

慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	共謀罪あるいは「テロ等組織犯罪準備罪」について
Author	亀井, 源太郎(Kamei, Gentaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.151- 171
Abstract	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0151

共謀罪あるいは 「テロ等組織犯罪準備罪」について

亀井源太郎

- I はじめに
- II 米国におけるコンスピラシー
- III 共謀罪等創設の意味と論点
- IV おわりに

I はじめに

2016年春から、複数回、共謀罪、あるいは、それにかわる犯罪類型を創設する法案が国会に提出される見込みであるとの報道がなされた。

すなわち、同年3月には、産経新聞が「政府、『新テロ対策』法案提出へ」と題し「政府が……一般市民を標的にした凶悪な国際テロ事件の頻発を受け、新テロ対策法案を国会に提出する方針を固めたことが25日、分かった」と報じ¹⁾、また、同年8月26日には、朝日新聞が「共謀罪、要件変え新設案」と題し「安倍政権は、……『共謀罪』について、適用の対象を絞り、構成要件を加えるなどした新たな法改正案をまとめた。2020年の東京五輪やテロ対策を前面に出す形で、罪名を『テロ等組織犯罪準備罪』に変える。9月に召集され

1) 「政府、『新テロ対策』法案提出へ／共謀罪、犯罪準備で処罰対象に／ベルギーテロ受け未然阻止を強化」産経新聞2016年3月26日 <http://www.sankei.com/politics/news/160326/pl1603260008-n1.html> (2016年10月27日最終閲覧)。

る臨時国会での提出を検討している」と報じた²⁾。

その後、「菅義偉官房長官は16日の閣議後の記者会見で、……『共謀罪』創設法案について……26日召集の臨時国会への提出を見送る方針を表明した」と報じられる³⁾等、本稿執筆時点では、共謀罪等（用語法につき後述）を創設する法案は2016年秋の臨時国会には提出されないものと見られる。

しかしながら、政府は以前から共謀罪の創設が条約⁴⁾上の義務であると説明しており⁵⁾、共謀罪等を創設するための法案が国会にいずれ提出されることは、当然に予想される。

そこで、本稿は、一連の報道を機縁として、米国におけるコンスピラシー（criminal conspiracy）に関する議論を手がかりに、共謀罪等創設の是非を巡って論じられるべきことを改めて整理し、検討を試みる。

もっとも、本稿においては、「法案」と報じられたものの文言や規定ぶりといった細部には限定的にしか言及しない。本稿執筆時点では当該「法案」は公表されておらず、また、法案そのものを詳述した報道も管見の限りでは存しないためである。

他方、このように先行き不透明な段階でも、学術的な検討を行う意味はあろう。共謀罪を創設しようとする組織犯罪処罰法改正の試み⁶⁾（以下、この試みを「共謀罪創設の試み」と、また、この試みにかかる組織犯罪処罰法を改正する法案を「旧法案」と、それぞれ呼ぶことがある）に対しては様々な議論・運動が存したが⁷⁾、十分に学術的に検討され尽くしたとまではいえないためである。

2) 久木良太「共謀罪、要件変え新設案／『テロ等準備罪』で提案検討」朝日新聞デジタル 2016年8月26日 <http://digital.asahi.com/articles/ASJ8T4DF9J8TUTFK002.html> (2016年10月27日最終閲覧)。

3) 『『共謀罪』法案、臨時国会提出を見送り／政府』日本経済新聞電子版 2016年9月16日 http://www.nikkei.com/article/DGXLASF516H0D_W6A910C1EAF00/ (2016年10月27日最終閲覧)。

4) 国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約（United Nations Convention against Transnational Organized Crime）。

5) 法務省「『組織的な犯罪の共謀罪』の創設が条約上の義務であることについて」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji_keiji35-1.html (2016年10月27日最終閲覧)。

なお、本稿では、便宜上、米国におけるものを「コンスピラシー」、かつて日本で創設されようとしていたものを「共謀罪」、共謀罪あるいは前掲報道にかかる共謀罪にかわる犯罪類型（前掲朝日新聞の記事では「テロ等組織犯罪準備罪」と呼ばれるもの）を一括して「共謀罪等」と呼ぶ。

II 米国におけるコンスピラシー

本章では、次章での検討の手がかりを得るため必要な範囲で、米国におけるコンスピラシー（criminal conspiracy）に関する議論を概観する⁸⁾。

6) 2003年3月11日、156回国会に「犯罪の国際化及び組織化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」（156回国会閣法85号）が提出されたが、同法案については実質的な審査はなされなかった。同法案は閉会中審査に付されたが、2003年10月10日の衆議院解散（いわゆる構造改革解散）により廃案となった。同法案のうち、共謀罪にかかる規定は以下のようなものであった。

（組織的な犯罪の共謀）

6条の2 次の各号に掲げる罪に当たる行為で、団体の活動として、当該行為を実行するための組織により行われるものの遂行を共謀した者は、当該各号に定める刑に処する。ただし、実行に着手する前に自首した者は、その刑を減輕し、又は免除する。

- 1 死刑又は無期若しくは長期10年を超える懲役若しくは禁錮の刑が定められている罪 5年以下の懲役又は禁錮
- 2 長期4年以上10年以下の懲役又は禁錮の刑が定められている罪 2年以下の懲役又は禁錮

