

刑法第二〇八条ノ二の「兇器」について

山 火 正 則

—

刑法第二〇八条ノ二の「兇器」について

兇器準備集合罪にいう「兇器」が性質上の兇器と用法上の兇器を含むものであるとするのが、判例・学説において一般的にみとめられている見解である。⁽¹⁾ここで、用法上の兇器とは本来的な性質上の兇器ではないが、用い方によっては兇器としての効用をもつものであると考えられるものである。したがって、殺傷能力をもっているものであれば、用い方によっては、人を殺傷することが可能であるので、用法上の兇器は相当広い範囲にわたってみとめられる可能性が生じる。このことは兇器概念が不明瞭になりうることを示すものである。この点は、すでに立法当時から、問題とされていた。⁽²⁾そこで、用法上の兇器の限界をどこにおくべきであるかが明らかにされなければならない。政府見解は、大審院が旧衆議院議員選挙法三条一項の「人ヲ殺傷スルニ足ル物件」に関して展開し、かつ他の法律に規定されている兇器の解釈にあたって、用いられるようになった基準を、その根底におこうとしていたようである。すなわち、「『人ヲ殺傷スルニ足ル物件』トハ其前段ニ例示シタル銃砲槍戟竹槍棍棒等ト同視スヘキ程度ニ在ル用法上ノ兇器ニシテ社会通念ニ照ラシ人ノ視聴上直チニ危険ノ感ヲ抱カシムルニ足ルモノタルコトヲ要ス……其形状種類ノ如何ヲ問ハス苟モ人ヲ殺傷スル可能性ヲ有スル物件ハ悉ク之ヲ包含スト解スヘカラス」(大判大正一四年五月二

六日刑集四卷三二五頁) というものである。現在もここに示された「社会通念に照らし人の視聴上直ちに危険の感を抱かしむるに足るもの」か否かが、兇器性を判断する其準とされることが多い。

ところで、この其準はそれに先行する「銃砲槍戟竹槍棍棒等ト同視スヘキ程度ニ在ル」というものと結合することによって、当該器具じたいが、そのような性質を客観的にもつものであることがその内容とされていると解することができる。立法当時の法務省刑事局参事官辻辰三郎氏も、その解説にあたって、つぎのようにのべておられた。「人の身体を傷害すべき器具で、その構造上又は性質上人の身体に危険を感じしめるようなもの、と定義することによって、用法上の兇器に一定の限界を劃することが相当であろうと考えられる。」⁽⁴⁾ (傍点) 立法当時の兇器に対する考え方は、これを嚴格に限界づけようとしていたものと考えられる。たとえば、政府関係者は鉛筆削りのための小型ナイフ、旗竿、プラカード、ステッキなどは兇器といえないとしていた。⁽⁵⁾ 小野博士も、参議院法務委員会において、参考人としてつぎのよりのべておられた。「こん棒とかプラカード、こういうものは私はこの凶器には入らないと思います。もっとも、特にたとえば日本刀の格好をしたこん棒というようなものもあるのでありますから、それはまた別でありますけれども、普通の野球のバットとかプラカードのたぐいは、これは用法上の凶器でもない、凶器である」と、解釈されるおそれはまずないと私は思っております。⁽⁶⁾

しかし、本罪立法後、実務においては、玉突棒(熊本地判昭和三四年一月二日参照最三小決昭和三五年一月一五日刑集一四卷一三三号一六七七頁)、野球用バット(東京高判昭和三八年八月七日東高刑時報一四卷八号一五一頁)、鍬の柄(広島高松江支判昭和三九年一月二〇日高刑集一七卷一号四七頁)などが用法上の兇器としてみとめられた。これらの判例においては、兇器とはいかなるものかについてとくにふれることなしに、具体的器具についてただちにそれが肯定された。しかし、立法当時の傾向からすれば、兇器の範囲が拡大されたとの感がしないわけではない。とすれば、本罪立法の際に

