

## 「共謀罪」及び「共謀」概念とコンスピラシーの法理

奈 良 俊 夫

### 一 はじめに

(一) 近時の自衛隊法改正で、防衛秘密を漏示した者を処罰する（同法一二二条一項）ほか、右条項に該当する行為の遂行を共謀・教唆・扇動した者も三年以下の懲役に処する旨の規定（同条四項）が新設された。自衛隊法には、特定の行為の共謀・教唆・扇動を処罰する規定がすでに設けられているが（同法一一九条二項、一二〇条二項）、防衛秘密の漏示に関する右条項の導入は、国民の知る権利あるいは報道の自由等の観点から、特に世人の注目を受け、新聞等のジャーナリズムは一種の警戒感を示している。たとえば、新聞読者の投稿欄では、「罰則の対象には扇動・教唆に加えて共謀も入れられ、より幅広く取り締まる意図が見える」といった意見が掲載され、また、「共謀・教唆・扇動した者も処罰対象に加えた点は、運用に不安を持つ」<sup>(2)</sup>とか「報道関係者も……処罰がありうる。取材、報道の自由が規制されて、メディアを通じた国民による監視が阻害される」<sup>(3)</sup>などと指摘する論評が見られるの

である。一方、この改正法案が国会の議決をえたという事実は、防衛秘密の保護を重視し、その漏示行為を広範にわたって処罰の対象に含めるべきだとする見解が現時点での社会的趨勢であることを示しているともいえるよう。

右のような共謀を処罰する規定は、他に、国家公務員法、地方公務員法、爆発物取締罰則などにもみられるが、法規の解釈としては、「共謀罪」の中心概念である共謀についての論議が必ずしも十分に行われてこなかったと思われる。たとえば、共謀に近接する概念として用いられている陰謀、企てに関して、「企てとは、右違法行為の遂行を計画準備することであつて」<sup>(4)</sup>と説く判例があり、「陰謀とは、二人以上の者が、犯罪の実行を企図して謀議を行うことである」<sup>(5)</sup>と述べる学説があるように、共謀の意味は他の類似概念と明確には区別されていないといえよう。また、共謀共同正犯が共犯中の圧倒的多数を占め、かつ、刑事裁判における有罪率が高いという現状から、共謀の認定―共謀共同正犯として処罰と連なる脈絡が漠然と受け容れられ、実行行為を分担しない者の処罰に対する警戒感が識者の意識の中に潜在していたことも、前記のような論調の背景をなしているのかもしれない。

(二) 右にみた防衛秘密の漏示にかゝる改正自衛隊法は、一二二条の一項に漏示行為の処罰を規定し、二項で未遂処罰、三項で過失犯処罰、四項で一項所定行為の共謀・教唆・扇動を罰する旨を定めているが、この法文構造とよく似た構成をとるものに、爆発物取締罰則がある。同法は、その一条に、治安攪乱等の目的をもってする爆発物の使用および人をして使用せしむる行為を処罰する旨を規定し、二条に未遂、三条に予備、四条に「第一条の罪を犯さんとして脅迫教唆煽動に止まる者及び共謀に止まる者」を罰する旨を定めている。これら二法における共謀罪は、条文構成からみて、基本犯の実行行為以前の共謀それ自体が独立の犯罪として性格づけられていることは明きらかであろう。後者に関し、判例は、「(四条)は、一条の罪を犯そうとして共謀した共謀者のうち何人も実行行為に出なかつた場合において、共謀したこと自体を独立犯罪として処罰する趣旨の規定と解するのが相当であつて、

所論のように……一条違反の実行行為があつた場合において、その実行行為を担当しなかつた共謀者をも処罰の対象とする規定と解することはできない」と判示しており(大阪高判昭和四一・九・九下級刑集八・九・一一八五)、これと同旨の判決もある(東京高判昭和五二・六・二七東高判時報二八・六・七一、地裁判決として、長野地飯田支判昭和三五・八・一八下級刑集二・七二八・一一二四)。学説の多くも、これと同様の理解を示している(大塚・特別刑法七〇頁、木宮・特別刑法詳解一卷三五七頁など)。

独立共謀罪を考察しようとするときに想起されるのは、英米刑法におけるコンスピラシー(conspiracy)の法理であろう。コンスピラシーは、未遂罪、独立教唆罪と並んで、一般類型としての事前関与罪ないし未完成犯罪(inchoate crime, anticipatory offense)と位置づけられており、コモン・ロー上では、二人以上の者が不法行為(unlawful act)をなすこと、または、適法な行為を不法な手段でなすこと(lawful act by unlawful means)の合意(agreement)と定義され、合意ないし意思の合致そのものを犯罪とする特殊な類型として用いられてきたといわれている<sup>(6)</sup>。しかし、制定法の多くは、コモン・ローの定義がコンスピラシーの包摂範囲を拡大しすぎるといふ危惧から、この罪にいう合意の対象を「犯罪」の遂行に限定しようとしてきたようである。たとえば、アメリカ模範刑法典は、「実質犯罪(crime)の遂行を促進し又は助長する目的をもって、他の者との間で、全員またはそのうちの一部の者によってその犯罪……を遂行することに合意する」ことを中心に、コンスピラシーを概念構成し(五・〇三条一項)、ニューヨーク刑法典(一九六七年)は、「実質犯罪にあたる行為を実現する意図をもって、一人または二人以上の者と、その行為を実行し又は実現をはかることについて合意した者は……」と定めている(一〇五・〇条以下)。このように、コンスピラシーは、犯罪実行に向けられた意思の合致(合意)を独立の犯罪として処罰の対象とするものであり、この点で、「共謀」それ自体を独立犯罪と位置づけるわが国の前記各法条の構成と類似して

いるといえよう。もちろん、コンスピラシーの法理の適用は、英米刑事手続の特殊性(裁判の管轄、証拠法、陪審制など)と密接に関連して論じられているのであから、これを直接的にわが国の解釈論に結びつけることはできないが、①何をもって「合意」とみるか、②専ら内心的事実である意思の合致を、いかにして認定するか、③合意者(Co-conspirator)の範囲をどのように画するか、④実行行為に直接関与しない合意者の実行された犯罪に対する罪責はどうなるのか、という諸点を意識しながら、以下に、若干の検討を行ってみたい。

## 二 コンスピラシーの法理

### (一) 概 観

コモン・ロー上のコンスピラシーの展開は一七世紀にさかのぼるといわれていて、その実体は、複数人が結託して他人を誣告する等の行為を阻止することであり、したがって、その目的が達成されたか否かを問わず、裁判の悪用を謀議すること自体の処罰であったようである。<sup>(7)</sup>しかし、この法理は、一八世紀以降、次第に拡大適用されるようになり、前記のような定義の下に理解されるに至ったと指摘されている。<sup>(8)</sup>イギリスにおけるこの法理の研究については、優れた論稿があるのでそれに委ね、本稿では、アメリカ法における近時の動向に限定した視野で、若干の考察を行いたいと思う。

コンスピラシーの性格を極く概括的に整理すると、それは、①実行行為以前の、複数人による犯罪的意思形成(犯罪遂行の合意)を処罰の対象とした、実質犯罪実現に対する事前関与の罪であり、したがって、合意の成立で

