

【Q & A】共謀罪(テロ等準備罪)と煽動罪の怖さ

～納税者と税務専門職などとの信頼関係、人権を蝕む法制に異議あり

石村耕治(白鷗大学名誉教授)

犯罪を計画・準備段階で処罰する「共謀罪」の構成要件（犯罪となる条件）やネーミング（名前）を改め「テロ等準備罪」を新設する組織犯罪処罰法改正が、各界からの広範な反対にもかかわらず成立した。新設されたテロ等準備罪の構成要件は曖昧でいくらかでも拡大解釈できる。また、「等」とあることから、対象となる犯罪をメニュー/リスト（法別表）に加筆すれば、いくらかでも広げられる。事実、今あるメニューには、所得税・法人税・消費税・地方税などの脱税犯もすでに入っている。「テロ等準備罪」というネーミングの“カラクリ”を見逃してはならない。国家は必ず暴走する。私たち国民は共謀罪（テロ等準備罪）を徹底監視しないといけない。

共謀罪（テロ等準備罪）が実際に使われるようになると、犯罪組織とはなんの関わりも持たないふつうの市民が、素朴な権利意識からデモ行進などの計画・準備をこと自体がターゲットになるおそれがある。また、納税者と顧問税理士との間での税務相談、上司と部下との間での税務処理をめぐる会話などもターゲットになりうる。メールやLINE を使っていても、当局が税逃れの計画の合意・準備があったと思えば、実際に不正な申告がなくとも、捜査は可能だ。

捜査当局が、計画・準備段階の犯罪をどうやって見極めるのかの問題も残る。密告の奨励、盗聴（通信傍受）などの事前捜査が横行すれば、監視社会へまっしぐらということになりかねない。

ただ、この犯罪事実認定のあいまいさや、犯罪成立時期の前倒しが懸念される犯罪は、1つ共謀罪に限ったことではない。実は、国税犯則取締法が廃止され、国税通則法の中にひそかに編入された煽動罪もまた、市民生活、税界をおびやかす犯罪の1つなのである。とくに、税理士がクライアント（依頼人/関与先）にするアドバイス（相談行為）自体が、まさに煽動罪のターゲットとされかねない。納税者と税務専門職による正当なコミュニケーションや信頼関係まで破壊しかねないこの煽動罪とは、どのような性質のものなのであろうか。

今回のレクチャーでは、納税者と税務専門職などとの信頼関係、人権を蝕む共謀罪（テロ等準備罪）と煽動罪について、点検してみる。

◎はじめに

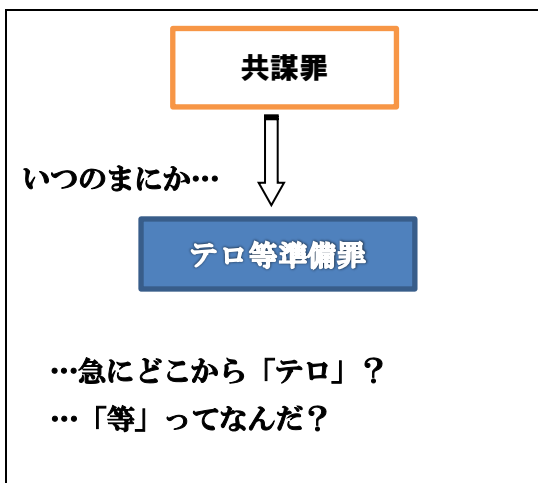
- ◆共謀罪って何だ！
 - ◆他人事では共謀罪
 - ◆社長、あなたも狙われる！
 - ◆「テロ等準備罪」という名のカラクリ
 - ◆税理士も狙われる
 - ◆どう違う、個別共謀罪と一般共謀罪
 - 個別共謀罪とは
 - 一般共謀罪とは
 - ◆共謀罪を問う捜査とは
 - ◆共謀罪による新たな監視レジーム
 - ◆実行準備行為とは
 - ◆共謀罪(テロ等準備罪)の立ち位置
 - ◆国民みんなで共謀罪と徹底監視しよう
 - ◆問われる国犯法の通則法編入
 - ◆煽動罪適用ケースをレビューする
 - ◆煽動罪の性格
 - ◆従属正犯と独立共犯
 - ◆新通則法に編入された煽動罪
 - ◆煽動罪と税理士
 - ◆新通則法 126 条と「煽動」の意味
 - ◆煽動罪は、共謀罪と同様に、司法警察が捜査する
 - ◆税法の解釈ができなくなる？
- ◎むすびにかえて～共謀罪や煽動罪を無力化できるレベルの納税者権利憲章の制定を

◆共謀罪って何だ！

(Q) 以前は「共謀罪」と呼ばれていたのが、いつの間にか「テロ等準備罪」というネーミング（名前）で呼ばれ始めました。しかし、もともと共謀罪と呼ばれていたものと中身は変わらず、ただ名前を変えただけのようなですね。本当にテロ対策の法律だといえるのでしょうか。

—新たなネーミングにする際に、共謀を実行に移すための「実行準備行為」も犯罪となる条件（成立要件）として取り入れました。この点を指して、共謀だけで犯罪となるのではないという説明なのでしょう。しかし、犯罪の実行以前に計画に合意すれば犯罪となるかたちになっている以上、やはり共謀罪です。これは国際組織犯罪防止条約5条の文言をみても明らかです。

【図表1】 目先をチェンジ！



(Q) 「共謀罪（テロ等準備罪）」は通称で、テロ等準備罪は、現行の組織犯罪処罰法に新たな条項を付け加えるかたちで導入したわけですね。

—そうです。組織犯罪処罰法に新たに「6条の2」が設けられました。6条の2の旧タイトルは「組織的な犯罪の共謀」でした。ところが、2017年3月の法案では、“共謀罪隠し”を狙いに現在のタイトル「実行準備行為を伴う組織的犯罪集団による重大犯罪遂行の計画」に改められました。

【図表2】 テロ等準備罪(共謀罪)の規定

●組織犯罪処罰法6条の2〔実行準備行為を伴う組織的犯罪集団による重大犯罪遂行の計画〕

次の各号に掲げる罪に当たる行為で、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2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10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 5年以下の懲役または禁錮

二 別表第四に掲げる罪のうち、長期4年以上10年以下の懲役又は禁錮の刑が定められているもの 2年以下の懲役又は禁錮

(以下、省略)

(Q) この条文、ふつうの市民が読んでもよく分からない悪文ですが・・・・。
—もう少し、わかりやすく書き直すと、次のようになります。

【図表3】テロ等準備罪(共謀罪)の構成要件

【組織犯罪処罰法6条の2 第1項】

【構成要件】

①懲役・禁錮が4年以上の犯罪について

重大犯罪要件

②2人以上で計画に合意し

集団要件

③計画を実行するための準備をしたこと。

実行準備行為要件

【共謀罪の対象となる犯罪メニュー】〔別表第三(第6条の2関係)〕

- ・組織犯罪処罰法関係犯罪
- ・刑法関係犯罪
- ・爆発物取締罰則
- ・外国通貨の変造・偽造犯罪
- ・労働基準法(強制労働)犯罪

.....

.....

- ・印紙犯罪処罰法違反
- ・関税法違反
- ・所得税法上の脱税犯
- ・法人税法上の脱税犯
- ・消費税法上の脱税犯
- ・地方税法上の脱税犯

.....

.....

各種税目の脱税は、
テロ「等」で“共謀
罪”の対象

◆他人事ではない共謀罪

(Q) もう少し市民目線で、テロ等準備罪（共謀罪）は、「どんなことをすれば適用になるのか」を、やさしく説明してください。

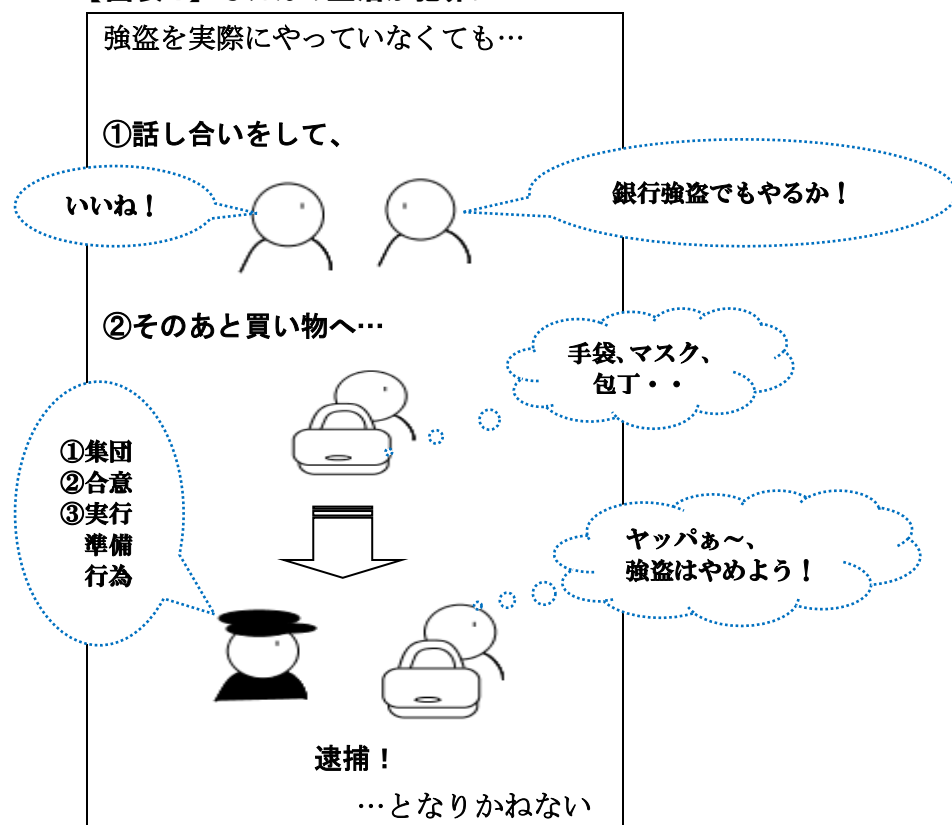
—分かりました。組織犯罪処罰法 6 条の 2 にいう「重大犯罪」とは、懲役・禁錮が 4 年以上の犯罪ということになります。例えば、刑法 236 条〔強盗〕1 項は「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。」と定めています。テロ等準備罪にいう重大犯罪の 1 つにあたります。もう少し市民目線で例をあげて話すと、A と B が銀行強盗をする計画をたててそれに合意すると、「4 年以上の犯罪」の要件にあてはまります。

(Q) 2 人で計画をたててそれに合意すると、それが犯罪になるのですか？

—そうです。共謀罪は“準備罪”ですから、実際に銀行強盗をしても、しなくとも、強盗罪（刑法 236 条）という個別の犯罪とは別の、共謀の罪となる条件（構成要件）の 1 つがみたされることになるわけですね。

次に、共謀罪では、「計画を実行するための準備をしたこと」の要件をみたす必要があります。

【図表4】 ふだんの生活が犯罪に…



(Q) つまり、強盗するための「準備行為」をしたかどうかですね。

—そうです。例えば、スキー用品を販売する店に行って、防寒用の“目出し帽”を購入したとかです。

(Q) 買物に行って、目出し帽を購入する（準備）行為は、違法なのですか？

—「準備行為」は違法行為か合法行為かは問いません。強盗をするために、例えば、ドンキホーテで、料理用の包丁を買うことは違法ではないでしょうから。逃亡用のレンタカーを借りるのも、準備行為にあたりますが、合法行為ですよね。

(Q) ということは、分かり易くいうと、2人以上が強盗の計画で「合意」＋「準備行為」があると推察できれば、当局は、共謀罪（テロ等準備罪）でしょっ引くことができるようになったということですね。