もたれた危惧感は現実のものとなったといえよう。

(1) なお、後掲、八四頁、注(13)井上正治氏の見解参照。

(2) 参議院法務委員会における社会党の亀田得治氏と政府委員との質疑応答。

○亀田得治君　そこでこの凶器を、これも疑いを残さないように、銃砲とか、刀剣とか、まあ暴力団がなぐり合いをやるとうろときに使うものは、大体わかるわけですから、そういうものを具体的に書くわけにいかないでしょうか、凶器という文字のかわりに。

○政府委員(竹内寿平君)　その点も、立法当時に、大いに私ども部内で議論をいたしましたのでございます。できるならば、たゞいまの最近の法律は、すべて凶器というような言葉をあまり使っておりませんので、そういうふうな凶器という文字のかわりに、少し長くなつても、ここへ書き込むことはできぬだろうかという点で研究をいたしましたのでございますが、何と申しましても、刑法ではあまり長々しい定義めいたものを書かないのでございます。しかしながら、さればといって、概念が明確でなくてはいけませんのでございますが、長い間の旧刑法の持凶器ということで、判例も若干出ておりますし、この解釈につきましても、ほぼ確立しておるように思われますので、立法技術上の見地から、凶器で大体理解し、解釈運用に誤りがなからうというふうな考え方になりました。法制審議会の御審議も得たわけでございますが、法制審議会でも、まあまあこの辺でよからうじゃないかというのが結論であつたように思っております。

○亀田得治君　たとえば、この軽犯罪法の第一条の二号ですね、これなんか割合はつきり書いてあるんですね。「刃物、鉄棒その他の人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具」、こういうふうに書いてある。これだけでも、説明を待たないで割合はつきりするわけですね。こういうふうな表現でもいいわけでしょうが、まあ刑法は、なるべく簡単に書くという建前かもしれませんが、まあ別にそういう建前が法律の中にきまつておるわけでもないんですから、大いに新しくできるものは、新しく疑問のないように書いていく、そういう表現は弊害がありますかね。

○政府委員(竹内寿平君)　「兇器」という文字のかわり、今軽犯罪法の第一条の二号に書いてあります文字を置きかえて、この集合罪の規定を読みかえて見ますと、おそろしく重複して、わけのわからないような規定になるように思うのでございまして、ですから、まあ刑法の規定といたしましては、簡潔に書くということ、大体この軽犯罪法的一条二号の規定は、

「隠して携帯」ということで、特にこういうふうには強く出ておりますが、考え方からしますと、この凶器というふうには書いた方が範囲は狭いんじゃないだろうかという感じもいたしておるのでございます。

○亀田得治君 範囲は、あなたはそう解釈しているから狭いかもしれぬが、たとえば、この軽犯罪法の条文を利用するとすれば、上の方はよろしい、あまり長たらしいから。それで下の方だけでも利用して、通常人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具、こういうふうにもやれば大体はつきりしてくるわけです。

(昭和三十三年四月二十一日 第二十八回国会 参議院法務委員会会議録第三十二号一六頁)

(3) ○政府委員(竹内寿平君)(前略) 私どもの法務省がずっと長い間とつて参りました行政解釈、特に破防法にあります凶器という意味等につきましても、今の性質上の凶器、用法上の凶器であり、かつ、社会通念から見て、视觉上、人をして直ちに危険の感を抱かせるような器具、こういうふうには私どもは定義をいたしまして、そういう趣旨で運用を誤らぬようにいたしておるのでございます。

○亀田得治君 大へんその辺は微妙な点がありますが、これは一つ記録の上に明らかにしておきたいと思えますから、具体的にお聞きするわけですが、通常のナイフですね、まあ私たちが鉛筆などを削つたりするとき使う小さなナイフ、それから旗ざお、それから旗ざおの先の金具ですね、金具がついているものもあります。それからプラカード、つえ、それから大きな石は別として、小さな石、こんなものは、まあこんなものを使つていいという意味じゃないですが、こういうものは、先ほどの定義からいうと、直ちに人をして危険を感じしめるものではないから、これはここでいう凶器ではないというふうに理解していいですか。

