

【研究ノート】

「陰謀」と「共謀」

中 島 広 樹

1 はじめに

「勾留」と「拘留」のような同音異義語はもちろん、刑事法には類似した言葉がある。「陰謀 (complot)」と「共謀 (conspiracy)」も、同音ではないものの、その類似性はすでに指摘されている¹⁾。

たとえば、日本史で有名な「鹿ヶ谷陰謀事件 (1177年)」は、古代日本の支配層である後白河上皇 (1127-1192) と平清盛 (1118-1181) の権力闘争の過程で発生した平家打倒の陰謀事件とされるが、この事件では、院の近臣である西光法師 (?-1177) や藤原成親 (1138-1177) らが、共謀者として殺害されたほか、「法皇近習之輩」とされた6人が逮捕され官職を剥奪されたり流罪になったりしたことは良く知られている²⁾が、鹿ヶ谷共謀事件という言い方は一般的にはされないようだ。他に、世界史ではフランス革命時の「バブーフの陰謀事件 (1797年)」が有名であるが、これは、徹底した平等 (私有財産制の否定) を求めるバブーフ (François Noël Babeuf, 1760-1797) が当時の総裁政府打倒の陰謀を企て、仲間とともにギロチンで処刑された事件であるが³⁾、これも共謀事件とはいわれない。言葉の使われ方として陰謀は、反乱的・反逆的な政治的事件を目指す事件のスタート時点の「行動」を指し、共謀は、共謀者としてそのような行動を構成する「人」を意味するような語感があるように思われる。

わが国の刑法典では、内乱罪(78条)、外患罪(88条)、私戦陰謀罪(93条)の3か条のみで陰謀を処罰しており、他方「共謀」罪規定は、前記陰謀罪や特別刑法・行政刑法の分野において無視できないウエイトを占めているとされる教唆・扇動罪などを除くと、一般的な形式としてはわが国の刑法学には存在しないといわれており⁴⁾、反面、近年問題となったいわゆる「テロ等準備罪」(平成29年成立)において登場した「共謀罪」は、約300種もの罪種に適用されるものであった⁵⁾。

ところで、陰謀も共謀も刑法典上の定義はなく、その意義の解明は判例・学説に委ねられているが、辞書的意味を探ると、「陰謀」とは、①謀反の謀略、②二人以上の者が犯罪行為を謀議することとされ、「共謀」とは、①二人以上の者が共同でたくらむこと、とされており⁶⁾、両概念は、一般にほとんど同じ意味として理解されていることが判明する。

また、周知のとおり陰謀概念は、実行の着手以前の犯罪行為と解されることから、刑法学においては未遂犯論ないし犯罪の発展段階の問題に属し、共謀概念は、主として共謀共同正犯(verabredete Mittäterschaft)の中で共犯論の問題として論じられる。

したがって、両者はその意義の類似性・機能面の差異に照らすと、両立可能であると思われる。

たとえば、陰謀罪の規定をもつ内乱罪の陰謀を行った場合、刑法78条の内乱陰謀罪によれば、内乱の陰謀を行った者の法定刑は、1年以上10年以下の禁錮という比較的軽微なものであるのに対して、陰謀の外観を呈する行為が「共謀」と認定された場合は、内乱罪の共謀共同正犯として、刑法77条1項1号ないし2号によれば、法定刑は死刑や無期禁錮と規定されていることから、かなり重い宣告刑が量刑の視野に登場することもあろう。裁判官の法解釈や事実認定の違いによっては、たとえば、「数人が内乱の陰謀を行うための場所を提供する行為」につき、A裁判官が内乱陰謀罪(刑法78条)(陰謀行為が内乱予備・陰謀罪に対する幫助的加功と解した)と判断した場合には、刑法79条により懲役1年以上7年以下とされうるのに対して、B裁判官ならば、内乱罪の陰謀ではなく、内乱罪の「共謀」共同正犯と評価して死刑すら言い渡す可能性があるのだ。内乱罪の共謀共同正犯と認められた場合、刑法77条1項により死刑となることもある(1号)のに、内乱陰謀罪という評価ならば、幫助的加功の場合のような犯情の軽い場合には、従

犯減輕（刑法63条）はなされない⁷⁾ものの禁錮1年もありうる（刑法79条）以上、裁判官が陰謀とみるか共謀とみるかにより、被告人の量刑には天地の開きが生じうるであろう。

このようなわけで、陰謀は予備との関連性が問われることも多いが、共謀との関係が検討されることによって、陰謀の意義をより明確にする必要があると思われる⁸⁾。本稿では、わが国の刑法をはじめとする実定法上の概念である「陰謀」・および（ほぼ陰謀と同義とされる）「共謀」と実定法上の概念ではない「共謀共同正犯」における「共謀」とを対象として、これらの概念の意義に関する考察を行いたい。

2 陰謀の意義 [学説]

【① 陰謀は予備の前段階の行為】

そこで、まず「陰謀」の意義について確認しておきたい。

内乱陰謀罪について、陰謀とは二人以上の者が或る犯罪の実行を目的として合意することをいう、とされる⁹⁾。この点については、今日ほぼ異論はないと思われるが、陰謀の内容は、予備との関係でより明らかにする試みがこれまでなされてきた¹⁰⁾。まず、第一に陰謀は予備の一種¹¹⁾だが、陰謀は「予備の前段階の行為と考えるものである¹²⁾。

