

共謀概念の性質

山本 雅子

- I はじめに
- II 検討
 - 1、共犯学説としての共同意思主体説
 - 2、二つの見解の対立
- III まとめ

I はじめに

「共謀共同正犯」は、大審院以来、判例上にその成立・定着・拡大をみせつつ、現在では学説でも広く受容されるに至っており、肯定説が通説となっている。しかし、そのような状況の中でも、理論上は依然として様々な論争が継続しており、特に、正犯とは何かという根底的な問いから生ずるところの否定論はなお展開されている。又、共謀共同正犯肯定論も、共謀共同正犯に関する理論史が示すように、個々の見解は、立論の様相自体まことに区々、肯定説という結論を除いて、共通性をもたない。故に、論理展開のあり方も一様ではなく、相互に噛み合わないところも多く見られる。

そこで、本稿では、少なくとも基本的に同一の枠組み内での、一つの概念を巡る見解の相違に着目し、論点をそれに絞って検討の対象にすることとした。共同意思主体説という共通の立場から主張される、共謀に関わる主観説と客観説の対立がこれである。このことは昨今の判例における共謀

の認定の拡大と無関係ではない。共謀共同正犯論は長い歴史をもつ。その間、判例にも変容はあるし、それを理論化した共同意思主体説も学説としての進展をみせて今日に至っている。「共謀」概念はその状況下に置かれている。

本稿は共同意思主体説の立場からの、「共謀」に関する一つの検討に止まるものであり、共謀共同正犯論を広く展開するものではないし、共同意思主体説をあらためて主張しようとするものでもない。故に、この理論、学説そのものへの批判論、否定説は検討の対象ではない⁽⁴⁾。ここで筆者が意図したことは、共同意思主体説の圏内で現在みられる一つの理論状況を、出来るだけ外部へ発信するということである。

以下、IIの1では共同意思主体説自体の共犯学説上の位置づけを検討する。2では、共謀概念につき、共同意思主体説を基礎とする共謀共同正犯肯定論内部で当該概念の本質に関わる見解の対立がみられることを取り上げ、その検討の中から「共謀」概念のあり方を探ることとする。具体的に検討するのは西原説（客観説）と立石説（主観説）の対立状況である。本稿の直接のテーマである。

1、2を通して、本来、草野説として知られる共同意思主体説では共謀は如何なる概念で捉えられたか、特に、共同意思の形成ということと共謀とは如何なる関係にあるのかを念頭に置いた。そのことにより、少なくとも共同意思主体説に与する限りでの本筋が見えてくるのではないかと考えたからである。IIIで一応のまとめを述べる。

II 検討

共犯に関する最も基本的且つ伝統的な対立は共犯独立性説と共犯従属性説のそれである。この対立は犯罪の本質を巡る、新・旧両学派の争いに依拠するものであり、突き詰めれば、共犯規定不要論ないし否定論へと通じる問題となるところから、いわば、共犯論を超える範疇に属する。本稿は

現行共犯規定を前提として論ぜられるものであり、その限りにおいて、各共犯規定の文言上でも正犯概念の存在が共犯成立の論理的前提になっていると解するので、共犯従属性説の下での論述となる。上記の対立にまで立ち返っての論及はしない。但し、根源において共犯独立性説を是とする見解であっても現行規定の解釈論としては共犯概念から自由ではありえない。そこで、例えば、共犯とは数人が共同して犯罪をなすことであるが、何を共同にするのかと言えばそれは事実としての行為である⁽²⁾、という捉え方がなされ（即ち、犯罪共同説のように特定の犯罪に収斂される共同ではない）、行為共同説という共犯論へと移相していくのである。故に、行為共同説は、本来、共犯規定を必要としないはずの共犯独立性説による、現行規定との融合的共犯理論であるといえる（ここでは、拡張的正犯概念が採られ、狭義の共犯は刑罰縮小原由としての意味付けしか与えられない）。但し、近時の共犯論では、いわゆる共犯の処罰根拠という観点から、因果的共犯論に代表されるように、上記の意味での行為共同説の主張と何等異なるところの無い見解をみるのである。このように、共犯論も立脚点が分化してきており、行為共同説と犯罪共同説の対立も、現在、共犯論全域に関わるとする伝統的な考え方から、例えば、共同正犯論の内部における対立であるとするような捉え方⁽³⁾まで包摂して、広範である。

猶、このように学説同士が錯綜する原因の一つは、共犯規定の中での共同正犯規定の特異性にもある。共同正犯はその規定上「正犯」とされるところから、正犯性と共犯性を併せ持つものである。その点において、教唆犯・従犯（狭義の共犯）とは異なる。そこで、前者につき、その正犯性を重視する立場からは、共同正犯と狭義の共犯は、これを区別し、別個の理論立てが試みられる。共同正犯のみ従属性から外す方法論である。これに対し、共犯性を重視する立場からは、共同正犯は共犯であり、教唆犯・従犯と共通する理論をもって扱われる。共同意思主体説はこの後者の共犯論である。

本稿においては、草野説を念頭に置き、行為共同説、犯罪共同説、共同

意思主体説の関係を共犯論全体に関わる共犯学説の対立として捉える。共同意思主体説をそのように共犯学説の一環をなすものとして位置づけることから、教唆、幫助にも通底する共同意思主体に基づいた共謀概念のあり方が示されるのではないかと考えるからである。

1、以上のことを受けながら、共犯論をみるに、体系書の「共犯学説」という見出しの下では、行為共同説、犯罪共同説の二説が対比的に取り扱われることが多い（共同意思主体説がここで採り上げられることは少ない）。

両者の対立は、上述の如く、共犯は何を共同にするのかということに関するものであるが、ここでは、誰かと誰かがそれぞれの行為をする際に、そこに事実的な共同状態がみられるならば共犯とみてよいか、或いは、誰かと誰かが一定の犯罪を行うべく、あくまで当該犯罪の範囲内での共同がなければならないのか、ということが思考されるのであって、少なくとも行為主体に関しては、単に個人的に把握することが前提となっている。

