HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「共謀共同正犯」に関する試論（３）　－日中両国の共犯理論に即して－
Author(s)	畢, 英達
Citation	北大法学論集, 46(5), 215-274
Issue Date	1996-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15636
Type	bulletin (article)
File Information	46(5)_p215-274.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

「共謀共同正犯」に関する試論（三）

―日中両国の共犯理論に即して―

畢　英達

〈目　次〉

序　本稿研究の目的とその構成
第一章　「共謀共同正犯」を巡る理論の考察
　第一節　判例における「共謀共同正犯論」
　第二節　学説による「共謀共同正犯」の論争
　第三節　立法案における「共謀共同正犯」の規定とその批判

（以上　第四六巻　三号）

第二章　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析
第一節　中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革　（以上　第四六巻　四号）
第二節　中国現行刑法における共同犯罪の理論
一　第二二条「共同犯罪の定義」の理論
二　第二三条「主犯およびその処罰原則」の理論
三　第二四条「従犯およびその処罰原則」の理論
四　第二五条「脅従犯およびその処罰原則」の理論
五　第二六条「教唆犯およびその処罰原則」の理論
六　小　括
第三節　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析　（以上　本号）
第三章　「共謀共同正犯」とその肯定説の批判的検討
第四章　結び

第二節　中国現行刑法における共同犯罪の理論

現行『中華人民共和国刑法』は、第一編「総則」第二章「犯罪」第三節「共同犯罪」の中において、共同犯罪の定義（二二条）、主犯および主犯の処罰原則（二三条）、従犯および従犯の処罰原則（二四条）、脅従犯および脅従犯の処罰原則（二五条）、教唆犯および教唆犯の処罰原則（二六条）をそれぞれ規定している。(1) ここでは、主にその規定を巡る学説の理論、特に共同犯罪の成立要件および「主犯」に関する部分について重点的に考察することとする。

一　第二二条「共同犯罪の定義」の理論

第二二条は、共同犯罪の定義について規定したものである。本条は、共同犯罪について次のように定義づけている。「共同犯罪とは二人以上の共同の故意による犯罪をいう。二人以上の共同の過失による犯罪は、共同犯罪を以て論ぜず、その刑事責任を負うべき者は、犯した罪に照らして各別に処罰する」と。この定義に基づき、中国の学説では、共同犯罪が成立するための要件に関して、大別して三つの見解が存在している。すなわち、第一は、共同犯罪が成立するためには、主観的要件と客観的要件とが必要であるという見解である（通説）。第二は、この二つの要件のほかに、主体的要件をも具備しなければならないという見解である。第三は、以上の三つの要件が必要であるほかに、客体的要件をも備えなければならないという見解である。以下では、各見解において主張されている主観的成立要件と客観的成立要件とを見たうえで、少数説が堅持している主体的成立要件および客体的成立要件をも概観することとする。

（一）主観的成立要件と客観的成立要件

前述のように現在、中国の学説では、共同犯罪が成立するためには主観的要件と客観的要件とが必要であるとされる点については異論がない。ここでは、主にその二つの成立要件の内容がいかに理解されているのかという問題につき、考察して行きたい。

1　主観的成立要件の諸相

まず、主観的成立要件の内容に関する理解から見ることにしたい。中国の学説では、共同犯罪が成立するためには、各共同者の間に必ず共同犯罪の故意が存しなければならないとされている。ところが、少なくとも一九八九年十一月までに公表されたものからは、共同犯罪の故意の内容についての直接的な答えは、まったく見られなかったのである。その中から看取しうるのは、共同犯罪の故意の意味あるいはその特徴についての論述であった。

前者についての論述としては、たとえば、「各共同犯罪者は、自己が当該犯罪を実行していることの認識を有しているだけではなく、さらに他の共同者と共同して当該犯罪を遂行しているという認識を有していることが必要であるということである」[2]というものや、「共犯者は、自分が犯罪を行っていることを認識しているだけではなく、罪を犯す他の者も自分とともに犯罪の実行に関与している事をも認識しているということである」[3]というものや、「共同犯罪者が自分で故意的に共同犯罪を行っていることを認識しているだけでなく、しかも他の共同者も自分と一緒に共同犯罪を実行することをも認識しているということである」[4]というものなどが、挙げられるのである。以上の論述から見れば、それらは、ただ共犯者の認識要素だけからその共同犯罪の故意の内容を理解しようとするものと解される。

後者についての論述としては、次の三つの説に分かれている。第一は、一特徴説である。この説によると、行為者は犯罪について同一の故意を持たなければならない。つまり、共同犯罪について共同の認識を有しなくてはならないわけである[5]。第二は、二特徴説である。その中にも、二つの見解がある。一つは、認識要素としての二特徴という見解である。もう一つは、認識要素と意志要素との統一としての二特徴という見解である。前者の見解によれば、共同犯罪の故意は以下の二つの特徴を有しなければならない。第一に、各共同犯罪者について、自分が故意的に犯罪の実行に参加することを認識していることである。第二に、共同犯罪者が自ら単独で犯罪を実行するのではなく、他人と共同して当該犯罪を遂行するという点を認識していることである[6]。後者の見解によれば、共同犯罪の故意には次の二つの特徴がある。

第一に、各共同犯罪者は自分が単独的にある犯罪を実行するだけではなく、他人と共同して当該犯罪を遂行することを認識していることである。第二に、各共同犯罪者が共同犯罪行為によって引き起こしうる危害結果について、故意的な態度に出ることである。[7] 第三は、三特徴説である。この説によれば、共同犯罪の故意には、以下の三つの特徴がある。第一に、共同犯罪者は自分が単独で犯罪を実行するのではなくて他人と共同して当該犯罪を遂行することを認識していることである。第二に、共同犯罪者が共同犯罪行為の性質及びその共同犯罪行為によって発生しうる社会的侵害結果を概括的に予見していることである。第三に、共同犯罪者は一般に共同犯罪行為によって惹起可能な危害結果について希望を持っているが、しかし特別な状況のもとではその中の者がそのような結果を放任している場合もあるのである。[8] 以上の各説の論述から見れば、第一の説及び第二説の前者の見解は、共同犯罪の故意の意味について前述した見解と同様に、ただ共犯者の認識要素からその共同犯罪の故意を捉えようとするものであると言えよう。これに反して、第三説及び第二説の後者の見解は、ただ共犯者の認識要素だけではなく、共犯者の意志要素をも含めて共同犯罪の故意を論じていたのである。

しかし、共同犯罪の故意に定義を与えないまま、果たしてその意味あるいはその特徴を把握することができるのであろうか。この点は、私のかねてからの疑問であった。幸いなのは、ごく最近、中国の少数説が、終に共同犯罪の故意に定義を与えるようになったことである。たとえば、「いわゆる共同の故意とは、各行為者が犯罪意思の連絡を通じて形成された互いの行為を有機的に統一することによってある社会に危害を与える結果が発生しうることを知りながら、かかる結果の発生を希望しまたは放任している心理状態をいう」[9] というものや、「共同犯罪の故意とは、二人以上が共同犯罪の行為に対して同一の認識を持つうえで、かかる行為によって社会に危害を与える結果が発生しうることを希望しまたは放任している心理状態をいう」[10] というものや、「共同故意とは、共同犯罪者が主観意思の連絡を通じて形成され

た共同犯罪行為によって社会に危害を与える結果が発生しうることを知りながら、かかる結果の発生を希望しまたは放任している心理状態をいう」[11]というものなどが、それである。以上の各定義から見ると、すべての論者が共同の認識要素と共同の意志要素との統一という視点から共同犯罪の故意を把握しようとしていることが窺われる。もちろん、以上のような定義についてはなお検討の余地があるかも知れないが、しかし共同犯罪の故意の研究に当たって、その概念に定義を与えること自体はおそらく意義を有するであろう。

以上は、中国学説における共同犯罪の故意についての研究状況である。この状況からすると、現在、共同犯罪の故意についての学説の理解は、必ずしも一致しているとはいえないであろう。しかも、その共同犯罪の故意を、各行為者が自分で持つことができるかどうかという点については、かなり不明確であると言えよう。まさにそのような理由から、中国では「片面的共同犯罪」について、激しい議論が行われているわけである。その議論を要約すると、三つの学説に大別される。

第一に、否定説である。この説によると、共同犯罪というものは、主観的要件と客観的要件とが備わったときにはじめて成立するのであるから、行為者の間に客観的な共同行為があっても、主観的に共同故意が存在しなければ、共同犯罪は成立しえない。たとえば、「共同犯罪における主観的要件としての共同の故意は、全面的かつ相互的なものでなければならないので、もし片面的なものなら、それは共同犯罪の内包と矛盾するのである」[12]という主張が、それである。

第二に、肯定説である。この説によると、刑法における共同犯罪に関する規定と刑事実務の客観的な要求から、片面的共犯を否認することはできない。たとえば、「共同の故意は以下のように二種の形式に分けられる。一つは、各共同犯罪者の間における、相互的な認識を持つ全面的な共同の故意である。もう一つは、共同犯罪者の間において、一方（片面）的な認識を持つに過ぎない片面的な共同の故意である。我々は、共同犯罪者の異なった状況に応じて、各共同犯罪

者の認識要素については事実に基づいた法則性が求められるように異なる要求を提出すべきであると思う。したがって、全面的な共犯と片面的な共犯との区別は、共同の故意の有無ではなく、共同の故意の形式の問題である[13]」という主張が、それである。

第三に、折衷説である。この説によると、片面的共同犯罪の存在は可能であるが、しかしすべての共同犯罪者の間に存在するというわけではない。たとえば、「我々には、片面的共同犯罪が成立することは可能であるが、あらゆる種類の共同犯罪者の間に存在するわけではないと思われる。具体的に言えば、教唆犯にとっては、片面的共犯が成立することは不可能であるし、共同実行犯にとっても、片面的共犯は成立し難いが、しかし密かに実行されている犯罪を幇助することは、事実上可能である。その幇助行為は、幇助者の側にとっては、共同犯罪としての要件を何一つ欠いていないので、片面的な共犯と見るべきである。それを片面的共犯と見ることは、共同犯罪の概念自体と矛盾しないのである。何故ならば、いわゆる共同の故意は、必ずしも行為者の間の相互的な意思疎通を要求しないので、行為者は自己が他者と一緒に同一の犯罪を行うことを認識しさえすれば、共同の故意を既に持つと解されるからである[14]」というものや、組織犯のほかに、共同犯罪者の種類には、つまり幇助犯や教唆犯や実行犯を問わず、すべて片面的な共同犯罪が成立しうるのであると主張するものなどは、それである[15]。

しかし、肯定説および折衷説は中国刑法における共同犯罪に関する規定と矛盾するおそれがあると思う。何故ならば、次のような分析が可能だからである。つまり、中国の共同犯罪の規定によると、行為者の間には共同犯罪の関係を持つためには、何よりも共同犯罪自体を構成することが必要であり、それが成立することによって初めて、共同犯罪者が共同犯罪において主に果たした役割によって、主犯・従犯・教唆犯及び脅従犯とに分けられるからである。この意味からすると、もし片面的なものを共同犯罪の故意とするならば、一人でも共同犯罪が成立すべきであるという不合理な結論

になるであろう。まして、その一人を何犯（主犯・従犯・教唆犯・脅従犯）として処罰するのかなどの問題もあるであろう。従って、肯定説および折衷説の主張するところは、中国刑法における共同犯罪の規定と矛盾すると言わざるを得ない。

なお、中国の学説では、共同犯罪の定義によって、以下のような場合には、異論なく共同犯罪の故意がありえないとされている。第一は、二人以上の過失行為によって、同一の損害結果を発生させる場合である。第二は、行為が他人の故意と関わりなく行われた場合である。第三は、同時犯の場合である。第四は、過失で故意犯が実行した行為を幇助する場合、すなわち、たとえば、甲が猟をしたいという嘘をついて、乙から銃を借りたが、甲はその銃で他人を殺害した場合、などである。第五は、他人が実行した過失行為を唆しあるいは幇助した場合、すなわち、たとえば、甲は銃で乙を殺そうと思っていたが、ある日、友達の丙に対して「この銃のなかには銃弾がないが、しかしもし乙に発砲したら、おそらく彼を驚かさせるであろう」と嘘をいった後、丙はたしかそうであるという気持ちで、乙に発砲したが、乙を死亡させた場合、などである。(16)

2　客観的成立要件の諸相

続いて、客観的成立要件の内容についての理解を見ることにしよう。中国の学説は、共同犯罪が成立するためには、共同者が必ず共同犯罪の行為に及ばなければならない、という点で一致している。ところが、共同犯罪の行為とは何かという点に関しての説明は、様々である。たとえば、「各共同犯罪者が、ある犯罪を行うにあたって、彼らの具体的な分担及び参加の程度は異なっているかも知れないが、しかし同一の目標を目指してその異なった分担を有機的に結合さ

せ、一つの共同犯罪行為とすること[17]、「各共同犯罪者の犯罪行為が結果の発生にとって不可欠な役割を果たしたこと[18]」、「二人以上の者がその共同犯罪の故意の支配下において共同して実行した内在的な連係がある犯罪行為[19]」、「各共同犯罪者が自分の単独に実行した犯罪行為を一体とする行為[20]」、等の説明がなされている。以上の共同犯罪の行為についての説明からすると、ともかくその概念内容は流動的なものであると言えよう。

中国の学説は、共同犯罪の行為について以上のように様々な理解を示しているが、しかしどの学説においても、共同犯罪の行為があると言えるためには、各共同者が共同犯罪を行うにあたって、それぞれの行為をどのように分担したとしても、同一の犯罪の目標を目指して、お互いに連携し、相互に助けあっていなければならないとされるのである。それゆえに、各共同者の行為と発生した危害結果との間には因果関係があるとされる[21]。このような理論に立って、以下のような場合には、行為者の間には共同犯罪の行為があるとされる。たとえば、「男の甲は、女の乙との密通関係を続けるために、同女の夫丙を殺害することを共謀した結果、乙が甲から手渡された毒物を丙の食べ物のなかに入れて、丙を死亡させた[22]」という例や、「甲、乙、丙の三人がある倉庫の財物窃盗を相談し、甲はその倉庫の鍵を乙に手渡し、乙は倉庫をあけて財物を運び出し、丙はその間その付近で見張りをした[23]」という例や、「甲・乙・丙の三人が丁の殺害をくわだて、乙が丁を予め打ち合わせておいた地点に誘い出し、丙が丁を抱きおさえ、甲が刀で丁を殺害した[24]」という事例などが、それである。

そして、共同犯罪の行為の形式については、ともに作為によって構成しうるだけではなく、ともに不作為から構成することもできる外、更に一方が作為で、他方が不作為であっても構成しうるとされる[25]。たとえば、共に不作為の例としては、「患者丙をともに看護する責任のある看護婦の甲と乙は、丙を殺害しようとする方法について共謀した結果、丙に薬を与えないことを決めたが、その方法によって丙を死亡させた場合」が、それにあたるとされ、作為と不作為によ

