

# 共同正犯論における共謀共同正犯(2)

三 枝 有

## 目次

### 一 序論

### 二 学説の検討

#### (1) 共同意思主体説

##### (一) 共同意思主体説

##### (二) 共同意思主体説の検討

#### (2) 行為支配説・間接正犯類似説

##### (一) 行為支配説

##### (二) 間接正犯類似説

#### (3) 小括

——以上六号

### 三 判例の検討

——共謀共同正犯の実態——

(1) 大審院および最高裁判例における共謀共同正犯

(2) 下級審判例における共謀共同正犯

(3) 小括 — 以上本号

#### 四 共同正犯論の本質と共謀共同正犯

(1) 犯罪共同説

(2) 行為共同説

(3) 小括

#### 五 結論

#### 共謀共同正犯論の展望

### 三 判例の検討

#### — 共謀共同正犯の実態 —

既に、「二、学説の検討」において考察してきたように、共謀共同正犯を理論付ける学説は種々存在するわけであるが、これらの学説の前提にある判例の肯定する共謀共同正犯が、如何なる実態を有するものであるかを検討する必要がある。すなわち、判例が形成・発展させてきた共謀共同正犯を正確に把握することは、共同正犯と共犯との差異を明確にし、共謀共同正犯の共同正犯としての特徴ならびにその限界を明らかにしうる理論構成の確定を可能にするものである。

以下では、大審院ならびに最高裁の判例を年代順に、その代表的といえるようなものにつき検討した上で、できるだけ近年の判決に限定して下級審判例を検討することで、共謀共同正犯の実態にせまらることにしたい。

(1) 大審院および最高裁判例における共謀共同正犯

明治一三年の旧刑法一〇四条は、「二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」と規定していた。この旧刑法一〇四条のもとにおいても、大審院は共謀にもとづく共同正犯を肯定し、正犯としての責任を負わしめていた。

① 大審院判決明治二九年三月三日刑録二輯三卷一一頁——被告人AおよびB・CによるXに対する恐喝取財の事実である。

本件については、「原判文ヲ閲スルニ被告AハB及ヒ第一審ノ相被告Cト相謀リ右単衣ノ寸法ニ相違アリト称シXヲ恐喝シ金員ヲ騙取セント企テ……総テ其実行ノ手段方法ノ状況ヲ掲ケアルニ依レハAハ総テノ実行方法即チ共謀者中何人カ何ノ局ニ当リ何ヲ演スル等ノ事マテ共ニ相謀リ決行シタルコト明白ナリトス其レ斯ノ如ク共ニ謀リテ事ヲ行フ以上ハ何人カ局ニ当ルモ其行為ハ共謀者一躰ノ行為ニ外ナラスシテB、Cカ恐喝取財ノ所為ハ乃チAノ所為タルヤ勿論ナリ故ニ原判決ハ共謀恐喝取財ノ事実ニ於テ欠如アルニアラス」としている<sup>①</sup>。

その後、判例は知能犯的犯罪と非知能犯的犯罪（実力犯）とを区別し、知能犯については、精神的加功を要する場合の方が典型的といえるが故に、身体的加功を要せず、共謀をもって足るとし、他方非知能犯的犯罪については、少なくとも実行行為に密接した行為への身体的加功を必要とするが故に、単なる共謀では共同正犯足りえないとした<sup>③</sup>。

しかしながら、判例は、知能犯と実力犯との区別を問わずに共謀共同正犯概念を、拡張してゆくことになる。大審

院判決昭和八年一月三日刑集一二卷一九九七頁もその傾向を示した判例の一つであり、殺人罪の共同正犯を問われた事案で、「二人以上ノ者カ犯罪ノ実行方法ヲ謀議シ其ノ共同意思ニ基キ謀議者ノ一人ノミカ当該犯罪ノ実行ノ任ニ当リタル場合ニ於テモ共謀者ハ皆共同正犯タルヘキモノトス」として非知能的犯罪についても「共謀」が存在すれば、実行行為に密接且つ必要な行為に加担することは、必ずしも必要としないとしている。

そして、このような発展を遂げてきた判例は、昭和十一年の大審院刑事連合部判決により、確定的に共謀共同正犯論を肯定することになるのである。

② 大審院連合部判決昭和十一年五月二十八日刑集一五卷七一五頁——共産党地下組織資金局責任者Aは、Bと川崎第百銀行大森支店に侵入し、行金を強奪する計画を相談し、その部下であるCを一切の責任者とし、Dを実行担当の責任者となし、E、Fを実行担当者とした。昭和七年一〇月六日午後四時、D、E、Fは拳銃を携帯して同銀行裏口より同支店に侵入して支店長および支店員を脅迫して三万円余を強取した事案である。

本件においては、被告人Aについては、弁護人の上告趣意書にもみられる如く、従来知能犯につき謀議の事実をもって、実行行為なき場合といえども共謀共同正犯として共同責任を負わしめてきたのに、本件では窃盗罪の実行を謀議したのみにすぎず、実際の実行行為もしくはこれに密接且必要なる行為に加担した事実が明示されないままに窃盗の実行正犯と認定した点の当否にあった。

これにつき判旨は、「凡ソ共同正犯ノ本質ハ二人ノ者一心同体ノ如ク互ニ相寄り相援ケテ各自ノ犯意ヲ共同的ニ実現シ以テ特定ノ犯罪ヲ実行スルニ在リ共同者カ皆既成ノ事実ニ対シ全責任ヲ負担セザルヘカラサル理由茲ニ存ス若シ夫レ共同実現ノ手段ニ至リテハ必スシモ一律ニ非ス或ハ俱ニ手ヲ下シテ犯意ヲ遂行スルコトアリ或ハ又共ニ謀議ヲ凝シタル上其ノ一部ノ者ニ於テ之カ遂行ノ衝ニ当ルコトアリ其ノ態様同シカラスト雖二者均シク協心協力ノ作用タルニ

於テ其ノ価値異ナルトコロナシ從テ其ノ孰レノ場合ニ於テモ共同正犯ノ關係ヲ認ムヘキヲ以テ原則ナリトス」として共謀共同正犯論を確定的なものとした。もっともこの判例が、共同意思主体説に立ったものであるとの速断は妥当なものではあるまい。<sup>⑥</sup>

このような形で定着した共謀共同正犯概念は、戦後の最高裁には踏襲されてゆくことになる。

③ 最高裁判決昭和二三年三月一日刑集二卷三号一八五頁——被告人Aは、B、Cと三人で通行人を脅迫して金を奪い取ろうと相談して、路上で通行中のXを呼び止め警察の者を装って同人を附近の隧道内に連れ込んだ上Aは見張をしBはXに対して金を貸せと申向け右手でXの左頬を殴打して畏怖させてその反抗を抑圧して現金三一〇円等を強取した。その間Aは見張りをしており、通行人には手も触れず一言も発せず、また強取した金銭は一銭も受け取らなかった事案である。

