HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「共謀共同正犯」に関する試論（６・完）　－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, 47(2), 347-371
Issue Date	1996-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15674
Type	bulletin (article)
File Information	47(2)_p347-371.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（六・完）

―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
第二章　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析

（以上　四六巻三号）

第一節　中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革　（以上　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
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　四六巻五号）
第三章　「共謀共同正犯論」とその肯定説の批判的検討
第一節　日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相
第二節　自説展開の前提　（以上　四六巻六号）
第三節　共同正犯の成立要件に関する自説の展開
第四章　結び
　―「共謀共同正犯」の処罰―
一　組織・画策・指揮の役割のうち、いずれかの役割を果した場合
二　見張り・幇助的な行為をした場合
三　犯罪現場に赴き犯行を目撃した場合および共謀に参加したに留まる場合
四　「順次共謀」・「暗黙の共謀」の場合　（以上　本号）

第四章　結び―「共謀共同正犯」の処罰―

以上、不十分ながら、日本の「共謀共同正犯」の問題について、従来の判例における「共謀共同正犯論」と学説によるその賛否両説を検討したうえで、中国における共同犯罪理論によってそれを簡単に分析した。なお、「共謀共同正犯論」とその肯定説の批判的検討にも言及した。ここでは、そのような「共謀者」を、いかに処罰すべきかという問題に検討を加えて、本稿のむすびとしたい。ところが、第一章の第一節で明らかにしたように、「共謀共同正犯」といっても、

いろいろな類型があるのである。しかも、今日まで判例が認めてきたものを七種類に大別しうることは、既に第一章の第一節で指摘したとおりである。以下においては、第一章の第二・三節で見た「共謀共同正犯」の否定説および第二章で検討してきた中国における共謀者に関する現在の共同犯罪理論を踏まえながら、その七種類の場合に関して順次展望して行きたい。

一　組織・画策・指揮の役割のうち、いずれかの役割を果たした場合

第一章第二節以下で見たように、「共謀共同正犯」について、否定説は、日本の刑法第六一・六二条に依拠してそれを教唆犯・従犯として処罰すべきであるとする。ところが、具体的にどのような場合を教唆犯或いは従犯として処罰するべきなのかは、必ずしも明確であるとはいえない。それはそれとして、このような場合は(1)、否定説によれば、おそらく教唆犯として処罰すると考えられるであろう。周知のように、刑法第六一条によると、教唆犯に対する処罰は、「正犯ニ準ス」るのである。そして、判例および通説(2)によれば、「正犯ニ準ス」とは、正犯に対して適用される基本的構成要件に対応する法定刑の範囲で処罰されることを意味する。このことから、この場合を教唆犯としても、正犯の法定刑の上限によって処罰されうることになる。ちなみに、もしこの場合について従犯として処罰すれば、どうであろうか。「さればといって、これを従犯として処罰するときは、必要的減軽のたてまえに照らし、正犯との権衡を失することになる」(3)のは、間違いないのである。結局、否定説によるとき、この場合は、教唆犯として処罰すべきこととなるのは、ほぼ確実であると言えよう。

これに反して、既に見たように中国の共同犯罪理論では、このような場合には、主犯とされるのである。また、その

刑罰は、「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」のである。第二章の第一節で明らかなように、中国の刑事法おいて、明確に主犯という概念が規定されたのは、新中国成立前の中央人民民主政権においてであった。ただし、それについて規定されている刑罰の内容、すなわち「重きに従い処罰しなければならない」からすると、それは古代刑法、特に『泰律』・『唐律』の影響を受けたと思われる。しかし、ここで再び指摘しなければならないのは、今の中国におけるその「重きに従い処罰しなければならない」とは、あくまで実行犯（正犯）に対して適用される基本的構成要件に対応する法定刑の範囲内で処罰されるべきであるという趣旨なのだということである。それ故、このような場合は主犯とされるにもかかわらず、精々正犯の法定刑の上限によって処罰されることになる。従って、刑の面においては、日本における「共謀共同正犯論」の否定説と同じような結果となるのである。それどころか、両者は、「共謀共同正犯論」およびその肯定説と全く同一の結論となるのである。この点から見ると、関与者に区別を設ける立法の意味が問われなければなるまい。これは暫く措くとしても、共犯においては果たした役割が必ずしも同じではないという視点からは、何よりもこの場合その関与形式が、そもそも正犯なのか、それとも教唆犯なのか、或いは主犯なのかが、まず究明されなければならないと思われる。ところが、この場合が正犯でないことは、既に前章で論じたとおりである。そうすると、この場合は、残りの二つの場合のどちらかに属するということになろう。では、この場合は教唆犯なのであろうか、それとも主犯なのであろうか。続いて、この問題について検討することにする。

言うまでもなく、この問題を解明する鍵は、その両者の間に実質的な差異があるかどうかという点にあると思われる。もしその両者を、区別することができないとすれば、「主犯」という概念の必要性はなくなるといえよう。

まず、教唆犯から見ることにしたい。周知のように、日本の学説では、教唆犯の定義について様々な見解が存している。(4) ところで、どの見解を取ろうと、教唆犯が成立するためには、以下のいずれかの場合に該当しなければならないで

あろう。第一は、他人に犯罪の故意を生じさせる場合である。[5] 第二は、他人に犯罪の故意を生じさせただけではなく、更にその故意に基づいて犯罪を実行させた場合である。言うまでもなく、この二つの場合から考えると、被教唆者がもし事前に教唆しようとする犯罪の故意を持っていたのであれば、教唆犯はもはや成立しえないということになる。しかも、日中の学説はこのようにして従犯と教唆犯とを区別しているのである。[6] ところが、既に故意（犯意）を有する者に対して組織・画策・指揮などを行うことは、しばしば見られることである。ただし、このような者を従犯として処罰すれば、必要的減軽のたてまえに照らして正犯とのバランスを失うことは、既に見たとおりである。このことこそ、まさに中国刑法がそれを主犯として規定する理由であるかも知れない。この意味で、主犯はやはり教唆犯と区別されると言えよう。しかし、このような場合が主犯として規定されても、刑の面から見れば、教唆犯ないし正犯と同じであることは、既に分析したとおりである。ところが、共犯という現象においては関与者の関与形式が異なるので、関与者が果たした役割は必ずしも同じではないという視点から見ると、このことは非常に疑問だと感ぜざるを得ない。

