261・353)

判示事項 傷害致死幫助の主張を排斥して殺人幫助罪の成立を肯認した事例

(115) 出入国管理令違反幫助等被告事件(東京高判昭 48・4・26 判タ 297・367)

判示事項 密出国企図罪の教唆・幫助罪の成否

(116) 児童福祉法違反、同教唆、売春防止法違反被告事件

(東京高判昭 50・3・10 家裁月報 27・12・76)

裁判事項 他人を教唆し児童をして自己を相手方として淫行させた場合の罪責

(117) 児童福祉法違反教唆被告事件(名古屋高判昭 54・6・4 判時 955・136)

判示事項 他人を教唆し、同人をして児童に淫行をさせる行為を実行させた場合には、右淫行の相手方が被告人自身であったとしても、児童福祉法 34 条 1 項 6 号違反の罪の教唆犯の成立するとした事例

(118) 兇器準備集合、現住建造物等放火未遂、火災びんの使用等の処罰に関する法律違反、往来妨害、建造物等以外放火、有線電気通信法違反、兇器準備集合、現住建造物等放火未遂、火災びんの使用等の処罰に関する法律違反各教唆各被告事件(東京高判昭 57・5・20 判時 1072・154)

判示事項 新東京国際空港関係施設に対するゲリラ戦への参加を指示する言辞が本犯のなすべき犯罪行為について教唆犯の成立に必要な程度に特定されているとされた事例

(119) 殺人教唆等被告事件(名古屋高判金沢支昭 60・12・19 判時 1204・148, 判タ 620・243)

判示事項 暴力団の抗争事件につき、背後者を被告人とする実行行為者の供述は信用できないなどを理由に無罪を言い渡した事例

(120) 逮捕監禁、殺人、死体遺棄被告事件(大阪高判昭 62・10・2 判タ 675・246)

判示事項 不作為による殺人幫助罪が成立するとされた事例

(121) 大麻取締法違反(変更後の素因、大麻取締法違反、関税法違反)被告事件(名古屋高判昭 63・2・19 判時 1265・156)

判示事項 正犯の実行行為が日本国内で行われ、幫助行為が国外で行われた場合における幫助犯に対する国内法の適用の可否

【地・家裁判例】

(122) 恐喝、傷害、窃盗被告事件(東京地判昭 32・9・30 判タ 75・48)

判示事項 暴行を手段とする恐喝罪により生じた傷害の結果につき共謀共同正犯の成立する事例

- (123) 児童福祉法違反被告事件(福岡家小倉支判昭35・3・18家裁月報12・7・147)

判示事項 児童に淫行させる行為を教唆した事例

- (124) 賭博開帳図利(予備的訴因賭博)被告事件(静岡簡判昭35・11・7下刑集211=12・1434)

判示事項 俗に「上下」と称する骨子賭博における胴元一方の役による利得は賭博場開設と対価関係を有するか、右「上下」賭博において「札付け」または「壺振り」の代役をなした者の責任

- (125) 住居進入、強盗致傷被告事件(東京地判昭35・7・29判タ108・102)

判示事項 強盗致傷事件の共同正犯として起訴されたのを幫助犯と認定した事例

- (126) 窃盗、強盗殺人被告事件(東京地判昭35・10・28判タ115・101)

判示事項 偶発的犯行の場合にその場に居合わせた者につき共謀共同正犯の責任を認めるための条件

- (127) 傷害、傷害致死被告事件(東京地判昭36・2・13判タ119・102)

判示事項 突発的な喧嘩闘争の際において共謀共同正犯の成立を肯定するための要件

- (128) 強盗致死被告事件(札幌地室蘭支判昭36・3・31下刑集1・3・856)

判示事項 (1)被告人の犯行時の精神状態について心神喪失とした鑑定と心神耗弱とした鑑定とがある場合これらの鑑定とその他の証拠とを総合して心神耗弱を認めた事例、(2)共謀共同正犯の公訴事実について従犯を認めた事例

- (129) 文書偽造、同行使、公正証書原本不実記載、同行使、詐欺各被告事件

(東京地判昭36・10・27判タNo126・92)

判示事項 共謀共同正犯の起訴に対し共同犯行の意思なしとして幫助犯と認定した事例

- (130) 殺人未遂銃砲刀剣類等所持取締法違反被告事件(大阪地判昭39・11・4判タ170・261)

