

コンスピラシーの訴追——コンスピラシー研究序説

亀井源太郎

- I はじめに
- II コンスピラシーの概念
 - 一 コンスピラシーの客観面——合意
 - 1 合意の概念——コンスピラシーの「本質」
 - 2 合意の対象——犯罪に限定されるか
 - 3 合意の立証
 - 二 コンスピラシーの主観面——意図
 - 三 オーバートアクト
- III コンスピラシーの訴追——その手続法上の問題
 - 一 問題の所在
 - 二 裁判地
 - 三 コ・コンスピラターの供述と伝聞法則
 - 1 供述証拠の例外的許容
 - 2 許容の手続
 - 3 許容の実際
- IV コンスピラシー概念の機能と評価
 - 一 コンスピラシー概念への批判——「本質的な曖昧さ」
 - 3 量刑
 - 二 コンスピラシー概念の機能・性質・合理性
- V おわりに
 - 一 犯罪への関与者を処罰するということ
 - 二 共謀罪創設の是非——まとめにかえて

I はじめに

アメリカ合衆国では、コンスピラシー⁽¹⁾とは、しばしば、「二名以上の者による、不法な行為、若しくは、不法な手段による合法的な行為を為すための結合」と定義される⁽²⁾。

このようなコンスピラシーを処罰する規定は、現在アメリカ合衆国では、全ての法域に存在し⁽³⁾、もつともよく訴追される連邦犯罪の一つとされる⁽⁴⁾。

本稿は、主として手続面に着目しつつ、アメリカ合衆国におけるコンスピラシー訴追につき論ずる。周知のように、共謀そのものを犯罪とするコンスピラシーは、わが国の（広義の）共犯処罰とは一線を画した法制度である。しかし、それでもなお、コンスピラシー概念を検討することは、わが国における共犯訴追をめぐる様々な議論に、少なからず参考となるように思われる。コンスピラシーを訴追し処罰することは、自ら手を下していない者の行為を犯罪とし、それを訴追・処罰するという意味では、共謀共同正犯と同様の構造だからである。

また、昨年（二〇〇三年）には、国会がいわゆる国際組織犯罪条約⁽⁵⁾を承認し、二〇〇四年二月、これに伴う国内法整備のため、組織犯罪処罰法（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律）を改正し謀罪を創設する法案が衆議院に提出された。そこで、本稿は、前述のような目的を達成するための検討に加えて、わが国での共謀罪創設についても言及することとする。

(1) コンスピラシーに関するわが国の先行研究として、以下のものがある。内田力蔵「イギリス法とアメリカ法における共同

謀議の罪(コンスピラシー)(一)「法律時報二六卷七号(一九五〇年)七頁以下、田中和夫「英米における労働組合と共謀罪」一橋論叢二三卷二号(一九五〇年)九七頁以下、藤岩睦郎「英米法における共同謀議罪の研究——共同謀議罪の理論と歴史——」法務研究報告書三九集二号(一九五一年)一頁以下、マーチン・チャンセイ(熊倉武訳)「刑事共謀罪の理論とアメリカ労働運動」季刊労働法七卷一号(一九五七年)一四五頁以下、萩原玉味「コンスピラシーの考察——共謀共同正犯との関連において——」法学雑誌九卷三〇四号(一九六三年)二四〇頁以下、石川才顕「コンスピラシー法理の拡張化とその社会的要因——イギリスに於ける、コンスピラシー法理の拡張展開にみえる社会的要因についての検討——」法学紀要七卷(一九六五年)九頁以下、蔦川忠久「アメリカ法におけるコンスピラシー法理の変遷過程——一九世紀の労働事件を中心として——」法と政治二二卷二号(一九七〇年)一六五頁以下、田島裕「コンスピラシー法理の研究(一)」(三・完)「法学雑誌二四卷二号(一九七七年)一頁以下、二五卷一号(一九七八年)一頁以下、二九卷一号(一九八二年)一頁以下、大谷實「刑事立法とモラル」英米判例百選I公法(一九七八年)一五四頁、町野朔「コンスピラシー罪」同書一六二頁以下、熊谷丞佑「共謀罪」『現代刑法講座』(一九七九年)二一五頁以下、田中英夫「IBM産業スパイ事件——実体法の面を中心に」法学教室二四号(一九八二年)一〇一頁以下、中野目義則「アメリカ刑事法の調査研究(二二)」比較法雑誌一六卷一号(一九八二年)二二七頁以下、小早川義則「コンスピラシーにおける共謀者の供述(一)」(三・完)名城法学三三卷二号(一九八四年)九五頁以下、三三卷三号(一九八四年)五七頁以下、三三卷四号(一九八四年)三一頁以下、佐藤正滋「英法の共同謀議罪(Conspiracy)」金沢法学二九卷一〇二号(一九八七年)二〇九頁以下、仁科雅治「アメリカのホワイトカラー犯罪(四)」六三卷七号(一九九二年)六八頁以下、奈良俊夫「共謀罪」及び「共謀」概念とコンスピラシーの法理」獨協法学五七号(二〇〇二年)六七頁以下。

(2) もっとも、後述するように、とりわけ合意の目的については、議論があり立法もわかる。後述一四〇頁以下参照。

(3) See 2 WAYNE R. LAFAYE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* §11.4 at 263 n.78(2d ed. 2003).

(4) やや古いデータだが、Beth Allison Davis & Josh Vitullo, *Federal Criminal Conspiracy*, 38 Am.Crim.L.Rev. 777, 784 n.9 (2001)は、一九九八年九月二二日の統計局(Bureau of Statistics)のJohn Scalia氏との電話インタビューに基づき、「一九九七年七会計年度において、七〇一一四名の被告人中四五〇二名が18 U.S.C. §371により連邦共謀罪で訴追された。さらに、一五六三〇名が21 U.S.C. §846又は§963により訴追された」とする。

(5) 正式名称は、「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)』。

II コンスピラシーの概念

コンスピラシーとは、コモンロー上は、「二名以上の者による、不法な行為若しくは不法な手段による合法的な行為を為すための結合 (a combination between two or more persons formed for the purpose of doing either an unlawful act or a lawful act by unlawful means)」と定義され、⁽⁶⁾ 諸法域の制定法も、しばしばこの定義に従ってきた。⁽⁷⁾ 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、若しくは、連邦に対して欺罔 (defraud) 行為を働くことを共謀することであるとする。⁽⁸⁾

本章では、まず、コンスピラシーの概念を概観する。具体的には、以下、コンスピラシーの客観面、主観面、オーバートアクトにつき、⁽⁹⁾ アメリカ合衆国における議論を整理する。

(6) *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).

(7) もっとも、後述するように、合意の対象は、一部の州は犯罪でない目的をも含むが(このような法域では、個人で為されれば適法な行為も、それを達成しようとする複数の者によって合意の客体とされれば、犯罪となる。E.g., *State v. Blackledge*, 216 Iowa 199, 243 N.W. 534 (1932))、多くの州は、共謀罪の客体は一定の犯罪(近代再法典化の中でもっともとられた立場で、一定の犯罪を遂行することを要求するものが多い)若しくは一定の重罪(限定するのは、近代再法典化のごく一部。これ以外の限定を加えるものあり。例えば、客体となりうる犯罪を特定するもの、若しくは、すべての重罪と、悪質な軽罪を含むもの)に限るとする。後述注(31)参照。

(8) 18 U.S.C. §371. *conspiracy*. 連邦法には、これ以外にも多くのコンスピラシー処罰規定が存する。E.g., 15 U.S.C. §1 (1994); 18 U.S.C. §224 (1994); 18 U.S.C. §241 (1994); 18 U.S.C. §286 (1994); 18 U.S.C. §351 (d) (1994); 18 U.S.C. §372 (1994); 18 U.S.C. §794 (c) (1994); 18 U.S.C. §1201 (c) (1994); 18 U.S.C. §1962 (d) (1994); 18 U.S.C. §2384 (1994); 21 U.S.C. §846 (1994); 21 U.S.C. §963 (1994).

このうちRICO法については、佐伯仁志「アメリカ合衆国RICO法について(上)(下)」旬刊商事法務二二二二号(一九九〇年)九頁以下、二二二二二号(一九九〇年)三三頁以下、ジェラルド・リンチ(高木勇人・久山立能訳)「RICO法」警察学論集五二巻五号(一九九九年)九〇頁以下参照。さらに、アメリカ合衆国における組織犯罪対策一般については、JAMES B. JACOBS ET AL., *BUSTING THE MOB: UNITED STATES V. COSA NOSTRA* (1994)及び、JAMES B. JACOBS ET AL., *GOTHAM UNBOUND: HOW NEW YORK CITY WAS LIBERATED FROM THE GRIPS OF ORGANIZED CRIME* (1999)参照。

(9) もっとも、後述するように、オーバートアクトの法的性質については争いがある。本稿がオーバートアクトをこの位置で論ずることも、オーバートアクトをコンスピラシーの要素と主張しようとするものではない。

一 コンスピラシーの客観面——合意

1 合意の概念——コンスピラシーの「本質」

コンスピラシーの本質(gist)は、「二名以上の者の合意(an agreement between two or more persons)」⁽¹⁰⁾とされる。

合意は、コンスピラシーの客観面、すなわち、actus reusとして位置づけられる⁽¹¹⁾。各犯罪の本質的要素(essential element)が作為・不作為(act/omission)とされるところ、コンスピラシーも例外ではなく、合意それ自体が、必須の作為(requisite act)とされるのである。⁽¹²⁾

コンスピラシー成立に必要な合意は、他の領域におけるそれよりも緩やかに認められる⁽¹³⁾。単なる黙示の了解⁽¹⁴⁾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⁽¹⁵⁾ことも必要ない。さらに、互に直接の関係⁽¹⁶⁾ (dealing) を欠いても合意に至りうる⁽¹⁷⁾ので、互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⁽¹⁸⁾ (scheme) の中にいたというわけでもなく、合意を形成しうる⁽¹⁹⁾。

しかし、「コンスピラターへの単なる賛意 (mere association with conspirators)」「協力なしの単なる認識 (mere knowledge....without cooperation)」は不十分である⁽²⁰⁾。また、ある店に不法侵入したいAが、Bに手伝うようにアプローチしたところ、Bは計画に賛成であり参加したいと表明したが、実際にはBはAを畏にかけたから合意したふりをしたのみであり、計画を遂行するつもりがなかった場合、伝統的な裁判所の見解は、合意が欠けるとして、コンスピラシー成立を否定する。Bは不法侵入する意図という心理状態を欠くとするのである⁽²¹⁾。

(10) *E.g.*, *People v. Louie Gem Hang*, 131 Cal.App.2d 69, 280 P.2d 28 (1955). *また*、合意をコンスピラシーの“essence”とするものとして、*e.g.*, *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770, 95 S.Ct. 1284, 43 L.Ed.2d 616 (1975).

(11) *Shabani* ケースは、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 *actus reus* ある」とする。 *United States v. Shabani*, 513 U.S. 10, 115 S.Ct. 382, 130 L.Ed.2d 225 (1994).

近時の再法典化の大半は、合意を不可欠とする。一部の立法では、合意を変えて、被告人の「結合 (combine)」若しくは「他者との計画 (plans with another)」とされる。

(12) アメリカ合衆国においても、一般に犯罪成立には常に作為 (act) が必要とされるわけではなく、法的義務の懈怠と評価できる不作為 (an omission which constitutes the failure to perform a legal duty) に足りるものがある (See I WAYNE R. LAFAYE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* §6.2 at 434-36 (2d ed. 2003)). 合意の不履行は合意を代替しえず、例えば、税を払う合意を欠いたことで、脱税 (not to pay tax) のコンスピラシーとはなり得ないとされる。 *Jones v. United States*, 251 F.2d 288 (10th

Cir.1958)。ただし、法的義務を果たさない個人の所為 (conduct) (例えば、特定集団に対し法執行すべき法執行官の懈怠) は、その集団との共謀の証拠として重要とされる。Jezewski v. United States, 13 F.2d 599 (6th Cir.1926)。

- (13) 2 LAFAYE, *supra* note 12, §12.2(a) at 266.
 - (14) United States v. Hartley, 678 F.2d 961 (11th Cir.1982); State v. Mapp, 585 N.W.2d 746 (Iowa 1998); O'Neil v. State, 237 Wis. 391, 296 N.W. 96 (1941); Martinez v. State, 943 P.2d 1178 (Wyo. 1997).
 - (15) American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 66 S.Ct. 1125, 90 L.Ed. 1575 (1946); United States v. Arniel, 95 F.3d 135 (2d Cir.1996); State v. Gillespie, 336 S.W.2d 677 (Mo. 1960); Burk v. State, 848 P.2d 225 (Wyo. 1993).
 - (16) United States v. Fincher, 723 F.2d 862 (11th Cir.1984)。コンスピレーターによる政府の潜入捜査官がコンスピレーターを結びつけたことにも関係があることである。
 - (17) Blumenthal v. United States, 332 U.S. 539, 68 S.Ct. 248, 92 L.Ed. 154 (1947); United States v. Rangel-Arreola, 991 F.2d 1519 (10th Cir.1993); United States v. Watson, 594 F.2d 1330 (10th Cir.1979); People v. Moran, 166 Cal.App.2d 410, 33 P.2d 243 (1958)。
 - (18) Blumenthal v. United States, *supra* note 17; United States v. Burgos, 94 F.3d 849 (4th Cir.1996); United States v. Michilena-Orovio, 702 F.2d 496 (5th Cir.1983), on rehearing 719 F.2d 738 (5th Cir.1983)。
 - (19) United States v. Burchinal, 657 F.2d 985 (8th Cir.1981)。
 - (20) United States v. Mendez, 496 F.2d 128 (5th Cir.1974); see United States v. Falcone, 311 U.S. 205 (1940); United States v. Manbeck, 744 F.2d 360 (4th Cir.1984)。
 - (21) United States v. Escobar de Bright, 742 F.2d 1196 (9th Cir.1984); People v. Foster, 99 Ill.2d 48, 75 Ill.Dec. 411, 457 N.E.2d 405 (1983); Moore v. State, 290 So.2d 603 (Miss.1974); Delaney v. State, 164 Tenn. 432, 51 S.W.2d 485 (1932); Williams v. State, 646 S.W.2d 221 (Tex.Crim.App.1983); Regina v. O'Brien, [1955] 2 D.L.R. 311 (1954)。
- これに対し、模範刑法典はこのような場合、Aをコンスピレーターで有罪としうるとする。Aの能力 (culpability) はBの隠された意図によって著しく減殺され、当該状況下では計画成功の可能性は最小限となつてはいるが、それでもなお、Aは彼の確固とした犯罪遂行の計画の明白な証拠を提供する行為に従事していたとする。コンスピレーターへの片面的アプローチ (unilateral approach) を採るべきである。MODEL PENAL CODE §5.03, Comment at 398-402 (1985)は、伝統的な「二人以上

