



日本刑法における正犯と共犯の区別：中国刑法における「共同犯罪」と対比して

| | |
|-----|---|
| 著者 | 大谷 實 |
| 雑誌名 | 同志社法學 |
| 巻 | 54 |
| 号 | 2 |
| ページ | 310-328 |
| 発行年 | 2002-07-31 |
| 権利 | 同志社法學會 |
| URL | http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000010554 |

講演

日本刑法における正犯と共犯の区別

——中国刑法における「共同犯罪」と対比して——

大 谷 實

一 はじめに

この度は、武漢大学法学院客員教授の称号を授与され、誠に光栄に存じます。また、武漢大学校長 侯傑昌先生名義のもとに、武漢大学に招聘下さいまして、心から感謝申しあげます。さらに、この度の訪中に多大なご配慮を賜った、法学院院長の曾令良先生を始め、法学院の先生方に厚く御礼を申しあげます。特に、私の尊敬する古くからの友人であります馬克昌先生のご配慮に対しましては、筆舌に尽くしがたい感謝の気持でいっぱいでございます。本当に有り難うございます。

さて、武漢大学と同志社大学は、一九八四年から交流協定を結びまして、交換留学生の制度を設け、学术交流を展開して参ったのですが、その間に、二人の優秀な武官大学からの留学生が私の研究室で刑法を研究されました。お一

人は、簡明君でありまして、彼は、一九八八年三月に「犯罪構成要件と実質的違法性との関係——中国刑法学と日本刑法学との比較を中心として——」と題する大変優れた修士論文を書きました。大学院修士課程を修了して帰国されましたが、帰国後は研究生生活を離れまして、現在は三洋電機有限公司に就職し、同社の業務企画担当部長として中国で活躍されております。もう一人は、黎宏君でありまして、彼は日本の文部省（現在の文部科学省）の国費留学生として同志社大学法学部に入り、その後正規の大学院生として、同志社大学大学院法学研究科に入学し、「不作為犯の研究」と題する論文で修士となりましたが、さらに博士課程に進学しまして、「中国の法人処罰論に関する研究——米国法・日本法との比較に即して——」と題する博士論文を書き、一九九九年に法学博士の学位を取得いたしました。この論文は、二〇〇〇年に『同志社法学』誌に三回にわたって連載されております。その後、黎宏君は中国の清華大学法学院の助教授として活躍されていることは、皆様もご存じと思います。

私は、このように中国のお二人の門下生を持つことができました、大変嬉しく思っている次第ではありますが、同時に、彼らから中国刑法について学ぶことができるという幸運にも恵まれました。彼らから学んだ知識から、私は、中国刑法は英米刑法と似たところもあり、また、ソビエト刑法の影響も受けたことを知りました。そして、少なくとも日本の刑法とは伝統的にかなり違ったものと考えてきました。しかし、一九九七年に制定されました中華人民共和国刑法は、第一編「総則」で「第一章・刑法の任務、基本原則及び適用範囲。第二章・犯罪。第三章・刑罰。第四章・刑罰の具体的適用」、そして、「第二編・各則」というように体系的に編別され、また、基本原則では、罪刑法定主義、法の前の一律平等、罪刑の均衡といった近代刑法の大原則を規定するなど、日本の刑法典の体系や日本刑法学が

目指して来た方向と共通する点が多いのです。同時に、日本の刑法が取り組みながら実現していない規定、例えば、単位犯罪・組織体犯罪や量刑基準に関する規定なども整備されておりまして、中国は、文字通り現代的な大「刑法典」の制定に漕ぎ着けたというのが、私の率直な印象でございます。

特に、中国刑法第三条「法律が明文で犯罪行為と規定する場合は、法律により罪を確定し、刑に処する。法律が明文で犯罪行為と規定していない場合は、罪を確定し、刑に処してはならない」とした規定は、罪刑法定主義を正面から認められたものとして画期的な意義を有すると考えるのです。しかし、問題は、この罪刑法定主義の規定が、具体的な犯罪成立要件とどのように関係するのか、言い換えると、犯罪の成立に係る「第一編第二章『犯罪』」をいかに体系化するかにあるように思います。日本でも、後で述べますように、罪刑法定主義を踏まえた刑法体系の在り方について本格的な論争が展開しているところがあります。そこで本日は、この問題と深い関係がある「第一編第二章第三節『共同犯罪』」を取り上げまして、複数の者が犯罪に関与した場合に、罪刑法定主義の問題として、日本ではどのような問題が論じられてきたかにつきました。正犯と共犯の区別の観点から論じてみたいと思います。

