



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「共謀共同正犯」に関する試論（２） 一日中両国の共犯理論に即して－
Author(s)	畢, 英達; BI, Ying Da
Citation	北大法学論集, 46(4), 183-228
Issue Date	1995-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15628
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(4)_p183-228.pdf



「共謀共同正犯」に関する試論（二）

——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
 - 一 改正刑法準備草案による「共謀共同正犯」の規定とその批判

（以上四六卷三号）

二 改正刑法草案による「共謀共同正犯」の規定とその批判

三 小 括

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

一 「法経」における共同犯罪の規定

二 主な封建王朝の刑法における共同犯罪の規定

三 清末から新中国成立までの法律における共同犯罪の規定

四 新中国成立から現行刑法典誕生までの刑事法における共同犯罪の規定

五 小 括

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

第三章 「共謀共同正犯論」とその肯定説の批判的検討

第四章 結 び

第三節 立法案における「共謀共同正犯」の規定とその批判

既に前節で見たように、判例による「共謀共同正犯」に関する論争は、練馬事件の判決の登場に伴って、益々激しくなってきたようである。確かに、これまでの対立の経緯に鑑みれば、立法による解決の試みが現れるのは、むしろ、自然の成り行きであると言えるかも知れない。⁽¹⁾しかし、刑法改正準備会による改正刑法準備草案（昭和三六年）及び法制

（以上本号）

審議会による改正刑法草案（昭和四九年）の中で、「共謀共同正犯」に関する規定を新設したが、残念ながらそれらの規定によっても、学説上の「共謀共同正犯」に関する議論は終息しなかったところか、かえってその議論を活発にしたのである。本節においては、主にその二つの草案における「共謀共同正犯」に関する規定およびその規定に対する学説の批判を概観することにした。

一 改正刑法準備草案による「共謀共同正犯」の規定とその批判

（一）改正刑法準備草案による「共謀共同正犯」の規定

共謀共同正犯に関して、改正刑法準備草案は、その二六条において次のような規定を設けた。

「① 一人以上共同して犯罪を實行した者は、みな正犯とする。

② 二人以上で犯罪の實行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする。」

言うまでもなく、もしこのように共謀共同正犯を規定する立法がなされるならば、確かに、少なくとも「法文の根拠なくして処罰する」という意味での罪刑法定主義違反の疑念は解消されるかも知れない。しかし、素朴に考えると、まず問題なのは、このような規定を新設する理由が十分であるかどうかという点であろう。

この理由については、同草案理由書の一二頁は、以下のように述べている。すなわち、「いわゆる共謀共同正犯を規定した方がいいかどうかは、本草案の一つの大きな問題であった。共謀共同正犯は、判例が法の規定をはみ出してつ

くりあげた不当なものだから、明文でこれを肯定するのは妥当でない、という見解、あるいは、明文を設けると共謀共同正犯はますます拡大するだろうから、今しばらく判例のなりゆきをみた方がいいという見解も表明された。しかし、なんらの規定も設けないと、結局現在の判例を肯定することになる。そして、いかに学説が峻烈にこれを批判しても、判例が変わり、共謀共同正犯の消滅することはほとんど期待できない。そうだとすれば、立法によって合理的な限界を画するように努力するのが、妥当なやり方だと思われた」と。この論述から見ると、その理由は、今までの判例の態度および学説における賛否両説を合わせたようなことを前提としながらも、その時点までの判例が認めてきた「共謀共同正犯」の範囲を限定しようとするところにあったように思われる。

もしこのような分析が可能であるとすれば、次に、この理由書が問われるのは、おそらくそのような規定によって従来の判例が是認してきた「共謀共同正犯」の範囲を、果たして限定することができるといふ点であろう。この問題は、かつて「共謀共同正犯」に反対してきた否定説がこの立法規定に対し行った批判なのである。言うまでもなく、仮にその規定によって一定の限定が可能だとしても、様々な批判が生じるのは、必至であろう。それは、既に見たようにその規定をおく理由が、判例を支持する実務家および賛否両説の論者のいずれの本意とも合わないおそれがあるからである。以下では、主にその規定に対する学説の批判を概観しておこう。

(二) 学説による改正刑法準備草案における「共謀共同正犯」の規定に対する批判

この批判は、その当時において「共謀共同正犯」に対する否定説からなされたものと肯定説からなされたものとに分けて概観することにする。

1 否定説からの批判

準備草案で「共謀共同正犯」に関する規定が発表されると、直ちに「共謀共同正犯」を否定する立場の学者から激しい批判が行われたのである。ここでは、当時、発表された見解のうち、いくつかの有力なものを見ておきたい。

（1）木村亀二教授の見解

共謀共同正犯を認めることによって、本来教唆犯または従犯と解せられる行為を共同正犯と解することになり、概念の混乱を招くことになるのである。また、たとえ新しく共謀による共同正犯を規定したとしても、それはかえって共謀による共同正犯の概念の拡張に対して根拠を与える危険があるのである。さらに問題となるのは、このように従来の共同正犯規定と並べて共謀共同正犯という規定を置くことになると、一項と二項とがいかなる関係になるのかという点である。第一には、二項は一項に対する注意規定だという解釈も可能であるが、逆に第二には、一項は二項の注意規定であって、二項の「共謀の或る者」の極限は「共謀者のすべて」であり、その極限の場合を注意的に一項に規定したとも解せられる。第三には、一項は共同者のすべてにおいて意思の共同は必要であるが、実行の共同という二つの要件が具備せられた場合であるのに対して、二項は共同者のすべてに意思の共同は必要であるが、実行の共同は共同者の中の一部にある場合だと解しうる。この三つの可能な解釈の中で、いずれを草案の起草者がとったのかは不明であるが、もし第一の解釈であるならば現行刑法六〇条どおりであるから二項は必要でなかったというし、第二の解釈であるならば二項と一項とは順序を逆に規定すべきが普通だから、第二の解釈は起草者の見解でなかったかも知れない。そうすると、残るのは、第三の解釈である。この解釈は共同正犯に二つの型を認めることになるが、その実際上の運用は、いずれの型の共同正犯を認めるかを裁判所に委ね、裁判所の裁量によって決定せられることになるだろう。そこに裁判の擅

断化・政治化の危険がある。その意味で、二項は削除するの(4)が妥当である。

(2) 西村克彦教授の見解

共謀共同正犯を認めなければ解決できない問題ではない。理論づけに無理をして不当に厳しく罰しようとするよりは、教唆・幫助としてでも、とにかく確実に罰したほうが、この種の犯罪の抑制方法として効果的であることは、疑いを容れない事実である。そうした道が開かれていないというなら格別、それを利用できるのに利用しないで、ただちに単なる共謀者を正犯とするのは、何といっても悪法である。草案二六条二項は、第一に、二人以上の共謀というものが推論されるものとして、どこに問題がある。第二に、その「共同の意思」というのが、「犯罪を共同にしているとの意識」といった個別心理を指すのでなく、それを超越したものとしての団体的な共同意思の存在を予定しているものとすれば、それは文学的な表現あるいは神話を法律の中に持ちこもうとするものである。一心同体という美辞によって、人間どうしの結合を美化するのはよい。しかし、それによって「民を網する」ことは、つつしむべきではなかろうか。(5)

(3) 風早八十二教授の見解

同教授は、昭和三十六年の「共謀共同正犯」という論文のなかで、このような立法規定は、判例を妥協的に追認する考慮から立法化するもので、とうてい(6)是認できない、と指摘したうえで、「共謀共同正犯理論」に対して次のように批判していた。(7)

まず、「実行共同正犯は、特定の犯罪行為の共同実行であり、主観的要件として共同実行の意思、客観的要件として共同実行の事実を充することによって成立する。『共同実行』とは、実行共同正犯に問われるすべての者は、必ず実行行為の全部もしくは一部にみずから参加することである。実行行為の存在は不可欠である」が、しかし「これに対して、共謀共同正犯は、特定の犯罪行為の共同実現をもって足りる。『共同実現』のばあい(8)は、『共同実行』とことなり、共同

者のすべてがみずから実行行為の全部又は一部を遂行する必要なく、一部の者が実行に出た以上、他の共同者は、みずから実行行為に参加するを要しない。従って、他の共同者に対しては、実行共同正犯のばあいには不可欠な客観的要件は要求されず、ただ共同実現の意思のみによって構成要件を充すものとされる。判例は、両者のこのような区別を完全に抹消もしくは混同している」のである。

次に、「実行共同正犯における主観的要件としての共同実行の意思と共謀共同正犯における共同実現の意思とは法的性質を全く異にするはずである。前者は共同実行の事実という客観的要件とむすびつくことなくしては、犯罪構成要件を充足しない。後者はこれに反し、それ自体で構成要件を備えるものとされる。それは実行共同正犯における実行行為への何らかの形における直接的身体的具体的参加と同資格において、法的評価を受ける」からである。

なお、「実行共同正犯のばあいには、犯罪を成立せしめるため、何らの囹を要しない。主観的要件と客観的要件が備わっているからである。共謀共同正犯のばあいには、客観的要件が存在しないから、これを偽装するために囹が必要なのである。……「共謀」が媒介者なのではなく、反対に共同意思主体こそが、構成要件を欠く「共謀」を「実行行為」と同価値において有責可罰対象ならしめる、ただそのことのために借用された観念的媒介にすぎなかったのである。「共謀」を有責可罰にする理論的根拠が、かくの如き架空な囹にすぎないとしたら、共謀共同正犯理論は詐術にすぎないといわれても弁解の余地はないであろう」と。

（4）佐伯千仞教授の見解

準備草案の共謀共同正犯の規定は「謀議」という用語をもって、単に犯罪の計画を洩らされて知っていた程度の者まで処罰されることを避けようとしたことは、一応成功したと言えるであろう。しかし、共謀共同正犯と他の共犯との限界はどうなるであろうか。謀議あるいはその結果成立する共同意思主体においても、その全員が全く対等平等の關係に

