

# 中国の共犯論における新たな展開（2）

——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年刑法定制以降の共犯論
  - 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・シリソ 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、422号)

第三章 共犯判例について

第一節 教唆犯に関する判例——従たる教唆は存在するのか——

- 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

- 一 予 備 説
- 二 未 遂 説
- 三 既 遂 説
- 四 特殊教唆犯説、独立教唆罪説

小 括 (以上、本号)

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

- 一 日本の共犯判例における従たる共同正犯
- 二 日本の共犯判例における重要な役割を果たした幫助犯
- 三 共謀共同正犯について

第二節 中国司法実務との比較

- 一 概 説
- 二 日中共犯論の類似性

第三節 教唆の未遂について

第四節 考 察

おわりに

### 第三章 共犯判例について

前章では、中国共犯論に関する基本的な見解を整理した。以下では、学説上の激しい論争に対して、中国判例実務がどのように中国の共犯者の諸類型を捉えるのかを紹介する。検討にあたっては、本章では、まず第一節から第三節において1999年から刊行されてきた『刑事審判参考』<sup>89)</sup>（以下、『参考』という）に掲載された判例を中心に取り上げ、そして第四節では、先行研究においてしばしば引用されてきた判例を参考にすることとする。

---

89) 『参考』は、最高人民法院が全国各級人民法院の司法実践を指導するために刊行する出版物であり、最高人民法院刑事審判第一庭から第五庭によって共同編集されている。創刊当初は、最高人民法院刑事審判第一庭および第二庭により編集されていたが、2005年に刑事審判第三から五庭が新設されたことに伴い、現在では5つの審判廷が共同して編集にあっている。本誌は、事案の概要および判決文を紹介するにとどまらず、審判過程において生じた争点を取り上げ、裁判理由の中で詳細な説明を加えている。そのほか、司法解釈およびその解説や、実務において作成された優れた裁判文書も掲載されている。したがって、中国刑事裁判実務の研究にとって重要である。『参考』の刊行趣旨については、1999年第1期冒頭の発刊詞において、「実務に根差し、実用性を重視し、指導性を重視し、権威性を体現する」ことにより、全国各級人民法院の司法実践を指導し、統一することであると述べられている。そのため、『参考』には、裁判理由だけでなく、各級人民法院の裁判官によって執筆された評釈も掲載されている。さらに、後に紹介するように、裁判理由の中に最高人民法院刑事審判廷自身の見解が示されることもある。この点に照らせば、『参考』は、実務上の司法解釈に類似する性格を有するものと思われる。以上の理由から、本節では各審級の人民法院の裁判理由を中心に検討するが、『参考』に掲載されている裁判理由は最高人民法院刑事審判廷によって編集・整理されたものであるため、本章で取り上げる判例を考察することにより、最高人民法院の立場がある程度窺い知ることも可能である。なお、『参考』に掲載された裁判理由が判例研究の学術論文において引用される際には、特定の各級人民法院名を示さず、概括的に「法院によれば」などと表現されることがある。そのため、本稿では、裁判理由を紹介するにあたり、具体的な法院名や審級が判明する場合には、当該法院名または審級を明示するが、当該判例が下級人民法院の裁判理由であるのか、あるいは最高人民法院の評釈であるのかを特定できない場合には、「法院によれば」といった概括的表現を用いることとする。

## 第一節 教唆犯に関する判例——従たる教唆は存在するのか——

### 一 主たる教唆犯について

これまでみてきたように、中国刑法における共犯者類型には、主犯、従犯、脅従犯という役割分類に基づく共犯者類型だけでなく、教唆犯という分担分類基準に基づくものも存在する。もっとも、刑法第29条第1項によると、教唆犯は役割に応じて処罰されるため、教唆犯を検討する際には、主犯、従犯の判断を行わなければならない。この論理に従えば、中国刑法では、主たる教唆犯と従たる教唆犯という区別が導かれることになる。しかし、従たる教唆犯が通常いかなる場合に認められるのかについては、必ずしも明確であるとはいえない。そこで、以下では中国における教唆犯に関する判例に照らして、実務において教唆犯がいかに認定されているのかを検討したい。まず、教唆犯における主、従の認定に関しては、以下の【事例一】と【事例二】が挙げられる。

【事例一】被告人 X は、商業上の競争のために、被告人 Y、Z および Q らを呼び集め、あらかじめ用意した鉄パイプ 4 本を分け与えた上で、被害者 A を懲らしめるよう教唆した。Y、Z および Q らはそれに従い A を殴打していたが、その間に、Y は、刃物を取り出し、A の脚部を複数回刺し、そのため A は失血性ショックにより死亡した<sup>90)</sup>。

山東省青島市中級人民法院によれば、「被告人 X は、商業上の競争を目的として、人を雇用・糾合して、他人を傷害させた。被告人 Y、Z は、積極的に傷害行為を実行し、被害者を死亡させ、その各行為はいずれも故意傷害罪<sup>91)</sup>を構成する。確かに、証拠によれば、被告人 Y の刃物による刺突

90) 【第409号】王興佰、韓涛、王永央故意傷害事件『刑事審判参考』第5集(2006年)5頁以下。

91) 第234条第1項は、「故意に他人の身体を傷害した者は、3年以下の有期徒刑、拘役、又は管制に処する」と規定し、同条第2項は加重結果について規定しており(「前項の罪を犯

行為が被害者 A の死亡の主要な原因であるが、被告人 X は事前に傷害行為の参加者に対して尖刀等の鋭利な凶器を使用してはならない旨を明示しておらず、また被告人 Z も、加害行為の実行過程において、被告人 Y が刃物で被害者を刺しているのを目撃しながらも、これを制止しなかった」ことから、「被告人 Y による刃物での刺突行為は、単なる実行過剰による個人行為にとどまるものではなく、被告人 X、Y および Z は、いずれも被害者 A の死亡の結果に対して共同して責任を負うべきである」とされた。

本件は、実行の過剰（日本における共犯の過剰）が問題となった事案であるが、主犯と従犯の区別について、「被告人 X および Y は、本件犯罪において主要な役割を果たして、主犯であり、被告人 Z は、副次的な役割を果たしており、従犯である」と認定された。また、教唆犯が主犯とされた理由について、同法院は、「教唆犯は犯意の発起者であり、その教唆がなければ犯罪行為の発生はなかったといえる。とりわけ脅威、強迫、命令等の方法による教唆犯は、共同犯罪において主要な役割を果たすことが多い」と判示している。

したがって、X は故意傷害罪の教唆犯として主犯にあたり、Y は故意傷害罪の実行犯として主犯にあたり、Z は故意傷害罪の実行犯として従犯にあたる。この場合、X は副次的実行犯ということになるが、これについては後に詳しく検討する。

教唆犯の特殊形態である雇用犯罪（犯罪を実行させる目的で人を雇う形態の教唆犯）において、雇用者（教唆犯）と被雇用者（実行犯）それぞれの罪責のあり方を論じた判例もみられる。

**【事例二】**被告人 X は、被告人 Y に対して、被害者 A を「入院させる

し、人に重傷を負わせた者は、3年以上10年以下の有期徒刑、人を死亡させた者又は非常に残忍な手段により人に重傷を負わせ、重い障害を生じさせた者は、10年以上の有期徒刑、無期徒刑又は死刑に処する」とする）、故意傷害致死傷罪を単独では設けていないため、判例は、被告人の犯罪を認定する際には、故意傷害罪だけを認定すれば足りる。

程度に」殴るよう指示し、報酬を約束した上で、Y を A の住居まで連れて行き、A を指差した後、Y に報酬として1500元を手渡した。その後、Y は、被告人 Z を誘い、共同してナイフで A を刺し殺した<sup>92)</sup>。

本件も共犯の過剰事例となりうる事例であるが、結論からいえば、【事例一】と同様に、判決はこれを過剰事例として認めず、A の死亡結果は X にも帰属されると判示している。また、本件は、報酬の約束すなわち雇用という形を有する教唆犯罪において、教唆者および実行者それぞれの罪責の性格をいかに把握すべきかという点で注目される。

この点について、法院は、まず、「雇用者と被雇用者が共同犯罪において果たす地位および役割に基づいて、それぞれの罪責の軽重を確定することは、適切な量刑を行う前提である」とした上で、2つの見解を紹介する。一つは、「雇用者と被雇用者の罪責の区別については、ある見解によれば、犯意の提示がなければ犯罪の発生はなかったため、犯意を最初に提起した雇用者が、当然に罪責が最も重い者である」とする見解であり、もう一つは、「罪の軽重を判断する際にあたっては、客観的な行為によって引き起こされた実際の危害結果の大小に依拠すべきであるので、実際に犯罪を実行した被雇用者の方が、より重い罪責を負うべきである」とする見解である。

この2つの見解について、法院は、「雇用者と実行犯の罪責の軽重は一概に決定すべきではなく、具体的事案ごとにその実情に即して分析すべきである」と考える。雇用者と被雇用者の罪責の判断基準としては、共同犯罪におけるそれぞれが占める地位および役割を基礎とすることは基本原則である。すなわち、雇用者と被雇用者の地位および果たした役割は、雇用者が他人を雇用して犯罪を実行させようとした目的・意図、望む結果、犯罪行為を直接に実行したか否かおよび犯罪関与の程度、被雇用者による犯罪の実行の手段、情状ならびに実際にもたらした危害結果等の総合的考慮に依

92) 【第555号】胡忠、胡学飛、童峰峰故意殺人事件『刑事審判参考』第3集(2009年)6頁。

拠して、決定されるべきであり、片面的に判断すべきではない」との前提を示している。その上で、審判実務の観点から、雇用の類型は大きく2つに分けられるとする。すなわち、「口を出す、手を出さない」と、「口も手も出す」類型である。

前者について、法院によれば、「一般的に、『口を出す、手を出さない』雇用者は、確かに危害結果の直接性からみれば、その役割は被雇用者より小さいのが通常である。しかし、犯罪の元凶として、雇用者は犯罪全体の根源であり、背後の主謀者でもあることから、その主観的悪性は実行犯よりも大きく、地位および役割も被雇用者より一層重要である。したがって、『口を出す、手を出さない』という理由のみによって、安易に雇用者の罪責を減輕すべきではない」とされる。これに対して、後者については、「『口も手も出す』雇用者は、犯意の提起者のみならず、同時に実行者でもある。その罪責は被雇用者よりも明らかに重いと考えられる」とされている。

以上2つの類型に照らし、本件の位置づけについて、法院は次のように判断している。

すなわち、本件においては、「被告人Xは被告人Yを雇用したものの、直接に犯罪実行に関与しておらず、『口を出す、手を出さない』タイプの雇用者にあたる。他方、Yはさらに被告人Zを雇用したことから、『口も手も出す』タイプの雇用者に該当する。Xは、単にお金を出し、Yを雇い、被害者Aを傷害させたにとどまり、直接にAを加害する犯罪行為には関与していない。しかしながら、事件全体における犯意の提起者であり、事件全体に責任を負うべきである」と判示している。また、YとZとの関係についてみると、YはXの依頼を受け入れた上で、さらにZを雇って犯罪に関与させ、かつ自らも共同して積極的に他人を死亡させる行為を実行していることから、その罪責はZに比べて明らかに重い」とされている。

X、YおよびZそれぞれの主従関係の認定は、本件における宣告刑の軽重にも明確に反映されている。すなわち、「Xは、故意傷害罪を犯し、死刑、執行猶予2年、政治権利終身剥奪に処し、Yは故意殺人罪を犯し、死刑、政

治権利終身剥奪に処し、Zは故意殺人罪を犯し、死刑、執行猶予2年、政治権利終身剥奪に処する」<sup>93)</sup>と言い渡されている。

ただし、被害者の死亡結果はXに帰属されるのであれば、日本法に照らせば、Xの罪名は、傷害致死罪の共謀共同正犯に該当しうるであろう。もっとも、中国刑法は、傷害致死という加重類型を故意傷害罪の内容(第2項)として規定しているため、罪名の適用にあたり、人民法院は故意傷害罪を適用すれば足りる。したがって、実質的にみれば、本件においてXは傷害致死の教唆犯としての主犯にあたり、Yは、殺人罪の実行犯として主犯にあたり、Zも殺人罪の実行犯として主犯にあたる。このように、XとY・Zとの間で罪名について差異が存在するものの、中国刑法における故意傷害致死罪の法定刑と殺人罪の法定刑の幅<sup>94)</sup>が同様であることから、「口出し」のみにとどまるXおよび実行行為に関与したZに対して執行猶予が付され、「口も手も出した」Yに対してはこれが付されていないという宣告刑のあり方は、裁判理由の趣旨と整合的であるといえる。

いずれにせよ、【事例二】は、原則として教唆犯を主犯と位置づけた上で、各教唆犯(本件ではXおよびY)が共同犯罪において果たした態様をさらに細分化し、それぞれに相応する刑を科している点に、本件判旨の特徴が認められる。教唆犯に関する判例は、【事例一】および【事例二】のほかにも少なからず確認されるが、本稿では詳細な紹介は割愛する。もっとも、実務上、教唆犯を従犯として認定した判例はほとんど見当たらず、むしろ教唆行為がそれ自身が主犯認定の重要な判断要素として位置づけられていることが窺われる。

また、判例上だけでなく、例えば、最高人民法院が頒布した『全国一部

---

93) 中国刑法第50条第1項によれば、「死刑執行猶予の者は、死刑執行猶予の期間中に、故意の犯罪がない場合、2年満了後、無期懲役に減刑する。確実に重要な功績がある場合、25年の有期懲役に減刑する」とされ、本件では、執行猶予を付していないYに対する刑罰は、通常XおよびYより明らかに重いと考えられる。

94) いずれも、10年以上の有期懲役、無期懲役もしくは死刑に処するのが原則である。

の法院における麻薬犯罪事件の審理に関する業務座談会紀要』の配布に関する通知（最高人民法院関于印發《全国部分法院審理毒品犯罪案件工作座談会紀要》的通知）においては、「薬物犯罪において、主たる出資者、薬物所有者または犯意発起、画策、他人を勧誘、組織、雇用、指示した者は主犯である」と規定されている。すなわち、その文言からすれば、薬物犯罪においては、犯意の発起者や他人を勧誘・雇用する者に対して、より重い処罰を科す姿勢が示されているといえる。

以上のように、中国の司法実務および司法解釈においては、教唆犯は原則として主犯として取り扱われていると評価することができる。

## 二 従たる教唆犯について

上述した司法実務および司法解釈の見解に対して、学説上はこれと異なる見解もみられる。すなわち、中国刑法第29条第1項によれば、教唆犯については果たした役割に応じて処罰することができることとされていることから、教唆犯の中にもより小さな役割にとどまる場合が存在しうるとされている。したがって、教唆犯の中には主たる教唆のみならず、従たる教唆も存在しうることになる。

しかしながら、いかなる場合に教唆者を従犯として処罰することができるのかという問題が残されている。この点については、伝統的見解によれば、判例実務において教唆犯は通常主犯として処罰されるものの、例外的に、従犯を教唆する場合、すなわち第三者に正犯者を幫助するよう唆した場合には、教唆犯を従犯として処罰しうるとされている<sup>95)</sup>。

もっとも、中国においてこのような従たる教唆犯の処罰根拠は、第29条第1項の「役割に応じて」という文言に求められるのに対し、日本刑法は、第62条第2項において「従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する」と明文で規定しており、幫助犯の教唆の可罰性を明確に認めている点に特徴が

