慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	共謀共同正犯を巡る議論の在り方について
Sub Title	Rethinking on coprincipal
Author	亀井, 源太郎(Kamei, Gentaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.31 (2015. 2) ,p.153- 172
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150227-0153

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

共謀共同正犯を巡る議論の在り方について

亀　井　源太郎

1　はじめに
2　練馬事件・松川事件とスワット事件
3　共謀概念の多義性と内実
4　まとめにかえて

1　はじめに

近年、共同正犯に関する多くの論稿が存する[1)]。本稿では、これらの論稿とは少し角度を変えて、共謀共同正犯あるいは共謀を巡る議論の在り方について若干の検討を試み、近時筆者が有している若干の疑問を表明しようとするものである。

本稿が言及するのは、具体的には、第一に、スワット事件決定[2)]の位置付け、すなわち、練馬事件判決[3)]・松川事件判決[4)]と同決定の関係についてであり、また、第二に、共謀概念の多義性と内実についてである。第二点を概観するのは、第一点につき生ずる疑問の根拠を、補足的に説明するためである。

1）照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『町野朔先生古稀記念・刑事法・医事法の新たな展開（上）』（2014 年）243 頁は、「近年、共同正犯に関する議論自体は活性化しつつあり、判例における事実認定の判断基準に関する精緻な分析も多い」とする。

2）最決平成 15 年 5 月 1 日刑集 57 巻 5 号 507 頁。

3）最判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 巻 8 号 1718 頁。

4）最判昭和 34 年 8 月 10 日刑集 13 巻 9 号 1419 頁。

まず、第一点についてであるが、後述するように、同決定は、同事件と練馬事件判決・松川事件判決とは「事案を異にする」とした。もっとも、これらの諸事件における事案の相違が共同正犯の成立要件につきいかなる規範的意味を有するのか、同決定によっては必ずしも明らかにされてはおらず、検討を要するように思われる。

次に、第二点についてであるが、本稿で論ずる内容は、筆者がこれまで論じてきたところと重なる[5)]。

それでもなお、本稿で重ねてこのような主題を設定する理由は、従来、共謀という概念は多義的に用いられてきたこと、後述するように、今日でも、共謀概念を巡って主張された客観的謀議説・主観的謀議説という対立軸を用いて共謀共同正犯を論ずる見解が少なからず見られることにある。

なお、本稿では、共謀共同正犯における共謀概念を巡る議論が手続法上の問題に与える影響については論じない。この点については、別稿[6)]を参照されたい。

2　練馬事件・松川事件とスワット事件

以下では、練馬・松川・スワットの各事件にかかる最高裁判例を概観する。

筆者は既に、これらの各判例を繰り返し取り上げてきた[7)]。もっとも、そこで各判例を取り上げたのは、練馬事件・松川事件が共謀の意義に関し客観的謀議説を採ったと評される場合があること、それにもかかわらず、主観的謀議説

5）拙稿「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究 84 巻 9 号（2011 年 9 月）87 頁以下（以下、「拙稿①」）、同「共謀概念と刑事手続」研修 766 号（2012 年 4 月）3 頁以下（以下、「拙稿②」）、同「共謀共同正犯における共謀の概念と刑事手続」刑法雑誌 52 巻 2 号（2013 年 3 月）177 頁以下（以下、「拙稿③」）。

6）拙稿・前掲注 5）② 3 頁以下。

7）拙稿・前掲注 5）① 90 頁以下、同・前掲注 5）③ 163 頁以下。また、同決定の評釈として、拙稿「判批」法学教室 280 号（2004 年）114 頁以下、同「判批」判例評論 554 号（2005 年）205 頁以下。

が実務上有力化したとされる場合が多い[8]ことを明らかにする文脈において、であった。

これに対し、以下では、練馬事件・松川事件とスワット事件に関する議論の現状に焦点を当て、これらの諸判例を取り上げる。

まず、練馬事件・松川事件それぞれにかかる各最高裁判決を概観しておこう。

⑴ 練馬事件

周知のように、練馬事件最高裁判決は、「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではない」として、共謀共同正犯概念を肯定した。

なお、最高裁が共謀概念の内実について詳らかにはしていないことは、後の議論との関係で[9]、確認しておくべきであろう[10]。

8）なお、「……評される場合がある」、「有力化したとされる場合が多い」と、まわりくどい表現を用いる理由は、第一に、練馬事件最高裁判決が明示的に客観的謀議説を採用していたわけではなく、同判決にかかる調査官解説が同説を採用したにすぎないこと（拙稿・前掲注5）①90頁以下）、第二に、松川事件最高裁判決も明示的に同説を採用したわけではないことに加え（同93頁以下）、第三に、客観的謀議説と主観的謀議説の対立には、当初から、ややかみ合わないところがあったように思われること（同①94頁以下）による。後述164頁以下も参照。

