

# 第163回国会審議の焦点と日弁連の主張

## 共謀罪

ここが問題だ！

はじめに

第1 共謀罪と国内法の基本原則

第2 国際（越境）組織犯罪防止条約とその国内法化をめぐる論点

第3 共謀罪はどのような場合に適用されるか

第4 共謀罪は我が国の刑事司法をどのようなものに変えるか

第5 結論

2006年1月31日

日本弁護士連合会

## はじめに

第163回特別国会における共謀罪をめぐる国会質疑は、異例のものとなった。

当初は与党の圧倒的多数の政治状況のなかで、拙速にその成立がはかられる懸念があったが、冒頭の2005年10月14日の与党質疑から、多くの与党議員からも、法務省の原案への批判、懸念の表明も相次ぎ、衆議院法務委員会での採決にいたらなかった。さらに、野党議員の質疑や参考人質疑などのこの国会審議を通じて、「共謀」といういわば内心という紙一重の領域に国家が土足で踏み込むことになる「共謀罪」の問題点、危険性は、より一層明らかとなった。

しかし、衆議院法務委員会の審議はすでに参考人質疑まで進んだうえで、継続審議となったもので、政府は、世論の批判をかわすための一部修正を加えてでも、第164回通常国会での成立を図ってくることは必至である。

そこで、第163回特別国会の審議によって明らかとなった「共謀罪」の問題点を、今国会の審議入りの前に、改めて整理し、再確認しておきたい。

なお、国会の議事録を含め、本稿に記載された日付は、特段の記載のない限り2005年のものとする。

# 第 1 共謀罪と国内法の基本原則

## 1 共謀罪の内容

共謀罪は前記の法律案の一部\*1であり、次のような内容となっている。

- ・長期 4 年以上の刑を定める犯罪について（合計で 610 を超えるとされる）
- ・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（組織犯罪集団の関与までは求められていない）
- ・遂行を共謀した者（合意ということ、「合意に基づく準備行為」＝「合意を促進する行為」は必要ない）
- ・刑期 原則は 懲役 2 年以下  
死刑・無期・長期 10 年以上の犯罪の共謀は 懲役 5 年以下
- ・犯罪の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。

## 2 国連国際（越境）組織犯罪防止条約の共謀罪に係る部分について

- 1) 共謀罪制定の理由として法務省は 2000 年末に国連総会で採択された国連国際（越境）組織犯罪防止条約の国内法化のためであるとしている。

この条約は、マフィアなどの国境を越える組織犯罪集団による犯罪を効果的に防止することを目的に起草された。条約の適用対象も原則として越境組織犯罪に限定されている（条約 3 条）。

国内において、立法事実がないのであれば、少なくとも条約が求めている最低限の立法にとどめる謙抑的な姿勢が法案の立案担当者には求められたはずである。しかし、ここに提案されている法案は、この条約の求める範囲をはるかに超える広範なものとなってしまっている。提案者において、条約の批准のために必要最低限の立法を提案するという基本的な姿勢が欠けていると言わざるを得ない。

- 2) 条約 5 条は組織犯罪集団への参加罪か共謀罪のどちらかを制定することを必要的に加盟国に義務づけている。
- 3) 共謀罪については、「組織犯罪集団の関与」と「合意を促進する行為」（予備的・準備的行為）を条件とすることは条約 5 条が明文で認めている。この点については争いはない。
- 4) この条約の国内法化に当たって、犯罪の越境性を要件とすることができるかどうかは争いがあり、法務省は、条約 34 条 2 項の文言をもとにこれを否定している。これに対して、日弁連は、条約の起草経緯と条約 3 条、34 条に関する条約の解釈に関する注釈をもとに、犯罪の越境性を国内法化の要件とすることは認められていると主張している。この点は後に述べることとする。

## 3 近代刑法の謙抑性を否定する

国会審議においては、まずこの共謀罪が我が国のこれまでの刑事法の原則と著しく

---

\*1 6 条の 2（組織的な犯罪の共謀）

異なるものであることが問題とされた。法務省は、国連の国際（越境）組織犯罪防止条約の審議の過程で、この条約が義務づけている共謀罪や犯罪組織への参加の犯罪化は、我が国の国内法の原則と相容れないものであると主張してきたことを認めた。

そして、このような姿勢を転換させた理由として、条約が犯罪化を組織犯罪集団の関与する重大犯罪に限定したためであると説明した。

私たちが常識として学んできた刑法においては犯罪の被害が発生してはじめて犯罪として処罰できることが原則であった。

18世紀のイタリアの犯罪学者ベッカリーアの「犯罪と刑罰」は近代刑法学の出発点とされる。ベッカリーアはルソーの社会契約説を思想的基盤として、刑罰の残酷さを批判し、刑罰は社会にとって必要最小限に留めるべきであると論じた。そして、死刑の廃止、拷問の禁止を提唱し、恣意的な捜索に反対した。「犯罪の尺度は犯罪によって生じた社会の損害であり、立法者は法律によってこれを厳密に規定しなければならない」というベッカリーアの犯罪の定義を放棄しようとするのが、この共謀罪の規定である。

この点に関して、公明党の漆原議員はこの共謀罪は我が国の刑法の客観主義を主観説に転換したもののか、それともあくまで例外的なものなのかを質した。これに対して、法務省は、「原則と例外と言われると、なかなか私どもも断じがたい」として、このような共謀罪が我が国の刑法体系の中で例外的なものであることを認めなかった（7月12日）。

#### 4 中止犯に対する刑の減免と共謀処罰との矛盾

刑法では一定の重大犯罪について犯罪が既遂になっていなくても、未遂の段階で処罰できる規定を置いている。しかし、刑法では犯罪の実行に着手したが、自らの意思でやめた場合は中止未遂として必ず刑を減免することとしている（刑法43条但書）。つまり、人の家に放火しても、燃え上がる前に自分で消し止めれば刑は減免されるのである。中止未遂は、着手された犯罪についても既遂に達することを思いとどまらせるため、犯罪者のために与えられた「黄金の橋」といわれている。

しかし、共謀罪は犯罪の実行着手はもとより、予備行為もなされていない犯罪遂行の合意だけで、共謀罪は既遂となってしまう。犯罪遂行の計画を放棄しても、それだけでは刑は減免されず、後述するように、警察に自首する必要がある。ここには、合理的に説明ができない大きな矛盾がある。共謀罪の導入は現行刑法の考え方を根本的に変更を迫るものであることが示されている。参考人意見陳述の中で、関東学院大学教授の足立昌勝氏がこの矛盾を指摘した（10月26日）。

#### 5 条約以外に国内に立法の必要性があるのか

このような立法が、国内における立法事実＝立法の必要性を根拠づける事実はないという法務省の説明にもかかわらず、国際的な条約による要請を理由に制定されようとしている。すなわち、法務省は国内の犯罪情勢において、このような立法を

必要とする立法事実はないと法制審議会において、説明していた。\*2

ところが、法案審議の過程では、法務省はこのような説明を微妙に変え、次のような説明をした。

「国内的にも、法案の共謀罪を新設することによりまして、例えば暴力団による組織的な殺傷事犯やいわゆる振り込め詐欺のような組織的な詐欺事犯などについて、その実行に着手する前の段階での検挙、処罰が可能となり、被害者の発生を未然に防止できるなど、我が国における組織的な犯罪により一層効果的に対処できることとなりますので、国民の安全と安心を確保する上でも十分に意義があると考えております。」（10月21日 平岡議員の質問に対する南野大臣の答弁）

さらに、同じ問題についての津村議員のさらに突っ込んだ質問には次のように答弁している。

津村委員：私は、この共謀罪の議論に入っていく前に、立法事実といいますが、共謀罪を新設する必然性ということについて詰めた議論をしていきたいんですけども、やはりテロ対策というのは一つ明らかにあると思います。そこはある意味わかりやすいですし、そういうふうに絞って考えていけば、おのずと日本の法体系に親和的な、あるべき共謀罪の姿というのはまた議論が見えてくると思うんですけども、そこを少しばやかして、もう少し欲張ってといいますが、どうしてこの共謀罪というものを今日本において立法する必要があるのかという議論が多少整理されていないために、さらに立法論として話が、すそ野が広がってしまって、ためにする議論も含めてちょっと議論が混乱しているのかなという印象を持っております。

そういった意味で、共謀罪を新設する立法事実につきまして正面からお伺いしたいのですが、多少私から勉強してきたことを申し上げますと、この間、法制審の刑事法部会においても、例えば第一回の刑事法部会、もう三年前の九月になりますが、これはどなたが発言されたかということは公表されていないようですけども、国内的にそのニーズにこたえるという形はとっておらず、条約締結のた

\*2 法制審議会における第1回審議（2002年9月18日）において日弁連推薦委員と法務省との次のやりとりがある。

先ほどの御説明でも、国際的な要求というのが幾つか出されているのですが、国内的な立法事実といいますが、今回の立法が必要であるというものが余り指摘されなかったというふうに思いますが、そういう意味でもやむなく今回提案したというような形のものだと理解していいのですか。

やむなくというのをどのように理解するかということにもよるわけですが、先ほど来御説明させていただいておりますが、国内的にそのニーズに応えるという形はとっておりません、条約締結のために必要な犯罪化等を図っていきたいということを基本に考えているわけがありません。

めに必要な犯罪化等を図っていきたいということを基本に考えているとか、条約加入のためにはまずもってつくることが必要ということで、条約加入のためということがかなり問題意識としてはあらわになって議論が当初されていた。

ところが、少しずつ議論の幅が広がってきて、その後、三年前の十月ですけれども、第二回では、国内的にも、犯罪組織、それがさまざまな分野で違法、不当な行為を行っており、もちろん犯罪行為を行っているという実情にある、そういったこともこの背景だという話になって、しまいにはといたしますか、これも必ずしも議論はかぶらないんですけれども、ことしの七月十二日の当法務委員会において、私どもの仲間であります辻委員の質問に対しまして、当時政務官でいらした副大臣の富田さんが、条約を国内法化する以外の立法事実はあるのかという点の越境性を含んだ立法事実、そのような点もあると。御自分の言葉で答えられたのでこういう表現になっているんだと思いますけれども、六百余りの対象法令がある中で、越境性という点にやや焦点を当てた御答弁をされているわけです。

今回、共謀罪、対象範囲が広い中で、これだけでは少し議論が尽きていないかなという気がするんですけれども、共謀罪新設の立法事実という点について、改めて整理した議論を聞かせていただければと思います。