○政府委員(竹内寿平君) ただいまお話の各器具は、仰せのような趣旨のもとに、私どももここにいう、いわゆる凶器には当たらないというふうに解釈をいたしております。まあ旗ざおは、山崎の芝居にもありますように、先をとがらせました竹やり、こういうふうには、やりの形を作つてしまつておるようなものにつきましては、これは凶器というふうにはいわれる場合があるかと思えますが、通常の形における旗ざお、旗ざお……。

○亀田得治君 旗がついているもの。

○政府委員(竹内寿平君) そういうものや、プラカードの棒であるとか、そういうふうなものは凶器にならうはずがない。一見、社会通念上、危険の感を抱かせるものでございませぬので、そういうものは凶器に当たらない、かように解釈をいたし

ております。

(昭和三十三年四月二十一日 第二十八回国会 参議院法務委員会會議録第三十二号一六頁)

(4) 辻辰三郎・「いわゆる暴力取締立法について」法律時報三十卷六号十四頁。

(5) 注(3)における竹内政府委員の答弁。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」法曹時報十卷五号六二頁。前田宏・「暴力事犯取締に関する新立法について」警察研究二十九卷六号六六頁。

(6) 昭和三十三年四月八日 第二十八回国会法務委員会會議録第二十三号六頁

二

判例のなかには、兇器性認定の判断基準を示しているものが若干みうけられる。そのばあい、結局前掲した大審院大正一四年五月二六日判決のなかに展開された基準が用いられている。この基準は、おそらく、その判断基準をとくに示さなかった判例においても、暗黙の前提とされていたものと考えてよいであろう。

しかし、この「社会通念ニ照ラシ人ノ視聴上直チニ危険ノ感ヲ抱カシムルニ足ルモノ」という判断基準が実務において用いられていながら、具體的ならばあいに兇器の範囲が拡大しているようにみえるのは、この判断基準じたいに内容的変化がもたらされたのではないかと考えられる。そこで、まず兇器概念の展開を行なった判例をみることにしよう。

I 当該器具じたいのもつ客観的性質から兇器性を判断しようと考えられるもの。

(一) 東京地判昭和四五年七月一日判例タイムズ二六一号二七八頁「兇器準備集合罪にいう兇器とは、その器具本来の用途から、またはその構造上人を殺傷し得るに足る形状および性能を有している点から、社会通念上人の視覚により直ちに人の生命または身体に対して客観的に危険の感を抱かしめるに足りるものでなければならない。こ

れを本件についてみるに、被告人Kらが所持したと認められる角材は長さ約一八〇センチメートル前後、太さも数センチメートル角の木材である、その形状において一種の棍棒ともいふべきものであって、右に検討した要件を備えるといわなければならない。……同被告人らが所持したと認められる角材は長さ約一・二ないし一・四メートル、太さ約四センチメートル角の木材であり、その形状において一種の棍棒ともいふべきものであって、右に検討した要件を具備するといわなければならない。……被告人Sが所持していた旗竿は、二本つなぎのもので、それは、長さこそ一本につき約一・五メートルに及ぶとはいふものの、直径はわずか約二ないし二・五メートルの軽い竹竿であり、特に本件当時は、これに文部省の窓から掲げようとしていた全学連中核派の旗を巻いていたことをも考えると、その性能および形状の点で、人の生命又は身体に対して危険の感を抱かせる程度は、前記角材とかなりの差があるといわなければならない。そうするならば、右旗竿は兇器には該当せず、……。……被告人Kが所有していた石三個はいずれも手中に収まる程度のもので、現に被告人Kは逮捕された当時三個とも左ジャンパーポケットの中に入れていたのであるから、前述した兇器の要件を備えるとは解し難い。」