そこで、私は、この場合のような主犯については正犯（共同正犯）より重く処罰すべきであると思われる。すなわち、このような場合においては、実行を行わない共謀者が集団犯罪の「長」として、当該犯罪を立案計画し末端の構成員にその実行を指示したわけであるから、果たした役割は実行者よりも大きいといえるからである。しかも、日中刑法規定の中にも、このような根拠を見出だすことができる。たとえば、日本の「内乱罪」・「騒擾罪」などに関する規定や、中国の「凶器を持ち多衆を集合して反乱を起こす罪」[7]・「集合して牢獄を襲う罪・脱獄を組織する罪」[8]・「密輸罪・投機空取引罪」[9]・「配給切符の偽造・売買罪」[10]・「国家通貨妨害罪」[11]・「無頼行為罪」[12]などの規定である。

言うまでもなく、このような理解に対しては、そのような場合は特別な場合―つまり集団犯罪[13]に関する規定に過ぎないと言うような反論が有りうるであろう。ところが、集団犯罪が共犯という現象に属しているかぎり、ここで分析し

ているいわゆる「黒幕」が関与したような場合を集団犯罪から排除することは不可能であると思われる。言い換えれば、この場合はまさに集団犯罪である。このような論点を説明するために、以下においては、主に集団犯罪についての日中両国の研究現状[14]を見た上で、若干の検討を加えることとする。

周知のように、日本においてはこれまでのところ集団犯罪に関する研究の文献は、他の刑法理論の問題についてのそれに比べて非常に少ないのである。まず、集団犯罪の概念については、いろいろな見解が存する。たとえば、それを、「二人以上の人間が、一定の犯罪に参加する一切の場合を指稱すべき」[15]であるとするものや、「多数人の協力による犯罪である」[16]とするものや、「集団を形成して行われた犯罪である」[17]とするものや、「集団による（おける）犯罪」[18]とするものなどがある。また、中国では、集団犯罪という用語はあまり使われていなかった。極少数の学者は、それを「組織された共同犯罪」と解釈している[19]。私は、集団犯罪を正確に定義するためには、まず何よりも「集団」という概念に関して考察しなければならないと思う。それは集団犯罪があくまでも集団としての犯罪活動であるに過ぎないからである。集団とは、広い意味では、多くの人や物の集まり[20]を意味する。つまり、生活体の集まりはすべて集団ということとなる。この意味では、例えば成員相互の関係、組織の有無、存続時間の長短、規模の対象、成立が人為的であるかどうかなどと関係なく、何等かの意味で集合的に取り扱いうる動物や人間の集まりはすべて集団と呼ばれることになる。ところで、心理学ないし社会心理学では、成員間に何等かの機能的な相互関係が認められるような場合を特に集団と呼ぶことが多い[21]。また、同事典によると、集団を機能的な特徴に基づいて定義する場合にも、学者によってはかなり強調点の違いがある[22]。たとえば、L・J・セバリー、J・C・ブリッグハムおよびB・R・シュレンカーによれば、「二人以上の人がお互いに相互作用し合い、相互の行動に影響しあっている場合に、その人の集まりを集団という」[23]と。しかも、集団には主に以下の三つの特性がある[24]と指摘されている。その一は、集団は多くの人々から成り立っているが、それは一つの

統一された実体として認知できるものである。その二は、集団メンバー間には共通の関心と目標がある。その三は、集団とは、大なり小なり何等かの程度で組織化されたものである。この三つの特性からすると、第二の特性が集団の性質を決めると言えよう。

以上のような集団の定義およびその特性からみて、集団犯罪における「集団」は、その集団としての特性を備える必要があることは言うまでもないであろう。つまり、①多数の人々から成っており、しかもそれを一つの統一された実態として認知できることである。②集団成員の間には共通の関心と目標があることである。すなわち、集団成員の間には共通の犯罪目標がある。言い換えれば、特定の犯罪に向かってすべての成員が関与しようとしているのである。この意味からすると、少なくともいわゆる企業による過失犯罪は、排除されるべきである。③それは規模の大小を問わず何等かの程度で組織化されていることである。要するに、集団犯罪としての集団というものは、犯罪のための集団―犯罪集団であると言い換えることができよう。従って、集団犯罪とは、実は、犯罪集団による犯罪であると言えよう。[25] 結局のところ、集団犯罪の特色は、まず、犯罪の関与者が一つの犯罪目標を実現するために犯罪集団を作って、それから、その犯罪関与者の一部あるいは全部がその犯罪の実行行為を遂行するところにあるわけである。

ところで、日本の刑法理論では、①の特性、つまり犯罪集団を構成するためには、二人以上の者の結合をもって足りるか、それとも三人以上たることを要するかについて、議論が存する。たとえば、牧野博士は、「群集心理の現象は必ずしも多数人の間に於てのみ之を見るに止まるものに非ず。二人の共同あるに於ては既に之を認め得るものとする」[26]と説くのに対して、安平博士は、「集団の成立には少なくともそこに、三人以上の者が存在しなくてはならぬものと考える」[27]とされ、その理由を「集団意識なるものはやはり、そこに、個人以外に謂わゆる集団の存することによって生ずるので、他に一人しか存していない場合は、多くかかる意識を生ずるものでない」[28]というところにおかれていたのである。

このような議論を避けたいためか、日本では、また、それについては「形式的に確定し得ない」[29]というような見解も見られる。なお、中国の刑法理論においても、この問題について、議論が存していることは、既に第二章第三節で見たとおりであるが、ただし中国の司法解釈―例えば、最高人民法院・最高人民検察院・公安部（すなわち、公安省）による「現在の集団犯罪事件を処理する中における具体的な法律の応用に関する若干の問題についての解答」・「如何に無頼集団を認定し処理するかに関する意見」は、その人数を三人以上と確定している[30]。

言うまでもなく、この問題についての答えは、非常に難しいと思われる。というのは、社会心理学でさえも、集団の最低の構成人員については、また究明していないからである[31]。ところが、ある社会心理学者の説くところによれば、集団の形成は主にコミュニケーションによるものであるとされている[32]。この意味では、集団の最低の構成人数は、二人でも不可能とはいえないであろう。そうすると、犯罪集団は集団の一種である限り、その構成の最低人数は二人でも足りると言えよう。まして、心理学者によって指摘された前述の②・③のような特性は、二人の間においても存在しうるであろう。

また、②の特性は、実は、共同の故意であるということである。つまり、もし行為者の間に共同の故意が存しないと、それらの行為は同一の犯罪目標に向かうことができないからである。日本における騒擾罪が要求する「共同の意思」は、まさにその意味であると思われる[33]。

なお、③の特性については、日本ではあまり議論が見られないところであるが、中国では、共同犯罪において指導者と被指導者（首謀者と一般的な成員）に分業性が認められるかどうかという点[34]に、その存否の基準を求めている[35]。