たとえば、「陰謀ハ予備行為ノ一種ナリ換言スレハ広義ノ予備行為ハ陰謀ヲ包含ス然レトモ条文ニ於テ兩者ヲ分出スルノ故ニ因リ異同ヲ明ラカニセサル可ラス其未着手以前（陰謀ヲ除ク外其余）一切ノ犯行ヲ包括シ陰謀ハ一定ノ犯罪ニ付キ二人以上ノ間ニ於テ合意アル状態ノミヲ指シテ言フノ相違アリ」とする主張がある¹³⁾。すなわち、予備行為も陰謀もいずれも実行着手前の行為であることに変わりはないが、陰謀は、「陰謀を為し未だ予備に至らざる者」と規定され、予備の前段階の行為とされ、さらに予備は、一人でも二人以上でもできるが、陰謀についての「合意」という定義によれば、陰謀の方は必然的に二人以上を要するという違いが出てくる、とする主張であろう。このような考え方をさらに進めて「陰謀とは予備を共同して行うことと解すべきであろう。従来、陰謀は予備の前段階の如く解されているのは当たらない¹⁴⁾として、陰謀は予備（preparation）の前

段階であるという見方を否定する見解も登場する。

【② 陰謀は予備の一種】

他方、木村博士は「共謀」「陰謀」「犯罪団体 (Bande)」等の用語を対比しながら、陰謀は予備の一種とする見解を維持する注目すべき説明を行っている¹⁵⁾。すなわち、「共謀又は共同謀議とは二人以上の間において、個々の共同者の意思を超越した団体的な「共同意思」(gemeinsamer Wille) を形成することであって、其の共同意思が一箇の犯罪を行うことを目的とする場合を「陰謀」(complot) といい、不定多数の犯罪を行うことを目的とする場合を「犯罪団体」といい、ともに予備に属する。

しかし、現行刑法は以下の通り3か条で陰謀罪を処罰している。

- ①刑法78条 内乱の予備又は陰謀をした者は、1年以上10年以下の禁錮に処する。
- ②刑法88条 第81条 (外患誘致) 又は第82条 (外患援助) の罪の予備又は陰謀をした者は、1年以上10年以下の懲役に処する。
- ③刑法93条 外国に対して私的に戦闘行為をする目的で、その予備又は陰謀をした者は、3月以上5年以下の禁錮に処する。ただし、自首した者はその刑を免除する。

ところで、陰謀が予備の一種だとする学説によると、現行刑法が予備のみを処罰する規定 (刑法113条、153条、201条、228条の3、237条) を有することからみて、たとえば、強盗や殺人の陰謀行為は予備罪の規定によって処罰されることとなる場合が現れると解されるが、現行刑法は、旧刑法125条2項が、「陰謀を為し未だ予備に至らざる者」という明文によって陰謀と予備とを区別していたような規定はもたないが、予備と陰謀を区別してともに処罰している刑法78条・88条・93条の規定は存在することに鑑みると、明文で処罰されていない陰謀を明文で処罰している予備に該当すると解釈することは類推解釈にあたり、罪刑法定主義に悖ることとなるのではないかと疑いが起こる¹⁶⁾。

だがしかし、刑法典には陰謀と予備を別々に規定している条文と予備のみ規定している条文が混在しており、予備と陰謀を共に規定している条文の場合は、予備と陰謀は夫々別箇の概念と言えようが、予備のみを処罰している規定については、条文上は、予備は陰謀を含む概念だと主張することができるのではないか¹⁷⁾。

【③ 予備・陰謀が別々に規定されている場合は、予備に陰謀は含まれないが、予備のみを規定する条文には予備に陰謀が含まれる】

このような主張も一応可能であろうが、明文の規定もないのに陰謀を予備に含めて理解することは、罪刑法定主義や共謀だけでは処罰しないというわが現行刑法の原則のそれぞれに反する解釈となると解されるが、そのような例外を認めて、処罰範囲の拡大を許容することを合理化するに足るだけの十分な根拠は明らかにされていない。予備のみを処罰する予備罪と陰謀も含む予備罪とは、概念内容が異なるという解釈は、陰謀を含む予備と陰謀を含まない予備を認めることは「概念の相対性」という観点からは直ちには否定されないであろう、と論ずる学説がある¹⁸⁾ものの、同一の刑法における文言は、原則として統一的に解釈することを常道とするのが刑法の体系的解釈の要請と解すべきであるから、陰謀を含む予備と陰謀を含まない予備を認めることは妥当ではないであろう、と指摘する学説もある¹⁹⁾。

以上のように、予備と陰謀は異なる概念であるとする、それぞれの意義が問題となる。

【④ 予備と陰謀は異なる概念である】

犯罪の準備は、まず心理的過程として始まることは論を待たないが、他方「何人も思想の為に処罰されることはない」(Cogitationis poenam nemo meretur.)のだから、個人内心の単なる心理的準備(犯罪の決意・計画)としての陰謀は予備として罰すべき対象ではない。この立場では、予備とは、物的準備行為であり、陰謀とはこれに先行する心理的ないし人的準備行為であるとする²⁰⁾。すなわち、この説によると、予備とは犯意を実現するためになす準備行為であって、まだ実行の着手に至らないものをいう、と定義される。他方、陰謀とは、二人以上の者が一定の犯罪を実行することにつき、具体的に計画し合意することをいう、と定義される²¹⁾。

3 判例【三無事件】

予備罪、陰謀罪の意義について判示したものとして、いわゆる「三無事件」に関する判例が存する²²⁾。

【事案の概要】

被告人Aらは、いわゆる「三無主義（無税・無失業・無戦争）」政策の実施を基本とする確固とした反共的諸施策を推進する目的をもって、武装した数百名の多人数で開会中の国会を襲撃し、その付近を騒乱状態に陥れ、かつ、抵抗する者らに対しては、殺害も辞さずという意図で騒擾及び殺人の陰謀をした事案で、12人が起訴された裁判では東京地裁で、破壊活動防止法39条・40条（政治目的殺人陰謀罪）が初めて適用され、8人に有罪判決が下された。検察は予備罪も成立すると主張したが、二審は「実行行為着手前の行為が予備罪として処罰されるためには、当該基本的構成要件に属する犯罪類型の種類、規模等に照らし、当該構成要件実現（実行の着手も含めて）のための客観的な危険性という観点からみて、実質的に重要な意義を持ち、客観的に相当の危険性の認められる程度の準備が整えられた場合たることを要する」と判示し、これを退けた。二審有罪上告中に1名が死亡して公訴棄却となったほかは、上告棄却により7人の有罪が確定した。

