

# 凶器準備集合罪の保護法益

古川原 明 子

## I. はじめに

凶器準備集合罪は刑法 208 条の 2 に規定があり、その条数は 1958（昭和 33）年の制定時と変わらない。しかし、2001 年に危険運転致死罪が 208 条の 2 に新設された際に 208 条の 3 へと繰り下げられ、その後 2013 年に新設された特別法である自動車運転死傷行為処罰法へ危険運転致死罪が移ったことに伴って今度は繰り上がり、その結果として 208 条の 2 に戻ったという経緯がある。

本罪が適用される事例は年々減少しているように見える<sup>1)</sup>。また、保護法益に関する議論もおおむね終息したと言ってよい状況にある。そこで、これまでの議論状況を判例の動向を中心にまとめ、凶器準備集合罪が傷害の章に位置付けられた意義を検討しておきたい。

---

1) 犯罪白書によれば、平成 10 年以降の認知件数は以下の通りである。（ ）内の数値は順に検挙件数、検挙人員である。平成 10 年 37 件（36 件、193 人）、平成 11 年 34 件（33 件、180 人）、平成 12 年 36 件（36 件、222 人）、平成 13 年 42 件（43 件、497 人）、平成 14 年 30 件（30 件、283 人）、平成 15 年 34 件（29 件、419 人）、平成 16 年 27 件（28 件、279 人）、平成 17 年 16 件（16 件、95 人）、平成 18 年 20 件（20 件、155 人）、平成 19 年 19 件（20 件、159 人）、平成 20 年 16 件（13 件、83 人）、平成 21 年 15 件（15 件、73 人）、平成 22 年 6 件（8 件、45 人）、平成 23 年 6 件（5 件、24 人）、平成 24 年 6 件（7 件、24 人）、平成 25 年 12 件（10 件、65 人）、平成 26 年 10 件（11 件、30 人）、平成 27 年 9 件（6 件、54 人）、平成 28 年 3 件（3 件、17 人）：平成 20 年以降に顕著な減少が認められる。検挙率は非常に高い。

## II. 凶器準備集合罪の保護法益

### 1. 立法時の議論

凶器準備集合罪は暴力団同士の抗争に対応すべく、証人等威迫罪などと共に1958（昭和33）年に新設された。具体的には、二人以上の者が他人の生命、身体および財産に対し共同して加害することを目的に、凶器を準備して集合する行為を基本犯とすることで、暴力団などの集団による暴力犯罪を未然に防止することを旨としたものである<sup>2)</sup>。しかし、これが暴力団等のいわゆる反社会的な集団にとどまらず、労働運動や大衆運動を抑圧するために用いられるのではないかと批判された。これに対して、立法当時の担当者は本罪の法益が「主として個人の生命、身体又は財産の安全であり、その面では殺人、傷害、建造物損壊、器物損壊等の予備罪の性格を有しているが、同時に公共的な社会生活の平穩を侵害するという公共危険罪的色彩も多分にあり」と説明していた<sup>3)</sup>。本罪の第一義的な保護法益は個人的法益であるというこの説明は、本罪が有する公共危険罪の性格への注目を逸らすことを意図したものと推察される。社会の平穩という漠とした利益に対する危険犯として本罪をみれば、適用範囲が拡大することに対する懸念は無理からぬものであろう。春闘や安保闘争を契機とした労働運動の盛んな時期であったことの影響も大きかったものと思われる。実際、本罪適用の第一号はいわゆるテキ屋であったが<sup>4)</sup>、昭和40年代以降には学生運動や政治運動の取り締まりに活用され<sup>5)</sup>、昭和50年代以降は暴走族への適用が著しく増えた<sup>6)</sup>。こう

2) 契機となった事件については、森下忠「小石と凶器準備集合罪」岡山大学法学会雑誌 24 卷 2 号（1974）426 頁参照。

3) 制定過程については大コメンタール刑法（第二版）10 卷〔渡辺咲子〕518 頁以下。

4) 1958 年 8 月 1 日朝日新聞夕刊 5 頁によれば、仲間が別の集団に監禁のうえ指詰めをされたのを知った者らが殴り込みをかけるために日本刀やダイナマイトなどを用意して集合した 7 名が東京地検により起訴された。記事中、被告人らの属性はテキ屋、愚連隊となっている。

5) 前掲・森下 427 頁、藤木英雄・刑法各論 547 頁。

6) 犯罪白書によれば、昭和 54 年の検挙件数は 162 件、検挙人員は 1382 人であった。このうち暴走族の検挙件数は 154 件、検挙人員 730 人と大半を占めている（暴走族は、52 年が検挙件数 38 件・検挙人員 748 人、53 年は検挙件数 44 件・検挙人員 661 人であった）。さらに、暴走族少年に限った上で、検挙と補導を合わせると、件数は 53 年

