Benjamin E. Rosenberg, Severl Problems in Criminal Conspiracy Laws and Some Proposals for Reform, 43 CRIM. L. BULL.427 (2007)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/30229

《翻訳》
ベンジャミン・E・ローゼンバーグ「共謀罪法における諸問題と改革提案」*

永 井 善 之

訳者はしがき

本稿は、Benjamin E. Rosenberg, *Several Problems in Criminal Conspiracy Laws and Some Proposals for Reform*, 43 Crim. L. Bull. 427（2007）の全訳である。アメリカ合衆国ニュー・ヨーク州弁護士であり、本論文執筆当時はニュー・ヨーク州司法長官室首席代理人（Chief Trial Counsel, Office of the New York Attorney General）であったRosenberg氏による本論文は、同国での刑事裁判担当の経験に基づき、同国における共謀（conspiracy）罪の解釈適用の現状を批判的に考察し、その実体および手続の両面に渡る諸問題を明確化してその改善策を考究するものである。

複数人による一定の犯罪の実行の合意自体を犯罪化した共謀罪については、周知のようにわが国においても「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約」の批准を理由としたその新設法案の国会提出が2003年以降数次に渡り行われている[1]。犯罪の実行以前のその共謀自体を総則的に犯罪化する点で、この共謀罪はわが国刑罰法規上前例がなく、また本罪が英米法圏を発祥とする犯罪類型であることもあってか、わが国では従来、本罪に係る理論研究の蓄積に

---

* This article is a translation of the article, "Several Problems in Criminal Conspiracy Laws and Some Proposals for Reform," by Benjamin Rosenberg, Criminal Law Bulletin, Volume 43, Number 4, and is used with permission. Copyright© 2007 Thomson West.

1） この立法動向や法案上の共謀罪につき簡潔には、拙稿「マーク・ノフェリ『希薄性の基準へ — Pinkerton原則による共謀の罪責に対するデュー・プロセスに基づく『新たな』制約 —』」金沢法学52巻1号（2009年）191頁以下、197頁注4)、注6）を参照。

乏しかった[2]。しかし、近時のその立法化の動きに伴いわが国共謀罪（案）自体の検討が積極的に行われる[3]とともに、その母法ともいうべき英米共謀罪についての本格的な研究も活発化し始めている[4]。本研究にあっては当然ながらこれら外国共謀罪の正確な理解が必須の前提となるところ、Rosenberg 氏による本論文は、共謀罪が刑事裁判における訴追側の最有用の武器として確固たる地位を築いているアメリカでの本罪の現状に対する批判的考察に際し、本罪の意義や有用性を肯定的に評価しその積極的運用をも主張する近時の有力な学説

---

2) 近時の本罪の立法動向以前の英米共謀罪に係る主要な研究として、江家義男「英米法における共謀罪（Conspiracy）」早稲田法学 24 巻 3・4 冊（1949 年）103 頁以下、藤岩睦郎「英米法における共同謀議罪の研究 ― 共同謀議罪の理論と歴史 ―」法務研究報告書 39 集 2（1951 年）1 頁以下、内田力蔵「イギリス法とアメリカ法における共同謀議の罪（コンスピラシー）」法律時報 26 巻 7 号（1954 年）7 頁以下、萩原玉味「コンスピラシーの考察 ― 共謀共同正犯との関連において ―」大阪市大法学雑誌 9 巻 3・4 号（1963 年）240 頁以下、石川才顕「コンスピラシー法理の拡張化とその社会的要因 ― イギリスに於ける、コンスピラシー法理の拡張展開にみえる社会的要因についての検討 ―」日大法学研究所法学紀要 7 巻（1965 年）9 頁以下、田島裕「コンスピラシー法理の研究（1）（2）（3・完）」大阪市大法学雑誌 24 巻 2 号（1977 年）161 頁以下、25 巻 1 号（1978 年）1 頁以下、29 巻 1 号（1982 年）1 頁以下、熊谷烝佑「共謀罪 ― そそのかし・あおり ―」中山研一ほか編『現代刑法講座 3 巻』（1979 年）215 頁以下、佐藤正滋「英法の共同謀議罪（Conspiracy）」金沢法学 29 巻 1・2 号（1987 年）209 頁以下などがある。

3) その主要文献は拙稿・前掲注 1）198 頁注 9）におけるほか、京藤哲久「共謀罪」（日本刑法学会第 84 回大会ワークショップ記録）刑法雑誌 46 巻 2 号（2007 年）94 頁以下などがある。

4) 英米共謀罪に係る近時の主要な研究として、奈良俊夫「『共謀罪』及び『共謀』概念とコンスピラシーの法理」獨協法学 57 号（2002 年）67 頁以下、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（2005 年）170 頁以下、同『刑事立法と刑事法学』（2010 年）84 頁以下、安井哲章「共謀罪の基本概念」比較法雑誌 40 巻 1 号（2006 年）109 頁以下、小早川義則『共謀罪とコンスピラシー』（2008 年）、中野目善則「組織犯罪対策と共謀罪（コンスピラシー）」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010 年）605 頁以下、澁谷洋平「イギリス法における共謀罪の主観的要件について ― Saik 事件貴族院判決を中心として ―」熊本ロージャーナル 5 号（2011 年）43 頁以下、拙稿「共謀罪の成立要件について ― アメリカ共謀罪の分析を中心に ―」法学 75 巻 6 号（2012 年）掲載予定などがある。

に対しても比較的詳細な分析が加えられており、このような均衡のとれた多角的な考察がなされていること、また、本罪の抱える諸問題を明確化するに止まらずこれらに対する一定の解決策の提唱も試みられていることなどから、日米両国間の刑事法上の諸制度・諸体系の相違を前提としてもなお本論文はわが国共謀罪研究にとり大変参考となると思われる[5]。

以上のような次第での本論文の邦訳とその本誌への掲載の申出につき、これをご快諾頂いたRosenberg氏、並びに本論文掲載誌Criminal Law Bulletin発行元Thomson West社に対して、改めて厚く御礼を申し上げる。

なお、本稿は平成23年度科学研究費補助金（22730054）による研究成果の一部である。

5) なお、アメリカ共謀罪に関連する重要な原理として、共謀のみの関与者も他の共謀者の実行した犯罪につき正犯としての罪責を負いうるとする、いわゆるピンカートン原則（Pinkerton rule）がある（簡潔には拙稿・前掲注1）195頁以下参照）。連邦最高裁による Pinkerton v. United States 判決（328 U.S. 640, 646–47（1946）．本判決ないし本原則の邦語による紹介・分析として、町野朔「コンスピラシー罪」伊藤正己ほか編『英米判例百選Ⅰ公法』（1978年）162頁以下、安井・前掲注4）125頁以下、小早川・前掲注4）335頁以下、亀井・前掲注4）『刑事立法と刑事法学』99頁以下）を契機にその後判例理論として確立された本原則にはわが国共謀共同正犯理論との強い類似性が認められることから、わが国本理論の研究に対しても、アメリカ共謀罪の分析からは有益な示唆が得られるものと思われる。

共謀罪法における諸問題と改革提案

ベンジャミン・E・ローゼンバーグ*

論者らは長きに渡って、共謀罪（crime of conspiracy）は不必要でもあり危険でもあると主張してきた。彼らは、刑法により捕捉されるべき有害な（harmful）活動は共謀罪法以外の刑罰法規により捕捉されているがゆえに本罪は不要である、また、本罪は、創造力に富む検察官がこれを犯罪とされるべきではない活動に適用するかもしれないほどに広汎かつ柔軟であるがゆえに危険である、と主張する[1]。連邦最高裁の裁判官達もまた共謀罪の諸問題に言及してきた。Holmes 裁判官は、共謀罪の広汎性を前提とすれば「それゆえに創出される抑圧の可能性は現実には極めて広大なものとなる」と評しており[2]、Jackson 裁判官は「現代の共謀罪はその定義づけがほぼ不可能であるほどに漠然としている」と苦言を呈している[3]。検察官は、学者や裁判官による懸念の表明によっても抑制されることはなかった。Easterbrook 裁判官が United States v. Reynolds 判決[4]において執筆したように、「検察官は共謀を、自らのワードプロセッサ上で第一訴因としているようである。このような訴追を行わないことはまれだからである」[5]。

＊ ニュー・ヨーク州司法長官室首席代理人。本稿で示された見解は筆者個人のものであり、必ずしもニュー・ヨーク州司法長官のそれではない。筆者は、貴重なコメントを得た Richard Zabel 氏に謝意を表する。本稿は、敬愛し畏敬する恩師であり卓越した法律家であった第三巡回区連邦控訴裁判所 Edward R. Becker 裁判官を追悼するものである。

1） 例えば Phillip E. Johnson, *The Unnecessary Crime of Conspiracy*, 61 Cal. L. Rev. 1137（1973）; Ian Dennis, *The Rationale of Criminal Conspiracy*, 93 Law Q. Rev. 39（1977）を参照。

2） 225 U.S. 347, 387, 32 S. Ct. 793, 809（1912）（Holmes 裁判官反対意見）（「二人またはそれ以上の者が犯罪の実行のために共同する場合には常に共謀が成立するのであり、それゆえに創出される抑圧の可能性は現実には極めて広大なものとなる」）.

3） 336 U.S. 440, 446 n.2, 448-49, 69 S. Ct. 716, 720-21（1949）（Jackson 裁判官同意意見）.

4） United States v. Reynolds, 919 F.2d 435（7th Cir. 1990）.

5） *Reynolds*, 919 F.2d at 439.

その遍在性にもかかわらず — あるいはおそらくそのゆえに — 共謀法は幾つかの困難な問題を提起する。本稿の冒頭部分において、筆者は、共謀法に固有でありかつ極めて頻繁に生じる一定の諸問題を再確認する。これら諸問題の幾つかは他所でも論じられるが、幾つかはそうではない。しかしながら、これら諸問題がともに考察されうるようこれらを列挙しておくことは有意義であるし、それにより共謀罪がいかに深刻な欠陥を有しているかが理解されよう。こうして第一章において、筆者は共謀法に対する五つの批判を行うこととする。この批判は以下のとおりである。

(1) *未遂（attempts）法に基づく批判* — 共謀の犯罪化は、いかなる客観的基準によっても著しく有害な活動から遥かに遠い人々に刑法の威力を被らせることになる。未遂法は有害な活動に相当に近接した(reasonably close)者のみ訴追されるべきであるとの思考により形成されてきた。共謀法はこの思考と矛盾している。

(2) *幇助・教唆（aiding and abetting）法に基づく批判* — 未遂法に基づく批判は、共謀法の広汎性を未遂法にて発展した限界と対比させたものであるが、これと同様に、幇助・教唆法に基づく批判は、共謀法の広汎性を幇助・教唆法との関係で発展した限界と比較するものである。幇助・教唆により有罪となるには、基本犯罪（underlying crime）を実質的に促進し（substantially facilitated）なければならない。共謀法はこれよりも著しく広汎である。即ち、共謀罪で有罪となるには実体犯罪（substantive crime）自体への関与も、それへのいかなる関係性も必要ではない。しかしながら、刑事責任の射程（scope）のそれほど広汎な拡張への正当化根拠はほとんど存在しない。

(3) *他の共謀者（co-conspirators）とされる者の行為に基づく実体犯罪についての代位的刑事責任の帰属（ascription）に基づく批判* —「Pinkerton理論」は、人は他の共謀者による実体犯罪について罪責を負いうるとする。

問題は、このような罪責の帰属が適切であるか、またそれがいかなる情況においてか、である。以下で論証されるように、法はこの点につき明確な指針を提供していないが、指針の欠如はそのような広汎な罪責の帰属についての二律背反を反映したものである。

(4) *共謀となる合意の不適切な具象化（reification）に基づく批判* — 共謀とは、簡潔にいえば合意（agreement）である。しかしながら裁判所は頻繁に、共謀はあたかも何かそれを超えるものであるかのように述べる — あたかも実在するもの、意思や組織性を有するものであるかのように。共謀の具象化は、それが全くの「大袈裟（nonsense on stilts）」[6]ではないとしても、共謀についての危険なほどに不正確な記述や思考に至ることが確実であり、そこでは裁判所による判決や指針がしばしば絶望的なほどに漠然としたものに終わるという帰結を伴う。

(5) *手続上の帰結に基づく批判* — 共謀法は少なくとも四つの点において刑事手続や証拠に関する法を形成してきたが、そのいずれもがよりよい方向へのものではない。(a) 共謀法は大規模審理を許容する。そこでは、互いに見かけたことさえない、あるいは互いの存在さえ知らない複数被告人が併合審理され（jointly tried）、そこでは時に数週間または数ヶ月も引き続き在廷させられる間に、陪審の前で自らの有罪または無罪に全く無関係な証拠が列挙される。このような巨大審理により得られる効率性がいかなるものであれ（いかなる効率性が得られるかも明確ではないが）、それよりも、有責性が低く罪責が明白ではない被告人に影響を与える予断（prejudice）の問題性のほうがより重大である。(b) 共謀の訴追は、さもなければ許容されえない証拠の氾濫を招く。これは、その証拠が連邦証拠規則（Federal Rule of Evidence）404条（b）項を根拠に「共謀の背景（background）」として許容されていることによる。(c) 共謀法は刑事の

6) もちろん、このフレーズはBenthamが自然権を描写した際のものである。Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies*, *in* Nonsense upon Stilts 53 (Jeremy Waldron ed., 1987).

裁判地（venue）規定の根本を侵害する。過度に広汎な共謀法のゆえに、被告人はさもなければ自らについての裁判地ではなく自らには何ら関係のない地域で審理される可能性がある。(d) 共謀の訴追は、多くの場合、主張されたある共謀をその他の多数の潜在的なそれから区別することが事実上不可能であるほどに漠然としており、その結果、出訴期限法（statutes of limitations）のもとでの抗弁とともに二重の危険の原理のもとでの被告人の権利の根本を侵害する。

第一章の結論は、共謀法の諸欠陥は主にその漠然性から生じているというものである。それは市民にも法執行者にも指針を与えないほどに極めて漠然としている。そしてこのことは、処罰が正当化されないであろう情況での処罰に至る。

共謀の犯罪化には社会に対する何らかの利益が明らかに存在することは確かである — さもなければその行動は決して犯罪化されなかったであろう。共謀の犯罪化を支持するいかなる主張があるのであろうか。第二章は、Neil Kumar Katyal 教授による共謀罪法の擁護[7]について検討する。彼は、批判者達が主張してきたその限定または廃止とは全く異なり、共謀罪の処罰が現状よりもより峻厳にさえなされるべきであると主張しつつ、「共謀処罰の機能性という（functional）正当化根拠」を提唱する[8]。第二章において筆者は、Katyal 教授による共謀の犯罪化の正当化根拠が概して説得力を欠くと反論する。

第三章において、筆者は共謀罪法の改革のための四つの提案を行う。これらの提案は諸問題のすべてを除去するものではないが、しかしそれらの幾つかを改善するものである。この諸提案は以下のとおりである。

（1） *共謀の対象（object）につき陪審の意見の一致を要件とせよ*。共謀の

7） Neal Kumar Katyal, *Conspiracy Theory*, 112 YALE L.J. 1307 (2003).

