

# 共謀罪の問題点

## — 米連邦最高裁の判例をもとに —

平 澤 修

- 1 はじめに
- 2 アメリカにおける共謀罪の概念
- 3 最近の共謀罪に関する米連邦最高裁判例
- 4 Smith 判決の論点
- 5 わが国政府の説明と弁護士会の表明する懸念——結語に代えて——

### 1 はじめに

国際社会におけるテロの多発はこれ以上ないような緊張をあらゆる国にもたらしている。2001年9月にアメリカ合衆国がテロの標的とされて以来、主に中東諸国でテロが頻発していたが、ついにはフランス、ベルギーといったヨーロッパの国々で無差別自爆テロが実行され、もはやとどまるところを知らない状態にあると言ってよい。21世紀は、まさにテロの世紀となりつつある。

そのような状況のもと、わが国におけるテロ防止策の一つとして、これまで3度にわたって国会に提出され3度とも廃案となった「重大な組織犯罪」に対する共謀罪規定の創設が、またぞろ政府与党から声高に主張されている<sup>(1)</sup>。

政府がテロ対策を眼目として規定の新設を目指すには理由がある。すなわち、2000年に、深刻化するマフィアやテロなどの国際的な組織犯罪をで

きるだけ早い段階で防止し適切に対処することを目指して、国連総会において「国際組織犯罪防止条約」が採択された。わが国も国際協調の観点からこの条約に署名したが、これを国会で承認（批准）するにあたってはそのための国内法を制定しなければならない。すなわち、共謀罪規定の新設である。しかし、その内容に対して野党や日本弁護士連合会から大きな疑問が呈され、今なお成立に至っていないのが現状である。

そこでまず、そもそも共謀罪とはいかなる犯罪かを淵源ともいうべきアメリカ法に依拠して概観しよう。

## 2 アメリカにおける共謀罪の概念

ここでは、米連邦議会リサーチ・サービスの示すところにもとづいて共謀罪がアメリカにおいてどのように捉えられているか、その概念をわが国の犯罪概念と比較して見ておこう<sup>(2)</sup>。要点を列記すると以下のごとくである。

- I 2人以上の者が一定の禁じられた行為の関与に合意することで成立し、特定の者を害するという特別の意図は不要である。つまり、将来遂行される犯罪行為は一般的・抽象的なもので足り、その特定性（日時・場所・客体）は不要とされる。
- II 原則的には少なくとも共謀者の1人が外的行為（overt act；共謀を實現に導く行為であれば足り、必ずしも犯罪である必要はない。）を計画実現のために行ったことが必要とされるが、麻薬取引（21 U.S.C. 846）やテロや恐喝（racketeering）といった組織的な重大・凶悪犯罪に関しては合意があるだけで成立する。
- III 一般規定である連邦法371条（18 U.S.C. 371）の共謀には、5年以下の拘禁刑が科されうるのに対して、上述の組織的な重大・凶悪犯罪に繋がる共謀においては、共謀者の方が実行者（手先）よりも危険であることから、共謀者は共謀のみならず、成し遂げられたその謀議の目的である

実体的犯罪、さらには共謀者のうちの1人が計画の遂行のなかで行った他の予見しうる犯罪のかどでも処罰されうる。すなわち、共謀罪は分離された犯罪であるから、憲法上の「二重の危険 (double jeopardy)」を犯すことなく、基礎となる実体的犯罪の有罪に続いて起訴されうる。この点、さらに付言するなら、共謀罪は未遂や独立教唆 (solicitation) や教唆・幫助 (aid and abet) に類似するものと言える。しかしながら、教唆・幫助とは違って基礎となる犯罪の遂行を要件としない。また、未遂や独立教唆とは違って、共謀罪は実体的犯罪に吸収されることはない。共謀者は、両方の罪で処罰される。

IV 共謀罪は「継続犯 (continuing crime)」であることから、公訴時効は最後の外的行為が終了するまで進行を開始しない。

V 共謀罪は継続犯であることから、禁止規定の制定以前から以後に渡って継続している場合でも、憲法上の「事後法禁止 (ex post facto principle)」に抵触しない。