した立法過程と適用の状況が保護法益についての解釈に影響を及ぼしてきた点に、本罪の特徴がある。

## 2. 判例の動向

### (ア) 東京アドセンター事件まで

凶器準備集合罪の法益について述べた最高裁の判例として、昭和45年決定と昭和48年決定がある。

まず、最高裁昭和45年12月3日決定刑集24巻13号1707頁（清水台公園事件）は、学生運動に関わる被告人らが抗争関係にあった派閥に対する加害目的で集合した際に、同様の目的で角棒を携行して集合したという事案において、無罪を言い渡した原々審<sup>7)</sup>を破棄して凶器準備集合罪の成立を認めた原審<sup>8)</sup>の判断を是認し、本罪における集合の解釈を示した上で、法益について「兇器準備集合罪は、個人の生命、身体または財産ばかりでなく、公共的な社会生活の平穏をも保護法益とするものと解すべきであるから、右『集合』の状態が継続するかぎり、同罪は継続して成立しているものと解するのが相当である」と述べた。

次いで、最高裁昭和48年2月8日決定刑集27巻1号1頁は、対立する団体への加害目的で猟銃等を準備して集合した後に脅迫および暴行に及んだ被告人らに凶器準備集合罪と暴力行為等処罰法違反を認めて併合罪とした原々審<sup>9)</sup>、原審<sup>10)</sup>の判断を認めるに際して、上記昭和45年決定を引いて兇器準備集合罪は「個人の生命、身体または財産ばかりでなく、公共的な社会生活の平穏をも保護法益とする」と述べた。

これら二つの決定は、本罪が個人的法益と社会的法益の双方を保護法益とすることを明言した点で注目される。ただし、二つの法益間の優劣が明らかにされたわけではなく、これ以降の判決でも同様であったところ<sup>11)</sup>、昭和58年判決がこ

---

が450件、54年が752件、55年が989件であった。

7) 東京地判昭和43・4・13高刑集22・3・344

8) 東京高判昭和44・4・29高刑集22・3・297

9) 浦和地判昭和46・1・16刑集27・1・4

10) 東京高判昭和47・11・17刑集27・1・6

11) 最高裁昭和45年決定を引いて、個人的法益と社会的法益の両者が保護法益であるとした最決昭和57・1・8裁集刑225・1。その他、凶器準備集合罪に関して法益以外の

の点を明確にしたのである。

(イ) 東京アドセンター事件<sup>12)</sup>

① 事案の概要

中核派に所属する被告人が、同派に所属する多数の者とともに、かねて対立抗争中の革マル派に所属する者らが襲撃してきたときにはこれを迎撃し、その生命・身体に対し共同して危害を加える目的で凶器（多数のやり状鉄パイプ、鉄パイプ、パール、れんが、コーラの空びん等）を準備して東京アドセンターに集合したという事案である。

この事実に対して、第一審<sup>13)</sup>は、次のように判示して、凶器準備集合罪の成立を認めた（懲役8月から10月、執行猶予2年）。「弁護人らは、前記のように本件のような迎撃形態の兇器準備集合において、共同加害目的があつたというためには、その前提として、相手方からの襲撃の現実的具体的可能性を要件とすると主張するが、本罪が個人の生命・身体等のほか、公共的な社会生活の平穏をも保護法益とする点から考えると、相手方から襲撃があつた場合に、二人以上の者が共同してこれに害を加える目的があれば足り、右のような要件はこれを必要としないと解するのが相当であるから、弁護人の右主張は理由がない」。すなわち、本件では、革マル派による具体的な襲撃可能性があつたが、社会的法益をも有する本罪成否においてはそもそも襲撃可能性は不要との趣旨である。

被告人は控訴したが、控訴審<sup>14)</sup>は以下のように述べて控訴を棄却した。「被告人らには、かねて対立抗争中の革マル派に所属する者らの襲撃を予想し、襲撃があつた場合には、単に相手方から自己の生命、身体等を防衛するだけの目的にと

---

点についての解釈を述べたものとして、最決昭和50・9・11判時793・106、最判昭和52・5・16刑集31・3・544、最決昭和53・2・10裁集刑209・87、最決昭和53・2・16刑集32・1・47がある。また、本罪の構成要件が不明確で憲法31条違反であるとした被告人側からの上告を棄却したものとしては、最決昭和53・4・17裁集刑209・601、前掲・最決昭和57・1・8、最決昭和57・3・8裁集刑225・747がある。