本件においては、被告人は三人で共謀していることは明白であり、「従って、論旨にいうがごとく被告人は被害者に対しては手も触れず一言も発しなかったとしても、又強取された金について一銭の分前にも與らなかつたとしても、被告人はその罪責を免れることはできない。」として共謀共同正犯を認定している。

このように、判例は「共謀」さえ存在すれば、犯罪実行への関与の仕方いかに全く関係なく、共同正犯の責任を負わせるのである。<sup>⑦</sup>この判例の「共謀」の重視は、共同意思主体説と相俟って、共同正犯の成立につき、客観的に共同実行を要求する学説からの批判対象となり、その結果、「共謀」の内容、その実態を明確化し、限定化をはからざるをえなくなる。<sup>⑧</sup>

こうして最高裁は、「共謀」の限定化、明確化をはかってゆくわけであるが、共謀共同正犯上、極めて重要な位置を占める判例が昭和三三年五月二八日の練馬事件（近藤巡查殺し事件）である。この事件により、学説では、共同意

思主体説から間接正犯類似説へとその流れが変化し、同時にそれまでの共謀共同正犯への否定的傾向から、むしろ共謀共同正犯を肯定する傾向が強くなったといえよう。

④ 最高裁大法廷判決昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁——製紙会社の第一組合と第二組合とは賃上等の要求に関する争議行為につき互いに反目対立していた。被告人Aは、第一組合員の反感を利用して、昭和二六年一二月、第二組合の幹部Bと、X巡査の襲撃を計画した。そして組合員C方において、Cほか一名と相謀り、Cの指導のもとにその他の組合員やBも集合して襲撃を決意し（順次共謀）、一二月二六日午後一時頃、行倒れ人がある旨を偽ってX巡査を誘い出し、Dほか数名が古鉄管や丸棒でX巡査の頭部、顔面、背部を乱打したため、頭骸骨骨折による脳損傷で死亡させた事案である。

本件においては、X襲撃に、現場で加功しなかったA、B兩名を含め全被告人を傷害致死の共同正犯とした第一、二審をうけて、「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。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解するものを相当とする。」<sup>⑨</sup>としている。

本件事案は、確かに順次共謀という特異なものであり、謀議の内容を制限的に規制せざるをえなかったということも十分に可能であるが、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」という判示については、少なくとも共同意思主体という、極めて広範な概念への依存から一步抜け出して、共謀共同正犯にしぼりをかける結果となった

ことは、その後の下級審判例からも明白であるといえる。そして、このような判決の理論付けが、間接正犯類似の理論により可能であるとしても、そのこと自体によって、従来の判例の見解が変更されたものとすべきでもなく、共同意思主体説を完全に排除したものとする趣旨とは思われ<sup>10)</sup>ない。判例は、共同正犯につき次第に「共謀」を重視してその成立範囲を拡張してきたが、本件において共謀につき「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」と限定することで、共同正犯と共犯との區別を可能にし、共謀を否定し、狭義の共犯の成立のみを認める下級審判例の登場を容易にしたものといえる。そして、この判決をもとに、今度は具体的にどのような事実がそろっていれば共謀共同正犯を成立させうる「謀議」になりうるかが、下級審判例の分析をもってして可能となりうるのである。

最後に、最高裁判決の中で、有力な共謀共同正犯反対論者であった団藤博士の変説が明記された判例を補足的に紹介しておくことにする。

⑤ 最高裁第一小法廷判決昭和五七年七月一六日判時一〇五二号一五二頁——大麻の密輸入を計画したBから、被告人Aはその実行担当者になって欲しい旨頼まれたが、自らは該密輸入を実行せず、知人のCに協力を求めてBに引き合わせたうえ、密輸入した大麻の一部をもらいうける約束のもとにその資金の一部を提供した事案である。

本件においては、団藤重光裁判官の意見があるほか、裁判官全員一致の意見により実行行為に参与しないAについて共同正犯の成立を肯定した原判決を是認した。

団藤判事は、この判例において共謀共同正犯を是認する立場を採用して以下のように述べている。「おもうに、正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。」という従前の立場を展開されたりうえて、共同正犯については、単独正犯と異なり「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がその犯罪実現の主体となったものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為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、共同正犯となるものといふべきである。わたくしが、『基本的構成要件該当事実について支配をもった者―つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者―が正犯である』<sup>①</sup>としているのは、この趣旨にほかならない。」とされている。そして本件については、被告人は、「みずから大麻を入手したい欲求にかられて、本件犯行に及んだこと、また、大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその代金に見合う資金を提供していることがみとめられる。これは被告人にとって本件犯罪が自分のための犯罪でもあったことを示すものといふべく、それだけでただちに正犯性を基礎づけるには足りないとはいへ、本人がその犯罪実現の主体となったものとみとめるための重要な指標のひとつになるものといふべきである。そこで、さらに進んで、被告人が本件において果たした役割について考察するのに、被告人はBから本件大麻密輸入の計画について実行の担当を頼まれたが、自分は刑の執行猶予中の身であったので、これはことわり、自分の身代わりとしてCを出したというのである。……被告人は、単に本件犯行の共謀者の一員であるというのとどまらず、Bとともに、本件犯行計画においてCを自分の思うように行動させてこれに実行をさせたものと認めることができる。以上のような本件の事実関係を総合して考えると、被告人は大麻密輸入罪の実現についてみずからもその主体となったものとみるべきであり、私見においても、被告人は共同正犯の責任を免れないといふべきである。」と結論付けられる。

このように団藤博士も共謀共同正犯を肯定されるに至るわけであるが、そこでの重要点は共謀、特に共同犯行の意識形成にあるのではなくて、あくまでも共同実行の事実であり、行為支配説もしくは間接正犯類似説に立っての理論構成と思われる。



(2) 下級審判例における共謀共同正犯

昭和三三年の練馬事件以来、下級審判例は「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、各人の意思を移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」が認められることを共謀共同正犯の成立要件としてきたといえよう。それ故に、下級審判例は、共謀共同正犯を限定的に認定してきたわけであるが、その際の限定化の役割を担った概念こそが「共謀」なのである。そこでは、行為支配説や間接正犯類似説よりもむしろ共同意思主体説に近似した立場に立つての共謀の減縮化がはかられているように思われる。以下では、「共謀」概念に関する判例を検討するものである。