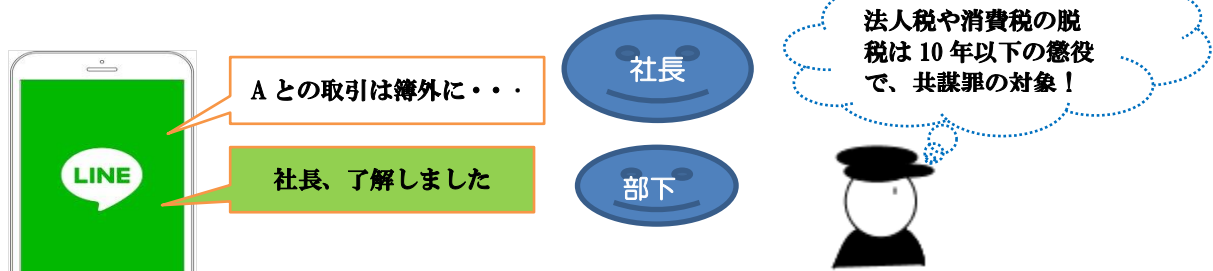
—政府は、「合意」は、メールやLINEでもOKと説明しています。



◆社長、あなたも狙われる！

(Q) 会社の上司が部下に出した指示、それに従った部下の日常業務なども共謀罪を問われる可能性がでてくるわけですか？

—会社の社長が計理担当社員にメールで「A との取引は簿外にしておいて・・・」というような税金を免れる計画を指示し、その社員が「社長了解しました」と返信メールをした後で、その担当者がいつもどおり粛々と帳簿付けをしたとします。この場合、「社長了解しました」は「合意」にあたり、帳簿付けは、不正かどうかを問わず、「計画実行のために準備行為」にあたることになりますね。



うしろめたさを感じて脱税の罪になる税逃れの不正申告はしなかったとしても、後悔先にたたずで、共謀罪を問える条件は整っている、と判断されますよね。

法人税や消費税の脱税は10年以下の懲役で、共謀罪の犯罪になる条件や共謀罪に対象となる犯罪メニューにも載っています（【図表3】）。当局は、「準備行為」もあったと認定し、その気になれば共謀罪を問うことも可能です。

共謀罪を問える条件に「準備行為」を加えたのは、当局による共謀罪の濫用に歯止めをかけるためだと説明されました。しかし、ごくありふれた日常の行為を広く準備行為と認定することになれば、この説明は、まさに「絵に描いた餅」になります。

（Q）近年、会社などを訪ねて行う税務調査（課税処分のための調査/臨場調査）の際に、課税庁の調査官は、パソコンに入ったメールのコピーの提出を求め署に持ち帰ることも多くなりましたが。

—今回の通則法の改正では、刑事訴訟法にならい、電子データ査察手続、つまり犯則調査で利用できる5つの新たな手続が盛り込まれました。こうした手続を通じた収集して電子データを分析して、共謀を裏付け、司法警察へ通報することも可能ですね。

共謀罪は、後でふれる煽動罪と同様に、マルサではなく、司法警察が捜査することになっています。この場合に、司法警察は、刑事訴訟法に盛り込まれた電子データ捜査手続を使うことができます。

【図表5】国通法と刑訴法の対応関係

	国税通則法	刑事訴訟法
①記録命令 付差押え	132①	99の2、218 ①（関連：刑事訴訟規則 155）
②リモート アクセス	132②	99②条2・ 218②
③任意調査 としての保 全要請	134	197③～⑤
④差押えに 代える複写 媒体の差押 え	136	110の2
⑤コンピュ ータ操作の 協力要請	138	111の2

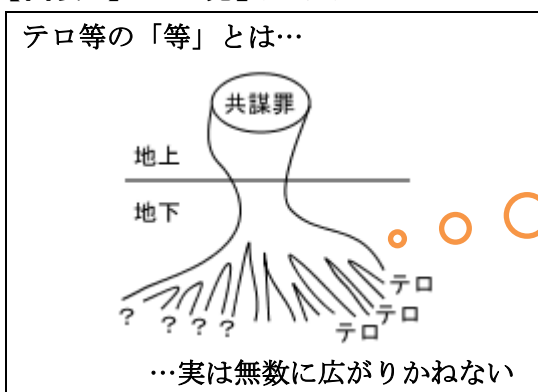
刑事訴訟法の規定を
国税通則法に編入、
異議あり！！

◆「テロ等準備罪」という名のカラクリ

(Q) それから、ふつうの市民の人たちからすれば。なんで「テロ準備罪」のネーミングにしないで、「テロ等準備罪」にしたのか？首をかしげたくになります。「等」には、どんな意味があるのか説明してください。

—先ほどあげた「強盗罪（刑法 236 条）」は、テロ等準備罪が適用対象となる犯罪の 1 つです。対象となる犯罪は別途、「別表」という名前の「メニュー/リスト」に載っています（前掲【図表 3】参照）。このメニューに共謀罪を適用したい個別犯罪を継ぎ足し・追加していけば、いくらでも適用対象を広げられるかたちになっています。

【図表 6】この『先』はどうなっている…？



91 の法律で 277 罪。そのうち、「テロの実行」関係は 110 罪。残りは「等」！！

(Q) 「テロ等準備罪」というネーミングの「等」の“カラクリ”を見逃してはけないのですね。

—そういうことです。政府の説明では、このメニューに載せているのは 91 の法律で規定した 277 の罪。そのうち、政府の分類では、「テロの実行」に関するものはこのうち 110 罪にとどまるとはいうのですから……。

(Q) 110 以外は「等」にあたるということでしょうか。

—そういう見方もできますね。

(Q) となると「等」の方が多いことになりますね。今後、メニュー、つまり「等」がドンドン増えていくことが心配されますね。

—今の国会の状況では、行政府の役人の主導でなし崩し的にメニューが増えていくことにストップをかけるのは至難ですよ。

(Q) むしろ、この法律は、国民の自由な活動に対する国家による「テロ等準備」のための法律のような感じですね。

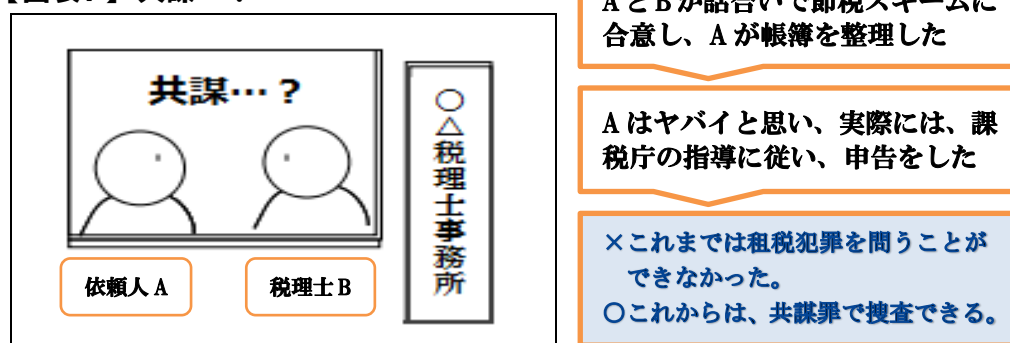
—組織犯罪対策といいながら、たんに2人以上で話し合えば「犯罪集団」として扱われるわけです。まさに、市民同士が集まり話し合う集会・言論の自由に対する脅威といえます。“2人以上”ということは、“夫と妻”、“納税者と税理士”ということです。

◆税理士も狙われる！

(Q) 税理士（税務専門職）の人たちの多くは、政府の「一般市民には適用のない法律」のPRにすっかりだまされているのが実情です。この法律には“賛成はしかねるが反対も面倒”というのが大方の態度です。

—そのツケが、いずれ回ってくるかも知れませんね。

【図表7】共謀…？



すでにふれましたが、所得税や法人税、消費税の脱税（ほ脱罪）は10年以下の懲役で、共謀罪の対象となる犯罪メニューに入っています（【図表3】）。ですから、例えば、税理士と顧問先との間で税逃れについて話し合い合意があり、記帳などが準備行為であるされた場合でも、実際に虚偽申告が行われていなければ、税務当局は脱税容疑で任意調査や強制調査のための許可状（搜索令状）を取るのには難しいわけです。

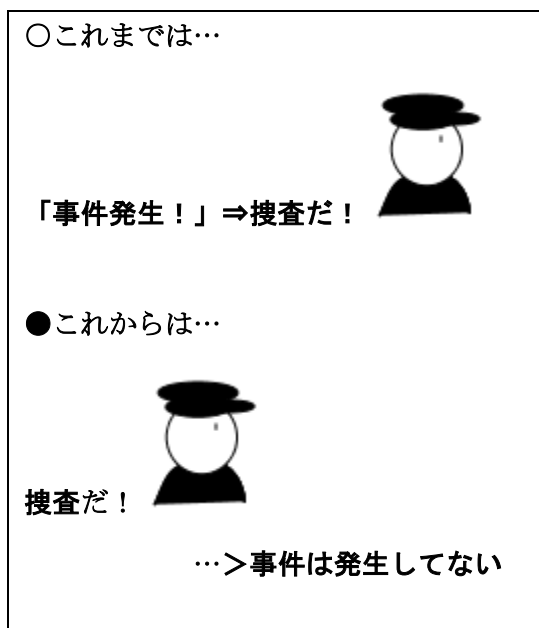
ところが、共謀罪（テロ等準備罪）を使い、租税ほ脱（脱税）の共謀を理由にすれば、実際に虚偽申告が行われていなくとも、司法警察は搜索令状を取ることができることになりますからね。

これが、共謀罪の重要なポイントです。これまでの犯罪捜査はすでに起こった、つまり過去の犯罪について捜査することにありました。これに対して、共謀罪は、いまだ起こっていない将来の犯罪についても捜査ができることにあります。

(Q) 共謀罪の捜査ということになると、犯罪の実行よりもかなり以前の、まだあいまいな計画段階での捜査ということになるとと思いますが・・・。

—実際に犯罪が行われる可能性もいまだ高いとはいえない段階で捜査が可能になります。確かに、当局からすれば、そうした捜査が必要という言い分もあるかも知れません。しかし、本当に重大な犯罪に限定されているわけでもないわけですから、問題なわけです。

【図表8】 逆転の発想？



（Q）共謀罪（テロ等準備罪）が猛威をふるうと、税理士は、税務署のお手伝いさんでしか生きられなくなるのでしょうか？

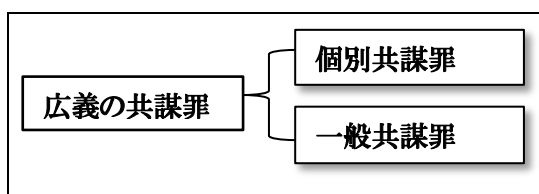
—当局は、できるだけ少ない税金を負担しようということで、クライアント（納税者）と節税策を練る税理士を、共謀罪（テロ等準備罪）で脅すこともできます・・・。

◆どう違う、個別共謀罪と一般共謀罪

（Q）一般の人たちは、「個別共謀罪」と「一般共謀罪」の違いが今一よくわからないわけです。少し、説明して下さい。

—分かりました。共謀罪は、大きく「個別共謀罪」と「一般共謀罪」に分けられます。

【図表9】 共謀罪の分類



●個別共謀罪とは

(Q) まず、「個別共謀罪」から説明してください。

—「個別共謀罪」とは、それぞれの法律のなかに個別に、その犯罪の共謀・謀議を処罰する規定を置き、それに従って共謀罪を問うかたちになっている場合を指すわけです。六法全書を調べて、ザックリとまとめてみると、個別共謀罪について、次のような規定があります。結構、私たちのくらしに関係するものも多いです。

【図表10】 個別共謀罪を規定した主要な法律

- ・ 刑法 78 条〔内乱罪〕
- ・ 刑法 88 条〔外患誘致・外患援助の予備・陰謀〕
- ・ 刑法 93 条〔私戦予備及び陰謀〕
- ・ 国家公務員法 110 条 1 項 17 号
- ・ 自転車競技法 65 条
- ・ 競馬法 32 条の 6
- ・ 軽犯罪法 1 条 29 号
- ・ 地方公務員法 61 条 4 号
- ・ 破防法 39 条、40 条
- ・ 特定秘密保護法 25 条
- ・ その他

●一般共謀罪とは

(Q) 「一般共謀罪」について、説明してください。

—「一般共謀罪」では、最初に共謀罪が成立する一般的な要件（条件）を法律に書いたうえで、その後で適用対象となる個別の犯罪をメニュー（別表）に並べていくやり方を取ります。ちなみに、当初の共謀罪の政府案では、メニューは存在しませんでした。

(Q) そういう意味では、このメニュー（別表）方式の採用により、対象となる犯罪は絞られたといえるのでしょうか。

—そうとはいえません。このやり方だと、前掲【図表 6】で説明したように、メニューに個別の犯罪を付け加えていくことによって、今後いくらでも共謀罪の対象犯罪を増やせることになります。

