

◇ 論 説 ◇

共謀罪法と実体的デュー・プロセス

——個人（侵害）行為責任原則を中心に——

生 田 勝 義*

目 次

はじめに

1 共謀罪法の構造的問題

2 共謀罪と集団の「特殊な危険性」論

3 結社の自由と刑法原則

4 法体系と法解釈にかかわる問題

おわりに

はじめに

日本における刑法の基本法は、刑法典である。刑法典は既遂型の犯罪を原則とし総則にてその未遂でも犯罪になる場合のあることを規定する。未遂とは既遂型の犯罪の実行に着手して遂げない場合である。実行の着手に至らない準備行為や謀議行為は一般的に犯罪にはならない。それらが犯罪になるのは内乱罪や殺人罪などきわめて重大な犯罪につき各則にて個別に予備罪とか陰謀罪として規定されている場合である。また、犯罪は個人によって行われる単独犯を原則とし、複数人が関与する場合については単独犯の実行行為を規準にして共同正犯、教唆犯、幫助犯として可罰的な共犯の種類を定め、集団による行為を犯罪とする場合は各則にて内乱罪や騒乱罪などのように個別に多衆犯として規定する。そこに見られる犯罪の体系は侵害行

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

為原理と個人行為責任原理により構築されたものといつてよい。それら2つの原理は、まとめて個人（侵害）行為責任原則ということもできよう¹⁾。

ところが、広範な犯罪を組織的であることにより加重処罰することに加え、組織的な犯罪行為であることによりその犯罪行為を共謀するだけでも犯罪（共謀罪）として処罰する法律が制定された。この共謀罪法は、上述した伝統的な刑法の犯罪体系とは異質な構造を持っていないか。しかもその構造は、憲法が保障する刑法原則を無視するものであり、憲法違反になるのではないか。

この問題を前稿²⁾において論じ、共謀罪法は、「一般的行為の自由権」を保障する憲法13条と「実体的デュー・プロセス」を保障する憲法31条に違反することを明らかにした。

すなわち、刑法原則である（侵害）行為原理は憲法13条の「自由に対する権利」、つまり一般的行為の自由権に拠って立つ法原則なのであり、この法原則は憲法13条から導き出された客観的憲法規範ということが出来る。そしてこの客観的憲法規範が憲法31条の要請する法律の「適正さ」を判断するに当たり規準となる³⁾。つまり、憲法31条の憲法規範は、何人も、侵害行為原理に適う適正な法律によらなければ、「その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」となる⁴⁾。憲法31条

1) 日本ではドイツ刑法理論の影響を受け、言葉としては法益保護原則・法益侵害原則や責任原理・行為責任原則・個人責任原則という形で表現されることが多かったが、それらの主張内容を見ると実は侵害行為原理や個人侵害行為責任原則を意味しているのが通例であったといえよう。

2) 生田勝義「一般的行為の自由権と侵害行為原理——実体的デュー・プロセス論による共謀罪法批判序説——」立命館法学第381・382号（2019年3月）70頁～105頁参照。

3) 同旨と言ってよいものとして、平川宗信『刑事法の基礎』（有斐閣・2008年）138頁～160頁参照。侵害行為原理は危害原理にとどまるものではない（生田『行為原理と刑事違法論』（信山社・2002年）特に41頁～42頁参照。）のだが、危害原理が憲法上の原理でないとするのが仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断——刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察——」比較法学53巻1号（2019年6月）25頁以下参照。そこでは平川理論への言及がないのが惜しまれる。

4) なお、次の指摘も参考になろう。すなわち、憲法31条は「『生命若しくは自由』につき

は実体的デュー・プロセスをも保障しており，そこには侵害行為原理が含まれるとの命題⁵⁾は，以上のような憲法上の根拠に裏付けられたものなのである。

本稿は，それを受け，共謀罪法の構造をさらに分析することにより，①その多層に及ぶ問題点と ②それらより帰結される法体系としての異質性を解明し，③それに対する刑法理論のあり方を考察するものである。

1 共謀罪法の構造的問題

(1) 共謀罪法と従来型の組織的犯罪

今次共謀罪法の共謀罪は伝統的な刑法上の犯罪に比べその性質や構造が異なっている。このことについては上述した。実はそれに加え，組織的犯罪処罰法上の従来型の組織的犯罪と今次同法の一部改正で追加された6条の2の共謀罪とは性質や構造が大きく異なっていることにも注意する必要がある。

1) 従来型の組織的犯罪

（組織的な殺人等）

第三条 次の各号に掲げる罪に当たる行為が，団体の活動（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。以下同じ。）として，当該罪に当たる行為を実行するための組織により行われたときは，その罪を犯した者は，当該各号に定める刑に処する。

一 刑法96条（封印等破棄）の罪 五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金又はこれらの併科

二 刑法96条の2（強制執行妨害目的財産損壊等）の罪 一号に同じ

↘ 科刑手続を法定すべきことを求めたものと解する立場に立てば……いわゆる罪刑法定主義や手続および実体の適正性の保障は，13条の『生命・身体・自由』の保障のカテゴリーの問題として考えるべき余地が出てくる。」（佐藤孝治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）179頁）。

5) 萩原滋「実体的デュー・プロセスの理論と法益保護の原則（一）～（四・完）」警察研究第57巻第6号（昭和61年6月）～第57巻第12号（昭和61年12月）は法益保護の原則が実体的デュー・プロセスの理論を介して憲法31条に内在化されているとする。

- 三 刑法96条の3（強制執行行為妨害等）の罪 一号に同じ
- 四 刑法96条の4（強制執行関係売却妨害）の罪 一号に同じ
- 五 刑法186条1項（常習賭博）の罪 五年以下の懲役
- 六 刑法186条2項（賭博場開張等図利）の罪 三月以上七年以下の懲役
- 七 刑法199条（殺人）の罪 死刑又は無期若しくは六年以上の懲役
- 八 刑法220条（逮捕及び監禁）の罪 三月以上十年以下の懲役
- 九 刑法223条1項又は2項（強要）の罪 五年以下の懲役
- 十 刑法225条の2（身の代金目的略取等）の罪 無期又は五年以上の懲役
- 十一 刑法233条（信用毀損及び業務妨害）の罪 五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金

十二 刑法234条（威力業務妨害）の罪 十一号に同じ

十三 刑法246条（詐欺）の罪 一年以上の有期徒刑

十四 刑法249条（恐喝）の罪 十三号に同じ

十五 刑法260条前段（建造物等損壊）の罪 七年以下の懲役

2 団体に不正權益（団体の威力に基づく一定の地域又は分野における支配力であつて、当該団体の構成員による犯罪その他の不正な行為により当該団体又はその構成員が継続的に利益を得ることを容易にすべきものをいう。以下この項及び第六条の二第二項において同じ。）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、前項各号（第五号、第六号及び第十三号を除く。）に掲げる罪を犯した者も、同項と同様とする。

（組織的な殺人等の予備）

第六条 次の各号に掲げる罪で、これに当たる行為が、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を犯す目的で、その予備をした者は、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 刑法第百九十九条（殺人）の罪 五年以下の懲役

二 刑法第二百二十五条（営利目的等略取及び誘拐）の罪（営利の目的によるものに限る。） 二年以下の懲役

2 第三条第二項に規定する目的で、前項各号に掲げる罪の予備をした者も、同項と同様とする。

（組織的な犯罪に係る犯人蔵匿等）第七条

（証人等買収）第七条の二 第2項

2) 新規の共謀罪

（テロリズム集団その他の組織的犯罪集団による実行準備行為を伴う重大犯罪遂行の計画）

第六条の二 次の各号に掲げる罪に当たる行為で、テロリズム集団その他の組織的犯罪集団（団体のうち、その結合関係の基礎としての共同の目的が別表第三に掲げる罪を実行することにあるものをいう。次項において同じ。）の団体の活動として、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二人以上で計画した者は、その計画をした者のいずれかによりその計画に基づき資金又は物品の手配、関係場所の下見その他の計画をした犯罪を実行するための準備行為が行われたときは、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 別表第四に掲げる罪のうち、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もの 五年以下の懲役又は禁錮

二 別表第四に掲げる罪のうち、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もの 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、テロリズム集団その他の組織的犯罪集団に不正權益を得させ、又はテロリズム集団その他の組織的犯罪集団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二人以上で計画した者も、その計画をした者のいずれかによりその計画に基づき資金又は物品の手配、関係場所の下見その他の計画をした犯罪を実行するための準備行為が行われたときは、同項と同様とする。

3 4 （略）

（2）従来型と新規共謀罪の異同

1) 性質については、従来の組織的犯罪処罰法上の組織的犯罪は、従来からすでに犯罪とされていた行為につき団体の活動であることの危険性ゆえに刑を加重するものであったのに対し、今次共謀罪は共謀だけでは犯罪にならない、つまり可罰性のなかった共謀という行為を、その対象とされる内容が組織的犯罪集団の団体としての活動であるということの危険性ゆえに犯罪つまり可罰的とするものなのである。前者では加重根拠であるに

過ぎなかった団体の活動であることの危険性が可罰性の存在理由に格上げされている。

また、法定刑が従来型では個々の（同種の）犯罪の重さにあわせ区別されていたのが新規共謀罪では2種類の法定刑にまとめられている。このことにより、新規共謀罪は共謀の対象・内容とされる個々の犯罪の罪質とは切り離され別個独立した種類の罪質をもつ犯罪にされているのではないかと批判が可能となる。

以上の2つの性質上の特徴を合わせると、今次共謀罪法は組織的集団の「特有な危険性」を共謀の段階で捕捉し犯罪とすることにより社会秩序ないし社会の平穏を保護しようとするもの、つまり典型的な治安立法というべきではないかという論点が浮上する。

2) 構造については、従来型の犯罪は、実在す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現実に犯罪が行われたことが必要であった。従来の組織的犯罪では法第3条の組織的殺人予備罪などを除き、一般的に対象犯罪が組織的に実行されたことを必要としている。すなわち、そのような犯罪であれば「団体の活動として」とか「実行するための組織により」という要件には実際にすでに存在し行われた事実が対応するのでなければならぬとすることができる。

ところが、今次の共謀罪では、それらの要件は計画の内容であるに過ぎない。つまり、計画という観念の中に存在するだけでもよいのである。「組織的犯罪集団」、「団体の活動として」、「当該行為を実行するための組織」も、「各号に掲げる罪に当たる行為」と同じように、「計画」時に実在する必要はない。それらは「計画」の内容、つまり計画において構想される観念的存在で足りるわけである。共謀罪の実体はいずれにしても観念的な存在に止まる。

従来からある法第6条の「組織的な殺人の予備罪」でも「犯罪」、「団体の活動として」、「実行するための組織により」という要件は「目的」の内容という観念的なものであるに過ぎなかった。けれども、その客観的要件

として、殺人に向けられた予備という犯罪実行への客観的危険性のある外部的行為が必要とされている。そこでは犯罪に向けた外部的な因果の流れが始まっている。それに対し、共謀ではそれが客観的な行為であるといえてもその内容は合意という主観的観念的なレベルのものにとどまっているといわざるを得ない。しかもまた、新規共謀罪がその対象となる犯罪から独立した罪質をもつものとされると、従来の予備罪や陰謀罪、また特別法上の共謀罪のように対象・目的となる特定犯罪の前段階的行為であるとの位置づけからその犯罪実現への客観的危険性を必要と解されてきたのとは異なり、社会法益に対する抽象的危険犯とされ、共謀という行為だけでその危険性が擬制されるおそれもある。

（3）新規共謀罪の客観的要件に関する誤解

1) 今次共謀罪の客観的要素は何か

客観的要素とされるのが、「二人以上で計画」する行為と、（位置づけにつき争いのある）「計画をした犯罪を実行するための準備行為」とである。共謀罪には「組織的犯罪集団」、「団体の活動として」、「組織により行われる」による厳格な絞りがかかっているとの見解もあるが、果たしてそうなのであろうか。上述したように、それらの要素は計画という観念の内容、つまり主観的要素であるにすぎないのではなかろうか。

それらの要件に当てはまる事実が現実存在したことが必要とされているのだろうか。つまり、それらは共謀罪の客観的要素（あるいは計画罪の客観的構成要件要素）とされているのであろうか。いずれも計画においていかにもありそうに詳細に観念されているだけで足りるとされてしまわないか。すでに、「二人以上の『計画』で犯罪が成立するから、対象犯罪を遂行するためと認定されれば、将来つくられる組織であっても、犯罪が成立する。⁶⁾」と指摘し批判するものもあった。この問題点は深められたので

6) 共謀罪法案対策プロジェクトチーム「共謀罪法の施行にあたって検討すべき論点」OBA Monthly Journal 2017/8, p. 23.