12) 最判58・6・23刑集37・5・5555

13) 東京地判昭和53・5・17刑集37・5・576

14) 東京高判昭和55・8・25刑集37・5・588

どまらず、その機会を利用し、他の者と共同して襲撃者を積極的に迎撃し、その生命、身体等に危害を加える目的があつたものと認めるに十分」、「本罪にいう共同加害の目的は、もともと行為者の主観に属する事柄であつて、二人以上の者が共同して実現しようとする加害行為を確定的に認識し、あるいはその可能性を認識してその行為に出ようという意思があれば足りるものと解されるうえに、所論にかんがみ、本罪の保護法益ないし性格について考えてみると、結局、本罪は、個人的法益たる生命、身体又は財産を保護法益とし、これに対する加害の罪の予備罪の性格のものであるばかりでなく、公共的な社会生活の平穩<sup>15)</sup>をも保護法益とする公共危険罪としての性格を有するものと解すべきであつて、所論のように前者の保護法益ないし性格のみを第一次的ないし主たるものとして重視し、後者のそれを第二次的ないし従たるものにすぎないとして軽視するのは相当でなく、この点に本罪を定めた刑法二〇八条の二の規定の文言を併せて検討すると、本罪は所論にいう具体的危険犯ではなく、右規定の定める構成要件に該当することが性質上一般的に法益侵害の危険性を生ぜしめるものと擬制されるいわゆる抽象的危険犯であると解するのが相当であるから、これを具体的危険犯であるとし、このことから、相手方からの襲撃の具体性ないしはその切迫性、蓋然性が客観的事実として存在することを要件とする旨主張する所論はその前提において失当であるというべきである」。

## ② 判決要旨

被告人の申告に対し、最高裁第一小法廷は、前提を欠く等の理由から申告を棄却したうえで、「なお」として次のような判断を示した。「兇器準備集合罪は、個人の生命、身体又は財産ばかりでなく、公共的な社会生活の平穩をも同様に保護法益とするものであり」、「また、同罪はいわゆる抽象的危険犯であつて、いわゆる迎撃形態の兇器準備集合罪が成立するためには、必ずしも相手方からの襲撃の蓋然性ないし切迫性が客観的状況として存在することは必要でなく、兇器準備集

15) 「公共的な社会生活の平穩」という表現は耳慣れないが、凶器準備集合罪ではよく使われている (LEX/DB で検索した場合 20 件強)。これは立法当時の担当者説明がもとと思われる。

合の状況が社会生活の平穩を害しうる態様のものであれば足りるというべきである」(傍点筆者)。

### ③ 少数意見

二つの補足意見が付された。

まず、 団藤重光裁判官の補足意見である。「本件判旨が兇器準備集合罪を抽象的危険犯として性格づけているのは、迎撃形態のばあいに相手方からの襲撃の蓋然性ないし切迫性が客観的状況として存在することを要するものではないという消極面において意味を有するばかりでなく、およそ本罪の成立要件一般の問題として、兇器の種類・数量、集合した人数、周囲の状況、等々、行為当時の具体的な要因をすべて総合的に考察判断して、その行為の規模・態様等が、定型的にみて、個人の生命・身体・財産および公共的な社会生活の平穩を害する抽象的危険を感じさせるようなものであることを要するという積極面においても、重要な意味を有するものと考え。おもうに、兇器準備集合罪の規定(刑法二〇八条ノ二)は刑法典の傷害罪の章に置かれていることもあつて、その罪質は立法当初からかならずしも明確なものとはいへなかつたが、本罪は憲法二一条の保障する集会の自由ともかかわりがあるものであるだけに、その成立要件については、解釈上、必要かつ充分なしぼりをかけることが要請されるのである。わたくしの理解によれば、本件判旨は、判旨引用の当小法廷の両決定とあいまつて、まさにこの要請にこたえるものである。(原判決が、本罪をもつて「右規定(=刑法二〇八条ノ二)の定める構成要件に該当することが性質上一般的に法益侵害の危険を生ぜしめるものと擬制されるいわゆる抽象的危険犯である」としているのは、抽象的危険犯の積極面を遺却しているかにみえる点で、すくなくとも措辞において妥当を欠くものといわなければならないであろう。)」

次に、谷口正孝裁判官の補足意見は、概要以下の通りである。「兇器準備集合罪の性格づけについていえば、同罪が集団犯罪を取り締る作用をもつことからして運用のしかたによつては集会・結社の自由に干渉する危険のあることは否定し難いところであり、特に兇器の範囲を用法上の兇器にまでひろげて解釈している以上殊に然りというべきであろう。この点で論旨は問題の正しい一面をついているものといえる。しかし、同罪が個人的法益に対する侵害の危険のみを保護法益