8） Katyal, *supra* note 7, at 1369-90.

定義づけと扱いが現在のごとくであるがゆえに、二人はたとえその対象につき決して合意をしていなくても、同一の共謀の成員（members）となりうる。共謀は合意であるが、しかし陪審は、たとえ人々の間に有意な合意が存在しなくても、互いに共謀をしたことで彼らを有罪とすることを許されている。共謀の対象を特定することを陪審に求める陪審説示は、想定される合意との関係でそれがどこに存するかに陪審の注意を集中させることになろう。

(2) *顕示行為要件を強化せよ*。今日、顕示行為要件は、文字通りあらゆるものが顕示行為とされうるがゆえにその効果を喪失している。顕示行為要件を強化することは、陪審に対して、犯罪目標へ向けてある程度の進捗をなす共謀と、深刻な脅威の実現をもたらすことが決してなく有罪の根拠とされるべきではない共謀との区別を強いることとなろう。

(3) *Pinkerton 理論に基づく陪審説示により大きな指針を与えよ*。Pinkerton 理論は、当該行為が予見可能（foreseeable）であり共謀対象を促進するために（in furtherance of）行われた限り、他のいかなる共謀者によって実行されたいかなる実体犯罪行為についても共謀の各成員に代位責任（vicarious liability）を科しうるものである。Pinkerton 理論に基づく訴追についての陪審説示には事実上、基準が存在しない — これら説示は、陪審が Pinkerton 理論のもとで有罪認定をなすことを許容してはいるが義務づけてはおらず、そして陪審に対して、いかなる場合に有罪認定をすべきでありいかなる場合にそうすべきではないかにつき、何らの指針をも与えていない。陪審に与えられる裁量はあまりに大きく、陪審へのその他の説示の場合と全く均衡していない。

(4) *共謀することの共謀を犯罪化する法律を廃止せよ*。頻繁に適用される連邦刑罰法規の少なくとも一つ、即ち Racketeer Influenced and Corrupt Organizations（RICO）法は、犯罪行為をなすことを*共謀することの共謀*を犯罪としている。本法は理論的に欠陥がある訳ではないが、共謀概念の

可変性やその深刻な不明確性のゆえに、共謀をする共謀との概念は犯罪化されるべきではない。

Ⅰ. 共謀法への五つの批判

事実上すべての法域に共謀罪法が存在しており[9]、連邦刑法典はそれを幾つか有している[10]。説明の便宜のために、筆者はここで合衆国法典第18編371条 ― 総則的な連邦共謀罪法 ― に焦点を当てることとするが、ここで指摘される点は事実上いかなる共謀罪法にも妥当する。合衆国法典第18編371条は次のように規定している。

> 二人もしくはそれ以上の者が合衆国に対するいかなる罪の実行をも、または合衆国もしくはそこにおけるいかなる機関の欺罔をも、いかなる方法によってももしくはいかなる目的（purpose）のためにも、なすことを共謀し、かつ、これらの者の一人またはそれ以上の者が当該共謀の対象に影響を与えるいかなる行為をも行うときは、各人は罰金……もしくは5年以下の自由刑に処し、またはこれらを併科する[11]。

371条はこうして、(b) 犯罪を ― 即ち「合衆国に対するいかなる罪をも」― 実行すること、または合衆国を欺罔することを、(a) 一人または複数の他者

9) しかしながら、共謀罪の概念は普遍的なものではない。Hamdan v. Rumsfeld, ___ U.S. ___, 126 S. Ct. 2749, 2775-86（2006）（共謀は、戦時国際法に違反する犯罪としては承認されていないと認める）を参照。

10) 例えば18 U.S.C. §241（国民の権利に対する共謀）; 18 U.S.C. §286（請求に関する政府の欺罔の共謀）; 18 U.S.C. §371（犯罪の実行または合衆国の欺罔の共謀）; 18 U.S.C. §1962 (d)（RICO法上の共謀）; 18 U.S.C. §1951（ホップズ法（Hobbs Act）上の共謀）; 18 U.S.C. §2384（煽動の共謀）; 21 U.S.C. §846（麻薬に関する共謀）; 21 U.S.C. §963（規制薬物の輸入または輸出の共謀）を参照。

11) 18 U.S.C. §371.

と合意し — 即ち「共謀し」—、かつ (c) そのように合意をなした人々のいかなる一人でもが当該合意を実現するためにいかなる行為 —「顕示行為」と称される — をもなす場合に、共謀罪を実行したことになることを明確にしている。

共謀罪の本質 (essence) は合意であると評されることが頻繁である[12]。連邦最高裁によれば、共謀となる合意は「実体犯罪がその後惹起されるか否かにかかわらず存在し処罰されうる」「固有の悪 (distinct evil)」である[13]。このような重点の置き方は直ちに二つの疑問をもたらす。第一に、刑法の原則は、有害な行為のみが処罰されるべきであるとする。通常、害悪 (harm) は極めて明白である — 謀殺、窃盗、詐欺または贈収賄のような事案を考えよ。しかし、単なる合意は — たとえ有害なことをなす合意であっても — 有害ではない。もしもそれが実行されたならば害悪をもたらすかもしれないが、しかし我々は、それ自体有害でもなく直ちに害悪をもたらすこともない活動 — 合意という活動 — に対する偏向的な科刑には慎重であるべきである。

第二に、おそらく単なる合意を処罰することを避けるため、371 条を解釈する諸判例は、本条のもとでの有罪には単なる合意を超えた*何らかの事実* (*something*) が必要であるということを確立してきた。もっとも、その何らかの特別な事実を確定することは極めて困難ではあるが。例えば第二巡回区連邦控訴裁判所による次のような表現はその典型例である。

> 共謀の対象または目的の単なる認識、承諾または黙認を超えた何らかの事実が存在せねばならず、禁止された企てに向けた被告人の態度は

12) 例えば United States v. Jimenz Recio, 537 U.S. 270, 274, 123 S. Ct. 819, 822 (2003); United States v. Labat, 905 F.2d 18, 21 (2d Cir. 1990) (「共謀の本質は合意であってその対象である実体犯罪の実行ではないがゆえに、たとえ共同者達が自分達の目標に到達することがなくとも共謀罪は成立するであろう」) を参照。

13) 522 U.S. 52, 65, 118 S. Ct. 469, 477 (1997).

より積極的でなければならない……。彼は何らかの意味で、彼らの企てを自分自身で促進し、それを自己のものとし、その結果への利害関係（stake in its outcome）を有していなければならないのである[14]。

この表現によれば、共謀への黙認 — 即ち合意 — を超えたことが行われなければならず、「企てを促進する」ことがなされねばならない。それをどのように「促進する」のか、そして、いかなる性質の「利害関係」が必要とされるのかは確定されていないままである。確かに、基本犯罪での有罪が維持されるに要すると同程度のことがなされる必要はないであろうが、しかしこのことは別として、共謀罪で有罪認定をされるには共謀に合意することに加えてどのような軽微なことがなされる必要があるかを述べるのは不可能である。

A. 未遂法に基づく批判

なぜ悪しき行為をなす単なる合意自体が犯罪行為とされるべきであるのか。合意はそれ自体、何らの害悪を惹起することもない。人々はしばしば物事をなす合意をするが、その直後に異なる決断をしまたはそれを完全に放棄する。それゆえに、そのような移ろいやすく微細な行為 — 即ち合意行為 — は刑事罰を科せられるべきではないと考えることにも理由がある。

未遂法（あるいは未完成犯罪（inchoate crimes））は、この点において共謀法と有意な対照をなす。犯罪を実行しようとの試みが犯罪として処罰可能となるには、その試みが当該犯罪の既遂に迫っていなければならない。この要件は、

14）340 F.3d 115, 124（2d Cir. 2003）（内部引用および引用省略）．例えば United States v. Weidner, 437 F.3d 1023, 1033（10th Cir. 2006）（「共謀の諸目的についての単なる認識または黙従のみでは被告人による共謀への意図的な関与を構成するに足りない。その代わりに、政府は『情を知っての、かつ利害関係のある協力、あおり、［または］そそのかし』を立証しなければならないのである」）（一部引用省略）（Direct Sales Co. v. United States, 319 U.S. 703, 713, 63 S. Ct. 1265, 1270（1943）を引用）も参照。

様々な法域において多様に述べられている。例えばニュー・ヨーク州においては、未遂は「意図された犯罪の既遂に極めて近接（very near)」していなければならないが[15]、これに対して連邦事件では単に、被告人が意図された犯罪の完成への「実質的段階（substantial step)」に至ったことが要件とされるのみである[16]。

これら定式化の相違にもかかわらず、「実質的段階」または「極めて近接」との要件の根拠は、可罰的な犯罪実行の未遂と、不可罰な単なる予備的（preparatory）行為との間の区別にそれが必要であると裁判所が考えてきたからである[17]。ある者は犯罪行為に着手する準備をなすかもしれない — 例えば、銃器の購入または一瓶の毒薬の購入 —、しかしその後、犯罪を実行しないとの決断をし、その実現のためのさらなる段階へは至らないかもしれない。このような情況において、判例は事実上異論なく、刑事責任は科されるべきでないと判断してきた[18]。

共謀罪は、実体犯罪の未遂に対する刑事責任に係る「実質的段階」または「極めて近接」との要件には遥かに足りない情況で刑事責任を科する。それは、犯罪となる活動の最も初期かつ試みの最たる段階で刑事責任を科すことになる — どれほど本気でなくとも、二人が犯罪の実行を合意すれば直ちにである。

15）People v. Rizzo, 246 N.Y. 334, 337（1927）. People v. Acosta, 80 N.Y.2d 665, 670, 593 N.Y. S.2d 978, 980（1993）も参照。

16）United States v Jackson, 560 F.2d 112, 118（2d Cir. 1977）; United States v. Stallworth, 543 F.2d 1038, 1040-41（2d Cir. 1976）.

17）例えば United States v. Wesley, 417 F.3d 612, 618-19（6th Cir. 2005）; United States v. Crowley, 318 F.3d 401, 408（2d Cir. 2003）; United States v. Valencia, 907 F.2d 671, 684-85（7th Cir. 1990）（多数の先例を引用）; United States v. Mandujano, 499 F.2d 370, 373（5th Cir. 1974）を参照。

18）例えば United States v. Nelson, 66 F.3d 1036, 1044（9th Cir. 1995）; United States v. Harper, 33 F.3d 1143, 1147-48（9th Cir. 1994）; United States v. Delvechio, 816 F.2d 859, 861-62（2d Cir. 1987）; United States v. Buffington, 815 F.2d 1292, 1301-02（9th Cir. 1987）; United States v. Joyce, 693 F.2d 838, 841-42（8th Cir. 1982）を参照。

たとえこれら二人が犯罪実行への実質的段階には決して至っておらず、またはそれに「極めて近接」することが決してなくとも[19]。共謀と未遂の各要件の間の相違は正当化されえない。ある論者がこの問題を描写したように、

> もしもAが除草剤を購入し、その店員に対して、自らは来週、妻を毒殺するためにこれを使用する意図であると告げたとしても、この者は謀殺未遂で有罪とされるに足る近接した行為をなしたとは言い難い。しかし、もしもAがBを伴って除草剤を購入し、自らとBとが自らの妻を謀殺するためにそれを使う意図であると告げた場合には、これは明らかに謀殺の共謀の事案である。もしも我々が意図されたすべての謀殺を防止したいと望むのであれば、この相違はなぜであろうか[20]。

さらに二つの点が言及に値する。第一に、未遂と共謀は、その明白な相違にもかかわらず、連邦法上しばしば同じものとして扱われている。幾つかの制定法は犯罪を規定し、それに続いて、単一の条文または二つの連続した条文において、禁止されたいかなる行為をもなすことを「意図的に（willfully）試みまたは共謀した者は」、この者が現実にそれらの行為を完遂したと同様に処罰される、との犯罪を加えている[21]。第二に、犯罪の未遂に至った者もこの未遂犯罪を中止すること（abandoning）によって刑事責任を免れる可能性があるのに

19）Nelson 判決の 66 F.3d at 1042 において、裁判所は、それを「単なる予備（preparation）」とすることでマネー・ロンダリング未遂の証拠に不十分であると判示しているが、それにもかかわらず、共謀の有罪を維持するには十分な証拠であると判示している。

20）Dennis, *supra* note 1, at 41.

21）例えば 18 U.S.C. §§32（a）（8）, 1349, 2422（e）を参照。

22）例えば United States v. Dworkin, 855 F.2d 12, 20（1st Cir. 1988）（未遂の中止の抗弁を「承認する」が、しかし、当裁判所は「［本抗弁を］破棄の根拠として確固として採用したことも、または拒絶したことも決してなかった」とする）; People v. Kimball, 109 Mich. App. 273, 286-87, 311 N.W.2d 343, 349-50（1981）; Colorado R.S. 18-2-101（3）（「自らの

対して[22]、共謀をなした者には放棄（renunciation）によるそのような免責の可能性はない。ある者は共謀の目的の放棄という明確な行為によって共謀から離脱する（withdraw）かもしれないが[23]、放棄はそれ以前ではなくそれ以後の行為についてのみ刑事責任を免れることを許容するに過ぎない[24]。言い換えると、放棄以前に形成された合意のゆえに、その者は未だ共謀者なのであり、よって刑事責任を負う可能性があるのである。

真剣に行われた合意のみが訴追されることを顕示行為要件が保障すると主張されるかもしれない。確かに、顕示行為要件は当初、合意という予備的な段階から全く進展しない共謀から、行動に移された共謀を区別することを意図されていたのかもしれない。しかしながら、顕示行為要件はその希薄化が著しく、事実上その効果を喪失している。それはすべての共謀の要件ではなく[25]、また、たとえ顕示行為要件の存する（371条におけるような）共謀についてさえ、顕示行為は犯罪である必要もなければ[26]、何らかの意味で重要なものである必要

犯罪意図の完全かつ任意な放棄を明らかに示す状況下で、被告人が当該犯罪の既遂に達するための自らの活動を中止し、またはその他の態様でその既遂を阻止したことは、訴追に対する本条［犯罪意図］に基づく積極的抗弁となる」）; Florida Stat. Ch. 777.04（5）（West 2006）; Model Penal Code §5.01（4）（West 2006）（「行為者の行為がさもなければ未遂を構成する場合には……自らの犯罪意図の完全かつ任意な放棄を明らかに示す状況下で、この者が当該犯罪の既遂に達するための自らの活動を中止し、またはその他の態様でその既遂を阻止したことは積極的抗弁となる」）を参照。

23）例えば United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422, 463-64, 98 S. Ct. 2864, 2887（1978）; Hyde & Schneider v. United States, 225 U.S. 347, 369, 32 S. Ct. 793, 803（1912）; United States v. Granados, 962 F.2d 767, 772-734（8th Cir. 1992）; Conn. Gen Stat. 53a–48（b）（West 2006）; Ky. Rev. Stat. 502.040（2）（West 2006）を参照。

24）例えば United States v. Wooten, 688 F.2d 941, 947（4th Cir. 1982）; United States v. Read, 658 F.2d 1225, 1232-33（7th Cir. 1981）; United States v. DiSalvo, 631 F. Supp. 1398, 1400（E.D. Pa. 1986）, *aff'd*, 826 F.2d 1057（3d Cir. 1987）を参照。

25）例えば、合衆国法典第21編846条に該当する麻薬に関する共謀は顕示行為要件を有しない。例えば18 U.S.C. §241（国民の権利に対する共謀）; 18 U.S.C. §§286（請求に関する政府の欺罔の共謀）, 1951（ホッブズ法上の共謀）, 2384（煽動の共謀）; 21 U.S.C. §963（規制薬物の輸入または輸出の共謀）も参照。

26）317 U.S. 49, 53, 63 S. Ct. 99, 101（1942）.

