

現代中国の犯罪体系の行方

孫 文*

目 次

はじめに——研究の背景および本稿の目的

第一章 中華人民共和国「1997年刑法典」時代の犯罪体系

第一節 「1997年刑法典」の立法経緯

第二節 「1997年刑法典」の総則規定に関する立法の論点と犯罪体系

第三節 現代中国の犯罪論（概観）——四要件の犯罪構成理論に対する絶え間ない挑戦

第二章 現代中国の犯罪体系論

第一節 張明楷の犯罪論（移植論）

第二節 黎宏の犯罪論（維持論）

第三節 陳興良の犯罪論（移植論と再構築論の併用）

第四節 周光権の犯罪論（改良論）

第五節 小 括

第三章 結 論

はじめに——研究の背景および本稿の目的

筆者は、本稿に先立つ拙稿「中華民国時代の犯罪体系」において、中華民国時代にはドイツおよび日本から継受した三段階の犯罪論体系が存在しており、中国においては、むしろ、こちらのほうが四要件の犯罪論体系よりも「伝統的」であるとすらいえることを明らかにした。また、これに続く「中華人民共和国の犯罪体系の起源」においては、四要件の犯罪体系論の起源を遡れば、中国、ソビエトおよびロシアにおいてそれぞれいくらか

* ソン・ブン 華東政法大學法律學院師資博士後

の修正を受けてはいるが、最終的にはドイツのベルナーの犯罪論に辿り着くことを明らかにした。そして、そこでは、ドイツにおける「要素の体系」から「段階の体系」への進化の要因を明らかにすることが、中国における「伝統的」体系と独日派の体系との争いに決着をつけるひとつの方法となり得ることも明らかにした。

もっとも、ドイツにおける発展の必然は、必ずしも、状況が同じではない中国での発展の必然を意味するわけではない。そこには、別の必然も存在する可能性があるからである。

そこで、本稿では、1997年刑法典において一応の完成をみた「伝統的」な四要件体系の内容とその問題点を、1997年刑法典の制定過程における議論や四要件内部からの挑戦、および独日派からの挑戦を紹介することによって明らかにし、加えて、代表的な独日派および改良派の見解を紹介することによって、中国における犯罪論体系の論争を解決する手掛かりを明らかにしたい。

第一章 中華人民共和国「1997年刑法典」時代の犯罪体系

本章では、1997年刑法典における立法経緯および主要な改正論点につき、犯罪論体系上重要と思われる点を紹介し、検討する。

第一節 「1997年刑法典」の立法経緯

(1) 改正の概要¹⁾

本稿に先立つ拙稿「中華人民共和国の犯罪体系の起源」において検討したように、1979年刑法典は、1949年に建国して以来の初の刑法典として、確かに画期的な意味を持っていた。しかし、当時の歴史的条件や立法経緯の乏しさのために、全体の体系性および立法技術において多少不十分と

1) 高銘喧『中華人民共和国刑法的孕育誕生和發展完善』（2012年）前言2～5頁。

ころが存在していた。このため、1979年刑法典は過渡的な性格を有するものであって、後に広範囲の改正が予定されていた。実際、1981年から1997年の中国の現行刑法典が制定されるまでの間に、立法機関は24部の単行刑法（つまり特別刑法）を制定し、かつ非刑事法律において107箇所の付属刑事規範を作った²⁾。

このような状況を背景に、1988年7月1日付「第七次全人代常委会業務要点」では刑法典の修正業務が正式に立法計画に列挙された。その後、間もなく、調査研究、座談会の開催、条文の編集、コメントの募集、刑法修正草案原稿のドラフトが行われた。1996年12月、立法業務機関は、審議のために比較的成熟した刑法修正草案を第八次全国人民代表大会（以下「全人代」と略記する）常委会に提出した。第八次全人代常委会は、1996年12月26日に第23回会議を、1997年2月19日に24回会議を開き、刑法修正草案を審議したうえで、1997年3月に開催される第八次全人代第五回会議で審議するために、そこにこれを提出することを決定した。

2) 概括的に言えば、主たる内容は以下のとおりである。

1. 場所的効力について、刑法典に定める属地原則、属人原則、保護原則のほか、普遍管轄権原則も追記された。
2. 犯罪主体について、一部の犯罪につき組織体犯罪が追記された。
3. 刑種について、危害性が重大な軍人犯罪者について、勲章、褒章、荣誉称号の剥奪が付加刑として追記された。政治的権利の剥奪又は3年以上の有期徒刑に処された軍官について、軍位の剥奪もできるとされた。
4. 量刑制度について、少なくとも重き従いに処罰する情状、および個別的に軽きに従い処罰し、又は処罰を減輕し、若しくは免除する情状が増やされた。
5. 刑の執行猶予制度について、戦争時の刑の執行猶予制度が増設された。
6. 各則罪名について、133個の新しい罪名が補充して追記された。1979年刑法典では129個の罪名しかなかったが、1997年に改正された刑法典の採択前に、すでに262個の罪名に増やされた。
7. 各則の法定刑について、少なくとも犯罪の法定刑が引き上げられた。
8. 罰金について、一部の犯罪に関して罰金の金額（普通金額および倍数金額を含む）を規定した。
9. 法条の適用について、「準用」を用いることにより、刑法各則における一部の条文に定める犯罪の適用範囲が拡大された（高・前掲（注1）前言2頁から引用した）。

1997年3月14日、第八次全国人民代表大会は、修正された「中華人民共和国刑法」、すなわち、1997年刑法典（以下、「1997年刑法」と略称する）を審議して可決し、かつ、1997年10月1日から施行することを決定した。