VI 起訴された複数の共謀者は共同被告人として裁かれ、そのうちの1人の供述は他のすべての者に不利な証拠として許容される。

VII 共謀者は他の共謀者の氏名を知らないとしても有罪とされうる。

以上の要点から、次のような疑問が生じると言えよう。

第一に、共謀罪は、基本的には「外的行為」を必要とする点で、わが国で言う「共謀共同正犯」に類似するようにも見えるが、外的行為を必要としないとすると「共謀」という主観的要素のみで成立する犯罪ということになり、立証上きわめて困難な面がある。そこで、「外的行為」といういわば「罪体 (actus reus)」を必要とするとされていると思われる。しかし、組織的な重大・凶悪犯罪については「外的行為」すら不要とされ、さらには特定の具体的な犯罪行為を予定する必要もないとされるに至っている。自白だけでは有罪となしえないという大原則に適合させるべく少なくとも「外的行為」という補強証拠が必要とされたはずのものが、その「外的行為」すら不要とされたとき、いったいどのようにして共謀の事実を客

観的に立証しようというのか。共犯者の自白が補強証拠となりうるという考えは、結局のところ複数の共謀者から自白が得られれば客観性が担保されるという驚愕の結論を導くことになるのではなからうか。またそうした場合、捜査の端緒をどこに見いだすのかという問題も生じるように思われる<sup>(3)</sup>。

第二に、共謀は、その後になされた共謀内容を具体化した実体犯罪を生み出すきっかけとなったものであるから、その違法性（危険性）は実体犯罪よりも大きいものであり、その処罰の必要性から共謀と実体犯罪を分離して処罰の対象とする、という考え方の是非である。わが国の考え方からすれば、具体的共謀に基づいて少なくとも1人の共謀者が実体的犯罪に着手しなければ共謀共同正犯は成立しない。つまり、共謀と具体的犯行は不可分一体のものとされるのであり、共謀は教唆・幫助と並んで「実行従属性」に服する概念とされるのが当然であろう。しかるに、アメリカにおいては、共謀なしにはその後の実体犯罪がなされないことから共謀の方がより重大で違法性が高いと捉えることで、共謀とその後に行われる実体犯罪とを理論上一罪とは考えず、別個の犯罪としているのである。しかし、このような考え方は、わが国ではどうも受け入れられるものではないと思われる。わが国においては、現実の法益侵害ないし法益を危殆化する行為の方が違法性が高いとすることに異論はないであろう。アメリカの考え方は、共謀と実体犯罪を二つの異なった犯罪とすることで併科による重罰を科すためのものであり、あまりに行為無価値を強調する牽強附会の理論と評さざるをえない。

第三に、共謀罪が継続犯であることから公訴時効は外的行為が終了するまで進行を開始しないとされるが、それはあくまでも外的行為を必要とする共謀について言えることであり、外的行為を必要としない組織的な重大・凶悪犯罪に関わる共謀については、公訴時効の進行開始時期は共謀が終了したときと言うほかないであろう。とすると、共謀終了の確定時期をどう見るか、またその立証責任の問題も当然論じられなければならない。

第四に、共謀罪は継続犯であるから「事後法禁止」の問題は生じないと言う点にも疑問なしとすることはできない。なぜなら、これまでに処罰されていなかった共謀を新たに処罰する規定を設けるにあたって、それまでになされていた共謀を継続犯と捉えない限り処罰の対象となしえないからである。必ずしも特定の犯罪のためにするものではないとすることで共謀概念を拡張し、そうすることによって共謀をいつまでも続く犯罪として処罰の対象とすることが、国益に合致するという確固たる信念の所産とも言えようか。

以上のような共謀概念に対する認識と疑問をもとに、米連邦最高裁判所の一判例を紹介し、その判旨を検討するとともに、わが国で設けられるかもしれない共謀罪規定ないしその解釈・運用への影響を考える一助としたい。

### 3 最近の共謀罪に関する米連邦最高裁判例

Smith v. United States 568 U.S. \_\_ (2013)