富田副大臣：今、先生の方からかなり時系列的に整理していただいて、法制審での議論等も御紹介いただきまして、その経過等はもう先生御指摘のとおりだと思います。

また、大臣並びに警察庁の方から御説明がありましたけれども、我が国におきましても、国際的な組織犯罪として、外国人犯罪組織や暴力団等による種々の犯罪が現に多発しているところでございます。御指摘の国際テロにつきましても、国際的なテロ組織が我が国をもテロの標的とする旨の声明を発したとの情報もあるなど、我が国の国民や国内の施設等を標的としたテロの脅威も高まっているというふうに承知しています。

組織的な犯罪の共謀罪を新設することにより、テロリスト集団によるテロも含め、国際的な組織犯罪への対策として有用な、外国からの要請に応じた捜査共助等が可能となり、国際社会と協力して国際的な組織犯罪の防止に取り組むことが可能となります。

また、国内におきましても、組織的なテロ事案が計画されているとの端緒を得た場合には、実際に重大なテロ行為が行われて取り返しのつかない甚大な被害が発生する前にこれを検挙し、処罰することが可能となるというふうに考えております。

(10月25日の津村議員の質問に対する富田副大臣の答弁)

テロの未然防止の必要性は理解できるが、テロ行為の多くは殺人・強盗・放火であり、また爆弾を使用するものも多い。殺人・強盗・放火罪については予備段階から、爆弾関係については共謀段階から現行法で取締可能であり、テロ行為を未然に防止

するために、新たに600以上の犯罪について共謀罪を制定する必要性は認められない。

## 6 共謀罪は思想処罰につながるおそれがある

犯罪による恐怖、犯罪の未然予防のために、どんどん処罰できる時期を早めることは、犯罪とされる行為（犯罪構成要件）の明確性を失わせる。合意というものは人の行為ではあるが、人が表現した2人以上の人の間の内心の意思の合致をいうのであり、人の内心の思想・意思とほとんど異ならない段階のものである。このような合意段階から処罰するということは、思想そのものを処罰しているわけではないが、人の内心において悪い考え方を抱いているということと紙一重の段階で国家刑罰権を発動しようとするものである。

公明党の漆原議員は、日弁連の指摘を踏まえて、共謀罪が思想を処罰するものを質した。これに対する法務省の答弁は、次のようなものであった。

「今回の法案が定める共謀罪は、二人以上の人重大かつ組織的な犯罪を執行しようとして共謀する行為を処罰するものであり、人の内心にとどまる意識、また意思や思想を処罰するものではありません。また、共謀する行為と言えるためには、特定の犯罪を執行しようという具体的、現実的な合意をする行為がなされなければならない、心の中で悪い考えを抱いているというだけでは共謀罪が成立しないことは先生おっしゃるとおり当然でありますし、また、そのような考えを外に出したとしても、漠然とした相談程度ではやはり共謀罪は成立しないということでございます。」  
(7月12日南野大臣の答弁)

しかし、この共謀概念は非常に不明確なものであり、黙示の共謀も認められることが後の答弁で明らかにされた。この点は後述する。

## 7 条約5条に関する各国の国内法の現状

民主党の平岡議員は、欧米諸国の条約5条に関する国内立法の状況を質問した。

「この五条につきましては、組織的な犯罪集団への参加の犯罪化について規定したものです。

今御指摘がありましたが、既に条約を締結しましたカナダにつきましては、共謀罪及び参加罪の規定を有しております。また、同条約の署名に先立ち、条約の趣旨に沿った形で国内法改正手続の大半を終えていたことから、締約に当たってはごく一部の法改正で足りたものと承知をしております。

また、同時に、既に条約を締結しておりますフランスですが、これは参加罪の規定を有していたところ、さらに刑法を改正して条約を実施しましたが、その改正に当たっては特に問題がなかったと承知をしております。

米国につきましては、共謀罪の規定を既に有していたところ、同条約第五条との関係では特に問題なく法整備が可能であったものと承知をしております。

英国も、共謀罪の規定を既に有していたところ、同条約第五条との関係では特に問題なく法整備が可能であったと承知しております。

ドイツは、参加罪の規定を既に有していたところ、同条約第五条との関係で特に問題なく法整備が可能であるものと承知しております。」

(10月21日 平岡議員の質問に対する小野寺大臣政務官の答弁)

平岡議員が正しく指摘するように、日本以外の先進国は、この条約締結に当たって、大きな改正を要していないのである。日本においても、組織的犯罪処罰法、暴対法や無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律などの組織犯罪対策立法がなされているのであり、これらの立法でカバーできるように、条約を立案させる努力が外交当局には求められていたのである。

他方、イギリスやアメリカにおいても共謀罪を処罰しようとする規定が存在するが、これらの規定は人権保障上大きな問題を持つものである。イギリスとアメリカにおいて、過去に共謀罪は労働組合運動、反体制運動、反戦運動を封じ込めるために治安的に用いられてきた。今も、アメリカにおいて、反戦運動で実体犯罪については無罪判決が下された事件について、再度共謀罪として訴追がなされるというような、恣意的な運用がなされている。<sup>\*3</sup> この事件は、キリスト教系の反戦活動家が行った2003年3月のイラク開戦当時の抗議行動(米軍の徴兵センターのポスターなどに自分達の血液を塗るというパフォーマンス)の器物損壊容疑での逮捕が、いったん裁判で無罪になったために、検察側が新たに共謀罪で再度検挙したというケースである。

共謀罪はまさに社会に対して損害の発生していない段階で、国家刑罰権を発動させようとするものであり、市民社会の市民相互の関係を規律する近代刑法を前近代の専制刑法に逆行させようとするものである。

## 8 条約を留保することは可能である

条約に関する留保の可能性についても、国会で議論された。

条約は34条1項において、各国の国内法の原則にしたがって、執行すればよいこととなっている。条約の条項の中に、各国の国内法と矛盾する部分があれば、留保してよいということを、この条項は示している。

民主党の平岡議員は、次のように、条約留保の可能性について質した。これに対して小野寺政務官は次のように答弁した。

「外交官経験もありますし、また法の専門家であります平岡委員の御指摘のとおり、ウィーン条約におきましては留保するということが可能になっています。多国間条約について、ある国が条約の一部の規定に関して問題を有する場合には、

<sup>\*3</sup> アメリカにおいてはコンスピラシー(共謀罪)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とされている(亀井源太郎「コンスピラシーの訴追 - コンスピラシー研究序説」164頁 『東京都立大学法学会雑誌』45巻1号)。

当該規定に拘束されずに条約に参加し得るように、留保を付して締結することが一般的に認められております。

TOC条約（注：国際（越境）組織犯罪防止条約）では、第三十五条3、国際司法裁判所への紛争付託の拒絶を除き、

留保に関する特段の規定は存在していませんが、交渉過程において、本条約への留保については、ウィーン条約法条約の留保に関する規定が適用されることが確認されています。したがって、ウィーン条約法条約第十九条に従い、条約の趣旨及び目的を損なわない限度であれば、本条約に対し留保を付すことは、御指摘のとおり、可能であります。

しかし、本条約については、既に平成十五年の通常国会におきまして、留保を付さずに締結することにつき国会の承認をいただいております。行政府としては、本条約につき、このような形で国会の承認をいただいている以上、当然、留保を付さずに締結することとしており、その前提での国内担保法の審議をお願いしているところであります。」

政府が答弁しているとおり、この条約には明文で、留保を禁止したり、特定の留保しか認めない条項は存在しない。そして、ウィーン条約法条約の19条において、「当該留保が条約の趣旨、目的と両立しない場合」には留保できない。この条約の目的（1条）や適用範囲（3条）に関する部分は趣旨目的と両立できないと思われる。しかし、適用範囲は越境性のある犯罪なのであるから、このような犯罪に限定して共謀罪を制定することは、34条2項について留保した上であれば、疑いの余地なく可能である。前記のフランス提案を条約の適用範囲の項から条約の執行に関する項目に移動したことの意味はここにあるのである。

政府は国会で留保を付さないで承認を求めて、承認がなされているとするが、留保は政府の行為であり、国会が留保を付さずに承認している条約についても、政府が国内法化の過程で必要と考えれば、留保は当然に可能である。政府の答弁は間違っている。

## 第2 国際（越境）組織犯罪防止条約とその国内法化をめぐる論点

### 1 共謀罪について慎重な態度を示していた条約起草時における日本政府代表団

- 1) 日本政府は、条約制定経過の中では、共謀罪の制定に反対し、このような広範な処罰化は国内法の原則と相容れないという意見を述べていた。しかし、いったん条約が制定されると、このような慎重な姿勢を転換し、条約を上回る広範な立法を提案してきた。このような政府の対応は、明らかに自己矛盾を来している。
- 2) すなわち、この条約の審議の冒頭に日本政府が提出したペーパーには、日本政府が共謀罪の新設は日本の法制度の基本原則から見て不可能と考えていたことが明確に記されている。すなわち、

「5.(前略)このように、すべての重大犯罪の共謀と準備の行為を犯罪化することは我々の法原則と相容れない。さらに、我々の法制度は具体的な犯罪への関与と無関係に、一定の犯罪集団への参加そのものを犯罪化する如何なる規定も持っていない。」とされている。

このような立場に立って、日本政府は「重大犯罪」を「組織的な犯罪集団に関する重大犯罪」とすること、提案されていた2つのオプションにさらに第3のオプションとして「その者の参加が犯罪の成就に貢献するであろうことを知って、重大犯罪を犯すことを目的とした組織的犯罪集団に参加すること」の犯罪化を提案していたのである。<sup>\*4</sup>

参加と共謀を重ね合わせたこの提案は、条約の適用範囲を原案よりも限定するものとして提案されている。このような慎重な姿勢をとっていた日本政府が、なぜ、国内での立法事実もないのに、条約によって要請される立法を超えてまで、より広範な共謀罪の制定を提案するに至ったのか、理解に苦しむ立法姿勢であると言わざるを得ない。この点は、次項において更に検討する。

### 2 適用対象を組織犯罪集団の関与した場合に限定するべきである

#### 1) 国際（越境）組織犯罪防止条約における組織犯罪集団の定義

共謀罪については、組織犯罪集団の関与を条件とすることは条約5条が明文で認めている。<sup>\*5</sup> 条約第3条（起草時）の団体参加罪・共謀罪の適用範囲を「組織的な犯罪集団に関連した犯罪」に限定するように条約起草過程において主張したのは、ほかならぬ日本政府であった。<sup>\*6</sup>

「組織的な犯罪集団」は、この条約第1条(a)において、次のように定義されている。

---

\*4 A/AC.254/5/Add.3

\*5 条約5条1項(a)(i)には、「金銭的利益その他の物質的利益を得ることに直接又は間接に関連する目的のため重大な犯罪を行うことを一又は二以上の者と合意することであって、国内法上求められるときは、その合意の参加者の一人による当該合意の内容を推進するための行為を伴い又は組織的な犯罪集団が関与するもの」と規定されている。

