

共謀共同正犯の成立が否定され

幫助犯と認められた事例

札幌高裁昭和六〇年三月二〇日第三刑事部判決（昭和五九年(5)六五号、
 窃取被告事件）判例時報一一六九五号一五七頁、判例タイムズ五五〇号
 三一五頁

森 直 樹

〈事実の概要〉

本件は被告人A・B・C・D・Eがいずれも当時陸上自衛隊に勤務していたが、前後一六回にわたり、Aが中心となり、自衛隊幹部候補生選抜筆記試験問題を窃取してそのコピーをとるなどして、これを有償で交付したという事案である。

第一審札幌地裁（昭和五八年一月二日判例時報一一六九号一五九頁以下、判例タイムズ五五〇号三一八頁以下）は、たとえば、AとBの犯行に関しては、「BがA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AがBの右依頼に応じて右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Bが入手しえた各試験問題の利用状況などを総合すると、BはAと共同意思のもとに同人と一体となりA又はA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」と説示して、「窃盗罪の共謀共同正犯」を認定した。

また、AとC・D・Eとの間にも、右と全く同じ理論で、「窃盗罪の共謀共同正犯」の成立を認めた。

右原判決に対し、弁護側はAとB・C・D・Eとの間に共謀共同正犯の関係があるとはいえないのに、これを肯定した原判決には事実の誤認又は刑法六〇条の解釈適用を誤った違法があるとして控訴した。

〈判旨〉

「原判決は、BがA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AがB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Bが入手しえた各試験問題の利用状況などを総合すると、BはAと共同意思のもとに同人と一体となりA又はA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、としている。しかし、前記の各事実関係、とくに(一)BはA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、(二)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、(三)BがAに対して試験問題のコピー入手希望者を知らせたり、コピーを売りつけるなどしても、それは、もともとA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、B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、(四)Bが

窃取行為自体についてA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、(五)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などに照らすと、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窃盗を行ったなどということはできない。BとAとの間に共謀共同正犯の関係を認めることはできない」と説示し、さらに、C・D・Eのそれぞれについても、これと全く同じ論理で、共謀共同正犯を認めることはできないと説示して、結局、原判決を破棄自判して、B・C・D・EはAの各窃盗行為を容易ならしめ、助長したとして幫助犯の成立を認めた。

〈研究〉

一、共謀共同正犯論においては、教唆犯および幫助犯は共謀共同正犯に解消されてしまうはずである。ところが、判例は、共謀共同正犯論をとりながら幫助犯の成立を認めている。特に、それは練馬事件の最高裁大法廷判決以降、共謀共同正犯を限定的に適用しようとすることに対応して多くみられるようになった。そこで、判例が共謀共同正犯か従犯かをどのような基準で区別しているのかということを検討する必要がある。

本判決は、両者の限界を画するための裁判例として意義をもつものである。

二、直接実行行為に関与しなかった者が共謀共同正犯となるのか幫助犯ないし教唆犯となるのかの判断は、共謀の概念をど

のように考えるのかということに關わっている。

判例は、共謀共同正犯の共謀については、「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^①」であるとする。このように、共謀は実行共同正犯の客観的成立要件である共同実行に比すべきものであるから、客観的謀議行為であるという見解と、共謀共同正犯において謀議行為それ自体が責任の根拠となる訳でなく、犯罪実行時に共謀の合意が成立していたことが責任の根拠となるという見解が、共謀について主張されている。

そこで、これらの見解に従うと共謀共同正犯と従犯との境界をどのように理解することになるのかであるが、共謀を「客観的要件」としてとらえる立場では、「共謀のみに参与した者の客観的形式的な『行為』によって^④、正犯と幫助犯とを区別する。この場合、共謀の方法・態様等すなわち謀議行為の内容自体が重要な意味をもつてくる^⑤。

これに対して、共謀を「主観的要件」としてとらえる立場では、「他人の犯罪として認識する」か、または「自己の犯罪として認識する」かで両者を画することになる^⑥。

三、このことをふまえたうえで、最近の判例はこれらの立場に対してどのような態度をとっているのかを検討する必要がある^⑦。練馬事件判決以降、共謀共同正犯を否定して、幫助犯を認めたものとして、①殺人事件につき、共謀共同正犯を否定