り構成する例としては、「ある倉庫の管理人甲は、乙と自分が管理する倉庫の財物を窃盗することを共謀した結果、乙の当番の際寝たふりをしてその隙に丙が倉庫に入って窃盗した場合」が挙げられる。[26] また、共同犯罪の行為と関連して、中国の学説では、共同犯罪の行為に分担があるかどうかによって、共同犯罪を単純な共同犯罪と複雑な共同犯罪とに分けるのである。単純な共同犯罪とは、各共同犯罪者が、ともに刑法各則で規定された構成要件に該当する行為を実行した場合をいう。言い換えると、それは実行行為から構成する場合である。注意すべきなのは、この単純な共同犯罪は、まさに「共同正犯」の場合にあたる、とう点である。複雑な共同犯罪とは、共同犯罪者の間に一定の分担がある場合をいう。つまり、それは実行行為とその他の行為――つまり、組織行為・教唆行為・幇助行為などが結合して構成された場合である。[27]

なお、共謀[28]自体が共同犯罪を構成することができるどうかという問題については、肯定説と否定説との対立が見られる。

否定説の理由づけとしては、共謀は共同犯罪の行為ではない、[29] という点にある。従って、この説によれば、二人以上の行為者がともに共謀の段階に留まる場合は共同犯罪を構成しないだけではなく、さらに共謀に参加したに留まるものは他者との間で共同犯罪をも構成しないという結論になるわけである。前者の例としては、たとえば、甲は乙と共謀した結果、翌日の晩に一緒に某倉庫の財物を窃取することを決めたが、しかし翌日の晩二人とも行かなかった場合が、挙げられる。後者の例としては、たとえば、甲は乙と共謀して翌日の晩に一緒に丙を殺すことを約束したが、しかし翌日の晩、乙は行かなかったので、甲が単独で丙を殺した場合、等が考えられる。では、以上のような二つの場合について、行為者はいかなる責任を負うべきか。前者の場合については、この説ではまったく答えなかったのに対して、後者の場合については、甲は単独に殺人の既遂罪を構成するが、乙は殺人の点について共謀したので、殺人の予備罪としての責

任を負わなければならないとされている。[30]

他方、肯定説の理由は、共謀自体が共同犯罪の行為である、[31]という点に求められる。従って、この説によれば、二人以上の行為者がともに共謀の段階に留まる場合も共同犯罪を構成しうるだけでなく、さらに共謀に参加したに過ぎない者でも他者との間に共同犯罪を構成することができるのである。そして、この説によれば、これらの二つの場合の行為者の責任につき、前者の行為者はすべて予備罪としての責任を負うのに対して、後者の共謀に参加したに留まる者は後述の教唆犯あるいは従犯としての責任を負うことになるのである。[32]なお、この説の中には、共謀に参加したに留まるものを共同犯罪の中で果たした役割によって処罰すべきである、との見解がある。[33]つまり、もしその者が共同犯罪において後述のような主要な役割を果たしたのでれば、主犯として重きに従い処罰しなければならず、もし副次的な役割を果たしたのであれば、従犯として主犯に比較して軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除しなければならないのである。[34]

この両説の主張のどちらが妥当であるかは別として、なお解明の期待される点が残されている。たとえば、否定説については、共謀に参加したに留まるものは他者と共同犯罪を構成しないのに、なぜ予備犯としての責任を負わなければならないのか。また、肯定説に関しては、この場合なぜその者を教唆犯あるいは従犯または果たした役割によって処罰すべきなのか。つまり、両説のいずれについても、その主張の根拠が、解明されるべきなのである。

以上が、中国における共同犯罪の行為についての学説状況である。この状況、特に共謀自体が共同犯罪を構成するか否かについての論争の実情から見て、今日までのところ、中国の学説においては、それについて一致した理解は、存していない状況にあるといえよう。

（二）主体的成立要件と客体的成立要件

以上、共同犯罪を構成するための主観的成立要件と客観的成立要件とに関する理論の現状を見てきたが、冒頭で指摘したように、少数説は共同犯罪が成立するためには以上のような二つの成立要件のほかに、主体的成立要件ないし客体的成立要件を具備しなければならないと主張している。以下においては、その二つ成立要件の内容を極簡単に見ることにする。

1　主体的成立要件の諸相

一部の少数説は、共同犯罪が成立するためには、主観的成立要件と客観的成立要件のほかに、主体的要件も必要であると主張している。[35] つまり、共同犯罪が成立するためには、主体の要件として、必ず刑事責任年齢[36]に達しており、しかも責任能力[37]を有する二人あるいは二人以上の者でなければならない[38]とされる。すなわち、この説によれば、十四歳未満の二人以上の者が社会に危害を与える行為を行っても共同犯罪を構成しえないことはもちろん、更に十四歳未満の者が満十四歳～十六歳未満の者或いは十六歳以上の者と社会に危害を与える行為を行った場合でも共同犯罪を構成しえないのである。そして、満十四歳～十六歳未満の者が共同して或いは満十六歳以上の者と一緒に殺人・重傷害・強盗・放火・常習窃盗またはそのほかの社会秩序を著しく破壊する罪を犯した場合以外には共同犯罪を構成しえないのである。

以上が、この説の主張している主体的成立要件の概要である。ところで、この問題と重要な関連があるのは、共犯の間における身分関係である。中国現行刑法は、共犯と身分の関係については、まったく規定していなかったが、しかし

この問題については、中国の学説には激しい議論が存する。ここでは、その議論の内容を一瞥することにしたい。

（一）非身分犯が身分犯に加功した場合　この場合、その非身分犯が身分犯と共同犯罪を構成しうるという点についてはほとんど異論が見られない。しかし、その非身分犯が、後述のように教唆犯・従犯・脅従犯・主犯を構成しうる外に、身分犯との間に共同実行犯（共同正犯）を構成しうるかどうかという点については、否定説と肯定説とが対立している。否定説によれば、身分犯は、その犯罪主体に一定の身分がないと成立しないので、従って非身分犯がそのような実行行為を行うことは不可能である。[39] これに対して、肯定説は、次のような場合には非身分犯は身分犯との間に共同実行犯を構成しうると主張している。たとえば、強姦などのような犯罪においては、もし犯人である婦人が他の犯人である男子と協力し、被害者である婦人の反抗を著しく困難にするような暴行・脅迫を加えた場合には、その暴行・脅迫自体は強姦罪としての実行行為の一部分であり、強姦罪の共同実行犯と目しうると主張している。[40]

（二）身分者が非身分者に加功した場合　この場合、中国の学説では、その身分者の身分が自然的身分であるか或いは法定的身分であるかによって、議論が異なっている。[41] 前者の場合、すなわち自然的身分を持つ者は、非身分者との関係においてはその身分によって成立する犯罪の教唆犯或いは幇助犯になりえないとされている。その理由づけとしては、非身分者にとっては身分者が教唆或いは幇助した犯罪を構成することは不可能である、という点にある。[42] たとえば、男子が女性を教唆し或いは幇助して強姦罪を実行することは不可能であることや、中国人が外国人を教唆し或いは幇助して「祖国に背叛する罪」[43] を犯すことは不可能であることなどが、そのような例として挙げられている。後者の場合、すなわち法定的身分を持つ者が非身分者に加功した場合については、以下のような二つのケースに分けて論じられている。

第一のケースは、身分者が非身分者を教唆しその身分はなくとも構成しうる犯罪を実行させた場合である。たとえば、郵便電信工作人員が非郵便電信工作人員を教唆して郵便物を毀棄させた場合[44]や、国家工作人員が非国家工作人員を教唆

して公共財物を窃取させた場合[45]などが、そのような例として挙げられている。この場合の身分者についていかに処理すべきかという問題に関して、現在の中国の学説は、次のような三つの見解に分かれている。

第一は、身分者を非身分者が実行した罪の教唆犯とする見解である[46]。この見解によると、たとえば前述の郵便電信工作人員が非郵便電信工作人員を教唆して郵便物を毀棄させた例については、郵便電信工作人員は公民通信自由侵害罪の教唆犯として処罰されるということになる。また、国家工作人員が非国家工作人員を教唆して公共財物を窃取させた例については、国家工作人員は窃盗罪の教唆犯として処罰されるということになる。

第二は、身分者を身分のある罪の教唆犯とする見解である[47]。この見解によると、前述の二つの事例については、郵便電信工作人員は郵便電信工作人員郵便・電信妨害罪の教唆犯として処罰され、また国家工作人員は横領罪の教唆犯として処罰されるということになる。

第三は、身分者が自己の身分を利用するかどうかによって、それについての処理方法は、異なるべきであるとする見解である。すなわち、もし身分者が自己の身分を利用する場合には、その身分者を間接実行犯（間接正犯）とするのに対して、もしその身分者が自己の身分を利用しなかった場合には、それを非身分者が実行した罪の教唆犯とするのである[48]。この見解によると、前述二つの例のうち、もし身分者が自己の身分を利用した場合、たとえば、郵便電信工作人員が非郵便電信工作人員を教唆して自己の管理している郵便物を毀棄させた場合や、国家工作人員が非国家工作人員を教唆して自己の管理している公共財物を窃取させた場合などについては、郵便電信工作人員は郵便電信工作人員郵便・電信妨害罪の間接実行犯として国家工作人員は横領罪の間接実行犯として処罰されることになるのに対して、もし身分者が自己の身分を利用しなかった場合であるとすれば、郵便電信工作人員は公民通信自由侵害罪の教唆犯として処罰され、国家工作人員は窃盗罪の教唆犯として処罰されるということになる。また、この見解にれば、前者の場合に身分者を間

接実行犯とする理由は、身分者にはこの場合において観念的競合が成立する点に求められる。[49] たとえば、国家工作人員が非国家工作人員を教唆して自己の管理している公共財物を窃取させた場合を例とすれば、この見解の解釈によると、「この場合、国家工作人員は、横領罪の点については非国家工作人員を身分なき故意ある道具として利用したので、それが間接実行犯である一方、他方窃盗罪については非国家工作人員と共同の故意があるので、窃盗罪の教唆犯も考えられるのである。その結果、刑法理論にいわゆる観念的競合が考えられるので、重い罪にしたがって処断すべきである。もちろん、横領罪は重罪なので、国家工作人員を横領罪の間接実行犯として処罰すべきである。[50]」。そして、この見解によれば、その解釈は身分者が非身分者の犯罪を幇助する場合にも適用することができるとされている。[51]

第二のケースは、身分者が非身分者にその身分がなければ構成しえない行為を教唆し或いは幇助する場合である。前者の例としては、たとえば、国家公務員が非国家公務員に情を明かして賄賂を収受させたような場合が挙げられる。後者の例としては、非国家公務員である乙は国家公務員である甲が管理している金庫を窃取したいという情を甲に伝えた後、甲より鍵を渡されたので、その後当該金庫を窃取したような場合などを挙げることができよう。周知のように、日本の学説では、前者の場合身分者及び非身分者をいかに処理すべきかについて、様々な見解が存する。たとえば、身分者を間接正犯とし、非身分者を従犯とする見解や、[52] 身分者と非身分者との共同正犯とする見解や、[53] 身分者を教唆犯とし、非身分者を正犯とする見解や、[54] 身分者を教唆犯とし、非身分者を従犯とする見解、[55] などである。中国では、この場合においては、ほとんど異論なく身分者を間接実行犯とし、非身分者を従犯とする。[56] ただし、非身分者は、特別な場合には後述のように脅従犯となりうるとする見解もある。[57] この見解は、国家公務員が非国家公務員をして脅迫・誘惑を手段として賄賂を収受させた場合をそのような例として挙げている。そして、後者の場合については、現在の中国の学説には、身分者を間接実行犯とし、非身分者を従犯とする見解しか存しない。[58]

以上の考察からすると、中国の学説においても共犯と身分犯に関する議論は日本と同様に複雑な様相を呈していると言えよう。

2　客体的成立要件の諸相

一部の少数説は、共同犯罪が成立するためには、主観的要件と客観的要件および主体的要件のほかに、客体的要件も必要であると主張している。[59] つまり、この説によると、共同犯罪が成立するためには、各共同者が同一の犯罪客体を侵害しなければならないのである。

しかし、ここで指摘したいのは、中国の学説における犯罪客体という概念が、日本における犯罪客体の概念とは異なっているという点である。中国では、犯罪客体とは、中国刑法によって保護され、犯罪行為によって侵害される社会主義的社会関係を指す。[60] そして、更に犯罪の社会政治的な意義を示すため及びそれによって犯罪の性質を決定することと犯罪の分類に対する作用を説明するために、中国の刑法理論は、犯罪客体を次のように一般客体と同類客体及び直接客体の三種類に分けている。[61]

犯罪の一般客体とは、すべての犯罪行為によって侵害を受ける客体を指す。つまり、中国刑法が保護する社会主義的社会関係の全体である。具体的に言えば、いかなる犯罪も、刑法によって保護される社会主義的社会関係を侵害しているのである。この一般客体からは、犯罪に共通の本質を抽出し、犯罪と闘う社会的・政治的意義を説明することができると言われている。

犯罪の同類客体とは、ある種類の犯罪行為によって共通して侵害される客体を指す。つまり、刑法によって保護され

る社会関係のある部分またはある方面である。中国刑法は、このような犯罪の同類客体（人民民主専制政権と社会主義制度・公共安全・社会主義経済秩序・公民の人身の権利と民主の権利・全人民所有の財産権利と公民個人が合法的に所有する財産の権利・社会管理秩序・社会主義的婚姻及び家庭の関係・国家機関の正常な活動）に基づいて、社会における様々な犯罪を大きく八種類（すなわち反革命罪[62]・公共の安全に危害を及ぼす罪[63]・社会主義経済秩序を破壊する罪[64]・公民の人身の権利・民主的権利を侵害する罪[65]・財産を侵害する罪[66]・社会の管理秩序を妨害する罪[67]・婚姻家庭を妨害する罪[68]・贖職罪[69]）に分類し、刑法各則の体系を打ち立てている。たとえば、婚姻の自由に対する干渉・重婚・虐待・遺棄などは、犯罪の方式は異なるが、これらが害する犯罪の客体は共通している。すなわち、これらのいずれも社会主義的婚姻及び家庭の関係を害しているのである。これらが侵害しているものは同類客体であるので、婚姻家庭を妨害する罪の章に規定されている。犯罪の同類客体の研究は、各種の異なる犯罪による社会侵害性を認識し、正しく罪定と量刑を行い、刑法各則の体系を作り上げることにとって、重要な意味があるとされる[70]。

犯罪の直接客体とは、ある種の具体的な犯罪により直接侵害される客体を指す。つまり、刑法によって保護される社会関係の、ある具体的部分である。たとえば、傷害罪の直接客体は、他人の健康である。直接客体は、すべての具体的犯罪を構成する不可欠な要件であり、かつ具体的犯罪の性質を示す重要な標識であると同時に、それは立法上一定の具体的な犯罪類型を設けることおよび正しく罪定と量刑を行うこととに対して、特に重要な意味を持つとされている[71]。

しかし、ある一つの犯罪行為が二つ以上の具体的な社会関係を侵害する場合も考えられる。たとえば、強盗罪は公私財産の所有権を直接害するだけでなく、個人の人身の権利をも直接侵害するのである。この場合、中国の刑事立法は、一般的に犯罪行為が直接害する客体の主要方面及び犯罪の主観と客観両面の特徴によって犯罪の分類を行っている。たとえば、強盗の場合は、犯罪者の主たる目的が財物の奪取であることから、中国の刑法はそれを、財産を侵害する罪に