\*6 A/AC.254/5/Add.3,A/AC.254/5/Add.4

「三人以上の者から成る組織された集団であって、一定の期間存在し、かつ金銭的利益その他の物質的利益を直接又は間接に得るため一又は二以上の重大な犯罪又はこの条約に従って定められる犯罪を行うことを目的として一体として行動するものをいう。」

このように、定義自体からも、組織犯罪集団はマフィアや暴力団など専ら金銭的利益を目的とした犯罪だけを目的としている団体のことを指し、通常の会社や市民団体、労働組合などを含まず、さらには政治的、宗教的な目的のためにテロ犯罪をくり返しているような組織も含まないことがわかる。<sup>\*7</sup>

この条約を批准した国々の中で、ノルウェーとチリは、共謀罪について、組織的な犯罪集団の関与を要件としている。<sup>\*8</sup>

## 2) 条約と法案における「組織犯罪集団」と「団体」との異同

ところが、法案では、「組織的な犯罪集団が関与する犯罪」を超えて犯罪化されている。法案に定める共謀罪の構成要件は「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もの」とされている。

しかし、条約と異なり「金銭的、物質的な利益を得る目的」「重大犯罪や条約に規定された犯罪を行うことを目的として、一体として行動する」ものであることを必要とする限定が法案には見られない。「金銭的、物質的な利益を得る目的」の点は政治・宗教目的の行為などを規制対象から除外する上で重要なものであったにもかかわらず法案ではこの点はなぜか無視されている。

この点も、国会で議論の対象とされた。平岡議員の質問に対して、大林政府参考人は

「基本的には、この立法過程は、当然のことながら、この条約を踏まえて国内法をつくったものでございまして、それに適するものとして、従来どおり組織的犯罪処罰法というものがある、その要件に条約のものが重なるということでこれを立法した経緯もございまして。

ただ、子細な面を見た場合に、先ほど大臣がお答えになったように、宗教上のもののみを目的とする場合にどうだ、条約上はそれは除かれるであろう。しかしながら、国内法につきましては、やはり日本国内におけるまたそれなりの治安情勢なりそれなりの立法の必要性があるということで、委員がおっしゃっているように、今回の共謀罪の部分が条約より広い部分も確かにあると思います。」

と答弁し、条約の限定した範囲を超えて、立法化がなされていることを認めたので

<sup>\*7</sup> "Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime" 26p

<sup>\*8</sup> 国連のホームページ

[http://www.unodc.org/unodc/en/crime\\_cicp\\_signatures\\_convention.html](http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp_signatures_convention.html) より

ある。

また、法案では、共謀を行った者が一つの団体に所属していること、この団体の中の組織によって犯罪が実行されたことが要件とされている。この規定は、1999年に制定された「組織的犯罪の処罰に関する法律」の規定を踏襲している。この「団体」には、犯罪性のない株式会社や市民団体、サークルなど組織犯罪集団でないものも含まれる。この点は、法務省の立案当時の担当者らが執筆したコンメンタールにおいても明確に述べられているところである。<sup>\*9</sup>

### 3) すくなくとも組織犯罪集団の関与を明記すべきである

つまり、この法律は「組織犯罪集団」を対象としたのではなく、何らかの団体構成メンバーによる「組織的」な犯罪を広く規制の対象としているのである。

先に述べたように、日本政府は当初この共謀罪の新設に国連における審議の中で反対していた。政府は国会に提出した文書中で、当初は我が国の刑事法制の原則的なあり方に反するおそれがあると判断していたと認めつつ、対象となる重大犯罪の範囲が限定され、組織犯罪集団の関与を条件に付すことが可能となったため、方針を転換したと説明するに至っている。<sup>\*10</sup>

この点は答弁においても確認された。

「条約交渉の初期の段階において、我が国が、すべての重大な犯罪の共謀及び準備行為を犯罪とすることは我が国の法的な原則と相入れないと発言したことは、委員の御指摘のとおりでございます。

当時は、いまだ共謀罪の対象となる重大な犯罪の範囲が定まっていなかったことに加え、共謀罪について、現在の条約のように「組織的な犯罪集団が関与するもの」という要件を加えることも認められていませんでした。この発言は、このような状況下において、我が国では犯罪の実行の着手前の共謀等を広く一般的に処罰することとはしていない実情を踏まえ、あらゆる犯罪の共謀を一律に無条件で処罰することとするのは、我が国の刑事法制の原則的なあり方に反するおそれがあるとした上で、共謀罪について、「組織的な犯罪集団が関与するもの」に限定することなどの修正提案を行ったものです。そして、その後の交渉の結果、共謀の対象を長期四年以上の重大な犯罪に限定し、かつ「組織的な犯罪集団が関与するもの」という条件を付すことも可能とされました。

今回新設する組織的な犯罪の共謀罪は、そのような条件として厳格な組織性の要件を付したものですから、これが条約交渉の過程における我が国の発言の

<sup>\*9</sup> 三浦守ほか著『組織的犯罪対策関連三法の解説』の20頁において、2条1項に定める「団体」の意義について「本項に規定する「団体」は、暴力団その他犯罪の実行を目的とするものには限定されない。」と説明されている。法務省の国会議員やホームページでの説明は、このような専門家向けの法律解説書の内容と食い違っていると言わざるを得ない。

<sup>\*10</sup> 平成17年(2005年)10月19日外務省作成の「民主党の『委員会要求資料』に対する回答」11頁

趣旨に反するものではありません。」

(10月28日 保坂議員の質問に対する大林政府参考人の答弁)

そして、法務省は「当該行為を実行するための組織により」行われるという要件によって、この共謀罪を組織犯罪集団の関与する犯罪に限定する意図であると説明している。

しかし、このような意図は法案の明文からは読み取ることができないものである。政府の共謀罪反対の姿勢が、この点を根拠として転換されたのであれば、なおさらのこと、組織犯罪集団の関与を明確な形で法案に盛り込むことが当然であった。

立法者の主観的な意思は法律の解釈の一資料にすぎず、法文に明記されていない限定が後に無効なものとなりうることは「暴力行為の処罰等に関する法律」や「凶器準備集合罪」が暴力団を対象に立法するとされながら、後に学生運動などにも適用された例からも明らかである。

このことは、10月26日の参考人意見陳述と10月28日の法務委員会での民主党の枝野幸男議員、社民党の保坂展人議員らの質疑の中で浮き彫りとなった。

少し長くなるが、枝野議員と富田副大臣との、この点をめぐる論争を以下に引用する。

枝野委員：ちょっと待ってください。この条文、団体の活動として犯罪を行ったから団体の活動が犯罪性を帯びるのであって、団体の活動そのものの定義の中にどうして犯罪性が入ってくるんですか。どこにも書いてないじゃないですか。「団体の意思決定に基づく行為であって、その効果又はこれによる利益が当該団体に帰属するものをいう。」と書いてあるんですよ。この効果、これによる利益が当該団体に帰属する、例えば、株式会社が取締役会の意思決定に基づいてリフォーム詐欺をやれば、その利益は株式会社に帰属しますから、後段は問題ないですよ。

前段の定義は、「団体の意思決定に基づく行為であって、」ということしか書いてないんですよ。団体の活動の定義はこの括弧の中なんでしょう。だから、「以下同じ。」と書いてあるんでしょう。だから、この団体の活動の定義を聞いているんですが、ところが、その中に、それは犯罪を目的とするものであるなんということはどこにも書いてないじゃないですか。どうして勝手に解釈できるんですか。

私がこの条文を解釈すれば、というか、私だけじゃないでしょう。これは日本語として普通に読んだら、取締役会で意思決定した、取締役会でリフォーム詐欺をやるということを決めた、そして、その結果もうかったものはその会社の利益になる、三条の団体の活動に当てはまらないという、そんな狭い解釈、勝手にしないでくださいよ。

これは既に施行されている、我々は反対しているからこんな条文だめだと思うけれども、この法律は施行されているんです。警察が、抑制、謙抑的な立場

からそういう運用をしない、していないということはよくわかります。しかし、法律の解釈として、どうして法律の条文の根拠がないのに、今みたいなものもちゃんと団体の活動には該当するとしないと。勝手に、国会のつくった法律を行政府が縮小して解釈している、こういうことになりますよ。違いますか。

富田副大臣：繰り返しになる部分があると思いますが、法案の共謀罪の構成要件は、団体の活動として行われる犯罪行為であり、かつ、犯罪行為を実行するための組織により行われる犯罪行為を遂行することを共謀することとなっております。

ここで、団体とは、組織的犯罪処罰法第二条第一項において「共同の目的を有する多数人の継続的結合体」等と規定されており、団体の活動とは、同法第三条第一項において「団体の意思決定に基づく行為であって、その効果又はこれによる利益が当該団体に帰属するものをいう。」と規定されている。これは、今先生御指摘いただきました。

このような条文の規定からすると、「団体の活動として、」という要件を満たすためには、犯罪行為を行うことを共同の目的を有する団体として意思決定することが必要であり、そのためには、当該犯罪行為を行うことがその団体が有している共同の目的に沿うものであることが必要であるというふうに考えられます。

言いかえますと、団体が有している共同の目的が犯罪行為を行うことと相入れられないような正当な目的で活動している団体については、仮にたまたまその団体の幹部が相談して組織的に犯罪行為を行うことを決定したとしても、共同の目的を有する団体として意思決定したとは言えないため、「団体の活動として、」という要件を満たさず、共謀罪は成立しないというふうに考えられます。

枝野委員：同じことを繰り返して読まれても、今の説明になっていないんですよ。

どうして、共同の目的に沿った意思決定じゃなきゃならないなんて書いてあるんですか。どこに書いてあるんですか。団体の意思決定は、共同の目的と、究極的には共同の目的のためかもしれないけれども、その共同の目的のための手段としていろいろなことを意思決定するんじゃないですか。違いますか。

その中で、どこかで条文で絞ってあればいいんですよ、共同の目的に沿った団体の意思決定に基づく行為であってと書いてあれば、まだぎりぎり今の副大臣の説明は納得の余地があるかもしれない。しかし、そんなこと、条文のどこにも書いてないじゃないですか。

この論争に引き続いて、保坂議員が、法務省関係者のあらわした組織的犯罪処罰法のコンメンタールを引用して、この点を更に追及した。この点は法務省内部における団体の目的の理解の不統一を明確にした。

保坂（展）委員：では、刑事局長に伺いたいんですが、これまでの議論の中でずっと、どうも、共同の目的というのは、犯罪を実行する、犯罪を遂行する

ということにかかって共同の目的だと言われていたように思うんですね。

前回、私、出しましたけれども、この組織的犯罪対策関連三法の逐条解説の方に、「その目的自体が必ずしも違法・不当なものであることを要しないのであり、例えば、会社が対外的な営利活動により利益を得ることなども、「共同の目的」に当たり得る。」というふうに書かれているわけですね。そこから考えると、今の政治団体も同様だと言えますか。