あるような場合はほとんど考えられず、そこには原則として主唱者その他の主動的人物とそれに動かされて率いられる受動的な人物とがあるのが原則である。刑法的には前者は教唆犯、後者は従犯の範疇に属し、さらにそれらが実行行為の分担を伴ったかどうかによって正犯との境界が確定されるのである。ところで、共謀共同正犯におけるいわゆる「謀議」は、その謀議の正犯としての刑責を理由づけるものとせられるのであるから、それはまず実行共同正犯と区別せられ、さらに教唆犯と区別せられ、最後に従犯と区別せられなければならない。このうち教唆か共同正犯かという問題は、処罰の点だけからいえばそのいずれになっても違いはないが、刑法の体系、犯罪類型の理解の仕方から、ひいては罪刑法定主義の維持がなしくずしかにまで響いてくると思われるから、無視できないのである。これに較べて、それと従犯との区別の問題は、従犯は正犯に比しその刑を軽減されるのであるから、その結果はただちに処罰の軽重を来すことになり、実際上も極めて切実な問題性を帯びている。人々は、共謀共同正犯の觀念が必要な理由として、自ら裏面にあつて実行者を操っている背後の黒幕処罰の必要性を強調するが、それらは実は現行法によっても教唆・従犯として処罰せられうるのであつて、決して法網を免れているのではない。共謀共同正犯論者は、これを正犯として罰したいが、こうなると実定法の解釈適用とは無関係ないわば論者の執念がおどつていのである。実定法を離れた執念を満足させるために作りあげられた広漠不明確な共謀共同正犯概念の容赦なき適用によって、実は黒幕でもない大物でもない単なる従犯に過ぎない多くの人々が、正犯として不当に重く処罰せられている現実が、準備草案の審議においてさえ放置されてい(8)たかに見えることは全く不可解である。

2 肯定説からの批判

予備草案での共謀共同正犯に関する規定に対しては、肯定説にもやはり批判がある。ただし、その批判は、ほとんど共同意思主体説以外の論者からなされたものばかりである。以下で、そのうち、有力なものを見ることにする。

（1）平場安治教授の見解

私は共謀共同正犯を規定するのを一概に否定しない考えなのであるが、ただ共謀共同正犯を正犯として扱うかぎりには実行行為にも支配力を持たなければならぬ。従って「他人と共謀の上その或る者に犯罪を実行させた者を共謀共同正犯とする」という限定が欲しい⁽⁹⁾。思うに、正犯と共犯は構成要件的行為を行うか否かの差異であり、それ以外に法が任意に創設しうるものではないという出発点からすれば、共謀共同正犯もお共同正犯であるためには、自身において構成要件を充す必要がある。判例のいうように単に共同意思の結成に参加するだけでは、たとい共同意思を実現する者があっても、彼の行為の及ぶところは共同意思結成迄であって直接実行者による構成要件実現は、彼の行為の因果的結果に外ならない。その点は単独犯の場合の教唆犯とその構造を全く同じくする。従って、この程度を以て共同正犯というのは本質的に無理である。やはり共同意思の実現に一役買ったという関係がなければならぬ。それも予備行為程度では不十分であって、実行行為そのものを支配していなければならない。ただ構成要件の全部又は一部を自ら行う必要はないのであって、たとえば仲間の構成要件実現を援助するための行為、たとえば「見張り」でも差支えないのである。このような表現するためには草案は不適当である。これでは判例の認める共謀共同正犯——実質は教唆犯——みな共同正犯となってしまう。もし共謀共同正犯をどうしても規定したいなら、共同正犯の条文ではなく、教唆犯の条文に規定すべ

きである。従つて、もはや共謀共同正犯ではなく、共謀犯という一の加担形式となる。⁽¹⁰⁾

(2) 藤木英雄教授の見解

藤木教授は、前掲「共謀共同正犯の根拠と要件」という論文のなかで、準備草案の共謀という規定について、次のように述べていた。「共謀は、共同正犯に共通の要件としての地位を認められるべきものであり、共謀共同正犯は、実行共同正犯と対立する共同正犯の特別な形態ではなく、ただ慣用的に区別されるだけのものという事になるのである。刑法改正準備草案第二六条第二項の解釈としても、これは本来第一項で賄い得るものであるが、学説上の疑義を解決するために設けられたいわば解釈規定とみるべきである。⁽¹¹⁾

(3) 中義勝教授の見解

中教授は、昭和三八年の『間接正犯』においては、予備草案の共謀共同正犯規定に關して、「改正刑法準備草案は共謀共同正犯について特別の規定を設け……た。この法文がかならずしも共同意思主体説による根拠づけを排斥するものでないとしても、本説のみによつて理解されることを強制するものでもとよらない。むしろ、右練馬事件に關する大法廷判決に認められるような原理によつて理解されることにその真意が存するものと察せられる。けだし、これによれば、団体主義的責任論といった不要の攻撃を回避するためにも、また、共謀共同正犯をめぐる判例の底を流れる伝統的理論にも相即するものと考えられるからである。それにしても、現行の司法実務の運用上も、また準備草案によつても、『共謀』のみが非実行者の『共同正犯性』を根拠づける唯一の原理とされているのであるから、その内容を一層具体的に確定しておくことは不可避の要求であるといわねばならぬ。それは『罪となるべき事実』に属し、厳格な証明を必要とする。しかば、この厳格な証明はいかなる程度のものにおよばねばならないか⁽¹²⁾と指摘し、続いて「その回答は、共謀共同正犯の『共同正犯性』がいかなる原理によつて根拠づけられるかという点の探究によつてのみ与えられる。そ

して、その原理を、右の練馬事件に関する判例にうかがわれる間接正犯類似の構成を理論的に一段と整備する方法にみいだすことが唯一の可能な方法だと思われる。（中略）もし共謀だけにとどまる者の『共同正犯性』が真に右の原理によつて根拠づけられるべきものであるとすれば、問題たる『共謀』の内容および程度は、単に犯行の計画ないし意向をもらされて知っていると、共同加功の意思ないし単純な意思の連絡の程度は十分でなく、『実行の具体的方法を画策し、実行行為の担当を定める等』すくなくとも実行担当者の行為を共謀者全員の犯罪的意思の機械的行使とみなしうるところまでおよばねばならなくなるであろう。共謀共同正犯を合理的に根拠づけうる原理は、私見によつても、さしあたり右以外には求めることができず、かつかような方法は右の練馬事件に関する判例においてすでに踏切られたものと解しうる以上、今後この件に関して判例の進むべき途は『共謀』の内容を右のごとく嚴格に確定してゆく方向以外には存しないものように思われる¹³⁾と述べ、更に「けれども、右のような原理に立脚する共謀共同正犯論の適用事例はきわめて狭隘なものとなることが予想されるし、その適用事例を弛緩・拡大することはただちに基準とする原理の破綻的拡大を意味することになるであろう。けだし、右の原理は、実行担当者の行為を道具として支配する客観的機能を中軸とする間接正犯論によつて構成されているわけであるから、かような構造が認められるためには実行者に対する心理的拘束はその反対意思を抑圧する程度に達せねばならぬと考えられるからである。そのきわまるところは、共謀の成立がすなわち実行の着手であるというところまで徹底することを理論的に要求するであろう。しからずとすれば、実行担当者は『他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意思を翻し得ないものであるという意味で、他の共犯者に拘束・支配される』とはいえないこととなり、ひいては、他の共犯者の立場からは実行担当者の行為を共謀による犯罪計画の単なる機械的行使とみなし、これを介して、自己もまたこれに参画した共同の犯罪的意思を実現するものであるとは解しえないことになるであろう。共謀の内容とその現実形成的意義とはまさしく右の程度のものであらねばならぬ。かつ、

このかぎりにおいて共謀共同正犯を認めることには私としても異論⁽¹⁴⁾はない」と論述したあとで、なお「間接正犯である」と共謀共同正犯であるとを問わず、およそ正犯とされるためには、その行為に直接・単独正犯と同一の実体的構造が認められなければならない。その現象形態には差異があつて支障なく、また差異の存することを禁じえないが、基本たる実体的構造を欠くときはもはや『正犯』は存しえない。そして、この実体的構造こそ実⁽¹⁵⁾行行為を描いて他にこれを求めることができない。もし、準備草案が、実務上の便宜を理由として右の実体的構造を歪曲するものであるとすれば、一部の論者のいわゆる立法者といえども変更しえない実体論理的構造(Sachlogische Struktur)をあえて捏造するものである」と説いた。

(4) 莊子邦雄教授の見解

莊子教授は、昭和三九年の「共謀共同正犯と共同正犯の本質」という論文においては、前節で既に見てきたいわば意思支配説を表明した上で、準備草案の規定について、以下のように述べていた。「準備草案が第二六条第一項において、ことさらに『共同の意思に基づいてこれを実行したとき』と規定しているのが、単なる謀議を起える要件を予想してさだめたというのであれば、妥当である。ただ単に謀議したという事実を捉えて実行行為分担者としての責任をおわせることはできない。共謀罪をさだめるのではなしに『正犯』としてあつかうことが許されるかどうかということを検討するのであれば、実行行為との関連を考慮することは当然である。そこで、共謀者と実行行為との関連を考えるとときには、正犯としてあつかうことのできるばあいだけではなしに、教唆犯ないし幫助犯として評価しなければならぬ⁽¹⁶⁾ばあいでてこよう。共謀共同正犯の成立の可能性を検討してきた論理からすれば、自明なことだといわなければならない」。

(5) 森下忠教授の見解

共謀共同正犯は刑法六〇条の解釈として可能であり、決して超法規的な存在ではない。したがって、罪刑法定主義に

違反するものでもない。立法論としては、準備草案二六条一項で事足りるのであって、同条二項の規定は不要でもあるし、共謀共同正犯の範囲を不当に拡大したものの非難を免れがたい。⁽¹⁷⁾

以上が、準備草案における「共謀共同正犯」に関する規定に対する学説からの批判の概要である。

まず、「共謀共同正犯」否定説の側からの批判を見ると、それらの批判は、①規定された「共謀共同正犯」では、教唆犯・従犯との区別が曖昧になる、②一項と二項との関係が不明である、③共謀というものが推論されることになる、④団体的な共同意思が認められる、⑤判例に妥協するものである、⑥「共同実行」・「共同実行の意思」を、それぞれ「共同実現」・「共同実現の意思」と同一視しようとする、⑦「共謀」を共同正犯の成立要件とすることは、共同正犯の成立要件と矛盾する、⑧共同正犯の範囲が拡大されるという八点に要約することができよう。

次に、「共謀共同正犯」肯定説の批判について見ると、それらの批判は、①「共謀共同正犯」の範囲をいっそう限定すべきである、②共謀というものは共同正犯の共通の要件なので、従って二項の規定をおく必要はない、③共謀という概念は不明である、④共謀だけによって「共謀共同正犯」を認めようとするのは妥当ではないという四点に要約することができると言えよう。⁽¹⁸⁾