組み入れたのである。[72]

このような中国における犯罪の客体に関する理論からすると、日本の犯罪の客体の概念（すなわち「構成要件の内容たる行為の対象」[73]）と異なっているが、しかし、日本における刑法規範の保護の客体という概念とほぼ同じものであると言えよう。[74]

以上が、中国における共同犯罪の定義についての学説の状況である。この状況から見ると、現在の中国の学説においては、共同犯罪の定義についての理解は、必ずしも一致しているとはいえないであろう。しかし、私としては、中国刑法に規定されている共同犯罪の概念からすると、共同犯罪の成立にとっては主観的要件と客観的要件さえ備えれば、十分ではないかと思う。というのは、二人以上でなければ、その二つの要件が充足されえないことは勿論であるが、なお主観的成立要件について言えば共同犯罪の故意が存在するならば、各共同者が同一の犯罪客体を侵害することを表明することができるからなのである。この意味で、共同犯罪の成立要件の研究に当たっては、なによりその主観的成立要件と客観的成立要件との内容を更に研究することが重要であると思われる。

二　第二三条「主犯およびその処罰原則」

第二三条は、主犯および主犯の処罰原則について規定したものである。本条は、主犯および主犯の処罰原則について次のように規定している。「犯罪集団を組織・指導して犯罪活動を行うかまたは共同犯罪において主要な役割を果たした者は、主犯である」、「主犯については、本法各則に規定がある場合を除いて、重きに従い処罰しなければならない」と。

中国の学説では、この規定によると、まず、一般に主犯には二種類あるとされる。一つは、犯罪集団を組織・指導して犯罪活動を行う者である。[75] たとえば、本稿「序」の注で挙げた「無頼集団」の事案での甲・乙・丙は、そのような者であるとされる。[76] もう一つは、共同犯罪において主要な役割を果たした犯罪者である。[77] これが、「実は、一部分の実行犯を指す場合だ」[78] と捉えられている。たとえば、「被告人甲が一九八五年五月二十六日と六月十九日、二回に渡って被告人乙を糾合して万力を携帯してある村の山に架設した不使用の電線一八三グラムを窃取した」という事案においての甲が、それであるとされている。[79] ところで、中国刑法の第八六条においては、「首謀者の定義」について、「本法において首謀者とは犯罪集団または集合的犯罪において組織・計画指揮の役割を果たした犯罪者をいう」という規定があるので、主犯には以上のような二種類のほかに、集合的犯罪[80]において組織・計画・指揮の役割を果たした者も含めるべきであるという見解がある。[81] 言うまでもなく、形式的には、この見解は賛成し難いかも知れないが、しかし実質的（つまり「犯罪集団」と「集合的犯罪」との本質的な区別は一体何処にあるのか、という）視点から考えると、検討の余地があると思われる。そして、本条の主犯と八六条の首謀者との関係について、中国の学説には議論が存する。その議論を要約すれば、以下の二つの見解に分かれる。一つは、主犯はすべてが首謀者とは限らないが、逆にまた首謀者も必ず主犯であるという見解である。[82] もう一つは、主犯はすべてが首謀者とは限らないが、逆に主謀者は必ずしもすべてが主犯ではないとする見解である。[83] 以上の二つの見解を比較すると、主犯はすべてが首謀者とは限らないという点については異ならないのであるが、首謀者が必ずすべて主犯であるかどうかという点につき相違がみられると思われる。しかし、私には、もし首謀者を犯罪集団での首謀者と集合的犯罪での首謀者とに区別するならば、前者においては、首謀者は必ず主犯であると解されるのに対して、後者においては首謀者は必ずしも主犯ではないと解されると思われる。ところで、実質的な観点からは、法律自体がその両者を区別する理由が、果たして何処にあるのかを検討する必要があると思われ

る。

次に、本条第二項では、主犯について、「本法各則に規定がある場合を除いては、重きに従い処罰しなければならない」と規定している。学説によれば、ここにいう「本法各則に規定がある場合を除いて」とは、各則の条文のなかにおいて犯罪集団の首謀者に対して法定刑を特に定めている条文のことである。たとえば、第九八条の「反革命集団を組織・指導した者は、五年以上の有期懲役に処する。その他反革命集団に積極的に加わった者は、五年以下の有期懲役・拘役・管制または政治的権利の剝奪に処する」という規定がそれである。したがって、このような事件を処理するときには、各則の規定のあるものについては、各則の条文に規定する刑罰の種類び刑期に基づいて処罰し、各則の条文に規定のないものについては、本項の規定に照らして重きに従い処罰する。

また、中国におけるいわゆる「犯罪集団」とは、犯罪を行うことを目的として結成された犯罪組織をいう[84]のである。たとえば、反革命集団、略奪集団、不良集団、窃盗集団、密輸集団、汚職集団、殺人集団、放火集団等である。中国の学説によれば、一般に、犯罪集団は、次のような四つの特徴があるとされる[85]。すなわち、

① 三人以上から成っていること。

② 一定の組織性があること。つまり、成員の間では指導と被指導との分業があるのである。言い換えれば、成員を、首謀者と一般的な人員とに分けることができる。

③ 犯罪的目的性を有すること。つまり、犯罪集団は一種あるいは多種の犯罪を行うために作られたものである。

④ 一定の安定性があること。つまり、犯罪集団は数回の犯罪を行うために作られた犯罪組織なので、それは一回の犯罪を行った後も依然として存在するのであるが、しかし数回の犯罪を行ったことをその成立の要件としない。すなわち、それが数回の犯罪を行うために作られた組織であることを究明すれば、一回の犯罪しか行わなかったとしても、そ

れはやはり犯罪集団であろう。

ところが、①については、中国の学説には反論が存在している。その反論によれば、犯罪集団の主体については、二人以上でも成り立つとされる。その理由は「集団というものは仲間を組むことと同義であるが、しかし二人の間でも仲間を組むことはできるので、犯罪集団も二人以上によって作ることが、もちろん可能である。そして、わが国と他の国の立法の例から見ると、すべて二人以上の共同の故意による犯罪を共犯として規定しているのである」[86]という点に求められる。言うまでもなく、犯罪集団が成立するには、二人以上の者の結合を以て足りるか、それとも三人以上であることを要するかという問題は、非常に難しいと思われる。しかも、周知のように日本の刑法理論でもこの問題に関しての議論が見られる。このようなことから、この問題についての検討は本稿の第四章に譲ることにしたい。ここではとりあえず中国の学説によって指摘された②・③・④というような前述の特徴は、二人の間においても存在しうる点だけを指摘するに留めることにする。

なお、一部の刑法学者は、犯罪集団を組織・指導して犯罪活動を行う者としての主犯が成立するためには、「組織の故意」を持たなければならない[87]と指摘したうえで、この「組織の故意」を次のように定義している。すなわち、「組織の故意とは、自己の行為が犯罪集団を組織・画策・指導する行為であることを知っており、かつこの行為によって社会に危害を加えることを知り、かかる結果の発生を希望しまたは放任している心理状態をいう」と。言うまでもなく、個人的な刑事責任の観点からは、これは評価すべきものであろう。ただし、この概念の内容については検討の余地があるほかに、もう一つの主犯（つまり「共同犯罪において主要な役割を果たした」者）の成立のためには、「実行の故意」を要するという点を、私はここで指摘しておきたいと思う。

三　第二四「従犯およびその処罰原則」

第二四条は、従犯および従犯の処罰原則について規定したものである。本条は、従犯および従犯の処罰原則について次のように規定している。「共同犯罪において副次的なまたは補助的な役割を果たした者は、従犯である」、「従犯については、主犯と比較して、軽きに従い処罰するか処罰を減軽または免除しなければならない」と。

中国の学説では、この規定によると、まず一般に従犯には次の二種類があるとされている。一つは、共同犯罪において副次的な役割を果たした者である。すなわち、副次的な実行犯である。もう一つは、共同犯罪において補助的な役割を果たした者である。すなわち、幇助犯である。(88)

「副次的な役割」とは、犯罪集団の活動において、主犯の命令を受けてある犯罪活動を行い、あるいは一般的な共同犯罪活動において、直接に重大な結果を引き起こさなかったことまたは情状の比較的軽いこと等を意味するとされている。(89) たとえば、「甲は自分の妻乙と丁を殺すということを企てたが、しかし甲は夫婦の力だけで丁を殺すことは不可能なので、従兄弟である丙に手伝って欲しいと頼んだ。最初丙は断わったが、甲が丙に再三要求した上、もし一緒に丁を殺したならば二五〇キロの小麦を与えると申し向けたので、ようやく同意した。ある日、甲は丙を自分の家に呼んできた後、自分で縄を持って乙及び丙とともに突然丁の家に入って、甲が丁を転倒させ、乙と丙とがそれぞれ丁の手足を押さえ、甲が縄で丁の頚部を縛り、丁を死に致した場合」、などである。(90) また、「補助的役割」とは、犯罪道具を提供したり、障害を排除しまたはその他の方法により他人が犯罪を行うことを幇助することをいう。(91) 例をあげれば、AがBを殺害しようとしていたところ、Cから拳銃を提供され、その後AはCの提供した拳銃でBを殺害したという場合である。

しかし、ここで指摘したいのは、中国の学説の中には、中国刑法に規定される従犯には幇助犯しか存在しないという

見解もある、ということである。この見解によれば、従犯とは、主犯が犯罪を実行する前後あるいは犯罪を実行中に、その犯罪行為を幇助する者であると定義され、従犯と主犯との区別は、主に従犯が直接的には犯罪行為の実行に参加しないという点にあるので、従犯はすなわち幇助犯であるとされている。[92]

だが、以上の二種類の従犯の関係については、議論が存する。通説は、共同犯罪においては、「補助的な役割」を果たしたもの自体は「副次的な役割」を果たしたということを意味するのに対して、「副次的な役割」を果たしたものは必ずしも「補助的な役割」を果たしたとはいえないので、この意味からするとすべての幇助犯は従犯に属しているといっても差し支えないと主張されている。[93] この通説に反して、少数説は、幇助犯といっても必ずしもすべてが従犯とはいえない、何故ならば幇助犯が共同犯罪において次のように主要な役割を果たした場合には、主犯であると考えられるからである、[94] と論じている。たとえば、甲・乙・丙三人がある橋を爆破することについて共謀した結果、甲が爆薬の入手を分担し、乙・丙が実行することをそれぞれ決めたが、翌日甲が入手した爆薬を乙・丙に渡し、乙が丙とともに橋を爆破した場合には、分担の状況に鑑みれば、甲は幇助犯であり、乙・丙は実行犯であるが、しかし甲はこの例のなかでは主要な役割を果たしたので、主犯として認定すべきであるとされている。また、この説によれば、中国刑法での従犯に関する規定が「幇助」という用語を避けて「補助」という用語を用いること自体は、補助的な行為が共同犯罪においてあくまで副次的な役割を果たすものであるのに対し、幇助的な甲は主要な役割を果たす場合もあるということを意味するので、中国刑法で規定されている共同犯罪において補助的な役割を果たした者は、幇助犯ではなく補助犯であるとされている。[95] 以上の議論から見ると、議論の焦点は主に刑法規定自体にあると思う。つまり、中国の刑法は、主に行為者の共同犯罪における役割によって、それを主犯と従犯とに分けるのである。しかし、その役割についての判断標準は、かなり不明確である思われる。[96] まして、「補助」という言葉自体は、幇助的および副次的な意味を含むので、ことさら「副

次的な役割」と「補助的役割」とに分ける必要があるかどうかは議論の余地があると思われる。

また、幇助犯の成立のためには、幇助故意と幇助行為とが必要とされている。幇助行為とは、共同犯罪において補助的な役割を果たした行為であるとされている。[97] 幇助故意とは、自己が他人の実行する犯罪を幇助すること及び自己の行為によって他人の実行する犯罪のための条件を作り出すことを知りながら、実行行為によって社会に危害を加える結果の発生を希望しまたは放任することであるとされている。[98] ところが、従犯の構成要件とは何かという研究は、今のところほとんど行われていないのである。しかし、中国の学説はなぜ従犯の構成要件を研究しなかったか。その理由は、おそらく刑法典に規定される二種類の従犯からは、共通点を見出だし難く、また副次的実行犯と実行犯との区別が、不可能ではないかという点に求められるであろう。

なお、従犯の処罰に関しては、本条第二項によると、「従犯については、主犯に比較して、軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除しなければならない」のである。中国の学説は、その規定の理由を、従犯は共同犯罪において、一般的にその果たす役割が主犯より相対的に小さいという点に求めているのである。

四　第二五条「脅従犯およびその処罰原則」

第二五条は、脅従犯および脅従犯の処罰原則について規定したものである。本条は、脅従犯および脅従犯の処罰原則について次のように規定している。「脅迫、誘惑されて犯罪に加わった者については、犯罪の情状に照らして、従犯に比較して処罰を軽減するかまたは免除しなければならない」と。

中国の学説では、この規定によると、まず、脅従犯には二種類があるとされている。[99] 一つは、脅迫されて犯罪に加わ

った者である。もう一つは、誘惑されて犯罪に加わった者である。前者の「脅迫され」とは、犯罪行為の実行に加わるよう強要されることをいう。この場合、脅迫された者は完全には意志の自由を喪失しなかったので、自分の行った犯罪については刑事責任を負わなければならないとされている。[100] たとえば、「甲と乙とが丁女を輪姦するとき、丙がその現場にいたが、甲・乙は丙がこのことを他人に教えることを心配して、丙に対して丁を強姦するよう勧めたが、丙は断わった。そこで、甲・乙が丙を殴打した結果、丙が丁を強姦したような場合」[101] や、「留守番をしていた乙が銃器・弾薬の倉庫の強盗を企てた甲にナイフで驚かされた結果、自ら鍵で倉庫のドアを開けて甲の犯罪行為を完成させるような場合」[102] などである。後者のいわゆる「誘惑される」とは、事実を歪曲され、真相を知らされないことにより、共同犯罪に参加することをいう。[103]

次に、脅従犯の特徴については、議論が存する。その議論は、主に以下の二つの見解に纏められる。[104] 第一は、脅従犯の特徴は脅迫・誘惑されて犯罪に加わった点であるという見解である。第二は、脅従犯は脅迫・誘惑されて犯罪に加わったという特徴を持つほかに、それが共同犯罪において果たした役割が比較的小さいという特徴もあるという見解である。[105] なお、第二の見解に関し、二つの特徴のうち、どちらが脅従犯の主要な特徴なのかという点について、更に二種類の意見に分かれている。一つは、脅迫・誘惑されて犯罪に加わったという特徴が脅従犯の主要な特徴であるとする見解であり、[106] もう一つは、共同犯罪において果たした役割は比較的小さいというのがその主要な特徴であるとする考え方である。[107] しかし、私は、このような議論は余り意味がないと思う。というのは、もしこの二つの点が脅従犯の特徴であるとするならば、脅従犯の成立にとってどちらも不可欠であるからである。問題は、第一の見解と第二の見解との差異にあると思う。つまり、第一の見解によると、行為者が脅迫・誘惑されて犯罪に参加する場合に、その行為者を脅従犯とするのである。これに反して、第二の見解では、行為者が脅迫・誘惑されて犯罪に参加する場合であっても、共同犯罪

