

罪の法定刑を、徒党によって行われる場合、「原則として」加重（6月以上10年以下の自由刑）したり、比較的重大でなければ軽減（6月以上5年以下の自由刑）するなどして、事情に即した処罰範囲を導くことができるようになっている。

- (45) 当日、所一彦教授は、複数人による犯行では、行為者相互が他者をあてにしすぎて、かえって犯罪の危険性が弱まる場合もあるという旨の発言をされた。まさに、このような問題が、法定刑の枠内での量刑によって解決されるべきものと思われる。

191 f.; Kühl, a. a. O. (Anm. 12), § 244 Rdnr. 7, S. 1165; Katholnigg/Brüner, a. a. O. (Anm. 27), S. 173 f.; Jan Zopfs, Der schwere Bandendiebstahl nach § 244a StGB, GA 1995, 327 f.; Geilen, a. a. O. (Anm. 29), S. 446; Schünemann, a. a. O. (Anm. 29), S. 395; Volk, a. a. O. (Anm. 21), S. 428 f.などがある。もっとも、本説内部でも、二つの危険性の理解の仕方に差異がみられる。例えば、Eserは、徒党という人的連帯の危険性は、社会に対する危険であるとしながらも、複数人による行為共働の危険性が決定的であるとする。また、前注(29)で触れたように、Geilen, Schünemann および Volk は、一方の「人的連帯の危険」を「集団原動力」として理解する。さらに、Zopfs および Katholnigg/Brüner は、現場共働必要型・不要型の違いに応じて加重処罰根拠を説明しようとする傾向が強い。前者は、窃盗・強盗の現場共働による行為の危険増加を、後者は、薬物事犯における現場共働の無意味さを強調する。

- (37) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 75 f.
- (38) Volk, a. a. O. (Anm. 21), S. 428.
- (39) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 78 ff.
- (40) この意味での心理的・主観的要素を違法要素として否定するのは妥当でない。客観説も、「共謀」共同正犯・教唆犯および心理的幫助の可罰性を認めている。なお、主観的違法要素を否定しつつ、これを責任要素と呼び換えて、この要素が刑罰を基礎づけ加重することを肯定するのであれば、ここには「名称」と「体系」の形式的差異しかないといえよう。
- (41) 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(二)」法曹時報52巻6号(2000)37頁。
- (42) 三浦他・前注(41)28頁でも、「組織」も「結合体」である以上、ある程度の継続性を備えていることが必要であるとされている。なお、これに対して、佐伯仁志「組織犯罪への実体法的対応」岩波講座・現代の法6(1998)249~250頁は、反復継続的な犯罪実行という団体の危険性を加重処罰根拠とする立場から、組織的犯罪処罰法2条の定義による「団体」は、その危険性を十分に表現できているか疑問であるとする。確かに、規定の上で、団体の「目的」は犯罪に限定されてはいない。しかも、「組織」については、「継続性」は明示の要件とはされていない。とはいえ、一度限りの犯罪につき成立する共同正犯は刑法60条の範囲にとどまり、法3条にいう「(犯罪を)実行するための組織」に満たないことは明らかであるから、法律の定義上明示されていないとはいえ、本文のように解釈する必要がある。この点に関して、長井圓「今なぜ組織犯罪を考えるか—シンポジウムの意義と組織犯罪対策立法」神奈川大学研究年報16号(1997)41(214)頁参照。
- (43) 本法は、当然ながら、憲法で保障された結社の自由との抵触を避けるための立法化であると解される。
- (44) 例えば、ドイツ刑法263条は、5年以下の自由刑または罰金刑という詐欺

Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 17. 10. 1995 (1 StR 462/95), NStZ 1996, 166 ff.を参照。

- (29) Eduard Dreher, StGB § 244 Abs. 1 Nr. 3 (Aus zwei Mitgliedern bestehende Bande), NJW 1970, 1803 f. また, Gerd Geilen, Raub und Erpressung, Jura 1979, 446; Bernd Schünemann, Raub und Erpressung, JA 1980, 395も, 「徒党」の日常的な言語としての意味や歴史的解釈からしても, 「徒党」には少なくとも3人が必要であるとされ, Dreherの「集団原動力」という考え方が基本的に支持されている。これらの見解は, 「行為の危険性」という要素をなお放棄してはいないが, この「集団原動力」が「行為の危険性」の増大する根源であると構成するのであれば, Dreher説の一種と考えることができよう。さらに, 「徒党」は2人の構成員では足りないとするその他の見解には, Volk, a. a. O. (Anm. 21), S. 428 f.がある。
- (30) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 69.
- (31) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 69 ff. しかし, 「集団原動力」が情的側面のみならず, 犯罪計画などの知的側面をも含むとすれば, この批判は妥当しないであろう。
- (32) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 68 f..
- (33) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 74. しかし, 単なる群衆とは異なり, 犯罪を冷静かつ計画的に行う犯罪者集団の場合には, このような批判は当たらないだろう(もっとも, Schildは, このような犯罪者集団は「犯罪結社」になるという)。なお, 「烏合の衆」という言葉が示すように, 複数人の共働が何らの危険性の増大にもつながらない場合がありうる。とすれば, 刑の上限はともかく, 刑の下限は加重しないで, 単独犯と同様に処罰する余地を残しておくべきことになる。しかし, たとえ「烏合の衆」であっても, 被害者にとっては脅威になるであろう。
- (34) Volker Erb, Die Qualifikationstatbestände der Bandenhehlerei (§ § 260 I Nr. 2, 260a StGB) – ein spezifisches Instrument zur Bekämpfung der “Organisierter Kriminalität”?, NStZ 1998, 538は, 「単純明快に行業者意思の特殊な危険性を根拠とすべき」とするが, BGHSt 42, 255 (259 f.); Tröndle, a. a. O. (Anm. 12), § 244 Rdnr. 13, S. 1350; Hans-Harald Körner, Bandenbegriff im Betäubungsmittelgesetz, NStZ, 1998, 256は, 「共通の(徒党)利益の追求」が要件になるとする。表現の違いこそあれ, 徒党構成員に主観に共同正犯との相違点を求める点では同じである。なお, 本文後述の4(1)の「行為・人的連帯の危険結合説」の立場に立つ Eser, a. a. O. (Anm. 11), § 244 Rdnr. 25, S. 1738でも, 「意図」ということがいわれている。
- (35) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 70.
- (36) この立場に立つ代表的な判例として, BGH GA 1974, 308. 学説としては, Eser, a. a. O. (Anm. 11), § 244 Rdnr. 23, S. 1737 f.; Meyer, a. a. O. (Anm. 15), S.

