

講 演

共犯者の類型及び処罰に関する中日比較法的研究

Beteiligungslehre im Vergleich zwischen dem chinesischen
und japanischen Strafrecht

張 開 駿*
監 只 木 誠**
訳 鄭 翔***

目 次

監訳者はしがき

はじめに

- 一 共犯者の類型と意義
- 二 中国刑法における共犯者規定及び解釈
- 三 日本刑法における共犯者規定及び解釈
- 四 中日刑法における共犯者規定の比較

おわりに

監訳者はしがき

上海財経大学張開駿講師は、2015年9月に日本比較法研究所客員研究員として来日後、一年にわたり日本と中国における共犯論の比較法研究を行った。その中、3月には中国刑法の法改正に関する講演を行い（「中国刑法改正における最新の動向」比較法雑誌50巻2号掲載）、さらに7月には「共犯者の類型及び処罰に関する中日比較法的研究」をテーマとする講演

* 上海財経大学法学院講師
** 所員・中央大学法学部教授
*** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

会を行っている。本稿は、後者の講演における報告を翻訳したものである。本稿は、広義の共犯を比較研究の対象とし、その内容は中日刑法規定及び刑法理論における共犯者の類型、各共犯者の内実、相互関係、共同犯罪の成立及びその処罰に対する影響に至り、共犯論全体を幅広く比較研究したものであり、とりわけ中国特有の組織犯と日本の共謀共同正犯を比較し、異なる共犯論構造間の共通する部分に着目することを特徴としている。本稿は、日中の共犯論の比較研究の発展に寄与するものであると思われる。

（只木 誠）

はじめに

共同犯罪（犯罪関与）は一般的に刑法典によって規定されており、中国と日本の刑法の共犯規定には相違があり、それぞれに特色がある。共犯体系に関する立法は他国の法律の影響を受け、各国の共犯形態と共犯者地位及び役割に対する異なる認識のみならず、共同犯罪を処罰する際の刑事政策をも反映している。中国刑法は共犯者を主犯、従犯、教唆犯と組織犯に分類する。ここでは、実行犯、幫助犯と正犯は単なる理論の用語にすぎず、法的類型ではない。これに対して、日本刑法には共同正犯、教唆犯と従犯（幫助犯）が定められ、さらに実務及び刑法理論は共謀共同正犯概念を認めている。中日刑法が交流する際に、共犯者に関する法規定及び学説を参考し、比較することは、重要かつ有意義なことである。本稿は広義の共犯を比較研究の対象とし、中日刑法規定及び刑法理論における共犯者の類型、各共犯者の内実、相互関係、機能（つまり共同犯罪の成立並びにその処罰に対する影響）を内容とするものである。

一 共犯者の類型と意義

共犯者の類型とは、ある一定の基準をもって共同犯罪者を異なる類型に

画定することをいう¹⁾。これは共同犯罪成立及び共犯者の刑事責任の認定に影響する。

(一) 共犯者類型のモデル

刑法理論上、共犯者については、主に分業（行為類型）によるものと、役割（寄与度）によるものとの二類型に分けられる。前者（分業によるもの）は共犯者を正犯（実行犯）、教唆犯と従犯（幫助犯）に分類する。正犯とは刑法各則に規定された具体的な犯罪の構成要件に該当するものであり、教唆犯とは正犯を唆し、犯罪を実行させたものであり、幫助犯とは正犯を幫助するものである。後者（役割によるもの）は、共犯者を主犯と従犯に分類する。主犯とは共同犯罪において主たる役割を果たしたものであり、従犯とは二次的な役割を果たしたものをいう。

各国刑法において、共犯者類型を画定する際に採用する基準が異なる。日本のように分業を基準に共犯者を分別する国もあれば、中国のように分業と役割両方を採用する混合基準をとり、両者に基づく共犯者類型を同時に規定する国もある。

(二) 共犯者類型の意義

現代法治国家において行為刑法及び構成要件を重んじる見解は、正犯と狭義の共犯を区別することの有意性を示唆する。罪刑法定主義は近代刑法の基盤であり、原則でもある。個人犯罪にせよ共同犯罪にせよ、行為主体に刑事責任を負わせるためには、罪刑法定主義に従わなければならない。犯罪成立理論において罪刑法定主義が体现されるには、まず行為が構成要件に該当しなければならない。刑法理論においては、正犯の行為のみが構成要件に該当することができ、狭義の共犯は修正的構成要件に該当するにすぎないものと考えられ、正犯の行為は犯罪の成立と性質に決定的な意義

1) 謝望原編『刑法学(第二版)』(北京大学出版社, 2012年) 156頁, 馮軍, 肖中華編『刑法总论(第二版)』(中国人民大学出版社, 2011年) 360頁。

を持つものとされる。共犯従属性説は広く受け入れられた共犯論の基本原則であり、刑法は既遂犯を処罰することを原則とし、例外的に未遂犯を処罰する。正犯が実行行為に着手することによって初めて可罰的な未遂が存在し、そして正犯が可罰的となっている限りにおいて、狭義の共犯を処罰することが許される。したがって、刑法における正犯と狭義の共犯規定は、共同犯罪の成立と性質の認定に対し重大な意味を有している。

一方、主犯と従犯の分類は、公正かつ柔軟な刑罰裁量要請でもある。罪刑均衡（罪刑相応）の原則は近代刑法における重大な原則である。刑法が量刑の原則と根拠を明示しなければならないことは、罪刑法定主義の要請であり、これは責任主義にも繋がるものである。各共犯者に対し公正なる処罰を下すことによって、刑法の処罰機能と予防目的が実現される。共犯者が遂行した行為の性質が、共犯者の役割と責任を決めることから、正犯と狭義の共犯を分類する方法は合理的なものである。しかしながら、実際の共同犯罪は複雑な態様を呈しているため、役割を基準に分類し処罰することで、より柔軟に量刑に対応することができる。したがって、主犯と従犯の分類基準は、量刑にとって重要な意味を持つ。

中国学者は分業と役割の2つの基準の意義について以下のように述べる。すなわち、上述の両基準はそれぞれ利点と欠点がある。分業による分類法は共同犯罪における共同犯罪者達の実際的な分業と互いの繋がりを明確に示し、共同犯罪の認定に資するという利点があるが、共犯者の役割を提示することができず、各共犯者の刑事責任を確定することができない。一方、役割による分類法は各共犯者の役割の大きさを如実に反映し、刑の量定に長けている反面、各共犯者の分業と互いの繋がりを確定することができず、各則において具体的な犯罪の区別をすることが困難となる²⁾。

2) 馮軍, 肖中華・前掲注1) 360頁, 361頁, 謝望原・前掲注1) 157頁, 趙秉志編『刑法新教程』(中国人民大学出版社, 2001年) 247頁, 高銘暄, 馬克昌編『刑法学〔第五版〕』(北京大学出版社, 高等教育出版社, 2011年) 171頁。

二 中国刑法における共犯者規定及び解釈

(一) 共犯者規定及び通説

中国における法制近代化は清末期から始まる。例えば、大清新刑律には正犯、教唆犯及び幫助犯の規定が存在する。旧中国（1949年以前の中華民国）における暫行新刑律、1928年刑法及び1935年刑法も前述の規定を継受している。新中国（中華人民共和国）刑法典が起草された際にも、正犯と狭義の共犯を採るものも存在したが、ソ連刑法の影響で最終的にそれを採らないまま、1979年刑法と1997年刑法に至った。現行の1997年刑法における共同犯罪規定は5つあり、そのうち第25条は共同犯罪の意義、第26条は主犯、第27条は従犯、第28条は脅迫犯、第29条は教唆犯の規定である。

主犯とは、犯罪集団を結成し、もしくは指導して犯罪活動を行った者、又は共同犯罪において主要な役割を果たした者をいう（26条1項³⁾。通説は、犯罪集団を結成し、もしくは指導して犯罪活動を行った者を組織犯と呼ぶ。組織犯というのは、もっぱら主要人物を意味する。犯罪集団の主要人物以外の主要な役割を果たした共犯者は、条文後半の「主要な役割を果たした者」、つまり主犯にあたる。多衆犯罪の主犯及び2人以上の共同犯罪における主犯もその類に属する⁴⁾。

従犯とは、共同犯罪において副次的又は補助的な役割を果たした者をいう（27条1項）。通説は、「副次的な役割」を、構成要件的行為を実行し、主犯より小さい役割を果たした副次的な実行犯と理解し、「補助的な役割」を、幫助行為を実行した幫助犯と理解する⁵⁾。幫助犯が成立するためには、

- 3) なお、訳出にあたっては、甲斐克則・劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）79-80頁、野村稔・張凌『注解・中華人民共和国新刑法』（成文堂、2002年）54-62頁を参照した。
- 4) 高銘暄、馬克昌・前掲注2) 172頁、趙秉志・前掲注2) 248、249頁、謝望原・前掲注1) 157、158頁、馮軍、肖中華・前掲注1) 362、363頁、黎宏『刑法学』（法律出版社、2012年）289頁。
- 5) 高銘暄、馬克昌・前掲注2) 174頁、趙秉志・前掲注2) 249、250頁、謝望原・

客観面において、構成要件の行為を実行するのではなく、共同犯罪のために方便を提供し、犯罪実行のための前提条件を作るような幫助行為の実行が要求され、主観面において、幫助の故意が要求される。もっとも、従犯は主犯に相対する概念である（主犯なしの従犯は存在しない）。従犯が存在しない共同犯罪はあり得るが、従犯のみが存在する共同犯罪はあり得ない。さらに、通説によれば、実行犯は主犯と従犯、両方ともにより得るが、幫助犯は従犯でなければならない。

脅迫犯とは、脅迫されて犯罪に参加した者をいう（28条）。通説は、脅迫犯を主従犯と並べ、共犯者類型の1つとして認める。その内容として、行為者は脅迫（精神的強制）を受けているものの、完全に意思の自由を喪失することなく、共同犯罪において小さい役割を果たし、それゆえ比較的罪が軽いものとされている。「小さい役割」を強調するのは、刑罰の均衡を保つためである。というも、刑法は脅迫犯の刑罰を従犯より軽く設定していたからである。しかし、最初は強制されていたが、のちに積極的かつ自主的に犯罪行為を実行し、主要もしくは副次的な役割を果たした者は、主従犯に認定されるべきである。もっとも、身体が完全に強制され、意思の自由を完全に失った者、もしくは緊急避難が認められる者は、犯罪が成立せず、脅迫犯とはならない⁶⁾。