一一 形式的犯罪論について

先程も申しましたとおり、罪刑法定主義を正面から認めた場合に、真つ先に問題となりますのは、犯罪論、すなわち犯罪の成立要件をどのように体系化するかということです。そこで、先ず、この点について私の見解を述べさせていただきます。

例えば、中国刑法二二二条は、「故意に人を殺した者は、死刑、無期懲役又は一〇年以上の懲役に処する」と規定していますが、この規定は、「人を故意に殺した者でない限り、裁判官は殺人罪を適用してはならない」ということ、及び、裁判官は、殺人罪については、「死刑、無期懲役又は一〇年以上の懲役」以外の刑を科してはならないという意味で、裁判官に対する命令・禁止つまり裁判規範を定めていると考えられます。この点を捉えまして、刑法は裁判規範としての性格を有するという考え方が日本では有力です。

しかし、裁判規範として機能する前に、刑法は、国民一般に対して「人を殺す行為をしてはならない」というように命令・禁止する規範、すなわち行為規範としての機能を持っているのではないか、これが私の犯罪論における基本的な考え方です。そこで、犯罪が成立するか否かは、何よりもまず、刑法が命令・禁止している行為の型すなわち構成要件に当てはまるかどうかの点から決めるべきである。ある行為が犯罪となるためには、それが処罰に値するか否かという実質的な判断をする前に、その行為は、刑法が予め命令・禁止した行為の型すなわち構成要件に該当するかどうかという形式的な判断を優先する必要がある、構成要件に該当した行為が確定して初めて、実質的判断をすべきであると考えられるのです。そうでなければ、刑法が予定していない行為であっても、処罰に値する悪質な行為であるという理由で犯罪とされる虞があるからです。罪刑法定主義を原則とする以上は、犯罪成立の第一の要件を構成要件該当性とする必要がある。そして、構成要件に該当した行為について、本当に処罰に値する有害な違法行為であるか、また、刑法で責任をとらせる必要のある有責な行為であるかといった実質的判断をすべきである。これが私の犯罪論であります。これを私は形式的犯罪論と名付けています。

これに対しまして、刑法を裁判規範として捉え、構成要件は犯罪成立要件としては必ずしも重要ではなく、それはあくまでも裁判官が処罰に値する行為を選び出すための目安にすぎないと考える立場が有力となってきました。私は、このような考え方を実質的犯罪論と呼んでいます。形式的犯罪論と実質的犯罪論の対立は、日本では古くから存在していましたが、特に、ここ一〇年間ほど罪法定主義との関連で活発になり、かつての新派と旧派の対立と同じくらい激しい論争となっておりまして、具体的には、私と東京都立大学の前田雅英教授との間で、論争が繰り広げられたところがあります。中国でも日本に留学した研究者の間で、この対立が話題になっていると聞いたことがあります。

さて、構成要件を中心とする犯罪論では、犯罪の一般的成立要件について、構成要件、違法性及び責任の三つに分けて体系化いたします。このような体系的思考を三分説といえます。これによりますと、犯罪が成立するためには、何よりも先ず、ある行為が構成要件に該当しなければなりません。構成要件は、その行為を行うと、通常、有害な結果を生じさせる危険で悪質な行為を類型化して、例えば、中国刑法二三二条の「故意に人を殺した者」というように規定されます。そして、構成要件に該当すれば、違法で有責な行為として、原則として犯罪とすべきであると考えられます。したがって、訴訟手続においても、検察官は、通常は、構成要件に該当する事実だけを立証すれば足りるのであります。ただし、中国刑法二〇条の正当防衛や二二条の緊急避難の事由があるときは、例外的に違法性が阻却され、犯罪が成立しない。また、一四歳未満の者や精神障害による責任無能力者などは（一七条、一八条、一九条）、仮に故意が認められても例外的に責任が阻却されて犯罪は成立しない。このような体系のもとに犯罪成立要件