もない。それは例えば、電話をかけること[27]、手紙を送ること[28]、旅行をすること[29]、あるいは会合に参加すること[30]、でありうる。共謀の成員の一人が顕示行為を行う限り、本要件はすべての成員について充足されるのである[31]。少なくとも幾つかの法域においては、陪審はいかなる顕示行為が行われたかについて意見を一致させることさえ必要ではない[32]。顕示行為要件は実際上、訴追を妨げるようなものでは決してなく、それゆえにそれは、未遂法における「実質的段階」または「極めて近接」との要件に類する共謀法の要件ではないのである。

注目に値するのは、共謀者が、共謀の対象たる実体犯罪で有罪となった者よりもなお重く処罰されうることである。371 条は、「共謀の対象が軽罪のみである」ため、共謀に対する刑罰が「当該軽罪につき規定された最高刑」となる場合を除き、5 年の最高刑を規定している[33]。ある軽罪は 1 年までの自由刑に

27）例えば United States v. Alvarez, 610 F.2d 1250, 1254-55（5th Cir. 1980）; United States v. Valencia, 226 F. Supp. 2d 503, 509（S.D.N.Y. 2002）, *aff'd*, 100 Fed. Appx. 17, No. 03-1504, 2004 WL 1234065（2d Cir. June 4, 2004）を参照。

28）例えば United States v. Tucker, 376 F.3d 236, 238-39（4th Cir. 2004）を参照。

29）例えば United States v. Hersh, 297 F.3d 1233, 1246（11th Cir. 2002）を参照。

30）例えば United States v. Morales, 445 F.3d 1081, 1085（8th Cir. 2006）を参照。

31）例えば Braverman v. United States, 317 U.S. 49, 56, 63 S. Ct. 99, 101（1942）を参照。

32）連邦法はこの点について明確ではない。もっとも、顕示行為については全員一致との要件は存在しないことを強調する幾つかの先例は存在する。例えば United States v. Stone, 323 F. Supp.2d 886, 893（E.D. Tenn. 2004）（「共謀を促進するためにいかなる特定の顕示行為が行われたかの確定に際して陪審が全員一致であることを、法は要件としていない」）を参照。United States v. Shaoul, 41 F.3d 811, 817（2d Cir. 1994）（「いかなる特定の顕示行為を［被告人が］行ったかにつき陪審は必ず意見を一致させる必要があるというのみの主張を仮定しても……」）も参照。少なくとも幾つかの州には見解の一致がある。例えば People v. Russo, 25 Cal. 4th 1124, 1128, 25 P.3d 641, 643, 108 Cal. Rptr. 2d 436, 438（2001）（陪審は、ある共謀者が共謀を促進するために顕示行為を行ったことを合理的疑いを超えて全員一致で認定する限り、顕示行為の特定性につき意見を一致させる必要はない）を参照。

33）18 U.S.C. §371.

より処罰されうる犯罪である[34]。しかしながら、連邦法のもとでは、E級(Class E) 重罪は3年までの自由刑によって処罰されうる[35]。したがって、E級重罪 — 例えば1セント硬貨もしくは5セント硬貨の偽造[36]、または税関書類の偽造もしくは変造[37] — を犯す共謀で有罪とされた者は5年までの刑を科されることになるが、これに対して、これらの罪を直接実行する場合には最高3年までの刑が科されることとなる[38]。

共謀は集団による犯罪活動の可能性を高めるが、これは単独で行動する者による犯罪活動よりも危険または社会的に有害であろうから、共謀は基本犯罪よりも重く処罰されるべきである、と — Katyal教授がそうするごとく — 主張されるかもしれない。しかし、集団による犯罪の遂行が一個人による犯罪の遂行よりも危険または社会的に有害であると仮定しても、犯罪を実行することの合意 — 即ち共謀 — が一個人による犯罪の遂行よりも危険または社会的に有害であると考える理由はない。むしろ実際には、全く正反対のことが真実であるように思われる。

---

34) 18 U.S.C. §3581 (b) (6).

35) 18 U.S.C. §3581 (b) (5) を参照。

36) 18 U.S.C. §490 を参照。

37) 18 U.S.C. §496 を参照。

38) 例えば18 U.S.C. §§603 (3年までの自由刑で処罰されうる不法な政治献金), 606 (政治献金を得る目的での脅迫 — 3年) ; 610 (政治活動の強要 — 3年), 651 (会計検査院官吏に対する特定状況下での虚偽証明 — 2年), 875 (d) (強要目的での、他人の財産または名誉の毀損の州を跨ぐ脅迫 — 2年), 877 (同。外国からの通信が郵便による場合), 911–13 (連邦職員の騙りに関する諸犯罪 — 3年), 962 (合衆国友好国に対し用いる目的での船舶等の武装化 — 3年) も参照。連邦量刑基準 (Sentencing Guidelines) のもとでは、共謀についての基準レベルは当該共謀の対象たる基本犯罪についての犯罪レベルに一致するものとされている。U.S.S.G. §2X1.1 を参照。しかしながら、本基準は勧告的なものにすぎず拘束力を有するものではない。United States v. Booker, 543 U.S. 220, 125 S. Ct. 738 (2005) を参照。それゆえに、犯罪の実行に対するよりも、犯罪の実行の共謀に対するほうがより峻厳に科刑されるということがなおありうる。

B. 幇助・教唆法に基づく批判

共謀罪で有罪となるには、その基本犯罪たる実体犯罪の行為を自らが実行することの合意は必要ではない。つまり、単に、犯罪行為が他の共謀者によって実行されるであろうことを合意するのみで足りるのである。対照的に、幇助者または教唆者として有罪となるには — 即ち、共犯（accomplice）の罪責の理論のもとで罪責を負うには — 実体犯罪を実質的に容易にする（substantially facilitate）行動をなすことを必要とする[39]。またもや共謀法は、その他の — 幇助・教唆の — 犯罪理論によって帰属されるよりも、正犯の犯罪行為からより一層離隔した行動または所作に犯罪性を帰属させているようである。もたらされる問題は、犯罪性の網をそのように広汎に投じることについての妥当な根拠が存在するかである。

この問題は、「共謀を、無限定的な射程と持続性とをもつ継続的な業務関係（business relationship）とみなし、共謀者を、ある反対意見が述べたように『犯罪における一般的なパートナー（general partners）』とみなす」[40]裁判所の傾向のゆえに特に重大となる。特定の犯罪を幇助・*教唆した*との有罪認定がなされなければならない幇助・教唆と異なり、共謀罪はその犯罪対象についての極めて漠然とした合意によっても成立しうるのである。

当事者達が合意に至ったことがどのように立証されるかを考えてみよ。裁判所が陪審に対して頻繁に説示するように、共謀者とされる者達が商取引時にしばしば行われるような書面契約に至ることはほとんどない。被告人と他の共謀

39）例えば United States v. Pipola, 83 F.3d 556, 562（2d Cir.1996）（「犯罪の実行の幇助・教唆についての行為と意図の要件を立証するためには、被告人が基本犯罪の行動に関与してそれを共有したこと、および、被告人の尽力がその成功に寄与したことが証拠によって立証されなければならない」）（引用省略）; United States v. Forup, 963 F.2d 41, 43（3d Cir. 1992）; United States v. Menesses, 962 F.2d 420, 426（5th Cir. 1992）を参照。

40）Johnson, *supra* note 1, at 1147（Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640, 651, 66 S. Ct. 1180, 1186（1941）（Rutledge 裁判官反対意見）を引用）.

者とされる者との間で、明確な口頭での合意が存在するかも知れず、その合意が録音テープに録音され、または目撃者によって盗み聞きされるかもしれない。このような事例においては立証は極めて容易である。しかしながらより頻繁に、陪審は共謀者とされる者達の行動から合意を推論することを要請されるであろう。標準陪審説示（standard jury charge）はこの推論を次のように説明している。

> あなたは、共謀の成員であるとされた者達がともに会し、表明されたまたは正式ないかなる合意に至ったことをも認定する必要はない。同様に、あなたは、共謀者であるとされた者達が、その計画、その対象もしくは目的の内容を、または当該計画のもしくはその対象もしくは目的が達成される手段の正確な全詳細を言語または記述により表明した、ということを認定する必要もない。政府が立証しなければならないことは、不法な行為を達成するために相互に協力することについての、二人またはそれ以上の人々の間での発話による、またはよらない相互理解（mutual understanding）が存在したことである[41]。

このような推論に伴う問題性は、ある者が何に*合意した*のかを正確に確定することが極めて困難であることが頻繁であり、また、被告人はその他の共謀者とされた者が被告人との合意 — 合意がどのようなものであれ — に続いて行ったあらゆる不正行為について合意していたと推論されることを許容する圧倒的な傾向が存在することである。さらに悪いことには、正式起訴では被告人達は多数の対象を伴う複数の共謀の成員であるとして訴追されることが頻繁であり、その結果、ある共謀者達はある対象に合意しているかもしれないが、他の共謀者達が合意しているのは異なる対象であるということになる。実際にも、大陪審には、可能な限り広汎な文言を用いて共謀を訴追するインセンティ

41）1 Leonard B. Sand et al., Modern Federal Jury Instructions（Criminal）¶19–4（2005）.

ブがある。それは、このような正式起訴は裁判所によって承認されてきた[42]のに対して、より限定的な正式起訴は、もしもそこにおいて示された比較的限定的な主張とは異なる立証がなされた場合、公判において擬制的修正(constructive amendment) または不適切齟齬 (improper variance) の危険を冒すことになるからである[43]。このような情況のもとで、共謀者が何に合意したのかを言い表すことは — 特に、その対象とされるものが多数である場合 — ほとんど眩惑するほどなことである。

この問題性は、共謀の成員となる (またはそれに加功する) ことの意義についての次のような標準説示によって悪化させられる。

> 被告人が共謀者であったと認定されうる以前に、あなたはまず、彼が不法な合意または計画に認識しつつ加功したことを認定しなければならない。それゆえに、重要な問題は、被告人は*その不法な合意の基本的な目標および目的の少なくとも幾つかを知り*つつ共謀に関与したか否かである。
> ……共謀の成員となるには、被告人が他の成員の個々のかつ全員の属性を認識していた必要はなく、これらの者の活動のすべてを知っていた必要もない。さらに、被告人の認識を推論することが正当化されるには、被告人が共謀の詳細や射程のすべてについて十分に知らされていたことも必要ではない。*加えて、被告人は共謀の不法な対象のすべてに加功していた必要もない*[44]。

この同じ説示は続けて次のように述べている。即ち、「必要であるのは、被告人が共謀の目的または対象の*少なくとも幾つか*を認識しつつ、かつそれら不法な目標の実現を幇助する意図で、関与したのでなければならないことであ

42) 例えば United States v. Wozniak, 126 F.3d 105, 110 (2d Cir. 1997) (先例を引用) を参照。
43) *Wozniak*, 126 F.3d at 110.
44) 1 Sand, *supra* note 41, ¶19–6 (強調付加).

る」[45]。

これらの説示の組み合わせでは、共謀の訴追の核心にある合意がほぼ無限に可変的であるがゆえに、何らの限定にもならない可能性が著しい。例えば[46]、

> D1はその友人であるD2に付き添って国外旅行中、D1とD2がたまたま知り合った者から旅行代金の支払を受けたと仮定する。国外でD2は施錠された重いスーツケースを渡され、それを合衆国に運び込むよう指示され、そして合衆国では旅行代金を支払った知人がD2からそのスーツケースを回収することとなっている。D1はこの取り決めを認識している。そのスーツケースには規制物質が含まれており、D1とD2は国境で留め置かれ、規制物質の輸入の共謀で逮捕、訴追される。

D1は何を行うことを合意 — 即ち共謀 — したのであろうか。D1はD2に付き添うことには確かに合意している。彼女はD2が禁制品を携行していたことさえも認識していたかもしれない。しかしD1は、D2が規制物質を輸入することになることに合意していたのであろうか。合意の中にどれほどのことが読み込まれうるのであろうか。もしも合意の中にあまりに多くを読み込むならば、次のような危険性は明らかである。即ち、D1は自らが全く予想さえしなかった — あるいは、たとえ予想したとしても、自らが合意したものでは決してない — 犯罪につき有罪と認定されるかもしれないのである。

共謀に加功したと認定されうる容易さは、共謀からの離脱の認定がどれほど得難いかということと比較すれば、特に注目に値する。被告人は「共謀に対する自らの犯罪的な関係性を否定し、自らの離脱を他の共謀者に伝達した」[47]と

45) 1 Sand, *supra* note 41, ¶19-6.

46) 以下の例はおおむね 385 F.3d 196 (2d Cir. 2004) の事案に依っている。筆者は被告人側の上訴審弁護士を務めた。

47) 960 F.2d 1099, 1108 (2d Cir. 1992) (引用省略). 例えば United States v. Jones, 27 F.3d 50,

いう積極的証拠を提示しなければならない。この明らかな不均衡 — 陪審はある者が共謀に加功したと決するには多くを認定する必要はないが、これに対して、ある者がそれから離脱したことには相当の証明を要する — は正当化を必要とする。

C. 実体犯罪に係る代位責任の賦科に基づく共謀への批判

共謀に対する以上の二つの批判は、正犯による実体的な不正行為からそれほどまでに著しく離隔した活動に対して刑事責任を帰属させることが妥当であるかとの問題に焦点を当てたものであった。これらの批判のそれぞれにおいて、刑法のその他の諸理論 — それぞれ、未遂論および幇助・教唆の罪責の理論 — は、共謀が適用されるであろう場面で帰責をしないことが示された。このことは、共謀を用いることを通じてこれら諸理論を事実上拡張することについての十分な正当化根拠が存在するのかとの問題に至る。

共謀法はさらなる、特に鋭利な局面をも有している。共謀への関与につき有罪である被告人は、当該共謀を促進するために（in furtherance of）他のいかなる共謀者によっても実行されたいかなる犯罪行為についてもまた有罪と認定されうるのである。たとえ当該被告人はその犯罪行為の実行に何らの役割をも果たしていなくとも[48]。これを宣言した判例、即ち Pinkerton v. United States 判決[49]

51（2d Cir. 1994）（被告人が「共謀との自らの関係を否定するために、または共謀の目標もしくは目的を阻止するために、何らかの明確、重要かつ積極的な行動を採った」ことを必要とする陪審説示を是認）; United States v. Payne, 962 F.2d 1228, 1234（6th Cir. 1992）も参照。

48）例えば Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640, 66 S. Ct. 1180（1946）; United States v. Pompa, 434 F.3d 800, 807（5th Cir. 2005）; United States v. Smith, 223 F.3d 554, 572-73（7th Cir. 2000), *cert. denied*, ___ U.S. ___, 126 S. Ct. 1093（2006）; United States v. Casperson, 773 F.2d 216, 224（8th Cir. 1985）; United States v. Diaz, 655 F.2d 580, 585（5th Cir. 1981）を参照。

49）328 U.S. 640.

