



## 兇器準備集合罪(刑法二〇八条ノ二)の解釈(一)

著者	大谷 実
雑誌名	同志社法學
巻	22
号	1
ページ	1-17
発行年	1970-08-31
権利	同志社法學會
URL	<a href="http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000009689">http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000009689</a>

# 兇器準備集合罪（刑法二〇八条ノ三）の解釈（一）

大 谷 実

- 一 はじめに
- 二 判例・学説の概観（一） 以上本号
- 三 判例・学説の概観（二）
- 四 無罪諸判決の検討と本罪の組織犯的性格
- 五 むすび

## 一 はじめに

### 一 本問題の背景

昭和三三年の刑法一部改正（法一〇七号）によって新設された兇器準備集合罪（刑法三〇八条の三）は、証人威迫罪（刑法一〇五条の二）とともに、もともと組織暴力犯対策の一環として刑法典に追加新設されたものである。<sup>(1)</sup> もっとも、この規定が、暴力団等の犯罪防止および犯罪の事前検挙に、はたしてどの程度有効であるか、あるいは、本罪等の立法の契機となった別府事件や、第一・第二小松島事件のような、暴力組織の対立抗争を規制する手段として、かかる対策が必要かつ適切な

ものであるかどうかという点に関しては、立法当時から一部に疑問視するむきもあつた。他方、兇器準備集合罪の立法過程、とくに国会審議過程においては、本罪が労働運動、大衆の政治活動等にも適用される可能性があるため取締当局の権限濫用に結びつくものとして、野党側は本法案に対して繰返し反対論を展開した。かかる経緯から、衆参両院の法務委員会は、法案を可決するにあたって「本改正案の実施にあたっては、政府は、検察権、警察権の濫用を厳に戒め、政治活動を阻害し或いは労働運動を抑圧することのないように留意すべきである」とする付帯決議(昭三三・四・一一衆院)を可決した次第である。

こうした立法化段階での危ぐないし予測は、十余年を経過したこんにち、ようやく現実の問題となってきたといつてよからう。組織暴力犯対策としての立法動機は、立法当時暴力団の抗争が続発し、組織暴力犯が社会問題化していた背景にかんがみ、かならずしも否定されるべきではないが、他方、兇器準備集合罪等の規定を新設するにあたっては、何よりもその犯罪学的な実態を究明し、新設規定によっていかなる反社会的現実を解消するのかという点を明確にし、そのためには、何がもつとも有効かつ適切な対策であるかを慎重に検討したうえで行なわれるべきことはいうまでもない。ところでこれに対する刑事政策的手段として立法による方法が選ばれたわけであるが、兇器準備集合罪の規定を設けるといった方法を選ぶことじたいについてまさに疑問があつたのである。平野教授は、この点について「しかし、こういう事態が、将来再び予想されるだろうか。博徒の防圧にはたして有効な方法であろうか。はなはだ疑わしい。そうだとするとこの規定は、将来に向かつて規定されたのではなく過去に向かつて規定されたようなものである」と痛烈に批判していたことが想起されるべきであろう。じじつそのごの状況から判断して、兇器準備集合罪が、そのほんらいの目的である組織暴力犯の事前検挙に用いられた例は少なく、殺人、放火、傷害、暴力行為等処罰

ニ関スル法律と併せて検挙され、適用されているのが実態である。<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>