において果たす役割が小さいものではない以上、その行為者は脅従犯とされないのである。たとえば、甲はピストルで乙に対してある鉄道の橋を爆発するよう脅迫したが、乙においては自分の生命を保つために、橋を通行している列車を顧慮せず橋を爆破して列車を転覆させた場合には、第一の見解によれば、乙は脅従犯であるということになる。しかし、第二の見解によれば、乙は脅従犯ではないということになる。ところが、中国刑法第二五条の規定からすると、第二の見解は無理ではないかと思われる。というのは、本条を見るかぎり、脅従犯の成立にとっては、行為者が共同犯罪において果たした役割は何の関係もないからである。

また、脅従犯が行った行為は、幇助の行為に限られるのかどうかという点についても、肯定説と否定説とが対立しているのである。つまり、肯定説では脅従犯が行う行為としては幇助の行為しか存しない[108]と主張しているのに対して、否定説ではその行為には幇助の行為のみならず、実行行為をも含めるべきである[109]と主張している。この議論に鑑みるならば、肯定説は成立し難いと思う。何故ならば、二五条にいわゆる犯罪に加わったとは、行為者が共同犯罪に参加することを指すが、しかし共同犯罪行為はかならずしも幇助の行為に限られないからである。

なお、本条によると、脅従犯については「犯罪の情状に照らして、従犯に比較して処罰を軽減するかまたは免除しなければならない」のである。では、脅従犯に対してはなぜ従犯に比較して処罰を軽減するかまたは免除しなければならないのであろうか。中国の学説は、一般に以下の二つの点にその理由を求めている。第一に、脅従犯は完全に自発的に犯罪に参加するのではなく、しかも犯罪全体の活動のなかで果たした役割は比較的小さく、社会に加える危害は最も小さいという点である[110]。第二に、脅従犯の行為者の危険性は小さくて、再び犯罪を起こす可能性は極めて低いという点である[111]。ところが、私は、この二つの理由づけについては疑問を持っている。というのは、脅従犯が共同犯罪において果たした役割は必ずしも小さいとは言い切れないと同時に、再び犯罪を起こす可能性も低いとはいえないからである。

以上、中国刑法における脅従犯及びそれを巡る論争を概観してきたが、ちなみにここで指摘したいのは、最近、中国ではこの規定を改正しあるいは削除すべきであるという見解が現れている、という事実ある。その見解によれば、主に次のように改正すべきであると主張している。[112] 第一に、「誘惑されて」という部分を削除すべきであると主張する。その理由は、誘惑されるのは脅従犯の特徴ではないという点に求められる。言うまでもなく、この主張によれば、脅従犯は、脅迫されて犯罪に加わった者だけに限られるということになるわけである。第二に、「従犯に照らして」という部分を削除すべきである。すなわち、そのような共同犯罪においてはほとんど従犯がなく、脅従者と被脅従者だけしかないことから、「従犯に照らして」という規定の意味がなく、しかも脅従犯が共同犯罪において果たした役割は従犯に比べて必ずしも小さいとはいえない、というのがその理由とされる。以上の点に鑑みて、この見解は、現行刑法典における脅従犯の規定を以下のように改正すべきであると指摘している。すなわち、「脅迫されて犯罪に加わった者については、その共同犯罪において果たした役割に従って処罰を軽減するかまたは免除しなければならない」と改正すべきだというのである。削除の見解によれば、脅従犯として認定された判例は、非常に少ないので、これを保持する必要性はまったくないのではなかろうかと主張するのである。[113] これらの見解及び上述の脅従犯に関する議論から見ると、中国の学説においては、脅従犯の存在意義についての研究が更に進むことが期待しうるであろう。ちなみに、その場合には、脅従犯と中国刑法一三条の「不測のできごと」[114]および一八条の「緊急避難」[115]との関係を究明する必要があるであろう。

五　第二六条「教唆犯およびその処罰原則」

第二六条は、教唆犯および教唆犯の処罰原則について規定したものである。本条は、教唆犯および教唆犯の処罰原則

について次のように規定している。「他人を教唆して罪を犯させた者は、共同犯罪において果たした役割に照らして処罰しなければならない」、「一八歳未満の者を教唆して罪を犯させた者は、重きに従い処罰しなければならない。被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合は、教唆犯について、軽きに従い処罰するかまたは処罰を免除することができる」と。

この規定に関し、中国の学説においては、まず教唆犯の種類についての議論がある。つまり、本条に規定される教唆犯が共同犯罪におけるものだけを指すのかどうかについて、以下の二つの見解が対立しているのである。一つは、第二六条には共同犯罪における教唆犯と非共同犯罪における教唆犯とがあるという見解である。[116] その理由づけは、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合は、教唆犯についても処罰するからであるとされている。[117] もう一つは、第二六条には共同犯罪における教唆犯しか存在しないという見解である。[118] その理由づけは、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合は、教唆犯にとってまさに未遂だからであるとされている。[119] しかし、私としては、第二六条によれば、前者の見解は十分成り立つと思う。

次に、中国の学説には、教唆犯の処罰に関して、議論が存する。既に述べたように、本条では、教唆犯についての処罰は以下の三つの場合に分けているのである。すなわち、① 被教唆者が教唆された罪を犯した場合である。この場合、教唆犯については、その共同犯罪において果たした役割に従って処罰するのである。② 一八歳未満の者を教唆して罪を犯させた場合である。この場合には、教唆犯については、重きに従って処罰しなければならない。③ 被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合である。この場合では、教唆犯については、軽きに従い処罰するかまたは処罰を軽減することができる。以上の三つの場合については、②の場合を除いて激しい議論が存するのである。

①の場合に関する議論は、主に教唆犯が共同犯罪において果たした役割についてはそれをいかに理解すべきかという

点に集中しているのである。言い換えると、教唆犯が共同犯罪において果たした役割は何かという点に議論が集約されているのである。この問題については、以下の三つの見解がある。第一は、その役割は教唆犯の犯罪の情状であるという見解である。[120] つまり、この見解によると、教唆の方法と被教唆者の人数および教唆行為の程度などによって、その役割を判断することになる。第二は、その役割は教唆犯の犯罪の情状だけではなく、犯罪後の結果および犯罪中・犯罪後の態度をも含めるべきであるという見解である。[121] つまり、この見解によると、教唆犯の行為者の危険性[122]およびその犯罪後の態度[123]などによって、その役割を判断することになる。第三は、その役割は教唆行為自体の共同犯罪中における地位と危害性であるという見解である。[124] しかし、以上の議論に鑑みると、この問題を究明することはほとんど不可能であると思われる。というのは、教唆犯は共同犯罪においてあくまで教唆の役割しか果たさないからである。

③の場合の処罰原則（教唆犯について軽きに従い処罰するかまたは処罰を軽減すること）については、肯定説と否定説とが対立している。肯定説の理由づけは、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合には教唆未遂となるので、本条の教唆犯について軽きに従い処罰するかまたは処罰を軽減するという規定は、二〇条の未遂犯の規定[125]と合致するという点に求められる。[126] 否定説は、以下の二つの見解に分かれている。第一は、この場合、被教唆者が教唆された犯罪を犯さなかったので、教唆犯についてはその教唆した行為によって予備犯として処断すべきである、[127] という考え方である。[128] 第二は、この場合、教唆犯にとってはその教唆の行為を遂げたので、既遂犯として処断すべきである、[129] という見解である。[130] しかし、私は、もしこの場合確かに処罰する必要性があれば、それを独立の教唆罪として規定したほうがいいのではないかと思う。というのは、以上の賛否の両説のいずれを採っても、第一項の被教唆者が教唆された犯罪を犯した場合の予備・未遂・既遂という形態と重なることを避けられないからである。

ちなみに、中国における共同犯罪についての判例理論を窺うために、教材・案例匯編などの本に引用された共同犯罪

に関する幾つかの裁判例および中国の人民法院・人民検察院における審理・起訴の過程における議論[131]を、以下に挙げて置きたい。

一　主犯の裁判例

「裁判例一」　犯罪集団の首謀者（主犯）として認定されたもの。[132]

（事実の概要）　①一九八二年九月下旬、被告人A（男、二六歳、無頼ボス）・被告人B（男、三七歳、「大同酒家」の副社長）・被告人C（男、二八歳）・被告人D（女、二三歳）が共謀で画策した後、C・D両被告人が飲食を提供するという名目で、女性労働者甲を騙して被告人Aの家に連れてきた。食後、A・B両被告人が脅迫を加えて甲を輪姦した。②同年十月上旬、被告人らが前掲と同様な手段で女性労働者乙を騙して被告人Bの寄宿舎に連れてきて、乙に酒を飲ませて酔わせたのち、Aが乙を強姦した。Bが強姦しようとしたところ、被害者乙が泣き叫んだので未遂に終わった。③一九八三年夏のある日の晩、被告人Aら三人が恋愛をすることを偽って通りがかりの女性丙を「大同酒家」に連れてきた。そこで、A・B両被告人の画策によって丙を騙してBの寄宿舎まで連れてきた後、Aが脅迫を以て丙を強姦した。④一九八〇年から一九八二年まで、被告人A・Bが被告人C・E（男、二五歳、「大同酒家」の調理師）らを糾合して、Bの職権を利用し客を招いて飲食を提供するという手段で婦女を騙して「大同酒家」等の場所で、単独または共同で一八名の女性を輪姦（猥褻行為も含む）した。そのうち、被告人Aが十一名を姦淫し、被告人Bが八名を姦淫した。特に犯情の悪質なのは、A・B両被告人が精神病のある女性労働者丁を輪姦した後、ビール瓶の頚部を丁の膣部に挿入した点、などである。　（判決の要旨）　被告人A・Bは、首謀者として無頼・強姦[133]の集団を結成し、しかも犯罪場所を提供し、無頼・強姦の犯罪活動を行い、その罪状が非常に重大であり、かつ犯罪の情状も非常に悪質であり、よって法を以て死刑に処する。[134]

「裁判例二」　集合的犯罪の首謀者[135]として認定されたもの。[136]

（事実の概要）　①被告人A（男、三二歳、図書館職員）・B（男、五一歳）は同じ職場に務めていたが、度々仕事の暇を利用して反動思想者と交流し、幾つかの共産党および政府に不満を持っている人を組織化した。②ある日、彼らは、被告人C（男、三四歳、農民）・D（男、二四歳、農民）らを集めてCの家において山岳で遊撃戦を行うための会議を開いた。この会議で、Aが行った「当面の国内・国外の情勢を分析したうえで、時期を待って政権を奪う準備をしておく」との演説に、他の参加者も同意した。しかも、同会議ではA・B両被告人によって、この会議の参加者が各自で金を集めて銃と弾薬を購入することや、Cを派遣してある山岳の地形を観察することなどが決められた。③この会議の後、被告人A・Bは、Bの家や公園などで前後八回に渡って反革命会議を招集した。そのうち、特に第八回の反革命会議において、A・B・C・Dは、それぞれを暴乱の総指揮・参謀長・組織部長・総務部長とする分担を行い、かつ某日、社会に不満を持つ者を集めてある町の人民政府を攻撃したのち、政権を奪うためにある山岳に「根拠地をつくる」ことを決めた。④その日、被告人Aの指揮のもとにおいて、彼らが数百人を糾合してその町の政府を攻撃し、財物を強取しようとする途中、公安部隊に抑圧された。

（判決の要旨）　被告人らが、計画的に多衆を集合して町の人民政府を攻撃したことは、既に刑法第九五条の「凶器を持ち多衆を集合して反乱を起こす罪」[137]に当たる。よってA・B両被告人をそれぞれ死刑に処すると同時に、終身の政治的権利を剝奪する。Cを無期懲役に処すると同時に、終身の政治的権利を剝奪する。Dを十五年の懲役に処すると同時に、五年間政治権利を剝奪する。

「裁判例三」　主要な役割を果たした者[138]として認定されたもの。[139]

（事実の概要）　①被告人A（公安局幹部）は、市場に提供されるタバコの供給が不安定になっているのに乗じて、

タバコを不正に購入してから転売するため、被告人B（あるタバコ工場の工場長）・C（ある街道弁事所主任）・D（ある町工場の営業マン）・E（ある農機管理所の職員）などと結託していた。②彼らの分担は、次のとおりである。Aは Bにタバコを提供させること。Dは売りさばくこと。Cは自分の家をこの犯罪集団の連絡および贓物を分ける拠点として使うこと。Eは自分で務めている農機管理所の口座・領収書を提供すること。③Bは、六回に渡って前後合わせて一八一七箱のタバコ（その価値二九万八千元ぐらいである）を提供した。Aらが、それを転売して得られた利益は四万元位にのぼった。その利益の中から、A・B・C・D・Eは、それぞれ八千・二千六百・三千七百・五千三百・七千二百元あまりを獲得したのである。

（判決の要旨）　Bは、タバコ工場の工場長でありながらその職権を利用して、Aらに転売するために大量にタバコを提供し、かつ不正な利益を得たので、投機空取引[140]集団の主犯とすべきである。Aは、自らBらと結託して投機空取引の犯罪を行い、しかも本犯罪の首謀・画策の役割を演じかつ不正な利益の分配を主宰したので、投機空取引集団の主犯であることが明らかである。

以上挙げた三つの裁判例は、すべて主犯の認定についてのものである。すなわち、冒頭で指摘したように「裁判例一」・「裁判例二」・「裁判例三」は、それぞれが犯罪集団の首謀者・集合的犯罪の首謀者・主要な役割を果たした者に関して認定したものである。言うまでもなく、判決の要旨からすると、前二者を認定するのはそれほど難しくないと思われる。要するにそれは、行為者が共同犯罪において組織・計画・指揮の役割のうちいずれかを果たせればよいからである。ただし、惜しまれるのは、前二者の裁判例がその組織・計画・指揮の概念について何も判示しなかった点である。他方、後者の場合を認定するのは、非常に難しいと考えられる。なぜならば、このような主犯を認定するに当たっては、如何に「副次的な役割」を果たした従犯と区別すべきかという問題が密接に関係するからである。そして、「裁判例三」の「判

決の要旨」からすると、本件において主に被告人Bの職権（即ち身分）によってそれを判断したようである。この区別の実態を更に把握するために、続いて二つの従犯例を見ることにする。

二　従犯の裁判例

「裁判例四」　副次的な役割を果たした者[141]として認定されたもの[142]。

（事実の概要）　①被告人Aは、一九八三年一月から一九八五年五月までの間に、裸体の印刷されたトランプカードを見せることと淫らな言葉および金銭・物質などの誘惑手段を利用して、合わせて五名の女性を自分の家に連れ、姦淫・猥褻行為などを行った外に、自分の妻Bと共同し数回に渡って三名婦女を勧誘・収容して八回の売春をさせたのである。②Aは、自分の家で長期的に女性を弄ぶだけではなく、金銭を取得するという目的を達成するため、淫らな思想および金銭で妻のBを誘惑して売春させたのである。一九八三年三月から逮捕されるまで、彼が自宅に誘い込んだC・D・Eなど六人とBを売春させた。Bはその利益から現金九〇元・セーター一着・鞄一つを貰った。③AはまたBと共謀して、甲・乙・丙など三名の女性を勧誘・収容して二名の男に売春させた。そこで、A・B両被告人は三五元の利益を取得したのである。