かかる新刑法典は、科学的に刑法の基本精神を総括し、刑法の3つの基本原則、すなわち、罪刑法定原則、刑法適用における国民平等原則、罪刑均衡原則を明文で規定した。この新刑法典は、1979年刑法典およびその施行後の17年間の全ての単行刑法および付属刑法を検討し、修正し、整理したうえで、刑法典の関連部分に組み入れた。同時に、処罰すべき新たな犯罪が、刑法各則に追記された。これらをもって、刑法典の体系がさらに整備され、罪と罪の限界がより明確かつ具体的になって、法定刑間でのバランスもよくなり、操作可能性が高くなっている。新刑法典は、計15章452条から成り、うち、総則5章101条、各則10章350条、附則1条となっている。含まれる罪名は412個であり、そのうち、1979年刑法典から引き継いだ罪名は116個、単行刑法および附則刑法から引き継いだ罪名は132個、改正過程において新設された罪名は164個である。

その後、社会の改革および進歩に伴い、犯罪と戦う必要に応じ、国家立法機関は、刑法典につきさらに続々と部分的修正および補充を行った。全人代常委会は、1998年12月29日付「外国為替の騙取購入、逃避および不法売買犯罪の懲罰に関する決定」、1999年12月25日付「中華人民共和国刑法修正案」、2001年8月31日付「中華人民共和国刑法修正案（二）」、2001年12月29日付「中華人民共和国刑法修正案（三）」、2002年12月28日付「中華人民共和国刑法修正案（四）」、2005年2月28日付「中華人民共和国刑法修正案（五）」、2006年6月29日付「中華人民共和国刑法修正案（六）」、2009年2月28日付「中華人民共和国刑法修正案（七）」、2011年2月25日付「中華人民共和国刑法修正案（八）」、2015年8月29日付「中華人民共和国刑法修正案（九）」、2017年11月4日付「中華人民共和国刑法修正案（十）」を可決し、刑法典の総則および各則において一連の修正および補充を行っ

た³⁾。

3) 刑法典条文の順序に基づき、補充し修正された刑法典総則の規定は、主に以下のとおりである。

1. 満75歳の犯罪者について、寛大に扱うという原則が設けられた（第17条の1）。
2. 保護観察を受ける犯罪者について、同時に、禁止令を与えることができ（第38条第2項）、法により地域社会における矯正を実行し（第38条第3項）、禁止令に違反する場合、「中華人民共和国治安管理処罰法」の規定に従い処罰する（第38条第4項）、とされた。
3. 裁判の際に75歳以上の者について、原則として死刑を適用しない（第49条第2項）、とされた。
4. 死刑執行猶予期間満了後の有期懲役の刑期を従前の「15年以上20年以下」から「25年」に修正された（第50条第1項）。「死刑執行猶予」に処された累犯および特定種類の暴力犯罪について、刑の減軽が制限された（第50条第2項）。
5. 刑の減軽の意味がさらに明確にされた（第63条第1項）。
6. 18歳未満の者が犯罪をした場合累犯を構成しないという旨が明確に規定された（第65条第1項）。
7. 特殊累犯の対象範囲が拡大された（第66条）。
8. 自白の場合寛大に取り扱うという原則が増設された（第67条第3項）。
9. 数罪併科の際の有期懲役の最高刑が引き上げられ、付加刑の併科が補充された（第69条）。
10. 執行猶予の条件を細分化し、「執行猶予を実施すべき」規定が増設され、執行猶予された犯罪者について、同時に禁止令を与えることができる（第72条）とされた。
11. 犯罪集団の首謀者について、執行猶予を適用しないという規定が追記された（第74条）。
12. 刑の執行猶予を宣告された犯罪者について、法により地域社会において矯正を実施する（第76条）、とされた。
13. 刑の執行猶予を宣告された犯罪者について、禁止令に違反し、情状が重大である場合、執行猶予を取り消す（第77条第2項）とされた。
14. 無期懲役に処された犯罪者が刑を減軽された後の実際の執行刑期について、下回ってはならない刑期が13年に引き上げられ、減軽が制限された死刑執行猶予犯罪者が無期懲役又は25年の有期懲役を減軽された後の実際の執行刑期について、それぞれ25年、20年を下回ってはならないとされた（第78条第2項）。
15. 無期懲役犯罪者の仮釈放前の実際の執行刑期が13年以上に引き上げられ、「再犯の危険がない」ことが仮釈放の実質的要件の1つとされ、さらに、仮釈放不可の対象犯罪が明確にされ、仮釈放後の居住地域に対する影響が考慮要素とされた（第81条）。
16. 仮釈放された犯罪者について、法により地域社会における矯正を実行する（第85条）とされた。
17. 罪を犯した際に18歳未満で5年以下の有期懲役の刑に処された者について、軍隊

(2) 改正方法の変化⁴⁾

刑法典に対する改正方法についても、発展し変化する過程にある。1979年刑法典効力発生後の改正・補充は、主として単行刑法および付属刑法の方法が採用された。1997年刑法典効力発生後の改正・補充は、1つの単行刑法、すなわち、1998年12月29日付「外国為替の騙取購入、逃避および不法売買犯罪の懲罰に関する決定」以外は、いずれも「刑法修正案」の方法が採用された。刑法修正案を刑法典の改正・補充方法とする基本的地位がすでに確立されたともいえる。修正案方法を採用するメリットは、刑法の体系構造および条文の配列順序を乱すことがなく、刑法典の統一性および完全性を保護するうえで有利であり、司法業務の実際の操作、把握運用にも有利であり、多数の国民がこれを学習し遵守する上で有利だということである。また、刑法の安定性と適応性との関係が比較的に適切に解決された。「刑法修正案」という立法方法を採用することは、中国刑事立法技術がますます成熟していることを示すものである。