① 東京地裁判決昭和三五年七月二十九日判タ一〇八号九五九頁——Bが、強盗をしようとして昭和三五年五月二日午前五時一〇分頃、同年三月三日頃から四月一〇日頃迄の間牛乳配達員として住み込んでいた東京都内の牛乳販売店X方裏ガラス戸をあけて屋内に侵入し、同家四畳半の間において就寝していたX<sub>1</sub>およびX<sub>2</sub>の両名に対し刃渡り約二〇センチメートルの肉切庖丁を突き付け、「騒ぐな、金を出せ、金庫をあける」などと脅迫して同人等の反抗を抑圧したうえ、X<sub>1</sub>所有の現金二万円位を強奪し、その直後逃走しようとして表入口を飛び出した際右犯行を知ってかけつけたYから発見追跡され、同家の東方約百米の路上で逮捕されようとするや、これを免れるため前記肉切庖丁を握った右手で同人の手を振り払い、よって同人に対し加療約一カ月を要する左小指、環指および中指切創の傷害を負わせた事案である。

本件においては、「被告人Aは、Bからこの犯行に先立ちその情を打明けられ助力方を要求されるや、同人の犯行を補助する意思で、かつ同人に命ぜられるまま、同日午前二時頃被告人の住居において、Bが変装するのに用いるマフラ―、色眼鏡および同人が犯行時に着用する手袋一双などをさがし出して同人に手渡し、また同日右犯行の直前前

記X方店舗附近において同所まで持参した前記肉切庖丁をBに手渡し、続いてBの後に従ってX方店舗の表ガラス戸をあけて屋内に侵入して同人の犯行の意気を助けさらに持参したペンチで同家店舗内の電話線を切断し、もってBの前記犯行を容易ならしめてこれを補助したものである。」とした上で、「被告人は、判示のように電話線を切断したのち、同家の裏口に物音がしたためBに見張りをしると命ぜられて同家表口に飛び出したところ、人の来るのを見て、そのまま逃走したことが認められるほか、とった金は山分けにすると当初Bからいわれたものの、犯行後喫茶店でかいごうした際、Bから五千円しかとれなかったといわれて僅かに二千円を分与されたに過ぎないのみならず、その際さらにBから命ぜられて喫茶店における二人の飲食代金約八百円を右の二千円のうちから支払わされており、結局、終始Bに頭使されどおしであった事情をも考慮し、帮助犯と認定するのを正当と判断した」としている。

以上の如く、本件では、犯行に先立ちその情を打ち明けられた被告人が、犯行の準備や犯行の意気の助成ならびに犯行援助行為などをしており、単純な「意思連絡」や「相互的意思疎通」は十分に存在したわけであるが、判例は共謀共同正犯を認定していない。その理由は「結局、終始Bに頭使されどおしであった事情」の考慮にある。すなわち、被告人には、共同犯行の意識は<sup>(12)</sup><sub>(13)</sub>なく、Bの指示に従って被告人が消極的に関与しているにすぎないという事実を判例は認定したが故に、「共謀」はみとめられなかったのである。

② 大阪地裁判決昭和四三年一月一九日判タ二二二一号二三五頁——被告人らは「昭和土地」の店舗において、同店の従業員として不動産仲介業を営むかたわら、いわゆる競輪のみ行為により収益をあげていたところ、これを知ったXが、昭和四一年八月中ごろからしばしば右店舗を訪れて、被告人らに対し、難題をもちかけ、さらに、被告人らが競輪のみ行為の客を奪ったと言いがかりをつけて、右のみ行為による収益の一部を執ように要求したので、被告人らは、安易にXの要求に応ずることもできず、何とかしてその禍根を絶ちたいものと考えていたが、Xの態度および

び要求に対処すべく謀議した結果、被告人らと共謀してXを殺害しようとして決意するに至った。さらにXの殺害につき、共謀して、待機の場所等具体的な打合せを行つたうえ、それぞれ凶器を携え、喫茶店「シャン」に至る道路上に分散してXを待ち伏せし、これを実行し、出血失血によりXを死亡させた事案である。

本件において、被告人Aは、「謀議に際し、前記『昭和土地』の店舗内において待機し、右共謀者らの前記X殺害の意図を知らながら、被告人Cが、……X殺害の実行を共にさせるべく指示を与えるにつき、右謀議の席に出入りして右Cの命をD、Eに伝えるとともに、右両名に対し、『へたを打つなよ。』などと言ってこれを励まし、また、被告人Fに対し、『昭和土地』の店のあとのことは自分が手伝って営業を続ける旨を約束するなどして、もって右共謀者らの……犯行を容易ならしめてこれを補助し」たものであり、これらの事情を検討すると「謀議において被告人AがX殺害につき発言したと認めるに足りる証拠はなく、右謀議の結果X殺害の計画がたてられ、被告人Xにおいて右計画の遂行を了承していたとはいえ、同人が右X殺害の主謀者であったと認められないのはもちろん、右共謀を積極的に推進ないしは維持したと認めうる証拠もない。」としている。また、被告人Bについては、「被告人Bは、……謀議に際し、暫時右謀議に同席して、右共謀者らの前記X殺害の意図を知らながら、その殺害方法につき進言し、その後右謀議の間、前記『昭和土地』の店舗内において、自己の輩下の若者らとともに待機し、もって右共謀者らの……犯行を容易ならしめてこれを補助し」たもので、これらの事情にもとずき、「被告人らのX殺害の謀議の席にしばらく同席し、かつ、殺害方法につき進言などした諸事実は被告人Bの関係で当裁判所が取調べた各証拠により明らかに認めることができるが、右Bの謀議の席における進言は、二、三日おいてXの居所付近で待ち伏せしてやればどうかという趣旨の発言のみであったと認められ」るのであるとして補助犯としている。

以上の如く本件では、被告人Aは、謀議の場に同席し、殺害の意図を知悉しており、また被告人Bについては、A

よりさらに進んで殺害方法について進言しているわけであるが、判例は、「謀議」の存在は認定したものの、「共謀」の認定はしなかったといえる。すなわち、A・Bに共通していえることは、主謀者でなく、共謀を積極的に推進ないし維持した事実なしとし、さらに、Aについては謀議における殺害に関する発言の証拠がないこと、Bについては発言するも、その内容が抽象的なものであることから、共同犯行へ向けての意識の形成はなされず「共謀」は不成立とされ幫助犯の成立が認定されたのである。

③ 千葉地裁松戸支部判決昭和五五年一月二〇日判時一〇一五号一四三頁 — 共犯者A、B、C、Dが千葉銀行柏支店の現金輸送車を襲撃して現金四七〇〇万円余を強取した事案で、強取の情を知りながら自己の自動車で共犯者らを現場から逃走させた被告人Aが、強盗罪の共謀共同正犯として起訴された事案である。

