

# 中国の共犯論における新たな展開（1）

——日本法との比較検討も踏まえて——

宋 思 霖\*

## 目 次

はじめに

第一章 1979年刑法典制定以降の共犯論

第一節 1980年代の共犯論

第二節 1990年代の共犯論

小 括

第二章 中国の共犯論における新たな展開

第一節 二層区分説

第二節 同等関係説

一 同等関係説の基本的な考え方

二 張明楷の見解

第三節 帰責区分説

一 単一制説に対する批判

二 共同帰責の共同不法

三 中国において主張できる理由

第四節 単一制説（統一的正犯体系説）

一 単一制説が中国において主張できる理由

二 二層区分説に対する批判

三 単一制説の問題点と単一制論者の反駁

四 単一制説における主犯と従犯概念

第五節 段階的進展説

一 単一制説と二層区分説に対する批判

二 内 容

第六節 実質的二層区分説

---

\* ソウ・シリン SONG Silin 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

|                               |         |
|-------------------------------|---------|
| 小 括                           | (以上、本号) |
| 第三章 共犯判例について                  |         |
| 第一節 教唆犯に関する判例——従たる教唆が存在するのか—— |         |
| 一 主たる教唆犯について                  |         |
| 二 従たる教唆犯について                  |         |
| 第二節 幫助犯と副次的実行犯に関する判例          |         |
| 一 主たる幫助について                   |         |
| 二 副次的実行犯について                  |         |
| 第三節 組織犯に関する判例                 |         |
| 一 組織犯に関する学説上の対立               |         |
| 二 犯罪集団の成立要件                   |         |
| 三 集団犯罪における主犯、従犯の区別            |         |
| 四 一般的共同犯罪における組織犯（主犯）          |         |
| 第四節 共謀共同正犯に関する判例              |         |
| 小 括                           |         |
| 第四章 教唆の未遂について                 |         |
| 第一節 中国刑法における教唆の未遂について         |         |
| 第二節 二重性について                   |         |
| 第三節 二重性説について                  |         |
| 小 括                           |         |
| 第五章 日本法との比較検討                 |         |
| 第一節 日本の共犯判例の検討                |         |
| 第二節 中国司法実務との比較                |         |
| 第三節 教唆の未遂について                 |         |
| 第四節 考 察                       |         |
| おわりに                          |         |

## はじめに

近年、日本およびドイツの刑法が中国に紹介されるとともに、中国共犯論については、伝統的見解から大きく離れる見解が徐々に現れ、中国独自の共犯論に関する論争が展開されている。議論においては、とりわけ日本刑法における共謀共同正犯理論が、中国共犯理論に対して顕著な理論的影

響を及ぼしている。そこでは、中国の主犯・従犯概念の不明確性などの問題点が注目を浴びており、近代刑法における正犯・共犯概念を中国共犯体系に取り入れるべきか否かは、中国の論者が最も関心を寄せる問題となっている。このような共犯論をめぐる諸論争では主に2つの陣営が対立する。一つは、中国共犯体系に正犯概念の存在を認め、正犯と共犯の区別を肯定する限縮的正犯概念を支持する主張である。もう一つは、正犯と共犯の区別を認めない統一的正犯概念を支持する主張である。前者は区分制と、後者は単一制と呼ばれている。また、後述するように、理論前提および中国共犯立法に対する解釈の異同により、区分制の中でも、さらに二層区分説や同等関係説などの様々な学説が主張されており、また単一制の中でも、形式的単一制を採用するか、それとも機能的単一制を採用するかをめぐる見解が分かれている。

それに対して、日本における中国共犯論に関する考察あるいは日中共犯論の比較研究は、いまだ十分に深まっていないといえる状況にある。基本的には1980年代に中国で有力に主張され、現在においても通説とみなされる伝統的見解を中心とした検討が行われ、後でみるように、馬克昌や高銘暄等の主張した中国共犯論の特色である主犯・従犯概念、教唆の二重性および組織犯などをめぐって議論が展開されている。もっとも、近時の日本における中国共犯論の考察を概観すると、その主張は、必ずしも伝統的見解に依拠するものには限られない。例えば、日本においても二層区分説を支持しつつ、日本の共謀共同正犯理論と比較して考察するものがあり、また、中国の共犯規定の特殊性に着目して機能的統一的正犯概念を中国共犯論の基礎とする主張も存在する<sup>1)</sup>。實際上、これらの考察ないし比較研究の背後には、近年の中国共犯論をめぐる新たな議論が存在している。

このような中国刑法の日本における検討状況からみれば、中国共犯論の

---

1) 張開駿「共犯者の類型及び処罰に関する中日比較法的研究」比較法雑誌50巻4号（2017年）7頁以下。陳潤言／吉中信人「中国刑法における犯罪関与体系の性質——統一的正犯理論に基づいて——（2・完）」広島法学47巻4号（2024年）164頁。

全体像を正確にとらえるのに、伝統的見解を紹介するだけでは十分ではない。そして、日本において、伝統的見解以降の理論における変遷および伝統的見解に対立する学説の新たな展開に関する整理・検討は、いまだあまりなされていない<sup>2)</sup>。そのような事情を踏まえ、本稿は、近年の中国における共犯論の研究状況および到達点を明確にし、日本における中国の共犯学説の理解に資することを目的とする。その上で、中国共犯論の視点から日本の共犯判例および関連する学説を比較検討することで、日中相互の共犯理論の理解を深めることが、本稿の最終的な狙いである。

以上のような問題意識と目標設定に基づき、本稿では、第一章で伝統的見解以降の中国共犯理論の変遷、特に1980年代と1990年代における中国刑法学界の日本およびドイツの共犯理論に対する態度および中国共犯理論の変容を整理した上で、第二章で近時における中国共犯論をめぐる新たな展開を整理、検討する。

第三章では、中国における共犯判例を紹介、検討する。従来、日本およびドイツの刑法に定められる正犯（共同正犯）、教唆犯と幫助犯などが分担分類法に基づくものとされるのに対して、中国刑法は、実質的な役割に応じて主犯と従犯に分けるという役割分類法を採用している<sup>3)</sup>。近年、中国共犯論を検討する先行研究の中で、共犯判例が検討されることが少なくないが、共犯判例に対する検討は、そのほとんどが役割分類法に基づく主犯と従犯概念を中心に行われている。確かに、中国の共犯体系は、日本刑法のように正犯概念を採用しておらず、主犯概念を中心に構築されたものである。しかし、中国刑法第29条（以下、中国刑法については条文番号のみを示す。）

---

2) 日本における中国共犯学説の紹介は、後に述べる「二層区分説」という伝統的見解に接近する理論にとどまっている。張・前掲（注1）7-10頁。

3) 一般的に条文に正犯、教唆犯、幫助犯という共犯者類型を定められる立法方法は、分担分類法と考えられる。いわゆる関与形式による分類である。それに対して、中国刑法の条文に主に定められているのは、主犯と従犯であり、役割の大小によって両者を区別する役割分類法であると考えられる。宋思霖「中国共犯論の展開に関する歴史的考察（1）——ソビエト刑法との繋がりを中心に——」立命館法学413号（2024年）93頁。

には教唆犯という分担分類法に基づく共犯者類型が明文で規定されており<sup>4)</sup>、また、第27条が規定する「補助的な役割」を果たした者は、判例・通説によれば幫助犯とされる<sup>5)</sup>。このような規定に鑑みると、主犯と従犯のみに着目して中国の共犯判例を検討するだけでは十分ではなく、少なくとも主犯・従犯概念と実行犯・教唆犯・幫助犯・組織犯との関係を明らかにしなければ、中国の司法実務における共犯概念を正確に理解することは困難である。このような問題意識を踏まえ、本章では、主に以下の5つの問題を検討したい。第一に、第29条第1項は、教唆犯は「役割に応じて」処罰すると規定しているが、中国の司法実務では、この条文はどの程度用いられているのか、また、小さな役割しか果たしていない教唆犯は判例上どの程度認められているのか。第二に、「補助的な役割」を果たした幫助犯は、原則的に従犯として処罰を軽くし、減輕し又は免除しなければならないとする第27条第1項の規定に関して、近年は、場合によっては幫助犯を主犯としても処罰することができるとする見解がある<sup>6)</sup>。しかし、幫助犯を主犯とした判例は存在するのか、また、その場合、幫助犯と実行犯の区別基準はどのように考えられているのか。第三に、第27条第1項が規定する「副次的な役割」を果たした者は、一般的に副次的実行犯とされるが、判例上、実行犯との区別はどのように考えられているのか。第四に、司法実務において組織犯<sup>7)</sup>はどのように認定されているのか。第五に、近年、日本の刑

4) 第29条第1項の前段によると、「人を教唆して罪を犯させた者は、その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。」とされる。宋・前掲（注3）86-87頁参照。

5) 従来、伝統的見解によれば、中国刑法には主犯、従犯、脅従犯および教唆犯という4つの共犯者類型しか存在しない。また実行犯（正犯）、幫助犯ないし組織犯は条文に明文で規定されていないので、実定法上の共犯者類型ではないとされるが、伝統的見解の主張者は、実行犯、幫助犯および組織犯の概念が条文の中に潜在的に含まれているとする。馬克昌『犯罪通論』（武漢大学出版社、1997年）541-552頁。この主張は、日本において中国共犯論を紹介するにあたって、しばしば引用される。しかし、実行犯、幫助犯および組織犯を共犯者類型として規定しつつ、暗に条文の中に含まれると強調するのは、いったいどのような意味を有するのかは明確ではない。

6) 錢叶六「双層区分制下正犯与共犯的区分」法学研究1期（2012年）129頁。

7) 第26条第1項の前半によると、「犯罪集団を組織し、若しくは指導して犯罪活動を行った

法理論が中国に紹介されつつあるのに伴い、中国の司法実務では共謀共同正犯の概念を用いる判例も徐々に現れている。中国の判例が示す「共謀共同正犯」の概念は、日本における「共謀共同正犯」と同じものといえるのか。

第四章では、第29条第2項が規定する教唆の未遂規定を検討してみたい。従来、第29条第2項と同条第1項の関係につき、一般的に、後者は共犯の従属性を示すものとされ、前者は共犯の独立性を示すものとされており、中国刑法の教唆犯には、従属性と独立性の二重性が存在するとされている。このように、教唆犯に二重性があると主張する学説は二重性説と呼ばれている。他方、日本の刑法総則には教唆の未遂が規定されておらず、国家公務員法や地方公務員法等<sup>8)</sup>の罰則においてのみ独立教唆罪の規定がみられる。この点は、日中刑法の最も大きな相違の1つといっても過言ではない。それにもかかわらず、近年の日中比較研究においても、教唆犯の未遂という課題が中心的に取り上げられることは、あまりなかったように思われる。このような日本における第29条第2項の検討状況に照らせば、同項の教唆の未遂規定は、日本の特別法の罰則に定められる独立教唆罪とは本質的に区別されるものと、暗黙のうちに理解されているのではないか。そのため、「教唆の二重性」に関する議論は、日本ではあまり知られていないようである。しかしながら、教唆犯の二重性のうち、とりわけ独立性を認めることができるか否かは、中国の共犯体系が限縮的正犯体系と統一的正犯体系のいずれを採用するかという問題にとって重要であり、この点は、日中共犯

---

者は組織犯であり、主犯であるとされる。高/馬(編)『刑法学〔第五版〕』(北京大学出版社、2011年)171頁。後述するように、組織犯に関して学説上の対立がみられるが、基本的には犯罪集団に限られず、犯罪集団という組織形式を有しない一般的共同犯罪においても組織犯の存在が認められる。

- 8) 国家公務員法第111条「第109条第2号より第4号まで及び第12号又は前条第1項第1号、第3号から第7号まで、第9号から第15号まで、第18号及び第20号に掲げる行為を企て、命じ、故意にこれを容認し、そそのかし又はそのほう助をした者は、それぞれ各本条の刑に処する。」、また、地方公務員法第62条「第60条第2号又は前条第1号から第3号まで若しくは第5号に掲げる行為を企て、命じ、故意にこれを容認し、そそのかし、又はそのほう助をした者は、それぞれ各本条の刑に処する。」