もつとも、のちに検討するように、組織暴力犯罪に向けて本罪が適用されている段階では、その有効性について、上記のような疑問がないわけではないが、他面、実際の適用の場面で、本罪が無意味かつ有害なものと断定するのも、いささか行き過ぎではないかと思われる。少なくとも公刊されている判例集に登載されている事例を見ると、おおむね妥当な場合が多いというのが卒直な印象である。<sup>(5)</sup>しかるに、ここ二・三年、学生運動の過激化にともない、本罪が、いわゆる大衆運動にも適用しうるかどうか争われるにいたったが、いまや取締当局はこの種事件に対し重点的に本罪を適用するにいたった。すなわち、昭和四二年一〇月八日に発生した第一次羽田事件以後、四四年五月現在の学生集団事件における主要な起訴人員一、六二七人に対する罪名別割合は、左記の第一表で示すとおりである。ここでも明らかのように、兇器準備集合罪による起訴人員の割合は、全体の六割強を占めるのであって、これを暴力団関係者による兇器準備集合罪の実数(第二表)と対比すると、きわめて興味深い結果が認められる。ここにおいて、兇器準備集合罪の意義と機能は、まったく面目を一新したということができる。立法過程での懸念は、いよいよ現実の問題になってきたといつてよからう。もとより、政治活動を目的とする組織ないし集団であっても、それが反社会的組織として存在するかぎり、いわゆる暴力組織と区別して考えられるべきでないことは、当然のことであるが、他方、兇器準備集合罪の予定する犯罪類型と、学生等の大衆行動にともなう現実の行為態様は、基本的に相違するのではないか、とも考えられる。<sup>(7)</sup>

とくに、兇器準備集合罪は、犯罪学的類型からすれば、いわゆる組織犯といふべき性格のものであり、政治行動などを軸とする集団行動において発生する暴力活動とは、基本的に犯罪の質を異にするのではないか、というのが、

第 1 表  
主要学生集団事件罪名別起訴人員  
(昭和44年5月20日現在)

罪 名	実数	百分比	罪 名	実数	百分比
兇器準備集合	983	60.4	放 火	10	0.6
公務執行妨害	975	59.9	傷 害 致 死	9	0.6
建造物侵入 (不退去を含む)	768	47.2	建造物損壊	5	0.3
威力業務妨害	188	11.6	器 物 毀 棄	3	0.2
傷 害	163	10.0	道路法違反	3	0.2
公安条例違反	61	3.7	往 来 妨 害	3	0.2
暴力行為等処罰に 関する法律違反	40	2.5	鉄道営業法違反	3	0.2
道路交通法違反	33	2.0	暴 行	2	0.1
刑特法違反	24	1.5	破防法違反	2	0.1
騷 擾	21	1.3	新幹線特例法違反	2	0.1
監 禁	21	1.3	窃 盗	1	0.1
航空法違反	10	0.6	延 計	3,330	

兇器準備集合罪の解釈 (-)

- 注 1. 法務省刑事局の調査による。  
 2. 本表は、主要事件の被告人1,627人について調査したもので、数個の罪名で起訴された者については、すべての罪名を列記した。  
 3. 百分比は1,627人に対する割合を示す。

第 II 表  
(昭和43年)

罪 名	検挙人員		
	総 数	暴力団関係検挙人員 実 数	%
殺 人	2,297	444	19.3
強 盗	2,974	334	11.2
兇器準備集合	1,051	417	39.7
暴 行	42,002	5,515	13.1
傷 害	71,179	9,279	13.0
強 迫	3,381	1,109	32.8
恐 喝	14,157	4,414	31.2

注 警察庁の統計による。

現実の取締当局の態度に対する筆者の卒直な疑問である。<sup>(8)</sup> この意味で、最近の東京地裁における三つの無罪判決のもつ意義は、きわめて大きいといつてよい。すなわち、いわゆる清水谷公園乱闘事件をめぐる東京地裁刑事第二八部判決<sup>(昭四三・四・一三、判例 時報五二九号九六頁)</sup>と同刑事二七部判決<sup>(昭四三・八・九、判例 時報五三三八号九二頁)</sup>、および昭和四三年一月二一日国際反戦デー防衛庁襲撃事件第一審判決<sup>(昭四四・二・四刑事一八部、判例 タイムズ三四二号二四四頁)</sup>である。これにともなう控訴理由、控訴審判決<sup>(いずれも一審判決を破棄)</sup>を併せ検討することによって、兇器準備集合罪の主要な論点が浮き彫りになるといつてもよいほどである。そこですでに、ここ二・三年の間に、学界においても本罪に関心が向けられ、若干の論稿が得られてきているが、<sup>(9)</sup> 本罪に対する総合的研究は、まだ十分になされていないのが現状であると考え、右の三つの無罪判決の検討をきっかけとして、本罪の学説・判例を総合的に概観しながら、兇器準備集合罪の解釈論を展開しようとするのが本稿の目的である。