9）後述166頁以下。

10）これに対し、同判決にかかる調査官解説は、いわゆる客観的謀議説を採った。岩田誠「判解」最高裁判所判例解説昭和33年度405頁。後述166頁以下参照。

⑵　松川事件

松川事件は、列車が脱線、顚覆、破壊し、乗務員ら3名が死亡した事故について、甲社及び乙社の労働組合員らが起訴された事件である。同事件最高裁判決の多数意見は、共謀を「意思の連絡」で足りるとする各反対意見を容れなかった（破棄差戻し）[11]。

同判決多数意見は、以下のように述べている。

> 原判決は、2つの連絡謀議の存在を認めていたが[12]、いずれも、「原判決がその挙示するような……証拠によってこの謀議の存在を肯定したことには疑問があり、結局本謀議に関する証拠は極めて薄弱であるといわざるを得ない」、「原判決がその挙示するような前記証拠によって本謀議の存在を肯定したことには

11）このため、同判決は客観的謀議説を採用したと評価される場合がある。

12）原判決は、以下のような2つの連絡謀議の存在を認めていた（引用は、最高裁が要約したところによる。以下に引用する叙述からは、本判決において多数意見と反対意見との間で争われた「謀議」なるものが、いかなる内実――それは、「会議」あるいは「会合」とでも言うべきであろう――を有しているのか明らかになるであろう）。

「甲社側の被告人Aは、昭和24年8月15日正午頃、甲社側を代表して、乙社労組福島支部事務所に赴き、被告人B退出後もそこにいた被告人C、同D、同E、同Fと、列車顚覆の実行の日時、場所、乙社側甲社側の双方から出すべき人数、役割、乙社側から参加すべき3名の氏名、爾後の連絡等につき協議し、これを諒承して松川に帰り、その結果を被告人G、同Hに報告し、その賛同を得て、右被告人7名間に列車顚覆に関する謀議が成立した」。

「乙社側の被告人Iは、昭和24年8月16日、列車顚覆につき乙社側の要望事項を甲社側の被告人Gらに連絡するため、既にそれまでに乙社側被告人らの少くとも一部の者との間に列車顚覆に関し謀議を遂げ、甲社側への連絡事項を協議した上、松川に赴き、甲社松川労組組合大会終了後の午後9時頃甲社松川工場構内八坂寮組合室で被告人G、同H、同J、同Kらと相会し、その席上、列車顚覆に関し、乙社側からはF、L、Bの3名が赴くこと、顚覆せしむべき列車は福島駅発午前2時40何分の上り旅客列車、すなわち412列車であること、決行の時刻は午前2時から2時半頃とすること、右列車の前の貨物列車は運休になっており、作業時間は十分あること、松川からも2名バールとスパナを持って参加ありたきこと等の連絡をなし、甲社側では被告人Gらからこれを諒承する旨を答えて、列車顚覆の謀議をした」。

疑問があるといわなければならない」。

このため、「原判決認定の……謀議には2つともその存在に疑があって、原判決中被告人らに関する部分は、結局、すべて、判決に影響があってこれを破棄しなければ著しく正義に反する重大な事実誤認を疑うに足りる顕著な事由があるものといわなければならない」。

なお、ここでも、最高裁が共謀概念の内実について詳論していないこと[13]が、確認されるべきである。

(3) スワット事件

スワット事件決定につき、本稿でまず確認しておきたいのは、同決定が、弁護人らの上告趣意について、「判例違反をいう点は、……事案を異にする判例を引用するものであって、前提を欠〔く〕」とした点である。

弁護人らは、その上告趣意において、練馬事件判決・松川事件判決を引用して、これらの判例が「共謀を謀議行為と捉えることで共謀共同正犯を制約しようとする意図」を有するものであったとした上、原判決には、①「特定の犯罪」についての共謀を認定していないという判例違反、および、②原判決には「単に故意としての認識、認容があれば、共謀共同正犯でいう共謀があるとする」判例違反がある、と主張した[14]。

これに対し、最高裁は、前掲のように、「事案を異にする判例を引用するもの」と判示したのである。

もっとも、多数意見は、練馬事件判決・松川事件判決とスワット事件決定との関係については前掲のように述べるのみであり、多数意見が「事案を異にする」理由は判文上不分明である。

この点、深澤武久裁判官による補足意見は、「所論引用の〔練馬事件判決〕は、犯罪の謀議にのみ参加し、実行行為の現場に赴かなかった者の共同正犯性を判

13）ただし、前掲注12）参照。

14）刑集57巻5号522頁以下。

示したものであって、被告人を警護するため、その身辺で組員がけん銃を所持していた本件とは、事案を異にするものである」[15] とし、また、同決定にかかる調査官解説も、「〔練馬事件判決による〕『謀議』の定義等は、共謀共同正犯のいかなる事例をも拘束するものであるのか」という問題について、本決定は、「共謀共同正犯の事案であっても、……前記定義等の判示部分の射程が及ばない事案があることを明らかにした」、「事案を異にするとした理由は、練馬事件は、当該被告人が、犯行時犯行場所におらず、したがって実行行為者と行動を共にすることもなかった事例であるのに対し、本件は、被告人が、犯行時に、犯行場所付近で、実行行為者と行動を共にしており、これによって、スワットらにけん銃等を所持させて被告人を警護させるという、本件犯行の目的を正に被告人が一緒になって実現させていたといえる点などにあると解される」とした[16]。