論の比較研究においても看過し得ない重要性を有するため、詳しく検討すべき意義がある。

以上の問題の検討を通じて、中国共犯体系の全体像を一定程度明らかにした上で、最後に第五章で日本法との比較検討を行うが、その際に留意すべきと思われる点を以下で述べておきたい。

まず、共犯規定に関してである。中国刑法とは異なり、日本刑法には主犯という共犯者類型の規定はなく、共同正犯、教唆犯および従犯が定められている。しかもここにいる「従犯」は、幫助犯のことを指し、中国刑法の主犯の対義語として使われる「従犯」と異なる意味を有する。また、両国とも刑法典上に教唆犯を規定しているが、先に述べたように、中国刑法の教唆犯は「役割に応じて」処罰されることが条文に規定されており、「正犯の刑を科す」とする日本の教唆犯とは異なり、主犯と従犯のいずれとしても処罰されうると一般に理解されている。これらの点も含め、両国の立法上の相違について検討する際に、どの点を比較の対象とすべきかという問題が生じるが、これについて、従来は中国の主犯概念と日本の共謀共同正犯概念との比較がしばしば論じられてきた。

近年の日中共同犯論の研究動向をみると、日本の共謀共同正犯論との比較の中で、中国の伝統的見解を踏まえつつ、日本の共謀共同正犯が中国の主犯に相当すると考える立場がみられる。特に日本の通説である重要な役割説が主張する重要な「役割」を果たした正犯は、中国では、主要な「役割」を果たした主犯に相当するという見解がみられる<sup>9)</sup>。他方、近年中国で主張されている二層区分説、特に第一段階の正犯と幫助犯の区別を重んじながら、重要な役割説に批判的な立場をとる見解も現れている<sup>10)</sup>。つまり、い

---

9) 鄭澤善「共謀共同正犯について（3）・完——中国の共同犯罪論との比較研究——」中京法学36巻2号（2001年）94-95頁は、「こうした重要な役割に着目して共謀共同正犯の処罰を考える立場は、現行法の解釈としても十分に採用しうると考えられる。」とした上で、「重要な役割というような概念が曖昧さを伴うことは避けられないが、それなりに重要性を計る客観的で明確な尺度がそこには存在する。」と述べている。

10) 張・前掲（注1）32頁は、重要な役割説に関し、以下のように述べる。「共謀共同正犯を

ずれの主張も、日本の共謀共同正犯を中国の主犯に位置づける点で共通している。しかしながら、共謀共同正犯がなぜ主犯として捉えられるのか、その理論的根拠については、これまでの日中共犯論の比較研究において必ずしも十分に指摘されてきたとはいえない。このような状況は、日本法の正犯・共犯体系に基づく立法と中国法の主犯・従犯体系に基づく立法の相違を過大に評価してきたことに起因するといわざるを得ない。しかし、両国の立法構造の差異を過大に強調することは決して適切な方向ではないと思われる。

もちろん、本稿は、このような共犯立法上の相違を否定するものではない。しかし、かつては形式的客観説を重視していた日本の判例実務は、大審院時代以降、次第に知能犯のみならず、実力犯についてまで共謀共同正犯を承認するようになった。そして、この実務上の共同正犯に対する処罰範囲の拡大に応じて、共謀共同正犯の理論根拠を探求しつつ、処罰範囲の限定を試みる学説が生まれた結果、日本刑法第60条の「共同正犯」規定は、当初の「実行共同正犯」だけでなく、共謀共同正犯も包含するものとして理解されるに至っている。このような事情も踏まえると、中国との比較研究においては、単に条文上の相違だけに注目するのでは不十分であり、中国の司法実務において主犯・従犯概念がどのように適用されているのかを明らかにした上で、日本法との類似点および相違点を比較検討することが重要である。

---

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、構成要件の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の行為よりその他の要素を重んじることもありうる」。また、「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、純粋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」。しかし、重要な役割説を正犯性の基準とする学説と理解した場合に、これを純粋に量刑論として理解してよいかについては、根本的な疑問がある。この点については、第五章で詳しく検討する。

すなわち、比較対象を中国の共犯立法や学説だけに求めるのではなく、第三章で詳しく検討するように、中国の司法実務において実際に運用されている共犯体系の実態にも焦点を当てる必要がある。このような検討を通じて、両国の共犯論に関する相互理解が一層深まるとともに、今後の日中比較刑法研究に新たな方向性を提示することができるのではないと思われる。

## 第一章 1979年刑法典制定以降の共犯論

### 第一節 1980年代の共犯論

近代刑法における共犯体系ないし共犯学説は、すでに1980年代には検討されていた<sup>11)</sup>。社会主義刑法である中国刑法と区別するために、当時、近代刑法は「資本家階級刑法」（ブルジョア刑法）と称されていた。もちろん、その時期には間接正犯、片面的共犯や共同正犯などの近代刑法共犯論の諸概念が取り上げられ、また共犯の従属性説と独立性説および犯罪共同説と行為共同説などの課題も紹介されている。それにもかかわらず、当時の通説はあくまで伝統的共同犯罪論であったので、ブルジョア刑法との対立性が、しばしば強調されている。例えば、「西の法学家は長年にわたって共犯問題について大量の研究を行った。その中でいくつかの主張については採用すべき価値がないわけではない。彼らの研究状況を知ることによって我々の思考の幅を広げ、そのうちの合理的なものを批判的に吸収することに役立つ」。それにもかかわらず、「我々は共同犯罪の問題を研究するとき、マルクス・レーニン主義の指導の下で主観と客観の統一の原則を堅持、運用することによって、犯罪における各種の形態を分析、考察する。決して資本家階級の学者のように片面的に主観あるいは客観要素の観点を採用して

---

11) 馬克昌「評資産階級關於共犯的学説」法学評論4期（1984年）、陳興良「論我国刑法中的片面共犯」法学研究1期（1985年）、馬克昌「日、德刑法理論中的間接正犯」法学評論2期（1986年）、高銘暄（編）『新中国刑法学研究綜述』（河南人民出版社、1986年）。

はならない」<sup>12)</sup>との主張がみられる。具体的な検討として、ブルジョア刑法を全般的に否定するのではなく、刑法典に正犯、幫助犯を取り入れる立法意見がみられる。すなわち、いわゆる分担分類法は、役割分類法と同一の刑法体系の中に存在する余地がないわけではなく、定罪の場合、共同犯罪における分担を考察し、量刑の場合は共同犯罪における役割を考慮するとの見解である<sup>13)</sup>。ただ、このような見解は、主犯・従犯という共犯立法体系を維持することを前提に、中国の共犯立法は定罪<sup>14)</sup>の問題を解決するだけでなく、同時に量刑の問題も解決しているが、量刑の問題は明らかに定罪の問題より優先されるとする<sup>15)</sup>。

この見解に対して、教唆犯に注目して、伝統的見解が主張する二類・四種の分類法<sup>16)</sup>をさらに徹底させ、教唆犯も主犯と従犯の中に解消すべきという張明楷の見解がみられる。従来の伝統的見解によると、中国刑法では役割分類法に基づく主犯と従犯という共犯者類型だけでなく、同時に教唆犯も規定されていることから、分担分類法と役割分類法両方の優越性を備えたと考えられていたが、それに対して、張明楷によれば、教唆犯を一律に主犯に属させることはできず、まして一律に従犯に属させることはできない。また教唆犯と同様に、幫助犯も一律に従犯または主犯に属させることはできず、実行犯も主要な役割を果たさなかった場合に、主犯にならな

12) 王作富／畢英達「第九講 資産階級刑法中的共犯」国外法学 5 期 (1986年) 65頁。

13) 陳興良「論共同犯罪立法与司法的完善」法学研究 6 期 (1989年)。

14) 「定罪とは、犯罪者が犯罪を構成したことによって違反した刑法条文の規定に依拠して、彼に刑事責任を負わせることであり、他の刑法条文ではない」ベスタローバ『ソビエト刑法総則〔専修科講義〕』(中国人民大学出版社、1954年) 83頁。定罪はつまり犯罪の確定であり、「犯罪を「確定」することとは、犯罪に法律的評価を与え、この犯罪のメルクマールを含んでいる相当な刑法規範を支持することである」。上野達彦『犯罪構成要件と犯罪の確定』(敬文堂、1989年) 105頁以下。拙稿「中国共犯論の展開に関する歴史的考察 (1) ——ソビエト刑法との繋がりを中心に——」においても引用されている。

15) 陳・前掲 (注13) 22頁。

16) ここでいう二類・四種とは、第一類に主犯・従犯・脅従犯の三種を、第二類に教唆犯の一種をそれぞれ含むものと理解されている。高／馬 (編)・前掲 (注) 172頁。

い場合もあるとされる<sup>17)</sup>。したがって、教唆犯、実行犯と幫助犯は、いずれも共同犯罪において果たした役割に応じて、主犯と従犯（脅従犯）に帰属するとされている<sup>18)</sup>。

## 第二節 1990年代の共犯論

1990年代に至っても、伝統的共同犯罪論はなお主流であったが、刑法学界において、役割分類法に基づく主犯と従犯に反対する意見も現れている。しかも、1997年刑法改正が近づいていたため、この時期の議論は、刑法理論だけでなく、立法意見の対立という形で展開されている。

例えば、趙秉志は、「我が国現行刑法の共同犯罪者は、主に役割を基準にすることによって主犯、従犯、脅従犯に分かれている。我々は、この分類法が科学的ではなく、分担を基準にする分類法に改め、共同犯罪者を組織犯、実行犯、幫助犯と教唆犯に分ける方が合理的であると考え」と述べている。その理由として、「(1) 犯罪構成を正しく適用することで、定罪に役立つこと、(2) 共同犯罪者が共同犯罪において果たした役割を確定することで、正確な量刑に役立つこと、(3) 世界の多数の国の刑法は共同犯罪者の分類について分担を基準とする方法を採用していること」<sup>19)</sup>が挙げられている。

もちろん、このような役割分類法を完全に放棄する立法意見に対して、伝統的な主犯・従犯体系をさらに徹底する見解もみられる。

例えば、張明楷は、中国共犯立法の欠陥を指摘した上で、役割分類法を維持することを主張し、第23条（主犯）と第24条（従犯）は、實際上共犯者の役割と分担の両方に配慮する二重の基準を採用しているとする。張によれば、「主要な役割と副次的な役割を果たすのは、主犯と従犯であり、これは役割の大小を基準とする」のに対して、「犯罪集団の首要分子と共同犯罪

---

17) 張明楷「教唆犯不是共犯人中的独立種類」法学研究3期（1986年）43-44頁。

18) 張・前掲（注17）44頁。

19) 趙秉志『刑法改革問題研究』（中国法制出版社、1996年）103頁。

において補助的な役割を果たした犯罪者もそれぞれ主犯と従犯であり、これは分担を基準にする」ものであるとする。さらに、「第25条の脅従犯規定は、共同犯罪に参加する原因として脅従犯を独立の種類としている」。これに対し、張は、単に犯罪関与の原因、例えば「脅迫」や「欺罔」等に基づいて、新たな共犯者類型である脅従犯を創出することは不合理であると考え、「分類の基本原則の1つは、分類は同一の基準に依拠しなければならず、同時に複数の基準を依拠することはできない」と論じている。したがって、1979年刑法の共犯者に対する分類は分類上の論理的規則に違反することから、張明楷は、従犯規定における「補助的な役割」（すなわち幫助犯を表す言葉）の規定と脅従犯規定を削除することを主張する<sup>20)</sup>。すなわち、すべての分類基準を役割分類に統一すべきであるとするものである。

