

I. 反対尋問

- 5 1. 共同正犯の規定である刑法 60 条には「共同して犯罪を実行」とあるが、検察側が考える犯罪の「実行」とはいかなるものか。
2. 検察レジュメ「Ⅲ. 学説の状況」2 頁 30 行目において、検察側は乙説(主観説)について、謀議は関与者の意思が合致していれば足りるものであると説明しているが、その「意思の合致」とはいかなる範囲での合致を求めるものか。
- 10 3. 検察側は、検察レジュメ「Ⅴ. 学説の検討」5 頁 3 行目における「利用、補充」の範囲をどの様に解するか。
また、本件事例においてどの点が「利用、補充」の関係に該当すると考えるか。
4. 検察側は検察レジュメ「Ⅴ. 学説の検討」5 頁 8 行目における、「正犯意思」を認定するにあたっての考慮要素をいかなるものとするか。

15

II. 学説の検討

1. 共謀共同正犯の肯否について

・A 説について

- 20 刑法 60 条には「犯罪を実行した者」との文言があり、これは実行行為すなわち構成要件該当行為の一部を分担した者だけが共同正犯であることを示している。というのも、現行刑法の正犯と共犯の区別のあり方は、自律的な個人の自由と責任という近代法の基本理念と結びついており、ここからは、犯罪実現について第一次的な刑事責任を問われるべきは、結果発生に最も近いところで最終的な意思決定を行った者だからである。したがって、実行行為を行った者が最も重く処罰されるべきであり、それ以外の関与者は
- 25 相対的に軽く評価されるべきと考えられる¹。

- もっとも、検察側の言うように、必ずしも実行犯が最も悪質なのではなく、その背後にいる「大物」ないし黒幕が最も重く処罰されるべきであり、正犯として処罰したいとの狙いは理解できる。しかし、条文上の根拠が無いのにもかかわらず、実行行為をしていない者に正犯を成立させるのは、罪刑法定主義に反する。さらに、刑法の条文上、教唆犯(61 条 1 項)や幫助犯(61 条 2 項)という類型があり、謀議参加した者の処罰はそこで
- 30 行えば足りる。

したがって、弁護側は A 説を採用する。

・B 説について

- 35 まず、共謀共同正犯は実行行為を行わなかった者も共謀共同正犯に含めている点で、刑法 60 条の上記文言に反する。さらに、検察側は「自己の犯罪を実現するためお互い

¹ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年) 463 頁。

に利用、補充し合って犯罪を完遂した場合、そこに強い正犯性を認めることができる」としているが、実行行為に及んでいないのに正犯意思があるというのは不自然ではないか。むしろ、謀議のみに関わった者は、あくまで因果作出に加担しただけであり、相互利用補充関係がなく、それは教唆犯によって処罰されるべきであると考えられる。また、

5

したがって弁護側は B 説を採用しない。

2. 謀議行為について

弁護側は、刑法 60 条に「犯罪を実行した者」との文言がある以上、現行法上において共謀共同正犯は肯定できないと考える。仮に、共謀共同正犯が認められると考えて「謀議」

10

行為の範囲について以下検討する。
共謀共同正犯は、謀議の存在のみで正犯の罪の成立を認める。実行行為を行っていないにもかかわらず、ただ謀議行為を行ったのみで正犯に問われる性質なのだから、通常の実行正犯の成立要件と同様、厳格に判断されるべきである。よって、ある特定の行為を謀議と認定するにあたっては、実行正犯と同視できるほどの可罰性が認められる行為である

15

ことが要求されると考える。
そうであるとする、各関与者の意思が合致していることのみで「共謀」を認定する乙説(主観説)は、共謀の範囲を不当に拡大し、もはや正犯たり得ない者にまで正犯を認めることにつながりかねない。共謀共同正犯の理論の適用範囲を著しく拡大することにつながる乙説を決して容認することはできない²。その点、謀議行為の成立に際し「意思の連絡」のみならず一定内容の行為を求める甲説(客観説)の方が、より妥当であると考えられる。