言うまでもなく、日中の学説における集団犯罪に関する研究の現状および以上のような検討のいずれによっても、一定の犯罪を組織・画策・指導した場合が、集団犯罪であることについては異論がないといってよいであろう[36]。

なお、私の見解に対しては騒擾罪などについての規定は、特殊な法益、つまり重要な法益を保護するためのものであるというような反論が予想されるが、しかし現に規定されている社会的法益に対する罪は、決して騒擾罪だけではないことは、周知のところである。まして、社会的法益に対する罪は、すべて騒擾罪というような形式で行うことが可能であろう。なお、騒擾罪における被害法益は、決して外患罪の被侵害法益より大きいとはいえないであろう。この意味で、仮にこのような反論があったとしても、それには十分な理由がないと言うことになろう。

以上の検討から、このような集団犯罪において、犯罪の全体を統括し主宰する者については、いずれにせよ、正犯・教唆犯ないし従犯としての処罰は不可能であるといってよいであろう。ところで残念ながら、日本の現行刑法には、共犯関係においては必要的な共犯を除いて、このような正犯より重要な役割を果たし者についての規定が存しないので、この問題の解決は立法に委ねられなければならない。たとえば、「人の犯罪を組織・画策・指導したる者は主犯とす（一項）。主犯の刑は正犯に照らして加重す（二項）」というような規定があれば、この問題を解決することができるであろう。もちろん、何等かの新しい立法を講じえない以上、「共謀共同正犯」についての議論を避けることはできないと思われる。この意味から考えれば、おそらくこの問題については立法に期待するといっても言い過ぎではないであろう。ただし、このような立法がなされる時には、内乱罪・騒擾罪のような特別な共犯の規定は削除されるであろう。

最後に、以上に展開してきた私見に立脚しながら、以下においては「主犯」の特徴を簡単に述べることにする。前述したように、「主犯」とは、集団犯罪において、組織・画策・指揮的な役割を果たした者である。(37) この概念から見ると、要するに主犯の犯罪目的は主に自ら実行行為を分担して達成することではなく、他人を使役することを通じてそれを達成することである。しかも、主犯は他の共犯者に対して拘束力がある。逆に言えば、他の共犯者は主犯に対して依存性があるのである。このことから、主犯は正犯と異なるであろう。つまり、主犯の成立要件は正犯の成立要件とは違うの

である。言い換えれば、主犯が独特の成立要件を持っているのである。すなわち、主犯は、主観面においては組織・画策・指揮の故意を持っており、客観面においては組織・画策・指揮の行為を有しているのである。ここで、組織・画策・指揮の故意と組織・画策・指揮の行為との分析を試みることにする。

まず、組織・画策・指揮の故意から見ることにしたい。主犯における組織・画策・指揮の故意とは、行為者が自分の組織・画策・指揮の行為は他人の行為と結合して法益に侵害を与える犯罪事実が発生しうることを予見し、かかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容していることを知っている心理状態である。この概念から分かるように、主犯が持っているこの故意は二重の故意を内容とする心理状態である。それは、主犯は結局共犯の一種だからである。言い換えれば、それは二重の認識要素と二重の意志要素があるということなのである。つまり、認識要素として、自分が行うのは他人を組織・画策・指揮してある犯罪を遂行するための行為であることを認識する必要がある。他方、自分の行為が他人の行為と結合して法益に侵害を与える犯罪事実が発生しうることを認識する必要もある。また、意志要素としては、自分の行為によって、他人を組織・画策・指揮することを希望しまたは認容していることが必要である。他方、自分の組織行為によって、他人が法益に侵害を与える犯罪事実を引き起こしうることを希望しまたは認容している必要もある。

次に、組織・画策・指揮の行為を検討することにする。組織・画策・指揮の行為とは、行為者が組織・画策・指揮の故意のもとで行った組織・画策・指揮の行為をいう。以下においては、組織・画策・指揮の行為のそれぞれを分析して行きたい。まず、組織の行為についてである。語意からすると、「組織」とは、組み立てることや[38]、分散している人あるいは事物を調整して一定の系統性あるいは一体性を与えること等[39]と解されている。つまり、それは組み合わせてまとまったものに作り上げることである。この基本的な語意に基づくならば、犯罪集団の組織行為とは、行為者が自ら組織するという故意のもとで犯罪集団を作り上げるために行った行為である。この概念に鑑みると、組織の行為は、往々に

犯罪集団を作り上げることを提議することおよびその計画を提出することや、他人を丸め込んで犯罪集団に参加させることや、犯罪集団に参加した者に行為を分担させることや、集団人員の間における連絡の責任を負わせるなどの一連の行為から構成されると考えられる。[40] 次に、画策の行為に関してである。周知のように、普通の語意に徴すれば、「画策」とは、計画を立てることあるいは実現を目指していろいろと計画することをいう。[41] この意味から、画策の行為とは、行為者が自ら画策するという故意のもとで犯罪集団のために、犯罪計画を立てることや、犯罪の対象を選択することおよび犯罪の方法を選ぶなどの一連の活動であると言えよう。[42] 最後に、指揮の行為についてである。言うまでもなく、通常の語意からすると、「指揮」とは、目的に向かって指図すること、つまり、指示してさせること、である。[43] この意味に基づいて考えるならば、指揮の行為とは、行為者が自ら指揮という故意のもとで犯罪集団による犯罪活動を行う際、その行われようとする犯罪活動者の手配をしたり、調整したり、指示したりするなどの一連の活動だと解されよう。

言うまでもなく、集団犯罪においては、その主犯は一般的に犯罪集団の組織者であると同時に、画策者または指揮者でもあるが、しかしそうではない場合もやはりしばしば見られる。たとえば、主犯において更に分業がある場合、等である。言い換えると、組織者・画策者・指揮者が、同一の人物ではない場合である。もちろん、この場合においても、それらの者をそれぞれ主犯として処罰すべきである。

なお、犯罪集団による犯罪は、法益に与える危害性・危険性が大きいためか、その犯罪集団を作ること自体が処罰の対象となる立法例も数多く見られるのである。例えば、ドイツ刑法一二九条の「犯罪団体結社」[44]罪・一二七条の「武装集団結社」[45]罪や、イタリア刑法四一六条の「マフィア型結社」罪[46]・「マフィア型犯罪対策統合法」[47]第一条のマフィア型結者に関する規定[48]や、中国刑法九八条の「反革命集団を組織・指導しまたはこれに積極的に参加する」罪[49]や、日本刑法七八条の「内乱予備・内乱陰謀」罪[50]・一〇七条の「多衆不解散」[51]罪、等である。しかも、以上のような立法例から見る