1997年刑法典への修正について述べれば、「刑法修正案（七）」までは、いずれも刑法各則の具体的な罪名に対する修正である一方、「刑法修正案（八）」は、引き続き刑法各則の具体的な罪名を修正したほか、はじめて刑法総則に対して一部の修正および補充を行った。例えば、75歳以上の犯罪者について寛大に取り扱い、未成年犯罪者についてさらに寛大な措置を講じたことが挙げられる。また、刑罰構造、特に死刑とその他の刑との連結問題について、調整および改善を行い、執行猶予制度を大幅に修正し、地域社会における矯正を刑法に追記したことも挙げられる。特に、修正案は、13個の罪名の死刑を廃止し、死刑改革の道程においてしっかりした一

ゝに入り、又は従業するときに、処罰を受けたことを報告する義務を免除する（第100条第2項）とされた。

また、「刑法修正案（八）」は、「刑法」第68条第2項に定める犯罪後自首した後にさらに重大な功績があるという情状を削除した。（高・前掲（注1）前言5～6頁から引用した）。

4) 高・前掲（注1）前言13～14頁。

歩を踏み出し、模範・指針の役割を果たした点で、大きな意味を持つものである。

第二節 「1997年刑法典」の総則規定に関する立法の論点と犯罪体系

(1) 罪刑法定原則

1) 罪刑法定原則の確立過程⁵⁾

1997年刑法典に新設された3つの基本原則のうち、世界各国により一般的に受け入れられ、法理の精神よび民主発展傾向を体现することができる最も重要な原則の1つは、罪刑法定原則である。「細かいより粗いほうが望ましい」という立法思想の影響を受け、中国1979年刑法典の多くの条文はその表現が曖昧であり、刑法典では類推制度が規定されることおよびその後の特別刑法においては遡及効力等の内容が個別的に追記されたことを考慮すれば、罪刑法定原則は、中国1979年刑法典では徹底して保障されてはいなかったといえよう。当時のこのような立法現状は、中国の刑法による人権保障機能の發揮に影響を与えるだけでなく、国際社会における中国の刑法による「法の支配」（法治）の評価にも、芳しくない影響を及ぼした。

実際、罪刑法定原則立法化の価値および類推制度の弊害に対する認識は、1979年刑法典公布後まもなく、中国の刑法学界に広がり、また、中国の立法機関が刑法改正を立法計画に入れることにより、中国の刑法学界および法実務界は、当該問題に対する認識をますます深化させ、全面化させた。もっとも、中国の刑法改正の検討過程を振り返って見てわかるように、罪刑法定原則を刑法典に入れた過程は、必ずしも順調ではなく、複雑であり、鋭く対立した力の対決および見解の争いを数多く経験し、白熱したものであった。

刑法の全面改正を国の立法日程に正式に入れた後、相当長い期間にわ

5) 高・前掲（注1）171～174頁。

たって、刑法学界では、刑法典において罪刑法定原則を確立しかつ類推を廃止するか否かについて、異論があった。罪刑法定原則を刑法に入れるか否かについて、否定論者は、罪刑法定原則は立法機関がすべての犯罪および刑罰を予め刑法で規定することを求めていることから、実際に実事求是の認識路線に違反しており、罪刑法定原則の実行は、司法実践の手足を縛り、新たな類型の事件を処理するうえで不利であり、犯罪を厳しく取り締まるうえで不利であることを理由に、罪刑法定原則は、中国の刑法における基本原則になるべきではないと主張した。

これに対して、肯定論者は、将来の刑法典において罪刑法定原則を明確に規定すべきであると主張した。その主たる理由は、以下のとおりである。

(1) 中国刑法が罪刑法定原則を維持しかつ明文で規定することは、間違いなく中国が社会主義法治国家であることを体現し、国際進歩の成果によりよく適合することができ、中国刑法の国際的イメージを維持し、中国刑法ないし法治全体の威望を高めるうえで有利である。

(2) 罪刑法定原則の最も大きな価値は、罪刑専断を避け、人権を保障することができることにある。罪刑法定原則を規定することには、少々マイナス効果（すなわち、将来、刑法に明文のない社会危害行為があっても、司法機関は、これを取り締まって処罰することができない。）が生じるかもしれない。しかし、かかる問題は、罪刑法定原則を保障する如何なる国においてもすべて直面しているものであり、立法の不備および停滞は、司法による類推によって補うものではなく、刑事立法自身の改善によって解決すべきものである。罪刑法定原則を規定しないとすれば、中国刑法には隠れた法治の破壊が含まれていることになり、多数の公民が人権の危殆化を懸念することになってしまう。一方、罪刑法定を徹底的に保障するとすれば、刑法に不可避の欠缺により、法に明文で規定されていない危害行為に然るべき罰を与えることができないかもしれないが、類推制度によって公民の自由および社会民主的観点が被った損害と比べれば、極めて小さな欠点に過ぎな

い。したがって、罪刑法定原則は断固として保障すべきである⁶⁾。

中国刑法において類推を廃止すべきか否かについては、当時概ね3つの観点が存在した。すなわち、

(1)「永久保留説」によると、完全かつ遺漏のない刑法典を制定することは幻想であって、類推を保留することで、一方では、刑法の朝令暮改を避け、刑法の安定性を維持することができ、他方では、その後の刑法の改正・制定のために経験を積み重ねることもできることから、類型制度の保留は必要である、

(2)「一時的保留説」によると、類推制度は、立法経験が不十分で、立法が完備していない状況においては積極的な役割を果たしているが、条件が成熟した場合には、明確に罪刑法定原則を規定して、類推制度を廃止すべきである、

(3)「即時廃止説」によると、罪刑法定は、本質上、類推制度とは相容れないことから、もし本当に罪刑法定原則を徹底的に保障したいのであれば、類推制度を廃止し、罪刑法定原則を明記しなければならない、と⁷⁾。

当時、政治的指導層にあった多くの人々により主張されたのは、「即時廃止説」ではなく、「一時的保留説」であった。国家立法工作機関も、「一時的保留説」に傾いた。したがって、1988年11月16日付刑法改正稿第85条では、1979年刑法典にあった類推制度の内容が維持されただけでなく、類推制度を適用する手続条件も緩和し、類推事件は事件ごとに最高人民法院に報告して承認を取得する必要はなく、最高人民法院に承認された類推事件であれば、各レベルの法院はこれを参照して適用することができるとさ