完成し、当該合意に基く目的犯罪の実行行為とは明確に区別され、②合意に基いて行われた他人の行為については、実行行為の分担の有無にかかわらず刑事責任を負う、ということになる。このような内容を持つ法理が是認される根拠は、④犯罪実現に向けられた合意は、各人の危険性の明白かつ具体的な証拠であるから、犯罪の事前抑制とその有効な手段の準備の観点から、合意に達した段階で刑罰権を発動することは合理的であること、また、⑤複数人による事前予謀は、熟慮・計画性を帯びる傾向があるから犯罪実現の危険性は大きく、秘匿性による発見の困難さを伴い、さらに、反覆の可能性を秘めること、⑥集团的・組織的行動は、一部の脱落者があつたとしても、残余の者によって目的犯罪が実行される可能性が高く、仲間に対する忠誠心(義理)に拘束され、単独犯のように中止をしにくく、さらに、集団行動は、目的実現に効率的に作用する(任務分担など)場合が多いので、集団・組織の形成段階における法の介入は、犯罪抑止にとって有効であること、等々と説明されている。<sup>9)</sup>

しかし、一方では、コンスピラシーの法理に批判的な見解も主張されていることに留意する必要がある。右の①に関しては、内心的事実のみを根拠に刑罰を科しうるかという刑事責任の基本原則からの疑問提示であり、②については、合意を一律に処罰することは、合意者中で、立案者、組織者、指導的役割を担った者と周辺の軽い役割分担者とを区別せずに扱うことになり、非難の程度に応じて責任を問う原則と公平の原則に反するのではないかという指摘である。また、コンスピラシーの法理の妥当性を支える論拠についても、④に対しては、合意は推論(さらには推測)的判断によってその存否が決せられる傾向があり、陪審員の評価に依拠するならば、合意形成の積極的推進者でない被告人にとっては不利になる傾向があること、⑤、⑥に関しては、合意が直ちに犯罪実現に向けての機能的集団を形成するとはいえず、また、多数人による緩かな合意が常に犯罪実現の具体的危険を発生させたとはみられないこと、等々の論駁が試みられている。<sup>10)</sup>

コンスピラシーの運用についての大方の評価は、この法理が訴追側に有利に機能しているという認識であろう(コンスピラシーは検察官のダーリン(darling)だという表現もよく用いられる。一九二五年の連邦最高裁判決<sup>10)</sup>に由来しているらしい)。検察官にとつての利点として一般に挙げられている諸点は、以下のようなものである。①その発展過程からして、コンスピラシーは、反社会的・反政府的・反体制的な性格を帯びた集団行動を抑圧する法理として用いられて来たので、実際の適用・運用は訴追側に有利な実績を残しており、また、その内容が「合意」という内心的・不確定的要素を中核としているため、柔軟で融通性のある解釈の可能性を秘めており、社会の安全・平穩の維持の各自の下で処罰の方向に傾斜して解釈されやすい、②この犯罪の管轄地は、合意の行われた所、あるいは、合意に基づく顕示行為(overt act、合意内容の具体化を示す行為)たとえば、下見、犯行用車輛の賃借など実行の着手以前の行為、詳しくは次頁以下)が行われた所のいずれの管轄裁判所を選択するかは検察官の裁量に委ねられるため、検察官は、証人尋問の有利さ、陪審形成の見込み等を考慮して管轄地を決定できる(特にこれは、広範囲にわたる連邦事件において著しい)、③合意という内心的事実が問題となるため、その証拠方法として伝聞が広く認められてきたので、合意者の供述が他の合意者(co-conspirator)に用いられるなど、被告人に不利な供述が増加する場合が多い、④コンスピラシーは併合審理で行われるのが一般であるため、証拠は各合意者に共通に用いられるので、検察官は各合意者に対する個別的な立証の必要性はなく、包括的・複合的な証拠、あるいは、合意者全体にとって最も不利な証拠によって、全員の有罪を立証しうる(陪審は各人に対する採用証拠を明示してコンスピラシーについて有罪の評決をする必要はなく、むしろ、採用証拠は秘密にされる)。したがって、被告人は、自分より重要な役割を果たし、情状も悪い合意者に対する評価から自分を分離することが困難になる。陪審員は、友は類をもって集る(birds of a feather are flocked together)という印象を持ちやすいからである。⑤被告人は、コンス

ピラシーおよびそれに基づいて実行された犯罪の二罪について処罰されるほか、合意から発展したと合理的に判断される他の犯罪（他の合意者が実行した）についても処罰されるという解釈が有力であるため、検察官は、一個のコンスピラシーに対して重罰をもって臨むことができる。<sup>102</sup>

なお、記述の簡略化のため、以下においては、特に強調する場合を除き、コンスピラシーを「共謀罪」コンスピレーター (conspirator) を「共謀者」と表記したいと思う。

## (二) 顕示行為

右に概観したコンスピラシーの法理における最も著しい変化は、この法理に新たに登場してきた「顕示行為 (overt act)」の概念の一般的承認であろう。前述の通り、コモン・ローにおいては、違法行為実現の合意が成立すれば共謀罪は完成するとされてきたが、近時の制定法の多くは、合意の他に、それに基いた、目的実現に資すると認められる、一定の行為（顕示行為）の存在を待って、共謀罪の有罪性が確立するという立場を採用するようになってきたのである。<sup>103</sup> たとえば、アメリカ模範刑法典は、「何人も、第一級または第二級の重罪（殺人については、謀殺は一級、故殺は二級、盗罪については、強盗は二級、他の盗取罪は三級、の各重罪とされている―筆者注）以外の実質犯罪を犯す共謀罪については、合意の目的を達するための顕示行為が自己または他の合意者によって行われたことの主張および立証がない限り、有罪の認定を受けることはない」（五・〇三条五項）と規定し、ニューヨーク州刑法典（一九六七年）も（「本罪については）合意者の一人が、合意を推進するための顕示行為を行ったことの主張および立証がなされない限り、有罪とされない」（一〇五・二〇条）と定めている。

こうした立法例が増加した背景には、共謀罪のやゝ放漫な適用に対する反省から、内心の状態のみをもって人を処罰することは避けるべきだという思考の浸透があったようであり(理論的には、合意の形成行為(entering into the requisite agreement)が本罪の客観的要素(actus reus)とされてはいるが)、また、単なる合意は処罰に値するほどの社会的危険性を持たない、合意が犯罪を確実に志向している(活動を開始した)ことが客観的に認められたときにそれが可罰性を得ることで十分である、合意の段階で犯罪計画から脱退する者への配慮も必要である、等々の見解の影響力もあったと思われる。<sup>14)</sup>なお、模範刑法典の起草者が第一級および第二級重罪については顯示行為を不要と解した理由は、目的犯罪が重大であるほどその事前抑制の必要性が高いと認識して、主観面を中核とする共謀罪の例外性をこの点で受容したためであらうといわれているが、すべての目的犯罪について顯示行為を要求する立法例が増加しているようである。<sup>15)</sup>

一般的見解からみた顯示行為の性質は、①目的犯罪実現を促進する何らかの(no matter how trivial)行為であれば足り、その実現に不可欠な行為(substantial step)である必要はない、②不作為でもよい(一定の義務―兵役、出頭、届出、報告など―を履行しない形態)、③違法な行為である必要はない(もちろん、他の犯罪を形成する行為も顯示行為たりうる)、④未遂犯を成立させる程度に近似した危険性を呈するものでなくてよい、などに類型化されるように思われる(たとえば、①、④にかゝわるものとして、State v. Dent, 869F.2d 392(Wash. 1994))。具体例としては、合意成立後の打ち合せ・電話連絡・手紙文書の発信交換、犯行手段の準備、逃走・犯行隠避手段の準備、などが通常の場合であるが、たとえば、政府転覆計画の合意の後に合法的な共産党の集会に出席した事例のような特殊な顯示行為も認められている。<sup>16)</sup>