（判決の要旨）　被告人Aは、長期に渡って何回も女性を姦淫し、その情状が悪質なので、無頼罪を構成する外に、妻のBを売春させると同時に、自らBと組んで数回に渡って婦女を勧誘・収容して売春させる活動を行ったことから、婦女勧誘・収容罪[143]をも構成し、かつ本件の主犯である。被告人Bも、Aに使役されて婦女勧誘・収容の犯罪活動に部分的に参加したので、よって本件の従犯を構成する。

「裁判例五」　補助的な役割を果たした者として認定されたもの[144]。

（事実の概要）　①被告人A（警察官）・Bは共謀で、被告人Cと共にある県で貯蓄所強盗を働こうと決めたうえで、

Cに打ち明けたところ、Cも同意した。その後、三人はその貯蓄所の観察に赴いたが、Cは自らその場でその貯蓄所の平面図を作成したのである。帰宅後、Aは任務を執行するという名目で勤務先の警察官から「五四」型の拳銃一丁・弾丸八発を借りると同時に、ナイフ・棍棒をも一つずつ用意した。②予定した日程のとおり、被告人三人は、それぞれが犯罪道具を携帯し、その貯蓄所に向かった。そして到着後、彼らは貯蓄所に客がいない昼間であることに乗じて、A・Bがそれぞれ拳銃・ナイフを持って同時に飛びこみ、Cはその貯蓄所の入り口の前で見張りをした。この後、中に入っているBは助けを求めるために大声で叫ぶ営業マン甲を二回に渡ってナイフで刺した。それと同時に、Aも営業マン乙に向けて発砲したが、命中しなかったので、Bは乙に対してもナイフで三回刺したところ、銃声と叫びで付近の住民および通行人たちが騒ぎ始めたので、A・B・Cはただちに逃走した。

（判決の要旨）　被告人A・B・Cがそれぞれ果たした役割から見ると、Aは警察官でありながら犯行の計画・準備から実行に至るすべての行為において首謀的・支配的な役割を果たし、かつ情状も特別に悪質である。Bは積極的に犯行の計画・準備活動に参加し、しかも二人に傷害を与え、罪責が重大である。従って、A・B両被告人は本件において主要な役割を果たした者である。被告人Cは積極的に犯罪地を探知することに関与し、その地点の平面図を自ら作成し、かつA・B両被告人が強盗を行う時に見張りの役をも担当したが、しかし彼が当事件において果たした役割は主要なものではなく、補助的なものであるに過ぎない。

以上に挙げた二つの従犯に関する裁判例は、既に指摘したように前者は「副次的な実行犯」として認定されたのに対して、後者は「幇助犯」として認定されたものである。後者から推測すると、およそ中国の判例では、行為者が共同犯罪において首謀者・実行者・教唆者・脅従者ではないかぎり、「幇助犯」（すなわち「補助的な役割を果たした者」）となりうると言えよう。ところで、問題は前者の場合にあると思われる。というのは、既に主犯に関する裁判例で論述し

た問題点の裏返しになるからである。この点につき、前者の「判決の要旨」からすると、主に「使役」[145]であったかどうかおよび共同犯罪への参加の程度によって、主犯（主要な役割を果たした者）と従犯（副次的な役割を果たしたもの）との区別の基準を立てようとするであろう。次においては、この区別および実務がどのように教唆犯・脅従犯などを把握しているかを探るため、幾つかの「争議例」を見ることにする。

3　争議例

「争議例一」　主犯と従犯との区別に関するもの。[146]

（事実の概要）　①一九八二年十一月八月午後五時頃、被告人A（男、一九歳）・B（男、一八歳）は某市の公園で遊んでいて、二人連れの男女を発見した際、AはBに「呼ぶまで後ろで待っていろ」と言いながら、「モンゴルナイフ」を所持してその男女の前に来て「ちょっと金を貸してくれないか」と申し向けたが、その男が反抗したので、Aは直ぐBを呼んできたところ、既にその男女は自転車を捨てて現場を離れていた。②同年同月十二日午後六時頃、A・Bは相談した後、Aがモンゴルナイフを携帯し、Bが路上で拾った向日葵棒を持って、上述した公園の東部の道路を自転車に乗って通りかかってきた男性を止めてから、Aはその男性の帽子を取っ手自分の頭に掛けて奪うとともに、携帯するモンゴルナイフを抜いたので、その男性は驚いて逃げ出した。③同月十四日午後五時頃、A・Bは一緒に某所にいる甲男と乙女を見つけた後、Aがモンゴルナイフを抜き、Bが路上で拾った棒を持って、その二人の前に至り、Aが甲の帽子を奪うと同時に、Bと一緒に脅迫を加えて甲の服を脱がさせたところ、A・Bの隙に乗じて甲と乙は逃げ出した。④同月二十一日午後九時頃、A・B両被告人は某道路で付近を通りかかった丙女に対して、それぞれがモンゴルナイフ・棒で脅迫し、財布を奪ったのち、またその丙の身体まで検査したが、外の財物はなかったので、解放したのである。その後九時三十分頃、その付近でA・Bは別の強盗を働いているところを、逮捕されたのである。

（争議の要約）　人民法院の審理においては、A・B両被告人は客観面において共同強盗の行為があり、主観面において共同強盗の故意を持っていたので、共同強盗罪を構成すべきであるとされたが、しかし本件における両被告人につき、主犯と従犯とに分ける必要があるかどうかという点に関しては、次のように二種類の意見が存する。

［A説］　A・B両被告人が第一回目の強盗を行う前には、厳密な計画は存しなかった。もちろん、後の数回の強盗についてはその遂行以前に相談があったとは言え、比較的簡単なものに属するので、それによってどちらが組織・指導者であるかを見出だすことはできない。まして、被告人らの供述によると、誰が先に強盗の計画を提出したかという点についても、互いに言い逃がれしており、しかもこのことに関しては他の証拠もない。それ故、主観面から主犯と従犯の区別を行うことは、ほとんど不可能であり、また本件の実際の状況からしても、それを区別することにはあまり意味がないのである。もし彼らの責任に大小の区別があると解されるならば、それを判決の理由で述べたうえで、量刑においてそれを実現すればよいのである。

「B説］　共同犯罪における主従の関係と役割の大小と言うものは、客観的に存在するものである。共同の犯意そのものが形成される過程が複雑な様相を呈しており、その主従の関係を確定し難い場合には、各共同者がその共同犯罪において実行した行為とその果たした役割によって具体的に分析するのが、妥当である。A・B両被告人が二十日余りの間に実行した五回の強盗行為について言えば、彼らが果たした役割は明らかに異なっていると言わなければならない。つまり、Aは主要な役割を果たしたので主犯とすべきであり、Bは副次的な役割を果たしたので従犯とすべきである。このように認定したのは、罪責を区別することにとって有利であって、従ってよりわが国の刑罰精神を現わすのである。[147]

「争議例二」　共同犯罪か従犯か教唆犯かに関するもの。[148]

（事実の概要）　一九八三年八月二十三日午後、被告人Aは、被害者甲の一家を殺害しようとする意図・方法などを

Bに打ち明けた。最初、BはAに「してはいけない」と説得したが、Aの「どうしても甲の一家を殺したい」という決心を聞いた後、Bは、Aに対して「一人でやったらやはり価値があるね」と言った。当日の晩、Aは大工用の斧・懐中電灯等の道具を携帯し甲の家に誰もいないことに乗じて部屋に密かに入りこんだ。深夜の十二時頃、甲の一家が既に熟睡していたので、Aは飛び出して斧で相次いで甲・甲の妻・甲の長男・甲の次男・甲の三男の頭部および身体に力一杯に切り付けた後、斧を持ってBの家に逃亡した。その際、Bが「首尾はどうだったか」と尋ねたのに対し、Aは「五人とも殺したかったが、一人も死んでいなかったらしい」と答えた。そこで、Bは「一人だけ殺したほうがいい」と言った。Aは「まだ間に合う」と言いながら、また斧を持って三叉路（Bの家から六百メートル）に赴いて甲の妻が乗っている手押し車を止めさせ、脅迫して護送する乙に停車を命令したうえで、斧で甲の妻および甲の娘（一一歳）の身体に数回に渡って切り付けたのである。この後、AはBの家の窓まで逃げてきたところ、Bに対し「もういい、二人はまた私に切られた」と言った。BはAに「そろそろ夜明けだ、早く逃げろ」と言った。Aは村付近の山に逃げたが、翌日公安機関に逮捕された。

（争議の要約）　人民法院が本件を検討した際、Aを殺人罪として処罰する点に異議はなかったが、Bを如何に処断すべきかについては、以下のように三種類の意見が存したのである。

［A説］　BとAとは共同犯罪を構成しえない。その理由は、第一にBがAに対し「一人でやったらやはり価値があるね」と言ったが、しかしそれはBが主観面において既に殺人の故意を持っていたとは言えない、という点に求められる。特にこれはAが既に殺意を抱いた後の言葉であり、従って共謀ではない。理由の二番目は、客観的には、Bが殺人の行為を行っていない、ということである。第三の理由は、教唆行為もないということである。この点に関し、Bは「一人だけ殺したほうがいい」と言ったが、それが実はAの二回目の殺人を促す作用を果たしたことを否定し難いにも拘ら

ず、その段階でAは既に甲の一家を殺すということを決心していたのである。それ故、Bの話は単にAの確定された意図に沿ったものに過ぎないので、教唆ではない。

［B説］　BとAとは共同犯罪を構成し、しかも従犯である。その理由は、第一に、BがAの殺人意図に対し、最初は阻止しようとしたが、しかし最後にはやはり賛成の意を表したので、よってAとの間に殺人の共同故意があることを裏づけることができる、という点に求められる。理由の第二は、Bが賛成したことは客観的には、Aに対する精神的援助だ、ということである。まして、Bの「一人だけ殺したほうがいい」という言葉は、Aの二番目の殺人行為を確かに促す役割を果たしたのである。

「C説」　Bは教唆犯であり、厳重に処罰すべきである。その理由は、次の2点に求められる。第一に、Bの「一人だけ殺したほうがいい」という言葉は、Aの二番目の殺人行為を促したので、それが正に教唆行為であると言えること。[149] 第二に、Bの教唆行為はAをして二回目の殺人行為に至らしめ、かつ重大な結果を招いたのであること。[150]

「争議例三」　窃盗の脅従犯か、それとも強盗の脅従犯かに関するもの。

（事実の概要）　被告人A（男、五六歳）は、ある町の生産資料店頭販売部の当番員である。一九八三年一月六日午後十時頃、被告人Bが、ナイフ等の犯罪道具を持って、当番室にいるAに対し、「ドアを開けないと、入って殺すぞ」と申し向けたところ、Aはやむを得ず開けたが、Bの手に握られたナイフに驚いて、即座に座ったまま「勘弁して下さい」と言った。BはAの様子を見てAに対し、「我々は既にこの店を包囲した。僕のいうとおりにやってくれ、さもないと、君の頭を切ってしまうぞ」と続いて脅迫した。Aは急いで「はい、はい」と答えた。そこで、Bはのみで箱を開けてその中から軍人用のコートを取り出してから、またのみで金庫を開けようとしたが、失敗したので、Aに大きな声で「大きな金槌を捜してこい」と命令した。Aが金槌を持ってくると、Bはそれで金庫を突き破って一千八百元を獲得

したが、その内から百元をAに手渡した。

（争議の要約）　この事案の審理に当たって、ある人民法院が、Aは窃盗の脅従犯なのか、それとも強盗の脅従犯なのかという点について議論があったのである。

［A説］　Aは窃盗の脅従犯として認定すべきである。それは、彼がBの脅迫を受けたとは言え、主観的にはBと共に窃盗の故意が存在し、客観的には窃盗の行為も存するからである。

［B説］　Aを強盗の脅従犯と解すべきである。何故ならば、客観面においてかれはBの脅迫によってやむを得ず強盗行為を行ったのであり、主観面においても共同して強盗の故意が存したからである。[151]

「争議例四」　強盗の計画に関与し、かつ盗品の配分に与ったが、犯罪現場には行かなかった者について、共同犯罪を構成するかどうかに関するもの。[152]

（事実の概要）　一九八六年六月十八日昼間、被告人Aは、S駅の単身寄宿舎で誰が賭博するかを知った後、その掛金を強奪することをB・Cと共謀した。そして、三人が共に自転車でその寄宿舎の構外の付近を通りかかったところ、Cが以前に知り合った女友達に偶然出会った。その際、Cは自転車から降りて同女に挨拶した。そこで、A・BはCを待たずに自転車を降りてからナイフを持ってその寄宿舎二階の三号室に飛びこんで、賭博をしている甲から九六元を奪った。この後、Cは、A・B両被告人と一緒にBの家に行ったのち、その九六元から一〇元を獲得した。

（争議の要約）　人民検察院では、Cにつき強盗罪として起訴するかどうかということを巡って、次の二種類の意見が見られた。

［A説］　被告人Cは強盗に当たって事前の共謀に関与し、かつ犯罪の現場付近まで同行したし、しかも事後において積極的に盗品の分配に参加したが、しかし具体的な強盗行為が行われた時、彼は現場にはいなかったので、共同犯罪

の行為があるとはいえないわけで、彼の行った行為は犯罪を構成しえないのである。

［B説］　被告人Cは事前に強盗の共謀に関与し、かつ一緒に自転車で現場へ向かったし、また強盗後盗品の分配のためA・Bと共にBの家に行ったので、一定の強盗の行為を行わなかったとはいえないから、彼の行為は強盗罪を構成するのである。(153)

「争議例五」　仲間が強盗する時にその犯罪現場にいただけで共同犯罪が成立するか否かに関するもの。(154)

（事実の概要）　一九八七年八月十五日午後、被告人A・B・C・Dは、一緒にSレストランで酒を飲んでからY地に行く途中、被害者甲・乙と逢った際に、A・Bが甲と乙を止めてからそれぞれナイフで「金を出せ」と脅迫し、かつ甲が「金はない」と答えると、A・B・Cは甲・乙を殴ったうえ、乙の腕時計一個・タバコ一箱を奪い、甲のタバコ一箱を奪った。その時、被告人Dは現場で立ったまま行動をしなかった。

（争議の要約）　検察院においては、被告人A・B・Cに関しては共同して強盗罪を構成するが、被告人DについてはA・B・Cと一緒に強盗罪を構成するか否かという点を巡って、以下の二種類の意見に分かれた。

［A説］　被告人Dは犯罪現場にいただけで、他の被告人に対し助勢する役割を果たしたので、共同犯罪を構成し強盗罪として処罰すべきである。

［B説］　被告人Dは犯罪現場にいたが、しかし彼は他の被告人と事前に共謀しなかったし、かつ他の被告人が強盗を行うとき彼は何等の行為にも出なかったのであって、強盗の動機と行為は存しないこととなり、従って強盗罪を構成しないのである。(155)

以上挙げた五つの「争議例」から見ると、おそらく次のような結論が許されるであろう。まず、「争議例一」についてであるが、その［B説］は、主に行為者の共同犯罪への参加の程度によって主犯と従犯とを区別しようとするが、し