[2013年1月9日判決：共謀からの離脱と立証責任]<sup>(4)</sup>

#### 【事実】

上告人 Smith は、10年間にわたってワシントン D.C. で麻薬や大麻を売りさばく組織に加わっていたかどで起訴された。その内容には、多数の麻薬取引の訴因のほかに取引の共謀ないし取引を容易にするための多くの暴力沙汰や謀殺に関する共謀が含まれていた。Smith は5人の共同被告人と共に審理された。コロンビア特別区地裁の陪審は、これらすべての訴因につき有罪と認定した。

ここでは、Smith の共謀罪に関する罪責が問題となった。Smith は共謀罪の訴因は5年の公訴時効にかかっており却けられるべきであると申し立てた<sup>(5)</sup>。なぜなら、共謀に加担していたとされる最後の6年間は別の罪で刑務所に収容されていたからである。裁判所がこの申立を却下したため、

Smith は公判で新たに公訴時効の抗弁を行った。裁判所による陪審への説示は、訴追側が合理的な疑いを超えて共謀が存在したこと、すなわち Smith が共謀者の一員であってその共謀が起訴前の 5 年内も継続していたことを立証するならば、Smith は有罪とされるべきであるというものであった。

審理が開始された後、陪審は、被告人が共謀から離脱した場合にどうすればよいか、すなわち「共謀が (Smith が主張する) 時効進行が開始する日の後も続いていたが、被告人はその日以前に共謀から離脱したと認められる場合、無罪認定をしなければならないのか」ということを裁判所に質した。Smith が「積極的抗弁 (affirmative defense)」<sup>(6)</sup> を未だ行わないうちであったが、裁判所は時効成立の決め手は共謀が終了するか被告人が共謀から離脱した日が重要であると説明した。そして裁判所は、離脱は共同共謀者に合理的に計算された方法で伝えられる「共謀内容とは違った積極的で明確な行為」でなければならないとして、被告人の主張を斥けた。すなわち、Smith は服役していた日数を明らかにする証拠及びその収容期間中もはや共謀に与するものではないとの証言を提出したが、陪審は、積極的離脱行為を証拠の優越の程度に立証するものではないと認定した。また、訴追側が被告人が共謀の一員であることを証明<sup>(7)</sup> すれば、立証責任は被告人に移り、被告人は共謀から離脱したことを証拠の優越によって証明しなければならないとした。

なお、被告人が時効期間が進行する前に離脱したことを立証する責任を負うかどうかについて地裁段階では意見が分かれていたが、原審はこの立証の分配は適正手続に反しないゆえに被告人が負うものとし、被告人の有罪を確認した。

#### 【判旨—上告棄却】<sup>(8)</sup>

共謀に加わることで、被告人が進行する不法な企みの一員であることは彼が離脱するまで継続する。ただし、時効の進行する期間の前に離脱する (withdraw) 被告人は、起訴に対する完全な抗弁を有する。我々は、被告

人がそのような抗弁を支える証拠を提出するとき、訴追側が合理的な疑いを超えて被告人が時効進行中も離脱していなかったことを立証しなければならないかどうかにつき判断するものである。

上告人の主張は、離脱の抗弁と時効の抗弁の交差するところにある。上告人は、時効期間の進行する前に共謀から離脱したという証拠を示すならば、彼が5年の時効進行中に共謀に参加していたと立証する責任は訴追側にあるとする。この立場は、しかし、憲法からも共謀及び時効に関する法律からも導かれるものではない。個別離脱を立証する責任は離脱がいつなされたかに関わらず、間違いなく被告人にある。

被告人に離脱の立証責任を負わせることは適正手続条項に反しない。訴追側は、当該犯罪を構成する要素をすべて合理的な疑いを超えて立証しなければならないが、すべての「積極的抗弁」についてそれがないことを立証する義務は憲法上要求されていない。訴追側は、積極的抗弁が犯罪の要素を無効にする場合には立証責任を被告人に転換することが許されない。被告人が、罰せられることになる行為に弁解をするだけで、犯罪それ自体の要素については論駁しない場合、訴追側は合理的な疑いを超えて抗弁を覆す憲法上の義務を負うものではない。