教唆犯とは、人を教唆して罪を犯させた者をいう。客観面では、他人を教唆する行為が必要とされ、主観面では、他人を教唆する故意が要求される。教唆犯が「共同犯罪において果たした役割に応じて処罰されなければならない」〈29条1項〉というのは、教唆犯は主犯と従犯両方成立し得ることを意味する。もっとも、中国刑法と実務は犯罪者の主観的悪性を重視する傾向があるため、犯罪者を「生み出した」教唆犯は、一般的に主犯とされる。通説は、教唆犯が共同犯罪において通常主要な役割を果たすが、脅迫による教唆などの場合には、例外的に副次的な役割を果たすこともある。

前掲注1) 158, 159頁。

6) 高銘暄、馬克昌・前掲注2) 177頁、趙秉志・前掲注2) 254頁。

中国刑法における共犯者の分類基準においては、役割と分業、両方が用意されており、役割を中心に分業も考慮する分類法が用いられている⁷⁾。この2つの基準は異なる角度から共犯者に対する分類を行うものである。役割による分類という主犯と従犯は並列関係にあるが、教唆犯とは並列しているわけではない。組織犯は主犯に含まれる。

(二) 解釈論の新しい動き

分類については、中国刑法の両基準を採用する共犯者類型の規定、両基準の類型の関係及び脅迫犯等が複雑に絡まる領域であることから、学説における論争が激しく行われてきた。近年において散見される、通説を修正、補足するいくつかの学説の動きを紹介したい。

1. 従犯に関する解釈

錢業六は、「副次的な役割」に対し、刑法29条1項によれば、教唆犯がその役割に応じて主犯と従犯になりうる以上、従犯と認定された教唆犯は刑法27条に適用されなければならない。そのため、27条において「副次的な役割」を果たした者には、正犯と教唆犯両方が含まれると主張する⁸⁾。さらに、劉明祥は、「補助的な役割」に対し、27条における「補助的な役割」を果たした者には、幫助犯以外に、実行犯と教唆犯も考えられると主張する⁹⁾。中国刑法の「副次的な役割」と(副次的)実行行為が対応し、「補助的な役割」と幫助行為が対応するのは、理論上一般的に認められた実行犯と幫助犯の概念を法用語に定着させるためである。しかし、かかる対応関係は、教唆犯が含まれなくなるという矛盾を生じさせたのである。学説上教唆犯が従犯にもなりうると認めた以上、論理的には、教唆犯に勿論27条を適用することができる。そのため、通説の27条は副次的な実行犯

7) 高銘暄, 馬克昌・前掲注2) 172頁。

8) 錢業六『共犯論の基礎及びその展開』(中国政法大学出版社, 2014年) 67頁, 馮軍, 肖中華・前掲注1) 364頁, 黎宏・前掲注4) 291頁。

9) 劉明祥「我が国に共犯従属性説を採用すべからず」林維編『共犯論研究』(北京大学出版社, 2014年) 275頁。

及び幫助犯しか適用されないという見解には、疑問がある。

中国語の語義において「副次的」とは、「比較的的重要ではない」、「決定的ではない」、「比較的価値の低い」などの意味を持ち、「補助的」とは「そばから幫助、協力する」の意味を持つ。語義によれば、実行行為と幫助行為を検討する際に、「補助」は幫助行為に親和性を持つように見えるが、片方の実行犯が主要な実行行為を実行し、もう一方の実行犯が副次的な行為を実行し、もしくはそばから幫助することも想定し得る。例えば、以下のような強盗の場合である。つまり、甲が暴力を振り財物を奪取し、乙が被害者を脅迫する場合である。乙の脅迫行為は強盗罪の実行行為にもかかわらず、「そばから幫助、協力する」の文言にあたりうる。肝心なのは、以下のことである。すなわち、刑法が定めるのは「副次的な役割」、「補助的な役割」であって、「副次的な(実行)行為」、「補助的な行為」ではない。つまり、この条文は役割による共犯者規定であり、行為類型によるものではない。そのため、「副次的な役割」、「補助的な役割」の用語を強引に特定な行為類型と対応させる解釈は不必要であり、適切ではない。27条にいう「副次的な役割」と「補助的な役割」が、その役割の大小または程度に差はあるものの、私見によれば、これらの文言と共犯者行為類型との対応関係の結びつきは不要であると思われる。「副次的な役割」であれ「補助的な役割」であれ、いずれにせよ、実行犯、教唆犯と幫助犯が成立し得る。刑法において「副次的な役割」と「補助的な役割」両方が定められているのは、あくまでも従犯の定義をより詳しく説明するためである。したがって、29条は従犯の役割に関する規定にすぎず、その行為に関する規定ではない。そのため、29条を副次的な実行犯(もしくは幫助犯)に関する規定であると認識してはいけないのである。副次的な行為を実行した実行犯(もしくは幫助犯)が小さい役割を果たし、これを従犯に認定すべき場合はあるが、それを理由にして29条が副次的な実行犯(もしくは幫助犯)に関する規定であるとはいえない。実行犯が主犯にあたる場合も同様である。中国における実行犯と幫助犯概念は法定概念ではなく、単なる理論概念である。

2. 幫助犯に対する主従犯認定

錢葉六は、幫助犯は通常従犯でなければならず、例外的に主犯とされる場合もある、と主張する。例えば、以下の事例である（墳墓発掘窃盗事例）。無職の甲は、ある古墳に埋葬されている財物を盗むべく、その古墳の考古活動に参加した専門家の乙を誘った。乙は古墳の構造図を描き、中にある重要文化財の位置に印をつけ、計画を立て甲に専門知識を叩き込んだ結果、甲が窃盗に無事成功した¹⁰⁾。この事例において乙は幫助犯であったが、これを従犯として認定することは適切ではない。なぜならば、古墳における発掘窃盗は専門的知識を強く要求される作業であって、乙は直接に実行していなくても、彼の幫助無しでは犯罪を完遂することは難しい。それゆえ、乙は少なくとも甲と同じ主犯にあたる。本稿はこの見解に賛成する。この見解によれば、幫助犯が主犯に当たり得るという結論に法規範的な障害は存在しない。

3. 脅迫犯の解釈論

新しい見解によれば、28条は「脅迫されて犯罪に参加する」という事実に関する規定にすぎず（法的減輕）、共犯者の役割に関する規定ではない。そのため、脅迫犯は主犯従犯と並ぶ一つの独立した共犯類型ではない。この見解について、さらに二通りの解釈が展開されている。一方の解釈によれば、脅迫犯は「脅迫され」であるため、一種の特別な従犯として評価し得る（従犯論）。もう一方によれば、28条は「責任減免事由」あるいは「許されるべき事由」である。「脅迫され」というのは行為者の被動性と不本意性を表すだけであって、必然的にその役割を意味するわけではない。そのため、行為者は主犯と従犯、両方となり得る（主犯あるいは従犯論¹¹⁾）。私見によれば、28条の叙述に従えば、28条は行為類型に関する規定でもなければ、役割に関する規定でもない。独立した共犯者類型ではなく、一つの法的情状酌量として考えるのが素直であろう。そうであれば、

10) 錢葉六・前掲注8) 69頁。

11) 錢葉六・前掲注8) 70頁。

脅迫犯の「犯」は共犯者を意味するのではなく、犯罪事実を意味する。より正確に言えば、「脅迫犯」という文言を使うべきではなく、「脅迫された」という事実」という文言を使うべきだろう。脅迫犯はその行為態様に依りて、実行犯、教唆犯ないし幫助犯、どちらにもあたりうる。

以上をまとめると、刑法理論は実行犯(正犯)、教唆犯、幫助犯の分類を重視する一方で、立法と実務は量刑に関連する役割分類を重視する。新解釈は伝統的観点である共犯者類型に対する認識と二つの分類に基づく対応関係に衝撃を与え、主従犯認定及び情状認定の明確化に資するものである。

三 日本刑法における共犯者規定及び解釈

(一) 共犯者規定及び解釈

日本は明治維新から法の近代化を進めた。そのうち、1882年で施行された「旧刑法」はフランスに強く影響され、一方1908年で施行された現行刑法はドイツに強く影響される。現行刑法典は共同正犯、教唆犯と従犯(幫助犯)三類型の共犯者を定め、分業(行為類型)による分類基準を採っている。共犯に関する規定は合計6つあり、そのうち60条は共同正犯、61条は教唆犯、62、63条は幫助犯、64条は教唆と幫助の処罰に対する制限、65条は身分犯に関する共犯の規定である。

共同正犯とは、「二人以上共同して犯罪を実行した者」をいう(60条)。通常共同正犯が成立するためには、共同実行の事実と共同実行の意思が要求される¹²⁾。しかし、判例のように、共同実行の事実(構成要件的行為の分担)がなくても、共同正犯を認める類型、つまり共謀共同正犯を肯定する立場がある¹³⁾。そのため、共同正犯には実行共同正犯と共謀共同正犯二つの類型が存在する¹⁴⁾。共同正犯は刑法各則に定めた各本条の刑をもって

12) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社, 1990年)391頁, 大塚仁『刑法概説(総論)第四版』(有斐閣, 2008年)291頁。

13) 西田典之『刑法総論(第二版)』(弘文堂, 2010年)324頁。

14) 大谷實『刑法講義総論(新版第四版)』(成文堂, 2012年)409頁。

処断される。しかし、共同者の全員が、常に同様の処罰を受けるとは限らず、刑の加重減免事由などは、これを具備する行為者のみについて考慮されるべきであり、各行為者の具体的犯情に応じて処罰は異なり得るのである¹⁵⁾。

教唆犯とは、「人を教唆して犯罪を実行させた者」をいう。教唆犯には、正犯の刑を科する（61条1項）。これは、教唆犯の刑が、正犯に適用される法定刑の範囲内で確定しなければならないことを意味し、教唆犯と正犯に同じ刑罰を課するという意味ではない。さらに、正犯と教唆犯の刑の加重減軽事由はそれぞれ個別に検討されるべきである。

幫助犯とは、「正犯を幫助する」者をいう（62条）。従犯の刑は、正犯の刑を軽減する（63条）。刑法規定によれば、教唆犯を教唆する者は教唆犯であり、従犯を教唆する者は幫助犯である。学説において、幫助とは実行行為以外の行為により、正犯の犯罪行為を容易にする行為をいうとされているが¹⁶⁾、判例は、実行行為を行う幫助犯をも認めている¹⁷⁾。

（二）共謀共同正犯に関する判例と学説

共謀共同正犯をめぐることは、肯定説と否定説の対立がある。初期の刑法理論は60条にいう「実行」の叙述に忠実に従い、「実行」を実行行為と考える¹⁸⁾。「正犯とは犯罪を実行した者すなわち基本的構成要件該当事実を実現する者である。共同正犯は、数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現するばあいにほかならない。だから、それは、やはり正犯である。これに対して、教唆犯及び幫助犯は基本的構成要件該当事実を実現するのではなく、単に基本的構成要件該当事実の実現に加功するにすぎないも