二 改正刑法草案による「共謀共同正犯」の規定とその批判

周知のように、上述の準備草案での「共謀共同正犯」の規定に関する批判・議論をも踏まえながら、準備草案の後に成立した特別会の第一小委員会では、「共謀共同正犯」規定の立法の方向が探られた。そこでは、当初から準備草案二六条とまったく同様な規定の第一案を始めとしての十個の案が出された⁽¹⁹⁾ほかに、六個の暫定案なども作成された⁽²⁰⁾。言う

までもなく、この点だけからも、その特別部会の内部における「共謀共同正犯」の規定に関する議論の激しさが窺われる。とは言え、それらの案は、大別すれば確かに、以下の三つにまとめることができる。⁽²¹⁾すなわち、第一は、立法化自体に反対の意見に対応するもので、共同正犯については現行刑法のまま、つまり「共謀共同正犯」に関する規定を設けないとするものである。第二は、準備草案どおりの規定を置くものである。第三は、準備草案よりも、更に共謀共同正犯となるべき者の範囲を限定しようとするものである。議論の末、第一小委員会が部会に提出した一つの参考案及び二つの別案は、まさにそれにあたるところで、結局、準備草案二六条とまったく同じ規定が改正草案二七条としておかれることになった。

また、この規定をおく理由は、同草案説明書によれば、以下のところに求められていた。すなわち、「共謀による共同正犯を認めることは、大審院以来の確立した判例であり、本項を新設しないからといって判例の考え方が改められるとは予想されないこと、最近の判例は、共謀共同正犯の成立範囲をかなり厳格に解し、(中略)、この考え方に従って明文の規定をおくことにより、その不当な拡大適用を防ぐ必要があること、明文化によって共謀による共同正犯の成立する場合を明確にすることは、罪刑法定主義の見地からも望ましいこと」⁽²²⁾などである。このような説明からすると、この規定をおく理由は、前述の『改正刑法草案準備草案附理由書で説かれたものと、ほぼ同じであろう。

言うまでもなく、このような準備草案の規定とは同一の立法理由に依拠し、かつそれとまったく同じ内容を持つ改正刑法草案二七条の規定も、およそ前述の学説において行われた準備草案二六条の規定に対する批判を、免れないであろう。たとえば、このような規定の必要性自体に問題があるほかに、仮にその規定によって合理的な限界を画するよう(23)に試みるのが妥当な方法であるという立場を取ったとしても、その規定の内容には疑問がある、というような批判などが、それである。

三 小括

以上、簡単ながら、立法案における「共謀共同正犯」の規定とその批判を概観してきた。

この概観から、草案での「共謀共同正犯」規定に対する学説による批判は、様々の視点から行われたとはいえ、しかしいずれにしても、この規定の不当さを肯定しようとする点においては、ほぼ同じではなからうかと思われる。この意味で、このような立法の方向を改める必要性を感じざるを得ないのである。まして、このような立法がなされるならば、刑法は自ら罪刑法定主義を破壊するおそれが強いであろう。敢えて言えば、罪刑法定主義の本質、更に法の本質が問われる問題であるとさえ言えるのではないか。

要するに、本章の考察から、判例および学説の賛否両説のいずれも、「共謀共同正犯」という共謀共働現象を処罰しなければならないという点では、ほぼ異論が見られないといつてよいであろう。ただ、何を根拠としてそれを処罰するのかということについて見解が分かれているに過ぎないと思われる。つまり、否定説によると、刑法六一・六二条に基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。これに対して、賛成説によると、判例が刑法第六〇条に基づいてそれを正犯として処罰することはあくまで正しいとされている。しかし、問題は、以上のような判例および学説における賛否両説の解釈を、現行刑法における共犯に関する規定から見出だすことができるかどうかという点であると思われる。もし仮にそのような解釈のいずれをも、現行刑法における共犯に関する規定が許さないとすれば、如何にこの共謀共働現象を合理的に解決するかは、日本の刑法学界にとって大きな課題であると言わざるを得ないであろう。この問題を検討するため、特にその解決の道を探るために、次章においては、共謀共働という現象に対して、中国がどのような共犯理論で対応してきたかを見てゆきたい。

- (1) 米田泰邦・「共謀共同正犯―否定論の立場から―」中義勝編『論争刑法』一九七六年二三九頁。
- (2) 日本の諸刑法草案のうち、初めて共謀共同正犯の立法化を試みたのは、昭和二年の予備草案二五条である。すなわち、それは「他人ト通謀シテ犯罪ヲ実行セシメタル者」を共同正犯としようとしていたのである。言うまでもなく、この規定が判例で既に見られた「使役論」に立ったものと思われる。とすれば、共謀共同正犯の範囲はかなり限定されることになる。しかし、仮案はそれを採用しなかった。その代わりに、仮案の二五条は、共同正犯に関して、「二人以上共同シテ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯トス」と規定した。ところが、この規定は、「包括的な正犯」に陥るおそれがあると言えよう。
- (3) 白木・前掲「正犯概念と共謀共同正犯」一一四頁参照。
- (4) 木村・「刑法草案総則の批判的考察」『改正刑法準備草案の総合的検討』法律時報臨時増刊昭和三五年六四頁以下。ただし、その後、同教授は、昭和三九年の「共謀共同正犯の再検討」という論文の五二頁において、準備草案二六条二項を、「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、実行を容易にする行為に出た他の共謀者もまた正犯とする」と改めるべきであろう」と提言したことに留意する必要がある。
- (5) 西村克彦・「正犯及び共犯」『改正刑法予備草案の総合的検討』法律時報臨時増刊昭和三五年一二八頁以下参照。また、同教授は、昭和三十六年の「共犯論序説」の二六八頁においては、「共謀共同正犯」の立法について、次のように指摘していた。「このような現状では、一足とびに共謀共同正犯を立法化する、ということには、はなはだ不安がある。まして、すべて共同正犯の刑が加重されるとあつては、たとえば幫助にとどまる共謀者が本来なら刑が減輕されるべきところ、かえって加重されることになるであらう。純教唆または幫助にとどまる者を除外するという点の保証がなければ、立法化によって事態が明瞭になり合理的な解決がえられるとは、とうてい考えられない」と。なお、同教授の「共謀共同正犯」の立法に触れたものとしては、昭和三十七年の「共犯理論と共犯立法」などもある。
- (6) 日本刑法学会編・『改正刑法準備草案』刑法雑誌別冊昭和三六年九五頁以下参照。
- (7) 前掲・刑法雑誌別冊九六頁以下。
- (8) 佐伯・「共謀共同正犯」竹田・植田還暦祝賀『刑法改正の諸問題』昭和四二年九三頁以下。
- (9) 「準備草案総則の問題点」『改正刑法準備草案の総合的検討』法律時報臨時増刊昭和三五年四三八頁参照。
- (10) 平場・「正犯および共犯の改正提案―改正刑法準備草案における―」法律のひろば二二一七八頁以下参照。

- (11) 藤木・前掲「共謀共同正犯の根拠と要件」二七頁。
- (12) 中・「共謀共同正犯と間接正犯論」『間接正犯』昭和三八年一八九頁以下。
- (13) 中・前掲『間接正犯』一九〇―一九一頁。
- (14) 中・前掲『間接正犯』一九一頁。
- (15) 中・前掲『間接正犯』一九一―一九二頁。
- (16) 莊子・前掲「共謀共同正犯と共同正犯の本質」一四頁。
- (17) 森下・前掲「共謀共同正犯」ジュリスト三〇〇号三〇七頁。
- (18) ちなみに、実務家、ことに檢察実務家もその規定に反対していた（吉川経夫・『刑法改正二三講』一九七九年九八頁以下参照）のである。
- (19) 法務省編・『法制審議会刑事法特別会・第一小委員会議事要録（二）』昭和三九年一〇三頁以下参照。十個の案は、次のとおりである。「第一案」準備草案第二六条第二項のとおり。「第二案」第二六条②二人以上で犯罪の実行を共謀し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする。「第三案」第二六条②二人以上の者の間に犯罪を共同で遂行すべき旨の共謀が成立し、これに基づいて共謀者の或る者が犯罪を実行したときは、他の共謀者も正犯とする。「第四案」準備草案第二六条第二項を削除し、次の一条を置く。第二六条の二二人以上で犯罪の実行を共謀し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者は正犯に準ずる。（修正案）第二六条の二二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者がその謀議に基づいてこれを実行したときは、実行になかった者は、正犯に準ずる。「第五案」第二六条①二人以上共同して犯罪を実行した者は、みな正犯である。②犯罪の実行に欠くことのできない行為をした者も正犯とする。第二六条の二①二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者がその謀議に基づいてこれを実行したときは、他の者は共謀犯とする。②共謀犯は、正犯に準ずる。「第六案」第二六条②二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、実行を容易にする行為に出た他の共謀者もまた正犯とする。「第七案」第二六条②罪を犯すことを二人以上で共謀し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、実行に役立たせるための行為をした他の共謀者もまた正犯とする。「第八案」第二六条②罪を犯すことの共謀に基づき、他の意思を実現するための行為をした者は、他の共謀者が犯罪の実行を担当した場合に

においても、なお正犯とする。〔第九案〕第二六条②二人以上の者の間で犯罪を実行することにつき、意思が一致し、その中のある者が共同の意思に基づいてこれを実行した場合において、他の者がその犯罪に対する利害関係、実行に対する影響力その他の事情からみずから犯罪を実行した者と同視すべき地位にあると評価されるときは、その者は、正犯に準ずる。（その者もまた正犯とする。）〔第十案〕準備草案第二六条第二項を削除する。

- (20) 前掲・第一小委員会議事要録(2)一〇三頁以下参照。六個の暫定案は、以下のとおりである。〔第一案〕準備草案どおり。〔第二案〕第二六条①準備草案どおり。②二人以上で犯罪の実行共謀し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする。〔第三案〕第二六条準備草案第二六条第一項に同じ。第二六条の二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者がその謀議に基づいてこれを実行したときは、実行にでなかった者は、正犯に準ずる。〔第四案〕第二六条二人以上共同して犯罪を実行した者、又は自ら犯罪を実行しなくてもその実行に重要な行為をした者は、みな正犯とする。第二六条の二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者がその謀議に基づいてこれを実行したときは、他の者は正犯に準ずる。〔第五案〕第二六条①準備草案どおり。②犯罪を実行することにつき二人以上の者の間で意思が一致し、その中のある者がこれを実行した場合において、他の者が犯罪の実行に準ずる重要な役割を果たしたと認められるときは、その者もまた正犯とする。〔第六案〕第二六条①準備草案どおり。②二人以上で犯罪の実行を謀議し（又は「共謀し」、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、実行を容易にする行為に出た他の共謀者もまた正犯とする）。