すなわち、深澤補足意見も、調査官解説も、練馬事件判決の射程は「実行行為の現場に赴かなかった者の共同正犯性」（深澤補足意見による表現）にのみ及ぶことを前提に、スワット事件とは「事案を異にする」としたのである

学説においても、練馬事件判決の射程について同様の整理をする見解が見られる。

刑法 60 条の規定する共同正犯には、実行共同正犯（「43 条本文の意味での『実行』を行う場合」）と共謀共同正犯（「それを行わないが共同正犯とされるもの」）が含まれ、さらに、後者には、「客観的謀議行為を必要とする共同正犯」と「謀議によってではなく、他の要素によって認められる共同正犯」が含まれるとする見解[17] や、スワット事件は、「被告人が、犯行時に、犯行場所付近で、実行行為者と行動を共にしていたという場合であ〔り〕……このような事実関係の特殊性が、練馬事件とは異なり、実行共同正犯（明示・黙示の意思の連絡があれば足りる）に近い類型として、『謀議』の要件なしに共謀共同正犯の

15）刑集 57 巻 5 号 515 頁。

16）芦澤政治「判解」最判解刑事篇平成 15 年度 300 頁以下。

17）町野朔「判批」刑法判例百選〔第 6 版〕（2008 年）154 頁以下。

成立を可能とさせる」とする見解[18]が存するのである。

⑷　若干の疑問

もっとも、練馬事件・松川事件とスワット事件との関係にかかる前掲のような整理には、若干の疑問もある。

ア　従来の理解との関係

第一の疑問は、練馬事件判決・松川事件判決後に、主観的謀議説が実務家によって広く支持されたこととの関係で生ずる。

練馬事件・松川事件各判決に鑑みて客観的謀議説が判例上有力化するものとも思われたが、実際には、両判決以後も、明示的な謀議行為が存在しなくとも共同正犯の成立を認めた下級審裁判例が存することもあり[19]、客観的謀議説が実務上支配的な立場を得るには至らず、むしろ、実務上は、主観的謀議説が有力であるとされることも少なくない[20]。

ここで指摘したいのは、「従来は練馬事件・松川事件後、実務上、主観的謀議説が有力であるとされていたのにもかかわらず、スワット事件において、練馬事件判決・松川事件判決が客観的謀議説を採ったこと、両判決が判例として生きていることを前提としており（その上で、スワット事件決定は「事案を異にする」として主観的謀議説に拠っており）、一貫していない」、ということではない。

主観的謀議説が実務上有力であるとしてきた論稿には実務家の手によるものも含まれるが、これらの論稿が判例そのものの立場を規定する性質を有しないことは改めて言うまでもない。

したがって、（「実務上は主観的謀議説が有力である」とされたにもかかわらず、）

18）井田良「判批」刑法判例百選〔第7版〕（2014年）155頁。

19）たとえば、東京高判昭和40年6月7日東高刑時報16巻6号49頁は、事前共謀を欠く実行共同正犯を認めるに際し、「被告人と〔原審相被告人〕が激昂の極、とっさに〔被害者〕を刺すことの意を通じ、換言すれば両名のいわゆる暗黙の共謀に基づき〔原審相被告人〕が実行担当者として被告人から交付された小刀をもって〔被害者〕を傷害したものと認めるのが相当である」としている。

練馬事件判決・松川事件判決以来、実務上は一貫して客観的謀議説が最高裁判例の拠るところであり、スワット事件は同説の射程を明らかにした（すなわち、同説の射程が及ばない事例であることを明示した）、と理解することもできよう。

もっとも、このように解するとき、「実務上は主観的謀議説が有力である」としばしば指摘されてきたことの理由は不明確になる。そこには、共謀概念の理解を巡る混乱が存したのではないだろうか。そして、このような混乱は、共謀概念（およびその内実を巡る対立軸としての「客観的謀議説対主観的謀議説」という構図）の曖昧さに起因するように思われてならないのである。

なお、スワット事件決定は、「客観的謀議説」・「主観的謀議説」ということばを用いているわけではない。わずかに、深澤補足意見が、「本件犯行について、具体的な日時、場所を特定した謀議行為を認めることはできないが……」、「具体的な謀議行為が認められないとしても……」、練馬事件判決は「犯罪の謀議にのみ参加し、実行行為の現場に赴かなかった者の共同正犯性を判示したものであって……」等として、「謀議行為」・「謀議」ということばを用いるのみ