あろうか。客観的要素による法的安定性の確保のためには少なくとも「組織的犯罪集団」や「団体」は「計画」以前に実際に存在していることが必要だと解すべきである⁷⁾。しかし、法文はそれを担保できているのであろうか⁸⁾。「組織的犯罪集団がその団体の活動として、当該行為を実行するための組織により行うものの遂行を」と規定されているのであればただしも、「組織的犯罪集団の団体の活動として、……組織により行われるものの遂行を」と規定されているにすぎず、しかも「活動として、」は「行われる」にかかるものであることからすると、非常に曖昧であるといわざるを得ない。

しかも、本改正法についての解説では、「団体」は「継続的結合体」とされ「目的又は意思を実現する行為または一部が、……反復して行われるという性質を有しているものをいう⁹⁾」とされる。この解説でページ数のみが注記されている三浦ほか『三法の解説¹⁰⁾』69頁を見ると、それは「反復して行われるという性質を有しているもの、換言すれば……あるいは将来において反復して行われることが予定されているものをいう。」とされている。反復はすでに反復していることの必要でないこと、つまり一回しか行われない場合でも反復継続の意思があれば足りるというのは、「業務」における「反復継続」要件に関する従来の一般的見解でもある¹¹⁾。しか

7) 「組織的犯罪集団」につきこのように解するのが小池振一郎・米倉洋子・山田大輔編『共謀罪コンメンタール 組織犯罪処罰法6条の2の徹底解説と対応策』（現代人文社・2018年）33頁。そこでは林刑事局長の発言を引いて政府見解も「同様の解釈を採っている。」とされている。

8) この改正法についての詳しい解説として隄良幸（法務省刑事局参事官）・榑清隆（法務省刑事局付）「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」法曹時報第69巻第11号（平成29年10月）87頁～210頁があるのだが、そこではこの問題につき明確には言及されていない。なお、以下では本論文を「本改正法の解説」と表記する。

9) 隄、榑・前掲論文「本改正法の解説」117頁。

10) 三浦守・松並孝二・八澤健三郎・加藤俊治「組織的犯罪対策関連三法の解説」（法曹会・平成13年11月）。

11) 例えば判例としても傍論であるが東京簡裁平成24年10月24日 LEX/DB 文献番号ノ

も、今次改正法の解説では「反復して行われるという性質を有しているもの」とされていることから、反復の可能性は具体的でなく抽象的な一般性で足りることにされかねない。すなわち、反復継続の意思が一般的に推定できれば当面する計画内容を認定するだけで足りるとされかねないのである。この自由保障にとり肝心なところが本改正法の解説では省かれているのである。

同法第6条の2第2項の不正権益に関する共謀罪では「組織的犯罪集団の不正権益を維持し、若しくは拡大する目的」とあることから、「組織的犯罪集団に不正権益を得させ」る場合を除き、組織的犯罪集団が「計画」時にすでに存在している必要があると解するのが素直であろう。しかしながら、同条第1項の共謀罪では、上述したように、「組織的犯罪集団」、「団体の活動として」や、「実行するための組織により」による絞りは、いずれも「計画」の中でのものであるにすぎず、そのような集団や団体、組織が現実存在したことは必ずしも必要とはされていない。集団や団体、組織が計画されるだけでも足りる構成になっているといわざるをえないのである。

計画が「具体的で現実的である」必要があるといわれることもあるが、それは正確には「詳細でいかにも実現する可能性のありそうだ」というべきものであろう¹²⁾。

「計画」の意義について林刑事局長は次のように発言している。「単に漠然と犯罪の実行を考えるだけでは足りず、計画をした犯罪の実行可能性が高いものであるであって、かつ、組織的犯罪集団の構成員らが指揮命令や任務の分担なども含めて具体的に合意する必要があるがございます。こういった具体的かつ現実的だといえるかどうかということについての判断は、これは個別

ㇿ25445561。

- 12) これだと、挑発工作員を特定の団体・グループに潜入させて二人以上で計画させ、工作員には自首による刑の免除を得させるということがありはなされるのではないかと危惧せざるを得ない。戦前の大森銀行事件や戦後の菅生警察署爆発事件を見ると、やはりありうるものと考えておかざるを得ないように思われる。

の事案においての具体的な事実関係に基づいて、総合的な考慮で判断されることになろうかと思います。¹³⁾」と。

そこでは、「組織的犯罪集団の構成員らが指揮命令や任務の分担なども含めて具体的に合意する必要がある」とされるが、法文上、「計画」は「組織的犯罪集団の構成員」によってなされなければならないとはされていない。構成員以外の者によることも可能なのである¹⁴⁾。つまり、「計画」に必要な「合意」は、犯罪行為の実行者による合意でなくてもよい。このことから、組織的犯罪集団や計画実行のための組織というのが現に存在する必要がなく、計画者が観念しているだけで足りるのだといわざるを得ない。それゆえ、『共謀罪コンメンタール』¹⁵⁾ 33頁が述べているような「計画行為の時点では、組織的犯罪集団は実在している必要があると解される。」ことにはならないのである。また、それは『共謀罪コンメンタール』52頁～53頁が考えているような「具体的かつ現実的な計画」なのではない。同コンメンタールが判例としてあげる組織的詐欺罪に対する最高裁平成27年9月15日判決(刑集69巻6号721頁)は従来型の法3条1項の罪に関するものであり、それと構造を異にする共謀罪にも当てはまるとするにはなお検討が必要なのである。

また、それを計画の対象とされる犯罪への現実の危険性による絞りと解するのであれば誤解であるといわざるをえない。その危険性は計画に示される観念の危険性にすぎないのであるが、その観念の危険性についてすら実際に生じた具体的な事実に照らして判断されるのではなく、せいぜいのところ「計画」されている「事柄」により判断される危険性に止まるおそれがある。いずれにせよ、きわめて観念的な危険性なのである。なぜな

13) 隈、櫛・前掲論文「本改正法の解説」134頁注21)。

14) 松宮孝明『「共謀罪」を問う』(法律文化社・2017年)35頁参照。同所で指摘されているようにこの点は、国会で法務省の林真琴刑事局長などによる政府側答弁も認めたところである。

15) 小池振一郎・米倉洋子・山田大輔編『共謀罪コンメンタール 組織犯罪処罰法6条の2の徹底解説と対応策』(現代人文社・2018年6月)。

ら、「計画」された「事柄」が実現する可能性があったかを判断するに当たり、それが危険性判断と同じ構造のものだとされれば、実務では最高裁判例の一つの流れである「計画の危険性」説¹⁶⁾に拠り判断されることも予想されるからである。

その説によると、計画どおりの事柄が実際にあったとすれば「客観的」に（つまり一般的に）危険といえるかという規準にて判断されることになる。すなわち、現実が生じた具体的な事実による判断ではないということに注意する必要がある。

クロロホルム殺害事件最高裁平成16年3月22日決定を見ておこう。

「5）被告人B及び実行犯3名は、第1行為自体によってVが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、①客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。

2 上記1の認定事実によれば、実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠のものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る②客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手

16) このリーディング・ケースとしてクロロホルム殺害事件最高裁平成16年3月22日決定（刑集58巻3号187頁）を挙げることができる。本件についての調査官解説、平木政洋・『最高裁判所判例解説刑事篇（平成16年度）』（法曹会・平成19年）155頁以下は本文で示した問題を必ずしも明確にすることはできていないが、次の評価が参考になる。すなわち、平木解説は「『結果……が発生する物理的な可能性』を問題にするものではない」と論じており、未遂の処罰根拠を結果発生に対する具体的危険に求める立場とは異質の理解を示していたとし、また、「客観的な危険性」という判例の表現の意味についても、大塚仁を主唱者とする現実的危険性を意味するものとの理解に後藤・秋吉解説が依拠するのに対し、平木解説は異質の理解を示していたと評価する樋口亮介「平成の刑法総論」法律時報91巻9号（2019年8月）41頁である。

があったものと解するのが相当である。また、実行犯 3 名は、クロロホルムを吸引させて V を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯 3 名の認識と異なり、第 2 行為の前の時点で V が第 1 行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯 3 名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」(文中の①②は生田。)と。

そこでは、「① 客観的」と「② 客観的」は同じ「客観的」という言葉が使われているのだが、前者①は現実には生じた具体的な危険性を指しているのに対し、後者②は計画という観念の世界における事柄が実際にあったとすれば生じさせるであろうと推認できる危険性、つまり抽象的観念的な危険性を意味していることに注意する必要がある。

また、その見解を引き継いだと思われる詐欺罪の実行の着手に関する最高裁平成30年3月22日判決(刑集72巻1号82頁)のいう「危険性」なるものが、行為者が抱いていた計画の危険性、つまり観念的な危険性であることは、その原審である東京高裁平成29年2月2日判決(刑集72巻1号134頁)の判示と比べると一目瞭然となろう。

上述したように、組織的犯罪集団や団体がすでに存在している必要はなく、それを作り、その組織的活動として遂行することを計画することで足りるわけであるが、さらに問題として重大なのはそれにとどまらず、計画は「2人以上で」行えば足りるとされていることである。この「2人」が組織的犯罪集団の構成員でなくてもよいことは上述したようにすでに確認されている¹⁷⁾ところである。しかも、本罪の実行行為は2人の共犯者により行われることで足りるわけであるから、これは犯罪の実体としては拡張的な修正構成要件である刑法上の任意的共犯と変わらない。刑法典上の必要共犯の一種とされる多衆犯(集団犯)とは構造が異なる。多衆犯のように集団行為の現実的・具象的な危険を捕捉する犯罪類型ではないということである。要するに、これから作ろうとする組織的犯罪集団が団体の活

17) 松宮孝明の指摘に対し刑事局長も認めた。

動として実行のための組織により犯罪を遂行するという計画、つまりそのような観念があれば、その観念の危険性をもって可罰的とするものであって、集団犯としての客観的な実態を必要としないものなのである。

2) 「準備行為」による補正はどうか

従来、極めて重大な犯罪には未遂罪に加え個別に予備罪や陰謀罪が例外的に規定されることがあった。それらは原則のあくまでも例外であることから、原則にできるだけ近づけるために「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」とか「明白かつ現在の危険を伴うものでなければならない」などといった限定解釈がなされてきた¹⁸⁾。

ところが、法6条の2における「準備行為」は予備罪の「予備」行為とはわざわざ区別されている。「内乱の予備又は陰謀をした」（刑法78条）、「強盗の罪を犯す目的で、その予備をした」（刑法237条）、殺人の「罪を犯す目的で、予備をした」（刑法201条）などとされている刑罰法規基本法の規定ぶりとも異なっている。この準備行為には従来の予備罪に必要とされてきた犯罪への客観的危険性による限定が外されてしまうおそれがある。現に今次立法過程では、予備罪による規制では予防的規制として不十分だとして「準備行為を伴う……計画」罪が規定されたという経過がある。さらに、今次共謀罪では「計画をした犯罪を実行するための」準備行為とされていることにも問題がある。「犯罪を実行するため」というだけであれば、犯罪実行の外部に顕示した客観的危険性のある準備行為というように限定することはできよう。けれども、法文では「計画された犯罪を実行するための準備行為」とされているため、その犯罪は計画という観念の世界にとどまるものであるにすぎない。要するに「犯罪の実行」は頭の中にあ

18) 松宮・前掲書『「共謀罪」を問う』36頁、安達光治『「共謀罪」の刑法解釈学的検討』法学セミナー編集部編『別冊法学セミナー共謀罪批判』（日本評論社・2017年）36頁、など参照。

