

共謀共同正犯における「共謀」概念

—— 最近の最高裁判例を批判して ——

立 石 二 六

- I はじめに
- II 判例における「共謀」概念
- III 特に代表的事件における「共謀」概念をめぐる
- IV おわりに

I はじめに

- 1 共謀共同正犯とは、二人以上の者が犯罪の実行を共謀し、共謀者中のある者がその共謀に基づいてこれを実行した場合には、現実には実行行為を行わなかった他の共謀者も共同正犯としての責任を負うとする共同正犯形態である。この理論は、実務より生じたもので、わが国の判例上はすでに確立したものとなっている。これに対して、学説上は、以前は、圧倒的に共謀共同正犯論否定説が優勢であったが、最近では、肯定説が支配的となっている。しかし、その理由づけは多彩であって、本稿では、その間の検討を展開するいとまはないが、私見は、共同意思主体説の立場からこの理論を支持するものである⁽¹⁾。
- 2 共謀共同正犯においては、「共謀」の概念内容が極めて重要となる。ただし、共謀が存在すれば、共謀に参画した者の誰かが実行行為に出れば実行行為を行わなかった者も共同正犯として処罰されることとなるからである。それ故、共謀概念については慎重な検討を要する。本稿においては、そのような視点の下に、「共謀」概念についての考察を展開したい。その際、

最近の最高裁判例に現れた共謀概念については見過すことのできない重大な疑問点があるので、その点についての批判的検討を展開し、最高裁の近時の共謀概念に対する異論を提起して、その変更を促すものである。

II 判例における「共謀」概念

1 判例に現れた「共謀」の意義および内容

判例に現れた「共謀」を説明する用語は多彩である。以下にそれらを列挙してその内容を明らかにしておこう。

- ① 「共同犯行の認識」という用語によるもの。「共謀とは数人相互の間に共同犯行の認識があることを云うのであって単に他人の犯行を認識しているだけでその者が共謀者であるとはできない」（最判昭和24・2・8刑集3巻2号113頁）。
- ② 「意思の連絡」という用語によるもの。「刑法第六〇条に『二人以上共同して犯罪を実行したもの』とある『共同』又は同法第二〇七条にいわゆる『共同者』とあるのは、すべて二人以上の者の間に意思の連絡のある場合をさすものである」（最判昭和24・1・27裁判集〔刑事〕7号109頁）。
- ③ 「謀議」という用語によるもの。「運動報酬ノ供与投票買収ノ謀議ニ参与シタル以上ハ仮令直接其ノ供与買収ノ行為ヲ為ササル者ト雖共同正犯トシテ其ノ責ニ任スヘキモノナレハ本件ニ於テ直接投票ノ買収運動報酬ノ供与ヲ為シタルモノハ被告人XYナリトスルモ其ノ謀議ニ参与シタル被告人Zニ於テモ均シク共犯トシテ其ノ責ニ任セサルヘカラス而シテ本件ノ如キ選挙ニ於ケル謀議ノ際金銭ヲ供与セラルヘキモノハ必シモ特定スルコトヲ要セス不特定人ニ対シ金銭ヲ供与スヘキコトヲ謀議シタル場合ニ於テモ後ニ之ヲ特定シ金銭ヲ供与スレハ謀議者モ亦其ノ責ニ任スヘキコト勿論ナリ」（大判昭和8・5・29刑集12巻623頁）。
- ④ 「通謀」という用語によるもの。「数人共同シ人ヲ欺網シテ財物ヲ騙取セ

ントスルニ際シ其ノ一部ノ者ノ間ニ於テハ各自其ノ者ト共ニ之ヲ犯スノ意思連絡ナキモ苟モ其ノ各自ハ他ノ一部ノ者ト該犯罪ノ実行ヲ共謀シタル以上ハ其ノ者ヲ介シテ通謀ノ意思アリト謂フコトヲ得ヘキヲ以テ縱令其ノ各自力単独ニ施シタル詐欺ノ手段ニ付認識ナキ場合ニ於テモ共同ノ目的タル財物編取に対シ詐欺罪ノ共犯者トシテ其ノ責ニ任セサルヲ得サルモノトス故ニ原判決ハ被告X力所論ノ如ク相被告Yノ為シタル欺網行為ヲ認識シタル旨判示セサリトスルモ詐欺罪ヲ以テ問擬スルニ毫モ妨ケナキモノト謂ハサルヘカラス論旨理由ナシ」（大判大12・6・5刑集2巻490頁）。

