

研究ノート

「共謀」の認定について

陶 山 二 郎
稲 田 朗 子

- 1 はじめに
- 2 現在の共謀共同正犯論について
- 3 松川事件における共謀共同正犯の事実認定論
- 4 「共謀」の認定に関する諸問題
- 5 おわりに

1 はじめに

東北本線乗り線夜行列車の転覆事件の犯人として起訴された被告人ら全員の無罪が明らかとされた差し戻し後の最高裁無罪判決から今年で60年を迎えるという。戦後における最大の冤罪事件とも評しうるこの事件において、罪とされた犯罪に関する理論的問題としては共謀共同正犯の問題があり、社会的な位置づけがないし背景という点では、労働運動や共産党弾圧を目指した権力による謀略事件という側面が強調されたりもしている。もちろん、両者の関係も重要な論点であろう。

比較して、現在の社会に目を向けると、刑法理論における共謀共同正犯の判例における定着（否定説から肯定説が「通説」化）にとどまらず、立法としてのテロ準備等罪の新設があり、その社会的背景としてテロや組織犯罪の脅威が強調されるものの、格差や特定の人々への虐待など、社会における数々の人権

侵害問題はもちろんのこと、国外での紛争・戦争もあるなかで、日本の刑事裁判の民主化として語られるのは裁判員制度の導入と被疑者国選弁護、一定の証拠開示制度の法制化くらいであって、その評価は論者によっても大きく隔たりがあるといったところであろうか。むしろ、巨大な捜査権限が捜査機関に温存されており、刑事裁判において無罪を争うには相変わらず困難が伴うという点では、問題が深刻化しているとの疑いもあろうか。

上記のような現状に鑑みれば、松川事件において無罪が明らかにされたことの社会的意義の再確認と共に、そこでの理論的成果をもう一度改めて確認することが今後においても有用ではなかろうか。このような問題意識から、本稿では松川事件において議論された共謀共同正犯の問題と、訴訟における共謀共同正犯の事実認定について、若干の再整理を行うものである。

したがって、本稿では特に新規性のある提言を行おうとするものではなく、治安政策の発現としての共犯論やその認定論といった、将来における諸問題を考えるための予備的作業に過ぎないことをあらかじめお断りしておきたい。なお、特に執筆個所の分担は明示していないし、実際に明確に定めていないが、実体法の問題は稲田が担当し、手続法の問題は陶山が担当している。とはいえ、相互に確認して共著者の同意しえない叙述は除いており、文責は双方が負っている。

2 現在の共謀共同正犯論について

共謀共同正犯について、戦前の判例は否定説と肯定説が混在していたところ、大判大正11年4月18日刑集1巻233頁が知能犯に限定して肯定説をとることを明らかにし、その後、大審院連合部判決昭和11年5月28日刑集15巻715頁はこのような区別なく肯定説を採用したが、それらはいわゆる共同意思主体説により理屈づけていた¹。

これに対して、戦後、練馬事件最高裁大法廷判決が出されるが、そこではいわゆる間接正犯類似説による説明も見られる。

¹ 若干時間を経ているが、共同意思主体説による判例学説の展開過程を論ずるものとして、下村康正『共謀共同正犯論と共犯理論』（学陽書房、1975年）を参照。

また、団藤裁判官の大塚取締法違反事件における補足意見が、「法の根底にあつて法を動かす力として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできない」として、「基本的構成要件該当事実について支配をもつた者——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つた者——が正犯」²として、共謀共同正犯を肯定する行為支配説も主張された。

その他、学説としては、共謀共同正犯の観念は否定しつつも、「実行を担当しない共謀者が、社会通念上、実行担当者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行にいたらせている場合には、規範的観点から共同実行があるといえるのであり、共同正犯を認めることができる……しかし、これは、『共謀』共同正犯ではなく、むしろ、……別個の観念」³として、その余地を肯定する優越的支配共同正犯説がある。

