

中国刑法における共同犯罪論

鄭
澤
善

目次

- 一、はじめに
- 二、共同犯罪の概念
- 三、主犯・犯罪集団の概念および処罰原則
- 四、従犯の概念および処罰原則
- 五、脅従犯の概念および処罰原則

六、教唆犯の概念および処罰原則

七、むすびにかえて

一、はじめに

日本では、共同犯罪のことを共犯といい、犯罪結果の実現に二人以上の者が関与した場合、実行行為を行なった者を正犯、二人以上の者が共同して犯罪を実行した場合、共同正犯、他人に実行行為を教唆した者を教唆犯、他人の実行行為を助けた者を従犯という。日本の刑法理論では、実行行為を軸にして共犯の形式が定められているの^①に対して、中国では、実行行為という犯罪の結果と直結する行為でなく、共同犯罪を推進する上で各人が果たした実質的役割により共犯の形式が区別^②される。つまり、犯罪集団の首謀者または共同犯罪において「主要な役割を果たした者」を「主犯」とし、「副次的または補助的な役割を果たした者」を従犯とする。

中国の刑法は様々な歴史的原因により、一九七九年にようやく成文化されたが、急激な社会発展のため、一九九七年には余儀なく改正された。現行『中華人民共和国刑法』は、「共同犯罪」の規定において、共同犯罪、主犯、集团犯罪、従犯、脅従犯、教唆犯の概念およびそれぞれの処罰規定を定めている。本稿では、これらの概念・原則を検討することにする。

二、共同犯罪の概念

中国刑法第二五条には、共同犯罪の概念につき、「共同犯罪とは、二人以上共同にした故意の犯罪を指す。二人以

上共同にした過失の犯罪は、共同犯罪を以て処罪しない。刑事責任を負うべき者は、彼らが犯した罪に照らしてそれぞれ処罰する。」と規定した。この規定に基づき、中国の学説は、共同犯罪の成立要件について、概ね三つの見解が対立している。第一は、共同犯罪が成立するためには、主観的要件と観客的要件が必要であるという見解である。第二は、主観的要件と客観的要件のほかに、主体的要件が欠かせないと主張する見解である。第三は、以上の三つの要件のほかにも、客体的要件も備えるべきだという見解である。ここでは、まず、これらの争いを概観することにする。

(1) 主観的成立要件

中国の学説において、共同犯罪が成立するためには、共同者の間に共同犯罪の故意が欠かせないという点には異論はないが、共同犯罪の故意については、故意の意味または故意の特徴等が定義より盛んに論議されている。

まず、故意の意味について、「各共同犯罪者は、自分が当該犯罪を實行していることへの認識を持つだけでなく、更に、他の共同者と共同して当該犯罪に踏み切っている認識が必要である。」^④「共犯者は、自分が犯罪を行なっていることを認識しているだけでなく、罪を犯す他の者も自分と共に犯罪の實行に関与していることを認識する必要がある。」^⑤「共同犯罪者が自分が故意的に共同犯罪に踏み切っていることを認識することだけでなく、他の共同者も自分と共に共同犯罪を實行しているという認識が欠かせない。」^⑦等が挙げられる。これらの見解は、共犯者の認識要素をもって共同犯罪の故意を把握しようとしている。

故意の特徴についての見解も、概ね三つの学説に分かれている。第一は、特徴が一つだという説で、この説によれば、行為者は犯罪について同一の故意を持つべきだと主張している。つまり、共同犯罪につき共同の認識がなくてはならないということである。^⑧第二は、特徴が二つあるという説である。その中には、さらに二つの見解が対立している。一つは、認識要素として特徴が二つだという見解である。もう一つは、認識要素と意思要素との統一として特徴

が二つだという見解である。前者の見解によると、共同犯罪の故意は以下の二つの特徴が必要である。まずは、各共同犯罪者について、自分が故意的に犯罪の実行に参加することを認識している点である。次は、共同犯罪者が自ら単独で犯罪を実行するのではなく、他人と共同して当該犯罪に踏み切っている点を認識していることである。^③後者の見解によると、共同犯罪の故意には以下のように二つの特徴がある。まずは、各共同犯罪者は単独的にある犯罪に踏み切ることではなく、他人と共同して当該犯罪を遂行することを認識していることである。次は、各共同犯罪者が共同犯罪行為によって引き起こしうる危害結果につき、故意的な態度を持つことである。^④第三は、特徴が三つだという説である。この説によれば、共同犯罪の故意には、次の三つの特徴があると主張している。まずは、共同犯罪者は自分が単独で犯罪を実行するのではなく、他人と共同して当該犯罪を遂行することを認識していることである。次は、共同犯罪者が共同犯罪行為の性質及びその共同犯罪行為によって発生しうる社会的侵害結果を概括的に予見していることである。そして、共同犯罪者は一般に共同犯罪行為によって惹起可能な危害結果について希望を持っているが、特別な状況の下では、そのような結果の発生を放任している場合もありうるという^⑤ことである。

共同犯罪の故意を、意味、特徴に重点をおいて把握しようとする見解のほかに、共同犯罪の故意を定義づけようとする見解もないとは言えない。例えば、「いわゆる共同の故意とは、各行為者が犯罪意思の連絡を通じて形成された互いの行為を有機的に統一することによってある社会に危害を与える結果が発生しうることを知りながら、このよう

な結果の発生を希望しまたは放任している心理状態である。¹²⁾「共同犯罪の故意とは、二人以上が共同犯罪の行為に對して同一の認識を持ったうえで、このような行為によって社会に危害を与える結果が発生しうることを希望しまた放任している心理状態を指す。」¹³⁾「共同故意とは、共同犯罪者が主観意思の連絡を通じて形成された共同犯罪行為によって社会に危害を与える結果が発生しうることを知りながら、このような結果の発生を希望しまた放任している心理状態をいう。」¹⁴⁾「共同犯罪の故意とは、意識の要素と意思要素が必要である。意識の要素は、各共同犯罪者は自分が故意的に共同犯罪に踏み切っていることを認識するだけでなく、他の共同犯罪者も自分と一緒に共同犯罪に関わっていることを認識していることである。意思要素とは、各共同犯罪者が犯罪結果の発生について、希望或いは放任の故意の態度を持つことである。共同犯罪の故意は、共同犯罪者の行為が、連絡、黙認、結合によって統一の犯罪行為になり、共同に危害の結果を発生させることである。」¹⁵⁾等がそれである。以上の各定義から見られるように、各論者は、共同の認識要素と共同の意思要素との統一をもって共同犯罪の故意を把握しようとするのが窺える。

以上が、中国の学説における共同犯罪の故意についての現状であるが、共同犯罪の故意についての理解は、必ずしも一致したとは言えない。故に、中国の学界では、「片面的共犯」について、論争が交わされている。この論争を要約すると、概ね三つの学説に分かれている。

まずは、否定説で、この説によれば、共同犯罪とは、主観的要件と客観的要件が具備された時点に始めて成立するから、行為者の間に客観的な共同行為があったとしても、主観的に共同故意が存在しない限り、共同犯罪は成立しないという主張である。つまり、「共同犯罪における主観的要件としての共同の故意は、全面且つ相互的なものでなければならぬから、もし片面的なものなら、それは共同犯罪の内包と矛盾することになる。」¹⁶⁾

次は、肯定説で、この説は、刑法における共同犯罪の規定と刑事実務の客観的要請から、片面的共犯を否定するこ

とはできないという主張である。すなわち、「共同の故意の形式は次のように二種類に分けられる。一つは、各共同犯罪者の間における相互認識を持った全面的故意である。もう一つは、共同犯罪者の間において、一方的な認識しか持っていない片面的な共同の故意である。我々は、共同犯罪者の異なった状況に応じて、各共同犯罪者の認識要素についても、異なる事実に基づいた法則性が求められるように、異なる要求を求めるべきではないかと思われる。故に、全面的共犯と片面的共犯との区別は、共同故意の有無ではなく、共同故意の形式の問題である。」⁽¹⁷⁾ということである。