(二) 東京地判昭和四五年一〇月一日刑裁月報二卷一〇号一〇九九頁「被告人が本件当時所持していたという旗付竹竿は、長さ約二・七米、元口の直径約四糎、末口の直径約二・三糎の竹竿で、元口、末口共に尖っておらず、切口は水平であり、しかもこれが末口のほぼ先端から取り付けられた布製旗は横約二米、縦約一・五米と認められるので、その対角線の長さは $\sqrt{2+1.5^2}$ 即ち約二・五米で、被告人は右ホーム上からは竿に付けた旗を巻かず広げたまま握持していたのであるから、垂れた旗は竹竿の長さより約二〇糎短いに過ぎず、これを横にして槍の如く構えたときは自らの足で旗を踏み付けて動きがとれず、又これを上下左右に振っても極めて緩慢な動作しかとれぬことも経験上明白であり、たとえ旗を竹竿に巻いて右の如く構えても、巻かれた布地により竹竿自体の攻撃的性格を

著しく弱わめるに至るため、到底通常人をして直ちに危険を感じしめるに足りるものではない。」

このふたつの判決は当該器具が兇器であるといえるためには、人を殺傷する能力をそなえているものうち、社会通念上ただちに人に危険感を抱かせるに足りるものでなければならぬとする。そして、このような危険感とは当該器具の形状、性能などから、抱かれるものであるとする。これは、たとえば本罪の立法当時の辻参事官の解説に対応するものといえよう。

Ⅰ 当該器具は単に殺傷能力をもっているにすぎないばかりでも、これに行為者の主観的目的を結合させることによって、兇器性を肯定したものである。

(三) 最一小決昭和四五年一二月三日刑集二四卷一三号一七〇七頁「原判示長さ一メートル前後の角棒は、その本来の性質上人を殺傷するために作られたものではないが、用法によっては人の生命、身体または財産に害を加えるに足りる器物であり、かつ、二人以上の者が他人の生命、身体または財産に害を加える目的をもってこれを準備して集合するにおいては、社会通念上人をして危険感を抱かせるに足りるものであるから、刑法二〇八条の二にいう『兇器』に該当するものと解すべきである。」

(四) 大阪高判昭和四五年三月一六日刑裁月報二卷三号二〇七頁「本件ダンプカーは六トン積みの大型車両であつてその大きさ、形状、馬力に照し、これを走行させて目的物件に衝突させれば人を殺傷し、あるいは普通乗用車を破壊するに十分な能力を備えていることが明らかであるところ、被告人らは多数のI組組員が乗用車に乗って南方法道上からK事務所に殺到すべきことを予測し、その時は本件ダンプカーを発進させてこれに衝突させ、同組員を殺傷すべく計画し、ダンプカーをK組事務所前路上や北方に南向きにおき組員S、Yをこれに乗車させ、いつでも発進できるように、エンジンをかけたまま待機していたことが認められるので、このような状況でダンプカーを

準備したことは、これを刑法二〇八条ノ二にいう『兇器を準備し』にあたりと解することが相当である。」

(三)の判例は当該器具が殺傷能力をもっていることと、行為者が加害目的をもってこれを準備し集合したことを結合させることによって、社会通念上人に危険感を抱かせるものか否かを判断する。加害目的の存否が兇器性認定のための重要な契機とされている。判例(四)もこれと同趣旨のものとして理解することができよう。殺傷能力あるものを、殺傷計画のために、準備したことから、ダンプカーも兇器であるとしている。

Ⅲ 基本的にはⅡ群判例と同じものではあるが、主観的要素が外部的に覚知された段階で兇器性をみとめるべしとするもの。

(四) 東京地判昭和四六年三月一九日刑裁月報三卷三号四四四頁「兇器準備集合罪にいう兇器には用法上の兇器も含むと解すべきであり、用法上の兇器とは人を殺傷するに足る器具で、社会通念に照らし人の視聴覚上直ちに危険性を感じしめるものをいうと解せられる。……そこで、本件の『角材の柄付きプラカード』が前記の兇器にあたるかどうかを判断するに、まず、本件の柄の部分である長さ約一二〇糎、太さ約三・五糎×約四・五糎の角材が用法上の兇器にあたることは明らかである(最高裁判所第一小法廷決定昭和四五年一月三日裁判所時報第五五九号二頁参照)。ところが、本件物件は右のごとき角材の一端に、厚さ〇・二七糎、縦約三五糎、横約四五糎のベニヤ板に『エンタープライズ実力阻止全学連』または『エンタープライズ寄港阻止』などと書いた紙面を貼りつけたものを釘で取り付けたものであって、一見してプラカードとしての機能を有することは否定し難く、前記……のとおり、柄の部分の角材を闘争の際に使用する意図のもとに全体としてプラカード様に偽装された疑いのあるものではないもの、学生集団が一五日午前八時二〇分ころこれを所持して第一校舎から校庭に出て来て、第二校舎付近で隊形を整え、同八時二三分ころH大学正門を出発し、同二七分ころM建設付近にさしかゝるまでの間においては、