そのほか、限定しつつも共謀共同正犯の概念を肯定する見解として、重要な役割説も唱えられている⁴。改正刑法草案27条2項は共謀共同正犯の明文化を試みた⁵。後述する練馬事件最高裁大法廷判決の「他人の犯罪を自己の手段として犯罪を行った」と考え方にに基づき成立範囲を明確にすることが罪刑法定主義の見地からも望ましいとの説明もなされている⁶。その審議過程では「実行に準ずる重要な役割を果たした他の共謀者もまた共犯」との文言を付した参考案も検討され、草案の規定では謀議参加者はすべて共同正犯になることを回避するため、この参考案の方を支持する見解⁷である。

現在はさておき、かつての多くの否定説から、この改正刑法草案に対する批判も展開されたのは周知のことであろう。当時の法制審議会にも加わってい

² 最（一）決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁以下。

³ 大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（有斐閣、2008年）307頁。

⁴ なお、松原芳博『刑法総論 第2版』（日本評論社、2017年）384頁以下は、実行担当者は、「犯罪の遂行にとって不可欠な寄与を通じて犯罪事実全体に対して機能的行為支配を及ぼしていることも、正犯性の根拠となる。」「（緩和された）行為支配を『重要な役割』の実体と考える限り、重要な役割説と行為支配説は対立するものではない」と説く。

⁵ 改正刑法草案27条2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。」との規定を置いた。

⁶ 法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（大蔵省印刷局、1975年）74頁。

⁷ 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）404頁参照。

た佐伯千仞は改正刑法草案が共謀共同正犯を明文化した上記の説明に対して一定の理解を示しつつも、「特に従犯まで引きずり込んで処罰の範囲を不当に拡大することの防止……が、はたして……草案によって完全に実現されているか」というと、大いに疑問がある。また、従来、共謀共同正犯の概念が不明確だったのは、単に、学説がその明確化に協力しなかったからだけなのか、それとも共謀共同正犯の観念自体のなかにとうてい概念的に明確化されえないものが内含されているからではないかということも、考慮しておく必要がある。これらは、ひいては、刑法典や準備草案の予想する単独犯と共犯および集団犯の犯罪類型としての構造とその相互関係、さらにその犯罪体系全体が、はたして共謀共同正犯という観念を許容するようになってきているかとも関係してくるのである」⁸と疑問を呈していた。そして、裁判実務において共謀共同正犯を認めている理由を「教唆犯または従犯としての事実の認定や判示が——さらに遡って検察官にとっても起訴状に教唆・幫助を事実的に特定して明確に記載することが——共謀共同正犯の処理に比し面倒だからである」と批判し、共犯事件の多くが共同正犯として処理されていると指摘する⁹。

3 松川事件における共謀共同正犯の事実認定論

前章で共謀共同正犯に関する諸見解を確認したが、松川事件で罪に問われた被告人らは、この共謀共同正犯として罪に問われたものである。松川事件における裁判批判¹⁰に関連して、民主主義社会の理想の人間像として法律家と非法律家とが「それぞれが分限を保ちつつ、よりよきものを、違った方向から求めながら、刺激し合っていく姿」¹¹と指摘しつつ、共謀共同正犯論について

⁸ 佐伯千仞『刑法改正の総括的批判』（日本評論社、1975年）127頁以下（一部表現を修正）。

⁹ 同138頁。170頁をも参照。

¹⁰ 瀧野貴生「法廷外弁護活動と公正な裁判——松川裁判運動と裁判批判論争に学ぶ——」『立命館法學』327=328号（2010年）766頁以下参照。法廷外弁護活動に関するものであるが、松川裁判運動と裁判批判論争についての経過を整理している。