大林政府参考人：御指摘の解説の記載については、第二条第一項の団体自体の定義における共同の目的の例として挙げられておりまして、そこでは、共同の目的は特に犯罪目的に限られるわけではないという趣旨であると理解しております。

他方、今御指摘のように、この記述が、対外的な営利活動により利益を得ることを共同の目的とする団体のすべてが無条件に第三条の「団体の活動として」の要件に当たり得るかのような誤解を招く表現であるという御批判もあるかというふうに思います。

これまで申し上げてきた、犯罪行為を行うことが共同の目的に沿うと言えなければ「団体の活動として、」という要件を満たさないという解釈は、法務省として、条文の構造や文言、組織的犯罪処罰法第三条第一項の加重処罰規定の適用事例における事実認定等を踏まえ、十分な検討を経てお示ししたものでございます。

保坂（展）委員：何か批判があるみたいなことをおっしゃっていましたがけれども、これは法曹会というところの逐条解説なんで、捜査の現場とか、まさにこれを手本にしてやってないんですか。これは一私人の出した本なんですか。違うでしょう。

大林政府参考人：御指摘の解説は、立案当時に議論のあった点などについて、担当者個人の見解または説明を記述したものであり、もとより法務省としての確定的な見解を示したものではありません。私が今申し上げたとおり、これまで御答弁しているとおりの解釈が法務省としての解釈でございます。

保坂（展）委員：ちょっとまずいんじゃないですか、これじゃ。これは回収しないと。だって、これは捜査の現場で使われているよ。だって、財団法人法曹会、「組織的犯罪対策関連三法の解説」、これでどういうふうに立件するかどうかを決めるんじゃないですか、捜査機関は。これは一法務省の職員が見解をあらわしたものなんという答弁をするんだったら、回収するべきですよ。おかしいじゃないですか、これ。我々もこれを読んで実態の捜査がどうなるのかと議論しているわけですから、そんな答弁、おかしいよ。

大林政府参考人：今の、非常に厚い本でございます、それについていろいろな解釈の仕方を示しておくことは事実であり、実務としてもそれは、運用されている中で参考とされていることは事実でございます。

ただ、私が今申し上げたとおり、対外的な営利活動による利益を得ることを共同の目的とする団体のすべてが無条件にと、読み方によってはそのようなとられ方をする可能性があるという点においては、いかがかなというふうに思っ

ております。

保坂（展）委員：この著者の三浦守さんというのはよくお目にかかる方のよう  
に思うんですが、どういう方ですか。

大林政府参考人：現在、法務省の大臣官房審議官をやっております。

保坂（展）委員：そうすると、この方は、私も五、六年前に、第一期の組織  
犯罪対策三法のいわば、当時与党でしたから与党内協議、そしてまた野党にな  
ってから議論をさせていただいた中心メンバーだったと思いますし、また、  
条約の議論の中でも日本政府を代表して何度か行かれていますよね。というこ  
とは、つまり、今回政府が提案している法律の大きな柱をなしている方じゃな  
いですか、どうですか。

大林政府参考人：今でも立法について大きな役割を果たしております。

私が申し上げたいのは、組織的犯罪処罰法ができた当初においてそれぞれの  
解釈を示さなきゃならない。解釈というのは、やはりそれは、弁解するわけ  
ではございませんけれども、その当時の状況、社会状況の問題もございませ  
ん。それから、いろいろな事項についてこれは一つの議論の対象となったとい  
うところでこのような記載がなされている。私も本人に確認をしております  
けれども、そしてまた、今回の答弁書作成においても審議官がタッチして  
おります。審議官自体がいささか表現が誤解を招く表現だったと、彼自身  
が認めているところでございます。

保坂（展）委員：南野大臣、これは大事な場面です、これはもうぎりぎり特  
別国会最後の場面です。これはこのままじゃだめなんですよ。これはもう現に生  
きている法律として、この法律によって捜査され、また起訴されて、現在服役  
中の者もいるわけですね。まさに共謀罪は、この組織犯罪対策関連三法の改正  
案として出てきているわけです。

だとすれば、今大林局長が言うように、本人も認めている、やや誤解を招く  
というか、ややじゃなくてうんと誤解を招くんですよ、今の答弁趣旨からい  
えば。そういうものが流通していて、それが違う、誤解がある部分があると。  
放置していいんですか、これ。きちっと私たちの前で見解を統一してしっか  
り示していただきたい。そうじゃないと、きょうもあしたもまた捜査もある、  
事件もある、困るじゃないですか、これは。今まさに治安を預かる大臣として、  
しっかり見解を示してくださいよ。きちっとこれは事情をただしてくださいよ。

南野国務大臣：今いろいろな意見が食い違うような討議がございませ  
んが、私としては書物を読んでおりませんので、その事実がどうかということ  
についてはちょっと申し上げられませんが、誤解を招くのかどうか承知いた  
してはおりませんが、検討してみたいというふうに思っております。

以上の通りであって、提案されている法案の規定のままでは、本法の適用対象  
となる団体が犯罪目的となるものに限定されないことは明確となった。

日弁連は最低限、団体の定義として「重大な犯罪を遂行することを目的として  
いること」「団体の意思決定に基づいて継続して重大な犯罪をくり返していること」

を法案に明記し、このような組織犯罪集団の関与した重大な事件に適用範囲を限定することを明記するべきであるとする。

日弁連は共謀罪の制定そのものに反対であるが、この条約の国内法化のための最低限の立法であるというのであれば、このような要件を法案に書き込むことは提案において最低限の条件であったと考えるものである。

### 3 対象犯罪を組織犯罪集団の関与する可能性のある重大犯罪に限定するべきである

法案は共謀罪の成立する犯罪を長期4年以上の刑を定めるすべての犯罪としており、その数は実に610を超えるとされている。適用対象がこのように広汎なものとなったのは、条約2条が重大犯罪の定義として長期4年以上の自由刑を定める犯罪としたためであると説明されている。

しかし、日本の刑法体系は犯罪の法定刑の幅が著しく大きいのであり、我々が思い浮かべるほとんどの犯罪がこの中には含まれてしまっている。多くの税法違反や公職選挙法違反、著作権法違反などの犯罪も含まれる。各国の中には、例えば窃盗においても財産的な被害の規模によって法定刑を区分しているような国もある。このような国々では些細な窃盗は構成要件として共謀罪の対象から除外されるのである。

日本政府はこのような事情から、条約の審議過程においても重大犯罪を長期4年の刑期をメルクマールに決めることに強く反対し、同じような反対意見は多くの国からも寄せられた。

この法案の定める対象犯罪が広範にすぎることについては7月12日の審議における津川祥吾議員の質疑の中で詳細に議論されている。

条約の制定後の各国の国内法化の実情を見ても、長期5年を基準としたウクライナのような国も存在する。ウクライナがこのような姿勢を取ったことについては法務省も平岡議員の質問に対する答弁の中でこれを認めた。

平岡議員：そこで、この条約について言えば、私がいろいろな人たちから調べていただいたことによりますと、条約に基づく国内法制化の中で、ウクライナが、この条約の中で重大犯罪というものが四年以上の自由刑またはそれ以上の自由刑というようなことになっているけれども、この点について留保あるいは解釈宣言をして、ウクライナについては懲役五年以上のものについて重大な犯罪とするというような国内法制化といいますが、国内法との関係を整理されたというふうに聞いておりますけれども、この点は事実でしょうか。

小野寺大臣政務官：委員御指摘のとおり、ウクライナにつきましては御指摘のような状況になっていると思います。

ウクライナは、条約締結に当たって、留保及び宣言の名のもとに、重大な犯罪という用語は、ウクライナ刑法に言う重大な犯罪及び特に重大な犯罪に相当するものである。ウクライナ刑法に言う重大な犯罪とは、法により五年以上で十年を超えない自由刑が定められた罪をいい、ウクライナ刑法に言う特に重大な犯罪は、法により十年以上または無期の自由刑が定められた罪をいう旨表明しています。したがって、ウクライナは、留保及び宣言の名のもとに、本条約に言う重大

な犯罪を長期五年以上の自由刑としたことは事実です。

(10月21日)

各国の条約の実施は国内法の原則に沿って進めれば足りるのである(条約34条1項)。

実は、既存の組織犯罪処罰法の犯罪収益收受の罪の前提犯罪は、1999年の時点において組織犯罪として日本政府がリスト化したものである。ここには186の犯罪がリスト化されている。各国の国内法の刑期の決め方によって、国内法の原則に照らした重大犯罪の範囲は異なりうるのであって、批准に当たって解釈宣言を行うことによって、この既存の組織犯罪処罰法の前提犯罪は既に条約の求めている重大犯罪を網羅しているものとして、この範囲の犯罪を対象を限定することは、条約起草段階での日本政府の見解そのものであり、条約の趣旨目的に反しないものであるから、本条約の実施において許される選択であるといえる。

以上の通りであって、対象犯罪については、個別に犯罪の種類、性質、社会的な影響の重大性などを勘案し、組織犯罪集団が組織的に関与する可能性のある重大犯罪に限定するべきである。

#### 4 犯罪の準備行為が遂行されたことを要件とするべきである

共謀罪については、「合意を促進する行為」を条件とすることは条約5条が明文で認めているところである。<sup>\*11</sup>

「合意を促進する行為」については、アメリカ(連邦法)の共謀罪におけるオバート・アクトと同様のものと説明されることが多い。

しかしながら、オバート・アクトの程度についてのアメリカにおける判例は「オバート・アクトはコンスピラシーの微々たる行為で足り」「目的達成から遠く離れたものであってもかまわない」とされている。<sup>\*12</sup>

他方で、どの程度のレベルの犯罪の準備行為が条約上「合意を促進する行為」として必要かは、各国の国内法の基本原則に基づいて決定されるべきことであり(条約34条1項)、アメリカのオバート・アクトを基準とすることが条約上も合意されているわけではない。

いくつかの政府の本条約批准時の解釈宣言においても、「合意を促進する行為」が必要であるとしているだけであり、オバート・アクトという言葉は全く使われていな

---

\*11 前述のように、条約5条1項(a)( )は「金銭的利益その他の物質的利益を得ることに直接又は間接に関連する目的のため重大な犯罪を行うことを一又は二以上の者と合意することによって、国内法上求められるときは、その合意の参加者の一人による当該合意の内容を推進するための行為を伴い又は組織的な犯罪集団が関与するもの」と定めており、「その合意の参加者の一人による当該合意の内容を推進するための行為を伴」うことを認めている。