## 小 括

以上のように、1980年代と1990年代には、伝統的見解が中国刑法学界においてなお有力に主張されていたにもかかわらず、日独の共犯理論、ないしは1997年刑法典の改正の影響を受け、この時期には伝統的見解の問題点がすでに意識され、伝統説が主張する役割分類法を正面から否定する見解が徐々に現れている。実際のところ、後に紹介するように、この時期に伝統的見解を強く擁護していた張明楷も、後に見解を改め、伝統説が主張する主犯と従犯の考え方を放棄している。いずれにしても、この時期に形成された諸見解は、後の中国独自の共犯論争の形成に対して、大きな影響を有するものであったと思われる。その影響を受けつつ、1997年刑法典が制定された後、共犯論に関する議論が活発になり、最終的には2010年代から学説上の顕著な対立が形成されるに至った。本稿では、この2010年代以降に現れた共犯学説上の対立を、中国の共犯論における新たな展開と位置づけ、次章で具体的に検討することにする。

---

20) 張明楷「關於共犯人分類刑事立法的再思考」中国法学 1 期（1993年）および張明楷「簡論共同犯罪的立法完善」政治与法律 1 期（1997年）を参照。

## 第二章 中国の共犯論における新たな展開

### 第一節 二層区分説

日独の刑法理論の導入とともに、正犯概念が中国の刑法学界で重要視されるようになり、近年における中国共犯論に対する考察も、主犯と従犯の区別から正犯と共犯の区別に関するものに移りつつある。しかし、全く違う機能を果たす主犯概念と正犯概念は、同時に1つの共犯体系に本当に存在することができるのかという疑問が、依然として存在する。このような背景の下で、主犯概念と正犯概念を調和させるために、銭叶六は二層区分説を主張した。

銭によれば、分担分類法のみを用いて共同犯罪の参加者を正犯と狭義の共犯と区別する日独の刑法では、共同犯罪において正犯が定罪と量刑の中心であり、罪を確定する意義を有するだけでなく、関与者の刑罰の軽重を評価する機能も有する<sup>21)</sup>。銭は、日独の刑法で採用されるこの考え方を一層区分制と名付ける。これに対して、中国刑法が採用しているのは、参加者の類型とその参加の程度に分けて評価する二層区分制であるとする。すなわち、中国刑法は、分担分類法と役割分類法の両方を採用しているというのである。銭によれば、まず第一段階すなわち定罪段階において分担分類法に従い、形式的客観説<sup>22)</sup>を用いて構成要件の段階で共犯者を正犯、組織犯、教唆犯、幫助犯に分けて共犯者の性質と共犯者関係の問題を解決した上で、第二段階である量刑において役割分類法を通じて、それぞれの共犯

---

21) 銭叶六「双層区分制下正犯与共犯的区分」法学研究1期（2012年）126-127頁。

22) ただし、銭は厳格な形式的客観説をとらず、規範的形式的客観説を主張する。これは形式的な明確性を考えつつ、間接正犯の必要性も考慮に入れているのである。例えば、「故意傷害罪についていえば、刑法は他人を道具として傷害行為を実施する場合は構成要件の外に排除していない。つまり、故意傷害罪の構成要件的行为は行為者が自ら着手して人を傷害することができるし、他人を道具として傷害行為を実施することも可能である」とされる。銭・前掲（注21）132-133頁。

について主犯と従犯のいずれの性格を有するのかを判定する。このような二層区分制を採用すれば、定罪段階で正犯と共犯の区別につき実行行為の定型性が維持されるだけでなく、量刑段階で柔軟に共犯者の量刑問題を解決することができる<sup>23)</sup>。

銭は自説に基づき、伝統的共同犯罪論の破綻を指摘しつつ、近年中国に有力に主張されている犯罪事実(行為)支配理論と重要な役割説を批判する。

伝統的共同犯罪論に従うと、四要件体系がそのまま共同犯罪の判断に持ち込まれる。この場合、共同犯罪が成立するためには、共同犯罪者の刑事責任能力も要求されるが、責任無能力者を教唆した者を処罰できなくなるという不都合が生じる恐れが存在し、このような不都合を解決するために間接正犯概念が補充概念<sup>24)</sup>として使われ、教唆者を間接正犯として処罰することになる。しかしながら、その結果、正犯の処罰範囲が不当に拡張されるだけでなく、共犯概念から出発しながら間接正犯の成否を論じることになる。しかしながら、共犯が成立しない場合に間接正犯が成立するという思考方式は妥当といえず、間接正犯は本来の意義における正犯であり、先に判断しなければならない<sup>25)</sup>。

上で示したものも含め、伝統的見解の問題点は、具体的には以下のようなものである。(1) 共同犯罪における「犯罪」とは、犯罪成立の全要件に符合する可罰的意義を有する行為であるため、すべての行為主体が刑事責任年齢に達し、刑事責任能力を有することを要求しなければならないことになる。(2) 共同犯罪における「共同」とは、二人以上が実行した犯罪行為が、

---

23) 銭・前掲(注21) 129-133頁。

24) 高銘暄／馬克昌(編)『刑法学〔第五版〕』(北京大学出版社、2011年) 163-165頁は、「我が国の刑法理論上、間接正犯の概念は存在しない。しかしながら、我が国の社会生活の中で、このような犯罪現象が存在する。例えば、14歳未満の児童に窃盗を教唆する、もしくは重度の精神病を有する青年に対し強姦を幫助するなどの事件は常に発生する。このような状況の下で、我が国の司法実践では、行為者(教唆者または幫助者)を当該罪の実行犯として定罪して判決を下し、共同犯罪として処理していないのは正しい」と述べる。

25) 銭叶六「我国犯罪構成体系の階層化及共同犯罪の認定」法商研究 2 期(2015年) 148頁。

同一の犯罪構成に符合しなければならない（これは罪名同一性説と略称される。）ことを意味するので、行為者の不法行為の共同が要求され、しかも行為者の犯罪の故意の共同が要求される。銭は、これらの伝統的見解の問題点に対し、このような共同犯罪構成理論は、責任の共同を強調しすぎるあまり共犯の諸問題の解決に際し苦境に陥るとの問題点を指摘する。とりわけ、「違法の連帯作用、責任の個別化作用」の原理から大きく離れるため、法益保護にとって不十分な結果を招く恐れがある<sup>26)</sup>。

次に、犯罪事実支配説と重要な役割説に対しては、この両説はすでに「正犯の認定は実行行為概念によって制限される」考え方を放棄しているとす。中国の既存の実質的な役割分類を前提にした上で、正犯、教唆犯、幫助犯の区別基準を検討する場合には、明らかに犯罪事実支配理論（重要な役割説を含む）を採用することはできない。さもなければ正犯、教唆犯、幫助犯の区別と主犯、従犯の区別は完全に重なることになり、中国の役割分類法の意義と価値を無用化させ、最終的に中国刑法の主犯・従犯に関する規定はそもそも必要ないという荒唐な結論を導いてしまうとする<sup>27)</sup>。

以上のような問題点を踏まえ、銭は中国の共犯規定の解釈について、次のように考える。

---

26) 銭・前掲（注25）148頁。銭が挙げた例として、13歳の少女が母親の同意を得て被害者の食事に「毒薬」を混入し、被害者を毒殺した事件がある。本件では、少女は14歳未満であったため、3年間の収容教養処分を受けたが、被告人の母親について、南通市中級人民法院は、共同犯罪の成立に責任能力年齢に達した者が主体でなければならないとして、共同犯罪の成立を否定し、少女が毒を盛った行為は、母親の指示・利用の下で犯行を実行したと認められ、母親がすべての責任を負うと判示した。これに対して、銭によれば、このような限縮的正犯概念における極端的従属説の理解は、間接正犯に関する適切な捉え方とはいえず、また不当に間接正犯の成立範囲を拡張するおそれがあると批判しているとされる。また、刑事未成年者と成年者が共に女性を強姦した事案において、刑事未成年者が先に姦淫行為を行った後、成年者は姦淫行為を行おうとしたものの、あまりにも緊張していたため、未遂に終わった場合に、刑事未成年者は刑事責任を負わず、成年者は強姦未遂が成立するにとどまる結果、誰も既遂の責任を負うことがなく、法益保護にとっては不十分であるとされる。それに対して両者の間に共犯関係が認められるのであれば、刑事未成年者がなお不処罰であるものの、成年者については強姦罪の既遂として責任を問うことができる。

27) 銭・前掲（注21）132-133頁。

確かに、中国刑法は、日独の刑法のように総則に正犯、幫助犯の概念を明確に規定してはいないが、刑法理論と実践では正犯概念および正犯と共犯の区別という問題が存在しないわけではない。まず、第29条1項の教唆犯規定によると、理論および実践上は教唆犯と正犯を区別することが要求されている。その上で、第29条1項の教唆犯に対しては、条文に従い、役割の大小に応じて処罰する<sup>28)</sup>。次に、正犯は刑法各則が規定する基本的な犯罪類型である。主要な役割を果たした正犯に対して、第26条第4項に照らして処罰し、副次的・補助的な役割を果たした正犯に対しては、第27条第2項の規定により刑罰の減軽あるいは免除を認める。また、中国刑法は、第26条第1項において特別に組織犯という関与者類型を規定する。具体的にいうと、第26条第1項は犯罪集団における組織犯であり、第26条第4項に規定されるのは一般犯罪における組織犯である。最後に、中国現行法には幫助犯の明確な規定はないが、幫助犯という関与類型の存在は、分担分類という基準から推理されうる<sup>29)</sup>。

そして、第25条第1項の「共同犯罪」について、錢によれば、共同正犯と解する余地がある。第25条は、過失の共同正犯の成立を否定するだけで、二人以上の者が「共同の故意」に基づいて犯罪を行うことを要求するわけではないとされ（すなわち、共同して故意に同じ罪を実行してもよいし、共同して故意の異なる罪を実行してもよい）、同様に、1997年刑法第29条、第27条の

---

28) 「教唆犯は、共同犯罪において果たした役割は、原則として主要な役割ではない。特に教唆犯が採用した教唆方法は比較的緩和的なものであり、単に示唆、提案、指示、要求あるいは説得の場合は、さらに従犯と認定すべきである。しかし例外として、もし行為者が煽動、買収、誘惑、脅迫等の悪質な手段を用いて教唆をし、または反復して何回も教唆を行い、または教唆者が被教唆者に対して優勢な家庭、社会地位を備え、被教唆者に対して大きな制御力もしくは影響力を有する場合には、教唆犯の主犯としての地位を肯定すべきである。例えば、未成年者を教唆した場合は、教唆犯を主犯と認めることが適切である。一般人が公務員を唆して汚職、収賄をさせる場合は、主犯ではなく、従犯と考えるべきである」。錢・前掲(注21) 142頁。

29) 錢・前掲(注21) 129頁。錢叶六は高銘暄と馬克昌のように「補助的な役割」を直ちに幫助犯とはしておらず、彼によれば、中国刑法における従犯の規定は主犯との相対的な概念であり、単なる役割の視点から共犯人を分類する規定である。

教唆犯、幫助犯の成立条件の規定からみても、教唆犯と正犯、幫助犯と正犯が同一の故意犯でなければならないことは要求されていないとされる<sup>30)</sup>。

しかし、この二層区分説には、後に検討するように、様々な批判が向けられた。

## 第二節 同等関係説

### 一 同等関係説の基本的な考え方

同じ時期に、二層区分説と異なり、中国共犯体系における主犯概念の影響を徹底的に消滅させるために、中国の主犯を日本の正犯と同義のものとする同等関係説が現れている。同等関係説の論者は、日本およびドイツの主流な学説である犯罪事実支配説あるいは重要な役割説などの実質的客観説を支持しながら、中国の主犯概念を完全に日独の刑法の正犯概念の方向に改造しようとする。