を設けるべきでないとする第二説および第三説の背景には、徒党犯罪の共同正犯の成立範囲が通常共同正犯よりも限定されるのは徒党犯罪の抑止に効果的でなく、行為寄与が最も大きい徒党の黒幕を正犯として評価しえないことの不合理性についての考慮がある。

- (16) 本件の事実関係につき、BGHSt 38, 26 f. なお、本判決でA女にのみ判示されているのは、B男が未決勾留中に自殺したとの理由による。
- (17) 連邦通常裁判所刑事部の判断につき、BGHSt 38, 29 f.
- (18) RGSt 18, 174 (177); BGHSt 6, 260 (262)など。特に後者の判例では、武器を携帯した密輸と同じく人的連帯それ自体は重要でないので、犯罪の合意があるか否かは要件にならないとする。
- (19) もっとも、本説が現場以外での事前・事後の共働も実行行為に含まれると解するのであれば、この批判は当たらない。
- (20) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 63. 「行為の危険性説」に立つ前注(18)の判例は、それぞれ当時の社団関税法および公課法における徒党犯罪の規定に関するものであり、これらの規定では3人以上の者による共同実行が要件とされ、規定そのものが現行の徒党犯罪の規定と異なっていた点に注意しなければならない。
- (21) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 63. また、Klaus Volk, JR 1979, 428によれば、本文後述の4(1)「行為・人的連帯の危険結合説」に立つ見解が「徒党」について2人の構成員で足りるとするのであれば、結局のところ「行為の危険性説」に回帰するものであるとした上で、これでは共同正犯と徒党犯罪との相違が不明確であるとする。
- (22) Arzt, a. a. O. (Anm. 15), S. 579.
- (23) BGHSt 38, 26 (29 f.); Arzt, a. a. O. (Anm. 15), S. 579.
- (24) この点について述べた代表的判例として、BGHSt 23, 239 (240).
- (25) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 65.
- (26) Schild, a. a. O. (Anm. 9), S. 65 f.
- (27) 1954年に召集された刑法大委員会 (Große Strafrechtskommission) におけるその後の一連の審議の過程で、徒党窃盗を重窃盗が成立する一事例として定める規定案が提起されたが、これについては、複数の徒党構成員による現場共働が要件になるとの評決が下されている (Katholnigg/Brüner, Bandenkriminalität im Waffenrecht – Sind die gesetzlichen Qualifikationsmerkmale richtig gefaßt?, ZRP 1984, 173 f.)。
- (28) 現に判例において、主として人的連帯の危険性は、現場共働不要型の徒党犯罪について強調される。麻酔薬物法の徒党犯罪に関する近年の判例は、徒党に組織性や犯罪の内部的合意といった付加的な要件を求め、徒党をより危険性の高い人的結合と捉えることにより、限定解釈に努めている。これにつき、Heinz Schöch, Kriminologische Differenzierung bei der Zweierbande –

ないが、重窃盗罪（ドイツ刑法243条）あるいは単純窃盗罪（同242条）が成立し、Aもその（共同）正犯になりうる。

ちなみに、判例が「他の徒党構成員との共働」という要件を「現場共働」と制限的に解するようになったのは、主観的共犯論に依拠する当時の判例によると利益を受ける徒党構成員すべてが常に重い徒党犯罪の正犯として評価され、特に RG 66 236によれば、個別具体的な犯罪について故意のない構成員まで徒党犯罪の正犯の罪責を負いかねない危険性があるため、加重処罰範囲の過度な拡大を修正する必要があったからである、と指摘されている（Günther Jakobs, § § 242, 243, 244, 259 StGB, JR 1985, 342）。つまり、主観的共犯論を採用しなければ、「現場」共働の要件によって正犯の成立範囲を判例のように限定する必要性は生じなかった、というのである。

第二説は、構成員の「現場」共働関係を不要とし、徒党犯罪の成立要件である共働を広く解する。徒党犯罪の危険性は、その構成員による分業・準備が決定的であるので、複数の構成員が必ずしも「現場」で共働しなくても徒党犯罪が成立しうるとする（Gunther Arzt, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, 579 f.）。先の事例について、本説によると、A・B・Cが現場以外で共働した場合でも、CのほかA・Bも徒党窃盗罪の正犯となりうる。

第三説は、第一説と第二説とのいわば中間的な見解であり、2人以上の構成員が現場で共働しない限り徒党犯罪は成立しえないとする点では、第一説（判例）と一致する。しかし、この場合に現場に居合わせなかった第三の構成員は徒党犯罪の正犯になりえないとする判例に反対し、現場で共働しなかった構成員であっても正犯になりうるとする点で、第二説と一致する（Eser, a. a. O. (Anm. 11), § 244 Rdnr. 26, 27, S. 1738; Jakobs, a. a. O. (Anm. 15), S. 343; Jürgen Meyer, Zur Täterschaft beim Bandendiebstahl –BGHSt 33, 50, JuS 1986, 192など）。本説によれば、先の事例で、直接実行者C以外のA・Bいずれも現場に赴くことなく、2人以上の構成員による現場共働が成立しなければ、A・B・Cの誰にも徒党窃盗罪の正犯および共犯が成立しない。しかし、BとCとの現場共働により徒党窃盗罪が成立するならば、現場に居合わせなかったAについても、同罪の正犯が成立しうる。

ちなみに、暴力行為等処罰法1条にいう「数人共同して」に関するわが国の判例も、この第三説に近い立場を採っている。すなわち、現実の実行行為者が2人以上なければ同法1条の加重暴行等の罪が成立しないとする一方で（ただし、厳密に言えば、この2人が共に直接実行者でなければならない点では、ドイツの判例・多数説と異なる）、現場で共同しなかった共謀者については、刑法60条の適用により、共謀共同正犯になるとしている（例えば、大判昭7. 11. 14刑集11巻1611頁など）。