行為共同説の共同は前法律的な事実行為の共同であり、結局はX人によるX個の犯罪として扱われるのであるし、犯罪共同説においては、例えば、構成要件論と結合して先ず、特定の構成要件に該当する正犯行為を単独に取り出した上で、その修正形式たる共犯構成要件が設定され、各行為のそれへの該当性が問われるのであるから、複数人で行われる共同行為も、構成要件を基準として、各個に分解された理解となるのである。このような意味で両説はその出発点から個人的共犯論であり、それぞれに、終始、その論理（単独犯原理が基本となる）が貫かれることになる。刑法はもとより本来的に個人責任を問うものであるが故に、その限りにおいて最終的には常に個たる行為者へと立ち戻らなければならないが、しかし、それは行為者が責任主体として取り上げられるに至った時のことである。犯罪主体の問題は論理的に責任論に先行する。

共犯を（ちなみに未遂犯も同様であるが）犯罪の現象形態としてみる立場からは、単独犯と共犯はあくまでも並立し、択一されるものである。単独

犯において観念される主体が一人であるのと同様に、共犯において観念される主体は当該共犯を成す集合体そのものである、とする見解をみることは極めて自然であると考えられる（共犯のこのような把握は、社会的実態としての生の共犯現象を捉える判例の立場からは特に親和性があると思われる）。ここでは集合体という一種の団体が主体として観念されるところから、このような思考は、団体的共犯論といわれ、上述の個人的共犯論に対峙する。この集合体は一定の犯罪を共同する目的の下に一体として形成され、更に、この一体化は、単なる足し算を超える特殊な社会的心理的現象⁽⁴⁾（単独ではなし得ないことでも、共同することによって勢いつけられて可能となる心理現象）を生むものであるので、これを各個人に分解することは共犯現象の自己破壊であり、してはならないのである。全員が、意思連絡の下に一体となって当該犯罪に向けられた合一意思を共有するという意味での共同意思主体である⁽⁵⁾。共犯とはこの共同意思主体の活動であるとする共犯論が共同意思主体説である。ここでは、単独犯原理ではなく、独自の共犯原理が展開される。即ち、共犯者の行為は、それぞれ単独に把握されるのではなく、全体構造の中での相互の関係性が、謂わば、有機的に捉えられる。その中で、「役割の重要性」というような見方が可能となるのである。

ところで、この共同意思主体説の共犯学説としての位置づけについては、共同意思主体説の内部でも二通りの捉え方がみられる。先ずはその点について論じたい。

一説は、共同意思主体説を犯罪共同説の中の一態様理論とみる。西原博士によれば、小泉博士、植松博士がこのような立場である⁽⁶⁾。他の一説はそれ自体独立した固有の共犯学説とみる。本説を創唱された草野教授の学問的系譜は早稲田大学と中央大学に存在するが、固有の共犯学説としての共同意思主体説の継承も例外ではない。それを早稲田大学で祖述・発展せしめられた齊藤金作博士、その系譜上に岡野博士がおられる。また、中央大学で継承・展開された下村博士からは立石教授へと繋がれてきてい

る⁽⁷⁾。

早稻田系列では、西原博士、曾根教授の見解を見なければならないが⁽⁸⁾、西原説は、私見に拠れば、むしろ、小泉説、植松説と同様の思考である。共同意思主体説的な考え方は基本的にこれを支持するとされるが(前掲注6『総論』376頁参照)、犯罪共同説の内部理論であり(同書374頁参照)、「犯罪共同説の中にありながら、共犯者が責任を負うべき実態の存在構造を明らかにし、これを強調した学説と考えるべきである」(同書375頁)と特記されている⁽⁹⁾。曾根説は、独立した共犯学説としての位置づけをされ、その上で、これを適切な見解であるとされるが(注8『総論』272頁参照)、共同意思主体説の適用範囲を実行共同正犯に限定され(あくまでも個人責任の原理と共同正犯の正犯性の要請から、一部実行の存在を必須とされる)、共謀共同正犯を認められないことで、独特の見解となっている(同書283頁参照)。

さて、共同意思主体説の位置づけに関してもこのような二通りの見解が生ずる背景として、共犯論の対立軸が二種類存することが挙げられる。一つには共犯独立性説と共犯従属性説のそれがあり、この軸で捉えるならば共同意思主体説は後者に属する(前掲注4草野説参照)のであるから、即ち、「行為共同説」対「犯罪共同説、共同意思主体説」という構造になるが、これに加うるにいま一つ、個人的共犯論と団体的共犯論という対立軸を以てするならば、構造は変動し、犯罪共同説と共同意思主体説は袂を分かち、「行為共同説」対「犯罪共同説」対「共同意思主体説」となるということがある。つまり、共同意思主体説は団体的共犯論という独自性を以て他の二説に並び得るのである。しかし、共同意思主体説と犯罪共同説に関しては、これが同根の学説であり、その主張に共通するところがあることから、問題を共有している点も否定できない⁽¹⁰⁾。

共同意思主体説は、もともと、判例による共謀共同正犯論を契機に展開された理論であるから、共同正犯に関するものであったことは否定できない。しかし、草野教授はこれを共犯全体に及ぶべき理論として構築され

た。例えば、『要論』において、「教唆は教唆者と被教唆者とより成る共同意思主体成立上の過程行為であって、被教唆者の教唆を応諾することに因りて共同意思主体が成立し、而して被教唆者が実行行為に出づることに因りて始めて共同意思主体の活動があることになる」(127頁)、「教唆犯の成立上の従属性を認むることは、前述の如く、共同意思主体説を採る以上は当然のことで、何も教唆犯に限ったことではないのである」(130頁)、従犯の成立に関し、「吾人の如く共犯論に共同意思主体説を採る以上、相互認識を要するものと解さねばならぬ」(133頁)等、明白な記述をみることができる。即ち、この、共犯学説として独立した共同意思主体説にこそ、草野教授の創唱になる学説とされる根拠も見出されるのである。

この点に関し、岡野博士は以下のように明快に述べられた。曰く、「共同意思主体説は、本来、共同正犯に関して展開された学説であるが、教唆犯・従犯にも妥当するかが問題となろう。異心別体が同心一体となって共同意思主体を形成し、その活動を共犯現象と解するとき、それはまさに共同正犯の場合に当てはまる。『一部行為の全部責任』の法理の働かない教唆犯や従犯の場合、共同正犯の場合のように共同意思主体の活動として論ずる意義は乏しいようにも思える。しかし、本説の基本的思考は教唆犯・従犯に対しても種々の影響を及ぼすものであるから、とくに共同正犯に限定する必要はない。このこととも関連するが、共同意思主体説は犯罪共同説の一部(一つの適用)として位置づける見解がある(植松、西原)。たしかに、共同正犯を除くと、多くの問題について両説ではほぼ同じ結論の生ずることは事実である。その意味では、両説は基本的には同一思考といえないことはない。しかし、共同意思主体説は、個人的共犯論に立脚するものではない点で、犯罪共同説とは区別されるものである。本書は、共同意思主体説を犯罪共同説、行為共同説と並ぶ第三の学説として位置づける⁽¹¹⁾」と。