6) 高銘喧「略論我国刑法对罪刑法定原則の確定」中国法学1995年第5期、馬克昌「罪刑法定原則立法化芻議」高銘喧（編）『刑法修改建議文集』（1997年）93頁（高・前掲（注1）172頁から引用した）。

7) 趙秉志『刑法総則問題專論』（2004年）233～234頁（高・前掲（注1）172頁から引用した）。

れた。

もっとも、この草案の内容は直ちに刑法学界および法律実務部門からの多くの人により批判された。そこで、1988年12月25日付刑法改正稿は、類推適用を緩和する規定を是正した。ただ、当時の主導的見解がなお一時的に類推制度を保有する主張であることに鑑み、1988年9月付、11月16日付、12月25日付刑法改正稿では、いずれも罪刑法定原則が規定されておらず、総則ではいずれも類推制度が規定されていた。

その後、類推制度の存廃については、前記の3つの意見は徐々に保留説と廃止説にまとまっていった。1996年4月30日に、全人代常委会法工委は、北京で刑法の改正問題について専門的な座談会を開催し、立法機関、司法部門および高等学校、科学研究機構の専門家や学者約60人が当該座談会に参加した。この座談会の後、最高人民法院、最高人民検察院および公安部は、それぞれ意見書を提出した。

公安部は、罪刑法定原則の確立は、厳格に法律を執行し、公民の適法な権益を保護するうえで非常に重要な意味を持っていると指摘した。ただし、刑法は、犯罪と戦うための道具であり、刑法の基本原則の画定は、現実の闘争の必要から出発し、犯罪を取り締まることに有利でなければならないので、刑法を改正する際に罪刑法定の原則を明確に規定するなら、現実の闘争の必要性に十分に配慮し、犯罪として規定する必要がある危害行為の分析、画定を明らかにしなければならず、遺漏がなく、相当に大きな先見性を持ち、犯罪を放任しないよう保証することに最大限の努力をしなければならない。この点を保証できないならば、拙速に類推制度を廃止しないことが考えられるとも述べた⁸⁾。

しかし、注目すべきは、最高人民法院および最高人民検察院は明確かつ一致して、刑法総則では罪刑法定原則を明確に規定し、かつ、類推制度を

8) 公安部修改刑法領導小組弁公室「当前修改刑法工作中亟待研究解決的十大問題（匯報提綱）」高銘喧・趙秉志（編）『新中国刑法立法文獻資料總覽』（1998年）2653頁（高・前掲（注1）173頁から引用した）。

廃止すべきであると主張したことである。最高人民法院と最高人民検察院の態度は、中国の刑法学界の主流的見解と一致していたといえる。実際、1979年刑法典施行後の十数年以來、最高立法機關は、24個の単行刑事法律を作り、かつ、107の非刑事法律で刑事責任条項を設置し、刑法典について大幅な改正および補充を行った。追加された犯罪は130個あまりであり、1979年刑法典にもともとあった犯罪の総数を超えた。これらの犯罪には、社会生活、特に社会経済分野において発生する様々な社会危害行為が含まれており、これによって刑事立法は相当に整備され、周密になったともいえる。特に、重大な犯罪行為については、法律により処理することができないような余地はなくなった。したがって、類推制度を維持することは実際に必要がなく、かつ、このようなやり方は、小利にこだわって大利を失い、得より損の方が大きい。しかも、類推制度の適用率は、1979年刑法典施行後の十数年間で高くなかった。

このような状況に鑑み、全人代常委会法制委員会は、1995年8月8日付刑法総則改正稿では類推制度を廃止し、同時に第3条で初めて罪刑法定原則を規定した。すなわち、行為を実行したときに犯罪として明文で規定されていない場合、これを有罪として処罰してはならないとしたのである。同改正稿は、1997年刑法典が類推を廃止し、明文で罪刑法定原則を規定するための基礎を築いており、それ以降の各原稿は、例外なくいずれも罪刑法定原則を規定し、かつ、類推を廃止した。

2) 刑法における罪刑法定原則の位置⁹⁾

1995年8月8日付刑法総則改正稿では、罪刑法定原則は、刑法総則第一章「刑法の任務、基本原則と適用範囲」の第3条に規定されており、その後の各総則改正稿および1996年8月31日付刑法改正草稿では、かかる位置が変更されなかった。しかし、1996年10月10日付改正草案（意見募集草案）

9) 高・前掲（注1）174頁。

では、立法機関は、総則第一章の章名を「刑法の任務および適用範囲」に修正し、かつ、「基本原則」の内容を削除した。「罪刑法定原則」の規定は、刑法総則第二章「犯罪」第11条に規定された。

その後、前記の意見募集草案を検討した過程においては、刑法の基本原則は、すべての刑法規範と刑法適用を貫く、刑法の基本的性質と基本精神を体現する準則であり、刑法では全体を貫く中心的な役割を果たしているため、それは刑法の第一章で規定すべきであることが決められており、他方、罪刑法定原則は、刑事立法と刑事司法の全ての活動を貫く基本原則であるがゆえに、それを論罪原則規定にすぎないとみなして第二章第一節「犯罪と刑事責任」に規定することは明らかに適切ではない、と主張された。かかる意見は、最終的に立法機関に採用され、1996年12月中旬ごろの改正草案およびその以降の各草稿では、罪刑法定原則は、第3条として改めて刑法総則第一章「刑法の任務、基本原則と適用範囲」の中に戻された。