ドイツの判例の立場に反対して、徒党犯罪に特有の正犯・共犯の区別基準

共働することを意味する。この徒党構成員に本罪の共同正犯が成立するためには、身体的な共働は必要でない。また、このような現場共働がありさえすれば、共同正犯としての共働でなくともよいので徒党構成員の行為は常に共同正犯となるのでなく、幫助犯にもなりうる (Eser, a. a. O. (Anm. 11), § 244 Rdnr. 26, S. 1738; Herbert Tröndle, in: Tröndle/Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Auflage (1999), § 244 Rdnr. 14, S. 1350; Kristian Kühl, in: Lackner/Kühl Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Auflage (1999), § 244 Rdnr. 8, S. 1165. しかし、現場に不在の徒党構成員は、共同正犯になりうる行為をしても、およそ本罪の共同正犯とはなりえず、教唆犯・幫助犯としてしか処罰しえない (徒党窃盗の場合には、刑法244条1項2号と刑法26条または刑法27条の適用)。この徒党構成員の性質は刑法28条2項にいう身分とされるので、この徒党犯罪 (例えば徒党窃盗) に関与した非構成員は、現場に所在・不在を問わず、通常の犯罪規定 (刑法242条・243条の窃盗罪) の共犯として処罰される。

- (13) 単純窃盗 (ドイツ刑法242条) の法定刑が5年以下の自由刑または罰金刑であるのに対し、徒党窃盗が成立する場合には、6月以上10年以下の自由刑によって処罰される。
- (14) 単純な栽培・製造・取引 (麻醉薬物法29条) であれば、その法定刑は5年以下の自由刑または罰金刑であるが、徒党によるこれらの行為は、2年以上の自由刑に加重される。
- (15) 本件の事実関係と連邦通常裁判所刑事部の判断につき、JR 1985, 340 f. 参照。また、本決定は、A の行為につき、徒党窃盗の限りでは狭義の共犯にとどまるが、同時に、重窃盗 (ドイツ刑法243条1項3号) については共同正犯に該当するのであるから、原審がAに贓物罪の成立まで認めた点は誤りであるとしている。

なお、いわゆる「現場共働必要型」の徒党犯罪における「正犯」の成立範囲については、次の三つの見解の争いがある。第一説 (判例) は、徒党構成員の共働関係を厳格に解して、2人以上の徒党構成員が「現場」で共働した場合に初めて徒党犯罪は成立し、しかも現場共働者でない限り徒党犯罪の正犯にはなりえないとする (本決定のほか、例えば、BGHSt 8 205 (206 f.) など。また、学説としてはWolfgang Ruß, Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Auflage (1994), § 244 Rdnr. 13, S. 97; Tröndle, a. a. O. (Anm. 12), § 244 Rdnr. 15, S. 1350, さらに前注 (12) 参照)。本説によると、例えば、徒党の首謀者Aの指揮下で、構成員Bが合い鍵を作り、構成員Cがこれを使用して窃盗を直接実行する場合、Cの他にBも現場に同行してCに合い鍵を手渡すと、Cは徒党窃盗罪の正犯、Bは同罪の正犯・教唆犯・幫助犯となりうるが、現場共働を欠くAにはその教唆犯・幫助犯しか成立しない。他方、A・Bいずれも現場で共働しなければ、A・B・Cにはおよそ徒党窃盗罪は成立し

象なのかを明らかにした上で、それぞれに対応する具体的な対策を提案をすべきであるとされ、また、石塚伸一「組織的犯罪対策法の実体法規定の問題点」法学セミナー507号(1997)5～6頁によれば、結果の重大性は量刑で評価すれば足りるにもかかわらず特殊な構成要件要素を新設することは、組織的犯罪の加重類型と刑法の共犯規定との関係を錯綜させ、わが国の共犯理論の崩壊をもたらすとされる。さらに、京藤哲久「整備要綱骨子の実体法部分の検討—(積)荷の重すぎる組織犯罪対策立法?」ジュリスト1122号(1997)31頁によれば、団体の対象が規制目的に照らして必要不可欠なものに絞り込まれておらず、刑の加重根拠が「団体」「組織」による犯罪の違法性という側面に求められる以上、将来的には、法益侵害からまだ遠いところの、団体、組織の結成自体が犯罪化されることになる可能性を否定し去ることはできないとされる。

- (4) ドイツ刑法において、人的結合の結成・加入・維持・強化にかかる行為は、例えば、「憲法違反の政党・その代用組織」等に関する84条および85条、「犯罪結社」に関する129条、「テロ結社」に関する129条aによって処罰されている。これらの諸規定は、「団体構成要件 (Verbindungstatbestand)」と総称される。
- (5) 例えば、宮澤浩一訳・ドイツ刑法典(1982)168頁、法務省刑事局刑事法制課編・基本資料集 組織的犯罪と刑事法 国際的動向とわが国の状況(1997)15～16頁など。
- (6) 例えば、山田晟・ドイツ法律用語辞典(1993)68頁。
- (7) 一例として、徒党窃盗との関連で特に問題となることが多い徒党贓物罪(ドイツ刑法260条1項2号)を挙げておく。
- (8) 山田・前注(5)68頁では、'bandenmäßig' については、「徒党を組んで」と訳されている。
- (9) Wolfgang Schild, Der strafrechtsdogmatische Begriff der Bande, GA 1982, 57.
- (10) 長井圓訳・ヤコブ・ギリンスキー「ロシアの組織犯罪—新しい状況への悲観的な考察—」神奈川大学研究年報16号(1997)14(241)頁は、組織犯罪には、大局的に三つのレベルがあるとし、①「犯罪集団」(グループ)、②「犯罪組織」、③「犯罪共同体」(コミュニティ)に分類する。
- (11) 1970年4月3日の第一刑法改正法により徒党窃盗が現在のような加重処罰類型として規定された後、「徒党」概念について初めて判示した判例として、BGHSt 23, 239 (239 f.)。また、現場共働不要型の徒党概念(1981年麻酔薬物法30条1項1号)について初めて明確化した判例として、BGHSt 38, 26 (27 f.)。さらに、学説としては、例えば、Albin Eser, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar 25. Auflage (1997), § 244 Rdnr. 24, 25, S. 1738.
- (12) ここでいう「現場共働」とは、2人以上の徒党構成員が場所的・時間的に

は足りず「組織」に限定しているとしても、いわゆる共同意思主体説にいう複数の行為者は、同時に「組織」に該当しうることになる（これに反して、「共同意思主体」と「組織」とは、異なるという前提に立つのであれば、その相違点は「犯罪継続的な行為主体」に求められることになる）。したがって、前述のように数人共同による刑の加重が可能であるとしても、刑法にいう共同正犯規定と本法にいう「組織」の加重処罰との間の処罰の不権衡という問題が残るように思われる。これらの点については、さらに今後の検討対象としたい。