判示事項 ①政党党首に対する殺人未遂の正犯に対し懲役3年、幫助犯に対し懲役2年の刑を言い渡した事例、②殺人未遂の共同正犯の起訴に対し幫助犯と認定した事例

- (131) 暴力行為等処罰に関する法律違反等被告事件(東京地判昭40・4・27判時413・22)

— いわゆるハガチー事件第一審判決 —

判示事項 いわゆる「事前共謀」の成否について

- (132) 恐喝、窃盜被告事件(東京地判昭 41・6・4 判タ 194・173)
判示事項 いわゆる見張り行為につき、共同正犯の主張を排斥して幫助犯とした事例
- (134) 暴力行為等処罰ニ関スル法律違反、傷害、暴行被告事件(東京地判昭 41・6・11 判タ 194・174)
判示事項 数人が共同して脅迫、暴行することを共謀し、その一人のみが脅迫をし、他が暴行した場合の擬律
- (135) 暴行、恐喝、強盜、窃盜被告事件(東京地判昭 42・1・12 判タ 207・187)
判示事項 強盜事件につき、いわゆる共謀共同正犯の成立を否定し、犯行現場に赴いていない被告人に無罪を言渡した一事例
- (136) 窃盜被告事件(大阪地判昭 42・3・28 下刑集 9・3・348)
判示事項 実行者と長時間行動を共にしていたスリ仲間につき、スリの共謀共同正犯の成立を否定した事例
- (137) 強姦未遂被告事件(広島地判昭 42・12・18 判タ 215・217)
判示事項 強姦未遂罪の共謀共同正犯を否定し各被害者に対する単独犯を認めた事例
- (138) 強盜致死、窃盜、強姦被告事件(東京地判昭 42・12・28 判タ 218・259)
判示事項 強盜の共謀に参加し、その実現に指導的役割を果たしたが、犯行現場に赴いていない被告人に、強盜致死罪の共謀共同正犯の成立を認めた一事例
- (139) 殺人等被告事件(大阪地判昭 43・1・19 判タ 221・235)
判示事項 共謀共同正犯の成立を否定し、従犯と認定した事例
- (140) 道路交通法違反被告事件(墨田簡判昭 43・6・4 判タ 225・182)
判示事項 消極的身分者が、非身分者と共同して違反行為をしたとの起訴につき、身分者に対しては、共同正犯ではなく従犯を認めた事例
- (141) 強盜致傷(予備的訴因贓物寄蔵同収受)被告事件(大阪地判昭 43・9・9判タ 229・312)
判示事項 強盜致傷の現場共謀が認められないとして贓物寄蔵・同収受の予備的訴因を認めた事例
- (142) 強盜致傷被告事件(大阪地判昭 43・11・16 判タ 233・195)
判示事項 強盜致傷の共同正犯の訴因に対し、強盜致傷幫助と認定した事例
- (143) 公職選挙法違反被告事件(佐賀地判昭 43・12・25 判時 569・94)
判示事項 法定外文書頒布罪の共謀者間における文書の授受であるとして同罪の成立を否定した事例(共謀の態様)

- (144) 賭博開帳図利等被告事件(大阪地判昭 44・4・5 判タ 239・296)
判示事項 賭博開帳図利の共同正犯の起訴に対し幫助と認定した事例
- (145) 不動産侵奪被告事件(大阪地判昭 44・4・8 判時 575・96、判タ 234・194)
判示事項 不動産侵奪罪につき、不作為による幫助犯の成立を認めた事例
- (146) 殺人、兇器準備集合等被告事件(大阪地判昭 44・4・10 判タ 239・298)
判示事項 ①暴力団のなぐり込みに対する反撃の事案について、殺人の共謀共同正犯の起訴に対し傷害致死を認定した事例、②右同起訴に対し、殺人の幫助を認定した事例
- (147) 業務上過失致死、証憑湮滅教唆又は証憑湮滅被告事件(宮崎地日南支部判昭 44・5・22 判時 574・93)
判示事項 証憑湮滅変造行為につき共謀による教唆罪の成立を認めた事例
- (148) 強盜致傷被告事件(大阪地判昭 44・6・21 判タ 240・294)
判示事項 強盜致傷の共同正犯の起訴に対し、暴行のみの共謀を認め、財物奪取についての共謀を否定した事例
- (149) 強盜致傷被告事件(岡山地判昭 44・8・1 月報 1・8・813)
判示事項 (1)強盜致傷罪の起訴に対し、その手段たる暴行脅迫が被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものとは認められないとして、恐喝罪ならびに傷害罪を認定した事例、(2)強盜致傷罪で起訴された共犯者の一部について、犯行に加担する意思があったものとは認められないとして無罪を言い渡した事例
- (150) 殺人未遂幫助被告事件(大阪地判昭 44・10・27 判タ 244・303)
判示事項 殺人未遂幫助事件(但し傷害の故意で幫助)につき罰金三千元、一年間刑執行猶予に処した事例
- (151) 強姦、同未遂被告事件(大阪地判昭 44・12・12 判時 598・98、判タ 249・278)
判示事項 被告人甲、乙がA、B両女を強姦しようと共謀し甲はAを乙はBを強姦した事案につき、甲に対しAに対する強姦、Bに対する強姦幫助罪の成立を、乙に対しBに対する強姦Aに対する強姦幫助罪の成立を認めた事案
- (152) 殺人被告事件(大阪地判昭 44・1・17 判時 597・116、判タ 249・279)
判示事項 いわゆる承継的共同正犯の場合、後行者にはその加功前の先行者の行為につき責任を問えないとした事例
- (153) 殺人未遂等被告事件(福岡地飯塚支判昭 45・3・25 判時 621・109)
判示事項 Aは殺人の、Bは傷害の各意思でBのみが実行行為を行い傷害の結果