まず、正犯と主犯の関係について、楊金彪は、「分担分類法と役割分類法は本質に相違はなく、完全に同一視できるものである」とし、「たとえ両者に違いがあったとしても、単に歴史上の用語法の相違にすぎず、大陸法系の慣習上はそれを正犯、幫助犯および教唆犯と称するが、中国刑事立法の慣習上は、それは、主犯、従犯、教唆犯と称する。つまり、正犯＝主犯、幫助犯＝従犯（脅従犯）というようにこの2つの分類法の間を関係を考えることができる」<sup>31)</sup>という。

また、これに類似する主張として、周光権は、「我が国の刑法が規定する主犯が正犯で、従犯に関する規定が幫助犯の規定であり、そのうち、刑法第27条の『副次的役割』と『補助的役割』は両方とも、幫助犯を説明するもので、無意味な重複である」<sup>32)</sup>と指摘する。すなわち、第27条が規定す

---

30) 錢・前掲（注21）153頁。

31) 楊金彪「分工分類与役割分類的同一」環球法律評論4期（2010年）56頁。

32) 周光権「「被教唆的人没有犯被教唆的罪」之理解——兼与劉明祥教授商榷」法学研究4期（2013年）183頁。

るのは幫助犯のみであり、副次的な役割を果たした正犯（実行犯）を含まないと考ええる。

同等関係説の主張者は、積極的に間接正犯、共謀共同正犯などの日本ないしはドイツの理論を中国において展開しており、また近時、共謀共同正犯理論を中国の共犯体系に位置づける張明楷の見解も、これに含まれると解しうる。

## 二 張明楷の見解

第一章でみたように、当初、張明楷は、役割分類法の擁護者として立法において分担分類法を以て役割分類法を代替する主張に強く反対していた。しかし、その後、張は、中国の伝統的な共同犯罪の認定方法から生じる諸問題を意識して、(段階体系を前提に) 犯罪の実体は不法と責任であると主張するようになった。さらに2014年に公表された論文では、不法の段階で、正犯（共同正犯も含む）を認定した上で、結果あるいは危険を客観的に正犯行為に帰属させなければならないとした。これによると、関与者のうち、誰の行為が正犯結果に因果性を有するのかを判断し、因果性があれば、その関与者を不法段階において共犯とすることができ、その上で、各関与者の責任を（例えば、責任年齢、故意の内容などに基づき）判断することで、参加者の犯した罪名が確定する。ただし、張は、結局のところ、「我が国の刑法における主犯、従犯、脅従犯、教唆犯の処罰原則に従い、関与者それぞれに量刑を与える」と考え、なお主犯と従犯を以て量刑判断を行う点からすれば、役割分類の思考公式を完全に放棄しているわけではなく、その意味で、ある種の二層区分の思考方式を採用しているようにみえる<sup>33)</sup>。

しかし、近年、張明楷は、「共犯人関係的再思考」という論文において、二層区分説を批判しつつ、同等関係説の主張する「主犯と正犯の統一」という見解に賛意を示し、具体的に次のように二層区分説を批判する。すな

---

33) 張明楷「共同犯罪的認定方法」法学研究3期（2014年）24頁以下。

わち、「銭叶六が二層区分制を主張する所以は、形式的客観説が関与者の刑事責任を妥当に解決できないからである。そして一步進めて役割の大小を用いて、それを区分する。本稿の疑問は、そうすると、なぜいわゆる分担分類法と役割分類法を合一させて、1つの標準をもって、関与者の刑事責任の問題を解決しないのか」ということである<sup>34)</sup>。そこで、張は、主犯と正犯を統一させ、1つの実質的基準を以て中国の共犯問題を解決しようと考える。

ただし、張は、同等関係説の論者が主張する「正犯＝主犯」という図式に対しては若干の修正を加え、第26条は正犯に関する規定ではなく、共同正犯に関する規定であるとして、「正犯＝共同正犯」という構造を採用する<sup>35)</sup>。

張によれば、確かに中国刑法では主犯、従犯、脅従犯と教唆犯の4つの概念が使われているが、これに依拠するだけでは、必ずしも中国にはこの4つの関与類型があると言い切ることはできないとされる。この点に関し、張は次のように説明する。

第一に、このような分類では、どの共犯者が構成要件的行為を実行したかを説明できないだけでなく、各則の条文に規定されるのがどの類型の関与者かも説明できない。それは、主要的な役割を果たした者が、必ずしも構成要件的行為を実行しているわけではないからである。第二に、刑法総則がある種の関与者に対して処罰を規定する場合に限って、この種の関与者は共犯者類型に該当する。第三に、もし、我が国の刑法が実際に分担分類法を採用すると主張できるならば、我が国の刑法は共犯者を正犯、幫助犯（従犯）と教唆犯に分けることができる。その場合、第28条が規定する脅従犯はあくまで幫助犯の亜種に過ぎず、責任の減少によって幫助犯に比して処罰を一層軽くするものである。そして、第26条に定められる主犯は正犯である<sup>36)</sup>。ただし、ここでいう正犯が、単独正犯、広義の正犯（単独正

---

34) 張明楷「共犯人關係的再思考」法学研究1期（2020年）140頁。

35) 他の同等關係説の主張者は、普遍的に第25条の「共同犯罪」を「共同正犯」と解する。

36) 張・前掲（注34）145-146頁。

犯、間接正犯および共同正犯)、共同正犯のいずれであるかは同等関係説が解決していないところである。

この点、張によれば、中国刑法の主犯は共同正犯のことを指し、共同正犯は正犯に属さないので、刑法総則に教唆犯と幫助犯以外に共同正犯を規定しなければ、罪刑法定原則に反するとされる<sup>37)</sup>。そのため、刑法第26条の規定する主犯に照らして処罰する関与者は、實際上正犯ではなく共同正犯である。

共同正犯について、張によれば、第26条に定める犯罪集団を組織し、若しくは指導して犯罪活動を行った者は、主犯として犯罪集団が犯したすべての犯行につき処罰されること、および一般的犯罪において組織、指揮した者はすべての犯行につきその他の主犯として処罰されることは、「一部実行、全部責任」の原則の貫徹であり、支配型共謀共同正犯と考えることができる。それに対して、共同犯罪において主要な役割を果たした者は、彼が関与したすべての犯行に応じて処罰するというのも、この原理の体现であり、分担型あるいは対等型共謀共同正犯とみることができるとされる<sup>38)</sup>。

また、教唆犯については、張によれば、第29条第1項が「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」とするのは、教唆者が共同犯罪の中で主要な役割を果たした場合には、共謀共同正犯であり、重要な役割を果たしていなければ、狭義の教唆犯とする(幫助犯の刑を科す)ことを意味するとされる<sup>39)</sup>。

また、構成要件的行為をすべて実行した者について、張によれば、構成要件全部の行為を実行した者(あるいは直接正犯)は、正犯あるいは共同正犯と認定すべきであり、従犯が成立することはあり得ないとされ、副次的

---

37) 張・前掲(注34)は、「刑法総則で共同正犯を規定すれば、一方で、構成要件的行為を実行していないにもかかわらず、重要な役割を果たした参加者が共同正犯とみなされ、他方で、構成要件の一部の行為を実行した関与者に共同犯罪全体の責任を負わせることができる」とする。

38) 張・前掲(注34) 149頁。

39) 張・前掲(注34) 148頁以下。

実行犯の存在を否定している<sup>40)</sup>。

### 第三節 帰責区分説

同等関係説と同様、二階層の区分を認めない学説として帰責区分説がある。この説の主張者である何慶仁は、「帰責の観点の下における共同犯罪の区分制と単一制」という論文のはしがきにおいて、主犯・従犯を規定する中国刑法が採用するのは、共同帰責モデルであり、しかも、共同帰責の核心人物と周辺人物を区別していると主張する。何によれば、犯罪の場合、構成要件の法治国機能および罪刑法定主義は正犯一人の形式によって実現されず、正犯プラス共犯という全体形式によって実現される<sup>41)</sup>。

#### 一 単一制説に対する批判

論証にあたり、何は、中国刑法が採用するのは区分制と単一制のいずれであるかを検討し、単一制に対して次のように批判する。

単一制をとる立場は、中国刑法が正犯と共犯を区別しないことから、中国の共犯論が単一制に近いものとする。この観点に対して、我が国の刑法は確かに、形式上正犯と共犯を明確に区別していないが、主犯と従犯に対する規範的理解により、あるいは正犯と共犯の実質的理解により、主犯と正犯、従犯と幫助犯を合一させ<sup>42)</sup>、実質上区分制を採用するものと理解することができる。また、我が国の刑法が共同犯罪者の役割の大小を重視することは、必ずしも単一制の精神と一致するわけではなく、むしろ単一制に背馳するかもしれない。単一制の下では、あらゆる個別的加功にはそれぞれ等価的な不法内実が存在し、刑罰を裁量するときだけに加功の程度によって異なる評価を行うが、これに対して我が国の刑法が定める主犯、従

---

40) 張・前掲（注34）152頁。

41) 何慶仁「帰責視野下共同犯罪の区分制与単一制」法学研究3期（2016年）151頁。

42) 正犯と主犯および幫助犯と従犯の關係の意味で帰責区分説も同等關係説と考えられてもよい。張・前掲（注34）142頁。

犯等は、刑罰の裁量に影響を与えるだけでなく、不法の程度上においても等価ではない可能性もある<sup>43)</sup>。この点からすると、正犯と共犯を区別する区分制の方が、我が国の刑法規定の立法精神により近いという<sup>44)</sup>。

次に、単一制説の論者によれば、第29条第2項の教唆の未遂に対する処罰は、単一制の法律根拠であるとされるが、何はこの主張に対して、たとえ当該規定は共犯の独立性に支持を表すものであっても、必ずしも単一制を示すものと理解されるわけではない。なぜなら、単一制の下でも、従属性の立場を貫徹する可能性および必要性があるとされ、例えば、限縮的単一正犯系(reduziertes Einheitstätersystem)<sup>45)</sup>はそのようなものであるとされる<sup>46)</sup>。

## 二 共同帰責の共同不法

単一制の主張する単一帰責と単一不法に対して、何は、自説を展開して共同犯罪を共同帰責の共同不法と考え、次のように説明する。すなわち、「客観的に、各共同犯罪人は共同して、法的に許されない危険を創出ないし実現して、共同して他人の活動領域の侵害を組織している。各行為段階は、自然力あるいは動物の動きによって他人の不法行為の因果連鎖の段階になるわけではなく、意志の自由主体による帰責されうる挙動によってそのよ

---

43) 何によれば、分担分類法は定罪の問題のみを解決するのに対して、役割分類法は類型の問題のみを解決するという考え方は不当とされている。「区分制と単一制：中国刑法の立場と抉擇」中国社会科学院研究生院学报4期（2020年）38-39頁。

44) 何・前掲注(41)142頁。

45) 何・前掲注(41)142頁。何は、Vgl. *Burgstaller*, Vollendung oder Ende der Einheitstäterschaft, ÖRZ 1982, S.216 f.を参照している。

46) 論文の中で、何は単一制の主な学説すなわち、形式的単一制(formales Einheitstätersystem)、機能的単一制(funktionales Einheitstätersystem)、限縮的単一制(reduziertes Einheitstätersystem)を紹介する。彼によれば、限縮的単一制は、一方で機能的単一制を承継して、各参加者の不法内実と罪責は、法律上の評価は確かに等価であるが、異なる類型に属する。他方で、機能的単一制を超えて3つの行為者類型は、概念上だけでなく、価値上も異なり、惹起正犯者と協力正犯者は直接正犯者に属すると考えられている。何によれば、単一制はこれまでの歩みを経てすでに終点に到着している。単一制は明らかに最初の立場に背いている。何・前掲注(41)143-146頁。

うになる。これらの挙動があらわす意義は、相互に浸透し合い、相互に結びつくことを通じて、1つの有機体を形成し、結果を引き起こしたあらゆる行為が一体となる。したがって、結果は、全体としての共同犯罪者の共同作品であり、それぞれの参加者に共同帰責することができる」と。