顯示行為の効果は、共謀罪の性格から、合意者の一人のした顯示行為は合意者全員に及び(顯示行為の後に合意



形成に加った者にも効果が及ぶとみる立場もある)、一方、顕示行為を行った者が処罰を免れたときは、他の合意者も同様の扱いを受けることになる(ただし、模範刑法典が、共謀罪について双方向性・対向性を要求していないと解すれば、この立場からは、合意者の一人の免責は他の合意者にその効果を及ぼさないことになる)。

さらに、理論上の問題として、顕示行為は、共謀罪の構成要素なのか(細分化すれば、合意の一要素なのか、犯罪の実質的要素なのか)、あるいは、証拠に過ぎないのかという論争がある点に注目する必要があるように思われる。連邦最高裁は、原則としてこれを証拠とみており、多くの見解がこの立場を採用しているようであるが、前者とみる意見も無視できない。この問題の帰趨は、共謀罪における顕示行為の基本的性格づけにかゝわるだけでなく、提訴期間、管轄の決定など訴訟法上の手続にも影響を与えることになる。

### (三) 合 意

#### 1 一般的定義

合意(agreement)は、違法行為(コモン・ローの場合)または犯罪(多くの制定法の場合)を実行することを目的とする複数人の間の意思の合致であるとされている(目的とする行為が違法行為、犯罪に当たることを知っていることは合意の内容ではない)。しかし、共謀罪における合意は、法律上の契約のような完全な意思の合致(meeting of the minds)である必要はなく、また、各人が内容を詳細に知ることが要求されず、実現目的の重要部分なし基本的内容(essential nature)を認識したことで足りるとされている。さらに、合意は、明示的な意思交換

(expressed commitment)の結果である必要はなく、文書その他の手段によって客観的に確認されるものであることを要しない。<sup>19)</sup>たとえば、AがBに近づく麻薬売買の仲間に入れてくれと申し向けたときに、BがDに「自分はAを知らない」と告げたところ、Dが「彼は大丈夫だと思う」と答えたので、BはAに若干のヘロインを渡したという事案を想定すると、DはBに買受人を保証してその見返りにBから分け前ないし報酬を受け取る暗黙の了解があったとすれば、B—D間に麻薬販売の合意が認められることになろう。<sup>20)</sup>

しかし、合意は、各人が目的実現を意識していることのみでは十分でなく、相互に共通の目的(mutual goal)実現に向けた意思を分かち合っている状態、あるいは、共通目的実現に向けて意識が一体となっている(in unity)状態に達していなければならない。この点で、合意は、各人が個別的に持つ犯罪実行意思あるいは犯罪幫助意思とは区別される。

## 2 合意の目的(対象)

合意の目的をいかに限定するかという点について、コモン・ローの原則は制定法によって大きく変容している。すなわち、前者は、民法上の不法行為、社会秩序・法秩序・善良な風俗を害する行為、司法・行政の作用を妨げる行為、さらに、単独で行えば問題とされない行為を多数人で行う場合(集団による労働条件改善の要求など)をも含めるなど、極めて広範に合意の目的を認めてきたが、多くの制定法は、この目的を「犯罪」に限定するようになったのである。ただし、カリフォルニア州刑法典のように、市民の健康、社会道徳、司法・行政作用を害する一切の行為を目的に含める例(一八二条(5))も存在することに留意すべきであろう。制定法によるこうした縮限的傾向が、デュー・プロセスの原理(明確性の原則)あるいは罪刑法定主義(principle of legality)の重視という思考に

支えられていることは、多くの論者が認めているところである。<sup>22)</sup> なお、やゝ視点を変えたときに、犯罪を実行することと目的を限定せず、犯罪の教唆あるいは「他人が犯罪を計画しもしくは実行する……について幫助すること」を合意の目的に含める模範刑法典のような方向も、看過しえないと思われる(五・〇三条(1))。

合意は、共謀罪の中核をなす要素であるから、一個の合意であれば、そこに複数の目的が含まれていても、共謀罪は一個成立するに過ぎない。この場面には、複数の法規に違反する行為を行おうとする場合と一個の法規に違反する行為を連続して行う場合が含まれるが、判例は、「一個の合意が……数個の制定法の違反を企図しているから」といって……数個の共謀罪であることはできない」と判示しており(Braverman v. U.S., 317 U.S. 49(1942))。模範刑法典は、「複数の犯罪を実行すべく合意した者は、かゝる複数の犯罪が同一の合意もしくは持続的な共謀関係の目的であるかぎり、一個の共謀罪についてののみ罰せられる」(五・〇三条(3))と規定している。たとえば、酒類の違法な製造・輸送・販売を行った場合、これらが一個の合意に含まれるとすれば、複数の税法等違反を目的とする一個の共謀罪が成立することになり、数回にわたり連続して従業員が商店の物品を窃盗・横領した場合、これらが一個の合意に包摂されるとすれば、一個の共謀罪が成立するに止まることになる。この解釈の適用は、一方において、当該合意に含まれるすべての人間のすべての行為に対す共同責任が問われる限り、被告人に不利益をもたらすが、他方、複数の小さな共謀罪による刑の併科より一個の大きな共謀罪による処罰の方が被告人にとって有利であるという二面性を持つことになる。<sup>23)</sup>

### 3 合意の認定

合意は、オープンにされることのない密行性を有するものであり、かつ、無定型(amorphous)なものであるか

ら、いかにしてこれを認定するかという問題は、共謀罪の運用にかゝる実践的な重要性を有する。従来からの経緯をみると、合意の認定は、①状況証拠からの推定(論)を大幅に許容する、②伝聞法則の適用を緩和した立証方法を認める、という二つの方法を柱とする独特の処理によって行われてきたように思われる。また、この証明は、完全な証明、合理的な疑いを超える証明に限らず、証拠の優越(preponderance of evidence)で足りるとする方向で実務上扱われてきたといえよう。<sup>94</sup>この方向は、たとえば独占禁止法違反の事案など、いわゆる現代型の組織的犯罪について顕著である(組織的に腐敗行為を行う団体の取締りを目的とする、いわゆるリコ法—RCO Actは一九六二条(d)でこの法規違反行為にかゝる共謀罪について詳細に規定しており、政策的見地から一般的な共謀罪に比し、その成立要件等を一層緩和している。なお、詳細については、(註)30など参照)。

前記①についてみると、合意の存在は、一連の状況の展開過程と各種状況相互の関連から推論して、共通の目的があったに違いないという形で認定されるようである。これによると、たとえば、銀行強盗を実行したA・Bが奪った現金をバッグに入れて逃走しようとしたときに、銀行の極く近くの商店で買い物をした後に止めてあった車に乗っていたCが二人をA宅まで自分の車で送ったという事実が存在したとすると、A・B・C間に銀行強盗を目的とする合意があったと推定できることになる。一方、A・Bが偶然街で出会った女性Cと親しくなり、一緒に人のいない静かな場所を散策中、Cが足をすべらせてあおむけに両足を開いて転倒したところ、それを見たAが強姦に着手し、その際、BはAのズボンのベルト等を持ってやった事実が存在したとすると、Bは強姦について(被害者は不特定であったとしても)Aと合意があったと推定することは許されないであろう(類似の事案として、Commonwealth v. Cook, 411 N.E.2d 1326(Mass.App.1980)など参照)。②は、合意者の一人が持続的な共謀関係の中心でなした供述の伝聞は、他の合意者の不利益な証拠として広く許容しようとするルールとして用いられているよう