人を殺傷する能力を備えていても、社会通念に照らし、人の視聴覚上直ちに危険性を感じしめるものとは未だいえ、これを直ちに兇器とみなすことはできない。しかしながら、少なくとも、同二七分ころ学生集団がM建設正門前付近でA署長らと接触し、うち一部の学生が同署長らに本件『角材の柄付きプラカード』で殴りかかった段階（前記第三、(18)ないし(20)）においては、客観的状况からして右物件はプラカードとして使用されるのではなく、闘争の際に使用される意図が明らかに外部的に覚知され、社会通念に照らし人の視聴覚上直ちに危険性を感じしめる状態になったものと思料され、右段階において本件物件は兇器性を帯有するにいたったものといわなければならぬ。」

(六) 最三小判昭和四七年三月一四日刑集二六卷二号一八七頁「原判決は、被告人らが他人を殺傷する用具として利用する意図のもとに原判示ダンプカーを準備していたものであるとの事実を確定し、ただちに、右ダンプカーが刑法二〇八条ノ二にいう『兇器』にあたるとしているが、原審認定の具体的事情のもとにおいては、右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たものとはいえず、社会通念に照らし、ただちに他人をして危険感をいだかせるに足りるものとはいえないのであるから、原判示ダンプカーは、未だ、同条にいう『兇器』にあたらぬものと解するのが相当である。」（これは前掲(四)の上告審判決である。）

判例(五)は当該器具が、客観的状况から、「闘争の際に使用される意図が明らかに外部的に覚知され、社会通念に照らし人の視聴覚上直ちに危険性を感じしめる状態になった」ばあいには兇器性をみとめる。具体的には、当該器具を使用して殴りかかった段階に、その意図が明らかになったとした。Ⅱ群のばあいに比較して、加害目的を具体的に客観的にみようとしたいえよう。しかし、「人を殺傷する能力を備えていても、社会通念に照らし、人の視聴覚上直ちに危険性を感じしめるものとは未だいえ、これを直ちに兇器とみなすことはできない」ものについても、それに主観的

意図が結合したばあいに、兇器性をみとめることができる点において、基本的にⅡ群と同じものと考えることができよう。

判例(内)に示された立場は必ずしも明らかではない。ダンプカーも具体的事情しだいでは兇器性をみとめることができるとしているが、これがたとえ、相手方をめがけて発進したようなばあいをいうのであれば、Ⅲ群に入ることになる。しかし、たとえば、ダンプカーに特殊な装備を設置したようなばあいをいうのであれば、その全体についての兇器性が問題となり、あるいはⅠ群に入ることありえよう。

三

学説も、判例と同じような形において展開されている。

大塚教授は破防法四〇条にいう兇器について、「社会通念上、一般人がその用法についてただちに危険の感をいだくようなものでなければならぬ」ことを前提とされたうえで、それはそれじたいの客観的性質によって決せられるべきであると主張しておられた。⁽¹⁾これをうけて、本罪の用法上の兇器について、つぎのようになるべしとされている。⁽²⁾「用法上の兇器か否かは、それ自体が、ただちに殺傷用に供しうるものであるかどうかによって定められるべきである」と。Ⅰ群の判例のなかで示された見解に対応するものといえよう。

これに対して、社会通念に照らして、人の視聴上ただちに危険感をいだかせるものかどうかを判断するにあたって、主観的要素をも考慮すべきであるとする見解がある。⁽³⁾Ⅱ群の判例に示されたものに対応するものである。当該器具じたいを客観的に観察して、社会通念に照らして、人の視聴上ただちに危険感をいだかせるものか否かを判断するのではない。判断基準の内容に変化があったものといえよう。このような考え方と同じく、兇器性の判断にあつ