オーソドックスな共同意思主体説に対する理解として、ここには十分な一般性が認められ、大方の同意を可能にするものであると考える⁽¹²⁾。共

犯とは、二人以上の者が共同して犯罪を行う場合をいう。最広義には集団犯などの必要的共犯も例外ではなく（草野教授の視界は明らかにそこにも及んでいるし⁽¹³⁾、むしろ、そこから理論化の着想を得られたとすら思われる）、広義には共同正犯、狭義には加担犯としての教唆犯及び従犯が入る。これらに共通することは、「二人以上の異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すと云ふ共同目的を実現するが為、同心一体となるの点⁽¹⁴⁾」である。この点が共同意思主体説の特色であるので、犯罪共同説の一態様として把握することは正しくない。共同意思主体説は、共同正犯に固有の学説ではないからである。共同正犯のみならず、狭義の共犯にも共通する共犯理論である。即ち、共同意思主体は、共同正犯においても、正犯と教唆犯、正犯と従犯の関係においても形成される。

このことを、草野教授の叙述で具体的に確認する。

- ① まず、「特殊の社会的心理的現象を生ずる」ことを基本に置くとすれば、「一定の目的に向っての相互了解」がなければならない、とされる⁽¹⁵⁾。この「相互了解」という観念は草野説の一貫した前提となっている。相互了解という主観的な事実行為が必要なのである。
- ② 60条に関し、「二人以上共同するとは、二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体と為ることを云ふのである⁽¹⁶⁾」と。
- ③ 61条に関し、「教唆は教唆者と被教唆者とより成る共同意思主体成立上の過程行為であって、被教唆者の教唆を応諾することに因りて共同意思主体が成立し⁽¹⁷⁾」とある。更に、「教唆行為は、共同正犯に於ける通謀と同じく、教唆者及被教唆者の二人から成立せらるべき共同意思主体の設立行為である⁽¹⁸⁾」ともいわれる。

又、「二人以上の者の間に、一定の犯罪を行ふに付ての意思の合致を見るに至ったとき、始めて其処に犯罪団体が成立することになるのである。而して此の意思の合致は或は二人以上の通謀又は共謀に因ることがあり、或は一人を煽動又は教唆し、他がこれを承諾することに因ることがある。されば、通謀乃至教唆は、此の意思の合致、換言すれば、団体

成立に至るまでの対内的の行為に過ぎぬのであって、断じて対外的な行為ではないのである⁽¹⁹⁾とされる。

- ④ 62条に関し、「吾人の如く共犯論に共同意思主体説を採る以上、相互認識を要するものと解さねばならぬ⁽²⁰⁾」とある。

これらの叙述から更に、草野教授が考えられた共同意思主体というものの内容も明らかとなる。「意思連絡」(60条)と言い、「教唆」・その「応諾」(61条)と言い、「相互認識」(62条)と言い、それらは全て相互了解の実体として双方に現認される形で存在しなければならない。しかも、一定の犯罪に向けられた意思統合であるから、主観的には、当事者双方に、相手方にもその内容上異ならない意思の合致があることの認知が必要であるし、客観的には、そのような相互認識が成立していることを外部から看取できることが必要である。故に、例えば、一方の認識内容を他方が暗黙裡に了解しているというような状況は、主観的に、認識の相互性を欠くものであり、故に、客観的にも、看取さるべき実体はないのであるから、双方から一体となって共同意思主体を形成したものとは言えないであろう。教授は教唆を例に採られ、教唆犯の場合の共同意思主体の形成はその教唆行為、及びその教唆に応諾する行為により成し遂げられた意思の合致がそれであると考えられた。意思の合致に至る為には必然的にそれをもたらす行為がなくてはならない。暗黙裡の教唆や応諾は観念され得ないところであり、そのことは、共謀にも当て嵌まる事であることが上記の③から判明する。

思うに、共同意思主体は普く共犯現象自体の本質として考えられるものであるから、どのような場合に複数人の間に意思の合致があるかというその構造は広義の共犯に共通しているのでなくてはならない。草野教授の考えられた上述教唆犯の例を共同正犯に当て嵌めて考えるならば、共同正犯における共同意思主体は、共同犯行を内容とする意思連絡が成立した時に形成されたと考えられることとなる。そして、更に言えば、その共同犯行を内容とする意思連絡自体が「共謀」となるのだと考えられてもいるよう

である。

ところで、60条は、従来、実行共同正犯を前面におく正犯規定であるとされてきている。実行共同正犯は、一部であっても実行行為を行うのであるから正犯性を持つと解され、共謀共同正犯との質的相違が主張された。そのような60条にとっては、実行共同正犯が正であり、共謀共同正犯は、よくて副、若しくは例外扱いである。

私見によれば、草野説はこれとは異なる思考経路を採る。即ち、草野説では、実行共同正犯が先行していない。60条は正犯規定ではなく、共犯規定であるが故に、共犯現象として見た「共同正犯とは」が先ず問われ、それに対し上記②の答えが用意される。「意思連絡」の下に一体となるとは、共同犯行の認識もあることを意味し、これは共謀となりうる、或いは、少なくとも同根の概念なのである。言い換えれば、共同正犯の形成過程である共同犯行の認識の中で、互いに実行行為を分担し合うということが謀議される場合もあるのであって、誰がどのように実行するかは、即ち、実行共同正犯になるのか、共謀共同正犯になるのかは謀議の内容に依拠し、論理的には後続の問題である。かくして、草野説においては、二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体となったという共同意思主体成立の判断が論理的に先行するはずであり、それに先んじて実行行為性が論ぜられることはないはずであるから、実行行為という要件は共同意思主体の活動の中の、(不可欠ではあるが)部分的要素となると思われる。これを要するに、一部ではあっても実行行為を行う者は正犯性をもつとする思考は単独犯原理に立つものであり、共同意思主体説はこれと異なる共犯原理から(即ち、まずは、複数人から成る一定の犯罪実現を内容とする共同意思主体の実態把握から)出発するものなのである。