るだけなのである。これだと客観的な事実としての組織性や犯罪実行とはかなり疎遠な準備行為でも足りることになる。それゆえ、たとえば、帽子や手袋を買うなどの日常行為でも内心で犯罪の目的があったとの疑いをかけられれば「準備行為」とされかねない。客観的な他害性が生じていなくても足りるとされるわけである。それでは、一般的行為自由権や侵害行為原理に反するとの問題性を補正することにはならないといわざるを得まい。

しかも、法文では準備行為は「その計画をした者のいずれかにより」なされることで足りるとされていることにも注意が必要である。上述したように、「二人以上で計画した者」は組織的犯罪集団に属していなくともよいとされていることから、計画上の組織的犯罪集団や実行するための組織に属していない者による準備行為でも足りるわけである。

さらに、付随して問題となるのが準備行為の法的性質である。政府答弁では、準備行為は客観的処罰条件でなく構成要件行為の一部だとされたが、条文では「計画した者は」とあるので無理をした解釈である¹⁹⁾。また、政府は本法案を「テロ等準備罪」を呼んだが、条文毎の小見出しも法律の一部とされるところ、法6条の2の小見出しは「(テロリズム集団その他の組織的犯罪集団による実行準備行為を伴う重大犯罪遂行の計画)」となっている。つまり、当該犯罪の本質は「準備罪」ではなく「計画罪」にあると解する方が素直な条文になっている。また、準備行為が構成要件の一部となると故意の対象になるので、計画にだけ参加した者も準備行為の内容を認識・予見していなければならないのだが、他方、準備行為にだけ関与した者も計画を知りつつ関与したとして承継的共同正犯にされかねない。計画を知っていたかどうかは内心の事柄であるから周囲の事情から推認されることになろうが、コンビニでの買い物に付き合っただけの者でも捜査の対象にはできる。他人の計画罪・共謀罪事件に巻き込まれる恐れが

19) 準備行為を処罰条件と解するものに松宮・前掲書『「共謀罪」を問う』6頁～7頁参照。

かなりあるということである。

（4）新規共謀罪は目的犯か

以上のような観念の危険性を広く犯罪とする共謀罪法は一般的行為の自由権による侵害行為原理に反し憲法31条の要求する「適正さ」を欠くものである。

それにもかかわらず、共謀罪法につき「何よりも共同の目的の立証を必要とすることから、」「行為の目的で適法行為と違法行為を区別する犯罪類型」の「グループに属するものである」としてその処罰の早期化を容認するもの²⁰⁾がある。その前提として、目的による限定は「刑罰権の濫用を防ぐための有効な保障として機能してきた」との評価がある。

しかしながら、行為の外見だけでは日常の行為と見分けのつかないものを目的の危険性だけで犯罪にすることは心情刑法ないし意思刑法といって良い。建造物侵入罪の成否を目的の違法性により決する判例の立場²¹⁾などにはやはりその意味で問題があるのではなからうか。

法第6条（組織的な殺人等の予備）では「目的」が予備罪の目的として明記されており、目的犯の一種であることは明白であった。目的犯については従来から判例の中にも、単に主観的にだけではなくそれに対応する客観的な実現の危険性という要素も必要と解するもの²²⁾があった。それに加え、予備罪については予備の対象・目的とする犯罪実行への客観的危険性を必要とするのが判例・通説といってよい²³⁾。

ところが今次の新規共謀罪では、共謀の対象・内容とされる犯罪行為や団体としての活動などは共謀の「目的」であるとは明記されていない。

20) 井田良「平成時代の刑法学説」刑事法ジャーナル61号（2019年8月）18頁。

21) 最決平成19年7月2日刑集61巻5号379頁参照。

22) 刑法96条の2（強制執行妨害目的財産損害等）に関する最判昭和35年6月24日刑集14巻8号1103頁参照。

23) 松宮・前掲書『「共謀罪」を問う』36頁、安達・前掲論文『「共謀罪」の刑法解釈学的検討』36頁、など参照。

「目的」が明記されているのは組織的犯罪集団の定義、すなわち「その結合関係の基礎としての共同の目的が別表第三に掲げる罪を実行することにあるものをいう。」においてであるが、このような「目的」をもつだけではその「組織的犯罪集団」の結成や存在は犯罪とされない。つまり、その「目的」は目的犯の目的とはされていないのである。しかも、そのような目的をもつ組織的犯罪集団であることは計画の内容に含まれていれば足りる。これではそれらにつき未必の故意さえあれば足りることにされてしまいかねない。

それは単なる危惧ではなく実際に起こりそうなことなのである。なぜなら、爆発物取締罰則 1 条および 3 条の「人ノ身体ヲ害セントスルノ目的」につきそれは「人の身体を害するという結果の発生を未必的に認識し、認容することをもって足り、右結果の発生に対する確定的な認識又は意図は要しない」とする最高裁判例²⁴⁾があるからである。爆発物取締罰則も共謀罪法も治安立法である。目的に意図などの積極的意思是不要で認容で足りるとするのが一般的な判例の傾向であるといえるのだが、治安立法に関する判例の立場は市民刑法に関するそれに比べ治安政策への配慮がより強くなるという傾向にも注目しておく必要があろう。また、組織的犯罪集団を作ることが犯罪とされなければならないとすることも考えられようが、それでは犯罪目的結社罪の共謀処罰規定になってしまいかねない。犯罪目的結社罪では結社する行為が必要だが、その共謀罪だと結社を共謀するだけで足りてしまう。すなわち、犯罪目的をもつ結社を作れることを計画すれば足りるとされかねないのである。犯罪目的結社罪より前倒しされた予防的事前規制立法だといわざるを得なくなる²⁵⁾。

24) 最決平成 3 年 2 月 1 日刑集 45 卷 2 号 1 頁参照。

25) なお、今次共謀罪がドイツ刑法上の結社罪よりも事前化されたものと批判するものとして松宮・前掲書『「共謀罪」を問う』31 頁参照がある。ドイツ刑法 129 条（犯罪団体の結成）では「犯罪目的」を団体設立当初からの第 1 次目的に限定するとか、犯罪行為の遂行が従属的な意味での目的若しくは活動にすぎないときを除外するとかしていることを参照する。

以上のことから、新規共謀罪は目的犯の一種だから濫用を防止できるという理解は安易すぎるように思われる。

(5) 共謀・合意は内心か行為か

共謀・合意は内心か行為か、ということが問題とされることがある。すなわち、計画や共謀も意思という内心の事柄である。内心の危険性で犯罪とすることは思想・信条の自由とか、「犯罪は行為である」という刑法原則とかに反するとの批判がある。

それに対し、「米国の議論を参照する限り、共謀罪等の創設が内心を処罰するものであるとする理解は、再検討の余地がある。²⁶⁾」とするものがある。その理由はコンスピラシーの要件たる「犯罪の合意 (criminal agreement) それ自体がアクトウス・レウスであるとされる²⁷⁾」ことに求められている。意思を表明し合つての合意は単に個人の内心にとどまらずそれを外部に表明し他人の意思とすりあわせて一致させたものだから客観的であるというのであろう。

しかしながら、合意はあくまでも観念的・主観的なものであり、また社会的には仲間内のものととどまるものであるに過ぎず、未だ客観的な他害性、つまり外部者である他者への物理的な危険を発生させるには至っていない。また、合意は客観的な事象といえても、合意を構成する中身は内的事象であるとの指摘²⁸⁾も重要であろう。このような内的事象への刑法的介入は思想・信条の自由（憲法19条、20条）に反するのではないかという問題

26) 亀井源太郎「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」慶應法学第37号（2017年2月）159頁。

27) 同上154頁。これは米国の判例でもある。

28) 「合意すなわち共謀の処罰が、私人間のコミュニケーションという内的事象に対する刑法的介入を意味する点は、強調されるべきだろう。このことは、合意自体が犯罪の客観的要素であり、単なる思想処罰ではないとしても、変わらない。合意は内心の秘密裏の遣り取りにより成立するものだからである。」（安達・前掲論文「『共謀罪』の刑法解釈学的検討」33頁）。この言わんとするところは本文で上記したことであろう。

がある。そして、そのような内心の自由に関わる問題がクリアされても、共謀や合意自体は少なくとも「他人を害しないすべてをなすことにある」とされる「一般的行為自由」の範囲内の事象ではある。上述したように、共謀や合意自体には未だ客観的な他害性は認められないからである²⁹⁾。

共謀にも「潜在的危険性」があるといわれることもある。けれども、未だ危険性が顕示していないから「潜在的」といわざるを得ないのであろう。「潜在的危険性」で足りるのであれば、意志の危険性だけでも犯罪にしていよいことになってしまう。そのような意思刑法は自由と権利を侵害するとして確立されたのが一般的行為の自由権であり侵害行為原理なのである。

共謀罪法に対しては他害性のない行為を犯罪とするのはこれまでの刑法の体系とは異なるとの批判³⁰⁾がなされてきた。その刑法体系は憲法13条に根拠を有する侵害行為原理³¹⁾に拠って立つものだったのである。

(6) 内心の証明は難しい

さらに、合意を構成する中身は内的事象なのであるが、内心を証明することは難しい。それを証明するために拷問が許容された時代もあったが、今日では拷問は人道に反するとして禁止されている。それではどうやって証明するのだろうか。

現在の共謀共同正犯の共謀については、共謀も刑事訴訟法上の「罪となるべき事実」に当たり厳格な証明の対象になるとしつつ、「謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではな

29) 英米において判例が犯罪の「合意」をもって actus reus とすることに對し、学説から厳しい批判が寄せられ、また、ドイツにおいて19世紀に共謀の独立処罰に對し「未遂の原理」に照らし問題があるとの批判が加えられたのであるが、それらの批判の理由は本文で上記したところにあったといつてよい。

30) 高山佳奈子『共謀罪の何が問題か』(岩波書店・2017年) 4頁～14頁参照。

31) 行為原理にも言及するのが安達・前掲論文「『共謀罪』の刑法解釈学的検討」38頁参照。

い。」（練馬事件最高裁大法廷判決³²⁾）とされている。この曖昧さが客観的謀議説でなく主観的謀議説に実務が傾斜していくことを許していると批判³³⁾されている。客観的謀議説では謀議の客観的過程が謀議行為に含まれその証明が必要とされるのだが、主観的謀議説ではそれは無視され主観的な合意の存在だけを証明すれば足りるとされてしまう。それと同様に共謀罪でも証明を切り縮めるのか。

しかし、共謀罪法の「計画」は単に「罪となるべき事実」であるに止まらず実体刑法上の「構成要件要素」（実行行為）であるとされる。証明の切り縮めは許されまい。「判例理論からしても、『計画』行為の日時、場所等の記載は共謀罪の訴因の特定に不可欠となるはずである。³⁴⁾」。

共謀共同正犯論は罪刑法定主義に反するとの批判があるにもかかわらず実務は一貫してその理論を手放そうとしてこなかった。それは、なぜか。黒幕処罰の必要性といわれるが、それなら正犯と同様の刑で処罰できる教唆犯にすれば足りることである。むしろそれは、共謀参加者を刑法に明文規定のある教唆犯や幫助犯として処罰しようとすればそれらの行為がなされた日時、場所などを特定する必要があるとされてしまうことを避けたかったからだというべきであろう。そうだとすれば、独立共謀罪は立法されても刑事手続法上の証明がネックとなって裁判では利用しにくいものになってしまいかねない。共謀と並び「あおり」や「せん動」を独立に処罰する規定（国家公務員法など）の適用事例を見てもあおりやせん動の内容とされた行為が現実になされた後に適用されるのが一般的といえる。

独立共謀罪はそれを処罰することによって犯罪を抑止するという点ではあまり役に立たないもののだといってよい。もっとも、起訴は難しくとも警察段階で強制捜査の対象にされることはある。今次共謀罪法の立案者たち

32) 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

33) 曾根威彦「刑事司法における負の遺産——共謀共同正犯判例から共謀罪立法へ——」佐伯仁志・高橋則夫・只木誠・松宮孝明編『刑事法の理論と実務①』（成文堂・2019年）21頁～23頁および28頁～29頁参照。

