

I. 反対尋問

1. 検察側は共謀の体系的位置づけをどのように捉えているのか。
2. 学説の検討 2(3)について、主観的謀議説を採用することが当然に黙示の意思連絡で足りるという解釈になるのはなぜか。
3. 学説の検討 2(4)について、主観的状态の共謀の存在のみでどのように心理的因果性を肯定するのか。
4. 本問の検討について、検察側は共謀共同正犯において正犯意思を考慮しないのか。

II. 学説の検討

1. 共謀共同正犯の成否について

- (1) まず、否定説については、いわゆる支配型における大物や、対等型における実行行為を担当しなかった者を、せいぜい教唆犯ないし幫助犯でしか処断できないこととなり、犯罪の実態に適合しない責任を負わせるものであり不合理である。よって、採用すべきではない。
- (2) 次に、共同意思主体説(甲説)は個人を超えた共同意思主体を認め、その責任を個人に帰すことで団体責任を認めることになり、個人責任の原則に反する。また、共謀に参加したに過ぎないものが、役割の重要性に関係なくすべて共同正犯として実行担当者と同じ罪責を負うのは妥当ではないため採用し得ない。
また、間接正犯類似説(乙説)は、「他人を道具として利用し合う」という関係を基礎におくが、かかる双方向的な関係は例外的で一般的に認めがたいため採用すべきではない。
- (3) そして、行為支配説(丙説)は、共謀者が実行者を支配しているのであれば、実行担当者は道具にすぎず、共謀者は単独正犯となるので妥当でない。また、この説は支配型の共謀共同正犯は説明できても、対等型の共謀共同正犯を説明することが困難になる点においても、採用することはできない。
- (4) そこで、一方において、一部行為の全部責任の法理の根拠を強い心理的因果性に求め、そこから形式的な実行の分担を不要としつつ、他方において、謀議関与者が実行者に強い心理的影響力を及ぼすことにより、犯罪の実現において実行の分担に匹敵し、または、これに準ずるほどの重要な役割を果たしたと認められる場合に、共謀共同正犯を肯定すべきである。
- (5) 以上より、弁護側も包括的正犯説(丁説)を採用する。

2. 「謀議」について

- (1) たしかに、検察側の主張するように、共謀共同正犯の正犯性を合意に基づく犯罪結果事実への因果的寄与と考えれば、あくまでも合意に基づく謀議の存在が重要である。また、現実には緊密な意思連絡が成立していることは明らかでありながら、謀議行為がなされた日時・場所が判明しない場合に共謀共同正犯が認められないということは共犯者に容易に免責を与えることになり不当である。よって、具体的な謀議行為をしたことは過剰な要求であるため、A説(客観的謀議説)は採用しえない。
- (2) そうだとすれば主観的謀議説の主張には一定程度の理由があると考えられる。もっとも、単なる共同犯行の認識・共同遂行の合意・意思疎通という主観的状态の「謀議の存在」では、そもそも心理的な因果性すら発生していないはずである。複数の者の間での相互の働きかけが一切ないのに内心の一致がたまたま生じていれば共同正犯たりえると解することは許されない。よって、B説(主観的謀議説)も採用しえない。
- (3) 前述のとおり、共謀共同正犯の正犯性を合意に基づく犯罪結果事実への因果的寄与と考えれば、「謀議」には各関与者の内心における意思の合致にとどまるものではなく、外部的な意思の連絡が要求されると解する。

よって、C 説(折衷的謀議説)を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

1. 本問では、B・C・D・E に銃砲刀剣類所持等取締法(3 条 1 項・31 条の 3 第 1 項・2 項)が成立するが、拳銃を所持していない組長 X は実行行為を分担していないため、共同正犯(60 条)は成立するか。共謀共同正犯の成立の可否が問題となる。
2. この点、弁護側は共謀共同正犯肯定説・丁説(包括的正犯説)を採用するところ、共同正犯の正犯性を共犯者全員の「自己のために犯罪」を実現しようとする犯罪共同遂行の合意とその合意に基づいて「犯罪結果事実への因果的寄与(影響力)」を果たしたと考える。とすれば現実に実行行為を分担していなくとも共謀が存在し客観的に重要な役割を果たし、主観的にも、自己の犯罪を実現するという正犯意思を有している場合には、他人の行為を媒介にして、自己の行為の因果性を拡張したと評価できるので共謀共同正犯が成立すると考える。
3. また、弁護側は共謀の存在について C 説(折衷的謀議説)を採用するところ具体的な共謀行為は不要だが外部的な意思連絡は必要と考える。
具体的には各人がそれぞれ自らの手により、またはほかのものを介して犯罪を遂行する意思を有しかつそれが偶然的に併存するのではなく、互いに合い利用し補い合う旨の意思連絡が成立していることが必要である。単に謀議に加わった事実があっても、犯罪計画に賛成しなかった場合はもちろん、犯罪計画を了知したというだけの場合も共謀の存在を認めることはできない。
4. これを本問についてみると、X は P 組の組長であり、また今回の上京の 4 カ月前に発生した同組の若頭狙撃殺害事件を踏まえてスワットらが X への襲撃を警戒し防弾盾を用意したという事情を鑑みると、本件の日時でもそのような襲撃が行われる可能性を組長である X は十分に認識しているはずである。そして、そのような状況の中で、むしろ拳銃に対してなんの指示もしていないことを考えると、X は普段から拳銃を携帯しているスワットが今回も狙撃へ備えて拳銃などを携帯していることは当然認識していたと考えるべきである。このように考えると共謀は成立しているようにも思える。しかし、弁護側は C 説(折衷的謀議説)を採用するところ、共謀が成立するためには謀議といったもののほかに外部的ないし連絡を必要としている。とすると本問では X 自身は拳銃のことについては何ら発言していないことなどから察するに、「拳銃を携帯せよ」などといった本件犯罪の構成要件に該当する事実については何ら意思連絡していない。そうであるならば、X はせいぜい犯行を了知している程度のものだと考えるべきであり、共謀は存在しないと考えるのが妥当である。
5. したがって、X は共謀共同正犯の成立要件のうちの共謀の要件を欠き、刑法 60 条が適用されることはなく銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項・31 条の 3 第 1 項・2 項は成立しない

Ⅳ. 結論

X には何ら犯罪は成立しない。

以上