2 前項各号に掲げる罪に当たる行為で、第3条第2項に規定する目的で行われるものの遂行を共謀した者も、前項と同様とする。

同様の規定は、2004年2月20日に159回国会に提出された「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」（159回国会閣法46号。2005年8月8日のいわゆる郵政解散により廃案）、2005年10月4日に163回国会に提出された「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」（163回国会閣法22号。2009年7月21日のいわゆる政權選択解散により廃案）にも置かれていた。

7) 法学研究者によるものではないが、一連の議論と経緯を概観した近時の文献として、長末亮「共謀罪をめぐる議論」レファレンス788号（2016年）53頁以下がある。

一 コンスピラシーの概念と要件

米国では、コンスピラシーとは、コモン・ロー上、「2名以上の者による、不法な行為、もしくは、不法な手段による合法的な行為⁹⁾を、なすための結合」と定義され¹⁰⁾、諸法域の制定法も、しばしばこの定義に従ってきた¹¹⁾。また、連邦法も、コンスピラシーとは、連邦法に違反するあらゆる犯罪の遂行を企て、もしくは、連邦に対して欺罔（defraud）行為を働くことの共謀であるとする¹²⁾。

コンスピラシーの成立要件は、一般に、①アクトゥス・レウス（客観面）としての合意、②メンズ・レア（主観面）としての意図、③オーヴァート・アクト（顕示行為）である。それぞれについて簡単に敷衍する。

コンスピラシーの本質（gist）は、「2名以上の者の合意（an agreement between two or more persons）」であるとされ¹³⁾、この合意は、コンスピラシーのアクトゥス・レウスと位置付けられる。コンスピラシー処罰は「思想（thoughts）だけを処罰するものではない。犯罪の合意（criminal agreement）それ自体がアクトゥス・レウスである」とされるのである¹⁴⁾。

ただし、コンスピラシー成立に必要な合意は緩やかに認められる。単なる黙示の了解（tacit）でも足り、要式行為でもなく明白にコミュニケーションしたことも必要ない。互いに直接の関係（dealing）を欠いても合意に至り得るので、互

8) 本章の記述は、拙著『刑事立法と刑事法学』（2010年）84頁以下の要約である。詳しくは、小早川義則『共謀罪とコンスピラシー』（2008年）および拙著を参照されたい。

9) 現在では、合意の対象は一定の犯罪もしくは一定の重罪に限るとするのが通例である。もっとも、現在の刑法が、以前は不法（unlawful）とされるにすぎなかった多くの行為を犯罪化していることにも留意すべきである。拙著・前掲注8）90頁以下参照。

10) *Pettibone v. United States*, 148 U.S. 197, 13 S.Ct. 542, 37 L.Ed. 419 (1893); *Commonwealth v. Hunt*, 45 Mass. (4 Metc.) 111 (Mass.1842).

11) もっとも、多くの州では、共謀罪の客体は一定の犯罪もしくは一定の重罪に限定される。

12) 18 U.S.C. § 371. さらに、連邦法には、371条以外にも多くのコンスピラシー処罰規定が存在する。

13) *E.g.*, *People v. Louie Gem Hang*, 131 Cal.App.2d 69, 280 P.2d 28 (1955).

14) *United States v. Shabani*, 513 U.S. 10, 115 S.Ct. 382, 130 L.Ed.2d 225 (1994).

いに相手が誰だか知らなくとも、計画全体を詳細に知らなくとも、当初から計画 (scheme) の中にいなくとも、合意を形成し得る¹⁵⁾。

また、コンスピラシーのメンズ・レアとして、合意する意図 (intent to agree)、および、目的を達成する意図 (intent to achieve objective) が要求される¹⁶⁾。コンスピラシーの目的が達成されればそれ自体犯罪として処罰し得る場合、その犯罪に必要な主観的要素も考慮に入れられねばならない。特定の犯罪を遂行するためのコンスピラシー処罰には、少なくともその実体犯罪に必要な程度の意図が必要とされる¹⁷⁾。

さらに、多くの州では、オーヴァート・アクト、すなわち、「コンスピラターのうちの名が、コンスピラシーを促進するよう前進したこと」の証明が必要とされる¹⁸⁾。連邦法も、一般コンスピラシー規定¹⁹⁾は、オーヴァート・アクトを要求する²⁰⁾。

オーヴァート・アクトを要求する趣旨は、思想処罰であるとの批判を免れるためではなく²¹⁾、『当該コンスピラシーが進行中であり (the conspiracy is at work)』、……計画が単にコンスピラターの心の中に止まっているのでもなければ、完全に作戦が完遂され、もはや存在しないものでもない、明確に示すこと²²⁾にある²³⁾。

もっとも、実際には、オーヴァート・アクトは、かなり緩やかに、その存在が肯定されている。「オーヴァート・アクトは、コンスピラターの微々たる行

15) 拙著・前掲注 8) 88 頁参照。

16) 無過失責任 (liability without fault) によるコンスピラシー処罰は認められない。

17) 拙著・前掲注 8) 92 頁以下参照。

18) 拙著・前掲注 8) 94 頁以下参照。

19) 18 U.S.C. § 371.

