

Title	共謀共同正犯における共謀概念
Sub Title	On the concept of the combination in Japanese criminal law
Author	亀井, 源太郎(Kamei, Gentaro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.87- 126
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0087

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.

共謀共同正犯における共謀概念

亀井源太郎

- I はじめに
- II 「共謀」の意義
 - 一 練馬事件・松川事件
 - 二 いわゆる客観的謀議説と主観的謀議説
- III 論争の内実
 - 一 実務家による主観的謀議説への支持
 - 二 錯綜した対立
 - 三 共謀概念と手続法
 - 四 小括
- IV 若干の試論
 - 一 共謀の体系的位置付けと内実
 - 二 けん銃等所持の共謀にかかる三判例
- V おわりに
 - 一 共謀概念の空虚さ
 - 二 残された課題
- I はじめに

最決平成一五年五月一日刑集五七卷五号五〇七頁（いわゆるスワット事件。以下、「スワット事件決定」ないし「平成一五年決定」と呼ぶことがある）は、暴力団組長である被告人を、自己のボディガード（「スワット」）らのけ

ん銃等所持につき共謀共同正犯としたが、その際、「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた」、「前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的意思の連絡があった」と判示した。

これに引き続き、最決平成一七年一月二九日集刑二八八号五四三頁（以下、「平成一七年決定」と呼ぶことがある）は、平成一五年決定事件と類似の事案につき、暴力団組長である被告人について、共謀共同正犯の成立を認め、控訴審の判断を是認した。

さらに、近時、最判平成二二年一〇月一九日判タ一三一一号八二頁（以下、「平成二二年判決」と呼ぶことがある）は、前掲二判例と類似した銃刀法違反被告事件につき、けん銃等所持の共謀が認められないとした第一審判決及びこれを是認した原判決には重大な事実誤認の疑いがあるとして破棄し、事件を第一審に差し戻した。

これらの三判例（や、その一部）に対しては、共謀共同正犯概念そのものを否定する立場からはもとより、この概念を肯定する立場からも、批判が少なくなかった。⁽¹⁾

このうち、平成一五年決定について、かつて私は賛意を示したことがある。⁽²⁾ それは、(1)共同正犯における「意思の連絡」は黙示のもので足りる、(2)本件において黙示の意思連絡があったと評価し得る、(3)本件において正犯性を肯定することは容易である、とするものであった。

このような議論を、若干敷衍しておくならば、次のようなこととなる。

判例は古くから、共同正犯の成立要件として意思の連絡を要求しつつ、⁽³⁾ この意思の連絡は黙示のもので足りるとして⁽⁴⁾

きた。学説上も、一般に、共同正犯の成立要件である意思連絡は、黙示のもので足りるとされてきた。⁽⁵⁾

共同正犯成立の法的効果である「一部行為全部責任」を基礎付けるものは、実行行為の分担や意思の連絡によって、法益侵害に対して、物理的、もしくは、心理的な意味で、因果的に寄与することである。共謀共同正犯においては、形式的な意味での実行行為の共同は存在しないので、意思の連絡に基づく心理的な因果的寄与が不可欠である。

したがって、ここでの問題は、黙示の意思連絡によっても、このような心理的因果性が発生するか否かであるが、黙示の方法によっても、当該意思連絡に至る経緯や周囲の状況から、関与者間ではその内容が明確に理解され、合意に達する場合があります。このため、黙示の意思連絡によっても、前述の意味での心理的因果性は発生し得る。このことは、意思連絡が挙動による場合であっても同様である。

さらに、本件においては、被告人とスワットらとの間に黙示の意思連絡があったと評価してよいとすれば、組長という組織内での被告人の立場やスワットとの関係、もっぱら被告人を警護するためのけん銃等の所持であったことから、被告人の罪責が共犯にとどまるのではないかという疑問は生じない。

このような理解から、黙示の意思連絡があったと評価し得るか否かこそがスワット事件における問題の核心部分であると考え、その上で、同決定に賛成する立場を採ったのである。⁽⁶⁾

現在においても、基本的な立場に変更はない。もともと、その後の議論の展開に鑑みると、私見につき、補足的に説明すべき点もないではない。

まず、本件において黙示の意思連絡があったと評価し得ること（前掲⁽²⁾）については、より丁寧な説明を要したように思われる。どの行為を「意思の連絡」と評価し得ると考えたのか、私見においては、必ずしも明らかではなかったからである。⁽⁸⁾ また、そのことの反映として、前稿においては、平成一五年決定の「書きぶり」に対する言及も乏しかった。

私見に補足するならば、(1)につき、黙示の意思連絡でも足りるが、これを認めるためには、心理的な因果性の発生根拠となる、なんらかの挙動が必要であることを明確化し、(2)につき、本件において、どの行為によって黙示の意思連絡があったと評価できるか明確化することが、二本柱となろう。また、(3)についても、黙示の意思連絡が認められることと正犯性との関係や、同決定が言及した確定的な認識の位置付けを整理しておけば、後の議論に資することになっていただであらう。

本稿においては、これらの点について、若干の補足説明を行いたい。

また、かつて私は、平成一五年決定に対して、黙示の意思連絡の有無という観点からアプローチを試みたが、拙稿以後の前掲三判例に対する諸論稿では、共謀の意義に焦点を当てているものも少なからず見られた。このため、このような、共謀の意義という観点からのアプローチに対しても、私見を述べておく必要があるように思われる。

そこで、以下では、共謀共同正犯における共謀ないし謀議の意義にかかる諸判例やそれらに対する学説の動きをも概観し、これらについても若干の検討を加えることとしたい。

Ⅱ 「共謀」の意義

一 練馬事件・松川事件

1 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、二人以上の者が、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し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。

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。岩田誠博士は、以下のように説明され、『謀議』又は『通謀』の存することは、……単なる主観的要件に止まるものではなく、実行共同正犯における客観的要件である『二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」とされたのである。

「〔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。……本来の共同正犯（実行共同正犯と仮称する）が成立するためには、二人以上の者の間に『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。しかし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」⁽⁹⁾」。

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」)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⁽¹⁰⁾を付加した概念として、構想されていたのである。

ところで、同解説中で、岩田博士は、実行共同正犯につき、二人以上の者の間に「意思の連絡」もしくは「共同犯行の認識」があれば足りるとした判例として、大判大正七年四月一七日刑録二四輯三二九頁、大判大正一年二月二五日刑集一卷七九頁、大判大正一五年一月二三日刑集五卷五八四頁を掲げておられる。これらは、それぞれ、次のようなものであった。

まず、大正七年判決は、実行共同正犯の事案につき、「傷害罪ノ共犯ヲ認ムルニハ犯人カ各自相互ニ暴行ヲ為スノ意思アルヲ認識シテ共ニ暴行ヲ為シ傷害ノ結果ヲ惹起スルヲ以テ足り犯人間ニ謀議ノ事実アルコトヲ必要トセス」とし、「共同ノ意思アリト為スニハ共ニ為スノ意思即チ共謀ノ事実ナルヘカラス」とした弁護人の上告趣意における所論を斥けた。

また、大正一一年判決は、共犯者ら(被告人Uら)が先行して脅迫・傷害等を実行しており、これを聞知した被告人Sが後から参加したという事案について、UらとSとが共同正犯となるとした原判決につき、原判決は単に「被告Sハ被告U等ガ〔被害者〕方ヘ押寄セタルコトヲ聞知シ其ノ襲撃ニ参加シ……」等と判示したのみであつて、「被告Sト他ノ被告トノ間ニ叙上……各犯行ヲ共同実行スヘキ意思連絡アリタルヤ否詳カナラス」、「従テ被告Sノ行為カ共同正犯トシテ前記各罪ヲ構成スルヤ否之ヲ知ルニ由ナキヲ以テ原判決ハ……理由不備ノ不法アリ」とした(一部破棄移送)。ここでは、共同正犯の要件の一つとして、意思連絡が要求されたのである。