34) 川崎英明「共謀罪と刑事手続の変容」前掲書『別冊法学セミナー共謀罪批判』50頁。

はこれを狙ったのかもしれない。しかし、それは刑事司法権の濫用であり、許されないことであるというべきだろう。

それ以外の方法として考えられるものとしては、たとえば、①警察による一般情報の収集、つまり市民の日常生活の監視（すでに外勤警察も「警備の触覚」と位置づけられて久しい。³⁵⁾）。②警察による盗聴の拡大（室内会話の盗聴まで）。③「本人の自白」だけでは有罪にできないが、「共犯者の自白」なら「共犯者の供述」として証拠にできるので、それを利用する。④他人巻き込み型司法取引の活用、など。いずれも問題のある手法だといわざるをえない。

2 共謀罪と集団の「特殊な危険性」論

共謀が未遂より遙かに犯罪結果には遠い存在であり、また、予備よりも犯罪結果に遠い存在であるのに、なぜ、独立した犯罪とされ、しかも5年や2年の懲役という重い刑罰に対応するものといえるのであろうか。その理由は、共謀は予備や未遂に比べ「特殊な危険」のある存在だと考えられていることにあるといえよう。それでは、その危険とは何なのか。共謀の対象・内容とされる個別の犯罪の結果発生の危険性以外の危険性が念頭に置かれているのではなからうか。その理由はどうなっているのか。この問題は、団体や組織によることの危険性をめぐる議論と関係しているように思われる。

共謀には一般的に単独犯と異なるどのような「特殊な危険性」があるとされるのであろうか。

(1) 英米法における共謀処罰根拠論

比較法的に見た場合、共謀を独立に処罰する法系としてまず挙げられる

35) 生田勝義『人間の安全と刑法』（法律文化社・2010年）121頁～143頁参照。

のが英米法である。その中でも今次共謀罪法採用に大きな影響を与えたのが米国法でないかといわれている。そこでの処罰根拠論を見ておこう。

1) 米国における共謀罪

共謀罪を広範囲に独自の犯罪としてきた米国では、共謀罪は例えば目的とした個人的法益に対する重大犯罪の未完成犯罪³⁶⁾としてではなく、共謀それ自体の社会に対する危険を理由とする独立した犯罪であるとされてきた。米国における判例には共謀の処罰根拠を分かりやすく述べているものがある。米国の判例をその原典に直接当たり紹介することで定評のある小早川義則の浩瀚な研究書『共謀罪とコンスピラシー』（成文堂・2008年）に拠ってその内容を見ておこう。

1915年のラビノウィッチ破産財産隠匿コンスピラシー事件判決（United States v. Rabinowich, 238 U.S. 79）は「コンスピラシーは実体犯罪とは異なる犯罪であることを明らかにした初期の指導的判例であるとされる。」（小早川・上掲書92頁）。そこにはコンスピラシー独自処罰の理由が明けて語られている。すなわち、「二人またはそれ以上の者が刑法違反を遂行しまたは遂行の原因となるために……，互いに徒党を組み結合することは、最も危険な性格の犯罪であり、国民への危害（injury）という点において、単なる意図された犯罪の遂行より、完全に凌駕（outweigh）することがある。それは法を破ることを慎重に計画し、さらなる習慣的な犯罪を実行させるために共謀者を教育し、準備させることにかかわりがある。それは秘密性を特徴とするため、摘発が困難で、その発見にはより多くの時間を必要とする、そのため発見時にそれを処罰することがさらに重要となる。」

36) 日本では未完成犯罪という言葉は、既遂に未だ至らない犯罪、すなわち未遂、予備、陰謀などであって、既遂に達した場合は未遂、予備、陰謀などは既遂に吸収され独自に成立しないものを指すとされることが多い。共謀処罰規定がある場合も、既遂等に吸収される場合は未完成犯罪といってよい。それに対し、英米法での inchoate crime は、「未完成犯罪」と訳されることもあるが、それには予備や未遂に加え、共謀罪や幫助犯、教唆犯まで含まれるとされており、しかも共謀罪は既遂犯に吸収されないといわれているので、（既遂犯を完全犯罪とすれば）「不完全犯罪」とでもいうべきものであろう。

(同上95頁) と。

「コンスピラシー犯罪の危険性を詳論した指導的判例」とされるのが1961年のキャラナン恐喝重複処罰合憲判決 (Callanan v. United States, 364 U. S. 587) である。「実体犯罪とそれを遂行するコンスピラシーとは別個の相異なる犯罪であることは古くから当裁判所によって一貫して認められてきた。……このように確立した原理は、社会的に非難すべき行為を処理する際の道理に由来する。すなわち、集団犯罪 (生田、むしろ「集団的な犯罪の合意」。)——犯罪協力——は、単独犯よりも社会に対し大きな潜在的脅威を与える。共同行為は、犯罪目的が成功裏に達成される可能性を高め、それに関係した個人が犯罪の道から離脱する蓋然性を減少させる。犯罪目的のための集団的結合は、通常とまではいえないにしても、しばしば一人の犯罪者が達成できる目的よりもより複雑な目的を達成することを可能にする。またコンスピラシー犯罪の危険性は、当初の特定の目的に限定されない。犯罪のための結合 (combination in crime) は、グループ結成時の目的とは無関係の犯罪遂行をより可能にする。要するに、コンスピラシーが生み出す危険性は、その企図の直接の目的である実体犯罪に限定されない。」(同上98頁) と。

以上から明らかになるのは、第1に、刑法違反を遂行するために互いに徒党を組み結合することは、最も危険な性格の犯罪であり、国民への危害 (injury) という点において、単なる意図された犯罪の遂行より、完全に凌駕 (outweigh) することがあるとか、集団的な犯罪の合意は単独犯よりも社会に対して大きな潜在的脅威を与える、と考えられていることである。第2に、それが危険である理由が語られる。① 共同行為は、犯罪目的が成功裏に達成される可能性を高め、関係した個人が犯罪の道から離脱する蓋然性を減少させること。② 団体的結合は一人によるよりもより複雑な目的を達成することを可能にすること。③ 法を破ることを慎重に計画し、さらなる習慣的な犯罪を実行させるために共謀者を教育し、準備させることとか、いったん犯罪のための結合がなされたら当初の目的以外の犯罪遂

行をもよりやりやすくすること。第3に、予防的・事前的規制の必要性につき、共謀は秘密性を特徴とするため、摘発が困難で、その発見にはより多くの時間を必要とする、そのため発見時にそれを処罰することがさらに重要となる、とされることである³⁷⁾。

「コンスピラシーが生み出す危険性は、その企図の直接の目的である実体犯罪に限定されない。」とされることからその保護法益は抽象的一般的な社会の平穩に求められているといえよう。共謀つまり合意だけではいまだ仲間以外の他人に対する客観的危険は発生していないので、人々が危険と感じる状態から人々の精神的な平穩を守るためのもの、つまり社会の平穩という社会的法益に対する犯罪であるというべきであろう。つまり、ここで考えられている「国民への危害」とは直接的にはせいぜい「社会の平穩を乱す」というレベルのものであるにすぎない。それゆえ、目的とした犯罪が行われた場合でもその行われた犯罪に加え共謀罪も独自に成立するものとされるのであろう。

2) 英国における共謀罪

それと同様な見解は米国判例の母法といえる英国法においても語られる³⁸⁾。英国では17世紀初めに星室庁裁判所が虚偽告訴事件につき共謀罪の本質は複数人の結合行為それ自体であり、たとえその合意内容である犯罪が実行されなくとも犯罪になるとするにいたる。その後、虚偽告訴以外の

37) 一般に、コンスピラシーは、犯罪の意図を持つ者に対する予防的手段としての機能、および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の、2つの側面・機能があると説明されているとするのが、亀井源太郎『刑事立法と刑事法学』（弘文堂・平成22年）130頁以下、および同・前掲論文「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」156頁以下参照。

38) 熊谷蒸佑「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）215頁以下、特に226頁～231頁、佐藤正滋「英法の共謀罪（Conspiracy）」金沢法学第29巻第1・2合併号（昭和62年）209頁以下、特に226頁～229頁、橋本広大「イギリスにおける制定法上の共謀罪の検討」法學政治學論究 Vol. 114（2017年）115頁、など参照。

合意をも共謀罪として処罰する方向に向かい、労働者の賃上げを目的とする共同謀議も共謀罪で処罰されるようになる。この事態につき次の指摘は重要であろう。「団結は営業の自由を侵害するとの理由を示し得るにせよ、何故共同謀議が犯罪となるかは当時の判例に詳説されていない。労働者その他の者の団結に対する恐怖嫌悪が之を禁圧する上で好都合の共同謀議罪の適用に頼る原因となった事は否定できないであろう。このような団結に対する恐怖は共同謀議罪に常に底流として存するのではないだろうか。³⁹⁾」。労働者の団結が、刑事共同謀議罪から解放されるには1875年「共謀罪および財産保護法」(Conspiracy and Protection of Property Act)を、そして民事共謀法理からは1906年の「労働争議法」を待たなければならなかった。しかし、その後も広い範囲に共謀罪が適用され、ようやく1977年刑事法律法により共謀罪が犯罪の実行についての合意でなければ成立しないと制限されるにいたる。それ以前の共謀罪につき、「犯罪としては処罰の対象となっていない行為であっても、二人以上の者による何らかの不法な行為の合意がある場合に、共謀罪は、未完成犯罪の一類型としてというよりも、新たな犯罪をつくり出し処罰範囲を拡張するためにより多く機能していた」(下線は、生田。)との著名な刑事法学者による位置づけの紹介⁴⁰⁾は重要である。また1977年法についても、学説による批判を丁寧にとめ、合意のみをもって共謀罪の成立を認め、合意それ自体の危険性を漠然と処罰根拠ととらえている点ではそれ以前と変わりはないとするものがある⁴¹⁾。これらの指摘内容は他山の石とすべきであろう。

以上で見たように、独立共謀罪が団体的結合にその目的とする犯罪の危険性とは異なった独自の「特殊な危険性」を認めるものであるとすれば、共謀罪には一般的行為の自由権に反するという問題に加え、結社の自由との関係でも検討しておくべき問題があるように思われる。

39) 佐藤正滋・前掲論文「英法の共謀罪 (Conspiracy)」210頁。

40) 橋本・前掲論文「イギリスにおける制定法上の共謀罪の検討」102頁。

41) 橋本・前掲論文112頁～117頁参照。

（2）ドイツにおける共謀処罰根拠論

日本の刑法理論に大きな影響を与えてきたドイツにおける歴史を見ておこう。

ドイツでの共謀処罰の歴史⁴²⁾を見ると、1532年カロリーナ刑法典が共謀処罰を規定して以降、共謀が単独犯より危険だとの考えが学説や法典に広がっていった。共謀による場合は刑が加重されるとか、共謀がなされただけで犯罪行為が行われなかった場合でも未遂として処罰するといった刑罰法規が存在していた。そのような共謀処罰は、共謀による行為が個人ごとにどうであったかを検討することなく一律・一般的に共謀という行為をもって危険とするものであった。「プロイセン一般ラント法」（1794年施行）が総則の共犯規定に一般的な「謀議」を置き、同時に各則の謀殺構成要件においても「謀議」がより子細に規定されるにいたる。「こうして一般的な謀議概念が立法の中で姿を現したことにより、学説においても謀議概念を解釈学的に正当化し根拠づけようという試みが本格的に行われていくこととなる」⁴³⁾。

それを正当化する当時の理論として大きな影響を与えたのがフォイエルバッハの相互教唆説である。それは「謀議者が相互に犯罪実行へと決定づけ合うという点を重視する⁴⁴⁾」ものだった。相互教唆説は帰責論の修正で対処しようとするものであったが、それと異なり団結の持つ特殊な危険性に根拠を求めるものもあった。シラッハ（Schirach）の見解である。

内海はシラッハの1817年論文を挙げて次のように説明している。シラッハは「全体意思論に依拠しつつ、協働を約することによって各人は違法な行為を行うことについての動機を強められ大胆になり、自分の犯行への決意を翻していたかもしれない者も他の者が支援してくれると期待すること

42) ドイツの共謀処罰の歴史については、市川啓「19世紀ドイツにおける謀議概念に関する一考察（1）（2・完）」立命館法学第383号（2019年）121頁以下、同384号（2019年）53頁以下が詳しい。本稿もそれに拠るところが大きい。