20）すなわち、「実務上はむしろ共謀を共犯者間で形成された犯罪の共同遂行の合意ととらえる見解（主観説とでも称されよう）の方が有力である」とされ（石井一正＝片岡博「共謀共同正犯」小林充＝香城敏麿編『刑事事実認定（上）』（1992 年）343 頁。練馬事件最高裁判決について、「この判決によって共謀の意義・内容が明確・不動のものとなったとはいいがたい」とし、「この事案の場合は正に『謀議』または『通謀』という言葉に似つかわしい客観的行為（要件）が存在し、また、共犯者間の実体が『共同意思の下に一体となっている』とか『他人の行為を自己の手段として犯罪を行った』というにふさわしいが、実務上観念されている共謀が全てこのようなものであるかは疑問である。実務上生起する共謀共同正犯事件の多くは、……成行上偶発的に明示の意思交換をなくして成立する共謀型であり、この型にも客観的行為ないし要件というようなものを求めることは困難である」とする）、あるいは、「実行共同正犯における共謀が実行行為の時点における共同実行の意思連絡と解されていることと統一的に理解し、共謀共同正犯における共謀も、謀議行為ではなく、犯罪の共同遂行に関する合意として理解すべきとの見解が主張され、これが実務における一般的な理解となっている」とされるのである（村瀬均「共謀（1）――支配型共謀」小林充＝植村立郎『刑事事実認定重要判決 50 選（上）〔第 2 版〕』（2013 年）265 頁）。さらに、上野智「共謀の認定」（大阪刑事実務研究会・事実認定の実証的研究）判例タイムズ 254 号（1971 年）15 頁参照。

である。

また、同決定にかかる調査官解説も、「共謀」・「謀議」・「客観的謀議説」・「主観的謀議説」ということばづかいに対して慎重である。すなわち、同解説は、練馬事件判決における「謀議」ということばについて、「謀議」の多義性を指摘した上で（「『謀議』という用語自体必ずしも一義的ではないが」とする）、「共謀共同正犯の成立を認めるためには一定の内容のある具体的な指示ないし打合せ行為等による明示的な意思連絡が必要であるとしているようにも読める」が、「①……そのように解するのが正しいのか、……②〔練馬事件〕判決の『謀議』の定義等は、共謀共同正犯のいかなる事例をも拘束するものであるのか」は、「従前の最高裁判例上、必ずしも明らかでなかった」とし[21]、練馬事件判決・松川事件判決における「共謀」・「謀議」の意味内容[22]や射程について、慎重な態度を取ったのである。

さらに、同解説は、スワット事件決定を経ても、練馬事件判決を「共謀共同正犯の成立を認めるためには一定の内容のある具体的な指示ないし打合せ行為等による明示的な意思連絡が必要であるとしている」と読むのが正しいか否か（前掲①）については、「どのように考えるかはなお今後の課題として残されている」[23]としており、慎重な口ぶりながら、共謀概念の内実が、判例上、未だ流動的であることを示唆している。

このような慎重な態度も、「共謀」・「謀議」が曖昧な概念であることに起因するのではないだろうか。スワット事件決定および同事件解説は、練馬事件以来の「共謀」という曖昧な概念から少しずつ距離を取ろうとしていると読み解

21）芦澤・前掲注 16）298 頁以下。

22）なお、高橋則夫「判批」刑法判例百選〔第 7 版〕（2014 年）153 頁は、スワット事件決定によって、「〔練馬事件判決は〕主観的謀議説の立場であることが確認されたといえるだろう」とする。練馬事件判決は客観的謀議説を採用すると明言したわけではないから（調査官解説が客観的謀議説に拠ったにすぎない。後掲 166 頁参照）、あり得る読み解き方ではある。もっとも、このような理解に拠るとき、スワット事件決定が「事案を異にする」と述べた意味は、やや不分明になってしまうのではないだろうか。

23）芦澤・前掲注 16）300 頁。

くことは、あるいは考えすぎであろうか。

イ　「事案を異にする」ことの規範的意味

前掲のように、スワット事件決定は、練馬事件判決・松川事件判決を引用した上告趣意に対し、「事案を異にする判例を引用するもの」として上告を容れず、また、同決定に付された補足意見は、「〔練馬事件判決〕は、犯罪の謀議にのみ参加し、実行行為の現場に赴かなかった者の共同正犯性を判示したものであって、被告人を警護するため、その身辺で組員がけん銃を所持していた本件とは、事案を異にする」とした。

また、同事件調査官解説は、「事案を異にするとした理由は、練馬事件は、当該被告人が、犯行時犯行場所におらず、したがって実行行為者と行動を共にすることもなかった事例であるのに対し、本件は、被告人が、犯行時に、犯行場所付近で、実行行為者と行動を共にしており、これによって、スワットらにけん銃等を所持させて被告人を警護させるという、本件犯行の目的を正に被告人が一緒になって実現させていたといえる点などにある」とした[24]。

このように、同決定や同解説は、事案の相違を理由として、「犯罪の謀議にのみ参加し、実行行為の現場に赴かなかった」[25]場合（仮に「練馬事件型」と呼ぶ）と、「被告人を警護するため、その身辺で組員がけん銃を所持していた」[26]場合（仮に「スワット事件型」と呼ぶ）を区別し、スワット事件型においては「具体的な謀議行為が認められないとしても、犯罪を共同して遂行することについての合意が認められ、一部の者において実行行為が行われたときは、実行行為に直接関与しなかった被告人についても、他人の行為を自己の手段として犯罪を行ったものとして、そこに正犯意思が認められる本件のような場合には、共謀共同正犯が成立する」[27]、あるいは、「意思連絡が明示的でなくとも共謀共同正犯が成立することがあり得る」[28]としたのである[29]。