さらに、大正一五年判決は、他人が行使する目的であることを知りつつ、共犯者らの依頼によって、偽造株券

を印刷した者につき、「自ら偽造ノ株券ヲ行使スルノ意思ナキモ他人カ行使ノ目的ヲ以テ株券ヲ偽造スルモノナルコトヲ知りナカラ其ノ他人ノ依頼ニ応シテ株券ヲ印刷スルハ株券偽造ノ実行ニ加功シタルモノニ外ナラサレハ其ノ印刷者ハ縦令右他人ト共ニ株券ヲ偽造行使センコトヲ謀議セス又右株券ニ税印判等ヲ押捺スルコトニ付関与セサルモ有価証券偽造罪ノ正犯ヲ以テ論スヘキモノナルコト勿論」とした。

もつとも、大正一一年判決は、原判決が、意思連絡の有無を詳らかにしていなかったことを論難するものであり、原審が（他の要件の有無に言及する以前に）意思連絡の有無すら明らかにしていなかったことを論難するものであるのか、意思連絡が認定されていれば十分である（が、それが認定されていない）とした趣旨のものであるのかは、不明であると言うべきではなからうか。

また、大正一五年判決は、株券の偽造について他人と謀議していなくとも共同正犯たり得るとしているが、同判決が維持した原判決においても、株券を偽造することを謀議した共犯者らの一名を介して、印刷した者に対して依頼があったこと、依頼された者もこれを承諾したことが認定されている点には、留意すべきであろう。

このため、大審院によるこれらの判例が、すべて「意思の連絡」もしくは「共同犯行の認識」があれば足りるとしていたと理解することには、若干の疑問が残るのである。

2 松川事件

松川事件最高裁判決も、その多数意見において、客観的謀議説を採ったと評価される場合がある。⁽¹¹⁾

松川事件は、列車が脱線、顛覆、破壊し、乗務員ら三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。最高裁判決の多数意見は、共謀を「意思の連絡」で足りるとする田中耕太郎判事による反対意見⁽¹²⁾、垂水克己判事による反対意見⁽¹³⁾、高橋潔判事による反対意見を容れなかった⁽¹⁴⁾（破棄差戻し⁽¹⁵⁾）。このため、前述のような評価も存在するのである。

同判決多数意見は、以下のように述べている。

原判決は、二つの連絡謀議の存在を認めていたが、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」、あるいは、「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……謀議には二つともその存在に疑があつて、原判決中被告人らに関する部分は、結局、すべて、判決に影響があつ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」。

二 いわゆる客観的謀議説と主観的謀議説

1 主観的謀議説の優位？

前述のような練馬事件判決及び松川事件判決に鑑みて、いわゆる客観的謀議説が、判例上も、有力化するものとも思われた。⁽¹⁷⁾

しかし、その後、実際には、これらの二判例以後も、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と下級審裁判例が存するように、⁽¹⁸⁾客観的謀議説が実務上支配的な立場を得るには至らなかった。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。

もつとも、以下に見るように、いわゆる客観的謀議説と主観的謀議説の対立は、当初から、ややかみ合わないところがあったようにも思われる。

そこで、以下、主として、藤木英雄博士の見解と小林充教授の見解——いずれも、いわゆる主観的謀議説に分類されることが少なくない——を概観し、このような疑念が生ずる理由を述べたい。

2 藤木英雄博士の見解

藤木英雄博士は、「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⁽¹⁹⁾」である、あるいは、「共謀とは、……犯罪の共同遂行に関する合意⁽²⁰⁾」であるとする考え方によりつつ、このような考え方は、松川事件判決の趣旨に反するものではないとされた⁽²¹⁾。松川事件は、「共同謀議行為の存在に疑いがもたれることによつて実行行為の存在にまで疑いがもたれる」事案であったため、「実行しなかつた共謀者についても、共同謀議行為とくに複数の共謀を一個に結びつける連絡謀議行為の存在が証拠上認定できなくても、他に共謀の關係の存在を認定するに足る事実……を認定し、共同正犯の責任を問うことまでも否定する趣旨のものとは解されない⁽²²⁾」とされたのである。

しかし、藤木博士の議論においても、「犯罪の共同遂行に関する合意」の一般的な要件（換言すれば、共謀の一般的な要件）の内容として、「各人がそれぞれ他の共同者と協力し、特定の犯罪を共同遂行する意思を有し、且つその点につき相互の間に意思の連絡が存在することが必要⁽²³⁾」とされ、さらに、「各人がそれぞれ、自らの手により、または他の共同者を介して、犯罪を実行する意思を有し、且つそれが偶然的に並存するのではなくて、互いに相利用し、相補う旨の意思の連絡が成立していることが必要⁽²⁴⁾」とされる。

ここで言う共謀の内実がこのような性質のものである——すなわち、共謀が、その成立の前提として外部的な意思の連絡を要求する——ことには、留意すべきである。藤木博士の議論は、なんらの意思連絡も存在しないに、偶然、各関与者が同じ意思を有していた場合にまで、共謀の存在を認めるものではないのである。

なお、藤木博士の議論においては、共謀は、狭義の共犯とは別の次元で、すなわち、共謀共同正犯の正犯性の

次元で論じられているように見受けられる。犯罪の遂行につき協力を求められこれを応諾した場合でも、「直ちに共謀の関係が成立するとは限らず、」⁽²⁵⁾「幫助犯の成立が認められるに止まる」場合があることを認めるからである。

3 小林充教授の見解

次に、藤木博士の見解と並んでしばしば主観的謀議説に属するものとして引用される小林充教授の見解について概観しよう。この見解は、「共謀に参画することによって複数の者に犯罪の遂行につき合意が成立し相互依存と相互協力の関係が設定されたならば、そのうちの一部の者の行為は自らの行為であると同時に他の者の行為となるから、共謀に参画した者は直接実行行為に出なくとも実行行為を行ったものとしてすべて正犯となる」とする考え方⁽²⁶⁾（共謀参画説）について、次のように論じている。

「共謀参画説の観点からみると」、練馬事件判決が共謀を「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため共同意思の下に一体となって互い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すこと」と定義していることが注目される。⁽²⁷⁾

しかし、「このように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、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すべきであり、さらに、「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」⁽²⁸⁾。

小林教授は、このように論じられた上で、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」とされるのである。⁽³⁰⁾

ただし、小林教授の主観説は、客観的な観点も考慮に入れたものである。⁽³¹⁾ すなわち、「犯行の際行った行為の内容、他の行為者との共謀の有無ないしその経過・態様のほか、他の行為者との主従等の関係、犯行の動機、犯行に対する積極性の有無、犯罪の結果に対する利害関係の有無ないしその程度、犯罪の準備及び犯行後の犯跡隠蔽・利得分配等において果たした役割等」を総合考慮して、自己の犯罪か、他人の犯罪かを区別するとされ、さらには、このうち、「共謀の経過、内容等」につき、「共謀は、……犯罪の共同遂行に関する緊密な意思連絡」である、「より具体的にいうならば、各人がそれぞれ自らの手により、又は他の者を介して犯罪を遂行する意思を有し、かつそれが偶然的に併存するのではなく、互に相利用し相補う旨の意思の連絡が成立していることが必要なのである」、「謀議に加わった事実があっても、犯罪計画に賛成しなかった場合はもちろん、犯罪計画を了知したというだけの場合も共謀の存在を認めることはできない」とされるのである。⁽³³⁾

小林教授によるこのような議論は——まさに、論稿のタイトルが示すように——共同正犯と狭義の共犯の区別の次元で論じられている。また、藤木教授の議論と同様、立証の局面を視野に入れた議論であることも留意すべきであろう。⁽³⁴⁾

Ⅲ 論争の内実

一 実務家による主観的謀議説への支持

主観的謀議説は、実務家による論稿において、少なからぬ賛同を得ているとされる。

たとえば、石井一正教授、片岡博判事は、「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」とされる⁽³⁵⁾。

さらに、村瀬均判事も、「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⁽³⁶⁾のである。

二 錯綜した対立

もつとも、対立の構造は、やや錯綜しているようにも思われる。前章で見たところによれば、従来、「客観的謀議説と主観的謀議説の対立」として把握されてきたものは、実体法上は、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「内心にとど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、すなわち、正犯性（Ⅱ「共犯の内側の限界」⁽³⁷⁾）の領域に位置付けられるのか、共犯性（Ⅱ「共犯の外側の限界」）の領域に位置付けられるのかという問題が、渾然一体となったものとして提示されていたと指摘することができるからである。