を認める考え方が三分説の体系であります。

そこで、形式的犯罪論に立った場合、犯罪成立にとっては、何よりもまず構成要件の確定が大切であります。既に述べましたように、構成要件は、多様な形で存在している有害で違法な、しかも責任を問いうる有責な行為を類型化したものでありますが、具体的には、刑法の条項に法文として規定されます。そして、法文の内容は解釈によって明らかになるのですが、形式的犯罪論では、その行為が有害で処罰に値する行為かどうかを一応離れて、先ず、構成要件の文言自体から内容を導き出すという立場を採ります。もとより、文言の意味は必ずしも一義的なものではありません。例えば、「脳死は死を意味するか」という問題で日本では見解が分かれています。その場合でも、「脳死体」は、人の生命体として保護に値するから「人」であって「死体」ではないといった観点で解釈すべきではないと思います。あくまでも、社会通念ないし社会常識から判断して、脳死体は死体と認められているかどうかから判断すべきであると考えられます。

そもそも、刑法の条文で構成要件を規定するときには、社会一般の人が使っている言葉を用いて条文化するのですから、その条文を解釈する段階でも、社会通念ないし社会常識を基準にして解釈しなければならぬとするのが、形式的犯罪論の立場なのです。その意味で、刑事裁判官は、常に、行為の当時及び現在の社会常識または社会通念がどうであるかを、自らの教養で理解し、発見することが求められているのです。

これまでお話ししたことを前提として、本題に入りたいと存じます。レジユメの順序に従って話を進めて参りますので、よろしくお願ひします。

三 正犯と共犯

(1) 正犯と共犯を区別する意味

只今述べましたような私の犯罪論からしますと、犯罪は、構成要件に該当する行為を軸に認定されなければならないという要請が生じます。どのように有害・悪質な行為であつても、構成要件の枠に入らない事実は刑法的な判断の対象としてはならない。言い換えますと、構成要件に該当する事実ないし行為が生じない限り、犯罪の問題とはならないのであります。この構成要件に該当する行為のことを日本では実行行為と呼んでいます。そして、実行行為を自ら行う者を「正犯」といいます。「正犯」という用語は、ドイツ語の行為者性から来ているものですが、日本では教唆犯・従犯すなわち共犯に対応する概念として、日本刑法の六〇条、六一条、六二条で条文上の用語として用いられています。

この点、中国刑法の「共同犯罪」とは大いに異なります。間違っていましたらお許し戴きたいのですが、中国刑法の「共同犯罪」は、大きく主犯と従犯に分かれます。すなわち、ある犯罪が二人以上の関与の下に行われたと認められる場合は、共同犯罪として認定される。そして、共同犯罪の関与者は、その役割に応じて、主犯と従犯に分かれ、主犯は犯行の全体について罪責を負うのに対し、従犯は、二次的・補助的な役割を果たした者として、成立した犯罪の法定刑を減軽又は免除されるのです。

犯罪意思がない者に犯罪意思を起こさせて罪を犯させた場合も共同犯罪となりますが、この場合は、その役割に応

じて、すなわち主犯ないし従犯として処罰されることとなります。なお、二九条二項では、独立教唆罪が認められている点が注目されます。

中国刑法では、共同犯罪を処罰する場合に、共同犯罪に関与した実質的役割に応じて、主犯または従犯として処罰されるわけですが、おそらく主犯は、日本刑法の正犯に当たり、従犯は日本刑法の従犯に当たるものと思われます。一方、「教唆」犯は、共同犯罪の役割に応じて主犯と従犯とに分かれることとなります。また、独立教唆罪が規定されていますので、日本刑法の教唆と名前は同じですが、その中身は大きく異なります。

日本刑法の構成は、まず、中国刑法の主犯の一部に当たります共同正犯を刑法六〇条で規定しまして、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」としています。日本刑法では、「二人以上が犯罪を共同して実行した」といえない限り正犯とはならないのです。これは、犯罪は、構成要件に該当する行為すなわち実行行為を自ら行ったといえる場合に限り成立するという考え方に基づいているのです。したがって、共同犯罪のなかで重要な役割を演じたかどうかという実質的な要素から導き出される中国刑法の「主犯」は、犯罪の成立という観点からは、重要でないのです。問題は、実行行為を共同して行ったといえるかどうかであります。このように、日本刑法では、正犯すなわち実行行為がない限り犯罪は成立しないという意味で、「正犯」は極めて重要な位置を占めています。日本の刑法は、「初めに実行行為ありき」という考え方を前提にしているといっても過言ではないのです。