の者の間の合意を要求する」アプローチではなく、「それぞれの者に責任を帰せしめるのに必要なものは何か」という観点からアプローチする。

なお、模範刑法典と同様、多くの州では、コンスピラシーを「二名以上の者の間での合意 (an agreement between two or more persons)」ではなく、「他者と合意した一名の行為者 (a single actor agreeing with another)」と規定する。Ala. Code § 13A-4-3; Alaska Stat. § 11.31.120; Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-1003; Ark. Code Ann. § 5-3-401; Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-2-201; Conn. Gen. Stat. Ann. § 53a-48; Del. Code Ann. tit. 11, § 511; Fla. Stat. Ann. § 777.04; Ga. Code Ann. § 16-4-8; Haw. Rev. Stat. § 705-520; Ill. Comp. Stat. Ann. ch. 720, § 5/8-2; Ind. Code Ann. § 35-41-5-2; Kan. Stat. Ann. § 21-3302; Ky. Rev. Stat. Ann. § 506.040; Me. Rev. Stat. Ann. tit. 17-A, § 151; Minn. Stat. Ann. § 609.175; Mo. Ann. Stat. § 564.016; Mont. Code Ann. § 45-4-102; Neb. Rev. Stat. § 28-202; Nev. Rev. Stat. Ann. § 175.251; H.H. Rev. Stat. Ann. § 629:3; N.J. Stat. Ann. § 2C:5-2; N.M. Stat. Ann. § 30-28-2; N.Y. Penal Law § 105.00; N.D. Cent. Code § 12.1-06-04; Ohio Rev. Code Ann. § 2923.01; Or. Rev. Stat. § 161.450; Pa. Cons. Stat. Ann. tit. 18, § 903; Tex. Penal Code Ann. § 15.02; Utah Code Ann. § 76-4-201; Vt. Stat. Ann. tit. 13, § 1404; Va. Code Ann. § 18.2-22; Wash. Rev. Code § 9A.28.040; Wis. Stat. Ann. § 939.31; Wyo. Stat. § 6-1-303. したがって、このように規定する州は、コンスピラシーを採用していることを意味しない。See e.g., *People v. Foster*, 99 Ill.2d 48, 75 Ill. Dec. 411, 457 N.E.2d 405 (1983); *State v. Heitman*, 262 Neb. 185, 629 N.W.2d 542 (2001); *Miller v. State*, 955 P.2d 892 (Wyo. 1998).

2 合意の対象——犯罪に限定されるか

かつて、17世紀初頭には、他者を重罪で誣告するコンスピラシーだけが犯罪であった。⁽²²⁾しかし、「何であれ第三者を不法に (wrongfully) 害する共同謀議が、コモンロー上重大な犯罪であることに疑いはない」との主張を契機に、⁽²³⁾犯罪でない客体にまでコンスピラシーが拡張されたと考えられている。⁽²⁴⁾

このため、コモンロー上は、コンスピラシーの合意の対象は、犯罪でなくともよいとされてきた。⁽²⁵⁾コンスピラシー

とは、「不法な行為若しくは不法な手段による合法的な行為を為すための結合」とされてきたのである。⁽²⁶⁾ このような合意対象の拡張は、しばしば、コンスピラターは個人で行う場合よりもその行為を自制しなくなる⁽²⁷⁾、共謀という不法(wrong)を成し遂げる手段は社会に対して特に危険である、あるいは、共同体の道徳的性格⁽²⁸⁾ (the moral fibre of the community) が協力された不法な行為によって弱められる、⁽²⁹⁾ として正当化されてきた。

しかし、現在のアメリカ合衆国における州法では、共謀罪の客体は一定の犯罪若しくは一定の重罪に限るとするものが通例である。また、連邦法も、共謀の客体として、合衆国政府の適法な目的を詐取し若しくは阻害するか (defraud 条項)、または連邦法に違反する目的であること (offense 条項) を要求する⁽³²⁾。前者の defraud 条項は、「政府行政組織の法的な機能 (lawful function) を害し、妨害し、破壊する (impairing, obstructing, or defeating) 目的のため⁽³³⁾」の「ゆる共謀」を意味し、その客体は広範なものとなりうると解されるが、後者の offense 条項は、その目的が連邦法に違反しまたは背反するものであることを要求する⁽³⁴⁾。

もつとも、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は、留意すべきである。客体を「犯罪に限る」こととしても、その「犯罪」の範囲が広がれば、コンスピラシーとして処罰される範囲も広がるからである。⁽³⁵⁾ このため、公衆衛生・公衆道徳・貿易・商業に対し有害な行為を遂行する犯罪結合 (criminal combinations) を違法とする規定、若しくは、司法・法の適正な執行の濫用・妨害のための犯罪結合を違法とする規定は、とりわけ、訴追及び司法の濫用に陥りやすいとの指摘がある。⁽³⁶⁾

(22) 3 E. Coke, Institutes 143 (1644).

(23) I W. Hawkins, Pleas of the Crown 348 (6th ed. 1787).

- (24) 2 WAYNE R. LAFAYE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW §12.3(a) at 287 (2d ed. 2003).
- (25) *E.g.*, State v. Blackledge, 216 Iowa 199, 243 N.W. 534 (1932). したがって、個人で為されれば適法な行為も、それを達成した人々の多数の知恵による共同犯罪の結末となるため、犯罪となる。 Francis B. Sayre, *Criminal Conspiracy*, 35 Harv.L.Rev. 393 (1922) 註、その人々の共同犯罪の初期のケースを詳説したものである。
- (26) 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).
- (27) State v. Dalton, 134 Mo.App 517, 114 S.W. 1132 (1908).
- (28) Commonwealth v. Waterman, 122 Mass. 43 (1877).
- (29) United States v. Lancaster, 44 Fed. 896 (C.C.W.D.Ga.1891).
- (30) Ala.Code §13A-4-3; Ariz.Rev.Stat. Ann. §13-1003; Ark.Code Ann. §5-3-401; Colo.Rev.Stat. Ann. §18-2-201; Conn.Gen. Stat. Ann. §53a-48; Del.Code Ann. tit. 11, §511; Fla.Stat. Ann. §777.04; Ga.Code Ann. §16-4-8; Haw.Rev.Stat. §705-520; Idaho Code §18-1701; Ill.Comp.Stat. Ann. ch.720 §5/8-2; Iowa Code Ann. §706.1; Kan.Stat. Ann. §21-3302; Ky.Rev.Stat. Ann. §506.040; La.Rev.Stat. Ann. §14:26; Me.Rev.Stat. Ann. §609.175; Mo. Ann.Stat. §564.016; Mont.Code Ann. §45-4-102; N.H. Rev.Stat. §629:3; N.J.Stat. Ann. §2C:5-2; N.Y.Penal Law §105.00; N.D.Cent.Code §12.1-06-04; Pa.Cons.Stat. Ann. tit. 18, §903; Utah Code Ann. §76-4-201; Wash.Rev.Code §9A.28.040; Wis.Stat. Ann. §939.31; Wyo.Stat. §6-1-303.
- (31) Ind.Code Ann. §35-41-5-2; Neb.Rev.Stat. §28-202; Nev.Rev.Stat. Ann. §175.251; N.M.Stat. Ann. §30-28-2; Tex.Penal Code Ann. §15.02; Va.Code Ann. §18.2-22.1; 州法の間の懸架を加えるのでなく、例外的に、各体となりうる犯罪を特定するもの (Alaska Stat. §11.31.120; Ohio Rev.Code Ann. §2928.01; Vt.Stat. Ann. tit 13, §1404) 若しくは、その種の重罪と、悪質な軽罪 (higher misdemeanor) を区別する (Or.Rev.Stat. §161.450; Tenn.Code Ann. §39-12-107) である。
- (32) 18 U.S.C. §371.
- (33) See *Hammerschmidt v. United States*, 265 U.S. 182.
- (34) See *United States v. Brandon*, 17 F.3d 409 (1st Cir.1994); *United States v. Falcone*, 960 F.2d 988 (11th Cir.1992) (en banc); *United States v. Gibson*, 881 F.2d 318 (6th Cir.1989).
- (35) See LAFAYE, *supra* note 24, §12.3(a) at 288-89.

(36) それらの規定を、いかなる行為 (conduct) が犯罪とされるかにつき、適切な告知 (notice) をしていないとし、あいまいゆえに違憲となりうるとするケースもある。Musser v. Utah, 333 U.S. 95, 68 S.Ct. 397, 92 L.Ed. 562 (1948)。しかし、多くの裁判所は、このような規定を支持する。例えば、「司法若しくは法の適正な執行を濫用し若しくは妨害する」行為はコモロー若しくは制定法で規定されているのであいまいではないとする。Calhoun v. Superior Court, 46 Cal.2d 18, 291 P.2d 474 (1955); Lorenson v. Superior Court, 35 Cal.2d 49, 216 P.2d 859 (1950); People v. Sullivan, 113 Cal. App.2d 510, 248 P.2d 520 (1952); State v. Nielsen, 19 Utah 2d 66, 426 P.2d 13 (1967); see also LAFAYE, *supra* note 24, §12.3 (a) at 289-90.

3 合意の立証

合意は、コンスピラシーの他の要素と同様、情況証拠による立証が認められる⁽³⁷⁾。Iannelli ケースは、「合意は明示的に証明される必要はない。当該ケースの事実及び状況からの推認で足りる」とした⁽³⁸⁾。

合意は本質的に人目に付かないところで行われるので、合意の直接証拠を示せるのは稀であり、裁判所は、「起訴された共謀者の一連の行為 (conduct) からの推論に基づいて」⁽³⁹⁾ 訴追しようとするのである。この考え方は一八三七年イギリスでのケースで為された、「もし、行為、そしてしばしば同じ手段によって、二名が、同じ目的達成のために、ある行為を成し遂げるために一名がその行為の一部を行い、他の一名が同じ行為の他の部分を行ったと陪審員が見るならば、陪審員は、その目的を惹起するコンスピラシーに参加していたと結論づけることができる」との説示⁽⁴⁰⁾ 由来するとされる。

(37) 後述一五九頁以下。

(38) *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770, 95 S.Ct. 1284, 43 L.Ed.2d 616 (1975). 「なか」 *United States v. Garcia*, 151 F.3d 1243 (9th Cir.1998) は、「一般にギャングのメンバーは『闘争において他のメンバーをバックアップする』との合意を持つ」ところ証言は、「せいせい、ギャングというものの性質の一つを立証するが、個別のギャングの特定の目的 (a specific objective) を立証するものではない……不法な目的を達成するかどうかはメンバーの側に残されている……暴行 (assault) や他の不法な行為を成し遂げるコンスピラシーの立証に不十分である」とする。

(39) *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208, 59 S.Ct. 467, 83 L.Ed. 610 (1939).

(40) See 2 WAYNE R. LAFAVE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* §12.2(a) at 267-68 (2d ed. 2003).

二 コンスピラシーの主観面——意図

コンスピラシーには、合意する意図 (intent to agree)⁽⁴¹⁾ 及び、目的を達成する意図 (intent to achieve objective) が要求される。すべてのコンスピラシーは合意を含み、複数の関与者が合意しようとする意図が必要だが、この意図は「倫理的な内容を伴わない ("without moral content")⁽⁴²⁾」ので、関与者がその合意によって何を達成しようとしているかが重要であり、コンスピラシー法によって規制された目的を達成しようとする共通意図がある場合のみ有責とされるのである。⁽⁴³⁾

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うる場合、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。⁽⁴⁴⁾ 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⁽⁴⁵⁾の意図が必要とされる。

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。「その存在を知らない信号を無視することでは有罪となることはあり得る。しかし、その存在を知らなければ信号無視を合意し得ないから、存在を知ら

ない信号を無視する共謀罪はあり得ない⁽⁴⁶⁾。たとえ、合意の下でなされた行為は過失がなくとも処罰可能であったとしても、ある条文がある行為の遂行を心理状態に言及せずに犯罪としているという事実が、コンスピラシー成立に必要な心理的要素に変更を加えたとは言い難いから、このような行為に対するコンスピラシー処罰には、前述の意味での意図が必要なのである⁽⁴⁷⁾。

もつとも、このことは、犯罪の心理的要素を犯罪要素の一部にのみ要求する犯罪の場合と区別されなければならない。いくつかの連邦規定では、連邦の管轄を基礎づける付随的状况 (attendant circumstance) が、犯罪の要素 (an element of the crime) とされている。模範刑法典は、コンスピラシー成立に、この状況要素についての認識を要求しない。ある者が「犯罪の遂行に十分な付随的状况につきあまり過失なく (with the lesser culpability)、禁止された行為 (conduct) に従事する目的をもつて着手し、若しくは、望ましくない結果を生みだし、かつ、彼の準備 (preparation) がコンスピラシーや未遂へと発展した場合、彼の行為が未完成犯罪となる理由は、そのような状況についての有責性が少ないとしても、決して減少しない」とする⁽⁴⁸⁾。連邦最高裁も今日ではこの立場である⁽⁴⁹⁾。このため、例えば、州境をまたいで盗品を移送する罪のコンスピラシー成立には、コンスピラターによる州際移送の認識は不要である。

なお、必要な意図が少なくとも2名に存在せねばならない (複数性の要求)。関与者の一名のみが必要な心理状態を有していた場合、必要な心理状態を有していた者も、コンスピラシーで有罪とはされ得ない⁽⁵⁰⁾。もつとも、前述のように片面的アプローチ (the unilateral approach) を採る模範刑法典は、犯罪傾向に対する措置の必要性からはこのような考え方には疑問があるとして、必要な心理状態を有した合意への関与者は、コンスピラシーで有罪とする⁽⁵¹⁾。

(41) 目的を達成する意図は、一般には、一定の犯罪 (若しくは犯罪ではないがコンスピラシー法で捕捉される) 結果を達成す

る意図である。各コンスピラターが「実質犯罪の全部分を遂行し又は容易にする」合意は必要ない。「実質犯罪につながる行為の一部を容易にする合意のみでコンスピラターとなり得る」。Salinas v. United States, 522 U.S. 52, 118 S.Ct. 469, 139 L.Ed.2d 352 (1997).