\*12 亀井源太郎「コンスピラシーの訴追 - コンスピラシー研究序説」147頁 『東京都立大学法学会雑誌』45巻1号

い。\*13

ところが、提案されている法案では、犯罪の「合意」だけで犯罪が成立することとなっている。犯罪の「合意」とは二人以上の者が犯罪を行うことを意思一致することであり、それ以上の例えば誰かに電話を掛けるとか凶器を買うなどといった犯罪の準備行為（「合意を促進する行為」）に取りかかることすらも処罰の要件となっていない。

法務省は、「合意を促進する行為」はアメリカ法において犯罪の成立要件・構成要件ではなく、犯罪の立証の問題であると説明し、したがって犯罪構成要件に書き込むことは適当でないとしている。

この点は、野党ばかりでなく、自民党議員からも批判がなされた。

柴山委員：それを要件とした場合に、法益保護上、あるいはその他の何か不都合な事例というものが、先ほど平沢先生からお話があったんですけども、あるでしょうか。

というのは、オーバートアクトを要求しても、だれか一人が何らかの行為をすればいいわけです。例えば先ほどの国際的なクレジットカードの偽造の場面であっても、だれか一人が例えばプラスチックカードを購入して、それを準備するという行為が認められれば、オーバートアクトの要件を導入したとしても、これを処罰することは可能なんです。ただ、これを全く要件としなければ、合意をしたかどうかということも不明確、合意を撤回したかどうかということも不明確です。だけれども、その外部的な徴憑ということ、これを要求すれば明確性というのは格段に広がるんじゃないかというように思うんですが、この点はいかがでしょうか。

大林政府参考人：おっしゃられるオーバートアクトを条件とした場合には、理論的には、例えば共謀者の一人が共謀の成立直後に自首した場合など、いまだ当該共謀の内容を推進する特段の行為が行われていない場合には、他の共謀者についても検挙、処罰ができないという場面が想定されると思われます。

もっとも、今回の法案の共謀罪においては、共謀の存在のほか、組織性の要件等を満たすものに限って処罰するものとしており、その要件は極めて厳格なものとなっております。そして、これらの共謀が行われたことや組織性等の要件に該当することを立証するためには、実務上はオーバートアクトの存在が非常に重要となり、オーバートアクトが存在せず、あるいはその存在が立証できない事案においては、これらの立証が困難になる場合も多いと考えられます。

したがって、共謀罪において、オーバートアクトを要件としない場合と、した場合の実務上の差異は、結果としてはそれほど大きくない場合もあり得る、このように考えております。（発言する者あり）

柴山委員：今ありましたけれども、それなら入れても問題はないじゃないかと

\*13 国連のホームページ [http://www.unodc.org/unodc/en/crime\\_cicp\\_signatures\\_convention.html](http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp_signatures_convention.html) によるとオーストラリア、ラトビア、サウジアラビアの各国において合意を推進する行為を要件としていることが報告されている。

というのが私の意見なんです。

また、オーバートアクトが明確でないという批判があるんですけども、これは、この条約の解釈として私たちが独自に決められると思うんですね。例えば予備行為とか幫助、まあ幫助までいくと書き込み過ぎかと思うんですが、例えば予備行為というような、あるいは予備とは何かということをやっと定義づけたり、そういうことを入れればいいわけですから、それによって特段の不都合が生じる、それは、先ほどおっしゃった共謀の段階で一人が自首した場合という場合に確かに差異が出てくるかもしれませんが、これを入れることによって特段のデメリットがあるとは私は思えません。

その一方で、先ほど申し上げたとおり、謀議の認定ということに非常にあいまいさが残るところをかんがみれば、やはり行為というものを一步要求することによって、明確性あるいは当罰性というものが高まるのではないかという問題提起だけさせていただきたいというように思っております。

(10月14日柴山議員の質問に対する大林政府参考人の答弁)

柴山議員の指摘はまことにもっともである。そもそも、この問題をアメリカ法・判例に基づいて議論しなければならない前提自体が成り立たないはずである。松宮孝明立命館大教授は、「合意を促進する行為」は、「ヨーロッパ大陸法流の理解からすれば言うまでもなく共謀罪の客観的構成要件要素である」と述べられている。<sup>\*14</sup> 条約は「合意を促進する行為」を共謀罪の要素とすることを認めているのである。

また、日本政府は、このような要件を規定することは我が国の法原則にあわないなどとも説明する。しかし、共謀罪こそが、我が国の法原則に本来合致しないものである。この点については、次の公明党の漆原議員の質問が非常に興味深いものである。

漆原委員：この点については、今局長がおっしゃった、十五年二月五日付の法制審議会の部会長報告があるんですね。読ませてもらいました。こう書いてあります。「そもそも条約が共謀の犯罪化に当たり、「合意を促進する行為」という要件を付することを認めているのは、共謀罪の成立にいわゆるオーバート・アクトと呼ばれる行為を必要とする英米法系の国に配慮したものと考えられ、我が国の法制には馴染まないこと、現行法上の共謀罪においては、一般に共謀に加えてこの種の行為が要件とされていないこと」中略ですが、「このような要件を付することは相当ではないとされました。」という報告がありました。

私は、これを読んで、この部会長報告こそが我が国の法制になじまないんじゃないかなという感覚を持って読ませてもらいました。

共謀罪の成立にオーバートアクトを付するのは我が国の法制になじまない根拠として、この部会長が言っているのは、現行法上の共謀罪においては一般に共謀

\*14 松宮孝明「実体刑法とその「国際化」に伴う諸問題」30頁注12(『法律時報』2003年2月号)

に加えてこの種の行為が要件とされていないというこの一点だけなんです。

だけれども、先ほど申し上げましたこれらの共謀罪、陰謀罪、この犯罪行為は、むしろ我が国の法体系からいうと、これは例外に属する部分に位置するわけですね。法理論上からは例外に位置するところにあるわけだから、これをもって、ここが実行行為を要求していないから、だから我が国の法制は要求しないんだと全部に敷衍して言うようなやり方は、原則と例外を逆にしていると私は思って読ませてもらった。

だから、そういう意味ではこの部会長報告そのものが我が国の法制になじまない報告だと私は思っているんですが、局長はこれを何の抵抗もなく読まれましたか。

大林政府参考人：既に御説明したとおり、法制審議会の議論をも踏まえ、政府案におきましては、組織的な犯罪の共謀罪について、条約の言う合意の内容を推進するための行為を伴うという要件は付しておりませんが、この点も含めて国会において御審議いただきたい、このように考えております。

(7月12日)

このように、共謀罪の処罰の範囲を限定し、明確化するためには、すくなくとも、犯罪の「合意を促進する行為」あるいは「準備行為」を犯罪の構成要件とすることは、条約を批准する上で疑いの余地なく可能であり、かつ必要不可欠な措置であると考え。このような最低限の修正もしないで、特別国会での審議を急いだために、政府は与党議員からまで反発を招いたと言えるであろう。

## 5 共謀罪について、犯罪の越境性を要件とするべきである

### 1) 越境性を要件とすることができるかを巡る論争

共謀罪の制定に当たって、犯罪の越境性すなわち、犯罪が国境を超えて発生していることを要件とすることができるかどうかは日弁連と法務省の間に争いがある。法務省は、条約34条2項の文言をもとにこれを否定している。しかし、日弁連は、条約の起草経緯と条約の解釈に関する注釈、さらには法務委員の努力で明らかにされた日本政府代表団から日本政府宛の公電の中で公開されたことがらをもとに、犯罪の越境性を国内法化の要件とすることは認められると考える。

まず、日本政府は、条約34条2項を援用して、国内法化の段階では、「越境的」という性質は国内法の要素としてはならないと主張している。

条約34条は1項において各国の国内法は国内法の基本原則に従って行えば足りることが明確にされている。そして、2項においては、5条による共謀罪は国際的な性

質（越境的な性質）と関係なく定めることが規定されている。\*15

## 2) 10回セッションの開始の際には34条2項に相当する規定はなかった

この条項は、条約審議の際の最大の難関であった、条約の適用範囲に関する議論の中で提案されたものである。

34条はもともと23条 ter(23条の3)として審議されていた。9回までの審議に提案されていた、1項は現在の1項と同様、「各国の国内法制度の基本原則と従って」対策をとるといふもの、2項は最終的な3項と同様、「条約よりもいっそう厳格又は厳重な措置をとることができる。」といふもので、現在の2項に相当する規定はなかった。

## 3) 9回セッションで設置された2条に関するWGの議論を公開すべきである

10回セッションの際に提案されていた条約案においても、条約本文は変わらず、ただその注120, 121において、この条文について9回セッション中のインフォーマルミーティングで修正がなされたと書かれているが、その具体的な内容は明らかにされていない。注121には、わずかに次のように書かれている。

「第9回アド・ホック委員会会期中のインフォーマルミーティングでは、連邦国家の懸念を調整するため、この条項に関する討議を再開する必要があるということを示している。」

しかし、これ以上の内容は不明である。

今回開示された条約審議過程に関する第9回会合についての公電には、「この2条の起案のためのWGを設けるとし、WGの議長をパキスタンに委ねた」とされている(平成12年6月29日6月30日第965号)。しかし、このWGでの議論の経過を報告したと思われる約50行に及ぶ記載が抹消されている。このWGの議論は条約2条とその修正案から派生した34条2項の立案経過を知るために決定的に重要である。この抹消部分を明らかにすることが必要である。

## 4) 警察学論集・今井論文の説明する立案経緯

この点について重要な資料は警察学論集53巻9号に掲載された今井勝典「国連国際(越境)組織犯罪防止条約の実質採択」である。この57-58ページに、「国際性」「組織性」の位置づけの問題として説明されている。

「(2)「国際性」、「組織性」の位置づけの問題

審議に当たって、最も各国で困難な調整を強いられることになったのが、条約の適用対象とする犯罪に関して、「国際性」や「組織性」をどのような形で求めるかの問題であったと

---

\*15 第34条 条約の実施

1 締約国は、この条約に定める義務の履行を確保するため、自国の国内法の基本原則に従って、必要な措置(立法上及び行政上の措置を含む。)をとる。

2 第5条、第6条、第8条及び第23条の規定に従って定められる犯罪については、各締約国の国内法において、第3条1に定める国際的な性質又は組織的な犯罪集団の関与とは関係なく定める。ただし、第5条の規定により組織的な犯罪集団の関与が要求される場合は、この限りでない。

思われる。

各国の立場を単純化すると二つの極があり、一方は、この条約の対処する犯罪が「国際組織犯罪」であることを根拠にして、各種処罰規定の整備、逃亡犯罪人引渡し、法律上の相互援助、コントロール・デリバリ等の捜査協力、技術援助等様々な手段の適用は、すべからず「国際性」と「組織性」とを明確に兼ね備えたものに限定すべきとの考え方であり、G77（注：国連内に設けられた発展途上国77カ国のグループ）諸国の支持を集めた。