本件においては、Aは「Cの依頼により一月九日、一〇日、一一日と同人及びDの両名を乗車させてC宅からイトーヨーカ堂柏店付近まで運転走行し、柏隧道上で待っていたこと、九日には喫茶店『コンパル』でCから報酬として一〇〇万円を貰える旨告げられ、被告人自身もCらが麻薬取引などの犯罪をしようと企てていることを了知していたことなどを総合すると、被告人は、本件犯行直前に、Cからの打明け話などにより、Cらが本件犯行を敢行することを認識していたものと認めることができ、この認識の下に、判示のとおりCらを乗車させて本件山林内からC宅まで運転走行して逃走させたものといえることができるが、被告人が、Cらの行為を利用して自らも強盗をする意思であったかどうかについては更に他の事実をも総合して認定されるべきであるところ、なるほど検察官の主張のとおり、本件において被告人が果たした役割は軽微なものではなく、むしろ必要不可欠なものであったこと、また、被告人が受領した金額は二〇〇万円であり、強取金額からすればさほどのものではないが、その役割分担に照らせば、それ相応の金額であるということもできないわけではないことが認められるものの、他方、被告人は前記のとおり一月一二日の謀

議、本件山林内の下見には全く参加させられておらず、常にCら三名において決定されていること、また、被告人が受領した二〇〇万円についても、本件強取金員をCら三名で三等分し、Cの取分から出されたものにすぎないこと、Cらにおいても被告人を単に逃走用車両の運転手としてしか考えていなかったことなどの事実が認められ、これらの事実を総合検討すると、被告人にCらの行為を利用して自らも強盗をする意思があったとは認め難く、……強盗幫助罪を認定した次第である。」としている。

以上の如く本件では、被告人は、犯行敢行につき認識し、また被告人の果した逃走のための車の運転行為は、本件犯行中の役割として軽微でなく、必要不可欠なものであり、さらに該る行為に対する報酬まで受け取っていることは、共謀共同正犯認定に極めて有力なものであるにもかかわらず、判例は、共同犯行の意識の客観的側面といえる事前の謀議や下見への不参加に重点を置き、犯行計画は他の三名により決定されているものと認定し、さらに、行為者の主観的な意欲についても、被告人は共犯者の行為を利用して自らも強盗する意思はないとして、同時に共犯者らも被告人を単なる逃走用車両の運転手としてしか考えていなかったと裏付けた。これらの事実から、「共謀」は認められな  
いとされている。

④ 東京地裁判決昭和五七年七月二八日判時一〇七三号一五九頁——アメリカからけん銃三二丁及び実包六九六発を輸入した事件につき、アメリカ在住の日本人Aが、知人の依頼により、密輸入用のけん銃及び実包を調達して関与した事案である。

本件については、「被告人Aは自己の利益を図る目的で本件けん銃等の調達に極めて重要な役割を果たしているの  
であって、被告人のこのような積極的な加功なしにはBの本件密輸入の各犯行もあり得なかったことは否定できない  
ところであり、被告人に共同正犯としての刑責を認めるべきであるとする検察官の主張もあながち理由がないわけでは

ない。しかしながら、(一)被告人は、Bから本件けん銃等の調達方を依頼された当初、アメリカ合衆国における永住権の取得を考えていたため、右依頼を承諾してけん銃を調達した場合に犯罪等に巻き込まれることを懸念し、けん銃を調達することについてむしろ消極的な態度をとっていたのであり、……合法の範囲内にあるけん銃等の売買に尽力する限度でこれに協力する態度をとり続け、本件けん銃等の最終的な売渡し先については何らの関心を示さなかったこと、(二)……被告人の調達するけん銃等がBによって本邦内に密輸入されるものであることを認識したものの、その後もBにおいていかなる手段、方法を用いて右けん銃等を本邦内に密輸入し、どのように処分するのについても同人に尋ねることすらせず、この点については何らの関与もしてないこと、(三)被告人がこの取引によって取得した現金二、〇〇〇ドルは究極的には本件けん銃等の密輸入による利益の中から支払われるべきものであるが、被告人としては将来反覆してこのようなけん銃等の調達に協力するつもりはなく、……Bによる密輸入の成功、不成功及び帰国後の密売による利益の多寡等には経済的な利害や関心を全く有していなかったこと、(四)……被告人とこれら共犯者との間には、けん銃等を調達して報酬を得るという経済的な関係を離れて被告人において積極的にBの本件密輸入の各犯行を成就させようと意欲するほどの緊密な人的関係は認められないこと及び、(五)昭和五三年来アメリカ合衆国で生計を立て同国の取引慣習になじんだ被告人としては、カリフォルニア州においてはけん銃等の売買が違法とはされていないところから、Bが買い付けた本件けん銃等をどのように処分するのかはB自身の問題であり、被告人には関係のないこととして安易に本件けん銃等の調達方を引き受けてしまった面があること等の事情が認められ、これらの事情を総合考察するならば、被告人において本件けん銃等の調達という重大な行為をなしたとはいっても、いまだ被告人とBとの間に共謀共同正犯の成立に必要な前記のごとき謀議が成立し、被告人においてBの行為を手段として自己の犯罪意思を実現したものとまで認定することは疑問があり、結局被告人のけん銃等の密輸入に対する加功の程度は、右けん

銃等の調達行為によって正犯者Bの各犯行を容易ならしめたにとどまるものとみるべきであり、幫助犯の成立を認定するのが相当である。」としている。

以上の如く本件では、被告人は、自己の利益を図る目的で実行行為に関与し、極めて重要な役割をはたしたにもかかわらず、判例は、被告人の関与の仕方が消極的で、積極的に密輸入を成就させようと意欲する人的関係がなく、また密輸入の成否、利益等については、全く関心を持たなかったことを認定して、共同犯行の意識を形成させるような謀議等は存在しなかったとして「共謀」を否定しているのである。

⑤ 東京高裁判決昭和五七年二月二一日判時一〇八五号一五〇頁——被告人A、Bの両名はいずれも刀剣類のブローカーをしていたが、BがAから無銘の日本刀と重要美術品認定通知書入手し、該用紙を使用して文部省作成名義の重要美術品認定通知書を勝手に作り上げ、これを利用して無銘の日本刀を、あたかも重要美術品の如く見せかけ、顧客を誤信させ、金員を騙取した詐欺の事案である。

本件においては、Aは、Bに日本刀と通知書用紙を売渡した際に、Bがそれらを用いて他人を欺罔し金員を騙取するであろうことを十分認識していたものの、その欺罔の相手方や方法などについては何も聞かなかった。

そして、被告人Aについてみれば、「同人が日本刀や重要美術品認定通知書用紙をBに売渡し、右日本刀を重要美術品として認定された刀であるかのように装うことをBに勧めるなどし、本件各詐欺の犯行の実現につき相当程度寄与していることは明らかであるけれども、各詐欺罪の実行行為そのものを分担したものと認められず、またBとの間で各詐欺の犯行につき共謀があったと認めることも困難というべきである。」とし、「いわゆる共謀共同正犯の要件である共謀が成立したとい得るためには、単に他人が犯罪を行うことを認識していたというだけでは足りず、二人以上の者の間において、互いに他の行為を利用して各自の犯意を実行しようとする共同意思が存在していなければな