- (21) 吉川・前掲『刑法改正二三講』九九頁参照。

- (22) 法制審議会刑事法特別部会・『改正刑法草案附同説明書』昭和四七年一一八頁以下、法務所刑事局編・『改正刑法草案の解説』昭和五〇年七三頁以下。

- (23) 内藤謙・『正犯および共犯』『刑法改正の研究』二二八頁以下、吉川・前掲『刑法改正二三講』一〇〇頁以下など。

第二章 中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析

前章の第一・第二節で考察したように、「日本共謀共同正犯論」は、大審院判例の一部において旧刑法時代から採用され、その成立範囲が次第に拡大し、最高裁判所になつてからもそのまま踏襲され、今日では判例上確固たる地位を得ている。これに對し、學説は、從來から、判例に反對し、これを否定するのが多数説であつた。しかし、判例が確立されて不動のものとなつてゐることから、學説の中にも、この「共謀共同正犯」を是認したうえでその成立を適當な範囲内において限定的に認めようとする見解が現れ、最近の學説の論争点は、主に「共謀共同正犯」をどのように基礎づけるか、その成立範囲をどのように限定するかに移行してゐるといわれているが、しかし否定説は依然として存在しないとはいへない状況にあるといつてよいであらう。この現状に鑑みて、本章では、私は母国である中国における共同犯罪理論によつて日本の「共謀共同正犯」に関する問題を考察することにしたい。すなわち、中国が日本で問題とされている「共謀共同正犯」という現象に對して、どのような理論を以て対応してきたかにつき、見て行きたい。⁽²⁾ その中から、「共謀共同正犯」という共謀共働現象を合理的に解決するための何等かの示唆を、得たいと考えているのである。

第一節 中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革

日本の學説では、判例による「共謀共同正犯論」は封建的法理に影響されたものであると言われているが、しかし日本の封建的法理が、中国の古代法、特に封建的刑法法理にかなり影響を受けたのは、周知のところである。この意味で、おそらく日本の封建的法理に強い影響を与えた中国の古代刑法法理を考察する必要があると思われる。そこで、本節

においては、中国刑事法制における共同犯罪に関する規定の沿革を概観することにする。

一 『法経』における共同犯罪の規定

中国において、春秋戦国時代以前の刑法の中に、共同犯罪に関する規定があったかどうかを、未だに確実な法律文献によって証明することはできないが、しかしその後の歴史文献の中から、その当時共同犯罪を処理する原則が既にあったことを、推測することができる。たとえば、夏朝の歴史を描く『尚書・胤征』においては、「殲厥渠魁、脅從罔治」という記載があった。それは、首謀者を死刑にするのに対して、脅従者を処罰しないという意味である。この記載によれば、中国における共同犯罪ないし集団犯罪を処罰する原則の起源は、遠く西暦四千年前の夏朝時代に溯ることができることとなるであろう。言うまでもなく、このように犯罪者が共同犯罪或いは集団犯罪に参加する態様およびその中で果たした役割によって、その参加者の刑事責任を確定するのは、当時の歴史条件から見ると、確かに比較的進歩的なことであつたと言わねばなるまい。⁽⁴⁾

また、西周時代を描く『尚書・康誥』においては、「凡民自得罪、寇攘奸宄、殺越人于貨、斃不畏死、罔弗憝、……刑慈先赦」という記載があった。これは、死を恐れず自発的に強盜・窃盜・殺人などを行う人々に対しては、誰しも憎しみを抱くので、よって嚴重に処罰しなければならない、という文意である。たとえば、『書経傳』の解釈によると、その首句は他人に誘惑されないう意味である。従つて、他人に誘惑されなかったのに犯罪を犯した者は単独的に刑事責任を負うべきであるということとなり、また誘惑者と非誘惑者というような主犯と従犯との区別があつたことも、推測することができよう。⁽⁵⁾

中国では、これまで発見された文献によると、初めて共同犯罪が刑法の中で規定されたのは、戦国時代の魏文侯相李によって書かれた『法経』においてであったと言われている。すなわち、『法経・雜律』においては、「越城、一人則誅、自十人以上夷其郷及族、曰城禁」と規定していた。⁽⁶⁾それは、一人が越城罪を犯した場合には死刑に処するが、十人がそれを犯した場合には自分のほかに、同郷および同族の人をも死刑にしなければならないという意味である。この規定は、「共同犯罪」という概念の内容を明かにしなかったとはいえ、十人以上が越城罪を犯した場合は一人がそれを犯したよりも加重的に処罰されることを、明らかにしたと言えよう。

その後、中国では、秦・漢・三国・両晋・南北朝・隋・唐・五代・宋・元・明・清などの封建的王朝を経たことは、周知のところである。以下の部分においては、その中の主な王朝の共同犯罪に関する刑法上の規定を見ることにしよう。

二 主な封建王朝の刑法における共同犯罪の規定

（一）『秦律』・『漢律』・『晋律』における共同犯罪の規定

1 『秦律』における共同犯罪の規定

周知のように、『秦律』は過去に散逸してしまっただが、一九七五年、出土した『睡虎地秦墓竹簡・法律答問』からは、『秦律』の共同犯罪に関する規定の若干の内容が窺われる。

その一は、加重的に処罰することである。たとえば、その『睡虎地秦墓竹簡・法律答問』においては、「五人盜、臧（贓）一錢以上、斬左止、有（又）・黥以為城旦・，不盈五人、盜過六百六十錢黥劓（劓）以為城旦・，不盈六百六十到二百廿

錢、黥為城旦・不盈二百廿以下到一錢、笞⁽⁷⁾之⁽⁸⁾という記載があつた。首句は五人が一錢にあたる以上のものを窃盜した場合に科せられるべき刑罰——つまり跽刑と黥刑と城旦刑との併科を定めたものであり、第二句は五人以下が六百六十錢にあたるものを窃盜する場合に科せられるべき刑罰——すなわち黥刑と剕刑と城旦刑との併科を定めたものであり、第三句は五人以下が不滿六百六十錢にあたるものを窃盜する場合に科せられるべき刑罰——つまり跽刑と城旦刑との併科を定めたものであり、第四句は五人以下が不滿二百二十錢にあたるものを盗んだ場合に課せられた刑罰——すなわち笞刑を定めたものである。この記載から見ると、贓物の数額の外に、共同犯罪の人数も処罰の輕重を決める一つの要素であると言えよう。なお、この意味から、『秦律』は前述の『法経』における共同犯罪に対する加重的処罰という点を、受継いだことも窺われるであろう。

その二は、共同犯罪が成立するためには、共謀が必要とされたらしいことである。たとえば、前掲の『法律答問』においては、「甲乙雅不相智⁽⁹⁾（知）、甲往盜丙、臽⁽¹⁰⁾（才）到、乙亦往盜丙、与甲言、即各盜、其臽⁽¹¹⁾（贓）直⁽¹²⁾（直）各四百、已去而偕得。其前謀、当並臽⁽¹³⁾（贓）以論⁽¹⁴⁾・不謀、各坐臽⁽¹⁵⁾（贓）」という記載があつた。前句が事案の概要であり、後句が如何に罰すべきかの解釈である。つまり、それは、知人ではない甲・乙が、丙の財物を窃盜しようとして、偶然に出くわし、乙が甲に犯意を打ち明けた後、それぞれ財物を窃盜した場合には、もしその二人に事前の共謀があつたときは、兩人の窃取した贓物の数額を合併して処罰すべきであるのに対して、もし事前に共謀がなかつたときは、各自の窃取した数額に照らしてそれぞれ処罰しなければならないという意味である。この記載から、『秦律』はどうやら共謀を共同犯罪の成立要件としていたと解される⁽¹⁴⁾。

その三は、首謀者を実行者と同一の刑に処することである。たとえば、『法律答問』においては、「人臣甲謀遣妾乙盜主牛、買⁽¹⁶⁾（売）、挾錢偕邦亡、出徼、得、論各可⁽¹⁷⁾（何）毆⁽¹⁸⁾（也）？当城旦黥之、各界主⁽¹⁹⁾」と記載していた。疑問符まで

が事案の概要であり、疑問符以後が如何に処罰すべきかの解釈である。つまり、それは、甲が乙と牛を盗むということについて共謀したところ、甲が乙を使役して実行させ、かつ窃取した牛を売ってからその脏錢を携帯して乙と一緒に逃走したが、しかし逮捕された場合には、甲・乙に対しては同一の刑罰（すなわち、黥刑と城旦との併科）をもって処すべきだという意味である。この記載から、『秦律』には、共同犯罪の中で、首謀的な役割を果たした者が実行行為に無くても、実行者と同一の刑罰を受けなければならないという規定が存するといえよう。

2 『漢律』における共同犯罪の規定

『漢律』は、『秦律』と同じように、既に散逸したが、しかしそれと関係がある歴史文献によれば、なお『漢律』における共同犯罪に関する規定の幾つかの特徴を見出すことができる。

第一は、首悪者・造意者を嚴重に処罰することである。たとえば、『漢書』においては、「偃本首惡、非誅偃無以謝天下、迺遂族偃⁽¹⁶⁾」と記載した。これは首悪者を死刑にしたのは勿論であるが、しかし家族も死刑にしなければ、天下（百姓）にとつても悪いことだという意味である。また、『魏志』においては、「太祖怒収逵等、当送獄取造意者、逵即言我造意、遂詣獄⁽¹⁷⁾」と記載していた。これは、官吏が犯罪のなかで造意をした場合にも、処罰されなければならないという意味である。この二つの記載から見ると、『漢律』において規定された首悪者・造意者に対する刑罰は、非常に厳しいといえよう。

第二は、殺人罪の使役者も処罰することである。たとえば、『漢書』においては、「嗣侯母害、本始二年坐使人殺兄弃市。武安侯悞、元寿二年坐使奴殺人免。樂侯義坐使人殺人、髡為城旦。陽興侯昌坐朝私留他県、使庶子殺人弃市。富侯龍、元康元年坐使奴殺人、下獄瘦死⁽¹⁸⁾」と記載していた。首句は、甲がA年に他人を使役して自分の兄を殺させたので、