20) もっとも、後に立法された個別課題に関する連邦法コンスピラシー規定 (拙著・前掲注 8) 87 頁注 7) 参照) は、オーヴァート・アクトを議会の意思により不要としていると解される。

21) 「法は犯罪的思想を処罰しない」が、コンスピラシーの要件としてオーヴァート・アクトを要求しないことは、この原則に反しない、「犯罪の合意 (criminal agreement) それ自体が、アクトゥス・レウスだからである」とされる (United States v. Shabani, *supra* note 14)。

為で足り」、「目的達成から遠く離れたものであってもかまわない」とされるように、合意が成立したが、目的が達成されなかった場合、事実上、あらゆる行為がオーヴァート・アクトの要件を満たし得るとされているのである²⁴⁾。

二 コンスピラシーの2つの機能

コンスピラシーには、2つの機能があると説明される²⁵⁾。コンスピラシーには、①未完成犯罪（inchoate crime）としての機能・側面と、②組織犯罪への制裁手段としての機能・側面の2つがあると説明されるのである。

このうち、コンスピラシーの未完成犯罪としての側面に注目するとき、コンスピラシーは、独立教唆（solicitation）・未遂（attempt）とともに、犯罪の意図を持つ者に対する予防的手段としての機能を有するとされる。

米国法では、未遂を処罰するためには、当該行為者が「犯罪実行への実質的ステップ（“a substantial step toward commission of the crime”）」と評価できる行為をしたことが要求される。この実質的ステップに至って初めて、行為者が今にも成功しそうであり、行為者の行為が彼の意図を示すほど明確であるためである²⁶⁾。

早期介入の根拠は、①行為者の行為が犯罪結果を惹き起こす前に法の介入を許すべき必要性、②犯罪傾向を明確に示す者に対する矯正措置（corrective treatment）を採るべき必要性の観点から説明される。

コンスピラシーは、理論的には未遂よりもはるかに早期の段階——合意の段階もしくは最初のオーヴァート・アクトの段階——を処罰する。米国法では、

22) *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 77 S.Ct. 1064, 1 L.Ed.2d 1356 (1957). Accord: *People v. Arroyo*, 93 N.Y.2d 990, 695 N.Y.S.2d 537, 717 N.E.2d 696 (1999); *State v. Miller*, 677 P.2d 1129 (Utah 1984); *Burk v. State*, 848 P.2d 225 (Wyo.1993).

23) オーヴァート・アクトの法的性質——犯罪の一部（a part of the offense）か、単なる証明の要素（an element of proof）か——については、さらに、拙著・前掲注8）98頁参照。

24) 拙著・前掲注8）96頁以下参照。

25) 拙著・前掲注8）130頁以下参照。

26) 拙著・前掲注8）130頁参照。

未遂の場合と異なり、コンスピラシーの場合は、より早い段階で、介入が正当化される。少なくとも理論上、1名以上の他者と不法な目的について合意するという事は明確な意思の表明であり、また、他者と約束した者は、自分1人で決めた者が決意を破るよりも、約束を破り難い上、「仮に彼の気が変わったとしても、彼は事態に対するコントロールを有さず、彼の仲間であるコンスピラターが彼の始めたことを完成させるであろう²⁷⁾」とされるのである。さらに、コンスピラシーの対象が大がかりで精巧なものである場合、合意は社会に対する危険をも増大させると評価し得るとされる²⁸⁾。

米国法では、コンスピラシーは、組織犯罪への制裁手段としても論じられる²⁹⁾。コンスピラシー概念を正当化するには、組織犯罪が有する固有の危険性への制裁手段 (a means of striking against the special danger incident to group activity) という面も考慮され、「コンスピラシーの反社会的な潜在的可能性 (antisocial potentialities) は、未遂の持つそれとは異なり、ある特定の時点での (at any given time)、特定の客体に対するものだけではない。犯罪目的でのグループの存在は、直接予見される (immediately envisaged) 犯罪と、そうでない犯罪の双方に対する継続的な活動の中心を提供する」と説明されるのである³⁰⁾。

Ⅲ 共謀罪等創設の意味と論点

本章では、前章で概観した米国における議論を手がかりに、共謀罪等を検討する上で重要と思われる点について、検討を加える。

27) 2 WAYNE R. LAFAVE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW 264 (2d ed. 2003).

28) 拙著・前掲注8) 131頁参照。

29) 米国法では、コンスピラシーが目的とする実体犯罪が遂行された場合、当該実体犯罪とコンスピラシーは、別個の犯罪として訴追され、有罪とされ、刑を科され得る。このような性質も、コンスピラシーが組織犯罪への制裁手段としての性質を有していることを踏まえて、初めて説明され得る。拙著 123頁以下参照。

30) 拙著・前掲注8) 132頁参照。

一 内心処罰の禁止との関係

かつての共謀罪創設の試みに対しては、共謀罪が内心を処罰するものであるとする批判も見られた。

もっとも、以下に見るように、米国法におけるコンスピラシーの理解を前提にする限り、この批判には疑問もある。

また、日本でも既に現行法上、陰謀——後述のようにその内容は共謀罪等と重なる——を処罰する規定が存するが、これらの規定を限定的に解釈する裁判例の存在は、内心処罰の禁止に反しない形で共謀罪等を解釈・運用する可能性を示すものである。

1 内心処罰の禁止と合意の処罰

内心の処罰（punishing thoughts）は米国法においても禁じられる³¹⁾。

ドレスラーによれば、空想と（現実の脅威となる）確固たる決意を明確に区別し得るのは特殊な能力を有するプリコグ（precogs）³²⁾のみであること、自由な社会では刑法の適用は侵害が深刻に差し迫っている場合に限定すべきこと、意図して行っていないことを理由に処罰すること（to punish people for their unacted-upon intentions）は応報主義的確信によれば道徳的に誤っていること、がその理由である³³⁾。

しかし、このような前提を有する米国法においても、前掲のように、コンス

31) United States v. Muzii, 676 F.2d 919, 920 (2d Cir. 1982); Proctor v. State, 176 P. 771, 772 (Okla. Crim. Ct. App. 1918). See also Joshua Dressler, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 86 (7th ed. 2015). なお、同書4版の翻訳としてヨシユア・ドレスラー（星周一郎訳）『アメリカ刑法』（2008年）がある。