- (42) *Developments in the Law—Criminal Conspiracy*, 72 Harv.L.Rev. 920, 936 (1959).
- (43) 2 WAYNE R. LAFAYE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* §12.2(c)(1) at 275 (2d ed. 2003).
- (44) シヤットン判事が述べたように (in Krulwich v. United States, 336 U.S. 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949)) 「コンスピラシーは「カメレオンのようなものであり、適用される独立した個々の犯罪のそれぞれから、配色を得る」。
- (45) *Developments, supra* note 42, at 939 (1959); see also *United States v. Lichenstein*, 610 F.2d 1272 (5th Cir.1980); *McDonald v. State*, 454 So.2d 488 (Miss.1984).
- (46) *United States v. Crummins*, 123 F.2d 271 (2d Cir.1941).
- (47) GLANVILLE L. WILLIAMS, *CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART* §84 (2d ed. 1961)は「コンスピラシーが嚴格責任の犯罪となり得る理念は、現在、強固に定立されたルールに矛盾する。そのルールは、犯罪への二次的関与者は全ての事実について知るべきことには有罪とされ得なう」とする。
- (48) MODEL PENAL CODE §5.03, Comment at 409 (1985).
- (49) *United States v. Feola*, 420 U.S. 671, 95 S.Ct. 1255, 43 L.Ed.2d 541 (1975); *United States v. Freed*, 401 U.S. 601, 91 S.Ct. 1112, 28 L.Ed.2d 356 (1971).
- (50) *Regie v. State*, 9 Md.App. 346, 264 A.2d 119 (1970) (他の者は精神疾患であった); *Commonwealth v. Benesch*, 290 Mass. 125, 194 N.E. 905 (1935) (一名だけが不正な動機を有していた)。
- (51) MODEL PENAL CODE, *supra* note 48, at 398-402. 片面的アプローチについては、前掲注(21)参照。

三 オーバートアクト

コモンロー上は、合意成立さえあれば、⁽⁵²⁾それだけでコンスピラシーとして処罰可能であった。⁽⁵³⁾現在でも異なった規定がない限り、このことは有効なルールである。⁽⁵⁴⁾しかし、現在、多くの州では、「コンスピラターのうちの一名が、

コンスピラシーの促進へと前進したこと (one of the conspirators took some step to further the conspiracy)⁽⁵⁵⁾ の証明が必要とされる。⁽⁵⁶⁾ 連邦法も、一般コンスピラシー規定は、オーバーパートアクトを要求する。⁽⁵⁸⁾

オーバーパートアクトを要求する趣旨は、「『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、明確に示すこと⁽⁵⁹⁾にある。

もつとも、実際には、オーバーパートアクトは、かなりゆるやかに、その存在が肯定される。「オーバーパートアクトは、コンスピラターの微々たる行為で足り」、⁽⁶⁰⁾「目的達成から遠く離れたものであってもかまわない」⁽⁶¹⁾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、⁽⁶²⁾事実上、あらゆる行為がオーバーパートアクトの要件を満たしうる。⁽⁶⁴⁾

判例上、オーバーパートアクトの要件を満たすとされたのは、説明できない量のダイナマイトの所持、⁽⁶⁵⁾弁護士との面接、⁽⁶⁶⁾合法的な会合への参加、⁽⁶⁷⁾銃をあげること、⁽⁶⁸⁾架電、⁽⁶⁹⁾適切な送り状 (invoice)⁽⁷⁰⁾なしの物品搬送、⁽⁷⁰⁾命令違反のピラの配布、⁽⁷¹⁾コ・コンスピラターに他者に渡すための金を与えること⁽⁷²⁾である。さらに、オーバーパートアクトは不作為でも足り、⁽⁷³⁾また、目的とされた犯罪以外の犯罪の遂行でもよい。⁽⁷⁴⁾

また、オーバーパートアクトを要求する制定法は、一様に、コンスピラターの一名のみによるオーバーパートアクトで足りるとし、⁽⁷⁵⁾かつ、オーバーパートアクトは、それ自体が犯罪若しくは不法である必要はないとされていると解されている。⁽⁷⁶⁾

オーバーパートアクトが、犯罪の一部 (a part of the offense)⁽⁷⁷⁾か、単なる証明の要素 (an element of proof)⁽⁷⁹⁾かについては理解がわかれる。いくつかの立法はこの点を明らかにするが、⁽⁷⁸⁾多くの立法はこの点につきオープンである。連邦最高裁は、現在のところ、単に「犯罪の証拠 (evidence of the offense)」⁽⁸⁰⁾としている。

オーバーパートアクトの機能が前述のようなものであるため、コンスピラシーの目的たる実質的犯罪もオーバーパートアク

トとなり得るし、⁽⁸¹⁾合意した行為の一部 (a part of the act of agreement) でない行為がオーバートアクトとなる場合⁽⁸²⁾もあり得る。

- (52) 「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バートアクトを要求しないことは、この原則に反しない。「犯罪的合意 (criminal agreement) され自体が actus reus たるものである」とするものとして United States v. Shabani, 513 U.S. 10, 115 S.Ct. 382, 130 L.Ed.2d 225 (1994) を参照。See also 1 PAUL MARCUS, PROSECUTION AND DEFENSE OF CRIMINAL CONSPIRACY CASES (MB) §2.08[2] (March 2002).
- (53) King v. Gill, 106, Eng.Rep. 341 (1818); Poulterer's Case, 77 Eng.Rep. 813 (1611). Thompson v. State, 106 Ala. 67, 17 So. 512 (1895); Garland v. State, 112 Md. 83, 75 A. 631 (1910). かつ、キリスに於てコンスピラシー概念が発生した当時は、適用される範囲が限られたので、コーンートメントを要求しないとしても、不都合は少なかったといえるだろう。See 1 MARCUS *supra* note 52, §2.08[1] at 2/71-2/72 (March 2002).
- (54) United States v. Sassi, 966 F.2d 283 (7th Cir.1992); State v. D'Ingianni, 217 La. 945, 47 So.2d 731 (1950); Martin v. State, 197 Miss. 96, 19 So.2d 488 (1944); State v. Condrey, 349 S.C. 184, 562 S.E.2d 320 (2002). かつ、スベットのコンスピラシー規定は、ロサンローに於て、コーンートメントを要求しない。Fla.Stat. Ann. §777.04; Nev.Rev.Stat. Ann. §175.251; N.M.Stat. Ann. §30-28-2; Or.Rev.Stat. §161.450; Va.Code Ann. §18.2-22.
- (55) 1 MARCUS, *supra* note 52, §2.08 at 2-71 (March 2002).
- (56) 現在、制定法のほとんどもは、コンスピラシーのあらゆる場合、若しくは一定の場合に、コーンートメントが証明されることを要求しない。Ala.Code §13A-4-3; Alaska Stat. §11.31.120; Ark.Code Ann. §5-3-401; Cal.Penal Code §184; Colo.Rev. Stat. §18-2-201; Conn.Gen.Stat. Ann. §53a-48; Ga.Code Ann. §16-4-8; Haw.Rev.Stat. §705-520; Idaho Code §18-1701; Ill. Comp.Stat. Ann. ch. 720, §5/8-2; Ind.Code Ann. §35-41-5-2; Iowa Code Ann. §706.1; Kan.Stat. Ann. §21-3302; Ky.Rev.Stat. Ann. §506.050; La.Rev.Stat. Ann. §14:26 Me.Rev.Stat. Ann. tit. 17-A, §151; Minn.Stat. Ann. §609.175; Mo. Ann. Stat. §564.016; Mont. Code Ann. §45-4-102; Neb.Rev.Stat. §28-202; N.H.Rev.Stat. Ann. §629:3; N.Y. Penal Law §105.20; Ohio Rev. Code Ann. §2923.01; Okla.Stat. Ann. tit. 21, §423; Pa.Cons.Stat. Ann. tit. 18, §903; S.D. Cod. Laws §22-3-8; Tenn. Code Ann. §39-12-103;

Tex. Penal Code Ann. §15.02; Vt. Stat. Ann. §939.31; Wash. Rev. Code §9A.28.040; W. Va. Code §61-10-31; Wis. Stat. Ann. §939.31; Wyo. Stat. §6-1-303.

特定の犯罪を目的とした場合にのみオーバートアクトを要求する規定として、*Ariz. Rev. Stat. Ann. §13-1003* (人身、地域 (area) に対する重罪及び不法目的侵入を除く) ; *Del. Code Ann. tit. 11, §511* (他者を犯罪を助ける (aid) 為の場合のみ) ; *N.J. Stat. Ann. §2C:5-2* (第一級、第二級犯罪及び禁制品 (controlled substance) の流通を除く) ; *Utah Code Ann. §76-4-201* (死刑を科しうる犯罪、人身に対する重罪、放火、不法目的侵入、強盗を除く)。

また、模範刑法典は、「予防的介入 (preventive intervention) の重要性は、より深刻でない犯罪の場合に比して、オーバートアクトの要件を不要とするほど大きい」として (MODEL PENAL CODE, Comment at 453 (1985))、第一級若しくは第二級の重罪を遂行しようとするコンスピラシーから、オーバートアクトの要件を外している。ただし、この例外は、模範刑法典に従う傾向がある法域でも、受け入れられていない。See 2 WAYNE R. LAFAYE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW §12.2(D) at 274-75 (2d ed. 2003).

他方、いくつかの州法は、このオーバートアクトが、犯罪遂行への「実質的ステップ (substantial step)」であることを要求する。もともと、「実質的ステップ」テストは、未遂法においても用いられるが、ここでいう「実質的ステップ」テストは、未遂法において多くの法域で要求されるようなものであることは必ずしも意味しない。後述注(74)参照。See e.g., *State v. Dent*, 123 Wash.2d 467, 869 P.2d 392 (1994).

(57) 18 U.S.C. §371.

(58) もともと、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(前掲注(8)参照)は、議会の意思により、オーバートアクトを不要としていると解される。*United States v. Shabani*, 513 U.S. 10, 115 S.Ct. 382, 130 L.Ed.2d 225 (1994); *Singer v. United States*, 323 U.S. 338, 65 S.Ct. 282, 89 L.Ed. 285 (1945); *Nash v. United States*, 229 U.S. 373, 33 S.Ct. 780, 57 L.Ed. 1232 (1913).

(59) *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).

(60) *State v. Stewart*, 643 N.W.2d 281 (Minn. 2002).

(61) *State v. Miller*, 677 P.2d 1129 (Utah 1984).

- (62) *Rose v. St. Clair*, 28 F.2d 189 (W.D.Va.1928).
- (63) この点の 合議の証明はたゞし足らぬ。 *United States v. Bourgeois*, 950 F.2d 980, (5th Cir.1992); *United States v. Sarno*, 456 F.2d 875, (1st Cir.1972); see also *Marcus*, *supra* note 52, §2.08 [3] at 2/85-2/86 (March 2002). また 無罪となるコ・コンスピラシーはつひなされた行為も ฮอร์ートマンの要件を満たさぬ。 See *id.*, §2.08 [4] (March 2002).
- (64) See 2 LaFAVE, *supra* note 56, §12.2(b) at 274 (2d ed. 2003). *Cohen* ケースは ฮอร์ートマンは公然と (openly) 為すに違ふこととす。 (Commonwealth v. Cohen, 203 Pa.Super. 34, 199 A.2d 139 (1964)) 彼ら リトナーは 「秘密に」 行はるるに反して、 *Id.*, at 273 n.72.
- (65) *Cline v. State*, 204 Tenn. 251, 319 S.W.2d 227 (1958) (学校暴徒のコンスピラシー).
- (66) *Kaplan v. United State*, 7 F.2d 594 (2d Cir.1925).
- (67) *Bary v. United States*, 248 F.2d 201 (10th Cir.1957) (盗取隠蔽のコンスピラシー).
- (68) *People v. Silbello*, 61 Cal.App. 92, 214 P. 462 (1923).
- (69) *United States v. Fellabaum*, 408 F.2d 220 (7th Cir.1969); *Singer v. United States*, 208 F.2d 477 (6th Cir.1953); *Bartoli v. United States*, 192 F.2d 130 (4th Cir.1951); *Smith v. United States*, 92 F.2d 460 (9th Cir.1937).
- (70) *United States v. Harris*, 409 F.2d 77 (4th Cir.1969).
- (71) *People v. Makvrita*, 224 App.Div. 419, 231 N.Y.S. 279 (1928).
- (72) *People v. Wolff*, 24 A.D.2d 828, 264 N.Y.S.2d 40 (1965).
- (73) *Gerson v. United States*, 25 F.2d 49 (8th Cir.1928) (検閲はなすに拒絶を記載しなす断句).
- (74) *Commonwealth v. Byrd*, 490 Pa. 544, 417 A.2d 173 (1980); *State v. Sinnott*, 72 S.D. 100, 30 N.W.2d 455 (1947).
 「その目的は」 ฮอร์ートマンと「コンスピラシー」は「コンスピラシー」 (a step towards the execution of the conspiracy) (State v. Sullivan, 68 Ariz. 81, 200 P.2d 346 (1948)) 「コンスピラシー」は「コンスピラシー」 (an act that tends to carry out the conspiracy) (People v. Arroyo, 93 N.Y.2d 990, 695 N.Y.S.2d 537, 717 N.E.2d 696 (1999)) 「コンスピラシー」は「コンスピラシー」 (an act to effect the object of the conspiracy) (Williams v. State, 16 Okla.Crim. 217, 182 P. 718 (1919)) 「コンスピラシー」は「コンスピラシー」 (a step in preparation for effecting the object) (State v. Moretti, 52 N.J. 182, 244 A.2d 499 (1968)) としてのケースもある。 「コンスピラシー」は「コンスピラシー」 (the commencement of the con-

summation) にならねばならぬ (Hall v. United States, 109 F.2d 976 (10th Cir.1940))。犯罪にならねばならぬ (State v. Heron, 94 Ariz. 81, 381 P.2d 764 (1963))。コンスピラシーの客体である犯罪の要素をなければならぬ (People v. Bauer, 32 A.D.2d 463, 305 N.Y.S.2d 42 (1969))。よねは、コンスピラシーは、前述のホーバートマクトの機能と矛盾するものではないと定義は誤らざるべきである。 See LaFAVE, *supra* note 56, §12.2 (b) at 273-74.