離脱は共謀罪の要素を無効にするものではない。共謀の本質は「不法目的を有する心の繋がり」である。麻薬ないし RICO 法 (Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act)<sup>(9)</sup> に関わる共謀につき被告人を有罪とするために、訴追側は合理的な疑いを超えて、二人ないしそれを超える者が犯罪に関わることを合意し、かつ被告人がその合意を理解し意図的に参加したことを証明しなければならない。離脱は、犯罪の要素を否定するどころか被告人がその犯罪を行ったことを推認させるものである。離脱は免責というような強い意味を持つものではない。共謀罪は継続犯 (continuing offense) であり<sup>(10)</sup>、共謀に加わった被告人は共謀が継続する限り法を犯し続けるのである<sup>(11)</sup>。そして共謀者たちの共通の企みを追求する行為について責任を負うのである<sup>(12)</sup>。離脱後の共謀者たちの行為については責任

を負うものではないが、共謀についてはなお有責である。

離脱はまた、被告人がその範囲で起訴される時を刻む時計を動かし、時効進行前 (beyond the applicable statute-of-limitations period) になされるとき完全な抗弁となる。しかしながら、完全な抗弁といえども被告人の無罪を立証するものではない。たとえば、当裁判所は、正当防衛は加重謀殺 (aggravated murder) を完全に免責するか正当化するが「加重謀殺と正当防衛の要素が、後者を証明する証拠がしばしば前者を否定することになるという意味で重なり合うものではない」と、つとに説明した<sup>(13)</sup>。同様に、時効は起訴を禁ずるものではあるが、内在する行為を非犯罪化するものではない。時効進行中の犯罪の遂行は共謀罪の要素ではない。訴追側は起訴した犯罪の犯行時を立証する必要はない。それは公訴時効を主張する被告人に委ねられている<sup>(14)</sup>。公訴時効の抗弁は被告人の行為が犯罪成立要件を充たしているかどうかを問題にするのではなくて、時間の経過が犯行を起訴するに適さないものにすると言う立法府の政策判断を反映している。かくて、離脱と時効の抗弁の結合は被告人の刑事責任を免れさせるものであるが、それが訴追側に彼が離脱しなかったことを立証する憲法上の責任を負わせるものではない。他の積極的抗弁と同様に、立証責任は被告人にある。

もちろん立法府は、それが憲法上の要請ではないにしても、離脱がなかったことを立証する責任を訴追側に負わせることも可能である。しかし、そうはしなかった。コモンロー・ルールは、積極的抗弁は被告人の立証事項であるとするものであった<sup>(15)</sup>。立法府が21 U.S.C. §846 又は 18 U.S.C. §1962 (d)において離脱の立証責任を問題としていないことから、我々は立法府がコモンロー・ルールを維持しているものと推測する<sup>(16)</sup>。

立法府が伝統的な立証責任をそのままにしておいたのは、実際的かつ公正なことである。問題に関する事実が、とくに当事者の認識に存する場合、当事者に立証責任を負担させるのがもっともよい。離脱に関して情報の不均整は被告人に大いに恩恵をもたらす。したがって、継続する企みに

消極的に参加しないことが共謀を構成する合意を切断するに足るものとはいえない。「継続する犯罪性を回避するためには」共謀の「目的を拒絶ないし損なうための積極的行動」がなければならない。被告人は、共犯者との関係を断てたかどうか、そうだとしたらそれはどうしたらよいかを知っている。つまり、被告人は離脱行為を証言するか、裁判所を自分の主張を具体化する他の証拠へと導くことができる。訴追側にとって、離脱行為が決してなされていないと証明することは不可能に近い<sup>(17)</sup>。立証責任は積極的申立をする側にあるとしばしば言われている。離脱の抗弁を論駁できるだけの力を有する証人は、しばしば訴追側の手の届かないところにいる。被告人の共同謀議者は、被告人との不法な繋がりを説明するどころか自己負罪拒否特権を行使するであろう。