この考え方は、教唆犯及び従犯についても貫かれています。教唆犯については、六一条で「人を教唆して犯罪を実行させた者は」と規定しまして、被教唆者の「実行行為」がなければ教唆犯は成立しないとしているところですし、

従犯については、六二条で「正犯を幫助した者は」と規定しまして、正犯の存在を前提として、その成立を認めているところです。そして、これらの規定は、罪刑法定主義に基づく構成要件の観念を基礎として立法化されたものであることは、改めて申すまでもありません。

本日の講演で、正犯と共犯の区別を取り上げましたのは、実は、この点に関連していいいます。と申しますのは、先にも指摘しましたように、中国刑法の「共同犯罪」の規定を拝見しますと、いわゆる正犯及び共犯という観念は見あたらず、むしろ主犯・従犯という共同犯罪における役割という観点からの区別がなされているにすぎない。言い換えますと、主犯、従犯及び教唆犯の区別は、実行行為を共同して実現したかどうかということを基準とするのではなく、共同犯罪の実現において果たした実質的な役割上の区別なのであります。あるいは、犯罪の成立というよりも処罰上の区別にすぎないといっても過言でないのです。

日本刑法の共犯規定は、共同正犯、教唆犯、幫助犯（従犯）に分けて、犯罪の成立という観点から規定されております。そして、以前から共同正犯と教唆犯・幫助犯との区別、教唆犯と間接正犯の区別が大きな論議の対象になっておりまして、現在でも激しい論争が続いております。それは何故かといえ、いうまでもなく本来犯罪は実行行為としての正犯でなければならぬのであり、行為の処罰は、先ず実行行為の存在を前提とし、その実行行為に影響を与えた限りで犯罪となるのだという罪刑法定主義の考え方が基礎にあるからであります。

(2) 学説の展開

これまで日本の研究者は正犯と共犯をどのように区別してきたかについて、かいつまんで述べてみますと、古く

は、自分の犯罪を実現する意思で行った場合が正犯であり、他人の犯罪に加担する意思で行ったときは共犯だとする主観説が有力でした。一方、結果に対して原因を与えた者が正犯であり、結果に対して条件を与えたにすぎない場合は共犯だとする客観説も主張されました。その他、実行行為を自分の手で行う者が正犯で、それ以外は、他人を道具のように利用した場合でも共犯だとする制限的正犯概念説があり、これに対しては、構成要件の実現に条件を与えた者は全部正犯だとする拡張的正犯概念説も主張されました。さらに、自己の意思通りに犯罪を実現する点に正犯の本質があるから、他人を自己の意思通りに利用して犯罪を実現した場合も正犯だとする行為支配説も有力です。

しかし、既に明らかのように、構成要件を軸に犯罪論を構築する形式的犯罪論からしますと、「正犯とは構成要件に該当する行為を自ら行う者をいう」と定義する形式説が最も妥当であります。しかし、自ら行うということは、自分の意思通りに行うということであつて、必ずしも常に自分の手で行うことを意味しないはずで、そこで、自分の手で行う場合を直接正犯、他人を道具のように利用して行う場合を間接正犯と呼びます。

これに対して共犯は、構成要件に該当する行為を自ら行わずに、正犯を教唆し、幫助することによって正犯の実現に参与すること、すなわち、正犯の実行行為を通じて犯罪の実現に参与することです。その意味で、共犯としての教唆犯、幫助犯が成立するためには、実行行為を自ら行つた者すなわち正犯の存在が必要です。共犯は、正犯の実行行為を前提とするという意味で、共犯は正犯に従属するともいわれています。その点、先程も指摘しましたが、中国刑法二九条二項が独立教唆罪すなわち教唆の未遂を処罰しているのと異なるのであります。

ちなみに、中国刑法二七条一項は、「共同犯罪において二次的又は補助的な役割を果たした者は、従犯である」と

規定し、二項で刑の必要的減免を認めているのは、日本の幫助犯の扱いと同じでありまして、この場合は、当然、正犯の存在が前提になっていると考えられます。その意味で、従犯の未遂は処罰しない趣旨と考えるのですが、如何でしょうか。もしそうだとしますと、教唆については正犯から独立して処罰するのには、従犯については正犯に従属して処罰することになるようで、一貫性を欠くような感じが致しました。

