

I. 反対尋問

- 5
1. 検察側は60条「実行した」の文言をどのように解しているか。
 2. 検察側は強い心理的因果性があれば、共同正犯が成立するとしているが、物理的因果性を基準とする必要がないと考えるならば、共同正犯と教唆・幫助との区別は何か。
 3. 検察側の採用する丁説について、「重要な役割」が認められる基準は何か。
 4. 検察側の採用するB説について、C説との違いは何か。

10

II. 学説の検討

1. 共謀共同正犯の成否について

(1) 共謀共同正犯肯定説について

まず、共謀共同正犯肯定説について各々検討する。

15

ア. 甲説について

甲説は、2人以上の者が一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に通謀したとき、共同意思主体が形成され、その内の1人が犯罪の実行行為をした場合、共同意思主体に責任を帰属しうるとする。

20

しかし、超個人的な共同意思主体を認めることは団体責任の原則に還ることであって、個人責任の原則に反する。また、60条が共犯者すべてに客観的に実行の共同を要求している点を看過したものであり、妥当ではない。

よって、弁護側も甲説を採用しない。

イ. 乙説について

25

次に、乙説について検討する。この説は間接正犯理論により、共謀共同正犯の成立を肯定する説である。

しかし、他の共同正犯者を道具として支配・拘束することは不可能であり、もし真に支配・拘束があったとすれば、それはすでに単独の間接正犯であり、その行き着くところは、共同正犯を否定することによって共同正犯を論証しようということになるため、妥当とはいえない。

30

よって、弁護側も乙説を採用しない。

ウ. 丙説について

丙説については検察側と同様の理由により弁護側も採用しない。

エ. 丁説について

35

丁説は、正犯として重要な役割を果たせば、必ずしも実行行為を行う必要はなく、実行行為が共同の意思に基づくという意思方向を持てば良いとする説であり、惹起説(因果的共犯論)に立ちつつ、正犯と従犯の区別を実質的に重要な役割を果たしたか否かによって

行うものである。

本説の出発点である行為共同説及び惹起説(因果的共犯論)については妥当であるといえるが、そこから直ちに共謀共同正犯を肯定できるわけではない。現行法の共同正犯・教唆犯・従犯の区別は、実行行為を基準にしており、惹起説もその制約に服するものと解すべきであり、いずれにせよ処罰されるのであるから区別は重要でないとの発想は、現行法を無視するものであるといえる。

また、丁説は強い心理的因果性を根拠に、実行行為の一部をも行わなかった者にも客観的行為を帰責することは十分可能とするが、心理的因果性は教唆・幫助については基準になるとしても、それだけで共同正犯を認めるのには不十分であるといえる。加えて、心理的因果性のみを根拠に共謀共同正犯を認めることは、結局共同意思主体説に接近するものであり妥当ではない。

そもそも、丁説が挙げる「重要な役割」という基準は不明確である。それゆえに、丁説のいう支配型が、乙説ないし丙説を取り込み、対等型が甲説を取り込むものであるとすると、両説に対する前述の批判がそれぞれ当てはまることになるため、妥当とはいえない。

よって、弁護側は丁説を採用しない。

(2) 共謀共同正犯否定説について

共犯は、他の共犯者を介して構成要件的結果を惹起したことに基づく、共犯固有の違法・責任を根拠として処罰されるものであり、共犯規定とは、他の共犯者によって惹起された事実・結果についてまで、共犯者に帰属させることを可能とするものである。

そして、そもそも正犯とは実行行為を行うもののことをいう。よって共同正犯とは、行為を共同して各自の犯罪を実行することであって、自己及び他の共犯者の行為による因果性、正犯性の範囲内で、共同して惹起した構成要件該当事実の範囲内で、各自の責任の範囲において責任を負うという個人責任の原則に基づくから、共同正犯には実行行為は必要とされる²。

以上より、共謀共同正犯はそもそも現行法の解釈では不可能であり、特別な規定を要するから、このような規定がない以上、共謀共同正犯を否定するべきである。

2. 謀議について

(1) A説(客観説)について

因果的共犯論に立ち、心理的因果性が認められればよいと考えると、「意思の連絡」を超えた一定の内容ある具体的な行為ないし共謀への参加まで要求するのは過剰な要求である。

よって、弁護側はA説を採用しない。

(2) B説(主観説)について

各関与者の意思が合致あるいは合致を各行為者が互いに認識していれば足り、それ以上

¹ 浅田和茂「共謀共同正犯の拡散」『民主主義法学・刑事法の展望(下)』143頁参照。

² 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂,2007年)418頁参照。

なにも要求されないと考えるべきではない。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い外部的な意思の連絡が要求される。なぜなら、このような意思連絡がなければ、共同正犯における心理的因果性が生じないからである。

よって、弁護側は B 説を採用しない。

5 (3) C 説(折衷説)について

共謀(謀議)が存在したといえるためにはどのような行為ないし事実があればよいかについて、共犯の根拠を因果的共犯論に求める弁護側の立場からは、当該行為者が法益侵害に対して、心理的な意味で因果的に寄与しているといえるか否かが問題となる。このように考えると黙示の意思表示によっても心理的因果性が発生し得るとすれば、具体的な「謀議行為」でなくても、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い外部的な「意思の連絡」で足りる³。

よって、弁護側は C 説を採用する。

III. 本問の検討

15 第 1. Y の罪責について

Y が実包の装填されている拳銃を所持していた行為について、銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項が成立することに異論はない。

第 2. Z の罪責について

Z の拳銃 5 丁を用意して実包を装填するなどして Y らに譲渡した行為は、拳銃を所持し、譲渡したものであるから、銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項が成立し、Y らに譲渡した行為については銃砲刀剣類所持等取締法 3 条の 7 第 1 項、31 条の 4 第 1 項が成立する。

第 3. X の罪責について

1. 本問では Y に銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項の罪が成立するとしても、X は拳銃を所持しておらず、実行行為を行っていない。ここで、共謀共同正犯の成否が問題となるも、弁護側は共謀共同正犯否定説を採用するため、共謀共同正犯は成立しない。

よって、X はなんらの罪責を負わない。

2. 仮に、共謀共同正犯が成立するとしても、共謀(謀議)が存在したといえるか。

30 これについて、弁護側は C 説を採用するため、具体的な「謀議行為」でなくても、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い外部的な「意思の連絡」があれば共謀の存在を肯定できる。

3. 本問において、X は暴力団 A 組組長の地位にあり、Y らを使役する立場にあった。そして、Y らは X の包括的支配下にあり、X を警護するために拳銃を所持していたのであるから、心理的因果性は発生しているとも思える。しかし、Y らスワットが拳銃を所

³ 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」『法学教室 84 巻 9 号』(2011 年)115 頁。

持している概括的可能性を X が認識していたとしても、直接 Y らと X が上京するに際して拳銃を携帯して警備するとの共謀をしたわけでもなく、また、外部的な「意思の連絡」もまったく見られない。

4. よって、仮に共謀共同正犯が成立すると考えたとしても、X は何ら罪責を負わない。

5

IV. 結論

Y は銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項の罪責を負う。

Z は銃砲刀剣類所持等取締法 3 条 1 項、31 条の 3 第 1 項、第 2 項及び銃砲刀剣類所持等取締法 3 条の 7 第 1 項、31 条の 4 第 1 項の罪責を負う。

10 X は何らの罪責も負わない。

以上