予備・陰謀の判断基準として、一審の東京地裁は注目すべき説示を行っている。すなわち、予備については「予備行為自体に、その達成しようとする目的（目的とする基本犯の構成要件の結果）との関連において、相当の危険性が認められる場合でなければならない・・・各犯罪類型に応じ、その実現に『重要な意義をもつ』あるいは『直接に役立つ』と客観的にも認められる物的その他の準備が整えられたとき、すなわち、その犯罪の実行に着手しようと思えばいつでもそれを利用して実行に着手しうる程度の準備が整えられたときに、予備罪が成立すると解するのが相当である」と判示する一方で、破防法39条、40条の「陰謀」の判断基準についても「明白かつ、現在の危険が認められる場合をいうと解するが、明白かつ現在の危険を伴う陰謀とは、その目的とする犯罪が、すでに単なる研究討議の対象としての域を脱し、きわめて近い将来に実行に移され、また移されるよう

な緊迫した状況にある時と解される」と判示している²³⁾。

4 小括

陰謀の意義につき、学説・判例を概観したところで、これまでの議論をまとめて、陰謀についての妥当と思われる意義について検討してみたい。

まず、陰謀と予備は同一であるとする見方は、そもそも実定法上、予備と陰謀が別々に規定されていることが多い点に鑑みると説得力が弱いことは、これまでも認められてきたことである。しかも、ポワソナード以来の沿革に徴しても、むしろ、陰謀は予備の前段階の行為であるとする見方が、少なからず学説に影響していたこともわきまえた。それは、予備と陰謀が異なるという見方の妥当性を傍証するものであり、今日では、予備も陰謀も、犯罪の発展段階としては、目的とする犯罪の実行行為に着手する時点の前段階に位置する準備行為という点では同じ性格を有し、その点では、陰謀は予備の一種とする見方にも少なくとも一理はあるわけであり、そこで、予備は物理的準備行為であり、陰謀は心理的準備行為であるという区別を立てるのが通説的な見方となっているものと思われる。しかし、これだけでは、陰謀の意義がまだ判然としない憾みが残るであろう。そこで、前述したような予備と陰謀の判断基準が判例によって打ち出されるわけであるが、それは「言論、集会等の自由は、国民の自治の原理にもとづく民主制度の基礎をなすものであるから、言論、集会等の自由の抑圧を正当化するためには、その言論、集会に、それに制限を加えることから生じる危険を明白、かつ、疑いを入れない程度に凌駕するような社会公共の利益に対する直接かつ、緊急の重大な危険（いわゆる「明白かつ現在の危険」）が存在することが必要であると、解すべき」とする民主主義・人権と公共の利益とを調和させようとする観点から導き出されたもので、支持しうる定義である、とあってよい。

すなわち、予備とは、「その犯罪の実行に着手しようと思えばいつでもそれを利用して実行に着手しうる程度の準備が整えられたとき」と要約されるような、基本犯の結果発生につき相当の危険性が認められる段階に認められるとされる。

他方、陰謀に関しては「その目的とする犯罪が、すでに単なる研究討議の対象としての域を脱し、きわめて近い将来に実行に移され、また移されるような緊迫

した情況にあるような明白かつ、現在の危険が認められる場合をいう」と定義されているが、予備の定義と陰謀の定義とを突き合わせるならば、要するに陰謀と予備内容とを結合させながら「陰謀とは、基本犯の結果発生を最終目的としながら明白・かつ現在の危険性を発生させるような基本犯に対する予備の事態を引き起こすことの計画・合意」と制限的に理解するのが合理的と言えよう。このような理解は、予備が陰謀の前段階的性格を有すること、予備と陰謀が相似した性格を有すること、予備も陰謀も実行着手前の行為だが前者は物理的準備・後者は心理的準備と指摘されていた各説の主張内容の全てがほぼ充足され、しかも、人権と公益性との調和を図りうる現実的かつ合理的な解釈であるというべきである。

5 共謀共同正犯の共謀の意義

共謀共同正犯の成立要件の一つである「共謀」とは、どのように定義されるのであろうか。

「共謀」の意義は、共謀共同正犯の問題自体と関わっている。まず、共謀共同正犯とは、「二人以上の者が犯罪の実行を共謀し、共謀者中のある者が共同目的の実現の為に犯罪の実行に出た場合に、自らは実行行為の一部すら分担しなかった他の共謀者にも共同正犯の責任を負わせることができる」²⁴⁾という解釈論をいう。すなわち、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」という刑法60条の規定は、「二人以上共同して犯罪を実行した者の全員が犯罪の全部または一部を分担する『実行共同正犯』を意味する」と考えていたのが従来の学説であるから、全く実行行為を行っていない共謀者にも共同正犯の罪責を認める「共謀共同正犯」をどのように正当化すべきかが学説上の課題となっていた²⁵⁾。

すなわち、かつて、通説であった共謀共同正犯否認論では、①正犯とは実行行為を行う者をいう（正犯＝実行）²⁶⁾、②それゆえ、共同正犯の一種である以上、実行の分担が必要であるが（共同正犯＝正犯）③共謀共同正犯においては、正犯の構成要件的特徴を示す実行の分担が認められないので共同正犯とはなりえない（共謀共同正犯＝実行の欠如）、というものであり、したがって、共謀共同正犯を肯定するには、①～③の命題のうち、少なくとも一つが否定されなければなら

ないことになる、といわれる²⁷⁾。

まず、①正犯=実行の命題を否定して、共謀共同正犯肯定論を主張したのは、有名な共同意思主体説であった。

共同意思主体説とは、二人以上の異心別体である個人が、一定の犯罪を行うという共同目的のもとに、同心一体の共同意思主体を形成すれば、その構成員の一部による実行は、共同意思主体の行為として認識され「その結果として直接に、実行行為を分担した共謀者の行為は、直ちに、以て、実行行為を分担しない他の共謀者の行為そのものとなる」がゆえに、構成員全員が共同正犯となるという見解と理解されている²⁸⁾。