- (1) 立法の経過、論議の内容を示す文献としては、かなりの数が見られる。おもなものとして白井滋夫「暴力取締立法の問題点——刑法の一部改正を中心として」警論二一巻七号(昭三三)、神谷尚男「あっせん収賄罪と暴力立法」ひろば一一巻七号(昭三三)、河井信太郎「刑法・刑事訴訟法の一部改正——暴力関係立法について」法曹一〇巻五号(昭三三)、辻辰三郎「いわゆる暴力取締立法について」法時三〇巻六号(昭三三)、平野竜一「暴力立法についての一つの感想」法時三〇巻六号、江家義男「暴力および斡旋収賄に関する刑法および刑事訴訟法の一部改正について」ジュリー一五一号(昭三三)。前田宏「暴力事犯取締に関する新立法について」警研二九巻六号(昭三三)などがある。このうち、比較法的なものを含めたものとして河井検事の紹介が参考になる。
- (2) 平野・前出九一〇頁、香川「暴力と刑法」現代法11八五頁以下参照。
- (3) この点については、注(1)の参考文献以外に、座談会『暴力』とその取締まり」法時三三巻四号(昭三三)五五頁以下参照。
- (4) 吉川経夫「判例と学説凶器準備集合罪」法七一五四号二六頁以下参照。
- (5) 平野・前出一〇頁では『刑法はむしろ鎮静剤』だという説がある。何か社会にショックを与えるようなことがおこると、こ

れを禁止する法律をつくる。これで何となく気が落ちつく。ただそれだけだ、というのである。……こんどの場合など、あまりにびったりと当たっているように思われる」と述べられている。

- (6) 後出の判例に現われた事実を見れば明らかである。なお、香川教授は「抗争事件があれば、兇器準備集合罪の適用が容易である。それによる早期鎮圧の効果は否定しえない」とされ、平野教授の懸念は、杞憂に帰したとされている。香川・前出  
○八頁。

- (7) この思考に道を開く論稿として井上(祐)教授の判例評釈(判夕二四六号一二二頁以下)は、是非参照されるべきであろう。
- (8) 集団犯の構造と組織犯の異同については、前田信二郎「群集犯・集団犯・組織犯」(現代の共犯理論所収)を参照。
- (9) 学生運動等、集団行動と兇器準備集合罪との関連を論及した文献の主なもの掲げておく。藤木英雄「兇器準備集合罪の問題点」警察二二巻四号、近藤一郎「集団犯罪の一考察」警察二二巻八号、宇野峰雪「集団行動と兇器準備集合罪」労組一四号、志賀定一郎「兇器準備集合罪の解釈をめぐる二・三の問題点」警論二二巻二号。

## 二 本問題の研究視点

上記のように、本稿は、過去一〇余年間の判例・学説の動向をふまえたうえで、兇器準備集合罪の解釈論を展開しようとする、ごく素朴な問題意識から出発するものであるが、しかし、右に概観したように、問題そのものは、それほど素朴でもなければ単純でもなさそうである。従来、解釈論としては、本罪における「兇器」の概念をどのように構成し、いかなる器具に、これを適用すべきかという点に、もつとも議論が集中した。もちろん、この点に大きな論点の存することは否定できないが、しかし、上記したように、それにも増して重要かつ焦眉の課題は、本罪の「集合」の観念をどのように把握し、構成するかにあると思われる。すなわち、組織暴力犯を予定し、その事前検挙を目的とした本罪にいわゆる「集合」と、集団犯的性格をもつ最近の取締当局による適用事例は、ほんらい共通性を有するものでなく、一部で指摘されているように、後者はむしろ騷擾罪的性格をもつものと考えられる。<sup>(1)</sup> 他方、集合と