対立が錯綜していたことは、練馬事件が、順次共謀の事案であったことに加え、「謀議の行われた日時、場所

またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない」と判示していたことから、看取される。練馬事件判決においても、謀議が、一定の形式のあるもの——たとえば関与者が一堂に会した会議のようなもの——を意味していたのではなかったにもかかわらず、前述のような対立が生じていたのである。

また、従来、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、背後者が幫助とされる例も見られた。⁽³⁸⁾

たとえば、平成一七年決定の原原審である大阪地判平成一三年三月一四日判時一七四六号一五九頁は、「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ない」から、「被告人に対し無罪を言い渡す」としている。

これに対し、東京高判昭和五〇年二月四日東高刑事時報二六卷二号一九頁は、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おいて、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、被告人は収賄罪の幫助にとどまるとしている。

このように、共謀概念は多義的に用いられ、また、客観的謀議説と主観的謀議説の対立も、複数の異なる問題を含んだ形で展開されてきたのである。

三 共謀概念と手続法

さらに、客観的謀議説と主観的謀議説の対立を考えるに際しては、手続法上の議論も念頭に置く必要があることは、言うまでもないであろう。⁽³⁹⁾

練馬事件最高裁判決は、周知のように、共謀共同正犯における「共謀」または「謀議」は、①「共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない」としつつ、②「しかし『共謀』の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていち具体的に判示することを要するものではない」とした。

このうち、①の部分は、「共謀」または「謀議」を認定するについては、厳格な証明を要することを確認したものである。⁽⁴⁰⁾

これに対し、②の判示に対しては強い批判もある。⁽⁴¹⁾しかし、この批判の当否はいったん措く。ここで指摘しておきたいのは、実務上、「共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、……謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細……についていち具体的に判示することを要するものではない」とされていることが、多くの実務家をして主観的謀議説を採用せしめる要因の一つになっているように思われる、ということである。

そして、このような理解が正しいとすれば、客観的謀議説と主観的謀議説が真に対立するものであったのか、あるいは、両者が真に対立する点はどこにあったのかは、再度、吟味されなければならないようにも思われるのである。

四 小 括

以上のような考慮を踏まえて、問題を改めて整理すれば、次のようなこととなる。

実体法上、まず、(a)「意思の連絡」を超えた、一定の内容のある具体的な「指示、命令、提案等」⁽⁴²⁾、「打ち合わせ行為のような具体的『行為』」⁽⁴³⁾ないし「共謀に参画すること」⁽⁴⁴⁾を要求するのか、(b)そのような形式でなくとも、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものではない外部的な「意思の連絡」があれば足りると考えるのか、(c)いずれも不要で、各関与者の意思が合致していれば（あるいは、さらに、その合致を各関与者が互いに認識していれば）足りると考えるのか、の対立がある。

そして、主観的謀議説と分類される見解のうち、多くの見解は、(a)までは不要としていたとしても、(b)は要求していたように思われる。このことは、しばしば引用される藤木博士の見解や小林教授の見解に鑑みて、明らかであろう。

このため、主観的謀議説が(c)だけで足りるとしていたと理解した上での、主観的謀議説への批判⁽⁴⁵⁾も存在したが、この批判はやや言い過ぎであったように思われてならない⁽⁴⁶⁾。

また、同じく実体法上、共謀を体系的にどこに位置付けるのかも問題となる。このことは、先に見たように、共謀の存在が否定された場合を想起すれば明らかであろう。共謀が存在しないとされた場合の効果が一定でない理由は、共謀が複数の機能を担わされていることにあると考えられるからである。

もちろん、共謀は、意思連絡に、一定の事情（たとえば、「自己の犯罪の意識」⁽⁴⁷⁾）を付加したものであると考えられてきたことからすれば、共謀が否定される場合には二つの場合があるとする構成、すなわち、「『自己の犯罪の意識』のみが欠け、意思連絡は否定されないから、正犯性のみが否定され、共犯性は残る」という場合と、「意

思の連絡まで否定されたため、共犯性すら否定される」という場合がある、という構成も可能であろう。

そして、このような構成は、とりわけ実務上、多くの場合、(使いやすいという意味で) 合理的であるように思われる。(形式的意味での) 実行行為を担当しなかった背後者が共謀共同正犯に該当するか否かを判断する場合、共犯性の認定と正犯性の認定は、実践的にはほとんど重なりと考えられるからである。⁽⁴⁸⁾

もつとも、両者は、理論的には区別され得る。不可罰の関与行為と狭義の共犯との限界(「共犯の外側の限界」)と、狭義の共犯と正犯との限界(「共犯の内側の限界」)が区別されるとすれば、⁽⁴⁹⁾さらには、「外側の限界」が、客観的には因果性によって、主観的にはその因果性が各自の故意・過失に帰属されるか否かによって、⁽⁵⁰⁾「内側の限界」が多様な要素を考慮する実質的判断によって、⁽⁵¹⁾それぞれ画されるとすれば、共謀の意義ないし有無として争われてきた問題は、それぞれの局面に分解することも可能だからである。⁽⁵²⁾

また、手続法上は、前記の(a)～(c)のいずれかの考え方によって導出された「共謀の内実」が、どのような方法で証明され、どのように手続の各段階で明示される必要があるのか、という問題があることとなる。

IV 若干の試論

一 共謀の体系的位置付けと内実

前章で整理したところによれば、共謀の意義を巡る論争は、やや錯綜していた面があったように思われる。また、共謀の存在が否定された場合の効果が一定しないことから、共謀概念が複数の役割を担わされた概念であったことも分かる。

もちろん、共謀概念に複数の役割を担わせることも、実務上は合理的であったと考えられる。また、そのよう

な複数の役割を担わせる構成が、論理的に成り立たないわけではない。⁽⁵³⁾

しかし、このような共謀概念の構造が、スワット事件や同種の事案において、若干の混乱を生ぜしめているのではないかとも思われる。

そこで、本稿は、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。⁽⁵⁴⁾

本稿が整理したところによれば、共謀概念を巡って争われてきたことは、以下のようなものであった。

①共謀が存在したと言えるためには、どのような行為ないし事実が要求されるのか (a)一定の打合せ行為等か、(b)形式は問わず、外部的な意思の連絡か、(c)いずれも不要か)。

②共謀を体系的にどこに位置付けるか (共犯性の有無〔共犯の外側の限界〕か、正犯性の有無〔共犯の内側の限界〕か)。

③共謀はどのような方法で証明され、どのように手続の各段階で明示されるべきか。

このように整理した場合、まず、共犯性の問題としては、どのような行為ないし事実があれば、他者が実行を担当した犯罪行為及びその結果が、当該行為者に因果的に帰属されることとなるのかが問われることとなる。この局面では、共謀概念によって論じられてきたことのうち、当該行為者が、法益侵害に対して、心理的な意味で、因果的に寄与していると言えるか否かが問われることとなる。そして、黙示の意思連絡によっても、心理的因果性が発生し得るとすれば⁽⁵⁵⁾、共犯性の問題としては、前掲(b)の立場を採るべきこととなる。 (a)は過剰な要求であり、(c)では心理的な因果性すら発生しないからである。

また、正犯性の問題としては、当該行為者が果たした役割がいかなるものであったのかが問われることとなるから、この局面では、従来、共謀概念を用いて議論されてきたことのうち、働きかけないし意思連絡の「強度」

が、問われることとなる。⁽⁵⁶⁾

二 けん銃等所持の共謀にかかる三判例

以下、このような視点から、けん銃等所持の共謀にかかる三判例を概観することとしよう。

1 平成一五年決定（スワット事件決定）

平成一五年決定事件は、周知のように、被告人（甲組若頭補佐兼乙組組長）が、ボディガード（同組内で「スワット」と呼ばれていた）の所持していたけん銃等につき、けん銃加重所持罪の共同正犯としての罪責を負うかが争われた事案であり、原審が、これを積極的に解したため、被告人側が上告したものである。

最高裁は、弁護人らの上告趣意はいずれも適法な上告理由に該たらないとして上告を棄却しつつ、職権で以下のように判示した。

「本件では、……スワットらのけん銃五丁とこれに適合する実包等の所持について、被告人に共謀共同正犯が成立するかどうか問題となる。被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくとも、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた」。

「また、前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺において被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるといふ被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、……スワット五名等との間に共謀共同正犯が成立するとし