を生じた場合の擬律(共謀共同正犯による傷害罪およびAにつき殺人予備罪が成立)

(154) 法人税法違反教唆、証憑湮滅被告事件—いわゆる飯塚事件判決

(宇都宮地判昭45・11・18判時637・96,判タ259・222)

判示事項 法人税法違反教唆罪および証憑湮滅罪の成立が否定された事例

(155) 殺人、死体遺棄、窃盗被告事件(大阪地堺支判昭46・3・15判タ261・294)

判示事項 共同正犯の訴因に対し幫助犯の成立を認めた一事例

(156) 窃盗、殺人未遂、銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件

(前橋地高崎支判昭46・9・17判時646・105)

判示事項 不作為による殺人未遂、同幫助を認めた事例

(157) 兇器準備集合、公務執行妨害、傷害、放火未遂、建造物侵入未遂、放火予備、犯人隠避被告事件(東京地判昭48・4・16判タ297・376)

判示事項 刑法208条の2第1項の兇器準備集合罪において、共謀による共同正犯の成立が認められるか

(158) 道交法違反、業務上過失傷害被告事件(札幌地判昭48・10・5判タ304・292)

判示事項 自動車運転者が、自己の管理する自動車を、酒に酔い正常な運転ができないおそれがある状態にある同乗者の運転に委ね、その者が事故を起こした事案につき、酒酔運転の幫助の他に業務上過失傷害罪の成立を認めた事例

(159) 強盗殺人、公務執行妨害、住居侵入、強盗予備、窃盗、現住建造物放火未遂、非現住建造物放火各被告事件(浦和地判昭50・1・29判時795・112)

— 自衛隊朝霧駐屯地自衛官強殺事件第一審判決 —

判示事項 (1)弁護人の強盗予備の主張を排斥し強盗殺人の共謀共同正犯を認めた事例、(2)検察官の強盗殺人の共謀共同正犯の主張を排斥してその幫助に過ぎないとした事例

(160) 兇器準備結集、公務執行妨害、現住建造物等放火未遂被告事件(東京地判昭50・3・26月報7・3・406)

判示事項 兇器準備結集罪の成立が否定され、兇器準備集合罪の共謀共同正犯が認められた事例

(161) 殺人、死体遺棄、詐欺被告事件(松山地判昭51・2・18月報8・1＝2・44)

判示事項 次男及び長女の両名が共謀して、次男の横領事件の弁償金捻出のため、実母を自動車事故を装って殺害し、保険金4,300万円余を編取したうえ、さらに、右両名と長男が共謀し、事情を知った次男の妻を口封じ

のため殺害した事案につき、主犯である次男に対し死刑が言い渡された事例

- (162) 殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反、暴力行為等処罰ニ関スル法律違反、恐喝被告事件(松江地判昭51・11・2月報8・11＝12・495)

判示事項 共謀関係から離脱するための要件

- (163) 競馬法、覚醒剤取締法各違反被告事件(横浜地川崎支判昭51・11・25判時842・127)