そしてもう一方は、条約の実際の適用場面を考えると、そうした厳格な限定的アプローチは望ましくなく、何らかの限定が必要になる場合であっても、もっと緩やかなものにしておくべきであるとするもの（柔軟かつ広範アプローチ（*nexible and broad approach*））であった。

双方の立場の対立は、第三読終了時になっても埋まることはなく、幾度とない審議の末、第10回会合になって、ようやく現在の形の成案を得たものである。

基本的な枠組みとしては、「国際性」、「組織性」を掲げつつも、各種犯罪化・犯罪人引渡し、法律上の相互援助といった実務的に重要な分野で「柔軟かつ広範アプローチ」に基づく特則が採用されるという形の決着となった。」

とされている。

また、同論文の注19)において、さらに、その理由の詳細が各種処罰規定に「国際性」、「組織性」を必要とするという見解と、「柔軟かつ広範アプローチ」の考え方が対立していたことを具体的に説明している。

#### 5) 法務省解釈に明らかに反する「公的記録のための解釈的注」

この条約は越境性のある組織犯罪を防止するための条約であり、越境性については3条に、組織犯罪集団に関しては2条に定義がある。条約の審議を通じてこの定義は大きな問題となった。条約の適用範囲を画するはずの越境性と組織犯罪の関与と無関係に共謀罪（組織犯罪の関与は除く）やマネーロンダリング、司法妨害の規定をする義務がある等と言うことはあり得ない解釈である。

このことは、条約の「公的記録のための解釈的注（*travaux préparatoires*）」の第34条2項の解釈をみても裏付けられる。この条項は「条約の適用範囲を変更したのではなく、越境性と組織犯罪の関与が国内法化の本質的な要素ではないことを明確化したものである」とし、この条項は、各国は国内法化の際に越境性と組織犯罪の関与とを要素とする必要はないことを示しているとされている。したがって、国内法化をする際に、第6条、第8条、第23条については「越境性」と「組織犯罪の関与」を、条約第5条については「越境性」の要素を、国内法に含む「必要はない」ことを示しているだけなのである。この条項は、1項では、国内法の原則に照らして国内法化をすればよいことを定めているのであり、第34条の精神からすれば、国内法化に当たって、慎重な姿勢をとり、越境性と組織犯罪への関与を規定することには何の条約上の問題もないし、むしろ望ましいものであり、さらには国内法の諸原則への違背を理由に留保を行う根拠ともなりうる規定なのである。条約34条を根拠として、これ以外の国内法化のオプションがないかのようにいう法務省の説明は明らかに条約の正確な解釈に違背する。

6) 国際(越境)組織犯罪防止条約の起草のための第10回アド・ホック会合において、提出されたフランス政府の条約2条に関する提案とその説明文書に見る審議経過

第10回会合における審議対象テキストの2条には、後に34条2項にまとめられたような条項は全く含まれておらず、逆に3項に「この条約における義務の履行は各国の主権平等の原則と州国家の地域的統合、他国の国内問題への不干渉と両立するような方法で遂行しなければならない」とする条項が明記されていた。

これに対して、フランス政府が、第10回会合において、以下のように、第2条第4パラグラフの後に新たなパラグラフを加えることを提案した。

「本条パラ1は、3条、4条、4条terおよび17条bisにより規定される犯罪の越境的性質の要素、または4条、4条terおよび17条bisにより規定される犯罪に記述される組織犯罪集団への関与の要素を含むものと解釈すべきでない。」

2 提案された新たなパラグラフは、条約の適用範囲を変更することなく、第2条第1パラグラフにおいて定義されるように、犯罪の越境的性質の要素と組織犯罪集団の関与の存在が条約実施に不可欠であるが、このような要素を犯罪そのものとして制定することは妥当でないこと(are not relevant to the establishment of the offences themselves)を明確に示すことを可能にさせるものである。

3 当該パラグラフは以下のようにも解釈される。

(a) 国内法に条約を具体化する際に、締約国は次のような犯罪を創設する必要のないこと(do not have to create)を締約国に指し示すこと。

(i) 性質上越境的であるか、組織犯罪集団への関与するところの犯罪収益の洗浄または腐敗または司法妨害に関する特定犯罪

(ii) 性質上越境的である組織犯罪集団への参加に関する犯罪。但し、参加罪に関してはトートロジーであるために、組織犯罪集団への関与についてわざと言及していない(第5パラグラフの第2の構成要素)。

(b) 条約により規定される犯罪の証明に関する複雑さについてのいかなるリスクをも回避すること。」

このフランス提案の趣旨は、その文言とその趣旨からして、このような犯罪化を進めるにあたって、「犯罪の越境的性質を必須なものとすると解釈されてはならないこと」締約国はそれらの犯罪を越境的な性質をもつものとして創設する必要はないこと」を明らかにしているものであり、各国に、越境性要素・組織犯罪関与とは無関係に条約上の犯罪を国内法化する義務を科そうと提案したものではない。

このフランス提案の趣旨は平成12年7月27, 28日付けの日本政府代表団の公電(第1093号)において、次のように説明されている。

「フランスは新提案(A/A.C. 254/5/Add. 26)を行い、国際性の定義は犯罪化義務に関係がないことを明らかにすべきであり、その規定を2条あるいはそれ以外のところで設けるべきであると主張した(同公電1頁)。」

#### 7) 公電によって明らかにされたフランス提案についての審議過程

このフランス提案に対して、中国、シンガポール、マレーシア、インドネシア、サウジアラビア、イランはフランス提案に反対して原テキスト維持を主張した。特に、タイはフランス案について「本条約の目的からすれば犯罪化の対象が広すぎる (too much) と主張した。」とされている (同公電1頁)。

これに対して、カナダ、オランダ、日本、ドイツ、ロシアがこのフランス提案等に賛成したとされている。

この対立が、明確な先進国グループとG77 (国連内に設けられた発展途上国77カ国のグループ) + 中国の対立であったことが明確となる。

この条項については、最後まで、「本文のテキストに入れる必要はない」(中国、アゼルバイジャン) とか、「シリアが国際協力に関する規定にもフランス案が及ぶのか疑問を呈するなど、フランス案をテキストに設ける有用性には疑問が生じている点を問題提起した」などの異論が続いたが、イギリスが2条ではなく「23条 ter (現34条) に仏案を規定することを提案し、特に異論もなく支持され、修正された仏案は23条 ter に規定することが合意された。」と説明されている。

しかし、この過程は審議対象テキストに即して子細に検討すると、条約の審議過程としては極めて不可解であるといえる。イギリス提案は、フランス提案の場所を条約の適用範囲ではなく、条約の執行に関する部分に移動させることを内容とするものであるが、条約の規定場所によって、その規定の規範内容が変わるわけでもないのに、なぜ、合意に至ったのか全く理由らしい理由が説明されていない。

#### 8) 条約の適用範囲と34条に関する非公式協議内容を公開するべきである

また、このような経過を記した公電のすぐ隣のパートに18行の削除箇所が存在する。非公開理由は非公式協議を理由とするもののようである。この非公式協議が条約2条の適用範囲と34条2項についてのものであることは明らかであり、その内容は法案の内容と密接に関係している。この部分が最も公開することが求められている部分である。

この修正過程で重要なことは、もともとのフランス案に対してその必要性に関して批判があったことを踏まえて、それらの意見に譲歩する形で修正がなされていることが経過からも明らかである。また、このフランス提案の原案を、国内法化にあたって、「犯罪の越境的性質をその構成要素としてはならない」という、フランス提案よりより厳格な規制を必要とするものに改訂するという説明は一切なされていない。この条項を2条の「条約の適用範囲」の項から23条 ter の「条約の実施」の項に移したことも、このような反対意見に配慮した措置であると理解できる。

#### 9) 体力勝負の徹夜審議での不透明な妥協

以上に述べたような、前記した今井論文、今回明らかになったフランス提案文書、日本政府の公電の内容などに、日弁連代表団による条約審議の傍聴の状況などを総合すれば、次のような事実経過が浮かび上がってくる。

2000年7月17日から29日かけて開催された条約起草特別委員会第10会期

は、2000年末までの条約採択という国連のマンデートを受け(54/126)、同年秋の第55会期国連総会に向けた事実上の審議のための最後の会期とされ、これまで先送りにされてきた草案2条の条約の適用範囲についても最終決着が図られなければならなかった。こうした時間的制約の中で、同会期の審議は「ナイト・セッション」を設定したり、非公式協議を多用するなど、「体力勝負」となったという(前掲今井論文56頁)。

フランスの提案は、これまで度々主張されてきた、「越境性」「組織犯罪集団の関与」を要件とするならば、予備的捜査段階での立証が困難であり、主として捜査手続に向けられたものであるといえる。

これらの経過を踏まえるならば、条約は「越境性」を有した「組織犯罪集団」の犯罪対策の国際的取り決めであることは明らかである。確かに、条約34条2には、「越境性」「組織犯罪集団の関与」が不要であるかのごとくの文言が事実上の最終会期において挿入されるに至ったが、これは、上述の通り、提案国のフランスは条約の適用範囲を変更することなく、捜査の便宜に供するために、このような提案をしたと説明していたのである。

さらに、条約の適用範囲を巡っては、「越境組織犯罪対策」の意義を没却することのないよう、発展途上国等の多くの参加国が「越境性」「組織犯罪集団の関与」の明確化を主張していたことが前掲今井論文から明らかである。

条約の公式の説明解釈文書である解釈ノート(travaux préparatoires)が、34条2の趣旨が、条約3条に規定された適用範囲を変更することなく、越境的要素および組織犯罪集団への関与が犯罪化のために当該諸犯罪に考慮されなくともよいことを明確化したにすぎないものであって、6条、8条および23条の犯罪化には越境性の要素および組織犯罪集団への関与の要素を含まなくともよく、5条の組織犯罪集団の犯罪化においては越境性の要素を含まなくともよいという任意的なものであるとされていることから裏付けられることは、これまでもくり返してきたところである(A/55/383/Add.1, p.11)。この注はフランス提案の文書を活かしたもので、フランス提案がわかりにくいので、提案文書を注にすることが審議で合意されていることが日本政府の公電によって裏付けられた。すなわち、「注釈には仏案のテキストを記載して明確にする」とされている(公電1093号2頁)。

そして、今回明らかになったフランス政府の当初の提案文書と公電によるこのフランス提案に関する審議経過によれば、34条2項の趣旨は国連機関がまとめた公的解釈と完全に合致している。

問題は、フランス提案の書き直しの過程で、条文の文意が変えられたにもかかわらず、そのことにもともとフランス提案に批判的であったG77諸国も自覚的でないままに、深夜の疲れ切った審議の中で、フランス案の修正案は採択されるに至ったものと考えられることである。