に因んで「Pinkerton 理論」として知られる本理論は、共謀者は他者の代理人（agents）であり、本人（principal）のそれぞれ — 即ち各共謀者 — は自らの代理人 — 即ち他の共謀者のすべて — の行為につき、つまり代理(agency)の射程内の行為につき — 即ち共謀の目標を促進するために遂行された行為につき — 責任を負う、との前提に基づいている[50]。要するに、共謀それ自体が正犯となるのである。

前述のように、共謀となる合意の正確な射程が十分に確定されないことや、同じく前述のように、共謀となる合意は共謀の対象に何らかの関係をもついかなる共謀者によってもなされた不正行為のすべてを包含するに足るほど広汎であると結論づける強い傾向が存在することから、困難が生じる。例えば、幾つかの裁判所は、たとえ被告人が暴力犯罪に関与せず銃器の携帯もなさなかったとしても、Pinkerton 理論のもとで、暴力犯罪に際しての銃器の使用または携帯につき — 他のあらゆる罪の有罪判決との逐次的な執行が求められる長期に渡る自由刑を科する合衆国法典第 18 編 924 条（c）項に違反して — 罪責を負いうると判示してきた[51]。

興味深いことに、多少非論理的ではあるが、裁判所は重罪犯人につき銃器の所持を犯罪とする合衆国法典第 18 編 922 条（g）項を通じて Pinkerton に基づく罪責を拡張することには積極的ではない。共謀者 A は、共謀の対象とされる犯罪行為に関与している際に銃器を所持する重罪犯人であると仮定すると、共謀者 B は、たとえ自らは重罪犯人ではなく自ら銃器を所持することがなくとも、Pinkerton 理論のもとで、合衆国法典第 18 編 922 条（g）項違反の罪責を負うのであろうか。あるいは、共謀者 A は重罪犯人ではないが銃器を所持

50）例えば *Smith*, 223 F.3d at 572-73 を参照。

51）例えば United States v. Masotto, 73 F.3d 1233, 1239-40（2d Cir. 1996）; United States v. Jackson, 65 F.3d 631, 634（7th Cir. 1995）; United States v. Dean, 59 F.3d 1479, 1489（5th Cir. 1995）; United States v. Resko, 3 F.3d 684, 695-96（3d Cir. 1993）; United States v. Cummings, 937 F.2d 941, 944（4th Cir. 1991）; United States v. Romero, 897 F.2d 47, 51（2 d Cir. 1990）を参照。

しており、共謀者Bは重罪犯人ではあるが銃器を所持していないと仮定すると — Pinkerton理論のもとで、彼らの行為は総合的に考察され、彼らはともに合衆国法典第18編922条(g)項違反の罪責を負うとされうるのであろうか。少なくとも一つの裁判所は、Pinkertonに基づく罪責は922条（g）項の違反には拡張されえないと判示しており[52]、この結論は評価されているが — 直観的には、これと反対の結論は不自然であり正義の失墜であるように思われる — しかし当該裁判所はなぜPinkertonに基づく罪責が922条（g）項に拡張されえないのかについての*理論的な*根拠を示しえていない。それは単に「Pinkerton理論における代位責任の文言はそのような犯罪については不適切である」[53]と述べたのみである。しかしそれはなぜか。

Pinkertonに基づく罪責についての代理との理論的根拠は薄弱であり、法的擬制も甚だしい。民事責任との目的のために、第二次代理法リステイトメント（Restatement（Second）Agency）は「代理関係は、代理人が本人のために行為することが本人により代理人に表明されており、かつ代理人によりこのように行為することについて同意がなされている場合にのみ存在する」[54]と規定している。共謀罪については、類似の表明要件は存在しない。したがって、民事法のもとでその認識を欠く本人となるよりもむしろ、刑法における方が一層、その認識を欠く正犯となり易く、その結果、他人の行為につき刑事責任を負うことになる。さらに、代理との理論的根拠は一貫性をもって適用されている訳ではない。Pinkerton理論に従えば共謀者は他の共謀者の犯罪行為につき罪責を負う可能性があるが、連邦最高裁は、共謀者は他の共謀者の修正4条の権利に違反して得られた証拠の許容を争う当事者適格を有するとした第9巡回区連邦控訴裁判所の判例を明示的に破棄している[55]。しかし、もしも他の共謀者達が

52）225 F.3d 858, 865-66（7th Cir. 2000）.

53）225 F.3d at 866.

54）Restatement（Second）Agency §15（1958）.

55）United States v. Padilla, 508 U.S. 77, 113 S. Ct. 1936（1993）.

ある目的に関して代理人であるのなら — 即ち、もしも彼らが互いに代理をしているのなら — なぜ他の目的に関してはそうではないのであろうか[56]。

注目に値することに、幾つかの裁判所はPinkerton理論に対してデュー・プ

56) 共謀を代理とする法的擬制は常に被告人の不利益に作用するという訳ではない。例えば、一貫性原則（rule of consistency）は、同一裁判において他の共謀者の全員が無罪とされた場合に、被告人の共謀での有罪の破棄を要請する。Eric L. Muller, *The Hobgoblin of Little Minds? Our Foolish Law of Inconsistent Verdicts*, 111 Harv. L. Rev. 771, 780（1998）（先例を引用）を参照。この歴史のある原則の理論的根拠は、共謀とは二人の私的当事者を必要とする合意である、というものである。例えば *id*.（先例を引用）を参照。Morrison v. California, 291 U.S. 82, 92, 54 S. Ct. 281, 285（1934）; Getsy v. Mitchell, 456 F.3d 575, 588-89（6th Cir. 2006）も参照。この理論的根拠は、本原則と、裁判所による他の制定法の扱いとを比較するまでは意味をなす。例えば、未成年者に対して「犯罪性のある性的活動」を行うことを説得し、または説得を試みるために州際通商に係る施設を使用することを犯罪とする合衆国法典第18編2422条（b）項を考えよ。諸裁判所は一致して、たとえ被告人が未成年者であると考えていた、未成年者にみえる者が成人である場合にも、被告人は2422条（b）項の違反で有罪と認定されうると判示している。例えばUnited States v. Hicks, 457 F.3d 838, 841（8th Cir. 2006）; *accord*, United States v. Tykarsky, 446 F.3 d 458, 461, 464-69（3rd Cir. 2006）; United States v. Sims, 428 F.3d 945, 949, 959-60（10th Cir. 2005）; United States v. Meek, 366 F.3d 705, 709, 717-20（9th Cir. 2004）; United States v. Root, 296 F.3d 1222, 1224, 1227-31（11th Cir. 2002）; United States v. Farner, 251 F.3d 510, 51, 512-13（5th Cir. 2001）を参照。（このような状況は、未成年者にみえる者—実際には秘密捜査官—に対して、自らと性的関係をもつよう誘惑するために被告人がインターネットを用いる場合に頻繁に生じる。）もしも2422条（b）項に基づく訴追には「真正な（authentic）」未成年者は必要でないならば、なぜ共謀の訴追には「真正な」共謀者が必要なのであろうか。その回答として、そのような場合の2422条（b）項に基づく訴追は既遂犯に対するものではなく未遂に対するものである、とされるかもしれない。しかしながら、この主張は次のような異論に答えるものではない。即ち、法律はなぜ、未成年者は存在せず単に未成年者にみえる者しか存在しなかった場合にも、未成年者に対して性的関係をもつことの誘惑を試みたことにつき有罪されることを許容し、他方で、被告人が合意した（と考えた）相手は単に合意する手筈であったにすぎない場合に、犯罪への関与に合意したことについての有罪を許容しないということをなすべきであるのか。結局、法的擬制は永続的に妥当するものではなく、一貫性原則は連邦の諸裁判所により破棄されている。例えばMuller, *supra*, at 788 nn.83-84（先例を引用）を参照。United States v. Crayton, 357 F.3d 560, 565-66（6th Cir. 2004）（先例を引用）も参照。

ロセスによる制約がありうることを示唆してきたが[57]、しかしその限界がいかなるものであるかを明確には示してこなかった。おそらくリーディング・ケースであろう United States v. Castaneda 判決[58]は、デュー・プロセスによる制約は予見可能性（foreseeability）との概念に関係すると示唆しているが[59]、しかしこの二つの概念の間の関係性には問題がある。

> 予見可能性により構成される Pinkerton 理論がともかくもデュー・プロセスによってより縮限的に「抑制され」うると述べることは、もしもデュー・プロセスの要請が予見可能性に過ぎないとすれば、完全に非論理的である。「予見可能性」とは過失法の文言である。これは刑法上の一般的な概念ではなく、刑事責任に対するデュー・プロセスによる有意な制約を課する概念でも決してない[60]。

いずれにせよ、デュー・プロセスによる制約は極めて漠然としていることが頻

57）例えば United States v. Collazo-Aponte, 216 F.3d 163, 195-96（1st Cir. 2000）; United States v. Castaneda, 9 F.3d 761, 766（9th Cir. 1993）（先例を引用）; United States v. Alvarez, 755 F.2d 830（11th Cir. 1985）; United States v. Hansen, 256 F. Supp. 2d 65, 67 n.3（D. Mass. 2003）, *aff'd*, 434 F.3d 92（1st Cir. 2006）, *petition for rev'd filed*,（May 09, 2006）（No. 06-5081）を参照。以下の Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Jr., Criminal Law 589（2d ed. 1986）も参照。即ち、

もしも Pinkerton 原則が固守されるならば、巨大な商業的売春団体における個々の売春婦または経営者は、自らが認識しておらず、また直接に支援したこともない者による数え切れないほど多数の売春行為について罪責を負わされる可能性がある。大規模な麻薬団体における個々の小売人は、その巨大な共謀における他のすべての小売人によってなされたすべての麻薬販売につき共犯として罪責を負うとされる可能性がある。このような罪責は、活動全体を指揮し支配する最高位にある者には正当化されるかもしれないが、しかし、同一の結果を共謀におけるより低位の関与者に負わせることは明らかに不適切である。

58）9 F.3d 761.

59）*Castaneda*, 9 F.3d at 766 を参照。

60）*Hansen*, 256 F. Supp. 2d at 67 n.3.

繁であり、ゆえに被告人に安楽を与えることはほとんどない。

もしも Pinkerton 理論に対するデュー・プロセスによる制約についての裁判所による漠然とした言及が被告人に対して多くの具体的な支援を提供するものではないとしても、これらは少なくとも、本理論を適用する際の裁判所のある程度の不快感を反映している。Pinkerton 理論についての標準陪審説示もまた、本理論の射程についての潜在的な困惑を露呈している。それは次のように規定している。

> もしも私の説示に照らして、あなたが、被告人は — 正式起訴状における — 訴因により訴追された共謀の成員であり、ゆえに共謀の訴因で有罪であると合理的疑いを超えて認定するならば、この者につき［Pinkerton 理論に基づいてこの者に実体犯罪の罪責を負わせる訴因により］訴追されている実体犯罪についても有罪認定を*してもよいが、そうすることが要請される訳ではない* ……[61]。

この説示の特異な点は、その許可制的な性質である。たとえ犯罪の諸要素が充足された場合であっても陪審が被告人に有罪認定を*してもよい*というのはなぜか。このような場合には — 陪審説示において典型的に行われるごとく — 陪審は被告人に有罪認定を*しなければならない*とされるべきではないのか[62]。そして、そのような情況では陪審はその裁量をどのように行使すべきであるのか。即ち、*してもよいこと* — 有罪評決 — をなすべきであるか否か

61) 1 Sand, *supra* note 41, ¶19–13（強調付加）.

62) 例えば 1 Sand, *supra* note 41, ¶4-2（「あなたは、すべての証拠についての公正かつ公平な考慮ののち、合理的疑いを超えて被告人の有罪を確信するならば、あなたは有罪と評決*しなければならない*」とする、合理的疑いについての説示）（強調付加）; *id*. at ¶2-12（「あなたは、政府が合理的疑いを超えて被告人の有罪を立証する責任を充足したと認定*しなければならない*場合、あなたは同情またはその他の何らかの理由のゆえに有罪評決をなすことに*躊躇してはならない*」とする、同情についての説示）（強調付加）を参照。

をどのように決するのであろうか。

D. 共謀となる合意の不適切な具象化に基づく共謀への批判

裁判所は、共謀となる合意を、あたかも人々または主体の間の単なる合意を超えたものであるかのように扱うことでそれを具象化することによって、共謀罪をさらに拡張してきた。裁判所が意味しているに違いないものが「共謀となる合意の対象」である場合に、裁判所は常に「共謀の目標」[63]に言及してきた。同様に裁判所は、例えば共謀において「作用した（operated）」[64]、または共謀が一定の目標を「促進しようとした」[65]というように、共謀が何事かをなした、と頻繁に述べている。おそらく裁判所は、共謀者達（またはその一部）は自分達（またはその一部）が一定の様式で行動すること、または一定の目標を達成しようと試みることを合意したということを意味していたのであろう。

これは単なる言葉の荒探しであると思われるかもしれないが、しかしより大きな問題なのである。用いられた言葉は隠喩（metaphor）を招く — 構造や目的、階層を有する実体（entity）としての共謀、というように。しかしながら、共謀をこのように考えることは誤解であり、そしてもしも陪審がこのような隠喩を用いるよう促される方法で説示を受けるならば[66]、被告人は予断を受けることになるかもしれない。共謀罪の訴追の焦点は合意に向けられねばならないのであり — それぞれの被告人につき、陪審は「この被告人は何を行うことに合意したのであろうか」と考察しなければならない — 共謀を物事をなす実

63）例えば United States v. Medina, 430 F.3d 869, 882（7th Cir. 2005）; United States v. Small, 423 F.3d 1164, 1183（10th Cir. 2005）を参照。

64）409 F.3d 492, 496（1st Cir. 2005）（「共謀は次のように作用する」）, *cert. denied sub nom.*, Navarro v. U.S., ___ U.S. ___, 126 S. Ct. 466（2005）.

65）430 F.3d 681, 695（4th Cir. 2005）.