---

95) 高／馬（編）・前掲（注24）177頁。

ある。

しかしながら、『参考』において確認されるこの種の判例は極めて少ない。そこで、問題となるのは、幫助犯を教唆した場合において、判例が教唆者の行為を真に教唆犯として把握しているのか、それとも別の構成により処理しているのかという点である。これを検討するため、以下では【事例三】を取り上げることにする。

【事例三】 X は、他人を介して違法な手段により A、B 両会社を設立した上、課税事業者資格を取得した。その後、付加価値税専用領収書を転売する目的で、他人を通じて被告人 Y 女と知り合った。Y は国税局の幹部であり、その特殊な立場を利用しようと考え、X は、Y に他人を雇用させた上で、Y に対して「雇用された者らに A、B 両社の代理として付加価値税専用領収書を受領させる」ようと依頼した。Y は、付加価値税専用領収書の購入、取得規定、X の行為が関連規定に違反すること、また付加価値税専用領収書の犯罪結果が生じうることを認識しながら、私利を図る目的で、X のために Z らを雇用して、Z らに国税局で付加価値税専用領収書を取得させ、X の付加価値税専用領収書の販売を幫助した<sup>96)</sup>。

中国において、付加価値税専用領収書は仕入税額控除のために用いられ、その取得方法は行政法規<sup>97)</sup>によって定められている。また、私人間における売買は、刑法により禁止されている。本件では、X の実行行為である付加価値税専用領収書の販売行為は違法であり、刑法第207条【付加価値税専

---

96) 【第337号】鄧冬蓉による付加価値税専用領収書違法販売事件『刑事審判参考』第2集(2005年)21頁。

97) 例えば『中華人民共和國伝票管理办法』(國務院令第587号)第12条:「組織体及び個人が領収書を取得、購入する場合には、税務登記証明書又は身分証明書を提示し、国家税務総局の規定に従い、税務機関に対して領収証の取得手続を申請しなければならない。」

用領収書不法販売罪<sup>98)</sup>によって禁止されている行為にあたる。さらに、本件が審理された時点において、Xはすでに有罪判決を受けているため、本件において問題となるのは、Yの、Zらを雇用してXに大量の付加価値税専用領収書を提供させた行為の性質をいかに評価すべきかという点である。

【事例二】ですでに整理したように、判例においては、雇用行為は教唆行為の一種の特殊な形式として理解されている。これを前提とすると、本件においてZらの代理受領行為がXに直接的な幫助を提供したのに対して、YのZらを雇用する行為は、まさに伝統的見解において指摘された、他人（幫助犯）を唆し、正犯を幫助させる例に該当するといえる。すなわち、小さな役割を果たした教唆犯に該当する場合である。

しかし、法院は、Yに関する事実を認定するにあたり、「唆した」ではなく、「手伝った」という表現を用いているだけでなく、そもそも伝統的見解の主張するように、Yを小さな役割を果たした教唆犯あるいは従たる教唆犯として捉えてはいない。具体的には次のように説明している。

法院によれば、本件において被告人Yは、直接に付加価値税専用領収書を販売する行為を実行していなかったにもかかわらず、国家税務機関の職員として付加価値税専用領収書の専門知識を有し、ZらがA社およびB社の職員ではないこと、ならびに両社に実体的な取引活動も存在しないことを認識していたにもかかわらず、Xの依頼を受けてZらを雇用し、短期間のうちにXのために大量の付加価値税専用領収書を取得させた。このような事情に照らし、Yは付加価値税専用領収書に関する犯罪結果について明確な認識を有していたと認定され、さらに、他人をしてXの代理として領収書を購入させたYの行為は、付加価値税専用領収書の不法販売行為を容易にする点において、積極的かつ補助的な役割を果たしていると評価されている。

つまり、幫助犯を教唆した場合において、Yは刑法第29条第1項にいう

---

98) 「付加価値税専用領収書を不法に販売した者は、3年以下の有期徒刑、又は管制に処し、2万元以上20万元以下の罰金を併科する」と定められている。

小さな役割を果たした教唆犯にあたるものではなく、むしろ法院は、当初から Y の行為の性質を教唆ではなく幫助そのものとして捉えているものと解される。

以上の検討からすれば、第29条第1項は、教唆犯について「役割に応じて」処罰すると明文で定めているものの、【事例一】および【事例二】が示したように、中国の司法実務においては、「教唆」と認められる以上、ほとんどの場合において「小さな役割を果たした」と評価する余地は認められない。すなわち、実行犯との関係において、教唆犯を従犯とみることにはほぼ不可能である。

これに対して、学説上の伝統的見解によれば、幫助犯の教唆の場合には、「小さな役割を果たした」と評価されうるとされている。しかしながら、【事例三】で検討したように、幫助犯の教唆について、法院は、当初からこれを従たる教唆として把握するのではなく、教唆者の行為自体を幫助にあたるものとして理解している。

## 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

幫助犯に関する判例を検討するにあたり、まず、中国刑法の条文上、幫助犯という共犯者類型が果たして存在するのかという点について、簡単に確認しておきたい。これについて、伝統的見解によれば、第27条が定める「副次的な役割」および「補助的な役割」のうち、前者は副次的実行犯を指し、後者は幫助犯を指すものとされている。

また、判例においても、例えば前述した【事例三】のように、幫助犯の存在が認められていることが窺える。

しかし、第一章で整理した諸学説をみると、近年の中国刑法理論の発展に伴い、中国刑法における共犯者類型の理解については見解が大きく分かれており、また学説によって幫助犯の捉え方にも一定の相違がみられる。

例えば、同等関係説は、「副次的な役割」と「補助的な役割」とを同義的

なものと捉え、前者より後者の「補助的な役割」を重んじて、中国刑法における従犯は日本刑法理論の幫助犯に相当するものと考えている。これに対し、二層区分説は、前者を重視し、厳密には「役割」という文言に着目して、第27条の中に幫助犯が存在する余地はないと解する<sup>99)</sup>。なぜなら、もし第27条第1項に幫助犯が含まれると解するならば、幫助犯には第26条の主犯規定を適用することができなくなるからである。言い換えれば、「補助的な役割」を幫助犯と解釈すると、幫助犯自体は従犯として位置づけられることになり、二度と主犯と評価すること、あるいは主たる幫助を主張することができなくなる。これは、彼らが主張しようとする二層区分説論とは相いれないものである。ただし、二層区分説は、第27条第1項の「補助的な役割」を幫助犯と解釈することができないとしつつも、幫助犯の存在自体を否定しているわけではない。

以上の学説における幫助犯の理解を念頭に置きつつ、ここでは、判例上いかに幫助犯が認定されているのかを検討したい。まず問題となるのは、二層区分説が主張する「主たる幫助」が実際に認められているのかという点である。同説によれば、多くの場合、幫助犯は副次的または補助的な役割にとどまるものとして従犯とされるが、例外的に幫助行為が共同犯罪の実現に対して主要な役割または重要な原因力を有する場合には、幫助犯であっても主犯と認められるとされている<sup>100)</sup>。例えば、古墳を盗掘した事例において、考古学の専門家である乙は、盗掘の計画を策定し、実行犯甲に必要な専門知識を教え、古墳の重要な位置図を描くことによって、甲の盗掘が成功した場合、二層区分説によれば、乙は犯罪の実行に出ていないものの、犯罪の実行および完成に重要な役割を果たしていることから、主犯である

---

99) 「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の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」。張・前掲（注1）8頁。

100) 銭・前掲（注6）142-143頁。

とされる<sup>101)</sup>。

しかしながら、判例は、必ずしもこのような理解を採っているわけではない。

**【事例四】** 賭博サイトに決済サービスを提供する事件について、被告人 X は、「谷中城」会社の経営および管理を担当していた間、市場部の社員に対して「楽天堂」ウェブサイトと連絡を取り、資金決済サービス契約を締結するよう指示した。また、財務部責任者らに対して「Ecapay」システムを通じ、「楽天堂」などの賭博サイトに対して決済サービスを提供した上で、サービス料を受け取っていた<sup>102)</sup>。

本件においては、被告人 X が賭博サイトの資金決済に関するサービスを提供した行為が、主犯と従犯のいずれにあたるのかが問題とされた。審理の過程において、X の行為が賭博場開設罪の共同犯罪においていかなる地位にあるのかについて、主に 2 つの見解がみられる。

第一に、「X は『楽天堂』ウェブサイトが賭博サイトであることを認識しながら、あえて資金決済に関するサービスを提供し、賭博場の開設に必要な重要な幫助を提供したことから、主犯と認定すべきである」とする見解である。

これに対して、第二に、「刑法総則における主犯、従犯、脅従犯および教唆犯の定義に照らすと、X が賭博場開設の共同犯罪において占める地位は従犯である」とする見解である。

法院は、「刑法の規定によれば、主犯、従犯および教唆犯は、行為者が共同犯罪における役割を主として、分担を補助として分かれている。……X の管理する谷中城会社が賭博場開設犯罪の中で、賭博場開設の基本的構成要件的行為を実行したか否かは、X が共同犯罪における地位を認定するに

101) 銭・前掲(注6)142-143頁。

102) 【第804号】蕭俊偉賭博場開設事件『刑事審判参考』第4集(2012年)102頁。

は重要な根拠となる」と述べている。さらに、法院によれば、中国刑法およびネット上賭博場開設罪に関する司法解釈<sup>103)</sup>が規定する構成要件の行為に照らすと、Xの行為は、形式上そのいずれにも該当しない。すなわち、Xは賭博場開設罪の基本的構成要件の行為を実行していないのであり、Xが資金決済の便宜を提供する行為そのものは、あくまで「賭博サイトを開設し、かつ他人に賭博を組織するための場を提供する」といった実行行為に便宜を与え、補助的な役割を果たした幫助行為であるとされている。

その理由は次のように説明されている。

『谷中城会社』と『楽天堂』サイトは互いに独立した企業であり、『楽天堂』サイトの損益状況は谷中城会社と直接の利害関係を有しない。『楽天堂』サイトが賭け金の収支および分配を決定するのに対して、谷中城会社は賭け金に対する所有権および支配権を有していない。谷中城会社は、自社が管理する『Ecpay』システムを通じて、資金決済用に開設された merchant@mudvc.com 等の5つのウェブサイトを『楽天堂』サイトに提供し、賭博サイトに対して、銀行との接続経路を提供して、賭博資金の収支に使用させるとともに、資金の流通額や件数などに応じて手数料を徴収し

---

103) 第303条第2項が規定する賭博場開設罪には、「賭博場を開設した者は、五年以下の懲役に処する」ことのみが定められており、インターネットを利用した賭博場の開設に対応するために、あるいはネット上の賭博場開設行為にも同条第2項を適用しうるために、拡張解釈する必要もある。そのため、2010年8月31日に中国最高人民法院、最高人民検察院、公安部は、共同して「ネット賭博犯罪事件の処理における法律適用に関する若干の意見」（最高人民法院、最高人民検察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见以下、『意見』という）を公布した。『意見』第1条は、次に掲げる4つのうちいずれかの場合に該当すれば、刑法第303条第2項の「賭博場開設行為」に該当すると規定している。すなわち、（一）賭博サイトを開設し、賭け金を受け付けたもの（二）賭博サイトを開設し、かつ他人に賭博を組織するための場を提供したもの、（三）賭博サイトの代理人を担い、賭け金を受け付けたもの、（四）賭博サイトの利益分配に関与した場合である。

続いて、共同犯罪に関して、『意見』第2条は、「賭博サイトであることを認識した上で、あえて以下のサービス又は幫助を提供する者は、賭博場開設罪の共同犯罪に該当する」と定めている。そして、その一例として、『意見』第2条の（二）は、「賭博サイトに資金の決済サービスを提供し、サービス料1万元以上を受け取り、又は賭け金20万元以上受け付けた」場合を掲げている。

ていた。これは、現実の賭博場において、オーナーの指示に従って賭博客に賭け金を徴収したり返還したりして、報酬を得るオペレーターの役割に相当するものである」とされている。

そのため、被告人の行為は、「ネット上で開設された賭博場における中間的段階の一環（資金流通段階）にとどまるにすぎず、その共同犯罪において果たした役割に照らせば、従犯として認定すべきである」とされている。

このように、本件について法院は、対立する2つの意見のうち後者を採用し、Xを幫助犯としての従犯であると判断している。一言でいうと、「必要不可欠な幫助」という表現に関して、法院が重視しているものは、「必要不可欠な」、「積極的な」あるいは「重要な」といった評価ではなく、行為類型としての「幫助」である。しかも、幫助犯の認定は、直接的な構成要件的実行行為の有無により、実行犯と区別されている。例えば、すでに【事例三】で触れたように、他人を雇用して正犯者に幫助を行わせる者は、せいぜい幫助犯にとどまる。これを認定するにあたり、判例は、「確かに、被告人は直接に付加価値税専用領収書に関する行為を実行していないが、……積極的かつ補助的な役割を果たし、……刑法理論上の幫助犯に属する」と判示している。

さらに、同様の趣旨を示した事案として、次のものがある。

【事例五】被告人AとBは、共謀して偽造タバコを販売しようとした。Bは偽造タバコの販売拠点として北京市事務室と2つのタバコ倉庫を設置した。1999年2月から5月にかけて、AとBは、またC、D、Xらと、広州や福建等から偽造タバコを購入し、北京へ輸送して販売することを共謀した。その後、被告人C、Dらは、鉄道、道路を利用して偽造タバコを北京市へ輸送した。Xは、偽造タバコの受け子を担当し、北京市広安門駅で偽造タバコを引き取った後、自動車でもAとBが指定した拠点に運搬した。その後、AとBはタバコ販売業者と連絡を

取り、販売を行った<sup>104)</sup>。

本件については、法院によれば、「偽物・粗悪品生産、販売罪<sup>105)</sup>」は、選択的構成要件を有する罪名であり、行為者が販売を目的として、生産又は販売行為の1つを実行すれば本罪が成立する。しかし、本件において被告人Xは、偽造または粗悪タバコを生産しておらず、仕入先との連絡、買主の探索、価格の交渉や代金の收受等の偽物、粗悪タバコの販売行為も行っていない。単に被告人C、Dらに雇われて偽タバコを運搬し、その運賃を受領したにすぎない」とされている。その上で、法院は、Xの運搬行為が「他の被告人らによる販売行為の実現にとって必要不可欠な一部を構成する」と評価しつつも、それが「売買行為に先行する行為」ととまる点に着目して、刑法上の幫助犯に該当すると判断している。

以上のように、司法実務は、幫助犯と実行犯との区別について、形式的客観説に近似する思考方法を採用しており、構成要件の実行行為を実行したか否かが、その区別基準とされている。すなわち、幫助犯と認定される以上、これを従犯として位置づけることとなり、いかに重要または必要不可欠な役割を果たしていたとしても、その幫助の性質が変容することはないのである。

## 二 副次的実行犯について

第27条第1項に規定される従犯の中には、幫助犯のほか、「副次的な役割」を果たした副次的実行犯も含まれる。先に述べたように、副次的実行犯については学説上見解が分かれているものの、判例および通説は基本的

104) 【第118号】陳建明ら偽物・粗悪品販売事件『刑事審判参考』第8集（2001年）1頁以下。

105) 第140条は、「生産者又は販売者が、製品に不純物若しくは偽物を混入させ、偽物を本物と偽り、劣等品を優良品と偽り、又は不合格の製品を合格品と偽った場合において、売上金額が5万元以上20万元未満であるときは、2年以下の有期徒刑又は拘役に処し、売上金額の50%以上2倍以下の罰金を併科し又は単科する」と規定しており、また、売上金額の増加に応じて、法定刑も相応に加重される構造となっている。