15) 大塚・前掲注12) 310頁, 大谷・前掲注14) 432頁。

16) 西田・前掲注13) 325頁。

17) 横浜地川崎支判昭和51年11月25日（判時842号127頁）。大津地判昭和53年12月26日（判時924号145頁），など。西田・前掲注13) 353頁, 山口厚『刑法総論（第三版）』（有斐閣, 2016年）342頁。

18) 団藤・前掲注12) 139, 389, 390頁。

のである」。つまり、「基本的構成要件の実行行為そのものを実行するのではなく、それ以外の行為をもってこれに加功するものである」。「共犯は構成要件の修正形式として考えられるのである」¹⁹⁾。共同正犯が成立するために、客観面において「共同実行の事実を必要とする。すなわち、実行行為すなわち構成要件該事実の実現行為を分担したことを要するのである」²⁰⁾。共謀あるいは謀議に関与する非実行者及び幫助行為だけを分担する行為者は、構成要件的行為を実行していないため、行為者には共同正犯が成立せず、そのため、共謀共同正犯も認められない。このように、否定説は長い間支配的な見解であった。

しかし、組織犯罪における背後者ないし構成要件的行為を分担していないにもかかわらず、重要な役割を果たした者にそれ相応の処罰を与えるために、判例は、旧刑法時代から共謀共同正犯を肯定し、その認定範囲を拡大してきている。罪名に関しては、詐欺罪、恐喝罪等の知能犯にはじまり、放火罪、殺人罪、窃盗罪、強盗罪との実力犯まで広がり、主体については、組織犯罪の背後者から、見張り等の幫助者まで認め、共謀の形式もだんだん緩くなる傾向がみられる。共謀共同正犯は上位者が下位の実行担当者を優越的に支配する支配型と各自必要行為を分担する分担型（対等型）に分けられる²¹⁾。さらに、日本改正刑法草案も共謀共同正犯規定を設けている（改正刑法草案27条2項）。このように、刑法実務と立法は学説に影響し、共謀共同正犯の受け入れと根拠探しを促している。客観的解釈論に立脚し、60条にいう「共同」を重んじ、正犯が共同の意思に基づき構成要件的行為を実行し、この「実行」を共同者の「共同のもの」と評価できる限り、共同者全員に共同正犯が成立し得る。そのため、共謀共同正犯は刑法の条文に反しない²²⁾。学説において、最初に共謀共同正犯を肯定す

19) 団藤・前掲注12) 373頁。

20) 団藤・前掲注12) 395頁。

21) 山口・前掲注17) 339頁、前田雅英『刑法総論講義（第六版）』（東京大学出版会、2015年）354頁。

22) 前田・前掲注21) 352頁。

るのは共同意思主体説である。二人以上の「異心別体」である個人は共謀して一定の犯罪を行う場合に、個人を超える社会的な「共同意思主体」が形成されるため、行為者一部の実行が共同意思主体の実行として見なされ、行為者全員が共同正犯となる²³⁾。同説は団体責任を認め、近代刑法における個人主義の原理に反するという批判を受ける。さらに、同説に明確な基準はなく、共同正犯の射程を無限に広げる恐れがある。西原春夫は共犯を特殊な社会的、心理的現象と考え、例外的に団体責任を認めても良いと主張し、「重要な役割」をもって共同正犯と共犯を区別しようとする²⁴⁾。これは共同意思主体説の修正と補充といえよう。最高裁の練馬事件判決以降、個人主義の原理に立脚し、間接正犯類似説（藤木英雄、川端博）、行為支配説（団藤重光、大塚仁、橋本正博）、重要な役割説あるいは準実行行為正犯説（井田良、西田典之）、共同惹起説（山口厚）などが主張されている。①藤木英雄は、二人以上の行為は全体的、総合的に考慮したうえで判断しなければならないと主張する。「各人がそれぞれ意思を連絡のうえ、互いに他人を利用し補いあって共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、みずから実行行為を分担しなかった者であっても」、「実行担当者の、犯行を思いとどまろうとする反対動機規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、みずから手を下すことがなくても実行担当者と共同して実行行為をしたものであるといえる。また、実行を担当する者も、背後に共同者がいるという意識によって、心理的に鼓舞され、到底単独では行えないことでも容易に実行できる程度に、その意思の実現を容易にするような支援をうけているのである。かように、共謀者と実行担当者のあいだには、相互の利用、補助関係が認められる。したがって、共同者の行為を、全体として、犯罪を共同実

23) 草野豹一郎『刑法要論』（有斐閣、1956年）117頁以下、齊藤金作『共犯理論の研究』（有斐閣、1954年）118頁、下村康正『共謀共同正犯と共犯理論（増補版）』（学陽書房、1975年）84頁、下村康正『犯罪論の基本的思想』（成文堂、1960年）184頁以下。

24) 西原春夫『犯罪実行行為論』（成文堂、1998年）287頁以下、339-341頁。

行したものと認めることができる」²⁵⁾。川端博は共謀者が他人の行為を利用して犯罪を実現するといえるという点に着目する。被利用者の行動を自分が策定した方向に意のままに動かせることが、間接正犯の正犯性根拠である。間接正犯が正犯であるように、共謀者の利用行為と自ら手を下す行為が「価値的に同一評価」できる場合に正犯として認めうる。このような場合に、共謀者が他人と合意し共同して相互に利用し合い、結果を実現した。この意味で、共謀者に「共同の実行」が認めうる。共謀共同正犯関係にある個々の構成員の心理内容の中核をなすのは、それぞれ相手の行為を利用することによって犯罪を容易に、かつ、確実に遂行・実現しようとすることである。いいかえると、共犯者間に存在する「相互的利用関係」こそが、共同正犯の本質をなし、共謀共同正犯にもその存在が認められるのである。このような「相互的利用関係」は各構成員にとって、間接正犯の利用関係に類似するため、間接正犯類似説は妥当である²⁶⁾。②団藤重光は以下のことを主張する。つまり、「構成要件該当事実について支配を持った者——つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者——こそが、まさしく正犯にほかならない。正犯と共犯との区別の標準は、行為支配そのものではなく、行為支配の対象が構成要件該当事実であるかどうかに求められなければならない。われわれは構成要件を指導形象にすることによって、はじめて明確な正犯概念を獲得することができるのである」²⁷⁾。大塚仁は優越支配共同正犯論を主張する。この見解は、共謀共同正犯の名を使わないだけであって、実際には共謀共同正犯を認めている。

それによれば、実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行担当者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせている場合には、規範的観点から共同実行があるといえる

25) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）284、285頁、藤木英雄『刑法』（弘文堂、1971年）144、145頁。

26) 川端博『刑法総論講義（第三版）』（成文堂、2013年）579頁、川端博『刑法』（成文堂、2014年）165、166頁。

27) 団藤・前掲注12) 373、397頁。

のであり、共同正犯を認めることができる。しかし、これは、「共謀」共同正犯ではなく、むしろ、優越支配共同正犯とも呼ばれるべき別個の観念である²⁸⁾。③井田良は共謀共同正犯を認める目的を、「背後にいる大物ないし黒幕を正犯として処罰する」と主張する。現行刑法の正犯・共犯の基礎には、実行行為を行った者こそ最も重く評価されるべきであり、それ以外の関与者は相対的に軽く評価されるべきであるとする思想がある。しかし、実行行為の一部分担を絶対視することには疑問がある。実行行為の一部を分担しない者でも、直接行為者と同程度に、犯罪実現に対し本質的寄与をなしたことを疑い得ない事案は存在する。事前の共謀の段階で強い影響を及ぼす者こそが重要人物となる場合も多い。共謀の形成こそが重要であり、共謀者のうちで誰が実行行為を分担するかは可罰評価の上で本質的でないという場合もしばしば見受けられる。また、全員が謀議の中で次第に決意を固めていき、誰が教唆したか、誰が幫助にまわったかをもはや特定できない（また、そのことが重要性をもたない）ということもあろう。これらの場合において、共謀の形成にあたり重要な影響力をもったが、実行行為を直接には分担しなかった者を正犯として処罰することを可能とする点に、共謀共同正犯の理論の重要な意味がある²⁹⁾。共同正犯性については、共謀に基づく作業分担が行われたとき、実行行為を直接に行わなかった共謀者でも、犯罪実現に重要な寄与を果たしたと認められる限りで、これを肯定することができる。そのことは、形式的には、共同正犯が単独犯の構成要件を修正するものであることから認められ、実質的には、共犯現象の特殊性に着目して、各行為者の果たした寄与に対し適切な評価を行うという観点から正当化される³⁰⁾。西田典之は「重要な役割」を内容とする「準実行共同正犯論」を主張する。これによれば、犯罪の共謀や準備・実行段階において、共謀者が実行行為は分担していないが、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、または、これに準じるような重要な

28) 大塚・前掲注12) 307頁。

29) 井田良『講義刑法学総論』（有斐閣、2008年）463頁。

30) 井田・前掲注29) 464頁。

役割を果たしたと認められる場合にも共同正犯性を肯定すべきである。共同正犯と共犯を区別する際に、以下のような下位基準をもって類型化することができる。つまり、共謀者と実行者の主従関係、共謀者が謀議において果たした役割、犯罪の準備・実行段階等において共謀者が果たした役割の重要性などである³¹⁾。④山口厚は「共同惹起説」を主張する。同説によれば、共同正犯の認定基準は、他の共同者との共同意思に基づき、構成要件該当事実の惹起に重要な事実的寄与を果たし、共同して構成要件該当事実全体を惹起したかどうかである。つまり、その最終基準は「共同惹起」にあり、つまり行為者が構成要件の結果を共同惹起する一員であるかどうかにある。重要な事実的寄与は共同惹起の判断基準にすぎない。これは、なぜ教唆犯は犯意の惹起という意味で「重要な事実的寄与」があるにもかかわらず、共同正犯とならないのか、という疑問に解答を与えるものである。「重要な役割」を重んじる見解は共同正犯と教唆犯の区別を看過し、共同正犯と幫助犯の区別基準であるにすぎない³²⁾。共謀共同正犯肯定説が多数説になった今でも、これをめぐる論争は絶えない。