と、犯罪集団を組織・画策・指揮した者に対する処罰は、ほとんど集団への一般的な参加者よりも重いわけである。ただし、ここで留意したいのは、日本では、集団犯罪を論じる場合においては、一般に「内乱罪」・「騒擾罪」が挙げられるほかに、いわゆるヤクザ・暴力団にまで言及されている、という点である。しかし私には、日本における「ヤクザ・暴力団」というものを、今の段階で集団犯罪と合わせて論じる必要はない、と思われる。何故ならば、その「ヤクザ・暴力団」という組織自体は、犯罪として規定されていないからである。(52)

ちなみに、以上のような検討は、組織・画策・指揮された者が既に犯意を持っている場合を前提としたものであるが、しかしそのような者が犯意を持たない場合でも、まずその者に犯意を生じさせてから、組織・画策・指揮する場合も考えられるであろう。この場合の組織・画策・指揮した者は、通説によると、教唆犯となり兼ねないであろう。この意味では、教唆犯については、「主犯」より重く処罰すべきではなかろうかというような疑問を提起することができるであろう。もし、教唆犯の成立について他人に犯意を生じさせたというような要件を要しないとすれば、「主犯」という規定を設けなくても、教唆犯については、単に『「正犯」の刑に照らして加重す』というような規定を設ければよいと思われる。要するに、いずれにせよ、共犯という現象において、組織・画策・指揮を行うような主宰者は、正犯より重く処罰すべきであるということが、明らかになったと言えよう。

二　見張り・幇助的な行為をした場合

まず、見張りについては、従犯として処罰すべきであると考える。というのは、それが従犯の成立要件を満たしているからである。周知のように、従犯が成立するためには、幇助の行為と幇助の故意とが必要である。日本の判例(53)および

通説によると、「幇助の行為」とは、正犯行為の実行を容易ならしめる加担行為をいう。見張りはまさに実行行為ではなく、それ自体は正犯の実行を容易ならしめる加担行為であるに過ぎない。言うまでもなく、「幇助の故意」とは何かと問われるとそれに答えることは非常に難しいと思われる。何故ならば日本の学説には、それについての議論が存在すると同時に、前章の第三節で見たように「故意」概念自体が流動的だからである。[54] それにもかかわらず、幇助犯はあくまで共犯者の一種なので、その故意は結局単一の故意と違って二重の故意を内容とするはずである。言い換えれば、それは二重の認識要素と二重の意志要素とを有する。つまり、認識要素としては、自分の行う他人の行為を容易ならしめる行為とその他人の行為とが結合している必要がある。他方、他人もその行為と自らの行為とが結合して法益に同一の侵害を与える犯罪事実を発生させうることを予見したことをも認識している必要がある。意志要素としては、自分が予見したかかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容している必要がある。他方、他人も予見したかかる同一の犯罪事実の発生を希望しまたは認容したことを知っている必要がある。見張りの場合には、このような幇助の故意を持っているであろう。以上の従犯の客観・主観両面を総合して考えれば、見張りを従犯として処罰することは合理的であろう。

次に、幇助的な行為をした場合、つまり案内役等をしたような者については、従犯として処罰するのは当然であると思う。それは、見張り行為をした者と同様に、従犯が成立するための二つの要件を同時に備えているからである。

ちなみに、以上のような二つの場合についての分析によって、おそらく以下の二つのことが明らかになったと思う。一つは、いわゆる片面的な従犯が否定されるべきであるということである。もう一つは、中国刑法で規定される「共同犯罪において副次的な役割を果たした者」、すなわち「副次的な実行犯」を従犯という枠から排除すべきであるということである。[55] すなわち、それが「副次的な役割を果たした」かどうかを判断する基準（正犯）がなくなるからである。この意味から、行為者が基本的構成要件に該当する行為を行った以上、どんな役割を果たしたとしても、それはあくま

で正犯としての量刑の情状であるに過ぎず、決して正犯の性質を変化させるべきものではないであろう。言うまでもなく、このように理解しなければ、結局正犯と従犯との区別はできなくなるに違いないであろう。

二　犯罪現場に赴き犯行を目撃した場合および共謀に参加したに留まる場合

まず、犯罪現場に赴き犯行を目撃した場合についてである。この場合には、いろいろなケースがあると思われる。差し当たり、少なくとも他人の犯罪を組織・画策・指揮した者が犯罪現場に赴き、犯行を目撃した場合とそうでない場合とが考えられる。言うまでもなく、前者に対しては「主犯」として正犯より重く処罰すべきであろう。これに反して、後者に対しては正犯として処罰すべき場合もあり、従犯として処罰すべき場合もあると思われる。それは、犯罪自体が要求する構成要件が異なるからである。言わば、犯罪自体がその構成要件として「脅迫」行為を要求する場合は、その者を正犯として処罰すべきであろう。というのは、その犯罪現場にいること自体が被害者にとって「脅迫」行為だと言えるからである。たとえば、第二章の第三節で挙げた「②に該当する事実概要」での甲の行為が、それである。それ以外の場合は、実質から見れば精神的幇助であろう。

次に、共謀に参加したに留まる場合についてである。この場合には、少なくとも二種類があると思われる。一つは、共謀によって関与者が一緒に実行行為に出ることを決めたが、しかしある関与者は実行行為に出なかった場合である。たとえば、第二章の第三節で挙げた「⑤に該当する事実概要」での甲は、このような場合に属しているのである。もう一つは、ある者が実行に出ないことが、共謀の段階で決まった場合である。前者の場合については、予備犯として処罰すべきであると考えている。何故ならば、このような場合には、行為者が自ら続いて犯罪を行うことを放棄したので、

残ったのは他の者と共謀したという事実だけだからである。もちろん、共謀を予備行為とすることについては、異論があるかも知れないが、しかし前章の第三節で論述したように共謀自体が犯罪のための条件を作るので、この場合は予備と認定することが相応しいと考えるのである。言うまでもなく、日本の刑法においては、一般的に予備を処罰する規定はないが、しかしこれは私の考え方とは別個のものである。ちなみに、日中の学説では、このような場合について、共同正犯の主観的要件である「共同の意思」が解消され、従って共同正犯は成立せず、予備として処罰するという見解があるが[56]、しかし私は、この場合には「共同の意思」を解消することはできないと考えている。何故ならば既に論述したように、共同実行の故意というものはあくまで行為者の間に存在している心理状態であって、それは必ず一定の行為の中に現れるので、いったん認定されると、仮に全体としての共同実行の行為を中止するか、またはある行為者が自らその分担する行為を中止したとしても、行為者の間に存在しているその共同実行の故意は否定されないからである。更に、もしその「共同の意思」が解消されれば、行為者が責任を負う主観的基礎は存しないのではないのかという問題もあろう。