とするものではなく、公共的な社会生活の平穩をも保護法益とするものであることは、法廷意見に示すとおりであり、同罪の保護法益をそのように理解し、構成要件として定められた行為の態様が兇器を準備して集合することにあることを考えれば、同罪は抽象的危険犯であると解するのが正しい。」

また、共同加害の目的は行為者の主観にある意図の内容として判断すべきとした上で、「原判決が『兇器準備集合罪は抽象的危険犯であるから、右刑法二〇八条の二の規定の定める構成要件に該当することが性質上一般的に法益侵害の危険性を生ぜしめるものと擬制される』と判示したことには疑問をもつ。思うに、およそ法益侵害の生ずることのありえないことが明らかであるような場合にも、当該犯罪が抽象的危険犯の故をもつて、当該法条所定の行為があれば直ちに法益侵害の危険のあることが擬制されるとしてこれを処罰するということになれば、法益侵害の危険が全くない場合にまで同罪の成立を認めることになり、犯罪の本質に反し不当であるとの非難を免れまい（この点について、なお当小法廷昭和五五年一月九日決定・刑集三四卷七号五一六頁以下の谷口補足意見参照）。しかも、本罪については、冒頭に述べたように運用のいかんによつては集会・結社の自由に干渉する危惧すら否定しえないのであるから、同罪の成立を肯定するためには行為の実質的危険性を度外視して考えることは許されない。同罪の成立するためには公共的な社会生活の平穩を侵害する危険が具体的に生ずることは必要でないが、準備された兇器の種類、数量、準備の態様等に併せて行為当時の具体的事情を勘案し右の危険が一般的に認められること（いわゆる抽象的危険が認められること）を必要とするものとする。すなわち、迎撃型の本罪については、相手方による襲撃が発生する具体的可能性ないし蓋然性の存在は共同加害目的認定の資料たると共に、その危険が一般的に認められることは右犯罪の成立を肯定するための要件であるというべきである。」

「以上の次第であつて、原判決がこの点について判示するところには一部批判を免れないものがあるが、原判決もまた控訴趣意中の事実誤認の主張を排斥して、本件において行為当時革マル派による中核派に対する襲撃が発生する具体的可能性ないし蓋然性の存在したことまでも認め、準備された兇器の種類、準備の態様あるいは防禦の態勢等を併せ考え、抽象的危険の存在を肯定したうえで本罪の成立を認めていると解されるのであるから、私の考えに立つても結局正当であると

いうことになる。」

#### ④ 本判決ならびに補足意見の意義

まず、本罪が迎撃形態<sup>16)</sup>にも成立することを追認した点である。この点については、すでに判例が存在していた。進んで出撃しようとしたのではなく、相手が襲撃してきた際にはこれを迎撃し、相手を共同して殺傷する目的をもって、凶器（兇器）を準備し身内の者を集合させたときには本罪が成立するとした最高裁昭和 37 年決定<sup>17)</sup>、被告人の行為が積極的にいわゆる殴り込みをかけようとしたのではなく相手の襲撃を防ぐためであったとしても、これを迎撃して相手を殺傷する目的があった以上、正当防衛は認められず本罪が成立するとした最高裁昭和 38 年決定<sup>18)</sup>である。また、相手方の来襲の蓋然性が客観的に存在することが成立要件として必要か否かについては、これを消極に解する下級審の判断があった<sup>19)</sup>が、最高裁の判例はなかった。また、危険犯の理解、ひいては法益の解釈に基づいて、個人的法益と社会的法益の優劣について明らかにしたのが二点目の意義である。すなわち、従来は前者が第一次的な保護法益とされることが多く<sup>20)</sup>、上告趣意はこの点を指摘して原審の解釈を否定していたのに対して、本判決は、「個人の生命、身体又は財産」と「公共的な社会生活の平穏」とが双方「同様に」保護法益であるとし、両者のウエイトに特に差がないことを強調したのである<sup>21)</sup>。

そして、「公共的な社会生活の平穏」を保護法益とした結果、抽象的危険犯の構成をとることで、相手方の来襲の蓋然性が客観的に存在することが同罪の成立要件ではないことを最高裁として初めて判示した。つまり、被告人が認識した事実によれば、常識的には、相手方の来襲の可能性が肯定され、それを踏まえて被