共同意思主体は共犯現象としての「違法的一時的存在⁽²¹⁾」たる数人一体性を一語で適確に言い表す為の術語である。少なくとも、此の限度においては、独立性説でない限り、共犯を表わす包括概念として受け入れられて然るべきものと考え⁽²²⁾。

さて、以上、共同意思主体説の一応の検討を経た。2においては、これを参照しつつ、「共謀」は主観的要素か客観的要素かという問題に焦点を当てて更なる検討を試みる。練馬事件大法廷判決⁽²³⁾が客観的謀議説に組み入れられて以来、この問題が長く注目されてきている。

2、共同意思主体説の中では意思性を内容とする類似語が合わせて用いられる。そこでこの説にとっては、それらが相互にどのような関係付けをされるのか、重なり合うのか、区別さるべきものなのかを検討し、整序することが必要となる。立石教授はこの点を意識的に採り上げられ、「共同意思」と「共同犯行の認識」と「共謀」の違いを次のように区別して理解される。

「共同意思」とは共同意思主体を構成するための一般的意味における意思連絡であり、共同正犯間、正犯と教唆犯間、正犯と従犯間、に存在する主観的要件である。「共同犯行の認識」は各自の実行行為とあいまって共同正犯を成立させる、共同正犯成立のための主観的要件としての意思連絡である。「共謀」は共謀者中の誰かが実行行為を行えば現実に実行行為を行わなかった他の共謀者を共同正犯たらしめるものである。共謀と共同犯行の認識との関わりについてみれば、共謀がある場合には共同犯行の認識が存在するといえるが、共同犯行の認識があれば共謀があるとはいえない。共謀には共同犯行の認識以上のものがなければならない、とされる⁽²⁴⁾。そして、共謀自体の定義を「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⁽²⁵⁾」とされている。三者は基本的に区別して取り扱われているが、しかし、ここで注目すべきは通底する意思連絡という内心的要素である。立石説では、共謀は意思連絡を内実とするものであり、主観的要素として捉えられている。

共同意思主体説にとり意思連絡ということは本質的な概念である。意思を通い合わせることなくして共同意思は形成されない。共同意思主体説が

共謀をいう時、それを意思連絡と表する場合であれ、謀議と表する場合であれ、いずれにしても主観から切り離されたものではない。このことを草野説で再度確認する。

草野教授は、共謀概念そのものの詳細な分析はされていないように思われる。むしろ、判例による様々な表現⁽²⁶⁾を「意思連絡」という用語で受けとめ、60条の解釈を理論的に突き詰めていく過程で、謂わば必然的に成り立ちうるものとしての共謀共同正犯論を展開される⁽²⁷⁾。先ず、「共同正犯とは、二人以上共同して犯罪事実を実現した者で、重要な役割を演じた者を云ふ」とされ、この、二人以上共同する、という要件を、「二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体と為ることを云ふ」と解かれて、ここで判例に則っての意思連絡の説明がなされている。「意思の連絡ありと為すには共同犯行の認識ありて互に他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せんとする意思あることを要する」が、共同というには必ずしも通謀を要さず、数人中の或る者を通じ他の者相互の間に意思の連絡があれば足るものとされる⁽²⁸⁾。又、「謀議」とされる場合もある。第二の要件である、犯罪を実行する、ということ解して次のように言われる。「ここに謂ふ犯罪を実行すると云ふは、必ずしも共同者の全部が実行行為を分担することを要するとの意味ではない。共同者の中の何人かが実行に出づることを要するとの意味なのである（共同正犯に於ける従属性）。固より実行行為を分担するは犯罪の遂行に大に与って力あるものであるから、正犯たるは勿論であるが、縦し実行行為を分担しなくても謀議に参与する者の如きは実行行為分担者に勝るとも劣らざる重大な役目を演ずるものと云はねばなるまい」とされ、その根拠を共同意思主体の活動であることに置かれる。更に、「数人共同して犯罪の実行を発意し」た者を「共謀者」とした判例を特記されてもいる⁽²⁹⁾。

この部分からは、草野説における「重要な役割」説も読み取れるのであるが、その主張の根拠も含め、共謀に関しても、それは共同正犯という共同意思主体の内部要素である。その実体が単に社会的現象としてではな

く、社会的心理的現象として捉えられ、そこに個人の意思の総和を超える特別な一体性が認められるとする以上、共謀から心理的要素を取り除くことは考えられていないはずである。

さて、このように、行為者間の意思連絡を主観的要件とする見解を「主観的謀議説⁽³⁰⁾」というとするれば、共同犯行の意識を主観的に捉えるのではなく、共同犯行の意識の形成という形で客観的要件として捉えるべきであるとされる西原説はこれに対峙する客観説である。しかし、対比的に「客観的謀議説」とは称され得ない見解であることも明らかにしつつ、両説の対立点をみる。

〈西原博士の見解〉

西原博士は「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務」(刑事法ジャーナル 2006 vol. 3)において、共謀共同正犯肯定論に立たれつつ、なお、実務の共謀共同正犯拡大化傾向に対する強い批判を示された。博士は、スワット事件として知られる拳銃不法所持罪の共謀共同正犯につき、これを認めた決定を是とされるのであるが、その後続いた一連の類似事件について共謀を認めた判決についてはこれを否定された。その立論は客観的謀議説に組み入れられるとされる練馬事件判決の意義に拠ってなされているのである。

練馬事件判決の意義として、共謀は罪となるべき事実であり、厳格な証明の対象であることを明示したことが挙げられる。当判決では、「謀議をなし」、「右のような関係において共謀に参加した事実」が要求された⁽³¹⁾。ここにおいて博士は「単なる『意思疎通』や『共同犯行の認識』といった主観的要件を超えた、謀議参加という客観的要件の具備を要請したと解するのが一般的であり、共謀共同正犯批判の強い中でその成立要件をしぼる形でこれを明らかにした⁽³²⁾」という評価を示され、当判決の判例性は、共謀共同正犯成立のためには、まさにこの厳格な証明によって立証すべき何らかの客観的態度の存在が絶対的に必要であることを示した点にあるとされる。