であり、その背景には、各共謀者は相互に代理人ないし共同行為者 (partner) とみなしうるといふ考え方がありと指摘されている<sup>(8)</sup>。もしそうであるとすれば、共謀者と認定しうる者の間においてのみ、その中の一人がなした供述の伝聞は証拠として許容されるのであって、たとえば、D<sub>1</sub>・D<sub>2</sub>が銀行強盗を行った場合に、D<sub>1</sub>(組織者・主謀者)が愛人Xに「D<sub>3</sub>は計画では逃走用車輦を盗むことになっている」、「D<sub>3</sub>は車を盗んだ後に抜ける気だ」と語った旨のXの供述は、D<sub>3</sub>が共謀者(合意者)であることの証拠としては許容されないのではなからうか。伝聞証拠の許容範囲については今後もう少し検討してみたい。

#### 4 一方的(片面的)合意の可能性

コモン・ローの解釈としては、合意は複数人が関係する共同行為 (group action) であり、その成立には少くとも二名の意思の合致が必要とされてきた。この双方性ないし対向性 (bilateral) の原則は、共謀罪についてのコモン・ローの基本的立場である。しかし、この原則は、合意の存否の問題か共謀罪不成立・共謀罪として不処罰の問題かという点では、必ずしも明確な理論構成が示されていたとはいえないように思われる。共謀の相手がまだ逮捕されていない、正式に起訴されていない、免責を認められている等の場合には、被告人だけが共謀罪として有罪判決を受けることができるという点では、争いがなく、一方、被告人が共謀の相手として選んだ者が責任無能力者であるか、その目的実現の意図がない者であるときには、いずれも二人の間に合意がなかったという理由で罪とならないと解するのが通説とされている<sup>(9)</sup>。だが、相手方である精神障害者には目的犯罪を理解し、それを実現しようとする意図、すなわち、共謀罪に要求される特別故意 (specific intent) が欠如しているから被告人に共謀罪は成立しないとする説明もあり、双方性の意味はやゝ不明瞭のままだといえよう。

これに対し、模範刑法典は、いわゆる一方向性の(unilateral)原則を採用し、被告人に他人と共同した犯罪実現の目的が確実に認められ、他人に合意を求める働きかけが存在する以上、相手方の責任条件にかゝりなく、共謀罪が成立することを、合意の解釈論と共犯論とを関連させながら導いている。この見解は、双方性の原則が、①共謀罪の有する事前関与罪(実行の着手以前に犯罪を阻止することを目的とする)の性格を損うこと、②責任条件を具備しない者も目的犯罪実現に有用な有形的・無形的活動をなしうる点を看過し、組織犯罪としての共謀罪の性格を弱めている、との批判を前提としているように思われるが、具体的には、おとり捜査による共謀罪の摘発・処罰を容易にする等の利点を取締側に与え過ぎないかという危惧も内包している。

## 5 合意と合意によって成立した組織(集合)体との区別

合意の理論的位置づけに関して、「共謀罪の中核(essence)は、合意そのものではなく、違法行為を実行する合意によって形成された組織体(combination of people)である」、「共謀は、犯罪目的のための共同体ないし一種の組合関係(partnership)である」と説明するのが、学説、判例における多数意見であると思われる。これに対し、共謀罪の本質的要素は合意すなわち意思の合一(union of wills)であって、合意者の集合体(group of conspirators)ではないとみる立場も存在する。模範刑法典もこの見解に立脚していると思われる。

Dが意思の合致したA・Bの犯罪実現を幫助したという場合、前者の立場によると、Dは、実現犯罪についての共犯に加えて共謀罪の共犯としても処罰されることになる。なぜならば、A・Bの実行の着手前の段階における幫助行為は、継続的に存在しているA・Bの組織体に対するものと評価されるからである。これに反し、後説を採用すると、DがA・B間の意思の合致について幫助した場合についてのみ、共謀罪の共犯が成立することになり、意

思の合致が成立した後の加功行為は、実現犯罪の共犯としてのみ評価されることになろう。このように、二つの立場の差違は、共謀罪の処罰範囲に影響を与える点で相当の意味を持つのであって、後説の論者は共謀罪の過度の適用に歯止をかけようとする狙いからも、自説の妥当性を主張している。

#### (四) 一個の共謀罪の範囲

##### 1 概観

共謀罪の一個(一体)性の範囲は、前述の通り、この罪の本質的要素との関係からすると、一個の合意の範囲とほぼ重なり合うものであるが、実際上は、各被告人の責任を決定するばかりでなく、併合して訴追・審理することの妥当性、集団犯罪における二重の危険の法理の適用、顕示行為(これを証拠とみた場合)の効果、時効・管轄・裁判地の処理などの手続面とも密接に関連して論じられており、特に、多数関与者を含む大きな組織が広範な活動を行うといった犯罪形態については、複雑な論点が提起されている<sup>30)</sup>。また、この一体性の問題は、大きな組織を訴追・処罰するための有効な法的手段の必要性と個々の被告人の不利益の回避という矛盾した側面を意識しなければならぬというむずかしさをも含んでいる。

目的(対象) 犯罪が複数であっても、これらが同一の合意または持続的共謀関係の対象である限り、共謀罪は一個のみ成立するとみる点では、争いがないようである。論争は、当事者(共謀者)の範囲をめぐって展開されている。以下に右の問題の状況を検討するのであるが、まず、多くの論者が採り上げている代表的・古典的事例を略述

しておきた。

〔Ⅰ〕 Peoni v. U.S. (100F. 2d401(2d Cir. 1938))

Aが少量の通貨を偽造し、これらをBに売却したところ、BはこれらをさらにCに売り渡し、Cは流通過程を利用して善意の第三者に手交したという事案について、A・B・Cは一個の共謀罪として起訴された。Aは、A―B間、B―C間に別個の共謀が成立すると主張した。

裁判所は、Aの主張を認めたが、その理由は、Aは、Bが偽造通貨をその後どのように処分するかについて関心がなく、A―C間に特定の意思的連鎖関係は認められないというものであった。

〔Ⅱ〕 Kotteakos v. U.S. (328 U.S. 750(1946))

三二名の被告人が不法に政府の住宅ローン補助金の騙取を共謀したとして、一個の共謀罪で起訴されたが、不動産業者Aが三一名のローン希望者(場合によっては、八個以上の小グループにまとめることができる)と個別的に取引しており、各ローン希望者相互間に何らかの意思連絡があった事実は認められない。A(上訴人)は、自分と各ローン希望者の間に別個の共謀があったに過ぎないと主張した。

裁判所は、各人と共通した関係を有するAを除けば、他のローン希望者は、自分のもの以外のローンが成功するか否かについて関心がなく、また、他人のローンを確保することを合意したり幫助した事実も認められないとして、Aと各ローン希望者との共謀は、より大きな一般的計画の実現を目的とする共謀の一部とみることはできず、各々特定された別個のものであると判示した。

〔Ⅲ〕 Blumenthal v. U.S. (332 U.S.539 (1947))

五名の被告人が違法にウイスキーを販売することを共謀したとして、一個の共謀罪で起訴されたが、そのうちの



二名(A・B)はアルコール類卸売会社を經營し、会社は身許不詳の所有者(X)からウイスキーを買っており、他の二名(C・D)はセールスマンとして地方の飲食店にこのウイスキーを販売していた。被告人(上訴人)らは、本件においては、会社經營者とセールスマンの間、および、經營者とXの間、という二個の共謀罪が成立すると主張した。