た第一審判決を維持した原判決の判断は、正当である⁽⁵⁷⁾」。

このような判示は、前掲のような整理からすると、実体法上は、外部的な意思の連絡まで不要とする趣旨——すなわち、各関与者の意思が合致していれば（あるいは、さらに、その合致を各関与者が互いに認識していれば）足りるとしたもの——であるとは、直ちには理解されない。同事件も、決定理由の書きぶりはともかくとして、黙示の意思連絡の形で、内心の意思の合致にとどまるものではない外部的な「意思の連絡」はあったと評価できる事案であることは、繰り返し強調されるべきである。

かつて、私は、前述のように、本決定においては、当該事案の下で、黙示の意思連絡があったと評価し得るかが問題であると整理した上で、本決定に賛成し、大要、以下のように論じたことがある⁽⁵⁸⁾。

意思の連絡について、最高裁は詳述しないものの、原原審では、「スワット」と呼ばれる者の存在や、事件当日に至る経緯、当日の警護の状況、被告人の「自分は親分から一々命令されて動くのではなく、親分の気持ちを汲み、親分のために尽くすべきであり、親分から指示されるまでもなく、けん銃を抱いて親分を警護するのが付き人たるべき者の行動であるとの見解⁽⁵⁹⁾」等を証拠によって認定し、「被告人は、けん銃等を携帯所持して被告人と行動をともにし、専ら被告人の警護のみに専従している通称『スワット』と呼ばれる「実行担当者」らが、被告人の警護のために上京して被告人に同道し、被告人が都内を移動する際、被告人の警護のため被告人と一体となって行動していることを認識し、また、「実行担当者」らスワットの本件けん銃等の携帯所持は被告人のためになされており、被告人が一々指示しなくても「実行担当者」らスワットが被告人の警護をするにつきけん銃等を携帯所持するものとの認識を有し、それを認容していたものと認めるのが相当である⁽⁶⁰⁾」としており、「意思の相互連絡」は、証拠に基づいて認定されたと評価し得るようにも思われる。

このように、私は、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という観点から、⁽⁶¹⁾同決定を論じた。このことは——当該論稿の中では、必ずしも十分に示し得なかったが——前掲(c)の立場を否定し、(b)の立場を前提に、(最高裁の書きぶりとはともかく)当該事案においては、外部的な意思連絡が黙示的な形で行われたと評価できると考えたからであった。

そのように評価し得ると考えた理由を、この段階で敢えて付け加えておくとするれば、それは、被告人が、秘書見習いに対して上京する旨を告げたことが、実質的には、スワットらに対して、けん銃を所持して自己をガードするように申しつけたのと同じだ——換言すれば、「被告人は、『東京に行くぞ』と言えば自動的にけん銃を持って被告人を警護する仕組みの存在を知りつつ、その仕組みを作動させた」と言える——と、当該事案においては、考えられるからであった。⁽⁶²⁾

また、私は、同時に、本件においては、(黙示の意思連絡が認められることを前提にすれば)組長という組織内の被告人の立場やスワットとの関係、もっぱら被告人を警護するためのけん銃等所持であったことから、被告人の罪責が狭義の共犯にとどまるのではないかという疑問は生じないとしていた。⁽⁶³⁾この点については、現在においても、考え方に変更はない。⁽⁶⁴⁾

なお、同決定が、共謀共同正犯の成立を認めるに際し、スワットらによるけん銃等の携行についての確定的な認識があったことを指摘していた点は、(共謀共同正犯の共犯性や、故意の問題としてではなく)被告人が積極的に関与していたことを間接的に示すものとして、正犯性との関係で問題とされるべきであることを、補足的に指摘しておきたい。⁽⁶⁵⁾

2 平成一七年決定

平成一七年決定は、平成一五年決定と類似の事案につき、「被告人〔甲組若頭兼丙会会長〕は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうち一部の者が被告人を警護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を所持させていたと評し得るなどとして、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」と判示した。

もつとも、同決定は、これ以上の実質的な理由を示していない。そこで、以下、原判決を概観しよう。⁽⁶⁶⁾

原判決は、被告を無罪とした第一審判決を破棄し、自判したものである。⁽⁶⁷⁾

第一審は、一般論としては、「被告人が、〔配下の者ら〕……が自分の警護のために本件けん銃等を所持していることを明示的又は默示的に認識し、これを容認（許容）していたものであると認めることができるのならば、親分である被告人が子分である〔配下の者〕らとの間で意思を相通じた上で、〔配下の者〕らの実行行為者によるけん銃等の所持の犯行を利用、支配して自己の身の安全を守るといふ利益を享受した、つまり、被告人において『自己の犯罪として』けん銃等を〔配下の者〕らと共謀して所持したと評価することが可能であるから、共謀の事実を認定することができる」としつつ、当該事案においては、共謀が存在しないとされていた。

これに対し、大阪高裁は、第一審による間接事実の評価には誤りがあるとした検察官の控訴を容れ、被告人を有罪とした。大阪高裁は、大要、(1)犯行当時、被告人の出迎え時の警護体制の強化等、警戒警護が嚴重にされていて、緊迫した状況にあったこと、(2)本件当日も、防弾チョッキを着用した組員が被告人を取り囲むなどの状況にあり、かつ、親衛隊と呼ばれる一団の組員が被告人の身の回りの世話をすると共に、その警護にも当たっていたこと、(3)被告人も、かつて、組織のために殺人罪を犯すなどして服役した後、抜擢されて昇格した経歴があること等から、⁽⁶⁸⁾「被告人は、いわゆる親衛隊の構成員やその指揮者……らに対し、けん銃等を携帯所持して警護す

るよう直接指示を下さなくても、本件当時の情勢下において阪神方面に出掛ける被告人に同行するに当たっては、これらの者の一部が被告人を警護するため自発的にけん銃等を携帯所持していることを、少なくとも概括的とはいえ確定的に認識していながら、それを当然のこととして受け入れて認容していた」、「以上の事実関係によれば、被告人と「実行担当者」との間には、各自のけん銃等の携帯所持につき、それぞれ黙示的な意思の連絡があったといえる。……さらに、上記両名は、被告人の警護のためけん銃等を携帯所持しながら、役職の違いに応じた若干の距離の違いはあれ、そのことによって警護の効果を高めながら、いずれも被告人の近辺において被告人と行動を共にしていたものであり、両名に対する指揮命令の権限を有する被告人の地位及び両名による警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人が両名に本件けん銃等をそれぞれ所持させていたと評し得る」と、平成一五年決定を引用しつつ、判示したのである。黙示の意思連絡の有無を認定する際に用いられた枠組みは、平成一五年決定と同様である。

この平成一七年決定に対しては、極めて厳しい批判が存在する。同決定を「特筆に価する恐ろしい判例」⁽⁶⁹⁾であると評された西原博士による批判の骨子は、次のようなものである。

平成一五年決定では、スワットの役割や活動実体が明確であったため、「被告人がそれを知らなかったとは到底いえないほどであることが明確に認定されていたので、たとえ被告人は自ら拳銃を所持していなくても、けん銃の不法所持を禁止する法律の保護法益の侵害または危害……を、現実に所持していた者と一体となって実現したと判断することができる」⁽⁷⁰⁾、また、「スワットと称される明確な組織の恒常的な活動が『厳格な証明』によって立証し尽くされている」⁽⁷¹⁾。このため、平成一五年決定においては、「判示の中に理論的に十分明らかにされていないなかったという不満は残るが、何とか外部的態度に依拠して責任を認めたと」⁽⁷²⁾と言える。

しかし、平成一七年決定（及びその原判決）は、平成一五年決定におけるスワットに該たる組織について、「それほど固い組織であるとは考えていなかったようであり」、「そこには『暴力団組織だから』という大前提が支配していると考えられる⁽⁷³⁾」。さらに、ここで確立された基準が「暴力団内部に止まることなく、一般化して通常の事例に流れ出た場合、「共謀共同正犯は直接実行担当者の行動に対する認識・認容があれば成立する」、あるいは、「組織における長の責任追及にこれが安易に用いられる」、「拳動犯に対する共謀共同正犯の適用の事例なので、その方向に処罰範囲が拡大していく」という三通りの弊害があり得る⁽⁷⁴⁾。

