

再チャレンジ 第四回

刑法③再チャレンジ

林雄希

1 Xに、けん銃所持罪の共同正犯（銃砲刀剣類所持等取締法第31条の3、以下「銃刀法」、刑法60条）が成立するか。

2 Xは、X自身はけん銃を所持しておらず、実行行為を行っていないため、共同正犯の成立が肯定されるか問題となる。

(1) この点、刑法60条は「二人以上共同して犯罪を実行した者はすべて正犯とする」と規定していることから、実行行為を行わない者を共同正犯とすることは罪刑法定主義に反しないか問題に成り得る。もっとも、全員が実行行為を分担しなければならない必然性はなく、「二人以上共同して」、その中の誰かが犯罪を実行すれば、共同正犯の成立を認めると刑法60条を解釈することは、条文上可能である。

また、実行行為を行わない者であっても、関与者相互に心理的影響を及ぼし合い、結果発生の蓋然性を高めるといった、犯罪の実現について、実行に準ずる役割を果たした者は、共同正犯とすべきである。

(2) よって、実行行為を行わない者であっても、共同正犯の成立は肯定される。

3 上記2、(1)記載のように、実行行為を行わない者についても、共同正犯の成立を肯定するならば、その実質的な成立要件は、意思の連絡と正犯性があることである。 + 新解釈

(1) 意思の連絡は黙示的なもので足りる。例えば、実行行為を行わない者が、他の実行行為者が、実行行為を行うことを当然として認容しており、また、そのように推認するのが相当と認められ、他方、他の実行行為者もそのことを承知していた、という場合に、両者の間で実行行為について、黙示的に意思の連絡が認められる。

本件について、けん銃所持罪の実行行為、すなわち、けん銃を所持していた者はA、Bであり、X自身は、けん銃を所持しておらず、実行行為を行っていない。そして、XはA、Bにけん銃を所持するよう積極的に指示したり命令したりしたことはなく、また、A、Bが警護に当たりけん銃を所持していたという事実を明確に認識していなかった。

もっとも、A、Bのけん銃所持による警護は、1か月前に神戸市内で甲組の若頭が対立する暴力団の構成員によって射殺されるという事件が起きたため、組織幹部の身辺警護を厳重に行う必要が生じたために行われたものであり、A、Bがけん銃を所持することは、この対抗措置としてとられたものであったと言

える。Xはとしても身辺警護の必要性については認識しており、射殺事件に対応するためにA、Bがけん銃を所持して警護に当たることは容易に推認することができると言える。このような事実関係によれば、XとA、Bとの間でけん銃所持につき、黙示的に意思の連絡があったとは言える。

- (2) 次に、正犯性が認められるためには、正犯意思と重大な寄与が必要となる。なぜなら、共同正犯として処罰しようとする以上、実行行為を分担しない者についても正犯意思は必要であるからである。また、実行行為を行わない者について、他の実行行為者が実行を容易にならしめるような心理的影響を与えていたかどうかを、実行行為を行わない者の地位等を考慮して、重大な寄与が認められるかどうか判断する。

本件について、上記3、(1)記載のようにXは、A、Bとの間で、けん銃所持について意思の連絡があり、正犯意思は認められる。また、乙会には、いわゆる「スワット」と称されるような、相手側の襲撃に備えけん銃等の装備を持ち、組織の幹部と終始行動を共にしながら警護するボディーガード組織は存在せず、ただ親衛隊と呼ばれる会長の身の回りの世話をする会長付きとその補助をするための組員が存在するのみであった。そのため、XはA、Bに対して、自身の警護するよう指揮命令する権限を有する地位にないと言える。もっとも、射殺事件の発生から、Xを警護する必要性は高まっており、また、Xは暴力団甲組において重要な役職についており、厳重な警護を受ける必要のある地位にあると言える。このようなXの地位を鑑みると、実質的には、正にXがA、Bにけん銃を所持させることを容易ならしめるような心理的影響を与えていたことができ、Xに重大な寄与が認められる。

- 4 以上のことから、Xは、共同正犯の成立要件を充たしていると言える。

よって、Xに、けん銃所持罪の共同正犯（銃刀法31条の3、刑法60条）が成立する。

以上

後援団が
章の。

× 認定甘すぎ。

OK

0/5

オラッ(事実と
評価
欲いす。

民法③再チャレンジ

林雄希

OK

1 Dは、Cに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡しを求めることができるか。DがCに対して、甲土地の明渡しを求めるためには、甲土地につき、Dに所有権があること、Cが占有していること、Cに占有権限がないことが必要である。

2 まず、Dが甲土地の所有権を有しているか問題となる。

この点、AB間の甲土地の売買契約は、Aが、甲土地の税金の滞納による差押えを免れるために、Bの承諾を得て仮装したものである。したがって、AB間の売買契約は民法94条1項（以下、民法、略）の虚偽表示として無効となる。

◎

したがって、Bは、甲土地につき無権利者であり、また、無権利者Bから甲土地を購入したDも、原則として甲土地の所有権を取得しない。もっとも、Dは甲土地についてのAB間の売買が仮装のものであることをと知らず、それを知らないことについて過失もなかったため、AB間の売買契約の外観を信頼して新たに独立の利害関係を有するに至った第三者であり、94条2項にいう善意の第三者として保護される。

よってDは、甲土地の所有権を取得する。

3 Cは甲土地上に乙建物を所有して移転登記もしているため、Cの占有があることに問題はない。

4 次に、Cに占有権限があるかどうか問題となる。

処分はなく
管理

(1) BC間の甲土地の賃貸借契約について、Bは契約当時、甲土地を処分する権限を有していなかったため、BC間の賃貸借契約は他人物賃貸借である。そのためCは賃借権を取得できず、占有権限を有していないとも思える。

また、Cはこの賃貸借契約に際して、甲土地についてのAB間の売買が仮装によるものであることを知っていたため、94条1項が適用される結果、Bは賃借権を取得しない。

△ 94条1項適用されない結果

(2) もっとも、Bは、Aが死亡した場合、無権利者たる他人物賃貸借の賃貸人が所有権者本人を相続する形となり、両者の地位が同一人に帰したことで、両者の地位が融合し、本人が自ら法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたことになる。その結果、契約は当然に有効となる。

したがって、賃貸人Bは、BC間の甲土地の賃貸借契約について追認を強制される結果、賃貸借契約は遡及的に有効となり、Cは賃借権を取得し、占有権限を有していることになる。

(3) そして、BC間の賃貸借契約は、乙建物の所有目的でなされたものであるため（借地借家法2条1号）、借地権について、建物に関する登記がされていれ

ば、借地人は、借地権をもって第三者に対抗することができる（借地借家法10条1項）。

本件について、Cは、Bとの間で、乙建物所有目的で賃貸借契約を締結しており、乙建物につきC名義の所有権移転登記をしている。

したがって、Cは、Dの所有権に基づく、甲土地の明渡し請求に対して、借地権をもって対抗することができる。

- 5 以上のことから、甲土地につき、Cに占有権限があるため、Dは、Cに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡しを求めることができない。

以上

着眼点は良いですが、条数の順序と、

語順が気になります。