¹¹ 野阪滋男「刑事裁判と常識——松川事件裁判の教訓——」慶應義塾大学法学研究会『法學研究』49巻1号（1976年1月）161頁。

は、法規という『わく』なるものが明確不動のものではなく、そこに解釈者の主観的価値判断がはたらきうることを認めざるをえない。……刑法規の解釈の幅を考えると、もはや論理操作というよりは、現実の犯罪の形態を直視して、なるべく常識論的にも許容しうる限度を求めようとする態度が見受けられる。しかし、かような超法規的解釈は解釈論的には問題が残る」¹²と批判する見解もみられる。共謀共同正犯肯定論に対する批判としては的を射た指摘であろうが、ただし、松川事件ではこの共謀共同正犯論そのものも裁判批判のなかで批判されていたことも注目されよう。

共謀共同正犯の理論そのものの問題と同時に、現実の裁判として大きな問題は、その認定の問題であろう。本章では、まず、特に松川裁判における、共謀の認定の実際を確認したい。

そもそもいわゆる松川事件とは、1949年8月17日午前3時6分に東北本線上下夜行列車を転覆させて機関士ら3名を死亡させるなどしたものである。国鉄労組福島支部関係者と東芝松川工場労組関係者の併せて20名が、当時の国鉄の行政整理や東芝松川工場の人員整理に対する報復、その行政整理制作反対闘争への警察の弾圧に対する反撃（別件の刑事事件の取締緩和のため）として、共謀してそのうちの5名が実行犯として現場の犬釘及びチョックの抜取りなどの継目板を外す作業を行ったとして、第一審の福島地方裁判所は5名の死刑を含む被告人全員に有罪を言い渡した事件¹³である。

第一審においては、計画を企図して国鉄側から東芝側へ謀議への参加を要請する電話連絡をしたとされる1949年8月12日から翌13日の国鉄労組事務所での謀議、東芝工場労組事務所事務室での謀議、同土間での謀議、同工場八坂寮真の間での謀議、同月15日の国鉄労組事務所での謀議、その東芝からの参加者が

¹² 同155頁以下。

¹³ 福島地判昭和26年1月12日刑集13巻9号1744頁以下。本文中の第一審認定事実は同1752頁以下参照。なお、被告人20名のその後の裁判経過について、伊部正之『戦後謀略事件の背景と下山・三鷹・松川事件——三鷹事件（一九四九・七・一五）五五周年によせて——』（福島県松川運動記念会、2006年）60頁における表が参考になる。同書は当時の社会的経済的背景に詳しく、また、61頁掲載の順次共謀についての各審級の判断も便宜である。伊部正之『松川裁判から、いま何を学ぶか 戦後最大の冤罪事件の全容』（岩波書店、2009年）をも参照。

東芝に戻った後の真の間での謀議，翌16日の組合大会後の八坂寮組合室での計画実行に関する時間等についての謀議，続く実行分担等の決定の謀議まで認定している¹⁴。この8月12日から16日までの間前後11回に亘って国鉄及び東芝において2, 3名ないし12, 13名によって順次共謀が行われたとされる起訴において，当初その起訴状には謀議の日時，場所，謀議に参加した者及び実行者の特定がなされていないとの弁護側からの批判については，冒頭陳述で既に明かされ，第74回，79回公判で起訴状の訂正が行われて被告人等が十分に防禦を為したとして，その批判を裁判所は退けている¹⁵。

第一審判決は，公判前の尋問調書を含む捜査段階の供述調書と公判供述を詳細に引用しているが，被告人に有利な供述証拠の信用性を否定する際にしか裁判所の証拠評価の言及は見られない。

これに対して控訴審では，原判決を破棄して死刑を宣告していた5名のうちの2名を無期に，無期5名のうち4名について無罪1名を含んで減軽し，また有期刑を言い渡されていた者の2名に無罪が宣告されるなど，原審の刑が維持されたものは半数である。

この控訴審での判断の違いは13日国鉄での謀議に東芝側から参加したとされた二人のうちの一人の自白（東芝からの参加者が誰かや参加時間）の変遷についての評価などによるものであるが，この国鉄の謀議参加者でかつ実行犯とされた者がこの国鉄の謀議に参加できなかったことなどから3名の被告人の無罪が結論付けられている¹⁶。また，その後の東芝で謀議についても，共謀関係が成立したことについてはこれを否定した¹⁷。結論として，東芝側との共謀は13日に参加を要請された東芝側の代表が参加した15日の謀議から，16日の夜（東芝での組合大会後に国鉄側からの訪問を受けての順次共謀を含む）かけての一連の順次共謀が認定されている¹⁸。その意味で，既に第一次控訴審においても共謀の認定は動揺していたわけであるが，この後，東芝側の国鉄での謀議参加を否