にその存在を肯定している。

しかし、構成要件的行為を実行したか否かという基準によれば、補助的な役割を果たした幫助犯と実行犯との区別はより容易であるのに対して、「副次的な役割」を果たした副次的実行犯は、原則として実行犯であるため、単に構成要件的行為を実行したか否かという点のみをもって判断することはできない。

**【事例六】** 張甲と張乙は、共謀して被害者 A を強姦しようとした。張乙は、被害者 A の自宅を訪れ、「友人から電話があった」と偽って、A を張甲、張乙が一時的に滞在していた賃貸住宅に誘い出した。そこで、張乙は暴行を加え、A と性行為をしようとしたが、未遂に終わった。その後、張甲が A を強姦し、既遂に至った<sup>106)</sup>。

本件において、張乙の強姦行為は未遂に終わっているが、共同犯罪における「一人既遂、全体既遂」(日本では「一部実行、全部責任」と呼ばれる)の基本原則によれば、一部の行為者による強姦行為が未遂に終わったとしても、犯罪既遂の認定には影響を及ぼさない。したがって、張乙は強姦行為を完遂していないものの、既遂責任を問うことに疑問はないといえる。

本件において問題となるのは、「強姦が未遂に終わった行為者を共同犯罪における従犯と認めることができるか否か」である。本件では、張乙は明らかに強姦の構成要件的行為を実行しているため、これを幫助犯としての従犯と解することはまず考えられない。しかし、副次的実行犯が成立しうるか否かについては、なお検討の余地が残されている。張乙を従犯と認定して刑を減輕することができるとした第二審判決に対して、最高人民法院は、裁判理由を示すにあたり、下級人民法院と異なる見解を示している。

すなわち、最高人民法院は、「共同犯罪の過程において、張乙は犯意の提

---

106) 【第790号】張甲、張乙強姦事件『刑事審判参考』第4集(2012年)14頁以下。

起者であり（本件において、張乙は最初に被害者 A に対して強姦の犯意を提起し、張甲がこれに同意した）、また被害者 A を犯行現場に誘い出し、自ら率先して強姦行為に及んだ者でもある。そのため、共同犯罪において張乙の地位および役割は張甲と比べて小さいとはいえず、むしろ張甲よりも多くの犯罪段階に関与し、より一貫して犯罪過程に関与している」と述べた上で、張乙の主犯的地位を認めている。

また、副次的実行犯と実行犯との区別基準について、最高人民法院によれば、「司法実務においては、補助的な役割を果たした犯罪者の認定はより容易であるのに対して、副次的な役割を果たした従犯の認定については、理論上明確な区別基準が存在せず、実務においても統一的な判断基準を導き出すことが困難である」とされる。

具体的に、従犯の認定にあたっては、「犯意の形成過程、共謀の有無、犯罪全体への関与の有無、実行行為の有無、実行行為の構成要件全体における重要性および果たした役割の重要性、危害結果の発生と実行行為の関連の程度、収益分配の状況等の要素に照らして、総合的に審査すべきである」とされている。特にあらゆる共犯者が実行犯に該当する場合は、各実行犯が具体的事件において果たした分担、地位および役割を考察することが重要である。

まず、① 分担について、「各実行犯の具体的な分担に対する考察とは、具体的な行為と犯罪構成の客観面との関連の程度を検討することである。関連性が密接であればあるほど、従犯と認定される可能性は低くなる。例えば、故意殺人罪においては、殺害行為は当該構成要件における最も重要な客観的要素である。仮に、甲の分担が殺害行為の実行であり、乙が甲に犯罪道具を手渡し、見張りをしていた場合、甲が従犯と認定される可能性は低い。これに対して、乙の行為は構成要件の客観面との関連の程度が相対的に希薄であるため、乙を従犯と認定する可能性は比較的高い」とされる。

そして、② 地位について、「各実行犯の地位の考察とは、行為者が共同犯罪において指揮の立場にあったのか、それとも他の共犯者の指揮に従っ

ていたのかを判断することである。もし、その行為が他の共犯者の指揮に基づくものであれば、従犯と認定される可能性が高くなる。逆に、他人を指揮して犯行を遂行する場合には、原則として従犯とは認められない。もし、行為者間に指揮・被指揮の関係が存在しないならば、犯罪における分担およびその行為がもたらした結果に照らし、主犯か従犯かを判断することになる」とされている。

次に、③役割について、「各実行犯の役割の考察とは、主として行為者の具体的行為と犯罪結果との因果関係を判断することを意味する。行為者の分担は、一般に犯罪結果と関連性を有する。例えば、直接に構成要件的行為を実行しなかった行為者は、構成要件的行為を直接に実行した者の行為に比べて、犯罪結果との因果関係が通常弱い。したがって、具体的行為と犯罪結果との因果関係は、一般に主犯、従犯を認定するための重要な要素である。例えば、故意殺人の犯罪において、甲乙二人はともに直接に殺人行為を実行した場合であっても、甲が数回刺したうち致命傷となる刺傷を与えたのに対し、乙が一度しか刺さず、しかも非致命傷にとどまったときは、通常の見解によれば、甲の行為は、被害者の死亡と直接的因果関係を有し、主犯と認定されるべきである。これに対して、乙の行為と被害者の死亡との因果関係の程度は甲に比べて弱いから、従犯と認定されるべきである」とされている。

以上の3つの要素に加えて、最高人民法院は補充的にさらに2つの考慮要素を指摘している。

すなわち、「さらに、事案において各実行犯の④活躍の程度を考察する。行為者が犯罪において示した積極性の程度も、主犯・従犯を認定する際の一要素である。ある行為者が造意犯ではないとしても、犯罪過程において極めて積極的な行動を示した場合には、これを従犯と認定することは適切ではない。例えば、甲と乙がともにナイフを持って被害者を刺して殺害しようとした場合、被害者の抵抗や回避に刺激されて乙が何度も被害者を刺したが（いずれも致命傷には至らなかったのに対し）、甲による一度の刺突が致

命傷となり、これによって被害者が死亡したとする。確かに、被害者の死亡結果は甲の行為によって直接にもたらされたものであるが、犯罪過程における乙の積極性は甲を大きく上回っているため、乙を従犯と認定することは相当ではない」とされている。

「最後に、各実行犯の⑤ 関与期間の長短も考察すべきである。行為者が事件に関与した時間的長さも、主犯・従犯を認定する際の判断要素の1つとなりうる。同一の事件において、甲が共謀、下見、犯行道具の準備、具体的な実行、贓物の毀棄等の一連の過程に関与していたのに対して、乙がそのうちの一段階のみに関与していた場合には、甲乙の分担・地位・役割が同程度であったとしても、主犯・従犯を区別する必要があるのであれば、関与期間の短い乙を通常従犯と認定することができる」とされる。

本件では、最高人民法院も、とりわけ張乙の積極性および関与期間の長さに着目し、その主犯的地位を認めている。

以上のように、最高人民法院は、① 分担、② 地位、③ 役割などの基準を挙げ、実行犯と副次的実行犯を区別するにあたり、総合的考慮に基づいて主犯・従犯を判断すべきであるとする立場を示している。しかしながら、① 分担および② 地位は、いずれも本来、副次的実行犯と実行犯の関係において論じられるべきものではない。

まず① 分担についてみると、確かに最高人民法院は、見張り行為や犯行道具の手渡し行為を例に挙げ、構成要件の結果との関連性が希薄な「分担」は、従犯にあたる可能性がある」と指摘している。しかし、幫助犯の検討で述べたように、中国の司法実務においては、「見張り」や「道具提供」などの構成要件的行為に該当しない行為は、そもそも幫助行為として把握されている。したがって、① 分担という基準は、実行犯と幫助犯の区別基準とはなりうるとしても、実行犯と副次的実行犯の区別基準とはなりえないのである。

次に、② 地位についてみると、最高人民法院は、指揮と被指揮の関係に着目し、前者を主犯、後者を従犯と評価している。しかし、共同実行犯の

場合において、実行行為を担当しつつ、同時に指揮を行う者を主犯と評価することについては、そもそも疑問の余地はない。なぜなら、第26条第4項が「第3項に規定する以外の主犯に対しては、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」と規定していることに照らせば、犯罪集団であるか否かを問わず、「指揮」行為を行った者が主犯と評価されることは、条文上すでに予定されているからである。

このようにみると、最高人民法院が示しているのは、一般的実行犯と副次的実行犯との区別基準というよりも、むしろ主犯と従犯との区別方法を提示したものと理解する方が適切である。

以上のように、実行犯と副次的実行犯とを区別するにあたっては、とりわけ③、④、⑤といった基準が実質的に機能している。ただし、本件はとりわけ④および⑤に依拠しつつ、張乙の主犯的地位を総合的に認定した事例であるといえる。問題となるのは、司法実務において③「役割」という基準がいかなる場面で用いられているのかという点である。以下では、関連する判例を取り上げ、この点についてさらに検討を加えることとする。

**【事例七】** 被害者 A は、出稼ぎから帰宅後、被告人 X に離婚の意思を表した。X は A の離婚意思を断念させ、出稼ぎに出ることを防ぐために、被告人 Y、被告人 Z に対して A の指 2 本を切り落とすか又は耳一つを切り取るよう唆した上、強盗事件を装うために、さらに A が持ち帰った貴重品を奪い取るよう教唆した。当日夜、Y は凶器を携えて、両名が A の寝室に侵入した後、Z は A の頭を押さえつけ、Y がお金を出すよう要求したところ、A は「タンスの中にある」と答えた。Y は、A が出稼ぎ先から持ち帰った現金700元、スマホ 1 台と充電器 1 個を奪い、さらに、金のネックレス 1 つおよび金の指輪一つ (約4000元) も奪った後、Y は携帯していた豚解体用の刃物で A の左耳の上部を切り取って

現場から逃走した。これにより、A は左耳に重傷を負った<sup>107)</sup>。

本件について泗洪県人民法院は、被告人 X が他人を唆して故意に他人の身体健康を違法に侵害させ、しかも他人の財物を強奪させたと認定し、被告人 Y および Z は、X の教唆を受けいれて共同して他人の身体を違法に侵害し重傷を負わせるとともに、住居に侵入して財物を強奪したと認定している。その上で、三被告人の行為はいずれも故意傷害罪および強盗罪<sup>108)</sup>を構成し、併合罪として処罰すべきであると判示している。

また、本件は共同犯罪事例であるため、主犯・従犯の認定について、泗洪県人民法院は、「共同犯罪においては、X および Y が主犯であり、Z は従犯に該当するため、刑を軽減することができる」と判示し、そのうち、主犯である X および Y に対しては有期徒刑16年の宣告刑（その内訳は故意傷害罪7年、強盗罪10年）の宣告刑を言い渡し、従犯である Z に対しては有期徒刑12年（その内訳は故意傷害罪5年、強盗罪8年）の宣告刑を言い渡した<sup>109)</sup>。

本件について、法院は Z を従犯と認定しているものの、それが「補助的な役割」を果たした場合であるのか、それとも「副次的な役割」を果たした場合であるのかについては言及していない。実際、中国の司法実務においても、本件と同様に、判決文において共犯者の主従を認定する際に、補助的な役割を果たした幫助犯であるのか、それとも副次的な役割を果たし

107) 【第91号】包勝芹ら故意傷害、強盗事件『刑事審判参考』第3集（2001年）24頁。

108) 刑法第263条によれば、「暴力、脅迫またはその他の方法により公私財物を強盗する者は、3年以上10年以下の有期徒刑に処し、罰金も併科する。以下の情状の一つがあれば、10年以上の有期徒刑、無期徒刑又は死刑に処し、罰金を併科し若しくは財産を没収する。（一）住居に侵入して強盗を行うこと……（五）強盗により他人に重傷を負わせ、又は人を死亡させたこと」。

109) 刑法第69条（併合罪の一般原則）第1項によれば、「判決の宣告以前に、一人で数罪を犯した者は、死刑また無期徒刑に処せられる場合を除き、総合刑期以下、数個の刑期の中で最も重い刑期以上で、酌量して執行すべき刑期を決定しなければならない。ただし、管制の場合は最高刑期3年、拘役の場合は最高刑期1年、有期徒刑の総合刑期35年未満の場合は最高刑期20年、有期徒刑の総合刑期35年以上の場合は最高刑期25年を超えてはならない」とされる。本件では、酌量により、宣告刑は1年程度減輕されたものと思われる。

た副次的実行犯であるのかを明示しない例がしばしばみられる。

もっとも、本件において Z が A の頭を押さえた行為に着目すれば、この行為は刑法第263条にいう「暴力」に該当しうるものであり、Z は故意傷害罪および強盗罪の構成要件的行為の一部を実行したものと評価することができる。したがって、本件は典型的な共同実行犯の事例であると解するのが相当である。ただし、犯罪の準備段階において刃物を携帯し、犯罪実行の際に積極的に金品を要求・強奪し、さらに被害者の身体に直接傷害を加えた Y に対し、Z は犯罪実行にあたり被害者を押さえつけていたにとどまり、傷害行為や金品の強取行為を自ら行ってはいない。この意味で、Z の果たした役割は Y に比べて相対的に小さいと評価することができる。

続いて、本件に類似する判例として、「副次的な役割」を明示的に指摘した判例を取り上げることとする。

**【事例八】** 当初、同村に在住の Y 女を強姦したことで刑務所で服役した被害者 A は、出所後何度も Y の夫 X およびその親戚から金銭を脅し取り、また道で Y を呼び止め、脅迫し、さらに X に対して「金を出さなければ家族全員殺す」と言い放ったりしていた。その後ある日、A は、X、Y 夫婦の仮住まいに赴き、金銭を脅し取ろうとした際、X は事前に用意した農業フォークを用いて A を地面に倒した後、A の身体を押さえつけ、Y は包丁を持って A に斬りつけたが、包丁を A に奪われたので、Y は農業フォークを手に取り、A を数回殴りつけた後、X は Y に事前に用意した豚解体用の刃物を持ってくるよう指示した。X はこれを用いて A の背中、胸部、頭部、顔面を十数回刺した。その結果、A は心臓を損傷し、失血性ショックにより死亡した<sup>110)</sup>。

本件について、濮陽市中級人民法院は、「被告人 X および Y は、他人の

---

110) 【第58号】閻留普、黄芬故意殺人事件【刑事審判参考】第3集(2000年)13頁。

生命を違法に奪ったものであり、その行為はすでに故意殺人罪を構成する。共同犯罪においては、Xは主要な役割を果たし、主犯であり、Yは副次的な役割を果たし、従犯である」と判示した上で、被告人Xについて故意殺人罪により有期徒刑6年に処し、被告人Yについては故意殺人罪により有期徒刑2年・執行猶予3年に処する旨を言い渡した。

つまり、Yは自らの判断に基づいて包丁を用いてAに切りつけた以上、構成要件的行為を実行したものと見えるため、幫助犯ではなく実行犯に該当する。もっとも、YはAに対して複数回にわたり包丁で切りつけ、さらに包丁を奪われた後も農業用フォークでAを殴りつけていたにもかかわらず、被害者の死亡結果を直接にもたらしたのはXによる最後の刺突行為であるといわなければならない。この点に着目すれば、Yの果たした役割は、Xに比べて小さいと評価することができる。