いう観念は、静的・固定的な側面を具備しているだけに、そこから、取締当局の権限濫用を可能にし、かつ、それを正当化せしめる要素をもそなえている。

たとえば、大量集団の一員が兇器ないしそれに準ずる器具を携行しているだけで集団全体を不法化することが可能であり、また、大量集団の中からごく一部のみを逮捕・勾留し、公訴の提起にいたるといった事例が、この種事件で圧倒的に多いが、これは、公訴権濫用に結びつくと同時に、<sup>(2)</sup>他方、直接の加害行為について立証が困難な場合に、第二次的訴因として本罪を適用しているのが現状であろう。のみならず、集団行動における付和随行者と見られる者であって、しかも、その集団行動が、騷擾罪に当たらない場合であっても、兇器準備集合罪によって規制することが可能となり、しかも、刑法一〇六条の付和随行者は罰金刑にとどまるのに対し、ほぼ同一の行為であっても、本罪では二年以下の懲役刑が法定刑になっているわけであって、ここにも不合理な側面の存することは否定できない。かようにして、いまや兇器準備集合罪は、治安法の最先端を行くものとなりつつあるように思われ、かかる状況にかんがみ、兇器準備集合罪の犯罪類型と可罰性について究明しようとするのが、本稿の基本的なモチーフである。

(1) 佐伯・米田「集団事件の刑事手続」法時・別冊・治安と人権六六頁。

(2) 井上(祐)・前出一一七頁。

## 二 判例・学説の概観(一)

### 一 その一般的動向



まず判例の動向であるが、兇器準備集合罪に関連する判例として、公刊の判例集に搭載されている数は、二〇数例に及んでいる。<sup>(1)</sup>このうち、昭和四二年末までの判決は、すべて組織暴力犯ないし、それに類似する犯罪にもなつて検挙された事件に対するものである。また、兇器準備集合罪だけが、独立に処罰の対象となつたものは、二ないし三件であり、そのほとんどは、殺人未遂、傷害、暴力等処罰ニ関スル法律違反事件と競合しているものである。ここでも明らかなように、従来実務では本罪が、ほんらいの立法趣旨である組織暴力犯罪の事前検挙に適用された場合は、ごく稀であつたといふことができる。他方、しかし、先に指摘したように、適用された事実そのものを見ると、兇器準備集合罪の犯罪類型にもっとも典型的にあてはまる事例が圧倒的であり、おおむね妥当な判決であつたといふことができよう。したがつて、このかぎりでは従来の判例を客観的に整理することが、兇器準備集合罪の犯罪類型を明確にすることになり、同時に、本罪のルーズな解釈・適用を抑止するという実践的目的にも合致するものと考えられる。そこで、ここでは、判例の整理に重点を置きながら、併せて個別的問題についての学説にも及んで検討を加えておきたい。

ただ、学説に関する一般的傾向について一言しておく、従来のそれは、余りに貧困であつたといふことができよう。<sup>(2)</sup>その理由としては、破壊活動防止法(昭和二七年)や警職法改正案(昭和三三年)のように、法そのものが政治的弾圧手段として現われる場合には、学者の側からも断固とした理論上の批判が可能であるが、兇器準備集合罪のように、暴力組織そのものの規制を標榜する立法に反対する、あるいは疑問を提起することは、理論的にも実践的にも困難な面があり、それだけに立法化段階での論調はきわめて低調であつたわけで、こんにち理論的に検討を迫られている問題点については、ほとんど考慮されていなかったといえよう。ところが、先にも述べたように集団行動と本罪の適

用が問題になって以来、ようやく研究者の関心も高まり、本格的に論ぜられる段階にいたったということができよう。そこで以下、本罪の意義、構成要件、行為、罪数の順で検討を進めてゆきたい。

(1) 以下、判例を引用するに当っては、引用順にナンバーを付し、たとえば①〇〇裁判決という形式を用いる。再度引用する場合は①だけを記すことにしたい。

(2) 立法化当時の法案に対する批判的検討としては、前出・平野論文のほか、日沖憲郎「暴力犯罪締立法について」ジュリー一五号五頁、佐々木哲蔵「最近における刑事立法の動向」法時三〇巻六号九頁以下等が見られるが、現時点から見れば、だいぶ問題点の把握にずれがあったことは否定しえない。