一方、上述の通り、共謀共同正犯を反対する学説も少なくない³³⁾。反対する主なる理由は、次のようなものである。つまり、①立法者の意思を推測すると、共謀共同正犯は刑法60条の趣旨に含まれない³⁴⁾。②実行行為を正犯概念要素とする立場からは、「共同して犯罪を実行した」というのは、少なくとも実行行為の一部を分担する必要があること、また団体的共犯論により共謀共同正犯を肯定することは、近代刑法の原則である個人責任の法理に反するものであること、また単独犯の原理によりながらも実行行為を規範化・実質化・価値化して共謀共同正犯を肯定することは、実行行為概念を過度に弛緩させ、間接正犯の拡大をもたらす共犯の三分類を曖昧に

31) 西田・前掲注13) 349, 350頁。

32) 山口・前掲注17) 341頁。

33) 否定論者に以下の者が挙げられる。野村稔、曾根威彦、山中敬一、福田平、中山研一、佐伯千帆、中義勝、吉川経夫、内田文昭、浅田和茂等。

34) 松宮孝明『刑法総論講義（第四版）』（成文堂、2009年）276頁。

するものであり、実際の量刑上も教唆犯として正犯に準じて処罰が可能であるから共謀共同正犯を肯定する必要はなく、共謀共同正犯を認めると従犯にしか問えないような者が正犯に格上げされることになる恐れがあるなどがその理由となっている³⁵⁾。野村稔は、共同正犯は少なくとも自ら実行行為の一部を分担する必要があると考える。単に共謀に参加したが実行行為の分担をしない者は、刑法60条により共同正犯としては処罰されないと解する³⁶⁾。福田平によれば、現行法の解釈としては、単なる共謀者には、教唆犯か幫助犯かいずれかの責任を問うほかはない³⁷⁾。山中敬一は以下のように述べる。「実行共同正犯の形式的明確性の確保は、近代刑法の大原則を維持する重要課題であって、これを形式性の枠を乗り越える安易な実質化によって、掘り崩すべきではない」。「共同正犯はあくまで実行行為を分担する必要がある。共謀に参加したにとどまる者は、行為計画を立て、詳細な手はずを整え、精神的に大きな影響力を与え、構成要件に不可欠であっても、実行を分担してはならず、実行担当者は、実行に出るかどうかにつきなお規範的障害を持ち、共謀者が道具のように支配しているわけではない³⁸⁾」。曾根威彦は正犯と共犯の区別を客観（違法）と主観（責任）両面から捉えようとする。実行行為は正犯概念の十分条件でないが、必要条件ではある。共犯現象の中で主要な地位に立つ者、重要な役割を演じた者は正犯であり、従属的な地位に立つ者、脇役を演じた者は共犯である。実行行為を行った者がすべて重要な役割を演じたといえるかどうかは別として、法益侵害の直接性の観点からすると、少なくとも実行行為を行わなかった者は、重要な役割を演じなかった者としてこれを正犯と解すべきではない。責任主義の一面である個人責任の原理を徹底し、また、理論上共犯たるべき者が実務上正犯として扱われる可能性を排除するためには、共

35) 野村稔『刑法研究（上巻総論）』（成文堂、2016年）197、198頁、野村稔『刑法総論（補訂版）』（成文堂、1998年）404頁。

36) 野村稔・前掲注35) 201頁。

37) 福田平『全訂刑法総論（第五版）』（有斐閣、2011年）251、252、278頁。

38) 山中敬一『刑法総論（第三版）』（成文堂、2015年）936、937頁。

謀共同正犯の理論を否定することになお実践的、政策的意義が認められる。文理解釈において、肯定論は全く不可能というわけではないが、日本語の通常読み方としては、否定論の方が適切である³⁹⁾。このように、曾根説は非実行行為正犯を排除したが、実行行為のある共犯を認める余地が生まれる。曾根説における共同正犯の射程は否定説の中で一番狭いものである。現在では、共謀共同正犯論を肯定しつつ、その成立範囲を限定していこうとする見解が、むしろ主流になっている⁴⁰⁾。構成要件行為を重視する形式説から、行為支配・重要な役割を強調する実質説へ推移しつつ、日本刑法は正犯の実質化に対し慎重な態度を示している。

四 中日刑法における共犯者規定の比較

(一) 共犯者の関係

1. 従犯の概念

中日刑法には従犯という法的概念が定められているが、その内実は日本のものと異なっている。中国刑法における従犯は、役割を基準に画定した共犯者類型であって、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を意味し、主犯と対応する概念である。一方、日本刑法における従犯は分業を基準に画定した共犯者類型であって、正犯を幫助する者を意味し、正犯及び教唆犯と対応する概念である。

2. 正犯と実行犯の関係

正犯と実行犯は両方とも分業を基準に画定する共犯者類型であり、罪名の確定という意味において同じものである。日本刑法は以前、形式的な正犯概念、つまり構成要件的行為を実行した者は正犯であるという形式的概念を採用しており、当時の正犯概念と実行犯概念は全く同じであるといえよう。しかし、正犯実質化の傾向につれ、実行犯と正犯の重なる部分が多

39) 曾根威彦『刑法総論（第四版）』（弘文堂、2008年）236、255頁。

40) 西田・前掲注13) 345頁。

くなっていくとはいえ、完全に同じであるというわけではなくてきている。なお、両者は互いに包摂関係でもない。例えば、共謀共同正犯には実行行為がなく、実行犯ではないにもかかわらず、正犯である。これに対して、構成要件的行為を実行した行為者に対しては、判例が幫助犯を肯定した事案もある。

一方、中国刑法における実行犯と正犯概念は内実が同じであるものの、呼び方が異なるにすぎない⁴¹⁾。中国刑法には、これのほかに、間接正犯を間接実行犯と呼び⁴²⁾、共同正犯を共同実行犯と呼ぶことがある⁴³⁾。これによれば、実行犯（正犯）は、実行行為を基準にする概念であるが、形式的客観説に基づき、自手性を要求することなく、実行行為を規範的に理解しなければならない（本稿はこれを「規範的客観説」と呼ぶ）。他の者を利用して構成要件的行為を実行する場合に、もし被利用者に規範的障害がないのであれば、その利用行為は実行行為として評価できる。そのため、利用行為を実行した利用者に実行行為性が認められ、正犯（間接正犯）とする。すなわち、自ら構成要件的行為（形式的実行行為）を実行した者と規範的障害がない者の構成要件的行為に対し利用行為を行った者は、すべて正犯である。共同正犯は共同してこのような実行行為を実行した者であり、各正犯者に対しては、実行行為の全部もしくは一部の分担が要求される。中国刑法は直接正犯、間接正犯および実行共同正犯の範囲内で、正犯概念を理解する。そのため、「規範的客観説」における実行行為を基準にする実行犯は、正犯と同じ内容を有する。しかし、主観説（目的説、利益説）によれば、正犯と実行犯の内容と外延は全く異なるし、実質客観説（犯罪支配論、重要作用説）によれば、正犯より実行犯の範囲が狭くなる。

41) 林維『間接正犯研究』（中国政法大学出版社、1998年）37頁、陳家林『共同正犯研究』（武漢大学出版社、2004年）32頁、葉良芳『実行犯研究』（浙江大学出版社、2008年）10頁。

42) 趙香如『間接実行犯研究』（世界図書出版広東有限公司、2013年）1頁、阮齊林『刑法』（中国人民大学出版社、2013年）79頁。

43) 王光明『共同実行犯研究』（法律出版社、2012年）前言第6頁。

なぜならば、後者の場合に、共謀共同正犯は実行犯に含まれないからである。

日本の正犯概念は、犯罪関与者の犯罪の認定と量刑、両方にかかわる。それゆえ、正犯概念は実質的に考えられなければならない。これに対して、中国の実行犯概念は量刑に対応せず、実行犯を含む犯罪関与者の刑罰は、主従犯を基準に決定される。そして、日本における正犯概念は犯罪関与領域に限られない。正犯者の数、意思連絡の有無を基準に、正犯は単独正犯、同時正犯（同時犯）と共同正犯に分類できる⁴⁴⁾。つまり、正犯概念は通常複数人が関与する状況を想定するが、個人による犯行（単独正犯）の状況も含まれる。多くの文献は構成要件論において実行行為を論述するとき間接正犯の問題を議論し⁴⁵⁾、あるいは正犯性自体を構成要件要素として、構成要件論の中で正犯性の問題を議論する⁴⁶⁾。これに対して、中国刑法における実行犯概念は、教唆犯と幫助犯と相対する概念であって、犯罪関与以外領域で用いることがない。したがって、日本の正犯概念と中国の実行犯概念の言葉が用いられる場面にも差異があるといえよう。

3. 正犯と主犯の関係

犯罪関与者の刑罰基準としての正犯概念と主犯概念は、同じといえる。しかし、両者は性質上異なっているのも、また事実である。正犯は共犯と相対する概念であって、主犯は従犯と相対する概念である。正犯は主犯と重なる部分があるが、異なる部分も存在する。しかし、正犯概念の実質化とともに、正犯概念と主犯概念を比較することもまた可能となる。

学者において、日本の正犯と中国の主犯を比較する動向も散見される。例えば、平野龍一によれば、「正犯という名は、単なる形式的な行為の枠を示すだけでなく、その犯罪の主犯であるという実質的な評価も含」み、「この評価機能は無視することはできない」とする⁴⁷⁾。また、西田典之も

44) 大塚・前掲注12) 277頁。

45) 大塚・前掲注12) 158-164頁。

46) 山口・前掲注17) 36, 67頁以下。

47) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）400頁。

「両国の共犯規定に大差はない」と述べる⁴⁸⁾。さらに、金光旭によれば、共同正犯と狭義の共犯の区別は、その犯罪の中で発揮した役割の重大さによってのみ判断され得るものである。中国刑法の役割の大小で主犯と従犯を区別する基準は、この意味で中国の「主犯」と日本の「共同正犯」を比較し得るものとした⁴⁹⁾。中国の張明楷は、「日本における実質的正犯概念はまさに中国における主犯であり、その逆、主犯も正犯である」と主張する⁵⁰⁾。そして、犯罪関与者の役割を重視する学説（重要役割説）と裁判例はいくつか存在する。この点について、ある意味今、日本の正犯が中国の主犯に接近しているといえよう。

正犯と狭義の共犯の区別について、その最大の意義は共同犯罪の成立と性質の認定にあると本稿は考える。なぜならば、正犯は構成要件を実現する者であり、その行為はどの具体的な犯罪構成に該当するかを決めることだけでなく、共犯の犯罪の成否をも決めることになる（共犯従属性）。しかし、共犯者に適切な量刑を実現するために、正犯を実質的に認定し、正犯と共犯の区別を洗い直す論理は、明らかに合理的ではない。それに加えて、日本刑法が共同正犯、教唆犯と幫助犯を定めた以上、実務も学説も、解釈をする際に、刑法の行為類型に関する規定のもとで行わなければならない。立法を無視する判例と学説は、罪刑法定主義に違反することはいうまでもない。