16) 相手方が襲撃してきたときにはこれを迎撃し、害を加える目的を有する場合。

17) 最決昭和 37・3・27 刑集 16・3・326

18) 最決昭和 38・7・21 刑集 147・847

19) 東京高判昭和 54 年 9 月 13 日判タ 404・153（原審は東京地判昭和 52・4・26 判時 887・123）、東京高判昭和 54・10・30 刑月 11・10・1146 など。

20) 「一般の社会生活の平穏を侵害する公共危険罪の性格を併せもつとしても、主として殺傷犯、建造物・器物の損壊犯等の予備罪の性格を有する」とした東京高判昭和 53・9・20 東刑時報 29・9・169 など。

21) 山口厚「迎撃形態の凶器準備集合罪—相手方からの襲撃の蓋然性の要否」法教 38 号 102 頁（1983）。



告人が迎撃の目的を抱いたのであれば、たとえ客観的にはその事実認識が誤りであり、したがって来襲の可能性がなかったという場合でも、加害の目的が認められるとしたのである<sup>22)</sup>。

本判決が「同様に」という文言を従前の判例の文言に付加することで、一次的、二次的というウエートの差が両法益の間にないことを明らかにした意図について、調査官解説は以下のように述べる。まず、学説にみられる、「どの法益一元説をとるか、あるいは法益二元説をとるか」といった議論に対して、「凶器準備集合中にその凶器を使用した加害行為を行った場合等に、その罪数をどう解するか等に影響するとしても、二元説の内部で両法益のどちらが第一次的であるかという問題は、理論体系上は別として、解釈論上、実務上は、それほど重要な意味はもたない」と明言する。そして、上告趣意のように個人的法益の第一次性を強調することによって、殺傷・損壊が行われる客観的蓋然性が現実には存在しない限り凶器準備集合罪は成立しないという解釈をとることになると、二次的にせよ社会の平穏を保護法益としたことの意味が没却されてしまうと指摘した。この解釈が正しければ、本罪は、個人的法益を第一次的なものとしていた立法時のあり方からは変質し、社会的法益を正面から保護するものとして位置付けられたことになる。その結果として、適用範囲は広がりを見せた。

二つの補足意見は、このような法廷意見に対して、本罪の成立範囲に一定の絞り込みを求めたものと理解される。まず、団藤補足意見は、本罪が成立するためには、凶器（兇器）の種類・数量、集合した人数、周囲の状況、等々、行為当時の具体的な要因をすべて総合的に考察判断して、その行為の規模・態様等が、定型的にみて、個人の生命・身体・財産および公共的な社会生活の平穏を害する抽象的危険を感じさせるようなものであることを要するとして、これを抽象的危険犯の積極面と位置付けている。次に、谷口補足意見は、限定の必要性について、以下のように踏み込んだ解釈を示している。およそ法益侵害の生ずることのありえないことが明らかであるような場合にも、抽象的危険犯であることを理由

22) 森岡茂・最判解昭和58年1頁以下、146頁。ただし、時の法令〔森岡〕(1983)67頁は、このことは抽象的危険説に基づいたものと解すべきではなく（上告趣意引用の二つの高裁判例はそうかもしれないが）、全体としてどの程度の危険を要件としているのかという観点から検討すべきとしている。

に、当該法条所定の行為があれば直ちに法益侵害の危険のあることが擬制されるとしてこれを処罰するという事になれば、法益侵害の危険が全くない場合にまで同罪の成立を認めることになり、犯罪の本質に反し不当である。また、同罪が成立するためには公共的な社会生活の平穩を侵害する危険が具体的に生ずることは必要でないが、準備された兇器の種類、数量、準備の態様等に併せて行為当時の具体的事情を勘案しいわゆる抽象的危険が一般的に認められることを必要とする。

ただし、両補足意見は、本罪が抽象的危険犯であることを否定して、具体的危険犯であるとまではしていない。ここで認められるのは、抽象的危険犯と具体的危険犯の対立よりはむしろ、抽象的危険を形式的に判断すべきか、あるいは実質的に判断すべきかという、危険の解釈についての対立である。従来判例と本判決の原審は共に形式説にたっていたものと考えられる。法廷意見はどちらともとれるが、補足意見は実質説からの解釈に近いと言えるだろう。

### (ウ) アドセンター事件後

本判決にそったものとして、中核派に属する被告人が抗争中の革マル派の襲撃に対して、共同加害目的のもとに鉄パイプ等を準備して集合した事案に対し、「共同加害目的があるというためには、行為者が、相手方からの襲撃の蓋然性ないし切迫性を認識している必要はなく、相手方からの襲撃のありうることを予想し、襲撃があつた際にはこれを迎撃して相手方の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える意思を有していれば足りる」<sup>23)</sup>がある。