- (1) 中国刑法典における結社罪をはじめとした組織犯罪規制については、張凌「中国刑法における組織犯罪」早稲田大学大学院法研論集90号（1999）257頁以下、同「中国における邪教団体犯罪の刑法規制」同誌93号（2000）131頁以下を参照。
- (2) ドイツ刑法典の犯罪結社罪の法的性格、処罰根拠をめぐる学説・判例等については、藤井学「ドイツの犯罪結社罪に関する一考察」神奈川大学大学院法学研究科法学研究論集8号（1999）1頁以下参照。なお、ドイツ犯罪結社罪の歴史的展開については、Martin Fürst, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB - Zum Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechts schutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen, 1989, S. 16 ff.を参照。
- (3) 内乱罪、騒乱罪といった「集団犯」も、広い意味では組織犯罪に含まれるが、本稿では、狭義の組織犯罪、すなわち「継続的に犯罪を行う組織による犯罪」という意味での組織犯罪を念頭に置いているため、集団犯に関する規定はここから除外した。

なお、組織的犯罪処罰法に対しては、その立案当時から組織的な犯罪に対する刑の加重について、次のような問題点があると指摘されていた。例えば、浅田和茂「『組織的な犯罪』対策立法の問題点」法律時報847号（1996）4頁は、わが国で最も大規模かつ深刻な「組織的犯罪」は政・官・財の癒着した構造的な汚職であるとした上で、「組織犯罪」等の不明確な概念を用いた加重類型の創設は罪刑法定主義に反し、その加重処罰の根拠も明らかでなく、団体との関連のみを理由とする加重処罰は個人責任に反するものであって、量刑上の支障もないのだから刑の加重は必要ない、と批判する。これに加えて、中山研一「組織的な犯罪に対する刑の加重」法律時報850号（1997）42～43頁によれば、組織的な犯罪の内容・範囲が不明確であるゆえ、組織的な犯行形態として一括するのではなく、テロ・暴力団・経済犯罪のいずれが対

た形態による暴行等を加重処罰している。さらに、このように類型的な法益侵害の高さによって犯罪遂行がより容易になることで、他方では、それが反復継続される危険性も増加することになるだろう。このような観点からすれば、一般的には一定の範囲で組織犯罪の加重処罰根拠を支持することができよう。ただし、今後の課題として、わが国の幅広い法定刑における刑の上限の加重および下限の加重をめぐる問題について、さらに検討していく必要があると考える⁽⁴⁴⁾。

3. 補遺

ワークショップ当日の議論を再現することは、本稿の課題ではないが、ここでは重要な次の二点にのみ触れておきたい。その第一は、我々の提案した考え方によっても、刑の上限・下限の加重根拠を説明することはできない、とする反対の意見があったことである。その第二は、当日出席されていた立案関係者から、素朴に考えて、複数の行為者が共働もしくは組織的に犯罪を実現しようとする場合には、被害者など市民にとって重大な脅威となるので、それが加重処罰根拠とされたという趣旨の発言があったことである。

第一の点は、今後の我々の課題であるとしても、第二の論拠が成り立ちうるかは問題であろう。確かに、純粋な行為無価値論ないし印象説からすれば、このような加重処罰根拠の説明もありうる。しかし、加重処罰根拠を法益侵害と結びつけて考えるとすれば、疑問が残る。なぜなら、多数人の行為共働による危険増加が問題になるとすれば、ほとんどすべての共同正犯が加重処罰されねばならないからである。しかし、法3条は、すべての犯罪ではなく、同条に掲げられた一定の犯罪のみを加重処罰の対象としている。したがって、実質的には同じ共同正犯が、同条に掲げる犯罪の場合には加重処罰され、そうでない場合には通常の刑の枠内で処罰されることになるが、これでは刑の権衡を失するといわざるをえない。すなわち、量刑による調整によってこの不権衡を解消しうるものではないと思われるからである⁽⁴⁵⁾。なお、本法は、単なる共同正犯で

る領得罪と毀棄罪について比較してみると、当該法益侵害という観点のみからすれば被害回復の可能性が欠ける毀棄罪の方が重大であると考えられる。しかし、それにもかかわらず、領得罪は、毀棄罪よりも格段と重い法定刑の下にある。その根拠は、毀棄罪と異なり、領得罪の場合には、財産領得の利益ゆえに将来も同種の法益侵害が反復継続される危険性（違法性）が大きいので、より一般予防の必要性が高い、と立法者が考えたからに他ならない。それゆえ、刑法における法益侵害ないし違法性については、個別事案における当該の法益侵害もしくは被害者の損害が決定的なのではないといえる。この点に、民法の不法行為による損害賠償制度を補完して独立に刑法が必要となる主たる理由があるものといえよう。また、純医学的には死亡していた者に斬りつけたところで、当該死者が重ねて殺されることはありえないにもかかわらず、何ゆえに広島高判昭36.7.10.（高刑集14巻5号310頁）は、死体損壊罪ではなく、殺人未遂罪を認めたのであろうか。死者がさらに死亡しえないことは自明のことであるが、それゆえに不能犯になるとする論理は、必ずしも妥当でない。なぜなら、刑法は、当該被害者自身の生命ではなく、一般人からみて生死が不明確な状況に置かれた被害者が、生きている可能性があるのに殺されてはならないという意味での生命の一般的保護、すなわち一般予防を考慮しているからである。このように、刑法は、被害者となりうる一般人の法益を一般的に保護するためのものである。このような一般予防に依拠した違法論を前提とするならば、犯罪を反復継続する危険性が認められる組織的な犯罪は、通常の共犯よりも一般的に違法性が高いといえるのである。

もっとも、当該個別事案での法益侵害の程度が結果的には同じであっても、その類型的な法益侵害の高い行為、つまりより早期により重大な形で当該結果を発生させる危険性のある行為については、その結果発生の容易さないしその防止の困難さを理由として加重処罰（法定刑の下限の引き上げ）を根拠づける余地もある。例えば、「暴力行為等処罰に関する法律」1条は、団体・多衆の威力を示したり、数人共同するといっ