日本の判例が古くから共謀共同正犯を肯定していたにもかかわらず、非構成要件的行為を実行したにすぎない者に共同正犯が一般的に認められるには、理論上それなりの時間がかかった。それに対して、中国刑法の場合に、教唆又は組織行為を行った者に主犯を認めることはごく自然（受け入

48) 西田典之『日本刑法における共犯理論の基本問題』王昭武訳（中国人民大学刑事法法律科学研究センター編『明德刑法学名家講演録』第一巻）（北京大学出版社、2009年）82頁。

49) 金光旭「日本刑法における実行行為」中外法学第2期（2008年）242、243頁。

50) 張明楷『刑法学（第四版）』（法律出版社、2011年）405頁。

れやすい)である。中国刑法には主観的悪性を重視する伝統がある。本稿は、役割基準の認定を明確にすること、つまり、何が主要な役割なのか、何が副次的な役割あるいは補助的な役割なのかを明確にすることを志向する。そして、司法機関による恣意的な運用を回避することこそ、今の中国刑法における課題であるとする。役割の大小を判断する際に、通説は共犯者が占める地位、関与の程度、犯情及び結果に対する作用の大小等の要素を総合的に考慮する必要があるとする⁵¹⁾。学説の一部は以下のことを要求する。つまり、①起因。最初に犯罪を行おうとする者は主犯であり、その参加者は従犯である。②地位。主導的、支配的な地位を占める者は主犯であり、従属的、被支配的な者は従犯である。③関与程度。積極的に犯罪の全過程に関与した者は主犯であり、消極的かつ犯罪の一部にしか関与していない者は従犯である。④罪の大小。行為者が犯罪成立までの各段階において、特に結果への寄与度を基準に、寄与が大きい者は主犯であり、小さい者は従犯である。⑤利益分配。犯罪を通じて多くの利益が分配される者が主犯であり、少ない者は従犯である⁵²⁾。実務もまた学説と類似する総合的考慮をする立場を採る。本稿は、以下のことを主張する。第一に、主従犯の認定は、宣告刑の唯一の根拠ではない。なぜならば、刑法における主従犯の量刑を決めるために、応報刑及び予防刑の見地から、自首、自白、功績、累犯等の要素と、加害者の反省や弁償等の要素の有無を考えなければならないからである。通説がいうように、「各共同犯罪者の人的危険性及び犯罪後の態度を考慮する上で、判断しなければならない。場合によっては、刑の軽重を調整し、減輕し、あるいは免除する必要がある。たとえ同じ主犯であっても、量刑は必ずしも同じであるとはいえないし、従犯より軽い刑が処されることも想定できよう⁵³⁾。第二に、共犯者の役割を考慮するにあたって、既遂は勿論、その前の行為を遂行するとき、その後の犯行現場から離脱するとき及び証拠隠滅やその他の偵察を妨害する活動

51) 高銘暄, 馬克昌・前掲注2) 174頁。

52) 黎宏・前掲注4) 291頁。

53) 高銘暄, 馬克昌・前掲注2) 169頁。

を行うときも考えなければならない。なぜならば、多くの犯罪は既遂以降も継続しており、法益侵害の継続ないしさらなる拡大が考えうるからである。しかし、犯罪利益の分配まで考慮の要素に入れる必要はない。というのも、それは侵害結果の発生や犯罪の遂行に影響がないからである。第三に、役割を判断する材料として、優先的に客観的違法と主観的責任、とりわけ実行行為の分担と役割の大きさを考えなければならない。非実行行為をする者に対し、実行行為をする者が優先的に主犯として認められるべきである（組織犯は例外である）。さらに、実行行為をする者らの内部においても、すべて主犯とするというわけではなく、その役割に応じて個別に主犯の認定を行わなければならない。以上のことから考えると、通説及び実務の教唆犯における主犯の判断基準は妥当とはいえない。というのも、教唆行為には直接的な法益侵害性と、実行犯のような高い違法性が存しないからである。さらに、教唆犯は実行犯に対し実質的な支配をしておらず、実行犯は完全なる意思の自由を有する。したがって、教唆犯は原則的に従犯でなければならないが、例外的に主犯として認められ得る⁵⁴⁾。

日本の正犯が中国の主犯に接近している一面があるといえるが、これに対して、主犯が正犯に接近しているとは思えない。というのも、正犯の機能は罪名の確定にあり、そのため共犯が正犯に従属しなければならないが、一方、主犯の機能は量刑にあり、主犯と従犯には従属性の問題がないからである。中国刑法は実行犯の概念を用いることで、正犯と同様に罪名の確定の機能を果たすことができる。ここで特筆に値するのは、中国に、身分者と非身分者が関与する共同犯罪の罪名を主犯によって決めるという司法解釈が存在することである。つまり、会社、企業またはその他の組織体の中にいる公務員と非公務員が結託し、それぞれの職務の立場を利用し、共同して不法に当該組織体の財物を領得する場合に、主犯によって罪名が決まるという⁵⁵⁾。さらに、上記のような場合に、可能な限り主犯を区別しなけ

54) 錢葉六・前掲注8) 68頁。

55) 2000年6月30日、最高人民法院「横領、業務上横領事件における共同犯罪の認定に関する解釈」3項を参照。

ればならず、その上で主犯によって罪名を決める必要がある。実際の状況により各共犯者の地位、役割から主従犯の区別ができなくなった場合には、横領罪を認める⁵⁶⁾。中国刑法では、非公務員が職務上の立場を利用し、所属する組織体の財物を不法に自己の物として領得する場合には、業務上横領罪とし、公務員の場合には、横領罪とする。上述の司法解釈は学説から以下のような批判を受けている⁵⁷⁾。すなわち、犯罪の成立及び性質を決めるのは、主犯ではなくて、構成要件の行為であり、主犯は刑事責任が決まった後の量刑問題に直結するにすぎないという批判である。私見では、会社、企業又はその他の組織体の中にいる公務員と非公務員が結託し、それぞれの職務の立場を利用し、共同して不法に当組織体の財物を領得する場合に、行為共同説に従い、非公務員に対し業務上横領の共同正犯と横領の共犯が成立し、公務員に対し横領の共同正犯と業務上横領の共犯が成立することになる。そうすることによって、各行為者に観念的競合が成立し、それぞれの罪に応じて重い刑罰が処される。共同犯罪事件を処理する際に、量刑は常に犯罪の認定の後でなければならない。どの行為者の行為が具体的な犯罪構成要件に該当するかは極めて重要なことである。刑法において、正犯と狭義の共犯に関する規定は、決定的に不足している⁵⁸⁾。したがって、共同犯罪の認定の明確化及び罪刑法定主義の要請から、本稿は中国においても正犯（実行犯）と幫助犯を法律によって規定する必要があると思う。

4. 共謀共同正犯と組織犯の関係

両者は非構成要件の行為を遂行したにすぎず、正犯並みの刑に処される点において同じである。このことは、日本と中国がこの類型の共犯者を処罰するとしている趣旨を反映するものである。しかし、中国は刑法で直接定めているのに対し、日本は共謀共同正犯の概念を肯定するというかたち

56) 2003年11月13日、最高人民法院「全国法院における経済犯罪事件審理工作座談会紀要」。

57) 謝望原・前掲注1) 162頁。

58) 陳興良編『刑法総論精釈（第二版）』（人民法院出版社、2011年）535頁。

をとっている。

組織犯という概念はその行為類型に由来し、分業による共犯者類型である。組織犯はその行為の特殊性と役割の重大性により、主犯として定められ、最も主要である主犯のかたちともいえる。中国刑法によれば、組織犯とは犯罪集団を結成し又は指導する首謀者をいう。組織犯は犯罪集団の存在を前提とする。中国刑法は組織性の有無により、共同犯罪を一般共同犯罪（多衆集合犯罪及び普通の2人以上共同犯罪）と特殊共同犯罪（組織犯と集団共同犯罪）に分ける。後者の場合は、もっぱら犯罪集団による共同犯罪を指す。犯罪集団とは、3人以上共同して罪を犯すために結成した比較的固定的な犯罪組織をいう（26条2項）。その特徴は、普通の犯罪より人数が多く、一定の組織性と明確な目的性を有し、法益の侵害性が大きいことが挙げられる。多衆集合犯罪（例えば291条多衆集合公共场所秩序妨害、交通妨害罪、292条多衆集合乱闘罪、347条2項多衆被拘禁者奪取罪）は犯罪集団に比べて、構成員と行為形式の多様性及び行為の公然性という特徴を有するが、組織の結束性が緩い。組織犯の実行行為は犯罪集団に結成し、もしくは指導することである。組織犯は特殊な共犯者類型として、その成立条件は比較的に厳格であり、実際に組織犯として処罰される共犯者は限られている。組織犯の行為は非構成要件的行為である。規範的客観説によれば、組織犯は正犯ではなく、そして同説の一部は、組織犯を教唆犯及び幫助犯と並び、狭義の共犯の第三類型として主張し、従属性を認めている⁵⁹⁾。

典型的な共謀共同正犯は組織犯罪、集団犯罪の背後者を指す。これは中国の組織犯に相当し、重い処罰が要求される（黒幕重罰論）。しかし、日本における共謀共同正犯は組織犯罪だけでなく、一般的な犯罪にも成立し得る。さらに、実務においては共謀共同正犯を広く認める傾向がある。つまり、共謀は事前でなくても成立し得るし、黙認による共謀もあり得る⁶⁰⁾。

59) 張開駿「区分制犯罪圏与体系と『規範的形式客観説』における正犯基準」法学家第4期（2013年）68、69頁、錢葉六・前掲注8）59頁。

60) 大塚・前掲注12）351頁、西田・前掲注13）351頁、山口・前掲注16）339、

それだけでなく、実務は見張り行為等の幫助行為を実行した人物についても共謀共同正犯が肯定されている。したがって、共謀共同正犯の射程は明らかに組織犯より長く広いものである。つまり、中国刑法には組織犯以外の主犯類型が存在し、組織犯はもっぱら特定な行為類型であるため、安定性がある。それに対して、共謀共同正犯は組織犯罪に限らず、一般犯罪まで効果を及ぼすため、安定性に欠ける。