ここから、西原博士は、前掲のように、平成一七年決定に対して、極めて厳しい評価を示されたのである。

西原博士のこのような議論は、本稿における前掲の整理から読み直せば、平成一七年決定においては、共同正犯の共犯性を、外部的な意思の連絡なしに肯定した（前掲(c)の理解⁽⁷⁵⁾を採った）おそれがあること、あるいは、そのような考え方が一般化するおそれがあることを指摘され、批判されるものであったと理解することもできよう。

ただ、控訴審は、たとえば、平成一五年決定におけるスワットに該たる組織として、検察官の主張にかかる二つの組織——けん銃等を携帯所持し、抗争があったときなどに、対立組織等を攻撃するとともに、被告人を警護するボディガードの役割を担わせるため、配下組員の一团により組織された「十仁会」、及び、会長秘書の肩書を持つ組員が統率役となって、被告人に同行して警護する役割を担う配下組員らの一团により組織された「親衛隊」——の有無及び実態につき、複数の供述を比較検討して認定している。

このため、このような検討の内容の適否・是非そのものが批判の対象となり得ることは格別⁽⁷⁶⁾、平成一七年決定及びその原判決が共同正犯の共犯性を外部的な意思の連絡なしに肯定する考え方を採ったとまでは言えないのではないか、と思われるのである⁽⁷⁷⁾。

3 平成二一年判決

平成二一年判決は、スワット事件、平成一七年決定事件と類似した事案につき、無罪判決を言い渡した第一審判決及びこの判断を維持した控訴審判決を破棄し、第一審に差し戻したものである。

第一審判決は、けん銃を現に所持した者ら（以下「実行担当者ら」）が被告人（甲組若頭補佐兼丁会総長）を警護する役目のボディガードであり、同人らが被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを被告人としても概括的にせよ確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容し、同人らもこれを承知していたと推認されるのであれば、被告人と実行担当者らとの間にけん銃等の所持に関する黙示的な意思の連絡があったものと認められるが、本件では、全証拠を総合しても、被告人において、実行担当者らがけん銃等を携行して警護しているものと概括的にせよ確定的に認識しながら、それを受け入れて容認していたとするには未だ合理的な疑いが残るとして無罪を言い渡した。これに対し、検察官が事実誤認を理由に控訴したが、原判決は、被告人を無罪とした第一審判決に事実の誤認はないとして、検察官の控訴を棄却した。

控訴審は、(ア)被告人が、対立組織関係者から丁会が攻撃を受ける可能性はさほどではなく、特段の警護をするまでのことはないと考えていたとしても不自然ではない状況にあった、(イ)丁会本部事務所付近における警戒態勢が平成九年九月一日以降特に嚴重なものであったとは認められない、(ウ)本件前日の同月一九日のJR浜松駅から本件ホテル到着までの警護状況につき、実行担当者らの立場は被告人の警護役専門ではなく、荷物持ちとしての役割の方が大きいとみる余地が多分にある、(エ)本件ホテルにおいて、被告人ら丁会関係者の警護の程度は、同じ階に宿泊していた暴力団甲組系の他の暴力団組織関係者の警護、警戒の状況と比べると格段に低かった、(オ)本件直前、ホテルロビーにおいて、被告人は集団の中心付近ではなく、その最前列を歩いており、警察官が職務質問のために被告人に接近しても、実行担当者らは、これを制止するなどの行動に出た形跡がうかがわれない、(カ)平

成一五年決定事件と異なり、丁会では、けん銃を所持するなどした組長の警護組織の存在がみられないなどとした。その上で、原判決は、これらの諸点に照らすと、被告人において、実行担当者らが本件けん銃等を所持していたことについて概括的にせよ確定的に認識していたことを認めるに足りる証拠がないとして、被告人を無罪とした第一審判決を維持したのである。

これに対し、最高裁は、「各間接事実に関する原判決の認定評価等は、以下に述べるとおり、著しく合理性を欠き、是認することができない」とした。

紙幅の都合から、その検討の詳細はここでは省略し、各間接事実に対する最高裁としての結論のみ示せば、以下のようなこととなる。

〔1〕「対立組織」 関係者からの襲撃に関する被告人の認識について。「〔実行担当者〕らは、被告人を警護すべく、けん銃をいつでも発射できる状態で携帯所持した上、被告人に随行していたものであり、その理由は、正に被告人が「対立組織」関係者から襲撃を受ける危険があると考えたことにあると認められ、同じ機会に「甲組系」の他の暴力団組織」が、「対立組織」関係者からの襲撃を危くして、配下組員がけん銃を適合実包と共に携帯所持して組長の警護に当たっていたことも併せ考慮すると、独り被告人のみが、そのような危険はなく、特段の警護をするまでのことはない」と判断していたとしても不自然ではないという原判決の評価は、不合理なものである。

〔2〕丁会本部事務所及び被告人の自宅の警戒強化について。「〔対立組織〕関係者による襲撃の危険性が少なくなるなど状況に変化がない以上、同様の警戒態勢を一定期間取り続けることは自然なことであり、現に……本件時には、被告人を警護するため「実行担当者」らはいつでもけん銃を発射できる状態で携帯所持し被告人に随行していたことに照らしても、同月四日以降は警戒態勢が敷かれていなかったというのは考え難く、丁会本部事務所

所等の警戒が強化されていたとの……警察官らの証言の基本的部分の信用性を否定する理由はない」。「同月一日以降、丁会本部事務所や被告人の自宅付近で、丁会関係者による警戒態勢が強化されていた旨を否定する原判断は、相当ではない」。

〔3〕JR浜松駅から本件ホテルに至るまでの被告人に対する警護について。新幹線ホームや他の場所において、「被告人に対する嚴重な警護が行われていたものと認められる」。原判決は、実行担当者の立場は、警護役専門ではなく荷物持ちとしての役割の方が大きいとみる余地が多分にあるとするが、「〔実行担当者〕らが荷物を持つ場合があったとしても、護衛としての行動に支障が生じるようなものであったとは認められない」。

〔4〕被告人の本件ホテル滞在中の警護態勢について。「関係証拠によれば、……被告人の配下組員は、被告人を警護する態勢を整え、午後六時ころのチェックイン後、継続的に監視の目を光らせ、その警護に当たっていたことが明らかである」。

〔5〕本件当日における本件ホテルロビーでの警護態勢について。「仮に被告人が集団の最前列を歩いていても、ホテルロビーを配下組員を含む多人数で一団となって歩き、けん銃をいつでも発射可能な状態で携帯所持した配下組員二名が、一団に接近する者の有無、その状況を警戒しながら、危急の場合に防御や反撃ができる程度に被告人に近接した位置にいれば、その警護に必ずしも支障があるともいえない。また、警察官……は、職務質問を開始するに際し、暴力団組員と間違われてけん銃で撃たれることがないように警察官であることを明示する略帽を歩きながらかぶったというのであり、警護の配下組員も、組長の生命、身体をねらう危険かつ不穏な動きでなければ、制止のための行動に出ないことは何ら不可解なことではないから、指摘の事情が被告人に対する警護状況が嚴重でなかったことを示すものと評価するのは適切ではない」。

〔6〕組長の警護組織の有無について。「専従の警護組織を作るかどうかは、当該組織の規模、従前の経緯のほ

か、組長や幹部の考え方といった種々の事情に左右される事柄であり、そのような専従の警護組織があれば共謀が認められやすいとはいえても、それが認められないからといって、共謀の認定を直接左右するまでの事情になるものとは考え難い。そして、現実に行われた丁会と「甲組系の他の暴力団組織」の警護態勢を比較しても、随行者数はほぼ同数であり、実包を装てんしたけん銃を携帯所持していた者はいずれも二名であつて、丁会の警護態勢は「甲組系の他の暴力団組織」のそれと比べてさほどそんな色のあるものではない……。原判決の評価は当たらない」。

最高裁は、このように各間接事実に関する原判決の認定評価等が是認できないとした上で、「前記(1)ないし(6)で述べたところによれば、丁会幹部である「実行担当者ら」は、JR浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、「対立組織」からのけん銃による襲撃に備えてけん銃等を所持し丁会総長である被告人の警護に当たっていたものであるところ、被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下の「実行担当者」らを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、このような状況のもとにおいて、他に特段の事情がない限り、被告人においても、「実行担当者ら」がけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受入れて認容していたものと推認するのが相当である。けん銃等の所持の共謀が認められないとした第一審判決及びこれを是認した原判決には、重大な事実誤認の疑いがある」としたのである。