判示事項 覚醒剤譲渡の実行担当者につき、正犯意思を欠き、故意のある幫助的道具であるとされた事例

- (164) 殺人(選択的訴因・傷害致死、予備的訴因・重過失致死)、猥褻図画販売、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反、覚醒剤取締法違反各被告事件(京都地舞鶴支判昭51・12・8判時958・135)

判示事項 心神喪失時に殺人を犯した者につき重過失致死罪を認め、これを幫助した者につき殺人罪の幫助を認めた事例

- (165) 殺人未遂、監禁、傷害被告事件(鹿児島地判昭52・7・7判タ352・337)

判示事項 共同正犯における錯誤と共同正犯の成立する範囲

- (166) 窃盗、毒物及び劇物取締法違反被告事件(東京地判昭52・9・12判時919・126)

判示事項 共謀共同正犯について、実行着手前に共謀関係が暗黙裡に解消したとされた事例

- (167) 覚醒剤取締法違反被告事件(浦和地判昭53・3・15月報10・3・303)

判示事項 覚醒剤の譲渡しに加功した行為が同時に譲受けに加功したことに当たる場合と覚醒剤譲渡罪の成否(積極)

- (168) 爆発物取締罰則違反、殺人未遂、公務執行妨害各幫助被告事件(大阪地判昭53・4・27判時918・142)

判示事項 爆発物の製造を幫助した場合において、本犯が右爆発物の使用行為に出たときの擬律

- (169) 強姦、覚醒剤取締法違反被告事件(大津地判昭53・12・26判時924・145)

判示事項 覚醒剤を他人に注射した事案について、使用罪の共同正犯ではなく、幫助犯にとどまるとされた事例

- (170) 殺人幫助(予備的訴因・重過失致死)、猥褻図画販売、兇器準備集合、覚醒剤取締法違反被告事件(京都地舞鶴支判昭54・1・24判時958・135)

判示事項 心神喪失時に殺人を犯した者につき重過失致死罪を認め、これを幫助した者につき殺人罪の幫助を認めた事例

- (171) 爆発物取締罰則違反、殺人、殺人未遂、殺人予備、爆発物取締罰則違反幫助被告

事件(東京地判昭54・11・12月報11・11・1383, 判時973・24)

—連続企業爆破事件第一審判決—

判示事項 東アジア反日武装戦線を名乗る者らが三菱重工ビルに時限式手製爆弾二個を装置して爆発させて、居合わせた8名を爆死、165名に負傷を負わせた事案について、無形的幫助行為が認められた事例

- (172) 爆発物取締罰則違反、兇器準備結集、破壊活動防止法違反、強盗致傷、国外移送略取、同移送、監禁被告事件(東京地判昭55・1・30判時939・8) —よど号ハイジャック事件東京地裁判事四部判決—

判示事項 いわゆるハイジャック事件について、強盗致傷罪、国外移送略取罪、監禁罪等の共謀共同正犯が認められた事例(元共産同赤軍派議長にたいするもの)

- (173) 道路交通法違反被告事件(大阪地判昭55・8・27判時992・135)

判示事項 道路交通法68条違反の罪について、共謀共同正犯の成立が認められるか

- (174) 公務執行妨害、傷害、爆発物取締罰則違反、殺人未遂、爆発物取締罰則違反幫助、殺人未遂幫助、公務執行妨害幫助各被告事件(大阪地判昭55・10・28判時1027・137)

判示事項 爆発物の原材料を購入して本犯に交付し、本犯が右爆発物を使用した場合、爆発物取締罰則一条の幫助犯が成立するか。

- (175) 強盗被告事件(千葉地松戸支判昭55・11・20判時1015・143)

判示事項 強盗罪の共謀共同正犯の起訴に対し共謀の成立を否定して強盗幫助を認めた事例

- (176) 恐喝、障害及び覚醒剤取締法違反被告事件(横浜地判昭56・7・17判時1011・142)

判示事項 先行行為が恐喝・傷害であるときの承継的共同正犯の成立範囲

- (177) 公職選挙法違反被告事件(大阪地判昭56・5・30判時1023・11)

—糸山派選挙違反事件—

判示事項 供与罪の共謀共同正犯の訴因について、幫助犯が成立するとされた事例

- (178) 道路交通法違反被告事件(大阪地判昭56・6・4判時1029・145)