3) 罪刑法定原則の具体的な表現¹⁰⁾

刑法改正検討においては、罪刑法定原則の立法表現はいくらか変遷してきた。1995年8月8日付刑法総則改正稿第3条は初めて刑法改正草稿では明文で罪刑法定原則を規定し、立法工作機関は、「行為を実施した際に犯罪として明文で規定しなかった場合、論罪し処罰してはならない」という表現を採用した。このような表現は、罪刑法定の伝統的表現と古典的意味に完全に適合している。1996年6月24日付刑法総則改正稿第3条は、「明文」という言葉を削除したことがあり、その他の部分は、前記の規定の表現と同じであった。

1996年8月8日付刑法総則改正稿では第3条の表現にまた変化が生じた。同条によると、「法律には犯罪として規定されなかった場合、論罪し

10) 高・前掲(注1)174～175頁。

てはならない。論罪処罰は、行為の際の法律および本法第10条の規定を根拠としなければならない」と規定された。このような変化について、1996年8月12日から16日まで開催された全人代常委会工作委員会により招聘された専門家座談会では、参加した専門家の全員が、同改正稿第3条の最後「論罪処罰は、行為の際の法律および本法第10条の規定を根拠としなければならない」が余計である、と考えており、これを削除することを提案した。このようにして、1996年8月31日付刑法改正草稿では、罪刑法定原則に関する表現は、再び1996年6月24日付刑法総則改正案の表現に戻った。

ところが、1996年10月10日付刑法改正草案（意見募集案）では、罪刑法定原則の表現は、従前の表現と比べて大きな変化が生じた。同改正草案では初めて有罪と無罪という正反両面から表記し、かつ、「行為の際」という規定が削除された。第11条は、罪刑法定原則を「法律が犯罪行為として明文で規定している場合には、法律により罪を認定し刑に処する。法律に犯罪行為とする旨の明文の定めのない場合は、罪を認定し刑に処してはならない」と規定している。それ以降の改正草案および1997年刑法典は、かかる表現を踏襲して使用している。いわば、「法律あれば犯罪と刑罰あり」という「積極的罪刑法定原則」が明記されているのである。

4) 1997年刑法典における罪刑法定原則の意味するもの

犯罪論体系との関係では、罪刑法定原則の採用と明文化の過程で注目されることが二つある。

第1に、このような罪刑法定原則は、当時の刑法学界の主流的見解と一致しており、かつ、最高人民法院および最高人民検察院も、この点では一致していたということである。これは、「伝統的」な犯罪論体系が、「法律なければ犯罪も刑罰もない」という意味での罪刑法定原則の採用を要請するものであったことを示唆するものである。その際、最高人民法院および最高人民検察院は、特別法を含む刑事立法の進展によって、犯罪処罰の遺漏がほとんどなくなってきたことを強調している点も、注目に値す

る。

第2に、同時に、最終的な立法において、「法律が犯罪行為として明文で規定している場合には、法律により罪を認定し刑に処する。」という文言、すなわち「法律があれば犯罪も刑罰もある」という意味での「積極的罪刑法定原則」が採用されたことも、注目に値する。

このような「積極的罪刑法定原則」の明記について、何秉松は、以下の二つの理由があるとしている。第一は、いかなる機関または個人であれ、刑法の規定に違反して恣意的に無罪とされたり、その罪が放任されたりしてはならないということである。そして第二は、犯罪者に対して定められた犯罪とその処罰については、厳格に刑法の規定を守らなければならない、何を犯罪と定めるかに関しても、どのような刑罰に処するかに関しても、刑法の規定に違反してはならず、重罪を軽罪として論罪し、軽罪を重罪として論罪することや、重罪を軽い刑に処し、軽罪を重い刑に処することは許されないということである¹¹⁾。その背景には、贈収賄などの汚職の反乱によって、裁判所による恣意的な無罪がなされる可能性があるものと推測される。

実際、中国の刑法学界は、一般に、「被害者の同意」の場合を例外として、明文にない「超法規的違法性阻却事由」の承認には消極的である。その理由は別にして、この「積極的罪刑法定原則」は、現在の三段階体系では承認されていない。この点は、四要件体系と三段階体系の相違点の一つかもしれない。

(2) 故意と過失に関する規定

1) 1997年刑法典における故意と過失の定義¹²⁾

1997年刑法典第14条第1項は、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果

11) 長井圓＝梁涛＝藤井学訳「中国刑法の指導思想 何秉松・刑法教科書（総論編3章～8章）」神奈川法学33巻2号（2000年）（620頁）99頁参照。

12) 高・前掲（注1）185頁。

を発生させることを明らかに知り、かつ、かかる結果の発生を希望し、又は放任し、これにより犯罪を構成する場合には、故意による犯罪である。」とし、第2項は、「故意による犯罪については、刑事責任を負わなければならない」と規定している。

第15条第1項は、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を発生させる可能性を予見すべきであるものの、不注意により予見できず、又は予見していたが避けられると軽信し、それにより当該結果を発生させる場合は、過失による犯罪である。」とし、第2項は、「過失による犯罪については、法律に定めのあるものに限り、責任を負う」と規定している。

故意犯罪と過失犯罪の概念に関するこの2つの条文は、完全に1979年「刑法」第11条と第12条の規定を踏襲した。

2) 立法過程における議論¹³⁾

実際には、刑法改正検討過程においては、この2つ条文の具体的な表現について、一定の議論もあった。かかる議論は、主として以下のようなものであった。

(1) 前記2つ条文の第2項を保有すべきであろうか。この点について、1つの見解として、中国刑法では罪刑法定原則がすでに規定されたので、故意犯罪、過失犯罪は当然刑事責任を負わなければならないことから、「故意による犯罪については、刑事責任を負わなければならない」という規定と、「過失による犯罪については、法律に定めのあるものに限り、責任を負う」という規定を削除することが提案された。1995年8月8日付、1996年6月24日付、1996年8月8日付刑法総則改正稿では、故意犯罪と過失犯罪が1つの条文で規定され、かつ、1979年刑法典における「過失による犯罪については、法律に定めのあるものに限り、責任を負う」という規定が削除された。具体的な表現は、「故意による犯罪と過失による犯罪は、