¹⁴ 同1752頁以下参照。

¹⁵ 同2107頁以下参照。

¹⁶ 仙台高決昭和29年2月23日刑集13巻9号2111頁以下所収，2393頁参照。

¹⁷ 同2464頁参照。

¹⁸ 同2710頁以下参照。

定する、いわゆる「諏訪メモ」（東芝での当日の団体交渉における参加者の発言等のメモ）の出現により、有罪判断がさらに揺らぐこととなる。上告審において最高裁は原判決の当否を判断する資料に供することが許されると判断して、以下の通り、共謀について判断した。

すなわち、第一次上告審でも、東芝から国鉄の謀議に参加したとされる被告人の自白が疑問視され、「同一人物の供述かと疑われる程、供述変更の跡が目まぐるしく、中には原判決が明らかに虚偽、架空と断じた事項すら含んでおり、甚だ不合理な自白であることを否定することができない」¹⁹、（同じ調書の途中で）「その前とは紙質も墨の色さえも異なったものがあるように見受けられ」²⁰と批判されている。

結論として、15日の東芝側の実行行為者が加わった国鉄での謀議の「存在に疑いがあるとすれば、国鉄側と東芝側との連絡は断ち切られることにならざるを得ない。蓋し、原判決によれば、……（東芝での組合大会後の国鉄側訪問者との——引用者注）その余の各謀議は互に相手方の参加と協力を予定または前提とするが如き内容のものであったとされているのであり、しかもこれらの各謀議は、右二つの連絡謀議を介して相互に結びつき、……（アリバイ工作に問われた二人を除く——引用者注）その余の国鉄側被告人七名と東芝側被告人八名とが順次列車顛覆に関し共謀をしたことになっているからである。……連絡謀議の存在に疑いがあるとすれば、それは自然他の謀議、ひいては実行行為、アリバイ工作、結局本件事実全体の認定にまで影響を及ぼすものと考えざるを得ない」²¹と。

また、共謀の認定の仕方として練馬事件大法廷判決を援用して厳格な証明によることを確認したうえで、以下の通り判示している点が注もされる。すなわち、「尤も、これに対しては、仮に右……連絡謀議の存在に疑があつたとしても、その余の謀議、実行行為、アリバイ工作にして各その認定ができる限り、国鉄側と東芝側との間に何らかの連絡があつたことは自ら明らかであるとする考え

¹⁹ 最大判昭和34年8月10日刑集13巻9号1431頁。

²⁰ 同1434頁。

²¹ 同1442頁以下。

方や原判決が……第三の各謀議を認定する証拠として挙示しているものないし本件記録中の諸証拠を根拠として国鉄側と東芝側には何らかの連絡がなされた疑が濃厚であるとする見方があり得る。……しかし、右は強いて、……連絡謀議に代るべき何ものかを想定しようとするものであつて、もとより、原判決の認定の趣旨に副わないところであるばかりでなく、共謀共同正犯における共謀または謀議は罪となるべき事実であつて、その認定は厳格な証明によるべきものであることは、前記のように、当裁判所の判例とするところであり、また当裁判所としては、……諏訪メモ等を公判に顕出したに止り、何ら事実審におけるが如き事実の取調はしなかつたのであるから、検察官すら主張せず、従つてまた原判決も認定しなかつたような、共謀または謀議に類する事実を、ここに自ら新しく認定するが如きことは、上告審たる当審として、なすべきことではないのである。」²²と。

