

I. 事実の概要

- 5 1. 甲は、Q組組長として配下に総勢約3100人余りの組員を抱えていた。Q組には、甲を専属で警護するボディガードがおり、この者たちはアメリカ合衆国の警察の特殊部隊に由来するスワットという名称で呼ばれていた。スワットは襲撃してきた相手に対抗できるように拳銃等の装備を持ち、甲が外出して帰宅するまで終始行動を共にし、警護する役割を担っていた。
- 10 2. 甲は、遊興等の目的で上京することを決め、Q組組長秘書ら2名とスワット4名が随行し、東京における接待の役割をQ組R会会長Xが担当することとなった。甲らが羽田空港に到着すると、先に上京していたスワット3名が5台の車を用意して出迎えた。最初に立ち寄った店を出る頃には、次のような態勢となった。①先回り車にはQ組本部のスワット1名とR会のスワット1名が各自実包の装填された拳銃1丁を携帯して乗車した。②先導車にはXが乗車した。③甲車には甲のほか秘書らが乗車した。④スワット車にはQ組本部のスワット3名が各自実包の
- 15 装填された拳銃1丁を携帯して乗車した。
3. 甲らは、この車列を崩すことなく、一体となって都内を移動していた。また、遊興先の店付近に到着して、甲が車と店の間を行き来する際には、甲の直近を組長秘書らがガードし、その外側を拳銃を携帯するスワットらが警戒しながら一団となって移動し、店内では、組長秘書らが不審な者がいないか確認するなどして警戒し、店外では、その出入口付近で、拳銃等を携帯するスワットらが警戒して待機していた。
- 20 4. 甲らは、最後の遊興先である飲食店を出て宿泊先に向かうことになったが、その途中で、警察官らがその車列に停止を求め、各車両に対し、あらかじめ発付を得ていた捜索差押許可状による捜索差押えを実施し、甲車のすぐ後方に続いたスワット車の中から、拳銃3丁等を発見・押収し、甲らは現行犯逮捕された。また、先乗り車でホテルに到着していたスワット2名は、所持していた拳銃各1丁等を投棄していたが、これらも警察官により発見された。
- 25 5. スワットらは甲を警護する目的で実包の装填された拳銃を所持していたものであり、甲もスワットらによる警護態様、甲自身の過去におけるボディガードとしての経験等から、スワットらが甲を警護するために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いた。また、甲は、スワットらに拳銃を持たないように指示命令することもできる地位・立場にいな
- 30 がら、そのような警護をむしろ当然のこととして受け入れ、これを認容し、スワットらも、甲のこのような意思を察していた。もっとも、甲はスワットらに拳銃を持つように積極的に指示したり命令したりすることはなかった。

甲に銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯が成立するか検討せよ。

- 35 参考法令：銃砲刀剣類所持等取締法（昭和33年法律第6号）（抜粋）

第2条 この法律において「銃砲」とは、拳銃.....をいう。

第3条 何人も.....銃砲.....を所持してはならない。

2～4 略

第31条の3 第3条第1項の規定に違反して拳銃等を所持した場合には、当該違反行為をした者は、1年以上10年以下の懲役に処する。この場合において、当該拳銃等の数が2以上であるときは、1年以上15年以下の懲役に処する。

- 5 2 前項の違反行為をした者で、当該違反行為に係る拳銃等を、当該拳銃等に適合する実包又は当該拳銃等に適合する金属性弾丸及び火薬と共に携帯し、運搬し、又は保管したものは、3年以上の有期懲役に処する。

3～4 略

参考判例：最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁

10

II. 問題の所在

共同正犯とは、「二人以上共同して犯罪を執行」することをいうところ(60条)、拳銃を所持しておらず、実行行為のない甲にも共同正犯の成立を認めてよいのか。共謀共同正犯を肯定すべきかが問題となる。

15

III. 学説の状況

A 説(共謀共同正犯肯定説)

A-1 説(共同意思主体説)

- 20 共犯の核心を「二人以上の異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため同心一体となる」点にあるとして、この共同意思主体を全体として一つの実行があれば足りるとする¹。

A-2 説(間接正犯類似説)

- 25 間接正犯の場合に他人の利用を実行行為の一つの方法ととらえる点に自ら手を下さなくても正犯性が認められるように、共謀者が同様の利用行為を行った点に共謀者を他人と合意の上共同して相互に利用しあって結果を実現したという意味で共同の実行をした者と認める²。

A-3 説(行為支配説)

A-3-α 説(団藤説)

- 30 本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身はその犯罪実現の主体となったものといえるような場合には、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も基本的構成要件該当事実の共同実現者として共同正犯となる³。

¹ 斎藤金作『共犯理論の研究』(有斐閣、1954年)190頁。

² 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975年)284頁。

³ 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社、1990年)354頁以下。

A-3-B 説(優越支配共同正犯説)

現に実行行為を担当した者の背後にひそむ者も単なる共謀者にとどまっている限り「共同して犯罪を実行した者」と解することはできないとし、共謀共同正犯の観念を否定しながら、実行を担当しない共謀者が社会通念上、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせている場合には、規範的観点から共同実行があるといいうるとする⁴。

A-4 説(包括的正犯説)

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、また「共同正犯の(実行)従属性」を説き、共謀者の少なくとも一人が実行に出なければ共謀者が共同正犯として処罰されることはないとする⁵。

B 説(共謀共同正犯否定説)