(72) See Blumenthal v. United States, 332 U.S. 539, 68 S.Ct. 248, 92 L.Ed. 154 (1947); United States v. Rabinowich, 238 U.S. 78, 35 S.Ct. 682, 59 L.Ed. 1211 (1915); United States v. Reyes, 302 F.3d 48 (2d Cir.2002); State v. Gonzalez, 69 Conn.App. 649, 796 A.2d 1225 (2002); Peple v. McGee, 49 N.Y.2d 48, 424 N.Y.S.2d 157, 399 N.E.2d 1177 (1979).

また、ホーバートマクトを被告人が自ら為したことは必要なく、他のコンスピレーターによるもので足りる。 See United States v. Nelson, 66 F.3d 1036 (9th Cir.1995); United States v. Comeaux, 955 F.2d 586 (8th Cir.1992); United States v. Castro, 972 F.2d 1107 (9th Cir.1992); United States v. Gresser, 935 F.2d 96 (6th Cir.1991); United States v. Baffa, 949 F.2d 1465 (7th Cir.1991); United States v. Sanchez, 917 F.2d 607 (1st Cir.1990). Sanchez ケースは、代位責任 (vicarious liability) を認め、ホーバートマクトから、このことを説明する。ホーバートマクトによれば、あるコンスピレーターがコンスピラシーの促進として為した行為は、合理的に予見し得るものであれば、他のコンスピレーターにも帰属する。 Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640 (1946). 町野朔「コンスピラシー罪」英米法判例百選Ⅰ公法（一九七八年）一六二頁以下参照。

(73) Braverman v. United States, 317 U.S. 49, 63 S.Ct. 99, 87 L.Ed. 23 (1942); Castro v. United States, 296 F.2d 540 (5th Cir.1961); State v. Heitman, 262 Neb. 185, 629 N.W.2d 542 (2001); McCann v. State, 606 S.W.2d 897 (Tex. Cr.App.1980).

(74) この点の問題は、(1) 制限規定の目的、(2) 管轄、(3) 裁判地であるべきである。 See LaFAVE, *supra* note 56, §12.2(b) at 273.

(75) *E.g.*, Ill.Comp.Stat.Ann. ch. 720, §5/8-2 (evidence); Okla.Stat.Ann. tit. 21, §423 (element of crime).

(76) See LaFAVE, *supra* note 56, §12.2(b) at 273.

(77) Yates v. United States, 354 U.S. 298, 77 S.Ct. 1064, 1 L.Ed.2d 1356 (1957); *but see* Hyde v. United States, 225 U.S. 347, 32 S.Ct. 793, 56 L.Ed. 1114 (1912). Hyde ケースは、多数意見と反対意見は、二つの立場の好例である。 See also Note, 37 Harv.L.Rev. 1121 (1924). また、連邦の裁判所は、ホーバートマクトの要件を、「コンスピラシーの要素 (elements of conspiracy)」と称するべきである。 See *e.g.*, United States v. Reyes, 302 F.3d 48 (2d Cir.2002).

(81) United States v. Hayutin, 398 F.2d 944 (2d Cir.1968); State v. Erwin, 101 Utah 365, 120 P.2d 285 (1941).

(82) *People ex rel. Conte v. Flood*, 53 Misc.2d 109, 277 N.Y.S.2d 697 (1966).

Ⅲ コンスピラシーの訴追——その手続法上の問題

一 問題の所在

アメリカ合衆国におけるコンスピラシーは、しばしば、訴追側にアドバンテージを与えるものと評価されてきた。⁽⁸³⁾

刑事手続のプロセスに存在する「優位のバランス (balance of advantage)」を考えると、コンスピラシーが訴追者に優位を与えることは明らかで、これに対し防御する者は訴追・証明上の重い負担を強いられるため、⁽⁸⁴⁾このような評価は決して不当なものではないと考えられてきたのである。⁽⁸⁵⁾このため、コンスピラシーへの批判も、主としてコンスピラシー訴追の手続面にむけられてきた。⁽⁸⁶⁾

そこで、本章では、前述のようなコンスピラシーを訴追する際に適用される手続法上・証拠法上の原則とその問題点を整理する。

(83) See *United States v. Stoner*, 98 F.3d 527 (10th Cir.1996). その例として、Learend Hand 判事の Harrison ケースにおける、コンスピラシーは「近代の検察官を助長する最愛の人 (the darling of the modern prosecutor's nursery)」であるとす
る有名な表現からも見て取ることが出来る。Harrison v. United States, 7 F.2d 259 (2d Cir.1925). そのような表現
に反対するものとして、1 PAUL MARCUS, PROSECUTION AND DEFENSE OF CRIMINAL CONSPIRACY CASES (MB) §1.04 [3] at 1/22-1/23

(March 2002)がある。

(78) See Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 Yale L.J. 1149 (1960).

(85) これに対し、コンスピラシーの訴追は「コンスピラシーの特質である秘密性・密行性により、決して容易なものではなへ、⁽⁸⁵⁾ 巧妙にお縄を逃れる (go free by their very ingenuity)」ことを防ぐため、法が検察官の立証責任を軽減しているとするものとして、Beth Allison Davis & Josh Vitullo, *Federal Criminal Conspiracy*, 38 Am.Crim.L.Rev. 777, 779 (2001)。

(86) もちろん、コンスピラシー概念そのものへの実体的な批判も強く為されてきた。後述一七〇頁以下。

さらに、コンスピラシー概念に対する批判は、この法概念が向けられてきた活動にもよっている。コンスピラシーが適用される対象が労働組合である時期があった。See Cousins, *Agreement as an Element in Conspiracy*, 23 Va.L.Rev. 898 (1937); Pollack, *Common Law Conspiracy*, 35 Geo.L.J. 328 (1947); Francis B. Sayre, *Criminal Conspiracy*, 35 Harv.L.Rev. 393 (1922)。近時「政治的」な被告人に対して用いられたことがあり、言論の自由や結社の自由に対する深刻な脅威と見られることには相応の理由がある。See J. Milford, *The Trial of Dr. Spock* (1969); Church, *Conspiracy Doctrine and Speech Offenses: A Reexamination of Yates v. United States From the Perspective of United States v. Spock*, 60 Cornell L.Rev. 569 (1975); Nathanson, *Freedom of Association and The Quest for Internal Security: Conspiracy from Dennis to Dr. Spock*, 65 Nw.U.L.Rev. 153 (1970); O'Brian, *Loyalty Tests and Guilt by Association*, 61 Harv.L.Rev. 592 (1948); Notes, 44 Tulane L.Rev. 587 (1970); 1970 Wis.L.Rev. 191; 79 Yale L.J. 872 (1970)。

二 裁判地

アメリカ合衆国におけるコンスピラシーの訴追は、犯罪が遂行されたとされる場所で裁判を受ける権利を保障する合衆国憲法修正六条との関係が問題となる。⁽⁸⁷⁾ この権利は、遠隔地で起訴された場合に生ずる不正さ・困難さから被告人を保護するための非常に重要なものと考えられている。⁽⁸⁸⁾

前述のように、コンスピラシーの「本質 (gist)」は合意であるとされるが、⁽⁸⁹⁾ 判例は、裁判地は合意が為された場

所でなくともよいとする。合意の場所を証明するのはしばしば困難なので、オーバートアクトが為された場所でもよいとするのである。⁽⁹⁰⁾

このため、裁判地となりうる場所が無限に広がってしまう危険もある。オーバートアクトは緩やかにその存在が肯定されるため、被告人に不便な裁判地を選ぶことが容易になってしまいかねないのである。⁽⁹¹⁾

- (87) 「すべての刑事訴追の場合に、被告人は、犯罪が行われた州のそれが行われた地区（その地区はあらかじめ法律で定められる）の公平な陪審員による迅速な公開の裁判を受ける権利を有する」。訳は、松井茂記『アメリカ憲法入門「第五版」』（二〇〇四年）三三七頁によった。多くの州憲法も同様である。See 4 WAYNE R. LAFAYE ET AL., CRIMINAL PROCEDURE §§16.1, 16.2 at 457-544 (2d ed.1999).
- (88) United States v. Cores, 356 U.S. 405, 78 S.Ct. 875, 2 L.Ed.2d 873 (1958).
- (89) 前述一三七頁以下。
- (90) Hyde v. United States, 225 U.S. 347, 32 S.Ct. 793, 56 L.Ed. 1114 (1912); People v. Cory, 26 Cal.App. 735, 148 P. 532 (1915); Grandison v. State, 305 Md. 685, 506 A.2d 580 (1986).
- (91) 有罪にするであろう陪審員がいる場所を選ばないことが出来る。Developments in the Law—Criminal Conspiracy, 72 Harv.L. Rev. 920 (1959).

三 コ・コンスピラターの供述と伝聞法則

1 供述証拠の例外的許容

コ・コンスピラターは、コンスピラシーにつき最もよく知る者の一人である。このため、コンスピラシーの審理では、しばしばコ・コンスピラターによる供述の利用が問題となる。⁽⁹²⁾

既にわが国でも詳細に紹介されているように、⁽⁹³⁾コ・コンスピラターの供述は、伝聞例外若しくは非伝聞として扱われている。⁽⁹⁴⁾ 伝聞証言一般の許容性は、供述不能及び独立の「信用性の兆候 (indicia of reliability)」の二つのテストによって判断される。⁽⁹⁵⁾ しかし、コ・コンスピラターによる供述については、最高裁はこのルールを破棄し、原供述者たるコ・コンスピラターの供述不能も、提供される供述の信用性についての独立の審理も不要としている。⁽⁹⁶⁾

連邦証拠規則も、同様に、「供述が一方当事者に対し不利なものとして提出され」、「関与者中の一名であるコ・コンスピラターによる供述が、コンスピラシーの過程において、コンスピラシーを促進するものとして行われたものであるとき」、「当該供述は伝聞ではない」とする。⁽⁹⁹⁾ すなわち、「(1)コンスピラシーが存在し、被告人がそれに関与し、(2)関連する伝聞供述及び被告人が同一のコンスピラシーに属し、(3)供述がコンスピラシーの過程で為され、(4)供述がコンスピラシーの促進として為された」⁽¹⁰⁰⁾場合に、コ・コンスピラターの供述は伝聞証拠ではないとされるのである。

(92) Beth Allison Davis & Josh Vitullo, *Federal Criminal Conspiracy*, 38 Am.Crim.L.Rev. 777, 803 (2001).