以上、上告審の多数意見を確認してきたが、これに対しては、田中耕太郎、垂水克己、池田克、高橋潔、下飯坂潤夫の5名の各裁判官が反対意見を付している。

しかしながらこれらはいずれも「およそ数人が共同して犯罪を実行した場合には、共同意思が存在するのは当然である。……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」²³「要するに謀議、というのは意思合致を立証するためには、その成立の経過があらゆる節々において明かにされ、首尾一貫した一つの物語として表示される必要は少しもない。自白がいやしくも任意性あり、信憑し得べきものなら、『片言隻語』でも足りるのである」²⁴（田中裁判官）「数人共同の犯罪実行の原因となった各謀議は、やはり数個の独立した存在であり、数個の因果関係線によって実行行為と結びついており、そのうち一五日昼の……謀議連絡の線一本ぐらいがなくなっても、実行行為は勿論、他の謀議の存在は

²² 同1443頁以下。

²³ 同1447頁。

²⁴ 同1448頁以下。

消えない関係にありとされてお(る)」²⁵ (垂水裁判官)「共同正犯の案件においては、実行正犯が実行行為それ自体から認定されるべきであることは、いうをまたないところであるが、このことは、実行正犯以外に、その犯罪を実行するに至らしめたいわゆる共謀共同正犯があるものとされている場合においても異なるところはない。けだし、共謀共同正犯といっても、それは実行正犯なくしては問題とならない性質のものであると共に、実行正犯は、共謀共同正犯関係の如何にかかわらず常に認定の対象とされるべきものであるからである。……判断の重点は……証拠から判示のような実行正犯が認められるかどうかの認定の当否に指向されなければならないところであって……事実認定の当否を判断するについての常道である」²⁶ (池田裁判官)「共同謀議は、……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はない。だから、……二個の共同謀議の事実と実行行為……から推認して国鉄側と東芝側との意思連絡の事実の存在を認めて原判決を是認しても、共同謀議の事実認定として妥当を欠くものとすることはできない」²⁷ (高橋裁判官)「本事案の検討については、先ず実行行為の点を取り上げべきものとするのである。何んとなれば、実行行為がなければ共同謀議も論ずるに値しないし、実行行為を考慮の外において、共同謀議のみを論議することは殆んど無益に近いからである。従つて私は共同謀議が認められない場合でも、実行行為の点は当然に審議さるべきものとする。われわれが実務上往々経験するところの教唆と実行正犯との関係において教唆の点に疑があるからといって、実行正犯の点を審議の線から外すということがあろうか。……筋道において教唆と実行正犯との関係と何ら異るところはないのである。……共同謀議の点に疑があるという立場に立つても、実行行為の点は詮議さるべきものだと信ずるのである」²⁸ (下飯坂裁判官)として、国鉄側と東芝側をつなぐ謀議を欠いても、他の謀議と実行行為から有罪の判断が可能とするものであった。

²⁵ 同1570頁。

²⁶ 同1603頁以下。

²⁷ 同1611頁。

²⁸ 同1612頁。

差戻控訴審では、新たに提出された証拠も積極的に加えて判断がなされ、「新証拠の出現により、謀議についてはもとより、実行行為について、従来の認定に対し、さらに、新たに合理的な疑いを容れる余地が多分に出てきて、全般的に、被告らが本件犯行を取てしたことを確信するに足る心証の形成からは、ほど遠い結果となった」²⁹として、二つの謀議はもとより、実行行為の存在自体についても疑問を呈している。その際、犯行当時未成年の国鉄実行犯の自白をはじめとして、各供述証拠の信用性に疑問を呈している。被告人全員に無罪を言い渡した。

再上告審において最高裁は、検察側の上告を棄却し、被告人全員の無罪が確定することとなった。東芝側の国鉄謀議参加者のアリバイ成立等に関する差戻控訴審の心証の程度（強さ）については疑問に言及しつつも、原差戻控訴審の結論を肯定している³⁰。差戻控訴審と同様に、実行行為自体の存在にも疑問を示している。この点は、最初の上告審から大きく変化した点といえようか。