弃市⁽¹⁹⁾という刑に処せられたのであり、第二句は、乙がB年に自分の奴僕を使って人を殺害させたが、刑を免除されたのであり、第三句は、丙がC年に他人を使役して人を殺させたので、髡刑⁽²⁰⁾と城旦刑とを併科されたのであり、第四句は、丁がD年に貧しい家の息子を使って他人を殺害したので、弃市に処せられたのであり、最後の句は、XがE年に自分の奴僕を使役して他人を殺させたので、処刑された後、監獄のなかで病死したという意味である。この記載から見ると、『漢律』では、他人を使役して殺人罪だけを犯した場合については、処罰の規定があったようである。

第三は、傷害罪の場合には、共謀に関与した者が実行行為に出なくても、実行者と同様な刑罰を以て論じられることである。たとえば、『漢書』においては、「律曰……斗以刃傷人、完為城旦、其賊加罪一等、与謀者同罪⁽²¹⁾。」と記載していた。これは、凶器で人に傷害を与えた者を、城旦刑とし、その場で窃取したときは刑一等を加重し、共謀に関与した者も同じ刑を受けるべきであるという意味である。

3 『晋律』における共同犯罪の規定

『晋律』も散逸したので、その共同犯罪に関する規定の原文を知ることとは、やはり不可能であるが、しかし中国古代の刑法学者であった張斐の『上晋律注表』によれば、『晋律』には共同犯罪について規定されたいくつかのものが認められる。

まず、『晋律』には、「造意」・「謀」・「率」等の共同犯罪と関係を持つ用語があったのである。たとえば、張斐は、『上晋律注表』においては、それらの用語をそれぞれ次のように解釈していた。すなわち、「唱首先言謂之造意、二人対議謂之謀、制衆建計謂之率⁽²²⁾」と。首句については、先に犯罪の意見を提出したことを「造意」というのであり、第二句に関しては、二人が犯罪を商議することを「謀」というのであり、第三句においては、犯罪において指導的・画策的

な役割を果たした者を「率」というのである。⁽²³⁾

次に、『晋律』では、教唆犯の処罰原則も規定したのである。たとえば、前掲の『上晋律注表』においては、「殴人教令者与同罪、即令人殴其父母、不可与行者同得重也」⁽²⁴⁾と注釈した。首句は、人を殴打した場合、それを教唆したものとその実行者とは同一の処罰でなければならないという意味であり、後の二句は、もし人を教唆して、その人の父母を殴打させた場合は、教唆者にはその実行者と同じの重刑を科してはならないという意味である。

以上、今日まで発見された歴史的な資料によって、『法経』、特に『秦律』・『漢律』・『晋律』における共同犯罪に関する規定を、可能な範囲で概観してきた。この概観から、これらの規定はさほど概括的・規範的なものであるとはいえないが、しかし徐々に発展しつつあったと言えよう。とりわけ、それらの規定は、後の『唐律』の共同犯罪制度を基礎づけたと考えられる。

（二）『唐律』における共同犯罪の規定

『唐律』は、中国歴代封建王朝の法律のうちで最も洗練されたものであるとされる。共同犯罪を含めて各刑法制度も、『唐律』において最高峰に達したと言われている。『唐律』は、現代の刑法総則に相当する第一編「名例」において共同犯罪に関する一般的な規定を置いている外に、現代の刑法各則に相当する編（たとえば、「賊盜」・「斗訟」などの編）においては、ある特定の犯罪における共同犯罪について一層具体的な定めを置いている。以下においては、それらの規定を概観することにする。

1 「名例」における共同犯罪に関する規定の内容

「名例」における共同犯罪についての規定は、以下のような内容を持っている。

第一は、共同犯罪者を、首犯と従犯とに分けることである。即ち、「名例」においては、「諸共犯罪者、以造意為首、随従者減⁽²⁵⁾一等」と規定されていた。これは、共同して犯罪を犯したる各者、造意を以て首とし、随従する者、一等を減ずという意味である。なお、「疏議」は、この規定について次のように解釈している。「共犯罪者、謂二人以上共犯、以造意者為首、余並為⁽²⁶⁾従」と。すなわち、首句については共犯罪者とは、二人以上共同して犯罪を行う者であり、後の二句に関しては、造意者を「首」とし、他の者を「従」とすという意味である。この解釈から、『唐律』では、共犯罪者（共同犯罪者）を「首犯」と「従犯」とに分けていることが、明らかに言ったと言えよう。⁽²⁷⁾

第二は、家族が共同して犯罪を犯した場合についての処罰原則である。たとえば、「名例」においては、「若家人共犯、止坐尊長。于法不坐者、婦罪于其次尊長。尊長謂⁽²⁸⁾男夫」と規定していた。この首句は、もし家族が共同して罪を犯したなら、尊長一人だけを処罰し、他の者を罰しないという意味であり、第二句は、もし尊長が本律によって罪とならない場合には、その次尊長を罰すべきだという意味であり、第三句は、ここでの「尊長」とは、男性尊長を指すという意味である。なお、「疏議」は、その首句について以下のように解釈していた。すなわち、「家人共犯者、謂祖・父・伯・叔・子・孫・弟・姪共犯。唯同居尊長独坐、卑幼無罪⁽²⁹⁾」と。前句は、家人共犯者とは、祖父・父・伯父・叔父・息子・孫・弟・姪を意味するということを述べ、後句の前段は、その処罰される尊長が他の共犯者と同居したものでなければならぬと説明しており、後段は、もしその尊長が「卑幼⁽³⁰⁾」である場合には罪にならないと解説しているのである。また、「名例」では、「侵損于人者、以凡人首⁽³¹⁾從論」と規定していた。これは、家族が共同して窃盜罪あるいは傷害罪などを犯した場合に、一般の人に対する規定によって首犯と従犯とに分けて罰するという意味である。以上のとおり、『唐律』

での家族に関する共同犯罪の規定は、非常に複雑なものである言えよう。

第三は、身分なき人と身分ある人とが共同して罪を犯した場合についての処罰原則である。『名例』においては、「即監臨主守為犯、雖造意仍以監主為首、凡人以常從論⁽³²⁾」と規定していた。これは、もし普通人と事物に対する管理権を有する官吏とが共同してその官吏の管理権と関わりがある犯罪を犯した場合には、その普通人が造意であっても、官吏を首犯とし、普通人を從犯としなければならないというものである。この規定から見ると、『唐律』では、共同犯罪に関与した官吏に対する処罰が非常に厳しいといえるであろう。

第四は、既に第一で見てきた共犯罪者を「首」と「從」とに分ける、という原則の適用を、制限することである。

その一は、その原則の適用を制限する条文を規定することである。「名例」では、「若本条言『皆』者、罪無首從・不言『皆』者、依首從法⁽³³⁾」と規定していた。首句は、もし各則本条において「皆」が言明されるときは刑罰の上に首從を分けずに全員が一律に所定の法定刑を科すべきものとするものであり、後句は、そうでないときは首從を分けて罰すべきものとする、というものである。『疏議』⁽³⁴⁾の解釈によると、「賊盜」編に規定された「謀殺期親尊長、外祖父母、皆斬」の如きは首句の場合であり、「賊盜」編に規定された「謀殺人者、徒三年。假有二人共謀殺人、未行事發、造意者為首、徒三年・從者徒二年半」の如きは後句の場合に当たるということになる。この「賊盜」編において「名例」の首句に該当するのが、期親尊長あるいは母の父母を謀殺する者はすべて斬に処するという部分であり、後句に該当する規定が、人を謀殺する者は徒三年であり、もし二人（以上）が殺人を共謀して実行する以前に捕まったならば、造意者は首として徒三年の刑に処し、從者は徒二年半の刑に処するという部分である。

その二は、その原則を適用しない犯罪を規定することである。「名例」においては、「即強盜及姦、略人為奴婢、犯闌入若逃亡及私度・越度閔棧垣籬者、亦無首從⁽³⁶⁾」と規定していた。これは、強盜罪・強姦罪・略人為奴婢罪・闌入逃亡罪・

私度闌棧垣籬罪・越度闌棧垣籬罪などについては、首犯・従犯の区別を立てないことである。では、これらの犯罪についてはなぜ首犯・従犯の区別を立てないであろうか。『疏議』の解釈によれば、強盜罪および略人為奴婢罪は、各人がそれぞれの意思に應じて実力を行使するものである点に、その立法の理由があるという⁽⁴¹⁾。また、強姦罪・闖入逃亡罪および私度・越度棧垣籬罪は、専ら自分自身が犯す性質の罪である点に、その立法理由が存するという⁽⁴²⁾。

第五は、共同して犯罪を犯した後に逃亡する場合において、その共犯罪者が前後して捕まったとき、首犯・従犯を適用する方法である。「名例」では、「諸共犯罪者而有逃亡、見獲者称亡者为首、更無証徒、則決其従罪。後獲亡者、称前人为首、鞫問是実還依首論⁽⁴³⁾」と規定していた。それは、共同して犯罪を犯した後に逃亡する場合には、先に捕まった者がもし未だに捕まっていなかったほかの逃亡者を首犯と称するならば、更に他の証拠がないときは、直ちにその者を従犯として処罰しなければならぬし、もし後で捕まった者が既に捕まった者を首犯と称するのなら、尋問によって確かなときは、既に従犯として処罰された（先に捕まった）者を首犯とすべきであるという趣旨である。

2 「賊盜」・「斗訟」編における共同犯罪に関する規定の内容

「賊盜」・「斗訟」編における共同犯罪に関する規定は、以下のような内容を持っている。

第一は、（二人以上が）共謀して人を殺害した場合についての処罰原則である。「賊盜」においては、「諸謀殺人者、徒三年・已傷者、絞・已殺者、斬。從而加功者、絞・不加功者、流三千里。造意者、雖不行仍為首。即従者不行、減行者一等⁽⁴⁴⁾」と規定していた。首句が、人を謀殺するときは徒三年、他人に傷害を負わせたときは絞、殺し終わったときは斬となるという意味であり、第二句は、他人が実行した殺人の行為に加功した者は絞、その実行行為に加功しなかった者は流三千里となるという意味であり、第三句は、その中での造意者は実行しなくてもなお首犯とするという意味であり、第四句は、何等の行為もしなかった従犯（すなわち、共謀だけに留まる者）は何等かの行為を行う者より一等を減

じて処罰しなければならぬという意味である。なお、『疏議』の解釈によれば、「加功」とは、殺人者と一緒に現場で被害者の手足を押えついたり、その逃げ道に立ちふさがったりするなどの行為を行うこと⁽⁴⁵⁾をいうのである。この解釈から、それ以外の行為（たとえば、現場で氣勢を揚げたり見張をしたりするなど）を行つた者は、「不加功者」である⁽⁴⁶⁾と解釈することができよう。