四 共犯の処罰根拠と共犯の従属性

(1) 共犯の処罰根拠

既に明らかと思いますが、中国刑法の「共同犯罪」は、日本刑法総則第二章の「共犯」に相当します。どちらも、二人以上の者が関与して、その内の少なくとも一人が実行行為を行い、犯罪を実現した場合が要件となっている点で、両者は共通しております。しかし、先程も申しましたように、中国刑法二九条二項は、教唆の未遂つまり独立教唆罪は処罰しています。そして、日本でも今の規定の解釈として教唆や幫助といった共犯を正犯から独立して処罰すべきであるという共犯独立性説がかつては有力でした。

そこで、共犯は何故処罰する必要があるのかという共犯の処罰根拠が論議されてきたのでありますが、共犯は、他人の犯罪に加担して法益侵害の結果を惹き起こしたから処罰するのだという惹起説が現在では有力となっています。確かに、刑法は法益侵害を防止することを目的とするものですから、共犯も他人の法益侵害行為に加担すること自体を処罰根拠と考えるのは当然です。

問題は、結果の発生に原因を与えることだけで処罰して良いかにあります。例えば「人を殺す」ように唆す行為は、人を殺害する原因とはなりませんけれども、教唆行為だけでは人を現実に死なせる危険はそれほど大きくない。むしろ、刑法が予定している殺人の実行行為を相手方にさせることが必要なのではないか。つまり、罪刑法定主義の要請から、構成要件上予定している行為が現実に行われたい限り、背後者を処罰しないとすることが必要だと考えるのです。そこで、私は、正犯の実行行為を通じて法益侵害の結果を生じさせたことが、共犯を処罰する根拠だと考えるわけです。

(2) 共犯の従属性

このように考えて参りますと、共犯ないし共同犯罪の場合、何を共同する必要があるかという問題についても、自ずと答えが出てきます。日本刑法では、かつて、二人以上の者が、例えば、殺人とか窃盗といった特定の犯罪について共同する必要があると考えられてきました。これを犯罪共同説と申しますが、犯罪の本質的部分は実行行為であると考えますと、大切なのは、特定の犯罪を共同して実現するということよりも、例えば、一方は殺人罪、他方は傷害罪というように、別々の犯罪を目的としていても、実行行為としては両者とも人の身体に危害を加える行為を内容としているという意味で、部分的に重なり合う訳ですから、その重なり合う限度で両者を共同正犯として扱って良いのではないか。これを私は部分的犯罪共同説と名づけているのですが、この問題は、中国刑法二五条の「共同犯罪」についても当てはまると思います。主犯は傷害を實現しようとしたが、結果は殺人罪が成立したような場合、おそらく主犯として傷害罪の限度で共同犯罪として処罰されると思うのですが、如何でしょうか。

異なる犯罪の実行行為を共同して実現した場合には、それぞれの犯罪について、共同正犯ないし「共同犯罪」となりますから、例えば、中国刑法二六四条の窃盗を教唆したところ被教唆者が二六三条の強盗をしたような場合、共同犯罪としては強盗罪が成立しますが、教唆行為は窃盗罪の教唆犯になると考えるのです。この場合、なるほど窃盗罪と強盗罪は別々の犯罪であります。他人の財物を不法に領得するという点では実行行為は重なり合います。そして、教唆犯は、重なり合っている実行行為つまり窃盗の実行行為に従属して成立するのです。その意味で、共犯は正犯の罪名ではなく実行行為に従属すると考えるのでありまして、これを、共犯の実行従属性と呼んでいます。

このように、刑法が予定した禁止・命令に違反する行為が現実に行われぬ限り刑法上の問題とすべきではない。罪法定主義の原則から、現実に実行行為が行われない限り教唆行為や幫助行為自体を罰することは出来ないのです。つまり、共犯独立性説は、妥当でないのです。

五 共同正犯と教唆犯・幫助犯

(1) 共同正犯は共犯か

先にも述べましたように、日本刑法六〇条は、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定しています。そして、正犯とは、実行行為を自ら行う者をいうのですから、共同正犯は、当然、正犯であるということになります。しかし、二人以上の者がそれぞれ実行行為を行っているのであれば、すでに正犯ですから、六〇条で、敢えて「正犯とする」と断る必要はないはず。つまり、六〇条の規定は、本来は正犯とはいえないが、「正