32) フィリップ・K・ディックの短編小説「マイノリティ・リポート」に登場する、未だ生じていない犯罪等を予知する者。ドレスラーは、ディックが描く世界が刑法学に示唆するものにつき詳しい論文として、Robert Batey, *Minority Report and the Law of Attempts*, 1 Ohio St. J. Crim. L. 689 (2004) を掲げている。

なお、筆者も、コンスピラシーおよび共謀罪を検討する文脈で、「マイノリティ・リポート」に言及したことがある（拙著・前掲注8）138頁〔初出：拙稿「コンスピラシーの訴追——コンスピラシー研究序説」都法45巻1号（2004年）182頁〕。

ピラシーの要件たる合意はメンズ・レアと位置付けられ³⁴⁾、「内心だけを処罰するものではない」とされる。

このような米国法の議論を参照する限り、共謀罪等の創設が内心を処罰するものであるとする理解は、再検討の余地がある。

2 現行法上の陰謀処罰とその意義

前述のように、日本の刑法典にも、既に陰謀を処罰する犯罪類型が存する。内乱に関する罪は内乱の陰謀を処罰し（刑法 78 条）、外患に関する罪も同様である（同 88 条）。さらに、国交に関する罪も、私戦陰謀罪を処罰する（同 93 条）³⁵⁾。

これらの規定における陰謀は、2 人以上の者が、内乱等の実行を具体的に計画して、合意することをいう³⁶⁾。このため、陰謀概念に関する議論の集積は、共謀罪等を検討する際にも参考になる。

内乱陰謀罪等についての先例は存しないもの³⁷⁾、その周辺に存する行為

33) Dressler, *supra* note 31, at 86. ドレスラーは、3 番目の根拠を、「おそらくもっとも根本的である (perhaps most basically)」とする。

34) このため、オーヴァート・アクトを要件としない立法も、内心を処罰するものではないと理解されている。本稿Ⅱ一参照。

35) さらに特別法上、共謀を処罰するものとして、爆発物取締罰則 4 条、国家公務員法 110 条 1 項 17 号、自転車競技法 65 条、競馬法 32 条の 6、軽犯罪法 1 条 29 号、地方公務員法 61 条 4 号、小型自動車競走法 70 条、モーターボート競走法 77 条、自衛隊法 119 条 2 項、同 120 条 2 項、同 122 条 2 項、同 122 条の 2 第 2 項、スポーツ振興投票の実施等に関する法律 42 条、特定秘密の保護に関する法律 25 条 1 項・2 項があり、陰謀を処罰するものとして、爆発物取締罰則 11 条、破壊活動防止法 39 条、同 40 条、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う刑事特別法 7 条 1 項、日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法 5 条 1 項・2 項がある。

36) 大塚仁 = 河上和雄 = 中山善房 = 古田佑紀『大コンメンタール刑法〔第 3 版〕』（2015 年）78 頁以下、88 頁以下、93 頁以下〔拙稿〕参照。

37) なお、内乱予備罪の成否が争われこれが否定された例として、大判昭和 16 年 3 月 15 日刑集 20 卷 263 頁（神兵隊事件）。

を処罰する破壊活動防止法 39 条、40 条の陰謀概念については、これを限定的に解釈した裁判例が存する³⁸⁾。

同判決によれば、「〔同条にいう〕陰謀とは、2 人以上のものが、これらの罪を実行する目的で、その実現の場所、時期、手段、方法等について具体的な内容をもった合意に達し、かつこれにつき明白かつ、現在の危険が認められる場合をいうと解するが、明白かつ現在の危険を伴う陰謀とは、その目的とする犯罪が、すでに単なる研究討議の対象としての域を脱し、きわめて近い将来に実行に移され、または移されうるような緊迫した状況にあるときと解される」。ここでは、「明白かつ現在の危険」概念³⁹⁾を用いて、陰謀が限定的に解釈されているのである⁴⁰⁾。

このような限定解釈⁴¹⁾が共謀罪等の適用に際しても行われる——あるいはそのような解釈を先取りした文言が法文上盛り込まれる——のであれば、内心処罰の禁止に反しない形で共謀罪等を解釈・運用し得ることが、一層明確になるう。

一般に、新たに犯罪類型を設ける際に当該犯罪類型が濫用されるおそれを警

38) 東京地判昭和 39 年 5 月 30 日下集 6 卷 5 = 6 号 694 頁。

39) 破壊活動防止法 39 条および 40 条におけるせん動に関するものであるが、最決平成 2 年 9 月 28 日刑集 44 卷 6 号 463 頁は、「明白かつ現在の危険」の法理を採用せず、公共の福祉を根拠として、破壊活動防止法によるせん動処罰の合憲性を説明している。他方、最高裁も、集会・デモの規制との関係では、「公共の安全に対し明らかな差迫った危険」（最（大）判昭和 29 年 11 月 24 日刑集 8 卷 11 号 1866 頁）、「明らかな差し迫った危険」（最判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁）に言及している。

40) 同事件上告審決定（最決昭和 45 年 7 月 2 日刑集 24 卷 7 号 412 頁）は、「破壊活動防止法 39 条および 40 条は、その所定の目的をもって、刑法 199 条、106 条等の罪を実行するための具体的な準備をすることや、その実行のための具体的な協議をすることのような、社会的に危険な行為を処罰しようとするものであ〔る〕』とするに止まるが、同決定にかかる調査官解説は、同決定におけるこのような判示と第一審判決におけるそれとは、「ことばは異なるが、内容的には同趣旨とみてよい」とする（坂本武志「判解」最判解昭和 45 年度 142 頁）。