13) 高・前掲（注1）185～186頁。

刑事責任を負わなければならない。自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を発生させることを明らかに知り、かつ、かかる結果の発生を希望し、又は放任し、これにより犯罪を構成する場合には、故意による犯罪である。自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を発生させる可能性を予見すべきあるものの、不注意により予見できず、又は予見していたが避けられると軽信し、それにより当該結果を発生させる場合は、過失による犯罪である。」というものである。

これに対し、もう1つの見解として、中国刑法各則の多くの条文では、故意犯罪か過失犯罪かが明確に区別されていないため、法律執行の際、理解に齟齬を生じることを避けるために、前記の総則改正稿で削除された「過失による犯罪については、法律に定めのあるものに限り、責任を負う」という規定を保留する提案がなされた。また、新たに追記された罪刑法定原則に合致し、言い回しをさらに周延させるために、「過失行為については、法律で犯罪とされるものに限り、刑事責任を負う」というものに改正する提案もなされた。立法機関は、ある程度前記の提案を受け入れた。ただし、その後の刑法草案では、再び、1979年刑法典にあった「過失による犯罪については、法律に定めのあるものに限り、責任を負う」という規定を復活させた。

(2) 刑法改正検討過程においては、故意犯罪に関する刑法の規定は、犯罪構成の要素を「社会に危害を及ぼす結果を発生させること」の認識を要するものとされていた。これに対しては、これは客観主義刑法理論の体现であり、18世紀に主流であった刑法理論であると指摘された。現在、各国の刑事立法では、犯罪の行為と行為発生の実事を強調しつつ、「社会に危害を及ぼす」という言葉は、犯罪者の心理に適合しておらず、かつ、「挙動犯」では結果も要求されていないとして、その認識を要求していないというのである。したがって、故意犯罪の概念に関する1979年刑法典の規定は適切ではなく、「自己の行為が法律規定で犯罪とされる結果を発生させることを明らかに知り、若しくは、自己の行為が法律で犯罪として規定され

る行為であることを明らかに知り、かつ、かかる結果の発生若しくはこの種の行為の実施を希望し、又は放任し、これにより犯罪を構成する場合には、故意による犯罪である。」に改正するという提案がなされた¹⁴⁾。しかし、「原則として問題がなければ、できる限り調整しない」という立法改正指導思想の影響および支配を受け、新刑法典は、引き続き1979年「刑法」第11条と第12条の規定を踏襲した。

3) 1997年刑法典における故意・過失規定の意味するもの

これらの規定では、他の多くの国での刑事立法と同じく、故意犯処罰の原則と過失犯処罰の例外が明記されている。しかし、注目されるのは、故意の内容として「社会に危害を及ぼす結果を発生させること」の認識の要否をめぐる議論がなされた上で、その認識を要するとする規定が残されたことである。

ソビエト刑法学においては、「挙動犯」を含めて、犯罪の実質的な定義に「社会侵害性」が要求されている。それは、「結果犯」にいう「結果」の認識ではなく、当該犯罪行為が実質的に「社会にとって有害なもの」であることの認識である。実質的にみた「違法性の認識」に近いものと評することも可能であろう¹⁵⁾。今日の三段階体系は、構成要件と違法性とを分けることで、故意の認識対象としても、その多くはこれらを分離し、「違法性の認識」を故意の内容から追い出している。この点もまた、要素の体系と段階的体系との相違点であるかもしれない。

14) 全人大常委会法工委刑法室「法律專家＜刑法総則修正稿＞和＜刑法分則修改草稿＞の意見」高/趙・前掲（注8）2128～2129頁（高・前掲（注1）186頁から引用した）。

15) このような実質的な「違法性の認識」を要求する近年の見解としては、日本では前田雅英の「厳格故意説」が、ドイツではヤコプスの見解が連想される。Vgl., G. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung 2012, S. 54. ヤコプスは、「許されない行為」を含む構成要件の要素はすべて何らかの意味で規範的なものであり、ゆえに「構成要件の故意は不法の認識から分離されえない」と主張する。

(3) 精神障害者の扱い

1) 1997年刑法典における精神障害者の扱い¹⁶⁾

精神障害者に関わる規定については、新刑法典は、1979年「刑法」第15条の規定と比べると、以下の点で変化した。

第一に、政府による強制医療の規定が追記された。刑法改正検討過程において、一部の学者より、当時中国の精神障害医療機構が不足していたこと¹⁷⁾およびその他様々な原因により、精神障害患者の家族又は後見人に対し厳重な管理保護および医療を命じるという1979年刑法典の関連規定については、その執行は芳しくなく、その家族は財力、人力等の制限により往々にしてこのような責任を完全に負担することが困難であり、よってこのような精神障害者が二度と社会に害を及ぼさないよう有効にコントロールすることはできなかった、とされていた。したがって、このような精神障害者に対して有効な治療を実施し、改めて社会を害することを予防するため、刑法では「必要のある場合には、政府が医療を強制する」という規

16) 高・前掲(注1)192~193頁。

17) 日本の現行刑法典が、1907(明治40)年の段階において「改善・保安処分」を導入しなかった背景にも、このような事情があったと思われる。なお、日本では、明治34年改正案・35年改正案において「精神障礙ニ因ル行為ハ之ヲ罰セス但情状ニ因リ監置ノ処分ヲ命スルコトヲ得」「精神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕す」とあったが、現行法で心神喪失者の「監置ノ処分」が削除されている。刑法改正政府提案理由書(刑法沿革総覧)では「特別法ニ譲ルコトトセリ」とされている。この点につき、膳所祥之助『貴衆両院 刑法改正案審議集』(明40, 広益書館発行)2~3頁における政府委員(倉富)の説明では、監置は危害予防のための規定であって刑罰ではない、精神障害者に対する監置処分が必要なものは罪を犯した場合のみでなく、犯罪行為が無くとも必要な場合があり、精神障害者監護法により監置処分を行いつつある、精神障害者が刑法上の罪を犯した場合に限り監置処分にするという事を刑法に掲げて不完全である、幼年者についても同様であることから、「他ノ法律ニ於テ完全ニ是等ノ事ヲ規定スルノカ宜カラウ」とされたとのことである。浅田和茂『刑事責任能力の研究 上巻——限定責任能力論を中心として』(成文堂, 1983年)42頁以下(47頁注5)参照。ちなみに、処分を刑法に規定すべきか刑法以外の警察法分野の法律に規定すべきかは、19世紀末におけるドイツの新旧両派の具体的な論争点だったようである。Vgl. A. Eser, Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht, Guido Britz (Hrsg.): Grundfragen staatlichen Strafans: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. 2001, S. 224f.