以上のように、【事例七】および【事例八】は、基本的には最高人民法院が指摘した③「役割」の基準に依拠して、副次的実行犯の認定を行っている。しかし、すべての事例において当該基準のみによって主犯・従犯を区別することができるわけではない。すなわち、単に結果に対する原因力の大小あるいはその比重のみに基づいて主犯と従犯を判断することは、必ずしも十分とはいえない。さもなければ、【事例六】の原審判決が示すように、共同犯罪において未遂に終わった者はすべて従犯と評価される帰結を招くことになりかねない。確かに、③「役割」という基準のみに着目すれば、【事例六】の原審の判断も必ずしも誤りであるとはいいきれない。しかしながら、最高人民法院は、あえて④「積極性」および⑤「関与期間の長さ」といった他の基準を併せて考慮することにより、張乙の主犯的地位を肯定していることは明らかである。

以上のように、副次的実行犯と実行犯との区別については、司法実務において統一的な判断基準が確立されているとはいいがたく、あくまで具体的な事案ごとに諸要素を総合的に考慮した上で、副次的実行犯の認定が行われているといえる。また、主犯と従犯を明確に区別することが困難な場

合には、法院は、必ずしもこれを区別する必要はなく、副次的実行犯の認定について広い裁量を有していると解される。

### 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

日本刑法との比較研究においてしばしば取り上げられるものとして、中国刑法の組織犯概念が挙げられる。この概念は、とりわけ共謀共同正犯論との比較において論じられることが多い。組織犯の内容については、中国刑法学において見解の対立がみられるとともに、日本においてもその内容が詳しく紹介されている。本節では、中国における組織犯に関する判例を検討するに先立ち、まず組織犯の内容に関する中国刑法学の研究状況について簡潔に整理したい。

第26条第1項(主犯)の前段は、「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……は主犯である」と規定している。また、第97条(首要分子の範囲)は、「本法にいう首要分子とは、犯罪集団または多衆犯罪において、組織・画策・指揮の役割を果たした犯罪者を指す」と定めている。

学説上、基本的にはこれら2つの条文が組織犯の根拠条文であると理解されている。また、第26条は主犯を定める規定であることから、組織者や指導者といった共犯者類型に該当する以上、これらが主犯と評価されることはいうまでもない。それにとどまらず、組織者および指導者のほか、画策者および指揮者も組織犯の範疇に含まれるものと一般に理解されている<sup>111)</sup>。

組織犯の処罰範囲については、主として①特有類型説、②同等説および③一般類型説という3つの学説が存在する。このうち、特有類型説が通説である。中国共犯論における課題の1つとして共犯の形式論が挙げられる。中国においては、共犯の形式とは、教唆犯や幫助犯といった典型的な共犯

---

111) 馬(編)・前掲(注5)542頁。

者類型を指すものではなく、犯罪集団を一種の特別な共犯形式と把握しつつ、集団形式を有しない一般的共同犯罪と区別することを意味する。特有類型説によれば、組織犯は集団犯罪という特殊の共犯の中のみ存在し、一般的共犯類型には存在しないとされる。これに対して、同等説は、組織犯を刑法第97条に規定される首要分子と同一視する立場をとっている。この説によれば、組織犯の中には、集団犯罪だけでなく、刑法各則に定められる必要的共犯としての多衆犯罪も含まれるとされる。もっとも、組織犯を特殊な共犯者類型と捉える点において、両説の間に大きな相違はない。これに対して、一般類型説によれば、組織犯は集団犯罪に限定されるものではなく、一般的共同犯罪の中にも存在しうるとされる。すなわち、たとえ犯罪集団が形成されていない一般的共同犯罪の場合であっても、共同犯罪において組織、指導、画策、指揮などの非実行行為を行った者は、組織犯に該当すると解されている。

一般類型説に立つと、組織犯は犯罪集団という形態に限定されることなく、共犯者の行為の性質に着目して、一般的共同犯罪においても組織犯を認めることができることになる。この場合、いかなる行為が一般的共同犯罪における組織犯にあたるのか、また、いかなる基準によって一般的共同犯罪における組織犯を認めるべきかという問題が生じる。しかも、その判断基準の相違によって、一般的共同犯罪における組織犯の処罰範囲が縮小され、あるいは拡大される可能性がある。例えば、支配性に着目し、一般的共同犯罪において教唆犯と評価されうる雇用犯の一部を組織犯と捉える見解もみられる<sup>112)</sup>。一般類型説の主張者は、「第3項に規定する以外の主犯

---

112) 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的研究」比較法雑誌47巻4号（2014年）87-88頁は、「組織犯の成立を犯罪集団の中に限るのは妥当ではない。なぜならば、そのような見解は、組織犯の支配性と決定性という本質的な特徴を顧慮せず、少なからず存在する組織犯と教唆犯の違いを無視した者であるからである。また、司法実務の現状ともそぐわない。例えば、多くの雇用犯罪において、雇い主の行為は、教唆行為、幫助行為とは、その性質を異にするものである。すなわち、雇用犯罪に際して、指導画策、指揮する等といった雇い主の行為は、しばしば、被雇用者の実行行為に対して

に対しては、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」と定める刑法第26条第4項を挙げ、これを根拠として、一般的共同犯罪においても組織犯が認められうると解している<sup>113)</sup>。

しかし、第26条第4項は、もともと組織犯を処罰するために設けられた規定ではなく、「汚職、賄賂罪の懲罰に関する補充規定」などの特別刑法における規定の不足を補うために新設されたものであるとされている。同規定第2条第2項は、「他の共同汚職犯罪の主犯に対して、情状が重い場合には、共同汚職の総額に照らして処罰する」と規定していたが、刑法改正の過程においては、「他の主犯に対して、情状が重い場合には、共同犯罪のすべての罪又は共同犯罪の総額に照らして処罰する」というような当時のある特別刑法の規定は、行為者がすべての犯罪活動に参加していない場合にも、その全体について処罰されるおそれがあるとして問題視されていた。すなわち、行為者は参加した犯罪の範囲内でのみ責任を負うべきであり、このように解することによって自己責任原則および罪刑均衡の原則を体现することができることとされたのである<sup>114)</sup>。

このようにみると、刑法第26条第4項は、後半で掲げられる「参加し、組織し又は指揮した」といった行為類型そのものを重視する規定というよりも、むしろ前半にいう「主犯」に対する処罰方法に重点が置かれているといえる。要するに、第26条第4項は主犯の処罰方法を定める規定ではあるが、主犯とりわけ組織犯を認定する機能を有するものではないと解される<sup>115)</sup>。したがって、第26条第4項を一般類型説の独自の根拠条文と理解す

---

一定のコントロールを及ぼす役割を果たしているものである」という。

113) 趙・前掲(注112)95頁。また、趙輝「組織犯概念的再界定」雲南大学学报法学版21卷3期(2008年)48頁。

114) 馬(編)・前掲(注5)569-570頁。

115) 「組織し又は指揮し」といった文言に着目するだけでは、本条項を一般的共同犯罪における組織犯に関する規定と直ちにみることはできない。例えば、画策行為を行った者の処罰についてみると、犯罪集団という形式が存在する場合には、画策者が組織犯として主犯に該当することはいうまでもない。しかし、問題は、一般的共同犯罪において画策行為が行われた場合である。ところが、第26条第4項は組織行為および指揮行為のみを規定してお

ることは必ずしも妥当とはいえない。なぜなら、たとえ特有類型説の立場に立ったとしても、一般的共同犯罪において組織犯（主犯）が認められる余地はなお存在するからである<sup>116)</sup>。

つまり、どの学説を採用したとしても、このような「他の主犯」を規定する以上、一般的共同犯罪において組織・指揮等の行為を行った者を正犯として認めても、罪刑法定主義に反するとは言い難い。もっとも、問題となるのは、このような「他の主犯」規定が、本当に中国の共犯体系と整合するのかという点である。

特殊的共同犯罪における「組織犯」の成立は、犯罪集団という組織的形態の存在を前提としており、この点においては例外規定として理解することができる。しかし、一般的共同犯罪においてこれを例外規定と捉えるべきか、それとも一般規定と捉えるべきかについては、明らかにこれを後者として理解することはできない。というのも、もし一般規定と解するならば、前述したように、構成要件の実行行為の有無によって区別される実行犯と幫助犯の区別と整合しなくなるからである。したがって、刑法第26条第4項の「他の主犯」の規定は、集団犯罪における組織犯の場合と同様に、例外規定として理解するのが妥当であると思われる。

## 二 犯罪集団の成立要件

犯罪集団において組織犯が成立しうること自体については、まず疑いの

---

り、画策や指導といった組織犯に典型的な行為については明示的に規定していない。それにもかかわらず、あえて画策などの行為を処罰するためには、同条項が定める「参加」行為を借りて画策者の主犯性を先に判断しなければならない。この意味で、一般的共犯たる組織犯を承認することに等しいことになる。また、指導行為（いわゆるリーダー行為）も組織犯の重要な構成要素であるにもかかわらず、同条項に明示されていないことからすれば、同条項に列挙された「参加」、「組織」、「指揮」という各行為は、あくまで例示的なものにすぎない。筆者は、第26条第4項は、主犯に関する規定（厳密に言えば、主犯の処罰方法に関する規定）であり、組織犯に関する規定ではないと解する方が妥当であると考ええる。

116) 馬（編）・前掲（注5）569頁

余地がない。しかし、犯罪集団の成立要件は、比較的厳格に規律されている。伝統的見解によれば、犯罪集団が成立するといえるためには、① 三人以上の者から構成されること、② 一定程度の組織性を有すること、③ 特定の犯罪を実行する目的性を有すること、④ 相当程度の強固性を備えることが要求されている。

例えば、以下の【事例九】のように、三人以上の者が糾合され、反復して薬物の運搬・販売が行われていた場合であっても、組織性が否定されることにより、犯罪集団とは認められないとされる場合がある。

【事例九】X は、前後にわたり被告人 A、B、C その他 6 名以上の者を糾合した上で、購買、運搬、貯蔵、販売を一体化した薬物販売ネットワークを結成した。その中、C は、X の指示の下で、X が購入したヘロインを引き取り、X が手配した者に引き渡して運搬させるとともに、鉄道乗車券を購入してその者に提供することを担当し、A、B は薬物の運搬を担当する。犯罪実行にあたり、C は、X の指示を受けて、薬物を鉄道乗車券と共に被告人 A と B に引き渡し、甲地に運搬しようとしたが、B は口実をつくり運搬を拒絶して、後日ヘロインを C に返還した<sup>117)</sup>。

本件については、まず X らの集団性について、第一審は次のように説明する。「被告人 X は、他の被告人らを糾合した上で、ヘロインを販売する犯罪集団を組織し、組織的に大量のヘロインを販売、運搬した。被告人 X の行為は、すでに薬物販売運搬罪に該当する。また被告人 A、B の行為はすでに薬物運搬罪を構成する。しかも、各被告人が販売、運搬したヘロインの数量は、明らかに刑法第347条第 2 項 (一)<sup>118)</sup> の法定基準を超えている」

117) 【第413号】練永偉等薬物販売事件『刑事審判参考』第 5 集 (2006年) 29頁。

118) 第347条：① 薬物を密輸し、販売し、運搬し、又は製造した者は、数量の多少を問わず、すべて刑事責任を追及し、刑事処罰を与えなければならない。

とされている。

その上で、「被告人 X は、組織、指揮の役割を果たした首要分子であり、集団により行われたすべての犯行に対して責任を負う。被告人 A と C は、積極的に犯罪を実行した主犯であり、彼らが実行したすべての犯罪について責任を負う。被告人 B は、副次的な役割を果たしており従犯である」<sup>119)</sup>と判示されている。さらに、量刑については、X および A に対しては「死刑に処し、政治権利を終身剥奪し、全財産を没収する」とされ、B に対しては、「死刑に処し、執行猶予 2 年を付し、政治権利を終身剥奪し、人民元 8 万円を没収する」とされている。

しかし、これに対して第二審は、被告人らを犯罪集団とする第一審の認定は不当であるとして、本件は被告人 X が他の被告人らを糾合し、大量のヘロインを販売、運搬した事件であることから、一般的共同犯罪にあたる判断した。その上で被告人 X および A の原判決を維持しつつ、B に対する死刑判決(執行猶予 2 年)については、これを破棄原判し無期懲役に改めた。

犯罪集団を認めない理由は、いわゆる犯罪者間に組織性が認められない点にある。最高人民法院は、本件の死刑再審手続において、主に一部の構成員が比較的自由に犯罪行為への関与を拒否することができるか否かという点に着目し、犯罪の組織性を否定している。具体的には、構成員 B が犯罪行為の実行を嫌がり、自らの意思により脱退していることからすれば、X は他の犯罪者に対して顕著な統制・指導の役割を有しておらず、内部的な拘束も厳格ではなかったと認定している。

---

② 薬物を密輸し、販売し、運搬し、又は製造したのは、以下の情状のいずれに該当する場合、15年以上の有期懲役、無期懲役、又は死刑に処し、かつ財産を没収する。

(一) アヘンを 1kg 以上、ヘロイン又はメタンフェタミンを 50g 以上、その他の大量の麻薬を密輸し、販売し、運搬し、又は製造した場合。

119) 各被告人に対する量刑について、X、Y および A：死刑に処し、政治権利を終身剥奪し、全部の財産を没収する。B：死刑に処し、執行猶予二年を付し、政治権利を終身剥奪し、人民元 8 万円を没収する。

そして、組織性の一般的な判断基準について、最高人民法院は次のように説明する。

「組織の構造においては、構成員が比較的固定しており、内部には明確かつ固定的な組織的分担や階層的区別が存在し、指導者と被指導者との間に明確な上下関係がみられる。これにより、首要分子、幹部および一般構成員等に区分される。もちろん、犯罪集団によって組織の緊密性の程度には相違がある。ある犯罪集団は、組織性が極めて強く、成文の『紀律』や『組織規程』等によって構成員を拘束している。これに対して、ある犯罪集団は組織性が比較的弱い場合もある。もっとも、全体からしてみれば、犯罪集団の内部には比較的強固な組織性および一定の安定性が認められる。これは犯罪集団の成立に不可欠な要件であり、また一般的共同犯罪と区別する主な特徴である」。

以上の一般的基準を踏まえて本件を検討すると、「複数回にわたって、ともに犯罪行為を行い、各自の役割分担も比較的安定していたものの、被告人 X が資金提供、薬物の調達、関係者の手配など、薬物取引において主導的な役割を果たしたことは認められる。他方で、他の被告人に対する組織上の指導、指揮または統率の程度は、犯罪組織に求められる水準には達しておらず、他の被告人との間に指導と被指導の関係が存在せず、各被告人の間にも組織的拘束は存在しない」と判示されている。

### 三 集団犯罪における主犯、従犯の区別

集団犯罪においては、組織犯(第26条第1項又は第97条)と認定された以上、主犯とされることは勿論であるが、中国刑法上は、一般的参加者(組織犯にあたらぬその他の参加者)も認められており、さらに一般的参加者の内部においても主従を区別する必要がある。

一般的参加者の処罰根拠については、例えば、ソビエト刑法教科書派によれば、犯罪組織における一般的参加者は、当該組織が実行したすべての犯行に責任を負うべきであるとされる。すなわち、犯罪組織に参加した時