らないと解される」(最判昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁——練馬事件参照)として、Aについては、「Bが欺罔しようとする相手方や欺罔の方法、時期などについては何も聞かず、日本刀などを売渡したほかはBの犯行につきなんら介入、関与せず、Bから事後報告もうけていないし、騙取金員の配分もうけていないのであって、これらの諸点からすれば、AにBの行為を利用し同人と共に詐欺罪を行おうとする犯意があったとは認め難いものといわなければならない。」またAは、「本件において売渡した日本刀などの代金を取得するためにも、Bの犯行が成功することを望んでいたものと認められる。しかし、そのことを考え合わせても、AにBとの共同犯行の意思があったものとみることができない。」と判示して、共同正犯を認定した原判決を破棄して、Aにつき詐欺罪の幫助犯を認定した。

以上の如く本件では、被告人は犯行を十分認識しており、各詐欺行為の実現に相当程度寄与している事実が存在するが、被告人の関与の仕方が消極的であり、欺罔の相手方や欺罔方法、時期につき聞いておらず、Bの詐欺行為には何らの介入、関与を行っていないし、騙取金員の配分もうけていないことは、判例をして共同犯行の意識たる「共謀」が形成されなかったものとの事実認定をなさしめたものと思われる。

⑥ 大阪地裁判決昭和五八年一月三〇日判時一二二三号一四一頁——被告人Aは、Bからけん銃及び実包をタイで買い付けて日本へ密輸入して売りさばく計画をもちかけられて協力を求められたところ、自己が執行猶予中のものであったことから、実行担当者となることはできないと考えて、知人Cを「運び屋」としてBに紹介して両名の間を取り持ったほか、Bから右けん銃等の買付資金を調達するために持ち込まれた融通手形の割引・換金を行い、B・Cがけん銃等密輸入の目的でタイに渡航するための航空券を手配した事案である。

本件については、「被告人が本件けん銃等の密輸入に関して行った具体的行為のうち主なものは、(一)BとCの間を



取り持って両名がけん銃等の密輸入の話合いをする機会を作ったこと、(二)帰国後BからCへの連絡を取り次いだこと、(三)Bが入手した融通手形の割引を金融業者に依頼し、その割引金をCを介してBに届けたこと、(四)BとCがバンコク市へ渡航するための航空券を手配したところ、これらはB及びCが行ったけん銃等の密輸入に対して少なからざる役割を果たしており、被告人のかかる協力によって右両名の犯行が円滑になされたことは明らかである。しかしながら、本件けん銃等の密輸入を計画し、主導的な立場に立ってこれを積極的に推進したのはBであること、被告人とB及びCとの地位関係ないし間柄は前記認定のとおりであるところ、被告人の前記(一)ないし(四)の各行為はいずれもBの依頼に基づくものであり、その動機は主として同人への義理を立てることにあつたのであつて、本件けん銃等の密輸入計画に対するある程度の協力はするが、自ら進んで積極的に関与しようとはしないというものであつたと見られること(密輸入するけん銃の数量、密輸入の具体的方法、密輸入したけん銃の処分方法等について、なんらBに対して質問していないこと、前記のとおり融通手形の割引金の中からBに対する立替金をいち早く差し引いたことなどは、右密輸入計画に対する被告人の非積極的態度の現われである。)前記(三)の資金調達面での協力に際し、被告人が自己の資金を拠出することが予定されていたか否か、裏書による法律上の責任はともかくとして事実上どの程度の危険を負担する立場であつたかは必ずしも明らかでないことなどの諸点を併せ考えると、本件においては、被告人の前記各行為によってB及びCが行ったけん銃等の密輸入が円滑かつ容易になつたとは言いえども、いまだ被告人において右Bらと、右密輸入へ向けての共同意思の下に一体となつて、同人らの行為を利用して自己の意思を実行に移すことを内容とする謀議を遂げたと認定することはできないものといふべきである。」としている。

以上の如く本件では、被告人の行為によりけん銃等の密輸入が容易になつたのであるが、密輸入の計画につき主導的立場に立ち、積極的に推進したのはBであり、被告人はBに対する義理から消極的関与にとどまり、銃の数量、密

輸入の具体的方法、処分方法等につき何ら質問していないことからすると、「共謀」といいうるほどの共同意識が存在したものと認定できない。

⑦ 大阪地裁判決昭和五八年二月一五日判時一一二三号一四五頁——暴力団B組とX組が対立抗争状態にあつたところ、大阪市内のB組系C組の組員である被告人Aが、舞鶴市内のB組系D組の組員E・Fから大阪市内のX組系の組事務所を襲撃する計画を打ち明けられ、大阪市内の地理に不案内の両名を連れてX組系の組事務所約一〇か所を案内し、これに基づいて右両名が襲撃対象をX組系Y組と決定し、更に、犯行当日右両名をY組事務所まで案内したが、Eによる犯行自体は、けん銃が不発に終わったため、殺人未遂にとどまった事案である。

本件については、「被告人AおよびE、FはいずれもB組配下の組員であつて、対立中のX組に対する襲撃のため、被告人は、Fの依頼に基づき大阪市内のX組系事務所約一〇か所を案内してその周辺の状況等を説明したほか、犯行当日も本件犯行現場付近までEらを案内しているなど本件犯行遂行のため軽視できない役割を担っていること、また、『わしも一緒にかち込みに行かせてくれ』などと発言していることなど被告人が本件犯行につきEらと共謀していたことを窺わせるような事実も存在している。しかしながら、被告人らはいずれも同じ組系列下に属するとはいえず、EおよびFの所属するD組が直接X組支配下の組員により襲撃を受けたのに対し、被告人の所属するC組ははまだ襲撃を受けておらず、Eらの報復手段としての本件犯行に積極的に加担する理由が十分でなく、加えてC組組長はB組内でもいわゆる和平派であつて、被告人ら配下の組員に対しX組との抗争に関して一切動いてはならないなどの指示を出していたなど、被告人としては表立った行動が取りにくい状況であつたこと、被告人に対するFらの依頼内容は、当初から一貫して大阪市内の地理に不案内の同人らを案内してX組系の組事務所の所在を教えてもらいたい、というにあり、その後も本件犯行に至るまで同人らは被告人がこれ以上本件犯行に関与するのを明白に拒否し、被告人も当