もう一つは、折衷説で、この説は、片面的共同犯罪の存在は可能ではあるが、全ての共同犯罪者の間に成立することではない。つまり、「我々は、片面的共同犯罪が成立することは可能ではあるが、あらゆる種類の共同犯罪者の間に存在するとは思わない。具体的に言えば、教唆犯につき、片面的共犯が成立することは不可能で、共同実行犯についても、片面的共犯は成立しえない、しかし密かに実行されている犯罪を幫助することは、事実上可能である。その幫助行為は、幫助者の側にとっては、共同犯罪としての要件が全て満たされているから、片面的共犯だと認定することとは十分可能である。それを片面的共犯だと認定すること自体、共同犯罪の概念と矛盾することはない。それは、いわゆる共同故意とは、必ずしも行為者間の相互的な意思疎通を要求しないから、行為者自身が他者と一緒に同一犯罪を犯すことを認識しさえすれば、共同の故意を既に持ったと解されるからである。」⁽¹⁸⁾という主張や、組織犯のほかに、共同犯罪者の種類には、幫助犯、教唆犯、実行犯を問わず、すべてが片面的共同犯罪が成立するという見解などがある。

中国の共同犯罪の理論は、果たした役割により、主犯、従犯、教唆犯及び脅従犯に分けられるから、折衷説が主張されているように、部分的には片面的共犯も、解釈としては十分可能だと思われる。

なお、中国の学説では、次のような場合には、共同犯罪の故意は成立しないとしている。まずは、二人以上の過失行為により、同一の損害結果を発生させた場合、次は、行為が他人の故意と関わりなく行なわれた場合。第三は、同時犯の場合。第四は、過失により、故意犯が実行した行為を幫助した場合、つまり、Aが猟がしたいと嘘ついて、Bから猟銃を借りたが、Aはその猟銃でCを殺害した場合等である。第五は、他人の過失行為を教唆あるいは幫助した場合で、例えば、Aは銃でBを殺害しようとした、ある日、友人Cに「この銃の中には銃弾が入っていないが、これでBに発砲したら、Bを脅かせる」と嘘をついた際、Cはそれを信じて、Bに発砲して死亡させた場合等である。²⁰⁾

(2)客観的成立要件

中国の学説では、共同犯罪が成立するためには、共同者が必ず共同犯罪の行為に踏み切らなければならない、という点では異論はない。しかし、共同犯罪の行為とは何かについての解釈は、様々である。例えば、「共同犯罪者が、犯罪を実行するにおいて、具体的な分担及び関与の程度は異なっただとしても、同一の目標を達成するためにはそれぞれの分担を有機的に結合させて、一つの共同犯罪行為にすること」²¹⁾「共同犯罪者の犯罪行為が結果の発生にとって不可欠な役割を果たしたこと」²²⁾「共同犯罪の行為とは、二人以上の者が共同犯罪故意の支配下で、内在的連係のある犯罪行為を共同に実施したことで、……これは単独犯罪の行為を単純に加えることではなくて、二人以上の犯罪行為が、共同犯罪故意の下での有機的な結合である」²³⁾「共同犯罪者が自分の単独に実行した犯罪行為を一体化にする行為」²⁴⁾等の解釈がなされている。

中国の学説では、共同犯罪の行為があると言えるには、共同者が共同犯罪を実施するにあたって、行為をそれぞれ分担したとしても、同一犯罪目標の達成を目指して、互いに連携し、互いに助け合わなければならないというのが通説である、故に、共同者の行為と発生した危害結果との間には因果関係があるとされている。この理論によれば、次

のような場合、行為者の間に共同犯罪の行為があると認定されるのは、自然な成りゆきである。例えば、「男Aは、女Bとの不倫関係を続けるために、同女の夫であるCを殺害することを決意し、BがAから手渡された毒物をCの食べ物の中に入れて、Cを死亡させた例」²⁶、「A、B、C三人がある倉庫の財物窃盗を企て、Aが倉庫の鍵をBに手渡し、Bが倉庫を開けて財物を運びだし、Cが廻りの見張りをした」²⁷例や、「A、B、C三人がDを殺害することを謀議し、BがDのある地点に誘い出し、CがDを抱き押さえ、AがナイフでDを刺し殺した」²⁸等がそれである。

そして、中国の学説では、共同犯罪行為の形式について、作為によって構成されるだけでなく、不作为によっても構成しうるし、更に一方が作為で、他方が不作为であっても差し支えないとされている。²⁹例えば、不作为の例として、「患者Cを共に看護する責任のある看護婦AとBが、Cを殺害しようとして共謀した結果、Cに薬を与えなかったことにより、Cが死亡した場合」³⁰が、それにあたり、作為と不作为によって構成された例としては、「倉庫管理人Aは、自分が管理する倉庫の財物を盗もうとBと謀議した結果、当番の際、自分は寝たふりをし、その間にBが倉庫に忍び込んで盗んだ、Aの不作为とBの作為によって共同犯罪が成立する場合」³¹が挙げられる。それに、共同犯罪の行為について、中国の学説では、共同犯罪の行為分担の有無によって、共同犯罪を単純共同犯罪と複雑共同犯罪に分類することである。単純共同犯罪とは、共同犯罪者が、共に刑法各則に規定された構成要件に該当する行為を実施した場合を指すことで、言い換えれば、それは実行行為によって構成された場合である。注意すべきなのは、このような単純共同犯罪こそ、日本刑法で言われている「共同正犯」にあたる点である。³²

複雑共同犯罪とは、共同犯罪者の間に一定の分担がある場合を指すことで、それは実行行為とその他の行為——つまり、組織行為、教唆行為、幫助行為等が結ばれて構成された場合である。³³

それに、中国の学説では、共謀自体が共同犯罪になるか否かにつき、肯定説と否定説が対立している。

否定説の主張としては、共謀は共同犯罪の行為ではない、⁽³³⁾という点に求められる。故に、この見解によると、二人以上の者が犯罪を共謀しただけで、実行しなかった場合と共謀した者の中で、一部の者は犯罪に踏み切ったが、実行行為に参与しなかった者の共謀をもって、共同犯罪とは言えないということである。例えば、前者の例として、AとBが某倉庫の財物を盗もうと共謀したが、約束の時点には、二人とも行かなかった場合が挙げられる。これに対して、後者の例としては、AとBはCの殺害を共謀したが、約束の時点でBは来なかったので、Aは一人でCを殺害した場合が考えられる。それでは、上の例での行為者は如何なる責任に問われるか。前者の例につき、否定説ではまったく答えがなかったのに対して、後者の例については、Aは単独の殺人罪になるが、Bは殺人予備罪として処罰すべきだということである。⁽³⁴⁾

肯定説は、共謀自体が共同犯罪の行為であるから、共謀しただけで、実行行為に踏み切らなかったとしても、共同犯罪として処罰すべきだと主張されている。これは、共同犯罪の行為には、犯罪の予備行為と実行行為が含まれているから、犯罪の予備と犯罪の実行とは、密接な段階関係である。故に、犯罪の予備と犯罪の実行とを切り放すことはできない。つまり、AとBが共謀して、Bは共謀に留まり、AがCを殺害した行為を、Bの共謀はAが単独でCを殺害した犯罪行為の全過程とは無関係な行為だとは言えない⁽³⁵⁾ということである。

この説によれば、前述例の行為者の責任につき、前者の行為者は予備罪としての責任を負うのに対して、後者の場合は、教唆犯あるいは従犯としての責任が問われることになるわけである。⁽³⁶⁾そして、共謀に参与しただけの者は、共同犯罪の中において果たした役割によって処罰すべきだ⁽³⁷⁾という見解もある。つまり、共謀者が共同犯罪において主要な役割を果たした場合は、主犯として重きに処罰すべきであるが、副次的な役割を果たした場合は、従犯として主犯に比較して軽きに処罰するか、軽減または免除すべきだ⁽³⁸⁾と主張されている。

以上が、中国の学説における共同犯罪行為についての概観であるが、この中でも、共謀だけをもって共同犯罪として処罰しうるか否かにつき、一致した理解があるとは言えないが、肯定説さえ日本の学説の肯定的見解のように、制限的な主張がなされているのが特徴である。

(3) 主体的成立要件

中国の学説では、共同犯罪が成立するためには、主観的成立要件と客観的成立要件のほかに、主体的成立要件も欠かせないという見解^⑨がある。この説によれば、共同犯罪が成立するためには、主体的成立要件として、必ず刑事責任年齢^⑩に達しており、しかも刑事責任能力^⑪を有する二人以上でなければならないという主張である。つまり、この説は、例え二人以上の一四歳未満の者が社会に危害を及ぼす行為をしたとしても、共同犯罪とは認定しえない。更に、一四歳未満の者が、一四歳—一六歳未満の者或いは一六歳以上の者と社会に危害を加える行為をしたとしても、共同犯罪として処罰しえない。それに、一四歳—一六歳未満の者が共同して、あるいは一六歳以上の者と一緒に殺人・重傷害・強盗・放火・常習窃盗等の社会秩序を著しく破壊する罪を犯した以外は、共同犯罪としての処罰はできないということである。