この場合と異なり、後者については、従犯として処罰すべきであると思われる。すなわち、前者の場合は行為者が自ら続いて犯罪を行うことを放棄したが、この場合は行為者が自ら続いて犯罪を行うことを放棄したとは言い難いのである。従って、予備犯として処罰することは難しいと言わざるを得ない。ただ、精神的な幇助犯として処罰することは可能であろう。

四　「順次共謀」・「暗黙共謀」の場合

まず、「順次共謀」の場合についてである。既に前章の第三節で論じたように、この場合は「順次共謀」というよりも、むしろ「間接的な共謀」と呼ぶほうが、適切なのである。この「間接的な共謀」において実行行為に出なかった者は、場合によっては「主犯」として或いは教唆犯としてまたは従犯としてもしくは予備犯などとして処罰すべきであると思われる。たとえば、第二章の第三節で挙げた「⑥に該当する事実概要」の場合には、もしA・B・Cを除いて他のすべての関与者がA・B・Cの指導のもとでこの傷害行為を行うことを知り、かつ他の者の間にはこの指導を受ける以前において既に共同実行の故意があったとすれば、A・B・Cはいずれも「主犯」として処罰すべきであるが、もし他の者の間においてはこの指導を受ける以前にはその共同実行の故意はなかったとすれば、A・B・Cはいずれも教唆犯として処罰されるべきであろう[57]。ところで、かような二つのケースの場合には、他の実行者がBの指導だけを知ったが、A・Cの指導のあったことは知らなかったとすれば、A・Cをいかに処罰すべきかは、大きな問題であると言えよう。おそらく、本来の共犯理論で対応することは難しいであろう。もちろん、特別な立法規定の必要性は残るが、本稿では問題の提起に留めておきたい。また、たとえば、甲と乙とがAを殺害することについて共謀したところ、甲が丙に頼んで毒物を入手することを決めた後、甲が丙に対して「乙と一緒にAを殺害したいので、毒物を入手して欲しい」と依頼したうえ、甲と乙とが一緒に丙からもらった毒物でAを殺害した場合には、丙は従犯として処罰されるべきであろう。なお、たとえば、甲と乙とがAを殺害することを共謀するに際して、丙もAを殺害したいということを知ったことから、乙が丙に一緒にやりたいと言うことを打ち明けることに決め、かつ乙が丙に打ち明けたとき、甲も参加する旨を丙に言ったところ、丙も賛成したが、しかし予定の時間に丙が来なかったので、甲・乙二人でAを殺した場合には、丙は予備犯として処罰すべきであろう。

次に、「暗黙の共謀」の場合に関してである。いわゆる暗黙の共謀というものを、共謀の中に加えることはできない

ことは、既に第三章の第三節で論述したとおりである。ただし、「暗黙の共謀」を否定しなければならないとは言え、決してこの場合共犯が成立しえないというわけではない。というのは、「暗黙の共謀」を否定しても、行為者の間に共同の故意と共同の行為とが備われば、共犯が成立するはずだからである。要するに、判例が認めた「暗黙の共謀」の事例において実行行為に出なかった者は、従犯として処罰すべきものもあるし[58]、処罰すべきではないものもあると[59]、私は思う[60]。

以上で、「共謀共同正犯」に関する試論をひとまず終える。しかし、筆者の能力の制約から、不十分なところがあり、特に若干の課題も残ったが、これらの課題の解決については今後日本共犯論と中国共同犯罪理論との具体的な吟味と合わせて、他日を期したい。

注

（1）ちなみに、いわゆる正犯の背後に潜む「黒幕」・「大物」というような用語は、たびたび日本の学説において用いられているが、しかしその用語の意味は必ずしも明らかではない。たとえば、それを「犯罪集団の背後にあって主導的な役割を演じた」（石川才顕・「昭和11年共謀共同正犯判例転換の社会的背景」『日本法学』第57巻第4号37頁）者とする見解などがある。言うまでもなく、普通の語意から「黒幕」とは、かげにあって画策したり指図したりする人ということである（新村出編・『広辞苑』一九八八年一〇月一一日版七一九頁）。また、「大物」とは、その道で大きな勢力・能力をもっている者、または誰からも一目置かれている者ということである（新村編・前掲『広辞苑』三〇九頁）。以上の語意および学者の見解を踏まえるならば、日本の刑法理論にいわゆる「黒幕」・「大物」とは、組織・画策・指導するなどの役割を果たした者ということとなろう。このような理解がもし許されるとすれば、「黒幕」・「大物」というものは、まさに共犯において組織・画策・指揮などのうち、いずれかの役割を果たしたような場合を指すであろう。

（2）最判昭和二五年一一月一九日刑集四巻一二号二五八六頁など。

（3）小暮・前掲「共謀共同正犯」四〇八頁。

（4）たとえば、それは、人をそそのかして犯罪実行の決意を生じさせることをいう（中山・前掲『注釈刑法』二四二頁）とするものや、人を教唆して一定の犯罪を実行させた場合をいう（神山・「教唆犯」前掲中山編『刑事法小辞典』五四頁）とするものや、他人をそそのかして犯罪実行の決意を生ぜしめ、その決意に基づいて犯罪を実行するに至らしめることをいう（廣安文夫・「定義および共同正犯・幇助犯との区別」前掲『大コンメンタール刑法』第三巻五六九頁）とするものや、犯罪的意思のない他人に働きかけ、特定の『犯罪』すなわち構成要件に該当する違法な行為を実行させること（およびその人）をいう（内田・前掲『刑法Ⅰ・総論』三〇八頁）とするものなどがある。これらの定義からみれば、おそらくその中での『実行の決意』および『犯罪を実行』というのは、正犯のことを指すのであろう。つまり、正犯者を教唆したる者は教唆犯であると言い換えることができる。もちろん、このような解釈は刑法六一条第一項によるものと言えよう。ところが、教唆犯をこのように解釈すると、刑法六一条第二項で規定される教唆者を教唆したる者および六二条第二項で規定される従犯を教唆したる者が、教唆犯の枠から排除されるおそれがあるであろう。この意味において、おそらく日本の学説では、今後この問題についての研究が進むことを期待しうるであろう。中国刑法二六条第一項によると、教唆犯とは、「他人を教唆して罪を犯させた者」である。