今回導入された一般的共謀罪（テロ等準備罪）の骨子は、次のとおりです。

【図表11】一般共謀罪の骨子

【構成要件】

○共謀罪の構成要件は次のとおりである。

- ①懲役・禁錮が4年以上の犯罪について
- ②2人以上で計画に合意し
- ③計画を実行するための準備をしたこと。

【メニュー】(別表)

○共謀罪の対象となる個別犯罪(メニュー)は次のとおりである。

- 1 ……
- 2 ……

(Q) 一般共謀罪であるテロ等準備罪のメニュー(別表)に目をとおしてみると、結構、日常生活に関係する法律が並んでいますね。

—先ほどふれた租税ほ脱(脱税)を取り締まる各種税法、それから労働基準法、職業安定法、水道法とか、国会の委員会質疑で話題になった森林法とか、国民のくらしに直接関係する法律が一般共謀罪(テロ等準備罪)のターゲットとなっています。本当は、重大な犯罪について個別の法律のなかで規定するやり方の方が、危ない共謀罪を当局が濫用することに対して抑えが効くといえるでしょうけど。

(Q) それから、個別の共謀処罰規定と組織犯罪処罰法の共謀罪(一般共謀罪)とが仮に競合するような場合には、やはり個別の処罰規定が優先されるでしょうか。

—例えば、刑法上の内乱罪や外患誘致・外患援助罪の陰謀罪は、組織犯罪処罰法上の共謀罪の対象とされることで刑が軽く変更されます。この場合、後からできた法律が優先されることになります。おそらく刑法の規定は削除されるでしょう。実際に適用されたケースがないわけですから、現時点では想定域を出ませんが……。

◆共謀罪を問う捜査とは

(Q) 将来の犯罪への捜査ということに戻りますが、共謀罪(テロ等準備罪)の導入により、未発の犯罪に対しての令状に基づく強制捜査までが可能になるということですか？

—社会の治安維持のための行政警察活動というものがありますが、これはいってみれば行政的な作用の範囲です。犯罪の捜査ではありません。

ですから、いったん犯罪が起こったという疑い、犯罪の嫌疑が生じれば、警察はいよいよ犯罪の捜査ができるということになります。逆にいえば、犯罪の嫌疑もないのに捜査をしてはならないわけです。ところが、共謀罪では、犯罪の疑いがないのにもかかわらず、捜査をはじめることができることになります。

（Q）犯罪の嫌疑がないのに捜査するというのでは、もはや警察権限の濫用にほかならないのではないですか？

—そのとおりですが、それがまさに共謀罪（テロ等準備罪）の導入によって可能になったということです。つまり、犯罪事実の嫌疑（疑い）ではなく、犯罪しかねない集団への疑念でもって捜査を始められることになるわけです。

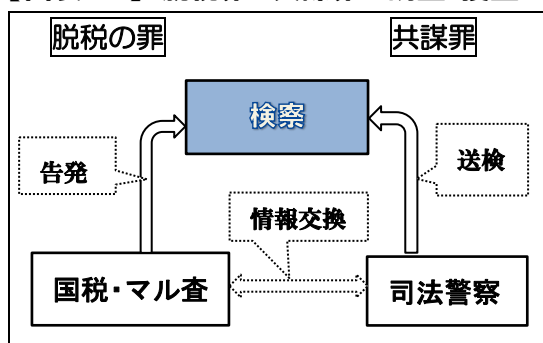
例えば、納税者の権利擁護を目指し、パンフレットを発行して活動している団体があるとします。課税当局（マル査）が警察・検察と情報交換（情報連携）を密にし、反税団体とレッテルを貼り、集団で脱税計画に合意し、パンフ発行のような準備行為をしているとして、共謀罪でしょつ引くことも可能になるでしょう。

（Q）脱税の罪と脱税にかかる共謀罪とでは、事件を処理する方法やルートが少し違いますよね。

—ご承知のように、租税は脱、つまり一般にいわれる「脱税」については、国税の査察部、犯則事件調査職員（通称「マル査」）が調査します。通例、裁判所から許可状（捜査令状）を取って、強制調査により証拠を集め、その後任意調査により証拠を固めていきます。犯則（この場合だと、脱税）の事実があるとみたときには、検察に告発することになります。

一方、共謀罪については、司法警察が取り扱うことになります。脱税に関係する共謀罪（テロ等準備罪）の捜査も、他の個別共謀罪の場合と同じで、司法警察が担当することになります。もちろん、国税・マル査と司法警察は、情報の交換（情報連携）はするでしょうけど……。やさしくいえば、つぎのようになります。

【図表12】脱税罪と共謀罪の調査・捜査から検察への告発・送検の流れ



例えば、税理士・税理士法人でない代表 A に率られる団体 B が、申告相談、申告書の作成などの業務をしていたとします。この場合、当局（司法警察）は、代表 A と納税者 C または D とが共謀して偽りその他不正な行為により租税遁脱の計画をしていること【①懲役・禁錮が 4 年以上の犯罪について、②2 人以上で計画に合意し、かつ③計画を実行するための準備をしたこと】を理由に、共謀罪を問える可能性は出てきます。

【図表13】 脱税の疑いで共謀罪適用の構図



（Q）税理士法との関係ではどうでしょうか？

—この場合、共謀罪（テロ等準備罪）は、4 年以上の自由刑（懲役・禁錮）が科される犯罪が対象です。税理士法違反は最大で 3 年以下の懲役となっていますから、一般共謀罪（テロ等準備罪）の対象にはなりません。

（Q）共謀罪（テロ等準備罪）の「捜査」の話に戻しますが、警察活動についてもう少し詳しく説明してください。

—それでは、行政警察活動と司法警察活動について説明をします。本来は犯罪事実の嫌疑が生じて初めて、その犯罪に対する捜査が可能となります。この種の警察の活動は、治安維持のための行政警察活動とは区別して、司法警察活動と呼ばれます。

【図表14】 警察活動と犯罪捜査の種類

- ◎行政警察活動
運転免許証の交付や風俗業の許可などの規制行政のほか、いわゆる「お巡りさん」としての仕事。具体的には、交番での道案内、交通整理や取締り、パトロールなどの仕事
- ◎司法警察活動
いわゆる「刑事」としての仕事。具体的には犯罪捜査としての取調べ、逮捕、家宅捜索などの仕事
- ◎犯罪捜査の種類
 - ・任意捜査
 - ・強制捜査（令状による捜査）

つまり、司法警察による、犯罪に対する刑事裁判のための捜査、具体的には証拠の収集・保全活動が開始されるということになります。ひとことで言うと、行政警察活動は「犯罪の予防」、司法警察活動が「犯罪の後始末」のための活動になります。

(Q) 司法警察活動における任意捜査について説明してください。

—【図表 14】からもわかるように、犯罪捜査には任意捜査と強制捜査とがあります。任意捜査は相手の権利や自由を害さずに行える範囲のものをいいます。ですから度を越したものでない限りは、警察は基本的には自由に行うことができます。

(Q) 「基本的」でない、「度を越えた」とは、どんなケースなのですか？

—警察が本人の承諾を得ず GPS 端末を車に取り付けたケースがあります。新しい捜査手法が登場した場合、警察は相手の権利や自由を害さない任意捜査だと言い張って、令状なしで使い始めることが少なくありません。

このケースでは、最高裁判所の大法廷は 15 人全員一致で令状が必要だと判断しました（最高裁判所 2018〔平成 29〕年 3 月 15 日大法廷判決）。

プライバシーの自由に対する配慮を欠きながら、密行的な任意捜査の自由を強弁した警察の強硬な姿勢が質されたケースでした。

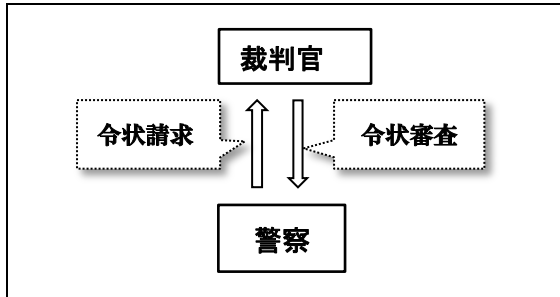
【図表 15】 警察による本人の承諾なしでのクルマへの GPS 取付けは違法



(Q) 話を戻しますと、任意捜査は相手の権利や自由を害さない範囲で行われるものを指すと話しましたが……。被疑者（容疑者）の家に立ち入って捜索・差押えをするといった必要も出てきますよね。

—そうした相手の住居の平穏、プライバシー、財産権といった権利・自由を侵害する捜査が必要となった場合、裁判官の発する令状によって強制捜査も可能となります。

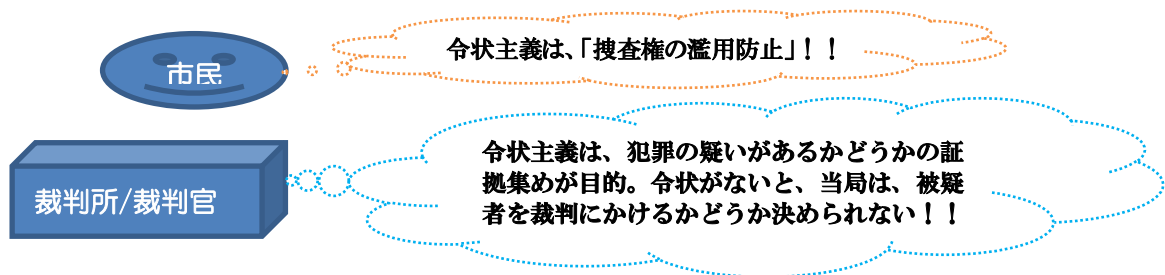
【図表16】 裁判官による令状必要性の審査



（Q）裁判官が令状の必要性、つまり「強制捜査の必要性」を判断することで、捜査権の濫用を防ごうというわけですね。

—そうです。もっとも、実際には、裁判官が、令状の発付を認めないことはほとんどありません。これは、令状は、犯罪の嫌疑（疑い）があるかどうかの証拠収集が目的であるとされるためです。言い換えると、裁判所が、捜査当局は、証拠を十分に収集できないと、被疑者を裁判にかけるかどうかを決められなくなるという考え方に立っています。

【図表17】令状主義に対する市民と裁判所/裁判官の考え方のギャップ



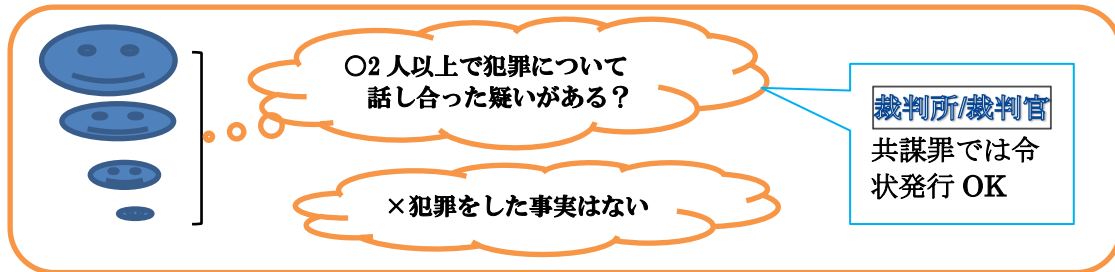
しかし、こうした考え方は、市民に広く受け入れられているとは言い難いわけです。むしろ、令状審査の形骸化としてとらえられているところです。

共謀罪の場合はなおさら、裁判官は、これまで必要とされてきた嫌疑の内容よりもはるかに抽象的で理由で令状の発付してしまうことが懸念されます。

（Q）共謀罪（テロ等準備罪）では、犯罪を行なったという事実の疑いではなく、犯罪について話し合ったことの疑いですから、もはやいつ何時でも令状の請求が可能といえそうですね。

—通常の犯罪では、「犯罪を行った事実について疑いがない」とすれば、裁判所/裁判官は、「強制捜査の必要性なし」として捜査当局から令状請求があっても認めません。しかし、共謀罪では、犯罪を行ったという事実がなくとも、2人以上で「犯罪について話し合った疑いがある」という理由で捜査当局から令状請求があれば、発行することになります。この結果、憲法と刑事訴訟法が掲げる令状主義の大原則も、共謀罪の前ではもはや意味をなさないことになります。