- ⑤ 「擬議」という用語によるもの。「原院認定ノ事実ニ依レハ本件犯罪ハ被告等兩名は被告Yニ於テ手ヲ下シ被告Xニ於テ助勢ヲ為シ以テ殺害ノ実行ヲ為サンコトヲ擬議シタル結果ニ係ルヲ以テ被告Xハ自ラ殺害ノ実行行為ニ関与セサリトスルモ正犯トシテノ罪責ヲ免ルルコトヲ得サルハ当然ナリ」（大判大2・2・18刑録19輯217頁）。
- ⑥ 「相談」という用語によるもの。「共同者の或る者が暴行脅迫をもって財物を奪取すること、し、他の者がその家屋外で見張りをすることを相談した上そのとおり実行した場合には、共同者は互に他人の行為を利用して犯罪の実行を遂げたものであるから、いずれも刑法第六〇条の共同正犯に当るものと言うべきである。本件について原審は被告人XがY等と共謀の上A方で被告人X等は屋外で見張りをなし、Y等は屋内でAの長女B等を脅迫して金品を強奪しようとしたが家人に騒がれてその目的を遂げなかった事実を認定した上刑法第二四三条第二三六条第一項第六〇条を適用したのであるから、前段説示の理由によって原判決には所論のような擬律齟齬の違法はない」（最判昭和23・10・19裁判集〔刑事〕4号463頁）。

このように、判例は、さまざまな言葉を用いているが、「共謀」とは、判例上、「共同犯行の認識」を意味してきたと解してよいであろうと下村博士は述べられた⁽²⁾。判例上は、確かにそうもいえようが、理論上は、後述の如く、私見は共同意思主体説を貫徹する立場から、「共謀」と「共同犯行の認識」

とは概念上厳格にこれを区別すべきものと考ええる。

2 暗黙の共謀

暗黙の共謀も判例上認められてきた。例えば、①行使の目的をもって株券を偽造するものであることを知りながら、他人の依頼に応じてその株券を印刷するものは、偽造行使の謀議をしなくても、有価証券偽造罪の正犯である(大判大15・12・23刑集5巻584頁)。②また、「数名の強盗犯人が、事前に明示的に強盗をすることを謀議していた場合ばかりでなく、予め暗黙のうちに強盗をすることを互に了解していた場合であっても、又出来ることなら窃盗だけにとどめ、止むを得ないときは強盗をする旨打合わせていた場合であっても、なお共謀の上強盗をなしたものといえるのである」(最判昭和24・11・10裁判集[刑事]14号503頁)。③さらに、乙のため傷害された甲が乙方の二階で強談中、甲の輩下である被告人ら七、八名が乙方に集合し、もし甲、乙間で話がかからない場合には当然喧嘩となり殺傷沙汰の起こることを予期し、その場合には甲に加勢し乙と闘争することを暗に共謀して待機中、突如二階で物音がしたので、一同は喧嘩が始まったものと即断して二階に押寄せ、被告人らの一人が乙に傷害を加え死に致した場合には、まだ喧嘩が始まらず対談中であつたとしても、被告人らは、傷害致死罪の共同正犯たるの責を免れない(最判昭和25・6・27刑集4巻6号1096頁)。

「暗黙の共謀」(黙示的意思連絡)は、このように、判例上、無造作・無配慮に用いられてきたが、このことは極めて問題であつたといえる。詳細は、以下のスワット事件等において論じたい。