24）芦澤・前掲注 16）300 頁。

25）刑集 57 巻 5 号 515 頁（深澤補足意見）。

26）刑集 57 巻 5 号 515 頁（深澤補足意見）。

27）刑集 57 巻 5 号 514 頁以下（深澤補足意見）。

もっとも、いずれにおいても、「事案を異にする」ことが共謀共同正犯の成立要件の違いを導く、規範的な仕組みが明示的に説明されているわけではない。

また、このような説明が欠けるのみならず、そもそも、スワット事件型においては「具体的な謀議行為」が不要とされる理由も不明である。スワット事件においては、「具体的な謀議行為」が、「〔スワットらが〕被告人を警護するため、その身辺で組員がけん銃を所持していた」ことにより不要とされているが、「謀議行為」が練馬事件型の共謀共同正犯の成立に際し果たしている機能が「身辺で……所持していた」ことによってなぜ埋め合わされるのか、不明なのである。

同様の疑問は、「〔スワット事件は〕被告人が、犯行時に、犯行場所付近で、実行行為者と行動を共にしていたという……事実関係の特殊性が、練馬事件とは異なり、実行共同正犯（明示・黙示の意思の連絡があれば足りる）に近い類型として、『謀議』の要件なしに共謀共同正犯の成立を可能とさせる」[30] とする見解にも妥当する。

ここでも、依然、この見解の言う「事実関係の特殊性」が「謀議」の要件をなぜ不要とさせるのか、スワット事件が「実行共同正犯に近い」にすぎない（すなわち、実行共同正犯そのものではない）にもかかわらず実行共同正犯と同様の要件で成立が認められてよい理由はなにか、そもそも、刑法 60 条という同じ規定によって認められる共謀共同正犯と実行共同正犯について成立要件が異なり得るのか、等の疑問が残るのである。

なお、前掲のとおり、スワット事件決定を巡って、共謀共同正犯[31] を「すべて『共謀』によって説明しようとしたところに混乱の原因があった」としつつ、「行為者が犯罪の実行を容認しながら現場にいれば、ただちに共謀共同正

28）芦澤・前掲注 16）300 頁。

29）ただし、本稿のいう練馬事件型の場合に、明示的な意思連絡が要求されるか否かは、スワット事件決定や同事件解説からは必ずしも明確ではない。

30）井田・前掲注 18）155 頁。

31）なお、町野・前掲注 17）155 頁は、「共謀共同正犯」と呼ばれてきた場合には 2 つの類型があるとする。前掲 158 頁参照。

犯が成立するというわけでもない」と指摘する見解も存する[32)]。

練馬事件における「謀議」（スワット事件においては欠如している）を、スワット事件において「身辺で所持」によって埋め合わせることにつき疑問を呈する限りでは、この見解に賛同し得る。

もっとも、この見解が、続けて、「要は、……〔スワット事件における被告人が〕どのような役割を果たしたかである」として、被告人の正犯性こそが問題であるとする点[33)]には、若干の疑問がある。

以下に述べるように、「共謀」・「謀議」の概念は多義的に用いられてきたため、「謀議」をただちに正犯性の問題と理解してよいかは疑問が残る上、スワット事件においては、被告人とスワットらとの間の意思連絡の有無こそが問題であった[34)]と思われるからである。

3　共謀概念の多義性と内実

前章では、練馬事件・松川事件とスワット事件の関係に言及する論稿に着目し、若干の疑問を呈した。

本章では、共謀概念の多義性と内実について概観する。このような疑問の背景には、共謀概念や客観的謀議説・主観的謀議説という対立軸の曖昧さがあるのではないかと推測されるからである。

32）町野・前掲注 17）155 頁。

33）町野・前掲注 17）155 頁。

34）私見によれば、スワット事件における中心的な問題は、黙示の意思連絡による共同正犯成立の可否、ないし、当該事案における黙示の意思連絡の有無であるが、同事件においても被告人の正犯性を、別途問題とし得ることは当然である。詳しくは、拙稿・前掲注 5）① 104 頁以下参照。

また、共同正犯における正犯性と共犯性が別の問題であることについては、後述注 53）参照。

⑴　共謀の多義性

共謀概念について、筆者がこれまで論じてきたことは、端的に言えば、以下のようなものである[35]。

> 練馬事件最高裁判決以後、共謀共同正犯における共謀がいかなるものであるのか、いわゆる客観的謀議説と主観的謀議説の対立という形で争われた。
>
> もっとも、私見によれば、両者の論争は、ややかみ合っていない面があった。このため、共謀という概念によって共同正犯の成立を限界付けようとする試みは、若干の混乱を伴っていた。
>
> また、共謀概念は、複数の役割を担わされてきた。このため、ひとことで「共謀の有無」と言っても、これらの役割のうち、どの部分が問題とされているのか、分かり難い構造になっていた。

ここから、筆者は、共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の、3 つの場面に分解すべきこと[36]を主張した[37]。

このうち前二者について、少し敷衍しよう。従来、裁判実務上、共謀ないし謀議の存在が否定された場合に、被告人が無罪とされる例がある一方、背後者が幇助とされる例も見られた[38]。