もっとも、中国における学説の一部は、組織犯の射程について異なる認識を有する。つまり、一般的な共同犯罪においても犯罪を組織、指導、画策、指揮する者は組織犯である、という主張である(以下、個別説と呼ぶ)。組織犯を決めるのは、行為者が実行した行為の性質であって、犯罪集団の形式ではない。26条4項における「結成、指導」は、一般的な共同犯罪にも適用され得る。一般的な共同犯罪と集団犯罪における組織犯の差異は、程度の差にすぎず、同じく共同犯罪の中で支配的な地位を占める人物であるという点に相違はない⁶¹⁾。確かに個別説には一理ある。なぜならば、組織行為は明らかに教唆、幫助行為と異なり、一般的な共同犯罪においても組織犯罪が存在することを否定する理由はないからである。組織行為を実行した者を組織犯と呼ぶことは、語義的にも問題はない。とりわけ主張者が組織行為の支配性を強調し、組織犯が主犯であるという問題の基礎づけを明らかにすることは、称賛に値する。しかしながら、個別説は通説より広く組織犯を認めるため、結局のところ、共同犯罪である限り、組織犯を考えなければならなくなる。それゆえ、組織犯と教唆犯及び幫助犯の区別に混乱を招く恐れがある。というのも、通説における組織犯はもっぱら犯罪集団の首謀者を指し、その他の一般的な共同犯罪には実行犯、教唆犯及び幫助犯しかないのに対して、前述の見解によれば、すべての共同犯罪において組織犯を考えなければならないからである。これは区別の難易度を上げることになり、実益がないといえよう。中国刑法は規範的客観

340頁。

61) 趙輝「中国刑法における組織犯と日本刑法における共謀共同正犯に関する比較法的研究」比較法雑誌第47巻4号(2014年)94, 95頁。

説における正犯基準を採り、それによれば組織犯は実行犯（正犯）ではない。この点において、個別説は通説と何ら変わりはなく、したがって、犯罪の認定に実益はない。そして、刑法は明文をもって組織犯を主犯と規定し、刑罰を決めている。個別説は組織犯の射程を拡張したにもかかわらず、主犯の枠を超えない限り、結局のところ、量刑に実益をもたらさない。

（二）共犯者類型に基づく処罰

刑罰の裁量においては、応報の枠内で、予防が考慮されなければならない。つまり、犯罪の客観的違法と主観的責任が刑罰の幅を決め、そのうえで行為者の人的危険性、その他の情状を考慮し、最後に宣告刑をいい渡されるのである。それゆえ、量刑活動は一定の事実に基づき、あらゆる状況を考慮することを要する総合的な判断を求める活動である。その基礎となる事実は、違法及び責任を反映するものだけでなく、その他の予防に影響するものもある。

1. 日本における共犯者処罰規定と共謀共同正犯論

日本における法規定は簡潔であり、合理的なものである。というのも、正犯、教唆犯及び幫助犯はそれぞれの行為類型に応じ、違法及び責任の程度に見合った刑罰が課されることに合理性があるからである。例えば、正犯が実行した正犯行為は、直接的な法益侵害であり、一次的な責任類型であることになる。これに対して、教唆犯と幫助犯は正犯を介して間接的に法益侵害を実現するため、二次的な責任類型であることになる。しかし、教唆犯は犯意を惹起した者であり、そのため総合的に判断して正犯の刑を課し得る。その一方で、幫助犯は刑を減輕する必要がある。ここで以下の問題が生じる。すなわち、①教唆犯が犯罪者を「生み出した」にもかかわらず、実行行為を自ら行わないため、あくまでも二次的な責任類型であり、構成要件的行為を重んじる今では、正犯より軽い刑の適用が必要とされるような状況が、十分あり得る。そのため、一律に「正犯の刑を課する」というのは、柔軟さに欠け、適切ではない。②教唆犯に「正犯の刑を課する」という条文は、必ずしも一貫していない。正犯が不真正身分犯で

ある場合に、教唆犯と正犯の罪名と量刑が一致しないことがある。例えば、一般人が常習賭博者を教唆した場合に、正犯は常習賭博罪に該当し、三年以下の懲役に処する。一方、教唆犯は賭博罪に該当し、50万以下の罰金又は科料に処する。したがって、日本刑法には柔軟さが欠けており、すべての犯罪に対応しきれず、不適切な量刑を免れない欠点がある。

現行刑法に縛られつつも、法規定と量刑を調和させるため、実務は正犯を実質的に認定し始めている。つまり、共謀共同正犯を認め、見張り行為を行った者を正犯とする場合もあれば、構成要件的行為を実行した者を幫助犯とする場合もある。実務の正犯実質化傾向は、法規定を補うための措置であり、合理性と必要性がある。これを無視することは現実的ではない。西原春夫は以下のように指摘する。つまり、「犯罪の実現に対してむしろ直接実行者よりも決定的な役割を演じた者、又は直接実行者と同価値な役割を演じた者を正犯として処罰したいという実務的直観は、学説においても尊重しなければならない」⁶²⁾。共同正犯と狭義の共犯について、本稿は以下のことを主張したい。①犯意を惹起し謀議にも参加した共犯者に、教唆犯として「正犯の刑に処する」だけで足り、共謀共同正犯を認める実益はない。②謀議に参加したが、脇役しか演じてなく、犯意を惹起しなかった者に対し、幫助犯として「正犯の刑に準じて減輕する」だけで足り、同じく共謀共同正犯を認める実益はない。まして、これを正犯と認め、重い刑を課すべきではない。③謀議に参加し、構成要件的行為を実行してはいなかったが、重要な役割を演じた、犯意を惹起しなかった者のみ、共謀共同正犯を認める実益が生じる。つまり「共謀共同正犯」は、謀議に参加し、重要な役割を果たしたが、ほかの共犯者の犯意を惹起することなく、構成要件的行為も遂行していない者に限って、認めることが許され、これにより量刑において実益がある。正犯と共犯を区別する主たる意義は犯罪の認定にある。共謀共同正犯の従属性を認めれば、この概念は、犯罪成立及び罪質認定上、無意味となる。なぜならば、従属性がない場合

62) 西原・前掲注24) 299頁。

には、共謀者は狭義の共犯であり、共謀共同正犯の成立においてはもともと従属性に依拠するからである。従属性を否定するならば、共謀者が正犯となり実行者に従属しなくても犯罪が成立する。この意味では、従属性は犯罪成立にも意味がある。日本刑法における共謀共同正犯肯定説のほとんどは、従属性を認める⁶³⁾。したがって、共謀共同正犯を認める実益は上述の③だけにある。

制限的正犯論によれば、自分だけで構成要件を実現できる者は正犯であって、そうではなくて、他人の犯行に加功することによって犯罪を実現する者は狭義の共犯である。正犯概念における「できる」という文言は、正犯の能力あるいは属性を示す言葉である。実際のところ、行為者が既遂に到達することもあれば、未遂や予備にとどまることもある。既遂に達しなかったことは正犯性を否定するものではない。そのため、正犯概念と正犯性判断は実際に犯罪をどこまで進めたかに関係がなく、単独犯である行為者が実行行為を行ったか否か、及び着手したかどうかはその正犯性に影響しない。共謀共同正犯の正犯性を論じる前に、単独正犯の正犯性を明らかにする必要がある。学説は、刑法各則が予定しているのは、単独の行為者による既遂であると考えている⁶⁴⁾。共犯と犯罪の未完成形態は拡張処罰の範疇における特殊な犯罪形態である。各則における基本構成要件は総則規定に照らして、修正構成要件となり、共犯と犯罪の未完成形態を可罰とする。基本的構成要件の実現が共犯成立と犯罪未遂を認める前提である以上、正犯を確定する際に構成要件の行為を重視することは当然である。単独犯の場合に、犯罪が行為者自ら手を下すこともできれば、他人を利用して実行することもできる。一方、直接正犯の場合に、行為者は自ら構成要件の行為を実行し、自身の行為を支配し（自分自身の構成要件の行為に対する支配）、構成要件の結果を惹起する。それによって、構成要件を実現する。他方、間接正犯の場合に、行為者は外観上利用行為しか行わず、被

63) 平野・前掲注47) 404頁、大谷・前掲注14) 432頁、西田・前掲注13) 384頁、松宮・前掲注34) 282頁。

64) 西田・前掲注13) 327頁。

利用者を介して構成要件行為を実行し、結果を惹起する。被利用者が自律的に構成要件的行為の遂行を決めることができないため、規範的障害が存在しない。そのため、行為者は自分の意思のもとで利用行為を通して、被利用者を支配し構成要件的行為を実現している（被利用者の構成要件的行為に対する支配）といえる。このような場合に、被利用者は構成要件の結果について自律的に答責できず、結果は行為者に帰属されなければならない、それゆえ、行為者自身が構成要件を実現したといえる。間接正犯からわかるように、たとえ行為者は自ら構成要件的行為を実現せず、自分の行為が外観的に直接構成要件の結果を惹起しなくとも、正犯でありうる。必要なのは、行為者が構成要件的行為を支配し、実現することである。ここにいう構成要件的行為の支配とは、正犯の犯罪意思に基づき、基本的に構成要件的行為の実行が確定し、犯罪経過が予定通りであり、障害がない場合に構成要件の結果を無事惹起することのできる状況をいう。

実行共同正犯と間接正犯から分かるように、正犯の成立に行為者が自ら外観上直接構成要件の結果を惹起することは要求されない。そして、その成立には、行為者が自ら外観上構成要件的行為を実行したことも要求されない。本稿は構成要件的行為に対する支配性こそが、背後者に正犯が成立する条件であると考ええる。実行共同正犯にもこのような支配性が認められる。つまり、各正犯者は自分が実行した構成要件的行為だけでなく、共同実行の意思に基づき、共同行為まで支配性を認めることができる。共同正犯は各正犯者が独立して、完全にすべての構成要件的行為を支配することを求めるものではない。協力して共同にすべての構成要件的行為を支配すれば足りる。これは共同正犯と単独正犯における支配性の異同である。さらに、共謀あるいは謀議行為が外観上構成要件的行為（共謀を除き）でなくとも、行為者が謀議に関与し共同犯罪を実行する意思があり、そのもとで正犯行為を支配し得る限り、共謀者を正犯として評価することができる。これがいわゆる共謀共同正犯である。共同正犯は正犯の組み合わせ形式であり、仮に実行共同正犯を直接正犯間の組み合わせと考えれば、ある意味、共謀共同正犯は間接正犯（共謀正犯）と直接正犯（実行正犯）間の