何によれば、共同犯罪は各参加者が各々の方式を以て社会背景下において共同して一個の構成要件該当行為を作り出し、行為およびその結果は共同犯罪者全体の「共同作品」であり、直接実行者は自己のためだけでなく、他の共同犯罪者のために構成要件を実現するとされる。したがって、帰責の意義としては、直接実行者と間接実行者、あるいは自己の犯罪と他人の犯罪という区別は存在せず、数人が共同して同一の不法を実現するのであるとされている<sup>47)</sup>。

しかし、正犯と共犯という1つの全体の中で、いかに正犯と共犯を区別するのかが問題になる。これを説明するために、何は、ヤコブスの次の言葉を引用している。「帰責の内部にはレベルがない。例えば、自らの手で構成要件的行為を実行したか否かは帰責において重要ではない。自らの手で実行したか否かは、一種の自然主義の現象に過ぎない。しかし、このことは、帰責の外部から帰責のレベルを確立することを排除するわけではない。例えば、刑事政策の要求を考慮することを通じて帰責のレベルを区別することが可能である。ただ、このような区別はすでに帰責理論自身が解決すべき問題ではない」<sup>48)</sup>。何は、このヤコブスの観点を参考にして、正犯と共犯はいずれも同一の犯罪行為全体の不可欠な構成要素の一部であり、両者は異なる行為類型ではなく、異なる帰責類型であると考える。何によれば、帰責類型の違いは、帰責の基礎と範囲の相違を指すわけではなく、帰責の程度の相違である。その中で、正犯は帰責の核心人物であり、共犯は帰責の周辺人物である<sup>49)</sup>。それでもなお、正犯と共犯の帰責の基礎は共同して

---

47) 何・前掲注(41) 150頁。

48) Vgl. *Jakobs*, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 50. 何・前掲注(41) 147頁。

49) ただし、何は、ここでいう核心人物としての正犯と周辺人物としての共犯を、ロクシン

規範違反あるいは法益侵害の意義を体現することであり、帰責の範囲は行為全体である<sup>50)</sup>。

以上を踏まえて、何は、共犯全体の内部において主要的帰責者としての正犯と副次的帰責者としての共犯を区別する必要があると考える。その理由は、「構成要件の明確性の要請に由来する。共同犯罪は、そのより複雑な行為の構造と意義との関連のために、構成要件の明確性について、単独犯罪のように明らかではない。類型的に主要的帰責者と副次的帰責者を区別することによって、共同犯罪の全体としての不法の構造が一層明らかになる。」そして、主要的帰責者と副次的帰責者を区別することは、「刑法の一般予防機能を発揮することに有益である。一般予防は刑法の重要な機能であり、主要的帰責者と副次的帰責者を区別することは、公民の自己規範を導くことに有益である」<sup>51)</sup>。

最後に、何の見解をまとめると、「全体的共同犯罪者は全体として構成要件の実現に対して共同して責任を負う。しかし、構成要件の明確性と一般的考慮により、その行為が貢献したシェアが帰責において表した意義の重要性の程度により、共同帰責の内部におけるそれぞれの参加者の帰責シェアが区別される。つまり、帰責の核心人物は正犯であり、帰責の周辺人物は共犯である。したがって、共同犯罪を処理する際に、まず、参加者の行為がともに規範違反あるいは法益侵害の意義を表したか否かを考察し、そ

---

の犯罪支配理論（犯罪事実支配説）の核心人物と周辺人物とは考えていない。彼によれば、確かに犯罪事実支配理論の台頭により、自ら構成要件の実行行為を実行したか否かはすでに重要ではなく、重要なのは構成要件の実現と支配的な関係を有するか否かである。しかし、犯罪事実支配理論はなお規範的色彩が濃厚な述語ではなく、徹底的に正犯と構成要件の行為との関連を切り離しておらず、また帰責理論との繋がりを立てられていないとされる。何によれば、不法は帰責できることを前提にし、自然的意義において法益侵害の因果経過を支配したか否かを基準にするわけではない。というのも、法益侵害に至る因果経過を支配する行為は、不法でないかもしれないのに、正犯になる。さらに、間接正犯に利用されるあらゆる道具は直接正犯になってしまうからである。この点につき、何・前掲注(41) 152頁参照。

50) 何・前掲注(41) 150-151頁。

51) 何・前掲注(41) 151頁。

れにより解決するのは帰責するか否かの問題であり、その後、さらに帰責シェアの軽重を区別し、それにより解決するのはいかに帰責するという問題」ということになる<sup>52)</sup>。

### 三 中国において主張できる理由

以上のように、何は、共同犯罪は一種の共同帰責の共同不法とみるべきであるとし、この見解を中国において主張できる具体的な理由として、次のように説明する<sup>53)</sup>。

第一に、我が国の刑法が明文で規定するのは主犯と従犯等の概念であり、正犯と従犯の表現は使われていない。したがって、日独の理論のように、構成要件的行為の全部または一部を実施したか否かによって両者を区別する必要はない。文理上から見れば、共同犯罪の中で重要な役割を果たせば、主犯であり、自ら構成要件的行為あるいはその一部を実行したか否かは重要な参考基準であるが、必ずしも区別基準そのものではない。したがって、主犯と従犯を共同帰責の核心人物と副次的人物として理解するのは十分に可能である。

第二に、主犯と従犯の分類は共同帰責の理念と合致する。帰責による区分制度の前提は、すべての共同犯罪者がまず1つの全体として構成要件の実現に対して共同責任を負うべきことを承認することである。責任を負うか否かという点において、共同犯罪者全体には区別を認めない。単に、不法の帰責の軽重においてのみ、核心人物と周辺人物を区別する。主犯と従犯の分類はこの前提とほぼ一致する。なぜなら、各行為者が1つの全体をなすことによりはじめて、その中での主・従が意味をなす。そして、同一の全体の内部において、さらに主従を区別する必要があるからである<sup>54)</sup>。

共犯規定の解釈について、何は以下5つの点をめぐって次のように説明

---

52) 何・前掲注(41)153頁。

53) 何・前掲注(41)157頁。

54) 何・前掲注(41)156頁。

する。

第一に、第25条の共同犯罪における犯罪が、刑法各則の規定する犯罪を指すのは当然のことである。よって、「二人以上共同して故意による犯罪」という文言は少なくとも共同正犯を包含する。わざわざ共同正犯を規定する必要はない。(共同正犯を規定しなくても)それは区分制の障害とならない。

第二に、実質化された正犯が自ら構成要件的行為又はその一部を実行する必要はなく、組織、指導の役割を果たした首謀者が帰責の意義において主犯であるのは勿論である。

第三に、副次的、補助的というのは無意味な重複かもしれないが、何は、副次的役割と補助的役割をそれぞれ有形的幫助と無形的幫助(前者は、犯罪道具の提供等の物理的幫助を意味し、後者は、犯意を強固にするなどの心理的幫助を指す。)と解する方がより良いかもしれないと考える。

第四に、脅従犯は幫助犯内部における一種の軽微な形式である。

第五に、「共同犯罪において果たした役割に応じて」という規定は教唆犯を対象とする規定であるが、後ろに付随する「処罰」という一言からすれば、ここでいう「役割」は単に法律効果を指す。主犯か従犯かという性質そのものとは関係がなく、教唆犯は主犯または従犯とされるという意味ではない<sup>55)</sup>。

しかしながら、「この説の本質は、実質的に日本の『共同意思主体説』と相違はなく、団体責任に基づくものであり、個人責任の原則に反する」との批判がみられる<sup>56)</sup>。また、共同犯罪における主要的帰責者と副次的帰責者をどのように区別するのかについても、帰責区分説は言明していない。

#### 第四節 単一制説(統一的正犯体系説)

##### 一 単一制説が中国において主張できる理由

中国の共犯規定は日本やドイツのような関与形式による区分制を採用す

---

55) 何・前掲注(41) 157-158頁。

56) 劉明祥「再論我国刑法採取的犯罪参与体系」法学評論(双月刊)4期(2021年)87-88頁。

るという考え方に対して、中国の刑法は単一制すなわち統一的正犯概念を採用しているとする見解も主張される。そして近年、中国刑法学界では統一的正犯概念の支持者は徐々に増える傾向にある。その理由は、中国の共犯規定が形式的統一的正犯概念の特徴に一致することにある。

単一制説の代表的論者である劉明祥の整理によると、形式的統一正犯体系は次のような特徴を具備する。(一) 犯罪の成立に条件を与えた者は皆正犯であること、(二) 行為態様の区別を重視しないこと、(三) 各正犯の犯罪の成立を個別に問うこと、(四) 各正犯に同一の法定刑が適用されることおよび(五) 各正犯の加功の程度と性質によって量刑を行うことである。

そして、劉によれば、以下の5つの特徴のいずれも、中国刑法に当てはまるとされている。

第一に、すでに検討したように、第25条で「共同犯罪とは、二人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう」が定められていることから、二人以上の者が共同の故意に基づいて、刑法により保護される法益を侵害する行為を実行しただけで、共同犯罪を構成し、共同犯罪者となる。つまり、すべての犯罪参加者あるいは犯罪に条件を与えた者は皆共同犯罪者である。また、犯罪に参加した者は共同犯罪者になる条件が同様である。

第二に、中国刑法では、行為者が実行したのは法益を侵害する実行行為であれ、教唆あるいは幫助行為であれ、彼の行為が法益侵害の結果との間に因果関係（条件）があれば、他人とともに共同犯罪となり、共同犯罪者になる。彼の関与した犯罪行為が実行行為なのか、あるいは教唆行為もしくは幫助行為なのかは重要な意義を有しないため、これらの行為を区別する必要はない。また、共同犯罪者の関与形式は刑罰の軽重にも決定的な影響を有しない。

第三に、中国刑法では、同一の犯罪事実に影響を与えた参加者につき、その行為が犯罪を構成するか否かは、他の参加者が犯罪を構成するか否かとは関係がない。

第四に、中国刑法の規定に従えば、各共同犯罪者は同じ法定刑で処罰す

るのであり、共同犯罪における組織犯、実行犯、教唆犯と幫助犯に異なる法定刑を適用するという問題は存在せず、それだけでなく区分制のように、正犯の法定刑を処罰の基準とし、教唆犯と幫助犯<sup>57)</sup> に対して処罰を減輕し、あるいは正犯の刑を科すという処罰規定は存在しない。

第五に、第26条から第29条の規定からすれば、各共同犯罪者の刑罰を裁量する際、共同犯罪における役割の大小によって、それぞれ主犯または従犯と認定し、軽重が異なる刑罰を与える。これは、まさに前述した「(五)各正犯の加功の程度と性質によって量刑を行うこと」である<sup>58)</sup>。

劉によれば、区分制の特徴は、法律の条文の中で犯罪の成立について概念上正犯と共犯を区別するだけでなく、刑罰の評価の上でも両者を区別することである。それは、正犯の刑はすべての共同犯罪関係者の処罰の基準であり、共犯は正犯の刑に照らして処罰し、または処罰を減輕し、しかも原則として正犯の刑が共犯より重いからであるとする。また一般的にいうと、正犯が犯罪を実行した場合にのみ、共犯が犯罪となりうるとされる<sup>59)</sup>。

しかし、中国では正犯はたとえ犯罪を実行していなくても、共犯はなお犯罪を構成することができる。劉によれば、第29条第2項では、教唆犯は正犯の行為に従属することなく、独立して処罰することができる。また、同条1項でも「役割に応じて処罰しなければならない」と規定していること

---

57) 「区分制を採用する論者の多くは、我が国の刑法第27条が幫助犯に関する処罰規定であると考えている。……しかしながら、この条文は日独の刑法の幫助犯の規定と明らかに違う。第一に、この条文は従犯に関する規定であり、ここでいう従犯は日本刑法の従犯とは違う。我が国の刑法における従犯は主犯に対するものであり、行為者の共同犯罪において果たした役割によって定義されたものである。補助的な役割のほか、副次的な役割を果たした者も従犯である。したがって、実行行為を実施した実行犯、教唆行為を行った幫助犯は、もし共同犯罪の中で副次的あるいは補助的な役割を果たしたならば、わが国の刑法の従犯になりうる。……日独の刑法でいう幫助犯は、我が国の刑法で規定する共同犯罪の中では必ずしも補助的な役割を果たした者であるとは限らない。特殊な状況の下で、主要な役割を果たしたなら、主犯と認定される。」劉・前掲(注56) 85頁。