たとえば、大阪地判平成 13 年 3 月 14 日判時 1746 号 159 頁[39]は、「被告人が〔けん銃を現に所持した者ら〕と共謀して本件けん銃等を所持したとの証明が

35）拙稿・前掲注 5）① 102 頁以下参照。

36）主として裁判員への説示との関係で、同様の分解を志向するものとして、島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究③』（2010 年）51 頁以下。

37）拙稿・前掲注 5）① 115 頁以下、同③ 166 頁以下。なお、共謀概念をこのように分解することにより生ずる手続法上の問題について検討したものとして、同② 10 頁以下（とくに 12 頁以下）。

38）石井＝片岡・前掲注 20）341 頁以下（特に 374 頁以下）、島田・前掲注 36）52 頁注（72）及び（73）参照。

39）最決平成 17 年 11 月 29 日集刑 288 号 543 頁の原々審。

ない」から、「被告人に対し無罪を言い渡す」としている。

ここでは、共謀の有無は、被告人の有罪・無罪を決する分水嶺として機能している。

これに対し、東京高判昭和50年2月4日東高刑事時報26巻2号19頁は、被告人が収賄罪の共謀共同正犯として起訴された事案につき、公務員である上司が賄賂を収受する際、被告人と当該上司との間に「指示と了承」があったことを認め、かつ、「〔被告人が、贈賄者〕から〔上司〕に対し〔上司〕の職務に対する不法な対価としての金員の交付がなされることは推知した」ことを認めつつ、それでもなお、「〔上司〕と共に〔贈賄者〕から賄賂を収受しようとの意思を生じ、〔上司〕とその意思を共通にして同一の立場に立ったもの」とは言えないから「単に、〔上司〕の収賄行為の手伝いを求められ、その了承をしたにすぎない」とし、被告人は収賄罪の幇助に止まるとしている。

ここでは、共謀の有無は、被告人の関与形式を決定するものとして機能している。

このように共謀概念は、被告人が当該事件に関与しているといえるか否か（共犯性）を決定する場面でも、被告人が当該事件に関与していることを前提に当該被告人の関与形式（正犯性）を決定する場面でも用いられてきたのである。

⑵　内実を巡る争い

さらに、共謀概念の内実を巡る客観的謀議説と主観的謀議説の対立がやや錯綜した形で論じられてきたことも、共謀の意義を巡る論争を複雑化させたように思われる。

練馬事件判決調査官解説は、以下のように述べ、「『謀議』又は『通謀』」を、「共謀共同正犯の客観的要件」であるとした。

> 「〔共謀共同正犯が成立するためには『特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容

とする謀議をなし』たことを要するとの〕判示は、右『共謀』とは、単なる『意思の連絡』又は『共同犯行の認識』といわれるものとは異なることを示す。……実行行為を担当しない共同者をも共同正犯と認める共謀共同正犯が成立するためには、必ず右のような内容の『謀議』又は『通謀』が共同正犯者相互間に成立したことを要することを本判決は判示している……。……右のような『謀議』又は『通謀』があれば、当然『意思の連絡』又は『共同犯行の認識』はあるであろうが、『意思の連絡』『共同犯行の認識』だけでは、『謀議』又は『通謀』があったとはいえないと思う」[40]。

ここでは、「共謀」と、「『意思の連絡』又は『共同犯行の認識』」（あるいは、「『意思の連絡』即ち『共同犯行の認識』」）[41] が区別され、実行共同正犯の場合は後者だけで足りるが、共謀共同正犯の場合は、「『謀議』又は『通謀』」まで必要であるとされていた。また、「『謀議』又は『通謀』」は、「『意思の連絡』『共同犯行の認識』」に、他の要素[42] を付加した概念として、構想されていた。

これに対し、しばしば主観的謀議説に属するとされるある見解は、「共謀共同正犯の刑事責任を根拠づけるものは、犯罪の共同遂行に関する合意」[43] である、「共謀とは、……犯罪の共同遂行に関する合意」[44] である、とする。

また、同様にしばしば主観的謀議説に属するものとされる別の見解は、「共謀を謀議行為と解することは、実行共同正犯と共謀共同正犯とを含めた共同正犯の主観的要件の統一的な理解を妨げる……。共謀共同正犯における共謀も、

40）岩田・前掲注 10）405 頁。これに対し、同解説は、実行共同正犯の場合は、「2 人以上の者の間に『意思の連絡』即ち『共同犯行の認識』があれば足り、いわゆる『通謀』又は『謀議』の成立することを要しないとするのが通説であり判例である」としていた。

41）岩田・前掲注 10）405 頁。

42）この構想において何が付加されるのかは必ずしも明確ではないが、「『謀議』又は『通謀』は、……実行共同正犯における客観的要件である『2 人以上の者の実行行為の分担』にも比すべきもので、共謀共同正犯の客観的要件でもある」とされている。岩田・前掲注 10）405 頁以下。