41) ただし、陰謀要件を充足するために「明白かつ、現在の危険」といった極めて高度の危険性まで要求されるか否かは別途検討が必要である。

戒すべきことは当然であるし、また、そのおそれを低減するよう規定ぶりが工夫されるべきことも当然であるが、共謀罪等という「共謀」等が一定程度解釈の積み重ねがある陰謀と同様に解釈される限り、また、米国法における議論を前提とする限り、共謀罪等が内心を処罰するものであるとの批判はいい過ぎである。

二 オーヴァート・アクトの要求

共謀罪を創設しようとする試みを巡っては、オーヴァート・アクトを明文で要求すべきとする主張も見られた。

前述のように、オーヴァート・アクトは、「計画が単にコンスピラターの心の中にとどまっているのでもなければ、完全に作戦が完遂され、もはや存在しないものでもない」と、明確に示す⁴²⁾ために要求される。

もっとも、米国では判例上、オーヴァート・アクトの存在は緩やかに認められる。このため、この要件が処罰範囲を限定する機能は弱いものと考えられるから、当該要件に過度の期待をする議論は行われるべきでない。

また、それでもなお、共謀罪等の創設に際し、オーヴァート・アクトを要求するのであれば、その文言は、米国法における同要件の定義よりも明確に処罰範囲を限定するものでなければならない⁴²⁾。

三 共謀罪等の機能

前章で確認したように、米国法では、コンスピラシーには2つの機能があると理解され、未完成犯罪としてのコンスピラシーという観点ではある行為者が他の行為者と結合するというコンスピラシーの特質によって、組織犯罪への制裁手段としてのコンスピラシーという観点では犯罪のためのグループが存在していることの危険によって、コンスピラシーの処罰が正当化されている。

以下では、この2つの観点から、日本における共謀罪等の機能について検討

42) 本稿IV二も参照のこと。

する。

1 処罰の早期化

(1) 早期化の「実態」

共謀罪等は、実行の着手より早い段階を処罰するものであるから、米国におけるコンスピラシーと同様、処罰を早期化する——米国法流に言えば、未完成犯罪としての——機能を有する。

もっとも、米国では、現実にコンスピラシーが訴追されるのは、コンスピラターによって、なんらかの実質的ステップがなされた時点であるとされる⁴³⁾。通常は、このステップがあって初めて、当該グループの存在に訴追者が気付き、刑事手続が開始されるのである⁴⁴⁾。このため、コンスピラシー概念が実際に米国において担っている役割は、わが国における共謀共同正犯概念のそれと極めて近いと思われる。

このような米国の経験を参考にする限り、重大な犯罪に早期に介入するという共謀罪等の機能は限定的なものになると予想される。このため、共謀罪等がテロの未然防止に役立つとする賛成論も、共謀罪等が過度な早期介入を招くと

43) コンスピラシー訴追の実態については在外研究中にさらに調査を進めたいと考えているが、さしあたり、拙著・前掲注8) 130頁注249) 参照。

44) 米国（連邦）では2016会計年度の初めの10ヶ月（2015年10月から2016年7月まで）に、連邦法18章371条が規定するコンスピラシーにより741人が訴追されている（*See Track Reports, Prosecutions for 2016: Lead Charge: 18 USC 371 - Conspiracy to commit offense or to defraud US*, Sep. 20, 2016, <http://tracfed.syr.edu/results/9x2057e1c83906.html> (last visited Oct. 27, 2016)。このうち、46.6%は、ホワイト・カラー犯罪にかかるものである）。

しかしながら、米国法ではコンスピラシーの目的である犯罪（実体犯罪）が既遂に達してもなおコンスピラシーを実体犯罪と独立に訴追することができるため、これらの事件すべてについて合意の段階で早期介入をしたと考えることはできない。

なお、同期間に連邦法により訴追された者は11万2942人である（*See Track Reports, Prosecutions for 2016*, Aug. 31, 2016, <http://tracfed.syr.edu/results/9x6d57c6f4876e.html> (last visited Oct. 27, 2016)。また、TRACFedは、シラキュース大学のプロジェクトが情報公開法（Freedom of Information Act）により連邦政府から得たデータを集約したデータベースである。

する反対論も、やや現実性を欠く。

予備罪処罰の実態も、共謀罪等が早期介入に役立つか否かを推測する際に、一定程度有意義であろう。

警察庁の統計⁴⁵⁾によれば、2014年には、31件の殺人予備罪が認知され、同罪で33件29人が検挙されている。このことは、早期介入の成功を意味するのであろうか。

そこで、試みに朝日新聞本紙全文記事データベース（「聞蔵Ⅱビジュアル」）により、「殺人予備」というキーワードに言及した同年の新聞記事（朝日新聞または朝日新聞デジタルに掲載されたもの）を検索したところ、11件の記事がヒットした。

このうち3件はオウム真理教による一連の事件に関し長期間逃亡した後に逮捕・起訴された被告人らにかかるものであり、また、3件は、焼死した被害者の母親が殺人罪については不起訴処分とされ殺人予備罪で起訴された事件にかかるものである。さらに、2件はスナック店員を刺殺した被疑者が（スナック店員とは別人である）元妻も殺害するつもりであったと供述し元妻に対する殺人予備罪で検挙された事件にかかるもの、2件は折りたたみ式ナイフの刃渡りの計測を間違え銃刀法違反容疑で誤って逮捕された者が、父親を殺害するためにナイフを持っていたとして改めて殺人予備罪で逮捕（後に不起訴処分）された事件にかかるものである⁴⁶⁾。