点で、すでに犯罪が成立し、法庭は一般的参加者の犯罪組織における役割や参加または実行の程度を考慮した上で、相応の刑罰を科すにとどまるとされる<sup>120)</sup>。このような見解が主張される理由は、組織犯という共犯者類型が1926年ソビエト刑法典の総則に明文で定められていなかったことに求められる。しかしながら、中国刑法においては、組織犯が総則において明文で規定されている。このため、この場合には、各則においてあらかじめ定められた組織犯罪とは異なり、犯罪集団の組織行為や参加行為それぞれ自体が処罰対象となるのではなく、特定された犯罪の実行が必要である<sup>121)</sup>とされる。

また、組織犯における共犯者類型の検討は、従来からしばしば行われてきた。例えば、組織犯のほかにも、実行犯、脅従犯、教唆犯および幫助犯の存在が指摘されている<sup>122)</sup>。また、「集団犯罪の内部構成員には、基本的に一般の共同犯罪の分類が適用される」<sup>123)</sup>とする見解もみられる。しかしながら、近年においては、組織犯罪における一般的参加者に対する検討は相対的に減少しており、通説的教科書においてもこれを詳細に論じたものはほとんどみられない。これは、中国刑法の共犯規定に着目すると、第25条から第29条において定められているのが主犯、従犯、脅従犯および教唆犯であり、「組織犯」は主犯の一類型として刑法第26条第1項に規定されるにすぎず、幫助犯や教唆犯のような独立の共犯者類型としては明示されていないことによるものであると思われる。そのため、一般的参加者の内容を特に検討する必要はなく、「役割に応じて」、主犯または従犯・脅従犯として処罰すれば足りると考えられる。もっとも、一般的参加者の内部においてもさらに実行犯、幫助犯および教唆犯へと細分化しうる点に注意する必要がある。

また、犯罪集団のすべての犯行について責任を負う組織犯とは異なり、一

---

120) 宋・前掲（注3）113-114頁。

121) 張凌「中国刑法における組織犯罪」早稲田大学大学院法研論集90号（1999年）270頁。

122) 李光燦『論共犯』（法律出版社、1957年）39-40頁。

123) 張・前掲（注121）270頁

般的参加者は、第26条第4項に照らせば、自己の関与した犯罪についてのみ責任を負うにとどまる。第26条第4項は「他の主犯」に関する規定であるが、主犯的地位を有する参加者であっても自己の関与した犯罪に限って責任を負うとされている以上、従犯的地位にとどまる参加者についても、彼自身が関与した犯罪について責任を負うにすぎないと解するのが当然である。

さて、犯罪集団において、組織、指揮、指導、画策を行った者が主犯たる組織犯とされることは条文上明らかであり、特に疑問の余地はない。問題となるのは、これらに該当しないその他の参加者について、主犯と従犯の区別を判例がいかに認定しているのかという点である。さらに、特殊の共同犯罪は一般的共同犯罪における共犯関与者類型と基本的に一致することから、この主犯・従犯の区別基準についても接近させて理解すべきではないかと思われる。この点を明らかにするものとして、以下に掲げる【事例十】が特に参照に値する。

**【事例十】**1999年、強盗、殺人集団の組織者とする甲は、湖南省安郷県で犯行を計画し、中国農業銀行安郷県支店に勤務する Y を取り込み、2000年初め、甲は Y に対して安郷県で金持ちがいらないかと尋ねたところ、Y は、ある局長および農業銀行の行長である被害者 A が金を持っていると告げ、両者の個人情報や家庭状況の詳細を甲に提供して、甲と共に強盗を画策した。

甲は、Y 以外の他のメンバーに強盗、殺人用の道具の準備を命じ、他のメンバーと数回局長の家付近で待ち伏せたが、在宅していなかったため、未遂に終わった。後日、甲は再び Y と共に A に対する強盗を画策して、甲は Y を通じて A が自宅にいるという情報を得て、他のメンバーと共にスコップやビニール袋などの犯行道具をもって A 家に向かった。Y は A 家付近に立ち、甲に対して、A 家の情報を報告して、

甲がA家の玄関に到着したのを見届けた後、その場を離れた<sup>124)</sup>。

本件においては、Yは前後にわたり被害者の情報提供など一連の行為を行っていたが、法院によれば、「被告人Yは、不法占有の目的で他人と共謀して積極的に暴力によって他人の財物を強取することを画策し、積極的に強盗対象を指示する行為を行っており、強盗罪を構成する。しかも、本件は住居侵入強盗であり、強盗金額も巨額である。……Yは犯罪集団の構成員であり、共同強盗犯罪において主要な役割を果たし、主犯である」とされる。すなわち、確かにYは実行行為を行っていないものの、組織者である甲とともに犯罪の実行計画を画策した以上、従犯とされる余地はもはやなくなる。

これに対して、本件において、不法占有の目的有し、画策に参加し、かつ強盗の実行行為にも関与したもう一人の共犯者である被告人Zについては、主犯か従犯かの認定が問題となるが、法院はZを従犯と認定している。確かに、Zは、画策行為に参加したが、Yの「画策した」行為とZの「画策に参加した」行為との間には、その関与の程度において少しニュアンスの差異が認められる。もっとも、Zが画策にどの程度関与していたのかについては、法院は特段明確な説明をしていない。むしろ法院が重視しているのは、強盗の構成要件の実行行為の有無である。法院によれば、「Zは犯罪集団の構成員であり、彼が関与した共同強盗および故意殺人犯罪において直接に暴力を行使していないことから、副次的な役割を果たしたにすぎず、従犯である」とされている。

実際のところ、本件においては、基本的に一般的共同犯罪における副次的実行犯と同様の判断方法が採用されている。すなわち、集団犯罪における強盗罪について、財産の奪取のみに関与した参加者の役割は、被害者の身体に直接侵害を加える暴行行為ないし殺人行為を行った共犯者に比べて

124) 【第116号】張君等強盗、殺人犯罪集団事件「刑事審判参考」第7集（2001年）13頁。

小さいとする考え方は、一般的共同犯罪における副次的実行犯の認定方法に類似するものである。例えば、【事例七】では、両被告人はいずれも構成要件的行為の一部又は全部を実行したと評価しうるものの、被害者の身体を押さえた被告人は、金品を奪取し、かつ被害者に重傷を負わせた被告人に比べて役割が小さいと評価されている。これと同様に、本件においても、財産の奪取のみに関与した被告人 Z は、被害者を殺傷した他の被告人に比べて罪責が軽いと判断された事案である。

次に、会社の形態を装った振り込め詐欺集団における各関与者の主犯・従犯の区別については、以下の判例もみられる。

**【事例十一】** 被告人 X は、甲会社を設立して振り込め詐欺活動を行っている。甲会社は、茶葉を売り込むことを名目にして、前後にわたり台湾地区で40人、大陸地区で40人以上の者を糾合して、詐欺活動を行わせている。Xらは、不法者から大量に台湾地区の住民の個人情報を購入した上、Yに各組の構成員に分配するよう指示した。

一部の被告人らは、台湾地区のある病院の看護師を装い、Yが提供した個人情報に基づいて電話をかけ、被害者に対して、誰かがその身分を冒用して病院で保険などの手続を行っていると告げ、被害者の信頼を取得した後、代わりに通報するとアドバイスした。

その後、巡査、警官を装った被告人らは、電話で被害者に対して被害者の身分が冒用され、マネーロンダリングおよび詐欺の疑いがある口座が開設されたため、警察隊長に移管する必要があると述べた。

警察隊長を装った被告人らは、被害者の口座がまもなく凍結されるために、被害者に対して、検察官の調査に積極的に協力しなければ、拘束される可能性があると告げた。

被害者が上述の虚構の事実を信じた後、検察官を演じた被告人らは、検察官の立場で被害者に対して口座内の資金の提出を求め、これを一時的に司法機関に保管し、真相が明らかになった後、返還すると承諾

した。

被害者がその意見を受け入れた後、検察官を演じた被告人らは、被害者に、現地の協力者が装った司法職員に現金を提供させ、または指定された個人口座に振り込ませた。また、Xらは、被害者の疑念を解消するために、虚偽の司法文書をつくって、現地の不法者を通じて被害者に交付し、しかも甲会社において電話照会システムを設置した<sup>125)</sup>。

本件について、法院は、会社の形態を有する振り込め詐欺集団における主・従犯の認定にあたり、職務内容等の要素を総合的に考慮する必要があるとしている。

まず、XとYの主従関係については、法院によれば、Xは甲会社において実質的な管理者であり、Yは会社の行政管理者として、両被告人は、会社の維持、運営に対して重要な役割を果たしており、主犯と認定するのはいうまでもないとされる。

しかし、その他の40名の被告人は、それぞれ異なる役割、すなわちいわゆる「キャラ」を演じて詐欺を実行したため、中国刑法上の実行犯に該当するとはいえ、彼らが共同犯罪において果たした役割には、なお主従の区別がある。すなわち、特殊的共同犯罪においても実行犯と副次的実行犯をいかに区別するのかという問題に帰着する。そこで本件における各被告人の主従関係の検討にあたり法院が着目したのは、各被告人の演じた「キャラ」である。

法院は、甲会社による犯罪実行の基本的手法として、被害者に対し各自のキャラを演じた構成員が段階的に接触し、各キャラが相互に連携しながら、被害者が騙されるにいたるまで継続的に行為が遂行されるものとする。そして、詐欺過程の終盤に近いキャラを担う者ほど、詐欺手法に対する要求水準が高く、被害者に与える影響も大きく、一回ごとの詐欺の

---

125) 【第951号】 範裕榔等詐欺事件『刑事審判参考』第1集（2014年）88頁。

成功率も高く、また高位のキャラを演じられること自体、行為者の詐欺技術や内部における影響力が相対的に高いことを意味するとされる。さらに、各被告人の入職期間、会社における地位および取得した利益の状況を考慮し、総合的な判断を行うべきであると判示した上で、Pら、Qら、Rらに区分し、それぞれの主従犯の認定を次のように判断している。

「本件において、Pら9名の被告人は、比較的早い時期から在職し、詐欺の過程において、警察隊長、検察官等の高位のキャラを演じ、複雑な詐欺手法を用い、被害者に対して勾留や銀行口座の凍結といった司法手続き上の不利益を告知することにより、捜査協力を求め、その上で資金移転を誘導している。これらの事情に照らせば、被害者の財産を騙し取る過程において重要な役割を演じ、詐欺において主導的な役割を果たしており、利益も多く得ていることから、Pらを主犯と認定すべきである。

他方で、Qら19名の被告人は警察官の役を、Rら12名の被告人は病院職員役をそれぞれ演じており、これら31名はもっぱら詐欺における予備的な接触や誘導行為に関与していただけで、関与の程度は低く、被害者の信頼を獲得する成功率も低く、得た利益も少ないことから、共同犯罪における役割は副次的であり、従犯と認定すべきである」とされる。

このように、法院は、各構成員が演じたキャラに照らして、主従の性質を判断している。ただし、留意すべきは、確かに演じた「キャラ」が重要な要素の1つであるものの、法院は、これのみに基づいて各被告人の役割を判断するわけではなく、関与期間の長短、取得した利益や関与の程度などを総合的に考慮した上で判断を下している。すなわち、警察隊長や検察官等の高位の役割を担った場合であっても、他の要素との総合評価の結果として、役割が相対的に小さいと認定される余地も否定されない。

#### 四 一般的共同犯罪における組織犯（主犯）

本節の冒頭でみたように、一般的共同犯罪において組織犯が存在するか否かについては、学説上争いがある。もっとも、すでに述べたように、一

般類型説を採用するか、それとも特有類型説を採用するかにかかわらず、一般的共同犯罪における組織犯の存在は、結論に実質的な影響を及ぼさない。なぜなら、たとえ一般的共同犯罪において組織犯の存在を否定したとしても、組織、指揮、指導や画策といった役割が通常大きいと評価される以上、そのような行為を行った者が主犯として認定されること自体には影響がないからである<sup>126)</sup>。結論として、判例においても、一般的共同犯罪において組織、指揮等の行為を行った者は、通常主犯と認定されている。そこで、以下ではいくつかの判例を取り上げることとする。もっとも、一般的共同犯罪において組織犯的性格を有する者が主犯として処罰される点については、判例上ほぼ自明の前提として取り扱われており、従来、特に検討の対象とされてこなかったゆえ、以下では主として判例の結論を確認するにとどめることとする。

**【事例十二】** X は、長年にわたり工業用豚脂の取引に従事しており、当該工業用豚脂が食用ではなく工業原料であり、人が摂取すれば健康を害するおそれがあることを十分認識していながら、巨額の利益を得るために、これを食用豚脂と偽って大量に卸売し、被告人 Y らに販売させた。その結果、（消費者）3 名が死亡し、1000 名以上が中毒症状を起こすという重大な被害が発生した<sup>127)</sup>。

法院によれば、被告人 X の行為は、中華人民共和国刑法第144条<sup>128)</sup>に違

126) ただし、一般的共同犯罪における組織犯と、同じく一般的共同犯罪における主犯（例えば、実行犯としての主犯や教唆犯としての主犯）との認定基準の整合性についても考慮しなければならないことは、すでに述べたとおりである。本稿の見解によれば、一般的共同犯罪における組織犯も、特殊的共同犯罪における組織犯と同様に、例外的な類型として理解されるべきである。

127) 【第94号】林烈群、何華平等有害食品販売事件『刑事審判参考』第4集（2001年）1頁。

128) 第144条【有毒・有害食品製造・販売罪】

製造または販売する食品に、有毒・有害な非食品原料を混入した場合、又はそれを知りながら、有毒・有害な非食品原料が混入された食品を販売した場合において、5年以下の

反し、有害食品販売罪を構成する。この点に関し、X は積極的に組織・実行し、主要な役割を果たしていることから、主犯に該当すると認定される。

【事例十三】被告人 X は、雲南省昆明市において Y (別件処理) に対して 5.5g のヘロインを販売した後、さらに 3500g のヘロインが販売可能であると告げ、買い手の紹介を Y に依頼した。

同年 3 月初旬、Y は Z を X に紹介し、ヘロインの購入交渉を取り持った。3 月 30 日正午頃、X は Z と 1g あたり 430 元という価格で取引することに合意し、同日午後 Z の居所を訪れ、購入資金を確認した。

翌 3 月 31 日午前、X は Z に対し、約 6000g のヘロインが取引可能である旨を告げ、同日 15 時 40 分頃、X はヘロインを携帯して昆明市龍龍旅館 201 号室に赴き、Z と取引を行おうとしたところ、公安当局により、現行犯として逮捕された。

また、X の指示により旅館外で見張りをしていた P も、現場で逮捕された<sup>129)</sup>。

まず、X の主犯性については、第一審によれば、X が犯意の提起者である点に着目して、「被告人 X は、共同犯罪において薬物の所有者であり、最初に犯意を提起し、価格を協議した上で薬物取引を行うなど、主要な役割を果たした主犯であり、彼が関与した犯罪に応じて処罰する」として、X の主犯性を認めた。これに対して、第二審は、「被告人 X は、共同犯罪において組織・指揮の役割を果たしており、主犯である」と判示し、X の組

---

有期懲役に処し、併せて罰金を科す。

人体の健康に重大な危害を及ぼした場合又はその他重大な情状がある場合において、5 年以上 10 年以下の有期懲役に処し、併せて罰金を科す。

死亡に至らしめた場合、又はその他特に重大な情状がある場合において、本法第 141 条の規定により処罰する（第 141 条：偽薬の製造、販売、提供により 10 年以上の有期懲役、無期懲役又は死刑に処し、罰金又は財産の没収を併科することができる）。