## 二 兇器準備集合罪（刑法二〇八条ノ二）の意義

本条第一項は集合罪を規定し、第二項は、結集罪を規定している。はじめに、本条の立法趣旨、保護法益に関する学説・判例を見てみよう。本条の立法に参加した学者・実務家の見解は総じて本条の規定する犯罪の性格を、「殴り込み等のために兇器を準備した相当数の人員が集合し、治安上憂慮すべき事態が発生したが、かような事態を規制してその後に予想される殺傷事犯等を未然に防止するために設けられたものである。殺人、傷害、建造物損壊、器物損壊の予備的な性格と、社会生活の平穩を害する、公共の平和に対する犯罪の性格とをあわせもつものといえよう」<sup>(1)</sup>とする点で一致していたように思われる。このように本条の保護法益は、殺人等の予備罪の性格と公共危険犯の性格を併有するものと解されているが、本条は、かかる二面的性格をもつものとされつつ、けっきよく、個人的法益に関する罪の章に規定されることになって、第一次的には殺人、傷害、建造物損壊、器物損壊に対する予備罪の性格をもつものと解されてきた。

しかし、従来の説明においても、予備罪の性格が論理的に優先するものかどうかに関しては疑問がないわけではなく、たとえば「殺傷事件を契機として、互にその報復等のため相当数の者が拳銃、日本刀等の兇器を準備して集合し、更には、応援のため、これに馳せ参ずる者もあり、双方とも数十名が集合対峙して氣勢を挙げる等の險悪な事態を惹起したにも拘らず、これを早期に検挙すべき適切な規定がなかったため取締に困難を來たし、善良な一般市民に著しく不安の念を抱かせ、治安上憂慮すべきものがあつた実情にかんがみ設けられたのがこの規定である。従つて、本条の罪の保護法益は、主として個人の生命、身体又は財産であるが、公共的な社会の平穩をも保護法益とするもの<sup>(2)</sup>」(傍点筆者)と説明しているものがあるが、ここからは、個人的法益(生命・身体・財産)の保護と解すべき根拠は弱く、むしろ、公共危険犯として構成するのが、より妥当なものと解される。しかし、通説も、かかる立法趣旨に立脚して「本罪の法益は、個人の生命、身体または財産の安全であるとともに、公共の平穩でもある。立法上、前者に主眼をおいて、傷害の章下に規定されたのであるが、後者にも相当の意味がみとめられるべきである<sup>(3)</sup>」とする二面説を採用している。

そこで、このように個人的法益に関する予備罪の性格を軸としながら、公共危険犯的性格をも加味する見解を前提とすれば、兇器準備集合罪は、生命・身体・財産の罪に対する予備の共同正犯を認めた規定と解されることになり、ここでは当然本罪の公共危険犯たる性格が後退することになる。この点に疑問を提起したのは高田教授である。<sup>(4)</sup>教授によれば「本条(二〇八条の二)は集合行為の招来する人心の不安という社会的法益に重点がおかれている」(傍点筆者)のであつて「個人的法益を第一次的保護法益とする犯罪」として規定することは、かかる意味で矛盾であり、第二に、兇器準備集合罪は、財産に対する加害行為を含むものであるから、傷害罪の章下に規定するのは妥当でないとされ

る。第三に、個人的法益が第一次的保護法益だとすれば、殺人予備は、器物損壊の予備と同様の評価を受けることになり、余りにも刑の不均衡が生ずるとして、本罪を公共危険犯として構成することを提唱された。

ここで高田教授は、集合に重点を置き、その惹起する公共的危険を中核とした犯罪類型の構成を提案されたものと思われる。そうして、従来の二面説のもつ矛盾を明らかにした点、この見解はたしかに重要であるが、他方、それならば、犯罪類型の構成ないし解釈上、右に述べたような罪質の把握がどのように具体的に現われているのか、高田教授の刑法二〇八条の二に対する注釈からは明らかでない。もし、本罪を公共危険犯として構成するならば、理論上は、いわゆる「集合」の觀念に論点が集約するはずであるが、この点、同教授の見解が通説と異なるものとは思われない。<sup>(5)</sup>