【図表18】共謀罪での令状請求と裁判所/裁判官の対応



(Q) 共謀罪（テロ等準備罪）では、令状主義までもが文字どおり骨抜きになる、ということですか。

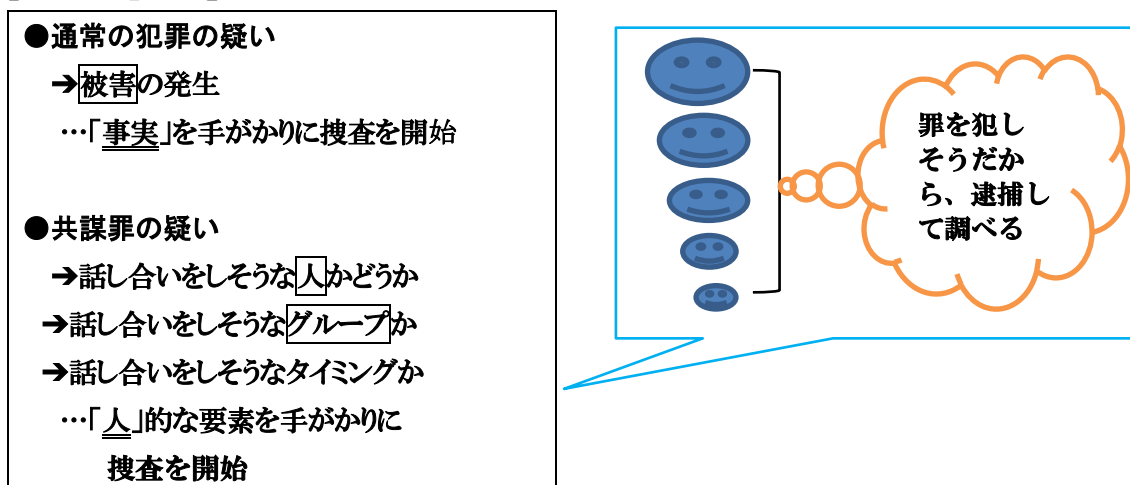
—そうです。将来の犯罪に対する捜査が可能になり、令状主義も反故にされるということは、犯罪捜査の性質が180度転換されるということです。まさに、政府が共謀罪に執着してきた理由はここにあるわけです。

◆共謀罪による新たな監視のレジーム

(Q) 共謀罪についての捜査は、犯罪者の考え方、思想などを問うものといわれますが・・・。

—犯罪発生前の捜査ですから、そこでの嫌疑は犯罪行為・犯罪事実に対するものではありません。当然、犯罪者扱いされる個人の人格や思想、日頃の活動ぶりに対する嫌疑になっていきます。

【図表19】「人」に対する疑い



(Q) まさに、罪を犯しそうだから逮捕して、調べるということになるわけですね。

—予定されている抗議活動の前日にどこかに集まっていたという情報だけで、懲役・禁錮が4年以上の犯罪について共謀罪の疑いがあるということにされかねません。

俗に「人質司法」といわれるように、いったん逮捕・勾留されたら、罪を認めない限り、保釈は認められないわけです。

刑事訴訟法は保釈を認めない理由として、以下のようにアバウトにしか規定していません。

【図表20】保釈を認めない根拠となる規定

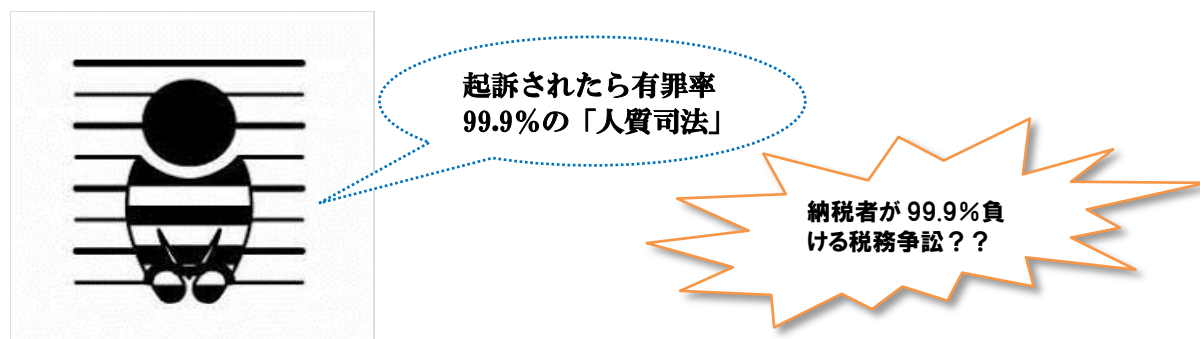
刑事訴訟法 89 条 4 号
被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき。

事実、裁判所も、「検察の主張を争う姿勢をみせている場合」には、保釈を認めません。痴漢の疑いで逮捕され、えん罪だと主張して罪を認めないケースや、籠池夫妻のケースが適例です。籠池夫妻の場合、勾留必要性の理由（要件）にもあてはまるとは思えません。彼らはもはや衆人環視状況ですし、そもそもここまで証拠を隠滅し続けているのは霞ヶ関、財務省の方です。

むしろ籠池氏が、逃げも隠れもせずに、メディアで堂々と話されるのが余ほど嫌なんでしょう。証人を拘置所に長期間ぶち込んでおいて口封じし、時間稼ぎをしているとしか思えません。長期勾留の動機が余りにも不純なようにみえます。

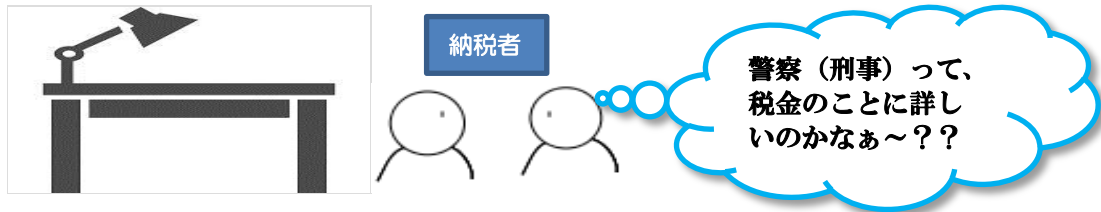
日本の刑事裁判では、起訴されると、有罪率は99.9%……です。この有罪率は、裏返せば「人質司法」の“実績”かも知れません。

【図表21】 検察と争ったら、長期勾留は当たり前の「人質司法」



これが、共謀罪（テロ等準備罪）の導入で、「罪を犯しそうならば、逮捕して取り調べられる」となったわけです。ますますの人権状況の悪化が懸念されます。

【図表22】 脱税しそうだから共謀罪で逮捕して警察が捜査する??



租税遁脱（脱税）にかかる共謀罪については、マル査ではなく、司法警察が捜査を担当します。司法警察は、それほど税務にたけているとは思われません。長期勾留、人権を蝕む密室での自白強要の常態化しているなか、共謀罪を問われた納税者や税務専門職の人権が危惧されます。

（Q）共謀罪（テロ等準備罪）の導入で、意見の対立する市民グループ同士の相互監視、密告合戦も起こりかねませんね。

—捜査当局からすれば一番望ましい状況でしょう。それで逮捕された後は、集まってどんな話し合いをしたかということの捜査になります。結局は、長期勾留、自白を取るための、密室での取調べが依然として中心となるでしょう。

（Q）共謀罪ですから、必ず共犯者がいるということですよ。

—この点に関しては、日本の刑事訴訟法にも「司法取引」が導入されたばかりです。

【図表23】「司法取引」とは何か

- ・ **司法取引** 正式名称は、「捜査・公判協力型協議・合意制度」（刑事訴訟法 157 条の 2）
- ・ 2016 年 5 月の刑事訴訟法改正で導入。2018 年 6 月 1 日に施行された。
- ・ 裁判において、被告人と検察官が取引をし、被告人が罪を認めるか、共犯者を法廷で告発する、捜査に協力することで求刑の軽減、またはいくつかの罪状の取り下げを行うこと。
- ・ 裁判所は、司法取引があり、検察官が求刑を軽減したとしても、それに法的に縛られません。裁判所は、求刑以上の量刑を行うことも可能です。ただ、裁判所は、司法取引制度のメリット、当事者主義の理念から、司法取引の結果を尊重する傾向が強いとみられます。

対象事件は、汚職や脱税、談合などの経済犯罪、銃器・薬物犯罪などに限定されます。

司法取引では、先に仲間を売った者、仲間を陥れた者の方が有利に扱われます。起訴されない、軽い罪の起訴だけにされるといった特典が与えられます。自分の罪を免れるためには、仲間を売らざるをえないということになりかねません。

いざというときのために、グループの中でも言質をとられないように警戒するということにもなりかねませんね。

逆に、すでに罪に問われかけている者が仲間を「引っ張り込みたい」がために、共謀に加わっていたと供述することも考えられます。この場合、この供述だけで共謀罪の成立が認められるかも知れません。

外からも内からも市民同士で監視し合う、され合う社会へまっしぐら？安全な社会の中で息をひそめて、お互いに心を許さないような社会のなかで、生を謳歌して、人と心を通わせたり、人間同士のつながりの中でくらし、成長していくことができるでしょうか……。やはり、共謀罪（テロ等準備罪）には、大きな疑問符がつきます。

【図表24】 外からと内からの監視のレジーム

◎外からの監視

意見対立があつて反目しあうグループ相互間の監視や密告

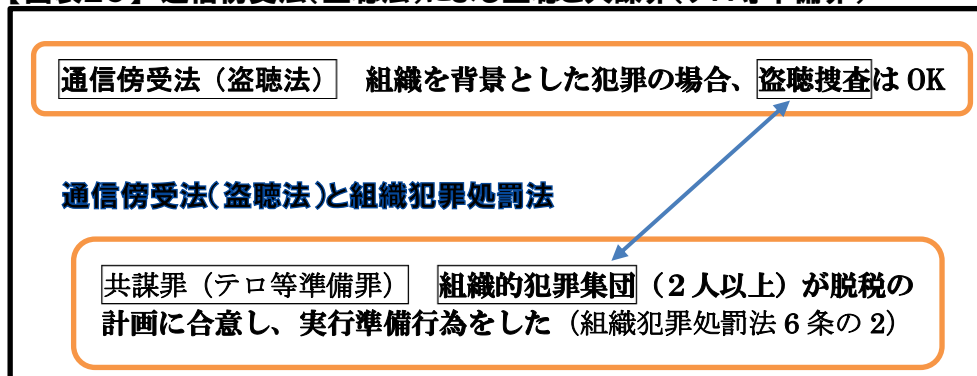
◎内からの監視

司法取引のための内部からの密告や「引っ張り込み」

(Q) 市民による監視・密告以外にも、警察自身による盗聴捜査という監視手段もありますよね。

—通信傍受法という盗聴による捜査を認める法律がありますが、この法律はそもそも「組織を背景とした犯罪」を対象とするものですから、組織犯罪処罰法のなかに設けられた共謀罪（テロ等準備罪）が盗聴捜査の対象となっていくことは当然となるでしょう。

【図表25】 通信傍受法(盗聴法)による盗聴と共謀罪(テロ等準備罪)