判例をみると、大審院時代には、リーディング・ケースとされる昭和7年に発生したいわゆる大森銀行ギャング事件に関する大審院刑事連合部判決（大判昭11・5・28刑集15・715）が出されたが、周知のとおりこれは某政党の地下組織資金部責任者が、党の資金獲得のため銀行強盗を発案計画し、部下の党員に指令して強盗を実行させた事案で、共同意思主体説²⁹⁾によっていると解されることもある³⁰⁾。

すなわち、同判例は「凡ソ共同正犯ノ本質ハ二人以上ノ者一心同体ノ如ク互ニ相倚リ相援ケテ各自ノ犯意ヲ共同的ニ実現シ以テ特定ノ犯罪ヲ実行スルニ在リ、共同者ガ皆既成ノ事実ニ対シ全責任ヲ負担セザルベカラザル理由茲ニ存ス」とし、②その共同実行の手段としては一律でなく、共に「手ヲ下シテ犯意ヲ遂行スル」場合も、謀議のうえ「其ノ一部ノ者ニ於テ之ガ遂行ノ衝ニ当ル場合モ、二者均シク協心協力ノ作用タルニ於テハ其ノ価値異ナルトコロナシ」として、いずれも共同正犯の関係を認めるのが原則であるとし、③そしてこのことは、その犯罪が知能犯であると、放火罪、殺人罪等の実力犯であることによって異ならないとし、④「二人以上ノ者窃盜又ハ強盜ノ罪ヲ犯サンコトヲ謀議シ其ノ中或ル者ニ於イテ之ヲ実行シタルトキハ爾余ノ者亦由テ以テ自己ノ犯意ヲ実行シタルモノトシテ共同正犯タルノ責ヲ負フ」と判示された³¹⁾。

このような判例の傾向は、戦後、松川事件最高裁判決に受け継がれた³²⁾。

ところで、共謀共同正犯否認論を含む他の見解は共同正犯を正犯と解しているが、共同意思主体説は、共謀共同正犯を正犯ではなく共犯であると解し、他の共犯（教唆犯や従犯）とは実行行為の有無ではなく「重要な役割」を演じたかどう

かによって共同正犯と教唆・従犯との区別基準とする(=共犯内部の区別基準)³³⁾のだが、この立場によるとされる前記昭和11年や昭和34年判例では、いずれも共謀の意義を「共同意思すなわち犯罪の共同実行の合意の形成に至る共同謀議行為そのもののこと」と解しているとみられる³⁴⁾。謀議への参加は重要な役割を演じるものと解されるからであろう。もちろん、謀議に参加しなくとも総合的にみて、重要な役割を演じていると認められれば共謀共同正犯と認められる場合もありうるし、謀議を行うことは、実行分担の欠如を補うものであるから、そもそも謀議に参加することが実行に準ずる重要な役割を果たすという考えはありえよう。

他方、共同意思主体説と異なり、いわゆる包括的正犯説は、「実行なき正犯」の概念を認め、重い処罰に値する行為をした者を正犯と解することにより、前述の共謀共同正犯を肯定するための3個の命題のうち、正犯とは実行行為者であるとの命題を否定することを通じて、共謀共同正犯を肯定する立場であるといえるが³⁵⁾、謀議を行うことが重い処罰に値する行為に関与していることと解され、正犯と共犯を区別する基準となしうとする³⁶⁾。もちろん、謀議に参加しなくとも総合的にみて、重要な役割を演じていると認められれば共謀共同正犯を認められる場合もありうる³⁷⁾し、謀議を行うことは、実行分担の欠如を補うものであるから、そもそも謀議に参加することが実行に準ずる重要な役割を果たすという考えはありえよう³⁸⁾。

こうした理由から、包括的正犯説は、共同意思主体説と同様に共謀の意義を「共同実行の合意の形成に至る共同謀議行為という客観的要件と解すべきだ」とされることとなろう³⁹⁾。

最後に前述の共謀共同正犯を肯定するための3個の命題のうち、正犯とは実行行為者であるとの命題を否定することを通じて、共謀共同正犯を肯定する立場であるが、共謀共同正犯においては、正犯の構成要件的特徴を示す実行の分担が認められないので共同正犯とはなりえない(共謀共同正犯=実行の欠如)、という部分を否定して、いわゆる間接正犯類似説や行為支配説の立場から、共謀共同正犯肯定説が導かれる⁴⁰⁾が、このような立場からは相応に共謀の意義が与えられるであろう。

戦後、いわゆる練馬事件⁴¹⁾が発生した。すなわち、被告人Xは当時の某政党の軍事組織の地区委員長であったが、Yと練馬警察署の巡查Aの襲撃を謀議し、

Yが具体的実行を指導することとしたところ、その後、Yの指導のもとでZ他数名がAを襲撃し傷害を加え、まもなく死亡するにいたらしめたという傷害致死罪の事案である⁴²⁾。この事例から、共謀とは「犯罪の共同遂行に関する合意」とする考え方が有力である⁴³⁾。

すなわち、共謀共同正犯の刑事責任は、犯罪遂行の謀議に加わったことにより根拠づけられるのではなく、謀議の結果、犯罪の共同遂行の合意に達し、それにより各人が犯罪遂行の意思を確定させ、その意思の実現として実行行為がなされたことにより根拠づけられる、と解されることになる⁴⁴⁾。