では、判例は、本罪の罪質ないし保護法益を、どのように解しているであろうか。この点についての判旨としては、①大阪地裁昭和三六年二月四日判決(判例時報二六三頁三三頁)が、もっとも詳細に述べたものとして重要である。すなわち「兇器準備集合罪は、個人の生命、身体、財産という個人的な法益をその保護法益とする点では一面殺人罪の予備罪的性格を有するけれども、又他面二人以上の集合を要件としている点において公共的な社会生活の平穩をもその保護法益とするもので、単なる殺人等の予備罪とは別個独立の犯罪であると解される」とした。これは、殺人予備、同未遂、殺人と兇器準備集合罪との罪数関係を、いかに把握すべきかという問題に関して述べられたものであり、ここでは、殺人等の罪と兇器準備集合罪とは、本質的に別個のものであるから併合罪の関係にあるものとされた。同様の判示内容としては、②甲府地裁昭和三八年三月二八日判決(判例時報三三三頁三五頁)がある。もっとも判例では後述するように、本罪の罪質ないし保護法益の問題は、具体的には罪数の場面でのみ考慮されるに過ぎず、したがって、当面の問題に

対する判例の見解は、いずれとも断定しがたい面がある。たとえば、②においては、罪質・保護法益に関して、①と全く同様の見解を示しつつ、殺人および同未遂と兇器準備集合罪とは牽連犯の関係にあるとしているのである。ただ少なくとも罪質・保護法益についての上記判例の見解は、いわゆる立法趣旨の中で説明された二面説の見解を踏襲していると見る事ができよう。

これに対して、のちに、詳しく論評する予定である③いわゆる清水谷公園乱闘事件第一審東京地裁昭和四三年四月一三日判決(判例時報五一九号 九六頁)の見解は、「元來刑法二〇八条の二の規定は、やくざ暴力団体の勢力争い等を原因とする殴り込み等、集団的な殺傷事件が続発し社会不安を招いたことを契機として、現実に集団による殺傷その他加害行為が実行に移される以前、その目的に供するため兇器を準備した者につき独立の罪の成立を認めて規制し、集団的殺傷、暴行事件等の発生を未然に防止しようとするものであることは疑いない」とするものであった(傍点筆者)。この判例の趣旨は、④東京地裁昭和四三年八月九日刑事二七部判決(判例時報五三八号 九二頁)、⑤東京地裁昭和四四年三月一四日刑事一八部判決(判例タイムズ二四二号 三五二頁)でも展開されているが、ここでは、①において説かれている兇器準備集合罪の趣旨を、より集団的に把握している点が注目されるべきであろう。すなわち①においては、「二人以上の集合」に公共危険犯となる契機を求めたのに対して本判例では、むしろ「集団による加害行為」の事前検挙に力点が置かれているわけである。もし、かかる趣旨として理解しうるものとすれば、本判決は、立法趣旨や①において展開された二人以上の予備罪の性格と公共危険犯の両面性を具備しつつ、なお、個人的法益に対する予備罪の性格を強調する二面説を、より発展的に扱えたものと評価することができよう。