定を追記すべきことが指摘された¹⁸⁾。

1979年刑法典の制定の際、「必要のある場合には、政府が医療を強制する」という規定がなかった原因は、前述のように、主として当時中国の精神障害医療機構が著しく不足しており、法律でこれを規定しても、実際上、実行することはできず、逆に刑法の権威を害することになってしまうというものであった。その後、社会経済の発展に伴い精神障害医療機構が続々と設立されたため、医療機構の不足のために生じる困難もかなり少なくなった。したがって、現在の医療状況、および精神障害者の危害行為を防止する必要性に鑑み、立法機関は、当該意見を採用し、1988年9月付け刑法改正稿第15条第1項の末尾に「必要な時には、政府が医療を強制することができる」という規定を追記した。1988年12月25日付刑法改正稿では、表現上の都合により、前記の表現を「必要のある場合には、政府が医療を強制する」に修正され、この文言が1997年刑法典に引き継がれた。

第二に、精神障害者に対しては、法定手続により鑑定をして確認しなければならない旨の規定が追記された。刑法改正検討過程においては、司法実務上、一部の地方では精神障害鑑定手続きが混乱し、精神障害患者に対する鑑定機構の基準の理解が実際には一致していないという現状に鑑み、1996年10月10日付改正草稿（意見募集草稿）では、1項を第4号として追記したことがあった。また、「精神障害の医学鑑定については、省レベルの人民政府指定の病院で行う」とされたが、同項はすでに「刑事訴訟法」第120条第2項で明確に規定されていたため、実体法としての刑法では手続上の内容について重複の規定を定める必要がないことから、1997年1月10日付刑法改正草案では同項を削除し、かつ、第18条第1項に「法定手続による鑑定確認」という規定が追記された。当時の条文は、以下のようにドラフトされた。すなわち、「法定手続による鑑定を受けて確認された精神障害者が自己の行為を弁識することができず又は抑制することができな

18) 趙秉志『刑法改革問題研究』（1996年）412頁（高・前掲（注1）192頁から引用した）。

い時に危害結果を引き起こしたときには、刑事責任を負わない。ただし、その家族又は後見人に対して厳重な監視管理および医療を命じなければならない。必要のある場合には、政府が医療を強制する」と。

その後、修辞上の考慮により、刑法草案では再び、「法定手続による鑑定を受けて確認された」という文言の法条での表記位置が調整された。前記の改正および調整を経たうえで、最終的に1997年「刑法」第18条第1項の規定が形成された。

第三に、限定責任能力の精神障害者の刑事責任の規定が追記された。1979年刑法典では、精神障害者の責任能力について「無し」又は「あり」という二分化が採用されており、限定責任能力規定は存在しなかった。刑法改正検討過程においては、一部の学者より、精神障害者の限定責任能力規定の必要性が指摘された。すなわち、その責任能力は、「精神障害により一般人より軽減されており、これは、現代各国司法精神障害学界では争いのない客観事実であるとされている、責任能力と刑事責任の内在的関係に基づき、現代の多くの国の刑事立法ではいずれも限定責任能力の精神障害者の条項が設立され、その犯罪行為につき寛大に取り扱々と規定されている、しかも、中国の司法精神医学鑑定の理論および実務は、昔から限定責任能力の精神障害者の存在を認めており、中国の司法実務も、この司法精神障害学の主張をそのまま受け入れ、かつ、中国刑法の基本原則に基づき、犯罪の限定責任能力を構成する精神障害者について、情状を酌量して異なる程度で寛大に処罰している、したがって、精神障害者の刑事責任問題に関する中国の刑法をさらに精密し完備させ、中国の刑法と現代外国刑法の関連通例との間に調和が取れるよう、中国の刑法でも限定刑事責任能力の精神障害者の刑事責任の規定を追記すべきである」というのである¹⁹⁾。

19) 趙・前掲(注18)410頁(高・前掲(注1)193頁から引用した)。

2) 立法過程における論争²⁰⁾

立法工作機関は、検討および論証を経たうえ、最終的には当該意見を採用し、1996年6月24日付刑法総則改正稿およびその後の刑法改正稿では、限定責任能力の精神障害者の刑事責任の規定を追記した。

注目すべきは、この種の精神障害者をどのように処罰するかについて、異論があったことである。1つの意見は、精神障害者の自己の行為に対する弁識又は制御能力は精神障害により明らかに弱まっていることから、その処罰は当然一般人より軽くすべきであり、限定責任能力の精神障害者に対し必要的減軽を行うことは適切である、とするものであった。もう1つの意見は、限定責任能力の精神障害者の状況は非常に複雑であり、重度の障害者は責任無能力に近い一方、軽度の障害者は、正常者と相違ないことから、立法には弾力性がない規定は望ましくない、とするものであった。すなわち、これらの事案を処理するためには、精神障害者の責任能力の程度だけでなく、事件全体の情状のすべても検討する必要がある、処罰の際に、「軽」と「重」との間で釣り合いが取れるよう努力しなければならない、したがって、立法は、「任意的減軽主義」を採用しなければならない、というのである²¹⁾。