以上が、この説の主張であるが、この問題と切離せない重要な関連が、いわゆる共同犯罪における身分関係である。中国の現行刑法には、共同犯罪と身分関係につき、なんら規定も設けていないが、学説には激しい論争が交わされている。

まずは、非身分犯が身分犯の犯罪に加功した場合で、非身分犯が身分犯と共同犯罪を構成しうる点については、異論はない。しかし、非身分犯が主犯、教唆犯、従犯、脅従犯を構成しうる外に、身分犯との間に共同実行犯〔共同正犯〕をも構成しうるか否かについては、肯定説、否定説および折衷説が対立している。肯定説は、次のような場合に

は非身分犯も身分犯との間に共同実行犯を構成しうると主張されている。例えば、強姦罪において、女子が男子に協力して、被害者である女子の反抗を著しく困難にさせ、男子が強姦に成功した場合、男女とも強姦罪の実行犯になりうる。⁴²これに対して否定説は、身分犯とは、犯罪主体として一定の身分がないと成立しないから、非身分犯がそのような実行行為を行なうことは不可能である。⁴³折衷説は、非身分犯と身分犯が共同実行犯になりうるか否かは、具体的状況に基づいて区別すべきだと主張されている。つまり、非身分犯が身分犯の犯罪に参加できる犯罪については、共同実行も可能であるが、加功できない場合は、共同実行はありえない。⁴⁴

次は、身分のある者が身分のない者の犯罪に参加した場合で、中国の学説では、身分のある者の身分が自然的身分か法定的身分かによって、議論が異なっている。⁴⁵自然的身分の場合、自然的身分の持ち主は、非自然的身分の持ち主との関係において、身分によって成立する犯罪の教唆犯、幫助犯にはなりえないと主張されている。理由としては、身分のない者にとって身分のある者が教唆あるいは幫助したとしても、犯罪が成立しないからである。⁴⁶例えば、男性が女性を教唆あるいは幫助しても、女性の強姦罪は成立しえないことや、外国人が中国人を教唆あるいは幫助したとしても、その外国人に「祖国に背叛する罪」⁴⁷として、処罰することは不可能である等が挙げられる。これに対して、法定的身分の持ち主が法定的身分のない者の犯罪に加功した場合は、次のように二種類に分けて論じられている。

第一は、身分のある者が身分のない者を教唆し、身分がなくても犯しうる犯罪を実行させた場合である。例えば、郵便局の係員が郵便局の係員ではない人を教唆して郵便物を毀棄させた場合や、⁴⁸国家公務員が非国家公務員を教唆して公共財物を窃取させた場合等が挙げられる。⁴⁹このような場合、身分のある者をどのように処罰するかについて、中国の学説は、次のように対立している。

①身分のある者を、身分のない者が実行した罪の教唆犯とする主張である。⁵⁰この主張によれば、前述の郵便局の係

員が非郵便局係員を教唆して毀棄させた場合、郵便局係員は通信自由妨害罪の教唆犯として処罰される。また、国家公務員が非国家公務員を教唆して、公共財物を窃取させた場合、国家公務員は窃盗罪の教唆犯として処罰されることになる。

②身分のある者を、身分のある罪の教唆犯とする見解である。⁽⁵¹⁾この見解によれば、前述の二つの事例につき、郵便局係員は郵便・電信妨害罪の教唆犯として処罰され、国家公務員は横領罪の教唆犯として処罰されることになる。

③身分のある者が自分の身分を利用するか否かによって、処罰の方法も異なるべきだという見解である。つまり、身分のある者が自分の身分を利用した場合は、身分のある者を間接実行犯とするのに対して、身分のある者が自分の身分を利用しなかった場合には、身分のない者が実行した罪の教唆犯とする。⁽⁵²⁾この見解によれば、前述の郵便局係員が非郵便局係員を教唆して、自分が管理している郵便物を毀棄させた場合や、国家公務員が非国家公務員を教唆して自分が管理している公共財物を窃取させた場合、郵便局係員は郵便・電信妨害罪の間接実行犯として国家公務員は横領罪の間接実行犯として処罰される。これに対して、身分のある者が自分の身分を利用しなかった場合、郵便局係員は通信自由妨害罪の教唆犯として処罰され、国家公務員は窃盗罪の教唆犯として処罰されることになる。また、この見解によれば、前者の場合の身分のある者を間接実行犯として処罰する理由は、身分のある者には、この場合、観念的競合が成立する点に求めている。⁽⁵³⁾つまり、国家公務員が非国家公務員を教唆して、自分が管理している公共財物を窃取させた場合、国家公務員は、横領罪の点につき非国家公務員を故意ある道具として利用したから、それが間接実行犯になる一方、窃盗罪につき非国家公務員と共同の故意があるから、窃盗罪の教唆犯も構成される。故に、刑法理論の観念的競合が成立するから、重きに從って処罰すべきである。また、横領罪は重罪なので、国家公務員を横領罪の間接実行犯としても処罰すべきである。⁽⁵⁴⁾

第二は、身分のある者が身分のない者に、その身分がなければ成立しえない行為を教唆或いは幫助した場合である。前者の例として、例えば、国家公務員が非国家公務員に賄賂を收受させた場合等が挙げられる。後者の例としては、非国家公務員であるBが国家公務員であるAが管理している金庫を窃取したい旨をAに伝え、Aから鍵を渡されたので、金庫の窃取に成功したような場合等が挙げられる。日本の学説では、前者の場合身分のある者および身分のない者を如何に処罰するかにつき、様々な見解が成立している。身分のある者を間接正犯とし、身分のない者を従犯とする見解⁽⁵⁶⁾、両者とも共同正犯とする見解⁽⁵⁶⁾、身分のある者を教唆犯とし、身分のない者を正犯とする見解⁽⁵⁷⁾、身分のある者を教唆犯とし、身分のない者を従犯とする見解等がそれである。このような場合、中国の学説では身分のある者は間接実行犯、身分のない者は従犯とする。ただし、身分のない者が、場合によっては脅従犯として処罰すべきだとする見解もある⁽⁵⁸⁾。後者の場合、身分のある者を間接実行犯とし、身分のない者を従犯とする見解が中国の通説である⁽⁶⁰⁾。

(4)客体的成立要件

中国の学説では、共同犯罪が成立するためには、以上の主観、客観、主体的成立要件のほかに、客体的成立要件も欠かせないという見解⁽⁶¹⁾もある。つまり、共同犯罪が成立するためには共同犯罪者が同一の犯罪客体を犯さなければならないということである。

ここで注意すべきなのは、中国の学説における犯罪客体という概念が、日本の犯罪客体概念とは異なる点である。中国での犯罪客体とは、中国刑法により保護され、犯罪によって犯される社会主義社会関係を指す⁽⁶²⁾。更に、犯罪の性質および分類によって、犯罪客体は一般客体、同類客体、直接客体とに分けられている。

犯罪の一般客体とは、犯罪行為によって犯されるすべての客体のことである。つまり、如何なる犯罪も、中国刑法によって保護される社会主義社会関係を犯している。この一般客体からは、犯罪の本質を抽出し、犯罪と闘う政治的

意義を説明することに意味があると言われている。

犯罪の同類客体とは、犯罪行為によって犯される同類の客体である。つまり、中国刑法によって保護される社会関係の一部分である。中国の刑法は、このような犯罪の同類客体——人民民主独裁政権および社会主义制度、公共安全、社会主义经济秩序、国家安全、社会管理秩序等に基づいて、犯罪を大きく十種類⁶³に分類し、刑法各則の体系を打ち立てている。例えば、婚姻自由への干涉、重婚、虐待等は、犯罪方式は異なるが、これらの罪が犯す犯罪客体は同じである。つまり、これらの罪は、いずれも婚姻及び家庭関係を犯している。これらの罪が同類客体を犯していることから、婚姻家庭を妨害する罪の章に処罰の規定が設けられている。犯罪の同類客体の研究は、異なる犯罪による社会侵害性の認識、正確な量刑および罪状の言い渡し、刑法各則の体系作りにとって重要な意味があると言われている。⁶⁴

犯罪の直接客体とは、具体的な犯罪により犯される客体のことで、刑法によって保護される社会関係の具体的部分である。例えば、傷害罪の直接客体は、他人の身心である。直接客体は具体的犯罪構成に欠かさない要件であり、犯罪性質を表わす重要な標識でもある。立法における犯罪類型の設定、正確な量刑および罪状の言い渡しにとっても重要な意味をもっていると言われている。⁶⁵