4 「共謀」の認定に関する諸問題

松川事件における謀議に関する事実認定について、實際上特に問題となるのは供述の評価であり、これについては作家の廣津和郎による松川裁判批判があらわされた³¹。その内容には強い批判があったものでもあるが、非法律家による事実認定批判に優れたものがありうることを示しているようにも思われる。供述の変遷過程の検討も含めた詳細な分析ももちろんであるが、特に共犯者自白の自己矛盾供述を、法廷での否認によって捜査段階の供述で立証する方法を強く批判していたものでもあった。ただし、供述評価は共謀の事実認定にとって特に重要な問題ではあるものの、まさに供述の信用性判断の問題であるため、ここでは特に取り上げず、謀議の存否に関する認定の手法そのものの問

²⁹ 仙台高判昭和36年8月8日刑集1185頁以下所収、1209頁。

³⁰ 最（一）判昭和38年9月12日刑集691頁以下所収、697頁参照。なお、再上告審判決においては、齋藤朔郎裁判長の補足意見（699頁以下）と最初の上告審において反対意見を付した下飯坂潤夫裁判官の少数意見が付されているが、両者は対照的である。

³¹ 廣津和郎『新版 松川裁判』（木鶏社、2007年）。特に同586頁以下。

題に限って本稿では検討することとしたい。

ここでは特に、第一次上告審差戻判決の際の下飯坂裁判官による反対意見に対し、これを実行行為先決論として批判する中田直人弁護士の議論を確認する。先に紹介した通り、下飯坂裁判官は、「先ず実行行為の点を取り上ぐべきものとする……実行行為がなければ共同謀議も論ずるに値しないし、実行行為を考慮の外において、共同謀議のみを論議することは殆んど無益に近いから」というのに対して、「共謀を実行行為から容易に推認させることを許す危険な考え方と結びつく」³²と警告している。

すなわち、まず、実行行為先決論は「二つの異なる問題を含んでいる。一つは、本件事案の検討は、まず実行行為からなされるべきであるということであり、二つは、共同謀議が認められないばあいでも実行行為は審議されるべきであるということ」という。前者は「共謀共同正犯の立証における証明の論理的前後関係の問題」、後者は「共謀共同正犯と実行共同正犯……との犯罪としての成立の相互関係の問題」と位置づけられている³³。

さて、前者の問題については、共同正犯にも共犯従属性を肯定できるがそこから直ちに実行行為の証明が共同謀議の証明に先行することにはならず、実行共同正犯とは異なり従属性はより大きく、より強いとする。そして、共謀共同正犯の成立要件を実行共謀意思と謀議行為の二つと理解したうえで、共謀または謀議が罪となるべき事実の全部であるとし、これは共同謀議そのものの犯罪化を主張したいのではなく、独立の犯罪として犯罪の成立と処罰を拡張している現実を理解することこそ、人権擁護のための抵抗の手段であると主張する。そこから、実行行為の不存在が共同謀議の存否の判断を不必要にするのと同じく、共同謀議の不存在は実行行為の存否の判断を無益なものとし、共謀共同正犯は「その犯罪構造から、論理上当然に、共同謀議の証明が実行行為の証明に先行しなければならない」³⁴とするのである。

次に、後者の問題についても、共謀共同正犯は共同謀議が罪となるべき事実

³² 中田直人『国民のための刑事法学——その理論と闘い』（新日本出版社、2011年）123頁。

³³ 同125頁。

³⁴ 同129頁。

の全部であるということから出発し、次に松川事件では、実行共同正犯と多く謀議行為を共通にしていることを指摘する。そして、「共謀共同正犯にとっては、各謀議は罪となるべき事実の全部であり、その一個の謀議が各独立してそれだけで本件実行行為の原因とされることが前提とされないかぎり、実行行為のみをまず先議することは、論点窃取の虚偽を犯すものとして許されない。……当該謀議に加わった……実行共同正犯には、なお実行行為を判断すべき必然性があるとなすことは、同様の論理的誤謬を含むことになって承認できない」と主張する。