このように、2014年に報道された事件について見る限り、殺人予備罪で検挙し得たのは、行為者自身や共犯者によると思われるなんらかの犯罪がなされた後なのである⁴⁷⁾。

断片的な報道から一足飛びに結論を導くことは控えなければならないが、それでも、これらの記事からは、殺人の予備行為を行ったのみの時点で検挙する

45) 警察庁『平成26年の犯罪』（2016年）1頁。なお、同書は、殺人予備罪を除き、未遂罪および予備罪をそれぞれの既遂の罪に含めており、その他の予備罪の認知件数等は不明である。

46) 1件は、地方面にのみ掲載されたものであり、データベース上は詳細を知り得なかった。

ことは難しいという「実態」が浮かび上がってくる。そして、このことは、さらに早期の段階である共謀罪等処罰の困難さを示唆するものであろう。

(2) 早期化の難点

他方、かつて国会に提出された共謀罪を創設しようとする法案は、共謀罪の対象となる犯罪として、「死刑又は無期若しくは長期 10 年を超える懲役若しくは禁錮の刑が定められている罪」、および、「長期 4 年以上 10 年以下の懲役又は禁錮の刑が定められている罪」を掲げていた（前者につき 5 年以下の懲役または禁錮、後者につき 2 年以下の懲役または禁錮）⁴⁸⁾。

次頁以下の表は、この条件に該当する刑法犯⁴⁹⁾を列挙したものである⁵⁰⁾。

この中には、内乱陰謀罪のようにそれ自体が共謀罪と重なり合う犯罪類型が含まれるほか、過失犯や結果的加重犯のように共謀することが観念し難い犯罪類型も存する。

もっとも、このような犯罪類型を除外したとしてもなお、多くの犯罪類型において、未遂処罰・予備処罰のいずれか（あるいはその双方）を欠くにもかかわらず、旧法案による共謀罪の対象となるものが少なからず存したことが、表から一目瞭然であろう。

このことは、少なくとも一見したところでは「不均衡」である。

47) なお、2016 年 6 月 7 日には、殺人の予備段階で検挙されたと思われる事案が報じられているが（朝日新聞 2016 年 6 月 7 日朝刊阪神 1 地方面）、自ら「今から（警察署にいる元夫と内縁の妻を）殺しに行く」と 110 番通報した事案である。

48) 前掲注 6) 参照。

49) なお、特別法上の犯罪も含めた一覧として、法制審議会刑事法（国連国際組織犯罪条約関係）部会第 1 回会議（2002 年 9 月 18 日）における配布資料 7「条約上の重大な犯罪に該当する罰則一覧」がある。

50) 旧法案に対し、対象となる犯罪の数の多さを指摘する批判も見られたが、数の多寡を問題とすることは無意味である。あまりにも当然のことながら、合理的な理由があれば多数の犯罪類型について処罰を早期化することも正当化され得るし、合理的な根拠がなければごくわずかな犯罪類型について処罰を早期化することさえ正当化され得ないからである。

「死刑又は無期若しくは長期 10 年を超える懲役若しくは禁錮の刑が定められている罪」、
「長期 4 年以上 10 年以下の懲役又は禁錮の刑が定められている罪」に該当する刑法犯

	罪名	法定刑				未遂	予備	その他の 早期化	備考
		懲役・禁錮							
		死刑	無期	長期	短期				
77 I ①	内乱	○	○			○	○	○ (78)	
77 I ②前			○	20	3	○	○	○ (78)	
77 I ②後				10	1	○	○	○ (78)	
78	内乱予備及び陰謀			10	1				
79	内乱等幫助			7	1m				
81	外患誘致	○				○	○	○ (88)	
82	外患援助	○	○	20	2	○	○	○ (88)	
88	外患誘致等予備及び陰謀			10	1				
93	私戦予備及び陰謀			5	3m				
96 の 5	加重封印等破棄等			5	1m				
98	加重逃走			5	3m	○			
99	被拘禁者奪取			5	3m	○			
100 II	逃走援助			5	3m	○			
101	看守者等による逃走援助			10	1	○			
106 ①	騒乱			10	1				
106 ②				7	6m				
108	現住建造物等放火	○	○	20	5	○	○		
109 I	非現住建造物等放火			20	2	○	○		
109 II				7	6m				
110 I	建造物等以外放火			10	1				
111 I	延焼			10	3m				
114	消火妨害			10	1				
117 I 前	激発物破裂	○	○	20	5	○	○		
				20	2	○	○		
117 I 後				7	6m	○	○		
					10	1	○	○	
118 II (致傷)	ガス漏出等致死傷			15	1m				
118 II (致死)				20	3				
119	現住建造物等浸害	○	○	20	3				
120	非現住建造物等浸害			10	1				
121	水防妨害			10	1				
124 II (致傷)	往来妨害致死傷			15	1m				
124 II (致死)				20	3				
125	往来危険			20	2	○			
126 I・II	汽車転覆等及び同致死		○	20	3	○			
126 III		○	○						
127		往来危険による汽車転覆等		○	20	3			
		○	○						