再論するに、離脱が時効による抗弁の基礎となっているときでも考え方は変わるものではない。確かに、時効の抗弁がなされる時、訴追側は共謀の時期を証明しなければならない<sup>(18)</sup>。しかし、訴追側は共謀が時効期間中も続いていたことを証明することで立証責任を果たした。このような共謀に関わる犯罪の訴追対象は当初の合意にもとづく行為ではなくて、その行為によって生み出された法に背く団結である。それは共謀が終結するまで続くものであり、被告人に関して言えば、その離脱がなされるまで続くのである。そして、すでに論じたように、その離脱を立証する責任は被告人にある。

時効の抗弁は立証責任を転換させるとの上告人の主張は、彼が共謀の一員であること及び彼の共謀にもとづく行為に対する責任は彼が参加後完全に行動しない状態にあっても継続するという確立した前提と相いれない。共謀者たちとの行動を開始したからには、彼らに対する支援から離脱しなければならない。そうでなければ犯行の継続を招くことになる<sup>(19)</sup>。実際のところ、訴追側が離脱しなかったことを立証できるとしたら、その唯一の方法は、出訴期間中に被告人が共謀に能動的に参加していたことを証明するほかないことになってしまうであろう。

すなわち、一人でやるよりも集まってやる方がより効率よくやれるということで、組織に参加することにより Smith はその運命を組織と共にするようになったのである。彼の個人的な心境の変化は（もしそれがあったとしても）「共謀という魔人をもとの瓶の中に戻す（put the conspiracy genie back in the bottle）」ことはできなかった。我々は Smith が能動的に関わった状態にあったかどうかはともあれ、不法な企みによって深刻な事態を招いたことに対して彼を処罰するものである。能動的でなければならぬのは彼の離脱である。

#### 4 Smith 判決の論点

##### 【Smith の主張】

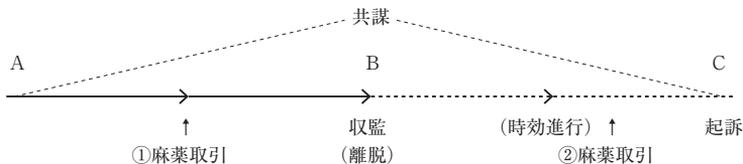
本件上告人である Smith の主張を図示すると、以下のようになろう。

すなわち、Smith の主張は、別罪による刑務所収容（服役）を根拠として、B 時点で共謀から離脱したとする。したがって、C 時点での起訴は公訴期限を過ぎており、無効だというものである。また、「刑務所に入っていたことが離脱の根拠とならない、すなわち Smith が B 時点の後も共謀に参加していた」と言いたいのなら、検察官がその立証を行わなければならないと主張する。

##### 【裁判所の判断（全員一致）】

これに対して裁判所は次のように判示して、Smith の主張を全面的に斥けた。

具体的犯罪行為（麻薬の売買等）が終わっても共謀が存在する以上時効



は進行しない。共謀罪の本質は、「不法目的を有する心の繋がり」にあり、継続犯だからである。被告人の主張は共謀から離脱したというものだが、その立証責任は被告人にある。なぜなら、時効援用という「積極的抗弁」は犯罪の成立そのもの（犯罪の要素）を否定するものではなくて、単に政策的観点から起訴を禁ずるにすぎないものだからである。検察官の立証責任は、犯罪事実に対するものであって、被告人から「証拠の優越の程度に」「積極的抗弁」がなされたとしてもそれに対して反証する義務は負わない。被告人は別罪で服役中であつたのであるが、そのことだけで共謀から離脱したことを「証拠の優越の程度に」立証したことにはならない。離脱が認められるためには、共謀を構成する合意を切断するに足る行為、すなわち「共謀の目的を拒絶ないし損なうための積極的行動」がなければならない。

つまり検察官がなすべき立証は、上記の図で言うと、「A時点で共謀がなされたこと」、「Smithが共謀の一員であつたこと」、および「C時点まで共謀が続いていたこと」で足りるとするものである<sup>(20)</sup>。