66）隠喩の「枠組み（framing）」作用についてである。一般に George Lakoff & Mark Johnson, Metaphors We Live by（1980）を参照。

体とみること — 簡潔に述べれば、個々人の間での一個のまたは一連の合意としてではなく — は、適切な焦点を不明確にする。陪審にとって、「被告人は共謀に加功したか」との問いに肯定的に答えるほうが、「被告人は犯罪行為が遂行されることを誰と合意したか、また、一方での被告人と他方でのその合意相手たる人（々）がいかなる犯罪行為が遂行されることを合意したか」との問いに答えるよりも遥かに容易である。しかし、陪審がこれらの問いの両方に合理的疑いを超えて解答しうるのでない限り、被告人は犯罪で有罪とされるべきではない。

標準陪審説示は具象化された共謀概念を採っている。それは次のように述べている。

> その立証責任を果たすには、政府は次の四つの本質的要素のそれぞれを合理的疑いを超えて立証しなければならない。
> 第一に、二人またはそれ以上の者が、正式起訴状によって訴追された、［年月日記入］に開始のまたはこの頃の不法な合意に関与したこと、
> 第二に、被告人が認識しつつかつ意図的に共謀の成員となったこと、
> 第三に、共謀の成員の一人が［顕示行為を行ったこと］、および、
> 第四に、行われた、とあなたが認定した（諸）顕示行為が共謀の何らかの対象を促進するために行われたこと[67]。

なぜ説示がこのような方法で行われるのかとの疑問が残る。共謀は合意であり、被告人が共謀で有罪となるかを問うには、他の者が合意をなしたか、そして被告人が共謀の「成員となった」かを問う必要はない。前述の説示は人がその「成員」になるところの実在的犯罪集団の存在を示唆している。そのような集団を示唆すること自体が被告人に対する予断となる可能性がある。判例が繰

67）1 Sand, *supra* note 41, ¶19-3. 2 Kevin O'Malley et al., Federal Jury Practice and Instructions (Criminal) §31.03 (2000) も参照。

り返し判示しているように、「この犯罪の要点（gist）はやはり合意である」[68]ならば、説示は陪審の注目を、*被告人*が何に合意したのかとの問いに向けさせるべきである[69]。したがって、次のようにより直接的であることが望ましい。即ち、「被告人は他のいかなる人または人々とも［法律違反を］合意をしたか」、もしそうであるならば「被告人は誰と合意をしたのか」、そして「被告人がその違反を合意したのはいかなる法律であるか」と。

杜撰な文言の結果が、例えばUnited States v. Reeves 判決[70]のような諸判例においてみられ、本件では被告人は自動車の窃取とその転売の共謀で有罪とされた。被告人の一人（Lynn）は、自らの共謀への関与については十分な証拠はないと主張したが、裁判所はこの主張を拒絶した。裁判所は、政府は共謀の存在を明確に立証しており、「一旦政府が共謀の存在を立証すれば、Lynn の有罪を根拠づけるには彼を共謀に関連づける僅かな証拠が要求されるのみである」[71]と認定した。

68）336 F.2d 376, 384（2d Cir. 1964）（United States v. Rosenblatt, 554 F.2d 36, 38（2d Cir. 1977）にて引用）.

69）以下の *Rosenblatt*, 554 F.2d at 38 を参照。即ち、

「その犯罪の要点はやはり合意であって、それゆえに、各被告人につきいかなる性質の合意または理解が存在したかを確定することが最も重要である」がゆえに、当該計画の本質的性質の立証が要請される。United States v. Borelli, 336 F.2d 376, 384（2d Cir. 1964）, *cert. denied*, 379 U.S. 960, 85 S. Ct. 647, 13 L. Ed. 2d 555（1965）. この確定をなすことの重要性は強調され過ぎることはない。「合意とは、共謀罪が志向している本質的な悪であり」、それは「やはりこの犯罪の本質的要素である」。Iannelli v. United States, 420 U.S. 770, 777 n.10, 43 L. Ed. 2d 616, 95 S. Ct. 1284（1975）.「共謀においては、その者が理解した通りの、共同の目的または合意が公正に意味することについてを除き、何人も罪責を負わないのである」。United States v. Peoni, 100 F.2d 401, 403（2d Cir. 1938）.

United States v. Geibel, 369 F.3d 682, 692（2d Cir. 2004）（連邦の共謀法は『「意思の合致（meeting of the minds）」を要求する『両面的（bilateral）』構造」を要件としているとの命題のために Rosenblatt 判決を引用）, *cert denied sub nom.*, Conner v. U.S., 544 U.S. 979, 125 S. Ct. 1827（2005）も参照。

70）United States v. Reeves, 83 F.3d 203（8th Cir. 1996）.

71）*Reeves*, 83 F.3d. at 206（引用省略）. United States v. Osuna-Zepeda, 416 F.3d 838, 842（8 th Cir. 2005）（政府が共謀の存在を立証した場合には、被告人をこれに関連づける僅か

この裁判所の判決は二つの問題を提起する。第一に、なぜ人を共謀に包含させるために僅かな証拠が要求されるのみであるのか。デュー・プロセスは犯罪のすべての要素が合理的疑いを超えて証明されなければならないことを要請するのであり[72]、僅かな証拠との原則はこの要請に違反するように思われる。僅かな証拠という原則は、共謀での有罪の証拠の不十分性についての訴えに対する上訴審裁判所での審査の緩やかな基準によって悪化させられている。第二巡回区連邦控訴裁判所は、上訴裁判所は「共謀での有罪を再審査する際には、特に敬譲的で」あるべきであると判示している[73]。

第二に、共謀が*存在する*か否かにつき述べることは、犯罪活動の遂行についての他人との間の被告人の合意からは独立した組織（organization）または実体を示唆することになる。ここで示唆される考え方は、いかなる特定個人とも無関係に存在し、その利用者 — 即ち他の共謀者 — によって「接続され（plugged into）」うるコンピュータ・ネットワークまたは電子ネットワークについてのそれである。この考え方は有力であり — 裁判所はしばしば共謀があ

な証拠が必要とされるのみである），*cert denied*, ___ U.S. ___, 126 S. Ct. 1653（2006）; United States v. Antonakeas, 255 F.3d 714, 723（9th Cir. 2001）（「さらに、『一旦共謀の存在が立証されれば、合理的疑いを超えて被告人のその共謀との関連性を立証する証拠で、この者をその共謀への認識しつつの関与で有罪とするに十分である、たとえその関連性が僅かであっても』」）（United States v. Dunn, 564 F.2d 348, 357（9th Cir. 1977）を引用）; United States v. Wright, 215 F.3d 1020, 1028（9th Cir. 2000）（情況証拠とそれから導かれる推論とで共謀での有罪が維持されうるとする）; United States v. Tocco, 200 F.3d 401, 424（6th Cir. 2000）（被告人が共謀への関与者たることを推定するには僅かな証拠が必要とされるのみであるとする）も参照。

72）In re Winship, 397 U.S. 358, 90 S. Ct. 1068（1970）を参照。Kevin J. Heller, *Whatever Happened to Proof Beyond a Reasonable Doubt? Of Drug Conspiracies, Overt Acts, and* United States v. Shabani, 49 Stan. L. Rev. 111, 113, 116（1996）も参照。

73）United States v. Mulder, 273 F.3d 91, 109（2d Cir. 2001）. United States v. Snow, 462 F.3d 65, 68（2d Cir. 2006）（同）; United States v. Wendy Lynn Morgan, 385 F.3d 196, 204（2d Cir. 2004）（「共謀事案については、陪審による認定を尊重することが『特に重要である……』」）（引用省略）も参照。

たかも組織であるかのように述べている — かつ有害である、というのも、共謀のこのような具象化は、陪審による検討の焦点を個々の被告人から犯罪組織という幻影に移行させるからである。

共謀の具象化は、共謀法におけるその他の展開にも影響を与えている。それは、共謀することの共謀（conspiracy to conspire）の犯罪化である。合衆国法典第18編1962条（c）項は「ラケッティア活動のパターン（a pattern of racketeering）を通じてエンタプライズ（enterprise）の用務を……行うこと」を犯罪としている[74]。1962条（d）項は1962条（c）項違反の共謀を犯罪としており[75]、1961条（1）号は「ラケッティア活動」を、他のこととともに、多数の犯罪への関与の共謀を含むと定義づけている[76]。「エンタプライズ」や「パターン」の定義づけが著しく困難であることは措くとしても、1962条（d）項は共謀……のパターンへの関与を共謀することを犯罪としていることになる。つまり、合意のパターンへの関与を合意したことにつき罪責を認められうるのである。

共謀することの共謀の犯罪化に伴う問題は(少なくとも)二重のものである。第一に、いかなる現実的実害からも極めて離隔している（合意という）活動の犯罪化について先に論じられた懸念が、当該共謀が実体的な不法行為への関与

74）18 U.S.C. §1962（c）.

75）18 U.S.C. §1962（d）.

76）18 U.S.C. §1961（1）. 例えば United States v. Smith, 413 F.3d 1253, 1269-72（10th Cir. 2005）; United States v. Luong, 393 F.3d 913, 915（9th Cir. 2004）（そこにおける「ホッブズ法上の強盗を実行することの共謀が15個の前提行為（predicate acts）の単なる一つであった」正式起訴に言及）, *cert. denied*, 544 U.S. 1006, 125 S. Ct. 1953（2005）, *cert. denied sub nom.*, Hoang Ai Le v. U.S., 544 U.S. 1009, 125 S. Ct. 1963（2005）; United States v. Harriston, 329 F.3d 779, 785 n.3（11th Cir. 2003）（諸前提行為のうち訴追されたものは麻薬に係る共謀であるとする）; United States v. Cisneros, 328 F.3d 610, 618（10th Cir. 2003）（諸前提行為のうち訴追されたものは謀殺の共謀であるとする）; United States v. Corrado, 304 F.3d 593, 608（6th Cir. 2002）（財物強要の共謀は前提行為であるとする）; United States v. Ruggiero, 726 F.2d 913, 923（2d Cir. 1984）も参照。

についてではなくそれをなす合意についてである場合、悪化させられる。合意することの合意は一般に、強制可能な契約の形成には不十分である[77]。まして、犯罪での有罪の根拠としては一層許容されない。

第二に（共謀の具象化の帰結としてより直接的である点で、ここではより直接に関連することは）、合意することの合意につき抽象的に述べることは可能であるとしても、このような抽象的なことを現実に当てはめることは極めて困難である。陪審はどのようにして、ある当事者はこの者（または他の何者か）が合意のパターンに加わることに合意したと判断することができるのであろうか — 大半の場合、合意は明確なものではなく混成的なものであろう。文書による合意が存在しない限り — 前述のように、共謀罪においては、それは通例ではなくむしろごく稀な例外である — 複数の合意の間のいかなる線引きも不自然なものとなるに違いないであろう。つまり、人々が合意のパターンに関与することに合意したか否かを問うことは、実際には無意味な問いなのであり、この不合理性は合意を実体へと変化させる共謀の具象化によって遮蔽されているのである。

E. 手続上の帰結に基づく批判

共謀法は数多くの手続上の帰結に至る。ここで筆者は、問題となる可能性のある四つの手続上の帰結を挙げておく。即ち、(a)「過剰な予断（spillover prejudice）」の著しい危険性をもつ過度に大規模な審理、(b) 規則 404 条 (b) 項に基づく「共謀の背景（background of the conspiracy）」証拠の許容、(c) 他の共謀者のための裁判地の保障の空洞化、および (d) 主張される一個の共謀を複数の共謀から区別することの実際上の不可能性、である。

---

77) 例えば Joseph Martin Jr. Delicatessen Inc. v. Schumacher, 52 N.Y.2d 105, 109-10, 436 N.Y.S.2d 247, 249（1981）を参照。

1. 併合審理（joinder）と「過剰な予断」の危険性

共謀法の帰結の一つは、それ以外の場合よりも審理がより大規模になってきたことである。被告人の併合審理の原則は、時には合理性なく拡張されてきた。Johnson 教授は、同一の共謀の構成者として訴追された複数被告人は ― たとえ被告人達がこれまでに会合をし、会話をし、または互いの存在を認識していたか否かにかかわらず ― 同一の「行為または法律行為（transaction）」の構成者であり、ゆえに連邦刑事訴訟規則 8 条（b）項[78]に基づき単一の審理に併合されうる、と指摘していた。こうして、「被告人の併合審理に係る法はその大部分が共謀法であり」[79]、「共謀理論は悪しき併合審理の法へと至ったのである」[80]。つまり、

> 裁判所は、併合審理の問題につき判断をするために共謀法を用いる場合、被告人に対して、その代償となる効率性の面での大きな利益を与えることなしに併合審理の不利益に耐えることを強いることが頻繁である。併合審理は、二人またはそれ以上の被告人に対する証拠が実質的に重複している場合にのみ効率性を促進する。それぞれの被告人に対する証拠が別個である場合には、被告人達の犯罪活動の間のいかなる関係性にもかかわらず、複数の被告人をともに審理することは時間または費用を大幅に削減することはなく、また、併合法の基礎となるその他のいかなる政策をも促進することはない[81]。

78）本規則は「次の場合には、正式起訴または略式起訴において、別個訴因に係る被告人が二人またはそれ以上の被告人とともに訴追されうる。即ち、これら複数被告人が一個の罪もしくは複数の罪を構成する同一の行為もしくは法律行為、または同一の一連の諸行為もしくは諸法律行為に関与したと主張される場合。」と規定する。Fed. R. Crim. P. 8(b).

79）Johnson, *supra* note 1, at 1167（脚注省略）.

80）Johnson, *supra* note 1, at 1171.

81）Johnson, *supra* note 1, at 1173-74（脚注省略）.