犯」と同じように扱うという趣旨であることは明らかです。したがって、甲と乙が二人で丙を殺害する目的で各自凶器をもって身構えたが、甲の一突きで丙が死んだ場合でも、両者は殺人罪の罪責を負うのです。それは、二人が相互に助け合い一体となって、いわば不可分の関係で甲の実行行為を行っているからでありまして、一見すると甲だけで殺したように見えるけれども、罪責は二人で一緒に犯罪を實行したという扱いを受けます。その意味で、乙は本来は共犯ではあるが、二人以上の者が一体となって行為すれば、結果の実現が一層容易になり、正犯と同様の危険性が生ずる。その意味で、他人の実行行為を利用して犯罪を実現する本来の共犯である教唆犯や幫助犯とは異なるのであります。共同正犯は、いわば正犯と共犯の中間に位置するという意味で、「すべて正犯とする」としたと考えるのであります。

(2) 実行共同正犯と共謀共同正犯

二人以上の者が一体となり、お互いに利用し、助け合って犯罪を実現する場合は共同正犯であるとし、先の例のように、犯行の現場にいなくても正犯として良い場合があるのではないか。それが、共謀共同正犯であります。これは、二人以上の者が犯罪の実行を相談し、その一部の者が相談で決まった計画を実現した場合は、共謀者全員について共同正犯が成立するというものですが、かつては、こうした共謀共同正犯に反対する見解が有力でした。しかし、判例は以前からこれを認め、学説上も今日ではほとんど異論がなくなりました。

もっとも、私は、先の例のように、二人以上の者が現場で一体となって行動している場合と、共謀して共謀者の一部の者が犯行に及ぶといった場合とは、要件において区別する必要があるという立場から、実行共同正犯と共謀共同

正犯とを区別すべきであると主張して、こうした考え方を支持する判例もあります。実行共同正犯の場合は共同して犯罪を行う点について了解があれば足り、共謀の事実は特に要件とする必要はありませんが、共謀共同正犯の場合は、共謀の事実によって、お互いを利用し、補充しあつて行為をするという関係が生ずるのであり、その意味で「共謀の事実」は重要な意味を持つのです。

ちなみに、中国刑法の共同犯罪は、当然、共謀共同正犯を含むと考えられますが、二六条一項で定める犯罪集団と主犯、二項の犯罪組織、三項の首要分子は、日本刑法にはない概念であります。実質的には、これらの概念によって、共謀者の性質や役割を細分化することができ、その結果として刑の量定を類型化することが出来ますから、日本刑法の解釈にとっても有用であると存じます。しかし、犯罪の成立としての主犯と従犯をいかに区別するかという点になりますと、実質的な区別は困難であり、したがって、両者の区別は恣意的になりがちであり、罪刑法定主義の原則に反する嫌いがあるのです。

(3) 共謀共同正犯と教唆犯・帮助犯

中国刑法では、およそ二人以上の者が故意に犯罪に関与した以上は、すべて共同犯罪として論ずるという建前に立っていますので、共同正犯と教唆犯・従犯との区別ということとは、それほど真剣には論じられないような感じが致します。確かに、従犯、教唆犯ともに共同犯罪において果たした役割によって処罰することになっていますから、特に論ずる必要がないように思われますが、二七条の従犯では、必要的に刑を減輕免除することになっていますから、その要件である「二次的又は補助的役割」の意味は、重要であるといわなければなりません。また、主犯と従犯の区別

も、量刑に反映させる以上は、明確な基準が必要になります。

日本刑法の場合、教唆犯及び幫助犯は正犯ではないので、情状面はともかく、少なくとも行為それ自体としては正犯よりは軽い罪として扱われています。もつとも、教唆犯の刑は中国刑法と同じように正犯の法定刑で処罰することになっていきますので、正犯と区別する意味は無いという見解もあります。既に述べましたように、教唆犯も幫助犯と同じく共犯として正犯より軽い犯罪であり、いわば例外的に処罰される性質のものであるというのが、一般の理解です。こうして、教唆犯の場合は、犯罪意思のない者に犯罪意思を起こさせ、その者、つまり被教唆者の自らの意思で犯罪を実行させる必要があるのに対して、共謀共同正犯の場合は、あくまで二人以上の者が、犯罪実現のために相互に利用し、助け合って、いわば一体となって罪を犯す点に特徴があり、両者の区別は比較的容易であります。これに対して、共謀共同正犯と幫助犯との区別は、かなり難しいところがあります。学説では、犯罪によって生ずる利益が誰のものとなるかという実質的な観点から決めるべきであるとする見解が有力であり、判例の考え方もそれに近いようですが、ここでも相互利用・補助が認められるか否かで判断すべきであると考えています。