時自動式けん銃一丁を隠し持っていたにもかかわらずこれを本件犯行に使用することなく終り、また本件犯行に至るまでこれを使用するようFらに申し出た形跡もなく、更に、犯行当日、Fらにおいて襲撃の対象をY組事務所と決めたことに対し、同組組長がB組系G組組長と兄弟分の盃を交していることなどを理由に難色を示していることなど、被告人およびF、Eの双方について本件犯行を互いに共同して実行しようとの積極的な意思の存在を否定させるような事情の存することなどの事実を総合すれば、被告人が同系列の組員からの依頼を断り切れず、案内程度ならよいと考えて大阪市内の地理に不案内の同人らを案内し、同市内のX組系の組事務所の所在を教えた、との被告人の当公判廷における供述にはむげに排斥しがたいものがあり、被告人が本件殺人未遂の犯行を行うためEらとともに共同意思の下に一体となって同人らの行為を自己の手段とし、よって犯罪実行に及んだとまでは認めがたい、といわざるをえない。」とした上で、「被告人が盛んに『わしも一緒にかち込みに行かせてくれ。』などと発言していたとの点については、……被告人の右発言が、果たして被告人の真意に出たものかどうかには、少なからず疑問があり、……その他検察官の主張する諸事情は、いずれも信用性に疑問があるか、あるいは被告人の共謀を認定するのに不十分であり、他にこれを認めるに足りる証拠はないから、結局共謀の点はその証明が十分でなく、被告人の刑責は、従犯にとどまると解するのが相当である。」としている。

以上の如く本件では、被告人は犯行遂行に軽視できない役割を担っており、発言には犯行につき共謀をうかがわせる事実が存在するのであるが、被告人が本件犯行に積極的に加担する理由が不十分であり、襲撃そのものにも難色を示しており、主観的な意欲の面で消極的である。のみならず、共犯者らは道案内以上に本件犯行に被告人が関与することを拒否しており、客観的な役割も共犯者らの道案内であったことなどから、共同犯行の意識を形成したとはとうてい言えない状況である。

⑧ 福岡地裁判決昭和五九年八月三〇日判時一一五二号一八二頁——被告人Aは知人Bに誘われ名古屋から福岡へ赴き、福岡到着後直ちに暴力団関係者C、D、Eに紹介された。その後、Bらが覚醒剤取引名下に対立抗争の関係にあったXをホテルにおびき出して殺害し、覚醒剤を強取する旨の謀議をなす際にも、AはBらと行動を共にし、更にBの命を受けAは、犯行に使用するホテルの物色、予約及びXの面前で覚醒剤売買の取り次ぎ役を装うなどしたうえ、X了承の下に買手に検分させる旨の名目で覚醒剤をXのいた部屋から搬出、その直後にEが同室に入り、Xに対してけん銃で実弾五発を発射し重傷を負わせた。AはBと共に覚醒剤を持ってホテルを脱出した事案である。

本件については、「被告人Aは、判示のとおり、Xのいた三〇三号室から三〇九号室に前記覚醒剤を搬出し、さらに三〇九号室においてシヨルダーバックに右覚醒剤を入れ、これをもってBとともに松島ホテルを脱出しており、この点で、被告人が本件強盗殺人未遂の実行行為の一部を担当したことは明らかである。ところで、およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要であることは多言を要しないが、行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからである。しかしながら、実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎない(傍点著者)ことに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言うべきであって、前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形成上実行行為の一部に該当する行為を行なった場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である。」とした上で、本件において「特段の事情」が認められるか否かにつき判断して、「(1)被告人はBから騙され、知らぬ間に本件犯行に巻き込まれたも

のであって、Bらの犯行計画を知った時には、既に犯行から離脱することがかなり困難な状態にまで陥っていたものであること、(2)被告人自身、Bに対し恩義を被っていたとか、特に深い付き合いがあったとかの事実はなく、他の共犯者とも本件犯行前は全く面識がなく、本件被害者たるXに対しては何の恨みもなかったことはもとより、被害者が何者であるかさえ知らなかったのであり、また、覚醒剤自体を必要とする事情があったわけでもないのであるから、被告人には、BらとともにXに対し強盗殺人を働かねばならぬ理由は全くなかったものといわざるをえないのであって、それにもかかわらず、被告人が本件犯行に加担したのは、そうしないと自己やその内妻にも危害が加えられるおそれを感じたからであること、(3)他方、他の共犯者にとっても、被告人はせいぜいBの手下程度の者にすぎないのであって、謀議の際にも何等その役割が定められなかったし、被告人自身も行きがかり上仕方なくその場にいたにすぎず自ら進んで謀議に加わる意思があったとも思われないこと、(4)被告人に対しては、Bからも、他の共犯者からも、本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実には報酬が与えられた形跡もないこと、(5)本件犯行に際しても、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてBのその場の命令に従って、Bから言われるままに、判示の加担行為を行なったこと、(6)覚醒剤を三〇三号室から搬出した行為について見ても、それは、被告人がたまたまその時三〇三号室に居合わせたから、Bが被告人に対し右搬出を命じたにすぎないのであって、……右搬出行為が被告人によって行なわれること自体にさほど重要な意義があったとも認められず、本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられないこと、などの諸事情を窺うことができるのであって、これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Bら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない。……被告人は幫助の意思で判示の幫助行為を行なったものと認められる」としている。

以上の如く本件では、被告人は強盗殺人未遂の実行行為の一部を担当したと認定されたにもかかわらず、「共同実行の意思」を欠くとして共謀共同正犯不成立としている。そこではまず、行為者が実行行為の一部を分担する際に、共同実行の意思が問題にならないのは、実行行為の一部分担の事実から「通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるから」とし、「実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎない」として、共謀共同正犯の本質は、まさしく「共謀」事実にあるとしている。そしてさらに、共同実行の意思が不存在の時には、たとえ実行行為の一部に該当する行為をなした時であっても、共謀共同正犯は成立しないとされている。このような前提のもとに判例は、被告人はBに騙され、知らぬ間に犯行に巻き込まれたものと認定し、また被告人は、被害者が何者であるかさえ知らなかったこと、犯行への加担は離脱が困難であったことなどの事実から、被告人の犯行への関与は主観的にも客観的にも消極的なものであったとしている。このことは、他の共犯者にとっても、被告人は、自いぜいBの手下程度の者にすぎず、またその役割も定められなかったことから明白である。そして、被告人は、自己の意思に基づいて行動したのではなく、すべてBの命令に従って行動したのであり、また報酬についても何の約束もされず、また与えられなかったのである。このような事実からすれば、被告人の為した行為が、結果として犯行にとって不可欠のものとはいえ、共謀共同正犯の核心である「共謀」が存在していたとはとても言えず、共同犯行の意識の形成された事実は存在しないといえよう。

⑨ 名古屋高裁判決昭和五九年九月二一日判時一一五二号一七八頁——ヨットスクールの手伝いをしてきた被告人Aが、「新人迎え」と称して、他の者と共同して、親が右スクールに入校させることを希望する訓練生を、その自宅まで迎えに行き、無理矢理自動車に押し込んで、ヨットスクール合宿所に連行したうえ、格子戸付き押し入れ内に監禁した事案である。