実行共同正犯の形式的明確性の確保は近代刑法の大原則を維持する重要課題であって、これを形式性の枠を乗り越える安易な実質化によって掘り崩すべきではない⁶。

IV. 判例

最決平 17 年 11 月 29 日刑集第 288 号 543 頁

20 [事案の概要]

抗争事件中の同一指定暴力団体の幹部 A、B が組織の定例会に出席するため、大阪のホテルに宿泊した際、各々の暴力団組長を警護するために配下組員らがけん銃等を不法所持した事案。

[判旨]

「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうちの一部の者が被告人を警備するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していたものであり、実質的にはこれらの者に本件けん銃等の携帯所持について被告人に共謀共同正犯が成立するとした原判断は、正当として是認できる」

[引用の趣旨]

黙示の意思連絡としての共謀共同正犯の成立を認めており、検察側と同じ立場を採っていると言えるため。

⁴ 大塚仁『犯罪論の基本問題』(有斐閣、1982年)341頁。

⁵ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年)398頁以下

⁶ 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂、2015年)936頁以下。

V. 学説の検討

A-1 説(共同意思主体説)について

共同意思のような個人を離れたものを「主体」とすることは個人責任の原則に反する⁷。
よって、検察側はこの説を採用しない。

5

A-2 説(間接正犯類似説)について

故意ある道具を認めるという点で、道具となる実行行為者に存する規範意識を克服して背後者に正犯性を認める点に疑問がある。また、間接正犯「類似」とは称されているが、本来対等平等であるべき共謀共同正犯に、道具と正犯という被支配・支配の関係が認められるとは限らない⁸。

10 よって、検察側はこの説を採用しない。

A-3 説(行為支配説)について

支配型の共謀共同正犯は肯定できても、各関与者が対等な立場で犯罪実現に関与し役割を分担する分担型の共謀共同正犯を基礎付けることは困難である⁹。

15 よって、検察側はこの説を採用しない。

B 説(共謀共同正犯否定説)について

共謀共同正犯を認めないと、複数の物が犯罪に関与する共同犯罪現象について、実行共同正犯、教唆犯及び幫助犯のいずれかによって対処するほかなく、①犯罪の陰に中心人物である大物(支配型)を適切に処罰できないこと、②対等な立場で相互に影響しあって共同実行の意思を形成し、その共同意思に従って共同者の一部の物が実行行為を担当する者(相互補助型)の取り扱いが困難であり、このような場合を適切に処罰するために共同正犯を認める必要がある¹⁰。

20 よって、検察側はこの説を採用しない。

A-4 説(包括的正犯説)について

60 条が「すべて正犯とする」と規定して、一部実行全部責任の原則を認めているのは、共同実行の意思のもとに相互に他の共同者の行為を利用し補充しあっている以上、共同者は必ずしも実行行為を分担する必要はなく、二人以上の者が共同意思のもとにそれぞれが分担しあって、いわば一体となって犯罪が行われれば足りるとする趣旨である。そして、共同正犯が「正犯」とされるのは、共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用し補充しあって犯罪を実現することにあるから、犯罪を共同して実行するという合意(共謀)に基づき、相互に他人の行為を利用し補充しあい、その結果一体として犯罪を実現した以上、実行行為を分担する場合(実行共同正犯)であると

30

⁷ 前田雅英『刑法総論講義[第6版]』(東京大学出版会、2015年)351頁。

⁸ 立石二六『刑法総論[第3版]』(成文堂、2008年)302頁。

⁹ 西田典之『刑法総論[第3版]』(弘文堂、2019年)375頁。

¹⁰ 大谷實『刑法総論[第4版]』(成文堂、2013年)245頁。

実行行為に向けて行為を共同する場合であるとを問わず、「すべて正犯とする」(60条)べきである¹¹。

よって検察側はこの説を採用する。

5 VI. 本問の検討

1. 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。では、けん銃を所持していなかった甲も、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。

2. 甲自身は実行行為に及んでいないが、実行行為を分担していない者も共同正犯となり得るか。

10 (1) この点について、検察側は A-4 説を採用する。そこで、①共謀と、②共謀者の一部による共謀に基づく実行行為、③正犯意思があれば、実行行為の分担がなくとも共同正犯が成立すると解する。

15 (2) これを本件についてみると、甲はスワットらに拳銃を持つよう積極的に指示したり命令したりするようなことはしておらず、スワットらは自主的にこれを所持していたのであるから、甲が彼らを支配していたわけではないし、また、明らかな意思連絡があったわけでもないから、共謀もないように思える。しかし、直接指示を下さなくとも、スワットらが自発的に甲を警備するためにけん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それをむしろ当然のこととして受け入れ、これを認容し、スワットらも、甲のこのような意思を察していたのであるから、甲とスワットらの中には黙示の意思連絡があったと言える(①)。そして、甲を警護する役割を担うスワット

20 らは、このような黙示の意思連絡に基づいてけん銃を所持していた(②)。さらに、甲がスワットらに拳銃を持たないように指示命令することもできる地位にあったことと、スワットらによって警護を受けるという甲の立場をあわせて考えれば、正犯としての重要な役割を果たしたと言える(③)。

したがって、甲にも共同正犯が成立する。

25 3. 以上より、甲に銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯が成立し、かかる罪責を負う。

VII. 結論

甲に銃砲刀剣類所持等取締法違反の共同正犯が成立し、かかる罪責を負う。

以上

¹¹ 大谷・前掲(注 10)245 頁。