し、幫助犯を認めた事例（大阪地判昭和四三年一月一九日判例タイムズ二〇一号二三三頁^⑧）、②見張りを頼まれて承諾したことが被害者の殺害を共謀したことにはならないとした事例（大阪地判支判昭和四六年三月一五日判例タイムズ二六一号二九四頁^⑨）、③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（千葉地判松戸支判昭和五五年一月二〇日判例時報一〇一五号一四三頁^⑩）、④供与罪の共謀共同正犯の訴因につき、幫助犯が成立するとされた事例（大阪地判昭和五六年五月三〇日判例時報一〇二三号一一頁^⑪）、⑤禁制品の輸入事犯につき輸入貨物の調達という形で関与した者が、幫助犯とされた事例（東京地判昭和五七年七月二八日判例時報一〇七三号一五九頁^⑫）、⑥詐欺罪につき、欺罔の手段となった物を提供した者について幫助犯の成立を認めた事例（東京高判昭和五七年二月二一日判例時報一〇八五号一五一頁^⑬）、⑦けん銃等の密輸入の共同正犯の訴因に対し、幫助犯を認めた事例（大阪地判昭和五八年一月三〇日判例時報一一二三号一四一頁^⑭）などがある。

これらの判例で注目すべきことは、すべての判例が、練馬判決を前提に共謀共同正犯の成立を考えていることである。

そこで、判例⑤と⑦をまず考えてみると、両事案は禁制品に關して、共謀共同正犯を否定して、幫助犯を認めたことで一致している。

ところが、同種事案であって、共謀共同正犯を肯定した、⑧

最高裁大法廷判決昭和五七年七月一六日刑集三六卷六号六九頁¹⁵
および¹⁶大阪高判昭和五九年三月一四日判例タイムズ五三五号
三〇四頁もあって比較検討が必要であろう。

判例⁸は、「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Aに提供した」として、これを犯行に対する積極的な関与であると判断していることからそのことが共謀を認定するのに好材料となったといえよう。

ところが、判例⁷は、被告人の犯行に対する消極的な関与を認め、幫助犯にすぎないと判断したものと見えるが、被告人がけん銃等の買付資金を調達するために、融通手形の割引・換金を行っていることが、判例⁸にいう「資金の一部提供」と同様にあつかえるとすれば、判例⁷は、幫助犯ではなく共謀共同正犯を認められうる可能性があった判例であると思われる。また、判例⁵は、具体的に犯行について何ら関心を示さず、被告人と共犯者との人的関係もろすいと判断し、幫助を認めた。判例⁹は、むしろ判例⁸と同様に、被告人自らも利得を期待していたし、結果実現に必要で欠くことができない地位にあったとして、共同正犯を認めている。ここでは、共謀共同正犯の法理を特別法分野まで拡大したと少なくともいうことができよう。判例⁴は、選挙犯罪に関するものだけに実務上意味あるものであるろう。

判例¹・²は殺人事件に関するものである。判例²は、被告人が相被告人から見張りをするように言われる以前に被害者の

殺害を共謀したという事実が認められない場合に、幫助犯を認定したことは注目に値する。なぜならば、判例の共謀共同正犯の下では、共謀のうえ見張り行為をする者は共同正犯と理解しているが、本件においてはこの理論がそのままあてはまらないからである¹⁷。判例¹は、その点問題なく賛同できる判例である¹⁸。

また、判例³は、強盗罪についての判例である。本判決が注目される点は、共謀共同正犯と従犯とを区別する基準として、被告人の主観的意思、すなわち、正犯意思であったか、従犯の意思であったかによるものであると読みとることができなくはないということである。

しかし、直接実行行為に關与しない者が実行行為以外に具体的にどのような行為をし、どんな役割をなしたかを考慮したうえで両者を区別すべきであると思われる¹⁹。

最後に、判例⁶は、詐欺罪に関するものである。本判決は、そもそも共謀共同正犯が実行行為に重要な意味があるのではない知能犯的犯罪に認められやすい状況にありながらあえて幫助犯と認定したことに意義がある²⁰。その理由づけを、被告人の「意思」を重視する傾向から、「行為」を重視する傾向へと判例の立場が変化してきたともよみとることができる判例である²¹。