- (93) 安治治夫『刑事訴訟における均衡と調和』（一九六三年）一二八頁以下、田宮裕「共謀共同正犯における共謀の立証について」齊藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』（一九六四年）五八五頁以下、小早川義則「コンスピラシーにおける共謀者の供述（一）」（三・完）」名城法学三三巻二号（一九八四年）九五頁以下、三三巻三号（一九八四年）五七頁以下、四号（一九八四年）三二頁以下。
- (94) コ・コンスピラターの供述につきこのような扱いをする理由は、しばしば、各コ・コンスピラターは他の者の代理人(agent)であるからとされる。Anderson v. United States, 417 U.S. 211, 94 S.Ct. 2253, 41 L.Ed.2d 20 (1974); People v. Berkowitz, 50 N.Y.2d 333, 428 N.Y.S.2d 927, 406 N.E.2d 783 (1980)。なお、小早川・前掲論文(一)一一五頁は、「共謀者の供述の許容性の根拠については依然として明確な理論的根拠に乏しいが、アメリカ法の関心はむしろその濫用防止すなわち許容性の要件にあるところとを以てしつゝかえなうであらう」とする。
- (95) See Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56, (1980); Lilly v. Virginia, 527 U.S. 116 (1999).
- (96) See United States v. Inadi, 475 U.S. 387 (1986).
- (97) See Bourjaily v. United States, 483 U.S. 171 (1987).
- (98) このような扱いと第六修正との関係については、see Davis & Vitullo, *supra* note 92 at 809-810がある。さらに、小早川・前掲論文(二)五八頁以下。
- (99) Fed.R.Evid. §801 (d)(2)(E)。なお、この規定を、コ・コンスピラターの供述を伝聞例外としたものとみるべきか非伝聞とすべきかをめぐっての議論については、see 1 PAUL MARCUS, PROSECUTION AND DEFENSE OF CRIMINAL CONSPIRACY CASES (MB) §5.02 [2] at 5/10-5/12.1 (March 2002)。なお、小早川・前掲論文(一)一〇八頁参照。
- (100) Lippman, *Defending Against the Co-Conspirator Hearsay Exception*, 21 Champion 16 (1997); see also Bourjaily v. United States, 483 U.S. 171, 107 S.Ct. 2775, 97 L.Ed.2d 144。なお、小早川・前掲論文(一)一一六頁以下参照。

2 許容の手続

コ・コンスピラター供述の許容性を決定するに際しては、裁判所は供述そのものの内容をも検討しうるが、独立証

拠 (independent evidence) を検討せねばならない。⁽¹⁰¹⁾「コンスピラシーの存在自体が、許容性の前提要件であるから、コンスピラシーの事実を立証するために共謀者の供述を用いることはできないというのである」⁽¹⁰²⁾。

もつとも、多くの巡回裁判所は、⁽¹⁰³⁾事実審は連邦証拠規則八〇一条 (d) が要求する証明以前にコ・コンスピラターによる供述を許容しうるとし、⁽¹⁰⁴⁾さらに、この供述を陪審員不在で個別に審理することは重要でなく、許容の前提となる要件の証明に失敗した場合、それらの証拠を無視するように説示すれば、⁽¹⁰⁵⁾偏見を排除するのに十分とする。さらに、連邦最高裁は、これらの諸要素の証明は証拠の優越で足りるとする。⁽¹⁰⁶⁾

このため、コ・コンスピラターの供述の伝聞例外としての許容も、⁽¹⁰⁷⁾検察官を有利にするものと考えられている。

(101) See Beth Allison Davis & Josh Vitullo, *Federal Criminal Conspiracy*, 38 Am.Crim.L.Rev. 777, 804-05 (2001).

(102) 小早川・前掲論文(一)一六四頁以下。

(103) 事実審がこれらの要素を吟味すべき順序につき連邦最高裁は明らかにしていない。Davis & Vitullo, *id.*, at 808.

(104) *United States v. Wilson*, 102 F.3d 968 (8th Cir.1996); *United States v. Gonzalez-Balderas*, 11 F.3d 1218 (5th Cir.1994); *United States v. Tracy*, 12 F.3d 1186 (2d Cir.1993); *United States v. Moss*, 9 F.3d 543 (6th Cir.1993); *United States v. Gambino*, 926 F.2d 1355 (3d Cir.1991); *United States v. Van Hemelryck*, 945 F.2d 1493 (11th Cir.1991).

(105) *United States v. Pedigo*, 12 F.3d 618 (7th Cir.1993); *United States v. Ruiz*, 987 F.2d 243 (5th Cir.1993); *United States v. Blevins*, 960 F.2d 1252 (4th Cir.1992); *United States v. Doerr*, 886 F.2d 944 (7th Cir.1989); *United States v. Medina*, 761 F.2d 12 (1st Cir.1985).

(106) *Bourjaily v. United States*, 483 U.S. 171, 107 S.Ct. 2775, 97 L.Ed.2d 144 (1987).

(107) 2 WAYNE R. LAFAYE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* §12.1(b) at 260-61 (2d ed. 2003).

3 許容の実際

さらに、この例外的許容は——理論上検察官に有利に働くのみならず——実際にも広く解釈されがちである。

行為若しくは供述がコンスピラシーを促進することという要件は、しばしば、広く適用され、その結果、コンスピラシーとわずかな関係があるにすぎないものが証拠として許容される。⁽¹⁰⁸⁾ コンスピラシーの形成以前若しくは終了以後⁽¹¹⁰⁾に為された供述が許容された例もある。また、新メンバーの加入は新しいコンスピラシーを形成しないという理由から、あるコンスピラターによる供述は、既存のグループに後から加わった者に対しても許容される。⁽¹¹²⁾ また、コンスピラシーに参与した参加者がコンスピラシーの主要な点と概括的な目的を認識している限り、当該コンスピラシーを促進する計画の細部に関係する供述は、供述されている行為について特別な知識を有していない関与者に対しても、許容される。⁽¹¹³⁾ このような例外的許容の実際のあり方は、「コンスピラシーの伝聞例外は、しばしば、合理的な範囲を超えて適用されている」と評価される。⁽¹¹⁴⁾

(108) *E.g.*, *Allen v. United States*, 4 F.2d 688 (7th Cir.1925).

(109) *E.g.*, *Ross v. State*, 98 Tex.Crim. 567, 267 S.W. 499 (1925).

(110) *E.g.*, *Arlington v. State*, 98 Tex.Crim. 68, 263 S.W. 593 (1924).

(111) *Marino v. United States*, 91 F.2d 691 (9th Cir.1937).

(112) *E.g.*, *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 68 S.Ct. 525, 92 L.Ed. 746 (1948).

(113) *United States v. Angiulo*, 847 F.2d 956 (1st Cir.1988).

四 ゆるやかな関連性の基準による情況証拠の使用

コンスピラシーの各要素は、合理的な疑いを入れない程度に証明されなければならない⁽¹¹⁵⁾。しかし、その証明は、情況証拠 (circumstantial evidence) のみによるものでもよいと解されている⁽¹¹⁶⁾。のみならず、これらの証拠は、しばしば、よりゆるやかな関連性の基準によって許容される⁽¹¹⁷⁾。

このようにゆるやかな関連性によって状況証拠を許容することにつき、連邦最高裁は、Blumenthal ケースにおいて以下のように判示して、合理的な根拠があると⁽¹¹⁸⁾した。「隠遁 (secrecy) と隠匿 (concealment) は、コンスピラシーの成功の主たる特徴である。それが完全に為されれば為されるほど、犯罪が成功する。それゆえ、法は、正當にも、そのすべての詳細若しくは他者の関与についての認識の証拠を要求せずに、計画の本質とそれへの関係 (connections) が十分に明らかにされた者を有罪とする余地を許容した。さもなければ、発見の困難さのみならず、証明における確実性の困難さ、抗弁との相関的な証明 (correlating proof) の困難さは、克服し難いものとなり、コンスピラターは巧に無罪になってしまうだろう」。

たしかに、「犯罪目的に共に加わった者は『ずるい (devious)、隠れた (hidden)、秘密の (secret)、人目に付かない (clandestine)』⁽¹¹⁹⁾方法に依拠するので、たしかに、訴追側が特に困難な問題に直面するという点がある⁽¹²⁰⁾」。その意味では、緩やかな関連性によって情況証拠を許容することは、訴追に対する合理的な救済と考えられる面もある。

もっとも、この点には過度の救済であるとの批判もある⁽¹²¹⁾。「裁判所は、合意の要件を、合意が推論されうる証拠と

混同した場合や、合意の証明に際し、他の共謀者がわずかな付加的証拠 (additional evidence) だけで結びつけられている場合、特に、「この批判を受けることとなる」のである。⁽¹²³⁾ とりわけ、陪審制度の下では、そのような関連性の希薄な証拠が法廷に持ち込まれることは、問題が大きいといわねばならない。

- (115) See *United States v. Burgos*, 94 F.3d 849 (4th Cir.1996); *United States v. Melvin*, 91 F.3d 1218 (9th Cir.1996); *United States v. Hinkle*, 37 F.3d 576 (10th Cir.1994); *United States v. Agofsky*, 20 F.3d 866 (8th Cir.1994); *United States v. Faulkner*, 17 F.3d 745 (5th Cir.1994).
- (116) *United States v. Iriarte-Ortega*, 113 F.3d 1022 (9th Cir.1997); *Martinez v. State*, 943 P.2d 1178 (Wyo.1997).
- (117) *Nye & Nissen* ケースは、「証拠の提出において「検察側」に広い範囲が許容されている。ロンスピラシーの立証にあきり役立たないような証拠を許容する」ことも、事実審の自由裁量の範囲内である」とした。*Nye&Nissen v. United States*, 168 F.2d 846 (9th Cir.1948)。また、*United States v. Garelle*, 438 F.2d 366 (2d Cir.1970) において、裁判所は「メルに尋ねる」という覚え書きを含む被告人のメモを許容しつづけた。「メル」とは時折コンスピラシーで起訴された他のメンバーが別名として使っていた名前である。
- (118) *Blumenthal v. United States*, 332 U.S. 539, 68 S.Ct. 248, 92 L.Ed. 154 (1947).
- (119) *Marrash v. United States*, 93 C.C.A. 511, 168 F. 225 (1909).
- (120) See 2 WAYNE R. LAFAYE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* §12.1(b) at 261-62 (2d ed. 2003).
- (121) *Developments in the Law—Criminal Conspiracy*, 72 Harv.L.Rev. 920, 984 (1959).
- (122) *E.g.*, *Davidson v. United States*, 61 F.2d 250 (8th Cir.1932).
- (123) *E.g.*, *United States v. Elliot*, 571 F.2d 880 (5th Cir.1978); *Fox v. United States*, 381 F.2d 125 (9th Cir.1967); *Tompson v. United States*, 42 F.2d 202 (5th Cir.1930); *United States v. Alvarez*, 548 F.2d 542 (5th Cir.1977).
- (124) *Developments, supra* note 121, at 984.

五 併合審理

アメリカ合衆国においては、コンスピラターを併合審理するか個別に審理するかも重要な問題である。

複数の被告人が一つのコンスピラシーで起訴されている場合、併合審理することも許される。⁽¹²⁵⁾「全ての関与者を共に審理し、彼らの知識の全ての細切れ (culmings) を足し合わせて初めて、企ての全ての詳細なモザイクを得ることができる⁽¹²⁶⁾」と言われるように、同一の機会に審理されて初めて全体像が分かるという大半のコンスピラシーに不可欠な性質から、併合審理の必要性は説明される。

他方、併合審理は、いくつかの場面で被告人にとってさらなる不利益をもたらす場合がある。陪審員選出の絶対的拒否権のように利害が共通しない場合、もともとは個々の被告人にとって権利であったものが、集団の権利になり、共同して使わねばならなくなることから、不利益が生ずる。さらに、一定の権利はその性質上個人的なもので、併合審理したとしても権利自体は残るが、減衰させられる場合がある。⁽¹²⁷⁾

さらに問題なのは、個々の被告人が有罪とされる可能性が、他者との併合審理により、飛躍的に高まる点である。このことは、とりわけ、複雑で多くの被告人がいて、長期間に及ぶ公判 (a long, complicated trial involving many defendants) の場合に明らかである。陪審員にとって、どの証拠⁽¹²⁸⁾・どの説示⁽¹²⁹⁾がどの被告人に妥当するか整然と判断するのが困難となり、陪審員にとってどれがどの被告人の責任であるか区別するのが困難となってしまうかねない。

また、併合審理される被告人の人数が少ない場合でも、被告人は「不安定な椅子に座っている。一般にそこには誰かの不法な行為 (wrongdoing) の証拠があるであろう。個々人にとって、類は友を呼ぶと信じる準備ができてい

陪審員達の心中に、自らの事件を理非曲直によって位置づけるといふことは困難である。もし沈黙すれば事実を認めたとと思われるし、しばしば起こることだが、もし、共同被告人がお互いを非難し合うようであるいは矛盾しているように追い込まれば、お互いに有罪とし合うことになる⁽¹³⁰⁾。さらに、どの関与者がより重い責任がある者なのか区別することが困難になる危険もある⁽¹³¹⁾。

- (125) See *United States v. Collazo-Aponte*, 216 F.3d 163 (1st Cir.2000); *United States v. Elder*, 90 F.3d 1110 (6th Cir.1996); *United States v. Shorter*, 54 F.3d 1248 (7th Cir.1995); *United States v. Musquiz*, 45 F.3d 927 (5th Cir.1995); *United States v. Ranney*, 24 F.3d 602 (4th Cir.1994); *United States v. Andrews*, 953 F.2d 1312 (11th Cir.1992); *United States v. Adkins*, 842 F.2d 210 (8th Cir.1988). 併合審理は、(1)訴訟経済、(2)証人の負担軽減、(3)被告人が証人の欠席のせいに不正にすることを拒む (reduce the chance that defendants will fraudulently blame the absent co-conspirators) などを目的とする⁽¹³²⁾とされる。
United States v. Magana, 118 F.3d 1173 (7th Cir.1997).
- (126) Note, 48 *Yale L.J.* 1447, 1450 (1939).
- (127) *Developments in the Law—Criminal Conspiracy*, 72 *Harv.L.Rev.* 920, 980 (1959).
- (128) See e.g., *United States v. Central Supply Ass'n*, 6 F.R.D. 526 (N.D. Ohio 1947). 被告人一〇二人、証拠物一六一六件の事案。
- (129) See e.g., *United States v. Liss*, 137 F.2d 995 (2d Cir.1943).
- (130) *Krulewitsch v. United States*, 336 U.S. 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949) (Jackson, J., concurring).
- (131) See *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946); see also *United States v. Gentry*, 839 F.2d 1065 (5th Cir.1988); *United States v. McVeigh*, 169 F.R.D. 362 (D.Colo. 1996).