しかし、ある犯罪行為が二つ以上の社会関係を犯す場合もある。例えば、強盗罪は公私財産の所有権を侵害するだけでなく、個人の身心をも侵害する。このような場合、中国刑法は、犯罪行為が侵害する客体の主要面、犯罪の主観・客観両面の特徴によって犯罪を分類する。つまり、強盗罪の場合、犯罪者の終極的目的は財物の強奪であるから、財産侵害罪に分類されることになる。⁶⁶

以上が、中国の学説における共同犯罪の定義についての概観であるが、共同犯罪の定義についての理解が分かれているのが実情である。中国刑法に規定されている共同犯罪の概念から見れば、共同犯罪が成立するためには、主観的

要件と客観的要件で充分まかなえると思われる。

三、主犯・犯罪集団の概念および処罰原則

中国現行刑法第二六条には、主犯・犯罪集団の概念およびその処罰原則について、「①犯罪集団を組織・指導して犯罪活動を行ない或いは共同犯罪の中において主要な役割を果たしたものは、主犯である。②共同犯罪を実施するため三人以上が割合固定的な犯罪組織として結ばれたのが、犯罪集団である。③犯罪集団を組織・指導した首謀者は、集団が犯した全部の罪を以て処罰される。④上の③の規定以外の主犯は、参与の程度或いは組織・指導したすべての罪を以て処罰される。」と定めている。

中国の学説では、主犯には二種類があるというのが通説である。一つは、犯罪集団を組織・指導して犯罪活動を行なったもので、もう一つは共同犯罪において主要な役割を果たした者である。⁶⁷しかし、中国刑法第九七条の首謀者の概念について、「本法においての首謀者とは、犯罪集団或いは集合的犯罪の中で組織・画策・指揮の役割を果たした犯罪者を指す。」という規定があるから、主犯には以上の二種類のほかに、集合的犯罪⁶⁸において組織・画策・指揮の役割を果たした者も含まれるべきだという主張もある。⁶⁹

主犯の概念と首謀者の概念の関連につき、中国の学説では、以下の二つの見解が対立している。一つは、主犯のすべてが首謀者とは限らないが、首謀者は必ず主犯であるという見解⁷⁰、もう一つは、主犯のすべてが首謀者とは限らないが、首謀者のすべても必ずしも主犯とは限らないという見解⁷¹である。ここで、主犯のすべてが首謀者とは限らない点につき、異論はないが、首謀者のすべても必ずしも主犯とは限らない点については相違が見られる。首謀者とは集団犯罪或いは集合犯罪において重要な役割を果たしたものである限り、主犯と認定するのは自然な成りゆきではない

かと思われる。

犯罪集団の概念につき、中国の学説では次の四つの要件によって構成されるというのが通説である。①三人以上によって構成される。②ある程度の組織性がある。つまり、組織メンバーの間に指導と被指導という役割分担があつて、メンバーを首謀者と一般メンバーに区別することができる。③明確な犯罪目的がある。つまり、犯罪集団は犯罪目的を達成するために結成されること。④ある程度の安定性があること。犯罪集団とは、定期或いは不定期的に犯罪を行なうために結ばれた集団であるから、犯罪回数^④を成立要件とはしない、つまり、不定期的に数回の犯罪のために結ばれたことが究明されれば、例えば犯罪を一回しか行なわなかったとしても、犯罪集団になりかねない^⑤。

しかし、犯罪集団の構成要件①について、中国の学説では、犯罪集団と認定されるには、二人以上でも構成しうるという見解がある。その根拠を、集団とは仲間を組む意味で、二人でも仲間を組むことは可能であるから、犯罪集団も二人以上によって構成しうるのは充分可能である。それに、古今東西の立法にも、二人以上の故意による犯罪を共同犯罪と規定している点に求めている。集団犯罪とは、共同犯罪の特殊な形態の一つで、普通の共同犯罪との区別からみても、三人以上に限定するのが妥当であろう。

犯罪集団の首謀者とは、首犯とも呼ばれているが、これは、犯罪集団の中で組織、画策、指揮等の重要な役割を果たしたものである。一つの犯罪集団の中で、首謀者が一人に限らなく、数人の場合もある。犯罪集団の中で誰が首謀者になるかは、犯罪集団の中での組織、画策、指揮等実質的役割を果たしたことを以て認定すべきである。首謀者とは、犯罪集団の核心的な存在であり、犯罪集団のすべてがこの核心的人物により組織され、指導の下で犯罪活動に踏み切るから、首謀者がなければ犯罪集団および犯罪活動がないと言っても過言ではない。故に、犯罪行為に直接関与したか否かを問わず、首謀者は犯罪集団が共謀実施したすべての犯罪行為につき、責任が問われるわけである。

しかし、犯罪集団のメンバーが集団犯罪とは無関係な任意的な犯罪を犯した場合、これまでも含めて首謀者が責任を負うわけではない。つまり、犯罪集団のメンバーが、集団が共謀実施する予定以外の犯罪を犯した場合は、実施者自身だけが責任を負うことである。例えば、窃盗集団のメンバーがある住宅に潜入して、窃盗するところ、室内の女性を強姦した場合、犯罪集団の首謀者が、強姦罪までも責任を負うわけではなく、強姦したメンバーのみが強姦罪の責任を負うことになるのである。⁷⁴⁾

犯罪集団においての首謀者以外の主犯とは、首謀者の指揮下で積極的に犯罪に関わり、情状が悪質かつ重大な危害結果をもたらした犯罪者のことである。犯罪集団の主犯も集団犯罪の共謀実施につき、すべての責任を負うべきではあるが、首謀者の指揮の下で犯罪活動に関わった点、それに首謀者のように統括的役割を果たしてはいないから、自分が関与或いは組織・指揮した分だけを以て責任を追及するわけである。これに対して、一般共同犯罪において重要な役割を果たした主犯が、果たした役割によって処罰されるのは、主犯が一人に限らない、実行性の点に求められると考えられる。

四、従犯の概念および処罰原則

中国刑法第二七条には、「共同犯罪の中において副次的或いは補助的な役割を果たしたものは、従犯である。従犯に対しては、軽きに従い処罰し、軽減或いは処罰を免除すべきである。」と定められている。

中国の学説では、この規定は、従犯には次の二種類があることを示唆しているとされている。一つは、共同犯罪において副次的な役割を果たしたものの、つまり、副次的な実行犯である。もう一つは、共同犯罪において補助的な役割を果たしたものの、つまり、幫助犯である。⁷⁵⁾

副次的な役割とは、犯罪集団の活動の中において、主犯の指示に従って犯罪活動を行なうか、一般共同犯罪の中で、重大な結果を直接引き起こさなかったか、情状が比較的軽いか等を意味している。⁽⁷⁷⁾例えば、「Aは妻Bと共謀して、Cを殺害しようとしたが、AとBの力だけでは到底不可能なので、従兄弟のDに協力して貰うことにした。最初Dは断ったが、Aのしつこさ及び報酬に目がくらんで、ようやく同意した。翌日、AはDを自宅に呼び、万端の準備をしてからCの所に行き、AがまずCを押し倒した後、BとDがそれぞれCの手足を差し押さえ、Aが縄でCの首を締め括って殺害した場合」等がそれである。⁽⁷⁸⁾これに対して、補助的役割とは、犯罪に道具を提供したり、障害の排除或いはその他の方法を以て犯罪者の犯罪行為を補助することである。⁽⁷⁹⁾例えば、AがBを殺害しようとしたところ、Cが拳銃を提供し、Aはその拳銃を使ってBを殺害した場合である。

しかし、中国の学説の中には、中国刑法の従犯には幫助犯しか存在しないという見解もある。つまり、従犯とは、主犯が犯罪に踏み切った前後、或いは実行中において、その犯罪行為を幫助したものであって、従犯は直接実行行為に関与しないから、幫助犯に限られるべきだという見解である。⁽⁸⁰⁾