本件においては、「被告人Aは……かねてから、戸塚ヨットスクール合宿所に入入りして、同スクール関係者から説明を受け、あるいは自ら体験見聞して、同合宿所における訓練生への訓練方法の实情、あるいは同合宿所内の設備構造、とくに本件のようないわゆる『新人迎え』における同新人に対する処遇の概要、監禁場所の状況などを知悉していたこと、などの事実が認められ、右事実によれば、被告人は、原判示各事実のうちX及びYを不法に逮捕して各自動車内及び前記合宿所に同人らを閉じ込め、原判示の各期間共犯者らにおいてそれぞれ同人らを右合宿所及びその付近において終始監視するなどして監禁したこと並びにXに対する逮捕監禁に際してBが行った右暴行により顔面切創の傷害を負わせたことについては、被告人の犯意及び共謀を認めることができるから、被告人は右事実につき共謀共同正犯としての責任を負うものと解するのが相当である。」とし、さらに、「各被害者を右合宿三階の押し入れに入れて施錠し監禁した点につき、……被告人もこれを認識し認容していたと認めるのが相当であるから、原判示各共謀者のうち被告人以外の者によって行われた各被害者に対する監禁行為についても被告人が共謀共同正犯としての責任を負うと解すべき」とした上で、「しかしながら、原判決書によると、原判決はさらに原判示……におけるXに対する傷害の点についても、被告人の加わった前記共謀に基づく行為である旨認定しているものと解されるが、前記認定事実とくに被告人の同スクールにおける立場、Dコーチ等が被告人に依頼し、被告人が了承した内容等を総合すると、被告人とD、B及びE等との共謀の内容をなす被告人の犯意は、Xを逮捕連行して相当期間右合宿所に監禁することはもとより、監禁行為を遂行継続するために通常予想される有形力の行使を含むものと認めるのが相当であるといえ、それ以上に、被告人が、右監禁行為に随伴するものとして通常認識予見し得ないような暴力及びこれに起因する傷害についてまで右共謀による責任を認めるのは相当でない。そして、証拠によれば、……以後右兩名に對する監視行為には全く関与していないばかりか、被告人が帰宅した後の右兩名の動静について全く関知せず、連絡

も受けていない実情にあり、……被告人にとって同月七日のXに対する前記暴行及びこれに起因する傷害は本件監禁行為に当然随伴するものとして認識予見し得る範囲を逸脱したものであったと認めるのが相当である」として原判決を破棄自判している。

以上の如く本件では、被告人は監禁場所や方法につき知悉していたことから、被害者に対する逮捕監禁に際しての暴行およびそれにもとづく傷害については共謀共同正犯の責任を負うとしたが、監禁行為を遂行継続するために通常予見し得ないような暴行及びこれに起因する傷害についてまで共謀による責任を認めるのは相当でないとするもので、今まで掲げた判例と異なり、「共謀」の射程範囲を画するものとして興味深い。共謀共同正犯においては、一般論として共謀の有無を問題としがちであるが、まさしく問題となっている侵害行為に関して、「共謀」関係が認定できるかが問題なのであり、そしてさらに、侵害行為につき共謀関係が認定されたとしても、その結果についてまで共同正犯の責任を負わしむるかが共謀の射程の問題であるといえよう。この考え方は、後に記述する共同正犯における行為共同説、犯罪共同説ともかかわりをもつものであると思われる。

⑩ 札幌高裁判決昭和六〇年三月二〇日判時一一六九号一五七頁——被告人Aは、かつてBから自衛隊試験問題を入手し不正確合格したことがあったが、これを契機に両名は親しくなり、AはBから幹候試験希望者がいるならば試験問題のコピーを売りつけてほしいと依頼され、数回にわたり、コピーの入手希望者をつのり、これをBに伝えた。Aは、これら希望者らにBが窃取した試験問題のコピーを渡し、その謝礼として合計一四〇万円を受け取り、そのうち約一九万円を自分のものとし、残りをBに渡したもので、第一審判決は共謀共同正犯とした事案である。

本件においては、「Aは、Bらのこれら試験問題の入手源について詳細な説明を聞いたことはなく、単に陸幕関係者から送られてくるなどといわれたことがあるだけであり、そのため、Aにおいては、Bが直接又は同人と意思を相



通じた陸幕の係官などが試験問題保管場所などから試験問題をその管理者の占有を侵害して盗み出してくるものであろうという程度の認識をもっていただけにすぎないこと、AがBに対し、試験問題のコピーの入手を依頼するときには、各試験問題の必要科目を告げるなどしていたが、それ以上窃取の具体的方法などについて、Bとの間で相談、打合せ、謀議などをしたことなく、Bから窃盗の遂行について協力を求められたりしたこともない」と認定するとともに、「Aにおいて、自身で試験問題を盗み出そうという考えをもったことはなく、Bに対して試験問題のコピーの売りつけを斡旋してやることによって、Bの各試験問題の不正入手を助言することになると考えていたが、Bと共同で右各試験問題の窃取を続けてきたというような意識は全くなかったこと、Bにおいても各窃盗についてAと共同して窃取しているという意識はなかったことなどを認めることができる。

このような事実関係に照らすと、AはBの各試験問題の窃盗に際し、Bに対し、そのコピーの入手希望者を紹介し、かつコピーを売りつけることを約することによりBの各窃取行為を容易ならしめ、助長したといえることはできるが、AとBとの間で窃盗自体について共謀が行われ、これによる共同意思の実現としてBらが各窃盗を行ったとみることはできない。」として、原判決中、被告人両名に関する部分を破棄して、Bの窃盗行為を容易ならしめたもので幫助犯であると認定した。

以上の如く本件では、被告人の行為はBの窃盗行為に少なからず寄与しているわけであるが、被告人は試験問題の窃盗の具体的方法につき相談、打合せ、謀議を行なっておらず、また窃盗の遂行につき協力を求められたりしたこともなく、客観的にみて窃取そのものへの関与は皆無といつてよく、また主観的にも共同で窃取を続けてきた意識は全くないのである。本件では、共同実行は勿論のこと窃取行為についての「共謀」も認定できない場合である。もつともこのような被告人の行為についても、何らかの因果関係を結果に及ぼしていることは確かであるといえよう。<sup>14</sup>