六 刑罰

1 実体犯罪とコンスピラシーの重複的訴追・刑の重複的言渡し

コンスピラシーはその容体とされた実体犯罪とは区別され、別個の独立した犯罪として訴追され、有罪とされ、刑を科されうる。⁽¹³²⁾

かつては、コンスピラシーの促進として重罪が遂行されれば、軽罪とされていたコンスピラシーは重罪に吸収(merge)され、したがって、重罪とコンスピラシーの双方を処罰することはできず、重罪の証明はコンスピラシーでの処罰を阻却すると考えられていた(吸収原則; merger doctrine)。⁽¹³⁴⁾

このような吸収原則は、手続的な理由、すなわち、重罪と軽罪の訴追手続は大きく異なっていたため、コンスピラシーの促進として重罪が行われた場合、前者は後者に吸収されるとされていたこと⁽¹³⁵⁾、及び、実体的な理由、すなわち、コンスピラシーが犯罪とされるのは実体犯罪が遂行される危険があるからであり、実体犯罪が遂行されそれが処罰されれば、もはやコンスピラシーは犯罪ではないことから、説明されてきた。⁽¹³⁶⁾

しかし、吸収原則には、コンスピラシーと実体犯罪双方への刑罰を妨げるものである、あるいは、実体犯罪とコンスピラシーは罪質が異なるとして、批判が強かった。⁽¹³⁷⁾ このため、Pinkerton ケースは、共働して法に違反しようとすることは、重大な犯罪であり、しばしば、社会への危害という点で、企図された犯罪の単なる遂行よりも非常に重大であるとして、吸収原則を否定するに至った。⁽¹³⁸⁾

さらに、Callanan ケースも、有罪の重複的言渡し (cumulative sentences) の合理性につき、以下のように説明する。「この定着した原理を生ぜしめたのは、集団的な犯罪の合意 (collective criminal agreement) —— 犯罪におけるパートナーシップ —— が個人による犯罪よりも大きな脅威を公衆 (public) に与えるという、社会的に非難されるべき行為への対処である。申し合わされた行動は、当該犯罪目的が達成される可能性を高め、個々人がその犯罪へ続く道から外れる可能性を減少させる。犯罪目的集団 (group association) は、しばしば、単独で犯罪を遂行する場合よりも、複雑な目的を達成しうる。また、共謀した集団の危険性は、その目的が有する固有の危険性に限られるものではない。犯罪における結合は、そのグループが作られた時点での目標とは関係のない犯罪の遂行を非常に惹き起しやすい。結局、コンスピラシーが生ぜしめる危険性は、その組織 (enterprise) が直接の目的とする実体犯罪の限定されないものである」⁽¹³⁹⁾。

このため、現在のアメリカ法では、コンスピラシーで有罪とするためには遂行された犯罪を訴追する手続では足りず、⁽¹⁴⁰⁾ コンスピラシーの客体たる実体犯罪での無罪判決は、それを遂行する旨のコンスピラシーで有罪とするための障害とならない。⁽¹⁴¹⁾ 逆も同様である。⁽¹⁴²⁾

(132) See e.g., *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946). *キーン*、コンスピラシーと実体犯罪につき、刑の逐次執行を宣告するべき (consecutive sentence) を可能とする。See *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770 (1975); *United States v. Coonan*, 938 F.2d 1553 (2d Cir.1991); *United States v. Walker*, 920 F.2d 513 (8th Cir.1990); *United States v. Wade*, 788 F.2d 723 (11th Cir.1986). 連邦最高裁は、*Iannelli* ケースにおおむね「コンスピラシーは、その目的とする犯罪の遂行よりも重く処罰される」として、その理由づけを。

(133) 反逆罪 (treason) のコンスピラシーを除く。Commonwealth v. Donoghue, 250 Ky. 343, 63 S.W.2d 3 (1933); *People v. Richards*, 1 Mich. 216 (1849).

- (134) Commonwealth v. Kingsbury, 5 Mass. 106 (1809).
- (135) 2 WAYNE R. LAFAYE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW §12.4(d) at 322 (2d ed. 2003).
- (136) See 1 PAUL MARCUS, PROSECUTION AND DEFENSE OF CRIMINAL CONSPIRACY CASES (MB) §7.02[1] at 7/3 (February 1995).
- (137) *Id.*
- (138) 連邦裁判所及び多くの州裁判所がこれに従っている。See *id.*, §7.02[3] at 7/8 (March 1998)。もちろん、例えば、イリノイ州法は、「何人も未完成犯罪と主たる犯罪の両方でも有罪とされるべき人はなく (No person shall be convicted of both the inchoate and the principal offense)」と、「コンスピラシーを未完成犯罪として規定し、実体犯罪とコンスピラシーの重複的訴追は認めらるが、刑の重複的言渡しは否定せらる。Ill. Comp. Stat. Ch. 720, §5/8-5; Illinois v. Sanchez, 381 N.E.2d 66 (1978); Illinois v. Skiles, 450 N.E.2d 1212 (1983); Hints, 356 N.E.2d 386; see also Ky. Rev. Stat. Ann. §506.110(1)(d)。
- (139) Callanan v. United States, 364 U.S. 587, 81 S.Ct. 321, 5 L.Ed.2d 312 (1961)。模範刑法典は「この説明に批判的でない」「目的が犯罪なのでコンスピラシーが犯罪だと説明される場合、予備的な結合 (preliminary combination) の方が、その違法な完結 (forbidden consummation) より危険だと見なす」と、「重複的言渡しが許容される場合を」「結合 (combination) が、目的達成のために遂行される個別の犯罪を「つた犯罪目的を……実際に持っている」場合に限定する。MODEL PENAL CODE §5.03, Comment at 390 (1985); see also United States v. Cheers, 439 F.2d 1097 (5th Cir.1971)。「この」のよびな立場は、少数派にすぎない。See LAFAYE, *supra* note 135, §12.4(d) at 322-24。
- (140) Braverman v. United States, 317 U.S. 49, 63 S.Ct. 99, 87 L.Ed. 23 (1942)。Contra: State v. Lefurge, 101 N.J. 404, 502 A.2d 35 (1986)。
- (141) United States v. Campbell, 64 F.3d 967, (5th Cir.1995); United States v. Hughes Aircraft Co., 20 F.3d 974, (9th Cir.1994)。
- (142) *E.g.*, United States v. Stevens, 909 F.2d 431 (11th Cir.1990)。

2 他のコ・コンスピラターに対する無罪判決の影響

前述のように、コンスピラシーの成立には、「二名以上の者の結合 (a combination of two or more persons)」が要

求される⁽¹⁴³⁾。では、コンスピラシーで処罰するためには、各人が実際に有罪とされる必要があるのであろうか。

かつては、併合審理された他の共謀者が全て無罪とされた場合、コンスピラシーで訴追された被告人は有罪とされない⁽¹⁴⁴⁾と解されてきた（一貫性の原則；rule of consistency）。しかし、現在、一部の巡回裁判所は、この原則を否定している⁽¹⁴⁵⁾。さらに、一部の巡回裁判所はこの原則を明確には否定しないものの、その正当性（validity）には疑義を唱えている⁽¹⁴⁶⁾。さらに、このルールを維持する巡回裁判所も、氏名不詳の他の者（unknown persons）が共謀に関与したことが立証されれば、被告人はコンスピラシーで有罪とされうるとする⁽¹⁴⁷⁾。

このため、ラファーズは、「一貫性の原則を不一致評決の場合にのみ限定し、したがって、個別に審理した場合の無罪判決には適用しない扱いをする裁判所がますます増えつつある」と評価している⁽¹⁴⁸⁾。

(143) 前巻一三七頁以下。

(144) United States v. Sheikh, 654 F.2d 1057 (5th Cir.1981); United States v. Masiello, 235 F.2d 279 (2d Cir.1956); Martinez v. People, Colo. 94, 267 P.2d 654 (1954); State v. Raper, 204 N.C. 503, 168 S.E. 831 (1933).

もじもじは、ひびの陪審団による評決の内部的「一貫性を理由として、併合審理された場合に關する原則であったが (see 2 WAYNE R. LAFAYE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW §12.4(c) at 312 (2d ed. 2003))、個別に審理された他のコ・コンスピラターが全て無罪とされた場合、被告人だけが有罪とされることはなからず、むしろ拡張したケースもある。E.g., Sherman v. State, 113 Neb. 173, 202 N.W. 413 (1925).

(145) United States v. Rogers, 121 F.3d 12 (1st Cir.1997); United States v. Martinez, 96 F.3d 473 (11th Cir.1996); United States v. Anderson, 76 F.3d 685 (6th Cir.1996); United States v. Acosta, 17 F.3d 538 (2d Cir.1994); United States v. Hughes Aircraft, 20 F.3d 974, 977 (9th Cir.1994); United States v. Zuniga-Salinas, 952 F.2d 876 (5th Cir.1992); United States v. Thomas, 900 F.2d 37 (4th Cir.1990); United States v. Dakins, 872 F.2d 1061 (D.C. Cir.1989).

(146) United States v. Abbott Washroom Sys., 49 F.3d 619 (10th Cir.1995); United States v. Mancari, 875 F.2d 103 (7th Cir.1989);

see also Eric L. Muller, *The Hobgoblin of Little Minds? Our Foolish Law of Inconsistent Verdicts*, 111 HARV. L. REV. 771, 787-88 (1998).

(147) United States v. Howard, 966 F.2d 1362, (10th Cir.1992); United States v. Tarpley, 945 F.2d 806, (5th Cir.1991).

(148) 2 LAFAYE, *supra* note 144, §12.4(C) at 312-13.

3 量刑

多くの法域の一般コンスピラシー規定は、コンスピラシーでの科刑につき明示する。しかし、規定内容は州によってまちまちである。⁽¹⁴⁹⁾

模範刑法典は、コンスピラシーに対する刑罰が、コンスピラシーの目的とされた犯罪のうち、もつとも深刻な犯罪の上限と同じであることを許容する。⁽¹⁵⁰⁾ 被告人を社会復帰させる必要性は、その計画が完成されたか否かに関わりなく、本質的に同じであり、目的犯罪に科しうる刑罰を超えた刑罰を許容することによってさらなる一般予防効果が得られるわけではないとするのである。⁽¹⁵¹⁾ この立場を採る制定法も少なくない。⁽¹⁵²⁾

これに対し、制定法が、目的となる犯罪の刑罰の上限と同じ若しくはそれ以下と規定していない場合、コンスピラシーに科される刑罰が、目的となる犯罪に科されうる刑の上限を超過することがある。⁽¹⁵³⁾

連邦法においては、合衆国量刑ガイドライン (United States Sentencing Guidelines)⁽¹⁵⁴⁾ が、コンスピラシーに適用される量刑ガイドラインを規定する。⁽¹⁵⁵⁾ 量刑ガイドライン制度とは、行為者の犯罪歴 (criminal history) を横軸に、犯罪レベル (offense level) を縦軸にした量刑基準表によって、行為者に科される刑罰の基準となる「刑罰枠 (applicable range)」⁽¹⁵⁶⁾ を定める制度である。

犯罪レベル決定の出発点である、基礎犯罪レベル (base offense level) は、罪名及び「⁽¹⁴⁷⁾関連行為」から算出される。この基礎犯罪レベル決定後に、個々の犯罪類型に固有の事由 (specific offense characteristics; 誘拐犯の身代金要求等)、全ての犯罪類型に共通する事由 (adjustments; 被害者に特有の事情、被告人が犯罪において果たした役割等) を考慮してポイントが加減され、犯罪レベルが決定される。

コンスピラシーの場合、基礎犯罪レベルは、コンスピラシーが目的とした犯罪についてのガイドラインによる「基礎犯罪レベル及び全ての犯罪類型に共通する事由」から決定される。⁽¹⁴⁸⁾ ついで、個々の犯罪類型に固有の事由として、犯罪レベルが三段階減少させられる。被告人若しくはコ・コンスピラターが、実体犯罪の遂行に必要と関与者が信じた全ての行為を終えた、若しくは、関与者の支配を超えた障礙がなければほとんどそのような行為を終えようとしていたとの状況があつた場合、この限りではないが、⁽¹⁴⁹⁾連邦法においては、コンスピラシーは、実体犯罪に比して、相対的には軽い犯罪として扱われているのである。

(149) See MODEL PENAL CODE §5.05, Comment at 488-89 (1985). コンスピラシーを、その目的にかかわらず軽罪とする規定もあれば、言い渡さる刑の上限を目的にかかわらず同じとする規定もある。さらに、目的が重罪か軽罪かによって異なった刑の上限を規定するものもある。このうち第三のアプローチを採るものと「コ」 Colo. Rev. Stat. Ann. §18-2-201; Del. Code Ann. tit. 11 §511; Ga. Code Ann. §16-4-8; Ill. Comp. Stat. Ann. ch. 720, §5/8-2; Iowa Code Ann. §706.3; Kan. Stat. Ann. §21-3302; La. Rev. Stat. Ann. §14:26; Minn. Stat. Ann. §609.175; Va. Code Ann. §18.2-22 がある。

(150) MODEL PENAL CODE §5.05 (1). ただし、目的犯罪が死刑を科しうる犯罪である場合、若しくは、第一級重罪・第二級重罪である場合は例外とされる。

(151) *Id.*, §5.05, Comment at 490 (1985).

(152) Ariz. Rev. Stat. Ann. §13-1003 (タリスマン重罪を除く); Cal. Penal Code §182; Conn. Gen. Stat. Ann. §53a-51 (タリスマンA重罪を

除く) ; Haw.Rev.Stat. §705-526 (トランスA重罪を除く) ; Idaho Code §18-1701 ; Ind.Code Ann. §35-41-5-2 (謀殺を除く) ; Md. Code Ann.Crim.Law §38 ; Mich.Comp.Laws Ann. §750.157a ; Mont.Code Ann. §45-4-102 ; Neb.Rev.Stat. §28-202 (トランスI重罪を除く) ; N.H.Rev.Stat. Ann. §2C : 5-4 (第一級犯罪を除く) ; Or.Rev.Stat. §161.450 ; Pa.Cons.Stat. Ann. tit. 18, §905 (第一級重罪を除く) ; R.I.Gen.Laws Ann. §11-1-6 (ただし10年を超える刑と併せざる) ; Vt.Stat. Ann. tit. 13, §1409 (ただし5年を超える刑と併せざる) ; Wis.Stat. Ann. §939.31 (トランスA重罪を除く) ; Wyo.Stat. §6-1-304 (死刑を科する犯罪を除く) .