Ⅲ 特に代表的事件における「共謀」概念をめぐって

1 共謀共同正犯における「共謀」概念をめぐっては、特に、注目すべき最高裁の判例がある。以下では、それらを抽出し、問題点を検討することと

する。その諸判例を掲記すれば次の如くである。すなわち、①最大判昭和33・5・28刑集12巻8号1718頁（練馬事件）、②最決平成15・5・1刑集57巻5号507頁（スワット事件）、③最決平成17・11・29裁判集〔刑事〕288号543頁（拳銃等不法所持・S事件と本稿では称す）、④最決平成19・11・14刑集61巻8号757頁（廃棄物不法投棄事件）、⑤最判平成21・10・19裁判集〔刑事〕297号489頁（拳銃等不法所持・X事件と本稿では称す）。

2 練馬事件（最大判昭和33・5・28刑集12巻8号1718頁）

①【事実の概要】

労働争議事件において、被告人A、B、D、E、F、G、H、I、K、L等が印藤巡査への暴行を順次共謀し、被告人D、E、F、G、I、K、Lほか数名が印藤巡査を駐在所より誘い出し、古鉄管、丸棒等を揮って同巡査を乱打し同巡査をして脳損傷により現場で死に致したというもので、原審は、現場で襲撃に参加しなかったA、B兩名を含め被告人全員に傷害致死の共同正犯として有罪を認めた。

【判旨】

最高裁大法廷は、「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じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする」と判示した。さらに、「数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀が成立することを必要とするものでなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、

次で乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解するを相当とする」として順次共謀を認めている⁽³⁾。

- ② 練馬事件判決は共謀共同正犯のリーディングケースとされてきた。その共謀概念は、「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す」ことであった。この共謀概念は客観的謀議説に組み入れられた。本件調査官解説も、「謀議」は、「意思の連絡」や「共同犯行の認識」といった主観的要件に限定されるものではなく、「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」⁽⁴⁾と述べている。

また、西原博士は、「謀議という表現が会議のような協議形式を意味するように解されるので、そのような謀議を要件とすることに対しては当時から疑問もあり、私も元来『共同犯行の意思の形成』と『実行に準ずる重要な役割』を演ずることを客観的要件としていたから、そのように狭く解する謀議の存在を常に必要とすることには問題があると考えていた。共謀共同正犯にもさまざまな態様があり、謀議参加がなくても上述のような客観的要件にあたる外部的行為があつて、それが一方において共同犯行の意思の形成を意味し、他方において構成要件の一部実現に勝るとも劣らない意義を持っておれば、共同正犯の成立を認めることは可能と考えたからである。…私見によれば、謀議の存在しない共謀共同正犯を認めることそれ自体に問題はないと考えるのである。」と論じられた⁽⁵⁾。

しかし、この西原説には問題がある。そもそも「共謀」とは、語源的にみれば、「二人以上の者が共同でたくらむこと」（新村出編『広辞苑第六版』岩波書店）、あるいは、「二人以上の者が共同で悪事をたくらむ」（藤堂明保・加納喜光編『学研 新漢和大辞典』（学習研究社）という意味であり、それは、本来、主観的因子である。そこに客観的要素を持ち込むことは妥当で

ない。下村博士は、共謀について、『共同犯行の認識』、すなわち、相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡をいうのであって、単なる相互の存在認識ではない」と論じられた⁶⁾。これは主観的謀議説に分類される見解であると思うが、私見はこれまでこの見解に従ってきた。しかし、共同意思主体説においては、厳密に言えば、「共同犯行の認識」というのは共同正犯の主観的要素であって共謀の要素ではないからこれを共謀概念から区分し、また、共謀共同正犯においては対等関係のみでなく上下関係による犯罪形態もあるからその点を斟酌し、さらに、犯罪共同説に立つことを明確化して（共同意思主体説は最も固い犯罪共同説である）、「共謀とは、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の意思連絡をいう」と定義したいと考える。その限りにおいて、従来の私見を改める。この立場に立てば、「行為者間の意思連絡」を必要とするが故に、主観的謀議説をとることになるが、行為者間の意思連絡を得るためには謀議は不可欠である。謀議のない共謀共同正犯を認めるべきではない。また、謀議という要件を必要とすれば客観的謀議説になるという思考も適切でない。謀議という要件の介在によって得られた「共謀」という主観的因子が、共謀共同正犯拡大認定の歯止めの役割を果たすのである。