58) 劉・前掲(注56) 95-96頁。

59) 劉明祥「論中国特色的犯罪参与体系」中国法学6期(2013年)117頁。

から、区分制を採用する日独共犯論とは明らかに異なるとされている<sup>60)</sup>。すなわち、本条をみる限り、中国刑法が採用するのは区分制という一元的犯罪関与体系ではなく、単一制であるというのである。

もう一つの理由として、中国刑法が区分制を採用しているのであれば、正犯および幫助犯の定罪と処罰に関する明確な規定を設けないはずはないことが挙げられる。区分制を採用する国家、例えば日本やドイツは、正犯と教唆犯、特に幫助犯の定罪と処罰を明文で規定している。これに対して、中国刑法における共同犯罪の規定には、正犯（実行犯）と幫助犯の概念は存在しない。幫助犯が条文に存在するか否かについて、劉は、同等関係説論者の意見すなわち、第27条「補助的な役割」がまさに幫助犯であるという意見に批判的である。劉によれば、「補助的な役割」を果たした者には、幫助犯以外にも、教唆犯ないし正犯もあるため、両者（補助的な役割の者と幫助犯）を同一視することができない。共同犯罪においては、幫助行為を行った幫助犯が補助的な役割だけでなく、主要な役割を果たす場合もあり、その場合には主犯と認定すべきだとされる<sup>61)</sup>。

---

60) 劉・前掲（注59）118頁。具体的に、劉は次のように説明する。「教唆犯については、我が国の刑法典第29条第2項の明文規定によれば『被教唆者が教唆された罪を犯さなかった』場合でも教唆犯に対して定罪、処罰を行うことができる。これは、共犯の定罪は、正犯に従属する特性がないと意味する。共同犯罪の参加者に対して、我が国の刑法は共同犯罪者が共同犯罪において果たした役割の大小に応じて軽重の異なる処罰を与え、関与形式の相違によるわけではない。教唆犯を例として、我が国の刑法典第29条1項によれば、『人を教唆して罪を犯させた者は、その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』とされ、しかも司法実践において、教唆犯は一般的に主犯として処罰されるのに対して、教唆された実行犯（正犯）が従犯として処罰される現象はしばしばみられる。……しかし、ドイツや日本などの区分制を採用する国では、通説——共犯従属性説——によると、共犯としての教唆犯は正犯（実行犯）より重要な位置を有することはあり得ない一方、正犯（実行犯）より重い刑罰で処することもあり得ない。我が国の刑法規定に従う以上、あらゆる共同犯罪参加者の関与形式が正犯かそれとも共犯かということは、関与者個人の定罪ないし処罰に決定的な役割を果たしていない」と。

61) 劉・前掲（注59）118頁。

## 二 二層区分説に対する批判

形式的単一制説の主張者である劉明祥は、二層区分説を批判する。二層区分説には、異なる性質の区分を混同しているという欠陥がある。数人が犯罪に関与する場合、異なる関与者を区別した上でそれぞれ対処することは区分制の基本的な考え方であり、そして、刑罰の軽重はこの区別した対処の核心であり、正犯の処罰を重くし、共犯の処罰を軽くするのは、まさに正犯と共犯を区別する目的である。しかし、我が国の主犯は、実行犯にもなりうるし、教唆犯にもなりうる、さらに幫助犯になる可能性もある。それに対して、従犯は、幫助犯と教唆犯になりうるし、さらに実行犯にもなりうる。したがって、我が国の刑法が共同犯罪者を処罰するにあたり採用している主犯・従犯の区別は、ドイツ、日本等の国が採用する正犯・共犯の区別と実質的な相違が存在するとされる<sup>62)</sup>。

## 三 単一制説の問題点と単一制論者の反駁

周知のように、従来から統一的正犯体系は様々な批判にさらされてきた。単一制説の支持者は、これらの批判を整理した上で、中国刑法はどのようにして単一制の欠陥を克服できるのかを検討する。

### (1) 構成要件の明確性<sup>63)</sup>

まず、単一制が構成要件の明確性を損なう点が、しばしば指摘されてい

---

62) 劉・前掲(注59)120頁。

63) また、機能的単一制を支持する論者として江遼は、この批判に対して次のように説明している。

統一的正犯体系が主張する「協力の二重性」(die Doppelnatur der Mitwirkung)は、構成要件レベルと量刑レベルを区別する。前者が解決するのは「どの行為者が可罰的であるか」という可罰性とその外部の限界の問題である。これに対して、後者は主に「可罰的関与者の処罰の軽重程度」という可罰性内部の区別の問題を解決するのである。構成要件のレベルで、統一的正犯体系は正犯不法と共犯不法を区別しないという批判に対して、江遼は、単一的正犯体系はもともと構成要件のレベルで正犯不法と共犯不法を区別するつもりはなく、なぜなら、統一的正犯体系の下で、すべての関与者は正犯であり、これらの正犯

る。これに対して、劉によれば、確かに正犯と共犯を区別する区分制は、刑法各則に規定される構成要件の行為を実行行為と解釈する点で構成要件の明確性を体现することができる。しかし、このような解釈は単独犯罪を立脚点としている。劉によれば、数人が犯罪に関与するにあたり、行為者が犯罪を実現しようとし、または犯罪目的を達成しようとする場合に、必ずしも自ら構成要件の行為を実行する必要はなく、他人の行為を利用して犯罪目的を達成することは十分に可能であり、教唆犯と幫助犯はその例である。また、劉は、構成要件の行為を直接に教唆行為と幫助行為ないし予備行為と解釈することが、なぜ構成要件の明確性を破壊することにつながるのかについて疑問を持っている。他方で、単一制の下で、あらゆる犯罪関与者を正犯とするのは、正犯不法と共犯不法の間の本質的な区別を抹消するものとの批判に対して、正犯不法と共犯不法との間にもともと本質上の差異は存在せず、単に違法性の程度あるいは社会危害性の程度に差異が認められるに過ぎないと反論している<sup>64)</sup>。

## （2）処罰の拡大

次に、統一的正犯体系には、処罰を拡大するものとの批判もなされている。統一的正犯体系は条件説に由来し、とくに教唆の未遂および幫助の未遂を可罰的とする点は、合理的とはいえないとされる。この指摘に対して劉は、我が国現行刑法の規定を正確にとらえ、正しく適用することによって、処罰の拡大を避けることができると主張する。彼によれば、数人が犯罪に関与するとき、それぞれの関与者は単独犯と同じように、その実行行為の社会危害性の程度およびその主観的罪責について独立して考察を行う

---

の区別の問題は、量刑段階において実現されるからである。したがって、統一的正犯に対する正犯不法と共犯不法を抹消するものとの批判は、厳格に正犯と共犯を区別し、正犯を犯罪の核心とし、共犯を犯罪の周辺とした上で、正犯不法と共犯不法との間の根本的区別を論理前提とするものであり、妥当とはいえないとされる。江週「關於單一正犯体系的若干辯駁」当代法学（双月刊）5期（2011年）78-79頁参照。

64) 劉・前掲（注59）126-127頁。

ことで、犯罪を構成するか否かを判断する。その行為が法益侵害結果に対して果たした役割が小さく、主観的悪性がより低く、情状が明らかに軽微である場合、第13条但書を適用し、犯罪とは考えない。また、劉からみれば、単一制の適用により、教唆の未遂と幫助の未遂も処罰範囲に取り込まれるとする点も妥当とはいえない。彼によれば、教唆未遂と幫助未遂の行為の社会危害性（あるいは違法性）は、教唆既遂と幫助既遂の場合に比べて低いので、それらが犯罪の程度に至らなければ、犯罪は成立しないものと認めることができる。したがって、統一正犯原理によっても、すべての教唆未遂と幫助未遂が犯罪として処罰されるわけではなく、その社会危害性の程度によって定罪して、処罰すべきか否かを判断するので、本来処罰すべきではない教唆未遂者と幫助未遂者を処罰する必然性はないとされる<sup>65)</sup>。

### (3) 既遂と未遂の問題

さらに単一制説に対して、行為の既遂、未遂の判断は直接行為者を基準にせず、行為者自身の行為を独立の判断基準にするとすれば、既遂、未遂の法理とは一致しないという批判がみられる。この批判に対して、劉は次のように説明する。それぞれの関与者個人の行為に対して定罪し、処罰することは、行為者が他人の犯罪を利用したというだけで、犯罪の実行に着手したという意味ではない。彼によれば、他人を利用して被害者を殺害または傷害することは、動物または自然的道具を利用して被害者を殺害、傷害することとは異ならず、例えば、悪犬で人を傷つける場合、行為者が犬を現場に連れて行きさらに侵害の指令を発するまで、被害者の身体に対して切迫した脅威がないので、傷害行為の実行の着手と認められない。同じく、他人を教唆、幫助して被害者を傷つける場合にも、被教唆者あるいは被幫助者が傷害行為を実行した時点を開始点とする場合に限り、傷害未遂が成立するとされる。被利用者が犯罪の実行に着手する前に中止したとき、

---

65) 劉・前掲(注59) 127-128頁。

利用者は犯罪の予備としか認められない<sup>66)</sup>。

#### 四 単一制説における主犯と従犯概念

前述したように、中国において主張されている単一制には、主に形式的単一制と機能的単一制がみられる。もっとも、主犯と従犯概念は単一制の下でどのように考えるべきかについて、形式的単一制、機能的単一制のいずれも、基本には主犯・従犯は量刑を左右するものと考えている。両者は主に関与形式を重視するか否かで区別されている。機能的単一制の論者によれば、我が国の刑法は、構成要件レベルで共同犯罪者を組織犯、実行犯、幫助犯と教唆犯に区別し、量刑のレベルで主犯と従犯を区別するので、機能的統一的正犯体系に属する<sup>67)</sup>とされるのに対して、形式的単一制論者によれば、共同正犯の関与形式（すなわち実行犯、教唆犯と幫助犯）は定罪と量刑に対する意義がそれほど大きくはない<sup>68)</sup>。

#### 第五節 段階的進展説

以上検討した諸学説の内容を踏まえて、二層区分説、統一的正犯説および同等関係説にはそれぞれ問題点があると指摘し、新たな共犯体系を構築しようとする見解もみられる。その主張者である周嘯天は、これを段階的進展説と呼んでいる。

##### 一 単一制説と二層区分説に対する批判

周は、近年主張されている学説を交差型と重合型という2つの類型に分けて考える。彼によれば、前者の中には単一制説と二層区分説が含まれ、またこの下では、正犯は主犯にもなりうるし、従犯にもなりうるだけでなく、主犯は正犯にもなりうるし、共犯にもなりうる<sup>とされる</sup>。後者は、正犯＝

---

66) 劉・前掲（注59）128頁。

67) 江遼「単一正犯体系の類型化」内蒙古大学学报44卷1期（2012年）53頁。

68) 劉明祥「『被教唆的人没有犯被教唆的罪』之解积」法学研究1期（2011年）141頁。

主犯、共犯＝従犯というモデルを採用する同等関係説を指している。周は、主に身分犯の共犯の問題を中心に単一制と二層区分説を批判している。彼によれば、単一制説と二層区分説はいずれも身分犯の共犯の問題を解決できないとされる<sup>69)</sup>。