ここでは、間接事実の認定・評価が主として論じられているのであつて、とりわけ、間接事実の認定については、当該間接事実を認定した証拠そのものに触れる立場にはないことから、立ち入った言及は控え、差戻し審の審理に注目することとした。

むしろ、ここで確認したいのは、最高裁が同決定において、けん銃等の所持の有無を判断する際に、前述のよ

うな多様な間接事実を材料としていることである。

このため、最高裁が「被告人においても、「実行担当者ら」がけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受入れて認容していたものと推認するのが相当である」として共謀の存在を認め得るとした点のみを捉えて論難すべきではないし、また、同判決は、このような認識・認容さえあれば、その他の条件を一切欠いても、被告人が共謀共同正犯たり得るとした判例と理解されるべきでもない。「犯行の行為状況や被告人の行為の意味の検討」⁽⁷⁸⁾から共謀の有無を判断しようとしていることは強調されるべきである。

なお、平成二十一年決定は、共謀の成立に必要なとされる認識の程度として「確定的な認識」を要求していない。平成一五年決定は「スワットらが被告人を警護するためけん銃等を携行していることを〔被告人が〕概括的とはいえ確定的に認識していた」と判示しており、平成一七年決定も「概括的とはいえ確定的」な認識・認容に言及していた。また、平成二十一年決定事件の第一審及び控訴審が認識の確定性を要求していたところ、最高裁は、「確定的」という文言を、敢えて外したものと考えられる。

もともと、このように「確定的」という文言を外したことも、妥当なものと捉えられるべきであろう。既に、平成一五年決定に対して、認識の確定性を要求することは、故意の有無というレベルや意思連絡の有無というレベルでは過大な要求であるという指摘があった⁽⁸¹⁾。

さらに、正犯性の有無というレベルでは、認識の確定性は、正犯性を基礎付ける要素の一つたり得るが、少なくとも判例上未必の故意による共謀共同正犯が認められたように⁽⁸²⁾、関与者に未必的な認識があったに過ぎないケースでも、他の要素によって関与者が正犯とされるケースはあり得るのである⁽⁸³⁾。

V おわりに

一 共謀概念の空虚さ

以上、雑駁ながら本稿が論じてきたところをまとめると、以下のようなことになる。

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。

もつとも、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。

もちろん、繰り返し確認したように、多くの場合、共謀概念は、実務上、有用なツールであった。

しかし、これも繰り返し指摘したように、共謀概念は、複数の役割（共犯性の有無、正犯性の有無、故意の有無）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。

そこで、本稿は、分析の道具立てとして⁽⁸⁴⁾、共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の、三つの場面に分解することを主張したい。

そして、従来の用語法で言う「謀議」（換言すれば、「意思の連絡」を超えた一定の内容のある具体的な「指示、命令、提案等」ないし「打ち合わせ行為のような具体的『行為』」）までは不要という意味では、主観的謀議説の主張には一定程度理由があった。

ただし、各関与者の意思が合致していれば（あるいは、さらに、その合致を各関与者が互いに認識していれば）足り、それ以上にも要求されないと考えるべきではない。連絡の形式は問わないし暗黙のものでも足りるが、各

関与者の内心における意思の合致にとどまるものではない外部的な意思の連絡が要求される。そのような意思連絡がなければ、共同正犯における心理的因果性が生じないからである。

このため、スワット事件最高裁決定は、結論においては妥当と考えるものの、⁽⁸⁵⁾ 決定理由の書きぶりには、やや危ういところがあったと——同決定に賛成した者としても——改めて認めざるを得ない。内心の合致が（複数の者の間での相互の働きかけが一切ないのに）たまたま生じていれば共同正犯たり得ると理解することは許されない（共同正犯の共犯性を基礎付ける因果性が生じない）のであって、このような趣旨で理解される余地を残した、スワット事件最高裁決定の書きぶりには若干の問題があったのである。また、このような書きぶりが一人歩きすべきでないことは——既に多くの論者が指摘していることではあるが——本稿においても、重ねて指摘しておきたい。

二 残された課題

なお、本稿においては、紙幅の関係で言及できなかったいくつかの問題が残った。

まず、本稿は共謀の内実としていくつかの要素を指摘したが、これらの各要素の存在が争われる場合、その存否を、多数の間接事実の積み重ねによって判断せざるを得ない場合があり得るところ、そのような場合の間接事実ないし間接証拠の評価の方法ないしその指針について、本稿では触れることができなかった。⁽⁸⁶⁾ この点については、平成二一年判決が参考になることを指摘するにとどめておきたい。

また、スワット事件や平成二一年判決における行為者の行為を不作為犯として理解する可能性、ないし、不作為による共謀共同正犯の理論的可能性を検討する見解⁽⁸⁷⁾ についても、本稿では触れることができなかった。さらに、意思の連絡の双方向性⁽⁸⁸⁾ についても、検討はできなかった。これらの点についても他日を期したい。

*本稿は、日本刑法学会第八九回大会（二〇一一年五月二八日～二九日）ワークショップ「共謀共同正犯の現在」（オーガナイザー…松原芳博教授）における話題提供のための報告原稿に、加筆・修正を施したものである。

- (1) たとえば、平成一七年決定に対するものとして、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務」刑事法ジャーナル三号（二〇〇六年）五四頁以下。
- (2) 拙稿「判批」法学教室三八〇号（二〇〇四年）一一四頁以下（以下、「判批①」）、同「判批」判例評論五五四号（二〇〇五年）二〇五頁以下（以下、「判批②」）。
- (3) たとえば、大判大正一一年二月二五日刑集一卷七九頁は、「共同正犯が」行為者各自カ犯罪要素ノ一部ヲ実行スルニ拘ラス其ノ実行部分ニ応シテ責任ヲ負担スルコトナク各自犯罪全部ノ責任ヲ負フ所以ハ共同正犯カ单独正犯ト異リ行為者相互間ニ意思ノ連絡即共同犯行ノ認識アリテ互ニ他ノ一方ノ行為ヲ利用シ全員協力シテ犯罪事実ヲ発現セシムルニ由ル」とした。
- (4) たとえば、大判大正一五年一二月二三日刑集五卷五八四頁、最判昭和二三年一月三〇日裁判集五号五二五頁、最判昭和二四年一月一〇日裁判集一四号五〇三頁。拙稿・前掲（注2）「判批②」二〇六頁以下参照。
- (5) 学説状況については、阿部力也「黙示の意思連絡について」法律論叢〔明治大学〕七〇卷二二三号（一九九七年）九五頁以下参照。
- (6) 拙稿・前掲（注2）「判批②」二〇七頁。
- (7) この点の考察は、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〕』（二〇〇七年）五四三頁以下に詳しい。松原教授は、「組長たる被告人が秘書見習いに対して『上京する』と告げるこゝとが、両者にとって『けん銃を用意して警護せよ』という意味で了解される」可能性を指摘される。後述するように、私見においても、当該事案との関係で、このような理解に賛成するものである。