通説的な見解によれば、共同犯罪において、補助的な役割を果たしたものが、副次的な役割を果たしたと解されうる。これに対して、副次的な役割を果たしたものは、必ずしも補助的な役割を果たしたとは言えないから、あらゆる幫助犯が従犯に属すると言っても差し支えないと主張されている。⁽⁸¹⁾これに対して、幫助犯とは、すべてが必ずしも従犯とは限らない、幫助犯が共同犯罪において主要な役割を果たした場合には、主犯になりうるという主張も見られる。⁽⁸²⁾例えば、A、B、C三人がある橋を爆破することにつき共謀したうえ、Aが爆薬の調達を分担し、B・Cが実行することになった。翌日、Aが調達した爆薬をB・Cに渡し、B・Cがこれを以て橋を爆破したとする。分担の状況から見れば、Aは幫助犯、B・Cが実行犯であるが、この犯罪行為の中で、Aの役割は重要かつ欠かせない存在だ

から、主犯として認定すべきだという主張である。そして、この主張によれば、中国刑法において、従犯についての条文が「幫助」という用語を避けて、「補助」という用語を用いたこと自体が、補助的な行為は共同犯罪において、あくまでも副次的な役割を果たしたことを意味し、補助的な行為は主要な役割を果たした場合もあることを意味する。故に、共同犯罪において、補助的な役割を果たしたものは、補助犯ではなく補助犯である、という見解である。

中国刑法は、共同犯罪における行為者の役割を基準として、主犯と従犯を分類するが、役割についての判断基準は、明確だとは言にくい。それに、「補助」という言葉自体が補助的、副次的な意味が含まれているから、ことさらに分ける必要があるかどうか疑問だと言わざるを得ない。

なお、幫助犯が成立するためには、幫助故意と幫助行為が欠かせないとされている。幫助故意とは、自ら他人の犯罪実行を幫助するか、自分の行為が他人の犯罪実行に条件作りをしていることを知りながら、犯罪実行によって危害結果が発生することを希望または放任することである。幫助行為とは、共同犯罪において補助的な役割を果たした行為だとされている。

従犯の処罰は、主犯に照らして輕きに或いは免除すべきだというのが原則である。中国の学説では、この処罰規定の理由を、従犯とは、共同犯罪において、果たす役割が主犯より小さい点に求められている。

五、脅従犯の概念および処罰原則

第二八条は、脅従犯につき、「脅迫されて犯罪に加わったものに対しては、犯罪の情状にてらして、処罰を輕減或いは免除すべきである。」と定められている。

脅迫されて犯罪に加わったとは、犯罪の実行に強要されたという見解がある。この場合、脅迫された者は、意思の

自由を完全に失ったとは言えないから、自らの犯罪についての刑事責任を負うべきだとされている。例えば、AとBがD女を輪姦しようとしたとき、Cがその現場にいたとする。AとBはCがこのことを他人に漏らすことが心配で、Cに対してDを強姦するよう勧めたが、Cに断られた。そこで、AとBがCに暴行を加えた結果、CもDを強姦した場合や、当番中のBが、武器倉庫の強盗に押し入ったAのナイフに脅かされて、自ら倉庫を開けてAの犯行を成功させた場合等が挙げられる。⁽⁸⁸⁾

脅従犯の特徴についても様々な議論が交わされているが、主に次の二点に集約されている。第一は、脅従犯の特徴は脅迫・誘惑されて犯罪に加わった点にあると言う見解である。⁽⁸⁹⁾第二は、脅従犯は脅迫・誘惑されて犯罪に加わった特徴以外に、共同犯罪において果たした役割が比較的小さい点も見逃せないという見解である。⁽⁹⁰⁾第二見解の特徴のうち、どこに重点を置くべきかにつき、更に二つの主張が見られる。一つは、脅迫・誘惑されて犯罪に加わった点が脅従犯の主な特徴だと言う見解であり、⁽⁹¹⁾もう一つは、共同犯罪において果たした役割の比較的小さい点こそ主な特徴だと言う主張であるが、⁽⁹²⁾もし脅従犯の特徴が二つあるとしたら、どちらも欠かせない要件ではないかと思われる。問題は、二つの主張の相違にあると思われる。第一の見解によれば、行為者が脅迫・誘惑により犯罪に踏み切った場合、行為者は脅従犯と認定されるのは当然である。これに対して、第二の主張に従うと、行為者が脅迫・誘惑されて犯罪に加わったとしても、共同犯罪において果たした役割が小さくない場合、行為者は脅従犯とは認められない。例えば、Aがピストルを持ってBに対して橋を爆破するよう脅迫したとする、Bは自分の生命のためにやむを得ず爆破した場合、第一の見解によれば、Bは脅従犯である。しかし、第二の主張によると、Bは脅従犯だとは認定しにくい。⁽⁹³⁾中国刑法第二八条の規定を素直に読むと、役割と脅従犯の成立は関係がないと思われる。

また、脅従犯の行為は、幫助行為に限られるかどうかにつき、中国の学説では肯定説と否定説が対立している。肯

定説が脅従犯の行為とは、幫助行為に過ぎないと主張するのに対して、否定説は、脅従犯の行為には幫助行為のほかに、実行行為も含まれると主張されている。⁽⁹⁴⁾ 中国刑法条文の脅迫されて犯罪に加わったとは、必ずしも幫助行為だけでなく、実行行為も含まれると思われる。

脅従犯の処罰は、刑の軽減か免除になっているが、中国の学説は、根拠を次の二点に求めている。第一は、脅従犯とは、自発的に犯罪に踏み切ることではなく、犯罪過程の全体から見ても果たした役割が比較的小さい、それに社会に与えた危害もそれほど大きくない⁽⁹⁵⁾ と言う点である。第二は、脅従犯の行為の危険性は小さく、再犯の可能性が比較的少ない点である。⁽⁹⁷⁾

六、教唆犯の概念および処罰原則

第二十九条は、教唆犯の概念および処罰原則につき、「他人に犯罪を教唆したものは、その者が共同犯罪の中において果たした役割に照らして処罰するべきである。一八歳未満の者に犯罪を教唆したものは、重きに従い処罰するべきである。教唆された者が教唆された罪を犯さなかったときは、教唆犯に対しては、軽きに従い処罰し或いは処罰を軽減することができる。」と定められている。

この規定について、中国の学説では、まず教唆犯の種類につき議論が交わされている。つまり、本条に規定されている教唆犯とは、共同犯罪における教唆犯だけに限定されるかどうかが焦点で、二つの見解が対立している。一つは、第二十九条の教唆犯には、共同犯罪における教唆犯だけでなく、非共同犯罪における教唆犯も含まれるという見解である。根拠としては、被教唆者が教唆された罪を犯さなかったとしても、教唆犯は処罰されるのではないかとされている。⁽⁹⁶⁾ もう一つは、第二十九条の教唆犯とは、共同犯罪における教唆犯に限られるべきだという主張である。⁽⁹⁸⁾ 理由として

は、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合、教唆犯にとっては未遂ではないか⁽⁹¹⁾ということである。被教唆者が教唆された罪を犯さなかったとしても、軽きに従い処罰し或いは刑の軽減が規定されている以上、前者の主張が妥当だと思われる。

中国の学説では、教唆犯の処罰についても見解が分かれている。第二九条を見れば、教唆犯についての処罰は次の三つの状況に分けられている。①被教唆者が教唆された罪を犯した場合、教唆犯は、共同犯罪において果たした役割によって処罰される。②一八歳未満の者を教唆してその者が罪を犯した場合、教唆犯は重きに従い処罰される。③被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合、教唆犯は軽きに従い処罰し或いは刑が軽減される。この中で、②を除いては激しい主張の対立がある。

①に関しては、教唆犯が共同犯罪において果たした役割とはなにか、この役割をどう把握すべきかについて、焦点が当てられている。具体的には三つの見解がある。第一は、共同犯罪において果たした役割とは、教唆犯の具体的犯罪状況⁽⁹²⁾である。つまり、教唆の方法、被教唆者の人数及び教唆の程度などをもって、役割の大小を判断することである。第二は、果たした役割とは、教唆犯の犯罪状況⁽⁹³⁾ではなく、犯罪の結果及び犯罪前後の態度等を総合することである。つまり、教唆行為の危険性及び犯罪後にとる態度等⁽⁹⁴⁾をもって、役割を判断するわけである。第三は、その役割とは、まさに教唆行為自体の共同犯罪における地位・危害性にあるという見解⁽⁹⁵⁾である。

③の状況における処罰原則については、肯定説と否定説の対立が見られる。肯定説は、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合、教唆未遂に当たるから、処罰が軽きに従い或いは軽減されるのも、未遂犯の処罰規定⁽⁹⁶⁾と合致する点⁽⁹⁷⁾に根拠を求められている。否定説は、更に二つの見解に分かれている。一つは、被教唆者が教唆された罪を犯さなかったから、教唆犯は教唆した行為をもって予備犯として処罰されるべきだという見解⁽⁹⁸⁾である。もう一つは、教唆