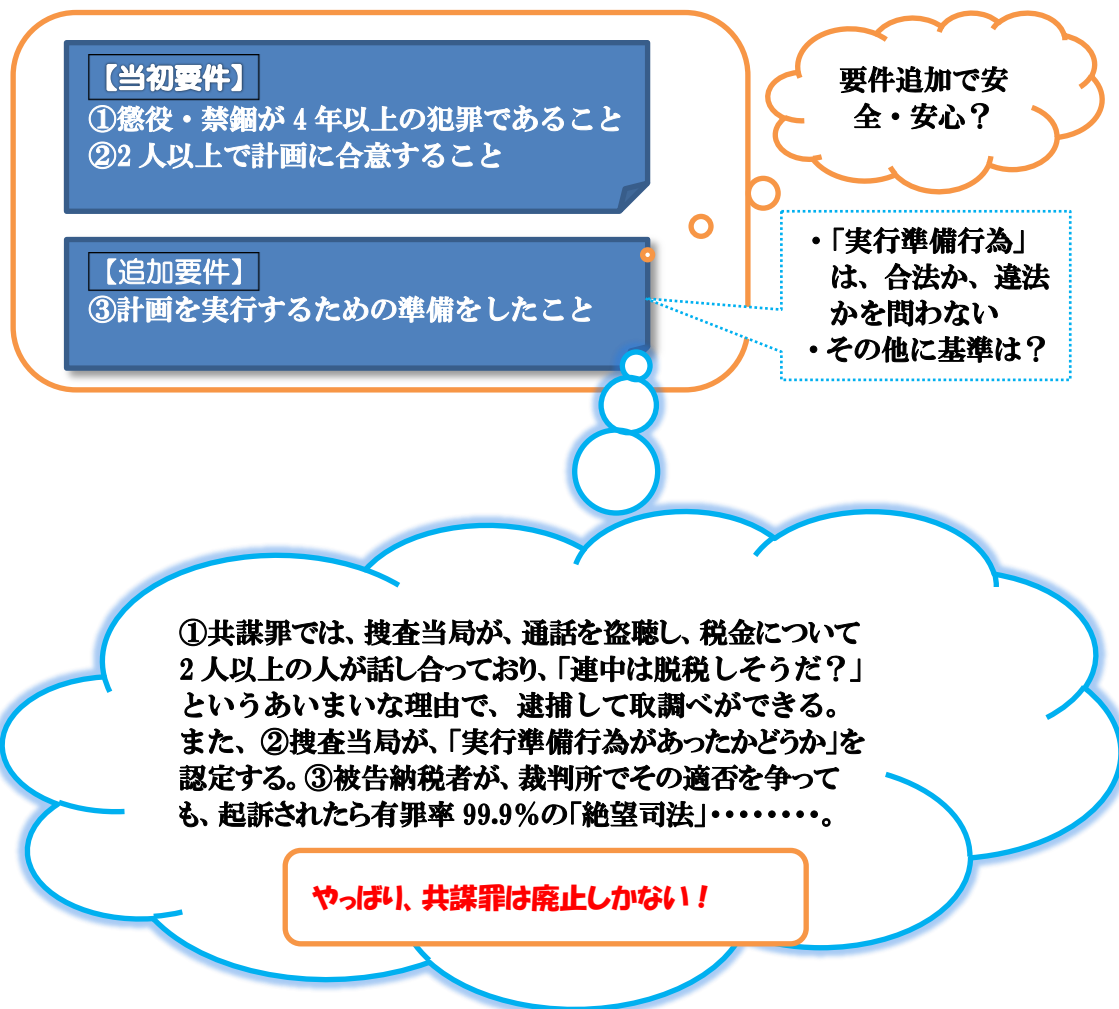
◆実行準備行為とは

(Q) 当初、導入が検討されていた共謀罪では、「合意」のみで犯罪が成立するというものでした。合意のみで犯罪が成立するというのは、いってみれば一定の意思表示とそれに対する相手方の了承だけで犯罪が成立するという意味で、思想処罰とほとんど変わらないものでしたが……。

—だから、大いに批判され、反対されてきたわけです。そこで、合意だけで犯罪となり、思想処罰と変わらない共謀罪という印象をかわすために、「テロ等準備罪」という姑息なネーミングまで唱え始めたのでしょう。さらに、その批判をかわすために、いわゆる「実行準備行為」が要件として付け加えられたわけですが……。

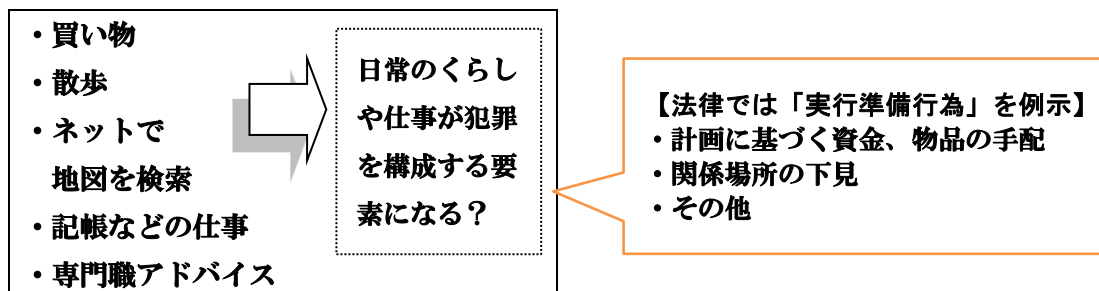
【図表26】「実行準備行為」要件追加で“安全・安全の共謀罪”??

共謀罪の構成要件が2つから3つの増えた



どの程度で、「実行準備行為があり！」と認定されるのかは、重い課題です。先ほど、社長から経理社員へのメールでの脱税にあたる計画の指示を了解した旨の返答メールが「合意」があったとされたケースをあげました。このケースでは、社員のいつもの記帳事務、つまり“合法行為”が「計画実行のための準備行為」と認定されています。実行準備行為があったかどうかの認定は厳格に行われないと、日常のくらしや仕事が犯罪を構成する要素になってしまいます。

【図表27】 日常のくらしや仕事が犯罪要素に



しかし、共謀罪を問う場合の「実行準備行為」については、質的に厳格なチェックが必要です。でないと、日常のくらしや仕事が犯罪を構成する要素になってしまいます。

つまり、犯罪とするに足る実質的な内容を伴うような実行準備行為でなければならないわけです。その範囲や内容もできる限り明確に明文化される必要もあるでしょう。

一応、法律では、「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」という言い回しで「計画をした犯罪を実行するための準備行為」を例示しています・・・。

しかし、これでは、確かに、合意後のごく日常的な行動を取り上げて実行準備行為があったと認定される可能性は大いにあります。準備行為は合法行為か違法行為かを問わないわけです。したがって、実行準備行為が要件として付け加えられたところで、捜査当局による共謀罪適用の濫用の抑止になるかどうかすこぶる疑問です。

ちなみに、従来からある軽犯罪法（1条29号）や特定秘密保護法（25条）のような個別共謀罪(前記【図表10】参照)では、実行準備行為の要件がありません。したがって、ひとくちに共謀罪を被疑者に適用するとしても、個別共謀罪の場合と、実行準備行為の要件がある一般共謀罪（テロ等準備罪）の場合とでは、異なってくることに注意する必要があります。

【図表28】 個別共謀罪と一般共謀罪(テロ等準備罪)の適用要件の違い

共謀罪の類型	実行準備行為要件の有無
個別共謀罪（例：軽犯罪法）	なし
一般共謀罪（テロ等準備罪）	あり

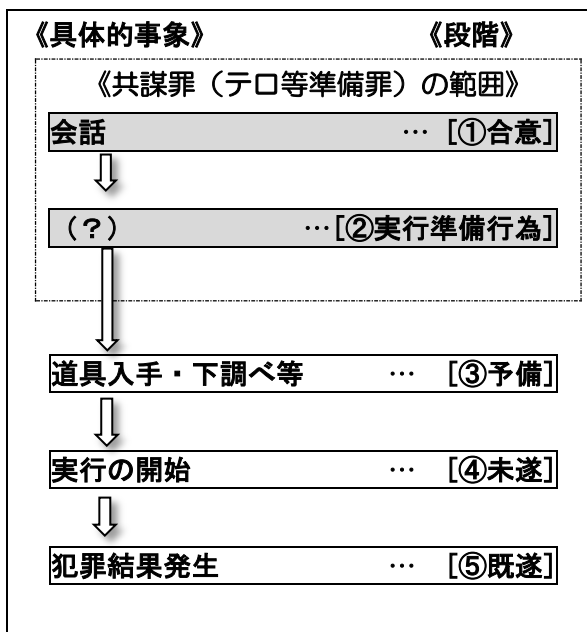
◆共謀罪(テロ等準備罪)の立ち位置

(Q) 犯罪が既遂に至るまでの段階的な流れのなかで、共謀罪（テロ等準備罪）はどの辺に位置するのでしょうか。

—犯罪の流れは、⑤既遂よりも早い④未遂（実行の開始）（罪）の段階、そしてその④未遂（罪）よりも早い③予備（罪）の段階に区切ることができます。

共謀罪（テロ等準備罪）では、この③予備（罪）よりも早い段階の「②実行準備行為＋①合意」を犯罪とすることになります。したがって、共謀罪（テロ等準備罪）では、犯罪の⑤既遂という現実の利益侵害・法律違反よりも相当に初期の段階での行為（①合意＋②実行準備行為）を取り締まることになります。

【図表29】 犯罪既遂に至る段階的な流れ



(Q) 共謀罪（テロ等準備罪）では、刑法があることで守られているいろいろな利益に対する危険が現実には迫っているのかどうかははっきりしない段階で、犯罪を問うことになりますが・・・。

—ですから、先ほどもふれたように、②実行準備行為の認定にあたっては当然、最終的な被害と具体的かつ明白に関連しているかどうか厳格なチェックが必要です。でないと、ふつうの市民のくらしや政治活動、ビジネスへの権力介入が日常化してしまいます。

私たち市民による共謀罪運用の監視も重い課題です。加えて、裁判所が厳格な基準に基づいた判例を蓄積していけるのか注視していく必要があります。

(Q) 合意があったあと、計画が放棄されて数年を経たような場合はどうなるのでしょうか。

—実体として違法性は失なわれており、犯罪はなかったとされるべきでしょう。また、共謀罪に名を借りた捜査や公訴も違法ないし濫用であって、無効とされるべきでしょう。

(Q) 共謀罪の教唆、いわゆる「そそのかし」の罪ということになると、さらに早い段階での行為まで処罰の対象になりかねませんね。

—しかし、いわゆる犯罪の主役、主犯格にあたる正犯者に対して従属的な地位にとどまる教唆犯は、具体的な犯罪行為そのものを実行する正犯者の違法性に連帯する犯罪です。

このことから、本来の犯罪の実行を前提としない共謀罪に対する教唆犯にまで処罰に値する違法性があるとは思えません。ですから、共謀罪の趣旨からいっても、連絡を回していくような順次共謀も共謀罪に問うことは許されないというべきです。

(Q) 本来の犯罪を実行する直接的・具体的な正犯者の行為を前提としない共犯の処罰は例外です。その共犯に対する共犯など、特段の規定もなく処罰することはできないと思いますが……。

—仰せのとおりです。刑法 61 条 2 項は、教唆者を教唆する間接教唆も教唆犯と同様に処罰すると規定しています。しかし、これもまさに直接犯罪を実行する正犯による犯罪行為の違法性と連結する共犯を前提とするものです。したがって、共謀罪の教唆犯を間接教唆になぞらえて考えることはできないと思います。

◆国民みんなで共謀罪を徹底監視しよう

(Q) もめごとを抱えている人が知人と会話し、買い物をした。当局が、こういう日常生活におけるもめごとがあったという背景をもとに動機を想定し、ストーリーを創作し、それがそのまま犯罪になる怖れが強まるのではないのでしょうか？

【図表30】 自白はつくられる



—警察や検察は事件のストーリーをつくるのが上手です。そういった雰囲気だけで有罪になりかねないのは本当に恐ろしいです。まさに、「自白はつくられる」です。何も事件は実現していないのですから、被告人の頭のなかにこんなストーリーがあると検察官がうまく語っただけで有罪立証が成立してしまう、というわけですね。

(Q) 国民がこれまで以上に行政や司法の動きに関心を持って、これらを逆に監視していかなければなりませんね。

—刑法や刑事裁判という強力なツールの使い方には自から守らなければならないルールがあります。それを破ったときに世の中がどうなるのか、国家社会の姿がどうなるか、裁判所は真剣に考えなければならないでしょうし、私たちも真剣に考えなければなりませんね。

私たちは、すでにマイナンバー（私の背番号）という名称の国民総背番号制の国家監視レジームのなかで「国畜」のように飼いならされる存在になっています。さらに、共謀罪という新たな監視レジームのなかで生かされる存在であってよいのか、「国家監視からの自由」という原点に立ち返って考えてみななければいけませんね。私たち国民は、共謀罪で徹底監視されることではいけません。私たち国民が、共謀罪を徹底監視しないといけません。