### 【検討】

本判決の意味するところを、筆者は以下のように理解する。

裁判所の論理は、まず検察官の立証責任は積極的犯罪事実つまり具体的な構成要件該当事実にあるという、いわば当たり前の前提に立つ。そして、検察官に被告人が離脱していないことを立証する責任はないということは、被告人から「証拠の優越の程度に」積極的抗弁がなされなければ被告人は罪を免れないということである。この点、わが国において「共謀からの離脱」とは、「共同正犯関係からの着手前の離脱」すなわち「共謀関係の解消」を指している。そして、これが認められるためには「離脱の意思表示」<sup>(21)</sup>と「他の共謀者の了承」<sup>(22)</sup>が必要とされる。もちろん、その立証責任は被告人の側にあると言ふべきである。Smithは服役した（収監された）ことで離脱の要件を満たすと主張したが、「継続する犯罪性を回避するためには、共謀の目的を拒絶ないし損なうための積極的行動がなけれ

ばならない」し、そのような行動がなされなかったということを訴追側が立証しなければならないとすれば、それは不可能を強いることに等しいものと判断されたのである。このような判断は、わが国においても肯定できるものと考えられるが、6年間の長きにわたり収監されていたことがそれだけでは積極的抗弁にならないかと言えば、その点は微妙というほかないのではなかろうか。その間 Smith が、電話による連絡も含めて外部との接触を全く絶たれていたとしたらどうか。この事実をして、共謀関係は解消されたとみなすところでもあり得るところである。しかし、裁判所の論理の根底には、極悪人はなるべく社会から隔離するという確固たる信念があるとすべきなのかもしれない。その意思表示が全員一致の判断というかたちで表されているとみることも可能であろう。ただし、被告人が「証拠の優越の程度に」積極的抗弁を行うことに成功した場合、立証責任は転換され検察官としては「合理的な疑いを超える程度に」反証しなければ有罪を勝ち取ることはできないことになるはずである。検察官に Smith が離脱していないことを立証する責任がはじめからあるわけではないにしても、疎明がなされた以上は反証の負担が生じると考えるべきである。とはいえ、被告人に課された立証の内容はきわめて困難なものであり、事実上検察官の挙証責任を免れさせる効果を有している。連邦最高裁は巧みな論理構成によりこのような結論を導いていると言えよう。

さらに問題とすべきは、共謀と現に麻薬の売買を行ったこととの関係である。わが国の共謀共同正犯に照らして考えてみると、この場合の共謀は具体的な売買取引を行う前になされるのは当然であり、その共謀の結果として売買がなされたのであれば、その段階で売買という犯罪行為は終了しており、したがって共謀もその売買行為に吸収されて一旦は終了していると考えられるところである。さらに共謀が続くとしても、それは新たな売買取引のためのものであって、それまでの共謀とは区別・分断されるべきものであると考えられる。とすると、被告人に問われる罪責は実際に関わった取引およびそのための（事前）共謀に限定されるべきはずである。し

かし、アメリカの考え方は違う。共謀内容をさらに一般化・抽象化し、「将来行われる売買取引のためのもの」としている。その結果、具体的に実行がなされたとしても、さらに共謀が存続しているかぎり共謀罪の責任は免れないとするのである<sup>(23)</sup>。こういった概念は共謀の範囲を広げすぎるものと表さざるを得ない。

共謀罪が処罰されるのは、予定された具体的実行行為を前提とするものであり、原則としてその実行行為がなされなければならない。麻薬事犯のような重大犯罪については実行従属性を不要とするという考えが、必ずしも不当とは言えまい。しかしながら、具体的な実行行為を前提としない共謀を単独の犯罪とし、カルテルが続く限りそれは終わらないとする論理は司法当局にきわめて有利なものであることは確かである。すなわち、共謀がいわゆる「かすがい」となって通常なら時効となっている取引の起訴を可能とするものである。上告人 Smith の行った売買取引は事前共謀にもとづくものであり、その形態は共謀共同正犯である。そして、それは売買成立と同時に終了している。共謀を成立させて実行行為がなくとも処罰の対象とすることは麻薬取引といった重大犯罪の抑止には効果のあることと思われるが、「実行行為を従属させる共謀」を認めることはただ処罰したいがための行き過ぎた論理ではなかろうか。もしこの米連邦最高裁の認める論理がわが国でも適用されるとするなら、やはり共謀罪規定を設けること自体に大きな疑問を呈さざるをえない。