主張されている不正行為についてはせいぜい軽微な関与者でしかないが、しかし他の共謀者による不法行為が多数列挙される審理に終始併合されることを強いられている、共謀者として訴追される被告人には、予断の著しい危険性がある。「過剰な予断」と称されることが頻繁なこのような予断の危険性は多くの裁判所によって言及されてきたが[82]、しかしそれらがそのような予断の危険性を理由として審理の分離を認めることはほとんどなかった。分離についての要件は厳格であり[83]、また裁判所は、正式起訴において共謀が挙げられている場合には、その証拠は「当該共謀の性質と射程の立証に重要」[84]であるかもしれないとの理由づけによって、分離を認めることに特に消極的である。こうして完全に行き詰まりの状況となる、つまり、比較的軽微な関与者たる被告人が比較的罪責の重い被告人と併合して審理され、こうして正式起訴における共謀の訴因のゆえに著しく過剰な予断の危険性に晒されることとなる。そしてこの予断は、まさにこれが共謀の輪郭を（ある程度）示す傾向にあるがゆえに、裁判所によって是認されるのである。

2. 規則 404 条（b）項により許容される「共謀の背景」証拠

予断の問題は、訴追された犯罪を直接反映するのではなく単なる「共謀の背景」に過ぎない証拠を裁判所が是認していることで悪化する。規則 404 条（b）項を根拠として、裁判所は、「訴追されている共謀の背景を陪審に知らせ、訴追されている犯罪のストーリーを完成させ、当該犯罪における関与者間の不法

82）例えば United States v. Spinelli, 352 F.3d 48, 55（2d Cir. 2003）（「もちろん、ある被告人に対する証拠の全体量や重要性が、他の共謀者に対して提示された証拠をあまりに矮小化させ、その結果、許されない過剰な予断を阻止するために審理の分離が要請される場合もある」）; United States v. Harris, 8 F.3d 943, 947（2d Cir. 1993）を参照。

83）Zafiro v. United States, 506 U.S. 534, 537-38, 113 S. Ct. 933, 937（1993）（「ともに訴追された複数被告人の併合審理への連邦制度上の親和性」に言及し、分離を「不調和抗弁（irreconcilable defenses）」の場合に限定）を参照。

84）例えば *Spinelli*, 352 F.3d at 55-56 を参照。

な関係性がどのように発展してきたかを陪審に説明する助けとするために」[85]、共謀者とされる者達の一人またはそれ以上による事前の（即ち訴追対称でない）犯罪行為を構成する法律行為または合意についての証言を許容することが頻繁である。これ以上に広汎な証拠許容の免状は存在しえないであろう。ある裁判所による評価はそのとおりである。即ち、「共謀の訴追においては、政府は通常、『訴追されている共謀の背景を陪審に知らせるために』、他の犯罪の証拠［即ち、規則404条（b）項の証拠］を提出する相当の裁量を与えられている」[86]。共謀法はこうして、規則404条（b）項の事実上の迂回を許容しているのである。

3. 適正な裁判地に対する共謀者の権利の弱化

共謀については顕示行為が行われたいかなる場所にも裁判地が認められる[87]。それゆえに、ある州に居住している被告人は、その州を離れたこともなく、州外で何らかの行動が行われることを惹起したこともなくとも、他州で他の共謀者の一人が一個の顕示行為を行えば当該他州において共謀につき審理されうる。地理的な負担は明らかに甚大なものとなる — アラスカ州の住民がフロリダ州で審理される可能性があるのである。共謀となる合意についての解釈の広汎性を前提とすれば — 先に論じたように、共謀の成員となるには、他の成員のすべてやそれらの活動を認識している必要はなく、また、共謀となる合意の目標や対象のすべてを認識している必要はない — 犯罪が共謀である場合、合衆国憲法上の裁判地規定の前提のすべてが侵害される。

85）960 F.2d 1112, 1119（2d Cir. 1992）. 例えば United States v. Tse, 375 F.3d 148, 155-56（1st Cir. 2004）; United States v. Cross, 308 F.3d 308, 324（3d Cir. 2002）（「規則404条（b）項の証拠は、訴追された犯罪が共謀に関係する場合には特に証明力がある」）（United States v. Mathis, 216 F.3d 18, 26（D.C. Cir.）, *cert. denied*, 531 U.S. 972（2000）を引用）; United States v. Williams, 205 F.3d 23, 33-34（2d Cir. 2000）も参照。

86）*Mathis*, 216 F.3d at 26（脚注および引用省略）.

87）例えば United States v. Saavedra, 223 F.3d 85, 90（2d Cir. 2000）を参照。

前述の Pinkerton 理論は裁判地の分析につき特に困難な問題を生じる。共謀の各成員は、他のいかなる成員による実体犯罪もそれが共謀の目標を促進するために実行されたものである限り、その犯罪の罪責を負わされうる — しかしその必要まではない — ことを前提とすれば、A 州における共謀の成員は B 州におけるその共謀の他の成員により実行された実体犯罪につき罪責を負いうる。しかし、A 州に居住している（かつ、同州を離れたことが決してないと仮定しよう）共謀の成員に対する実体犯罪の訴追の際の裁判地はどこになるのであろうか。

もしも A 州における被告人が Pinkerton 理論に基づいて B 州において審理されうるのであれば、裁判地との概念はその本来の意義を完全に失うほどに拡張されることとなろう。共謀罪の潜在的な広汎性 — A 州における被告人は B 州における被告人の存在を認識さえしていないかもしれない — を前提とすれば、A 州における被告人は自らの審理が行われうる場所や、正確にはいかなる罪で審理されるかをほとんど制御しえないこととなる。この帰結の基礎となる法的擬制 — 各共謀者は他者の代理人であること — は、説得力を喪失するまでに拡張されているようである。他方で、もしも A 州における被告人が B 州における実体犯罪につき Pinkerton 理論に基づいて審理されることに対して、裁判地に係る有効な異議をなしうるのであれば、効率性の向上であるとされる共謀の犯罪化の理論的根拠はその妥当性をほとんど失うであろう。

4. 一個の共謀と複数の共謀

もしも共謀に複数の対象があるとされる場合、それが一個の共謀か、またはそれぞれが個別の対象を有する複数の共謀であるかをどのように判断するのであろうか。もしも共謀の「成員数」に変遷がある場合、または共謀が長期に渡りもしくは不連続な期間に存在するとされる場合、その共謀は一個であるのか複数であるのか。複数の共謀の間で区別をなすことは二重の危険の諸問題を評価する際に重要である。つまり、ある共謀で審理され、その後第二のそれで（同

一主権により）訴追される被告人は、それらは事実上同一の共謀であり、ゆえに第二の訴追は禁止されると主張することを望むかもしれない[88]。複数の共謀の間で区別をなすことはまた、被告人が「複数の共謀」に関する陪審説示への権利を有するか否かを確定するに決定的であり[89]、出訴期限法の諸目的に関してもまた重要である[90]。

ある共謀を他のそれから区別することを試みる際に、裁判所は一般に「諸情況の全体性（totality of the circumstances）」とのアプローチを用いており[91]、この「諸情況」の主たるものは、(1) 主張される共謀の継続期間、(2) 共謀の対象である実体的な不正行為とされるものが行われた場所、(3) 複数共謀者間の重複、(4) 主張される二個の共謀の諸顕示行為、および (5) 共謀となる合意に基づいて違反されたとされる実体法、である[92]。これらの事実に伴う問題性は、多くの事案においてその適用が困難であることのみならず、裁判所が共謀の分析に際しこれらの大半を*重要ではない*と主張してきたこともである。つまり、

(1) *期間*　共謀は数年に渡り継続することがあり、また終了はしないがある程度の期間は休止することもある[93]。それゆえに、ある期間にあ

88）例えば United States v. Alvarado, 440 F.3d 191（4th Cir. 2006）を参照。

89）例えば United States v. Aracri, 968 F.2d 1512（2d Cir. 1992）を参照。

90）例えば United States v. Soto-Beniquez, 356 F.3d 1, 14（1st Cir. 2003）; United States v. Ratcliff, 245 F.3d 1246（11th Cir. 2001）; United States v. Curran, 20 F.3d 560, 572（3d Cir. 1994）; United States v. Johnson, 239 F. Supp. 2d 897, 905-16（N.D. Iowa 2002）を参照。

91）例えば *Alvarado*, 440 F.3d at 198-99 ; United States v. Radtke, 415 F.3d 826, 838-39（8th Cir. 2005）; United States v. Fornia-Castillo, 408 F.3d 52, 60（1st Cir. 2005）; United States v. Sinito, 723 F.2d 1250, 1256（6th Cir. 1983）を参照。

92）例えば *Alvarado*, 440 F.3d at 198（United States v. Cole, 293 F.3d 153, 158（4th Cir. 2002）を引用）; *Radtke*, 415 F.3d at 838-39 ; *Sinito*, 723 F.2d at 1256 を参照。*Fornia-Castillo*, 408 F.3d at 60（例示した諸情況とは僅かに異なる一覧を挙げる）も参照。

93）例えば United States v. Williamson, 53 F.3d 1500, 1513（10th Cir. 1995）; United States v. Nason, 9 F.3d 155, 162（1st Cir. 1993）; United States v. DeVarona, 872 F.2d 114, 119（5th

る共謀が「存在し」、その後の期間に別個の共謀が「存在し」たと述べることは、一個の共謀が双方の期間に跨っていたであろう場合には証明されえ（または論理的でさえ）ない。

(2) *場所*　共謀者は、自らがその成員であって訴追されている共謀の諸活動のすべてを認識している必要はなく[94]、それゆえに本要素は「私は共謀の何らかの部分が*その場所*で生じたことを全く知らなかった」と事実に即して供述する者には適用することが困難である。

(3) *共謀の成員*　継続中の共謀では、他の者達が離脱する一方で、人々がそれに関与することもありうる[95]。こうして成員数は共謀の決定的な特性とはならないであろう。

(4) *顕示行為*　顕示行為要件の性質が完全に卑小化していることを前提とすれば[96]、本要素はある共謀を他のそれから区別することには有用ではない。本要素は起訴状の起草者 ― ある顕示行為をある共謀について、また、ある顕示行為を他の共謀について選択する者に、存在するのは一個の共謀か複数のそれかの判断をほぼ何らの制約もなしに行わせることになる。

(5) *実体法*　訴えられた第一の共謀での共謀者が、訴えられた第二の共謀での共謀者と同一の実体法の違反を意図していたか否かは、二個の訴えられた共謀を別個に扱うか一個の罪とするかを決する際の整合的かつ有意義な問題である。しかしながら、本要素の有用性は、共謀の成員

Cir. 1989）（コカインの調達活動中の 10 ヶ月の中断は複数の共謀を創出するものではない）; United States v. Leavis, 853 F.2d 215, 218（4th Cir. 1988）; United States v. Balistrieri, 779 F.2d 1191, 1213（7th Cir. 1985）; United States v. Armedo-Sarmiento, 545 F.2d 785, 790（2d Cir. 1976）（時間経過は複数の共謀が形成されたか否かとの問題に決定的ではない）を参照。

94）前掲注 44）、45）を伴う本文を参照。1 Sand, *supra* note 41, ¶19-6.

95）例えば *Balistrieri*, 779 F.2d at 1213 を参照。

96）前掲注 25）ないし 32）を伴う本文を参照。

とされる各人が違反する意図であった制定法が何であるかについての証拠は通常存在せず、ましてや、彼らが違反する意図であった制定法は同一かまたは個別かについての証拠も存在しないことから、減殺される。さらには、本要素は、共謀はその対象についての明確な合意がなくとも成立しうることを強調する諸判例[97]の埋め合わせにはなりえない。

複数の共謀においてそれらを区別することには、ほぼ常に、不確定的であるとの感覚を抱かせられる。ある共謀をその他のものから区別する明快な点や決定的な諸要素は存在せず、また、裁判所は複数の共謀が存在するのか一個のそれかの判断を正確な分析に基づいてというよりもむしろ「感覚」で行っているとの感情からは逃れ難い。一個の共謀と複数のそれとの間の区別は哲学者達によって提起された「テセウスの船（Ship of Theseus）」との問題を想起させるものであり[98]、そこではテセウスの船は、舷が腐朽した際に新たな部品に取り換えられることを除き、長年に渡り保存されている。舷が次々と腐朽し交換されるに応じて、本船はいつ、それがテセウスの船であった当時と同じ船ではな

97）例えば United States v. Rea, 958 F.2d 1206, 1214（2d Cir. 1992）（「自らがその計画の本質的性格につき合意していた限り、他の共謀者は共謀の詳細につき合意していたことは必要ではない……。［共謀者達の］それら諸目標は、それらが相反する目的ではない限り、一致している必要はない」）（内部引用および引用省略）; United States v. Bibbero, 749 F.2d 581, 587（9th Cir. 1984）（「一個の共謀は、共謀者達による幾つかの微細な合意または小集団を伴うかもしれない」）; United States v. Beech-Nut Nutrition Corp., 871 F.2d 1181, 1191-92（2d Cir. 1981）（「他の共謀者達が共通の目的を有している場合には、複数の共謀よりもむしろ一個の共謀が認定されるかもしれない。それにもかかわらず、複数関与者の諸目標が相反する目的ではない限り、一個の共謀が存在するにはそれら諸目標が一致している必要はない」）（内部引用および引用省略）; United States v. Miranda-Ortiz, 926 F.2d 172, 175-76（2d Cir. 1990）（「主張される共謀における被告人の成員性を立証するためには、政府は、正式起訴における主張に合致する集団的企図［と彼が考えていたもの］に彼が関与したことを立証せねばならない……。政府は、彼が共謀のすべての成員またその作用の全詳細を認識していたことを立証する必要はない」）（内部引用および引用省略）を参照。

98）例えば Robert Nozick, Philosophical Explanations 33（1981）を参照。

くなるのかが問題となる。これは正当な問題であるが、しかし、これを取り巻くパラドックスの気配は哲学者にふさわしいものであっても、刑事被告人にとって実際上重要な諸問題に解答するには役立たない。

F. 共謀法への批判の概要

共謀に関する諸問題のすべては制定法におけるひとつの根本的な欠陥に関係している — 即ちその漠然性である。漠然性は幾つかの悪しき帰結を伴う。第一に、法律特に刑罰法規は人々が自らの営為を規律することのできるように、また自らの行動についての合理的かつ情報に基づいた選択をなしうるように明確であるべきである。人々はいかなる行動が犯罪であり、いかなる行動がそうでないのかを認識しているべきであり、その結果、彼らは合法的に行動することができ、また、犯罪となる行動を採る場合にはそれを認識しつつ行うことになるのである。共謀を規定する制定法の漠然性を前提とすれば、多くの場面において、自らが共謀罪を犯しているか否かを判別することは極めて困難であろう。

第二に、通常の国民にとってその行動が犯罪か否かを判別しえないことは検察官に著しい権力を付与することにもなる。制定法の漠然性はその広汎性に至る。実体犯罪では訴追されえない人々も共謀では訴追されうることになる。注46での仮定が依拠したUnited States v. Wendy Lynn Morgan判決[99]の例がこの点を示している。即ち、Morganは実体犯罪を実行せず、彼女は他の共謀者を幇助・教唆もしなかったが、彼女はそれを行うことの共謀で審理され有罪判決を受けたのである。

第三に、法律の目的は、ある根本的なレベルにおいては、膨大な数の諸行為に対してそれらを名づけ、範疇化することによって規律を課し、その結果それらが比較され、分析され、対処されうるようにすることである。例えば、多様

99) 385 F.3d 196 (2d Cir. 2004).

