

博士論文概要書

2012年10月29日提出

共同正犯と従犯の区別に関する研究
——日中比較法的考察——

謝 佳君

早稲田大学大学院法学研究科

共同正犯と従犯の区別に関する研究

——日中比較法的考察——

複数の者が1つの犯罪に関与する現象、すなわち共犯現象は、時代を問わず世界のどの国においても普遍的なものであり、かつ永遠の課題である。そして、それらの関与者がどの範囲で、またどのような罪責を追及されるかについては、時代によって、国によって、様々な立法形式がある。すなわち、「共犯現象に関する立法には、大凡、二種のものがある。第一種は、犯罪関与の形式如何を問うことなく、いやしくも犯罪に関与した者は、凡てこれを正犯者とするものである。いわゆる統一的正犯者概念（Einheitstäterbegriff）を以てする立法例である。この考え方に支援され、制定されたものが、イタリア、デンマーク、ブラジルおよびルイジアナ等の立法例である。第二種のは、犯罪関与の形式如何に従って、共犯の種類を分け、共同正犯・教唆犯・従犯等を区別する立法例である。ドイツ、オーストリア、スイス等の法制の採るところである」（齊藤金作『共犯判例と共犯立法』（有斐閣・1959年）139頁）。日本の共犯立法も、犯罪関与の形式如何によって共犯の種類を分ち、共同正犯・教唆犯・従犯を区別する立場を採っている。

もともと、日本刑法63条は、「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。」と規定し、共同正犯と従犯で法定刑が異なるため、従来、両者の区別が重視されてきた。日本の判例実務は、「共謀」に着目し、意思連絡の有無を中心に共謀共同正犯を認めようとする立場であるが、その一方で、形式上、実行行為に該当する行為を行った場合については、共同実行の意思の存在が否定されれば、従犯の成立を認める立場に立っている。かくして、判例は、共同正犯と従犯の区別について、明確な基準を示していないといえる。また、判例のこの立場に対し、学説は、共同正犯と従犯の区別が曖昧になっているとの批判に応えるべく、行為支配の有無や果たした役割などによって、共同正犯と従犯の区別の一般理論を呈示しようとしている。しかし、いずれの学説も、明確な区別方法や統一基準を呈示しているとはいえず、現在も議論は続けられている。したがって、共同正犯と従犯の区別理論を再検討する必要がある。

一方、中国の共犯立法はどうであろうか。中国刑法25条1項は、「共同犯罪とは、2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう。」と規定し、共同犯罪の概念を明文で規定している（以下、条文の邦訳は、甲斐克則＝劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂・2011年）によった）。また、同法26条1項は、「犯罪集団を結成し、若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は、主犯である。」とし、27条1項は、「共同犯罪において副次的又は補助的役割を果たした者は、従犯である。」と定め、また、28条は、「脅迫されて犯罪に参加した者は、その犯罪の情状に応じて、その刑を減輕し、又は免除しなければならない。」と規定し、役割分担基準によって、共犯者を主犯・従犯・脅従犯に分けている。それと同時に、29条1項は、「人を教唆して罪を

犯させた者は、共同犯罪において果たした役割に応じて処罰しなければならない。……」
と規定し、関与者の関与形式を考慮することで、共同犯罪者を教唆犯に分類している。以上のように、中国現行刑法において、共犯者は、主犯、従犯、脅従犯および教唆犯に分類されている。その内容は独自性に富み、上記2種類のいずれの立法形式とも異なるといえよう。

また、中国の共同犯罪理論においては、共同犯罪の場合、可罰的な関与行為と不可罰的な行為との限界に関して、主観的要素と客観的要素の両方を重視する「主観・客観統一説」（原文は「主客観統一説」である）が通説である。そして、共同犯罪として可罰的な者のうち、誰を主犯とし、誰を従犯とすべきかについては、関与者が共同犯罪において果たした役割によって区別される。すなわち、犯罪集団を組織・画策・指揮した者または主要な役割を果たした者が主犯であり、副次的または補助的役割を果たした者が従犯である。むろん、学説においても実務においても、中国刑法26条1項にいう「重要な役割」によって主犯と従犯が区別されているが、その「重要な役割」をいかにして判断すべきか、関与者の主観面をどの程度まで考慮に入れるか、といった問題も生じている。いずれにせよ、共犯者を役割分担によって区別すること、犯罪集団の定義づけや犯罪集団につき、組織・画策・指揮の役割を果たした者（黒幕・中心人物）を特別扱いすることは、中国刑法における共同犯罪理論の大きな特徴であるといえよう。