43) 市川・前掲論文「一考察（1）」134頁。

44) 市川・前掲論文「一考察（1）」144頁。

によって、犯意を強める、としている。そして、団結して犯罪が行われることにより、激しさや暴力、残虐さなどがよりいっそう加わり、一人ではなしえないようなことも共同すればなしうる、とする。このような特殊な危険の存在を想定することによって、共謀は単に関与者がそれぞれ他の関与者の寄与を期待することに拠る相互的な心理的帮助や相互的教唆以上のものであることの説明が可能になる。すなわち、二人以上の者が団結することによって生じる特殊な危険を類型化したものが共謀である、ということになる。⁴⁵⁾」ここには、前述した英米法におけるコンスピラシー処罰根拠論と同様のものが見て取れる。

そのような謀議処罰正当化論はいわば絶対主義的な近世型犯罪論に基づくものであったといえよう。

それに対し19世紀には自由主義的な近代型犯罪論の側から（侵害）行為原理（Tatprinzip）を踏まえた謀議処罰批判論が登場する⁴⁶⁾。たとえば、スチューベル（Stübel）やミッターマイヤー（Mittermaier）の主張⁴⁷⁾である。「立法者やそれに近い論者は、相互教唆説に則り、謀議それ自体の危険性を強調し、その処罰に関する規定を正当化しようと試みたのだが、これに対して、単なる謀議は犯罪実行の開始を含む外部的な行為ではな

45) 内海朋子「共同正犯における『特殊な危険』と過失共同正犯」法学研究83巻9号（2010年9月）39頁～40頁。

46) ここにはフランス市民革命で確立された自由に対する権利の影響とその刑法上の犯罪要件への具体化である Tat という外部的な客観的要件の重要さへの自覚が基礎にあったといふべきであろう。ドイツや日本ではこれを自由主義の影響というに留まることが多いが、そのように自覚された刑法原則こそ侵害行為原理だったのである。この点の自覚がドイツで弱かった背景には自由に対する権利がフランスの人権宣言で定式化されたように「他人を害しないすべてをなしうることにある」という自然権の内容においてでなく国家により与えられた「国家からの自由」という「基本権」としてしか憲法で定式化されなかったという歴史的事情があったといふべきであろう。19世紀ドイツの憲法が人権を「基本権」としてしか規定しなかった事情については、中村睦夫・佐々木雅寿・寺島壽一編著『世界の人権保障』（三省堂・2017年）94頁（寺島壽一・齊藤正彰執筆）参照。なお、阿部輝哉編『比較憲法入門』（有斐閣・1994年）283頁～294頁以下（初宿政則執筆）参照。

47) 彼らの主張については市川・前掲論文「一考察（1）」157頁～162頁参照。

く、単なる言語表明にすぎないため、これを未遂で処罰することは不合理であると批判する勢力が対立していたのである。⁴⁸⁾」（下線は生田。）

そのような対抗関係を後者の方向での立法に向かわせたのが1845年草案に関する枢密院直属委員会での審議から1851年プロイセン刑法制定に至る立法作業である。「一度は（1846年草案・1847年草案において）謀議それ自体の処罰は未遂の解釈に委ねるべきという理由で、今一度は（1848年草案以降において）準備行為にすぎない謀議それ自体を未遂で処罰することはできないという理由で、共犯の章から姿を消したのであった。⁴⁹⁾」。

1847年草案が作成されてから1851年プロイセン刑法制定に至る立法作業につき、「それまでの立法作業において存置されてきた19世紀前半のドイツの主流的な共犯の立法形式が放棄され、フランス流の共犯規定形式へ転向した背景には、以下のような政治的な事情があったと思われる。」とするものがある。つまり、フランス法の影響下にある領邦の存在などを挙げた上で、「プロイセン刑法典の起草過程における共犯規定の形式の転換は、必ずしも当時のドイツ刑法学にあった共犯に関する諸原理から必然的に導かれたものであるとは限らず、上記の政治的な背景から導かれたものだと推測することも可能であると思われる。」と⁵⁰⁾。このように政治的な背景による説明は Eberhart Schmidt⁵¹⁾ などによりなされてきたのと同様なのだが、刑法が人権の発展と密接に関係しながら展開するのが近代以降のあ

48) 市川・前掲論文「一考察（2・完）」65頁。これと同様の批判が現行ドイツ刑法30条2項の共謀（Verabredung）を未遂と同様に処罰する規定にも向けられている。連邦議会での説明要求（Anfrage）に見られる批判については、Die wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand WD7-3000-009/18, Die verabredung zu einem Verbrechen, § 30 Abs. 2 Strafgesetzbuch, 2018, S. 4-5. 参照。さらに、学説では Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage, 2017, § 30 Rn. 4.

49) 市川・前掲論文「一考察（2・完）」88頁。

50) 黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究（三）」法学協会雑誌第134巻4号（2017年5月）110頁。

51) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 319.

り方だというべきであって、それを単に政治の動きだとして前時代的な法から近代的な法への発展の動きであることを見ないのは適切でない。現に、E. Schmidt も未遂規定などではフランス刑法の影響があったが刑罰規定ではドイツ独自の取組みがなされたとしているように、フランス刑法の影響もそれが当時のドイツにおける自由主義的法治国家思想の到達点と関係して受け入れられたものというべきであろう。近代以降では法を生み出す社会的・政治的状况は人権という理念的規範と切り結びながら法的形象に結実するのが一般的なものである。

1851年プロイセン刑法において総則の共犯規定から謀議が消されそれが1871年ドイツ帝国刑法に引き継がれていくわけであるが、その契機となったであろう人権思想の発展（つまり単なる自由主義的人権に加えるに民主主義的な人権への発展）とそのドイツ的限界は、1848年3月「革命」の影響を受けつつ策定された1849年フランクフルト憲法の基本権条項に端的に示されたというべきであろう。その憲法は「流産に終わったとはいえ、それは国民主権主義の立場から詳細な国民の基本権を規定したドイツ最初の憲法として、プロイセン憲法をはじめその後のドイツ憲法の基本権の規定にも大きな影響を与えており、ドイツ近代憲法史の上からは無視することのできないものである。」（『人権宣言集』岩波文庫170頁）と評価されているものである。

1849年のフランクフルト憲法（「ドイツ帝国憲法」）162条「ドイツ人は、団体（Vereine）を結成する（bilden：生田）権利を有する。この権利は、予防的処置によって制限されるべきではない。」（同上『人権宣言集』178頁）。しかし、自由権は国家からの公民の自由が中心であり、人権（die Menschenrechte）でなく「ドイツ国民の基本権」（die Grundrechte des deutschen Volks）とされるにとどまった。さらに、1850年1月31日のプロイセン憲法では、第30条に「(1)すべてのプロイセン人は、刑法に反しない目的のために、結社を組織する（in Gesellschaften zu vereinigen）権利を有する。(2)法律は、とくに公共の安全を維持するために、本条および前条（第29条）で保障された権利の行使を規制する。(3)政治的結社は、立法

の方法により、これを制限し、および一時的に禁止することができる。」（同上『人権宣言集』193頁～194頁）と規定されることになる。

団体結成の自由が規定されたことの持つ歴史的意味は大きい。しかし、犯罪目的の結社は除かれ、政治的結社などの法律による制限・禁止が明記されたことは、その後のドイツにおける結社規制のあり方に大きく影響することになる。

フランスとの間にあった差にも留意しておく必要がある。フランスの1848年2月革命をうけた1848年憲法の権利宣言⁵²⁾では第8条に「市民は、団結し（s'associer）、平和的にかつ武装することなく集会し、請願し、出版の方法その他によってその思想を表明する権利を有する。——これらの権利の行使は、他人の権利および自由ならびに公共安全のみを限界とする。——出版は、いずれの場合にも、検閲にしたがわせることができない。」（同上『人権宣言集』162頁）。そこでは、単に団体結成の自由でなく、団結の自由、つまり「広く人々が手をつなぐ自由」となっていることが重要である。ちなみに、日本国憲法の英文では Article 21. Freedom of assembly and association as well as speech, press and all other forms of expression are guaranteed. である。ここでも結社の自由は表現の自由と同様のものとして、しかも「団体結成」の自由にとどまらず、「結びつき、つながり」（association）の自由を意味するものになっている。

ドイツではその後、共謀独立処罰が復活する⁵³⁾のであるが、人権と民主主義からする正統性を持ちうる刑法のあり方を考える上で、近代刑法から

52) この宣言では、「自由、平等」に加え「友愛」を原理とすることが規定されるなど、民主主義的傾向、友愛主義的傾向、社会権尊重の傾向、平和主義的傾向を特徴とするとされる（『人権宣言集』158頁～159頁参照。）。「しかし、第二帝政の到来とともに、この自由はいち早く消滅した。實際上、刑事罰の適用は柔軟化し、労働者の団結は事実上の黙認を受けることがあったとしても、団結禁止の原則は維持された。」（山口俊夫『概説フランス法下』（東京大学出版会・2004年）334頁）。

53) 安達光治「ドイツ刑法における重罪等の合意罪（Verabredung）に関する覚書——実行前段階の犯罪に関する研究の序説として——」立命館法学375・376号（2017年5・6号）1頁～21頁参照。

現代刑法への確立過程での考え方がどのようなものであったかを押さえておくことは重要である。

そこでは個人責任原理と侵害行為原理が結合された個人（侵害）行為責任の原則が反映されていたというべきであろう。犯罪に値する外部的行為を具体的に行った者（個人）だけを正犯にする。実行行為にいたらない準備行為や共謀にかかわったにすぎない者を画一的に処罰することは許されない。近代初期の個人の自由はバラバラな個人の自由であった。これがフランス市民革命時のル・シャプリエ法を支えた自由観である。（ル・シャプリエはいった。）『『確かに集会することは、すべての市民に許されねばならない。しかし、ある職業の市民が、自分たちのいわゆる共通利益のために集会することは許されてはならない。もはや国家の中にコルボラシオンは存在しない。存在するのは各人の個別利益と一般利益のみである。……』。かくして、国家と個人の間に集团的利益が介在してはならず、個人はそれぞれ孤立した存在となる。このことは、単に労働者の団結・ストライキ権を禁じるのみならず、相互扶助、連帯も禁じることになる。⁵⁴⁾』。それに対し、新たに登場した民主主義的な現代的人権は、バラバラな個人の自由にとどまらず「結びつき、つながりの自由」をも含むものであって、人々が幸福になるには友愛や結合が大切なのだというものである。ここに至ってやっと、近代自由主義思想に基づく刑法が本来もつべきはずであった原則、つまり個人（侵害）行為責任の原則が共犯理論にも貫徹しうる基盤が形成されるにいたったわけである。

(3) 日本での議論はどうか

日本でも、団体本位の共犯理論といわれる共同意思主体説からは、共犯の

54) 井上すず「フランス革命とフランスの政治的伝統——中間団体廃止をめぐる——」年報政治学41巻（1990年）53頁。同様のことは英国法における営業の自由と共同謀議罪の関係についてもいえるのではなかろうか。この点については佐藤・前掲論文「英法の共謀罪（Conspiracy）」210頁参照。

処罰根拠として「特殊な危険性」が指摘されることがあった。代表的論者である草野豹一郎は「二人以上のものが共同目的に向つて合一する所に特殊の社会的心理現象を生ずる」として「例へば、一人にては深夜廁に行き得ない臆病な少年でも、二人ならば之を敢行し得るが如きは之を証して餘あるものである。されば二人以上共同して罪を犯す場合は、単独で犯す場合に比して危険性が多大で、怖るべきものがあると謂はねばならぬ。」とした⁵⁵⁾。

その説明では、集团的結合の危険性が重視されている。共犯の方が単独犯よりも危険だという考えである。日本の共犯論でも最近有力になりつつある、「共犯は危険を高める」という見解とよく似ている。刑法教科書レベルでの主張としては例えば、「共同正犯者に一部実行の全体責任の効果が生じるのは、物理的共同と共に……心理的影響を及ぼし合い、結果発生の蓋然性を高めるからである⁵⁶⁾」（下線は・生田。）という説明に加え、「共同で行った場合は、単独で行った以上に処罰すべき政策的必要が大きいというべき⁵⁷⁾」とされるに至っているものが挙げられる。