裁判所は共謀罪は一個であると認めたが、その理由を、AとDの全員は、X所有のウイスキーを違法に処分(販売)するという共通の目的を追求しようとしたのであって、C・Dは自己に割り当てられたもののみを販売する役割を事実上は分担しているが、かれ等は、販売されるウイスキーの量がもっと大きいこと、自己の行為が大規模な計画を実現する流れの一環であることを知っていたと説明した。

[N] U.S.v. Bruno (105 F. 2d 921 (2d Cir. 1939))

八八名の被告人らが、麻薬(ヘロイン)の輸入・販売・所持の一個の共謀罪で起訴されたが、証拠によれば、長期間にわたる大々的な麻薬取引がなされていて、本件被告人には、ニューヨーク市に麻薬を輸入する密輸業者、仲介人(broker)、常用者に販売する二つのグループの小売人たち(ニューヨーク州をなわばりとするものとテキサス州・ルイジアナ州のもの)が含まれていた。密輸業者といずれの小売人グループとの間にも、また、各小売人グループの間にも、意思伝達あるいは協力があつた事実が認められていない。

裁判所は、「麻薬をニューヨーク港に密輸入し、それをニューヨーク州・テキサス州・ルイジアナ州にいる中毒者たちに分配することを目的とする」一個の大きな共謀を認定できるとし、その理由を大略以下のように説明した。すなわち、密輸業者は仲介人が当該麻薬を小売人に売らねばならないことを知っており、小売人は仲介人が何らかの密輸業者から買い付けることを知っていたのであって、すべての被告人は、一個の冒険的取引(事業)に

かゝわっており、各人はそのすべての部分について関与者であり、彼が直接関係している部分の成功が全体の成功に依存しているという意味で各人は相互に全体計画の推進者であると認定できる（たとえば、小売人たちは、一個の企業の部分活動を行うもので、同じ店の二人のセールスマンの場合と同様である）。

## 2 一体性のモデル構造

共謀罪の一体性（一個性）をどのように画すかという問題は、目的犯罪（合意の対象となる行為）の数と関与する人間の範囲の二方向から考察することができるが、前記の通り、目的犯罪が複数であってもそれらが一個の合意に包まれる限り、共謀罪は一個であるという理解はほぼ確定しているようである（*Braverman v. U.S.* 317 U.S. 49 (1942), *Doolin v. State* 650 So. 2d 44 (Fla. 1995)）。したがって、一個の共謀罪の範囲（scope）は、誰れが一個の合意に含まれる共同共謀者であるかという問題にほぼ収束して論じられている。これにはいくつかの定型（モデル）が提示されていたので、以下にそれらを略述してみる。<sup>80)</sup> なお、これらはあくまでも法的思考上の比喩（legal metaphor）であり、近時は、こうした単純化された図式を採用しない論者も多い（*U.S. v. Morris*, 46 F. 3d 410 (5th Cir. 1995)）。

### 〔A〕 鎖型（chain situation）

各人の行為が合意の目的実現のために必要不可欠な連鎖的部分を構成しており、各人が、直接的な合意者が更に他の者と合意して自己の担当部分の成否が全体的企図の成否に関係していることを認識している場合、各人は、一個の大きな共謀の鎖の一端（link）と位置づけられると構成する。鎖の各環さらには両端が相互にそれぞれの特性（氏名・具体的な役割）を知っている必要はなく、面識があることも要求されない。麻薬の輸入者・中間的卸

売業者・小売人といった。いわゆるルート犯罪にこの型の代表例をみることができる。

實際的に鎖の両端を決定する基準としては、共通の利益を追求している一つの組織に含まれるか否かという判断が用いられているように思われる(“community of interest test”<sup>33)</sup>)。

これは、コンスピラシーの法理が利益追求型の組織犯罪を本来的な適用対象とするようになってきた経緯に由来するのである。したがって、社会の平穩を害することを目的とする犯罪形態等については、右の基準は、それなりに変容して用いられると考える。

〔B〕 車輪型 (wheel and spokes situation)

中心的な一人 (hub—車輪の軸) が複数の人間 (spoke—車輪の輻) とそれぞれに合意しており、各々の輻が、共通の目的実現を意図し、各人の間に密接な相互関連が存在することを認識していた場合は、あたかも車輪の輻が外枠 (縁—rim) によって連結されて一個の輪を形づくっているように、一個の共謀を形成していると説明する。したがって、各々の輻が相互に独立的に中心的人物とのみ合意している場合は、中心を共有し放射状に広がるその人数に応じた複数の共謀が存在することになる。

外枠によって相互に連結された一個の車輪としての共謀と認められるためには、客観面および主観面を考慮して、前出の利益共同体の成立の有無を判断する必要があるのは、鎖型の場合と同様である。この型は、同一目的に向けて作動する多数者を組織し、指揮するような犯罪形態—たとえば、違法な人工中絶で高収入を得ようとした病院が、多数の者を示唆して中絶を希望する婦女を集めさせる場合など—によく当てはまるであろう。

〔C〕 混合型 (chain—wheel situation)

基本的には鎖型を構成するが、その中の一つの環 (link) が、それを中心とする車輪型の共謀を形成している場合

である。もし、当該環（同時に軸）と連結する複数の幅が外枠（縁）によって相互に結びつけられていないとすれば、複数の鎖型共謀が並存することになる。<sup>34)</sup>

この型は、犯罪の組織者が、中間的な実行指揮者に具体的行動の裁量を委ねるような場合、あるいは、二次的組織者を予定して目的行為の実行規模を拡大するような場合に、その典型を見出しうるであろう。

〔D〕 模範刑法典型

特定の犯罪を遂行することを他者と共謀した者は、その者（合意の相手）が、「同一の犯罪の実行について他人と共謀したことを知っている場合には、その他人が誰れであるかを知っていると否とにかかわらず、その者と当該犯行を共謀したものとして処罰される」（五・〇三条(2)）という立場である。被告人（A）が直接の共謀者（B）を紹介してその存在を知りえた者（C）までが、一個の共謀（A・B・C間に成立する）の範囲であるという趣旨である。

ただし、模範刑法典は、共謀罪について、一方方向性の原則を採用しているので、A・B・Cを含む一個の共謀罪が成立しても、CがAの存在を知らなければ、Cに関しては、これと別個に、B・C間の共謀を認めるという結論になると思われる。<sup>35)</sup>

3 一体性の判断過程

右の一体性のモデル構造が、具体的な事案についてどのように適用されるかという点を、前出の四つの判例を素材として検証してみる。

〔I〕の場合、偽造通貨がA・B・Cと順次に手交された事実は客観的に明確であり、また、A・B間、B・C間に

偽造通貨の譲り渡し共謀が成立していることも容易に認めうる。問題は、A・B・C間に一個の共謀が成立したとみることができるか否かの判断であろう。これを肯定的に解した検察官の立場は、A・C間に鎖型の共謀を認めるものであり、Aの主張は、BをCに至る連鎖の一環と評価することを拒否するものである。前出の利益共同体テストによれば、本件においては、Aは自己の利益を実現する目的の達成をBとの関係で十分に予定しうるのである。Bがどのような方法で偽造通貨を換金するかを知らず、また、Bがそれらを直接行使するか他の者を介して流通に置くかについて関心も持たなかったのであるから、BをA・Cを継ぐ環と位置づけることは適当でないと思われる。判例の結論は妥当であるといえよう。ただし、偽造した通貨が多量であって、Bが更に複数人の共同を必要とするような場合は、Cを含む一個の共謀罪を認定できであろう。