さらに、中国現行刑法典は、共犯規定に関し日本と異なる条文規定があり、正犯を中心とする共犯体系を放棄し、主犯を中心とする統一的共犯体系を採用している。しかし、中国刑法27条2項は、「従犯に対しては、その刑を軽くし、減輕し又は免除しなければならない。」と規定し、日本と同じように、従犯に対し（必要的）減輕主義を採用している。また、日本の実務上は、昭和27年から平成10年までの第1審における有罪総人員のうち、共犯者が関与したとされる人員の割合は、約25.4%であり、現在の実務における共犯者のうち、約98%が共同正犯（共謀共同正犯を含む）、1.9%が従犯として処理されている（亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂・2005年）6-8頁参照）。中国の現状も、日本のそれと類似しており、実務における共同犯罪は、犯罪類型のうち大きな割合を占めている。例えば、山東省のある市の人民法院では、2000年1月から2004年9月まで、第1審判決の7,937件のうち、共同犯罪は2,023件あり、それは、刑事事件のうち実に25.4%であり、そのうち、91.4%が共同犯罪（明確に主犯とされたのは7.5%）、8.5%が従犯とされた（吳光俠『主犯論』（中国人民公安大学出版社・2007年）307頁参照）。そして、中国現行刑法においては、組織犯罪などの集団犯罪に関し、実行行為に直接関与せず、背後に控えている中心人物（集団犯罪を組織・指導した首謀者）が重視される点など、日本の状況と共通する部分も多い。

以上のような現況に鑑みれば、日本と中国では、複数の者が1つの犯罪に関与する共犯理論の関連規定および共犯実務の現状につき、共通点もあれば相違点もあるといえる。そして、共犯現象（共同犯罪）が犯罪の中心となっている日中両国にとっては、従犯に対し

て（必要的）減軽主義を採用している以上、共同正犯と従犯を区別（主犯と従犯の区別）するための理論的枠組みを提供することは、重要かつ大きな課題であるといえる。また、グローバル化しつつある現代社会においては、比較法研究という観点からさらに議論を続ける必要があるように思われる。しかし、共同正犯と従犯の区別理論に関して、従来の先行研究は、日本現行刑法典に大きな影響を与えたドイツ刑法学を主たる研究対象としており、統一的正犯体系を採用するイタリア刑法やブラジル刑法を検討対象とした研究が多数を占め、中国刑法の分析はあまり行われてこなかった。したがって、主犯と従犯の区別を重要な問題とする中国現行刑法が、共同正犯（共謀共同正犯を含む）と従犯の区別に関する問題をどのように扱ってきたかという比較法的視点から、共同正犯と従犯の区別理論、とりわけその具体的な判断基準を明らかにすることが必要であると考えられる。

近年、最決平成15年5月1日（事例⑨）、最決平成17年11月29日（事例⑩）および最判平成21年10月19日（事例⑫）などを契機として、黙示の意思連絡ないし共謀をめぐる、（共謀）共同正犯の成否や、共同正犯の限界づけないし他の共犯者との区別について波紋が広がり、再び議論となった。そこで、本稿は、「共同正犯と従犯の区別基準」を明らかにすることを課題とし、日本刑法と中国刑法の共犯理論における判例・学説を分析することで、比較法的・歴史的視点から、いわゆる「重要な役割説」が共同正犯と従犯の区別基準として妥当であるとして、「重要な役割」を判断するための下位基準の呈示を試みた。

以上のような問題意識に基づき、まず、第一章第一節では、日本判例における事例①～⑫を検討することで、共謀共同正犯に関する判例法上の発展・形成の軌跡を概観した。旧刑法時代の判例は、「共謀者一体の行為」という言葉を用いて共謀共同正犯を根拠づけ（事例①）、現行刑法下の大審院時代には、知能犯（事例②）や実力犯（事例③）に関しても共謀共同正犯を認めるようになっていった。さらに、現行刑法下の最高裁時代の判例は、共同意思主体説に依拠して共謀共同正犯を認めた事例（事例④、⑤）、間接正犯類似説に通ずる個人主義的観点に依拠した点で注目を集めた順次共謀事例（事例⑥）を経て、「謀議」または「共謀」行為の存否に重点を置いていた。日本の判例は、「罪となるべき事実」は厳格な証明によるべきであるとして（事例⑧）、「概括的・確定的認識と容認」や「黙示の意思連絡」（事例⑨、⑩、⑪）で足るとして、共謀共同正犯を拡張する傾向を示している。つぎに、実行行為を行う従犯に関する判例（事例⑫～⑳）、見張り行為に関する判例（事例㉑～㉔）といった共犯関係の特殊事例の展開を追った（第一章第二節）。日本の判例のなかには、全部または一部の実行行為を行ったとしても、正犯意思の有無（他人の犯罪、自己の犯罪）によって、従犯とした事例もあれば（事例⑫～⑰）、犯行の動機ないし犯行結果との関わりあいといった諸事情に基づいて、従犯とした事例（事例⑱、⑲、⑳）もある（同章同節の一）。そして、見張り行為に関して、犯行の実現に果たした役割の重大性から、共謀のうえ（意思連絡の下に）行った見張り行為を共同正犯とした事例もあれば（事例㉑～㉔）、当該事案全体からみれば、被告人の見張り行為は、実行行為を容易ならしめただけであることや、他人の犯罪を幫助する意思であったことなどから、見張り行為を従犯とした事例