犯の教唆が完了したから、既遂犯として処罰すべきだという主張⁹⁹である。被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合、処罰しない前提ではなく、軽きに従い或いは刑が軽減される規定自身に妥当性があると思われる。

七、むすびにかえて

以上、中国の現行刑法における共同犯罪の理論を検討してきたが、中国の共同犯罪理論は、共同犯罪において果たした役割を以て主犯・従犯に分類されるのが特徴である。首謀者とか主犯という言葉は、日本でもかなり使われているが、実行行為を軸にして共犯の形式が定められている日本刑法に比較すると、相違点がかなり多いと言わざるを得ない。ここに見られる日中の相違は、個人行為責任の原則を踏まえて共犯を位置づけ構成するか、それとも集団のもつ物理的潜勢力を危険視してその集団の中で役割を重視するかの違いから生じているもの¹⁰⁰と云えよう。中国刑法理論の考え方からは、実際に人を殺す行為〔実行行為〕を誰が行なったかではなく、そのような行為を実質的に誰が生じさせたかが重視されることになる¹⁰¹。

共同犯罪を故意に限定する規定、独立教唆を処罰する規定、脅従犯の減刑または不処罰規定等も、中国共同犯罪規定の特徴であるが、これらの問題および共同犯罪の構成要件等については、更なる研究を深化させて他日、検討の機会を得たいものと考えている。

注

(1) 生田勝義『コメント「犯罪論」について』、徐益初・井戸田侃編著『現代中国刑事法論』、法律出版社、一九九二年、五四頁。

(2) 同注(1)、五四頁。

(3) 犯罪構成要件につき、中国刑法では四要件説が通説である。それは、犯罪構成の要件としては、犯罪客体、犯罪の客観的方面、犯罪主体および犯罪の主観的方面である。

犯罪客体とは、中国刑法が保護し、犯罪によって侵害される社会主義社会関係である。例えば、交通違反罪が侵害するのは、交通方面の公共の安全であり、重婚罪が侵害するのは、中国婚姻法の一夫一妻制の婚姻関係である。

犯罪の客観的方面とは、刑法によって規定され、客観的に社会に危害をもたらす行為およびその行為によってもたらした危害結果である。この要件は、犯罪客体がどのような条件の下で、どのような危害行為により、どのような侵害を受けたかを説明したのである。

犯罪主体とは、犯罪行為を実施し、法に基づき刑事責任を負わなければならない人である。中国刑法には犯罪主体の規定につき、二種類の人が含まれている。一つは、刑事責任年齢に達した、刑事責任能力のある犯罪行為を実施した自然人で、もう一つは、犯罪行為を実施した社会团体、国家机关等いわゆる法人である。法定条件に符合した自然人は、全ての犯罪の主体になりうるが、法人は特定した犯罪の主体にしかない。

犯罪の主観的要件とは、犯罪主体が、自ら実施した社会にもたらす危害行為及びその結果についてとった心理態度である。中国刑法では、故意あるいは過失により、社会に危害結果をもたらした場合にのみ刑事責任が追究される。

(4) 畢英達、『共謀共同正犯』に関する試論(二)、北法四六、一三五〇頁。

(5) 中央政法幹部学校刑法研究室編、『中華人民共和国刑法総則講義』、法律出版社、一五七頁。

(6) 高格主編、『刑法教程』、吉林大学出版社、一九八四年、一四五頁。

(7) 『刑法学』、高銘喧主編、法律出版社、一九九〇年、一八九頁。

(8) 『中国大百科全书・法学』、中国大百科全书出版社、一九八四年、一七一頁。

(9) 前掲高格主編、『刑法教程』、一四五頁等。

- (10) 楊春洗・楊敦先主編、『中国刑法論』、北京大学出版社、一九九四年、一二九頁以下。
- (11) 李光燦主編、『中華人民共和國刑法論』、吉林人民出版社、一九九四年、二八三頁。馬克昌・羅平、「共同犯罪の概念およびその要件について」、『政法論壇』、一九八五年第四期、三四頁等。
- (12) 曹子丹・汪保康、「共同犯罪における若干問題の検討」、『刑法學專論』、北京大学出版社、一九八九年、一八七頁。
- (13) 陳興良、「共同犯罪論」、中国社会科学出版社、一九九二年、一〇五頁。
- (14) 姜偉、「犯罪の故意と過失」、群衆出版社、一九九二年、四一五頁以下。
- (15) 張穹主編、『刑法改正条文実用解説』、中国檢察出版社、一九九七年、三〇頁。
- 陳広君主編、『中華人民共和國刑法釈義』、人民出版社、一九九七年、三八頁以下。嚴軍興・肖勝喜主編、『新刑法釈義』、中共中央党校出版社、一九九七年、三四頁等。
- (16) 高格、「共同犯罪における理論問題の若干検討」、吉林大学社会科学學報、一九八二年第一期、六五頁。趙秉志主編、『全国刑法修士論文精選』、中国人民公安大学出版社、一九八九年、三五六頁以下。張明楷著、『犯罪論原理』、武漢大学出版社、一九九一年、五三四頁以下。
- (17) 陳興良、『わが国の刑法における片面的共犯について』、『法学研究』一九八五年第一期、四九頁以下。なお、蘇惠漁主編、『刑法學』、中国政法大学出版社、一九九四年、二二七頁も同じ趣旨である。
- (18) 李光燦・馬克昌・羅平、『共同犯罪について』、中国政法大学出版社、一九八七年、三八頁。馬克昌、『刑法理論探索』、法律出版社、一九九五年、一〇五頁。
- (19) 李敏、「片面合意的な共同犯罪について」、『政法論壇』、一九八六年第三期、四〇頁以下。
- (20) 前掲高銘喧主編、『刑法學』、一九九〇年、一九〇頁。高銘喧主編、『新中国刑法學研究綜述』、河南人民出版社、一九八六年、三四四頁以下参照。
- (21) 孫鷹傑・周其華編、『実用刑法読本』、吉林人民出版社、一九八五年、一六二頁。
- (22) 李洪海、『刑法學概論』、天津人民出版社、一九八四年、一七九頁。
- (23) 高銘喧著、『刑法問題研究』、法律出版社、一九九四年、一七三頁以下。
- (24) 前掲曹子丹・汪保康、「共同犯罪における若干問題の研究」、二二三頁。

- (25) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一八八頁。揚春洗・揚敦先主編、『中国刑法論』、一二八頁以下等参照。
- (26) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一八八頁。
- (27) 『中華人民共和国刑法総則講義』、法律出版社、一九五八年、一五六頁。
- (28) 欧陽濤・張繩祖他著、『中華人民共和国刑法注釈』、北京出版社、一九八〇年、七六頁。
- (29) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一八八頁等。
- (30) 同注(26)、一八八頁。
- (31) 前掲畢英達論文、一三五六頁。
- (32) 前掲高銘喧著、『刑法問題研究』、一八〇頁。なお、中国の刑法では、異なる基準によって、共同犯罪の形式を以下の四種類に分類している。①共同犯罪が任意的に形成されるかどうかによって、任意共同犯罪と必要共同犯罪に分類する。任意共同犯罪とは、一人でも実施できるし、共同でも実施できる。例えば、故意殺人罪は一人でも実施できるし、複数人でも実施できる。これに対して、必要共同犯罪とは、共同で犯罪を実施するのが必要な条件で、一人では到底不可能である。例えば、集団脱獄は、一人ではどうしても実施しないことである。②共同故意形成の時間を基準として、事前通謀のない共同犯罪と事前通謀のある共同犯罪に分類する。ここで事前とは、犯罪に着手前のことで、予備段階である。③共同犯罪行為の分担を基準として、簡單共同犯罪と複雑共同犯罪に分類する。簡單共同犯罪とは、共同正犯、つまり共同実行犯のことで、皆が犯罪実行に関わることから、分担は実行行為の分担である。これに対して複雑共同犯罪とは、分担が複雑になることを指して、実行行為の分担だけでなく、教唆行為、幫助行為、組織行為の分担も含まれる。④共同犯罪の組織形式の有無によって、一般共同犯罪と組織的共同犯罪、すなわち集団犯罪に分類する。
- (33) 前掲高銘『共同犯罪における若干理論問題的検討』、六五頁。
- (34) 同注(33)、六五頁。
- (35) 鄧定一、『共謀に参加しただけでも共同犯罪が成立するか』、『法学』、一九八四年第六期、二六頁。陳興良、前掲『共同犯罪論』八七頁等。なお、趙秉志主編、『刑法爭議問題研究』〔上巻〕には、この理由づけに更なる検討を加えて、新しい展開を見せている。『まず、共謀行為の実質について言うなら、これは犯罪実施のための準備行為で、単純なる犯罪意図の現われだとは言い切れない。故に、犯意の現われとは本質的な違いがあるのみならず、社会に対して現実的な脅威であり、社会