3 スワット事件（最決平成15・5・1刑集57巻5号507頁）

①【事実の概要】

被告人は配下に3100名余りの組員を抱えている関西の暴力団組長であるが、スワットと呼ばれるボディガードに常時警護されていた。平成9年12月26日早朝、東京の六本木で五台の車に分乗して移動中、警察官らに停止をもとめられ、捜索差押許可状による捜索差押えを受け、スワットが乗った車から、けん銃三丁等が発見、押収され、被告人らは現行犯逮捕された。また、その頃、先乗り車でホテルに一足先に到着していた二人のスワット

も、所持していたけん銃を一度は投棄したが警察官に発見された。スワットらは、いずれも、被告人を警護する目的で実包の装てんされたけん銃を所持していたものであり、被告人も、スワットらによる警護態様、被告人自身の過去におけるボディガードとしての経験等から、スワットらが被告人を警護するためけん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、被告人は、スワットらにけん銃を持たないように指示命令することもできる地位、立場にしながら、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、被告人のこのような意思を察していた。

【判旨】

「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」のであり、「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、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させてい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…共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である」。

- ② 本決定は、最近の最高裁判例における共謀共同正犯論肯否の論争の口火を切るものであった。本決定については非常に多くの評釈が出されている。文献の詳細については松原教授の摘示が有益であるのでそれを参照されたい⁽⁷⁾。

西原博士は、本件決定の結論を支持すると説かれた⁽⁸⁾。西原博士によると、本件の場合、「組織のなかにおけるスワットの役割そのものも、また拳銃等所持を含む活動実態も非常にはっきりしており、しかもそれが恒常的な状態になっていて、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たので、たとえ被告人は自ら拳銃を所持していなくても、拳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（これは法益をどのように解するかにより異なる）を、現実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。このような実態があるからこそ、部下の拳銃等所持に対する単なる概括的な認識や認容があるだけで、共同犯行の意思という主観的要件も一種の行為支配という客観的要件も充足されたとみてよいのであって、多数意見も補足意見も表現は異なるが、この趣旨を表していると考える⁽⁹⁾。

しかし、スワットらが自発的に被告人を警護するためにけん銃を所持していることを確定的に認識認容していたことと、被告人とスワットらとの間にけん銃を所持して警護するという共謀が存在していたこととは、本質的に異なる。そこには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという行為者間の意思連絡は存在しない。被告人は単にそのような警護を黙認していただけで、それだけで「共謀」があったとみることはできない。西原博士が、被告人とスワットらとの実態という客観的要因の存在によって本件に「共謀」を認められるのであれば、そして、それが西原説における「共謀」概念の内容であるならば、それは共謀共同正犯成立拡大へ向けての思考であって、到底容認できない。また、西原博士は言及されなかったが、本件決定が共謀を黙示的意思連絡で足りるとするのは問題である。前述の如く、共謀共同正犯においては、「共謀」が認められれば実行行為を行わなかったものも実行行為者と同様に処罰されるのであるから、刑法の謙抑性・罪刑法定主義に基づく明確性にてらして、共謀には明示的意思連絡を要すると解すべき

である。このようにして、本件決定の結論は失当であり、練馬事件判決に対する判例違反として取り扱われるべきものであった。なお、本件調査官解説によれば、練馬事件判決以降には、共謀共同正犯の事案で、黙示的意思連絡で足りるとしたものは存在しないということであり、また、本決定には、実質的客観說的観点からの考慮、主観說的観点からの考慮のいずれもが含まれているように思われるとのことである¹⁰⁾。実質的客観説と主観説とは相反する見解であるから、このような調査官解説が出される点においてすでに本件を共謀共同正犯で有罪とした判旨には問題があるといわなければならない¹¹⁾。