博士によれば、スワット事件最決においては、練馬事件と事案を異にしつつも（謀議参加の有無）、練馬判決で必要とされ、現にそこでは謀議に参加しているという事実認められた「客観的な行動」性が、本件被告人の一種の外部的行為に認められること（即ち、実質的には被告人がスワットらに拳銃を所持させていたと評しうる点を被告人の一種の外部的態度とした）、加えて、組織内でのスワットの役割、拳銃等所持を含む活動実態も極めて明白且つ恒常的であること、よって、被告人がそれを知らなかったとは言えないこと等が明確に認定されたことから、被告人自身は拳銃を所持していなかったとしても、所持する者と一体となって保護法益の侵害を実現したといえるのである。このような実態が明らかにされたことに基づき、部下の拳銃所持についての概括的認識・認容があることをもって、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といわれる。かくして、本決定が被告人の外部的態度に依拠して責任を認めた点を了承し、決定を支持するとされる。

これに対し、批判の直接対象となった、続く類似事件の判決（最判平17・11・29）においては、スワット事件とは決定的な差異が見られるにも拘らず、表面的類似性に依存し、当該事件の固有性に根ざした事実認定がなされぬまま、スワット事件決定で示された認定基準が一般化され、それに従う形で客観的共謀が認められたことを強く批判されたのである。即ち、練馬判決の「客観的謀議」説は共謀共同正犯に絞りをかける理論であり、スワット事件決定も、「外部的態度」を責任の基礎とし、認定された事実の全体像を前提に、辛うじてそこに踏み止まるものであるところ、本件ではスワット事件決定基準を直接適用する程の事実が立証されていないにも拘らず、これが安易に適用され、結果的に共謀共同正犯認定の厳密さが損なわれている。博士は実務のこのような一般化傾向に共謀共同正犯の拡大解釈化を危惧されるのである。その内容自体は具体的且つ詳細であるので西原論文を参照されたい。本稿の関心は、この西原論文で明示された共謀に関する「客観説」にあるので、以下、これに限定して論ずる。

まず、基本的な見解を『刑法総論』（前掲注6）にみる。ここでは、共謀の概念、意義が三通り紹介されている⁽³³⁾。引用が長文に亘るので、多少の省略を入れた。①共謀を意思連絡と解する立場。これが相互的意思連絡を意味するとすれば共謀共同正犯の要件としては広義にすぎる、と批判される。②共謀を謀議と解する立場。博士は謀議を客観面から把握されており、共謀共同正犯の場合、謀議が先行することが多いであろうが、謀議は教唆犯、従犯の場合にも行われることが多い、との記述から解するに、恐らく、「話し合い」という客観的行為の意味で捉えられている。その上で、「客観的に謀議に参加した者のあいだにも、その意欲、集団におけるその地位、その前後の行動に差異があり、その全員が一律に正犯として処罰するに価いする重要な役割を演じたとするものの証拠となりうるものではない。もし共謀を単なる謀議と解すると、謀議に参加したという客観的事実のみが、現になされた実行行為と並び罪となるべき事実になってしまうであろう。共同正犯の責任の基礎であるところの、共同犯行の意識とか、犯罪実現に対する重要な役割などの事実は、罪となるべき事実からはずれてしまうことになる。これは、かえって、謀議参加者を一連托生共同正犯として罰する傾向を促進するものでさえある。謀議という客観的事実を共同正犯の成立要件に持ち込めばその拡大が防げると誤信してはならない」とされ、共謀と謀議は区別されるべきであるといわれる。③共謀を共同犯行の認識と解する立場。共同犯行の意識そのものという主観的事実としてではなく、「共同犯行の意識の形成」という客観的事実としてとらえているとすれば、この見解は適切であるといわれる。なぜならば、「共同正犯の責任の基礎は、行為者の主観的な意欲、客観的な行動（謀議参加も含む）、共同意思主体の活動に対するその役割（場合によって、共同意思主体内部におけるその地位も含む）をすべて総合したものから成るのであるが、共同犯行の意識を形成したという認定をするためには、これらがすべて立証されなければならないからである。この見解が、共謀共同正犯の成立範囲を適切に、しかももっとも狭く限定するものであると考える」とさ

れ、「共謀は共同正犯の単なる主観的要件ではなく、共同犯行の意識の形成という客観的要件であり」と結論付けられる。

次いで、西原論文の叙述を併せみると、博士が捉えられる謀議概念は会議のような協議形式を内容とするものであり、故に、このような謀議の存在を要件とする必要はないとされ、「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って、それが一方に於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もっておれば、共同正犯の成立を認めることは可能だと考えたからである。練馬事件の場合には、被告人が現場に行っていないこともあり、また謀議にあたる事実が存在し、それが立証可能であったから、謀議という外部的行動を処罰の必要条件としたのであろう。したがって、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じたいに問題はない」とされた。

〈立石教授の見解〉

さて、以上のような謀議不要説とでもいうべき西原説に対し、立石教授からの反論が「共謀共同正犯における『共謀』概念」(前掲注5『諸問題』所収)の中で出された。当該論考も、西原論文とは相対する視点からであるが、最高裁判例上の共謀概念を疑問視され、拡大化を危惧して、その変更を促されるものであることが重要である。

教授はここでまず共謀の語源から説かれ、本来、主観的因子であることを明示され、共謀を「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」と定義づけられる。「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はない。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」と主張される。

〈両説の比較検討〉

両説の対立点を象徴的に表わしているのが、「謀議のない共謀共同正犯」といわれる用語である。ここに象徴的とした意味は、この論点に関しては、両説の「謀議」概念の内容が異なっている為、単純に肯定説と否定説として対比できないからである。西原説は、謀議を、きわめて狭義に形式面でのみ把握される。これに対し、立石説の謀議は、複数人間の意思疎通そのものを意味しており、実質的な主観的要素として把握されている。従って、ここで両説を同一概念についての肯定説と否定説として対比することは不可能であることを、以下で確認する(①)。そして、あらためて、「共謀」概念での対比を行う(②)。けだし、西原説では、謀議と共謀は区別されるからである。

① 西原博士が認められる謀議の存在しない共謀共同正犯でいわれる謀議は、上記の如く、教唆犯や従犯の場合にも行われることが多いとされているのであるから、まさに、外部から認知できる、会談的な協議形式そのものの意味で捉えられていることが判る。故に、謀議はそのような外形をもち、その外形で把握される客観的事実である。これに対し、共謀共同正犯の共謀はこの特定の形式に固定されるものではない。故に謀議による共謀共同正犯は他にも様々な形をとり得る共謀共同正犯の中の一態様を表わすものでしかない。謀議という形式をとらない共謀共同正犯の存在は十分認められることになる。かような意味で、謀議なき共謀共同正犯は存在することとなる。