て、主観的要素を考慮するが、その判断基準じたいは変容させない見解もある。その判断基準の外側において、主観的要素を考慮する見解がそれである。植松教授はつぎのようにのべておられる。「ステッキや縄などでも兇器となることがあるが、それらは殺傷の事実発生後に、兇器と称することができらるもので、『社会の通念に照らし、人の視聴上直ちに危険の感を抱かしむるに足るもの』(……………)ではないから、原則的には、本条にいわゆる兇器ではない。それらも、例外的には、具体的な使用目的と結びつくことによって、兇器となる場合もないとは言えない」と。もちろん、主観的要素を考慮するこれらふたつの見解は、用法上の兇器といえるか否かの判断には実際的な差をもたらさないであろう。また、これらの見解は団藤博士のいわれる用法上の兇器については「具体的な事案において客観的および主観的要素をもとにして本条にあたるかどうかを判断する以外にない」とする見解とも、結局同じものとなる。

磯辺判事は大塚教授のような見解を客観説、団藤博士のような見解を(仮りに)主観斟酌説とよび、みずからの見解を(仮りに)状況説として示そうとされる。すなわち、つぎのようにのべられる。兇器性を「物件それ自体が人を殺傷するに足る可能性をもっているう、えに、さらに、人をして他人の身体等を殺傷するとの危険感を客観的に抱かせるに足るものでなければならぬ。この危険感が、物のもつ明らかな性質に由来するとき、……他の周囲の事情を参酌することは必然ではなく、また客観的状況を重視することは必ずしも必要がなく物自体によってもたらされることが多いであろう。ただし、状況に視点をおかなくてもよいのはそれ自体で危険感を与えるに充分なものに限られよう。これに対し、社会生活上それ自体は危険性の極めて薄いものについては、右の危険感、問題物件のおかれています客観的状况によつてはじめて与えられる」と。⁽⁶⁾しかし、この見解は客観的状況の評価にあたって、行為者の意図をも考慮せざるをえないことであろう。その点において、磯辺判事ごじしんがいわれるように、主観斟酌説との限界が必ずしも明らかではないことにならう。

しかし、どのような形において論理構成するにせよ、兇器性判断にあたって、主観的要素を考慮することは兇器概念を不明瞭なものにするものである。⁽⁷⁾ 殺傷能力の高いものでない器具のばあい、行為者のもっているものが加害目的なのか、単なる示威目的にとどまるものであるかの判別は困難である。したがって、この規定の現実の運用面において、兇器性の認定が恣意的になりはしないかという危惧感をぬぐいさることはできない。これを解消するひとつの方法として、判例⁽⁸⁾のように、行為者が現実には殴りかかった時点などに、その主観的要素のあらわれをみとめ、それ以後その器具に兇器性を付与することが考えられる。それじたい危険物といえないものであっても、殺傷のために用いられる器具であることが明確に認識できるからである。

しかし、兇器準備集合罪は、兇器を準備して集合した後に予想される殺傷事犯を未然に防止するために、設けられたものである。⁽⁸⁾ もし、加害目的が現実的になった時点で当該器具に兇器性をみとめようとすれば、さらに別な危惧感が生じる。すなわち、「集合当時捜査機関においてこれを覚知していないような事犯を殺傷事犯発生後においてこれら他の犯罪処理との関係において後日ことさら立件する⁽⁹⁾」ような望ましくない運用が行なわれる可能性があるからである。もちろん、本罪は殺傷等に対する予備罪的性格のほか、公共生活の平穩侵害としての公共危険犯的性格をもちあわせもつものである。しかし、この公共危険犯的性格は殺傷等に対する予備罪的性格との対応関係において、その存在意義をもつにすぎないものと考えられる。その意味においては、殺傷等に対する予備罪的性格を第一次的なものとして把握しなければならない。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