四、このように判例は、共謀を認定する際には、必ず、共謀者の地位、意欲、態度、発言など客観的事実から、共犯者各自に共同犯行の意思を決定する手法をとっている。このような流

れにあって、本判決の意義を若干述べてみたい。

本判決において、注目に値する点は、前掲判例⑧の団藤裁判官の「意見」²²⁾を参考にしているということである。すなわち、「Bが窃取行為自体についてA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」はないと述べている個所はあきらかに「行為支配説」を意識したものである。そしてそれを前提として考えれば、本判決は、共謀の概念をある程度せばめたことになろう。

しかし、一般論としては、共謀共同正犯が判例上不動なものとなっているからであると思われるが、その法理の是非に関して裁判のうえで何ら争われていないことについて、学説と実務との隔りを痛切に感ぜざるをえないのである。今後さらに、共謀共同正犯論の限定的適用が判例上行われることが望まれる。

〔注〕

(1) 最高裁大法廷判決昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁、最高裁大法廷判決昭和三四年八月一〇一刑集一三卷九号一四一九頁。

(2) 岩田誠、最高裁判例解説刑事篇昭和三三年度四〇五頁以下は、『謀議』又は『通謀』の存することは、実行行為に關与しない共同者をも共同正犯としての責任を負わせるために必要な要件ではあるが、それは単なる主観的要件に止まるものではなく、実行共同正犯における客観的要件である『二人

以上の者の実行行為の分担』にも比すべきもので、共謀共同正犯の客観的要件でもある」と述べられている。同旨として、田宮裕「共謀共同正犯における共謀の立証について」現代の共犯理論（昭和五九年）五八九頁参照。

(3) 藤木英雄「共謀共同正犯」可罰的違法性の理論（昭和五四年）二四三頁は、「私見によれば、共謀共同正犯の刑事責任を根拠づけるものは、犯罪の共同遂行に關する合意、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、合意の存在に對する論理的前提をなすものであるが、共同謀議自体は、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。」と述べられ、また、西原春夫・刑法総論（昭和五八年）三〇頁以下は、「共謀を共同犯行の意識そのものという単なる主観的事実としてではなく、『共同犯行の意識の形成』という客観的事実としてとらえているとすれば、その見解は適切である。なぜならば、共同正犯の責任の基礎は、行為者の主観的な意欲、客観的な行動（謀議参加も含む）、共同意思主体の活動に對するその役割（場合によっては、共同意思主体内部におけるその地位を含む）をすべて総合したものから成るのであるが、共同犯行の意識を形成したという認定をするためには、これらがすべて立証されなければならないからである。この見解が、共謀共同正犯の成立範囲を適切に、しかもっとも狭く限定するものである」と述べられている。

(4) 穴沢成巳「共謀共同正犯についての一考察」司法研修所論集一九七〇年一号六二頁参照。また、穴沢・同論文六五頁は、「すなわち、謀議行為の実質の上から実行行為分担者の実行行為を支配拘束するだけの犯罪遂行の意思の顕現とみられる『定型的な行為』がなければならぬ」とされたりえ

で、「この行為の『定型性』こそ、その者の正犯性と、教唆または幫助等とを分かち確定たる基準である。」と述べられている。

(5) このような見解に対しては、「いわゆる共謀共同正犯の場合、一律にいわゆる謀議行為の形態をとり、実行の具体的方法を画策し、実行担当者をきめる等の内容がなければならぬ」という理由はない。そのような謀議行為が認められれば、共謀認定が容易であることはいうまでもないが、たとえそのような謀議行為が認められたとしても、自からは犯罪を実行する意思も意欲もなく、ただ指導者の命令を聞いて了承したに止まる謀議行為の参与者についてまで共謀を認めるべきではない」と批判されている(大阪刑事実務研究会・「事実認定の実証的研究・第六回共謀の認定」判例タイムズ二五四号二〇頁)。さらに、西原・前掲書三四〇頁も、「これは、かえって、謀議参加者を一連托生共同正犯として処罰する傾向を促進するものでさえある。謀議という客観的事実を共同正犯成立要件に持ち込めばその拡大が防げると誤信してはならない。」と述べられている。