そして、練馬事件で示された共謀共同正犯に関する理解が、共謀に関するこのような考え方（共謀＝犯罪の共同遂行の合意）の基礎にあるといえよう。それは、「共謀共同正犯が成立するためには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」という間接正犯類似説と呼ばれるものである。この学説は、「共謀共同正犯には実行行為が欠ける」とする、前述の共同正犯が否定される3個の命題の3番目の命題を否定するものであり、実行概念を実質化することにより、共謀共同正犯も結果の発生に対して行為支配を及ぼしている限り、全体としてみれば実行を分担しているといえるから、共同正犯たりうるとする議論である⁴⁵⁾。

共謀共同正犯を、このように間接正犯類似のものと解すると、共謀とは、実行共同正犯の要件たる共同加功の意思ないし意思の連絡等の単なる内心状態の呼称ではなく、犯罪の共同遂行の合意というものが必要となるのである。なぜならば、犯罪の共同遂行の合意として共謀の意義を捉えたとき、他人と協力し、共謀者が相互に相補い相利用して共通の目標の実現を図る意思を持つものとして間接正犯類似の共同正犯の責任を根拠づけうるからである⁴⁶⁾。

犯罪の共同遂行の合意としての共謀があればこそ、「共同意思のもとに一体となって相互に了解し合って互いに相手を道具として利用し合う」ことが可能になるのである⁴⁷⁾。しかし、このような考え方では教唆犯と間接正犯との概念的区別が不可能になると批判され、同様に実質的実行共同正犯論⁴⁸⁾と呼ばれる行為支配説⁴⁹⁾が有力化した。

6 小括

共謀共同正犯における「共謀」の意義について検討したが、学説では共謀共同正犯を肯定する根拠と関連して共謀とは何かが問題とされていることが判明し、その結果、共同意思主体説や包括的正犯説では、重要な役割を果たすこと、重い処罰に値する役割をなすことに共謀共同正犯の肯定根拠が求められ、そのため、昭和11年の大森銀行ギャング事件の判例に依拠しつつ共謀とは「共同実行の合意の形成に至る共同謀議行為そのものこと」とするいわゆる客観説に落ち着くとされることになる。共同謀議に参加することは重要な役割を果たす行為であるか、重い処罰に値する行為と解されるからである。

これに対して、昭和33年の練馬事件判決に触発されて、共謀とは「犯罪の共同遂行に関する合意」とする主観説が登場した。この考え方は、間接正犯類似説や行為支配説によって共謀共同正犯を肯定して犯罪の共同遂行の合意として共謀の意義を捉えたとき、他人と協力し、共謀者が相互に相補い相利用して共通の目標の実現を図る意思を持つものとして間接正犯類似の共同正犯の責任を根拠づけるという理由に基づく。

主観説と客観説との差異は大きくないとされるが、判例や実務においては、むしろ主観説の方が有力と解されている⁵⁰⁾。すなわち、共謀とは、単なる意思の連絡ではなく、実行者の犯罪の認識では足りず、「自己の犯罪」の意識が必要とされていることが知られる。

7 結びに代えて

これまでの考察に基いて、陰謀と共謀の関係についてのまとめとなるさしあたりの結論を出しておく。まず、刑法典に規定されている「陰謀」とは、学説によると、一般的には「二人以上の者が一定の犯罪を実行することにつき、具体的に計画し合意することをいう」と定義される。そして、共謀共同正犯で用いられる「共謀」とは学説・判例では「犯罪の共同遂行に関する合意」とする考え方が有力であることをわきまえた。

注1に記した通り、確かに、「陰謀」と「共謀」はもともと「同義と解されていた」といってよいのであり、「共謀を、犯罪の事前の打ち合わせと解すると、共謀が、予備以前の、いわゆる陰謀程度にすぎないもので、その段階では、各共謀者の間に犯罪遂行の確定的意思はいまだに存しないということになるかもしれない⁵¹⁾」として、実行の着手前の謀議は、陰謀とされ、実行着手時ないし実行の着手後の謀議は共謀とされるというように、犯罪の成立過程におけるいずれの時間的点に存するかにより、陰謀とされるか共謀とされるかの大雑把な目安が与えられるが、他方、実行無き共同正犯である共謀共同正犯の共同正犯性を基礎づけるために、陰謀罪の成立要件としての単なる犯罪への意思連絡以上の主観的要素が共謀共同正犯の成立には必要とされることとなるので行為の内容面においても共謀共同正犯の共謀は陰謀以上の要素を持つことになるというよいであろう。したがって、実行着手前に行われた「一定の犯罪に向けられた複数人による謀議」（つまり「陰謀」）が、ただちに共謀共同正犯の共謀性に転換されるものではないといえよう。また、三無事件判決において述べられていたように、予備には、基本犯に向けられた相当の危険性が求められていたこととの関係で、予備と同じ実行前の準備行為である陰謀も、直接に基本犯の遂行それ自体に向けられた謀議ではなく、まず基本犯実現のための準備（予備→実行準備行為）についての謀議という内容が求められよう⁵²⁾。

【注】

- 1) 小早川義則『共謀罪とコンスピラシー』（成文堂 平成20年）3頁。また、大塚仁『特別刑法』法律学全集42-Ⅲ（有斐閣 平成6年復刻版）12頁は、「共謀は陰謀と同義に解してよいとおもう」としている。浅田和茂「共謀罪が犯罪論に及ぼす影響」法時78巻10号（平成18年）53頁は、「共謀共同正犯の肯定説からは、共謀共同正犯と共謀罪の共謀とは同じものか異なるのが問題となる」と指摘している。なお、大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』（成文堂 平成31年）359頁では、わが国の「陰謀」は、二人以上の者が何らかの犯罪の実行を計画し合意に達することをいうが、諸外国でコンスピラシー（共謀罪）として犯罪とされているものは、合意の段階で処罰するわが国の「陰謀」とは異なり、合意があったことを徴表する行為（overt act）を要することが指摘されている。大塚『特別刑法』12頁では、陰謀ないし共謀処罰の特別規定として、国家公務員法