4 拳銃等不法所持・S事件（最決平成17・11・29裁判集 [刑事] 288号543頁）

①【事実の概要】

本件公訴事実によれば、被告人Sは五代目山口組若頭補佐兼甲野会会長であるが、会長秘書Kと共謀の上、平成9年9月20日午前10時40分ころ、大阪ヒルトンホテル1階南側出入口前通路において、けん銃1丁をこれに適合する実包6発と共に携帯所持し、また、同会乙山組組員Mと共謀の上、前記日時ころ、前記ホテル1階メインロビーにおいて、けん銃1丁をこれに適合する実包5発と共に携帯所持したものである。これに対して、被告人及び弁護人らは共謀を否定し被告人は無罪であると主張した。第一審（大阪地裁）は、本件事実につき詳細な検討を加えた上、「以上の事情を総合すると、被告人において、K及びMがけん銃を所持して被告人を警護していたことを認識し、これを容認（許容）していたとするには、なお合理的な疑いが残るといわざるを得ない」と判示して、被告人を無罪とした（判時1746号159頁）。検察側の控訴に対し、控訴審（大阪高裁）は、第一審を破棄し、被告人を懲役6年に処した。控訴審も、原審の事実認定について突っ込んだ考察を加えその結論を示した。被告人の認識・認容については、「被告人は、いわゆる親衛隊の構成員やその指揮者であるKらに対し、けん銃等を携帯所持して警護するように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、他方、K及びMも、被告人のこのような意思を察していたものと認められる」と論じ、共謀共同正犯の成否については、「被告人とK及びM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。また、被告人とMとの間においても、Kを媒介とする順次共謀を殊更観念せずとも、直接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（最高裁判所平成15年5月1日第1小法廷決定。刑集57巻5号507頁参照）。したがって、被告人には、本件けん銃等の各携帯所持について、両名との間にそれぞれ共謀共同正犯が成立するといわなければならない」と論じている（判時1881号140頁）。

【判旨】

「上告趣意のうち、…判例違反をいう点は、いずれも事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、再審事由の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。

また、所論にかんがみ記録を精査しても、同法411条を適用すべきものとは認められない（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、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所

持っていることを、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決は、正当として是認できる。)]。

- ② 本決定は、上掲スワット事件決定を無批判・無定見に踏襲したものである。本件において、K、Mが実包入りのけん銃を携帯所持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ながらそれを当然のこととして受け入れて認容」しており、K及びMも被告人のこのような意思を察していたことは、被告人とK、Mとの間に、けん銃不法所持について意思連絡があったことを意味しない。被告人の認識・認容、ならびに、K及びMの心理状態は、相互にあくまで片面的なものであり、そこには、「黙示的な意思連絡」の存在する余地も全くない。このような場合に共謀があったということは「強弁」以外のなにものでもない。

練馬事件の共謀概念は、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思主体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すこと」であった。これを本件に当てはめると、けん銃不法所持を行うために、二人以上の者が共同意思主体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行うことが必要であるが、本件では、そのような要件は充足されていない。本件決定もスワット事件決定も明らかに練馬事件判決に対する判例違反を犯すものである。

練馬事件は共謀者が犯行現場に存在しなかった事案であり（事前共謀）、本件及びスワット事件は共謀者が犯行現場に存在していた事案であるから（現場共謀）、事案が異なるとして、スワット事件をもって新しい判例を確立するものであるなどとは決して考えてはならない。共謀共同正犯の成否は、共謀の存否、共謀参画者の内の誰かの実行行為の有無、によって決定されるものだからである。

なお、付言すれば、本稿注11)でとりあげた実質的客観説の判断手法は妥当とは思えない。本件では、その判断手法が用いられたが、第一審と控訴審では全く異なった結論に到達した。この判断手法によるかぎり、共謀共同正犯成立拡大認定の惧れを払拭できないということを銘記すべきである。