43）藤木英雄『可罰的違法性の理論』（1967 年）343 頁。

44）藤木・前掲注 43）344 頁。

謀議行為ではなく、実行行為の時点における犯罪の共同遂行の合意として理解」[45] すべきである、単に謀議に参加したか否かではなく、「謀議参加の態様や積極性の有無等を総合して成否を決すべきであるとの趣旨」の判例[46] は、「主観説に親近性を有するもの」であること、「正犯性を共謀成立の観点よりは、端的に自己の犯罪の観点から説明する方が説得力に富む」こと等から、「実務上の基準としては……主観説に従うのが相当」である、とする[47]。

⑶ 錯綜する対立

前述のように[48]、共謀概念は複数の機能を担わされ、また、その内実を巡って争われた客観的謀議説と主観的謀議説の対立も、その対立点はやや不明確であった。

後者の対立は、単純化すれば、共謀共同正犯と共犯を区別する方法を巡る争いであったといえよう。

もっとも、客観的謀議説に分類される前掲の見解において、「意思の連絡」と「共同犯行の認識」が同じものとされていたように[49]、当該見解による対立軸の設定がやや不明確であったようにも思われる[50]。客観的謀議説が、「意思の連絡」までは要求する見解と対決しようとしていたのか、「共同犯行の認識」で足りるとする見解と対決しようとしていたのか、はっきりしていなかったのである。

また、主観的謀議説が、「共謀の内容をなす緊密な意思連絡が時間の経過とともに徐々に醸成され、これを特定の目的、場所における謀議行為として把握

45）小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報 51 巻 8 号（1999 年）13 頁。

46）最決昭和 57 年 7 月 16 日刑集 36 巻 6 号 695 頁。

47）小林・前掲注 45）14 頁。

48）前述 164 頁以下参照。

49）岩田・前掲注 10）405 頁は、「『意思の連絡』即ち『共同犯行の認識』」としている。前掲 167 頁参照。

50）意思の連絡と認識・認容が区別されるべきことにつき、照沼・前掲注 1）246 頁以下参照。

できない場合や、諸般の事情から緊密な意思連絡が成立していることは明らかであるが被告人の謀議等により謀議行為の経過が判明しない場合も少なくなく、これらの場合には共謀を犯罪遂行の合意と把握せざるを得ない」[51]として、立証の局面を視野に入れた議論[52]であったことも重要であろう。両説の対立は、実体法上の問題と手続法上の問題があわせて論じられてきたため、いったい何が真に実体法上の問題であったのか、やや不明瞭なところが残されていたように思われるのである。

私見によれば、客観的謀議説と主観的謀議説の対立は、①「共謀共同正犯の成立には黙示の意思連絡で足りるか、あるいは、明示的な謀議を要するか」という問題と、②「内心に止まらない意思連絡を要するか否か」という問題、そして、さらには、③これらの問題が、体系的にどこに位置付けられるのか[53]、すなわち、正犯性（=「共犯の内側の限界」）[54]の領域に位置付けられるのか、共犯性（=「共犯の外側の限界」）[55]の領域に位置付けられるのかという問題を含んでいたのである[56]。

4　まとめにかえて

本稿では、スワット事件の位置付けについて現在の一般的と思われる理解を素描した上で、そのような理解に対する若干の疑問を提起し、あわせて、共謀概念の多義性と内実について概観した。

共謀概念の多義性に関する指摘は、筆者のみによるものではない。同様の認識は、筆者が主張する以前から、学界においても、裁判実務においても、一定程度共有されてきたように思われる。

51）小林・前掲注 45）13 頁。

52）小林博士の見解を主観的謀議説として掲げる際に、小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会編『刑事公判の諸問題』（1989 年）27 頁以下を引用する論稿（たとえば、石井＝片岡・前掲注 20）343 頁以下、大久保隆志「判批」平成 15 年度重要判例解説（2004 年）160 頁、松原芳博「共謀共同正犯と行為主義」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2007 年）535 頁以下）が見られることも、このことを象徴している。

すなわち、島田聡一郎教授は、「『共謀』が否定されれば無罪となる」「（C）共犯としての因果性あるいは（D）客観的帰属を認めるに足る関係および故意」の問題と、「仮に否定されても狭義の共犯になりうる」「（A）関与者相互の関係、結びつきと（B）関与者自身の関与の程度、積極性といったファクター」が「しばしば『共謀』の成否という枠の中で議論されてきた」としつつ、（A）・（B）と（C）・（D）は、「はっきり区別されるべきであろう」とされた[57]。

53）近時、正犯性と共犯性の問題を区別して論ずる見解が一般的であることにつき、拙著『正犯と共犯を区別するということ』（2005年）94頁以下（とくに101頁以下）、照沼・前掲注1）244頁以下（「広義の共犯のうちいずれの関与類型においても因果性・危険性は必要であり、そこに量的な程度差を測定することはできないため、正犯性の指標足り得ない」とし、「現在の対数説は、因果的『惹起』概念に解消し得ない、さまざまな事情……の取り込みによる『重要な役割』という概念を正犯性の指標として掲げるようになった」とする）参照。