- 110条1項17号、同法98条5項、地方公務員法61条4号、37条1項、自転車競技法28条、小型自動車競走法33条、モーターボート競争法39条、自衛隊法119条2項・122条2項、爆発物取締罰則4条、軽犯罪法1条29号等を挙げているほか、「陰謀」についての特別規定として、日米相互防衛援助協定に伴う秘密保護法5条1項、同条2項、日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約3条に基づく行政協定に伴う刑事特別法7条1項を挙げており、「陰謀」・「共謀」の意義について、二人以上の者の間に違法行為の遂行について協議の成立することをいう、と定義している。なお、タイトルの“complot”and “conspiracy”は、大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（有斐閣 平成20年）253頁の用語法に依拠した。
- 2) 永原慶二『源頼朝』（岩波書店 昭和33年）44頁。
- 3) 平岡昇『平等に悪かれた人々』（岩波書店 昭和48年）19-84頁。
- 4) 熊谷丞佑「共謀罪」中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一（編）『現代刑法講座第三卷』（成文堂 昭和54年）217頁。木村亀二／阿部純二増補『刑法総論〔増補版〕』（有斐閣 昭和53年）406頁によれば、刑法は陰謀自体を罰する場合（刑法78条・88条・93条）もあるが、犯罪団体は罰していない（ただし、仮案239条1項前段参照）。共謀によって形成せられる「共同意思」（Bewusstsein der Gemeinschaftlichkeit）の相違は、前者が個々の意思を超越したところの団体意思たるのに対し、後者は個々の共同者が相互に行為を共同にするという個人意思たる点にある。しかし、個々の共同者の共同の意思は当然団体的な共同意思に包含せられているという関係にある。ところが、共同正犯の主観的要件としての共同の意思を必要とし、且つこれをもって足とする見地においては、共同正犯の要件としての共謀、したがって、団体的な共同意思を必要としないのが通説であり、従って、共謀共同正犯について重要なのは共謀および団体的な共同意思ではなく、その中に含まれているところの共同者の相互的な共同の意思にあると解する」と分析されている。つまり、木村説によると、陰謀とは現実的な個人意思からなり、予備に属するものであるが、共謀とは、共同正犯を基礎づけるフィクショナルな団体意思と解されるのである。後述する「三無事件」に適用された特別刑法としての破壊活動防止法にも「陰謀」の処罰規定がある。
- 5) 梶良行／榊清隆「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等の一部を改正する法律について」曹時69巻11号（平成29年）87頁以下参照。
- 6) 新村出（編）『広辞苑（第六版）』（岩波書店 平成20年）225頁、738頁。
陰謀は、一般に単独犯ではなく複数の加担者による犯罪というイメージでとらえられがちと思われる。しかし、たとえば、松本清張（1909-1992）の名作「陰謀將軍」（松本清張『佐渡流人行』（新潮社 昭和48年）156-185頁）は、幕府を軽んずる織田信長（1534-1582）を倒すべく、全国の有力戦国大名を同盟させる計画を密室において一人で黙々と立案する足利幕府第十五代將軍足利義昭（1537-1597）の狂おしい黒幕の姿を描いているが、陰謀は一人でもできるものであることが如実に示されている、といえよう。刑法では、一般に数人によってなされる「陰謀」を特に「共謀」と強調している観もある。
- 7) 団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（創文社 平成2年）20-21頁。
- 8) 藤木英雄「共謀共同正犯」『可罰的違法性の理論』（有信堂高文社 昭和42年）380頁。
- 9) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣 昭和24年）12頁、福田平『全訂刑法総論〔第五版〕』（有斐閣 平成23年）226頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（有斐閣 平成20年）253頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣 昭和50年）340頁。
- 10) 板倉宏「陰謀概念の検討」福田雅章＝名和鐵郎＝村井敏邦＝篠田公徳＝橋本正博（編）

- 『福田平大塚仁博士古稀祝賀 刑事法学の総合的検討(上)』(平成5年)409頁。齊藤誠二『予備罪の研究』(風間書房 昭和46年)510頁がこのようなアプローチをとっている。
- 11) 滝川幸辰『刑法講義』(弘文堂書房 昭和5年)174頁が「陰謀・徒党は予備行為の程度に過ぎない」として陰謀が予備の一種に過ぎないと捉えている。
- 12) 齊藤・前掲書(注10)529頁以下によると、旧刑法の起草者ポワソナード(Gustave Émile Boissonade de Fontarabie, 1825-1910)が、「修正刑法草案注釈書」において、犯罪の発展段階を①犯罪の表象ないし犯罪意思→②意欲ないし企図→③決意→④予備行為→⑤着手未遂ないし実行の着手→⑥実行未遂(欠効犯)→⑦既遂の七段階にわけ、第3段階の決意の具体例として「陰謀」を挙げており、ポワソナードの弟子である宮城浩哉(1852-1893)もまたその『刑法講義四版』(明治法律学校 明治20年)72頁以下で、「陰謀」がフランス法のコンプロー(complot)に由来する概念で予備の前段階の行為であることを指摘している。板倉・前掲論文(注10)411頁は『旧刑法125条2項は「内乱の陰謀を為し未だ予備に至らざる者は各二等を減ず」と規定されており、条文上、この規定が陰謀を予備の前段階と捉えていたことは明白である』と述べている。また、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(有斐閣 昭和56年)も「陰謀罪とは、・・・行為の段階として見れば予備罪にも達していないのである」と陰謀が予備の前段階であることを明白に認めている。福田・前掲書(注9)226頁も同様。
- 13) 岡田朝太郎『刑法論』(有斐閣 大正12年)164頁。
- 14) 草野豹一郎『刑法要論』(有斐閣 平成14年オンデマンド版)100頁。
- 15) 木村・前掲書(注4)406頁。
- 16) 板倉・前掲論文(注10)413頁。
- 17) 西村克彦『共犯論序説』(有斐閣 昭和36年)59頁。
- 18) 尾後貴荘太郎『刑法』(慶応通信 昭和32年)159頁、小泉英一『刑法総論』(敬文堂書店 昭和32年)162頁。
- 19) 牧野英一『日本刑法上巻(重訂版)』(昭和12年)248-249頁は、予備のみを規定している場合も、陰謀が予備の一種といえる場合には、予備罪による処罰が可能とみるものであり(犯罪徴表説であろう)、罪刑法定主義にそぐわないと批判される。
- 20) 西原春夫『刑法総論』(成文堂 昭和52年)269-270頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣 平成30年)427頁、植松正『再訂刑法概論I 総論』(勁草書房 昭和49年)312頁、内田文昭『刑法概要中巻〔犯罪論(2)〕』(青林書院 平成11年)357頁、岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』(成文堂 平成21年)240頁、曾根威彦『刑法総論〔第四版〕』(成文堂 平成20年)212頁、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』(成文堂 平成28年)384-385頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』(成文堂 平成28年)444頁、日高義博『刑法総論』(成文堂 平成27年)387-389頁。他に、青柳文雄『刑法通論II 各論』(泉文堂 昭和38年)17頁。
- 21) なお、香川達夫『刑法講義(各論)第三版』(成文堂 平成8年)16頁では、内乱予備とは内乱を計画しそのための準備をすることをいうとされ、陰謀とは、内乱を計画しその合意に達することをいうと説き、ともに、暴動のための具体的な団体行動開始前の段階であると指摘するほか、類似行為を予定する内乱幫助と内乱予備の区別を問題とする。さらに、大谷・前掲書(注1)359頁では、現行法は、予備と陰謀を区別しているから、陰謀は予備の一種ではなく、予備が陰謀に先行することも考えられないわけではないから、陰謀は予備の前段階であるとするのも妥当ではなく、結局、予備も陰謀も独立した準備段階の行為だとするが、西原説のように、心理的準備や物理的準備などの観念で