な諸行動が「窃盗（theft）」との範疇に該当するが、一旦その範疇が定義づけられれば、複数の窃盗の比較や、様々な窃盗をどのように扱うかを決すること、そして、より重大な窃盗とそれほどではないものとを分析することが可能となる。犯罪の定義づけはそれゆえに、許容される行為とそうでないものとの間の境界設定、分離、名称付与および画定の有力な場面なのである。共謀法は法律のこの根本目的を見失っている。それは不正な活動を何らかの有意な方法で定義づけることも、これを許容されうる行為から区別することもないほどに不明確である。

Ⅱ. Katyal 教授による共謀の分析

共謀罪を公正に評価するためには、それがもたらす諸利益を考察しなければならない。もちろん、この考察自体から多くのことが明らかとなる。大半の刑罰法規の利益は明白である。例えば、謀殺、恐喝、強盗あるいは強姦を犯罪化する制定法の利益を評価するに多くの議論は要しない。Neil Katyal 教授は共謀法の利益について詳細な研究をしていることから、筆者は彼の論文による分析を跡づけることとする。

A. 共謀の犯罪化についての Katyal 教授による三つの目的

Katyal 教授は新たな「共謀理論」[100]を提唱しており、彼はそれを「機能的な」ものであると説明している[101]。共謀法への批判に応えて、Katyal は、この法律は他の法律によっては促進されない重要な諸目的に役立つと主張する。Katyal はそのような三つの目的を挙げている。

100） Katyal, *supra* note 7, at 1333.

101） Katyal, *supra* note 7, at 1311.

1. 犯罪主体の形成の防止とそれによる犯罪活動の予防

Katyal は、人々はその主体性（identities）を集団から獲得し、そして、もしも彼らがその目標が犯罪である集団を形成することを許容されるとすれば、彼らは犯罪主体性を獲得すると主張している。Katyal は、人々は行動するに際し自らの自由に委ねられた場合よりも他人と合意をした場合のほうが、より大胆に行動し正しき振舞をより減じるという見解を支持する幾つかの研究を指摘している[102]。Katyal は、共謀の犯罪化は人々が共謀に加功することへのインセンティブを削減し、それにより彼らが犯罪行動を発展させる可能性を低下させると主張する[103]。

2. 現在する犯罪組織の弱体化

Katyal は、集団は個人がなしうるよりもより効率的に任務を達成しうると指摘する。専門分化（specialization）から生じる効率性は、まさに合法的な諸目的のために組織された人々の集団についてと同様に、犯罪集団に対して妥当する[104]。銀行強盗をなす者の集団は、銀行について調査をし、見張り役を用意し、逃走時の運転者を有するなどするが、これに対し一人での銀行強盗ではこれらのことをすべて行うという困難を伴う。銀行強盗をなす者の集団はこうして、一人での銀行強盗より成功する可能性が高く、かつより多くの銀行に対して強盗をなしうることになろう[105]。

共謀の犯罪化は、犯罪者にとって互いに協力することのインセンティブを削減することによって、犯罪者集団の活動を阻害する[106]。彼らの誰しもが、自分

102） Katyal, *supra* note 7, at 1316-23.

103） Katyal, *supra* note 7, at 1316-23.

104） Katyal, *supra* note 7, at 1324-27.

105） さらに、Katyal の第一の主張によれば、銀行強盗をなす者の集団は、その集団の成員のいかなる者が単独で行動する場合よりも、より銀行強盗を行いがちであることになる。

106） Katyal, *supra* note 7, at 1347-69.

以外のいかなる者も身柄を拘束され、最終的には他の者達に不利益となる証拠を与えることとなるかもしれないことを認識していることは明らかである。それゆえにKatyalは、より多くの人々を刑事責任を負う可能性のある者とし、それによって人々に対するより多くの権力を政府に付与することによって、共謀の犯罪化は犯罪抑止に有用であると主張する。Katyalが述べるように、「寝返り［即ち、政府との協力］が存在することは、［共謀者間の］結束をより困難にする」[107]。彼が他所で述べているように、共謀の犯罪化は犯罪活動をなすことの合意についての取引的なコストを増大させるのである[108]。

3.「情報抽出」の促進

Katyalは、共謀の犯罪化は犯罪活動についての「情報抽出（information extraction）」を促進するために必須であると主張する[109]。Katyalによれば、共謀の犯罪化は共謀者に対して政府に協力し、それによって自らへの刑事罰を軽くすることを試みようとの圧力をかけることになる。このような圧力をかけることの効果は、犯罪活動について法執行官が有する情報を増加させ、それによってより重大な犯罪者を訴追することが支援されることである、とKatyalは断言する[110]。こうしてKatyalは、共謀法は科刑を根拠づけるなされた行為 — 前述のように、これは時に、実体犯罪自体へ向かう何らの実質的段階にも至らない、犯罪実行の合意を超えるものではない — に比してあまりに長期の刑を許容しているとの主張に対して、「人々への科刑は、その者が行ったことのみならず、その者が知っていながらも口外しなかったことをも理由としてなされ

107） Katyal, *supra* note 7, at 1343-44.

108） Katyal, *supra* note 7, at 1345（「これらの現象［取引的なコストの増大］は共謀法のみによってではなく、むしろ実体犯罪を処罰する膨大な一連の刑罰法規によって生じる。しかしながら、合意自体を犯罪化することによって、共謀法はそのような現象を時間的に早い段階で生じうるのである」）.

109） Katyal, *supra* note 7, at 1328-33, 1335（「情報抽出との根拠のためには、共謀罪は早期の時点での—合意の瞬間に……—罪責の賦科をなすべきである」）.

110） Katyal, *supra* note 7, at 1340（共謀法の重要点は「情報抽出」である）.

るのである」[111]と説明することによって応えている。

共謀の犯罪化についての情報抽出との根拠はKatyalにとって特に重要である。彼は次のような理由から、共謀には「特有の情報抽出の可能性」があるとする。即ち、(1) 共謀は重い刑罰を犯罪活動の展開における早い段階で科すために、人々は事実上その開始時点からリスクを負うこととなり、それゆえに — たとえ実体犯罪に当たる何らの活動にも関与していなくとも —「寝返り」、即ち政府側の証人となる可能性がある。(2) 共謀は、それ以外の場合には禁止されうる供述についての、連邦証拠規則801条 (d) 項 (2) 号 (E) (伝聞禁止の原則に対する「他の共謀者の例外」) に基づいた証拠の提出を許容する。そして、(3) 共謀は「併合審理に親和的な諸原則」の適用を許容する[112]。

Katyal教授の論文は、いかなる裁判所にも援用はされていないものの、学界においては影響力を有してきた。彼の主張は支持されており、彼の論文はDaryl Levinson教授の論文「集団的制裁 (Collective Sanctions)」における次の一文に引用されている。

> 共謀とそれに関連する諸理論を集団的制裁の体系と考えることは、それらが法執行にもたらすであろう幾つかの機能的な利点に光を当てることになる。

第一に、共謀の個々の成員を逮捕することが困難である場合、共謀法は彼らに対して間接的に、より捕捉が容易な者を処罰することを通じてコストを負わせることを可能にする……。第二に、集団的制裁の他の形式と同様に、共謀の罪責は情報提供を強いる道具として有用でありうる。共謀法は、検察官が峻厳な刑罰によって下位レベルの共謀者を威嚇し、その後これらの者に対して、より上位レベルの共謀者についての有責証拠 (inculpatory evidence) と引き換え

111) Katyal, *supra* note 7, at 1338 (強調省略).

112) Katyal, *supra* note 7, at 1340.

に減刑を提示することを可能にする……。第三に、共謀法は、共犯の罪責の理論とともに、犯罪集団に対して過度に有害な活動を監視し制御するインセンティブを与える。Pinkerton 理論のもとでは、薬物を扱う組織の成員は全員が、当該組織の他の成員により実行されたあらゆる謀殺につき罪責を負うこととなり、それゆえに、不必要な暴力行為を規制するインセンティブをもつことになるのである[113]。

B. Katyal の三つの目的はどれほど説得的か

第一章で考察された、共謀の犯罪化から生じる諸問題を、Katyal 教授によって概説された共謀の犯罪化から得られる諸利益に対する関係で評価する際には、これら諸利益を批判的に考察することが必須である。検討によれば、これら諸利益は減じられる。Katyal 教授は共謀の犯罪化の危険性を完全に無視しつつ、その利点をあまりに頻繁に激賞している。

確かに、共謀罪を処罰することは「軽微な（minor）行為者」に加えられる圧力をもたらすであろうし、それによって、より大物である行為者、即ちより重大な不正行為者についての情報に到達するであろう。しかし問題は、そのような軽微な行為者を処罰することの利益がコスト — 即ち、何らの犯罪行動をも採らず、また、何らかの有意な方法によるいかなる犯罪行為への関与をもなさない者に刑事罰を科すこと — を正当化するか否かである。Katyal 教授は、一方での「現実的危険に携わる」重大な犯罪組織と、他方での「単なる論争集団」との間の相違を承認しているが[114]、しかし彼は情報の抽出のために、あるいは社会的利益の獲得ために「論争集団」の成員を処罰することを提唱している。

Katyal 教授による情報抽出の全面的な強調は、刑法についての伝統的思考か

113） Daryl J. Levinson, *Collective Sanctions*, 56 Stan. L. Rev. 345, 398-99 (2003)（引用省略）.
114） Katyal, *supra* note 7, at 1392.

らの異常かつ極めて疑義ある逸脱である。実際にKatyal教授は、人に対する刑事罰の賦科をその活動や行動のゆえにではなく、科刑やその確実な脅威によって人は他人の不正行為についての情報提供を強いられうるとの理由で提唱している。このことは、行動が訴追可能またはその水準に達する確実なおそれがあるまでには決して至らない単なる合意の犯罪化についての十分な正当化根拠となるとは思われない。さらに、洗練されたDNA検査やコンピュータによる証拠復元、温感装置、そして過剰なほどの電話盗聴や会話盗聴装置を含む、犯罪捜査を支援する技術や科学捜査の発展を前提とすれば、「情報抽出」を高めるために、さらに加えて異常な手段が必要であるかは疑わしいであろう。

もしもKatyal教授が真に情報抽出を高めることを望んでいるのであれば、それを行う直接的な方法が存在する。もしも、さもなければ刑事罰には値しない者が他人の犯罪活動についての価値の高い情報を有しているとしても、政府はこの者を共謀で訴追する必要はない。政府は彼に対して、単に罰則付召喚（subpoena）をして証言をなすよう強制することができるのである。もしも彼が拒否をすれば、刑事免責の行使の保障を通じて証言を強制されえ、もしも彼が拒否し続けるならば法廷侮辱により訴追されうる。情報抽出は達成されるのであり、刑法の拡張は必要とされない。この直接的な方法は、「証言義務はすべての国民が自らの政府に対して負っている基本的義務として長きに渡り承認されてきた」[115]とする連邦最高裁の評価にも調和している。

Katyal教授は情報抽出との目標を達成するために、単に罰則付召喚を用いることの可能性を認めているが、しかし彼はそれをさほど信頼していない[116]。しかし実際には、彼による罰則付召喚の利用の拒絶はほとんど傲慢である。つまり、もしも共謀法が［Katyal教授が主張するように］情報獲得を主眼としているのであれば、なぜ合意が必要とされているのか、なぜ情報を有しているがそ

115） United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 345, 94 S. Ct. 613（1974）（引用省略）. 例えば United States v. Korman, 343 F.3d 628, 631（2d Cir. 2003）も参照。

116） Katyal, *supra* note 7, at 1339.

れを明かすことを拒絶する人々にのみ焦点を当てることをしないのか、との問題に我々は立ち返ることになる。情報を理由とした科刑についてのより深い考察からは、重罪隠匿（misprision of felony）の復活という可能性が従来想定されてきたよりもより高いことが疑いなく示されるであろうが、現状においては、共謀法は情報抽出のための広く受容された方法となっている。陪審は重罪隠匿で有罪とすることはなく、検察もその訴追はせず、その証人も現れないのであろう[117]。

ここで、Katyal 教授は正当な問いをなしている。即ち、大陪審の罰則付召喚の権限を用い、従わない者を司法妨害、犯罪隠匿または法廷侮辱といった罪で威嚇してはどうか、と。

しかし彼の解答 ― それは「広く受容されてはいない」、また、「陪審が有罪としないであろう」 ― は不適切である。もしも犯罪活動に関する情報収集との目標を促進するために刑法を用いることを望むのであれば、その場合には、特に情報収集を意図された制定法 ― 犯罪隠匿、司法妨害、法廷侮辱 ― が用いられるにふさわしいものである。これらがさほど用いられないこと、および「陪審が有罪としないであろう」との見込みは、これらを断念してその代わりに、意図されざる目的のために全く無関係な法律を用いることの根拠にはならない。

共謀の犯罪化は、これが連邦証拠規則 801 条（d）項（2）号（E）に基づいて、他の共謀者の証拠を証拠として是認することを許容するがゆえに証拠の発展を促進する、との Katyal 教授の主張は誤っている。事実審裁判官が、（合理的疑いを超えることには遥かに及ばない）証拠の優越により、二名の人物が共謀に関与していると認定する限り、*これらの者が共謀罪で訴追されているか否かにかかわらず*、一方の供述は連邦証拠規則 801 条（d）項（2）号（E）に基づいて他方に対して不利益に用いられうるのである[118]。

117） Katyal, *supra* note 7, at 1339.

118） 例えば United States v. Candelaria–Silva, 162 F.3d 698, 706（1st Cir. 1998）; United

共謀法は、これが併合審理を広く許容するがゆえに有意義であるとのKatyal教授の主張は、重大な問題 — 併合審理が望ましいものであるか否か — を回避するものである。先に論じたように、大規模審理は、手続の大半において周辺的立場に置かれ、他の共謀者に不利益なものとして提示される夥しい量の証拠によって予断を受けることの頻繁な、末端の被告人にとって著しく不公正なものとなりうる[119]。多くの場合において、被告人達は互いに顔を合わせたことも会話をしたこともなく、また、その存在を認識することさえもないかもしれない — しかし彼らの運命は刑事裁判において同時に決せられることになる。Katyal教授が説明も正当化根拠もなしに激賞する極めて広汎な併合審理は、Johnson教授によって、共謀法を*批判的に*評価する根拠とされているのである[120]。

Katyal教授が個人に対置されるものとしての集団に焦点を当てていることは、著しく不正確な文言に基づく根深い誤解を露呈している。Katyal教授は頻繁に、共謀があたかも実体であるかのように、「共謀は……独立した個人よりもより生産力を有しうる(そしてより大きな害悪をなす)」[121]、また「共謀は様々な方法によって固有の主体性を創出することで利益を得る」[122]と、共謀に言及している。しかし、「共謀」は、自然人のような主体ではなく、また、例えば法人がそうであるような法的実体を有するものでもない。*個人*は不正な行為を行い、または社会に対して危険を及ぼす。そして*個人*はもしも他人との合意（共謀）に至れば、そうでない場合よりもより危険であるかもしれない — そしてこのことがKatyal教授の中核点であるように思われる。しかし、法律の焦点は常に個人に向けられねばならない。

States v. Manning, 56 F.3d 1188, 1196（9th Cir. 1995）; United States v. Stratton, 779 F.2d 820, 829（2d Cir. 1985）を参照。

119） 前掲注80）ないし82）を伴う本文を参照。

120） Johnson, *supra* note 1, at 1167-74.

121） Katyal, *supra* note 7, at 1324.

122） Katyal, *supra* note 7, at 1367.