六 正犯と共犯の区別

(1) 正犯の態様

私は、これまで、刑法の体系では構成要件が最も重要であるという前提から、構成要件に該当する行為を実行行為として、その実行行為を自ら行う者を正犯とする考え方を軸に、正犯と共犯に関連する諸問題を検討してきました。

が、そのまとめとしまして、改めて、正犯と共犯の区別を整理しておきたいと思ひます。

正犯は、構成要件に該当する行為つまり実行行為を自ら行う者を指すのでありますが、いうまでもなく実行行為は、通常は自分の手で道具などを使いながら行うのでありまして、これを直接正犯といひます。しかし、道具の代わりに人としての他人を利用して犯罪を実現することもしばしば行われることは、改めて申すまでもありません。このように、他人をあたかも道具のように利用して犯罪を実現する場合を、「他人が介在する」という意味で間接正犯といひます。

間接正犯とよく似ているのは、教唆犯であります。教唆犯の場合も他人を利用してゐる点では間接正犯と同じなのですが、その特徴は、被教唆者に犯罪意思つまり故意を生じさせて利用するところにあり、したがって、利用者は被教唆者の犯罪意思ないし故意を媒介として他人を利用してゐる訳であります。そこでは、被利用者の意思を媒介してゐますから、行為者の意思通りに利用できるわけではない。教唆行為は、その意味で実行行為としての結果発生の実現の危険性を有する程危険な行為ではなく、したがって、独立して処罰する必要はないのです。

(2) 諸類型の区別

他人を利用して犯罪を実現する場合に、常に、教唆犯と間接正犯との区別が問題となりますが、既に明かなように、間接正犯は被利用者を自己の意思通りに利用して犯罪を実現するのに対しまして、教唆犯は、他人に犯罪意思を起こさせ、それを利用して犯罪を実現する場合です。両者の決定的な違いは、他人の犯罪意思を媒介しているかどうかであります。したがって、被利用者に犯罪の故意がある場合でも、利用者が自己の意思通りに犯罪を実現したと

いえる以上は、間接正犯なのです。

共謀共同正犯は、二人以上の者が共謀を通じ、相互に利用し補充する関係を作り上げて犯罪を実現する場合であります。共謀者の中には当然主犯格の者が含まれているのですが、犯罪の成立からしますと、実行行為を二人以上の者が一体となって行ったかどうかが重要なのですから、主犯かどうかは情状の面では重要な要素となりますが、犯罪の成立の場面では重要ではないのです。

共謀共同正犯は、犯行の現場にいらなくても成立しますから、実行行為を行わないで成立する教唆犯や従犯との区別が問題となります。しかし、最後は、社会通念から見て、二人以上の者が一体となって実行行為を行ったといえるかどうかで判断するほかにないのです。

七　む　す　び

以上、駆け足で正犯と共犯の区別を検討して参りました。結論として、中国の「共同犯罪」の概念は、日本の「共犯」に相当するものであり、また、主犯に相当する正犯の概念、それから、従犯、教唆犯などは、中日両刑法の共犯規定に規定されているものでありまして、そこには共通したものを見いだせるのであり、両国での共同研究は十分可能であると思います。しかし、両者にはかなり大きな違いがあります。

その違いの根本的な理由は、中国の共同犯罪の概念には実行行為つまり「正犯」の観念がない点にあると思います。私は、罪刑法定主義の原則を共犯論に反映させるためには、正犯概念を導入する必要があるのではないかと思う

のですが、如何でしょうか。

本日は、ご多忙の中、私の不十分な講演にお付き合い下さいまして、心から厚く御礼申しあげます。最後になりましたが、皆さんのご健康とご多幸を祈念して、講演を終わりたいと存じます。ご清聴、誠に有り難うございました。

(本稿は、二〇〇二年六月一二日に中国武漢大学で開催された大谷實客員教授就任記念講演の内容に加筆したものです。)