特に本判例について注目すべきことは、集団犯としての、公共危険犯の性格に対しよりいっそうの限定を加えようと

している点である。したがって、本判例は後述するように、予備罪の性格を徹底して強調しているものの、生命・身体・財産に対する一般的な予備犯の存在を理由づけるのは、もっぱら、予備行為そのものが集団的に現われるからであって、単なる二人以上の共同正犯の形態にもとづく予備を意味するのではない、とも理解できるわけである。もつとも、かかる本判例の解釈に関連して二つの立場が考慮されるべきであろう。第一に、予備罪の強調という問題に関連し、兇器準備集合罪の趣旨ないし意義から、公共危険犯の性格をまったく放逐し、もっぱら個人的法益に対する予備罪の性格としてこれを把握しようとする見解がある。たとえば熊倉教授は「本条における保護の客体は人の生命・身体または財産である。本条が刑法典・各則の第二章に規定されていることから明らかなように、本条によってまもろうとしている主たる第一次的な保護法益は、もっぱら個人的法益であり、個人の生命・身体または財産の安全性にあるといわなければならない。……本条の罪を新設・追加するにあたり……あたかも社会公共治安の維持の必要性からなされたものであるかのように宣伝され、本条の罪が、あたかも公共治安の保持ないしは社会生活の平穩を保護法益としている犯罪の種類でもあるかのように説明されていた。しかし、本条の罪は、保護法益の重層性ないし併存性という観点から、副次的・第二次的には社会生活の平穩を保護法益として認めることは承認されるところでも、主たる第一次的な保護法益はもっぱら個人の生命・身体または財産の安全性におかれているものである」とされている。<sup>(6)</sup>この見解は、いつけん、従来の二面説と異なるように見えるが、「公共上の政策的観点から社会生活の平穩の侵害の種類にまで解釈的に操作し拡大することは、近代刑法原理のゆるさなところである」としていることでも理解しうるように、ここでは、公共危険犯の性格は、法益の重層性から派生するものであって、兇器準備集合罪の構造そのものは、もっぱら個人的法益に関する罪として把握されているわけである。

このように本罪を公共危険犯の性格を加味したものととして構成することに反対する学説は、それが国家の治安政策によって解釈運用されることに対する危ぐを背景としているものであり、またその危ぐが現実となっていることにかんがみ、右の学説の正当性はこの点に関するかぎり否定しがたいであろう。しかし他面、公共危険犯の性格を排除するならば、たとえば、器物損壊の未遂犯に対する処罰規定すら存在しないのに予備が処罰されるのはなぜかといった疑問が続出してくることになる。その意味で井上(祐)教授のように「公共危険犯的に運用するならばもつと構成要件の形を社会法益に対する集団犯罪らしくするために立法的に工夫すべきである<sup>(8)</sup>」とするのならばともかく、本罪を純粹に個人的法益に関する罪として把握することは、立法の背景から考えても無理であると同時に、高田教授の提唱されるように、他の犯罪類型との均衡上許容しえないものというべきであろう。問題は、かかる解釈論を展開しなければならぬ背景であるといつてよい。いうまでもなく、その理由は、治安政策的観点から集団行動に対して運用しうる側面を、兇器準備集合罪そのものが併有しているからである。その意味で、③が、一方で集団犯的側面を強調しつつ他面、それを予備罪と結合させて把握しているように見受けられる点に注目すべきである。(この点は、後述の「集合概念」を検討するに際してより鮮明になるはずである)。

ところで、もう一つの考慮しておかなければならない学説は、藤木教授の最近の見解である。<sup>(9)</sup>すなわち教授は③を契機として「元來兇器準備集合罪は集団暴力事犯の事前検挙が是認されるのは、集団暴力行動に発展すべき多数人の集合が兇器の準備という事実が加わることによって、それだけで一般住民に脅威を及ぼすものと認められるからである」というのである。この見解は高田教授の提言をより発展させて、本罪を集団犯として構成することにより、その公共危険犯的性格を、鮮明にしようとするものである。具体的にこの見解は、のちに詳論する本罪の構成要件的状况

との関連で展開されるわけであるが、この部分について一言しておく、藤木教授は、集団そのものが共同加害を開始した場合の構成要件的状况の存否について、以下のように述べている。「一応は平静にデモ行進をしていた一隊が、何らかのきっかけによって所掲のプラカード、旗竿、指揮棒の類を武器に転用して、警察官や施設の管理・看守者などに攻撃をしかける場合……率先して攻撃に出た者に他の者が呼応しておなじく武器を用いて協力する態勢となつたときに、武器を構えた者についてまず兇器準備集合罪が成立することになるが、これに追従するデモ参加者については、最初に兇器準備集合罪の成立が認められた一団と呼応して加害行為をみずから行うか、その一団に加わって補助的活動をする意思が確定したと認められる段階に達したときに、順次兇器準備集合罪が成立することになる」とする。藤木教授によると、かような公務執行妨害、殺人、傷害等の直接の加害行為が一面で行なわれつつ、他面で次々と兇器等を帶有する者が加わるることによって醸成される社会的不安が、まさに、兇器準備集合罪によって規制されるべき集団だということになる。