しかしそれは、他害行為原理と個人責任原理が結合した個人（侵害）行為責任の原則からする共同正犯の位置づけとは対立する。

現行刑法もその総則規定において「共犯の特殊な危険性」論に立っているものとは解することはできない。刑法60条は共同正犯の刑が単独犯の刑より加重される、つまりより重い犯罪になるとはしていない⁵⁸⁾。

個人（侵害）行為責任の原則からは、生じた結果（実害に加え、実害の危

55) 草野豹一郎『刑法要論』（有斐閣・1956年）117頁参照。なお、齊藤金作『刑法総論（改訂版）』（有斐閣・昭和48年）226頁～227頁参照。

56) 前田雅英『刑法総論講義』第5版（東京大学出版会・2011年）460頁。

57) 前田・同上第7版（2019年）343頁。

58) ドイツのライヒ刑法典における共同正犯規定につき「従前の謀議論はそのまま共同正犯概念に吸収されず、事前の合意はせいぜい犯行の共同性を認定することにとってのみ意味を持つと考えられ」たとの指摘（市川・前掲論文「一考察（2・完）」99頁～100頁参照）は重要である。なお、この問題につき興味深い分析を行っているのが長井圓・藤井学「ドイツ刑法における徒党犯罪の加重処罰根拠——組織的犯罪処罰法3条との比較的考察——」神奈川法学34巻1号（2000年11月）185頁～207頁。

険をも含む。)をどの行為に帰責できるかということが問題とされ、他人の行為から生じた結果であっても共同行為の事実と共同意思があれば共同した者にも当該結果を帰責できるという構成になる。この構成では共犯の方が単独犯より危険だという発想は出てこない。共同意思主体説を「団体的な犯罪現象に着目して、共同正犯を全体として把握する見解」としつつ、それに対立する見解を「個人責任の原則に基づく共同正犯理論」とし、それに当たるものとして共謀共同正犯否定説、実質的実行共同正犯説、主観説、行為支配説(機能的行為支配説)並びに重要な役割説、準実行行為説を挙げ、後者のそれらは「共犯の個人的把握という点では、共通の基盤に立っている。」とする指摘⁵⁹⁾が参考になろう⁶⁰⁾。共謀共同正犯論を「やましさ」を感じることなく採用しようとする見解⁶¹⁾も基本的には個人責任の個別的検討という流れに留まっている。もっとも、この見解には、実行行為概念を緩め前倒しすること、つまり侵害行為原理を弛緩させるという問題がある。共謀参加者の誰かが形式的な実行行為に着手した段階ではじめて未遂になることを認めるので、共犯の実行従属性は承認するわけであるが、その場合に共謀にしか参加しなかった者をも正犯とする。つまり正犯＝実行行為者という枠組を残すのであれば実質的実行行為者という類型を創造せざるを得なくなる。あるいは実行行為者でない正犯概念を認めるとか、未遂の実行と共犯の実行を区別することになる。いずれにせよ、実行行為概念を弛緩させざるをえない。客観的謀議説でも実行行為を前倒しするかという問題を抱えざるをえないだろう。

59) 黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究(一)」法学協会雑誌第134巻2号7頁～17頁参照。

60) ただし、最近の共同意思主体説(曾根、立石など)も、かつての草野理論のような集団の「特殊な危険」論には立っていないといつてよいことに注意すべきであろう。なお、因果の結果帰属論でなく相互的行為帰属論に立つことから、未遂の実行と同義とする形式的実行共同正犯論でなく実質的実行共同正犯論に立つ高橋則夫『刑法総論第4版』(成文堂・2018年)452頁以下、463頁も参照のこと。

61) 島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良編『理論刑法学の探求③』(成文堂・2010年6月)31頁～72頁参照。

個人行為責任からする問題指摘はすでに、Karl Binding により『北ドイツ連邦刑法草案の諸原則』（1869年）においてなされていた⁶²⁾。「謀議者らの主観的な罪責は自らのイニシアチブで行為した単独正犯よりもきわめて軽い場合がありうる以上、『謀議者らによって実行された犯行は、事前の合意なくして実行された犯行よりも常に（より以上に：生田）可罰的である』とするのは誤り⁶³⁾」であると。謀議参加者を一蓮托生に処罰するのではなく個々の行為毎にその主観的な罪責を問うべきだというわけである。謀議に「特殊な危険性」を認めその独自処罰や加重処罰を肯定する従前の謀議論に対する Binding による批判は個人行為責任を根拠にするものでもあったというべきだろう。

共犯の「特殊な危険性」論は、共同主体の危険性を根拠にするのとは異なった根拠から主張されることもありうる。すなわち、具体的な結果や危険を生じさせた行為を処罰するという見解に対し、行為や個々の主体⁶⁴⁾の一般的・抽象的な危険性を処罰するという発想からは、共同する数行為の抽象的危険性の方が個々の行為の抽象的危険性より高くなるとか、特定の個人の立場や地位の危険性が行為全体の抽象的危険性を高めるとか、と考えやすいからである。抽象的な危険性を事前的に判断する場合は特にそうである。

けれどもそれは現実に生じた具体的危険ではない。合意ははまだ観念の段階に止まり、客観的な危険を生じさせていないからである。せいぜいその潜在的危険性、しかも事前的な抽象的危険性が問題となるに過ぎない。

「特殊な危険性」論は、二人以上が犯罪を準備する方が危険だというのが、

62) Karl Binding, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, 1869, S. 101.

63) 市川・前掲論文「一考察（2・完）」93頁。

64) 最近のスワット事件最高裁判例（最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁）では暴力団組長という立場・地位が黙示的共謀を認定する1つの事情にされている。立場がどのように因果的に影響したかの立証なしに立場自体が根拠になっている。黒幕自体の危険性論と同じであるといえよう。

可能性のレベルでは裏切り者や不注意で計画を他に漏らしてしまう者がでる可能性などもあるので当初の目的達成の具体的可能性ではどちらが高いとは一概にいえない。共謀した者の誰かが実行しなければならないとするのであれば、実行時の他者侵害の危険は単独犯と変わらない。共謀したら知恵がつくというだけでは客観的危険には直接結びつくわけではない。共謀が危険というが共謀だけではまだ外部に向けた客観的危険は発動していない。他人に対する客観的危険は動き出していないのである。共謀をもって独自の犯罪とするのは侵害行為原理と相容れない。例外として許容するとしても、社会にとり取り返しのつかない重大犯罪に具体的につながる共謀でなくてはなるまい。単に重大な犯罪では足りないのである。すでにあった共謀処罰規定についても、そのような客観的な具体的危険がある場合にのみ例外として許容されうることがあるのである。

以上より、一人での犯行より二人以上で共謀したうえでの犯行の方が危険だとの見解は、自由を基礎とする（侵害）行為原理と対立する思想に基づくものといわなければならない。

もっとも、共犯従属性が原則であることを認める限りでは自由を否定するところまで行くものではない。けれども、広範囲に独立共謀を犯罪にすることになると、つまり今次共謀罪法になると自由を否定するものといわなければなるまい。

個人行為責任原理と関係する問題については、結社の自由ともかかわるので、次に述べる。

3 結社の自由と刑法原則

(1) 個人（侵害）行為責任の原則と結社の自由

個人行為責任の原理が共犯論にも貫徹されるようになった歴史的背景には結社や団結の自由の法認という動きがあったというべきであろう。この点は従来ほとんど指摘されず、刑法理論において結社の自由が論じられる

ことはほとんどなかった。結社の自由は当然のことであると考えられたからであろうか。それとも、それは刑法理論とは関係のないものと考えられていたからだろうか。

刑法の責任論では責任の根拠が個人の自律性に求められることが多い。自己決定・自己責任であり、これが近代的な個人責任の原理であるといわれる。個人責任だから縁坐や連座のような前近代的な団体責任は問われないう。地縁や血縁という社会関係におかれているというだけであり、問題とされる当該行為には自らの行為によって関与していないのだから、自己責任を問われることはないというわけである。ここまでのことは一般に認められている。

それに対し、共犯では自らの決定により問題となる当該行為に関与していることにより自己責任を問われるのであり、前近代的な団体責任とは異なる。共犯の罪責を問うことは個人行為責任の原理には適うことができる。もっとも、関与者の全員を一蓮托生で共同正犯の罪責を問うことは自己決定・自己責任型の個人行為責任原理からは許されまい。

それでは、謀議に関与した者を単独犯より重く処罰するとか、謀議にしか関与しなかった者を処罰することはどうか。このような刑法規定を否定するには自己決定・自己責任論によるだけでは無理である。そのような処罰を克服するには、人が集まり相談することには未だ刑法で対処するだけの他害性・侵害性が認められないとか、人が結社する行為は自由なのだから、の理由づけが必要になろう。侵害行為原理と、結社の自由をも基礎にする個人行為責任原理との結合、つまり個人（侵害）行為責任の原則に立ってこそ、かつての謀議論やコンスピラシーの法理を克服できるのである。

実はその原則は、結社の自由そのものからも帰結されうる。結社の自由によると他人と結びつくことは自由なのだから、他人と結びついているという社会的身分・地位を理由にして責任を問われることはない。つまり、縁坐や連座を理由にする責任、団体責任は問われない。自らの行為による

責任を問われるにすぎない。これは個人行為責任の原理と同じである。

ところで、結社の自由はそれにとどまらない。他人と結びついている地位・状態だけでなく、他人と結びつく行為も自由なのだから、他人と結びつくための行為、他人とのコミュニケーションという言動も自由である。それゆえ、そのような行為や言動そのものを危険視して処罰することは許されない。ここから陰謀や謀議・共謀の不可罰原則が出てくる。

以上のように結社の自由は刑法原則と大きくかかわっているのである。

(2) 結社の自由の重要性

1) 国家と個人の関係における重要性

それでは次に、結社の自由はなぜ重要なのか考えてみよう。特定の社会を支配する力を当該関係者によって認められているのが権力なのだが、公権力はさらに社会支配のための実力行使を公的な法により認められている。つまり合法的な実力支配を認められているのが公権力である。民主主義国家では国民代表議会の多数意思が法となるのだが、そこでの多数意思と少数意思の対立は国民代表議会の議論で昇華され一般意思という普遍性を獲得するものとされ法とされる。そのような多数意思の形成過程では現にある社会的な支配従属関係が影響するなどの複雑で見えにくい問題もある。それらのことから法の普遍性は現実には擬制という面を避けられず社会内の反対意思との緊張・対立は常に存在せざるを得ない。そのような緊張・対立を「昇華」するためにあるのが人および市民の自由や権利の保障であり、それを保障するための立憲主義に基づく国家制度である。国家は国家法に違反して自己に刃向かう個人であれば容易に実力で押し込めることができる。しかし、組織に結集した個々人の集団は大きくなると力で押さえ込めないことから人々が権力の支配に立ち向かう組織を持つことを恐れ警戒する。予防的事前的規制により団結や結社自体を危険視し規制することもある。他方、従属的立場にいる人々は権力に対抗するためには団結が不可欠である。「成功の一つの要素を労働者はもちあわせている——人

数である。だが、人数は、団結によって結合され、知識によってみちびかれる場合にだけ、ものをいう。⁶⁵⁾」

日本国憲法は戦前における治安維持法や国防保安法に代表される権力の横暴・圧政への反省から表現の自由と結社の自由をあわせて21条で保障している。この法構造からは両者の自由が融合したものとしての「コミュニケーションの自由」を結社の自由の一内容とする理解が出てこよう。さらに、多くの国や国際人権法の人権保障規定と異なり、21条では公共の福祉などによる制限を明記していない。結社の自由を保障する憲法の下では、ル・シャプリエ法のように結社そのものを一般的に危険視することは許されない。理論的な規制要件である「明白かつ現在の危険」は結社の自由にも及んでいる。それを禁止するには結社としての活動が具体的に客観的に危険なものでなければならない。それが日本国憲法の特徴であり、しかも、戦後70年間、それで日本社会がもってきたことは世界にとっても教訓として重要なものではなからうか。多くの権力者が安易に切望する結社禁止法がなくとも社会は維持できるのである。