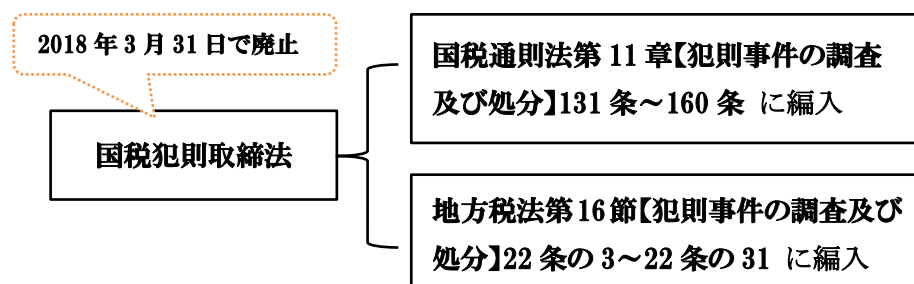
◆問われる国犯法の通則法編入

(Q) 2017（平成 29）年度税制改正で、国税犯則取締法（以下「国犯法」または「旧国犯法」といいます。）は廃止され、国税通則法（以下「新通則法」といいます。）に編入され、2018 年（平成 30）年 4 月 1 日に施行されたわけですが・・・。

—刑事手続に近い旧国犯法の規定が、ほぼそっくり税務行政手続を定める国税通則法に編入したことについては、研究者からも異論があります。

また、法改正時の 2017 年 3 月 23 日の参院財政金融委員会で、共産党の大門参院議員が、「通則法は一般勤労国民に向けたものであり、任意調査を定めている。脱税犯への犯則調査を定めた国犯法とでは、立法趣旨がまったく違うのではないか」と問い糾しています。

【図表31】 国犯法の通則法/地方税法への編入



◆煽動罪適用ケースをレビューする

(Q) 旧国犯法第 22 条 1 項に、「煽動罪」の規定がありました。適用されたら納税者の人権を蝕むこの規定が、そのまま、新通則法に編入されましたが……

—この規定は戦前の「治安維持法」をほうふつさせます。一般には、伝家の宝刀のような存在で、戦後、抜かれたこと（適用されたこと）がないと理解されています。

しかし、実際には、1952（昭和 27）年にこの煽動罪が適用されたケースがありました。沼津市で起きた事件です（最高裁判所第一小法廷 1954（昭和 29）年 5 月 20 日（事件番号昭和 28 年（あ）第 4231 号）判決・刑集 8 巻 5 号 692 頁）¹。

(Q) どのような事件だったのでしょうか。

—そのあらましは、次のようなものです。

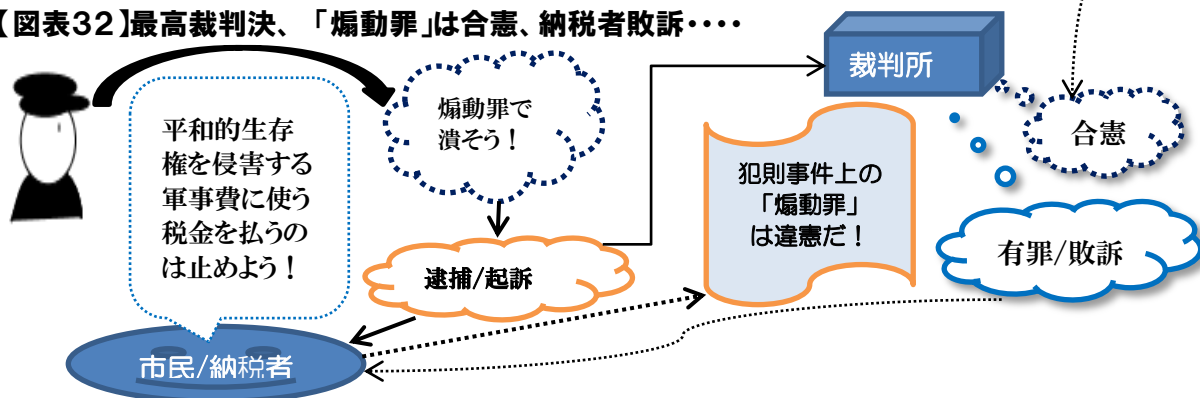
「平和のために再軍備の徴税に反対しよう」、というビラを新聞紙に織り込んだり、喫茶店のテーブル席に置いたりしたのが発端でした。

捜査当局が、こうした反対運動に対して、旧国犯法 22 条 1 項の「煽動罪」を適用して取り締まり逮捕・起訴したことについて、被告納税者は、言論の自由を保障した憲法 22 条 1 項に反するとして最高裁まで争いました。

最高裁判所は、こうした運動が「**国民が負担する納税の義務（憲法 30 条）の不履行を懲罰し、公共の福祉を害するものであつて、憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、これを処罰する法規は、憲法 21 条の条規に反するものではない**」との判断を下しました。

このようにして、「煽動罪」は合憲、被告とされた市民納税者は敗訴しました。

【図表32】最高裁判決、「煽動罪」は合憲、納税者敗訴……



最高裁は、旧国犯法 22 条 1 項にいう「煽動」とは、「他人に対して、その行為を実行する決意を生じせしめるような、またはその決意を助長させるような刺激を与えることをいい、この煽動罪はそのような行為があったことによってただちに成立し、必ずしも、相手方においてその結果を生じたこと等の認識または了解することを必要としない。」と……。

¹ http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56861

【図表33】1954. 5. 20最高裁判決のあらまし:旧国犯法 22 条 1 項の「煽動罪」は、
憲法 21 条 1 項が保障する「表現の自由」に違反するか

【判示事項】

- 1 国税犯側取締法第 22 条第 1 項(当時)の文書による煽動罪の成立時期
- 2 国税犯側取締法 22 条 1 項(当時)は憲法 21 条に違反するか

【旧国犯法 22 条 1 項】 国税の納税義務者の為すべき国税の課税標準の申告(当該申告の修正ヲ含む以下申告と称す)を為さること若は虚偽の申告を為すこと又は国税の徴収若は納付を為さることを煽動したる者は3年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金に処す

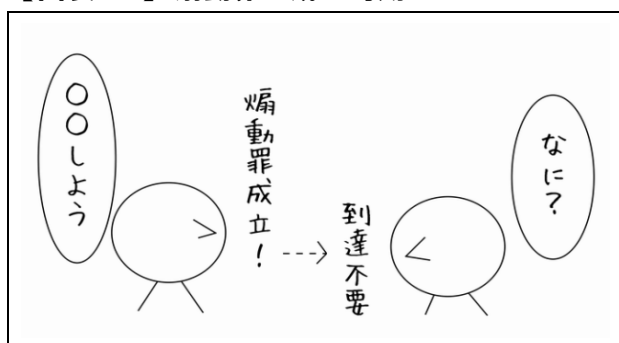
【憲法 21 条】①集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。
②検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

【判決要旨】

- 1 国税犯側取締法第22条第1項の文書による煽動罪の成立には、その文書を他人によつて閲覧されうるような状態におくをもつてたり、必ずしも他人において現実に認識または了解することを必要としないと解すべきである。
- 2 原判決認定の判示第1ないし第3の所為は所論のように吉田内閣のとつている税制に対する批判にとどまるものではなく、国民が負担する納税の義務(憲法30条)の不履行を慫慂し、公共の福祉を害するものであつて、憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、これを処罰する法規は、憲法21条の条規に反するものではないことは、等裁判所大法廷の判決(判例集3巻6号839頁以下参照)の趣旨に徴し明らかである。

【参照法条】 国税犯側取締法 22 条 1 項、国税犯側取締法 22 条、
憲法 21 条

【図表34】煽動罪の成立時期



◆煽動罪の性格

(Q) 何かはっきりしない言い回しの判決ですが・・・・、まさに煽動罪のあいまいな性格を説明した判決のように感じますが・・・・。

—「煽動」という犯罪行為に似たものとしては、ほかに国家公務員法や地方公務員法に「あおり」「そそのかし」というものがあります。

【図表35】 国家公務員法の「あおり」「そそのかし」

第 98 条 2 項 職員は、政府が代表する使用者としての公衆に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をなし、又は政府の活動能率を低下させる怠業的行為をしてはならない。又、何人も、このような違法な行為を企て、又はその遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおつてはならない。

第 110 条 次の各号のいずれかに該当する者は、3 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金に処する。

17(号) 何人たるを問わず第 98 条第 2 項前段に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者

(以上、下線は引用者)

【図表36】 地方公務員法の「あおり」「そそのかし」

第 37 条 1 項 職員は、地方公共団体の機関が代表する使用者としての住民に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をし、又は地方公共団体の機関の活動能率を低下させる怠業的行為をしてはならない。又、何人も、このような違法な行為を企て、又はその遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおつてはならない。

第 61 条 4 号 次の各号のいずれかに該当する者は、3 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金に処する。

4 号 何人たるを問わず、第 37 条第 1 項前段に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者

(以上、下線は引用者)

・さらに、刑法のなかの「教唆（きょうさ）罪」が、これらの基本となるといえます。

【図表37】 刑法の教唆罪(教唆犯)

第 61 条 人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。

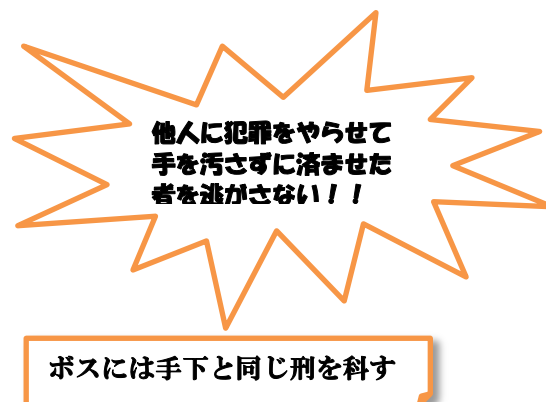
2 項 教唆者を教唆した者についても、前項と同様とする。

(Q) 新通則法に編入された税法上の煽動罪についてみていく前に、少し頭の体操をしたいと思います。まず、刑法における考え方はどうなっているのでしょうか？

—教唆罪、煽動罪とは、犯罪行為の実行そのものを担当する正犯【犯罪行為を自らで行った人】がいるとき、正犯にその実行をそそのかし、けしかける犯罪です。言い換えると、“正犯の背後にいる犯罪者”ということです。

とくに、組織犯罪の場合は、上位の立場にある者が自らの手を汚さずに、下位の立場にある者に命令して犯罪を実行させる、というのが典型的なケースです。

【図表38】「手を汚さない」



(Q) いわゆる“ボスと手下”、“親玉と鉄砲玉”の関係ですね。

—平たくいうと、そういうことになります。もちろん、そのようなケースに限られるわけではありません。上下関係がなくても、相手をそそのかせば教唆罪、言い換えれば、教唆犯が成立します。

つまりは、“他人に犯罪をやらせて手を汚さずに済ませた者を逃がさない”という犯罪なわけです。

したがって、命令を下せる立場を利用して、計画は立てたが犯罪の実行そのものはしなかった教唆犯は、正犯【犯罪行為を行った人】に関与した共犯者とはいいいながら、刑罰については「正犯の刑を科する」と定められています。

(Q) 「正犯の刑を科する」とはどういうことですか？

—正犯の法定刑と同じ法定刑のなかで刑罰が決定されるという意味です。同じ共犯でも、従属的な関与にとどまる従犯（幫助犯）については、「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。」（刑法 63 条）と定められています。

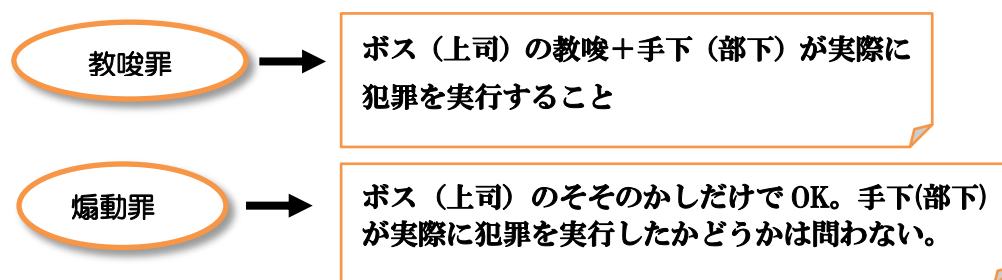
ただ、刑法の教唆罪と、煽動罪や「あおり」「そそのかし」の罪とでは、その性格に重要な違いがあります。