両者を区別していない。阿部純二『刑法総論』(日本評論社) 201頁、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社 平成22年) 341-343頁、小暮得雄「外患予備・陰謀罪」(編) 団藤重光(編)『注釈刑法(3)各則(1)』(有斐閣 昭和40年) 29頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔第二版〕』(成文堂 平成23年) 220頁、団藤重光「内乱に関する罪」(編) 団藤重光(編)『注釈刑法(3)各則(1)』(有斐閣 昭和40年) 15頁、中山研一『刑法各論』(成文堂 昭和60年) 490頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣 平成14年) 1216頁、中義勝『講述犯罪総論』(昭和55年) 246-255頁、西田典之／橋爪隆(補訂)『刑法各論(第七版)』(平成30年) 437頁、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂 昭和50年) 255-256頁、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』(東京大学出版会 平成30年) 109頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣 平成28年) 532頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』(成文堂 平成27年) 733頁。ただ、高橋則夫『刑法総論第3版』(成文堂 平成28年) 446頁は「形式説のように共同正犯における実行概念を狭く把握するのでは妥当ではなく、実質説においては、いかなる範囲で共謀者を共同正犯とするかについて、さらに下位基準の定立が必要となり・・・判例理論を踏まえて検討されなければならない」と述べている。他に、戦前の諸家の議論については、齊藤・前掲書(注10) 527-542頁参照

22) 東京地判昭39・5・30 LEX/DB 27681265 (一審)、東京高判昭42・6・5 LEX/DB 27681475 (控訴審)、最決昭45・7・2 LEX/DB 27760911 (上告審)。

なお、三無事件の背景については猪野健治『日本の右翼』(筑摩書房 平成17年) 9-107頁。

23) 莊子邦雄『刑法総論〔第三版〕』(青林書院 平成8年) 416-417頁は、この判示内容を妥当視している。憲法の観点から「三無事件」裁判と「明白かつ現在の危険」の関係について論じているのが芦部信喜『憲法Ⅱ人権(1)』(有斐閣 昭和53年) 633-634頁である。

24) 木村亀二「刑法的思惟の危機」(曹時2巻3号(昭和25年) 13頁)では、「もしすべての者が共謀するにとどまり、何等の行為に出ることがなかったときはその共謀の事実は単に予備・陰謀にとどまり、予備・陰謀を罰する規定がなければ、何等の犯罪が成立しない。ところが、共謀共同正犯肯定説からすると、実行行為があれば、予備・陰謀が罰せられない場合においても、その予備・陰謀が、予備・陰謀どころではなく正犯として罰せられることになる」旨の指摘がなされている。

他方、ローマ法、カノン法、カロリナ刑事法典にすら存在しなかった「陰謀罪」が、ドイツ(ドイツにおいてはそもそも“komplot”の語源が明らかではない)において重要な意味を持つようになったのはフォイエルバッハ(Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1755-1833)の「陰謀理論(Komplott-Theorie)」が登場するに至ってからであり、それは、いわゆる「相互教唆の理論(die Lehre von der wechselseitigen Anstiftung)」によって、陰謀に参画した者は、実行の衝に当らなかつたとしても既遂犯の「知的惹起者」として処断されるとするものであって、現行法における陰謀罪についてというよりは、むしろ、いわゆる「共謀共同正犯」の理論に親近性をもつものであったとされる(齊藤・前掲書(注10) 512頁)。

25) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社 平成2年) 396-397頁、西田典之「共謀共同正犯について」(内藤謙=松尾浩也=田宮裕=芝原邦爾(編)『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣 平成2年) 363頁)。

26) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(成文堂 平成31年) 431頁以下、阿部・前掲書(注21) 239頁以下、佐伯・前掲書(注12) 351頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕第三版』(成文堂