なお、自由民主党の「日本国憲法改正案」（平成24年4月27日）第21条との関係にも注意する必要がある。同21条（表現の自由）では「2 前項の規定にかかわらず、公益及び公の秩序を害することを目的とした活動を行い、並びにそれを目的として結社をすることは、認められない。」とある。「公の秩序」についての「Q&A」ではそれは「平穏な社会生活のこと」だとされる。これだと何人かの人が迷惑だとか不安だとか感じられれば規制できるようになってしまう。平穏な社会生活を害する目的で結社する例は、デモや屋外集会、抗議活動をも活動内容として予定する団体が含まれる。組織の危険視を当然とする法解釈はその露払いを務めることになりか

65) 「国際労働者協会創立宣言」（1864年9月28日）マルクス＝エンゲルス全集第16巻（大月書店・1966年）10頁。日本の憲法学において結社の自由がもつこのような歴史的意義を示していると思われるのが、本秀紀編『憲法講義第2版』（日本評論社・2018年）417頁～420頁（塚田哲之執筆）。

ねない。

ところで以上は個人対国家権力の関係における結社の自由がもつ重要性である。実は結社の自由はそれに止まらず、日常生活における人間らしい関係やすべての人の人格の自由な発展にとり不可欠かつ極めて重要なものなのである。

2) 人間らしい生存にとっての重要性

結社の自由は人と結びつき、つながる自由であり、社会的存在である人間にとって人間らしい生存に不可欠な自由である。表現の自由には、①自己表現という人格的価値の実現、②思想の自由市場による思想の発展および③民主主義のための集団的意思形成、といった3つの価値があるとされてきた。結社の自由についても同様のことがいえる。コミュニケーションにより人間は人間らしく生存できる。人間は社会的存在だといわれる。他人とのつながりの中で人間は人間となっていく。そのつながりを可能にし構築するのがコミュニケーションである。人とつながる自由。付き合いの自由。人と話し合う自由。それらが association の自由⁶⁶⁾であり、権利なのである。

日本では巨大企業内部で繰り広げられた「職場八分」の非人間性は裁判でも裁かれ、「職場における自由な人間関係を形成する自由」が認められた。しかもそれは名誉やプライバシーとも区別されている。

66) 米国では、憲法修正第1条に言論、出版の自由、平穩に集会する権利が明文で保障されているが、結社の自由への言及はない。それでも、Right of Association は憲法上の権利であることは明かだとされ、それは、「まさに人の結びつきの自由をいうのであり、……何であれ、人が1人ではなく誰かと一緒になって行動する場合を指す」と解されている。以上、樋口範雄『アメリカ憲法【アメリカ法ベーシックス10】』（弘文堂・平成23年）416頁参照。また、「結社の自由」に固有の意義は、他者との交際の保障にある。」とするのが岡田順太『関係性の憲法理論』（丸善プラネット・2015年）239頁。なお、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）[増補版]』（有斐閣・2002年）520頁～539頁、木下智史『アメリカにおける『結社』の自由^{アソシエーション}の概念』佐藤孝治・初宿正典編『人権の現代的諸相』（有斐閣・1990年）189頁～209頁、参照。

「上告人は、被上告人らにおいて現実には企業秩序を破壊し混乱させるなどのおそれがあるとは認められないにもかかわらず、被上告人らが共産黨員又はその同調者であることのみを理由とし、その職制等を通じて、職場の内外で被上告人らを継続的に監視する態勢を採った上、被上告人らが極左分子であるとか、上告人の経営方針に非協力的な者であるなどとその思想を非難して、被上告人らとの接触、交際をしないよう他の従業員に働き掛け、種々の方法を用いて被上告人らを職場で孤立させるなどしたというのであり、更にその過程の中で、被上告人B 1 及び同B 2 については、退社後同人らを尾行したりし、特に被上告人B 2 については、ロッカーを無断で開けて私物である『民青手帳』を写真に撮影したりしたというのである。そうであれば、これらの行為は、被上告人らの職場における自由な人間関係を形成する自由を不当に侵害するとともに、その名誉を毀損するものであり、また、被上告人B 2 らに対する行為はそのプライバシーを侵害するものでもあって、同人らの人格的利益を侵害するものというべく、これら一連の行為が上告人の会社としての方針に基づいて行われたというのであるから、それらは、それぞれ上告人の各被上告人らに対する不法行為を構成するものといわざるを得ない。⁶⁷⁾」

私人間のコミュニケーションを内的事象であるとする見解もある。例えば、「合意すなわち共謀の処罰が、私人間のコミュニケーションという内的事象に対する刑法的介入を意味する点は強調されるべきであろう。⁶⁸⁾」とするものが挙げられる。確かに、コミュニケーションの中身は観念的なものであり内的事象である。精神的人格に大きくかわるものである。コミュニケーションの自由は人格権であるといえる。憲法13条の幸福追求権の一種である。それに加え、コミュニケーションには他者と社会的に繋がりが結合するという面もある。しかも、この側面において人間は社会的に活動し成長、発達する。この側面は結社の自由により保障される。人格権でありかつ行動の自由でもあるところにコミュニケーションの自由の特徴が

67) 関西電力事件最高裁平成7年9月5日第三小法廷判決（最高裁判所裁判集民事176号563頁）。

68) 安達光治・前掲論文「『共謀罪』の刑法解釈学的検討」33頁。

ある。「個人として尊重される」に示される個人の人間としての尊厳はそれらの自由の保障により最高度に保障される。

4 法体系と法解釈にかかわる問題

例外法か別の「法律」体系か。共謀罪法は、現行憲法の予定する市民刑法の諸原則（市民刑法原則）とは異なる原則に立つものであり、市民刑法原則に拠る法体系とは別の体系だというべきである。それまでも爆発物取締罰則などの特別刑法の中で共謀を処罰するものがあった。それらは原則の例外だが、まだ市民刑法犯罪の未完成犯罪ということができた⁶⁹⁾。それに対し、共謀罪法は市民刑法とは独立した治安立法、つまり別体系の規範というべきなのである。

(1) 共謀罪の法的性格と体系的位置

憲法13条の一般的行為の自由権や憲法21条の結社の自由を制約できる「公共の福祉」が人権相互の内在的制約原理なのであれば、それらの自由権をそれらと同様の権利との調整でなく単なる抽象的な公共の利益や社会秩序、社会の平穩の保護を理由に制約することは許されないことになる。とりわけ刑事法による処罰の対象とすることは憲法13条や憲法21条に拠って立つ個人（侵害）行為責任の原則という刑法原則に反することから憲法31条の「適正さ」を欠く法律による処罰となり、許されまい。

1) 保護法益の独自性

まず、共謀罪法が保護するものは何か。提案者は、その保護法益は共謀

69) なお、国家公務員法110条1項17号や地方公務員法61条4号には「違法な行為の遂行を共謀し、そのおかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者」としてそれらの行為を独立犯罪として処罰する規定があるものの、「あおり」で処罰された例はあるが、共謀では見当たらない。あおり罪も実際に「違法な行為」が「遂行された」場合に適用されている。たとえば、全農林事件最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁参照。

が対象・目的とする個別的な特定犯罪の法益と同じだとする⁷⁰⁾が、はたしてそうなのであろうか。

保護法益についてはまず、組織的犯罪処罰法の保護法益そのものが、対象とされる刑法典上の犯罪の保護法益と同じではないことに注意すべきである。同法第1条に規定された立法趣旨に鑑みると本法の組織的犯罪の保護法益は「平穏かつ健全な社会生活」や「健全な経済活動」という一般的・抽象的な法益であるといわざるを得まい。組織的犯罪であることがそれに対応する個別犯罪類型該当の単独犯よりも重い犯罪にしているわけであるが、重くする根拠はそのような個別犯罪類型の保護法益への危険を高めるからなのか、それともそれを超えた、より社会的な法益を危険にするからなのか。同法第1条の立法趣旨からすると後者だと解するのが素直な解釈であろう。

しかも次に、「社会生活」や「経済活動」というにとどまらず「平穏」とか「健全な」という修飾語がついていることに注意すべきである。社会や経済活動の「安全」が侵害・危険にさらされなくとも、社会の平穏や健全さ、経済活動の健全さは危険にさらされるということではできる。すなわち、同法1条からよみとれるのは、そこでは保護法益の抽象化・一般化とそれによる罪質の変質がなされているということである。その根拠となっているのが「組織的」であることに「特殊な危険」を見て取る思想であるといつてよい。

それに加え、すでに指摘されてきたことではあるが、共謀罪法の構造に照らしても、その保護法益の独自性が見て取れる。

第1に、例えば、2人以上による計画罪（＝共謀罪）の方が、当該対象犯罪の「予備罪」より刑が重くなっているものがある。放火罪（刑法108条・109条）の予備罪（刑法113条）は2年以下の懲役だがその共謀罪は法6条の2により5年以下の懲役・禁錮となるなどである。また、組織的な殺

70) 隄、櫛・前掲論文「本改正法の解説」113頁、130頁（注4）参照。

人の予備は組織的犯罪処罰法 6 条で「5 年以下の懲役」だが組織的な殺人の計画罪は同法 6 条の 2 第 1 項第 1 号で「5 年以下の懲役又は禁錮」とされる点にも問題がある。後者は「禁錮」がある分、前者より軽くなる（刑法 10 条参照）のだが、殺人に関係して禁錮を予定するのは組織的であることが個人の生命以外の法益を念頭に置いているからといわざるを得まい。これらのことは、共謀罪の保護法益や罪質が対象犯罪のそれらとは異なっていることすなわち共謀罪の独立性を示している。この点は「本改正法の解説」も問題だと感じているようである。それによると、対象犯罪の法定刑が懲役のみであるときは第 6 条の 2 第 1 項又は第 2 項の罪について言い渡すことができる刑種は懲役のみであり、前者が禁錮のみであるときは後者も禁錮のみであると「考えられる⁷¹⁾」とされている。法文には明示されていないので「考えられる」としか説明できないのである。

第 2 に、共謀罪と目的とされる基本犯罪との関係が段階的になっていないことである。たとえば威力業務妨害罪（刑法 234 条）および組織的な威力業務妨害罪（組織犯罪処罰法 3 条 1 項 12 号）には未遂処罰規定がない。それなのに後者の計画罪（共謀罪）は処罰される。これは共謀罪をその対象・内容をなす犯罪の未完成犯罪とは別物だとされたからと解さざるを得ないであろう⁷²⁾。

第 3 は、法定刑は重い方の 5 年以下と軽い方の 2 年以下の 2 種類しかないことである。この点は、従前の組織的犯罪処罰法における法定刑の規定ぶりとも異なっている。それは各共謀罪の保護法益はその対象となる犯罪の保護法益だとすることと整合しない。対象犯罪とは異なった保護法益と解さざるをえなくなろう⁷³⁾。これでは、行き着く先はコンスピラシーの法理で処罰根拠として示された保護法益や罪質と同様のものになってしまう

71) 隈、櫛・前掲論文「本改正法の解説」127頁。

72) 「不均衡」を指摘するものとして亀井・前掲論文「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」164頁。

73) 「仮に保護法益が計画された犯罪類型ごとに異なると考えるのであれば、このような法定刑の定め方には問題がある。」（松宮・前掲書『「共謀罪」を問う』37頁）。

のではなからうか。

2) 罪質の独自性とその必要性

今次共謀罪法は、上述した組織的犯罪を共謀するだけでも犯罪にする。ここでは、事前的・予防的規制のために犯罪が前倒しされている。このような独立共謀処罰は未遂は言うに及ばず予備罪よりも事前的・予防的な規制である。英米におけるコンスピラシーの処罰根拠としても事前的予防的規制の必要性が挙げられてきた。

そのような事前的予防的規制がなぜ必要なのか。はたまたそのような処罰が刑事罰のあり方として許されるのか、また正当なのか。

まず、事前的・予防的規制の必要性について。事前的・予防的規制は一見すると取り締まりの効率・効果という面で優れているように思える。しかしながら、殺人や窃盗などのように被害が客観的で誰の目にも歴然とする事件と異なり、個々人の親密領域や内心面に踏み込まざるを得ないような規制であれば、発覚の可能性が低くなるので、その効率や効果は悪くなってしまう。米国におけるコンスピラシーの適用状況を見てもそれが事前的予防的規制としてはあまり機能できていないという実態が指摘⁷⁴⁾されている。