とされてきたことだと考えねばならない。

2. 加重処罰根拠と法益侵害をめぐる今後の展望

本稿は、徒党犯罪の加重処罰根拠に関するドイツの学説を検討し、その中でも「徒党意思発現行為説」を支持してきた。そこから導かれる帰結は、次の通りである。①多数人の一体化による高度な目的実現の可能性、すなわち多数人の共働行為による当該単一の法益侵害の危険性ないしその増加のみを根拠として、「組織的な犯罪」と「(共謀)共同正犯」とを区別することは困難である。特に、行為者の人数の点から両者を具体的に限界づけることはできず、しかも、法3条にいう「組織」が共同正犯を超える「犯罪結社」の(多数人の強固な)人的組織を予定していると解することも、必ずしもできない。なぜなら、「集団犯」(内乱罪・騒乱罪)における首謀者、謀議参与者ないし指揮者等のような組織構成に関する規定も欠けているからである。

また、組織的な犯罪には、②重大な結果が生じやすい、③莫大な不正の利益が生ずることが多いという特徴があることから、その「団体」ないしその「組織」の結成・存続が公共危険犯ないし予備・陰謀罪としての性格をもつとしても、このような危険性自体を加重処罰根拠と捉えることは、法3条の規定が結社罪の当罰性を裏側から肯定したものと解することになり、その当罰性を否定する立場からすれば問題であろう⁽⁴³⁾。立法論として、結社罪の当罰性はなお検討すべき問題として残るが、もし結社罪を前提とすると、「結社とまではいえない組織」の犯罪行為が本条により加重処罰しえなくなるという問題点も生ずる。そこで、「犯罪を反復継続して行うための組織」によって実行された当該犯罪に、将来さらに同様の法益侵害が反復される危険の一端が具体化され、それゆえに犯罪の違法性が増大するからこそ、その行為を重く処罰することができるようになる、と考えることができよう。

このような解釈は、わが国の従来法律および刑法理論にとって、実は必ずしも新規もしくは珍奇なものではない。例えば、わが刑法におけ

て、これらの行為を「実行するための組織」により行われた場合、その行為者を加重処罰するものと定める。この加重類型を設けた理由として、犯罪行為が組織的に行われる場合、①通常は継続性や計画性が高度で、多数人が一体として犯罪を実行するという点で、その目的実現性が著しく高い、②重大な結果を生じやすい、③莫大な不正の利益が生ずることが多く、特に悪質で違法性が高い、と説明されている⁽⁴¹⁾。

この①の理由からすれば、法定刑の下限の加重については比較的承認されやすい、と一応はいいうる。「組織的な犯罪」が比較的重い法益侵害の結果ないしその危険を発生させやすい犯罪遂行形態であるならば、非組織的な犯罪以上に違法性が高まるからである。しかし、法定刑の上限の加重については、問題が残る。なぜなら、当該法益侵害のみに着目するならば、たとえどんなに重大な法益侵害結果であっても、その結果が法定の侵害・危険結果の枠内にある限り、その不法は当該規定（基本犯）の既遂として包括評価することができるはずであろう。それゆえ、組織的な犯罪の遂行形態であるか否かという点は、当該の規定の既遂（法定刑）が包括して予定しているから、刑の上限の加重根拠となりうるか疑問である。

以上の検討と疑問が妥当であるとするならば、刑の上限の加重を根拠づけるためには、次のように考える必要がある。すなわち、組織的犯罪処罰法においても、徒党犯罪の加重処罰根拠に関するドイツの議論と同様に、組織による「他のさらなる法益侵害の危険性」が、当該犯罪の「実行」に示されてこそ加重処罰根拠になるとする方向性である。この点、「徒党」については、その構成員が犯罪を反復継続して（連続的に）行うために結束することが要件とされている。そこで、日本法にいう「犯罪行為を実行するための組織」も、当該犯罪のみに限定された単なる一時的なものではなく、「犯罪を反復継続的に遂行するための結合体」を要件としているものと解さなければならない⁽⁴²⁾。この要件は、単なる一回限りの共犯を加重処罰できないことは明白であるから、必ずしも文言上明示されていないとはいえ、暗黙のうちに立法上当然の理論的前提

加重処罰が正当化されるのである。

(3) 現場共働必要型・不要型の区別と加重根拠

徒党犯罪の構成要件には、現場共働につき必要型・不要型の二種類あるが、この区別は、犯罪行為の性質に応じたものといえる。すなわち、窃盗や強盗などに関する必要型の徒党犯罪の場合には、徒党構成員たる複数人の現場共働があつて初めて、そのような徒党意思の一端が具体化されるのに対し、薬物事犯などに関する不要型の徒党犯罪は、通常の場合、背後での共謀が重要であつて現場で共働されなくとも犯罪行為が共働実現されることが多い。つまり、現場共働がなくとも徒党意思の共働危険の一端が具体化されうる。したがつて、こうした二種類の区別があろうと、徒党意思発現行為説による加重処罰根拠は、矛盾なく説明されうる。

もつとも、立法論としては、およそ現場共働が必要か否かは一つの問題であり（現場共働を必要とする判例に対して学説の反対もあり）、将来的には不要型の徒党犯罪で統一されることも考えられる。なぜなら、犯罪の実現にとって、現場での物理的共働のみが決定的な要素ではなく、事前の犯罪計画・共謀・分担などの情報や心理的な要素も重要だからである。例えば、犯罪計画などの犯罪遂行に必要な情報は、行為者がそれを知っているか否かによって、法益侵害およびその危険性に影響を及ぼすことは否定できない。したがつて、この限りにおいて、物理的（客観的）要素のみならず、心理的（主観的）要素も犯罪の遂行・実現にとって重要な要素であるといいうる⁽⁴⁰⁾。すなわち、主観的・心理的要素を法益侵害ないし違法性に影響せず、専ら刑罰を限定する責任要素と解することは、情報化社会に合致しない古い時代の「機械的な犯罪観」に由来するものといえよう。

IV. 組織的犯罪処罰法3条の加重処罰根拠に関する若干の検討

1. 組織的犯罪処罰法3条の加重処罰根拠と「組織」の要件

組織的犯罪処罰法3条1項は、一定の犯罪行為が「団体の活動」とし

5. 徒党犯罪の加重処罰根拠のまとめ

(1) 共同正犯と徒党犯罪の相違

共同正犯と徒党犯罪との間には、複数の行為者が関与共働して犯罪を実現しようとする点では、共通性がみられる。しかし、共同正犯による犯罪は、それが継続的に行われることは要件となっていないため、行為者の犯罪意思や共謀・計画の効果が「当該の犯罪」に尽きている。それゆえ、単なる共同正犯における各行為者の共働は、加重処罰根拠として十分なものとはいえない。