危害性が十分あると言える。我国の刑法規定によれば、犯罪実施準備のための予備行為も、処罰に値する行為であるから、共謀自身が犯罪行為である。そして、共謀者の間では、犯罪の実施のために謀議をするから、主観的にも意思の連絡および共同の故意が明らかであることは言うまでもないことである。共謀者の全員が犯罪を実施しなかったとしても、客観的共同行為及び主観的共同故意があるから、共同犯罪になることは自然である。共謀者の中で一部の者が犯罪に踏切り、一部の者がなんらかの原因で実行に参加しなかったとしても、共同犯罪が構成されるのはなんら不自然とは言えないであろう。

次に、我国刑法の各則の条文にも、共謀に関わっただけでも、共同犯罪として処罰する明文の規定がある。例えば、刑法第一六二条〔改正前〕の犯人を隠匿あるいは偽の証明をして犯罪者を庇った者の中で、「事前通謀した者は、共同犯罪として処罰する」と規定されている。ここで言うのが、二人以上が犯罪を共謀して、その中の一部の者は実行に踏み切ったが、一部のものは実行しなかった（犯人を隠匿あるいは庇うこと）場合、共謀には関わったが実行に踏み切らなかった者も、共同犯罪として処罰することである。それに、我国刑法の各則には、陰謀犯の処罰規定もある。刑法第九二条〔改正前〕の政府転覆陰謀、国家分裂罪の陰謀というのがそれである。これらの陰謀犯は、密かに共謀・密謀・画策しただけで、実行しなかった場合を指す。ここから見られるように、二人以上が、犯罪を共謀しただけで、全員とも実行しなかった場合でも、共同犯罪が成立するのも可能である。』

〔36〕 前掲李光燦・馬克昌・羅平、『共同犯罪について』、三六頁。前掲馬克昌、『刑法理論探索』、一〇四頁。

〔37〕 前掲曹子丹・汪保康、「共同犯罪における若干問題の検討」、二一五頁。

〔38〕 同注〔37〕、二一五頁。つまり、「ここで注意すべきなのは、犯罪を共謀しただけで実行しなかった場合、原則的には他の共謀者との間に共同犯罪が成立するが、具体的事案の中では、共謀の全てが共同犯罪が成立するとは限らない。例えば、行為者が他人とある軽い犯罪を共謀したが、後で自ら実行を放棄した場合、情状を総合して考えると、社会への危害性が犯罪の程度まで達していない場合、そもそも犯罪が成立しないから、実行者との間に共同犯罪が成立したとは言えないであろう。また、司法実践の中で、場合によっては犯罪結果を以て処罰するから、共謀しただけで全員が実行しなかった場合、実際上危害結果がないから、共同犯罪が成立しないこともある。」

〔39〕 前掲楊春洗・楊敦先主編、『中国刑法論』、一二七頁。

〔40〕 中国刑法第一七条には、「二六歳以上の者が罪を犯したときは、刑事責任を負うべきである。一四歳以上一六歳未満の者

で、殺人、傷害致死、強姦、強盗、毒品販売、放火、爆発、毒入れ罪を犯したときは、刑事責任を負うべきである。

一四歳以上一八未満の者が罪を犯したときは、軽きに従い処罰し或いは軽減すべきである。一六歳未満の為に処罰されないものは、その保護者或いは監護人に管理教育を責任を持って行なわせる、必要な時には、政府が収容し矯正することもできる。」と規定されている。

- (41) 中国刑法第一八条には、「精神病者が自己の行為を識別不能或いは抑制不能な時は危害を加える結果を造り出したとき、法定手続きにより鑑定確認された場合は、刑事責任を負わない、但しその家族或いは監護人に責任を持って厳しい監視と医療を行わせるべきである。必要によっては、政府が強制医療することもある。間歇性の精神病者が精神の正常な時に罪を犯したものは、刑事責任を負うべきである。未だ自己行為を完全に識別不能あるいは抑制不能になっていない精神病者が罪を犯し、刑事責任を負うべきものに對しては、軽きに或いは軽減すべきである。酩酊した者が罪を犯したときは、刑事責任を負うべきである。」と規定しており、第十九条には、「聾でまた啞の者或いは盲人が罪を犯したときは、軽きに従い処罰するか軽減または免除することができる。」と規定されている。

- (42) 張明楷、『犯罪論の原理』、武漢大学出版社、一九九一年、五三〇頁以下。

- (43) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、三五六頁。

- (44) 馬克昌主編、『犯罪通論』、武漢大学出版社、一九九一年、五五七頁。前掲趙秉志主編、『刑法爭議問題研究』（上卷）、四五五頁。

- (45) 自然的身分とは、自然要素によって個人に与えられた身分のことである。例えば、性別、年齢、血縁等がそれである。これに對して法定的身分とは、法律によって個人に与えられた身分のことで、例えば、職務、職責等がこれに当たる。

- (46) 前掲李光燦・馬克昌・羅平、『共同犯罪について』、一五二頁。陳興良、『共同犯罪論』、三六〇頁以下。

- (47) 中国刑法第一〇二条には、「外国と結託して、中華人民共和國の主権、領土の完整及び安全を侵害した者は、無期或いは一〇年以上の懲役に処する。国外の機構、組織および個人と結託して、前項の罪を犯した者も、前項の罪に照らして処罰する。」と規定されている。

- (48) 中国刑法第二五三条には、「郵便電信工作人員が違法に郵便物電報を開封し、またこれを隠匿、毀棄した場合、二年以下の懲役或いは拘役に処する。前項の罪を犯した上財物を窃取した場合は、本法第二六四条に基づき罪名を認定し重きに従つ

て処罰する。」と規定されているが、本条は郵便電信工作員だけが本構成要件に該当することになっている。他の者がこのような行為をした場合、第二五二条の公民通信自由妨害罪として処罰されることになる。

- (49) 中国刑法第三八二条には、「国家公務員が職務上の便利を利用して、不法手段で公共財物を着服、窃取、詐取した場合は横領罪である。国家機関、国有会社、企業、事業単位、人民団体に依頼され、国有財産を管理、経営した者が、職務上の便利を利用して、国有財産を着服、窃取、詐取或いは不法占有した場合、横領罪として処罰する。前の二項の者と結託して、共同横領した者は共犯として処罰する。」と規定されており、第三八三条には、「横領罪を犯したものについては、情状により以下の規定に基づいて処罰する。」①個人が横領した金額が一〇万元以上の場合、一〇年以上の懲役または無期懲役に処すると共に財産を没収する。情状が特に重い者に対しては、死刑に処すると共に財産を没収する。②個人が横領した金額が五万元以上一〇万元以下の場合、五年以上の懲役と共に財産を没収する。情状が特に重い者に対しては、無期懲役と共に財産を没収する。③個人が横領した金額が五千元以上五万元以下の場合、一年以上七年以下の懲役に処する。情状が重い者については、七年以上一〇年以下の懲役に処する。個人横領の金額が五千元以上一万元以下の場合、犯行後改悛の意があり、積極的に赃物を返した者に対しては、処罰の軽減或いは刑事責任を免除することもでき、所在単位または上級主管部門から行政処分する。④個人横領の金額が五千元以下の場合、情状の重い者に対しては、二年以下の懲役または上級主管部門から情状の軽い者に対しては、所在単位または上級主管部門が情状に照らし行政処分する。数回の横領が処罰されていない場合、横領金額の累計数によって処罰する。」と規定されている。

- (50) 馬克昌、前掲『刑法理論探索』、一三四頁。
- (51) 吳振興、『教唆犯論』、吉林人民出版社、一九八六年、一六七頁。
- (52) 陳興良、前掲『共同犯罪論』、三六二頁。
- (53) 同注(52)、三六二頁。
- (54) 同注(52)、三六二頁。
- (55) 福田平、前掲『刑法総論』、二四三頁等。
- (56) 草野、前掲『刑法要論』、一三八頁。
- (57) 佐伯、前掲『刑法講義・総論』、三五六頁。