(6) このような区別は、人間の内心の意思の現実の存在としては可能であろう。だからこそ、実行共同正犯・単独正犯と教唆犯・幫助犯との区別は、客観的形式的な実行行為によるべきで、これは、共謀共同正犯においても同様であると思われる(穴沢・前掲論文六二頁参照)。

(7) 本田正義「共謀共同正犯の立法化」植松他編・現代の共犯理論一九五頁以下における、共謀共同正犯の判例を検討する場合に犯罪の種類と犯行の態様を考慮すべきとの指摘は本稿にとって示唆的であった。

(8) 本件は、かねてから、のみ行為を理由に言いがかりをつ

けられていた暴力団組員を助けようと、同組同系下の被告人Aが被害者Bを殺害することに関与したという事案について、被告人は暴力団員であったこと、犯行に際して重要な役割を果たしていること、被害者を殺害のための謀議の席にいたという事実を認定したが、「右謀議において被告人AがB殺害につき発言したと認めるに足りる証拠はなく、右謀議の結果B殺害の計画がたてられ、被告人Aにおいて右計画の遂行を了承していたとはいえず、同人が右B殺害の首謀者であったと認められないのはもちろん、右共謀を積極的に推進しないは維持した」と認めることはできないとして幫助犯を認定した。

(9) 本件は、内縁関係にあった被告人Aと相被告人Bが、その関係を秘して被害者C(Aに好意をっていたようである)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同居するうちに、Cに嘘がばれて、そのためにBとCとが摺り合いとなるやBは突嗟にCを殺害しようとしたと決意し、Aに見張りを頼んだBがCの首を締め、しばらくして戻ってきたAにとどめをさすための紐を持ってくるよう指示し、Aが持ってきた電気コードでさらにCの首を絞めて殺害した事案について、AはBがCを殺害しようとしていることを認識していたと認められるとしたが、共謀が成立するためには、「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、A自身にもCを殺害しようとする意思の存すること」(最高裁判決昭和四三年三月二一日刑集二巻三号九五頁参照)が必要であると判示し、その際、Aが見張りを引き受けたときの心情、AとBとの間の関係および状況等を総合判断のうえ、Aの殺人幫助罪を認定した。

(10) 被告人は、A・B・Cと共謀して、現金輸送車を襲撃して現金四七〇〇万円余を強取したという事案である。本判決は、練馬事件判決を引用し、「他人の行為を利用して特定の犯罪行為を遂行しようとする意思まで有せず、単に非実行行為に加担するだけの意思しか有しない者には未だ共謀による正犯の責任を負わせることはできない」とし、その際、「被告人は、謀議・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せられていること、被告人が受領した二〇〇万円についても、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両の運転手としてしか考えていなかったこと」などの事実を総合判断すると、「共犯者が被告人に犯行直前に犯行を打ち明け、被告人が本件で果たした役割は決して軽微でなく、報酬として二〇〇万円を受領していた」としても、強盗補助を認めるのが相当であるとした。

(11) 本件は、いわゆる糸山派選挙違反事件といわれるもので、参議院議員通常選挙に際し、全国区から立候補したAの選挙運動員である被告人らが、Aのための選挙運動をするこの報酬として、責任者らに合計二五〇万円余の現金を供与し、また選挙ブローカーらに合計一八〇万円余の現金を供与した事案である。本判決は、供与者側の一人について、被告人が選挙事務所の会計担当者とはいえず、他の被告人の指示に従い、会計事務に携わる者として供与資金を出金したと、右資金が地区責任者に対しポスター掲示にからみ供与されることについて確定的な認識があったとはいえないことなどから、「他の被告人らと一体となり本件買収を実現しようとした」とは認められないから、供与罪の補助犯が成立するとした。