また、コンスピラシーの罪は、目的犯罪よりも一段階軽いつねに一つの罪の制定法がある。 Ala. Code §13A-4-3 ; Alaska Stat. §11.31.120 ; Ark.Code Ann. §5-3-404 ; Fla.Stat. Ann. §777.04 ; Ky.Rev.Stat. Ann. §506.040 ; Me. Rev.Stat. Ann. tit. 17-A, §151 ; Mo. Ann. Stat. §564.014 ; N.M.Stat. Ann. §30-28-2 ; N.Y. Penal Law §105.00 ; N.C. Gen. Stat. §14-2.4 ; Ohio Rev. Code Ann. §2929.01 ; S.D. Cod. Laws §22-3-8 ; Tenn. Code Ann. §15.02 ; Utah Code Ann. §76-4-202 ; Wash. Rev. Code §9A.28.040.

(153) *E.g.*, *Clune v. United States*, 159 U.S. 590, 16 S.Ct. 125, 40 L.Ed. 269 (1895).

(154) 連邦量刑ガイドラインに関する近時の邦語文献として、岡上雅美「アメリカ合衆国量刑基準制度における関連行為の考慮と二重の危険」『鈴木義男先生古稀祝賀アメリカ刑事法の諸相』(一九九六年)六一頁以下、岡部泰昌「合衆国(連邦)量刑指針」『阪大法学四六巻六号』(一九九七年)二七九頁以下、城下裕二「連邦量刑基準制度の回顧と展望」『アメリカ法二〇〇〇年二号三〇〇頁以下、池田順一「連邦量刑ガイドラインと連邦裁判所における量刑実務」判例タイムズ一〇六七号(二〇〇一年)九九頁以下等がある。

(155) 18 U.S.C.S. Appx §2X1.1 (2004). ただし、個別の犯罪についてのガイドラインが、コンスピラシーについてもカバーしている犯罪 (*id.* §2A1.5 ; §§2D1.1, 2D1.2, 2D1.5, 2D1.6, 2D1.7, 2D1.8, 2D1.9, 2D1.10, 2D1.11, 2D1.12, 2D1.13, 2D2.1, 2D2.2, 2D3.1, 2D3.2 ; §2H1.1 ; §2M6.1 §2T1.9) を除く (*id.* (c)(1))。 See also U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL §2X1.1(b)(2) (2003), at <http://www.ussc.gov/2003guid/2003guid.pdf> ; PROPOSED AMENDMENTS TO SENTENCING GUIDELINES (2004), at <http://www.ussc.gov/2004guid/rfjan04.pdf>.

(156) 岡上・前掲論文六三頁以下、池田・前掲論文九九頁以下参照。

(157) 関連行為 (relevant conduct) については、鈴木義男「アメリカ合衆国量刑基準の展開」『亜細亜大学国際関係紀要四巻二

号（一九九五年）一四五頁以下、岡上・前掲論文六一頁以下参照。

(158) 18 U.S.C.S. Appx §2X1.1(a).

(159) 18 U.S.C.S. Appx §2X1.1(b)(2).

IV コンスピラシー概念の機能と評価

一 コンスピラシー概念への批判——「本質的な曖昧さ」

コンスピラシー概念への実体法上の批判でもっとも強いものは、コンスピラシーという概念が「本質的に持つ曖昧さ (inherent vagueness)⁽¹⁶⁰⁾」である。

この点を批判する見解は、例えば、「コンスピラシー以上に定義的言明 (definitive statement) の領域内に制限することが難しい犯罪の領域は、未遂を念頭に置いて、他にない⁽¹⁶¹⁾」とし、あるいは、「アウトラインにおいて曖昧で、その基本的性質において不確定であるその理論は、法に説得力も栄光も与えない。それはまさに移り変わる意見の流砂であり、不適當な意見である⁽¹⁶²⁾」とする。

さらに、Krulewitch ケースにおいてジャクソン判事は、「弾力的・不規則・幅を利かせた犯罪であり、……とても曖昧で、定義を全く無視し、「そして」カメレオンのようで「も」ある。「というのは」覆い被せられる個々の多くの犯罪のそれぞれから固有の配色を得るからである⁽¹⁶³⁾」と批判する。

これらの批判は、コンスピラシー法が、それ自身犯罪ではない目的でも十分として発達してきたこと、また、他の

面からも曖昧さが生ずること（合意を形成するのに充分なもの何か、付随する心理状態として示されなければならないのは何か）に理由がある。⁽¹⁶⁴⁾ここから、何に対して防御すべきかわかりにくいとして、⁽¹⁶⁵⁾コンスピラシーに対する防御は困難とされるのである。

(160) 2 WAYNE R. LAFAYE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW §12.1(b)(1) at 257 (2d ed. 2003).

(161) Harno, *Intent in Criminal Conspiracy*, 89 U.Pa.L.Rev. 624 (1941).

(162) Francis B. Sayre, *Criminal Conspiracy*, 35 Harv.L.Rev. 393 (1922).

(163) Krulwitsch v. United States, 336 U.S. 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949) (Jackson, J., concurring); see also Phillip E. Johnson, *The Unnecessary Crime of Conspiracy*, 61 Cal.L.Rev.1137 (1973).

(164) LAFAYE, *supra* note 160, at 257.

(165) See J. Mitford, *The Trial of Dr. Spock* 393 (1969).

二 コンスピラシー概念の機能・性質・合理性

しかし、前述のような批判にもかかわらず、批判者も、「コンスピラシーの基本原則が近代法に一定の基礎を置く (the basic conspiracy principle has some place in modern criminal law)」⁽¹⁶⁶⁾は認める。

一般に、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（未完成犯罪 (inchoate crime) としてのコンスピラシー）、組織犯罪に付随する特別な危険性に対抗するものとしての機能（組織犯罪への制裁手段としてのコンスピラシー）の二つの側面・機能があると説明される。⁽¹⁶⁷⁾

そこで、これらの機能につき、個別に概観する。まず、未完成犯罪としてみた場合、未遂犯との比較が問題となる。アメリカ法では、ある行為者を未遂罪で処罰するためには、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の証明が要求される⁽¹⁶⁸⁾。

しかし、コンスピラシーは——少なくとも理論的には——未遂よりもはるかに早期の段階を処罰するものである⁽¹⁷⁰⁾。このため、なぜ、このような、より早期からの法の介入が許されるのが問題となる。ここで考慮に入れられるべきは、以下の二点である⁽¹⁷¹⁾。まず、第一に、被告人の行為が犯罪結果を引き起こす前に法の介入を許すべき必要性である。また、第二に、犯罪傾向を明確に示す者に対する矯正措置 (corrective treatment) を採るべき必要性である。

未遂犯において処罰を基礎づけるために実質的ステップが要求されるのは、実質的ステップに至ってはじめて、行為者が今にも成功しそうであり⁽¹⁷²⁾、行為者の行為が彼の意図を示すほど明確であると言えるからとされる⁽¹⁷³⁾。これに対し、コンスピラシーの場合、すなわち、ある行為者が他の行為者と結合 (combine) した場合には、より早い時期にこのような状態に達すると考えられている。少なくとも理論上、一名以上の他者と不法な目的について合意するということとは、(例えば) 単独犯が銃を買うということよりも、明確な意思の表明 (manifestation) であり、また、他者と約束した者は、自分一人で決めた者が決意を破るよりも、約束を破りにくい上、「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 (he no longer has control of the situation)、彼の仲間であるコンスピラターたち (his fellow conspirators) が彼の始めたことを完成させるであろう」とされるのである⁽¹⁷⁴⁾。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うるとされる⁽¹⁷⁵⁾。

もっとも、コンスピラシー概念は、未完成犯罪としての機能のみで説明し尽くせるものではない。未完成犯罪としての機能のみからは、「コンスピラシーはもつとも危険な性質の犯罪である⁽¹⁷⁶⁾」とまではいいえない。のみならず、仮

に、コンスピラシー概念を正当化する説明が、未完成犯罪として性質のみであるならば、コンスピラシーとその目的となる実体犯罪の双方を罰することは説明できない。⁽¹⁷⁸⁾

そこで、前述のように、⁽¹⁷⁸⁾コンスピラシー概念を正当化する根拠としては、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ている。「コンスピラシーの反社会的な潜在的可能性 (antisocial potentialities) は、未遂のもつそれとは異なり、ある特定の時点での、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」とされるのである。⁽¹⁷⁹⁾

このように、コンスピラシー概念は、未完成犯罪として方が早期に介入する必要性があるとされることだけでなく、犯罪のためのグループが存在していることそのものの危険をも処罰する必要性を承認することによって、その正当性が説明されているのである。

(166) *Krulwitsch v. United States*, 336 U.S. 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949) (Jackson, J., concurring).

(167) MODEL PENAL CODE §5.03, Comment at 387 (1985). See also Dennis, *The Rationale of Criminal Conspiracy*, 93 L.Q.Rev.

39 (1977); *Developments in the Law—Criminal Conspiracy*, 72 Harv.L.Rev. 920, 923-25 (1959); 1 PAUL MARCUS, PROSECUTION AND DEFENSE OF CRIMINAL CONSPIRACY CASES (MB) §1.04[1] at 1/14-15 (March 2002).

(168) See 2 WAYNE R. LAFAYE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW §11.4 (2d ed. 2003).

(169) 現実には、コンスピラシーが訴追されるのは、コンスピレーターによって、なんらかの実質的ステップが為された時点である。1 MARCUS, *supra* note 167, §1.04[2] at 1/18 (March 2002)。通常は、このステップがあつて初めて、当該グループの存在に訴追者が気づき、刑事手続が開始されるとする。このため、コンスピラシー概念が実際にアメリカ合衆国における複数人による犯罪に対処する手段とし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ようにも思われる。See *id.*, §1.04[3] at 1/19 (March 2002)。

- (170) 法域によって異なるが、合意の段階若しくは最初のオーバートアクトの段階で既遂になる。
- (171) MODEL PENAL CODE art. 5, Introduction at 294 (1985).
- (172) *E.g.*, Commonwealth v. Peaslee, 177 Mass. 267, 59 N.E. 55 (1901); Commonwealth v. Kelley, 162 Pa.Super. 526, 58 A.2d 375 (1948).
- (173) *E.g.*, Lenke v. United States, 14 Alaska 587, 211 F.2d 73 (1954); *People v. Lyles*, 156 Cal.App.2d 482, 319 P.2d 745 (1957).
- (174) 2 LAFAVE, *supra* note 168, §12.1(c) at 264.
- (175) 「近代社会の特徴である労力の分担が持つ有利さ及び組織の複雑さは、多くの形態での犯罪活動においてもよく似たものがある。例えば、製造・輸入と密売品の流通は、しばしば複雑な組織を必要とする。欺罔するための枠組みにおける関与者の相互関係は、『高度に複雑でもいえる』。Note, 62 Harv.L.Rev. 276, 283-84 (1948).
- (176) United States v. Rabinowich, 238 U.S. 78, 35 S.Ct. 682, 59 L.Ed. 1211 (1915).
- (177) See 2 LAFAVE, *supra* note 168, §12.1(c) at 264.
- (178) 前述一七一頁。
- (179) *Developments, supra* note 67, at 924-25. これは裁判所も強調する。*E.g.*, *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770, 95 S.Ct. 1284, 43 L.Ed.2d 616 (1975); *Callanan v. United States*, 364 U.S. 587, 81 S.Ct. 321, 5 L.Ed.2d 312 (1961); *Unites States v. Rabinowich*, 238 U.S. 78, 35 S.Ct. 682, 59 L.Ed. 1211 (1915)

V おわりに

一 犯罪への関与者を処罰するところについて

本稿は、アメリカ法におけるコンスピラシーの概念と訴追を概観してきた。実際の刑事手続においてコンスピラシー訴追が担っている役割を浮き彫りにする作業は、「犯罪への関与者を処罰すること」を、わが国やその母法たる

ドイツ法以外の視点から立体的に見ることに資するであろう。本稿が、そのような視点を提供するための基礎作業としてわずかでも寄与するものがあれば幸いである。⁽¹⁸⁰⁾

本稿において明らかにされたことは、犯罪（あるいは不法な行為）を遂行しようとして共謀した者を、そのことを理由として処罰するコンスピラシーが、その概念の有する本質的なあいまいさや、⁽¹⁸¹⁾ 手続法上の様々なコンスピラシーに特有のルールを⁽¹⁸²⁾ 批判されてきたにもかかわらず、現在のアメリカ法において、確固たる地位を確立しているということである。

このことは、わが国において、共謀共同正犯概念が、判例によつて生み出され、学説によつて批判されつつも、刑法理論に確固たる地位を占めるに至つたことと、非常によく似た関係にある。両者——コンスピラシーと共謀共同正犯——は、一方が二三世紀のイギリスにおけるコモンローに、他方が明治期以降の裁判実務⁽¹⁸³⁾ にと、異なつたルーツを有するものでありながら、同様に共謀という現象に着目して、犯罪への関与者を処罰するのである。

もつとも、両者は、個々人が犯罪遂行を企図し、数名が共謀し、計画を実行に移すという時の流れの中で、どの時点から可罰的とするかについては、考え方を異にする。コンスピラシーは、共謀、あるいは、オーバートアクトが為された段階と、かなり早期から可罰的であるのに対し、共謀共同正犯は、少なくとも関与者一名の実行の着手を待たねば可罰的ではない。コンスピラシーと実体犯罪との併科を認めることと並んで、コンスピラシー固有の危険性を承認し、それを処罰根拠とすることを認めるか否かで結論がわかれるのである。

ただし、このような理論上の差異も、実際の訴追の場面では、小さいものともなり得る。コンスピラシーが実際に捜査機関に認知され検挙されるのは、多くの場合、犯罪が実際に遂行されてからだからである。⁽¹⁸⁴⁾ さらに、わが国で予備罪が処罰される犯罪類型では、予備罪に対しても共謀共同正犯という概念を肯定しようとする見解を前提とす