## 3. 学説

本罪の法益については、個人的法益一元説、社会的法益一元説、社会的法益を第一次的法益とする二元説がある<sup>24)</sup>。しかし通説は、個人的法益を第一次的法益とする二元説<sup>25)</sup>であり、主として個人的法益に対する犯罪の準備段階を捕捉するものとして本罪を位置付けながら、それが同時に公共危険罪としての性質を有す

23) 最判 58・11・22 刑集 37・9・1507

24) 学説については、前掲・大コンメンタール 518 頁参照。

ることを否定しない。すなわち、個人的法益に対する予備罪的性質を強調し、社会的法益を相対的劣位におくのである<sup>26)</sup>。したがって、個人的法益と社会的法益を同列に位置付ける判例の立場とは異なっている。

通説の根拠はどこにあるのか。第一に、公共危険罪的性質を強調することによる適用範囲の拡大を避けるべく、限定的な解釈の必要性を説く<sup>27)</sup>。その上で、他説については以下のように批判する。まず、個人的法益一元論に対しては、立法経緯からも本罪が公共危険罪としての性質を有することは否定できない。また、暴行・脅迫が本罪成立の要件となっておらず、集合しただけで成立する点も、個人的法益一元説からは説明ができないとする。次に、社会的法益一元説に対しては、本罪が傷害の章に規定されていることと整合しないと批判する。さらに、いわば本罪を小型騒乱罪として位置付ける見解<sup>28)</sup>に対しては、法定刑の均衡がとれないとの批判がある。なぜなら、本罪の法定刑は、集合した者（集合罪）については2年以下の懲役又は30万円以下の罰金であるのに対して、騒乱罪の付和随行者に対する法定刑は10万円以下の罰金となっており、凶器を準備しているといえ集合しただけの行為の方が重いためである。

さて、保護法益をいかに解するかは、以下の諸点に影響する。

まず、犯罪の終了時期についてである。本罪を個人的法益に対する犯罪の予備罪として位置付ける場合は、本罪は凶器を携えて集合している限り犯罪が継続する、いわゆる継続犯と解される。ただし、予備的犯罪であるから、集合の目的であった共同加害行為（抗争）が開始されれば、集合の解散を待たずに本罪は終了することになる<sup>29)</sup>。法益を二元的に理解する立場にあつては、この点は明確ではない。これに対して判例は、本罪を同様に継続犯とした上で、共同加害行為が開

25) 中山研一・概説刑法II 40頁、山口厚・刑法各論第2版 59頁、中森喜彦・刑法各論第4版 20頁、橋本正博・刑法各論 74頁、曾根威彦・刑法各論第5版 29頁、大谷實・刑法各論第5版 28頁。

26) 曾根・前掲 29頁。山口・前掲 59頁。

27) 山口・前掲 59頁、山中敬一・刑法各論第3版 83頁、西田典之・刑法各論第7版〔橋爪隆補訂〕 66頁。

28) 平川宗信・刑法各論 98頁など。

29) 平野龍一・刑法概説 171頁、大谷・前掲 29頁、山口・前掲 60頁、中森・前掲 23頁。また、先に挙げた清水台公園事件第一審判決（東京地判昭和43・4・13高刑集

始された後も本罪はなお継続するものと解している<sup>30)</sup>。公共危険罪として本罪を解する立場も、判例と同様の結論をとっている<sup>31)</sup>。さらに、公共危険という性質を重視し、共同加害行為開始後は集合の時点に比して公共に対する危険が一層高まることを指摘して、本罪が当然に継続するとの見解もある<sup>32)</sup>。

犯罪の終了時期についての解釈は、まず、共同加害行為開始後に成立した犯罪との間の罪数関係に影響する。たとえば共同加害行為によって殺人罪や傷害罪等が成立した場合、本罪を個人的法益についての予備罪と理解したならば、本罪はそれらに吸収されることになる（殺人罪の予備との関係では観念的競合となる<sup>33)</sup>）。しかし、個人的法益に加えて社会的法益が（両者の優劣はともかく）保護法益に含まれるとするならば、両者の関係は併合罪<sup>34)</sup>もしくは牽連犯<sup>35)</sup>となる。