これに対して、徒党犯罪では、判例・学説によりその構成員に「将来も同種の犯罪をなお反復継続して行う意思」つまり「連続的遂行意思」が要件とされている。この点で、当該犯行には、当該の法益侵害結果にとどまらず、さらに他の法益も侵害される危険性の一端が具体化されており、ここに単なる共同正犯を超える法益侵害の危険性が認められる。この意味で、前出の「行為者意思危険性説」ないし「徒党意思発現行為説」が正しい方向性を示している。

(2) 当該犯罪を超える法益に対する危険の実現（犯罪の反復継続的な遂行）

「将来もさらに犯罪を反復継続して行う意思」を問題とするにしても、未遂にも至らない不確定な犯罪意思の存在のみでは、予備・陰謀としての当罰性・可罰性にも満たない。また、ドイツ刑法が正犯実行（未遂）の前段階における複数人の関与に可罰性を認める二つの場合、すなわち刑法30条（教唆の未遂）ないし刑法129条（犯罪結社罪）の予定する可罰性も認められない。それゆえ、前出の「行為者意思危険性説」は採用しえず、その危険性が実行行為（未遂）に示されて初めて加重処罰根拠になりうるとする前出の「徒党意思発現行為説」が妥当であると思われる。すなわち、当該行為による法益侵害にとどまらず、将来さらに別の法益が侵害されるという危険性の一端が、当該の犯罪実行に具体化されて、当該犯罪が反復継続される一連の犯行の一部ないし一過程にすぎないことが示された場合に初めて、実行の前段階の関与も当罰性を帯び、

(1) 結合説（実行行為と人的連帯の両危険性の総和）（BGHSt GA 1974, 308; A. Eser 等）

①本説の論拠

本説によれば、徒党犯罪は、一定の犯罪行為を「徒党」の構成員が「共働して実行・関与」する加重類型であるから、行為の危険性と人的連帯の危険性ととのいずれか一方のみを強調しえないとされる。したがって、これら双方を結びつけて初めて、加重根拠の説明が可能になる、とする⁽³⁶⁾。

②本説の問題点

本説に対しては、それ自体不十分な根拠を二つ並べただけで、何ゆえに完全な加重処罰根拠となるのか不明確である、との批判がなされている⁽³⁷⁾。特に、「集団原動力」を重視する立場から、徒党の結成ないし犯罪の計画・予備など、それ自体は不可罰な行為であるのに、それが発展して実行されるに至ると、何ゆえに加重処罰根拠として評価されるようになるのか、この点が説明されていないと指摘されている⁽³⁸⁾。

(2) 徒党意思発現行為説（行為者意思の危険性と実行行為との統合）（W. Schild）

本説によれば、徒党犯罪の本質は、「実行された犯罪」（行為共働による既遂の危険性）それ自体のみでも、単なる「共謀（意思の合致）」（人的連帯による既遂の危険性）それ自体でも不十分であり、「同種の犯罪を将来も反復継続して行おうとする行為者意思の危険性」に存するとする。しかし、この意思が単なる意思にとどまる限り、教唆としても予備としても可罰的となりえないので、加重処罰根拠として、この意思に加えて「犯罪の実行」（共働遂行による未遂）が要件とされているという。すなわち、「同種の犯罪を反復継続する意思」が「実行行為」（少なくとも未遂）という形で発現されることが、徒党犯罪の加重処罰根拠であるとする考え方である⁽³⁹⁾。基本的に、我々はこの学説が妥当であると考え

団化それ自体を目的として「同胞意識」に支えられた若者集団の暴力犯罪においてであり、確固たる犯罪目的を有する人的連帯としての徒党には馴じまないとするもの⁽³¹⁾、第二は、単独犯の場合と異なり、2人以上で犯罪遂行の合意をした場合には容易にこれを撤回できないので、2人か3人以上かではなく、1人か複数人かという違いの方が重要である。それゆえ、本説が3人以上の集団を要件とするのは、疑問であるとするもの⁽³²⁾、第三は、集団心理学的見地からすると、「集団」の構成員はむしろ責任や人的危険性が減少するので、徒党を「集団」と捉えてしまうと、かえって加重処罰を根拠づけられないとするもの⁽³³⁾、である。

3. 行為者意思危険性説 (H. Tröndle; V. Erb 等)

①本説の論拠

本説によれば、徒党構成員は、犯罪の連続的遂行のために結束しているので、特定(当該)の犯罪のみならず、さらに犯罪を行う意思を有しており、この点に高度な可罰性が認められるとする。行為者がより高次の共通利益を追求して犯行に及ぶゆえに、徒党犯罪は共同正犯を超過した「継続的な犯罪共働」という危険性を帯びるのであって、徒党犯罪に特有な危険の根源は、「行為者の人的連帯」自体ではなく「行為者の意思」自体に存するという⁽³⁴⁾。

②本説の問題点

本説に対しては、予備にも至らない単なる犯罪意思の存在だけでは当該犯罪の加重根拠として不十分であることのほか、この意思(共通利益の追求)を明確化するためには、徒党という「人的連帯」の存在、その利益を追求した「犯罪行為」といった他の要素も無視しえない、と指摘されている⁽³⁵⁾。

4. 複数根拠説

以上の見解がそれぞれ問題を抱えているので、今日の多数説は、複数の根拠に依拠して徒党犯罪の加重処罰根拠を説明している。

②本説の問題点

本説に対しては、第一に、判例によれば、徒党の構成員は2人で足り、組織性までは必要ないなど、徒党は共犯よりも強固であるが、結社には至らない人的連帯と理解されている。それゆえ、このような緩やかな人的連帯のみで加重処罰を十分に根拠づけることができるかは疑わしい、とする批判がなされている⁽²⁵⁾。また、人的連帯による犯罪行為の強化・促進という点が、結局は、当該の犯罪行為に還元されるのだとすれば、本説は前説とどこが違うのか截然としない。第二に、共同正犯の場合にも、犯罪の合意によって個々の行為者の犯罪意思が強化されるのであり、人的連帯による犯罪行為の強化・促進は、徒党犯罪に特有のものではない、とも指摘されている⁽²⁶⁾。第三に、現場共働必要型の徒党犯罪は、複数の徒党構成員が現場で共働して実行・関与しない限り成立しえないので、人的連帯のみを加重処罰根拠とする本説は、現場共働を必要とする徒党規定と合致しない⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。