- 平成7年) 373頁以下、小暮得雄「共謀共同正犯の意義」別冊ジュリスト111号(有斐閣平成3年) 154頁以下、中山研一『刑法総論』(成文堂 昭和57年) 466-467頁、福田・前掲書(注9) 276頁以下。
- 27) 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕第2版』(成文堂 平成5年) 341頁
- 28) 西田・前掲書(注25) 371頁。
- 29) 草野・前掲書(注14) 118-120頁、斉藤金作『刑法総論(改訂版)』(有斐閣 昭和30年) 226-227頁。
- 30) 内藤謙『刑法講義 総論(下)Ⅱ』(有斐閣 平成14年) 1369頁。
- 31) 大判昭11・5・28刑集15・715。
- 32) 最判昭34・8・10刑集13・9・1419(松川事件)。
- 33) 曾根・前掲書(注27) 344-345頁。なお、共同意思主体説に関する学説の展開に関しては下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』(増補版)(学陽書房 昭和58年) 33-39頁参照。
- 34) 藤木・前掲書(注8) 342頁。これを「謀議行為説・客観説」と呼ぶこともあるが、この点については石井和正/片岡博「共謀共同正犯」小林充=香城敏磨(編)『刑事事実認定(上)』(判例タイムズ社 平成4年) 343頁。
- 35) 西田典之/橋爪隆(補訂)『刑法総論(第三版)』(平成31年) 377頁。包括的正犯説(重要な役割説)とは、共謀は、相互救済・相互精神的幫助の複合した形態を意味し、共謀共同正犯には、支配型と対等型(ないし相互補助型)があるとしたうえ、実行行為が共同意思に基づくといえるような意思方向をもち、それが主観的のみならず、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つような場合には、共謀共同正犯が肯定されるとする学説(浅田・前掲書(注26) 431頁)をいう。
- 36) 内藤・前掲書(注21) 1371頁。
- 37) 藤木・前掲書(注8) 343頁、香川・前掲書(注26) 377頁以下は、共謀とは、意思の連絡にとどまらず、具体的な犯罪計画の立案につき、ともに共同謀議行為を行うという意味に解している。
- 38) 曾根・前掲書(注27) 342-343頁。
- 39) 大谷・前掲書(注1) 432頁は、共謀とは、「二人以上の者が特定の犯罪を行うために相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯意を実行を移すことを内容とする相談ないし協議を行い(共同謀議行為への参加)、合意に達することをいう。そして、この謀議は、相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯意を実現するために行われるのだから、単に謀議に参加しただけでは足りず、謀議が実行に準ずる重要な役割を果たすものでなくてはならない」としている点から見て基本的には、包括的正犯説に依拠するものと思われる。しかも、「謀議によって、実行者の行為と同程度の重要な役割を演じるという対等な関係、または、実行者を自らの代行者として実行行為の遂行を引き受けさせ、それに基づいて犯罪を実行させるという支配関係が形成されることを要する」と述べている(包括的正犯説の立場と解される)。他に、西田・前掲書(注25) 375頁も、実質的実行共同正犯論の名のもとに類似の議論を行っている。井田・前掲書(注20) 508頁は、犯罪実現に重要な寄与を果たしたと認められる限りで、(実行行為ではなく)正犯性を肯定しうる旨を述べている。
- 40) 曾根・前掲書(注27) 347-349頁。
- 41) 最判昭33・5・28刑集12・8・1718(いわゆる支配型共謀共同正犯の事例)。「共謀」の意義に関して「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」と明示

- した。なお、大森銀行ギャング事件自体については、松本清張「スパイ M の謀略」『昭和史発掘 3 新装版』(文藝春秋 平成17年) 259-456頁。
- 42) 内藤・前掲書(注21) 1369頁以下。
- 43) 藤木・前掲書(注8) 343-344頁。石井/片岡・前掲論文(注34) 343頁は、これを主観説とよび、「自己の犯罪の意識」をさらに必要とするとともに、これら主観的要素の存否を推認するには客観的事情が必要であることから、主観説と客観説との差異は大きくないと述べる。
- 44) 藤木・前掲書(注8) 343頁。
- 45) 曾根・前掲書(注27) 347-349頁。間接正犯類似説とは共謀共同正犯を肯定する学説で、犯罪遂行の確定的合意が成立すると、その後の行動はこの合意に拘束され、実行担当者は、自己の一存で実行の意思を放棄することは許されず、その意味で、他の共犯者の道具としての役割を果たすことになるとするものである(浅田・前掲書(注26) 430頁)。
- 46) 藤木・前掲書(注8) 365-366頁。
- 47) 前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』(東京大学出版会 平成31年) 347頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣 平成28年) 339頁。
- 48) 西田/橋爪・前掲書(注35) 374-375頁、川端博『刑法総論講義 第2版』(成文堂 平成18年) 558頁。
- 49) 団藤・前掲書(注25) 373頁、397頁。大塚仁『犯罪論の基本問題』(有斐閣 昭和57年) 340頁以下。
- 50) 石井/片岡・前掲論文(注34) 343頁。なお、平野龍一『犯罪論の諸問題(上) 総論』(有斐閣 昭和56年) 137頁は、「合意」という心理的事実だけでよいという考え方は、「犯罪は行為である」という犯罪概念の基本を脅かすものとして排斥すべきだと主張する。
- 51) 藤木・前掲書(注8) 336頁。
- 52) 2017年の第193回国会で、それまで3度廃案になった「共謀罪」の構成要件を改めて「テロ等準備罪」を新設する「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等の一部を改正する法律案」が内閣より提出され成立・施行されているが、そこでは、計画行為に加えて実行準備行為が行われたとき初めて処罰されることにしているものの、これは「当該行為を実行するための・・・遂行を共謀した者は、その共謀をした者のいずれかにより共謀に係る犯罪の実行に必要な準備その他の行為が行われた場合において」というように以前提出された共謀法案が修正されているのであった。ただ、そこで言う「実行準備行為」の意義や法的性格の不明確さが批判されている(内田博文『治安維持法と共謀罪(岩波書店 平成29年) 189-216頁』)。だが、わが刑法典の内乱陰謀罪等の規定については、少なくとも実行準備行為(予備行為)を共謀内容とする陰謀罪であると理解すべきであろう。