さらに後者の問題については、「実行行為が処罰の条件である共謀共同正犯のばあいには、実行行為が訴因の重要な部分を形成することを否定しないにしても、もはや本質的な部分ではないのである。そこでは、実行行為を切離して認定することが實際上可能であっても、そのような認定は、犯罪の成立とは無関係に終る無意味なものでしかありえない」とし、逆に下飯坂反対意見がパールやパナの持ち出しが汽車顛覆の実行行為と捉えていることに対して、「実は、その実行行為が汽車顛覆の共同謀議にもとづくものであることを、何らの証明がないままに前提としていたことになる」とし、さらに「実行行為論が、そもそも、被告人らは汽車顛覆の共謀をしたという予断によって指導されている」³⁵と批判している。

周知の通り、共謀共同正犯に関して戦後その認定方法につき方向付けを与えたのは練馬事件最高裁大法廷判決であった。同判決では、共謀共同正犯正当化の根拠として、「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つ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、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない」と共同意思主体説の説明を用いつつも、それに続けて「したがつ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つ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

³⁵ 同134頁以下。

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」と間接正犯類似説になじむ表現を続けている。これに続けて、その証明方法として、「『共謀』または『謀議』は、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。しかし『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、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いち具体的に判示することを要するものではない」とする³⁶。厳格な証明によらなければならないとの趣旨で証明の方法として一定の要求をしつつも、その内容についてはある程度まで明らかにする程度にとどめているという趣旨であろう。とはいえ、具体的な事案に当たって、その内容がどこまで明らかにする必要があるのかという点でのさらなる解明は必要であったといえよう。

練馬事件判決も、「『謀議』または『通謀』は『意思の連絡』や『共同犯行の認識』といった単なる主観的な要件にとどまるものではなく、『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、客観的要件でもあると解すべきである』……このような『共謀』の理解は、客観的謀議説として学説上也広く支持されている」³⁷という。これに対して、「とりわけ実務家の間では、共謀共同正犯における『共謀』を、外部的行為ではなく、『共同行為の認識』といった内心の心理状態とみる主観的謀議説も有力に唱えられている」³⁸ともいう。

そもそも、第一次上告審判決において、謀議の証明の何が不十分であったかといえれば、国鉄側から東芝の組合大会後の謀議に出席したとされる被告人

³⁶ 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁以下所収、1722頁以下。

³⁷ 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義」三井誠＝中森喜彦＝吉岡一男＝井上正仁＝堀江慎司『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2007年）535頁以下。共同意思主体説からこれを要求する見解も存在する。

³⁸ 同536頁

が「昭和二四年八月一六日までに国鉄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ていたとか、東芝側に対する所要の連絡をなすべきことを協議していたとかいう点」や、国鉄側の実行犯の一人について「本謀議の内容の一つとされている『列車顛覆には国鉄側からは……三名が赴く』との連絡事項に関しても、国鉄側において既にその時まで、……顛覆作業に参加することにつき、同人の諒承を得ていた」かの諸点について、「厳格な証明があつたとは到底みがたいのである」と判決文は続けているのである。

そうすると、厳格な証明が必要であるということの意味は、やはり謀議行為の事実自体について証拠能力のある証拠を求めている訳ではあるが、この証明方法としての厳格な証明ということと、証明の対象としての謀議の内容とは強く結びつけて捉えられているようにも見える。日時などの具体的な内容までの証明は要しないとしても、謀議の存在を証明するためにそういった具体的な内容を証明できれば、存在自体の証明もより容易なことは当然であろう。そうすると、実際の帰結としては、松川第一次上告審では、謀議自体について、やはりかなりの程度までの「客観的な証明」とでもいうべきを要求していたと理解すべきである。その後の判例の展開も、それを前提に眺め直してみる必要もあろう。本格的な検討は他日を期したいが、練馬事件大法廷判決後の下級審判例においては、共謀共同正犯と幫助との区別について、「自己の犯罪実現意思の認定を行うに際して、動機、利益の帰属、実現意欲の積極性といった心情的要素が重視されている」³⁹との指摘もある。しかし、仮に主観説に立った場合にも、厳格な証明によらなければならないことには変わりなく⁴⁰、そのような方向からは、捜査段階に無理に得られた供述による安易な認定は許されないという方向が目指されるべきであろうか⁴¹。