- (8) ただし、第一審が、「スワット」と呼ばれる者の存在、事件当日に至る経緯、当日の警護の状況、被告人の「付き人たる者の行動」に関する見解を証拠によって認定していることに触れ、「意思の相互連絡」は、証拠に基づいて認定されていると評価した。拙稿・前掲(注2)「判批②」二〇七頁。
- (9) 岩田誠「判解」最高裁判所判例解説昭和三三年度四〇五頁。
- (10) 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『二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9)四〇五頁以下。
- (11) 最(大)判昭和三四年八月一〇日刑集一三卷九号一四一九頁。
- (12) 「共同意思はただ存在が確認されればよいのであり、その成立の過程は問題ではない。要求されるのは単なる意思の合致だけである。……従って『共謀』とか『謀議』とかいう表現は、数人の者が一定の場所で一定の日時を定めて集合し、座長をきめて一定の事項を決議することを必要とするかのように受けとれるから、適当とはいえない。いわゆる『共謀』、『謀議』は意思の合致を招来する一つの経過、一つの方法にすぎない」としていた。
- (13) 「共謀は以心伝心意思を連絡すること等により黙示的になしうるか。〔練馬事件最高裁判決〕の触れないところであるが、私は積極に解する。すなわち、事情によりこれを認めることはできる。数人が現場で犯罪を共同実行する場合につき、判例が『共同正犯たるには、行為者双方の間に意思の連絡あることは必要であるが、行為者間において前に打合せ等のあることは必ずしも必要ではなく、共同行為の認識があり、互に一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せしむれば足るのである。』(最判昭和三三年二月一四日刑集二卷一三号一七五一頁)、現場で全員犯罪共同実行の場合の判例」というのもこの観念から出ている」とし、共同正犯の成立には、「意思の連絡」、「共同の行為の認識」、「互に一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せしむ」ることは必要だが、「行為者間において事前に打ち合わせ等のあることは必ずしも必要ではな」い、としていた。
- (14) 「元来、共謀共同正犯は、共謀者が共同意思の下に一体となつて、互に他人の行為を利用してその意思を実行に移すものであつて、共謀者が意思連絡の下に犯罪の実行を決定し、その意思決定(共同意思)に基づいて犯罪が実行された事実が、厳格な証拠によつて認められれば、犯罪構成要件たる事実の認定としてはそれで足りるのである。共同

謀議は、対談に限らず電話、手紙、街頭連絡などいろいろの隠密な手段方法でなされるのであるが、そのいずれの場合でも、その日時、場所、詳細な謀議の内容などが一々具体的に証明されることは犯罪構成要件としては必ずしも必要でない」としていた。

- (15) 同判決には、他に、「多数意見に対しては田中裁判官の、法律問題及び事実問題については垂水裁判官の各意見に同調する」とする池田克判事による反対意見、破棄自判すべきであるとする下飯坂潤夫判事による反対意見がある。
- (16) 原判決は、以下のような二つの連絡謀議の存在を認めていた（なお、引用は、最高裁が要約したところによる。また、敢えてやや長めに以下の記述を引用する理由は、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するためである）。

「甲社側の被告人Aは、昭和二十四年八月一五日正午頃、甲社側を代表して、乙社労組福島支部事務所へ赴き、被告人B退出後もそこにいた被告人C、同D、同E、同Fと、列車顛覆の実行の日時、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三名の氏名、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、右被告人七名間に列車顛覆に関する謀議が成立した」。

「乙社側の被告人Iは、昭和二十四年八月一六日、列車顛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顛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、甲社松川労組組合終了後の午後九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、列車顛覆に関し、乙社側からはF、L、Bの三名が赴くこと、顛覆せしむべき列車は福島駅発午前二時四〇何分の上り旅客列車、すなわち四一二列車であること、決行の時刻は午前二時から二時半頃とすること、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、松川からも二名パ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、列車顛覆の謀議をした」。

- (17) なお、改正刑法草案二七条二項は、「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする」としており、このような規定が、客観的謀議説によっていた

とするものとして、町野朔「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔第六版〕(二〇〇八年) 一五四頁がある。

ただし、法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案・附同説明書』(一九七二年) 一一九頁によれば、このような規定が提案されたのは、練馬事件に言う「謀議」があつたといえるためには、単に意思連絡があつたというだけでは足りず、二人以上の者がその意思を合致させるためなんらかの客観的な行為に出ることを必要とするが、必ずしも共謀者全員が集合して細目にわたる打合せをすることまで要求する趣旨ではない」とされ、いわゆる現場共謀や順次共謀も、「犯罪の実行を謀議し」た場合に該たるとされている。このため、改正刑法草案が、(岩田博士が主張されたような意味での)客観的謀議説の採用を意図したものでなかったことは、留意すべきであろう。

(18) たとえば、東京高判昭和四〇年六月七日東高刑時報一六卷六号四九頁は、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、とつさに〔被害者〕を刺すことの意を通じ、換言すれば兩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。

(19) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』(一九六七年) 三四三頁。

(20) 藤木・前掲(注19) 三四四頁。

(21) さらに、藤木博士が、練馬事件判決が「謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細」の判示を不要としたことを、共謀を犯罪の共同遂行についての合意と解する立場から正当化されていること(藤木・前掲(注19) 三七二頁以下)は、藤木博士が、ご自身の見解と練馬事件判決とが整合的であると理解されていることの証左であろう。なお、西田典之Ⅱ山口厚Ⅱ佐伯仁志編『注釈刑法〔第一卷〕』(二〇一〇年) 八一八頁〔島田聡一郎〕参照。

(22) 藤木・前掲(注19) 三七六頁以下。

(23) 藤木・前掲(注19) 三四四頁。

(24) 藤木・前掲(注19) 三四四頁。

(25) 藤木・前掲(注19) 三四六頁。

(26) 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報五一卷八号(一九九九年) 八頁。主観説(「自己の犯罪を行うか、他人の犯罪を行うか」によって正犯と共犯を区別する見解)と対置されている。

- (27) 小林・前掲(注26) 一二頁。
- (28) 小林・前掲(注26) 一三頁。
- (29) 最決昭和五七年七月一六日刑集三六卷六号六九五頁を引用され、このように整理される。
- (30) 小林・前掲(注26) 一四頁。
- (31) 小林・前掲(注26) 六頁以下参照。
- (32) 小林・前掲(注26) 一九頁以下。
- (33) 小林・前掲(注26) 二四頁以下。引用部分中、最後の記述は、藤木博士の議論にも見られる表現である。
- (34) 小林教授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』(一九八九年)二七頁以下を引用する論稿(たとえば、石井一正・片岡博「共謀共同正犯」小林充・香城敏磨編『刑事事実認定(上)』(一九九二年)三四三頁以下、松原・前掲(注7)五三五頁以下、大久保隆志「判批」平成一五年度重要判例解説(二〇〇四年)一六〇頁)が見られることも、このことを象徴している。
- (35) 石井・片岡・前掲(注34)三四三頁は、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。
- (36) 村瀬均「共謀(一)——支配型共謀」小林充・植村立郎『刑事事実認定重要判決五〇選(上)〔補訂版〕』(二〇〇七年)二〇二頁。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)判例タイムズ二五四号(一九七一年)一五頁。
- (37) 拙著『正犯と共犯を区別するということ』(二〇〇五年)三頁参照。
- (38) 石井・片岡・前掲(注34)三四一頁以下(特に三七四頁以下)、島田聡一郎「判批」ジュリスト一二八八号(二〇〇五年)一五六頁以下、同「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』(二〇一〇年)五二頁注(72)及び注(73)参照。

(39) たとえば、藤木・前掲(注19)三六九頁以下が、「共謀共同正犯の訴追」と題して、手続法の観点から議論を展開していることを想起すべきであろう。

(40) なお、最(大)判昭和三四年八月一〇日刑集一三卷九号一四一九頁参照。

(41) 拙著・前掲(注37)一六二頁以下参照。

(42) 東京高判昭和五二年六月三〇日判時八八六号一〇四頁。

(43) 大久保・前掲(注34)一六〇頁参照。

(44) 小林・前掲(注26)一二頁。

(45) たとえば、松原・前掲(注7)五三七頁は、主観的謀議説に言う共謀が「内心の心理状態」であることを示唆しつつ同説を批判するが、このような批判は、やや言い過ぎと言わねばならないであろう。

(46) もちろん、主観的謀議説が(c)の方向へ傾斜した場合に、そのことに対する批判が必要なのは別の問題である。

(47) 石井Ⅱ片岡・前掲(注34)三四三頁参照。

(48) たとえば、「背後者が実行担当者と意思の連絡をしているかどうかを認定する証拠ないし認定の作業」(共同正犯の認定)と、「背後者が実行担当者として認めるかどうかを認定する証拠ないし認定の作業」(共同正犯の正犯性の認定)は、実際には重なり合うこととなる。前田雅英「共謀の認定」警察学論集六三巻八号(二〇一〇年)一五三頁以下参照。

(49) 拙著・前掲(注37)三頁注(9)参照。

(50) 拙著・前掲(注37)五三頁以下、同五六頁参照。

(51) 拙著・前掲(注37)一八四頁以下参照。

(52) なお、島田聡一郎教授は、共謀の存否が争われる場合を体系的に整理するならば、故意の問題、背後者と実行行為者との意思連絡の存否の問題、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題に分類することができる。島田・前掲(注38)「判批」一五六頁。