論説（亀井）

136	あへん煙輸入等			7	6m	○			
137	あへん煙吸食器具輸入等			5	3m	○			
138	税関職員によるあへん煙輸入等			10	1	○			
139 II	あへん煙吸食場所提供			7	6m	○			
143	水道汚染			7	6m				
145（致傷）	浄水汚染等致死傷			15	1m				
				15	6m				
145（致死）				15	1m				
				20	3				
				20	2				
146 前	水道毒物等混入及び致死			20	2				
146 後		○	○	20	5				
147	水道損壊及び閉塞			10	1				
148	通貨偽造及び行使等		○	20	3	○		○（153）	
149	外国通貨偽造及び行使等			20	2	○		○（153）	
153	通貨偽造等準備			5	3m				
154	詔書偽造等		○	20	3				
155 I・II	公文書偽造等			10	1				
156	虚偽公文書作成等		○	20	3				
				10	1				
157 I	公正証書原本不实記載等			5	1m	○			
158 I	偽造公文書行使等		○	20	3	○			
				10	1	○			
				5	1m	○			
159 I・II	私文書偽造等			5	3m				
161 I	偽造私文書等行使			5	3m	○			
161 の 2 I	電磁的記録不正作出及び 供用			5	1m				
161 の 2 II				10	1m				
161 の 2 III				5	1m	○			
				10	1m	○			
162	有価証券偽造等			10	3m				
163	偽造有価証券行使等			10	3m	○			
163 の 2 I	支払用カード電磁的記録 不正作出等			10	1m	○		○ (163 の 4)	
163 の 2 II・III				10	1m	○			
163 の 3	不正電磁的記録カード所持			5	1m				
164 I	御璽偽造及び不正使用等			20	2				
164 II				20	2	○			
165 I	公印偽造及び不正使用等			5	3m				
165 II				5	3m	○			
169	偽証			10	3m				
171	虚偽鑑定等			10	3m				
172	虚偽告訴等			10	3m				

共謀罪あるいは「テロ等組織犯罪準備罪」について

176	強制わいせつ			10	6m	○			
177	強姦			20	3	○			
178 I	準強制わいせつ及び準強姦			10	6m	○			
178 II	姦			20	3	○			
178 の 2	集団強姦等			20	4	○			
181 I	強制わいせつ等致死傷	○		20	3				
181 II		○		20	5				
181 III		○		20	6				
186 II	賭博場開張等図利			5	3m				
191	墳墓発掘死体損壊等			5	3m				
194	特別公務員職権濫用			10	6m				
195	特別公務員暴行陵虐			7	1m				
196	特別公務員職権濫用等致死傷			15	6m				
				20	3				
				15	1m				
				20	3				
197 I 前	収賄、受託収賄及び事前			5	1m				
197 I 後	収賄			7	1m				
197 II				5	1m				
197 の 2	第三者供賄			5	1m				
197 の 3 I ・ II	加重収賄及び事後収賄			20	1				
				5	1m				
197 の 3 III				5	1m				
197 の 4	あっせん収賄			5	1m				
199	殺人	○	○	20	5	○	○		
202	自殺関与及び同意殺人			7	6m	○			
204	傷害			15	1m	(○)			
						(208)			
205	傷害致死			20	3				
211	業務上過失致死傷等			5	1m				
213 後	同意墮胎致死傷			5	3m				
214 前	業務上墮胎及び同致死傷			5	3m				
214 後				7	6m				
215 I	不同意墮胎			7	6m	○			
216	不同意墮胎致死傷			15	6m				
				20	3				
218	保護責任者遺棄等			5	3m				
219	遺棄等致死傷			15	1m				
				20	3				
				15	3m				
				20	3				
220	逮捕及び監禁			7	3m				
221	逮捕等致死傷			15	3m				
				20	3				
224	未成年者略取及び誘拐			7	3m	○			

論説（亀井）

225	営利目的等略取及び誘拐			10	1	○			
225 の 2 I	身代金目的略取等		○	20	3	○	○		
225 の 2 II			○	20	3				
226	所在国外移送目的略取及び誘拐			20	2	○			
226 の 2 I	人身売買			5	3m	○			
226 の 2 II				7	3m	○			
226 の 2 III・IV				10	1	○			
226 の 2 V				20	2	○			
226 の 3	被略取者等所在国外移送			20	2	○			
227 I	被略取者引渡し等			5	3m	○			
227 II				10	1	○			
227 III				7	6m	○			
227 IV 前				20	2	○			
227 IV 後				20	2				
234 の 2 I	電子計算機損壊等業務妨害			5	1m	○			
235	窃盗			10	1m	○			
235 の 2	不動産侵奪			10	1m	○			
236	強盗			20	5	○	○		
240 前	強盗致死傷		○	20	6	○			
240 後		○	○			○			
241 前	強盗強姦及び同致死		○	20	7	○			
241 後		○	○			○			
246	詐欺			10	1m	○			
246 の 2	電子計算機使用詐欺			10	1m	○			
247	背任			5	1m	○			
248	準詐欺			10	1m	○			
249	恐喝			10	1m	○			
252	横領			5	1m				
253	業務上横領			10	1m				
256 II	盗品譲受け等			10	1m				
258	公用文書等毀棄			7	3m				
259	私用文書等毀棄			5	1m				
260 前	建造物等損壊及び同致死傷			5	1m				
260 後（致傷）				15	1m				
260 後（致死）				20	3				
262 の 2	境界損壊			5	1m				

注

1. 法定刑中、拘留・罰金・科料および付加刑は割愛した。
2. 「長期」・「短期」欄中の「m」は「月」を意味する。
3. 「未遂」・「予備」欄中の「○」は、それぞれ未遂処罰規定・予備処罰規定が存することを意味する。