第二は、「同謀傷害」についての処罰原則である。「斗訟」では、「諸同謀共毆傷人者、各以下手重者为重罪、元謀減一等、従者又減一等」若元謀下手者、余各減二等・至死者、随所因為重罪⁽⁴⁷⁾と規定していた。首句は、二人以上が同謀して傷害を行つた場合には、最も重大な傷害を負わせた者は重く処罰し、元謀の者は一等を減じ、他の従犯は更に一等を減じるという意味であり、第二句は、もし元謀の者がその最も重大な傷害を負わせた場合には、他の者はすべて二等を減ずるという意味であり、第三句は、被害者を死に致した場合には、死の直接の原因となる傷害を負わせた者は重く処罰すべきだという意味である。また、『疏議』は、「同謀共毆傷人者」について、次のように解釈している。『同謀共毆傷人者』、謂二人以上、同心計謀、共毆傷人者⁽⁴⁸⁾と。これは、「同謀共毆傷人者」とは、二人以上が同心となつて謀ることによつて、共同して人を殴ることをいうのである。

第三は、二人以上共同して窃盜罪・強盜罪を犯した場合についての処罰原則である。「賊盜」編では、まず、「諸共盜者、並贓論。造意及従、行而不受分、即受分而不行、各依本首従法⁽⁴⁹⁾」と規定していた。この首句は、共同して窃盜を犯したすべての者に対して贓を併せて論ずる⁽⁵⁰⁾という意味であり、第二句は、造意者および従者が、実行したか若しくは贓物を受けた場合のいずれかがあつた場合は本法の首犯・従犯の原則によつて処断するというものである。

次に、「賊盜」編においては、「諸共謀強盜、臨時不行、而行者窃盜、共謀者受分、造意者为窃盜首、余並為窃盜従⁽⁵¹⁾。若不受分、造意者为窃盜従、余並笞五十」⁽⁵¹⁾と規定されていた。この首句は、二人以上が共謀して強盜を犯した場合、臨

時的に実行を行わなかった共謀者がその窃盜の実行を行った者から贓物を貰ったときは、造意者を窃盜の首犯とし、他の者を従犯とするという意味であり、第二句は、もし他の実行を行わなかった共謀者が贓物を貰わなかったときは、造意者を窃盜の従犯とし、他の者を笞五十とするという意味である。なお、『疏議』は、この規定については、もし甲乙丙丁が共同して強盜を犯した場合には、首犯となる甲が臨時的に実行を行わなかった場合、他の実行を行った者から贓物を受け取ったときは甲を造意の故に首犯とし、他の実行者を従犯とするのであり、もし甲が実行しなかったのみならず贓物を受け取らなかったときは、従犯とし、他の実行を行わなかった従犯となる者が贓物を貰わなかったときは、笞五十とするのであると解釈している。⁽⁵²⁾

以上、『唐律』における共同犯罪の規定を眺めてきた。この概観から、『唐律』における共同犯罪の規定は、広範囲にわたり・かつ緻密なものであったことが認められる。この意味で、封建的な刑法においては、その規定は相当に完備されたものであったと言えるであろう。一九一〇年の『大清現行刑律』までの法律が、基本的に『唐律』における共同犯罪の規定を継承したのは、そのためであろう。このことから、その時点まで中国における共同犯罪に関する立法は、停滞した状態にあったことが、看取しえよう。ところが、清朝が公布した一九一一年の『大清新刑律』を始めとする法律は、共同犯罪の規定に変化をもたらしたのである。以下においては、この時点から新中国成立までの法律における共同犯罪に関する規定を見ることにする。

三 清末から新中国成立までの法律における共同犯罪の規定

周知のように、この時期の中国には、一九二二年三月一日まで清王朝が存在したほかに、中華民国および中国共産

党の中央人民民主政府もあつたのである。ここでは、各政府の刑事法に規定された共同犯罪に関する規定を概観することにした。

（一）清末の『大清新刑律』における共同犯罪の規定

清朝末期、いわゆる「変法自強」という運動の一環として制定された『大清新刑律』は、日本ないしヨーロッパの法律の影響をかなり受けることになった。そこでの共同犯罪に関する規定は、主に以下のような内容となっている。

第一は、共同犯罪（共犯）者を、共同正犯と造意犯と従犯とに分けたことである。すなわち、第二十九条第一項で共同正犯を規定し、「二人以上共同して犯罪を實行したる者は皆正犯とす」とし、第三〇条第一項は造意犯を規定し、「他人を教唆して犯罪を實行せしめたる者は造意犯とす」とし、第三十一条第一項前段で従犯を規定し、「正犯が犯罪を實行したる前に、その正犯を幫助したる者は従犯とす」とする。

第二は、造意犯・従犯の刑は正犯の刑を基準とすることである。つまり、『大清新刑律』は、「造意犯は正犯の例（規定）を以て処断する⁽⁵⁶⁾」とし、従犯の刑は「正犯の刑の一等または二等を減ずることを得⁽⁵⁷⁾」とする。

第三は、造意犯・従犯が正犯と競合した場合には、正犯を以て処断することである。すなわち、第三十二条は、「犯罪の實行前に教唆・幫助を為しその後犯罪を實行することに加したる者はその實行の行為（正犯）を以て処断す⁽⁵⁸⁾」と規定している。

第四は、共同犯罪における身分犯の処罰原則である。すなわち、第三十三条は、「身分により構成すべき犯罪を教唆しまたは幫助したる者はその身分なき者といえどもなお共犯を以て論ず（一項）。身分により刑の輕重あるときはその身

分なき者にはなお通常の刑を科す（二項）⁽⁵⁹⁾と規定している。

第五は、いわゆる片面的共犯を認めることである。すなわち、第三四条は、「本犯の情を知りて共同したる者は、本犯共同の情を知らざるときといえどもなお共犯を以て論ず⁽⁶⁰⁾」と規定した。

第六は、「過失共犯」を認めることである。すなわち、第三五条には、「過失罪につき共同過失あるときは、共犯を以て論ず⁽⁶¹⁾」と規定した。

第七は、故意犯と過失犯とにより構成する共犯を認めることである。すなわち、第三六条においては、「他人の故意犯罪に際し、過失によりその結果を助成したる者は、過失共同正犯に準ずることを以て論ず（一項）⁽⁶²⁾。ただし、その罪は過失として罰せられる場合に限る（二項）」と規定した。

なお、各則にも共同犯罪に関する規定が見られる。

以上のような『大清新刑律』で規定された共同犯罪の内容に鑑みると、中国以前の刑法、特に『唐律』と、かなり異なっているというほかないであろう。しかし、一九一〇年に公布されたこの『大清新刑律』は、一時その実行を見るに至ったが、間もなく一九一一年の『辛亥革命』が起こり、清朝の代わりに中華民国が成立した。

（二） 中華民国の刑事法における共同犯罪の規定

中華民国成立後間もなく、大總統令によつて、清朝末年に作られた『大清朝新刑律』はその国民の国体に抵触する部分を除いて、『中華民国行新刑律』としてその効力を有すべきことが宣言された。しかも、共同犯罪に関する規定はそのままであった。言うまでもなく、この『暫行新刑律』は、「暫行」であるので、最初からそれは修正されることが予

定されていたと思われるが、しかしその修正された法律は、一六年後の一九二八年三月一〇日に、ようやく公布されたのである。この公布されたものが『中華民國刑法』として、同年の九月一日から施行されたのである。その後、この『中華民國刑法』は何度も改正されたが、一九三五年一月一日に公布された『中華民國刑法』後のものについては、共同犯罪に関する規定が、まったく変わらなかったものである。以下においては、一九二八年の『中華民國刑法』及び一九三五年の『中華民國刑法』における共同犯罪に関する規定を概観することにする。

1 一九二八年の『中華民國刑法』における共同犯罪の規定

この『中華民國刑法』が、『暫行新刑律』（すなわち『大清新刑律』を修正したもの）であることは、冒頭に述べたところから認識しうるであろう。とはいえ、共同犯罪に関する規定は既に見てきた『大清新刑律』と比べると、修正された点がかなり見られる。それを要約すれば、以下のとおりである。第一は、「共犯罪」を共犯と称することである。

第二は、「造意犯」を教唆犯と称することである。すなわち、第四三条第一項は、「他人を教唆して犯罪を實行せしめたる者は教唆犯とす」と規定した。

第三は、従犯の処罰が「得減主義」から「必減主義」に変わったことである。すなわち、第四四条第三項前段は、「従犯の刑は正犯の刑の二分の一を減す」と規定した。

第四は、第四四条第三項後段において、「但し、犯罪実行の際に直接かつ重要な幫助を為したる者は正犯の刑を以て処断す」と規定したことである。

第五は、「片面共犯」を認めることから「片面従犯」だけを認めることに変わった点である。すなわち、第四六条は、「正犯の情を知りて正犯を幫助したる者は、正犯共同の事実を知らざれども、なお従犯を以て論す」と規定した。

第六は、共犯競合を削除したことである。

2 一九三五年の『中華民国刑法』における共同犯罪の規定

この中で規定された共同犯罪に関する規定は、一九二八年の刑法と比べると、主に以下の点において異なっていると思われる。

第一に、教唆犯の従属性に関する規定を改め、教唆犯の独立性に関する規定を設けたことである。すなわち、第二九条は、「他人に犯罪を為すべきことを教唆したる者は教唆犯とす（第一項）。教唆犯は、その教唆した罪によってこれを処罰す（第二項）。教唆された者が犯罪を実行するに至らなかつた場合でも、教唆犯はなお未遂を以て論ず（第三項前段）。但し、その教唆した罪に未遂犯を処罰する規定がある場合に限る（第三項後段）」⁽⁶⁷⁾と規定している。

第二に、従犯の処罰が「必減主義」から「得減主義」に戻ったことである。すなわち、第三〇条第二項は、「従犯の処罰は、正犯の刑に照らして減輕することを得」⁽⁶⁸⁾と規定している。

第三に、「過失共同正犯」に関する規定を削除したことである。

以上が、清末・中華民國の刑事法における共同犯罪規定の概観である。この概観から、それらの規定が、日本の現行刑法における共犯に関する規定によく似ていると言えよう。それには、様々な原因があつたと思われるが、『大清新刑律』編纂の際に日本の刑法学者岡田朝太郎氏が招かれ関与したことが、たぶんその一つの理由であろう。なお、「共謀共同正犯」の成否については、『暫行新刑律』時期の大理院判例および一九二八年の『中華民国刑法』時期の最高法院判例が、終始同じ態度を採ってきたわけではなかつたのに対して、一九三五年の『中華民国刑法』時期の判例は、それを認める傾向があつたようである。⁽⁶⁹⁾ちなみに、今の台湾刑法でも、その一九三五年の『中華民国刑法』における共同犯罪の規定