これに対し、立石教授の考えられる謀議概念は共謀と同義のものであり、謀議は行為者間の意思連絡という主観的実体を形成することであると解されることになる。重要なのは外形ではなく、その実質である主観的実

体に他ならない。故に、謀議がないとは行為者間の意思疎通がないということであり、ここに共謀共同正犯が成立するということは考えられないこととなる。かような意味で、謀議なき共謀共同正犯は存在しない。

以上のことから分かるように、「謀議のない共謀共同正犯」という概念での比較対照は不可能である。むしろ、この用語に象徴されるところの基本的立場の相違にこそ対照の必要がある。それを、両説の「共謀」概念のあり方に照らしつつ検討する。

② 両説の共謀概念は既に明らかにしているのので、それを前提として論ずる。共謀概念に関しては、明確に主観説と客観説の対立と見てよい。

立石教授の見解は文言どおりの理解でよい。共謀は行為者間の意思連絡の一つであり、それは主観的要素として立証されるものでなければならない。共謀は合意という心理的事実と不可分のものである。合意は双方からの意思の表明とその内容についての相互の認識・理解を前提としてはじめて成立するものである。従って、この立場からは、所謂、暗黙の共謀とか黙示的意思連絡というような共謀概念は認め難いことになる。「共謀には明示的意思連絡を要すると解すべきである⁽³⁴⁾」とされなければならない。この観点から、スワット事件に関しては、共謀共同正犯の成立は否定すべきであるとされ、判旨反対の立場である（西原博士は判旨賛成とされる。後述）。何故ならば、「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⁽³⁵⁾」からである。即ち、ここでは、共謀は周囲の客観的状況からのみ認定されるべきものではないことが強く主張されている。被告人による認識認容が如何に確定的であり、そのことが客観的事実で立証されたとしても、それはあくまで被告人一身の主観に止まることであり、スワットらとの相互性を示すものではないからである。

これに対し、西原博士の見解は、共同犯行の意識という主観的因子を心理的事実としてそのまま受容するのではなく、共同犯行の意識の形成という客観的事実で把握するものである。共謀を共同犯行の意識の形成という客観的事実として把握するということは、その認定にあたって、行為者の主観的意欲、謀議参加も含む客観的行動、共同意思主体の活動の中での役割がすべて立証されなければならないが故に、この見解が共謀共同正犯の成立範囲を適切に、しかも最も狭く限定するものであるというのである。

しかし、果たしてそう言えるのであろうか。現に、スワット事件においては、被告人とスワットらとの実態が客観的事実で克明に立証されたことを根拠として、共謀共同正犯の成立を認めた判旨に賛同された。続く一連の拳銃不法所持事件（西原論文中のS事件）については、共謀共同正犯を認めた最高裁判決を「憂慮すべき」として否定されたが、その根拠は、端的に言えば、共謀の存在を外面から把握するための客観的事実の認定が十分に尽くされていないというものである。一貫して客観説を採られつつ、その立場からの判例批判である。

西原説でいわれる、行為者の主観的な意欲、客観的な行動、共同意思主体の活動に対するその役割の立証は、客観説からのみ要求されるものではない。主観説の立場からであっても、もとより、同様に必要とせられるものである。主観説は、それ以上に、それらを全体的に共有する意思の合致が主観的要素として立証されなければならないとするものであるから、両者を比較するなら、主観説の方が一層要件に厳しく、限定的であることがわかる。そのことの証左を、スワット事件に関する両説の結論の違いにおいて明白に看取し得るのである。

以上、両説の主張される所と、対立点を明らかにした。両説の相違は恐らく共謀概念のあり方を越えたところの別次元の思考に由来するように思われるのであるが、ここでは共謀概念に絞った主観説と客観説の対立としてみていかなければならない。以下Ⅲにおいて、共同意思主体説に照らしつつ、若干の私見を述べてまとめとする。

III まとめ

これまでのところで折々引用した草野説から既に明白であるように、共同意思主体説の立場から把握される共謀共同正犯は共同正犯の一形式であるから、共同正犯としての共同意思主体の形成がなされるのであるが、共同意思主体たるその一体的形成は一定の目的に向っての相互了解であり、それを共同正犯として具体化すれば、共同犯行の認識としての相互了解になると思われる。その際、共謀は体系的には共同犯行の認識の内部に位置づけられるものとする。即ち、共同犯行の認識の内容が「共謀」に当たるものである時はその共同正犯は共謀による共同正犯である。故に、逆に言えば、共謀は共同犯行の認識に他ならず、犯罪を共同遂行するという合意に他ならない。よって、真正な主観的要素である。

集団による犯行の場合、常に一つの共犯形態として捉えられることはむしろ少なく、その中に三種の共犯が混在することがままあるであろう。その様な場合、同一犯行の中で共謀共同正犯なのか教唆犯なのか従犯なのかの区別・評価を客観的事実のみで行うことは不可能である。実務においては、例えば、内部の人的関係（上下の関係等）、分担行為の態様、利得の有無・程度等、客観的事実を考慮すると思われるが、それはあくまでも内部の事前（従犯については別論もあり得ようが）の合意の存在を前提とするものであり、その合意の内容を明らかにし立証するための、間接的事実ではない。ここで言えば、あくまでも共謀が共同意思主体そのものの意思の形成であるという意味で、共謀共同正犯成立の主観的な要件として前提に措かれなければならない。ただ、主観的事実が直接証拠で得られることは稀であろうから、認定上は客観的事実の存在が不可欠であるとしても、その事と、共謀が行為者間の意思連絡に他ならず、相互の意思疎通という主観的因子からなるものであり、そのように把握されるべきものであることとは矛盾しない。客観的事実による補強は主観的要素にとっての必要条件

ではあるのである。「教唆とその応諾」、「幫助の相互認識」と同様に、「共同犯行の合意」という主観的認識の相互性こそが共同正犯としての共同意思主体を形作るものであり、そこに同時に「共謀」が存在しうるのである。

立石説と西原説の相違は主としてこの共謀がもつ相互性への関心度にあると考える。既述のように、西原博士は共謀を共同犯行の意識の形成という客観化されたもので捉えられる。その中では確かに「行為者の主観的意欲」という主観的要素が挙げられているが、それは行為者毎の意識内容に止まるものではないかと思われる。