(Q) 重要な違いは、どういうところですか？

—教唆罪は、ただ背後者が教唆するだけでは足りず、被教唆者（教唆された者）が実際に犯罪を実行して、正犯となる必要があります。

一方、煽動罪の場合、先ほどの最高裁の判示のなかにもあったように、あおり、そそのかしを受けた者が実際に犯罪の実行に出たことは、犯罪の成立要件になっていません。

【図表39】 教唆犯と煽動犯の犯罪成立要件の違い



つまり、正犯の実行は不要ということです。その意味で、少し専門的のいうと、刑法の教唆罪は従属共犯、煽動罪などは独立共犯とか独立教唆罪と呼ばれます。

【図表40】 教唆罪（教唆犯）と煽動罪の違い

	教唆罪	煽動罪
種類	従属共犯	独立共犯
違いは	正犯の実行を待って成立	正犯の実行がなくても成立

◆従属共犯と独立共犯

(Q) 従属共犯（教唆罪）と独立共犯（煽動罪）とで、どう違うのでしょうか？

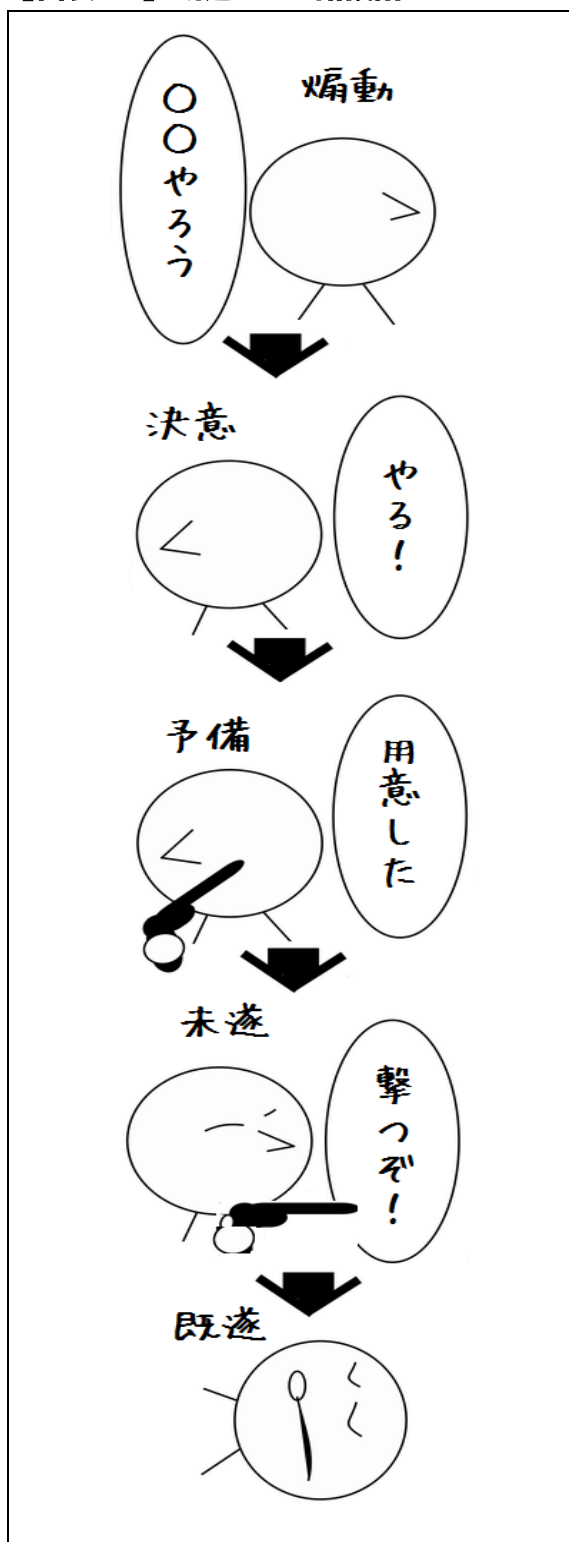
—劇的に違ってきます。まず、犯罪の成立する範囲が大きく変わってきます。

従属共犯（教唆罪）では、そそのかされた者がその気にならなかったり、その気になったものの、結局は実行に出る機会を得なかったような場合は、そそのかした者にも犯罪は成立しないわけです。

犯罪とは法的利益を侵害する違法行為なわけですが、そそのかしただけでは、利益が侵害される遠い可能性はありうるものの、まだ危険の現実化まではほど遠いということもいえるわけです。

犯罪の実行を口にしたたり、たくらんだりすることはもちろん破廉恥なことです、そこから実際に実行に至るまでには、まだまだハードルも葛藤も多くありますし、時間もかかります。

【図表41】既遂に至る階段階



(Q) 従属共犯と比較すると、独立共犯の場合、その犯罪成立時期は明らかに早いですね。

—そうです。そしてこの犯罪成立時期の早さというのは、つまり、犯罪性の希薄さと直接に結びついています。

刑法は原則として、既遂犯のみを処罰している法律です。既遂犯は利益侵害が明らかですから、処罰の正当性は認めやすいといえます。

(Q) 未遂犯や予備罪の処罰は、利益侵害への危険性という段階ですから、刑法の濫用を招きかねないわけですね。

—刑法や刑事訴訟法は国家権力の強力な武器ですから、その運用は抑制的でなければなりません。ですから、刑法は、既遂犯の処罰を原則としているわけです。

そのため、それぞれの犯罪の条文は、既遂犯を処罰するものとして書かれています。未遂犯を特に処罰する場合には、必ず別途、未遂犯も処罰すると書いておかねばならないと、刑法 44 条が定めています。

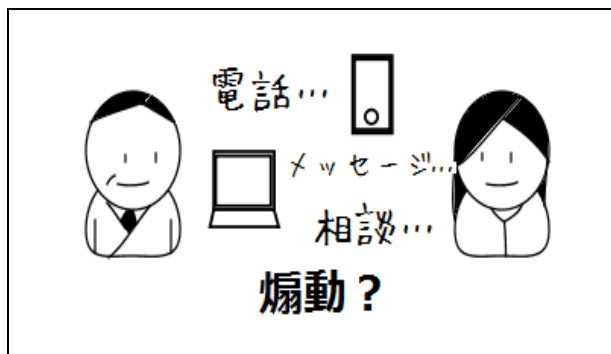
【図表42】 刑法の未遂犯

第 44 条 未遂を罰する場合は、各本条で定める。

既遂犯の処罰が原則で、犯罪の成立時期を早め、その意味で犯罪の成立範囲を拡大する未遂犯の処罰は例外であるということになります。逆にいえば、既遂犯を処罰する条文しかないのであれば、その条文を使って同じ行為の未遂犯まで処罰するということはできない、ということになります。

煽動罪は、実際に犯罪の実行があったかどうかは問わずに犯罪をあおった人の行為や言動を独立して取扱い、処罰するものです。治安政策的に運用される場合に、人権を蝕むことになります。とくに、煽動罪が、思想や言論、日常のビジネス活動、労働運動などに幅広く適用される場合には、その危険性が高まります。

【図表43】 日常的な行為が煽動に…？



煽動罪は、具体的な犯罪実行以前の段階での行動や言動を罰則対象としようとするわけですから、当然に行動に出る以前の話し合いや電話連絡、テキストメッセージのやりとりなど、対話、交渉、助言、説明など、なにげなく行っている日常的な行為までが、処罰される範囲内に組み込まれ、当局の取締りの対象となってきます。

◆新通則法に編入された煽動罪

(Q) 新通則法と、新たに地方税法の総則に煽動（地方税法では「せん動」）の規定が設けられましたが・・・。

—新通則法においては、新たに第 11 章「犯則事件の調査及び処分」が設けられ、ここに旧国犯法が盛り込まれました。また、これまで地方税の犯則事件の調査や処分には、国犯法が準用されていました。しかし、国犯法の廃止に伴い、地方税法の総則に独自の犯則調査および処分に関する規定が盛り込まれました（地方税法 21 条 1 項）。条文の規定振りは、以下のとおりです。

【図表44】 犯則調査の新規定

新通則法 126 条・地方税法 21 条 1 項
申告をしないこと、虚偽の申告をすること又は国税の徴収若しくは納付をしないことを煽動【地方税法では「せん動」】した者は、3 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金に処する。

(Q) ただ、新国通法の第 11 章には「煽動罪」に関する条文が見当たりません。このような「煽動罪」に関する規定は時代遅れで不要との考えから削除されたのかと思いましたが・・・。

—新通則法第 10 章「罰則」126 条 1 項に編入されていました。また、すでにふれたとおり、地方税法にも新たに「不納せん動に関する罪」（21 条 1 項）が盛り込まれました。

この煽動罪が、税界はもちろんのこと、国会でもほとんど議論のないまま新通則法や地方税法に盛り込まれたことに対しては、大きな疑問符がつきます。

◆煽動罪と税理士

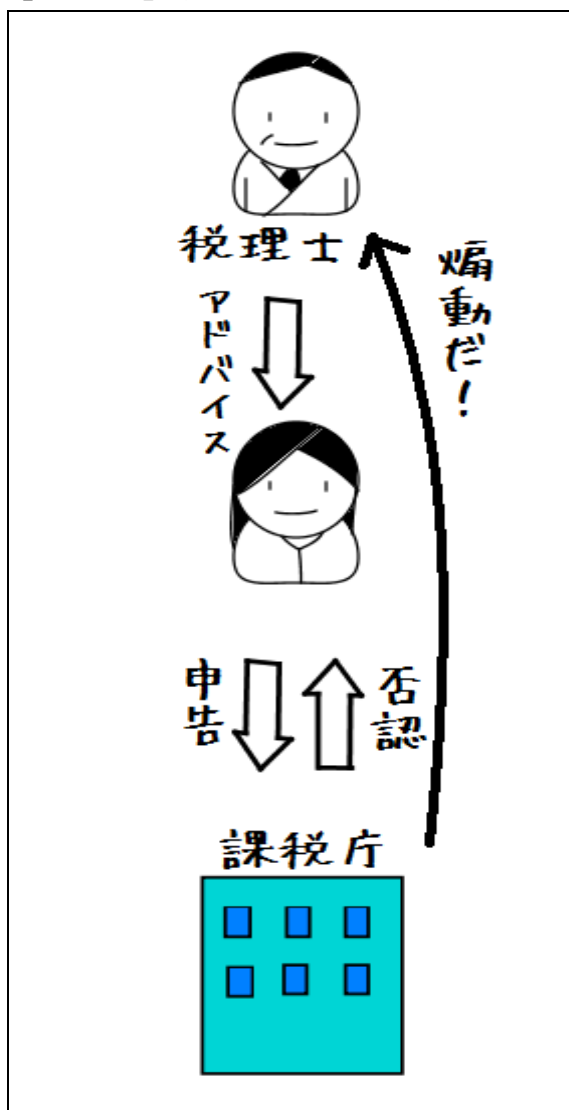
(Q) なんとなくですが、「煽動」という言葉の激しい語感と税法とが結びつきにくいように感じますが・・・。

—新通則法に盛りられ平成 30 年 4 月 1 日から施行された税法上の煽動罪は、納税者に申告をしないこと、虚偽の申告をすること、税金を納付しないことを煽動した者に罰則を

設けた規定です。すでにふれたように、煽動罪は実際に犯罪の実行があったかどうかは問わずに犯罪をあおった人の行為や言動を独立して取扱い、処罰するものです。

この規定は、見方によっては、税理士などの税務専門職が法令の解釈をし、納税者にアドバイスを行った場合で、そのアドバイスにより納税者が行った申告を課税庁が否認したときには、アドバイスをした者を、無申告や虚偽の申告を煽動したかどで処罰するという方向で運用される可能性があります。