が、そのまま適用されている。

(三) 中央人民民主政府の刑事法における共同犯罪の規定

新民主主義革命の時期、中国共産党が指導する革命根拠地の人民民主政府は、革命情勢の進展にともない、相次いで一連の刑事法規を規定していった。その中には、共同犯罪に関する規定も含まれている。以下においては、第二次国内革命時期と抗日戦争時期と解放戦争時期とに分けて概観することにする。

1 第二次国内革命戦争時期における共同犯罪の規定

この時期における比較的完備した刑事法規は、一九三四年、中央ソビエト区政府によって制定された『中華ソビエト共和国反革命処罰条例』である。この条例には、以下のような共同犯罪の内容が含まれている。

第一は、反革命の組織犯を重く処罰することである。たとえば、第三条では、「反革命武装軍隊および団匪（団体となる悪者）・土匪（土着の悪者）を組織して（中華）ソビエト領土を侵犯したる者、または居民に対し（中華）ソビエト領土内で反革命暴動を行うことを煽つた者は、死刑に処する」と規定した。また、第五条は、「各種反革命団体を組織して（中華）ソビエトに反対し破壊することを実行する者、土豪劣紳の地主資産階級統治を維持し回復することを意図した者は、死刑に処する。その情状が比較的軽い者は三年以上の監禁に処する」と定めている。

第二は、幫助犯・教唆犯を単独的犯罪として論ずることである。第二八条は、「反革命目的を以て（中華）ソビエト機関に混入し、反革命・地主資産階級のいずれかの犯罪者を、故意的にそのまま放任し或いは逃走することを唆した

は重罪を軽く処罰させた者、反革命者に、無実の罪を着せ或いは非刑を施しまたは他の反革命者に対する控告・告発することを抑圧した者は、死刑に処する。その情状が比較的に軽い者は二年以上の監禁に処する」と。

第三は、脅迫された者についての処罰を、軽減しまたは免除することができることである。すなわち、第三三条は、「脅迫されて本人の願意ではなく、その脅迫を避けるために犯罪を行った者、……（中略）、各条文の規定によって軽減しまたは免除することを得」と規定した。

第四は、共同犯罪における工農（労働者と農民）出身者についての処罰を、一定の範囲で酌量的に減輕することができることである。すなわち、第三四条は、「罪を犯した工農分子は指導的・重要な犯罪者ではない場合、本条例各項の規定に基づいて地主資産階級分子で同等な犯罪行為を犯す者より、酌量的にその処罰を減輕することを得」と。

この条例の共同犯罪に関する規定を見ると、「脅迫された者」についての処罰原則は、共同犯罪の立法史上、初めての試みであるかも知れないが、しかし不備がないとはいえない。たとえば、「労働者と農民」の共同犯罪者についての処罰原則が、その一つとして挙げられよう。また、それらの規定から、反革命の組織犯・教唆犯・幫助犯に対する処罰は、非常に厳しかったことが窺われよう。

2 抗日戦争時期における共同犯罪の規定

この時期には、革命根據地の各政府は相次いで多くの刑事条例などを制定した。たとえば、一九三九年の『陝甘寧辺区抗日戦争時期漢奸処罰条例（草案）』、一九四一年の『晋冀魯豫辺区盜毀空室清野財物処罰規則』、一九四二年の『晋冀魯豫辺区汚職処罰暫定規則』、一九四三年の『山東省禁毒処罰暫定条例』などである。それらにおける共同犯罪についての規定を概括すると、以下のとおりである。

第一に、教唆犯・幫助犯を実行犯（正犯）と同じように処罰することである。たとえば、前掲『漢奸処罰条例』第五条は、「第三条各項の罪を犯した者を、教唆・放縱しまたは助けた者は本犯として論す」と。

第二に、教唆犯・幫助犯を実行犯より重く処罰することである。たとえば、前掲『盜毀空室清野財物処罰規則』第九条においては、「他人が空野財物を盗み・破壊したることを教唆し或いは幫助した者は、刑法の規定に依拠して重く処罰す」と。

第三に、教唆犯・幫助犯を、従犯を以て論ずることである。たとえば、前掲『汚職処罰暫定規則』第八条には、「他人が汚職することを教唆し或いは幫助した者は、従犯を以て論す」と。

第四に、幫助犯を独立罪として処罰することである。たとえば、前掲『禁毒暫定処罰条例』第八条は、「前の各条罪を犯した者を幫助した者は、従犯を以て論す」と規定した。

以上の概観から、要するに、革命根拠地の各政府によつて制定された共同犯罪の規定は、多岐に渡つたと言わざるを得ないのである。確かに、立法の技術面において問題もあろう。とはいえ、当時の状況を考慮すれば、それらの問題はやむを得なかつたかも知れない。ともかく、これらの規定は、既に見てきた前の時期よりも、やはり一定の進展を遂げたと言えよう。

3 解放戦争時期における共同犯罪の規定

この時期に、各解放区政府はいくつかの刑事法規を次々に公布した。たとえば、一九四五年の『蘇皖辺区叛国罪犯（漢奸）処罰暫定条例』、一九四七年の『東北解放区汚職処罰暫定条例』、一九四八年の『晋冀魯豫辺区土地改革破壊処罰暫定条例』、一九四八年の『晋冀魯豫辺区汚職処罰暫定条例』等などである。

これらの法規からは、共同犯罪に関する規定の内容として、以下のものを挙げることができると思われる。

第一は、教唆犯は正犯を以て論じ、幫助犯は従犯を以て論じることである。たとえば、前掲『晋冀魯豫辺区汚職処罰暫定条例』第五条は、「他人の汚職を教唆したる者は、正犯に照らして治罪す。他人の汚職を幫助した者は、従犯に照らして治罪す」と。

第二は、集団犯罪には、その責任者を主犯とすることである。たとえば、前掲『晋冀魯豫辺区汚職処罰暫定条例』第六条においては、「集団的な汚職の場合は、その責任者を主犯とし、他の者は情状によって正犯或いは従犯に照らして治罪す」と。

第三は、共同犯罪者を、「首要」と従犯と脅従とに分け、従犯を独立的に処罰し、脅従の刑を減免しうることである。たとえば、前掲『叛国罪犯（漢奸）処罰暫定条例』は、「前条の罪を犯した者は、その罪惡の輕重によつて、首要と脅従とに分けて処断することを得」（第三条）、「前条各項の従犯、……一年以上十年以下の有期徒刑に処す」（第五条）、「脅迫されて第四条の罪を犯した者は、その刑を免除することを得」（第八条）等と定めた。

第四は、共同犯罪者を、「帶頭組織者」（先頭に立つ組織者）と「次要分子」（副次的な者）と「一般的脅従」と「盲従分子」とに分けており、しかも後の三者について独立的に処罰することである。たとえば、前掲『土地改革破壞処罰暫定条例』には、「率先して反動武装を組織したる者、……（中略）、率先して封建的迷信団体を組織したる者、……死刑に処す」（第三条）、「前条各罪を犯した次要分子……は、一年以上五年以下の労役に処す。一般的脅従或いは盲従分子は、情狀の輕重によつて一年以下の労役またはそのほかの刑罰に処す」（第四条）等と規定した。

第五は、同謀者も処罰することである。たとえば、前掲『東北解放区汚職処罰暫定条例』は、「第三条で挙げた罪を犯したる同謀……者は、その情狀の輕重によつて分別的に処断す」と定めた。

以上概観するかぎり、この時期における共同犯罪の規定は、依然として不統一であった。それどころか、かえって特に共同犯罪者の種類において一層複雑な様相を呈したのである。ただし、そのなかでも、教唆犯・幫助犯を、それぞれ正犯・従犯を以て論じる点は、前の時期よりもある意味で前進したといえよう。

要するに、新中国成立以前の二十数年間に制定された刑事法規上の共同犯罪に関する規定は、形式は粗末なもので、かつ不統一・地方性を帯びることを避けられなかったが、しかし共同犯罪に関しては相應の役割を果たすに至っており、しかも、それは新中国の共同犯罪立法の萌芽であり、建国後の共同犯罪の立法に際して貴重な経験を提供したと思われる。

四 新中国成立から現行刑法典誕生までの刑事法における共同犯罪の規定

周知のように、新中国は、一九四九年一〇月一日に建国されたのである。言うまでもなく、その際、刑事法を含めて旧法の全面廃棄の方針が採られたので、新たな刑法の制定が必要となったが、種々の理由から、ほぼ三十年の歳月を経て、一九七九年七月六日『中華人民共和国刑法』（現行刑法）⁽¹⁾が終に公布された。そして、その三十年間に公布された一連の刑事法規は、刑法典の役割を果たしてきた。この間に制定された刑事法規は、主に、一九五一年の『中華人民共和国反革命処罰条例』、一九五二年の『中華人民共和国汚職処罰条例』などである。以下では、この二つの法規における共同犯罪に関する規定の主な内容を見ることにする。

第一は、主謀者・組織者・指揮者・率先者・その他罪重大なる者を重く処罰するのに対して、その他の積極的な参加者・参加者を軽く処罰することである。たとえば、前掲『反革命処罰条例』は、「政府機関勤務員・武装部隊または民兵を

煽動したり、これと結託したり、これを買収して叛乱を起こしたものである、その主謀者または隊を率いて叛乱したものは死刑あるいは無期懲役に処する（二項）。煽動・結託・買収または叛乱に参加したその他のものは十年以下の懲役に処する（二項）」（第四条）、「銃器をもち、衆を集めて叛乱を起こした主謀者・指揮者およびその他の重大なものは死刑に処する。積極的に参加したその他のものは五年以上の懲役に処す」（第五条）、「衆を集めて破獄し、または暴動を起こして脱獄したものである、その組織者・主謀者は死刑または無期懲役に処する。積極的に参加したその他のものは三年以上の懲役に処する（第二二条）」等と規定した。

第二は、脅迫されまたは騙されて犯罪を犯した者は、事情を考慮して軽きにしたがって処刑し、または減免することができるのである。たとえば、前掲『反革命処罰条例』第十四条は、「本条例の罪を犯したもののうち、次の事項の一つに該当するものは、事情を考慮して、軽きにしたがって処刑し、減輕し、または処刑を免じることができる。……（中略）反革命分子に脅迫され、騙されたもので、たしかに自発的意思によらないもの」と定めた。