5 廃棄物不法投棄事件（最決平成19・11・14刑集61巻8号757頁）

①【事実の概要】

最高裁の説くところによれば、本件は、神奈川県横須賀市に本店を置き、港湾運送事業、倉庫業等を営む被告人相模運輸倉庫株式会社（以下「被告会社」という）の代表取締役等であったその余の被告人ら（以下「被告人5名」という）において、被告会社が千葉市内の借地に保管中の、いわゆる硫酸ピッチ入りのドラム缶の処理を、その下請会社の代表者であったWに委託したところ、同ドラム缶が北海道内の土地に捨てられたことにつき、被告会社の業務に関し、Wらと共謀の上、みだりに廃棄物を捨てたものとして、廃棄物の処理及び清掃に関する法律所定の不法投棄罪に問われた事案である。

【判旨】

「原判決が是認する第1審判決の認定によれば、Wにおいて、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申し入れたところ、被告人5名は、Wや実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えてWに処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後Wを介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである。これと同旨の原判決は正当である。」

② 本決定の説くところはあまりにも簡略であり、判示内容については極めて不十分であるとの謗りを免れない。そこで、本決定が原判決を同決定と同旨であって正当であると評しているところから、本稿に關係のある箇所を本件控訴審判決（札幌高等裁判所平成19年1月18日判決）より引用して、検討する。控訴審判決によれば、Wは、被告会社から委託を受けるや「無資格の東明に丸投げしているのであって、Wが本件ドラム缶が最終的に不法投棄される蓋然性が高いとの認識を有し、かつ、そのことを認容していたのは明らかであり、Wも捜査段階でそれを認めている。そこで、被告人らとWとの共謀が認められるかについて検討するに、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。そこでいう共謀共同正犯の要件としての謀議は、実行共同正犯におけるような意思の連絡では足りないが、当該犯罪についての客観的・具体的な謀議がある場合に限らず、その犯罪を共同して遂行することの合意があることで足りる。そして、共同遂行の合意があったというには、被告人の地位、立場、共犯者との関係、犯罪遂行過程における役割、犯行の動機等を総合的に勘案し、他人の行為を利用して自己の犯罪を行ったといえるような場合であることを要すると解される」と述べ、さらに、「被告人らは、自らは実行行為者とはならないものの、相東運輸との間で同社以下の関与者を使い、その行為を利用して自己の犯罪を行ったものというべきである。結局、被告人らにはWらとの共謀が認められるのであって、未必の故意ないし順次共謀の点はこの結論を左右しない」ということである（刑集61巻8号587頁以下）。

控訴審判決は、共謀概念につき基本的には練馬事件判決に従っているが、その謀議の内容につき、「共同遂行の合意」として幾つかの客観的要件を掲げた。「共謀」概念として、これは注目すべき見解である。練馬事件の

延長線上で共謀概念を考えようとした点は評価できるが、「共同遂行の合意」として客観的要件を掲げた点でこの控訴審判決を支持し得ない。謀議の内容に客観的要素を加えれば、控訴審は実務における主観説を採用してはいるが、謀議存否の判断をめぐって実質的客観説の手法に従わざるを得ず、共謀の存否をめぐって恣意的判断の介入を阻止できない。本件においても、Wと被告人等との間では廃棄物不法投棄については語り合われていないのであり、意思連絡は存在しないのであって、私見では共謀の存在は否定されるが、本件ではその存在が肯定されている。スワット事件とは異なり「黙示の意思連絡」の存在も説かれていないのであるから、本件に意思連絡を要する共謀を認めるのは無理である。謀議の内容に客観的要素を含ませ、それらを充足するから「主観説」の立場より「共謀」があるとするのは、現実には存在しない謀議を存在すると擬制することによって得られた結論であって到底賛同し難い。控訴審の判断は失当であり、それ故、また、本最高裁決定も失当である。