なお、凶器を携えて集合したことから発生する共同加害行為としては、傷害罪や器物損壊罪にあたる行為が想定される場所であるが、国家的法益に対する罪（たとえば公務執行妨害罪）や社会的法益に対する罪（たとえば放火罪）などについても、共同加害行為の対象に含められるだろうか。本罪の公共的性格を重視する見解はこれを認めるが<sup>36)</sup>、個人的法益に対する罪という性質を重視する見解の中には、少なくとも共同加害行為が国家的法益に対する罪や社会的法益に対する罪を通じて、個人的法益の侵害を招いたことを求めるものもある<sup>37)</sup>。他方で、個人的法益に対する罪であっても、凶器でもって危害を加えることが想定されて

---

22・3・344)は、同様の理由から被告人らをも無罪とした（控訴審にて破棄）。また、東京地判昭和44・3・14高刑集22・4・692参照。

30) 前掲・最高裁昭和45年決定、ただし一審は共同加害行為開始後に加わった場合には本罪は成立しないと、大塚仁・刑法概説各論3版40頁。

31) 前掲・大塚36頁、福田平・新版刑法各論184頁。

32) 藤木英雄・刑法講義各論86頁。

33) 後述のように、社会的法益に対する罪を共同加害行為に含めるのであれば、放火罪の予備も同様に観念的競合となる。

34) 大阪地判昭和36・2・4判時263・33、最決昭和38・10・31裁集刑148・1065、前掲・最高裁昭和48年決定。

35) 大阪高判昭和47・1・24高刑集27・1・1、福田・前掲157頁、大塚・前掲41頁、大谷・前掲31頁、曾根32頁、中森・前掲23頁、西田・前掲65頁。

36) 井田・前掲70頁。ただし、自由は共同加害の対象となっていないため、暴行を用いない監禁等は含まれないとする。

37) 中森・前掲21頁は、社会的法益の保護を重視することを批判しつつ、他人の生命・

ない窃盗や詐欺については、共同加害行為の対象から外れるとの見解もある<sup>38)</sup>。

さらに犯罪の終了時期についての解釈は、共同加害行為開始後の参加者の罪責にも反映する。判例のように、共同加害行為が開始された後でも本罪が継続するとの見解にたてば、それ以降に参加した者にも、集団が解散しない限りは本罪が成立する<sup>39)</sup>。他方、共同加害行為の開始後は本罪が継続しないとの見解にたてば、本罪成立の余地はない<sup>40)</sup>。

関連して、共同加害目的を有しない者に本罪の正犯を認めうるかという問題がある。判例のように、公共危険罪としての性質を重視したならば、共同加害目的のもとに凶器を準備して集合した集団が存在している以上、それを認識しつつ参加した者には、たとえ共同加害目的がない場合であっても、本罪の正犯が認められることとなる<sup>41)</sup>。これに対して、本罪を制限的に解そうとする通説は、共同加害目的のない者には本罪の正犯を認めない<sup>42)</sup>。

凶器の概念も、公共危険罪としての性質を強調したならば、社会通念に照らして人に危険感を抱かせるに足るものか否かという基準により、性質上の凶器だけでなく用法上の凶器にまでこれが拡大されうる。判例は、長さ1メートル前後の角棒<sup>43)</sup>、プラカード<sup>44)</sup>に本罪の凶器性を認めてきた<sup>45)</sup>。また、どの時点で危険性を判断するかによってその高低は異なる。通説はこれらの点についても、限定

---

身体・財産に対する加害内容とするものであれば国家的法益および社会的法益に対する罪であっても含まれるとする。

38) 前掲・大コンメンタール 520 頁参照。山中敬一『刑法各論 [第3版]』85 頁は、破壊的な犯罪を行う目的に限ることから強盗も含まれないとする。

39) 前掲・最高裁昭和 45 年決定。

40) 曾根・前掲 30 頁。

41) 最判昭和 52・5・6 刑集 31・3・544、井田・前掲 71 頁。

42) 山口・前掲 61 頁、中森・前掲 21 頁、曾根・前掲 30 頁、西田・前掲 67 頁。

43) 前掲・最高裁昭和 45 年決定。

44) 東京地判昭和 46・3・19 刑月 3・3・444

45) ただし、ダンプカーが、人を殺傷する用具として利用される外観を呈していなかった場合に、直ちに他人に危惧感を抱かせるに足りるものではないとして凶器性を否定したものとして、最判昭和 47・3・14 刑集 26・2・187 がある。これについて、井田・前掲 70 頁は、ダンプカーは殺傷力は高度とはいえ、携帯可能性ないし機動的な使用可能性の点で従来凶器とされてきたものに劣るから、社会一般に凶器としての不安を抱かせるものではないと説明する。なお、藤木・各論 547 頁は、火炎びんは火炎びん取締

的な解釈を求めてきた<sup>46)</sup>。迎撃形態の場合も同様に、襲撃の客観的可能性が全くない場合には本罪は成立しないという<sup>47)</sup>。