2 組織犯罪対策としての共謀罪等

もちろん、「不均衡」であることが直ちに問題だというわけではない。問題は、このような「不均衡」を超克する論理が存するか否か、である。

米国法に倣えば、超克の一つの可能性は、「犯罪目的でのグループの存在は、直接予見される犯罪と、そうでない犯罪の双方に対する継続的な活動の中心を提供する⁵¹⁾」というテーゼを認めることにある。

もっとも、この危険性を理由として最長で5年以下の懲役・禁錮といった重い刑罰を科すことを正当化するためには、当該グループの存在が有する危険性が一定以上高度であることや、目的とされる犯罪が一定以上重大なものであることが要求されよう。

また、この危険性が処罰を基礎付ける程度のものとなったと評価し得るのは、一般に当該グループが現実には活動を開始した時点であって、当該グループを結成しようと合意した時点でそのような危険性が認められるのは例外的であろう。

もし、このように考えるのであれば、合意そのものを犯罪化するためには、合意の時点で処罰に値する危険が例外的に認められるか否かが、立法に際し個別に審査されなければならない。この個別審査を経ずに一律にグループ結成の合意を犯罪化することは、立法の方法として乱暴であることは否定できないのである⁵²⁾。

IV おわりに

一 本稿の主張

本稿は、共謀罪等の創設につき、米国法における知見を用いた検討を試みた。本稿のここまでの主張は、以下の5点に要約される。

- ① 共謀罪等の創設は内心処罰の禁止に反するものとはとはいえない。
- ② 共謀罪等による早期介入は現実には容易でない。

51) 本稿Ⅱ参照。

52) 拙著・前掲注8) 138頁参照。

③旧法案は、未遂処罰・予備処罰のいずれか（あるいはその双方）を欠くにもかかわらず共謀罪の対象となるという（少なくとも一見したところでは）「不均衡」を生ぜしめる。

④この「不均衡」を超克しようとする際、犯罪目的グループの存在が有する危険性に着目する米国法の議論が参考になる。

⑤もっとも、この危険性に着目しても旧法案には賛成し得ない。

二 今後の議論に向けて——「テロ等組織犯罪準備罪」についての暫定的評価

摺筆するにあたり、「新テロ対策」、「テロ等組織犯罪準備罪」として報じられた「法案」なるものについて簡単に触れておきたい。

前掲の報道のうち朝日新聞によれば、同紙が「テロ等組織犯罪準備罪」と呼ぶ犯罪類型は、大要、以下のようなものである。

①旧法案において用いられた「団体」を、「組織的犯罪集団」（「目的が4年以上の懲役・禁錮の罪を実行することにある団体」とする。②旧法案において用いられた「共謀」を「2人以上で計画」とする。③「犯罪の実行のための資金または物品の取得その他の準備行為」を要求する。

仮に、このような法案が提出されるとすれば、その審議に際しては、以下のような視点が必要になろう。

まず、①についてであるが、本稿の視点からは、「組織的犯罪集団」という文言により適用の対象を当該グループの存在が有する危険性が明確な場合に限定しようと試みているものと整理されるところ、この試みの成否が論じられなければならない。その際、「目的が4年以上の懲役・禁錮の罪を実行することにある団体」の存在が、そのような危険性を基礎付けるかが問題となる。もっとも、ここでいう「罪」の中には、未遂処罰・予備処罰を欠く犯罪類型も多く含まれるため、前述⁵³⁾のような難点が残るのではなからうか。

次に、②についてであるが、「共謀」という、従来多義的に用いられてきた

53) 本稿Ⅲ三2。

文言⁵⁴⁾にかえて「2人以上で計画」という文言を用い、「テロ等組織犯罪準備罪」が内心を処罰するものではないことを明確化しようと試みていると考えられる。本稿は、前述のように、共謀罪等は内心を処罰するものではないと考えるが、報じられた「法案」の試みは、議論がミスリードされるおそれを低減するものとなろう。

さらに、③についてであるが、このような文言は、内乱等幫助罪（刑法79条）における「兵器、資金若しくは食糧を供給し、又はその他の行為」との文言を想起させる。「法案」における「その他の準備行為」という文言に対しては、このような文言は不明確であって処罰範囲が無限定であるとの批判も想定される。しかしながら、既に刑法典が「その他の」という文言を多く用いていることのほか、内乱等幫助罪における「兵器、資金若しくは食糧を供給し、又はその他の行為」という文言が、通説によれば、暴動に使用される武器・弾薬、資金、食糧を供給・供与する行為のほか、これに準ずる行為であると限定的に解釈されることも⁵⁵⁾、議論の前提とされる必要がある。米国法におけるオーヴァート・アクト要件の空虚さを勘案すれば、③の点は、その規定ぶりも含め慎重に議論されなければならないが、それでもなお、「その他の」という文言のみを捉えて包括的であり無限定であると批判することは避けられるべきである。

より立ち入った検討は現実の法案における具体的な文言に基づくべきであるからここでは議論の方向性を提示するに止めるが、法案を論ずるに際しては、上記の点が踏まえられる必要があると考える。

本稿が、冷静かつ具体的な議論のための材料となれば幸いである。

* 本稿の完成にあたっては、公益財団法人野村財団社会科学助成による援助を受けた。

54) 共謀概念の多義性につき、拙稿「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究84巻9号(2011年)98頁以下参照。

55) 大塚ほか・前掲注36)48頁〔拙稿〕参照。