また、わが国の兇器準備集合罪と類似規定をもつ外国の立法例において、「兇器」を要件としているものはみあたらない。⁽¹²⁾ わが国の立法がこれを要件とし、厳格な形をとったことをその解釈にあたって重要視する必要がある。犯罪成立の範囲を限定しようとして付与されたこの要件は、その解釈運用にあたっても厳格な方向において考慮されな

ればならない。さもなければ、これが付与された趣旨が没却されてしまうことになる。

兇器性に關する判断は当該器具を準備集合した時点において、客觀的に行なわれる必要がある。社会通念に照らし、人の視聽覚上直ちにいだかれる危険感(13)は当該器具(13)が与えるものでなければならない。このような危険感(13)は、まず殺傷能力の高いものについて生じるであろう。そして、殺傷能力が高いものであるか否かの判断に当っては当該器具を使用する者(13)しんがその取り扱いに注意しなければならぬようなものであるかどうか(13)も一つの基準とされよう。たとえば、鎌、出刃包丁など、いわゆる刃物類はこれに当るであろう。ただ、このばあい、殺傷能力が高いものであるといっても、むしろ殺害に重点が置かれている。そして、外觀的には性質上の兇器とよばれているものと同じものである。ところが、本罪は身体に対する加害目的をもって兇器準備集合したば(13)あいにも、その成立がみとめられている。したがって、殺傷能力が鎌とか出刃包丁のように高いものでなくとも、その構造、形状、性能から、人を殺傷するに適しているものであり、しかも殴り合いなどの道具として用いられる機会が多いとみとめられるものについても、兇器であることが予定されているものといわなければならない。すなわち、集合時(13)における、一般人の觀念のなかに、それが人を殺傷する道具として用いられるものとして刻印されているようなものがこれである。したがって、判例(13)内の事案についても、ダンプカーが一般人の觀念のなかに人を殺傷する道具として用いられることがあるものとして刻印されていなかったがゆえに、その兇器性が否定されるものと理解すべきである。また、この点から考えて、玉突棒、野球用バット、鍬の柄を兇器とすることには疑問がある。

なお、本罪は財産に対する加害目的をもった兇器準備集合行為をも規定しているので、財産侵害の能力をもった器具の兇器性についても、考慮しておく必要が一応ある(14)。しかし、このば(14)あいも社会通念に照らし、人の視聽覚上直ちに危険感をいだかせるものか否か(14)がその判断の基準とされる。すなわち、一般人の觀念のなかに、財産を侵害する道

具として用いられるものとして刻印されているものについて、兇器性がみとめられる。とすれば、その能力が低いものについて、そのような性格が付与されることはありえないであろう。そしてまた、その能力の高いものについては、同時に生命、身体に対する加害の道具とされるものと重なりあうことになる。したがって、財産に対する加害目的との関係においてのみ、兇器性をことさら考慮する必要はないものと考えられる。

X X X

われわれは、兇器準備集合罪における「兇器」について、立法当時支配的であったこれを厳格に解そうとする考え方にたち帰るべきではないであろうか。

- (1) 大塚仁・特別刑法 昭和三四年六〇頁
- (2) 大塚仁・刑法各論上 昭和四三年七五頁注(三)、注解刑法 昭和四六年九二二頁。しかし、刑法概説(各論) 昭和四九年三五頁以下においては、この点について明らかにされていない。
- (3) 川崎謙輔・「兇器準備集合罪の問題点」ひろば二一巻五号四四頁、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」警察学論集二二巻二号一四四頁
- (4) 植松正・再訂刑法概論Ⅱ 昭和五〇年二六六頁
- (5) 団藤重光・刑法綱要各論 昭和三九年三四一頁