〔Ⅱ〕の場合、Aを中心(軸)とした多数の政府補助金騙取目的共謀があった事実は明白であり、その限度で複数の共謀罪が成立することに争いはないと思われる。問題は、各ローン希望者を結びつける外枠(縁)の存在を認めて、Aを中心とした一個の共謀罪とするか否かの点にある。検察官の主張は、車輪型の一個の共謀罪を認めるものであり、Aの見解は、各人(輻)を一つの輪(circle)にまとめてA(軸)に結びつける条件の欠如を根拠としている。

裁判所認定の通り、各ローン希望者が自己の申込みの成功以外に関心を持たず、また、他人のローンの確保に合意したり援助した事実も存在しないとすれば、包括的な利益追求の目的に向けられた合意を認めることは無理であって、Aを中心とする各別の共謀罪の成立を肯定した判例の結論は妥当ということになろう。ただし、各人がほぼ同時に申込みをし、一人の申込みが何らかの理由で不成功に終れば、残余の申込みもまた成功しないという事情が存在し、かつ、各人がそれを知っていたとすれば、車輪型共謀が成立する可能性はあると思われる。

〔Ⅲ〕の場合、各関与者間の関係を最も単純化すれば、 $X-A-B-C-D$ ということになるが、その一部を $A-B-C$ と $A-B-D$ とみることも可能であり、その他、事実認定によって、各種の組合せができる。本件の場合、 $A$ と $B$ は酒類販売業会社の共同経営者ではあるが、 $C-D$ はこの会社と取引きしたのではないと窺えるところもあり、 $A-B-C-D$ の相互関係は複雑かつ不明瞭であって、共謀を前記の鎖型、車輪型、混合型のいずれを想定して検討すればよいのか、むずかしいところである。単純化した例に従い、 $A-B$ 間および $C-D$ 間に一つのグループと認めうる密接な相互関係が存在したとすれば、ここに鎖型の共謀を予定した検討を加えることになり、 $A-B$ を一つのグループとし、これを中心に $C$ および $D$ が輻として結びついているとみれば、 $C$ と $D$ を連結する外枠(縁)の存否を検証して車輪型と $X$ の連鎖を認める混合型の考察ということになる。模範刑法典の立場によれば、 $C-D$ が $X$ の存在を知っていたか否かの認定が、一つの共謀の成否にかかわる焦点となる(双方向性を採用しないこの立場からすれば、知らなかった場合には $C-D$ については $A-B$ 間のみ共謀罪が成立し、 $X$ については、当然に販売者の存在を知っているで、 $C-D$ を含む共謀罪が成立する)。

判決は、関与者全員が助け合って違法な価格でのウイスキーの終局的な販売を推進しようと企図したのだから、一つの共謀罪が成立すると説明しているが、この理論構成は、鎖型の共謀を意味すると解したときに、最もわかりやすいのではなからうか(各人は、自分が大きな計画(鎖)の一環であることを認識しつつ、役割分担として各自の行為を行ったとみる)。

〔Ⅳ〕の場合は、混合型を想定すると理解しやすいように思われる。すなわち、密輸業者・仲介人・小売人の各グループとの関係は、意思の伝達と麻薬の引渡が順次に行われた鎖型共謀であり、他方、小売人の二つのグループと仲介人との関係は、各グループのそれぞれに仲介人との間に意思の伝達と麻薬の引渡しがあった点では、軸と輻の

関係とみることができるのである。

被告人らの主張は、小売人の二つのグループの間には相互関係が認められないから、共謀罪は、密輸業者・仲介人・ニューヨークの小売人の間のものと、密輸業者・仲介人・テキサスとルイジアナの売人の間のもの、という別々の共謀に基づく二個が成立するという根拠で展開された。二個の鎖型共謀の並列のみを認めたのである。この見解は、仲介人と二つのグループを一つの車輪とみなすために必要な外枠(縁)となるべき共通の利害関係の存在とその認識が欠けているという趣旨と理解することができよう。

判決は、鎖の一方の端にいる者は、その違法な取引が直接の買主(仲介人)で終ることはないと知っており、他方の端にいる者はそれが売主にはじまったものでないことを知っていたのであるから、全員が一個の大きな取引に携わっていることを意識して、各自の行為を全体を構成する一環として行う合意が成立していたと認めたと、仲介人を分岐点として二方向に流れる二つの意思伝達と麻薬の経路を一個のものとして包括する理由は、必ずしも明確にされていない。この判決が、車輪型共謀の側面からの分析を十分に行っていないという批判が存する所以である。<sup>66</sup>被告人らの主張がいう共通の利害関係の存在とその認識は、一個の共謀を肯定するための重要な要素なのではなからうか。密輸業者と仲介人との共謀と仲介人を中心とする小売人との一個の共謀とが、全体として一つの連鎖を形成すると認められるときに、一個の共謀が成立するとみる考え方が妥当のように思われる。

なお、共謀罪について双方向性を要求しない模範刑法典の立場からすれば、密輸業者・仲介人・小売人という共謀が前二者について認められ、小売人については、仲介人との共謀のみが認められるという解決もありうるようになる。

(五) 共謀罪と共謀者の一部によって実行された犯罪との関係

現在における共謀罪の重要な実践的意義の一つは、共謀者は共犯の要素を完全に具備しなくても、他の共謀者によって実行された犯罪についての責任を負わねばならないという点にある。

コモン・ローでは、かつては、共謀罪は実現された目的犯罪に吸収ないし包摂されると解されていた。いわゆる“merger doctrine”の適用である<sup>87)</sup>。しかし、この原則は漸次変容し、共謀罪の成立とその目的とされた犯罪の実現とは明確に区別されるようになり、かつ、共謀者の一人によって実行された犯罪が、①共謀に端を発した経過であり、②合意された企図の範囲内に属し、③合意の当然の(自然な)帰結である(合理的に見て)限り、すべての共謀者は、当該犯罪と共謀罪の双方によって罰せられるという立場が有力になった<sup>88)</sup>。ただ、右の三要件の解釈の厳緩の差により、処罰の範囲に相当の広狭の違いが生ずることになると思われる。

たとえば、A・B(兄弟)が違法行為の実現を共謀し、Aがその目的犯罪を実行したが、その時点でBは他の犯罪により刑務所に収容されていたという事例を想定してみると、両名の明瞭な合意の内容が、所持・販売を禁じられているある物品を入手して、販売の時期をうかがうための当分の間これを陰匿しておくというものであったところ、Aが自己固有の目的のため直ちに当該物品を売却して利益を得てこれを費消した場合、Bは販売罪についても刑責を問われるかが、ここでの問題となる。

共謀罪と共謀者の一部によって実行された犯罪との関係について、連邦最高裁判所の代表的な判例は、共謀関係が継続している限り、共謀者中のある者がなした顕示行為(overt act)は合意の範囲内で共謀者全員に帰責される



べきであり、それが実質犯罪である場合は、当該犯罪に対する故意は共謀の形成によって確立し、共謀者は何かなされるかを正確に認識していたことになるから、実行行為は全員にとって共同事業の実現 (execution of enterprise) 過程としての意味を持つと説明している (Pinkerton v. U.S., 328 U.S. 640 (1946))。この立場は、不法な企図に参加する者は、その企図実現のために相互に推進者・実行者 (agent) の役割を担っているという思考を前提としているといえよう。ただし、右の判例の結論は、実行行為に直接的に関与しない共謀者が明確に共謀関係からの脱退しているという証明がなされず、かつ、上記①～③の要件が満たされる場合にのみ妥当するとされている点に留意する必要がある。