(事例⑳～㉑)もある(同章同節の二)。このことから、現在の判例理論は、自己の犯罪を実行する意思を媒介としているため、あまりに多様な要素を考慮することによって、かえって共同正犯と従犯の区別における明確性を害しているように思われ、共同正犯と従犯の区別について、統一的根拠とその明確な意味内容、さらには、共同正犯との従犯の区別基準が呈示されたとまではいえない、ということが明らかとなった。

ついで、第二章では、共同正犯と従犯を区別する日本の学説を分析した。まず、「形式的客観説」は、実行行為概念が不明確であることや、黒幕たる中心人物の正犯性を認めないことなどから、共同正犯と従犯を区別する基準として妥当でないことが確認された(第一節)。また、「共同意思主体説」は、現場共謀の事案などでは、組合に比すべきような超個人的団体を想定できることがまれな点や、共謀参加者すべてを共同正犯とするのでは、ごく軽微な役割しか果たさなかった者、従属的に犯行に関与したにすぎない者まで共同正犯とされることになってしまう点で結論の妥当性を欠く(第二節)。そして、実行行為概念を規範的・実質的に理解することにより、行為支配、因果性の寄与度、役割の重要度などによって共同正犯と従犯を区別する「実質的客観説」を検討した(第三節)。また、個人責任原理からすれば、共謀共同正犯を間接正犯類似の構造をもつものとしてその正犯性を根拠づけようとする「間接正犯類似説」は、たしかに有力ではあるものの、共謀共同正犯が間接正犯そのものではなく、間接正犯「類似」としなければならない点で、同説は、正犯性を理論づける論拠として不十分であるように思われる(同章第三節の一)。そして、行為支配の有無によって共同正犯を限界づけようとする「行為支配説」や「行為支配応用説」は、主・従関係が明確な場合(暴力団犯罪など)は説明可能であるが、対等関係で関与する共同正犯については、適切な説明ができなくなり、間接正犯類似説と同様の批判を回避することができないことから、この説も共同正犯と従犯を区別する基準として適切でないことを論証した(第三節の二)。最後に、犯罪実現に対して果たした役割の重要性に依拠して共同正犯と従犯を区別する「重要な役割説」は、共同正犯と教唆犯・従犯の違いを、役割の重要性という量的な差異に見いだすことで、共謀共同正犯を肯定する際の障碍を取り除き、共謀共同正犯のみならず、共犯全体を統一的に把握することができ、共同正犯と従犯の区別基準として適切であることが明らかとなった。しかし、それと同時に、「重要な役割」概念の意味内容を具体化・精緻化していく努力が必要であることも確認した(第三節の三)。

そして、第三章では、第一章と第二章の検討を踏まえたうえで、歴史的な視角も含め、比較法的なアプローチに基づき、中国の共同犯罪理論を検討した。第一節では、春秋・戦国時代から清末期までの中国古代刑法、清末期から中華人民共和国成立までの近代刑法、中華人民共和国の成立から現行刑法典成立までの共同犯罪に関する文献史料や刑法規定を分析し、歴史的視角から中国刑法における共同犯罪規定の沿革を概観した。まず、主犯を中心とする現行刑法の共同犯罪理論の萌芽は、「造意為首、随従者減一等」という共同犯罪に関する通則を置いた「唐律」に遡ることができる(第一節の一)。つぎに、中国近代