### (3) 小括

以上検討してきたように、大審院から最高裁に至るまで、判例は終始共謀共同正犯を一貫して肯定してきていることは明白である。しかし、昭和三三年の練馬事件を契機として、判例は共謀共同正犯の形態についての明確化、限定化をはかろうとしてきた。この傾向は特に下級審判例において著しく、前掲の判例群はその典型ともいえる。これらの下級審判例については、共通して共同正犯成立要件における「共同実行」の等閑視的観点が見うけられる。すなわち、被告人の果たした役割については、「本件犯行中の役割として軽微でなく不可欠なもの」とか「実行行為に関し、極めて重要な役割をはたした」などの認定にもかかわらず、実際上は、「共謀」なしとして共謀共同正犯の成立を否定しているのである。たしかに、共同実行の有無については、犯罪行為全体から観察してその重要性を決する必要性があるが、少なくとも既述の判例については、実行行為の遂行に不可欠なものとの認定が十分に可能なものばかりである。それ故に、判例が共謀共同正犯を認定する際の重要なメルクマールとしているのは、まさしく「共謀」という客観的事実なのである。これに対して学説は、構成要件該当の実行行為の一部を分担するものがまさしく共同正犯との理論構成から、実行行為につき全体的考察をなすこと<sup>15</sup>によって拡張できうる限度でのみ共同正犯の責任を負うものと考えている。そこでは、共謀共同正犯は、「実行行為の分担者とはいえないとして排除される者についても、なお共同正犯をみとめようとするもの<sup>17</sup>」として把握されることになる。他方、共同正犯における実行行為につき、犯罪実現について、「重要な役割」を果たしたことが必要とする考え<sup>18</sup>方では、結果発生への危険性として「共謀」を考察することにより、共謀共同正犯肯定論へと向かうことが可能である。そしてさらに、下級審判例⑧のように、共謀共同正犯——否、さらにすすんでは共同正犯についてさえ——の特色は、結果発生への危険性の徴憑である共同実行意思（「共謀」）にあるのである。そこでは、実行行為の一部分担の事実は、単なる共同実行の意思の推認にしかすぎず、

「共謀」の判断材料でしかないのである。それ故に、客観的には実行行為にあたるような行為をしながらも、幫助として認定した⑧の判例や横浜地裁川崎支部判決昭和五一年一月二五日判時八四二号一二七頁や横浜地裁判決昭和五六年七月一七日判時一〇一一号一四二頁は、妥当なものといえよう。<sup>19)</sup>そして、このように共謀共同正犯においては、まさしく「共謀」こそがその本質であるが故に、前掲の判例群は、「共謀」としての共同犯行の意識の事実の認定に慎重であり、またその具体的基準を模索しているといえよう。

共謀共同正犯は、判例により生成、発展されてきた理論であり、それは当初あまりに広汎な概念として登場してきたが、種々の学説による批判を経て、現在、より制限的な形式で定着しようとしている。このような現段階こそ、判例の限定化の方向を確固たる理論付けにより安定化させることが急務と思われる。それには、今日までなされてきた共同正犯の本質、すなわち行為共同か犯罪共同かにまで遡って、「共謀」の意味を吟味し、共同正犯のあるべき姿を考察する必要があるように思われる。

(注記)

(※) 以後判決文上「——」は共謀共同正犯成立要因、「……」は共謀共同正犯不成立要因の記述を示すものである。

(1) 大審院判決明治二八年二月一九日刑録一輯一五卷八九頁、大審院判決明治三〇年五月六日刑録五輯五卷七頁、大審院判決明治三二年六月一日刑録五輯六卷一頁、大審院判決明治四一年三月三一日刑録一四輯三四三頁などが同様の趣旨である。

(2) 恐喝罪については、大審院判決明治四四年一〇月六日刑録一七輯一六一九頁、大審院判決大正一一年四月一八日刑集一卷二三三頁などがあり、この他にも誣告罪や偽造罪についても、この理論を採用して共謀共同正犯を判例は認めている。

参照、大審院判決明治四三年五月一九日刑録一六輯八八六頁、大審院判決大正四年三月二日刑録二一輯二一二頁等。

(3) この考え方に立った判例として大審院判決大正三年六月一九日刑録二〇輯一二五九頁がある。そこでは「被告ノ行為ハ止タ窃盗罪ノ実行ヲ謀議シタルニ過キス果シテ其実行行為者若クハ之ニ密接且必要ナル行為ニ加担シタル事実ニ該当スル

ヤ否ヤヲ確認スルニ足ラサルニ拘ハラス原判決カ輒ク被告ノ行為ヲ以テ窃盜ノ実行正犯ニ間擬シタルハ理由不備ノ違法アルモノ」としている。

(4) こういった傾向を示す判決として、大審院判決昭和六年一月九日刑集一〇卷五七四頁、大審院判決昭和八年二月二日日刑集一二卷九二頁、大審院判決昭和九年二月二日日刑集一三卷一七九七頁などがある。

(5) 齊藤金作「共謀共同正犯」総合判例研究叢書刑法(2)一一頁。植松正「共謀共同正犯」『刑法講座四』一〇六頁。

(6) 同旨、中義勝『間接正犯』一八六頁。夏目文雄『共謀共同正犯の理論』の批判的検討(Ⅰ)』一六頁。

(7) 最高裁判決昭和二三年三月一六日日刑集二卷三三〇頁、最高裁判決昭和二三年七月二〇日日刑集二卷八号九九七頁等。

(8) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(昭和二五年)二〇四頁以下。滝川幸辰『改訂犯罪論序説』(昭和二七年)二三五頁以下。木村亀二『刑法総論』(昭和三四年)四〇六頁以下。

(9) 本田正義「共謀共同正犯の立法化」『現代の共犯理論』(昭和三九年)一九三頁以下。

(10) 同旨、西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」『現代の共犯理論』一五四頁。

(11) 団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』(昭和五四年)三四七―八頁。

(12) 最高裁判決昭和二四年二月八日日刑集三卷二号一一三頁、最高裁判決昭和二五年一月一五日日刑集四卷一一号二三〇九頁参照。

(13) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)三三九頁以下参照。また、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)二八四頁における「合意」も同一のものと考えてよいであろう。

(14) 以上の検討してきた判例の他にも共謀共同正犯の成立を否定した下級審判例は多く、近年でも浦和地裁判決昭和五〇年一月二九日判時七九五号一一二頁、東京高裁判決昭和五〇年二月四日東京高裁時報二六卷二号一九頁、東京高裁判決昭和五〇年一月二六日東京高裁時報二六卷一―号一九六頁、横滨地裁川崎支部判決昭和五一年一月二五日判時八四二号一二七頁、大津地裁判決昭和五三年二月二六日判時九二四号一四五頁、横滨地裁判決昭和五六年七月一七日判時一〇一一号一四二頁、大阪地裁判決昭和五六年五月三〇日判時一〇二三号一一頁などがある。

(15) 滝川・前掲(8)書三三三頁、佐伯千仞『改訂刑法講義(総論)』(昭和四九年)三六三頁、団藤重光『刑法綱要総論』

- (改訂版)』(昭和五四年)三六九頁。
- (16) 小野清一郎『新訂刑法講義総論(三版)』(昭和二五年)二〇五頁。
- (17) 中山研一『刑法総論』(昭和五七年)四六六頁。
- (18) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三九八頁。
- (19) 中山・前掲(17)書四八四頁は、これらの判決に反対である。