判示事項 不正に入手した国際運転免許証を供与した行為が無免許運転の幫助罪に当たるとされた事例

- (179) 私文書偽造、同行使、詐欺、外国為替及び外国貿易管理法各違反被告事件(大阪地判昭57・7・27判時1059・158)—三和銀行オンライン詐欺事件—

判示事項 銀行の女子行員がオンラインシステムを操作し、あらかじめ開設しておいた預金口座に架空の預金を入金させた上、その一部を払い戻した

事案について、私文書偽造、同行使、詐欺罪の成立を認めた事例

- (180) 銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告人事件(東京地判昭57・7・28 判タ486・177, 判時1073・159)

判示事項 外国在住の日本人が密輸入用の拳銃及び実包を調達した事案について、輸入罪の共同正犯は成立せず、幫助犯が成立するとされた事例

- (181) 常習賭博幫助被告人事件(横浜地判昭58・4・19 判時1083・160)

判示事項 常習賭博罪の幫助犯が成立するとされた事例

- (182) 銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反、関税法違反被告人事件(大阪地判昭58・11・30 判時1123・141)

判示事項 拳銃等の密輸入の共同正犯の訴因に対し、幫助犯を認定した事例

- (183) 殺人未遂、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告人事件(大阪地判昭58・12・15 判時1123・141)

判示事項 殺人未遂の共同正犯の訴因に対し、幫助犯を認定した事例

- (184) 所得税法違反被告人事件(東京地判昭59・3・15 判タ554・307)

— 熊澤天皇脱税事件関係判決 —

判示事項 所得税通脱の事案において、納税義務者の所得全体の内容・金額も知らず、かつ、その過少申告行為にも関与しなかったから共同正犯に問われる筋合はないとの主張が排斥された事例

- (185) 強盗殺人未遂被告人事件(福岡地判昭59・8・30 判時1152・182)

判示事項 共同実行の意思が認められないとして強盗殺人未遂の共同正犯の成立が否定され幫助犯が認められた事例

- (186) 所得税法違反被告人事件(東京地判昭60・3・22 判時1161・27)

— 誠備グループ脱税事件第一審判決 —

判示事項 所得税通脱の事案において、虚偽過少申告行為に関与しなかった者に対する共同正犯の成立が認められた事例

- (187) 強盗致傷等被告人事件(長崎地佐世保支判昭60・11・6 判時623・212)

判示事項 強盗致傷の謀議行為に参加した被告人について、実行行為との実質的な一体的相互利用関係が存在しないとして、共謀共同正犯の成立を否定した事例

- (188) 犯人隠避教唆、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告人事件(福岡地小倉支判昭61・8・5 判時1253・143)

判示事項 本犯の嫌疑により逮捕勾留されている者の訴追及び処罰を免れさせる目的で身代り犯人を警察へ出頭させる行為につき、犯人隠避教唆罪の

成立が否定された事例

- (189) 兇器準備集合、公務執行妨害、現住建造物等放火、傷害、傷害致死各被告事件
(千葉地判昭 61・10・4 判時 1253・3) — 東峰十字路事件第一審判決

判示事項 傷害及び傷害致死罪の実行正犯として起訴された被告人らについて、直接攻撃に関与したと認めるに足りる証拠はないが共謀共同正犯としての責任は免れないとされた事例

- (190) 商法違反、所得税法違反各被告事件(東京地判昭62・6・29判時1263・56)

— いわゆる三越事件第一審判決 —

判示事項 商法 486 条 1 項所定の身分がなくかつその会社に対し任務を負わない者について同条項のいわゆる特別背任罪の共同正犯が成立するとされた事例

- (191) 強盗致死、建造物侵入、公務執行妨害被告事件(浦和地判平元・3・2 判時 1333・3)

— 朝霧自衛官殺害事件第一審判決 —

判示事項 強盗致死事件について、共謀に関する共犯者の供述を信用せず、共謀共同正犯の訴因に対し、幫助犯が認定された事例、強盗致死事件の幫助犯に対して懲役 5 年の刑が言い渡され、未決勾留日数が刑期に満つるまで算入された事例

☆参考

自衛隊朝霧駐屯地自衛官強殺事件控訴審判決(東京高判昭 52・6・30 判時 886・104)

判示事項 共謀共同正犯の成立要件、幫助者が強盗を幫助する認識で幫助行為をしたところ、被幫助者が強盗殺人を犯した場合の刑責

- (192) 商法違反被告事件(東京地判平 2・3・26 判時 1356・63)

— 平和相銀事件第一審判決 —

判示事項 相互銀行の監査役であり、かつ顧問弁護士であった者について商法 48 条 1 項のいわゆる特別背任罪の共同正犯が成立するとされた事例