また、本件決定は未必の故意による共謀共同正犯を認めた。しかし、廃棄物不法投棄罪につき、Wも未必の故意で、被告人らも未必の故意で、それぞれ別個に行爲し、それで廃棄物不法投棄罪の共謀が成立すると解するのは、意思連絡の内容があまりにも曖昧であり、「共謀」の根拠が極めて薄弱である。そこでは、罪刑法定主義に基づく明確性の原則も充足されておらず刑法の謙抑性の思想も存在しない。すでに何度も論じてきた如く、共謀共同正犯の成立を認めるということは、実行行爲を行わない者をも共同正犯として処罰することであるから、共謀共同正犯論が背後の大物処罰という刑事政策的意図を有するとしても、そこには厳格な歯止めがなければならぬ。「共謀」には確定的故意の存在が不可欠なのであり、未必の故意で足りると解するのは不十分である。その意味においても本決定は失当である。

6 拳銃等不法所持・X事件（最判平成21・10・19裁判集〔刑事〕297号489頁）

①【事実の概要】

本件公訴事実によれば、被告人Xは、暴力団五代目甲野組若頭補佐兼乙原会総長であるが、同会幹部兼丙村会会長補佐北川こと南田太郎と共謀の上、平成9年9月20日午前10時40分ころ、大阪市内Aホテル南側出入り口前通路上において、けん銃1丁をこれに適合する実包10発と共に不法に携帯所持し、また、同会幹部兼丙村会会長補佐東山一男と共謀の上、上記日時場所において、けん銃1丁をこれに適合する実包10発と共に不法に携帯所持したものである。第1審判決（大阪地裁）は、南田太郎（以下「太郎」という）及び東山一男（以下「一男」という）が被告人を警護する役目のボディガードであって、このような太郎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定されるのであれば、被告人と太郎及び一男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、太郎及び一男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いま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、検察側が事実誤認を理由に控訴したが、原判決（大阪高裁）は、詳細な判断を展開し、第1審には事実誤認はないとして、検察官の控訴を棄却した。

【判旨】

「主文 原判決及び第1審判決を破棄する。本件を大阪地方裁判所に差し戻す。」最高裁は「理由」中において、本件に関する詳細な事実認定に関する判断を展開し、「前記（1）ないし（6）で述べたところによれば、乙原会幹部である太郎と一男は、JR浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、丁木会からのけん銃による襲撃に備えてけん銃等を所持し乙原

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太郎、一男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は、他に特段の事情がない限り、被告人においても、太郎、一男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け入れて容認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1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」と述べて、本件を大阪地裁に差し戻したのであった。

- ② 本件は、上掲「3、拳銃不法所持・S事件」と同じ日時、場所で発生した事件であった。S事件では、「第1審無罪・控訴審有罪・最高裁有罪」であったのに対し、本件では、「第1審無罪・控訴審無罪・最高裁有罪」という構図となった。この点に事実認定の難しさが窺える。特徴的であるのは、S事件と本件では、第1審が共に無罪であり、最高裁が共に有罪であって、最高裁の方が有罪の事実認定に傾斜しているということである。

ただ、私見においていえることは、スワット事件において既に最高裁の「共謀」概念を否定した以上、S事件も本件も所詮は支持し得ない共謀共同正犯をめぐる事実認定上の見解の相違であって、改めて論ずる事柄は何もないということである。スワット事件以降の最高裁の共謀概念は修正・変更されて然るべきである。

IV おわりに

- 1 上述の如く、スワット事件以降の最高裁の「共謀」概念はことごとく妥当でない。最高裁は、「共謀なき共謀共同正犯」を認めて、共謀共同正犯につき処罰の拡大化を意図しているのではないかとさえ思われる。最高裁はスワット事件以降の共謀概念を廃棄すべきであり、そのことを強く提言

する次第である。

- 2 判例上現れた共謀概念としては、練馬事件判決のそれを支持したい。すでに、何度もみたように、練馬事件判決の共謀概念は、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思主体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す」ことであつた。ここで用いられた「謀議」という文言をめぐっては色々な見解が展開された。我々は、その言葉の持つ本来の意味から出発すべきである。語源的にみれば、「謀議」とは、「計画し相談すること」（前掲、「広辞苑」）、あるいは、「物事を相談して計画すること」（前掲、「学研 新漢和辞典」）である。してみれば、練馬事件の場合も、「謀議をなす」ということは、「計画し相談する」と素直に理解すれば良いのではないか。
- 3 そのような思考を前提として、わたくしは、「共謀とは、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の意思連絡をいう」と定義した。これは主観的謀議説と称されるべき概念である。このような私見に対しては、あるいは、「重要な役割」とは何か、という疑問が呈されるかもしれない。しかし、それは、規範的な要素であるが故に、具体的・評価的・実質的に判断される他はない。ちなみに、わたくしは、正犯概念につき「重要な役割説」を採っている。共謀概念と共謀共同正犯成否の関連に配慮するものと理解いただければ幸いである。