(2) 集団原動力説 (E. Dreher 等)

①本説の論拠

本説によれば、前説の「人的連帯による危険創出」という方向性は正しいとしても、これが継続的なものとなるためには、徒党が単なる人的連帯を超えて、構成員1人の脱退によって人的連帯の消滅する可能性のない3人以上の「集団」となる必要があるとする。この集団内に犯罪的「連帯意識」が発展する結果、構成員を犯罪へと推進する「集団原動力」が生じ、行為および行為者の危険性が增大するという⁽²⁹⁾。

②本説の問題点

本説に対する最も重要な批判は、「集団原動力」とはドイツ刑法129条の結社罪にいう「犯罪結社」の要素であるので、本説によると、徒党犯罪と結社罪との区別が流動的で困難となり、ドイツ刑法が徒党犯罪と独立に犯罪結社罪を定めた意義が没却されてしまう、というものである⁽³⁰⁾。

さらに、次のような批判もなされている。その第一は、犯罪学的見地からすれば、連帯意識に基づく犯罪の集団原動力が発揮されるのは、集

も1人の徒党構成員が実行に関与すれば足り、自ら(身体的に)実行することも不要なのであるから、「複数人による犯罪行為の共働」という本説の前提が失われる⁽¹⁹⁾。そもそも本説は、現場共同不要型の徒党犯罪が定められていない時代に、判例上展開された見解である、という批判がある⁽²⁰⁾。第二に、「他者との実行行為の共働」という外部的側面は、共同正犯にも共通する。それゆえ、この「共働」という客観的要素から共同正犯を超える加重処罰根拠を導くことはできない⁽²¹⁾。第三に、窃盗などでも事前の共同の謀議・計画によって合目的な分業体制が敷かれる結果、構成員の1人が現場での実行(正犯)行為もしくは共犯(教唆・幫助)行為に出れば足りる場合もありうる。それゆえ、分業的遂行形態を創出する人的連帯の危険性という点も無視しえず、よって「犯罪行為の共働」(行為の客観面)にのみ着目する本説は片面的である⁽²²⁾、といった批判がなされている。

2. 人的連帯(徒党)の危険性説

(1) 継続的危険創出説(BGHSt 23, 239; G. Arzt 等)

①本説の論拠

本説によれば、構成員が徒党として「人的に連帯」することで、綿密な計画・予備および合目的な役割分担がなされる結果、犯罪遂行の確実性が増加し、単独では達成しえなかった犯罪行為が遂行可能となる。また、構成員が相互に支配・支持し合うことで、犯罪を実行するにあたっての心理的抵抗が除去され、犯罪遂行が促進される。このように、徒党という人的結合には犯罪行為の障害を除去し、これを強化・促進する作用が認められるので、法益侵害およびその危険性が増大するという⁽²³⁾。

さらに、構成員が将来の犯罪遂行に向けて連帯しているので、徒党内にはその人的連帯を継続させる刺激が常に生じている⁽²⁴⁾。これに伴い、犯罪実現の危険性を高める作用も継続していく点に、徒党の特殊な危険性があるとする。

る被告人側からの上告に対し、連邦通常裁判所は、2人の構成員であろうと徒党による麻薬取引の危険性に変わりはない、として上告を棄却し、A女に徒党犯罪が成立するとした（ただし、大量の取引だったので、さらに重い麻酔薬物法30条a第1項が適用された）⁽¹⁷⁾。

4. 徒党犯罪の問題点

徒党犯罪の大きな問題点は、次の二点にあるといえる。第一に、複数人の連帯・加功が構成要件上予定されている点では、徒党犯罪も、広い意味で（加重処罰との関係では）必要的共犯の一形態であるといえよう。同じく複数人が関与する犯行形態には、任意的共犯である共同正犯があるが、この場合、徒党犯罪が、単なる（徒党構成員によらない）共同正犯（または単独正犯）と比べて特に重く処罰される根拠が問われる。第二に、現場共働の要否について異なる二つの徒党犯罪の類型があることからして、これらの加重処罰根拠の統一的な根拠づけをどのように行うか。この点が問題となる。

Ⅲ. 徒党犯罪と共犯との相違——加重処罰根拠

1. 行為の危険性説（RGSt 18, 174; BGHSt 6, 260）

①本説の論拠

本説によれば、徒党犯罪とは、徒党構成員たる「複数人の共働の下で遂行される犯罪」であり、複数の行為者が意図的に共働（実行・関与）するために、時間的・場所的に一体化した行動がとられる。こうして、当該の犯罪行為はより効率的に遂行され、また被害者にとっては、より多くの相手に対抗しなければならなくなるので、法益の保全が困難となる。それゆえに、当該行為により「法益侵害の可能性」が増大し、「犯罪行為の危険性」が高まる。この点に、加重処罰根拠が認められるとする⁽¹⁸⁾。

②本説の問題点

本説に対しては、第一に、現場共働不要型の徒党犯罪では、少なくとも

fortgesetzten Begehung ... verbunden hat), ②これらの行為を実行すること, となっている。その法定刑は, 上限・下限ともに, 単純な製造・取引等のそれよりも加重されている⁽¹⁴⁾。

3. 徒党犯罪に関する裁判例

ここで, 徒党犯罪が実際に問題となった事件につき, 次の二つの代表的な判例を簡略に紹介する。

(1) 現場共働必要型の徒党犯罪 (BGHSt 33, 50 = JR 1985, 340・1984年10月10日決定)

農場経営者 A は, 経営建て直し策として, 従業員 S と W に牧場窃盗の計画をもちかけた。A は車両を提供するほか, S と W が現場で共同して窃取してきた家畜を A が売却するというように役割を分担し, 3人は連続的な犯行に合意した。これに基づいて, S と W が全部で11件の牧場窃盗を行って, A は, 不正に利益を上げ, これを S・W と三等分して分配した。

連邦通常裁判所は, 現場共働を欠いた首謀者 A については, 現場共働者でなければ徒党犯罪の正犯にならないので, その教唆犯ないし幫助犯にとどまるという限りで, 原審の判断を支持した⁽¹⁵⁾。なお, 窃盗の現場共働 (直接実行) 者 S と W は, 分離手続において, すでに徒党窃盗を理由とする有罪判決を受けている。