なお、第二十八回国会参議院法務委員会における参考人としての発言。「(前略)凶器というのが、一体どの範囲のものをさすのか、これによっていろいろ問題が出てくると思うのでありますが、同じ一本の棒でありまして、その使い方によつて凶器になる、使い方によつては凶器とは考えられないということもあるのです、この凶器というものを純粹に客観的に限界づけるということは、私の考えではかなり困難があるように思うのであります。ある程度その行為者の主観的なものを考えませんという、凶器の限界がはつきり出てこないのじゃないか、(略) 同じ一つの物体でありまして、それをどういうふうに使う意図を持っているかということによつて、凶器になるという関係があると思つてあります。しかし、むろん凶器ということには、ある客観的な限界がなければならぬので、どんなものでも凶器になる、たとえば針一本であっても、それをどこか急

所に刺せば致命傷を与えるから、これは凶器だ、こういうふうなことはおそらく言えないのではないか。しかし、また、その限界に当るものについては、相当に問題はあろうと思うのです。そういう意味で、決してこの凶器ということについて問題がないわけじゃありませんが、(略)」（昭和三十三年四月十五日 第二十八回国会参議院法務委員会会議録第二十七号一四頁）

(6) 磯辺衛・「兇器準備集合罪における『兇器』の範囲―裁判例を中心として―」中野次雄判事還暦祝賀「刑事裁判の課題」昭和四七年所収二二六、二二九頁

(7) 高田卓爾・注釈刑法(5) 一〇七頁、妹尾圭策・「兇器準備集合罪について」法律時報四三卷一〇号九九頁

藤木教授はこの点を考慮され、「それ自体危険物とはいえない各種器具」について、「どの範囲のものを兇器準備集合罪との関係で兇器といふべきかは、兇器準備集合罪の制定の趣旨からいって、内在的な制約がある」とされ、「多数人が素手で集合している状態に加えてさらに積極的な危険感を一般人に与えるような道具類、とくに集団暴力行動に際して用いられる道具とするに適するものが、ここにいう兇器たる性質を帯びる」とされる。藤木英雄・「兇器準備集合罪の問題点」警察学論集二一卷四号五頁以下

しかし、集団暴力行動に際して用いられる道具とするに適するかどうかで具体的ばあい兇器の範囲を画することができるであろうか。

(8) 立法時における竹内寿平政府委員の説明。

「最近、いわゆる暴力団等の勢力争い等に関連して、殴り込み等のため相当数の人員が集合し、人心に著しい不安の念を抱かしめ、治安上憂慮すべき事態を惹起した事件が相次いで発生いたしておりますが、これを検挙、処罰すべき適切な規定がございませんため、その取締に困難を来たしている実情にかんがみまして、かような事態を規制してその後予想される殺傷事犯等を未然に防止するために新設されたものであります。」(昭和三十三年三月二五日 第二十八回国会衆議院法務委員会会議録第十五号四頁)

(9) 臼井滋夫・「暴力取締立法の問題点」警察学論集一一卷七号三八頁

(10) 妹尾判事はつぎのようにいわれる。「公共危険犯としての性格も、加害行為の準備段階における集合状態が公共的な社会生活の平穩を害する点に注目したものであって、右の趣旨を超えて公共の危険を強調することは正当でないとと思われる。いいかえれば、本罪の公共危険罪としての性格もいわばその予備罪的性格の範囲内において認められるにすぎない……。妹尾・前

は自由であるが、一つの概念として凶器といえは性質上の凶器しかありえないことを知らなくてはならない。そこで、凶器準備集合罪における凶器とは、この種の殺傷の機能の高いものでなくてはならない。用法上の凶器という点ではどれも区別はないが、その中に性質上の凶器と元来凶器でないものがあるというだけのことである。それ故、いわゆる性質上の凶器とは、事前においても凶器とよんでいいものだが、これに対し、いわゆる用法上の凶器とは、事後的にみて、使い方でも偶然にも凶器となつたというだけのことであつて、『用法上の凶器』というものははじめにあるわけではない。凶器準備集合罪における凶器は、この意味で性質上の凶器に限られるべきであり、偶然的なものまでは含まないのではないだろうか。」

また、妹尾判事も用法上の凶器について、殺傷能力の高低を考えられる。前掲論文九九頁。

(14) 本規定が財産に対する加害目的のばあいをも、生命、身体に対するばあいと並列させていることには問題がある。たとえば参照。高田・前掲書一〇四頁。