## 5 わが国政府の説明と弁護士会の表明する懸念 —— 結語に代えて ——

以上、アメリカにおける共謀罪処罰規定の内容とその解釈・運用について一判例も交えて瞥見したが、アメリカの国情を反映したと思うほかないものと評さざるをえないように思われる。とりわけ薬物事犯とテロに対する危機感わが国とは比べものにならないことは確かであり、同時にこれ

が国際常識・国際感覚であることも否定できない。しかし、とりわけテロの標的とされる危険性を考えたとき、はたしてわが国が欧米各国と同レベルにあると言えるであろうか。よしんばそうであるとしても、そういった危険性を低下させる手段として共謀罪を新設することでいかにほどの効果があると言えるか。

法務省は、国際組織犯罪防止条約に対応して組織的犯罪処罰法に6条の2として共謀罪処罰規定を追加し、わが国の安全をより一層確たるものにしたい、と説明する<sup>(24)</sup>。しかし、共謀罪の対象とされるのは、国際的な犯罪組織にとどまらない。また、これまで共謀共同正犯ということで対処してきた違法活動に対して、「特定の犯罪を実行しようという具体的・現実的な合意」という限定を加えているとはいえ、やはり主観面だけで犯罪を成立させることで重大・凶悪犯罪の抑止を図ろうというこれまでにない立法である。捜査方法を含めて大いなる人権侵害の危険性があると言わざるを得ないであろう。

日本弁護士連合会も、以下のような問題点を挙げて大きな懸念を示している<sup>(25)</sup>。第一に、現在の共謀共同正犯においては、「黙示の共謀」が認められているが、共謀罪が設けられることによって「黙示の共謀」がなされるだけで犯罪成立とされることになり、処罰範囲が拡大すること、第二に、共謀罪を実効的に取り締まるためには、刑事免責、おとり捜査（潜入捜査）、通信傍受法の改正による対象犯罪の拡大や手続きの緩和が必然となること、がそれである。未遂犯として取り締まるのでは遅すぎるとは必ずしもいえないであろうし、それ以前の段階でも犯罪として対処しなければ防止ができないというわけでもないことに鑑みれば、やはりこのような処罰規定の新設には慎重論を唱えざるをえない。

日本弁護士連合会は、さらに、①わが国には、未遂前の段階で取りしめることができる各種予備・共謀罪が合計で58あり、凶器準備集合罪など独立罪として重大犯罪を処罰しているものを含めれば重大犯罪についての未遂以前の処罰がかなり行われていること、②判例により共謀共同正犯が認

められていることで、犯罪に参加する行為については相当広範囲に共犯処罰が可能となっていること、③テロ防止のための国連条約のほとんどが批准され、国内法化されていること、④銃砲刀剣の厳重な所持制限など、アメリカよりも規制が強化されていることなどを挙げて、新たな立法をすることなく国連の立法ガイドが求めている組織犯罪を有効に阻止できる、と提言している。アメリカにおけるような隣国からの大規模な薬物流入問題、報復的テロに怯えざるをえない積極的制裁的軍事行動とは現在のところ直接関わっていないわが国のとるべきスタンスは、それなりに謙抑的・理性的であるべきであり、それよりも「積極的平和主義」に徹することでより安全を高めるべきであろう<sup>(26)</sup>。