れば、⁽¹⁸⁵⁾ 重大な犯罪においては、可罰的とされる時期は、理論的にも実際上も、より接近したものとなるのである。

(180) もちろん、本稿は、概観したようなコンスピラシー法を、そのままわが国に輸入すべきと主張ものではない。また、コンスピラシーをめぐる議論をそのまま参照せよと述べるつもりもない。コンスピラシー訴追における裁判地や様々な証明の問題等、国土の広大さや、陪審制を採用していること——わが国でも裁判員制度が導入されたが——を前提として、はじめその深刻さが理解できる問題点もあると考えるべきだからである。裁判地の問題は、アメリカ合衆国に比較すれば、わが国では相対的には軽微な問題であるように思われる。その理由は、第一に、陪審制度の存在である。陪審裁判において、陪審員の選任が、検察側・被告人側にとって非常に重大な問題であることは多言を要しないが、この裁判地の問題は、この陪審員選出に重要な影響を及ぼしうる。検察側にとって選択肢が増えることは、被告人に対し、それだけ負担となることを意味しよう。これに対し、わが国では、(少なくともアメリカと比較して)どの地域のどの裁判体に事件を委ねるかは結論に影響を与える度合いが低いと言えよう。第二に、国土の大きさが比べものにならないのはいうまでもない。

(181) 前述一七〇頁以下。

(182) 前述一五二頁以下。

(183) ただし、実際に手を下した者のみならず、共謀段階で重要な役割を演じた者を——場合によっては実際に手を下した者よりも——重く処罰する考え方は、公事方御定書や仮刑律・新律綱領においても見出すことができる。水林彪「新律綱領・改定律例の世界」石井・水林『法と秩序』(一九九二年)五〇一頁以下、拙稿「共犯の『内側の限界』・『外側の限界』(下)」都法三八卷一号(一九九七年)五八九頁以下参照。

(184) 注(169)参照。

(185) 拙稿「殺人予備罪の共同正犯」芝原・西田・山口編『刑法判例百選1総論「第五版」』(二〇〇三年)一六〇頁以下参照。

二 共謀罪創設の是非——まとめにかえて

本稿を終えるにあたり、現在(二〇〇四年六月現在)、組織犯罪処罰法に創設されようとしている共謀罪につき言

及する。⁽¹⁸⁶⁾

法制審議会は、平成一五年二月五日に、国際組織犯罪条約締結に伴う国内法整備のうち、共謀罪に関し、次のような罰則の整備を行うべきとの答申を行った。⁽¹⁸⁷⁾

「第一 組織的な犯罪の共謀

一 1又は2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、それぞれ1又は2に定める刑に処するものとする。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、又は免除するものとする。

1 死刑又は無期若しくは長期十年を超える懲役若しくは禁錮の刑が定められている罪 五年以下の懲役又は禁錮

2 長期四年以上十年以下の懲役又は禁錮の刑が定められている罪 二年以下の懲役又は禁錮

二 一1又は2に掲げる罪に当たる行為で、団体に不正權益を得させ、又は団体の不正權益を維持し、若しくは拡大する目的で行われるものの遂行を共謀した者も、一と同様とすること。

これに基づき、平成一六年二月二〇日に第一五九回通常国会に提出された「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」⁽¹⁸⁸⁾は、「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部改正」として、以下のような規定を置いている。

「(組織的な犯罪の共謀)

第六条の二 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。

一 死刑又は無期若しくは長期十年を超える懲役若しくは禁錮の刑が定められている罪 五年以下の懲役又は禁錮

二 長期四年以上十年以下の懲役又は禁錮の刑が定められている罪 二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、第三条第二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。」

このような共謀罪新設については、オーバートアクトを要求すべきである⁽¹⁹⁰⁾、あるいは、「犯罪成立の主観主義化、早期化、処罰の早期化⁽¹⁹¹⁾」を招くものであるとの批判がある⁽¹⁹²⁾。

しかし、前述の通り、アメリカ法においてもオーバートアクトの法的性質については、理解がわかれる⁽¹⁹³⁾。また、アメリカ合衆国連邦最高裁は、単に「犯罪の証拠 (evidence of the offense)⁽¹⁹⁴⁾」としている。さらに、新設されようとしている共謀罪と、アメリカ法におけるコンスピラシーとは、団体性・組織性を前提とする点で異なる⁽¹⁹⁵⁾。

さらに、両者は、異なる機能を有する概念であることに注意が必要である。コンスピラシーは、「複数人で犯罪を合意すること」それ自体に独立の処罰根拠を見出してきたが⁽¹⁹⁶⁾、新設されようとしている共謀罪が、既存の共謀罪と同様に、目的犯罪が遂行された場合には当該犯罪によって評価し尽くされると考えられるとすれば⁽¹⁹⁷⁾、アメリカ合衆国における議論でいう、未完成犯罪としての機能のみが期待されている点で、アメリカ法のコンスピラシーとは似て非なる概念と考えるべきだからである。したがって、オーバートアクトを実体法上要求しない立法も、許容できるものと思われる。

むしろ、問題の焦点は、(アメリカ法流にいえば)「未完成犯罪として」、すなわち、処罰を早期化するために、前

述のような共謀罪を新設することの是非にある。

わが国では、従来、実体法上の組織犯罪対策としては、個別の立法によるものとして、持凶器傷害罪の新設等の刑法犯の分野での対応や、覚せい剤取締法や銃砲刀剣類所持等取締法の罰則強化等の特別法の分野での対応があり、また、犯罪理論の面では、共謀共同正犯概念の創出が存在した⁽¹⁹⁸⁾。しかし、「暴力団の資金獲得活動が……従来の法律で規制することが困難な場合が増加したこと」、「暴力団の構造上の要因」、背後関係追求の困難さから、これらの「伝統的対応」には限界も指摘されているところである⁽¹⁹⁹⁾。

それでは、共謀罪新設という手法による対処が必要・有効・相当といえるであろうか。共謀罪と共謀共同正犯とは、ともに、アメリカ法にいう「組織犯罪対策」の面を持つ点では共通している。異なるのは——現在法案として提出されている実体法のみに関わる共謀罪概念を前提とすれば——理論的には、どの時点から可罰的となるかという点である。すなわち、共謀罪の新設は、処罰の早期化をもたらすという意味で、既存の共謀共同正犯とは異なることとなる⁽²⁰⁰⁾。

たしかに、一定以上の重大な犯罪類型においては、結果の発生（未遂犯を処罰する犯罪類型においては実行の着手）を待つてから処罰するのでは遅すぎるという場合は存在するであろう。また、とりわけ侵害される法益が重大な場合、直接侵害しようとする者のみならず、自らの手を汚さずに他人を通じて法益を侵害しようとする者に対しても、刑法が介入すべき必要性を否定しがたい場合は存在するであろう。

しかし、そのことが、直ちに、共謀罪創設の必要性を基礎づけるものではないようにも思われる。そのような重大な犯罪類型においては、予備罪処罰が可能なのが通例であり、かつ、予備罪の共謀共同正犯も可罰的であることを想起すれば、⁽²⁰¹⁾「未完成犯罪として」「組織犯罪に対処する」必要性が高い場合、一定の対処は、現行法でも可能なように

も思われる。

私見は、共謀罪新設が直ちに「ジョージ・オーウェルが描いたビッグ・ブラザーの世界」⁽²⁰²⁾、あるいは、フィリップ・K・ディックの「マイノリティ・レポート」⁽²⁰³⁾の世界をもたらずと主張するものではない。また、コンスピラシーの客体が、前述の通り、⁽²⁰⁴⁾非常に広いものであるのに対し、新設されようとしている共謀罪は、組織性・団体が要求されるため、相対的にはかなり謙抑的な立法であることも疑いが無い。

しかし、それでもなお、未完成犯罪としての機能を果たすための道具立てとしては、予備罪の共謀共同正犯を処罰する（あるいは、必要があれば、現在予備罪処罰の規定を持たない犯罪類型につき、予備罪を新設する）という方法では不十分であったのか、疑問は残る。このような手法での立法による方が、処罰範囲が過度に広範囲にならずに、必要な限りで処罰の早期化を実現できるという意味で優れているというべきではないか、予備罪の共同正犯を処罰するだけでは不十分だとは十分に説明されていないかと思われる。

さらに、コンスピラシーが捜査機関に認知され刑罰権が発動されるのが、実際には、コンスピラシーの客体とされた実体犯罪が遂行された後であることを想起すれば、⁽²⁰⁵⁾むしろ、組織犯罪への対処は、手続法的なものが必要なのではないかとも思われる。もちろん、このような主張は、アメリカ法のような特別の証拠法上のルールを導入すべきだというものでもなければ、むやみに通信傍受可能な範囲を拡大すべきだというように、⁽²⁰⁶⁾捜査権限をいたずらに拡大させることを求めるものではない。組織犯罪の「密行的な性格と事案の真相解明の困難」⁽²⁰⁶⁾に対処するための、証人保護や司法取引等による証言を確保する手段を設けることこそが、有効な組織犯罪対策なのではないかと思われる。

(186) なお、コンスピラシーと、わが国の共謀罪は、前者が未完成犯罪の側面だけでは説明しきれないのに対し、後者は（コン

スピラシーにおいて行われているような) 共謀罪と、共謀の対象たる犯罪の双方を独自に処罰することが予定されていない点や、前者に比して後者が、組織性・団体性を要件とし、かつ、対象となる犯罪類型を絞り込もうとしている点で、区別して考えられるべきである。

(187) <http://www.moj.go.jp/SHINGI/030205-3.html>

(188) <http://www.moj.go.jp/HOUAN/KEIHO5/refer02.pdf>

(189) 同法案は、「団体の活動として」、「組織により行われる」ことを要求する。さらに、ここにいう「団体」・「組織」の意義は、(現行) 組織犯罪処罰法二条一項が、それぞれ、「共同の目的を有する多数人の継続的結合体であつて、その目的又は意思を実現する行為の全部又は一部が組織により反復して行われるもの」、「指揮命令に基づき、あらかじめ定められた任務の分担に従つて構成員が一体として行動する人の結合体」とする。なお、同法三条一項による組織的な犯罪に対する加重処罰が為された事例として、宮越極・大窪雅彦「組織的犯罪処罰法の運用状況と今後の課題について」警察学論集五四巻二号(二〇〇一年)五三頁以下参照。

(190) 松宮孝明「共謀罪」及び国際組織犯罪対策のための刑事立法の動向」法学セミナー五九〇号(二〇〇四年)六二頁。さらに、松宮「実体刑法とその『国際化』——またはグローバルバリエーション——に伴う諸問題」法律時報七五巻二号(二〇〇三年)三〇頁注(12)は、オーバートアクトを、「ヨーロッパ大陸流の理解からすれば、いうまでもなく、共謀罪の客観的構成要件要素である」とする。

(191) 村井敏邦「拡大する『共謀』概念についての批判的考察」寺崎嘉博・白取祐司編(二〇〇三年)『能勢弘之先生追悼論集・激動期の刑事法学』三四〇頁。同様にオーバートアクトを明文で要求しない共謀罪新設を「『客観主義』ないし『行為主義』(Taprizip)からの逸脱」とするものとして、松宮・前掲論文「実体刑法とその『国際化』」二七頁。

(192) さらに、国連国際組織犯罪条約が、その対象となる組織犯罪集団に「越境性」を要求しているとする立場から、法案を批判するものとして、藤井剛「越境性を要件としない共謀罪立法は国際的合意に基づいているか」季刊刑事弁護三三三号(二〇〇三年)一八頁以下がある。同旨・日本弁護士連合会「国連『越境組織犯罪防止条約』締結にともなう国内法整備に関する意見書」(二〇〇三年) http://www.nichibenren.or.jp/jp/katsudo/sytyou/ken/data/2003_02.pdf

(193) 前述一四六頁以下。

(194) *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 77 S.Ct. 1064, 1 L.Ed.2d 1356 (1957)

- (195) 法案によれば、「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」ことが要求され、犯罪一般——あるいは犯罪でない不法な行為——を前提とするコンスピラシーとは異なる。
- (196) 前述一七一頁以下。
- (197) 東京高判昭和四七年一月九日高検速報一九一九号（高等裁判所刑事裁判速報目録昭和四七年度第三号五頁）（自転車競技法違反）、大阪高判昭和四二年九月九日下刑集八卷九号一一八五頁（爆発物取締罰則違反等）。
- (198) 佐伯仁志「組織犯罪への実体的対応」『現代の法6 現代社会と刑事法』（一九九八年）二二三三頁。
- (199) 佐伯・前掲論文二三八頁以下。
- (200) 念のために付言すれば、共謀共同正犯は刑法六〇条を媒介として原則として全ての犯罪類型に用いられる概念であるのに対し、共謀罪は一定の限られた犯罪類型だけに適用される。その意味で、組織犯罪としての側面だけに着目すれば、共謀罪は処罰範囲の拡大をもたらすものではない。
- (201) 最（一小）決昭和三七一年一月八日刑集一六卷一一号一五二二頁。
- (202) 「『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』に反対する刑法学者の声明」法学セミナー五九一号（二〇〇四年）一一八頁。もちろん、この声明も、「直ちに」ビッグ・ブラザーの世界が実現されるとまで述べるわけではない。
- (203) フィリップ・K・ディックの短編小説。予知能力者によって予知された未来の——未だ生じていない——犯罪を理由に、犯罪を実行していない者を逮捕する世界。二〇〇二年にステイブ・スピルバーグ監督、トム・クルーズ主演で映画化された。
- (204) 前述一四〇頁以下。
- (205) 注（169）参照。
- (206) 酒巻匡「組織犯罪と刑事手続」前掲『現代の法6』二六六頁。

（本稿の完成にあたっては平成一六年度科学研究費補助金による援助を受けた。）