129) 【第 538 号】申時雄、汪宗智薬物販売事件『刑事審判参考』第 2 集（2009 年）65 頁。

織者・指揮者の性格を認めた上で、その主犯性を認めたのである。

ここで注意すべきは、特殊的共同犯罪とは異なり、一般的共同犯罪において組織、指揮等の行為を行った者であっても、その犯罪集団が犯したすべての犯行に応じて処罰されるのではなく、第26条第4項（他の主犯）に基づいて、当該組織者、指揮者自身が実際に関与した犯罪についてのみ責任を負うべきであるという点である。この点について、本件では、最高人民法院は再審手続においても、Xについて「主犯であり、彼が関与したすべての犯罪に応じて処罰する」と判示し、第一審の判断を肯定している。このように、犯罪集団の犯行に応じて処罰されるのか、それとも個人責任の原則に従い関与した犯行に応じて処罰されるのかということは、特殊的共同犯罪と一般的共同犯罪の根本的な区別であるといえる。

また、見張りを行ったPについては、第一審および第二審のいずれも従犯と認定し、しかも「Pは補助的な役割を果たしていた」との表現を用いることで、その行為を幫助犯として位置づけている。

【事例十四】被告人Xは私怨を晴らす目的で、銃器等の凶器を用意して、Yらを糾合して犯行現場でYらに対して被害者への襲撃を指示し、Yは、Xの指示を受け、公共の場所で、尖刀で被害者の胸部等に対して連続して刺突し、直接に被害者の死亡を招いた。ただ、Xが直接に刃物をもって殺害行為を行ったか否かは不明である<sup>130)</sup>。

本件は、被告人Xが実行行為を行ったか否かは不明であるため、実行犯と認定することによりXを主犯として処罰することはできない。これに対して、最高人民法院は、「共同犯罪において主要な役割を果たして主犯であり、彼が組織、指揮したすべての犯罪に応じて処罰する」として、一般的共同犯罪における組織犯を認定することを通じてXの主犯性を肯定している。

---

130) 【789号】屠桂軍等故意殺人案『刑事審判参考』第4集（2012年）6頁。

このように、判例は、一般的共同犯罪においても組織的関与を理由として主犯性を認めている。ただし、注意すべきは、判例がここで行っているのは組織犯の認定というよりも、むしろ主犯の認定として理解する方が適切である。

#### 第四節 共謀共同正犯に関する判例

従来、学説上、共謀共同正犯理論は伝統的見解により排斥されてきたが、近年、中国刑法理論の発展に伴い、中国の共犯体系において共謀共同正犯を認めるか否かをめぐって見解が分かれている。例えば、第二章で紹介したように、二層区分説に立てば、第一層で形式的客観説を採用することにより、正犯、幫助犯および教唆犯が区別されるため、共謀共同正犯を認めないことはいうまでもない。これに対して、共謀共同正犯を認めるのは、主として同等関係説に基づくものであるが、日本における共謀共同正犯理論を受容しつつ、さらに共同正犯の内部において主犯と従犯の区別を再度行うべきであるとする見解もみられる。

従来、共謀共同正犯概念は理論上にとどまるものとされてきたが、近年の判例をみると、共謀共同正犯理論を正面から援用する判例が徐々に現れているといわざるを得ない。このような判例上の変容は、共謀共同正犯肯定説にとって好意的なものであり、共謀共同正犯の支持者は、基本的に判例における共謀共同正犯理論の適用に着目し、司法実務の中からその処罰根拠を見出すことに努め、中国共犯体系に共謀共同正犯を導入すべきだと唱えている。もっとも、共謀共同正犯理論はすでに中国の司法実務に広く浸透しているといえるものの、なお定着しているとまでは到底いえない。したがって、共謀共同正犯の主張者はこの点を踏まえ、日本における共謀共同正犯理論および判例を参照しつつ、司法実務における同理論の運用上の混乱状況の整理を試みている。

本節では、共謀共同正犯を肯定するものとしてしばしば取り上げられる2つの典型的な判例を検討することとする。まず、実行行為に出なかった

共謀者を共謀共同正犯と認めた次の下級審判例を紹介する。

【事例十五】被告人 X、Y、Z は共謀のうえ、Y と X が甲地で25000元の値段で薬物を購入した上で、乙地で販売することとした。被告人 P は、X の依頼に応じて、レンタカーを借りた上、被告人 Q を誘って共に車で甲地に向かい、薬物を乙地へ運搬するのを帮助した。X、Y、Z、P、Q は、乙地に到達した後、X、Y、Z はホテルに泊まり、P は薬物の一部を家に持ち帰って蔵匿し、Q はネットで電子計量器を購入した上で X、Y、Z に対し、薬物を計量するためにこれを提供した。ただし、後日の販売行為はすべて X、Z により行われ、Y、P、Q は販売には関与していなかった<sup>131)</sup>。

本件は、共謀共同正犯の成否について、とりわけ Y の行為の性質が問題となる事例である。最初の共謀に関与した Y は、乙地における販売行為に直接参加していなかったにもかかわらず、第一審である広西壮族自治区田東県人民法院は、その行為は刑法第347条の規定に違反し、薬物販売罪を構成すると認定した。その上で、同法院は、Y が共同の犯罪意思に基づき、すべての共同者に分担された客観的事実の存在を要するものではなく、共同意思主体のうち一人が実行行為を行えば、全体としての実行とみなすことができるとし、単に共謀に関与し、自ら実行行為を行わなかった者であっても共同正犯として処罰されるべきであると判示した。この点に着目すれば、本判決は、日本の共同意思主体説に依拠しつつ、Y の共謀共同正犯性を肯定したものと解され、共謀共同正犯の典型例の1つとして位置づけられている。

しかし、実際には、本件においては、必ずしも共謀共同正犯の概念を用いなくても、Y の主犯性を説明することは不可能ではない。本判例におい

---

131) 「梁鋒等薬物密輸、販売、運搬、製造罪」広西壮族自治区田東県人民法院（2020）桂1022刑初61号刑事一審判決書。

ては、Xの主犯性を基礎づける事情として、Xが薬物の購入に出資し、薬物を運搬し、さらにこれを小分けにするなどして主要な役割を果たしている点が指摘され、主犯であると認定されている。すなわち、法院は、薬物の購入および運搬といった行為を、Yの関与行為として把握しているものと理解されている。しかしながら、刑法第347条は、密輸、販売、運搬および製造といった各行為をそれぞれ独立した実行行為として規定しており、これらのいずれかに該当すれば本条により処罰されうる構造を有している。この点に照らせば、法院がYについて単に薬物販売罪を構成すると認定したことは、条文適用の観点から問題があるといわざるを得ない<sup>132)</sup>。

すなわち、本件では、Yは事前にX、Zと協議しただけでなく、薬物の購入行為および運搬行為にも関与しているため、単に典型的な共謀共同正犯の問題として扱うことはできず、この場合のYは、実行犯としての主犯と考える方が妥当であると思われる。先にも検討したように、共同犯罪において謀議のみに関与し、実行に出なかつた共謀者については、基本的には主犯ではなく、幫助犯としての従犯と解されている。

**【事例十六】** 被告人Xは、薬物の入手経路を知るAと被告人Yを引き合わせ、三人は共謀し、まず、Aが先に広東省へ赴き薬物の仕入先を探し、その後、Xに連絡して広東省へ呼び寄せ、Aと共に薬物を購入して、上海へ運搬して販売することおよびYが資金を提供することを決定した。Aは、広東省で仕入先を見つけて連絡を取ったが、Xが薬物の使用により公安当局の取調べを受けたため、YはさらにB、Cに指示し、当日飛行機で広東省へ向かわせた。翌日、B、CはAと共に薬物を購入した後、Yは、口座送金により薬物代金を仕入先に支払っ

132) また、通説によれば、販売の目的をもって薬物を購入する行為それ自体が薬物販売の実行行為にあたり解されているため、薬物販売・運搬罪と認定されても差し支えないとされる。確かに、この見解には類推解釈の疑いがあるが、このような理解を採ると、もはや共謀共同正犯理論を援用する必要はなくなるのである。

た。当日の夜、三人は、薬物を携えて長距離バスで上海へ向かう途中、公安職員に発見され、薬物を押収された<sup>133)</sup>。

本件では、薬物の販売および運搬について共謀に関与していたにもかかわらず、実行段階において個人的な事情により運搬の実行行為を行うことができなかつたXに対する評価が問題となる。

上海市第二中級人民法院によれば、X、YとAは共謀して薬物を販売、運搬することを企てており、確かに、Xは自己の意思以外の原因により具体的な犯罪の実行行為を行わなかつたとはいえ、YをAに引き合わせ、さらに共謀にも関与していたことからみれば、その行為と本件の薬物販売、運搬の犯罪との間の因果関係は有効に切断されていないので、XとYは共犯であり、共同犯罪においてYは、出資者かつ主謀であり、Xが自己の意思以外の原因で薬物を購入できなかつた後も、さらにBおよびCに指示して薬物を購入させ、主犯であるとされる。それに対して、Xの果たした役割は補助的であるとして従犯であるため、主犯に照らして処罰を減輕することができることとされる。

まず、Yの行為については、薬物の出資者であり、通説によれば、販売の目的をもって薬物を購入する場合、薬物販売にあたと解されていることから、遅くとも薬物の仕入先に対して送金を行った時点で、薬物販売の既遂が成立すると考えられる。また、Yは運搬行為の遂行ができなかつたことを認識した上で、さらにBおよびCを手配して薬物を運搬させていることから、共同犯罪において「指揮」の役割を果たしたと評価することも可能である。したがって、Yの主犯としての性格については特段の疑問は生じない。

それに対して、Xの役割については、法院が「補助的」という表現を用いていることから、Xを幫助犯である従犯と位置づけているようにみえる。

133) 「胥善林等薬物使用場所提供事件」上海市高級人民法院（2010）沪高刑終字第124号刑事二審裁定書。

しかし、裁判官は、本件を評釈するにあたり、共同意思主体説に基づく共謀共同正犯理論を借用して X を正犯と認定したにもかかわらず、同時に補助的な役割を果たした従犯とも認定している。しかし、共謀共同正犯と認定した上で、なぜ従犯と評価することができるのかについては説明が示されているとはいいがたい。通説および先例によれば、X は直接に構成要件の実行行為を行っていない以上、補助的な役割を果たしたものととどまり、あくまで幫助犯として扱われるべきであるとされると思われる。

以上のように、判例上認められたものは、果たして共謀共同正犯といえるのであろうか。確かに、判例においては「共謀共同正犯」という用語がしばしば用いられているものの、それが必ずしも共謀共同正犯そのものを指しているわけではなく、むしろ「共謀による共同犯罪」と理解する方が適切であるとの指摘もみられる<sup>134)</sup>。本件の判旨および評釈においても、確かに（共謀）共同正犯という表現が用いられているが、実際にここで承認されたのは、共謀により因果関係が切斷されなかったため、実行しなかった者であっても、実行者に対する心理的因果力がなお残存しており、その結果、共同犯罪の成立を免れないという点にある。そして、共同犯罪には、実行犯、教唆犯および幫助犯が存在することからすれば、本件において法院が示そうとしているのは、Y が共謀共同正犯としての正犯であるという点ではなく、むしろ、たとえ Y が実行行為に及ばなかったとしても、共謀に基づく心理的幫助を行った者として従犯として処罰するという点にほかならない。

---

134) 「我が国の刑法通説は、単純共謀者の刑事責任を肯定している。しかし、これは、共謀共同正犯の承認を意味するものではなく、『共同犯罪』の成立を承認したにすぎない。20世紀80年代の刑法学は、この問題について、『共謀したが実行しなかった者は共同犯罪を構成するか否か』という問題をめぐって展開されたのであり、20世紀90年代の通説の問題意識も、『共謀に参加しただけで、犯罪の実行に関与しなかった者は、共同犯罪を構成すべきか』という点にあった」とするのは、劉艶紅「共謀共同正犯の理論誤区及其原因」法学11期（2012年）100頁。

## 小 括

中国の共犯者類型について、伝統的見解によれば、中国の共犯体系には、主犯、従犯、脅従犯および教唆犯という4つの類型が存在するとされる。ただし、脅従犯も従犯の一類型にすぎず、教唆犯についても条文に従い「役割に応じて」処罰しなければならないため、極端に言えば、中国刑法に予定された共犯者類型は、主犯と従犯の二種類に帰着すると理解することができる。この見解を徹底すれば、中国刑法は役割分類を主とし、補充的に分担分類を採用しているとする指摘は、必ずしも厳密とはいえない。例えば、以上に整理したように、司法実務においては、確かに幫助犯、実行犯や組織犯などの共犯関与形態を考慮する必要があるが、最終的には主犯か従犯かという判断を示さなければ意味がなく、しかも、そのような判断を欠く場合には罪刑法定主義に反する疑いが生じうる。しかしながら、本章で検討した判例をみると、判例は必ずしも主犯と従犯という実質的判断を一貫して行っているわけではない。まず、実行犯、教唆犯、幫助犯および組織犯と、主犯・従犯との関係は、以下のように整理することができる。

以上の【表一】で整理したように、主犯と従犯という実質的な判断基準は、必ずしも十分に機能しない場合もあることが明らかである。

【表一】

一般の共同犯罪

実行犯	一般的実行犯	主犯
	副次的実行犯	従犯
教唆犯	主たる教唆犯	主犯
	従たる教唆犯	従犯
幫助犯	主たる幫助犯	主犯
	従たる幫助犯	従犯
組織犯		主犯

特殊の共同犯罪

組織犯	実行犯	一般的実行犯	主犯
		副次的実行犯	従犯
	教唆犯	主たる教唆犯	主犯
		従たる教唆犯	従犯
	幫助犯	主たる幫助犯	主犯
		従たる幫助犯	従犯

注記：二重抹消線は判例上みられないものである。

まず、教唆犯については、確かに刑法第29条が規定するように、「役割に応じて」処罰しなければならない。しかし、判例は一般的に教唆犯を主犯として捉えており、従たる教唆犯が認められることはほとんどない。

また、確かに正犯を幫助するよう唆した教唆者は、判例上従犯とされることがあるとはいえ、この場合の教唆者は、当初から補助的な役割を果たすにすぎない者として従犯と評価されるのであり、もはや通常の意味における教唆犯とはいえない。したがって、実行犯に対する教唆とは次元を異にする問題である。

次に、幫助犯については、二層区分説によれば、主たる幫助犯というものが存在するとされる。しかし、判例をみると、幫助犯は、形式的に構成要件の行為を実行したか否かという基準によって判断され、いったん幫助犯と認定される以上、たとえいかに積極的かつ決定的な役割を果たしたとしても、従犯にとどまり、主犯と認定される余地はないとされる。

つまり、以上の判例に関する検討からすれば、一般的共同犯罪においては、教唆犯および幫助犯という分担に基づく分類は、あらかじめ共犯者の主従の判断に対して決定的な意義を有することがわかる。この結論は、特殊共同犯罪においても同様に妥当する。それは、組織、指揮、指導および画策行為を行った者のほかに、一般的参加者も存在し、さらにその一般的参加者の中で主犯と従犯を区別する必要があるからである。