この見解は、兇器準備集合罪を集団犯として規定することによって、いわゆる個人犯的な側面を捨象する結果となるが(たとえば二人でピストル三丁を準備した場合)、逆に、騒擾罪と本罪との区別は、ほとんど不可能になってしまうのではないかと思われる。この点、のちに詳論するので重複を避けるが、もし本罪を集団犯として構成し、その社会的危険性を処罰根拠とするならば、騒擾罪よりはるかに公共危険性が少ない場合であっても、場合によっては兇器準備集合罪の方が重い刑を科されるという不合理が生ずる。

かように従来の見解ないし判例を見てくると、個人的法益に対する予備罪的性格を強調する見解も、あるいは、集団犯として公共危険犯的性格を強調する見解も、いずれも妥当とはいいがたく、他方、通説のように二面説を提唱す



ることにも問題がないわけではない。

わたくしは、後述するように、本罪をその立法時の出発点に帰って、組織的な暴力犯罪に限定して本罪を適用すべきものと考え。ところで、集団行動の性格・構造に関しては、騒擾罪の適用と相まって、犯罪学的にかなり突っ込んだ研究が出ており、それにより騒擾罪およびその他の集団犯そのものの研究も、かなり進んできたといつてよい<sup>(10)</sup>。これに対し、兇器準備集合罪の犯罪学的研究は、ほとんどといってよいほど存在せず、そこに、暴力行為等処罰ニ関スル法律と同様、元来の目的を見失って、まさに治安法化する現象が見られるようになったものと思われる。いずれにしても、本罪の意義・趣旨を、どのように見るかによって、構成要件的状况、行為、罪数等の解釈に重大な影響を与えるわけであり、わたくしは、この点、集団犯と組織犯の犯罪学的構造を念頭に置きながら、本罪が徹底して組織犯的性格をもつものであることを明らかにしたいと考える。

なお刑法改正との関連で一言しておく、改正刑法準備草案においては、二八一条において現行法と同一章下に、現行の兇器準備集合罪の構成要件と全く同一の規定が置かれている。そのご、高田教授の強い非難にもかかわらず、法制審議会刑事法特別部会の立案による刑法改正参考案も、二八一条に準備草案と同一の規定を置いた点が注目されよう。

- (1) 辻・前出一三頁、白井・前出三二頁、河井・前出五七頁、江家・前出三九頁。
- (2) 前田・前出六三頁。
- (3) 大塚・刑法各論(上)七二頁、平場Ⅱ森下・判例体系刑法各論二五二頁。
- (4) 注釈刑法(5)一〇三〜一〇四頁。
- (5) この点については、個々の構成要件を検討する際に明らかにするであろう。なお、高田教授の疑問に同調するものとして木

村・体系刑法事典五〇三～五〇四頁。

(6) 熊倉・日本刑法各論(上)一六八～一六九頁。

(7) 滝川#竹内・刑法各論講義三一頁。

(8) 井上(祐)教授は、兇器準備集合罪の機能面から、やはり、個人的法益に対する予備罪の性格として限定してしまうことに、やや躊躇しておられるようである。しかし、現行法のもとでは、いぜんとして、右のように解すべきとき、もし、公共危険犯として見るならば、立法論として展開すべきものとする。

(9) 藤木「兇器準備集合罪の問題点」警論二一巻四号一頁以下。

(10) 集団犯についての文献は、夏目「騒擾罪判例概説」前出・治安と人権一三六頁以下に詳しく紹介されているので参照された  
い。

(つづく)