組み合わせに類似するといえよう。

本稿は、共同正犯（実行共同正犯と共謀共同正犯）と単独正犯（直接正犯と間接正犯）は共通する正犯性根拠を有していることを指摘する。共同正犯と単独正犯には行為構造上の差があるため、支配性において異なる程度が要求される。これは事実であるものの、「構成要件の行為の支配性」という正犯の本質に対して何ら支障はない。直接正犯の場合に行為者が独立して、完全に構成要件の行為を実行し、構成要件の結果を生じさせることが要求される。一方、実行共同正犯の場合には、支配性はある程度緩和され、分担による実行もしくは一部による実行で足りる。しかし、このような差異は、両方とも正犯であることを妨げない。行為者がその犯罪経過中に規範的障碍者を介在させたか否かは、正犯性認定の中核問題ではなく、正犯性を否定する理由でもない。規範的障碍説は間接正犯の認定において重要な価値があるが、共同正犯の場合にはまた別のものがある。例えば、強盗の場合に、行為者が暴力行為を分担し、協力者に財物を奪取させる。たとえ協力者に規範的障碍があっても、共同正犯の成立に支障はない。結局のところ、規範的障碍者を介在させたか否かは、支配性の判断素材にすぎず、判断そのものではない。共謀正犯の実行正犯に対する支配性は、間接正犯による被利用者に対する行為支配より弱く、その行為支配もまた直接正犯の支配より弱い。支配性の形式及び強弱の差は、正犯性認定にとって重要ではない。重要なのは支配性の有無、つまり自己により構成要件を実現したといえるかどうかである。これこそが正犯と狭義の共犯における最大の区別である。正犯にとって、構成要件の行為が形式上誰により実現したかは、重要ではない。

正犯は自分で構成要件を実現できる者を指し、正犯性とは構成要件行為に対する支配性を示すものである。正犯が実行したのは構成要件の行為に対する支配行為である。それゆえ、日本刑法60条にいう「実行」は、おそらく「構成要件の行為を支配する」ということを意味する。「犯罪実行」とは、構成要件の行為を支配し、構成要件の結果を惹起し、構成要件を実現することを意味する。構成要件を実現するために誰かが構成要件の行為

を行わなければならない、正犯が構成要件的行為に対し支配を加え、構成要件を実現する。正犯は構成要件的行為を対象とする支配行為を実行し、構成要件の結果を目指す。仮に60条の「実行」を「実行行為」と理解し、実行行為を実質的に理解すれば（結果発生の類型的・現実的危険を有する行為⁶⁵⁾）、正確に共同正犯と狭義の共犯を区別するために、この「危険」は構成要件的行為の支配に基づかなければならず、構成要件的行為から離れた無限定的な、漠然な危険であるべきではない。つまり、実質客観説にいう犯罪を実現する危険とは、構成要件的行為を支配し、構成要件の結果を惹起する現実的な危険でなければならない。ある行為が構成要件の結果に対する危険を有し、犯罪実現に重要な役割を有するが、構成要件的行為ではなかった場合に、それは「加担性」、「従属性」の危険にすぎず、その実行者は共同正犯と認められ得ない。

本稿は、正犯の実質的な判断基準を検討する際に、構成要件的行為支配性が判断の根拠となることを主張したい。ここでいう構成要件的行為の支配とは、正犯の犯罪意思に基づき、構成要件的行為の実行が確定し、犯罪経過が予定通りであり、障害がない場合に構成要件の結果を問題なく惹起することのできる状況をいう。便宜上、これを「構成要件的行為支配説」と呼ぶ。同説は犯罪事実支配説、行為支配説の名称より明確であり、いまだ一般的に受け入れられていない目的的行為論より合理的である。共謀共同正犯を否定する形式的正犯論にせよ、共謀共同正犯に根拠づけようとする間接正犯類似説、行為支配説、共同惹起説等にせよ、共通する部分がある。それは、犯罪行為過程を基本的に確定し得るという点である。この意味で、諸学説は正しい方向へ進んでいるといえる。しかし、重要な役割説はこれらの学説と異なる。役割を判断する際に、構成要件的行為は重要な根拠となるが、その他の要素も考えなければならず、場合によって構成要件的行為よりその他の要素を重んじることもありうる。共同正犯の基準を構成要件的行為支配ではなく、重要な役割に求めることは、これを単独正

65) 大谷・前掲注14) 432頁。

犯に適用できず、結局のところ、共通する正犯性基準を壊すものである。重要な役割説に基づく正犯と共犯の区別は、中国における主犯と従犯の区別に酷似し、純粹に量刑に着目する分類法であり、犯罪の認定効果を損ない、称賛に値しないのである。

共同正犯が成立するためには、主観的な「正犯意思」、つまり自分がその他の共同者と協力し、構成要件的行為を支配する認識と決意が要求される。実行共同正犯の正犯意思とは、各自に構成要件的行為を全部もしくは部分的に実行したことに認識し、相互的に利用補充し合い、協力して構成要件を実現し共同実行を決意する意思をいう。一方、共謀共同正犯の意思とは、共謀して犯罪を実行することを認識し、共謀の犯罪決定に拘束性ないし支配性を有し、実行者の構成要件的行為を通じて構成要件を実現し、共謀及び犯罪実行を決意する意思をいう。判例の中には、共同正犯の主観面を強調するものが存在する。つまり、「結果実現の欲求・動機の強さという主観面と、犯罪遂行過程における被告人の役割の大きさという客観面とが相まって、共謀者の一員として共謀に加わり、自分の犯罪として犯罪をとともに実現したといえるほど、犯罪実現に主体的に関わった者は共同正犯となる」⁶⁶⁾。本稿は正犯判断をする際に主観面を過度に強調することに対して終始警鐘を鳴らしている。正犯が、自分が構成要件的行為を支配し得るということを認識し、かつ支配行為と構成要件の結果との間に因果関係が認められ、よって犯罪を実現した場合には、「自分の犯罪として犯罪をとともに実現した」と評価できる。犯罪結果実現後の利益分配などの主観意図は、「正犯意思」に属さない。そして、利益分配を基準に正犯が自分の犯罪を実行したか否かを衡量することはできない。これは生活上の自然的な理解であって、法規範性の理解ではない。犯罪の本質は法益侵害であり、利益獲得ではない。共同犯罪は違法形態であり、犯罪利益等の責任評価要素を過度に重視することは、違法かつ有責な形態に転がり、妥当ではない。犯罪利益、犯罪目的等の要素を正犯の認定基準とする考え方は、

66) 井田・前掲注29) 464頁。

「主観的正犯論」であり、これらの要素を副次的な認定基準とする考え方は、「折衷的正犯論」である。本稿は上述の両説を否定する立場を採る。判例の一部は構成要件的行為を実行した者を幫助犯として捉える。これは少々行き過ぎである⁶⁷⁾。「客観的正犯論」に立脚し、構成要件的行為を実行した者は、必然的に支配性を有し、正犯に違いないといえる。

共謀共同正犯は行為支配論に根拠づけられ、解釈論のもとで可能性もあるにもかかわらず、これを肯定することは正犯と共犯の区別に混乱を招き、正犯を拡張する恐れがある。私見によれば、過度に抽象化、実質化した正犯理論は、正犯の認定基準に混乱を招き、司法に適しない。共同正犯の射程を過度に拡張することは、拡張的正犯概念であり、制限的正犯論に反する。そのため、実務の要請から、共謀共同正犯を認定する際に、正犯の実質化傾向と反対に、より明確な限定要素を提示することが要求される。「共謀」の意義は、謀議という動作にあらず、共謀に基づく犯罪決議が実行者に事実上の拘束力と支配性を有し、実行者が計画通り犯罪を実行しなければならないという点にある。これを充足しない共謀者には「共謀共同正犯」を認めるべきではない。例えば、大谷實は、「謀議は、相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯罪意思を実現するために行われるのであるから、単に謀議に参加しただけでは足りず、謀議が実行に準ずる重要な役割を果たす性質のものでなければならない。したがって、謀議によって相互に相手方の行為を利用・補充し合う実質的な相互利用・補充関係が各当事者間に形成されることを要する」とする。共謀を認めるためには「厳格な証明」が必要である⁶⁸⁾。その限定要素として、その他の幫助行為を実行せず共謀した者は、意思の疎通だけではならず、具体的な謀議、画策行為をなさなければならない。組織犯罪の背後者にとっては、彼が集団を結成する際に、すでに謀議、画策に相当する行為を実行したといえるため、具体的な犯罪においては黙認を認めるだけで足りる。構成要件

67) 山口・前掲注17) 341, 342頁。

68) 大谷・前掲注13) 430, 431頁。

的行為支配性における正犯基準に従えば、共謀共同正犯に支配性が存することは当然である。いわゆる分担型共謀共同正犯の場合に、共謀者と実行者が対等な立場に立ち、仮に共謀者が実行者の行為に支配性を認められないとしたら、分担型共謀共同正犯概念自体の存在意味がなくなってしまう。なぜならば、共謀者が自分の行為から構成要件が実現したということを考えないからである。確かに、分担の実行共同正犯はあり得る。というのも、分担行為はすべて構成要件の行為であり、分担者に支配性がまぎれもなく認められうるからである。結論として、分担型の共謀共同正犯を認めるために、共謀者が実行者の行為に対する支配性を有するという限定を付加しなければならない。見張り行為の認定について、学説は基本的に、具体的な状況に応じて共同正犯と幫助犯を区別するという立場にある。これに対して、大塚仁は以下のように批判する。「判例の立場は、見張りの共同正犯性を広く認めすぎる嫌いがあり、「共同正犯と従犯との類型的意味を曖昧に」し、適切ではない。「単なる見張り行為は、通常、実行行為とはいいい難く、基本的には、幫助行為にあたと解するのが適当である⁶⁹⁾。団藤重光は以下のように述べる。すなわち、「見張りは、当の構成要件該当事実の実現に対して行為支配を持ったものといえるばあい——例えば現場で見張りをする親分——は格別、一般には幫助犯にすぎないと考える」⁷⁰⁾。私見では、正犯行為として認められる見張り行為には、一定程度の制限解釈をする必要がある。例えば、犯罪準備又は実行段階で共謀し、見張りをする場合に、共謀の犯罪意思は実行正犯に対し支配性を有する（共謀かつ見張り）。見張り行為を実行し、かつ、現場で指揮する場合には、犯罪の実行に対する支配性を有する（現場指揮型見張り）。見張り行為の不可欠性を強調することは、構成要件の行為に相当する機能を持つ共謀共同正犯からの要請である。構成要件の行為の支配性が欠ける場合には、共謀共同正犯は認められ得ない。もっとも、謀議等の共謀行為も、現

69) 大塚・前掲注12) 326頁。

70) 団藤・前掲注12) 395頁。

場での指揮行為も存在せず、見張り行為者と実行者との間に黙認による「共謀」しか存在しない場合には、たとえそれを「自分の犯行」として認めることができ、かつ、犯罪利益を獲得しようとする主観意図があっても、支配性の欠如により、共謀共同正犯ではなく、その者には幫助犯が成立するにすぎない。そうでなければ、行為者に対する処罰が重すぎることになり、公正の理念に反する。実際に構成要件的行為を支配したか否かを判断材料とする正犯基準を用いた共謀共同正犯の射程は、中国少数説にいう組織犯に相当する。