そうすると、教唆犯と認定されれば主犯となり、幫助犯と認定されれば従犯となることになり、結局、主犯と従犯という実質的判断が機能するのは、一般的共同犯罪または特殊共同犯罪において、一般的実行犯と副次的実行犯を区別する場合に限られることになる。すなわち、従来から中国の共犯体系において主導的な地位を有するとされてきた役割分類法も、分担分類法による共犯者の性質によって、あらかじめ決定されることがある。もちろん、正犯と教唆犯、正犯と幫助犯との関係において量刑を行う必要があるが、これは主犯（実行犯）と従犯（幫助犯）が認定された後に行われるべきものであり、この場合における主犯・従犯の判断は、単なる量刑判

断にとどまるものではない。

つまり、「構成要件的実行行為を行った実行犯＝主犯」、「構成要件的実行行為を行わなかった幫助犯＝従犯」、「実行犯に対して教唆行為を行った教唆犯＝主犯」、「組織犯そのもの＝主犯」という整理が、中国の司法実務の現状である。

また、従来から中国の伝統的共犯体系の中に正犯概念を取り込もうとする中で、伝統的見解の主張する役割分類法に基づく主犯・従犯概念は量刑にしか役立たないといった批判がしばしば提起されてきた。このような問題を解決するために、第二章で整理したように、中国の共犯体系をめぐってさまざまな学説が主張され、刑法学界においては、主に二層区分説と同等関係説という2つの陣営の対立が形成されるに至った。

その中でも、共謀共同正犯を中国刑法体系の下で承認すべきか否かについては、対立が顕著である。例えば、同等関係説又は実質的客観説を支持する論者の多くは、共謀共同正犯を正面から認めている。これに対して、二層区分説の論者は、第一段階で形式的客観説あるいは規範的客観説を採用する以上、共謀共同正犯を否定することはいうまでもない。ただし、第二段階においては、さらに主犯か従犯かを判断する必要があるため、例えば、第一段階で幫助犯と認定された場合であっても、第二段階において依然として主犯と認定され、重く処罰される余地がある。こうしてみると、実際には両説の処罰範囲はほぼ同様にもみえる。例えば、【事例三】および【事例四】のように、従来は幫助犯たる従犯として処罰されてきた事例についても、二層区分説の下では幫助犯たる主犯とされ、実質的客観説の下では正犯たる主犯と評価されうる。

しかしながら、中国の司法実務において主犯と従犯の判断は、果たして量刑にしか役に立たず、定罪基準としては用いられていないのであろうか。以上の検討からすると、必ずしもそうとはいえない。少なくともすでに紹介した判例にみられるように、法院は、構成要件的実行行為を行わなかった者を補助的な役割を果たした幫助犯として把握する点については一貫し

た立場をとっている。また、教唆犯についても基本的には主犯と認定している。そして、背後者としての組織犯についても、集団犯罪であれ一般的共同犯罪であれ、組織、指導、指揮、画策<sup>135)</sup> という定型的行为を行った以上、主犯と認定している。学説上、これらは支配型共謀共同正犯と呼ばれている<sup>136)</sup>。むしろ定罪にとって十分に機能しないのは、対等型の場合、特に実行犯と副次的実行犯の関係においてである。

確かに、近年、中国における共犯体系については活発な議論が行われている。しかしながら、以上にみた司法実務の現状を踏まえる必要があり、特に主犯の処罰範囲を幫助犯にまで拡張することが本当に妥当であるのかについては、なお慎重な検討が必要であると思われる（例えば、二層区分説の下では主たる幫助が認められ、同等関係説の下では共謀共同正犯が認められる）。要するに、司法実務においては、構成要件的実行行為を行わなかったという客観的事実それ自体が比較的小さな役割として理解されているとみられる。そうすると、現行の中国共犯体系の下において、たとえ共謀共同正犯理論によって幫助者が共謀共同実行犯として認定されたとしても、組織上の支配や犯意の惹起といった特段の事情がない限り、このような幫助者（共謀共同実行犯）は、実行犯と評価されるとしても、直接に手を下していないことに鑑みて、副次的実行犯として評価する余地があるのではないかと思われる。

---

135) 組織、指導、指揮行為とはやや性質を異にし、画策行為については、主犯性を基礎づけるにあたり個別具体的な検討を要する場合がある。もっとも、少なくとも共謀の場面において、緻密な計画を提示した者と、単に画策行為に関与し、あるいは画策者の提案に賛意を示したにとどまる者とを区別することは、それほど困難であるとはいえない。

136) 集団犯罪において、支配型には、組織者、指導者、指揮者、画策者といった刑法にあらかじめ規律されている共犯者類型が存在する。これに対して、分担型には、集団犯罪における一般的参加者をさらに主従に区別する必要があり、その際、とりわけ実行犯と幫助犯・副次的実行犯が問題となる。一般的共同犯罪における支配型については、組織、指導、指揮、画策といった、本来高度の非難可能性を伴う行為を行った者は、主犯に該当するといえる。それに対して、分担型については、犯罪集団における一般的参加者の場合と同じく、実行犯と幫助犯・副次的実行犯との区別を行う必要がある。

以上の検討からすれば、役割分類法および分担分類法が司法実務における運用の実態であるといえる。以上の検討により、中国の共犯体系の基本的構造は一定程度明らかになったと思われる。それでは、中国の共犯論体系をどのように理解すべきかについては、後ほど改めて詳細な検討を加えることとしたい。もっとも、以上に紹介した実務上の判例は、いずれも正犯が実行の着手に至った場合を前提として検討されたものである。他方で、第29条は教唆の未遂を規定していることから、正犯が実行の着手に至らなかった場合に、狭義の共犯は共犯の未遂として処罰されるのかについて、さらに検討する必要がある。また、教唆の未遂という規定の解明は、中国の共犯体系を理解する上でも重要な意義を有するといえる。そのため、まず第四章において第29条第2項に定める教唆の未遂を検討した上で、その後、日中刑法の比較的考察を行うこととしたい。

## 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

日本刑法との比較の視点から中国刑法第29条の規定を紹介するにあたっては、いわゆる教唆の二重性に対する検討がしばしばみられる。日本においては、中国刑法第29条第1項および2項の解釈に関し、先行研究の多くは、この二重性について、中国共犯体系が共犯の従属性を肯定しつつ、同時に共犯の独立性も認めているとの理解を示している。

例えば、「被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合、教唆の未遂になるから未遂犯の規定と合致する点に根拠を求める賛成説のほうが説得力があると思われる」<sup>137)</sup> とする見解や、「中国の刑事政策の伝統から考えると、教唆犯の二重性ということは決して不合理なものではない。……中国刑法は……その従属性よりむしろ独立性を強調して、特別な犯罪関与体系を

---

137) 鄭澤善「共謀共同正犯について——中国の共同犯罪論との比較研究——」中京法学36巻1号（2001年）118頁。

構築してきた」<sup>138)</sup>とする正面から教唆犯の二重性を肯定する見解がみられるだけでなく、現行刑法第29条第3項は、1935年『中華民国刑法』第29条と同じく、教唆の未遂に関する規定であり、教唆犯の独立性を示す規定であり、教唆犯にも従属性説が妥当すべきとの見解を徹底すれば、第29条第3項は削除されるほかない<sup>139)</sup>(ここにいう第3項は第2項のことを指す。)とされるように、暗黙のうちに中国共犯体系には独立性と従属説の両方が存在するとする見解がある。これら3つの見解はいずれも、次の点を示している。すなわち、中国共犯体系においては、共犯の従属性を肯定しつつ、共犯の独立性もあわせて認めているということである。しかし、このように教唆の二重性を一義的に把握するだけで本当に妥当といえるのであろうか。少なくとも、後に紹介するように、これまでの学説上の論争を概観すると、教唆の二重性をめぐって、主に予備説(魏克家、李光燦)、未遂説(陳興良)、既遂説(叶高峰等)、特殊教唆犯説(馬克昌、郝守才)、独立教唆罪説という5つの学説が存在する。もっとも、これらの学説の多様な展開は、中国刑法学界における共犯論に対する問題意識の変遷に由来する可能性があるものの、近時においては、中国・日本いずれにおいても、中国刑法第29条第2項の検討に際して、これら5つの学説の内容に対する検討が十分になされているとはいいたい。

日中共犯論の比較研究は、遅くとも2002年に武漢大学に開催された「21世紀第2回(通算第8回)日中刑事法學術討論会」において展開が開始されたものと考えられる。討論会においては、中国刑法における教唆の未遂に関する条文が紹介されるとともに、二重性説の支持者として特に陳興良および馬克昌の名が挙げられている。報告者である林亜鋼は、伝統的見解を代表する馬克昌の見解について、次のように述べている。すなわち、「わが

138) 陳潤言／吉中信心「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——(1)」広島法学47巻2号(2023年)45頁。

139) 謝佳君「共同正犯と従犯の区別に関する研究——日中比較法的考察——」早稲田大学審査学位論文(博士)(2013年)140頁。

国の刑法の教唆犯に対する規定によると、学者は一般に、共同犯罪を成立させるとき、教唆犯の性質は「二重性」を持つと考える。すなわち、教唆犯に対する罪を確定する上で表れていることは教唆犯の従属性であり、処罰は独立性を表していること、共同犯罪が成立しない状況の下での教唆犯の確定と処罰は、教唆犯の独立性を表しているにすぎないことである。わが国の立法の規定に基づき、私は、上述の解釈は立法の精神に合致すると考える」と<sup>140)</sup>。

この紹介方法自体には特段の問題があるわけではないが、報告者が二重性の支持者として陳興良と馬克昌の両教授を挙げながら、実際には馬克昌の見解のみを紹介する点についてはなお疑問が残る。というのも、両者はいずれも教唆の性質について「二重性」という概念を用いているものの、その理論的立場には大きな相違が認められるからである。前者は、未遂説の立場から二重性を論じているのに対し、後者は特殊教唆犯説の立場からこれを主張している。このように、同じく二重性説の支持者であっても、その主張した内容には明確な差異が存在する。したがって、馬克昌の用いる「二重性」という用語が、陳興良のいうそれと同一の概念内容を指すのかどうかについては、慎重な検討を要するところである。実際のところ、日本においても、中国刑法第29条が教唆犯の「二重性」を示すものと解する見解は少なくないが、その「二重性」の具体的内容について、詳しい考察はほとんどみられない。

したがって、本章では、中国刑法第29条について、「二重性」という概念そのものと、「二重性説」という理論構成とを区別した上で、改めて検討を加えることとした。

## 第二節 二重性について

中国刑法学界においては、かつて第29条第1項と第2項の規定を、教唆

---

140) 西原春夫（編）『共犯理論と組織犯罪』（成文堂、2002年）28頁。

の二重性を表すものとして理解する見解が有力であった（例えば、1980年代に伍柳村により明確に主張されたが、その発想自体はすでに1950年代に李光燦により提示されていたものである）。伍柳村によれば、教唆犯には従属性が認められるものの、他人を教唆して犯罪を実行させるという教唆行為それ自体が、すでに社会危害性が重大であることを示していることから、被教唆者が犯罪の実行に着手したか否かにかかわらず、当該教唆行為そのものを独立の犯罪として把握すべきであるとされる。

馬克昌によれば、中国刑事立法の実際的狀況に照らせば、共犯の二重性を認めなければならないとされ、その内容は具体的に次のように説明される<sup>141)</sup>。

まず、教唆の従属性は、犯罪成立の従属性と処罰の従属性に分けることができる。前者は、教唆犯が、被教唆者による犯罪の実行を通じて成立するという意味であり、被教唆者が犯罪の実行に着手しない限り、教唆犯は成立しない。中国刑法第29条第1項に規定される教唆犯は、被教唆者が犯罪を遂行する場合にのみ成立するため、教唆者と被教唆者との間に共同犯罪関係が成立することになり、被教唆者が行った犯罪行為が犯罪の予備、未遂または既遂のいずれにあたるかに応じて、教唆者についても同様に犯罪の予備、未遂または既遂が成立する。これは、いわゆる教唆犯の（実行）従属性である。しかしながら、同じく第29条第1項に基づく教唆犯の刑事責任については、実行犯に照らしてではなく、共同犯罪における役割に応じて処罰するため、教唆犯には処罰上の独立性が認められる。

しかし、第1項に対して、第2項は、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合を規定するものである。この場合、教唆者と被教唆者との間には、そもそも共同犯罪関係が成立しない。にもかかわらず、刑法はあえてこのような場合の教唆者の刑事責任を規定している。したがって、第2項という教唆犯は、実行従属性を欠くのみならず、刑罰の従属性すら認めら

---

141) 馬（編）・前掲（注5）556-557頁。

れない。換言すれば、ここでの教唆は独立性のみを有するものと理解される。

以上から、馬克昌によれば、中国刑法における教唆犯には二重性が認められ、しかも独立性の比重が大きいとする。すなわち、第29条第1項においては実行の従属性と処罰の独立性が示され、第2項においては実行の独立性と処罰の独立性が示されていると理解される。しかしながら、教唆犯が処罰上の独立性を有する点自体は、必ずしも問題となるものではない。極端にいうと、幫助犯であっても、幫助者の犯情等を勘案した結果、正犯より重い刑を科すことも理論上否定されないからである。ここで注目すべきは、むしろ教唆者と被教唆者との間に共犯関係が成立しないという点にある。すなわち、馬克昌は、教唆未遂の場合をそもそも共犯の問題として把握しておらず、単に教唆未遂者に対する処罰可能性を認めるにとどまっている。例えば、同人によれば、同条項は、単に「教唆された者が教唆された罪を犯さなかった」場合に処罰することができる旨を定めるにすぎず、これを未遂として処罰することを明示した規定ではないとされる。このようにみると、馬克昌のいう教唆犯の二重性は、決して共犯において実行の従属性と実行の独立性とが併存することを意味するものではない。さらにいえば、教唆の従属性を認めつつ独立性も認めるか否かという問題は、教唆未遂を独立に処罰しうるか否かとは全く別個の問題である。

したがって、少なくとも同条第2項にいう教唆犯については、これを予備として処罰するのか、あるいは未遂として処罰するのか、それとも予備と未遂のいずれにも該当しない独立の犯罪類型として理解すべきかについては、なお議論の余地が残されている。そして、学説上、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合、教唆者を予備とみる立場は予備説と、未遂とみる立場は未遂説、既遂とみる立場は既遂説、さらに特殊的な教唆犯として把握する立場は特殊教唆犯説と呼ばれている。結論を先取りしていえば、既遂説、特殊教唆犯説および独立教唆罪説は、すでに未遂説が主張する二重性とはまったく別物である。

### 第三節 二重性説について

#### 一 予備説

二重性に関する学説は、主として肯定説と否定説とに大別される。否定説の典型例としては、予備説があげられる。

予備説によれば、教唆犯が被教唆者に対して行った教唆行為は、犯罪を行うために仲間を探索する行為と本質的に異なるものではなく、このような共犯者の探索は、まさに犯罪予備の一形態にほかならないとされる。したがって、実行の着手を犯罪の未遂の必要的条件と解する以上、被教唆者が犯罪の実行に着手していない段階においては、犯罪行為(教唆行為)がなお実行着手以前の行為にとどまり、犯罪の予備に属するほかない<sup>142)</sup>とされる。

これと対立する学説は未遂説である。両説の議論は、主として第29条第2項にいう「処罰を軽くし、又は減輕することができる」という文言が、第22条(予備)に対応すると解すべきか、それとも第23条(未遂)に対応すると解すべきかという点をめぐって展開されている。未遂説の立場からは、第23条第2項も、第29条第2項と同様に「処罰を軽くし、又は減輕することができる」と規定している以上、「被教唆者が教唆された罪を犯さなかった」場合における教唆は、未遂犯に相当するとされる。これに対して、予備説の主張者は次のように反論している。