かしその程度がいくら異なっても、おそらく共犯者行為の性質にまで及ぼすことはできないであろう。なお、その両方の意見とも行為者の主観面によって主犯と従犯とを区別しようとする傾向があった、いう点に留意すべきであろう。ちなみに、その区別について、学説は一般に各共同犯罪者の行った犯罪活動の過程における地位・分業および関与の程度・犯罪結果への作用等によって判断すべきだとしている。(156)

次に、「争議例二」に関してであるが、何といっても［A説］は賛成し難いであろう。というのは、中国の刑法二二条に従うならば、A・Bの間に共同犯罪が成立することは、明らかだからである。ただし、Bの行為は二段階に分けるべきではなかろうかと、私は思う。すなわち、「一人でやったらやはり価値があるね」という言動を、第一の段階とするのに対して、「一人だけ殺したほうがいい」といったことを、第二の段階とするのである。この意味で、前の段階においてBは殺人罪の従犯となるのに対して、後の段階において彼は殺人の教唆犯となるわけである。それ故、［B説］・［C説］のいずれも、片面的見解であるに過ぎないと言えよう。

第三に、「争議例三」についてであるが、この「争議の要約」からすると、［A説］・［B説］のいずれも、被告人Aを脅従犯として処罰しようとする点において異議はないが、ただ何罪として処罰するかということについて見解が分かれるのである。しかし、中国刑法二五条などによれば、［B説］には無理があるように思われる。

第四に、「争議例四」であるが、私は、中国刑法二二条に基づくならば、［B説］の結論に賛成することができるが、しかし残念ながら［B説］は、被告人Cの犯罪形態について何も触れなかったのである。

最後の「争議例五」に関してであるが、被告人Dが他の被告人と共同犯罪を構成しうるかどうかは、結局それらの行為者の間に、「共同犯罪の故意」と「共同犯罪の行為」が存したかどうかによって判断すべきであると思われる。しかし、惜しむらくは、本件の「争議の要約」においてはこの点が論じられていない。この意味で、仮にその二つの意見のいず

れかが、結論的に正しいものであっても、やはり根拠を欠いたものと言わざるを得ないであろう。

なお、中国の人民法院は、本稿「序」の注に挙げた「無頼集団」の事案での甲・乙・丙を主犯として処罰し、[157]本節二（第二三条「主犯およびその処罰原則」）の部分で挙げた窃盗の事案での甲・乙をそれぞれ主犯・従犯として処罰し、[158]三（第二四条「従犯およびその処罰原則」）の部分で挙げた殺人の事案での乙・丙を従犯として処罰したのである。[159]

以上、中国の教材・案例匯編等の本に挙げられた共同犯罪に関する五つの裁判例および五つの争議例について考察した。ここで挙げた判例および争議例を総合的に見ると、法院または検察院は、共同犯罪の構成要件を明示しないまま、「首謀者」に属する主犯――つまり、「犯罪集団または集合的犯罪において組織・計画・指揮の役割を果たした犯罪者」・教唆犯（自らが実行行為を行う場合を除いて）――の外に、行為者が共同犯罪において果たした役割によって、共犯者を認定しようとするものと解される。ところで、その役割の大小が何によって判断されるべきか（すなわちその判断の基準とは何なのか）、という点については必ずしも明確化されたとは言えない。もちろん、これまで考察してきた幾つかの裁判例・争議例および学説は、主に共同犯罪の過程における「身分」・「参加の程度」・地位・分業などによって、それを判断しようとするが、しかしそれらがいくら異なっても、おそらく共犯者の行為の性質にまで及ぼすことはできないであろう。言葉を換えて言えば、行為者が犯罪の実行行為を行った以上、仮に犯罪の情状がどのようであろうと、あくまで実行犯ではなかろうか。この意味で考えると、中国の立法者にとって、共犯者に関する現行の規定を改めるべく工夫する必要があるように思われる。なお、「争議例四」から明らかなように、中国の検察官には、共謀自体によって共同犯罪を構成しうるか否かという問題について、学説と同じような議論が存するのである。

六　小括

以上、中国刑法における共同犯罪の規定を巡る理論の現状を概括的に考察した。この考察から、中国での共犯現象に関する共同犯罪理論と日本のそれとはかなり違うということが分かるはずである。もちろん、その原因は、要するに両国の共犯現象に関する規定が異なっている点に求められる。そして、その異なっているところとして、次の諸点を挙げることができるであろう。

第一は、共犯という現象の定義につき、中国では規定が存在するのに対して、日本には存しないことである。

第二は、共犯者の種類について、中国ではそれを主犯、従犯、脅従犯、教唆犯に分けているのに対して、日本ではそれを共同正犯、従犯、教唆犯に分けていることである。

第三は、従犯の概念およびその処罰の原則が異なっていることである。つまり、中国では、「共同犯罪において副次的なまたは補助的な役割を果たした者は、従犯である。従犯については、主犯に比較して、軽きに従い処罰するか処罰を減軽または免除しなければならない」と規定しているのに対して、日本では、「正犯ヲ幇助シタル者ハ従犯トス。従犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減軽ス」と規定しているのである。

第四は、教唆犯の処罰については、中国では教唆犯が共同犯罪において果たした役割にしたがって処罰するのに対して、日本では正犯に準ずるのである。

なお、以上の考察から明らかなように、中国刑法における共同犯罪に関する規定およびその理論には決して期待されるところがないとはいえないが、しかしその中でも犯罪集団・集合犯において組織・計画・指揮の役割を果たした者を主犯として重く処罰することは、とりわけ注意すべきであると思われる。

では、もし以上の中国の共同犯罪の規定に基づく理論によれば、「共同正犯」の意味での共謀者は、如何に処罰されるのであろうか。次節では、この問題について分析することを試み、その上で日本の「共謀共同正犯論」とその肯定説との差異を見出だすことにする。

[註]

(1) なお、「共同犯罪」と関連がある条文として、第一編「総則」第五章「その外の規定」のなかに、首謀者の定義(八六条)などが規定されている。

(2) 中央法政幹部学校刑法教研室編著・『中華人民共和国刑法総則講義』法律出版社一九五八年一五七頁。

(3) 高格主編・『刑法教程』吉林大学出版社一九八四年版一四五頁。

(4) 法学教材編輯部刑法学編写組・『刑法学』法律出版社一九八七年一八九頁。

(5) 『中国大百科全書・法学』中国大百科全書出版社一九八四年版一七一頁。

(6) 高格主編・前掲『刑法教程』一四五頁など。

(7) 楊春洗等編・『刑法総論』北京大学出版社一九八一年版一九四～一九五頁、楊敦先主編・『刑法学概論』光明日報出版社一九八五年版一七七頁など。

(8) 李光燦主編・『中華人民共和国刑法論』吉林人民出版社一九八四年版二八三頁、馬克昌・羅平・「共同犯罪の概念とその要件について」『法政論壇』一九八五年第四期三四頁など。

(9) 曹子丹・汪保康・「共同犯罪における若干問題の研究」『刑法学専論』北京大学出版社一九八九年十一月一八七頁。

(10) 陳興良・『共同犯罪論』中国社会科学出版社一九九二年一〇五頁。

(11) 姜偉・『犯罪故意と犯罪過失』群衆出版社一九九二年四一四～四一五頁。

(12) 高格・「共同犯罪における若干理論問題の検討」『吉林大学社会科学学報』一九八二年第一期六五頁。

(13) 陳興良・「わが国の刑法における片面的共犯について」『法学研究』一九八五年第一期四九頁以下。

(14) 李光燦・馬克昌・羅平・『共同犯罪について』中国法政大学出版社一九八七年三八頁。
(15) 李敏・「片面合意的な共同犯罪について」『法政論壇』一九八六年第三期四〇頁以下。
(16) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一八九～一九〇頁参照。なお、陳興良・「共同犯罪中の問題」『新中国刑法学研究総述』河南人民出版社一九八六年十一月三四四～三四五頁参照。
(17) 孫鷹傑・周其華編・『実用刑法読本』吉林人民出版社一九八五年一六二頁。
(18) 李洪海・『刑法学概論』天津人民出版社一九八四年一七九頁。
(19) 陳興良・前掲『共同犯罪論』八二頁。
(20) 曹子丹・汪保康・前掲「共同犯罪における若干問題の研究」二一三頁。
(21) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一八八頁など。
(22) 法学教材編写組・前掲『刑法学』一八八頁。
(23) 中央法政幹部学校刑法教研室編・『中華人民共和国刑法総則講義』法律出版社一九五八年一五六頁。本訳文は、夏目文雄・「中国における共犯論」愛知大学『法経論集』法律編七一号昭和四十八年四一頁によるものである。
(24) 欧陽涛・張縄祖ほか著・「中華人民共和国刑法注釈」北京出版社一九八〇年。本訳文は、平野龍一・浅井敦編・『中国の刑法と刑事訴訟法』一九八二年三月七六頁によるものである。
(25) 法学教材編写組・前掲『刑法学』一八八頁など。
(26) 法学教材編写組・前掲『刑法学』一八八頁など。
(27) 高銘暄・『刑法総則要議』天津人民出版社一九八六年一七五頁以下など。なお、中国では、異なる基準によって、共同犯罪を多様な形式に分けている。たとえば、先にみた行為者の行為には分担があるかどうかによって、共同犯罪を単純な共同犯罪と複雑な共同犯罪とに分けるのは、それである。そのほかに、各共同者が、組織されたかどうかによって、共同犯罪を一般的共同犯罪と特殊的共同犯罪（犯罪集団）とに分けるものや、共同犯罪の故意が形成された時期によって、それを事前に通謀のある共同犯罪と事前に通謀のない共同犯罪とに分けるものや、共同犯罪が任意的に形成されたかどうかによって、それを任意的共同犯罪と必要的共同犯罪とに分けるものなどがある。
(28) 中国では、一般に共謀については次のように解釈されている。すなわち、共謀とは、二人以上が行われようとする犯罪

について謀議・画策・相談を行うことである（陳興良・前掲「共同犯罪中の問題」三六〇頁など）。

(29) 高格・前掲「共同犯罪における若干理論問題の検討」六五頁。

(30) 高格・前掲「共同犯罪における若干理論問題の検討」六五頁。

(31) 鄭定一・「共謀だけの場合は共同犯罪を構成しないか」『法学』一九八四年第六期二六頁、陳興良・前掲『共同犯罪論』八七頁など。

(32) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』三六頁。

(33) 曹子丹・汪保康・前掲「共同犯罪における若干問題の研究」二一五頁参照。

(34) 曹子丹・汪保康・前掲「共同犯罪における若干問題の研究」二一五頁参照。

(35) 楊春洗等編・前掲『刑法総論』一九三～一九四頁など。

(36) 中国刑法の第一四条は刑事責任年齢について規定したものである。この規定によれば、満一六歳以上の者が罪を犯した場合は、刑事責任を負わなければならない（第一項）。満一四歳以上一六歳未満の者が、殺人・重傷害・強盗・放火・常習窃盗またはその他の社会秩序を著しく破壊する罪を犯した場合は、刑事責任を負わなければならない（第二項）。満一四歳以上一八歳未満の者が罪を犯した場合は、軽きに従い処罰するかまたは処罰を軽減しなければならない（第三項）。一六歳未満のために処罰されない者は、その家長または監護人に管理・教育を命じる。必要なときには、政府が収容して矯正させることもできる（第四項）。

(37) 中国刑法の第一五条及び第一六条は刑事責任能力について規定したものである。まず、第一五条の規定によれば、精神病者が自己の行為を弁識し、または抑制することができずに危害結果を引き起こしたときは、刑事責任を負わないが、ただしその家族または監護人に厳しい監護と医療を命じなければならない（第一項）。間歇性精神病者が精神正常時に罪を犯したときは、刑事責任を負わなければならない（第二項）。酩酊者が罪を犯したときは、刑事責任を負わなければならない（第三項）。次に、第一六条の規定によれば、聾唖者または盲人が罪を犯したときは、軽きに従い処罰するか、処罰を軽減または免除することができる。

(38) 林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』一九八七年三九～四〇頁など参照。

(39) 馬克昌・「共同犯罪と身分」『法学研究』一九八六年第五期二二頁以下。

(40) 張明楷・「強姦罪の主体について」『法学評論』一九八八年第五期五八頁など。

(41) 自然的な身分とは、自然的要素によって個人に与えられる身分をいう。たとえば、性別・年齢・血縁などは、それである。これに対して、法定的な身分とは、法律によって個人に与えられる身分をいう。たとえば、職務・職責などは、それである（陳興良・前掲『共同犯罪論』三五〇頁など参照）。

(42) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』一五二頁、陳興良・前掲『共同犯罪論』三六〇～三六一頁など。

(43) 中国刑法の第九一条によると、祖国に背叛する罪とは、行為者が秘密裡に外国と通謀し、中国の国家主権・領土保全および安全に危害を及ぼすか、売り渡そうと画策する行為をいう。たとえば、秘密裡に敵国と通じて中国に対して侵略戦争を起こさせるとか、あるいは、中国の国家安全に危害を与えるなどの活動を行うなどである。本条の罪を構成するならば、無期懲役、十年以上の有期懲役または死刑に処する。

(44) 中国刑法の第一九一条によると、郵便電信工作人員が違法に郵便物・電報を開封し、またはこれを隠匿、毀棄したときは、二年以下の有期懲役または拘役に処する。本条は郵便工作人員郵便・電信通信妨害罪について規定したものである。本条の罪を構成するものは、郵便電信工作人員だけに限られる。もし郵便電信人員ではなく、他の公民がこのような行為を行った場合は、中国刑法第一四九条に規定されている公民通信自由侵害罪に基づいて処罰する。その規定によると、他人の信書を隠匿・毀棄または不法に開封し、公民の通信の自由を侵害して、情状の重い者については、一年以下の有期懲役または拘役に処することができる。

(45) 中国刑法の第一五五条第一項によると、「国家工作人員が職務上の立場を利用して、公共の財物を不法に領得したときは、五年以下の有期懲役または拘役に処する。巨額にのぼり、情状の重い者は、五年以上の有期懲役に処する。情状の特に重い者は、無期懲役または死刑に処する」。本条は、国家公務員業務上横領罪について規定したものである。本条の罪を構成するものは、国家公務員だけに限られる。もし国家公務員ではなく、公私財物の窃取が相当の額にのぼる他の者は、中国刑法第一五一条に規定されている窃盗罪に基づいて処罰する。その規定によると、公私の財物の窃取・詐欺・奪取が相当の額に上る者については、五年以下の有期懲役・拘役または管制に処することができる。