(58) 植田、前掲『刑法要説・総論』一七四頁以下。

(59) 馬克昌、前掲『刑法理論探索』、一三四頁以下。

(60) 陳興良、前掲『共同犯罪論』、三六二頁。馬克昌、前掲『犯罪通論』、五五八頁以下。

(61) 林文肯・茅彭年、前掲『共同犯罪の理論と司法実践』、二三頁。

(62) 中国の理論によれば、社会関係とは人々が生産活動および共同生活の過程において形成された人と人との間の相互関係である。そして、この社会関係を物質関係および思想関係に分けられる。前者は経済基礎を指し、後者は上部構造を指す。犯罪が社会に危害を与える理由は、犯罪が中国刑法によって保護されているこれらの社会主義社会関係を侵害するからである。中国の刑法が保護する社会関係は、刑法第一三条に規定されている。例えば、人民民主独裁政権および社会主義制度、国有財産または労働大衆集団所有の財産、公民個人の財産及び人身体等がそれである。これらの関係が犯罪によって侵害された場合、犯罪の客体になるわけである。

(63) 中国刑法各則では、犯罪類型を大きく次の一〇種類に分けられている。①国家安全危害罪、②公共安全危害罪、③社会主義市場経済秩序破壊罪、(偽劣商品の生産・販売罪、密輸出・密輸入、会社・企業管理秩序妨害罪、金融管理秩序破壊罪、金融詐欺罪、税金徴収危害罪、知的所有権侵犯罪、市场秩序攪乱罪)、④公民人身権利・民主権利侵犯罪、⑤財産侵犯罪、⑥社会管理秩序妨害罪(公共秩序攪乱罪、司法妨害罪、国境管理妨害罪、文物管理妨害罪、公共衛生危害罪、環境資源保護破壊罪、毒物の密輸入・輸出・販売・運送・製造罪、売春の紹介・組織・強迫・引誘罪、猥褻物の製作・販売・伝播罪)⑦国防利益危害罪、⑧横領・賄賂罪、⑨背任罪、⑩軍人職務違反罪。

(64) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一一二頁。

(65) 同注(64)、一一二頁。

(66) 同注(64)、一一三頁。

(67) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一九六頁。楊春洗・楊敦先主編、『中国刑法学』、一三七頁等参照。

(68) 「集合的犯罪」とは、日本では多衆を集めての犯罪(宮坂宏・現代中国法令集参照)と訳されているが、これは、事前の謀議または偶然に不特定多数を集合して行われる犯罪のことを指す。例えば、多衆を集合して駅、埠頭、市場、公園、映画館等公共場所の秩序を混乱させたり、交通秩序を破壊したりすることである。

- (69) 何秉松、『犯罪構成系統論』、中国法制出版社、一九九五年、三九二頁。
- (70) 齊湘泉、「首謀者と主犯について」、『雷大法學』、一九八四年第五期、三九頁。
- (71) 馬克昌主編、『犯罪通論』、武漢大學出版社、一九九一年、五四一頁。必ずしも主犯ではない例としては、「例えば、刑法第九六条（改正前、以下同）に規定された集団脱獄或いは脱獄を組織した首謀者は、主犯だと言えるが、第一五八条に規定された社会秩序攪乱罪の首謀者とは、犯罪構成の必要な条件のことで、首謀者ではない限り、このような犯罪が成立しないから、ここでの首謀者は犯罪が成立するかどうかの限界で、一概に主犯だとは言えない。」
- (72) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一九三頁。楊春洗・楊敦先主編、『中国刑法論』、一三三頁等。
- (73) 吳文瀚、「共犯における若干問題について」、『法學研究』、一九八二年第一期、一三頁。
- (74) 前掲馬克昌、『刑法理論探索』、一一四頁。
- (75) 前掲高銘喧、『刑法問題研究』、一八八頁。
- (76) 前掲高銘喧、『刑法問題研究』、一八八—一八九頁等参照。
- (77) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一九九頁等。
- (78) 王作富、『中国刑法研究』、中国人民大学出版社、一九八八年、二五四頁。
- (79) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、一九九頁等。
- (80) 張尚、『中華人民共和國刑法概論』、法律出版社、一九八三年、一九三—一九四頁。
- (81) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、二一九頁等。
- (82) 梁世偉、『刑法学教程』、南京大学出版社、一九八七年、二〇九頁。前掲高銘喧、『刑法問題研究』、一九〇—一九一頁参照。
- (83) 前掲梁世偉、『刑法学教程』、二一〇頁。
- (84) 前掲畢英達論文、一三六九頁。
- (85) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、一三三頁。
- (86) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、一〇二頁。
- (87) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、一三九頁。林文肯・茅彭年、『共同犯罪の理論と司法実践』、八八頁等。
- (88) 前掲林文肯・茅彭年、『共同犯罪の理論と司法実践』、八七頁。

(89) 王小鳴、『脅従犯の若干問題の検討』、『法制建設』、一九八六年第三期、三七頁。

(90) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、二三六頁以下。なお、一九七九年の刑法では、脅従犯は「従犯に照らして」軽減或いは免除すべきだと規定されていたが、実務上、全ての犯罪に主犯、従犯、脅従犯が存在するわけではないし、主犯と従犯しか存在しない場合は処罰が困難であることにも鑑み、改正案ではこれを削除したのである。

また、一九七九年の刑法には、誘惑によって犯罪に踏み切った者も脅従犯だと規定したが、実務上、誘惑によって犯罪に参加した者と、脅迫によって犯罪に参加した者との主観要素の差が大きいのは明らかである。脅迫により犯罪に参加するのは、危険性が伴うからやむを得ず脅迫者の指示に従って犯罪に踏み切るが、誘惑によって犯罪に参加する原因は複雑である。未成年者が社会経験・知識の欠如によって誘惑され、犯罪に参加した場合は、未成年者の処罰原則に従って処罰すべきである。成人が個人利益或いは何んらかの原因により、犯罪に参加した場合、主観要素をある程度考慮する必要があるとは言えないが、法定によって軽きに従って免除するのは意味があまりないであろう。故に、今度の改正案では、「誘惑により犯罪に参加した」ことを削除したのである。〔陳広君、『中華人民共和国刑法釈義』、人民出版社、一九九七年、四二頁等参照〕

(91) 陳忠槐、『脅従犯について』、『法学研究』、一九八六年五月、二六頁以下。

(92) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、一三七頁。

(93) 前掲畢英達論文、一三二頁。

(94) 前掲張尚、『中華人民共和国刑法概論』、一九六頁。

(95) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、一三七頁。

(96) 前掲高銘喧主編、『刑法学』、二〇一頁。前掲楊春洗・楊敦先主編、『中国刑法論』、一四一頁。

(97) 前掲李光燦・馬克昌・羅平、『共同犯罪について』、七四頁等。

(98) 前掲呉振興、『教唆犯論』、八七頁。

(99) 同注(98)、一〇四—一〇五頁。

(100) 前掲陳興良、『共同犯罪論』、二五九頁。

(101) 同注(100)、二六一頁。

(102) 前掲李光燦・馬克昌・羅平、『共同犯罪について』、九〇頁参照。

(103) 同注(102)、九〇頁参照。

(104) 教唆に動機、目的および偶然の教唆か、常習的な教唆か、犯罪の後自首したか、犯罪を中止したか等を以て判断することである。

(105) 同注(102)、九〇頁参照。なお、教唆犯が共同犯罪の中において果たしたのは、教唆の役割しかないのに、ここまで究明しようとするのが、果たして意味があるかは疑問である。

(106) 中国刑法第二十三条は、未遂犯につき、「犯罪の実行に着手し、犯罪者の意思以外の原因によりこれを遂げなかったのが、犯罪の未遂である。未遂犯は既遂犯に照らして軽きに処罰するか、軽減することができる。」と規定されている。中国の学説では、この規定により、犯罪の未遂には次の三つの特徴があるとされている。まずは、行為者が既に犯罪に着手すること、次は、行為者が予期した結果を得られなかったこと。そして、行為者が意思以外の原因によって、予期していた結果が得られなかったことである。

(107) 前掲馬克昌、『刑法理論探索』、一二六頁。

(108) 魏克家、「教唆犯についての若干の問題」、『刑法学論集』、北京市法学会、一九八三年、一三九頁等。

(109) 李光燦等、『刑法因果關係論』、北京大学出版社、一九八六年、二四〇頁等。

(110) 前掲生田勝義、五四頁。

(111) 同注(110)、五四頁。