右の判例の見解は、大方の支持を受けたようであるが (State v. Bridges, 628 A. 2d 270 (N.J.1993) など)、前出の要件の認定によっては共謀者の責任の範囲が拡大し過ぎる危険を内包している。たとえば、想定例においては、特に②と③の要件の認定を緩かにすると、BはAのすべての実行行為に責任を負うことになり、また、特に③の要件については、次のような例の処理が問題となる。すなわち、DがAに、X宅は強盗の絶好のターゲットであると示唆して金品の強奪・分配を提案したところ、AはX宅に侵入し、ピストルで家人を脅迫して金品を強奪したが、その際X夫人Yに傷害を負わせ、通報で警察官が駆けつけたときに、Xの子供Zを人質にとり、さらに、警察官Pに傷害を負わせたといった事案である。もし、前出②の要件を緩かに認定し (D・Aは、逮捕されることなく、必ず金品を手に入れるという合意があった等々)、③の判断基準を緩和すると、Dは、Y、Pの負傷について責を問われる可能性が高い。しかし、Zの誘拐までもDの刑責に含ませるのは、③の要件と通常は相容れないと思われる (類似の見地を含むものとして、State v. Stein, 360 A 2d347 (N.J. 1976))。

一方、右のいわゆるピンカートン・ルールに対しては、反対論も少なくないし、このルールを否定する判例もみ

られる (People v. McGee, 49 N.Y. 2d 48 (1979) など)。批判的立場の論拠は、①他の共謀者が実行した犯罪に対する予見可能性という過失的要素をもって、その罪について故意犯の責任を問うことの論理的疑問と、②合意との関連の濃淡を実際的に考慮することなく、合意との結びつきが希薄 (slight) な実行犯罪にまで刑事責任を拡大することのデュー・プロセス違反性、に求められていると思われる。たとえば、ピンカートン判決の小数意見は、共謀者が他の共謀者の実行した特定の行為について、相談・助言をした事実、その特殊性を認識していた事実、それを幫助しあるいは分担した事実が証明されない場合に、当然に当該行為に関し刑事責任を問われることは、会社の共同経営者等に認められる民事法上の代位責任 (vicarious responsibility) を刑事法に類推適用するものであり、行為者本人の責任に限定すべき刑事法上の責任原則に違反すると論じている。

なお、模範刑法典は、他人の行為に対する責任 (liability for conduct of another) が認められる場合として、「その罪の実行に関し、実行行為をした他人の共犯 (accomplice) であったとき」と明示し (二・〇六条(2)(c))、新連邦刑法典最終案は、「共謀者は、要件を具備する場合に限って、共犯としての責任を負う」と規定していた (Final Report - Proposed New Federal Criminal Code §401 (1971))。いずれも、他の共謀者が実行した犯罪について責任を問われる範囲を限定しようとする志向を示すものと理解できよう。

### 三 若干の比較法的考察

(一) 前章では、日本法における共謀罪との関連性という視点から、米刑法のコンスピラシーを概観してみたが、これは、コンスピラシーを全般的に検討し、その内包する諸問題点をアメリカ刑法の理論状況に即して考察すると

いう構成になっていない。たとえば、この罪の主観的要素 (mens rea) における合意の意思と目的実現の意思 (intent to accomplish the objective) との関係、あるいは、客観的要素 (actus reus) における合意と顯示行為との関係、などは詳細に究明できていないし、合意・共謀の存続期間 (duration)、抗弁の問題など、また、法定刑あるいは犯罪としての等級分けなど、さらには、と証拠法上の論点についてもほとんど言及できていない。本論文の限界・射程範囲は狭い。それにもかゝわらず、あえて以下に若干の比較法的考察を試みてみたい。

(二) まず、日米両法の共謀罪は、その基本的性格が極めて近似していると思われる。コンスピラシーは、実行行為以前の、複数人による犯罪実現の意思形成を処罰の対象とする事前関与罪であり、目的犯罪の実行行為および共犯とは明確に区別される独立の犯罪である。わが国の共謀罪も、爆発物取締罰則に関する判例が示すように、「共謀したこと自体を独立の犯罪として処罰する趣旨の規定」と一般的に解されているといえよう。<sup>93)</sup> コンスピラシーの処罰根拠は、犯罪の事前抑制の必要性、複数人による事前予謀の危険性、集団的・組織的犯罪に対する予防措置の必要性などによって説明されているが、わが国の共謀罪についても、「本罰則(爆発物取締罰則―筆者注)の如き犯罪は、多くの場合、個人の単独行為よりも二人以上の共同または共謀行為によって生ずることが少なくない。また、数人相寄り共同目的に向って合一するところに、特殊な心理現象を生じ、他面世人に与える影響も重かつ大となる……そこに社会的危険性は急激に増大し……(共謀等に止まる者―筆者注)の場合といえども看過しえない」と説かれることが多い。この点からみると、独立共謀罪が、やゝもするとその処罰範囲を拡大する傾向を有し、また、共謀の認定が緩かになりやすいという性質を示してきたアメリカ法の動向は、わが国の解釈論に有益な示唆を与えると思われる。

ただし、コンスピラシーは、犯罪一般を目的とする合意を中心に構成される包括的な犯罪類型であり、犯罪総則

的位置に置かれるものであるのに対し、わが国の共謀罪は、特定の犯罪を目的とする個別的な犯罪類型であり、犯罪各則的位置を与えられている点では、両罪は根本的に異なるといえよう。

(三) 比較法的にみて注目すべき点は、「顕示行為 (overt act)」の概念であろう。前述の通り、コンスピラシーは、犯罪実現の合意のほかに、それに基づいた、当該犯罪実現に資すると認められる一定の行為を待って、その有罪性が確定するのであるが、その背景にある思考、すなわち、内心の状態のみをもって人を処罰できるのか、単なる合意が果たして処罰に値するほどの社会的危険性を有するののかという法理論上および実質的観点からの疑問、さらに、合意をいかにして的確に証明するかという実践的側面からの不安、に応える手法の必要性の認識は、わが国の共謀罪の解釈と適用に有益な示唆を与えられるのである。前出爆発物取締罰則を例にとると、判例・学説の多数説は、共謀者の一部が実行行為に出た場合、実行行為に及ばなかった他の共謀者は、共謀共同正犯として処断されると解しているが<sup>(40)</sup> (木宮・三六一頁は、間接正犯として扱うとする)、このことは、同罰則の「共謀」が、共謀共同正犯の成立に要求される程度の凝縮された意思合致を予定していると解することになろう。この点では、かゝる合意が社会的危険性を有するといってもよいであろう。しかし、内心の状態のみによる処罰の是非および内心の証明の確実性担保にかゝわる問題は残る。顕示行為の概念が、犯罪実現に向けた客観的行為の開始にコンスピラシーの可罰性を求めようとした志向は、その内容がかなり希薄であるとしても、是認できるのではなからうか。もっとも、模範刑法典が、重大犯罪を目的とするコンスピラシーについて顕示行為を要求しなかった理由を肯定すれば、少くとも爆発物取締罰則に関しては、これが必要としないと解することもできよう。

(四) 次に目を向きたい点は、コンスピラシーの一体性にかかわるモデル構造のうち、いわゆる車輪型共謀の理論である。ここでは、中心的存在 (hub) とのみ直接的かつ明白な合意を認めうる多数の関与者 (spoke 輻) が存在す