第三は、身分犯と非身分犯とが共同して犯罪を犯した場合の処罰原則である。たとえば、前掲『汚職処罰条例』第一条は、「国家勤務員でなくて国家勤務員と結託して汚職を行ったものは、本条例第三・四・五・一〇・一一各条の規定を参照して処罰する」と。

第四は、集団犯罪およびその組織者の処罰原則である。たとえば、前掲『汚職処罰条例』には、「集団汚職は、各人がえた額およびその犯罪事実にしたがって、それぞれ処罰する（第三条四項）」、「汚職の罪を犯し次の事項の一つに該当するものは、重きに從つて処刑し、あるいは刑罰を加重することができる。……集団汚職の組織者（第四条）」等。

以上の規定の内容から見ると、共同犯罪者には、主謀者・指揮者・組織者率先者・積極的な参加者・参加者・脅迫された者・騙された者等が含まれる。この点では、この時期の共同犯罪の立法は、まだ未熟なものであろう。とはいえ、

中央人民政府による共同犯罪の規定と比較すると、やはり発展しつつあると言えよう。しかも、それらの規定は、後述の中国現行刑法に影響を及ぼした、と想像することができる。

五 小 括

以上、中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革を概観してきた。この概観から、中国では、「共謀共同正犯」の意味での共謀者を、処罰する明確な規定が、既に『秦律』以来存したことが、明らかになったと言えよう。

但し、それは、実行者と同様な刑罰を以て論ずる場合もあったし、実行者の刑罰より軽く論ずる場合もあったし、更に実行者より重く論ずる場合もあったのである。

また、既に見てきた『秦律・法律答問』の「人臣甲遺妾乙盗牛、買（売）、把钱偕邦亡、出徼、得、論各可（何）殴（也）？当城旦黥之、各界主」および『漢律』の「斗以刃傷人、完为城旦、其贼加罪一等、与谋者同罪」などの規定から見ると、日本における「共謀共同正犯論」は、中国古代封建刑法に影響された可能性があると言えるのではなからうか。

なお、『大清新刑律』に沿って制定された『中华民国刑法』には、共謀者の処罰に関しては、以上のような明確な規定がないとはいえ、しかし判例が決して同じ態度を採ってきたわけではないことは、先に触れたとおりである。

要するに、以上の概観からも、共謀者について如何に処罰することが、合理的であるかは、確かに難しい問題であると言わざるを得ないであろう。ただし、この概観から、共謀者のうち、仮に実行行為に出なくても、もしそれは首謀者・組織者・指揮者などであるならば、実行者より重く処罰することもありうる点に注意すべきであろう。

では、今の中国は、どのような共同犯罪理論を以て、この問題に対応しているか。次節では、それを見て行くことと

する。

(1) 村上・前掲『共謀共同正犯』四五五頁参照。

(2) 残念ながら、序で述べたように中国では今のところ公表されている判例は極めて少数なので、以下では主に学説によって分析するほかはないのである。ただし、判例といつても、それはあくまで現行法を具体化していく役割を担っているが、この意味で、法の規定およびこの法律規定を巡る解釈から立法機関に確かな合理的立法を求める使命を負う学説を考察することは、もっと重要であろう。

(3) たとえば、「わが国のように封建遺制の根強いところでは、封建的首従の法理……近代的行為刑法と癒着を遂げていく過程において『共謀共同正犯』なる判例体系を發芽させたのではないか」(桜木・前掲「共謀共同正犯の法理」四二頁)などの指摘がある。

(4) 寧漢林・『中国刑法通史』第二分冊遼寧大学出版社一九八六年版一六四頁参照。

(5) 徐朝陽・『中国刑法溯源』(一)一五四頁、陳興良・前掲『共同犯罪論』一四頁など参照。

(6) 董說・『七国考』一二卷。

(7) 『睡虎地秦墓竹簡』文物出版社一九七八年版一五〇頁。

(8) これは、足を切る刑をいう。

(9) これは、罪人の顔に入れ墨をする刑である。

(10) これは、罪人に朝から城壁をつくる労働をさせる刑である。

(11) これは、鼻を切ることをいう。

(12) これは、罪人を所在地の外に移す刑である。

(13) 前掲『睡虎地秦墓竹簡』一五六頁。

(14) ただし、いまの中国刑法学界では、論者によってその「謀」については、それぞれ預謀(陳興良・前掲『共同犯罪論』一五頁)・通謀(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二〇頁)・同謀(林文肯・茅

彭年・『共同犯罪理論と司法実践』中国政法大学出版社一七七頁）の意味であると解釈されている。

(15) 前掲『睡虎地秦墓竹簡』一五二頁。

(16) 『漢書・主父偃傳』。

(17) 『魏志・賈逵傳』。

(18) 『漢書・王子侯表』。

(19) 死刑に処してその死体を市中にさらすこと。

(20) これは、男子の髪を切り落とした刑である。

(21) 『漢書・薛宝傳』。

(22) 『晋書・刑法志』。

(23) なお、その解釈について次のような翻訳がある。すなわち、「首唱者になって先に言い出すのを『造意』という。二人が相談するのを『謀』という。衆人を指導し計画を立てるのを『率』という」（内田智雄編・『譯注中国歴代刑法志』昭和三九年一二九頁）。

(24) 『晋書・刑法志』。

(25) 『唐律疏議』中華書局出版社一九八三年版一一五頁。

(26) 前掲『唐律疏議』一一六頁。

(27) ただし、中国刑法学界では、この中での「共犯罪」は、共同して犯罪を実行した場合——つまり共同実行犯（共同正犯）を指すのである（陳興良・前掲『共同犯罪論』一七頁）という見解がある。なお、日本では、「共犯罪者」という理論構造は、共同正犯に該当する（滋賀秀三・『唐律における共犯』法学教室別冊ジュリスト第八号昭和三八年一月八二頁）という指摘もある。しかし、私には、必ずしもそこまで言えないと思われる。

(28) 前掲『唐律疏議』一一五頁。

(29) 前掲『唐律疏議』一一六頁。

(30) 『唐律』によれば、「卑」とは、八〇歳を超えた老人をいうのであり、「幼」とは、十歳以下の児童をいうのである。

(31) 前掲『唐律疏議』一一五頁。

- (32) 前掲『唐律疏議』一一六頁。
- (33) 前掲『唐律疏議』一一七頁。
- (34) 前掲『唐律疏議』一一七頁。
- (35) ここでいう人は、期親尊長・母の父母以外のものを指すと思われる。
- (36) 前掲『唐律疏議』一一七頁。
- (37) 人身を略取して奴婢となすこと。
- (38) 禁域に入ってから逃亡したこと。
- (39) 通行証なくある指定された場所を通ること。
- (40) ある指定された場所の裏道を通り抜けること。
- (41) 前掲『唐律疏議』一一七頁。
- (42) 前掲『唐律疏議』一一七頁。
- (43) 前掲『唐律疏議』一一八頁。
- (44) 前掲『唐律疏議』三二九頁。
- (45) 前掲『唐律疏議』三二九頁参照。原文は、以下の通りである。すなわち、「共相擁迫、由其遮遏、逃竄無所、既相因籍、始得殺之、如此經營、皆是加功之類」。
- (46) 滋賀・前掲論文八〇頁参照。
- (47) 前掲『唐律疏議』三九〇頁。
- (48) 前掲『唐律疏議』三九〇頁。
- (49) 前掲『唐律疏議』三七五頁。
- (50) つまり、共犯一味の刑はすべて被害者から窃取した赃物の総額から割り出す、すなわち首犯には総額に対応する法定刑を従犯にはその一等減を科する（滋賀・前掲「唐律における共犯」八〇頁参照）という意味である。
- (51) 前掲『唐律疏議』三七五頁。
- (52) 前掲『唐律疏議』三七五頁参照。その原文は、次のとおりである。すなわち、「假有甲乙丙丁同謀強盜、甲為首、臨時不

行、而行者窃盜、甲雖不行、共謀受分、甲既造意、為窃盜首、余行者、並為窃盜從。甲若不受分、復不行、為窃盜從。從者不行、又不受分、答五十」。

(53) この原文は、「二人以上共同実施犯罪之行為者、皆正犯」。

(54) この原文は、「教唆他人使之実施犯罪之行為者、為造意犯」。

(55) この原文は、「于実施犯罪行為前幫助正犯者為從犯」。

(56) 第三〇条二項。原文は、「依正犯之例処斷」。

(57) 第三一条一項後段。この原文は、「得減正犯之刑一等或二等」。

(58) この原文は、「于前教唆或幫助、其後加入実施犯罪之行為者、從其所實施者処斷」。

(59) この原文は、「凡因身分成立之罪、其教唆或幫助者雖無身分、仍以共犯論。因身分至刑有重輕者、其無身分之人、仍科通常之刑」。

(60) この原文は、「知本犯之情而共同者、雖本犯不知共同之情、乃以共犯論」。

(61) この原文は、「于過失罪有共同過失者、以共犯論」。

(62) この原文は、「值人故意犯罪之際、因過失而助成其結果者、準過失共同正犯論（一項）但其罪應論過失者為限（二項）」。

(63) この原文は、「教唆他人使之實行犯罪之行為者、為教唆犯」。

(64) この原文は、「從犯之刑、減正犯之二分之二」。

(65) この原文は、「但于實施犯罪行為之際、為直接及幫助者、処以正犯之刑」。

(66) この原文は、「知正犯之情而幫助者、雖正犯不知共同之情仍以從犯論」。

(67) この原文は、「教唆他人犯罪者、為教唆犯（第一項）。教唆犯、依其所教唆之罪処罰之（第二項）。被教唆雖未至犯罪、教唆犯仍以未遂犯論（第三項前段）。但以所教唆之罪有処罰未遂犯之規定者、為限（第三項後段）」。

(68) この原文は、「從犯之処罰得按正犯之刑減輕之」。

(69) そのそれぞれ時期の判例を考察したものととして、高宗礼・「中国の共犯立法と教唆犯」昭和三十八年版『斎藤金作先生還暦祝賀論文集』三八七頁以下がある。

(70) これは、後述の現行中国刑法で規定された「魯從犯」の前身である。

(71) この刑法典成立の経緯を詳しく紹介したものととして、平野龍一・浅井敦編・『中国の刑法と刑事訴訟法』三頁以下などがある。

(72) 晩清および中華民国により制定された刑律・刑法を除く。