さらに、重要なことは、この合意と2条に関するアメリカ政府の提案がシンガポール、イラン、中国などの強い反対で修正された経緯とがほぼ同時に起きていることである。

議長がアメリカ提案について、反対国の意向を尊重したので、その見返りでフランス提案がコンセンサスで合意に至ったという構図も読み取れる。

このように、条約34条2項が、各国に、越境性要素・組織犯罪関与とは無関係に条約上の犯罪を国内法化する義務を科しているとする法務省見解は誤りであると言わざるを得ない。

10) 条約の留保が可能であることは明らかである

34条1項は、この条約は国内法の原則に照らして国内法化をすればよいことを定めている。条約そのものの越境組織犯罪を防止するという目的、適用範囲を越境組織犯罪とする2条の規定と34条全体の趣旨、前記した起草の経緯からすれば、国内法化に当たって、慎重な姿勢をとり、34条2項について留保し、国内法において越境性を規定することには何の条約上の問題もないし、むしろ望ましい措置であると考えられる。この点は、先に留保の可能性について述べたとおりである。<sup>\*16</sup>

この論点に関しては、7月12日の審議において、松野議員と松本議員から徹底した質疑がなされている。条約34条2項の制定の経過に関わる、公電などの黒塗り部分は、野党による強い要求にもかかわらず、結局公表されなかった。この点は今後の国会審議において徹底して究明されるべき課題である。

---

\* 16 同様の立場を明確にした刑事法学者の論考として、次のものが挙げられる。

浅田和茂「共謀罪立法化の動きと問題点」12頁（『季刊刑事弁護』44号）

松宮孝明「実体刑法とその「国際化」に伴う諸問題」30頁注14（『法律時報』2003年2月号）

### 第3 共謀罪はどのような場合に適用されるか

#### 1 不明確な共謀概念

どのような合意があったときに共謀罪のいう、「共謀」といえるのだろうか。最近の最高裁判例は、共謀共同正犯の成立に関して、暴力団の組長が自己のボディガードが拳銃を所持していることを知りながら、これを受け入れて認容していたときは、黙示的な意思の連絡があるとして、共謀の成立を認めている（最判平成15年5月1日）。このような判決に対しては、あまりにも共謀の範囲を無限定にするものとの専門家の批判も存在している。

この点に関する今回の国会答弁は相互に矛盾している。先に、漆原議員の共謀罪が思想処罰に繋がるかどうかの質問に対する答弁も引用したが、自民党の平沢議員の質問に対しても、法務省は単なる意気投合ではダメで、明確な犯罪の合意が必要とも答弁されていた。

大林政府参考人：法案で新設する組織的な犯罪の共謀罪は、厳格な組織性の要件を満たす重大な犯罪、つまり、団体の活動として、犯罪行為を実行するための組織により行う犯罪、または、団体の不正権益の獲得、維持、拡大の目的で行う犯罪を共謀した場合に限って成立することとしております。

この共謀があると言えるために必要な具体的、現実的な合意は、単に漠然とした相談程度では足りず、犯罪の目的や対象、実行の手段、実行に至るまでの手順、各自の役割など、具体的な犯罪計画を現に実行するために必要な要素を総合的に考慮して、具体性、特定性、現実性を持った合意がなされなければならないと考えております。（発言する者あり）

（10月14日平沢議員の質問に対する大林政府参考人の答弁）

ところが、その後の法務委員会の審議では、保坂展人議員の共謀共同正犯における判例理論を引用しての質問に対して、共謀は黙示の連絡でも、目配せでも成立すると法務省の担当者は答弁するに至った。

保坂（展）委員：そうすると、ちょっと堂々めぐりの議論になってしまうんですけども、これまで、この共謀罪、団体性の要件を満たして組織として共謀がされる場合には、だれがどうして、どこで集まって、あるいはそれこそ手順ですね、役割分担などを厳密に規定して、それで初めて成立をするんだというお話でした。先日のやりとりで、この共謀の定義ということをめぐるお話しさせていただきましたが、これは共謀共同正犯における共謀の概念とほぼ同一で、言説を要しない暗黙の共謀、あるいは黙示の共謀ですか、黙って、これもあり得る、こういうことでしたよね。

会議も打ち合わせも言語による指揮命令もなく、暗黙で共謀罪が成立するというのは、どういうケースがあり得るんですか。

大林政府参考人：先ほどからいろいろな、形成過程において、例えば、だれを

殺そう、それからどういうグループ、手下で、例えば自宅へ押しかけて行って殺そうというような話があったとします。ただ、いつやるかとかいう問題だけが、この間、目でというお話もありましたけれども、時期だけがまだ確定していなかったとします。そうすると、やはり共謀としてはまだ完成したとは言えないと思います。ですから、最後の段階で、例えば実行部隊が、親分、ではきょうやりましょう、それに対してうなずいた、おっしゃられるように、目でそれなりの肯定の合図をした。これは、そこで時期、手段も確定していますから、一つの共謀があったというふうな事例になるんじゃないかと思います。

[ 田村（憲）委員長代理退席、委員長着席 ]

保坂（展）委員：ちょっと法務大臣に聞きたいんですけども、共謀罪というのは実行がないんですね。だから、目くばせしたって、今おっしゃったように、それは相談していたかもしれない、しかし、目くばせをしたからといって果たしてその犯罪が実行されるのかどうか。我々が今まで聞いてきたのは、目くばせとかせき払いとか、あるいはすくっと立ち上がったとか、その程度で瞬間的に共謀というのが成立するとは思っていませんでした。ただ、厳密にいろいろ要件を絞り込んでいくと、瞬間的に目くばせでもあり得るということなんですね。そういうふうにとらえていらっしゃいましたか。

南野国務大臣 ケースによって、十分に合意ができる仲間たちであれば、目くばせでも相手に自分の意思が伝えられることであろうかなというふうにも思います。

保坂（展）委員：では、局長でもいいです。そうすると、その目くばせが、では果たしてその犯罪当該行為の実行に向けての目くばせだったのかという立証は非常に難しいですね、実際のところ。

こういった、目くばせというのは行為ですけども、目くばせもない、要するに暗黙の合意というんですか、あるいは会議も打ち合わせも目くばせも何もない、これも一応共謀として共謀共同正犯だと認められているんですね、一部最高裁の判例で。この点も同じですか。

大林政府参考人：これまで申し上げているとおり、共謀の内容が具体的、現実的な合意をした場合に成立するというところでございます。

ただ、一つ申し上げておかなきゃならないことは、先般も申し上げたんですけども、いわゆる一般犯罪の共謀とそれから共謀罪の共謀と異なるところは、共謀の方は団体要件がついていますから、例えば役割分担とか、そういう団体に伴う共謀の内容まで含んでこなきゃなりません。

ですから、例えば二人が単純な窃盗の共謀の場合はおうで済むかもしれませんが。ただ、共謀罪の方の共謀というのは、今のような、団体性を満たすようなものが要件に加わってきますから、だから、そういう面では、同じ共謀という名前を使っても多少の違いはあるのかなと。ですから、今おっしゃるように、ずっと黙ったまま、目くばせで役割分担とかそういうようなことまで決められるのかどうかという問題があるのかなと。だから、そういう点では、なかなか現実的には、共謀罪の共謀というのはそこで本当に成立するのかなという問題はあるかなと思

います。

ただ、基本的な共謀の考え方は同じであろうというふうに思います。

このような法務省答弁は、共謀罪における共謀成立の基準・範囲は、共謀共同正犯における判例理論と同様であるとの見解に基づくものである。

しかし、このような見解は疑問である。共謀共同正犯の場合は正犯による犯罪の実行によって、犯罪の外枠が確定しており、そこからさかのぼって、なにが共謀かが議論されていた。したがって、黙示の共謀といった不明確な要件で共謀の成立を認めることについて学説からの強い批判はあったものの、判例はこれを認めたものと考えることができる。しかし、共謀罪の場合は、犯罪はまだ、実行されていないのである。共謀の概念も異なってくるのが当然である。

共謀罪の根本概念である犯罪の合意について、これが全く限定されず、明確でないことが、短い国会審議でも明瞭になっている。

## 2 密告を奨励する自首減免規定

本法律案においては、共謀罪は、実行の着手前に警察に届け出た場合は、刑を減免することとなっている。事件を未然に防止するための措置と説明されているが、悪用される可能性も高い。

まず、なによりも、犯罪実行着手前の自首減免規定は、条約上導入が義務づけられているものではない。

犯罪を合意しながら、これをやめようとする場合には、「実行をやめよう」と話し合い、再合意するだけで十分なはずである。犯罪の実行着手前に、警察に届け出るという行為は、通常の市民感覚からはかけ離れた異常な行為であり、これを奨励することは国民の倫理観念にも悪影響を及ぼしかねない。

犯罪を持ちかけた者が、会話を録音などして、相手の犯罪実行の同意を得て警察に届け出た場合、持ちかけた側の主犯は処罰されず、これに同意した者だけの受動的な立場の者の方だけが処罰されるようなことになりかねないのである。例えば、市民団体・労働団体の中に取り締まり機関がスパイを送り込み、なんらかの犯罪を持ちかけ、多くの関係者を罪に陥れるようなことも絵空事ではない。このような事態は多くの国民を疑心暗鬼に陥れ、密告社会への途を開きかねない。

この点は、国会でも審議された。

平岡委員：一つは、自首減免の話なんですけれども、今回の共謀罪については自首減免規定というのが置かれています。先ほど来から私が申し上げているように、そもそも、この共謀罪という犯罪類型をつくるということ自体が、私は、監視社会あるいは管理社会というものをつくっていくんじゃないかというような不安を持っているわけでありましてけれども、これほど多くの罪について自首減免制度というものをつくっていくということは、そういうおそれが非常に高いんじゃないか、なおさら高いんじゃないかというふうに私は思うんですね。仮に自首減免ということを経るとしても非常に限定的であるべきだ、こういうふうに私

は思うんです。

そういう意味では、仮にその共謀が実行に移された場合には、被害が広範、重大で、かつ、事後の回復措置をとることが困難なもの、こういったものに限定して自首減免を考えていくべきだというふうに思うんですけれども、大臣、その点いかがでしょうか。

南野国務大臣：共謀をした者が実行に着手する前に自首した場合に、刑を軽減し、または免除することとしているのは、これは、自首を奨励し、共謀に係る重大な犯罪が実行されることを未然に防止しようという政策的配慮に基づくものであると思います。

このような規定を設けることは、共謀に係る重大な犯罪を未然に防止するため、共謀罪または参加罪の犯罪化を義務づける条約の趣旨に沿うものでありまして、また、この必要性は重大な犯罪とされる各罪において変わるところはございませんので、一律にこれを設けることとしたものでございます。

(10月21日付平岡委員の質問に対する南野大臣の答弁)