それでも象徴的立法としての効果はあるとの反論もあろう。しかしながら、象徴的立法が刑罰法規である場合は逆に法への信頼が揺らいでしまうリスクも大きい。象徴的立法が象徴的であることを明示している場合、つまりその違反に公的な制裁を規定していない場合は別だが、違反に制裁を予定しながら違反しても警察に認知されないと立証が困難などの理由で処罰されないのが通例だということになれば、一方で遵法意識を持つ人々の遵法意識は動揺させられ、他方で遵法意識を持たない人々には法への侮りの意識を涵養することになってしまう。かえって法遵守意識を弛緩

74) 亀井・前掲論文「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」151頁以下参照。

させ、法の権威が揺らいでしまうのである。規範はその規範違反を実際
の取締まりにより防ぐことができ初めて維持されるのであって、取り締ま
りができないとか困難であるような強制規範は制定しない方が良いのであ
る⁷⁵⁾。

3) その処罰は許されるのか。その正当性は？

次に、そのような処罰が刑事罰のあり方として許されるのか、正当なの
か。刑法原則との関係を保護法益や人権との関係を含めて検討されなけれ
ばならない。

自由という人権を基礎とする近代刑法では侵害行為原理が刑法原則とな
り、現行憲法は13条でそれを客観的憲法規範として保障している。個人と
して尊重され、幸福追求権を保障される（憲法13条）ところでは個人行為
責任の原理が客観的憲法規範として保障される。両原理が結社の自由（憲
法21条）に媒介されて結合し客観的憲法規範となったものが個人（侵害）
行為責任原則である。それらの規範は、憲法31条による法律の適正さ（実
体的デュー・プロセス）の判断基準になる。

日本における刑罰法規基本法である現行刑法典も基本的にそれらの原理
を採用している。刑法典は、総則において既遂処罰原則の例外として未遂
まで処罰する場合のあることを規定し、予備や陰謀については各則できわ
めて重大な犯罪につき個別に規定するという形式をとっている。しかも、
刑法60条は共同正犯の刑を単独犯の刑より重くなるものとは規定していな
い。今次共謀罪法は277もの犯罪種につき独立共謀罪を規定した。これは
刑法典と並立する別個の規範体系といえるほどのものである。

学説には限定解釈によりなんとか行き過ぎを抑えようとして今次の共謀
罪を「未完成犯罪」の一種だと解し未遂や予備の場合と同様の扱いをしよ
うとするものがある。立法過程での政府答弁でもできるだけ問題を顕在化

75) 生田・前掲書『人間の安全と刑法』63頁～83頁参照。

させないようにされている。

しかし、「立法時の議論と実際の運用がかけ離れた実例」はいくつもある。2004年に新設された証拠の目的外使用罪に関する例を2つ挙げながら「法律は条文がすべてだ。法律に明記されていなければ、立法時の議論も憲法上の保護も画餅にすぎない。⁷⁶⁾」とする指摘は的確であるというべきであろう。

今次共謀罪法の字義通りの適用は一般的に憲法に反する。それゆえ、違憲で無効となる。正統性のない規範体系として事実上存在しているに過ぎない。

共謀罪は刑法体系とは別体系の犯罪であるからそれへの刑法上の共犯規定の適用はない。

(2) 法解釈論のあり方

私はかつて、戦前の刑法学が天皇制ファシズムへ迎合してしまったという負の遺産を分析して、次のような教訓を引き出したことがある。すなわち、

法理論や刑法理論は「悪法も法なり」と済ますようなものであってはならないのではなかろうか。これが法実証主義と自然法論との対立にも関係する難しい問題であることは確かである。けれども、自然法論に立たなくても、悪法の土俵に乗ってしまわない法理論、さらには法解釈論も可能なように思われる。

なぜなら第1に、社会が変化・発展するのは、そこに矛盾が存在するからである。その矛盾を止揚する方向での、あるいは発展的な側面を析出しそれを推進する方向での、立法や解釈のあり方を示すことができる……。第2に、(今日、基本的人権は法の正統性根拠における公理である。そのような)人権の普遍性を現実のものにする方向での立法や解釈であるか。そのこと

76) 井桁大介「共謀罪・監視・テロ対策」法学セミナー編集部編『共謀罪批判』（日本評論社・2017年）100頁。

に立法や解釈の正しさを判断する基準を求めるべきであろう。(なお、現行憲法第97条は基本的人権を「現在及び将来の国民に対し信託されたもの」と規定し、その生来性、換言すれば自民党憲法草案が否定しようとする「天賦人権」性を明らかにしている。)

それらを前提にすると、法解釈論においても、法秩序を矛盾の統一と捉えつつ、原則と例外の切り分けを明確にすることが重要になる。これまでの解釈論には、否定的な例外現象をも体系整合的に説明しようとして、そのような否定的な現象に全体を合わせてしまうような傾向が多く見られた。(現に今次共謀罪法についての理論的検討に際しても、すでに現行法に共謀独立処罰規定があるのだから問題はないとするかのごとき主張がなされた。⁷⁷⁾)。そうではなく、悪貨は悪貨として、また低きは低きとして明確にしておくことが法解釈論においても必要なのではないか⁷⁸⁾。(上記の()内は今次追加。)

そのことの重要性はまた、日本の刑法理論に大きな影響を及ぼしてきたドイツにおいて、その刑法典総則である30条2項の共謀(Verabredung)処罰規定がその後の刑法理論、特に共犯理論にどのように影響したのかを分析・検討するという課題の重要性を示している。ドイツでは30条2項が刑事立法としてふさわしくないとの批判が少数ながら有力に存在するが、多数説や判例はその正統化に向っている。そこで主張されている処罰根拠論は、米国のコンスピラシー法理の根拠と、またドイツでのシラッハによる謀議処罰根拠論と瓜二つである。謀議についての「特殊な危険性」論が共同正犯の「特殊な危険性」論につながりうることは日本での共謀共同正犯に関する戦前型共同意思主体説にも見られたところである。今次共謀罪法にはそのような共犯の「特殊な危険性」論を多数説化してしまいかねな

77) 共謀独立処罰への批判に対する反論として英国の法律委員会第183号諮問書(2007年)で示された見解にも同様の問題が見られることを紹介するものとして、橋本・前掲論文「イギリスにおける制定法上の共謀罪の検討」116頁参照。

78) 以上は、生田勝義「佐伯刑法理論の思想的背景」刑法雑誌48巻1号(2008年)102頁～103頁参照。

い論理が内在している。法解釈方法のあり方が問われる所以である。

戦後におけるリベラルな刑法理論が影を潜め市民の安全や市民の「感覚」にこたえる刑法理論が優勢になっているとの理解がある。しかし、それは理性的で寛容な自治的取組みを重視するリベラルな刑法理論から、過敏で非寛容な権力的統治依存を重視する権威主義的刑法理論への変化であるというべきである。この変化を支える法意識がネオ・リベラリズムの「自己決定抑制の自己責任論」に代表される人間像・社会像なのである。これは単なる「危険社会」論なのではない⁷⁹⁾。「危険社会」論は技術の発展と社会的分業の高度化がもたらすリスクを問題とするものなのであり、今日の被害感情に支えられた厳罰主義や政治的治安立法とはレベルが異なることに注意する必要がある。

すでに一部に存在していた共謀処罰規定は刑法原則からするとあくまでも例外でしかなかった。今次共謀罪法は277もの犯罪に関係させてその独立共謀処罰を可能にする。その共謀処罰はもはや原則の例外というより別の原則に立つ立法であるというべきであろう。今次共謀罪法は、憲法上無効であるにもかかわらず、政治権力により事実上妥当させられている「法律」である。その内容を正統性のある法体系の解釈に持ち込むことは許されない。

おわりに

2017年7月11日施行の共謀罪法は2年たっても適用件数はゼロといった状況にある。治安当局の様子見なのか。適用ができる法律なのかという疑問を呈す向きもある。

共謀罪立法は権力者の不安感からの焦りの表れか。権力に異論を申し立てるものを力で押さえつけたいという衝動の現れか。自民党の憲法改正草

79) 生田・前掲書『人間の安全と刑法』21頁～46頁、とくに33頁参照。

案の方向を先取りし、地ならしすることが目的か。いずれにせよ、組織的な集団行動を危険視しその監視と抑圧が必要だとする規範意識を醸成するに役立つことは確かであろう。権力者の不安感、焦りのなせる技なのであれば、当初の思い通りでないとして「悪法は悪法を生む」ことになる。

日本の刑事法制は、ポツダム宣言や日本国憲法を受けた戦前の治安法制の大幅廃止や昭和22年刑法一部改正により世界的にも珍しい謙抑的なものとなった。占領期の団体規制令による結社規制があったが破壊活動防止法でも「思想を処罰するもの」との反対を受けて基本的には行為規制にとどまった。実力部隊である警察については、犯罪捜査・取締りを主要任務とする司法警察にされ、戦前の広範な行政警察権限は各省庁の行政権限に分散された（例えば、労働基準監督官の調査・逮捕権限）。犯罪予防のための非強制的行為についてもその行政警察権限は警察官職務執行法などの作用法上の根拠が必要とされた。

その後、風営法で行政警察権限が増やされ、マフィア等の組織犯罪に対する対策が国際的に検討されるなか、暴対法、麻薬特例法などをへて組織的犯罪処罰法へと展開し、被害者運動に押されてのハラスメント行為などの規制法での行政警察権限の拡大が進んできた。

そのような法律による警察権限の拡大と並んで、法律上の根拠が曖昧なまま事実上の警察権限の拡大・強化がなされてきた。その根拠とされたのが組織法である警察法2条の一般条項である⁸⁰⁾。とくに問題なのが警察による情報収集活動である。先進国では情報（諜報）機関には国内での強制調査権限を持たせないところが多い。ところが日本では実力部隊である警察が諜報活動の中心になっていく。

日本は治安の良い国である。この意味は一方で、治安立法の謙抑などこ

80) この状況は、作用法上の個別的授權がなくとも組織法上の包括的授權で足りるとする明治憲法下の形式的法治主義の延長にあるものといえよう。市橋克哉「非西欧諸国における法治主義——アジア市場経済移行諸国における法治主義——」公法研究第八十号（2018年10月）94頁参照。

ろでも治安は守れることを示している。しかし、他方では法律によらない治安維持活動が警察等により行われているからなのかという、なお深めるべき複雑な問題もある。確かなことは、第1に、少なくとも強権発動を認める法律がなくとも治安は維持できるということ、第2に、日本では法律が謙抑的でも警察は必ずしも法律をまもらず、柔軟に拡大解釈しながら事実上の権限拡大を図ってきたということである。このままで共謀罪で法的権限を拡大すれば、事実上はそれ以上に拡大されることになるろう。

治安立法の検討で重要なのは、裁判になってどのような法適用がなされるかではなく、犯罪取締機関がそれをどのように運用するか、あるいはやろうと思えばやれるかという点の検討である。強制捜査をしたが立件は無理でしたということでも、捜査対象になった者は多大なダメージを受ける。内偵の対象とされ、得られた軽微な別件の情報で捜査されるとか、別件にできない情報でも社会的に不利益な扱いをされるように他に知らせ社会的な制裁を受けさせることもできる。権力にとり不都合な異議申し立てをする者を権力的に押さえ込む。権力が焦り出せば、異議を申し立てそうな人にまでその牙を向けるようになる。これが歴史の教える経験則である。

治安立法がどのように機能するかは法律の文言や形式的な規範内容の分析だけからでは明らかにならない。それを支え取り巻く装置をあわせ総合的に分析するのではなくてはならない。そのことにより治安立法は人々の安全を守ることにはならず却って自由や権利を危うくするものであることを明らかにできよう。それに加え、理論活動としては、人類の知恵の結晶である自由保障のための刑法原則、人権や民主主義による刑法の正統性根拠を明らかにし、刑法の正しいあり方を追求すること。そしてそれこそが人々の安全と自由を守ることになるということ。それらの課題を解明する理論活動⁸¹⁾が重要になっている。

81) 筆者なりの試みについては、生田・前掲書『人間の安全と刑法』参照のこと。