この点につき、単一制説に対し、周は加減的身分の例を挙げている。例えば、張三は一般人であり、李四は国有倉庫を看守する国家公務員であるが、張三は李四を教唆して国有財産を窃盗させるという事例において、単一制正犯体系によると、張三の行為は窃盗罪しか構成せず、李四の行為は横領罪を構成する。しかし、「もし、非身分犯と身分犯の定罪と量刑の基準が異なると、非身分者と身分者の各自の行為の社会危害性が相当する場合に、量刑上の格差が生じてしまい、さらに一人が無罪、一人が有罪になる場合がある」。すなわち、一般人に窃盗罪が成立し、国家公務員に何の犯罪も成立しないパラドックスが生じる。つまり、国家公務員が重い情状がない場合に、非身分者がすでに犯罪になるのに対して、身分を有する公務員が犯罪とされない。このようにいえるのは、以下のような理由からである。中国刑法によると、住居侵入や凶器の携帯などの特段の情状がない場合、窃盗罪が成立するには、「公私財物を窃取」した行為だけでなく、数額が比較的大きいという要件も満たす必要がある。第383条の公務員による横領罪にも同じような規定が設けられており、横領の数額が比較的大きくなければ、処罰することができない。しかし、公務員による横領罪における「数額が比較的大きい」と認定される数額の下限である「三万元」<sup>70)</sup>は、窃盗罪における認定の金額の下限「千元」<sup>71)</sup>をはるかに上回っている。したがって、公務員が国庫から千元だけ窃取した場合には、正犯者である公務員は不処罰であるのに対して、教唆者である一般人は、三年以下の有期懲役に処せられる。

69) 周嘯天「正犯与主犯關係辨正」法学6期(2016年)120-122頁。

70) 「最高人民法院 最高人民檢察院关于办理貪污賄賂刑事案件适用法律若干問題的解釈」

71) 「最高人民法院 最高人民檢察院关于办理盜竊刑刑事案件适用法律若干問題的解釈」

構成的身分についても、一般人が国家公務員に対して収賄を教唆した場合、単一制の論理によると、一般人は収賄罪の構成要件を満たさないので、無罪とするしかない<sup>72)</sup>。

次に、二層区分説に対し、周によれば、この説も同じく身分犯の共犯の定罪の問題を解決できない。それは、国家公務員の夫は国家公務員ではない妻に対して賄賂の収受を唆したという「身分なき故意ある道具」事例においてである。

二層区分説は、形式的客観説によって定罪を行い、主犯と従犯の概念によって量刑を行うと考える。しかし、周によれば、形式的客観説を以て正犯と共犯を区別する基準は定型の実行行為である。身分犯において、身分は実行行為の定型的要素（構成要件主体）であり、原則として身分者のみが当該犯罪の実行行為を実行することが可能であり、非身分者は狭義の共犯しかないので、上述の事例において、妻は収賄罪の狭義の共犯のみ成立が可能である。しかし、夫は何らの形式意義における実行行為も実行していない場合には、両者はいずれも犯罪ではないとの結論になる。もし両者とも共犯性を肯定するなら、上述の共犯事件において「正犯のない共犯」という結論となる。これに対し、二層区分説の論者は、夫を収賄罪の直接正犯と考える。その理由は、夫は確かに直接に賄賂を収受していないが、収賄罪の構成要件は単純に財物を収受することではなく、職務上の便宜の利用を要求し、あるいは財物と職務行為の交換可能性を要求する。本質的にみて、甲の行為は職務行為の不可買収性への侵害を支配している。しかし、

---

72) 周・前掲（注69）120-121頁。同じような指摘は、日本の学者にもみられる。「むしろ拡張的正犯概念の構想に対する本質的批判と言えるのは、身分犯に対する共犯についての以下の批判である。すなわち、拡張的正犯概念によると、（一定の要件は付されるものの）何らかの形で犯罪結果に関与する者は、すべて正犯として取り扱われる。そうすると身分犯に身分なくして関与する者は、正犯要件としての身分を欠くためにそもそも可罰性の領域から外れてしまうのである。そのため拡張的正犯概念によると、構成的身分犯に対する身分なき共犯者の処罰が説明できなくなる。」（安達光治「客観的帰属論の展開とその課題（一）」立命館法学268号（2000年）1438頁）。

周によれば、このような思考方式はすでに形式的客観説を離れ、実質化された正犯、共犯の区別基準に接近していることになる<sup>73)</sup>。

さらに、同等関係説に対して、周は、この説は副次的実行犯を説明することができないという。なぜなら、「正犯＝主犯」という前提に立つ以上、刑法第27条第1項に規定する「副次的な役割を果たした者」すなわち副次的実行犯を説明できない。同等関係説の論者は、この条文を解釈する際に一般的に副次的な実行犯を原則として従犯とするが、「正犯＝主犯」のテーゼに従うと、正犯でありながら、従犯でもあるという矛盾した結論が導かれる<sup>74)</sup>。この点は、同等関係説により説明されていないところである。つまり、同等関係説が最終的に解決したいのは、二層区分説のいう「幫助犯たる主犯」を否定することであるが、そうすると「副次的実行犯」を説明できない。

## 二 内 容

まず、周は、犯罪の実体は不法と責任であり、不法と責任は量刑を決める要素であると考え。彼によれば、第一段階（違法段階）で、行為支配説により正犯と共犯を区別した後、第二段階（責任段階）で、動機、政策要素、期待可能性と特別予防の必要性などを考慮してさらに主犯と従犯を区別する。しかし、第二の段階での主犯と従犯の区別は、共同正犯が成立する場合にのみ行われるとされる。また、周によれば、責任は不法を超過することができないため、もし、第一の段階で正犯と狭義の共犯を区別することができれば、第二の段階に進む必要はない。すなわち「共同犯罪において、もし各犯罪関与者が違法段階で正犯と共犯を区別することができれば、正犯は主犯、狭義の共犯は従犯である。責任の大小の判断を行う必要はない。責任は不法に対して従属性がある。責任は不法より小さいかまたは不法に

---

73) 周・前掲（注69）121-122頁。

74) 周・前掲（注69）122頁。

等しいかもしれないが、不法を超過することはありえない」<sup>75)</sup>。

そして、周によれば、責任は違法<sup>76)</sup>の程度を越えることができない以上、共犯とする関与者はすでに違法のレベルで共犯か正犯かの性質が区別されるので、責任の大小も実際には限定されている。そうすると、主犯と従犯の区別もおのずと確定されることになる。したがって、もし共同犯罪において、正犯一人と共犯一人がいれば、共犯は従犯、正犯は主犯である。共犯を原則上従犯のみとして処理しても、制定法上の支持が得られる。第27条が規定する共同犯罪において「補助的な役割」というのは従犯のことである。我が国の通説によれば、ここでいう「補助的な役割」は幫助犯であり、幫助犯はもともと共犯であるから、これは立法の明文によって幫助犯が従犯であることが規定されていることを意味するとされる。

次に、教唆犯について、周によれば、原則として従犯として扱うべきであるとされる。第29条第1項によれば、人を教唆して罪を犯させた者は、その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。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。教唆犯は役割の大小に応じて処罰すると定められているが、役割が大きい場合は単に条文の後半の未成年者を教唆する場合であり、成人を教唆した場合は、教唆者を主犯と認定することはできない<sup>77)</sup>。

この考え方に対し、成人への教唆と未成年への教唆を以て、共犯と共同正犯を区別する点について、張明楷は次のように批判している。すなわち、「① 不法の段階において、結果に対する支配の有無という因果的過程に基づいて正犯と共犯を区別すべきであると主張する以上、直ちに成人を教唆する者は共犯、未成年を教唆した者は共同正犯であるという結論を導き出

---

75) 周・前掲（注69）123頁以下。

76) ただ、ここでは、周は「不法」（構成要件の違法）と「違法」という二つの表現を区別せずに用いている。両者が同義なのか、それとも意味が異なるのかについて、彼は明言していない。

77) 周・前掲（注69）124頁。

すことはできない。②成人に対する教唆を共同正犯として認めない一方で、未成年を教唆した者はすべて共同正犯に属することには、明らかに疑問が存在する。③他方で、未成年を教唆した者を共同正犯に帰属させると、彼(教唆者)はまだ教唆犯といえるのか、また従属性説を採用すべきなのかという問題が残されている」と<sup>78)</sup>。しかし、①の疑問について、周によれば、未成年に対する教唆の本質は、教唆ではなく、煽動と評価すべきであり、この場合の煽動行為は、間接正犯の程度には至らないものの、相当に強い意志支配力を有するとされ、成人に対する教唆と未成年に対する教唆の間で、支配の程度に基づいて狭義の共犯と共同正犯を区別することも、理論上不可能ではないと考えられる。

また、この説に対する疑問として、なぜ共同正犯の場合にさらに責任の大小によって主犯と従犯を区別するのであろうか。この点について、周によれば、まず我が国の立法と司法は「副次的実行犯」を認めている。第27条によると、「共同犯罪において副次的な役割を果たした」者は従犯である。刑法学界では、一般にこれは「副次的実行犯」と解されている。また、共同正犯においてさらに主犯と従犯を区別することは、「首悪は必ず処罰し、脅従は問わず」という「厳しさと寛容さの調和」を重視する刑事政策の貫徹であり、その理論的根拠は、可罰的責任論である。可罰的責任は期待可能性に加え、さらに予防の必要性を考慮する。例えば、甲は刺激を求めるために、乙は親の医療費を集めるために、ともに高額な金品を盗んだ場合に、乙の期待可能性は明らかに甲より小さく、甲の方が主犯と考えられるべきである。また、甲は常習犯であるとともに異常心理により、乙は激情により、共同して人を殺した場合に、甲の特殊な予防の必要性は明らかに乙より高いので、甲が主犯である<sup>79)</sup>。

しかし、共同正犯の場合に主従を判断することについて、やはり次の批判を免れない。すなわち、共犯は不法類型と認めた上で、さらに責任の視

78) 張・前掲(注34) 141頁。

79) 周・前掲(注69) 126-127頁。

点で共同正犯において主犯を取りだす点は、自己矛盾のきらいがある。言い換えれば、共犯は不法類型であり、責任は個別的である。そのため、参加者は正犯、共同正犯ないし共犯が成立するか否かを確定した後、各自の責任に基づいて、定罪、量刑を行うのであり、それは、もはや共犯者の分類及び共犯人関係の問題ではない<sup>80)</sup>。また、正犯の予防の必要性が小さく、共犯の予防の必要性が大きい場合は珍しくない。例えば、正犯は初犯であり、しかも犯罪の後、自首かまたは功績などの事由があるのに対して、共犯は、自首しないのみならず、他人に罪を着せて陥れているような場合である。しかし、我々はこれらの事由だけで正犯と共犯の結論を変えてはならない。また、なぜ共同正犯の場合のみ、期待可能性と予防の必要性の大小によってさらに主犯と従犯を区別するのかについても、この説は回答できていない<sup>81)</sup>。

また、私見によれば、周が「責任は不法を超過することができない」という量刑理論の原理を提示することに疑問がある。確かに、「責任は違法に従属する」ことや「責任は違法を超過することができない」などを支持すること自体は間違いといえないが、これを理論前提として中国共犯体系を説明しようとすることは問題である。まず、違法段階において行為支配説により実質的正犯と共犯が確定されたことから、正犯は主犯とされ、共犯は従犯とされ、そこから責任段階に進まなくてもよいのはなぜなのか。その点について、この説は、「責任が違法に従属し、違法性が確定された以上、責任の大小も限定され、違法と責任が共に量刑を決定する」という消極的責任主義の一般原則を提示するだけで、これ以上の説明をしない。おそらく、周は、違法段階において「正犯の違法> 帮助犯の違法」と認定されたことから、責任段階において「正犯の責任> 帮助犯の責任」と考えるのは当然のこととしているのではないかと思われる。しかしながら、まさに張明楷が説くように、「責任は個別的である」ため、消極的責任主義の一般原

80) 張・前掲(注75) 141頁。

81) 張・前掲(注34) 141頁。

則により、説明できるのは、あくまで正犯の責任は正犯の不法を超えることができないということであり、幫助犯の責任は、正犯の責任を超えることができないわけではない。これは、おそらく量刑理論の共犯論における誤用であると思われる。