#### 注

- (1) 自民党の谷垣禎一幹事長は、2015年11月17日の役員連絡会議後の記者会見で今年5月に開催される主要国国際会議（伊勢志摩サミット）に向けた国内のテロ対策の一環として、共謀罪を含む法改正が必要であるとの認識を示した。幹事長は又、高村正彦副総裁も同意見であると述べ、共謀罪創設が自民党内の一致した考えであることを示唆した。
- (2) 以下、次の文献の要約である。Federal Conspiracy Law: A Brief Overview—Congressional Research Service—Informing the legislative debate since 1914 (written by Charles Doyle, Senior Specialist in American Public Law : January 20, 2016).
- (3) おそらく、情報提供者による「たれこみ」などが考えられる。
- (4) 本判例は、筆者が2013年4月1日から、アメリカ・テネシー州立メンフィス大学ロー・スクールに1年間留学していた際に巡り会ったものである。内容的に興味深いものであったが、判示内容を理解することがかなり困難で翻訳に苦吟していた。そうするうち日本で弁護士業務を3年余り経験されたメンフィス在住のマシュー・グリダー弁護士を紹介される幸運に恵まれた。日本語にも堪能で、判示内容を理解するうえできわめて適切なアドバイスを頂戴することができた。そのおかげで、難解な判示内容を正確に翻訳することができたと自負している。その後、この2人の研究会でいくつかの判例を読む機会を得た。今、その楽しい思い出を振り返りつつ、遅ればせながらそのときの研究成果の一つを発表できることは感慨深い。なお、判決内容の正確を期するために、それほどの量ではないため判決文の

全訳をここに示すこととした。

- (5) 共謀罪の規定はそれ自体時効（出訴期限）を定めていないが、「起訴が、死刑犯罪を除くいかなる犯罪に対しても、犯罪が行われた後5年以内になされなければ、いかなる者も審理され、罰せられることはない」とする 18 U.S.C. §282に支配される。
- (6) ここで言う「積極的抗弁」とは、やっていないとか知らないといった「消極的抗弁」と対比して用いられていると思われる。つまり、共謀という犯罪事実は否定しないが離脱したことから時効によって免責されるという趣旨である。
- (7) ここで言う「共謀の事実の立証」とは、「離脱していないことの立証」であり、換言すれば「共謀に加わってから特段の変化なしに起訴時に至ったという事実の立証」と言えよう。
- (8) Scalia 裁判官の執筆による全員一致意見である。651 F. 3d 30を確認。
- (9) 組織犯罪懲罰的損害賠償請求法と訳される。
- (10) *United States v. Kissel*, 218 U.S. 601, 610 (1910).
- (11) *Hyde v. United States*, 225 U.S. 347, 369 (1912).
- (12) *Pinkerson v. United States*, 328 U.S. 640, 646 (1946).
- (13) *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228, at234 (1987).
- (14) *Biddinger v. Commissioner of Police of City of New York*, 245 U.S. 128, 135 (1917).
- (15) *Martin*, supra, at 235; see 4 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 201 (1769).
- (16) *Dixon v. United States*, 548 U.S.1, at13-14.
- (17) 9 J. Wigmore, *Evidence* §2486.
- (18) *Grunewald v. United States*, 353 U.S. 391, 396 (1957).
- (19) *Hyde v. United States*, supra, at 369-370.
- (20) その結果、Smith の罪責は、A 時点から C 時点まで続いた共謀および①の麻薬取引について問われることになろう。
- (21) 東京高判昭和25年9月14日高刑集3巻3号407頁。
- (22) 福岡高判昭和28年1月12日高刑集6巻1号1頁。
- (23) ただし、本判例検討の冒頭で示した図における②の麻薬取引すなわち収監後の麻薬取引については Smith が収監前に予見しうるものではなかったことから、その罪責まで問われるものではないと、前記判旨のなかで述べられている。
- (24) 以下、法務省 HP 参照。

- (25) 以下、日本弁護士連合会 HP 参照。
- (26) ただし、現在の安倍政権で用いられている「積極的平和主義」とは意味内容を大いに異にすることを注記しておく。安倍政権では、わかりやすく言えば「海外における武力紛争を鎮圧するために自衛隊を積極的に派遣することで、平和を回復することに貢献する」という意味でこの言葉が用いられているが、もともとは「武力に訴えないで、貧困・抑圧・差別を解消するべく国際貢献を果たすことで世界平和に貢献する」という意味の言葉である。伊藤憲一「『二つの衝撃』と日本」(PHP 研究所、1991年) 参照。Pax Americana の限界をそろそろ悟るべきときである。