(46) 馬克昌・前掲「共同犯罪と身分」二五頁。

(47) 呉振興・『教唆犯論』吉林人民出版社一九八六年一六七頁。

(48) 陳興良・前掲『共同犯罪論』三六二頁。
(49) 陳興良・前掲『共同犯罪論』三六二頁。
(50) 陳興良・前掲『共同犯罪論』三六二頁。
(51) 陳興良・前掲『共同犯罪論』三六五頁。陳助教授によると、たとえば非国家工作人員である甲は金を窃取したいが、国家工作人員である乙は甲に自分の管理している金を窃取させると同時に、甲のために情報をも提供した場合には、乙には横領罪の間接実行犯が成立すると同時に、窃盗罪の幇助犯も成立するので、従って観念的競合によって処断すべきであるとされている。
(52) 大場・前掲『刑法総論』一〇二〇頁以下、福田・前掲『刑法総論』二四二頁など。
(53) 草野・前掲『刑法要論』一三八頁。
(54) 佐伯・前掲『刑法講義・総論』三五六頁以下。
(55) 植田・前掲『刑法要説・総論』一七四頁以下。
(56) 呉振興・前掲『教唆犯論』一六九頁、陳興良・前掲『共同犯罪論』三六四頁など参照。
(57) 馬克昌・前掲「共同犯罪と身分」二四頁。
(58) 陳興良・前掲『共同犯罪論』三六五頁。
(59) 林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』三三頁。
(60) 中国の理論によると、社会関係とは、人々が生産及び共同生活の過程において形成した人と人との間の相互的な関係である。そして、社会関係は物質関係と思想関係とに分けられる。前者は経済的基礎を指し、後者は上部構造を指す。犯罪が社会に危害を与える理由は、犯罪が中国の刑法によって保護されるこれらの社会主義的社会関係を侵害するからである。中国の刑法が保護するところの社会関係は、刑法の第一〇条に規定されている。たとえば、人民民主専制政権と社会主義制度や、全人民所有または労働大衆による集団所有財産及び公民個人が合法的に所有する財産や、公民の人身の権利・民主の権利及びその他の権利などが、それである。これらの社会関係が犯罪行為により侵害を受けた場合、犯罪の客体となる。
(61) ごく最近、日本でも中国と同じ意味で犯罪客体を理解する見解が見られる。たとえば、夏目文雄・上野達彦が共著した『犯罪概説』第三章「犯罪の客体」の中（一九九二年一月八九―九〇頁）においての論述は、それであると言えよう。

(62) 中国刑法に規定される反革命罪の種類は、次の通りである。祖国に背叛する罪・政府の転覆を陰謀する罪・国家の分裂を陰謀する罪・裏切って敵に投降する罪・反乱を起こさせることを策動する罪・凶器を持って聚合して反乱する罪・聚合して監獄を襲う罪・脱獄を組織する罪・スパイの罪・特務の罪・利敵行為の罪・反革命集団を組織し指導する罪・反革命集団に積極的に参加する罪・封建的迷信を利用して反革命活動を行う罪・会堂門を組織し利用し反革命活動を行う罪・反革命破壊罪・反革命殺人罪・反革命傷害罪・反革命宣伝煽動罪。

(63) 中国刑法に規定される公共の安全に危害を及ぼす罪の種類は、次のとおりである。放火罪・溢水罪・爆破罪・毒物混入罪・失火罪・過失による溢水罪・過失による爆破罪・過失による毒物混入罪・その他の危険な方法で公共の安全に危害を及ぼす罪・交通手段破壊罪・交通設備破壊罪・電力とガスおよびその他の可燃可爆設備破壊罪・過失による交通手段破壊罪・過失による交通設備破壊罪・過失による電力とガスおよびその他の可燃可爆設備破壊罪・通信設備破壊罪・過失による通信設備破壊罪・鉄砲と弾薬及び爆発物不法製造罪・鉄砲と弾薬及び爆発物不法売買罪・鉄砲と弾薬及び爆発物不法運搬罪・鉄砲と弾薬及び爆発物不法窃盗罪・鉄砲と弾薬及び爆発物強取奪罪・交通事故惹起罪・重大責任事故罪・危険物管理規定に違反して事故を発生させる罪。

(64) 中国刑法に規定される社会主義経済を破壊する罪の種類は、次のとおりである。密輸罪・投機空取引罪・計画配給切符偽造罪・計画配給切符転売罪・脱税罪・納税拒否罪・国家貨幣偽造罪・偽造国家貨幣運搬罪・有価証券偽造罪・有価切符切手偽造罪・集団生産破壊罪・国家特定資金物質流用罪・商標盗用罪・特許盗用罪・林木盗伐罪・林木濫伐罪・水産物不法捕獲罪・不法狩猟罪。

(65) 中国刑法に規定される公民の人身の権利・民主的権利を害する罪は、次のとおりである。故意による殺人罪・過失による殺人罪・故意による傷害罪・過失による重傷害罪・拷問による自白強要罪・集合して「殴打・破壊・略奪」を行う罪・誣告陥害罪・強姦罪・幼女姦淫罪・婦女売春強要罪・人身拐取売買罪・選挙破壊罪・不法監禁罪・不法管制罪・不法捜査罪・住居不法侵入罪・侮辱罪・誹謗罪・報復陥害罪・宗教信仰の自由不法剝奪罪・少数民族の風俗習慣侵害罪・偽証罪・通信自由侵害罪。

(66) 中国刑法に規定される財産を害する罪は、次のとおりである。強盗罪・窃盗罪・詐欺罪・奪取罪・常習的窃盗罪・常習的詐欺罪・恐喝罪・公務員横領罪・故意に公私財物を損壊する罪。

(67) 中国刑法に規定される社会の管理秩序を妨害する罪は、次のとおりである。公務妨害罪・社会秩序攪乱罪・公共秩序破壊罪・無頼行為罪・逃走罪・犯人蔵匿・隠避罪・鉄砲弾薬私蔵罪・偽薬製造販売罪・迷信による財物詐欺罪・国家公務員を詐称した詐欺罪・公文書・証明書・印章を偽造・変造・奪取・毀棄する罪・賭博罪・婦女勧誘・収容売春罪・猥褻書画製造販売罪・毒物製造販売運搬罪・贓物隠匿販売罪・貴重文物密輸出罪・貴重文物・名所旧跡破壊罪・国境標識・境界杭・測量標識破壊罪・国境不法越境罪・不法越境手配運送罪・国境衛生憲検疫規定違反罪。

(68) 中国刑法に規定される婚姻家庭を妨害する罪は、次のとおりである。婚姻自由干渉罪・重婚罪・軍人の婚姻を破壊する罪・虐待罪・遺棄罪・児童誘惑離脱罪。

(69) 中国刑法に規定される瀆職罪は、次のとおりである。収賄罪・贈賄罪・増収賄仲介罪・国家重要機密漏洩罪・職務懈怠罪・不正裁判罪・被収監者体罰虐待罪・犯罪者違法釈放罪・郵便電信通信妨害罪。

(70) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一一一～一一二頁参照。

(71) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一一二頁参照。

(72) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一一三頁参照。

(73) 木村・前掲『全訂新刑法読本』一七四頁。

(74) 中国刑法理論は、一般的に犯罪の客体と犯罪の対象との間には、次の区別があるとされている。第一に、犯罪の客体は中国刑法によって保護され、犯罪行為によって侵害される社会主義的社会関係であり、かつ犯罪の性質を決定するものであるのに対して、犯罪の対象は社会関係ではないので、それが犯罪の性質を決めることはできないのである。第二に、犯罪の客体はすべての犯罪を構成するための要件であり、それがないと犯罪も存在しないのに対して、犯罪の対象はすべての具体的犯罪を構成するための要件ではないのであり、たとえば中国刑法における九八条の反革命集団罪・一六一条の逃走罪・一七六条の国境不法越境罪などが犯罪の対象を欠いている［この点に関して、いかなる犯罪にも必ず犯罪の対象があるという反論も見られる（林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』三七頁）］。第三に、いかなる犯罪も必ずある具体的な社会関係を侵害するのであり、つまり、一定の客体を侵害するのであるのに対して、犯罪の対象は損害を受けないかも知れないのである。

(75) 中国の刑法理論においては、一般的にこの種類の主犯を「組織犯」と呼んでいる。

(76) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一九五頁以下。
(77) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一九六頁など。
(78) 高銘暄・前掲『刑法総則要議』一八五頁。
(79) 陳興良・前掲『共同犯罪論』二〇四頁。
(80) 中国における「集合的犯罪」とは、一般に仲間を組む犯罪―すなわち事前に謀議するかまたは偶然に不特定多数を集合して行われた犯罪である（劉之主編・『中華人民共和国大辞書』長春人民出版社一九九一年一一二四頁など）と言われている。たとえば、多衆を集合して駅・埠頭・民間飛行場・市場・公園・映画館・展覧会場・運動場その他公共の場所の秩序を混乱させ、或いは交通を遮断するかまたは交通秩序を破壊するなどである（劉之主編・前掲『中華人民共和国大辞書』一一二五頁など）。
(81) 何秉松主編・『刑法教程』法律出版社一九八七年一三二頁など。
(82) 斉湘泉・「首謀者と主犯とについて」『電大法学』一九八四年第五期三九頁。
(83) 薛恩勤・李文芳・「主犯略論」『電大法学』一九八四年第二期三七頁。
(84) 王作富主編・『中国刑法適用』中国公安大学出版社一九八七年十一月一七六頁など。
(85) 高銘暄・前掲『刑法総則要議』一七九頁、法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一九三頁など。
(86) 呉文翰・「共犯における幾つかの問題について」『法学研究』一九八二年第一期一三頁。
(87) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一二四頁。なお、王作富主編・前掲『中国刑法適応』一七一頁など参照。
(88) 王作富主編・前掲『中国刑法適用』一八二頁など。
(89) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一九九頁など。
(90) 王作富・『中国刑法研究』中国人民大学出版社一九八八年七月二五四頁。
(91) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一九九頁など。
(92) 張尚『中華人民共和国刑法概論・総則部分』法律出版社一九八三年一九三―一九四頁。
(93) 陳興良・前掲『共同犯罪論』二一九頁など参照。
(94) 梁世偉・『刑法学教程』南京大学出版社一九八七年二〇九頁。

(95) 梁世偉・前掲『刑法学教程』二一〇頁。
(96) 中国社会科学院語言研究所詞典編輯室編・『現代漢語詞典』一九七九年版三三五頁。
(97) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一〇二頁。
(98) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一三三頁。
(99) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』七四頁、林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』八七頁など。
(100) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一三九頁、林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』八八頁など。
(101) 林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』八七頁。
(102) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一三九頁。
(103) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』二〇〇頁、李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』七四頁など。
(104) 王小鳴・「脅従犯の若干問題の検討」『法制建設』一九八六年第三期三七頁。
(105) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一三六―一三七頁など。
(106) 陳忠槐・「脅従犯について」『法学研究』一九八六年第五期二六―二七頁など。
(107) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一三九頁。
(108) 張尚・前掲『中華人民共和国刑法概論・総則部分』一九六頁。
(109) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一三七頁。
(110) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』二〇一頁など。
(111) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』七四頁など。
(112) 趙秉志主編・『刑法改正研究綜述』中国人民公安大学出版社一九九一年一五九頁参照。
(113) 趙秉志主編・前掲『刑法改正研究綜述』一五九頁参照。
(114) 第一三条は、不測のできごとについて規定したものである。本条は、不測のできごとについて次のように規定している。「行為が客観的に損害を生み出す結果となったとしても、故意または過失によるものではなく、不可抗力または予見できない自由から引き起こされたものは、犯罪とは認めない」。この規定によると、いわゆる不測のできごととは、行為者の意思

以外の原因により発生した不測の事態を指し、行為者の故意または過失によるものではないので、犯罪とは認められないものである。例を挙げれば、Aが馬車に乗ってフェンス囲いの球技場の横を通過しようとしていたところ、球技場から飛び出してきたバレーボールが馬にあたり、驚いて暴走する馬をAは制止しきれずに、道にいた子供をはねて死なせてしまった、ような場合である。これはAには予見できない状況下で、しかも不可抗力によるのでAは刑事責任を問われない。行為者は不測のできごとに対して刑事責任を負わない。

(115) 第一八条は、緊急避難について規定したものである。本条は、緊急避難について次のように三項に分けて規定している。第一項は、「現に発生している危険から公共の利益・本人または他人の人身およびその他の権利を守るため、やむをえずとった緊急避難行為は、刑事責任を負わない」のである。第二項は、「必要な限度をこえて不相当な危害を加えた緊急避難は、刑事責任を負わなければならない。ただし情状を酌量して処罰を軽減または免除しなければならない」のである。第三項は、「第一項の本人の危険を避けるという規定は、職務上・業務上特定の責任ある者には適用しない」のである。この規定に基づいて、中国の学説では緊急避難が成立するためには、一般的に以下の四つの条件を備えなければならないとされている。第一に、公共の利益・本人または他人の人身およびその他の権利が危険にさらされるという脅威を避けるためのものでなければならない。第二に、危険が発生しつつあるものでなければならない。第三に、その他のいかなる方法によっても危険を排除しえないという状況の下でやむをえずとった行為でなければならない。第四に、必要な限度をこえてはならないのである。いわゆる必要な限度とは、避難行為が与えた損害が、避けられるべき損害よりも小さくなければならないことを言う。

(116) 呉振興・前掲『教唆犯について』八七頁。
(117) 呉振興・前掲『教唆犯について』一〇四―一〇五頁。
(118) 陳興良・前掲『共同犯罪論』二五九頁。
(119) 陳興良・前掲『共同犯罪論』二六一頁。
(120) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』九〇頁参照。
(121) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』九〇頁参照。
(122) たとえば、教唆の動機・目的および常習的な教唆など。

(123) たとえば、自首および中止があるかどうかなど。
(124) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』九〇頁。
(125) 中国刑法第二〇条は、犯罪の未遂および未遂犯をどう処罰するかについて規定したものである。本条は、未遂の定義および未遂犯の処罰原則について次のように規定している。「犯罪の実行に着手し、犯罪者の意志以外の原因によってこれを遂げなかったものは、犯罪の未遂である。未遂犯については、既遂犯に照らして、軽きに従い処罰するかまたは処罰を軽減することができる」。中国の学説では、この規定によると、一般的に犯罪の未遂には次の三つの特徴があるとされている。その一は、行為者が既に犯罪の実行に着手していることである。その二は、行為者が予期した結果を得ることができなかったことである。すなわち、行為者が求めた危害結果がなお発生していないことである。その三は、行為者の意志以外の原因によって、犯罪が予期した結果を得ることができなかったことである。すなわち、行為者の本心に背いたその他の原因である。
(126) 林準主編・『中国刑法教程』人民法院出版社一九八九年一四一頁。
(127) 魏克家・「教唆犯におけるいくつかの問題について」『刑法学論集』北京市法学会編一九八三年一三九頁、李光燦主編・前掲『中華人民共和国刑法論・上冊』二九六頁。
(128) 周知のように、他の国には、明文によってこのような場合での教唆犯を予備犯として処罰するという立法例がある。たとえば、一九五二年のアルバニア刑法典第一四条の第四項では、『他人を教唆して罪を犯させた教唆犯または他人の犯罪を幇助した幇助犯は、他人が何等かの犯罪を実行しなくても、その予備行為については刑事責任を負わなければならない』と規定している（北京大学法学部刑法研究室編・『刑法参考資料・㈣』一九七九年一四九頁）。
(129) 李光燦など著・『刑法因果関係論』北京大学出版社一九八六年二四〇頁など。
(130) 他国には、この見解と似ている立法例がある。たとえば、アメリカ模範刑法典第五〇二条の第二項には、「もし行為者が教唆された被教唆者と連絡を取りたかったが、しかし取れなかった場合には、その行為者については本条の第一項を適用して構わない」と規定している。本条の第二項は、教唆犯についての一般的な規定である。いわゆる「第一項を適用して構わない」とは、教唆の既遂犯として処罰するという意味である。
(131) 以下において、私は、このようなものを「争議例」と呼ぶことにする。ちなみに、ここで挙げようとする裁判例・争議