刑法の暫行新刑律時代、中華民国刑法時代および中国革命根拠地刑法時代には、今日の台湾地区刑法に受け継がれている 1928 年および 1935 年「中華民国刑法」があり、この時代は、日本現行刑法の内容に接近した時期であったといえる。しかしながら、中国革命根拠地刑法時代における共同犯罪規定は、関与者の相応の役割によって共同犯罪者を処罰し、「脅迫を受けた者」を一般の従犯と区別しており、こうした立法方式は、中国の旧刑法および現行刑法にとって貴重な経験を提供したことが明らかとなった（第一節の二）。1979 年刑法典から 1997 年現行刑法典までの修訂草案は、主犯に関する規定を多少変更したが、基本的に、1979 年刑法典の共同犯罪規定をそのまま継受した（第一節の三）。そして、中国現行刑法典は、犯罪の関与者を、主犯・従犯・脅従犯・教唆犯に分け、各関与者が共同犯罪において「果たした役割」によって主犯・従犯を区別している。中国現行刑法における共同犯罪規定およびその理論につき、共犯者を役割分担によって主犯・従犯に区別すること、犯罪集団の定義づけや犯罪集団において、組織・画策・指揮の役割を果たした者（黒幕・中心人物）を特別扱いすることは、特に慎重を期すべきであろう。さらに、中国現行刑法理論においても、主犯と従犯を区別するのに必要とされる「主要な役割」と「副次的な役割」との判断基準を究明することが求められている（第二節）。以上に加えて、第三節では、事例④③～④⑥を検討した。中国の実務は、各事案に応じ、関与者の共同意思形成への影響や、共同犯罪への関与の程度、結果発生への働きなどによって「重要な役割」と「副次的な役割」を判断している。ここから、中国の共同犯罪理論によって、日本の「共同正犯と従犯の区別理論」を検討したとしたら、いかなる示唆を得ることができるのか、という着想を得た。

そこで、第四章第一節では、第一章で検討した日本の判例における共同正犯と従犯に関する事案を、中国の共同犯罪理論に照らして再検討した。まず、共謀共同正犯に関する事例につき、事例①～④は、各共同犯罪において「主要な役割」を果たしたことから、一般の主犯（類型Ⅱ）となり、各人が関与した犯罪によって処罰され、結果的にこれは日本の判例の結論と同じであることが明らかとなった。また、事例⑥と⑧に関しては、複数の被告人には共同犯罪が成立するが、これらはすべて主犯となるわけではなく、各人が果たした役割によって、主犯か従犯となる。そのほか、事例⑤、⑨～⑪は、各事案の被告人が犯罪集団の「首要分子」であるため、特殊な主犯（類型Ⅰ）となり、各事件のけん銃等の携帯所持の主犯として罪責を負うことになる。事例⑦については、日本の判例と異なる結論となり、「補助的な役割」を果たしたことから、従犯にとどまることになる。つぎに、実行行為を行う従犯に関する事例につき（事例⑫～⑳）、中国共同犯罪理論は、形式的に実行行為を行った者に対して、——その論理は異なるものの——日本の判例と類似した結論に至っている。そして、見張り行為については（事例㉑～㉓）、ほとんどが日本の判例と異なる結論に至り、従犯になることが明らかとなった。

以上の検討に基づき、第四章第二節では、共同正犯と従犯の区別理論として、「重要な役割説」を出発点として、「重要な役割説」のさらなる具体化・精緻化を試みた。実行行

為を行わずに共謀に関与した場合は、関与者が犯罪の実現に対して、組織・画策・指揮のうち、いずれかの役割を果たした場合は、犯罪実現のプロセスにおいて実行の分担に匹敵しまたはそれ以上の役割（重要な役割）を果たすと認定することができるため、共同正犯が成立する。「副次的な役割」しか果たさなかった者は従犯となる。いわゆる「実行行為を行う従犯」の場合は、自らの意思に基づき、基本的には、実行行為を行う者が重要な役割を演じたものであるとして共同正犯が成立する。「見張り行為」を行った場合には、基本的には、犯罪実現のプロセスにおいて、副次的（補助的）な役割しか果たさなかったため従犯となる。しかし、見張り行為が実行行為の一部とされる場合は、犯罪実現のプロセスにおける組織・画策・指揮のうち、いずれかの役割を果たした見張り行為と認められれば、共同正犯になるといえる。

以上、本稿は、日本刑法と中国刑法の共犯理論における判例・学説を分析することで、共同正犯と従犯の区別基準を明らかにした。もっとも、共犯として可罰的な者の限界づけについて、教唆犯論は、特に避けて通ることのできない課題である。共同正犯と教唆犯の限界づけや、教唆犯と従犯の限界づけについては、本稿では検討を行うことができなかった。さらに、日本と中国で現在も議論となっている、過失犯の共同正犯に関する問題や、不作為による共犯の問題、中立的行為による幫助の問題などにも、ほとんど触れることができなかった。これらの問題は今後の課題として、検討を加えていく必要がある。