20

Ⅲ. 本問の検討

第 1 Y の罪責について

Y は本件拳銃所持行為について拳銃等所持罪(銃砲刀剣類所持等取締法第 3 条 1 項、第 31 条の 3 第 1 項、第 2 項)を負わないか。

25

Y は Z とともに X を護衛するためとはいえ、自らの器量で警護の役割を果たすためという認識から「拳銃等」を「所持」していたため、拳銃等所持罪が成立する。

よって Y は拳銃等所持罪(銃砲刀剣類所持等取締法第 3 条 1 項、第 31 条の 3 第 1 項、第 2 項)の罪責を負う。

30

第 2 Z の罪責について

Z は本件拳銃譲渡行為について拳銃等所持罪及び拳銃等譲渡罪(銃砲刀剣類所持等取締法第 3 条の 7 第 1 項、第 31 条の 4 第 1 項)を負わないか。

Z は Y とともに X を護衛するためとはいえ、自らの器量で警護の役割を果たすためとい

² 山中敬一「銃刀剣類所持等取締法違反(けん銃等所持)の共謀共同正犯の成否」『関西大学法学論集』53 巻 3 号(関西大学法学部,2003 年)215 頁参照。

う認識から「拳銃」を Y へ「譲り渡し」たため、拳銃等所持罪及び拳銃等譲渡罪が成立する。

よって Z は拳銃等所持罪及び譲渡罪の罪責を負う。両罪は併合罪(45 条前段)となる。

第3 X の罪責について

- 5 1 X は暴力団 A 組の組長の地位にあるとはいえ、何らの犯罪実行行為はなしておらず、拳銃等所持や拳銃等譲渡はおこなっていない。かかる者を拳銃等所持罪(銃砲刀剣類所持等取締法第3条1項、第31条の3第1項、第2項)の共同正犯(60条)として処罰できるか。共謀共同正犯の成否が問題となる。
- 10 2 我々弁護側が採用する A 説(共謀共同正犯否定説)からは、実行行為を行うものが正犯であるという限縮的正犯概念を基礎とし、刑法60条の規定は共同正犯の成立要件として、少なくとも実行行為の一部を行ったことを要求している³と解する。つまり共謀があったとしても、実行行為に及んでいない限り拳銃等所持罪の共同正犯(60条)は成立しない。
- 15 3. もっとも、本問で X は暴力団組長という立場上、自身の警護を担当するスワットと行動を共にしていた。そして Y、Z が X 警護のため拳銃を所持していたことは、X 自身の過去のボディガード経験から概括的に認識していた点、X に本件拳銃所持罪の教唆犯が成立するように思え、問題となる。

20 しかし反社会的な暴力団といえども、組長 X の近くにおいて警護をしていた Y、Z が拳銃を持っていたというだけで、組長 X の教唆があったと推認することは論理的に飛躍があり、妥当でない。むしろ X の身近にいる Y、Z は拳銃を所持していたことが警察に発覚すれば組長 X にも被害が及ぶことは容易に想定していたと考えられる。だとすれば暴力団は拳銃を所持して組長を警護する場合、その危険性を考慮して、できるだけ危険の少ない方向で警戒態勢を組むのが通常であって、組長が常にこれを一部始終認識していたとは考え難い。

25 また、X が暴力団の一組員として組長の警護(スワット活動)を行っていた年代と本問の年代との間では大きく状況が異なるといえる。X が組員だった頃の時代背景や規制等と比べると、拳銃等の規制が厳格化され、組織犯罪の取り締り強化された今日において、容易に拳銃を所持もしくは発砲できるとは考えられない。そうすると X が自身の経験から認識をしていたとしても、それはあくまで個人の内心に過ぎず教唆にはあたらない。

30

したがって、X は Y、Z との間において教唆の事実があったと言うことはできない。よって、X は教唆の実行行為に相当する行為に及んでいない。以上より、X は拳銃等所持罪の教唆犯は負わないと考える。

35 IV. 結論

³ 浅田和茂『刑法総論』(成文堂,2005年)418頁。

Yには拳銃等所持罪(銃砲刀剣類所持等取締法第3条1項、第31条の3第1項、第2項)、Zには拳銃等所持罪及び拳銃等譲渡罪(銃砲刀剣類所持等取締法第3条の7第1項、第31条の4第1項)、Xの行為は無罪となりYとZはそれぞれの罪責を負い、Xは何ら罪責を負わない。

5

以上