【図表45】税理士のアドバイスが煽動に？



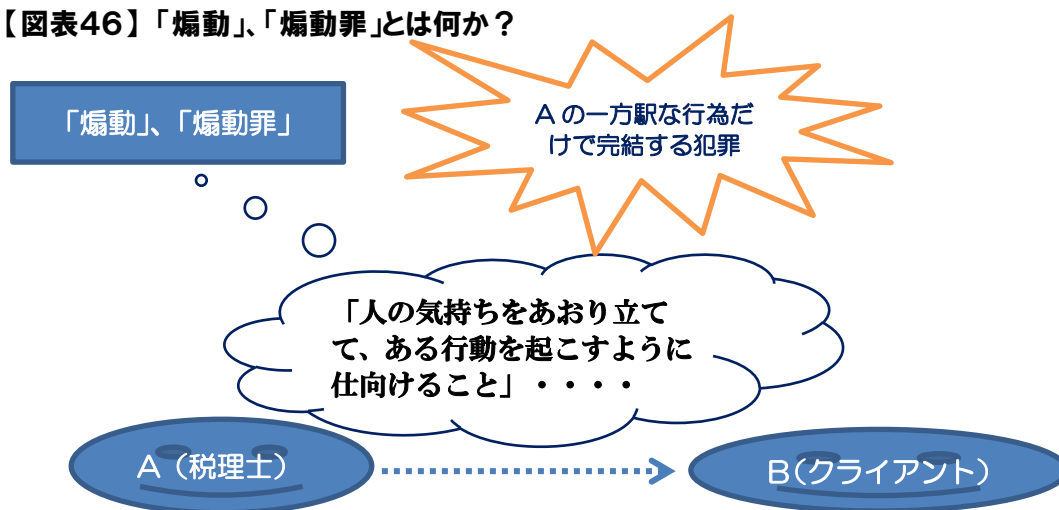
もちろん、煽動罪の適用対象となるのは、税理士だけではありません。煽動をした者一般です。ですから、例えば、会社の経理部において、ある取引について、申告を要しない、あるいは納付をしないことを決定し、部下に指示した上司は、その後課税庁から課税処分を受けたときには、この罪に問われる可能性が出てきます。

◆新国通法 126 条と煽動の意味

(Q) 新国通法 126 条は「煽動」を処罰する旨規定しますが、この言葉を具体的に定義した規定は見当たりません。これでは、この規定を運用する人次第ということになってしまいませんか。

一煽動というと、なにか暴力的な政治活動を煽(あお)るようなイメージもあります。しかし、それに限らないわけです。「煽動」とは、「人の気持ちをあおり立てて、ある行動を起こすように仕向けること」です。

【図表46】「煽動」、「煽動罪」とは何か？



(Q) 一方的な行為だけで完結している。つまり、人の気持ちをあおり立てることがポイントということになるわけですか。

一税務専門職は、税務上のアドバイスをするのが主な仕事の1つです。ということは、税金の申告をしない、あるいは納付をしないようにとアドバイスした人が、納税者の気持ちをあおり立てたのか？ということが問題とされる可能性が出てきます。

(Q) 税理士が、クライアント（関与先）に対して当局と見解の相違したアドバイスをすれば、煽動罪に問われるかもしれないと……。

一犯則事件調査職員が、煽動罪を問おうということになれば、調査対象納税者に対して、「あなたは、顧問税理士からアドバイスを受けたときに、気持ちがあおり立てられましたか？」といったような質問し、確認する方向に向かうのでしょうか？ しかし、通常、人は一時の感情をよく覚えていないものです。

専門職として素人のクライアントにアドバイスするわけですから、どんな場合であれ、通常、帰結するところを見据えつつ、行動をうながすことは、その仕事・役割そのものです。

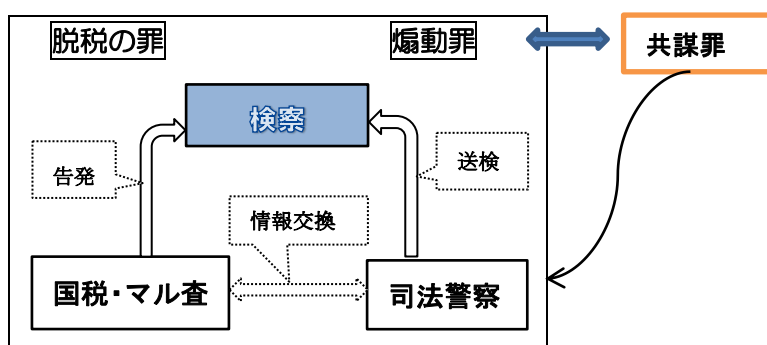
◆煽動罪は、共謀罪と同様に、司法警察が捜査する

(Q) 煽動罪は、共謀罪と同様に、司法警察が捜査することになるのですか？

一租税は脱、つまり、一般にいわれる「脱税」、「税逃れ」については、国税の査察部（通称「マルサ」）が、まず、裁判所から許可状（搜索差押令状）を取って強制捜査を実施します。その後、任意調査をし、証拠を固め、犯則/税法違反（この場合だと、脱税）の事実があるとみたときには、検察に告発することになります。

しかし、煽動罪の場合は、ただちに司法警察が取り扱うことになります。これは、さきにふれた共謀罪（テロ等準備罪）の場合と同じです。

【図表47】脱税罪と煽動罪の調査・捜査から検察への告発・送検の流れ



このように、税金に必ずしも熟知しているとは思われない司法警察が、煽動罪や共謀罪（テロ等準備罪）の捜査を担当することは、“租税えん罪の温床”と化すことが危惧されます。「検察の主張を争う姿勢をみせている場合」には、被告人の長期勾留は当たり前前の「人質司法」の実情も織り込んで考えると、本当に先が暗くなります。

(Q) 税法上の煽動罪の一番のターゲットは誰なのでしょう？

一税法上の煽動罪は、野放図な拡大適用を許せば、税法上の犯罪を処罰するというようなものではなく、単に人の気持ちや感覚にまで罰則を科すことにもつながってくる怖れがあるのではないですか？

下手をすれば、逆に煽動罪であげられたクライアントが、税理士に「あおられました」といえば、税理士は煽動罪に問われるということにもなりかねないわけです。

検察による捜査段階で、「おまえを起訴しないと約束するから、その代わり税理士にあおられたと証言してくれ」という取引さえ出てきかねません。これでは、税理士は、クライアントとの信頼関係を築くどころか、自分が売られないかと心配しながらアドバイスしなければならないことになります。

まさにこうした煽動罪は、2人以上の人が話し合うことを処罰の対象とする共謀罪（テロ等準備罪）と同じように、個人の思想・信条に国家が介入することを法認することにもつながり、人権保護の観点からも極めて危ないわけです。

◆税法の解釈ができなくなる？

（Q）法律は、いろいろな解釈ができます。また、租税法律主義とは、法律に基づいて最小限の納税義務を負うことを納税者に保障するものです。にもかかわらず、税理士が、税法を解釈してクライアントが最少の納税義務を負うようにアドバイスした場合、当局が煽動罪で処罰できるのでしょうか？

—税理士が、税務通達に従わない解釈をし、クライアントにアドバイスしたとします。この場合、税理士のアドバイスうい、「申告をしないこと、虚偽の申告をすること又は国税の徴収若しくは納付をしないことを煽動」したとすることには無理があると思います。

課税庁が出した解釈通達（税務通達）は、納税者を拘束する法源にはならないとされます。課税庁職員は別として、納税者や税理士などの税務専門職は、税務通達に拘束されることなく、別の解釈が可能なわけです。通達はあくまで役所の内部文書ですから、納税者を法的に拘束するものではないわけです。

（Q）しかし、煽動罪があることにより、公定解釈以外の解釈が難しくなることが危惧されませんか？

—確かに「申告をしないこと、虚偽の申告をすること又は国税の徴収若しくは納付をしないことを煽動した者は、3年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。」（新通則法126条・地方税法21条1項）が、税理士などの税務相談の足かせになることが危惧されます。

煽動罪がバツコし、税理士が委縮してしまったら、課税庁公認の解釈に基づかないアドバイスはし難くなるかもしれません。

一般に節税行為といわれるように、法の適用・解釈を通じて、ある取引を税金が課されないような取引にすることによって、税金の申告・納付が要らなくなることも考えられます。ただ、課税庁は、こうした租税回避行為があると判断した場合で、法形式の濫用があると判断するときには、通例、本来の法形式に引き直して課税するか、あるいは

その取引の経済的実質に基づいて課税してきます。しかし、煽動罪で憲法に定められた租税法律主義を反故にしてしまうことはできないではないかと思えます。

憲法 12 条は、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない」と明記しています。国民・納税者・税務専門職が一丸となって、“煽動罪や共謀罪（テロ等準備罪）は許さない”との連帯による不断の努力にかかっているのではないのでしょうか。

（Q）税理士との税務相談において、節税の可能性について質問するのは、納税者の当然の求めではないかと思えます。そして、この可能性について回答するのが、税理士の仕事の 1 つだと思えますが・・・。

一税法は、「申告をしないこと、虚偽の申告をすること又は国税の徴収若しくは納付をしないことを煽動した者は、3 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金に処する。」（新通則法 126 条・地方税法 21 条 1 項）と規定しています。捜査当局は、この規定を根拠に、租税回避につながる行為をクライアントである納税者にアドバイスした税理士を、税金の無申告・虚偽申告・不納付を煽動したことを理由に、煽動罪を問う場面があるかもしれません。

一方、税理士は、刑法 35 条の正当業務行為にあたるという主張は可能です。しかし、これも正当でないとされてしまえば意味がありません。

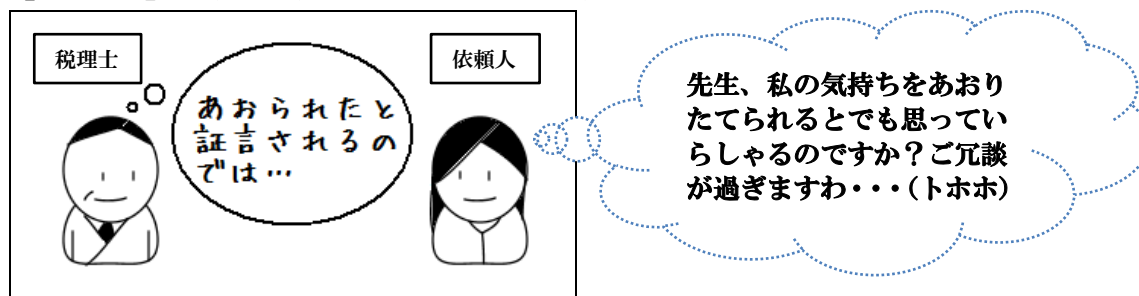
正当かどうかはまさに、当局の判断次第といえます。

【図表48】 正当業務行為

刑法 35 条
法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

冗談ではないのですが、税理士は、クライアント（依頼人/関与先）に対し税金のアドバイスをしたときには、「〇〇さん！私のアドバイスはあなたの気持ちをあおり立てていませんよね？」といったような確認する必要があるかも知れません。しかし、これでは、納税者と税務専門職との間での信頼関係は台無しになってしまいます。

【図表49】 納税者と税務専門職との間の信頼関係は…



◎むすびにかえて～共謀罪や煽動罪を無力化できるレベルの納税者権利憲章の制定を

(Q) そもそも、他人に対する税務相談を生業とする税務専門職が、クライアントである納税者に対して行ったアドバイスが、いともたやすく当局に、税金の無申告・虚偽申告・不納付を煽動したと判断され、煽動罪の適用を受けることが常態化する社会など、誰も望んでいないわけです。絶対に誤った方向に進んでいると思いますが・・・。

—今日の刑事司法では、被告人は有罪とされるまでは無罪の推定を受けるという基本的なルールが壊れてしまっています。被告人とされた被疑者は自分で無罪を立証できない限り、有罪とされてしまう常態にあります。

共謀罪（テロ等準備罪）も煽動罪も、国家が国民の内心に介入して罰則を科そうとするものです。話し合うこと、相談することといった基本的な市民の行為、内心の動きに深く介入し、それを取締りのターゲットにするものです。

しかも、共謀罪（テロ等準備罪）も煽動罪も、本来問われるべき犯罪の成立とは関係に、適用要件が充たされれば成立するという恐ろしい仕組みなわけです。

刑事司法の効率化が叫ばれ、裁判所（司法）が納税者の権利保護に消極的姿勢を強めるなかで、国税や司法警察、検察に、共謀罪（テロ等準備罪）や煽動罪のような納税者の内心、考え方、思想を処罰するツールを与えることは、国民・納税者の人権状況をますます悪くしてしまいます。

こうした治安立法、人権侵害法を無力化できるレベルの高い納税者権利憲章、納税者基本権法などの制定が急がれます。