ここまで見てきたように、本罪の適用範囲が最も拡大されるのは、公共の平穩といった社会的法益を重視した上で、抽象的危険犯として本罪を構成する場合であり、これが判例の立場である。他方、学説は、判例のような解釈における本罪の適用範囲の広範さを批判し、求められる危険の限定を提案してきた。たとえば、本罪は抽象的危険犯ではあっても、「集合」により直ちに危険が発生したと擬制されるものとは言い難く、目的とされた加害行為が実行される一定の客観的な蓋然性・危険性を必要とする抽象的具体的危険犯であるという主張がある<sup>48)</sup>。あるいは、本罪の予備罪としての性格を基本に据え、「巻き添えになる危険」としての公共危険を加重要素と解することによって本罪の成立範囲を限定すべきとの主張である<sup>49)</sup>。これらは、抽象的危険を実質化することでそれを達成しようとするものと理解しうる。それとは異なり、本罪をむしろ具体的危険犯と解すべきとの主張もあり、共同加害の危険が現実発生したことを要求する<sup>50)</sup>。確かに、共同加害目的のもとに凶器を携えて人が集まった場合、個人的法益に対する侵害の危険は高まりうる。とはいえ、特に暴力団同士の抗争のような場合は、加害行為の対象となる者の属性は限定されているだろうから、それ以外の者が感じるのは巻き添えになることや、暴力行為が繰り広げられることについての不安や恐怖であろう。しかし、このうち後者の感情を刑法で広範に保護することには、刑法の謙抑性の要請に照らして問題がある。この社会では常にどこかで暴力行為が行われたり、行われようとしているが、それに間近に接して感じる不安を容易に危険に取り込むことは、暴力を直接に被ることで生じた精神的障害が容易に傷害とは認められないことに比しても不合理である。すくなくとも、山中奥深くのような誰も巻き込まれる危険のない場所で抗争が行われようとしており、対立する者同士

---

法があるため、本罪の凶器にあたらぬとする。

46) 中山・前掲41頁、西田・前掲67頁。中森・前掲23頁は、財産加害を目的とする場合も含まれる以上、物の破壊に適した器具であってもよいとする。

47) 西田・前掲65頁。

48) 山中敬一『刑法各論 [第3版]』83頁。

49) 山口・前掲59頁。

50) 曾根・前掲29頁。

がそこに武器を携えて集合した場合は、公共の危険はないと判断しうる。ただし、この見解の具体的帰結はいまだ明確とは言えない。実質化された、あるいは具体化された社会的法益に対する危険が、個人的法益に対する危険とどこまで重なるのかを検討することが必要となる。その際には、本罪の第一義的法益が個人的法益であり、なおかつ、傷害の章に規定されていることから、直接的に他人の身体に害を及ぼす危険が求められねばならない。

### III. おわりに

「一種の『特別法的性格』をもって生まれた<sup>51)</sup>」本罪に対して学説は、限定的な解釈と慎重な運用を求めてきた。しかし実際には、立法時の解釈が運用において拡大し、判例がそれを認めてきたという経緯がある。判例の解釈は、取り締まる側にとっての利用しやすさにつながりうる<sup>52)</sup>。たとえば、判例のように犯罪の終了時期を解したならば、共同加害行為開始前に集団にいたことを立証できない者であっても、解散前に参加した者であれば、本罪による検挙が可能となる<sup>53)</sup>。また、平和的に参集した者の一部が加害行為に及んだ場合に、本罪が集団全体に適用されることになれば、集会への萎縮効果が生じるだろう。適用が減少しているとはいえ、デモ等に対する社会的な警戒心が強まった際には、本罪が柔軟に活用される場面が生じないとはいえない。注で指摘した検挙率の並外れた高さからは、一斉摘発が行われ、現行犯として取り締まられる傾向が強くあらわれてきたことがうかがわれる。運用による適用の拡大を解釈の拡張の背後に認めてきたのだとしても、すでに暴力団構成員が著しく減少している昨今<sup>54)</sup>、その根拠は失われたといえる。個人的法益に対する罪という点を重視することで制限的な解釈を求める学説は、なお深められねばならないだろう。

51) 判例百選刑法Ⅱ第1版〔宮沢浩一〕98頁。

52) 騒乱罪の要件の厳格化と立証の困難性との関係について、判例百選Ⅱ第4版〔小野寺一浩〕15頁。

53) 前掲・井田69頁、西田第7版〔橋爪補訂〕65頁参照。

54) 毎日新聞2018年4月12日など。