しかし、共同意思主体の活動としてみるのであれば、共犯の責任は当該共犯関係全体の中で相互に比定の上、認定されるべきである。その行為者に共同犯行の意識がありその形成が認定されたとしても、それで足るのであればそれは個人的共犯論である。役割の重要度が共犯活動全体の相互性の中で判断されなければならないことと同様、共犯の責任は共犯の相互性の中で論じられるべきである。「責任の個別性」は「成立上の一体性」という団体的特性と無関係には存在し得ない。答責主体の個別性ということは、責任主義の下で自明の原理であるが、その各人が負わなければならない責任の質量は他の共犯者との関係の中で認定されていくべきものであろう。

故に、共謀は当事者間に一定の犯罪を共に行おうとする意思の合致を必然とするものと考ええる。

他面、そこでは、主観的要素の立証・認定の困難さが問題となるであろうが、しかし、これは共謀に限られることではない。刑法が行為者に責任を問うものである限り、意識、意欲関連の主観的要素の立証は必須である。共謀もその例外ではない。そこで、自白がない限り如何に立証されていくのかということになるが、実際には、まずは可能な限り客観的事実の積み上げで立証されていかざるを得ないことは上述のとおりである。しかし、その際、最終的に立証されるべきものが主観的要素の実存であること

と、それを目指さないで済ませることとの間には隔たりがあると思われる。この場合でいえば、共同犯行の意識が「形成された」という外面についての心証獲得に到達させる度合いと、そこから更に、心証を、行為者間の共謀の存在にまで至らせる度合いとでは格段の相違があるはずである。共謀は、それが共同意思主体の活動上重要な役割をもつものであるが故に共謀者を共同正犯にするのである。ここに重要な役割という意味は、共同意思主体の活動即ち犯罪実行は共謀無くしてはありえないことをいう。犯罪実行は共謀の具現化に他ならないからである。共同犯行の認識の具体的内容も、共同犯行の実現も共謀内容に帰一するものであるから、共謀は共同犯行実現主体たる共同意思主体の意思そのものとして実的に存在するものとして扱われなければならない。その内容は、犯行の日時・場所、方法、役割の分担等の相談・合意であり、それらに関する相互了解が関与者各人の心理的事実として存在することを要すると考える。

その根拠は、やはり、共同意思主体説への適合性にある。草野教授は、既述の如く、意思連絡の下に一体となることを団体犯の根底に置かれた。一体性は双方の合意によって初めて成立するものである。そのことを次のようにも言われる。「此の共同意思の主体と云ふことは、決して自然的に発生するのではなく、必ずや、二人以上の者が一定の犯罪を行ふに付て協議することから成立するものである⁽³⁶⁾」と。この協議は、具体的には、共犯の種類別それぞれの形をとるはずである。共謀共同正犯の形をとるものであれば、そこでの共謀は「必ずや……行ふに付て協議する」ことを要するものとして観念されているはずである。協議は勿論会議形式でなくともよい。昨今の事例の如く、メールのように知らない者同士の共謀もあり得る。しかし、共謀と言わんが為に必ず存在しなければならないのは相互の了解、即ち合意である。外部に現れている事情から合意が形成されると評してはならない。そのような評価は、責任を客観的な非難可能性で捉えることになると思われる。責任の完全な規範化を危惧しなければならないと考える。

「共謀」概念はあくまで主観的要素であり、客観的状況から認定される共謀共同正犯にその本質から限定を加える機能を果たすものとして意味づけられるべきである。

注

- (1) これらの論点については、拙稿・「共謀共同正犯論」（中央学院大学創立40周年記念論集「春夏秋冬」平成18年 所収）；立石二六編著「刑法総論30講」262頁以下で不十分ながら私見を述べたことである。
- (2) 牧野英一『改訂日本刑法』（1935）360頁参照。
- (3) 山口厚『刑法総論 第2版』301頁参照。嘗ては、佐伯千仞『刑法総論』（弘文堂書房）317頁。佐伯博士は限縮的正犯論と従属性否認論の結合による共犯論を目指された（同、331頁）。
- (4) 草野豹一郎『刑法要論』（有斐閣 昭和31年）117頁等、参照されたい。この特殊な社会的心理的現象という術語を用いての考え方こそ、草野説としての共同意思主体説の根幹であるとする。共同意思主体説は草野教授の創唱になるものと言われるが、用語は既に存在しており、従って、その思考も、「従来の観察に於ては共同正犯を以て共同意思主体の活動の一態様と為すを通例とす」とする宮本博士の叙述（『刑法学粹』396頁）を受ける形で、草野教授による「此共同意思主体説こそ、共犯の従属性を解決する為に残された唯一の途ではなからうかとさへ考えられる」との叙述（『刑法改正上の重要問題』313～314頁）があるところから、既に、存在していたように思われる。草野教授はこの考え方を「正論」であるとして採用され、共同意思主体の概念をあらためてより精緻なものに練り上げられつつ、共犯論としてのその立論の根拠を確立され、広く赫々とこれを展開されたということであろう。

草野教授は自ら、牧野・宮本両博士から多くの示唆を受けられたことを明示されている。以下の如くである。曰く、「牧野博士が夙に社会現象に於ける共同と云ふことに気付かれ、此の共同現象と云ふことが、経済学上社会学上に於ては、分業又は合同として研究せられ、民法商法に於ては、法人又は組合として規定せられ、而して此の現象を刑法より観察するときは、共犯の観念を生ずることを教へられたことに対しては、大に感謝に堪へないものがある」（『刑法改正上の重要問題』314頁）と。次いで、宮本博士が共同正犯についてであるが、「共同意思主体とは共同の目的を実現するが為め相互了解の下に各個人が直接間接に何等かの寄与を為す社会生活上の一形式を謂ふ。此形式は例へば経済上に於ては分業及び合同の関係として成

立し、法律上の関係に於ては主として法人及び組合の制度として成立す。従て従来の見解に於ては、刑法上共同正犯の成立する場合と私法上法人又は組合の代表者の行為が法人又は組合に対して効力を生ずる場合とに於て其契機を同くす」(『学粹』396頁)と述べられたことに對し、「吾人に大なる示唆を与へられて居る」(『刑法改正上の重要問題』314頁)といわれる。共犯の実体を、社会現象としての共同や、或いは、社会生活上の一形式として認められる共同意思主体に置くという、理論の出発点をこれに拠つて得られたものと思われる。