（5）しかし、このような考え方は、あまり共犯的なものではないことは、既に指摘したとおりである。

（6）中山・前掲『刑法総論』四六八頁、大判大正六年五月二五日刑録二三輯五二六頁、陳興良・前掲『共同犯罪論』二五七頁など。

（7）第九五条は、「凶器を持ち多衆を集合して反乱を起こした首謀者およびその他罪状の重い者は、無期懲役または一〇年以上の有期懲役に処する。その他積極的に加わった者は、三年以上一〇年以下の有期懲役に処する」と規定している。

（8）第九六条は、「多衆を集合して被拘禁者を強奪しまたは脱獄を組織した首謀者およびその他罪状の重い者は、無期懲役または一〇年以上の有期懲役に処する。その他積極的に加わった者は、三年以上一〇年以下の有期懲役に処する」と規定している。

（9）第一一八条は「……密輸・投機空引取集団の首謀者は、三年以上一〇年以下の有期懲役に処し、財産の没収を併科する

ことができる」と規定している。

(10) 第一二〇条は、「営利の目的を持って、配給切符を偽造または売買し、情状の重い者は、三年以下の有期懲役または拘役に処し、罰金もしくは財産の没収を併科または単科することができる（一項）。前項の罪を犯した首謀者または情状の特に重い者は、三年以上七年以下の有期懲役に処し、財産の没収を併科することができる（二項）」と規定している。

(11) 第一二二条は、「国家の通貨を偽造するかまたは国家の通貨を販売運搬した者は三年以上七年以下の有期懲役に処し、罰金または財産の没収を併科することができる（一項）。前項の罪を犯した首謀者または情状の重い者は、七年以上の有期懲役に処し、財産の没収を併科することができる（二項）」と規定している。

(12) 第一六〇条は、「多衆が集合して殴り合いをし、他人に言い掛かりをつけて騒ぎを起こし、婦女を侮辱するかまたはその他の無頼行為をおこない、公共の秩序を破壊して、情状の悪質な場合には、七年以下の有期懲役、拘役または管制に処する（一項）。無頼集団の首謀者は、七年以上の有期懲役に処する（二項）」と規定している。

(13) 中国では犯罪集団をいう。

(14) 中国における犯罪集団に関する理論は、第二章の第二節で見たとおりである。

(15) 安平政吉・「集団犯罪」日本刑法学会編『刑事法講座』第三巻昭和三四年版五一〇頁。なお、同博士はこの概念に基づいて同頁においては、集団犯罪の範囲を次のように指摘した。すなわち、「(a)刑法総則の規定している共犯関係の存在する場合は勿論のこと、(b)その性質上当然に多衆人の参加を必要とする特別罪、例えば内乱罪（刑七七条）、騒擾罪（刑一〇六条）、暴力行為等処罰法第一条第一項の罪、新しく定立されるに至った「公職選挙法」第二三〇条第一項に規定する「多集衆合して選挙の自由妨害の罪等を犯す罪」など無論のこと、考え方によっては贈収賄罪（刑一九七・一九八条）、重婚罪（刑一八四条）の如く、その性質上、原則的に二人以上のものの参加を必要とするものも、これに含まれる。その他(c)謂わゆる「群集犯」と称せられるもの、すなわち多衆人が何等かの目的のために或る場所に集合して一定の犯行をなす場合、及び(d)謂わゆる「烏合の衆」と称せられるそれ、すなわち多数人の集合であって、その集合を形成している個人は、集合体自体は格別に精神的連絡または共通目的というが如きものはなく、各自独立した意思のもとに行動する場合も、この中に入る。例えばかの祭礼その他の場合に、幾百人の集合が何等かの事情により、場所、時間を同じくして犯行に出るが如きである。刑法の規定についていえば、かの「同時犯」（刑二〇七条）がこの場合に該当するであろう。なお(e)「何々会」、「何々団」、

「何々組」、「何々党」というが如き、一定の組織を有つ団結的犯罪の場合（但し法人であるものを除く）並びに(f)「法人たる会社」とか「法人たる党」、「法人たる組合」の如きものが、会社、組合、党の活動として、その一切の機関または構成分子を総動員して行動せしめる場合の如きも、集団犯罪に包括せしめられる」と。

(16) 畔柳桑太郎・「集団犯罪における責任」『判例タイムズ』一〇九号九六六頁。

(17) 荘子邦雄・「集団犯罪の構造」日本刑法学会編『刑法講座』五巻昭和五三年版一頁。

(18) 前田雅英・「集団犯罪」『法学セミナー』四七八号一九九四年一〇月八二頁。

(19) 陳興良・前掲『共同犯罪論』一五一頁。

(20) 新村・前掲『広辞苑』一一三六頁。

(21) 前掲『心理学事典』昭和三九年版二九七頁。

(22) すなわち、成員の相互依存性 interdependence を強調するものや、直接観察される対面的相互作用 face-to-face interaction またはコミュニケーションを強調するものや、成員達が共通の相互依存的目標を持つことによって定義するものや、共通の目的や関心が存するだけでなく、いわゆる'われわれ感情 we-feeling'が成員の間に存することを強調するものや、自我がリーダーないし集団と心理的に一体化すること、いわゆる集団同一視 group identification を強調するものや、成員たちの間に明確な心理学的関係が存すること、たとえば、相互に同一の集団の成員として相手を認知しまた反応することを強調するものや、特に成員たちによる集団の一体性 unity の知覚と環境に対する一体的反応を強調するものや、各成員の何等かの要求を満たす道具として必要な諸個人の集まりとして定義するものや、成員たちが特定の規範を共有し、また彼らの間に地位や役割の分化が存することによって定義するものなどがある（前掲『心理学事典』二九七～二九八頁）。なお、新版の同事典は、それを、「『二人またはそれ以上の人々から構成され、それらの人々の間に相互作用やコミュニケーションがみられ、なんらかの規範が共有され、地位や役割の関係が成立し、外部との境界を設定して一体性 unity を維持している人々から成立する社会的なシステム』である」（一九八一年版三六一～三六二頁）と定義している。

(23) 原岡一馬・「個人と集団・組織」『個人・集団・社会』講座現代の心理学七一九八二年一三三頁。

(24) 原岡・前掲「個人と集団・組織」一三三～一三四頁。

(25) 日本では、夏目教授も、集団犯罪は「犯罪集団」と同義なものである（夏目・「共犯の存在講座」『刑事法学の総合的検

討（下）』福田平・大塚仁博士古稀祝賀一九九三年四四六頁）とされている。また、同教授は、この論文の四四六頁においては、犯罪集団につき、「集団犯・犯罪集団は、一つもしくはそれ以上の犯罪の準備及び遂行における犯罪活動に従事するために団結した二人以上の者からなる組織」と定義している。