(12) 本件は、アメリカ合衆国からけん銃三二丁および実包六九九発を輸入した事件につき、アメリカ在住の日本人Aが、知人Bの依頼により、密輸入用のけん銃および実包を調達することに関与したという事案である。被告人Aは、本件けん銃等の調達に極めて重要な役割を果たしていることを認めながら、「被告人Aは、合法の範囲内にあるけん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、本件けん銃等の最終的な売渡し先については何ら関心を示さず」、「被告人Aと共犯者Bとの間には、けん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Aにおいて積極的にBの本件輸入の各犯行を成就させようとする意欲するほどの緊密な人的関係は認められない」などの事実を総合判断して、Aは正犯者Bの各犯行を容易ならしめたにすぎないと判示して、補助犯の成立を認めた。

(13) 被告人Bは、相被告人A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、右用紙を用いて文部省作成名義の重要美術品認定通知書を示しながら、甲から2回にわたり総額一〇〇〇万円を騙取した事案である。本判決は練馬判決を引用のうえ、「Aは、Bが欺罔しようとする相手方や欺罔の方法、時期などについて何も聞かず、日本刀などを売り渡したほかはBの犯行につきなんら介入、関与などせず、B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」点を考慮し、「AにBの行為を利用し同人と共に詐欺罪を行おうとする犯意があったこと」は認められないとして、補助犯が成立するとした。

(14) 本件は、被告人がAからけん銃等をタイで買い付けて日本へ輸入して売り捌く計画をもちかけられたが、自分が執行猶予中であつたことから、知人Bを「運び屋」としてAに紹

介し、Aからけん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、また、A・Bのために航空券を手配してやったという事案である。本判決によると、被告人は、「本件けん銃等の密輸入を計画し、主導的な立場に立ってこれを推進」したものでなく、「その動機もAに対する義理を立てることにある」として、被告人を幫助犯とした。

(15) 被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画したAからその実行担当者になって欲しい旨を頼まれるや、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つたものの、知人のBに対し協力を求め、同人を自己の身代わりとしてAに紹介し、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Aに提供したとして、被告人がA・Bらと本件大麻密輸入の謀議を遂げたものであると判示した。

(16) 本件は、被告人が覚醒剤密売人たるAから覚醒剤約一〇〇グラムの仕入方につき相談を受け、暴力団員B・Cとの取引を成功させた事案である。共同正犯の公訴事実に対し、原判決は、被告人はA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、幫助犯を認めたが、本判決は、被告人が、Aの財産上の利益を図るとともに被告人自身の利得をも期待していたこと等の事実から、被告人の行為は結果実現に必要で欠くことが出来ない重要なものと認定して、覚醒剤譲受の共同正犯を認めたものである。

(17) 従って、見張りを頼まれて承諾したことが被害者の殺害を共謀したことになるかが問題となるが、他人が犯罪を行うことを認識して見張りを承諾した場合に、常に共謀共同正犯

として考えるならば、幫助犯の成立の余地はなくなってしまい、不当な結果をもたらすといえる。

(18) この種の事案で参照すべき判例は、東京高判昭和五二年六月三〇日(判例時報八八六号一〇四頁)があるが、本判例は、共謀共同正犯の成立要件について、練馬判決を引用したうえで、「共謀が成立したというには、単なる意思の連絡または共同犯行の認識があるだけでは足りず、特定の犯罪を志向する共同者の意思が指示、命令、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」を要すると述べられており、このことから本判決は、共謀共同正犯の成立を練馬事件判決よりもさらに厳格に制限したものと評価できる。同旨として、中山研一・刑法総論(昭和五九年)四六七頁参照。

(19) この点で、西ドイツの判例の立場である主観説とは異なる。

(20) 現に、詐欺事犯について黙示的共謀共同正犯の成立を認めた判例がある(大阪高判昭和六〇年一月二五日判例タイムズ五五九号三〇四頁参照)。

(21) 犯行は二回行われていることから、相当程度、犯行についての方法・内容などにつき了解していたと思われることから、「意思」に関する限り、「共謀」が認定されやすい事案である(内田文昭「共謀共同正犯と幫助犯」判例タイムズ五七七号五五頁参照)。

(22) 刑集三六卷六号六九五頁参照。