日本に比べ、中国刑法における共犯者規定は、役割基準を中心に、分業基準も考慮するものである。そのため、かかる規定は、明確性と柔軟さを兼ね備え、現実の共同犯罪状況に適用され得る。①「教唆犯は行為類型によって規定され」、「共同犯罪において果たした役割に応じて処罰しなければならない」。教唆犯は異なる事件に異なる役割を演じ、役割が大きい場合に主犯として認定し、「その者が参加し、組織し又は指揮したすべての犯行に応じて処罰しなければならず、役割が小さい場合に従犯と認定し、「その刑を軽くし、減軽し又は免除しなければならない」。②実行犯もまた同様である。③幫助犯は通常従犯であり、例外的に主犯にもなり得る。④共犯者が「脅迫されて犯罪に参加」させられた場合には、「その犯罪の情状に応じて、その刑を軽減し、又は免除しなければならない」。中国では、正犯と共犯と処罰原則の間に対応関係がないため（組織犯は特別規定である）、学説は、正犯を認定する際に、「形式的客観説」をもとにし、そのうえで「規範的客観説」における実行行為基準をとる必要がある、と主張しており（四(一)2を参照）、それゆえ、日本の正犯概念の過度の実質化がもたらした学説の混乱と認定の曖昧さを免れている。「構成要件を軸とする犯罪論においては、構成要件に該当する事実の実現という見地から正犯と共犯の区別を論ずべきである」⁷¹⁾。客観的にみずから構成要

71) 大谷・前掲注14) 398頁、陳子平『刑法総論(2008増修版)』(中国人民大学出版社、2009年) 318頁。

件該当行為を実現した者は常に正犯である、これはいうまでもない⁷²⁾。実行行為の正犯基準を採用することは、共犯従属性の原理を維持し、共犯の成立問題を解決できるという利点がある。「規範的客観説」における実行行為の正犯基準を採用する際には、実行行為はみずから実行する構成要件的行為に限られないため、中国刑法における正犯判断にも実質的な内容が含まれているといえるだろうか。これは肯定できる。しかしその実質化傾向には限度があり、規範的障害に影響するものの、行為支配まで進めるものではない。具体的にいえば、共同正犯を認定する際に、みずから構成要件的行為を実行するもの、もしくは規範的障害を有しない者を通じて構成要件的行為を実行した者に共同正犯が認められるが、実行正犯、実質的な支配性を持つ共謀正犯を利用するものには、共同正犯は認められない。このように、中国と日本における共犯規定のこれらの相違から、中国学者の大部分は、共謀共同正犯を認める必要がないと主張する⁷³⁾。

次に、設例を挙げて、中日正犯理論における相違を具体的に説明する。

①例えば、雇用犯罪が挙げられる。現実的にもっとも起こりやすい事例は、行為者が報復のために殺し屋を雇って相手を殺す、というものである。これは集団犯罪と異なる。行為者（雇い主）は普通明確な犯罪要求を申し込むというものである。例えば相手を殺すかどうか、どの程度の傷害にとどまるか、時間制限はどのぐらいかなどが挙げられる。同時に、行為者が通常被雇用者に被害者の基本情報、例えば写真、家庭情報、職場情報などを提供する。中国においては、行為者が教唆犯となる。というのも、雇用行為は構成要件的行為ではないし、雇い主も間接正犯ではないからである。それにもかかわらず、雇い主が演じた役割の重大性から、主犯にする必要がある。被雇用者はまぎれもなく実行犯（正犯）であり、同様に主犯にする必要がある。

②丙、丁は強盗を企て、丙が財物を奪取したあと現場から去り、丁が被

72) 林山田『刑法通論（下冊）〔増訂九版〕』（台大法学院図書館部，2005年）27頁。

73) 錢葉六・前掲注8) 48頁，趙輝・前掲注61) 91，92頁。

害者を殺害したという事例が挙げられる。中国では、丙、丁に強盗罪の共同実行犯(共同正犯)が成立し、その役割に応じ、丁が主犯であり、丙が従犯である。

③殺人の共同故意のもとで、甲が被害者を押さえて、乙がとどめを刺す事例が挙げられる。中国では、乙はまぎれもなく殺人罪の実行犯(正犯)であり、主犯である。甲の行為には殺人行為の実行行為性が認められる。なぜならば、押さえる行為は性質上人を死亡させる結果をもたらせないし、その危険性もないからである。したがって、甲が分担したのは非構成要件的行為であり、幫助犯である。幫助犯は原則的従犯である。しかしながら、実際のところ甲の押え行為なしに、乙が遂行できなかった場合に、もしくは乙より甲の殺人決意が固く、さらにナイフや車等を用意し、被害者を追跡し、殺人のあと証拠を隠滅する場合に、処罰の均衡の見地から、甲を主犯にすることもできよう。

④A、B兩名は殺人の故意を有し、Aが建物の唯一の逃げ道を封鎖し、外で待機する間に、Bが中へ入り被害者を殺害するという事例が挙げられる。中国では、Bは殺人罪の実行犯(正犯)であり、主犯である。同様に、Aの封鎖行為と待機行為は殺人の被構成要件的行為であり、幫助犯である。例外的に主犯にもなり得る。

⑤X、Y兩名は殺人の共同故意のもとで、ナイフをもって被害者に襲い掛かり、Xが被害者の腕を傷つけ、Yのナイフが被害者の心臓に命中し、被害者を死亡させたという事例が挙げられる。この事例において兩名は、ともに殺人の実行行為を実行し、共同正犯である。そのうち、Yが主犯であり、Xが従犯である。ただしXがその他の重要な役割を演じた場合に、主犯にもなり得る。

事例⑤におけるXの役割が事例③の甲及び事例④のAに類似するにもかかわらず、行為の性質上、Xの行為は行為者を死に至るような危険性を有するため、甲とAの行為とは異なり、構成要件的行為であるといえる。そのため、実行犯(正犯)Xが主犯に認定される可能性は甲やAよりも高い。もっとも、三者の間に量刑上大差はない。したがって、中国におけ

る共犯規定と学説によれば、実行犯（正犯）、教唆犯及び幫助犯の区別を前提にし、共犯者に公正なる量刑が望めるのである。一方、日本の場合には、①の事例について、客観的正犯論によれば、雇い主が共謀共同正犯であり、被雇用者が実行正犯である。しかし、判例のように「自分の犯罪」を重視すれば、被雇用者にも幫助犯の可能性があり、そのような場合に、雇い主を実行正犯に認定することを余儀なくされる⁷⁴⁾。事例②の場合に、両者は実行共同正犯であることは疑いない。しかし、仮に判例の立場で事件を総合的考慮すれば、丙が幫助犯であるという結論も導き得る⁷⁵⁾。事例③の甲、事例④のAについては、共謀の有無、殺人行為に対する支配の程度、分担行為は必要不可欠かどうか、死亡結果への寄与の程度等を考慮する必要がある。学説によって、共謀共同正犯もあれば、実行共同正犯あるいは狭義の共犯もあり得る。事例⑤の両名は、正犯である。以上の考察から分かるように、日本はその法規定によって足がすくわれ、量刑により多くの配慮を求めることを余儀なくされた。これは正犯と共犯の認定に曖昧さを招き、一貫した解釈を困難にするものである。

2. 中国刑法における共犯者処罰の特色

第一に、組織犯の処罰である。組織犯は「その者が参加し、組織し又は指揮したすべての犯行に応じて処罰しなければならない（26条3項）」。⁷⁴⁾これは、組織犯は、犯罪集団が企てたすべての犯罪により処罰されることを意味する。集団の一員が集団目標や計画から外れるその他の犯罪を実行した場合に、その責任は実行者のみに帰属され、組織犯はそれによって処罰されない。犯罪集団の処罰対象は、組織犯に限らず、それ以外の関与者も対象となりうる。他の関与者は、それぞれが果たした役割に応じ、その主従犯が決まる。刑法が組織犯を主犯として規定することは、ある意味単なる強調であって、それ以上の意味はない。意味があるのは、量刑に根拠を提示した組織犯の罰則である。

74) 最判昭和25年7月6日（刑集44巻7号1178頁）。

75) 福岡地判昭和59年8月30日（判時1152号182頁）。

第二に、「18歳未満の者を教唆して罪を犯させた者は、その刑を重くしなければならない（29条1項）」である。この規定には合理性がある。たとえ被教唆者が未成年者であっても、規範的な障害が認められる限り、教唆者は重く処罰されなければならない。間接正犯の罪責は教唆犯より重い。ため、刑罰均衡の見地から、間接正犯も同様に重く処罰されなければならない。ただし、間接正犯の場合には、刑法29条1項を適用することはできず、裁量により処罰される。

第三に、「被教唆者が教唆された罪を犯さなかったときには、教唆犯に対して、その刑を軽くし、又は軽減することができる（29条2項）」である。もっとも、正犯が実行に着手する前においては、教唆犯はすべて不可罰である。なぜならば、共犯は二次的責任類型であり、可罰性は本来正犯より低いからである。予備犯は刑法が特別な規定がある限り可罰となり、その刑もまた低い。したがって、正犯が実行に着手する前の教唆犯が処罰されなかったとしても、妥当性を欠くことはない。

おわりに

本稿は、中日刑法における共犯規定と実務に立脚し、共犯者類型の意義及び共犯者類型の機能を視点に、共犯者の犯罪の認定と量刑の明確化を目標として比較研究を行った。中日刑法における共犯論には、共犯者の類型及び処罰以外にも多くの相違が存するが、本稿はそれらの問題に触れていない。例えば、中国刑法は共同犯罪（25条1項）と犯罪集団（26条2項）の規定が存在し、日本刑法は身分犯の共犯（65条）の規定がある。中国刑法における共犯規定は、日本刑法よりも条文上、手前の位置を占めている。学説上、中国の伝統的な共犯論は、共犯の離脱について言及することなく、実務においても相応する判例が存在しない。近年中日刑法学における頻繁な交流のおかげで、中国刑法は、日本の共犯論から多くの示唆を得た。例えば、共犯の処罰根拠、共犯の本質、共犯の従属性、犯罪関与体系、正犯理論などである。これらの理論は、中国刑法のさらなる進展を促

共犯者の類型及び処罰に関する中日比較法的研究

し、実務にも良い影響を与えてきた。筆者は本稿の紹介、及び今後、中日刑法の交流が深まることにより、中国刑法が日本に資することを心から望んでいる。