

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の採用する A-4 説では、「犯罪遂行に客観的に重要な影響力をもつもの」である必要があるとしているところ、責任主義の一面である個人責任の観点からすれば、たとえ影響力が強かったとしても、少なくとも実行行為を担当していない以上、正犯とするのは妥当ではないのではないか。
- 10 2. 検察側の採用する A-4 説は、「実行行為が共同の意思にもとづくものといえるような意思方向をもつ者に限」る、というように強い心理関係を要求することで成立範囲を限定しようとはしているが、そもそも主観的・心理的事実のみで処罰する物であり、危険ではないか。

## II. 学説の検討

A 説(共謀共同正犯肯定説)について

- 15 A-1 説(共同意思主体説)について

検察側と同様の理由により採用しない。

A-2 説(間接正犯類似説)について

検察側と同様の理由により採用しない。

A-3 説(行為支配説)について

- 20 検察側と同様の理由により採用しない。

A-4 説(包括的正犯説)について

共謀共同正犯肯定説は、正犯と共犯の区別の境界を曖昧なものとすることになる<sup>1</sup>。

- 25 また、本説によれば、実行行為が共同の意思にもとづくものといえるような意思方向をもつ者に限られ、この意思方向は犯罪遂行に客観的に重要な影響力をもつものでなければならぬとしているが、この「客観的に重要な影響力」の判断基準が明確ではなく、問題となる。

よって、弁護側は A-4 説を採用しない。

B 説(共謀共同正犯否定説)について

- 30 共同正犯における「一部行為の全体責任の原則」は、単独正犯における個々の実行行為に分解することができない行為の全体の機能的連関を考慮に入れて行為の共同現象を捉える原則である。

また、共同正犯はあくまでも実行行為を分担する必要があると解するところ、共謀に参加したにとどまる者は、行為計画を立て、詳細な手はずを整え、精神的に大きな影響力を与え、

---

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論[補訂版]』(有斐閣、2011年)463頁以下。

構成要件実現に不可欠であっても、実行を分担してはならず、実行担当者は、実行に出るかどうかにつきなお規範的障害を持ち、共謀者が道具のように支配しているわけではない<sup>2</sup>。

よって、弁護側は B 説を採用する。

### 5 III. 本問の検討

1. まず、拳銃を所持していたスワットらには銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯(刑法 60 条、銃砲刀剣類所持等取締法 3 条)が成立する。

2. 次に、甲も、銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯としての罪責を負うか。

10 (1) ここで、本問では甲は拳銃を所持していないが、かかる場合にも共同正犯は成立するか。共謀共同正犯の成否が問題となる。

ア. この点、弁護側は B 説を採用する。

15 イ. 確かに、甲は、自らを警護するためにスワットらが拳銃等を携行していることを概括的とはいえ確定的に認識しており、このような警護を当然のこととして受け入れ、認容していた。そして、スワットらも甲のこのような意思を察していたことから、甲とスワットらの間に黙示の意思連絡があり、共謀があったと言える。

また、甲は、配下に 3100 人余りの組員を抱える組長であり、普段からスワットをボディガードとして従える立場であったことから、甲の命令に従って行動するという前提ができていたと考えられ、スワットたちにとって精神的に大きな影響力を持っていたといえる。

20 しかし、甲は拳銃を自身で所持していたわけではなく、銃砲刀剣類所持等取締法 3 条の構成要件該当行為の実行を分担した者とは言えない。加えて、スワットたちは拳銃の所持という構成要件該当行為を行うかにつき、各々で判断できたことから、規範的障害を持っていたといえる。

ウ. したがって、共謀共同正犯は成立しない。

25 (2) よって、甲に銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯は成立せず、本罪の罪責を負わない。

### IV. 結論

甲に銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯は成立しない。

以上

---

<sup>2</sup> 山中敬一『刑法総論[第 3 版]』(成文堂、2015 年)936 頁以下。