(26) 牧野・前掲『日本刑法・下巻』四三六頁の注の二。なお、ほぼ同じのような見解もある。たとえば、「二人説三人説の当否は姑く措くとして刑法が第七七条に規定する内乱罪、第一〇六条に規定する騒擾罪の如き謂わゆる集団犯は無論、総則第六〇条以下に規定する共犯の類も亦、集団犯と称することを妨げない訳である」（草野・「集団犯罪について」法律時報第二四三号昭和二四年一五～一六頁）としたもの等は、それであると言えよう。

(27) 安平・『団体主義の刑法理論』昭和一〇年二九二頁。なお、同様な見解としては、たとえば、「多数人とは、二人以上であること、いうを俟たないが、さて、何人以上を多数人とするかは、問題である。集団というには、相当多人数が、集合しなければならない。（中略）集団と非集団との区別は、集団心理を生ぜしむや否やにより区別する」（畔柳・前掲「集団犯罪における責任」一頁）としたものなどがある。

(28) 安平・前掲『団体主義の刑法理論』二九二頁。但し、同博士は、この後、説を変えたようである。つまり、二人以上の人間が、一定の犯罪に参加する一切の場合は、集団犯罪である（安平・前掲「集団犯罪」五一〇頁）と明言している。

(29) 前田・前掲「集団犯罪」八四頁。すなわち、「多衆とは、多数の人間の集合状態のことである。多衆とはどの程度の人数を言うのかは、形式的に確定し得ない」と。

(30) なお、日本でも、犯罪白書においては、共犯を二人、非行集団を「三人以上の継続的な集団であって、構成員の非行を容認、助長し、かつ、非行により構成員相互の連帯を強める性格のものをいう」（平成三年版一九九頁）と規定している。

(31) アトゥレエワー・『社会心理学』中国語版南開大学出版社一九八四年二〇〇～二〇一頁参照。前掲新版『心理学事典』三六三頁。すなわち、「小集団―small group」につき、同事典によれば、「どれだけの人数をもって『小』と名づけるのかについては見解の一致はない。ある学者は二人とか三人とか、あるいは五～六人で構成された集団を小集団とよび、あるいは一〇人ないし二〇人ほどの成員をもつ集団を小集団とよぶ場合もある。しかし小集団という場合、一〇〇以上の人を指すことはない」と。

(32) 南博・『人間行動学』一九八〇年三八五頁。

(33) ただし、私が、考えている「共同の故意」は、各行為者の持つ二重的故意（二重的認識要素と二重的意志要素との結合）の結合であることは、既に前章の第二節で述べたとおりである。

(34) 法学教材編輯編・前掲『刑法学』一九三頁など。

(35) 集団犯罪と言えるためには、この③の特性が要求されたせいか、日中刑法理論だけではなく、欧米等の刑法理論も一般的に集団犯罪を「組織犯罪」と呼んでいる。ところで、欧米の刑法理論においても、この「組織犯罪」概念自体に対する理解は、やはり一致していないようである。たとえば、ドイツでは、それを、「できるだけ短期に高額の利益を得る目的で、頻繁に、仕事を分担し、意識的に、長期に亘って違法な行動を反復する（犯罪）集団をいう」（加藤久雄・『組織犯罪の研究』一九九二年一一月七頁）とするものや、「上命下服的組織、分業、閉鎖集団、継続的な活動、沈黙の掟、ブラック・マーケットでの仕事、裏切り者への処罰などを行う集団」（加藤・前掲『組織犯罪の研究』七頁）とするもの（なお、以下のような基準によってこの定義を求める論者もある。すなわち、①「多衆による継続的な連合体、②絶対に服従的関係を有する組織体、③計画的に不法な仕事を分業して活動すること、④国際的広域動員体制を整えること、など（Kaiser, G.: Kriminologie. 8. Aufl. 1989S. 176ff）である）などがある。また、アメリカにおいては、それを、「非合法・合法活動を通じて、その富と権力を獲得するために（「掟」などの）閉鎖的社会規律を信奉するメンバーにより身分階層的（上命下服的）原理（hierarchical basis）により結成された非イデオロギー的団体（nonideological enterprise）をいう」（加藤・前掲『組織犯罪の研究』六二～六三頁）とするものや、「分業があるような組織活動に参加している者で、贈収賄（汚職）・強要ができる地位にあり、しかも犯罪実行の指図を出せる立場にある者によって行われるすべての犯罪をいう」（Cressey, Dodald: Theft of the Nation. 1969. P. 319）とするものや、「何らかの形で組織的な構造を有し、その基本的な目的が暴力、公務員への賄賂、恐喝等の方法によって金品を得ることにあり、かつ、その地域の人々に対して極めて不幸な影響を及ぼすような活動を行っているグループ」（飯柴政次・『組織犯罪マニュアル』一九九〇年四～五頁）とするもの、等がある。

(36) ただし注意しなければならないのは、最近の日中の刑法理論では集団犯罪の特徴については、様々な指摘が行われているという点である。たとえば、日本では、夏目教授が、前掲の「共犯の存在の構造」という論文の四四六頁以下において、集団犯罪の特徴に関して以下のように述べている。すなわち、「この様な集団犯・犯罪集団は、共謀共犯と組織性・共謀性等の点で共通性をもつが、しかし、その組織の強固性・計画性・常業性という点で独自性をもつ。そうして、その特徴は、