また、副次的共同正犯の説明についても、周によれば、正犯と狭義の共犯の関係において違法の程度がすでに確定されたことから、責任の大小を判断する必要はないとされ、これに対して、共同正犯の場合は、各共同正犯者の違法性の大小は同等であるため、さらに各人の責任の大小を検討する必要があるとされている。しかしながら、この説の論理に従うと、共同正犯者が正犯と評価された以上、大きな違法性を有し、加えて責任が違法に従属するから、責任の程度も高いレベルで確定され、共同正犯者全員が共同主犯とされるべきではないか。

以上のように、段階的進展説は同等関係説と同様、正犯そのものを主犯、狭義の共犯そのものを従犯としながらも、副次的実行犯を説明するために、共同正犯についてのみを第二段階で主犯と従犯に区別しようとする点で、同等関係説と二層区分説の双方の特徴を併せて有するように見える。先に整理・検討したように、共同正犯を二階層に分けて判断する構造自体に問題があり、第二段階の主従判断で第一段階の判断を否定するという点で二層区分説に対するのと同様の批判を免れない。さらに、この説の体系を支える理論的前提も必ずしも明確ではない。

こうみると、第27条第1項の「副次的実行犯」を説明する点については、むしろ同等関係説が主張するように、「補助的な役割」と「副次的な役割」は無意味な重複とするほうが明快である。また、「補助的な役割」と「副次的な役割」という形を留保するためには、無理にその他の理論を借用しなくても、副次的実行犯に対する処罰の減輕又は免除を、事実に基づく量刑上の考量として理解することはなお可能である。そして、この理解に近い理論として以下の実質的二層区分説が挙げられる。

## 第六節 実質的二層区分説

実質的二層区分説は、第一節でみた二層区分説と同様、二段階の評価を行う。すなわち、第一段階で分担分類に基づいて正犯と狭義の共犯を区別し、その後、第二段階において役割分類に基づき主犯と従犯を区別し量刑する。二層区分説との大きな違いは、第一段階の分担分類の段階にある。この説の主張者である孟紅艷によると、第一段階では、実質的基準を用いた正犯の認定を行うとされ、その際、犯罪事実支配説に依拠する。この場合、第一段階の評価において、裁判官は、主に直接に構成要件を実現したか否か、犯罪過程の支配の有無、犯罪の核心人物か周辺人物か等を考慮する。これは、事実に対する規範的評価に重点を置いているため、一定程度の価値判断が必要となる<sup>82)</sup>。

二層区分をこのように再構成する理由に関し、孟は、特に幫助犯に関連して、従来の二層区分説を次のように批判している。分担分類の段階で幫助犯と認めた後、役割分類の段階で幫助犯は主犯であるとの結論を導き出すことは、二層区分説が正犯と共犯の区別において形式的基準を採用しつつ、主犯と従犯の区別では実質的な基準を採用することに由来する。しかし、実質的基準と形式的基準は必然的に同時に存在することはできない。これらが一度に適用されると、「幫助犯かつ主犯」のような矛盾する結論が導出されてしまう。他方、このような結論を避けるために、両基準を段階的に適用するならば、實際上役割分類の段階で完全に第一段階での分担分類を形骸化させ、実質的に役割分類のみによって判断されていることになる<sup>83)</sup>。

実質的二層区分説は、その他の多数の学説と同じく、従来の二層区分説への批判として、幫助犯が主犯となることを否定しようとする。第27条第1項の「補助的な役割」を認めず、「副次的な役割」のみを認める従来の二層区分説と異なり、実質的二層区分説は、従犯について「副次的な役割」と「補助的な役割」の区別を承認し、前者は従犯であり、後者は幫助犯で

82) 孟紅艷「刑法第27条起次要作用的人的教義学阐释」法学評論3期（2022年）78-79頁。

83) 孟・前掲（注82）79頁。

あると考える。そして、後に述べるように、副次的な役割の判断は、もっぱら責任刑に関する量刑判断であるとされる。

前述のとおり、この説は、基本には二層区分説という二段階の構造を維持し、二層区分説と同じように、第一段階を分担分類とし、第二段階を役割分類とする。孟によれば、分担分類法は定罪に着目しており、その目的は構成要件の定型性を維持し、処罰範囲の拡張を防止することである。すなわち、共犯の成立範囲を画定するということである。同時に、量刑以前において、核心人物と周辺人物を確定することによって恣意的な量刑判断を妨ぐことができる。もっとも、分担分類法だけで、量刑の機能を担うことはできず、役割分類法と結合しなければならない<sup>84)</sup>。そこで、第二の段階では、責任刑にかかる違法事実を考慮した上で、役割の大小によって各関与者の主従の役割に細分化する。例えば、事件の主観と客観事実と照らして、被告人の犯罪参加の程度、すなわち、犯意の喚起、凶器の準備、他の共犯者の糾合・指揮、犯罪実行中の役割、直接結果を生じさせたか否か、贓物の移転・占有状況等を評価する<sup>85)</sup>。ただし、第一段階で規範的に評価された事実は、第二の事実判断の段階において重複することが許され、また、第二段階で考察される事実は、責任刑にかかわる違法事実に限られ、予防刑に属する事実は、主犯と従犯を区別するにあたり考慮すべきではないとされている<sup>86)</sup>。

この説の問題点について、次のようにいうことができる。実質的二層区分説は、幫助犯が主犯と評価されないよう、第27条第1項の従犯規定における「補助的な役割」を「幫助犯」と解し、「副次的な役割」を果たした者と併存させる。後者の「副次的な役割を果たした者」には、一部の共同正

---

84) 孟・前掲(注82)78頁。

85) 孟・前掲(注82)79-80頁は、「責任刑を確定する際に、客観的違法は責任刑を決める最も肝心な要素であり、他方、主観的有責事実も補助的に考量することができる。」と述べる。

86) 孟・前掲(注82)79-80頁。

犯あるいは共謀共同正犯、多数の教唆犯が含まれる<sup>87)</sup>。そうすると、実質的二層区分説では、幫助犯は条文上従犯と位置づけられることから、主犯と従犯の区別は問題とならないため、役割判断の対象に含まれず、第二段階の役割分類に応じた責任刑の検討は、(共謀)共同正犯、教唆犯を対象として行われることになる。この場合、共同正犯では、第二段階において共同正犯者それぞれの犯行を吟味することにより、量刑上の主犯と従犯を区別することは比較的容易かもしれない。しかし、犯罪事実支配説(行為支配説)に基づき正犯とされた者(すなわち、支配性を有するとされた者)について、第二段階で改めて責任刑に関し主従の判断を行うべきかは、必ずしも明確でない。また、二階層構造を理論的に徹底すれば、条文上幫助犯が従犯であることには疑問の余地がないものの、正犯者であっても第二の段階で従犯と判断される可能性は依然として残る。そうすると、あらゆる共犯者について従犯と評価される可能性が生じるが、共同犯罪においてすべての共犯者を従犯と評価すること(いわゆる主犯なき従犯を認めること)は許されないであろう。実質的二層区分説には、このような理論的問題があるように思われる。

より本質的な問題は、正犯と幫助犯の関係にある。すなわち、第一段階で行為支配の有無によって正犯者と幫助者の関係が確定されるならば、そのような事実的支配関係の有無は、実質上、主従関係に対応することから、第二段階で改めて主従を区別する必要はなくなる。そうだとすれば、実質的二層区分説は、少なくとも正犯と幫助犯の関係について、もはや「二層区分」とはいえず、実質的に同等関係説と同様の立場をとるものとなるであろう。このような事態を避けるために、第一段階において事実的適用基準を排除するとしたとしても、なぜ正犯と幫助犯の場合にのみ、そのような適用排除が許されるのかが問題となるし、そもそも一貫した基準の適用とはいえないであろう。

---

87) 孟・前掲(注82)80頁以下。

この説も、前節で検討した段階的進展説と同様に、二層区分説の問題点を指摘するとともにおよび中国共犯体系における主犯・従犯を量刑論の側面から解決を求める点で、中国刑法の主犯・従犯の解釈に1つの方向を示している。しかしながら、以上で批判的に検討したように、両説のいずれも、同等関係説と二層区分説の折衷を試みつつも、なお説明しきれないところがある。このことからみれば、中国の共犯体系においては両説の折衷的な立場を主張することはそれほど容易ではないといわざるを得ない。

## 小 括

以上が、近年中国において共犯論体系をめぐって展開された学説上の諸論争である。学説の内容を大まかに整理すると、まず区分制説(限縮的正犯体系)と単一制説(統一的正犯体系)の対立がみられる。以上にみたように、中国共犯論の実体に関して、学説の多くは、区分制の下で考察しているが、単一制を主張する論者も少なくなく、また日本においても中国共犯体系が単一制を採用しているとする見解も現れている<sup>88)</sup>。しかし、単一制説は、区分制を主張する論者から強い批判を浴びており、批判の内容には、単一制の発展過程において繰り返し指摘されてきた固有の批判に加え、中国刑法に適合しないとす批判も含まれる。

また、区分制説の内部においても、見解が分かれており、すでに検討したように二層区分説、同等関係説、帰責区分説、段階的進展説や実質的二層区分説などが主張されているが、各説の内容には、大きな相違がみられる。しかし、いずれの学説も、むしろ1つのことを軸として展開されている。すなわち、主犯概念と正犯概念の関係をいかに考えるかである。より典型的なのは、二層区分説と同等関係説の論争である。前者は、正犯は第一段階で、主犯は第二段階で判断すべきものとし、後者は、このような段階の区別を認めず、主犯は正犯であるとし、この点で、帰責区分説も実際

---

88) 陳/吉中・前掲(注1)164頁以下。

には同等関係説の一種であると考えられる。二層区分説は、第二段階の主犯概念を重視するのに対して、同等関係説は、正犯概念を重視するように見える。近年この両説の問題点に着目して、特に同等関係説の下では「副次的実行犯」が説明されえない点と、二層区分説の下では「主たる幫助犯」を認めることになる点から、この両説を乗り越え、新たな共犯体系を創出しようとする試みもみられる。しかし、以上に検討したように、同等関係と二層区分を合一的に考えることは、困難である。例えば、段階的進展説によると、第一段階で、行為支配説により正犯と共犯を実質的に区別した後、第二段階で、特別に共同正犯に対してのみ主、従判断を行うとされるが、なぜ第二段階で共同正犯のみを主犯と従犯の検討の対象とする点について、説明は難航している。また、実質的二層区分説は、二階層の構造を維持しながら、第一段階で行為支配説を主張しようとしたが、先に批判したように、この説の本質は同等関係説とみるほうが妥当である。このように、実際には区分制の論争は、二層区分説と同等関係説の争いの射程を超えることができないだろう。確かに、近時の中国刑法における共犯体系の論争は、錯綜しているようにも見えるが、二層区分説に対する「単一制と異なる」という批判からすれば、現在、中国刑法学界における論争は、本質的には、近代刑法の発展過程における限縮的正犯概念と統一的正犯概念の論争にほかならないように思われる。

では、どちらが中国共犯体系に親和的か。以上の検討からみれば、確かに、中国の共犯立法の中で限縮的正犯概念と統一的正犯概念の双方の要素が併存しているといえる。とりわけ、中国刑法が主犯・従犯概念を中心にして構築されていること、さらに、第29条第2項が「独立教唆」を処罰することに注目すれば、統一的正犯概念の色彩が比較的強いように見える。しかし、同時に第29条第1項の「人を教唆して罪を犯せた者」および第27条1項の「補助的な役割」に注目すれば、中国刑法の共犯規定を限縮的正犯概念に基づくものと解する余地も残されている。したがって、本稿の冒頭で述べたように、中国における共犯論の実態を明らかにするためには、学

説や条文の分析だけでなく、司法実務の運用状況をも踏まえて検討しなければならない。