なお、正犯性を画定するに際しさまざまな事情を考慮することは、わが国において江戸時代から根強く保持されてきた規範意識にも適合した方法である。公事方御定書は共謀における役割を考慮して犯罪の「中心人物」を定める方法を採っており、また、新律綱領・改定律例においても、各人が犯罪計画や共謀において演じた役割の重要性を考慮している（拙著104頁以下参照）。また、旧刑法においても、共犯関係において役割分担を考慮する姿勢が見られる。旧刑法は、「2人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト為シ各自ニ其刑ヲ科ス」（104条）と、「人ヲ教唆シテ重罪軽罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト為ス」（105条）とそれぞれ定め、西洋的な刑法典の形式を採った。しかし、同法105条は、教唆者を「正犯ト為」しているので、ここでも、現に実行行為を行った者だけではなく、他人をそそのかして犯罪を行わせるという犯行全体における役割によって正犯性を定めるという観点は残っていた。

同様の姿勢は、現行刑法典の立法過程においても見受けられる。明治40年の刑法改正政府提出案理由書は、一方で、現行刑法典の60条と旧刑法典の104条は「同一ニシテ唯文字ヲ修正シタルニ止マル」ものとしつつ、同時に、旧刑法は「現ニナル文字ヲ以テ実行正犯ノ意義ヲ明ニシタレトモ其意義多少狭キニ失スル嫌ナキニアラサルヲ以テ之ヲ修正シテ共同シテナル文字ヲ用ヒタリ」ともしている。共同正犯者各自がそれぞれに完全に実行行為を行った必要はないことが明らかにされ、重要な役割を演じたか否かによって重い責任に値するか否かを決定する姿勢がより明確になったのである（同書106頁以下参照）。

54）拙著・前掲注53）3頁参照。

55）拙著・前掲注53）3頁参照。

56）拙稿・前掲注5）①98頁。

また、私見とは異なる角度からであるが[58]、橋本正博教授は、最判平成21年10月19日判時2063号155頁に関して、同判決は「『共謀』はそれほどに内容豊かなものである必要はないとした」ものであり、「判例上、単純な意思連絡以上の実質が希薄になった『共謀』」に代わる概念が必要であるとされた[59]。

また、照沼亮介教授も指摘されるように、最近の裁判例においては、「認識・認容」、「共謀」、「正犯意思」、「意思連絡」等の概念は区別して論じられるようになっている[60]。

本稿に先行する一連の拙稿では、従来の議論との接合や、手続法上の問題との関係に配慮して、やや遠慮気味に、「分析の道具立てとしては、共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の3つの場面に分解することを主張したい」[61]等と述べた。

本稿における主張も、基本的には変わらない。

もっとも、共謀概念が多義的に用いられ、その内実を巡る議論も錯綜していたとすれば、分析の道具立てとしてのみならず、すなわち、各裁判例の当否を

57）島田・前掲注36）51頁以下。さらに、（C）・（D）は、教唆・幇助にも共通する、広義の共犯一般に妥当する要件であり、これに対し、（A）・（B）は、共同正犯に固有の要件である、ともしている（同論文53頁）。

なお、広義の共犯一般に共通する要件と、共同正犯に固有の要件を区別する思考が一般的であることにつき、前掲注53）参照。

58）このような指摘は、共謀概念が複数の役割を担わされてきたことから、より細分化された概念を準備することを志向する私見とはニュアンスを異にする。この違いは、橋本教授の議論が、スワット事件に関する最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁以後の展開を念頭において為されているのに対し、私見が、練馬事件以後の一連の対立を念頭に置いていることから生ずるものと思われる。しかし、共謀概念が、共謀共同正犯の成否を判定するための道具としては必ずしも適当ではないことを指摘するものとして、通底する部分があろう。

59）橋本正博「判批」平成22年度重要判例解説（2011年）205頁。

60）照沼・前掲注1）246頁以下参照。

61）拙稿・前掲注5）①115頁。

審査する場面のみならず、共謀共同正犯の要件そのものを、分析的に再構築[62]する必要があるように思われてならない[63]。

このような作業は、従来の議論との接合に対する配慮を要するほか、手続法上の問題、すなわち、起訴状における訴因や有罪判決における罪となるべき事実の記載の在り方[64]も視野に入れたものでなければならない。

本稿で為し得たことは、問題の所在を若干明らかにしたにすぎない。このような再構築については、他日を期したい。

62）再構築を目指す近時の論稿として、島田・前掲注 36）31 頁以下、杉田宗久＝平城文啓＝仁藤佳海「共犯（1）――共謀共同正犯の成立要件（上）（下）」判例タイムズ 1355 号（2011 年）75 頁以下、同 1356 号（2011 年）50 頁以下、照沼・前掲注 1）243 頁以下がある。

63）拙稿・前掲注 5）③ 167 頁において、「少なくとも分析の道具立てとしては、『共謀』という概念ではなく、より細分化された概念を用いることを提案したい」と若干含みを持たせるようにニュアンスを変更したことも、拙稿①よりさらに一歩踏み込んで、分析以外の場面でも、同様に細分化された概念を用いることを念頭に置いたためである。

64）拙稿・前掲注 5）② 4 頁以下。