る場合、これらを包摂する一個のコンスピラシーを想定するためには、各輻相互間に共通の目的を意図した密接な関連が存在することの認識が必要と解されている。すなわち、各輻の端を連結する外枠ないし縁(rim)が各々を一つの輪に結びつけている状態があつて、はじめて、一個のコンスピラシーが認められるとされるのであり、この外枠は、共通の利益追求という実質的内容を持つ紐帯と観念されている。わが国の共謀共同正犯の理論が予定している共謀の概念は(前述のように、これが共謀罪にも共通に用いられるとしてここで述べる)、その類型的分析に際して、いわゆる放射線型の共謀を認めているが、ここでは、中心人物と共謀した各人は、当然に全体として一個の共謀関係を形成すると解されているようにみえる。互に面識のあることはもちろん、氏名等の個人的特性を知っている必要はないが、自分と共通の目的に向けて中心人物と共謀している他者が存在することを認識していなかった場合、これらの者をすべて含んだ一個の共謀を認めてよいかは疑問の残るところである。もっとも判例はこの型の共謀認定には慎重な配慮を払っており、たとえば、Aを中心に五名の者がかゝつたような事案について、「右五名が本件犯行に加担していることを互に了知できた」と認定して、一個の共謀共同正犯を肯定している。複数犯罪の処罰に関する処理が異なるので、一概にはいえないが、中心人物を軸とする複数の共謀罪の成立という理論構成も、参考に値するのではなからうか。なお、藤木教授は、コンスピラシーの法理が順次共謀ないし包括的共謀を認める点で、わが国の共謀概念に有力な解釈論上の参考資料を提示すると指摘されている。<sup>43)</sup>

(五) また、複数の目的が含まれている一個の合意という考え方も、共謀罪の成立範囲の限定の面からみて、参考になるように思われる。同一の法規に違反する行為を連続して行うことの合意を単一の共謀の基礎とみるとすれば、たとえば、同一性質の爆薬を複数の場所で使用する合意あるいは複数の機密を複数人が分担して漏示する合意などは、一個の共謀罪として扱われる可能性があるが、わが国の場合のように、共謀共同正犯における共謀を共謀

罪に用いるとすれば、右のような事案においては、訴因の特定の問題とも関連して、一個の共謀罪と構成しにくいのではなからうか。コンスピラシーの立場をとると、共謀の成立過程あるいは実行行為における役割が小さい者にとって犯罪成立の基礎が比較的にみて広くなり、したがって、量刑の点でも不利益になるおそれはあるが、一方、複数の共謀罪の併合罪とされるよりは有利になる場合があり、概して、後者の結論に至ることが多いと思われる。共謀罪の法定刑が低い点を加味すると、併合罪加重を回避した方が処断刑も軽くなると考えられるからである。

注

- (1) 朝日新聞「声」欄・平成一三年一〇月二〇日
- (2) 毎日新聞社説・平成一三年一〇月一九日
- (3) 東京新聞解説「自衛隊法改正」・平成一三年一〇月一九日
- (4) 最判昭和四八年四月二五日刑集二七・四・五四七
- (5) 大塚仁・特別刑法五七頁
- (6) LaFave・Scott, Criminal Law 2d. ed. p.525 (以下、LaFave・Scottとして引用)。
- (7) Sayre, Criminal Conspiracy, 35 Harv. L. Rev. 393 (1922) 要旨を LaFave・Scott p.525 より引用。
- (8) Low, Criminal Law. (1984), p.275, (以下、Lowとして引用) なお、イギリスにおける共謀罪の展開については、熊谷 恭彦「共謀罪—そのかし・あおり—」現代刑法講座三卷二二五頁以下参照。
- (9) Dressler, Understanding Criminal Law (1987), p.p.373~409 (以下、Dresslerとして引用) ； Delaney, Criminal Law (1986) p.p.313~338 (以下、Delaneyとして引用) ； Emanuel, Criminal Law, 2d. ed. (1986), p.p.154~188 (以下、Emanuelとして引用) ； Johnson, Criminal Law, 4th. ed. (1990), Dix, Criminal Law, 15th. ed. (1997), p.p.112~124 (以下、Dixとして引用)。

(10) 前出(註)(9)の各部分参照。

- (11) Harrison v. U.S., 7F. 2d 259 (2d cir. 1925), Delaney, p.314
- (12) 後出(五)参照。
- (13) Emanuel, p.170, LaFave・Scott, p.p.547～549, なお、「顕示行為」という訳は、藤木英雄訳『アメリカ法律家協会模範刑法典(一九六二)』(法務省刑事局)六四頁などによった。
- (14) 西村克彦訳「アメリカ法律協会模範刑法典における未完成犯罪―未遂、教唆及び共同謀議」法務省刑事局(昭和三九年)一一頁以下のほか、(註)(9)引用の各文献参照。(上記西村訳を以下、西村として引用)
- (15) Dressler, p.382
- (16) Yates v. U.S., 354U.S.298 (1957)
- (17) 前出・西村・六七頁以下
- (18) 前出(註)(16)の判例参照。
- (19) Emanuel, p.157, Dressler, p.387 など。
- (20) U.S.v. James,528 F. 2d 989 (5th Cir,1976) 参照。
- (21) イギリスの経緯については、前出(註)(8)の熊谷論文・二二三頁以下参照。
- (22) 連邦最高裁は、この点を明文で表示はしていないが、この思考を示唆する判決として、Musser v. Utah, 333 U.S. 95 (1948) がよく引用される。
- (23) 西村・九七頁以下参照。
- (24) 「合理的な疑いを超える」原則を維持する立場を示すものとして、Pinkerton v. Farr,220 S.E. 2d 682 (W.Va. 1975) 参照。「十分な反証が存在しない場合は」共謀があったものとみなすという解釈を不当とする。
- (25) Emanuel, p.156
- (26) 西村・六八頁
- (27) LaFave・Scott, p.p.560～567
- (28) U.S. v. Kissel, 218 U.S. 601 (1910)
- (29) Dressler, p.380

- (30) この点で注目されるのは、RICO (the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act) の適用であろう。リコは本質的にはコンスピラシーなのか、それとも、超コンスピラシー (super conspiracy) なのかという問が提示されるように、コンスピラシーの法理とリコの関係は重要な示唆を含んでいる (Abrams, *Federal Criminal Law* (1985), p.185, 特に, p.p.224~226" note on Conspiracy and RICO")。
- (31) 模範刑法典の解説書 (たとえば、Columbia L.R. vol.61, No.4-6) をはじめ多くのテキストがこの定型 (paradigm) を用いているので、出典の注記は省略する。
- (32) Low, p.277 など。
- (33) Emanuel, p.176
- (34) Dressler, p.
- (35) 西村・九三頁
- (36) Dressler, p.398
- (37) Developments in the Law-Criminal conspiracy, 72 *Harv. L.R.* 920, 968, 970 (1959)
- (38) Callanan v.U.S., 364U.S. 587 (1961)
- (39) 大阪高判昭和四一・九・九下級刑集八・九・一一八五、東京高判昭和五二・六・二七東高判時報二八・六・七一、地裁判決として、長野地飯田支判昭和三五・八・一八下級刑集二・七〇八・一一二四、大塚・特別刑法七〇頁、木宮・特別刑法詳解一卷三五七頁など。
- (40) 前出・木宮・三五〇頁
- (41) 前出(註)(39)の各判例、大塚・七〇頁、高田・四九頁など。
- (42) 石井一正・片岡博「共謀共同正犯」小林・香城編・刑事事実認定(h)・三七二頁など。
- (43) 藤木英雄・可罰的違法性の理論・三五五頁以下。