およそ以下の如きものといってよいであろう。(ア)階層構造性　集団犯・犯罪集団は、犯罪遂行のための合理的な組織形態としての階層性組織構造（官僚性組織）をもち、上命下服という権威と服従を内容とする単一支配原理によって支えられている。一方その組織・集団の諸活動（犯罪活動）は、専門家によって効率的に遂行され、また分化した役割に集中することによって一層専門化が促進される。(イ)組織の強固性　集団犯・犯罪集団には、集団維持（group maintenance）と集団目的達成（group achievement）の両面において強固な集団圧力が働いていると解される。たとえば、当該集団を組織するときに、予想される犯罪の基本的要因をあらかじめ一致させ、役割を分担し、犯罪の遂行や犯罪隠匿の場所・時間・方法等を協議し、一定の予備行為を行うこと、等を可能にするような強固な統制が存在する。(ウ)組織構造の特殊性　集団犯・犯罪集団は、組織構成において、「組織」と「参加」という特殊な形態をもつ。……。(エ)陰謀性　集団犯・犯罪集団は、いわゆる陰謀集団であって、一般的な犯罪意図・犯罪計画の他に、参加者によって遂行以前に討議された犯罪計画等をもつ、事前に高度に組織化された集団である。(オ)高度の危険性　集団犯・犯罪集団は、一連の犯罪遂行の為に組織された集団であり、事前の共謀の過程において詳細な犯罪計画を作成し、それに基づいて行動するものであって、その場合、幾人かの者が単に犯行遂行について合意するだけでなく、犯罪活動に従事する為に団結し、したがって成員の間に一定の強固な組織された形態を有し、又、重大な犯罪の遂行の為に設立された集団での犯罪の準備は、さらに強固な組織の育成と結びつくばかりでなく、犯罪活動を内密にし、上首尾の犯罪遂行と隠匿を容易にするような、より高度の危険性を有する」と。また、中国で指摘されている集団犯罪の特徴は、既に本稿第二章第二節で見たとおりである。さて、これらの指摘は、集団犯罪の研究に当たって非常に意義があると思うが、ところでその反面、そのような指摘にはやはり色々な問題が残ると考えられる。たとえば、夏目教授の見解に従うと、「高度に組織された集団」ではない限り、集団犯罪とは言えないということになり、中国の説に基づくならば、一回の犯罪を行うために作られた集団を、集団犯罪から排除するということになる、等である。しかし、このような結論は、私が既に検討した集団犯罪の意味と背馳するようである。まして、その組織された程度が「高度」か否かを何によって判断すべきか等の問題も生じると思われる。

(37) たとえば、前掲の練馬事件におけるA・B・C・D・F・Iおよび他の二名や、前掲の中国の主犯に関する「裁判例二」においてのA・B・C・D、等である。

(38) 新村編・前掲『広辞苑』一四一二頁。

(39) 中国社会科学院言語研究所辞典研究室編・『現代漢語辞典』商務印書館一九七九年一五二三頁。

(40) たとえば、前掲のいわゆるよど号ハイジャック事件においてのA・B・C・Dらが行った行為や、本稿「序」六頁の注で列挙した「無頼集団」の事案での甲・乙・丙が行った行為、などである。

(41) 新村編・前掲『広辞苑』四一九頁参照。

(42) たとえば、前掲の練馬事件においてのA・B・Cが行った行為や、本稿「序」六頁の注で挙げた「窃盗集団」における甲・乙が行った行為、等である。

(43) 新村編・前掲『広辞苑』一〇二九・九六〇頁参照。

(44) 即ち、「その目的もしくは活動が犯罪行為を行うことに向けられた団体を設立した者、またはこのような団体に構成員として参加し、このために宣伝し、もしくはこれを支援した者は、五年以下の自由刑または罰金に処する（一項）」（法務大臣官房司法法制調査部編・「ドイツ刑法典」一九八二年一〇五頁）と。

(45) 即ち、権限がないのに、武装集団を編成し、若しくはこれを指揮し、または合法的な権限無くして集められた集団であることを知りながら、この集団に武装又は軍需品を提供した者は、二年以下の自由刑又は罰金に処する（前掲「ドイツ刑法典」一〇四頁）。

(46) 即ち、「数個の犯罪を犯す目的で三人以上が結社したときは、結社を発起し、構成し、または組織した者は、そのことだけで三年以上七年以下の懲役に処する」（加藤・前掲『組織犯罪の研究』四三頁）と。

(47) 一九八二年九月一三日法律六四六号。

(48) 即ち、「三人以上で構成されるマフィア型結社に加入した者は、三年以上六年以下の懲役に処する（一項）。マフィア型結社を発起し、指揮し、または組織した者は、そのこと自体で、四年以上九年以下の懲役に処する（二項）。結社が武装していたときは、第一項の場合には、刑は四年以上一〇年以下の懲役とし、第二項の場合には、五年以上一五年以下の懲役とする（四項）」（加藤・前掲『組織犯罪の研究』四七頁）と。

(49) 即ち、「反革命集団を組織し・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参加した者は、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。

(50) 即ち、「内乱ノ予備又ハ陰謀ヲ為シタル者ハ一年以上一〇年以下ノ禁錮ニ処ス」と。

(51) 即ち、「暴行又ハ脅迫を為ス為メ多衆聚合シ当該公務員ヨリ解散ノ命令ヲ受クルコト三回以上ニ及フモ仍ホ解散セサルトキハ首魁ハ三年以下ノ懲役又ハ禁錮に処シ其他ノ者ハ一〇万円以下ノ罰金ニ処ス」と。

(52) この点と関連してまた一つの問題を注意すべきであると思われる。つまり、一九九一年に制定されたいわゆる「暴力団新法」が、日本の憲法と抵触するおそれがあるか否かの問題である。言うまでもなく、本法律は、暴力団による犯罪を撲滅するためには不可欠であるかもしれないが、しかしその反面この法律は憲法と抵触する恐れもあると考えられている。というのは、「暴力団」自体を取り締まらないかぎり、その成員は普通の公民と同じ権利を享有すべきだからである。強いて言えば、彼らは一般の公民と同じように刑事法で定めた行為に違反しなければ、処罰されるべきではない。

(53) 最判昭和二四年一〇月一日刑集三巻一〇号一六二九頁参照。

(54) なお、中国では、幇助の故意については、「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」というような指摘があることは、既に見たとおりである。

(55) 周知のように、日本では部分実行者を従犯しようとする見解も、強まりつつある。

(56) 阿部純二・『刑法総論』昭和五五年二一一頁、林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪の理論と司法実践』三〇頁など。

(57) ただし、教唆犯の刑は正犯に準じるという点で立法に期待するべきであることは、既に分析したとおりである。

(58) たとえば、先に挙げた東京高裁昭和四〇年六月七日判決が、それである。それは、被告人乙が幇助の故意と幇助の行為とを持っているからである。

(59) たとえば、第二章の第三節で挙げた最高裁昭和二五年六月二七日判決は、それである。何故ならば被告人甲を共犯者とすべき行為はないからである。

(60) ちなみに、判例が認めた「暗黙の共謀」の事例には、共同正犯として処罰すべきものがある（たとえば、先に挙げた札幌高裁昭和二九年一二月二五日判決が、それである。というのは、被告人の二人の間には、共同実行の故意と共同実行の行為とが欠如しないからである）が、しかしそれは本来の意味での「共謀共同正犯」ではないことは、いうまでもないであろう。