Katyal 教授の共謀へのアプローチは、刑法と刑事手続についての極めて独特な、かつ比較的近時の思考方法の例証でありその産物である。その当時教授であった Gerard Lynch 裁判官がその論文である「わが国における刑事司法の行政的（administrative）体系」[123]において主張しているように、刑事手続の主たるパラダイムは歴史的に対抗的体系、即ち被告人の権利が政府の訴追資源に対して抗争され衡量され、政府の任務は陪審に対して一定の犯罪行為が行われたことを合理的疑いを超えて立証することであったが、新しいパラダイムはより対抗的でなく、より行政的である。大多数の事件は答弁で終了しており、被告人側弁護士と検察官との間での大幅な議論と調整とが頻繁に行われ、量刑には多大な裁量があり、量刑手続が刑事手続の劇的な中心点となる — これは従来陪審裁判が占めていた位置である。

Katyal 教授の理論は刑法についての行政的パラダイムの一部である。彼の力点は、被告人によって実行された特定の犯罪行為の確定に対してよりもむしろ、犯罪の抑制と情報抽出に置かれている。刑事訴追を基礎づけるものとして、歴史的にも重要な考慮要素とされてきた道義的責任（moral culpability）は、Katyal 教授の理論においては明らかに軽微な役割しか果たさない、というのも、情報抽出は被告人が行ったことよりもむしろ被告人が認識していることを、刑事司法制度における被告人のあり方についての決定的な問題とするからである。

Katyal 教授はこうして、共謀の犯罪化の利益を論証することに失敗している。

共謀の犯罪化を弁護するには、Katyal 教授のごとく新たな共謀法「理論」の考案によるよりもむしろ、経験的で（empirically）あることがよりよい方向性である。例えば、被告人が — 実体犯罪ではなく — 共謀のみで有罪とされた事件を集め、この結論が妥当であるか否か、即ち、全事情を考慮してその者が

123） Gerard Lynch, *Our Administrative System of Criminal Justice*, 66 Fordham L. Rev. 2117, 2124-29 (1998).

刑事罰を受けるべきであるか否かを問うことが可能であろう。その評価は法的なものではなく社会的なもの、即ち、この者を処罰することが社会の目標に適うか、そのような者の訴追、またはその威嚇によっていかなるコストが科されるか、というものである。

この後者の問いは、共謀罪法は歴史的には多数に反する意見を抑圧するために用いられてきたがゆえに、共謀の犯罪化を評価する際に特に重要となる。Geoffrey Stone 教授は共謀罪法が政治的な反対意見を抑圧するためにいかに用いられてきたかをこう描写している。

> 政府は 1960 年代から 70 年代に、反戦的な反対意見の評判を下げ弱体化させようと、多くの武器を用いていた。その最も重要なものの一つは「共謀」での訴追であった。共謀は刑法における複雑かつ問題のある概念であり、修正一条による保護さえない……。共謀法が表現の自由の諸価値と交錯する際には、明快な思考への妨げと濫用の可能性はほとんど抗うことのできないものである[124]。

同様のことは、371 条の一部である「欺罔をなすことの共謀」を分析した Abraham Goldstein 教授によっても指摘されているが、その分析は共謀罪法のすべての論点に妥当する。

> 連邦の共謀法は権力と個人との間の永遠の対立における政府のもう一つの武器となってきた。許容されていることと禁止されていることとの間の境界線を不明確にすることで、また、制定法の射程を大きな政府のそれと同様に広汎なものと解することで、現在の理論は警察と検察の権限の中に、ごく普通の人々へ介入する道具を置いている。この道具は、その理論が包含している戦略的で証拠に関する諸利益のすべ

124) Geoffrey R. Stone, Perilous Times 479-80 (2004).

てを有する共謀との概観を纏っているがゆえに、一層危険である[125]。

Ⅲ. 四つの改革

共謀罪法は、それに対して向けられる批判にもかかわらず、検察官、裁判官そして法執行官の間で過剰なほどに普及している。天気についてのように、誰しもがそれについて語るが、しかしそれについて誰も何もしない。確かに、その欠陥がどうであれ共謀罪法の廃止はありえないであろう。しかしながら、これらの法は制御されるべきである。そこで筆者は次の四つの改革を提案する。それらは刑法における多様な部分を扱うものではあるが、関連性のあるものである。それは、そのそれぞれが、本稿の第一章で筆者が焦点を当てた主題、即ち、共謀罪法はより精緻なものとされるべきであるという主題に取り組むものだからである。

A. 共謀の対象につき陪審の意見の一致を要件とせよ

共謀法の作用の漠然性はその核心部分における不明確性から生じる。法律は共謀には多数の対象が存在しうること、そして共謀者はそのすべてに合意する

125) Abraham S. Goldstein, *Conspiracy to Defraud the United States*, 68 YALE L.J. 405, 462 (1959). Katyal 教授は自らのアプローチの危険性にほとんど気づいていない。自らの論文の纏めへ向けて、彼は「共謀法についての前述の評価は信頼に足る聡明な検察官にかかっている。情報抽出が適切に作用するためには、検察官は、共謀におけるその者達の役割に照らせばその者達が有してしかるべき認識のレベルのみならず、個々人の実際の認識のレベルをも正確に識別せねばならない。彼らは、どの主体が現実的な害悪をなす可能性があり、どの主体が単なる論争集団に過ぎないのかについての判断を発揮せねばならないのである」と説明している。Katyal, *supra* note 7, at 1392（脚注省略）. 善意の検察官は瞬間的な衝動を避け「現実的な害悪」のおそれのある集団と単なる「論争集団」とを賢明に区別するであろう、という Katyal のあからさまな信頼が歴史的に正当化されるかは疑わしい。

必要はないことを規定している[126] — しかし、もしもその対象が共有されていないならば、人々は何かに合意したといえるのであろうか。この漠然性を解消するために、すべての陪審はその審議を開始する前に、各共謀者につき次の認定をなすことを要請する簡潔な陪審質問書を付与されるべきである。即ち、(1) 共謀者は何に合意したか、および (2) 共謀者は誰と合意したか、である。これを行うことは陪審の焦点を各被告人の合意という行為に向けさせ、これにより、人々を区別せず包括的に扱う傾向を回避することになろう[127]。

B. 顕示行為要件を強化せよ

先に論じたように、顕示行為要件は、その当初の目的がいかなるものであれ、事実上無意味なものとなっている。これは二つの方法で強化されるであろう[128]。第一に、陪審は、被告人が共謀の成員であると結論づけることを許される以前に、当該被告人が顕示行為を行ったことの認定を要求されるべきである。したがって、単に*いずれか*の被告人が顕示行為を行ったということを要件とするのではなく、陪審は有罪との判断を下そうとする被告人の*それぞれ*がその行為をなしたことを認定しなければならない。顕示行為要件は制定法上のものであるため、ここで提案された変革は制定法自体の改正によってのみ実現可能であろう。この変革は、共謀の成員性が極めて軽微であったために犯罪として有罪とすることが結果的にあまりに峻厳となる被告人を保護することに

126) 前掲注 44)、45) を伴う本文を参照。

127) 類似の陪審質問書は RICO 法に関する事件においても日常的に用いられている。例えば United States v. Pimentel, 346 F.3d 285, 305 (2d Cir. 2003), *cert. denied*, 543 U.S. 955, 125 S. Ct. 451 (2004) ; United States v. Sims, 144 F.3d 1082 (7th Cir. 1998) を参照。このような書類を用いるか否かは地方裁判所の裁量による。例えば United States v. Reed, 147 F.3d 1178, 1181 (9th Cir. 1998) を参照。

128) もちろん、この変革提案は顕示行為要件を有する制定法にのみ影響を与えうる。この変革提案の背景にある論理は、すべての共謀法が顕示行為要件を具えるべきであることを示す。しかしこの変革は立法的対応を必要とする。

なろう。共謀の各成員につき顕示行為の実行を要件とすることは、単に共謀の目標を「認識していた」に過ぎない者と、その「結果への利害関係」[129]を有する者との間の区別という目標を促進するであろう。

第二の変革は、陪審に対して顕示行為についての全員一致を求めることであろう。前述のように、顕示行為についての全員一致に関する法律は不明確である。ここでもまた、顕示行為につき全員一致を明確に求める立法上の変革が本要件を強化するであろうし、それにより共謀の訴追を検討する陪審により大きな規律を与えることになろう。

ここに提案された変革に反対するものとしては、強化された顕示行為要件は共謀につき刑事責任を負うべきとされうる者がこの罪責を回避することを許してしまうかもしれない、との主張がありうる。この主張は末端の被告人 — 漠然とした事柄に合意はしたが、その後その目標に向けた何らの段階にも、またはごく僅かな段階にさえ至らない者 — に対してではなく、犯罪団体の頂点にあるが、その団体の汚れた仕事の遂行は他者に行わせることによって自らは手を汚さずにいる「黒幕（kingpins)」に焦点を当てたものである。この主張は続けて、もしも顕示行為要件が過度に強化されれば、被告人となる可能性のあるあらゆる者のうちで社会に対して最も危険であるとされうるこれらの者が刑事責任を免れるかもしれない、とする。

この主張は、犯罪に係る黒幕に罪責を帰することにつき、共謀法の利用によるよりもより直接的な方法があるという事実を無視するものである。連邦議会は、「[犯罪のエンタプライズ] の主たる管理者、組織者もしくは指導者またはこれら複数の主たる管理者、組織者、指導者の一人」[130]に終身刑を科する、薬物に関する法律という「黒幕」法を制定してきた。連邦議会はその他の犯罪に関する類似の「黒幕」法を制定することも可能である。加えて、幇助・教唆を規定する合衆国法典第 18 編 2 条は、犯罪を「幇助し、教唆し、助言し、命令

129) *Ceballos*, 340 F.3d at 124.

130) 21 U.S.C. §848 (b) (1).

し、誘導しもしくは斡旋する」いかなる者も正犯として処罰されうると規定する[131]。本条はさらに、自らまたは他人が直接に実行した場合に犯罪となる行為を「意図的に実行させた」者が正犯として処罰されうることをも規定している[132]。幇助・教唆法は配下の者による犯罪活動を指示しまたは誘導した黒幕を射程としている。共謀は不要である。

C. Pinkerton 理論に基づく陪審説示により大きな指針を与えよ

Pinkerton 理論に基づく説示は、共謀者達は互いの代理人であるとの法的擬制に基づく。他のいかなる法的擬制とも同様に、この擬制自体は適切でも不適切でもない。それは単にそういうものである。先に論じたように、Pinkerton 理論についての裁判所による説示は奇異なほどに漠然としている — この説示は、陪審は、Pinkerton 理論の諸要素が充足されれば被告人につき実体犯罪での有罪を認定することができるとしているが、しかし明らかに、認定の必要がある訳ではないともしている。このような広汎な説示は妥当ではない。これでは必然的に、類似の諸情況についての各結論が異なってしまうに違いない。

陪審説示は、Pinkerton 理論の諸要素が充足されれば、陪審は、共謀となる合意を促進するために共謀者によって実行されたすべての実体犯罪につき被告人を有罪と「しなければならない」または「するべきである」というものに修正されるかもしれない。しかしそのような帰結は、合意以上のことを何も行っていない — 共謀を促進するための行為を行っていない — 被告人をその共謀者の行為に左右されるものとするがゆえに過度に峻厳であろう。共謀となる合意の変転性と、会したことは決してなくその存在も認識していなかった人々との関係で共謀者であると認定されてしまう可能性とを前提とすれば、Pinkerton 理論に基づく義務的な説示は全くもってあまりに過酷である。

---

131) 18 U.S.C. §2 (a) (強調付加).

132) 18 U.S.C. §2 (b).

様々な可能性のもう一方の極においては、Pinkerton 理論に基づく罪責の完全な廃止もありえよう。被告人は、それによって共謀に由来する行為につき罪責を負うことなしに、合意（共謀）につき罪責を負わされうる。もちろん被告人は、もしもそれらを自らで行い、またはそれらを遂行する他人を幇助・教唆した場合には、なおその行為につき罪責を負いうる。Pinkerton 理論の不明確性に関する問題に対しては、これが最も簡便かつおそらく最良の解決である。幾つかの州と模範刑法典は Pinkerton 理論に基づく罪責を拒絶している[133]。

Pinkerton 理論に基づく罪責の廃止は問題外としても、本理論の限界線を設定することは困難である。おそらく罪責は限定されうるであろうし、説示は、もしも実体犯罪が実行されることを被告人が「意図していた」場合には、Pinkerton 理論に基づき有罪と認定される「べきである」とするものたるべきであろう。陪審に対してこのような認定をなすことを要請することは、陪審に対し、それぞれの被告人へ個別的に、また、政府が Pinkerton 理論を適用しようとしているそれぞれの犯罪に対して焦点を当てることを、そして「この被告人は、自らが加功した合意を促進するためにこの犯罪が行われることを意図していたのであろうか」と問うことを要請する。このような正確さは、Pinkerton 理論に基づく説示と現在称されている無限定的な考察と対照をなす。

D. 共謀することの共謀を犯罪化する法律を廃止せよ

RICO 法はその複雑さと猛烈な漠然性に富むことで知られる[134]。本稿との関連では、先に論じたように RICO 法について注目すべきことは、本法はラケッティア活動への関与の共謀を犯罪化し、他方で「ラケッティア活動」が数多くある不正行為への関与の共謀を包含していることである[135]。それゆえに、共謀

133） Model Penal Code §2.06 and commentary を参照。

134） 例えば H.J. Inc. v. Northwestern Bell Tel. Co., 492 U.S. 229, 251, 109 S. Ct. 2893, 2906 (1989)（Scalia 裁判官同意意見）を参照。

135） 18 U.S.C. §1961（1）（「ラケッティア活動」の定義づけ）（前掲注 74）ないし 76）を

することの共謀につき 1962 条（d）項に基づいて有罪とされるかもしれないのである。この可能性は決して仮定的なものではない、つまり、数多くの正式起訴において 1962 条（d）項違反が訴追されており、かつ前提行為として共謀の場合が主張されているのである[136]。

共謀することの共謀という犯罪は廃止されるべきである。共謀することの共謀は、完全に非論理的ではないとしても、実際上想定されえない。大半の人々にとって、共謀することの共謀を想起し、かつ現実的に把握することは困難であり、それゆえに、たとえ陪審がこれを完全に把握してはいなかった場合にも被告人がこの訴追につき有罪とされるかもしれないという著しい危険性がある — 先に論じたように、この危険はあらゆる共謀の訴追に固有ではある、しかし、複数の共謀の一方が他方のそれの上部に累積される場合には、特にその可能性が高い。そして、たとえ共謀することの共謀との概念は矛盾もなく容易に理解可能であるとしても、共謀することの共謀が犯罪とされるべきなのであろうか。共謀の犯罪化を批判する主張の諸根拠のすべてがより一層の説得力をもって共謀することの共謀に妥当する。もしも法律が共謀することの共謀に基づく犯罪を廃止しても、その抑止効において失われるものはほとんどないであろう。

伴う本文で論述）を参照。

136）例えば注 76）で引用の諸判例を参照。