例のいずれも、それを引用した教材・案例等の本自体に引用符号がなかったので（一九八六年五月、安徽人民出版社に出版された『難解な刑事判例の解明』という本の中において共同犯罪部分を執筆した私の経験からすると、挙げられたものは、原判決に忠実であると思われる）、事実・判旨・争議点に該当する部分を、「事実の概要」・「判決の要旨」・「争議の要約」とすることにしたい。

(132) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一九六～一九七頁。

(133) 無頼・強姦というのは、本稿において既に何度も使用されてきたが、ここであらためて中国刑法に規定されている「無頼罪」・「強姦罪」等につき、若干触れることにする。まず、中国刑法第一六〇条等によれば、「無頼罪」とは、多衆が集合して殴り合いをしたり、他人に言いがかりをつけて騒ぎを起こしたり、婦女を侮辱したり或いはその他の無頼行為を行い、公共の秩序を破壊した場合で、しかも情状の悪質な場合をいう。本罪を犯したものについては、死刑・七年以上の有期懲役・拘役または管制に処することができる。特に無頼集団の首謀者に対しては、「死刑または七年以上の有期懲役に処す」べき旨を定めている。次に、刑法第一三九条は、「強姦罪」等について以下のように規定している。すなわち、「暴力・脅迫またはその他の手段によって婦女を強姦した者は、三年以上一〇年以下の有期懲役に処する。一四歳未満の女子を姦淫した者は、強姦罪を以て論じ、重きに従い処罰する。前二項の罪を犯し、情状が特に重くまたは重傷害を負わせ、或いは死亡させたものは十年以上の有期懲役・無期懲役または死刑に処する。二人以上で強姦罪を犯し共同で輪姦した者は、重きに従い処罰する」と。なお、以下では、中国の刑罰の種類について簡単に述べることにしたい。中国の現行刑法において規定されている刑罰は、主刑として五種類―つまり、管制（これは、裁判所の判決によって、犯罪者を拘禁せずに一定の自由を制限するものである。それは、中国の刑罰において最も軽い主刑である。その期間は、三カ月以上二年以下である。数罪を併合して処罰する場合には、三年を超えてはいけない）・拘役（これは、犯罪者の身体的自由を短期的に剥奪し、労働改造をほぼ強制的に行うものである。その期間は、十五日以上六カ月以下である。数罪を併合して処罰した場合には、一年を越えることはできない）・有期懲役（これは、犯罪者の身体的自由を一定期間剥奪し、拘禁して労働改造を実行するものである。その期間は、六カ月以上十五年以下である）・無期懲役（これは、犯罪者の自由を終身剥奪し、拘禁して労働改造を行うものである。罪状が重く、死刑に処する必要はないが有期懲役では軽すぎる犯罪者に適用するものであると言われている）・死刑（これは、犯罪者の生命を奪うものである。罪が極めて重くかつ悪質な犯罪者に適用するものであるとさ

れる）があり、附加刑として三種類―すなわち、罰金・政治的権利の剝奪（これは、犯罪者の国家行政への参加と政治的活動の権利をうばうものである）・財産の没収（これは、犯罪者個人が所有する財産の一部または全部を強制的に無償で国有に帰するものである）があるのである。言うまでもなく、中国における以上のような刑罰の種類は、比較法的視点からすると、確かに「極めて興味ある諸問題を内包している」（除益初・井戸田侃編著・『現代中国刑事法論』法律文化社一九九二年七六頁）と言えるが、ところで死刑適用という問題に関して言えば、国際的な死刑廃止の潮流と調和しないとされるかも知れない。それは、死刑が廃止されなかったどころか、かえってますます死刑の適用範囲が拡大する傾向にあるからである。つまり、一九七九年の中国現行刑法典において死刑が規定されたのは僅か七つの条文で二七種類の犯罪（この二七種類の犯罪は、次の通りである。反革命罪における一〇三条での祖国に背叛する罪・政府の転覆を陰謀する罪・国家の分裂を陰謀する罪・裏切って敵に投降する罪・反乱を起こさせることを策動する罪・凶器を以て集合して反乱する罪・集合して監獄を襲う罪・脱獄を組織する罪・スパイの罪・特務の罪・利敵行為の罪・反革命破壊罪、公共の安全に危害を及ぼす罪における一〇六条での放火罪・溢水罪・爆破罪・毒物混入罪・その他の危険な方法により公共の安全に危害を及ぼす罪と一〇九条での交通手段爆破罪・交通設備爆破罪・電力とガスおよびその他の可燃可爆設備破壊罪、公民の人身の権利・民主的権利を侵害する罪における一三二条の殺人罪と一三九条での強姦罪・幼女姦淫罪、財産を侵害する罪における一五〇条の強盗罪と一五五条の国家公務員横領罪である）に及んでいたが、近年、刑法を改正することに伴ってますます死刑の適用範囲は拡大されてきたのである。今のところ、中国は、六〇種類以上の犯罪について死刑の適用を認めたので、終に死刑の適用面において世界一になったのである。もちろん、それには、中国の「改革開放」に伴って犯罪が急増しており、一定の犯罪の破壊性および危険性が増大しているという原因があったかも知れないが、しかしここで特に指摘したいのは、普通の中国人の観念においては、あらゆる種類の犯罪について死刑を規定しないければ、刑法そのものに抑止力がないと考えられているように思われる、ということである。すなわち、「死刑がよい」という価値観は、中国人の法意識の中に根強く生きているのである。このようなわけで、中国では死刑を依然として犯罪と闘う重要な手段としていると思われ、おそらくそれを廃止することは不可能であろう。そこで、中国の学者達は、外国での死刑廃止の理論に鑑みながら、中国の事情を考えつつ、できるだけ死刑適用の範囲を縮小して、死刑の適用を制限すべきであると主張している。その措置としては、以下のものが挙げられている。まず第一に、「死刑執行猶予（緩刑）」（中国における「死刑執行猶予」とは、「死

刑の判決を下すべき犯罪者についても、直ちに執行を必要としない者については、死刑の判決と同時に二年の執行猶予を宣告して労働改造を行い、その効果を見ることができる」（第四三条一項）ことをいう。すなわち、死刑執行猶予の判決を受けた場合、死刑の執行猶予期間内に確かに改悛の情があると認められれば、二年の期間を満了した後、十五年以上二十年以下の有期懲役に軽減するのに対して、もし改造を拒み情状の悪質さが調査の末に事実とされた場合は、最高人民法院の裁定または審査許可により死刑が執行されるのである）という制度を引き続き堅持することである。第二は、自首をした者に死刑を適用しないことである。第三は、最高人民法院の許可を得なければならないことである。第四は、重大な人身的権利（たとえば、殺人罪・強姦罪など）および国家の安全を侵害する犯罪に限って死刑を規定することである。このことから、中国では、将来全面的に刑法を改正するときには、死刑を適用する罪種については、おそらく三〇種類程度に留める可能性があると思われる。

(134) 中国の有罪判決書においては、以下の内容を明記しなければならない（北京法政学院編・『中華人民共和国刑事訴訟法講話』群衆出版社一九七九年九七頁参照）とされている。①被告人の姓名・性別・年齢・職業・その他身分に関する事項。②犯罪の事実―つまり犯罪の時間・場所・手段動機・目的・結果およびその他の関係事項など。③判決の理由―すなわち事実認定の根拠と法律・法令適用の根拠および刑罰を受けるべき理由など。④結論―これは、罪名・刑罰などについての決定である。ただし、中国の判決における理由部分は、日本の判決理由の部分と若干異なる（たとえば、特別の犯罪情状がないかぎり、一般に被告人誰々が行った何々の犯罪行為は何々罪を構成し、よって刑法何条によって何々刑に処する、という形となっていることである）。

(135) 一部の学説では、これが主犯とされるのは、既に前述したとおりである。

(136) 立行主編・『刑事犯罪実例解析』旦大学出版社一九八九年七頁。

(137) 中国刑法第九五条等によれば、この罪は、計画的に指導を行い、組織を作って人を集め、凶器を所持し暴力によって反抗するか、或いは人民民主専制の政権の転覆を画策する行為をいう。本罪を犯した場合には、反乱の首謀者またはその他罪状の特に重い者は、死刑・無期懲役または十年以上の有期懲役に処するべきであり、その他反乱に加わった者は、罪状の軽重に応じて三年以上十年以下の有期懲役に処すべきである。しかも、この罪は、「反革命罪」の一つの種類として規定されている。中国における反革命罪とは、人民民主専制の政権及び社会主義制度を転覆することを目的として、中国に危

害を与える行為を指すのであるとされている。よって本罪には以下の三つの特徴があるとされている。その一は、侵害された客体は中国の人民民主専制の政権と社会主義制度だということである。その二は、行為者が中国に危害を与える行為つまり反革命行為を実際に行うことである。その三は、行為者が反革命の目的を有することである。周知のように、今日まで、中国の立法者は、主に政治的角度から刑法の機能を認識し、刑法は階級闘争の道具であるとしてきた。それ故、たとえば現行刑法の各則の中において反革命罪を規定したのである。しかも、その反革命罪は一〇種類以上の罪名にのぼっている。特に、一九七九年の刑法に規定された死刑に処することができる一五種類の罪の中で、反革命罪は九種類に及んでいる。ただし、ここで指摘したいのは、中国では、反革命罪を取り消すべきか否かについて議論が存する、という点である。実は、中国では、反革命罪を取り消すという提議が、既に一九八二年になされたのである。一九八八年までに刑法学界では、ほとんど反革命罪を「国家の安全に危害を及ぼす罪」に改めるべきだと主張されるに至っていた。ところが、突然発生した「天安門事件」の後、当時の情勢に鑑みて、少数の学者により反革命罪を取り消すべきではないという主張が提出された。その理由づけは、反革命という概念が中国の国勢に相応しいだけではなく、それが犯罪活動に打撃を加えること及び人民に対する教育面において有利である、という点に求められた。しかし、大多数の学者は、依然として反革命という罪名を取り消さなければならないと主張しているのである。その理由は、以下の点にあるとされている。第一は、反革命というものは政治的な概念であって、法律用語ではないということである。つまり、反革命罪は「政治犯」のおそれがあるので、もし犯罪者が国外に逃亡した場合、中国に引き渡されることはほとんど不可能なのである。このことは、犯罪への打撃および国家主権の擁護にとって不利なことであると言えよう。第二に、反革命罪を認定することが非常に難しいことである。すなわち、この罪は、「反革命の目的」をその罪の成立要件としているので、実務にとってその目的の存否を判断することは非常に困難なことなのである。それ故、ある行為が客観的に見れば国家の安全に危害を与えたが、その行為者の目的は認定することができないので、反革命罪にならないことや、或いは他の罪名として認定するほかはない場合もある。このようにして、犯罪の危害性を十分に捉えないおそれがあるのである。第三は、既に実行している「対外開放」や国内で施行している「一国両制」の情勢に相応しくないことである。第四は、反革命罪を取り消すことは国家の安全に危害を与える行為について処罰しないことを意味しないということである。というのは、いかなる政権も自己に危害を及ぼす行為を容認しないからである。反革命の名を他の罪名に改めるのは、他国の立法例と調和させるためだけで

はなく、効果的に国家の利益を侵害する行為と闘うためである。以上の論点を総合して考えると、中国では反革命罪を取り消すことがほぼ確実であるが、ただ多少の時日を要すると思われる。或いは、刑法の全面的改正以前に、特別法の形で「反革命」の名称を「国家の安全に危害を加える罪」に改めるかも知れない。

(138) これは、上述の中国学説で言われている主要な実行犯の場合である。

(139) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』六九～七〇頁。

(140) 中国刑法第一一七条によると、「投機空取引罪」とは、利潤を得ることを目的として、金融・外貨・金銀・工商の各管理法規に違反し、不法に工商業活動に従事し、著しく市場を混乱させ、社会主義経済秩序を破壊する情状の悪質な行為をいう。本罪を犯した者については、この一一七条などの定めによれば、三年以上の有期懲役または無期懲役・死刑などに処することができる。ちなみに、ここで中国における経済犯罪の問題について、若干触れることにする。中国の刑法理論によれば、経済犯罪とは、経済の分野において経済を交流する過程で発生した犯罪活動をいう。この概念からすると、中国での経済犯罪の範囲は非常に広いであろう。言うまでもなく、中国にとっては経済の改革・開放に伴って、経済活動に対する刑法の保護を強めなければならない。ただし、今日まで中国の立法者は刑法改正の重点を主に「人身に対する犯罪」および「職務犯罪」に置いてきたので、密輸罪・前掲の投機空取引罪の法定刑を引き上げた以外には、いわゆる経済犯罪についての改正はほとんど行われなかったのである。このような状況に鑑みて、中国の市場商品経済の目覚ましい発展という情勢に適合させるために、中国の学者達は、経済犯罪に関して次のような大幅な補充と改正を行うべきであると主張している。第一は、一定の罪名を削除することである。たとえば、前掲の投機空取引罪の廃止が、それである。第二は、幾つかの新しい罪名を加えることである。すなわち、金の不法販売罪、不法経営罪、偽装破産罪、誇大広告罪、生産破壊罪、保険金詐欺罪、契約詐欺罪、技術秘密漏洩罪、鉱山資源破壊罪、土地資源破壊罪、水資源破壊罪、草資源破壊罪、偽物・劣悪品の生産販売罪、などである。

(141) すなわち、これは中国の学説において副次的な実行犯だと言われている場合である。

(142) 陳興良・前掲『共同犯罪論』二二二～二二三頁。

(143) 中国刑法第一六九条によれば、「婦女勧誘・収容罪」とは、営利を目的として婦女を勧誘・収容して売春をさせる行為をいう。本条等によって、このような者に対しては死刑に処することもできる。

(144) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』七二～七三頁。
(145) 本件から見ると正確に言えば、それは教唆であろう。
(146) 欧陽涛・王永昌・張中華編・『百例の難解な刑事判例の分析』中国人民公安大学出版社一九八八年一一五～一一七頁。
(147) 本件の判決は、不明である。
(148) 欧陽涛等編・前掲『百例の難解な刑事判例の分析』一一六～一一八頁。
(149) この事件についての判決は、不明である。
(150) 欧陽涛等編・前掲『百例の難解な刑事判例の分析』一一四～一一五頁。
(151) 本件の判決は、不明である。
(152) 最高人民検察院編・『刑事犯罪事件叢書』中国検察出版社一九九一年一三一～一三二頁。
(153) 最終的に、この検察院が、結局被告人Cにつき強盗罪として法院に起訴し、法院もCについて同罪の判決を下した（最高人民検察院編・前掲『刑事犯罪事件叢書』一三二頁）のである。
(154) 最高人民検察院編・前掲『刑事犯罪事件叢書』一三六～一三七頁。
(155) 最終の処理結果として、検察院は他の被告人を法院に起訴したが、Dを起訴せず、法院は他の被告人を強盗罪とした（最高人民検察院編・前掲書一三七頁）のである。
(156) 法学教材編輯部編写組・前掲『刑法学』一九六頁。
(157) 陳興良・前掲『共同犯罪論』九五頁。
(158) 陳興良・前掲『共同犯罪論』二〇四頁。
(159) 王作富・前掲『中国刑法研究』二五四頁。