(53) 一五頁以下参照。

(54) 島田・前掲(注38)「共謀共同正犯論の現状と課題」五一頁以下参照。

また、本稿とはやや違う角度からであるが、共謀概念に代わる分析の道具が必要であることを指摘するものとして、橋本正博「判批」平成二二年度重要判例解説(二〇一一年)二〇五頁。橋本教授は、平成二二年判決は『共謀』はそれほど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、とされる。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)本稿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、平成一五年決定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、通底する部分がある。

(55) 拙稿・前掲(注2)「判批②」二〇七頁参照。

(56) 島田教授は、共同正犯の成立には、「(A)関与者相互の関係、結びつき」、「(B)当該行為者自身の関与の程度、積極性」、「(C)共犯としての因果性あるいは客観的帰属」、「(D)故意」の四つのファクターが要求されるところ、前二者は共同正犯固有の問題(本稿で言う正犯性の問題ないし内側の限界の問題)、後二者は狭義の共犯と共通の問題であるとされる。島田・前掲(注38)「共謀共同正犯論の現状と課題」五一頁以下。しかし、島田教授の言われる(A)の要件が共同正犯の成立に不可欠かどうか、そのこと自体が一つの問題であるから、ここではさしあたり、(B)と合わせ、正犯性の問題として一括して取り扱っておきたい。

なお、共謀の要件としての「双方向性」の要否に言及するものとして、松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」Law & Practice 四号(二〇一〇年)一一一頁以下、田川靖紘「共謀共同正犯における共謀について」早稲田大学大学院法研論集一三五号(二〇一〇年)一七三頁以下がある。

(57) なお、「罪刑法定主義との関係において、共謀共同正犯の成立については、厳格に考えるべきものであるという立場」を採りつつ法廷意見に賛同する、深澤武久裁判官による補足意見が付されている。

(58) 拙稿・前掲(注2)「判批②」二〇七頁。

(59) 刑集五七卷五号五八三頁。さらに、この点は、原原審が論及する、被告人の配下の者による、「やくざの世界で

は、いちいち『けん銃を用意して親分を護れ。』などという指示が出されることはありません。やくざの世界では、子分が親分を護ることは当然のことで、指示がなくても子分はやりますし、親分はそれが分かっていますので、いちいち指示はしないのです」とする供述（刑集五七卷五号五八四頁）とも一致する。

- (60) 刑集五七卷五号五八三頁以下。さらに、この点についての原審の認定について、同六一一頁以下、特に六一四頁。
 (61) 同様に、同決定に対して、黙示の意思連絡の問題としてアプローチしたものととして、出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』（二〇〇六年）一九九頁以下がある。出田判事は、同決定を、「具体的な指示、命令などの謀議行為がなくても、共謀共同正犯が成立するという判断を示した」ものである。「練馬事件判決の趣旨に言う」『謀議』については、……共謀を謀議行為とか通謀行為とかの合意形成行為と理解することも可能であり、同決定は、この意味での「『謀議行為』がなくても、共謀共同正犯の成立があり得るという判断」をしたものである、とされる。

(62) 松原・前掲(注7) 五四七頁、伊藤嘉亮「判批」早稲田法学八六卷二号(二〇一一年) 三八〇頁以下参照。

(63) 拙稿・前掲(注2) 「判批②」二〇八頁。

(64) 町野朔教授は、私見(前掲(注2) 「判批②」)を「共謀は明示的である必要はない、黙示的なものでも足りる」という見解であるとされた上で、批判された。町野・前掲(注17) 一五四頁。その意味するところは、私の理解によれば、私見(及び、同様に批判の対象とされた村瀬・前掲(注36) 二〇四頁)においては、被告人が正犯とされる理由についての言及が欠けていること、及び、最高裁の判示するところの解説とはなっていないことを指摘するものである。このうち、後者については、少なくとも私は、批判を甘受するほかない。しかし、前者については、私見は、不十分なながらも、検討を加えていた。それが、本稿本文部分にも掲げたもの(初出は、判例評論五五四号二〇八頁「六」)である。

(65) 後述一一四頁、島田・前掲(注38) 「判批」一五九頁以下、伊藤・前掲(注62) 三八二頁参照。

(66) 大阪高判平成一六年二月二四日判時一八八一号一四〇頁。

(67) 大阪地判平成一三年三月一四日判時一七四六号一五九頁。

(68) ただし、被告人が服役後に昇格したという事情が共謀の存在を推認させる力は弱いと指摘するものとして、朝山

芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編『刑事事実認定の基本問題（第二版）』（二〇一〇年）一六二頁以下。

(69) 西原・前掲(注1) 六四頁。

(70) 西原・前掲(注1) 五七頁。

(71) 西原・前掲(注1) 六〇頁。

(72) 西原・前掲(注1) 五八頁。

(73) 西原・前掲(注1) 六一頁。

(74) 西原・前掲(注1) 六二頁以下。

(75) 前掲一〇一頁。

(76) 西原・前掲(注1) 六一頁以下参照。さらに、島伸一「共謀共同正犯に関する最高裁判例の新展開」法律時報七八卷三号(二〇〇六年)六九頁は、平成一七年決定においては、『共謀』を推認するための基礎とした間接事実」を平成一五年決定と比較すると、『けん銃等の所持をそこから合理的に推認しうる客観的で明確な枠組み』、具体的には、『スワット』のような被告人と現実のけん銃の所持者間を結ぶ、『共謀』を推認するための中核となる間接事実の「薄弱さ」があるとする。

(77) 伊藤・前掲(注62) 三八四頁は、平成一七年決定につき、「被告人の身の回りの世話と警護を担当する親衛隊の存在、被告人の自宅や事務所において防弾チョッキや防弾車を用いる警護体勢がとられており、被告人もその一端に気づいていたこと、ルームサービス係を客室内に入れなかったこと等」の「被告人の黙示的行為にけん銃所持の指示・命令の意味を付与、ないしそうした意味合いを強化する事情」があったと指摘している。

(78) 伊藤・前掲(注62) 三八二頁。

(79) 実行担当者らによるけん銃の携帯所持を「概括的にせよ確定的に認識しながら、それを当然のこととして受入れて認容し、同人らもこれを承知していた」ことを要求していた。大阪地判平成一六年三月二三日裁判所ウェブサイト。

(80) 大阪高判平成一八年四月二四日公刊物未登載。伊藤・前掲(注62) 三七六頁、小玉大輔「判批」法律のひろば六三巻五号(二〇一〇年)五三頁、坂口拓也「判批」警察学論集六三巻五号(二〇一〇年)一五一頁以下参照。

- (81) たとえば、島田・前掲(注38)「判批」一五九頁以下、町野・前掲(注17)一五五頁、田川靖紘「判批」早稲田法学八四卷四号(二〇〇九年)一〇九頁参照。
- (82) 最決平成一九年一月二四日刑集六一卷八号七五七頁。
- (83) たとえば、松原芳博「判批」刑事法ジャーナル一四号(二〇〇九年)一一五頁以下参照。
- (84) 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・前掲(注38)「共謀共同正犯論の現状と課題」五一頁以下。
- (85) 前述一〇四頁以下参照。
- (86) なお、伊藤・前掲(注62)三七五頁以下は、同判決や平成一五年決定、平成一七年決定を素材として行為者の行為状況や行為者の行為の意味を丁寧検討しており、示唆に富む。また、間接事実の評価については、平成一五年決定及び平成一七年決定につき、島・前掲(注76)六九頁以下、平成二二年判決につき、小玉・前掲(注80)五四頁以下、坂口・前掲(注80)一五七頁以下参照。
- (87) 林幹人「共謀共同正犯と『謀議』」判例時報一八八六号(二〇〇三年)三頁以下、同「黙示的・不作為の共謀」研修七四八号(二〇一〇年)三頁以下。
- (88) 松澤・前掲(注56)一一一頁以下、田川・前掲(注56)一七三頁以下参照。
- 〔追記〕脱稿後、校正の段階で、平成二二年判決事件の差戻し後第一審判決(大阪地判平成二三年五月二四日公刊物未登載)に接した。報道によれば、大阪地裁は、被告人に対し、無罪判決を言い渡したとのことである。また、同じく校正の段階で、松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報六三卷七号(二〇一一年)一頁以下に接した。