「我が国刑法第26条(現行刑法第29条)は、『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、処罰を軽くし又は減輕することができる』と規定していることから、この規定は、教唆犯が未遂犯であることを説明することができないだけでなく、まさに予備犯であることを説明しているとされる。なぜなら、未遂犯に対する処罰原則は、すでに刑法第20条(現行刑法第23条)により明確に設けられているので、教唆未遂犯の場合は、刑法第20条(現行刑法第23条)に適用するのはいうまでもないことになり、同じような規定を設ける必要はない」<sup>143)</sup>(括弧内は筆者挿入)と。

142) 馬(編)・前掲(注5)596-597頁。

143) 魏克家「試論教唆犯の幾個問題」『刑法学論集』(北京市法学会、1983年)139頁。

すなわち、予備説によれば、現行刑法第29条（当時第26条）は、教唆未遂者に対して、「処罰を軽くし、又は減輕することができる」ことのみを定めており、免除を規定していない点に着目し、これを教唆犯たる予備犯のために新たに設けられた処罰原則であるとされる。その理由については、次のように説明されている。すなわち、「刑法第19条第2項（現行刑法第22条第2項）が規定する予備犯に対する処罰原則は、一般的犯罪の予備犯に適用されるものであり、教唆犯罪である予備犯は、一般犯罪の予備犯に比べて、情状がさらに悪質であり、社会危害性がさらに大きく、もし、一般的予備犯の処罰原則を適用するならば、処罰は明らかに軽すぎて教唆犯を打撃することができない。刑法第26条（現行刑法第29条）は、教唆犯である予備犯の特殊な社会危害性に対応する特殊な規定である」<sup>144)</sup>（括弧内は筆者挿入）と説明されている。

予備説を採用すると、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合には、共犯の問題として捉える必要はなく、独立性ないし従属性を論じる必要もなくなり、その結果、共犯の実行従属性を維持することが可能となる。

## 二 未 遂 説

予備説に対する反対説として、未遂説が主張されている。未遂説によれば、他人が教唆された罪を犯さなかった場合に、「処罰を軽くしまたは減輕する」という刑法規定は、未遂犯に対する処罰規定と同一の内容を有するため、立法者はこのような場合の教唆を未遂犯として位置づけるものと解することができる。この説は、一般に立法者意思に基づくものと一般的に考えられ、またその理論的根拠は、1979年刑法の起草者の一人である高銘暄の次の指摘に求められる。すなわち、「第33稿における『処罰を軽くし、減輕または免除することができる』というのは、予備犯に相当するのに対して、刑法が規定する『処罰を軽くし、又は減輕することができ

---

144) 魏・前掲（注143）139頁。

る』というのは未遂犯に相当する」とされる<sup>145)</sup>。

例えば、未遂説の主張者である陳興良によれば、「共犯従属性理論は、教唆犯の独立性を否定し、客観主義を採用する者であり、他方、共犯独立性理論は、教唆犯の従属性を否定し、主観主義に依拠している。我々は、主観と客観の統一という原則に従い、教唆犯は共同犯罪における特殊な地位を占めるものと解する」<sup>146)</sup>とされる。具体的に、陳は次のように説明している。

「わたくしは、教唆犯には二重性があると考え。すなわち、独立性だけではなく、従属性も有する。両者は、統一的なものであり、完全に対立したものと考えられない。教唆行為は一種の独立した犯罪行為であり、教唆犯は、その教唆行為により処罰に値する。これは、教唆犯の独立性を示している。そのため、被教唆者の実行行為がなければ、教唆犯は成立せず、あるいは可罰性を有しないとする見解は正しくない。そして、教唆犯は、ある程度被教唆者に従属する。それは、被教唆者が犯罪を実行し、かつ犯罪結果を実現したか否かは、被教唆者の行為の性質に照らしてのみ、教唆犯に対して正確な定罪および量刑が可能となるからである。この点から、教唆犯の着手を考察する際に、必然的に教唆犯の着手は、被教唆者の着手により左右されるものではないという結論に導かれる。つまり、教唆犯が言論またはその他の方法により教唆を開始しただけで、教唆犯がすでに犯罪の実行に着手したものとみなすべきである」<sup>147)</sup>。

最後に、未遂説による教唆犯の処罰原則について、陳興良によれば、「我が国刑法理論の共犯従属性と独立性の統一説によれば、教唆犯の処罰根拠は教唆行為自体にある。しかし、教唆犯に対して量刑を行う際に、教唆行為と被教唆者の犯罪とを分けて、教唆行為を孤立的に考察することはできない」とされる。さらに、「被教唆者の犯罪は、教唆結果として存在するの

---

145) 高銘喧『中華人民共和国刑法的孕育和誕生』(法律出版社、1981年)57頁。

146) 陳興良「論教唆犯的未遂」法学研究2期(1984年)61頁以下。

147) 陳興良『共同犯罪論 第3版』364-367頁。

であり、教唆結果は、教唆行為の社会危害性の程度を体現するため、教唆犯に対して処罰する際に考慮すべきである」とする。

この未遂説は、中国における通説と解されており、また日本においてもこれを中国独自のものとして擁護する立場もみられる。しかし、共犯の独立性説と共犯の従属性説の相違は、「主として、教唆をしたが被教唆者が実行の着手に至らなかったような共犯の未遂を、未遂犯として処罰するか否かにあ」<sup>148)</sup>るとされたところ、未遂説によれば、教唆者は、すでに教唆行為に出た時点において未遂となると解される。したがって、いかに二重性を強調したとしても、被教唆者が実行に着手した場合における従属性は、せいぜい教唆者と被教唆者との間における量刑上の調整を意味するにとどまる。この意味において、上述した未遂説の本質は、共犯独立性説といわなければならない。

実際に、陳興良が従来から主張してきた未遂説によれば、予備説が共犯従属性理論の観点に立つのに対して、既遂説が共犯独立性説の観点に立つものとされた上で、教唆犯の本質は、共犯従属性と共犯独立性の統一にあるとされることから、未遂説が支持されるべきであるとされている。すなわち、陳の従来の見解によれば、あたかも未遂説は、既遂説と予備説との折衷説であるかのように位置づけられている。しかし、後に検討するように、既遂説の本質を共犯独立性と捉える見解は正確とはいえない。

### 三 既 遂 説

続いて、同じく教唆犯の二重性を肯定する学説として、既遂説があげられる。

既遂説によれば、教唆犯は共犯の中で独立した地位を占め、正犯に従属しないことから、教唆犯は、実行犯の実行行為とは切り離された存在であり、教唆行為自体が大きな社会危害性を有するため、教唆行為がいったん

---

148) 松宮孝明『刑法総論講義【第6版】』（成文堂、2024年）283頁。

終了しただけで、実行犯が教唆された犯罪を実行したか否かを問わず、教唆の既遂が成立する<sup>149)</sup>とされる。

この学説に従えば、被教唆者だけでなく、教唆者においても「実行の着手」が観念されうる。例えば、既遂説の主張者は「教唆者は、すでに教唆の対象を選定した上、故意に教唆の対象に対して煽動行為を行えば、その犯罪意図がすでに被教唆者に露呈され、かつ一定程度認識された場合には、教唆犯がすでに教唆の実行に着手したと認められる」と考えられる。そうすると、たとえ被教唆者が予備又は実行に着手しなかったとしても、教唆犯自体の予備形態、未遂形態および既遂形態を観念することができる。

まず、教唆犯の予備形態とは、教唆者が教唆行為を行うために教唆の対象を探し出し、または教唆行為の条件を整えようとしたものの、意志以外の原因によりその段階にとどまる場合をいう。既遂説は、これを「共犯関係のない教唆の予備」と捉える。この場合には、特定された教唆対象が存在せず、言い換えれば、特定された人はまだ教唆の対象になっていないため、教唆者と被教唆者との間に未だ共同犯罪関係は形成されていないだけでなく、教唆行為も行われておらず、社会に対する実質的危害性がないことから、教唆未完成の予備については、社会危害性が明らかに軽微であり、刑事違法性も認められないとされる。

また、教唆犯の未遂形態とは、教唆行為が途中で挫折した場合、または教唆自体は終了したものの、被教唆者の犯罪意図が生じていない場合をいう。既遂説はこれを「共犯関係のない教唆の未遂」と考えられ、教唆者の教唆行為と被教唆者の犯罪意図の発生との間に因果関係がないため、不処罰とされる（日本における失敗に終わった教唆に相当する）。

さらに、教唆犯の既遂形態についても、予備形態と未遂形態と同様に「共犯関係のない教唆の既遂」として考えられる。既遂説によれば、未だ共犯関係が形成されていない教唆既遂とは、教唆行為がすでに終了し、被教唆

---

149) 黄征／周銘川「対「教唆未遂」的思考」時代法学1期（2002年）8-10頁。

者が教唆を受け入れて教唆犯と共同の故意が形成されたものの、被教唆者が予備犯罪にも着手せず、教唆された犯罪行為の実行にも着手しておらず、教唆犯との間に共同の犯罪行為が存在しないため、未だ共犯関係が形成されていないとされる。もっとも、予備および未遂の場合と異なり、共犯関係のない教唆の既遂の場合は、原則として処罰され、ただし、第29条第2項により、処罰を軽くし又は減輕することができる。

もっとも、教唆未遂の認定基準については、異なる観点も存在する。すなわち、教唆行為自体を独立した犯罪行為と捉え、教唆者が教唆行為を行った以上、被教唆者が教唆を受け入れたか否か、あるいは犯罪意図を生じたか否かを問わず、教唆犯は既遂に達するという考え方である。この観点によると、教唆犯は挙動犯的に理解され、教唆行為と被教唆者の犯罪意図との間に因果関係がなくとも、より早い段階で教唆の既遂が成立しうるとされる。

以上のような既遂説の内容に照らすと、この説を共犯独立性説と同一視することはできない。なぜなら、本説における「教唆の未遂」（既遂説の理解によれば教唆の既遂）の可罰性の検討は、そもそも共犯関係の枠組みの下で行われているものではないからである。したがって、既遂説がいう教唆犯の独立性とは、教唆未遂の場面において教唆者を独立に処罰しうることを意味するにすぎない。ゆえに、既遂説の本質を共犯独立性に求めることは適切ではなく、むしろ共犯関係が成立していない場合においても教唆者を処罰しうる点に着目すれば、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合における教唆犯の処罰は、特殊教唆犯説と同様に、例外として共犯従属性説に親和性を有するものと理解する方が妥当である。これに照らせば、既述した、未遂説を既遂説と予備説の折衷とする陳興良の旧説は、その本質を独立性と従属性との統一に求めるものではなく、むしろ共犯従属性に基礎を置くものと評価されるべきである。

#### 四 特殊教唆犯説、独立教唆罪説

前節でも少し触れたように、特殊教唆犯説は、教唆犯を共同犯罪とは捉えず、一種の特殊な犯罪類型として理解する立場である。そして、教唆者自身の犯罪事実、犯罪の性質、情状および社会危険性の程度に応じて、処罰を軽くし又は減輕するとされる。馬克昌によれば、条文（第29条第2項）が「未遂犯を以て論ずる」と明示していない以上、この場合には教唆犯として罪を認定し、第29条第2項に基づいて処罰を軽くし又は減輕すれば足り、教唆の未遂または予備として認定する必要はないとされる。

また、特殊教唆犯説に類似する学説として、独立教唆罪説があげられる。この説は、第29条第2項を特殊な処罰規定として理解する点において、特殊教唆犯説と基本的に一致している。また、いずれの立場においても、教唆の未遂を共犯論の問題としてではなく、特別処罰規定の問題として把握する点で共通している。

もっとも、独立教唆罪説は、日本刑法における立法上の経験を参考にしつつ、「教唆された者が教唆された罪を犯さなかった」場合を、「独立教唆罪」として把握し、刑法各則において具体的な罪名および相応の法定刑を規定する必要がある」という立法意見を提示している。すなわち、中国刑法においても日本『刑法改正準備草案』第268条（殺人）および第271条（教唆）<sup>150)</sup> にみられるように、例えば刑法各則第六章「社会管理秩序を妨害する罪」第一節「公共秩序を妨害する罪」の中に、「第XX条 他人を教唆して犯罪を行わせた後、被教唆者が教唆された罪を犯さなかったときは、独立教唆罪であり、3年以下の有期徒刑、拘役又は管制に処する。情状が重い場合、3年以上7年以下の有期徒刑に処する」といった規定を設けること

---

150) 刑法改正準備草案

第268条（殺人）：人を殺した者は、死刑又は無期もしくは5年以上の懲役に処する。

第271条（教唆）：第268条の罪を犯すことを教唆した者は、それだけで、10年以下の懲役に処する。但し、情状によって、その刑を免除することができる。

が考えられる<sup>151)</sup>とされる。

## 小 括

以上が、二重性および二重性説に対する検討である。従来、以上の5つの学説と従属性、独立性および二重性との対応関係は、すなわち「共犯独立性＝既遂説」、「共犯予備性＝予備説」、「共犯二重性＝未遂説」と整理されてきた。しかし、先に検討したように、「二重性」とは、単に教唆の従属性と独立性の双方を認めることを意味するにとどまらず、教唆の従属性を前提としつつ、教唆犯を共犯体系から切り離して独立に処罰しうることをも含意する概念である。実際のところ、以上に紹介した予備説、既遂説、特殊教唆犯説および独立教唆罪説はいずれも後者の観点に立脚しており、次の点を示している。すなわち、第29条第2項の教唆犯は、共犯独立性を示すものではなく、むしろそれ自体が一種の独立した犯罪として処罰されるべきものであるという点である。予備説によれば、教唆未遂者を予備犯として位置づけられ、既遂説によれば、犯意の惹起を結果として捉えるか否かに応じて、教唆犯は、挙動犯または結果犯として理解される。また、特殊教唆犯説および独立教唆罪説も、第29条第2項に規定される教唆犯を特殊な犯罪類型として把握し、独立に処罰しうることを主張するにとどまる。この意味における「独立性」は、共犯独立性説においていう独立性とは同一のものとはいえない。

結局のところ、共犯体系において共犯独立性説を認めつつ、同時に共犯従属性説も承認するという、一見矛盾する構造を採用しているのは、未遂説のみである<sup>152)</sup>。これに対して、その他の諸学説は、いずれも、「独立性」

151) 郝守才「論未遂教唆与教唆未遂」法商研究1期（2000年）103頁以下。

152) 共犯従属性と独立性は、基本的に二者択一の関係に立つものであり、いずれか一方の性質を誇張しない限り、この両方を調和的に理解することは困難である。したがって、このような場合に、共犯の従属性と独立性の統一という意味での二重性をあえて強調する実益は乏しい。むしろ、共犯の従属性を支持するのか、それとも共犯の独立性を支持するのかを単刀直入に明示すれば足りる。例えば、未遂説の主張者である陳興良の旧説は、従属性

も「例外的又は独立的に」処罰するという意味において理解しつつも、その基礎においては共犯従属性に依拠するものとして評価されるべきである。この点は、近年における中国刑法第29条第2項の検討において、必ずしも十分に明示されてこなかった重要な視点である。

---

を誇張したものであったのに対して、その後の新説は、独立性の側面を誇張したものへと転化している。