草野教授の獨創性はむしろこれ以降の理論展開にある。それらについては本文において適宜言及する事となるはずである。

- (5) 共同意思は特定の犯罪に向けて形成される。立石教授は、この点を捉えて、共同意思主体説こそ最も固い犯罪共同説であると指摘される。立石二六「共謀共同正犯における『共謀』概念」(『刑法解釈学の諸問題』成文堂所収)166頁参照。但し、このことを以て、共同意思主体説を犯罪共同説の中に解消されるのではない。この点については、本文後述。
- (6) 西原春夫『刑法総論 改訂準備版(下巻)』376頁注5参照。
- (7) 各教授が多くの文献を出されているので、ここでは、体系書を基本に提示する。本文記述順。草野・前掲注4参照；齊藤金作『刑法総論 改訂版』(成文堂)222頁以下、特に、226頁以下参照；岡野光雄『刑法要説総論[第2版]』275頁参照；下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』(学陽書房)23頁以下、特に、33頁以下参照；立石二六『刑法総論[第3版]』293頁参照。
- (8) 西原博士については、前掲注6に掲載。曾根威彦『刑法総論』(弘文堂)。
- (9) 西原説は、①超個人的な法実態を共同意思主体とその活動として認められ、②共同意思主体説に対する個人責任の原理に反するという批判を、嘗て草野教授が述べられたのと同様に、内乱罪等の集団犯罪の処罰を例にとって再批判され、③共同正犯に於ける一部行為の全部責任の法理の問題、④実行行為を行わない教唆犯の処罰が正犯に準ずる(改正前の記述でママ一筆者)問題、⑤共犯従属性の本質、の諸点から、共同意思主体説を最も適確な見解であるとされながら、しかし、草野説に全面的には従わず、共同意思主体説的な考え方を基本的に支持するというものである。思うに、少なくとも①を認められる限りに於いて既に個人的共犯論からは離れているはずである。敢えて、犯罪共同説に拘られる理由が問われなければならない。
- (10) 立石教授は共同意思主体説の立場から、犯罪共同説の論者が片面的従犯

を認められたり、別個の犯罪についても構成要件の重なりによる共犯の成立を認められたりする緩和傾向を警戒され、「共同意思主体説のみは依然として犯罪共同説を堅持していることに注意しておく必要があろう」と指摘されているが（前掲注7『総論』293頁）、共同意思主体説は、ややもすれば、処罰を不当に拡大する危険を有するかの如く批判されることがある中で、このような本質に関わる指摘は極めて有意義であると思う。共同意思主体説における共同意思の形成は一定の犯罪を目的とする観念であるから、例えば、共犯の過剰のように、相互にずれが見られる場合は合致の範囲内でのみ成立すると考えられよう（但し、新たな故意によるものでない結果的加重犯については詳論を要す）。単に構成要件の重なり合いで見えるのではなく、実体が先行しているのである。

- (11) 前掲注6 岡野・275～276頁
- (12) 齊藤・前掲注7、226頁；下村・前掲注7、33頁以下；立石・前掲注7、293頁；曾根・前掲注8、272頁、重点の置かれ方はそれぞれ異なるが、全体として、同旨である。
- (13) 草野・前掲注4『要論』117頁参照。騒擾罪における三種の処罰を例にとられ、このようなあり方は、二人以上の者が共同目的に向って合一するところに生ずる「特殊な社会的心理的現象」を酌んで立法したものであるとされる。
- (14) 草野・前掲注4『重要問題』315頁。この表現は常に諸処で示される。
- (15) 草野・前掲注4『要論』122頁参照。
- (16) 草野・同上123頁。
- (17) 草野・同上127頁。
- (18) 草野・「共犯の従属性」317頁（前掲注4『重要問題』297頁以下）。
- (19) 草野・「共犯の独立性」264～265頁（同上、245頁以下）。
- (20) 草野・前掲注4『要論』133頁。
- (21) 草野・前掲注4『要論』119頁。
- (22) 共同意思主体説に対する外部からの批判は少ない。これはしかし、本説が多く共謀共同正犯を基礎付ける為の理論と解されているからではないかと思う。共謀共同正犯を認めない見解からはそのことと共に本説も否定されてしまうのではないだろうか。共同意思主体を本文のように共犯現象そのものと理解するならば、両者は段階的に把握され得るものであり、前掲注8 曾根説のように、共同意思主体の存在を認めつつ共謀共同正犯は認めないとする思考も可能なのである。また、野村教授は行為共同説に立たれるが、本説を「共謀共同正犯を正当にも理由づけるものとしては優れ

ており、また、実際にも共同意思主体説が主張するように、個人の存在を超えた社会的心理的存在としての共同意思主体なるものの存在も肯定できると考える」(野村稔『刑法総論 補訂版』407頁注4)とされ、学説系譜上の接点を保たれる。島田教授は(島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」〔『理論刑法学の探求3』所収〕55頁)共同正犯の正犯性に関する記述の中で、各人が一体となって構成要件該当事実を実現したと評価される点にこれを認めるべきであるからとし、注86において、この点に関しては共同意思主体説の基本的発想は正当である、と限定的ではあるが一定の理解を示される。

- (23) 最大判昭33・5・28刑集12巻8号1722頁。
- (24) 立石・前掲注7『総論』304頁参照。
- (25) 立石・前掲注5『諸問題』166頁。従来、下記注27の下村説に依拠されていたが、新たな考察を加えられての変更点がある。
- (26) 判例における共謀概念については、下村博士による詳細な紹介がなされている。下村・前掲注7『共謀共同正犯』141頁以下参照。用語のみ挙げれば、「共同犯行の認識」、「意思の連絡」、「共同犯意」、「謀議」、「通謀・疑議」、「凝議」、「相談」等である。
- (27) 草野・前掲注4『要論』123頁以下参照。
- (28) この件りからも、意思連絡をもって共謀と解されているとも解しうるので、下村博士は一応その前提で理解され、その上で、単なる意思連絡ではなく、共同犯行の認識、即ち、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於ける意思連絡が考えられているのだと解説されている(下村・前掲注7『共謀共同正犯』139頁参照)。
- (29) 草野・前掲注4『要論』124頁。
- (30) 立石・前掲注5『諸問題』166頁、177頁。
- (31) 前掲注23参照。
- (32) 西原「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務」(刑事法ジャーナル2006 vol. 3) 55頁。
- (33) 西原・前掲注6『総論』389頁～390頁参照。本文下記引用部分は両頁からのものである。
- (34) 立石・前掲注5『諸問題』169頁。
- (35) 立石・前掲注5『諸問題』168頁。
- (36) 草野・前掲注4『重要問題』315頁。