注

- (1) この点についての私見に関しては、拙著、『刑法総論〔第3版〕』（2008年、成文堂）298頁以下を参照されたい。なお、最近では共同意思主体説によりつつ共謀共同正犯論を支持する見解は見受けられなくなったとする叙述に時として接するが、今日、共同意思主体説によりつつ共謀共同正犯論を支持する見解としては、私見のほかに、西原春夫『刑法総論 改訂準備版〔下巻〕』（1994年、成文堂）376頁、390頁、岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』（2009年、成文堂）297頁以下、山本雅子『実質的犯罪論の考察』

(2007年、成文堂) 155頁以下、鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀』の射程について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年、成文堂) 509頁以下、等があることを申し添えておきたい。

- (2) 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』(1975年、学陽書房) 142頁。同旨、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第2版)・第5巻』(2002年、青林書院) 307頁。
- (3) かつて、藤木博士は、この練馬事件判決につき、「これは、他人の行為を手段として犯罪を行う点を重視して、共同意思主体説をはなれ、個人責任の見地から共謀者の正犯性を根拠づけようという努力のあらわれと見るべき」(藤木英雄「共謀共同正犯」ジュリスト別冊27号91頁) であると評価され、間接正犯類似説を展開されるにいたったが、練馬事件判決は、「共同意思の下に一体となって」と述べているのであって、その措辞において共同意思主体説から離脱しているとは解せない。拙著・注) 1 文献・307頁。同旨、下村・注2) 文献、74頁。
- (4) 岩田誠「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度』(1973年、法曹会) 405頁以下。
- (5) 西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務—最高裁平成17年11月29日第一小法廷判決を中心に—」『刑事法ジャーナル・3号』(2006年) 55頁。
- (6) 下村、注2) 文献・139頁。
- (7) 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義—最高裁平成一五年五月一日決定・同平成一七年一月二九日決定を契機として—」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』(2007年、成文堂) 533頁。
- (8) 西原、注5)・文献・58頁。
- (9) 西原、注5)・文献・57頁～58頁。
- (10) 芹津政治「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度』(2006年、法曹会) 295頁以下。
- (11) 実務家の間においては、被告人と実行犯の間に犯行についての意思連絡があっても、如何なる場合に共謀共同正犯とされ、如何なる場合に狭義の共犯とされるのかの判断基準が問題とされていた。この判断基準をめぐっては、①実質的客観説(犯罪の遂行に際し、実行の分担に匹敵し又はこれに準ずるような重要な役割を演じたか否かを基準とする説、あるいは、実行行為者の行為を支配したといえるか否かを基準とする説)、②主観説(「自己の犯罪」を行ったものであるか、「他人の犯罪」を行ったものであるかを基準とする説)、③共謀参画説(共同意思主体説を前提に、共謀に参画したか否かを基準とする説)等に分類する見解(小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」曹時51巻8号1頁)が有力に主張されている。そして、一般には、練馬事件以降の下級審判例は、主観説的な考えが中心になっていると説かれている(西田典之「共謀共同正

犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（1990年、有斐閣）378頁）。私見は、被告人と実行犯との間の意思連絡が本文に述べた私見における共謀概念と一致するのであれば、共謀参画説を妥当と解する。実質的客観説は実行共同正犯を想起させるもので妥当でなく、主観説は主観的正犯概念に通ずるもので妥当でない。私見は上記の意味で共謀参画説を支持するが、要は「共謀」概念の内容であり、私見の共謀概念は主観的謀議説と呼ばれるのが一番ふさわしいと考える。