³⁹ 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）929頁。

⁴⁰ 客観的謀議説と主観的謀議説との対立軸の曖昧さを指摘し、その原因を共謀概念の多義性に求める指摘として、亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」『慶應法学』31号（2015年2月）164頁以下、169頁を参照。

⁴¹ 繰り返しになるが、たとえば共同意思主体説による下村・前掲注（1）は「一体的認識＝意思連絡」とのうえで、その認識の内容は教唆、幫助と異なることを図示し、「意思連絡があれば、すべて共謀共同正犯を成立せしめるもの、と解するのは誤り」（140頁）と指摘している。

5 おわりに

本稿では特に松川事件の議論に力点を置いて、共謀共同正犯における共謀の認定について、若干の確認を行ったものであり、特に新規の見解を主張しようとするものではない。

第2章で、現在の共謀共同正犯論について、ごくごく簡単に整理して出発点とし、現在でも共謀共同正犯論において、その正当化の理論が確立しているわけではないことを確認した。そういう理論状況において、社会的背景には現代変化があろうが、その変化の意味には肯定否定の幅の大きい評価もありうるであろう現在の社会において、テロ等準備罪の新設一つをとっても松川事件の意義を確認することの意義は大きいであろうことに鑑みつつ、第3章で、松川事件における共謀共同正犯の事実認定論について、特にその背景が反映されたものとしての新旧の考え方の違いがうかがわれる部分を別出しようと試みた。最後に、第4章で、「共謀」の認定に関する諸問題のうち、特に松川事件において現れているいわゆる「実行行為先決論」にまつわる若干の問題を検討した。「謀議」の内容の理解にも関わるであろうが、第一次上告審反対意見で唱えられていた意思連絡で足りるとする見解の問題性を、松川事件の文脈において再確認しようとしたものである。

近時、共謀共同正犯論の議論が改めて活発になされつつあるが、テロ犯罪や組織犯罪対策の面だけに焦点を合わせた議論にとどまることができないことは、松川事件の検討からも改めて再認識できるのではなからうか。近時の共謀共同正犯の議論においては、「刑事司法史に現れた共謀共同正犯論を総括的に評価する場合、2つの観点からの考察が必要となる。その一つは、各裁判において共犯理論として展開されてきた共謀共同正犯論に対する刑法学的見地からの純理論的考察であり、他の一つは、特定の政治的・社会的状況下での現実の裁判において共謀共同正犯論が『生ける法』として果たしてきた実際的機能・効果に対する考察である」⁴²との指摘もある。二つの観点の双方ともを視野に入れた検討の出発点としては、松川事件は格好の素材であると考えた次第である。

⁴² 曾根威彦「刑事司法における負の遺産——共謀共同正犯判例から共謀罪立法へ——」佐伯仁志=高橋則夫=只木誠=松宮孝明編『刑事法の理論と実務』（成文堂、2019年）32頁。

松川上告審判決の意義として、「この判決の客観的意義は、被告人の人権保障（無辜の不処罰）のために、法廷への証拠顕出という形式での新たな証拠の取調べを認め、これを有罪判決の事実認定当否の判断の資料とすることを肯定したことにある。それは、それと意識することなく、最高裁を新たな刑事司法観（無辜の不処罰）、上告観（国家的利益重視から個人的利益重視へ）へとたたせる道を拓いたのである」⁴³との指摘もあるからである。

本稿は上記の観点からの成果を目標とするプロローグにすぎない。本格的な検討はこれから進めていきたい。

⁴³ 横山晃一郎『誤判の構造——日本型刑事裁判の光と影』（日本評論社，1985年）140頁。