自首の必要的減免規定は司法取引や訴追免除につながるものであるが、これらの制度は、我が国の法制度には明示的には存在しなかったものであり、これを導入すべきかどうかは、別途に徹底的な議論の場を設けて討論された後に決定されるべきことからである。このような重大なことを拙速に決めてはならない。

このような制度の導入には、著しい濫用の危険があり、それによって得られる利益とのバランスを考えても、削除すべきである。日弁連は同規定の削除を強く求めるものである。

### 3 共謀罪はどのような場合に適用されうるか

現在の法案がどのような行為に適用される可能性があるかを考えてみたい。

労働組合が会社の倒産が近いという情報をもとに会社と団体交渉を行うに際して、退職金の支払いの保証のため社長個人の保証を求め、それが得られなければ長時間に及ぶ徹夜団交も辞さないという執行委員会で決定した。(組織的監禁罪の共謀罪)

マンションの建設に反対している住民団体が、工事着工の間近に控えた会合で当日は資材搬入を止めるため未明から現場に座り込むことを決定した。(組織的威力業務妨害罪の共謀罪)

ある新聞社が政治献金疑惑の疑われている政治家の自宅に記者を張り付け、帰宅した政治家にインタビューをして、取材拒否にあっても事実関係についての弁明を必ず取材させることを編集会議で決定した。(組織的強要罪の共謀罪)

衆議院選挙の終盤、苦戦を伝えられる現職議員の選対会議で、電話作戦の強化を話し合い、選対メンバーの会社社長に社員にアルバイト代を支払ってでも、一人50本ずつ電話を掛けさせてくれと依頼してその承諾を得た。(多数人買収罪の共謀罪)

会社の決算時に、利益を隠すために経費を水増し、売り上げ除外を行うことを経理課職員が合意した。(法人税法違反の共謀罪)

これらの事例は、いずれも、団体そのものの目的には犯罪目的はなく、たまたまその団体が一過的に犯罪を犯した事例であるが、法務省はこのような場合に共謀罪が成立するかどうか、多くの質疑では「ケース・バイ・ケース」という便利な答弁で逃げている。

しかしながら、少なくとも、現在の法文のままでは、共謀罪に問われる可能性があると考えられる。国会審議を通じてそのように解釈される可能性があることは明確となった。仮に、法務省がこれらの事例には適用されないとされるのであれば、適用されないことを法文の上で確実に確保できる形に、前述したように、法文を徹底的に見直すべきである。

#### 4 行政機関は適用対象か

行政機関が共謀罪の対象となるかも特別国会の審議で焦点となってきた（10月25日の河村たかし議員の質問）。組織ぐるみで裏金作りをしている行政機関は、公金横領の共謀罪ではないかという議論が、民主党の議員から提起されている。共謀罪が政治家の選挙運動で運動員買収を計画したような場合に適用されるかも焦点化してきている。国会議員たちが、共謀罪を自分の問題として考え始めたよい証左である。

## 第4 共謀罪は我が国の刑事司法をどのようなものに変えるか

### 1 共謀罪は我が国の刑法体系を敵味方刑法に変えてしまう

共謀罪は「英米において集団自体を危険視する前近代的発想に根を置き、労働運動政治運動の弾圧や法による道徳の強制に活用されてきた長い歴史を有するものであって、治安立法の典型である」とされる。<sup>\*17</sup>

「刑法の処罰範囲の拡大、犯罪成立時期の前倒しは、犯罪とされる行為のすべてを取り締まることが困難であることを前提としており、刑罰権の恣意的・差別的適用をもたらしかねない。そこでは、『なされた行為』よりも『敵』と『味方』の区別の方が重要である。ゆえに、行為よりも行為者が重視され（『行為者刑法』）、法定刑にも『組織犯罪』と『一般犯罪』とでのダブルスタンダードが導入される。同時に、『刑罰』の意味も変わる。『敵』に対する刑罰では、『社会復帰』（＝統合、同化）は意味をなさなくなるのである。」<sup>\*18</sup>

このようにして、刑事司法そのものが一般市民相互の約束事としての市民刑法としての性格を変容させ、社会の中の貧困層や民族的少数派、社会的反対派の抑圧のための道具（「敵味方刑法」）となりかねないのである。

### 2 共謀罪の導入で盗聴捜査・監視社会が拡大する

共謀罪が導入されれば、犯罪の捜査のあり方が一変する可能性がある。共謀罪では人々の会話や電話・メールの内容そのものが犯罪となる。通信記録の保全要請はこの同じ法案において既に提案されているが、盗聴法の適用範囲の拡大、室内盗聴の導入、サイバー犯罪条約で導入が提案されているメールのリアルタイム傍受（今回の法案には含まれていない）などが次々に提案される可能性がある。また、自白偏重の促進、さらにはスパイの団体への潜入などが予測される。

この点についても国会で審議の対象となっている。

津村委員：まだ余り具体性がないと私は思うんですけども、では、それに乗ってお話をしましょう。富田さんのおっしゃるような話でさせていただきます。

それは、共謀があったという事実認定をどのようにするのか、どういうものがその証拠として想定され得るのか。それは関係者の自白だけなのか、それともテープなんかもあるのか。その辺の、イメージしている証拠あるいはその収集方法というものについて、これも事前通告しておりますが、お尋ねします。

南野国務大臣：法案の共謀罪の捜査につきましても、他の多くのひそかに行われる犯罪の場合と同様の方法でその捜査の手がかりを求め、必要かつ適正な

<sup>\*17</sup> 浅田和茂「共謀罪立法化の動きと問題点」12頁（『季刊刑事弁護』44号）

<sup>\*18</sup> 松宮孝明「実体刑法とその「国際化」に伴う諸問題」28頁（『法律時報』2003年2月号）

捜査を尽くすことになると考えられております、今言われたような事案については。

具体的に申しますと、実際に行われた別の犯罪の捜査の過程で共謀についての供述または犯罪計画書のような証拠となるものが得られることも予想されるわけですので、共謀に参加した者の自首や、それから共謀がなされたことを聞いた犯罪組織の構成員の情報提供などがきっかけとなって捜査が開始されることもあるというふうに思います。(発言する者あり)

津村委員：そうすると、これは共謀罪が新設されたことによって、新たに捜査の手法として何も特に目新しいものは考えていないということですか。

たまたまいろいろ、今、別件捜査という声も出ましたけれども、要は、ほかの捜査の中から出てこない、最初から共謀罪、つまり共謀という、それが今後犯罪となればですけれども、共謀という犯罪が行われていることを調べようとする努力というものは従来の手法にないというのであれば、要するに、捜査のしようがないわけですよ。別件で何かしたときにおまけに出てくることでしかないとすれば、もし共謀という犯罪があると推定して、それを捜査しようとしたら別件逮捕しなきゃいけないわけですが、これはどうやって捜査をするのか、御説明ください。

南野国務大臣：先生の御質問は、共謀罪を新設する、そのことに伴って新たに導入することを予定している捜査手法はあるのかというお尋ねでございますよね。それでよろしいですね。

共謀罪の新設と新たな捜査手法の導入とは別の話であります。今回の法案におきまして、共謀罪の立証を念頭に新たな捜査手法を導入することはいたしておりません。将来、新たな捜査手法を導入するか否かについては、今後、各種の犯罪に関する捜査の実情などを踏まえながら導入の必要性などを検討すべきものであると思われております。

(10月25日の津村議員の質問に対する南野法務大臣の答弁)

このように、政府は新たな捜査手法の導入について明言を避けているが、否定はしていないのである。我が国の刑事司法は代用監獄制度のもとでの長期間の警察取調が可能であるとともに、その警察取調の内容について録音録画などの可視化が不十分であり、自白強要の捜査に対する適切な歯止めを欠いている。このような状況のもとで共謀罪を制定することの人権上の問題は、取調の期間が短く、可視化も進んだ諸外国に比べても、非常に深刻なものとなりうる。

共謀罪が監視社会を強めるのではないかという意見も、国会で平岡議員のまとめの発言として出された。

「我々としては、今回の政府の法案というのは、基本的には、この条約を国内法化するに当たって、よりもっと一歩捜査の範囲を広げていって、監視社会、管理社会みたいなものをつくって、何かそういう下心があるのではないかと、

多分持っていないでしょう、大臣が持っていないと言われたから持っていないと思うんですけども、一般の市民の人たちはそう思っている人が多いんですよ。

そう思っている人が多いので、そこは自制的な国内法制化を行い、そして必要があるならば解釈宣言を出す、あるいは留保をする、そういうことも含めて、改めて立法化を考え直していただきたい、私はこのことを今回の第一回目の質問では要求させていただきまして、私の質問を終わらせていただきます。」

(10月21日の平岡議員の質問)

2004年9月に発足した「国際組織犯罪等・国際テロ対策推進本部」(本部長 細田官房長官)は、2004年12月10日、包括的なテロ対策として「テロの未然防止に関する行動計画」を策定した。通信傍受法の改正による適用範囲の拡大などが対策に含まれる見通しとされている。

いま、ほとんどの街の主な街灯に監視カメラが設置され始めている。このカメラに顔の認識システムと高性能マイクが連動したら、街頭の会話からも共謀罪が立証できることになるだろう。

## 第 5 結 論

日弁連は近代刑法の原則を変容させる共謀罪の制定そのものに強く反対する。仮に、国際（越境）組織犯罪防止条約の批准に際して、共謀罪の立法化が不可避であるとしても、少なくとも次のような修正を加えるべきである。

1) 条約批准にあたり、条約第 5 条に関して留保又は「対象犯罪を組織犯罪集団の関与する、越境的な性質を有する犯罪に限定する。」及び犯罪成立のためには「合意を推進する行為」を必要とするとの解釈宣言を行うべきである。

2) 国内法化に際しては、この規定の適用範囲を、条約の適用範囲として明示された「組織犯罪集団による越境的性質を有する」行為に限定するべきである。組織犯罪集団については、重大な犯罪行為を行うことを目的とし、かつ現に重大な犯罪行為を累行していることを要件とするべきである。

3) 国内法化に際しては、対象犯罪は組織犯罪集団が組織的に関与する可能性のある重大犯罪に限定するべきである。

4) 国内法化に際しては、犯罪成立のために合意だけでなく、犯罪の準備行為を要件とするべきである。

5) 密告の奨励につながる実行着手前の自首による必要的減免規定は削除するべきである。

6) 共謀の概念を明確化するために法務省による国会答弁のとおり、「単に漠然とした相談程度では足りず、犯罪の目的や対象、実行の手段、実行に至るまでの手順、各自の役割など、具体的な犯罪計画を現に実行するために必要な要素を総合的に考慮して、具体性、特定性、現実性を持った合意がなされなければならない」との趣旨を法の明文に書き込むべきである。