(2) 現場共働不要型の徒党犯罪 (BGHSt 38, 26・1991年7月9日判決)

同じ会社に勤務していた被告人 A 女と B 男は, 職業上国外出張を重ねるうちに, 広く国際的な関係をもつに至り, 両者間でその立場を利用した薬物取引を連続的に行っていくことを共謀した。こうして, 約2年間にわたって, 国際的な薬物取引の仲介を計画的かつ反復的に実施するうちに, ドイツ国内で行われた9キログラムのコカインの取引が警察に監視されていて発覚し, 両人は検挙された⁽¹⁶⁾。

現場共働不要型の徒党が成立するには, 少なくとも3人が必要だとす

成員の「継続的結合体」であり、一定の内部的規律（掟）が存在し、各構成員の意思の当該結社への従属が要件とされている。したがって、徒党は、確固たる組織構造を有する「結社」にまでは至らない人的連帯である。すなわち、概念的には、犯罪結社と共同正犯との中間に位置する人的組織が、「徒党」であるといえる。

2. 徒党犯罪の成立要件

ドイツ刑法が定める徒党犯罪には、二つの類型がある。その第一は、判例によれば、徒党構成員による現場共働⁽¹²⁾を成立要件とする「現場共働必要型」である（しかし、徒党犯罪の規定には「現場」共働が明示されていない。それにもかかわらず、「現場共働必要説」によると、一般原則上は共同正犯になりうる現場不在の徒党構成員も教唆犯ないし幫助犯にしかなりえない。それゆえ、「現場」共働を不要とする学説も有力に主張されている。）。第二は、徒党の構成員が（現場では）単独で直接実行した場合にも成立する「現場共働不要型」である。その成立要件は、それぞれ次の通りである。

（1）現場共働必要型の徒党犯罪の例

現場共働必要型徒党の代表的な規定が、ドイツ刑法244条1項2号に定める徒党窃盗罪である。その成立要件は、①強盗もしくは窃盗の連続的遂行のために連帯した徒党の構成員が（als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung ... verbunden hat）、②他の構成員と共働して（unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds）、③窃盗を実行すること、となっている。その法定刑は、上限・下限ともに、単純窃盗のそれよりも加重されている⁽¹³⁾。

（2）現場共働不要型の徒党犯罪の例

現場共働不要型徒党の代表例は、麻酔薬物法（Betäubungsmittelgesetz）30条1項1号に定める徒党薬物製造取引罪の規定である。その成立要件は、①麻酔薬物の栽培、製造もしくは取引の連続的遂行のために連帯した徒党の構成員が（dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur

II. ドイツの徒党犯罪 (Bandendelikte)

1. 徒党犯罪の概念

ドイツ刑法典における組織犯罪または犯罪組織に関する規定は、共犯を除くと、「結社罪」⁽⁴⁾および「徒党犯罪」に大別される。

本稿で「徒党」と訳出した‘Bande’は、従来、「団体」⁽⁵⁾ないし「強窃盗団」⁽⁶⁾と翻訳されてきた。しかし、これを「団体」と訳した場合、一方では、旅行団体のように全く一時的な非犯罪的集団も含まれてしまいかねない。他方では、犯罪団体に限定するとしても、ドイツ刑法84条・85条にいう政党組織や129条にいう犯罪結社も含まれてしまう。また、「強窃盗団」と訳すとしても、現在では、‘Bande’の加重処罰規定が強盗・窃盗以外にも定められているので⁽⁷⁾、そのような犯罪グループを包括できない。さらに、これを「集団」と訳すとすれば、必要的共犯の一つである「集団犯」(多衆犯)との区別がつかなくなってしまう。このような理由から、我々は、‘Bande’を「徒党」と訳出することにしたのである⁽⁸⁾。

そもそも、‘Bande’とは、ドイツの歴史においては、報酬を対価として違法行為を行う武装集団、あるいは各地を略奪し回っていた兵士の集団を指す言葉であり⁽⁹⁾、犯罪組織のレベルでいえば、集団を規律する内部の掟もしくは強固な人的結合を欠く「犯罪グループ」に相当する⁽¹⁰⁾。「徒党」の概念について、全く争いがないわけではないが、ドイツの学説・判例には、「2人以上の構成員が、いまだ必ずしも具体化しているとはいえない犯罪行為を連続的に(反復継続して)、将来実行するために結びついた人的連帯」であると解する点で、大まかな見解の一致がみられる⁽¹¹⁾。

ここで「共犯」(特に共同正犯)と「徒党」・「結社」との各相違を詳論することは、本稿の枠を超えてしまうが、少なくとも、次のようにいうことができよう。一方で、徒党は、その人的結合が当該犯罪かぎりの単なる一時的な結合で足りる「共同正犯」よりも、その結合が強い人的連帯である。他方、「結社」は、少なくとも、複数(3人以上)の構

研 究

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—

長 井 圓
藤 井 学**I. はじめに**

2000年5月21日に開催された日本刑法学会第78回大会のワークショップ・「組織犯罪対策法の実体法的検討」(オーガナイザー・京藤哲久教授)において、組織的犯罪処罰法3条の加重処罰根拠の検討材料の一つとして、我々は、ドイツ徒党犯罪の加重処罰根拠について話題提供する機会を得た。その記録を報告書(覚書)として補筆したものが、本稿である。

さて、組織犯罪の規制方式には、①団体・組織そのものを名宛人とし、団体の解散などの措置をも含む「団体規制」(この例として、わが国の破壊活動防止法における団体活動の制限(5条)、解散の指定(7条)など)、②団体・組織の結成・加入等にかかる行為者を処罰する「結社罪」(イタリアのマフィア対策統合法、フランス刑法典、ドイツ刑法典、中国刑法典などにおける犯罪結社罪⁽¹⁾⁽²⁾の規定)、③犯罪組織等の構成員が刑法各則で定める犯罪を実行した場合に、これをその犯罪の法定刑より重く処罰する「加重処罰規定」がある⁽³⁾。この分類によれば、組織的犯罪処罰法3条に定める「組織的な犯罪」およびドイツの「徒党犯罪」(Bandendelikte)は、ともに第三の類型に属すると考えられる。

そこで以下では、ドイツの徒党犯罪の規定をめぐる判例・学説を素描し、その加重処罰根拠を検討しつつ、日本における法3条の加重処罰根拠について若干の考察を加えることにする。