多様な限定責任能力の精神障害者の弁識および制御能力の相違状況を考慮に入れて、中国での審判実務経験および外国の立法例を踏まえ、刑法改正原稿、改正草稿、ないし最終的に採択された新刑法典では、いずれにおいても、限定責任能力の精神障害者に対する処罰について「任意的減軽主義」が採用された。具体的な表現からみれば、1996年6月24日付刑法総則改正稿では、これらの精神障害者について、「軽きに従い処罰し、処罰を軽減し、又は処罰を免除することができる」と規定された。もっとも、このような表現ではこれらの精神障害者に対する寛大処理の幅が広すぎるこ

20) 高・前掲（注1）193頁。

21) 最高人民法院刑法修改小組「關於刑法修改若干問題的研討与建議」高/趙・前掲（注8）2356頁（高・前掲（注1）193頁から引用した）。

とに鑑み、1996年8月8日付総則改正稿では、「処罰を軽減することができる」へと改正された。しかし、このような表現は、明らかに、対極に偏りすぎてしまったため、1996年8月31日付刑法改正草稿およびその後の改正草稿では改めて「軽きに従い処罰し、処罰を軽減することができる」へと改正された。最終的に採択された1997年「刑法」第18条第3項は、この規定を踏襲した。

3) 1997年刑法典における精神障害者の扱いの意味するもの

1997年刑法典においては、① 1979年刑法典において見送られた「必要な時には、政府が医療を強制することができる」という規定が追記されたこと、および、② これが精神鑑定による確認を要するものであること、さらに、③ 限定責任能力による任意的減軽の規定が導入されたことが注目される。なぜなら、①は、責任能力をその前提とする「犯罪」でないものも刑法典が扱い、「強制医療」という効果を定めることが認められたということを意味するからであり、②は、そのために精神鑑定の制度が整ったことを意味するものであるからである。さらに、③は、現実には、精神障害により法に触れる行為をした者に対し、早期に刑罰から解放し医療に服させることを可能にする制度が採用されたことと、それが、古典的な責任応報の理論では説明し難い「任意的減軽」というものであることが重要である。

他方で、ベルナーからソビエト刑法教科書までは自然人に限られていた「主体」が「単位」(＝法人・組織)まで拡大されたことも、見落としてはならない。

すなわち、これらは、「犯罪」を「自由意思を持った主体」のしわざとして捉える考え方よりも、「人間による危害行為の存在とその解決策としての刑法」という考え方、すなわちドイツのリストに代表される考え方に馴染むものなのである。

(4) 主犯処罰原則について重大な改正を行ったこと

1) 立法の経緯²²⁾

1979年刑法典では、主犯は犯罪集団の首謀者と首謀者以外のその他の主犯に分けられていたが、単に漠然と「主犯について、本法各則に定めのある場合を除き、重きに従い処罰しなければならない」と規定されていただけで、主犯の種類によって異なる処罰とする原則は採用されなかった。

最初に主犯の種類を区別しかつ異なる処罰とする原則を規定したのは、1996年8月8日付刑法総則改正案であり、同案第26条第2項によると、「犯罪集団の首謀者は、集団が犯した全ての犯罪行為により処罰する。その他の主犯については、本法各則に定めのある場合を除き、重きに従い処罰しなければならない」とされていた。1996年8月31日付刑法改正草案では、主犯の処罰原則を2つの項に分けて第26条第2項と第2項に規定された。第2項によると、「主犯については、その関与した全ての犯罪により重きに従い処罰しなければならない」とされ、第3項によると、「犯罪集団の首謀者については、集団が実施した全ての犯罪行為により処罰する」とされていた。

1996年10月10日付刑法改正草案（意見募集案）第24条では、主犯処罰原則を2項に分けるという前記の刑法改正草案枠組みを基本的に維持したが、重要な改正も行い、主犯について重きに従い処罰するという規定は削除された。当該刑法改正草案の表現について、刑法改正検討過程では、ある部門は、改正草案では「犯罪集団を組織し指導する首謀者については、集団が犯した全ての犯罪行為により処罰する」、「主犯については、その関与した全ての犯罪により処罰しなければならない」と規定されただけで、「重きに従い処罰する」ことは規定されていない一方で、従犯の処罰については「軽きに従い処罰し、処罰を軽減し、又は免除しなければならない」と規定され、関与した犯罪により処罰することが規定されていない

22) 高・前掲（注1）206～207頁。

め、両者間で調和が取れていないことから、犯罪集団の首謀者およびその他の主犯については、いずれも重きに従って処罰しなければならないことが指摘された²³⁾。しかし、仮に主犯については重きに従って処罰し、従犯については寛大に処罰しなければならないとすると、主犯と従犯に対する処罰は判断基準を失ってしまうことに鑑みて、立法者は、最終的には当該意見を採用しなかった。

1996年10月10日付改正草案（意見募集案）の前記の表現について、ある部門は、改正草案では共同犯罪における首謀者と主犯の責任範囲と処罰原則を混同して規定するのは妥当ではないと指摘した。その上で、共同犯罪における共同犯罪者の責任範囲は独立して一条で規定し、かつ、共同犯罪・共同責任という一般的原则を確定するよう提案し、共同犯罪者の責任範囲問題を独立に規定することこそが、実務上の具体的な操作に有利である、と指摘した²⁴⁾。しかし、当該意見も立法機関により受容されず、前記の改正草案の規定を元にして、その他の主犯の責任範囲を明確にし、技術的調整を経たうえで、最終的に新刑法典の規定が形成された。

2) 経済犯罪における各則規定²⁵⁾

指摘すべきは、1979年刑法典施行以降、全人代常委会可決の一部の単行刑法では、経済的な共同犯罪における首謀者およびその他の主犯の処罰について、一定の補充が行われたことである。例えば、全人代常委会可決の1988年1月21日付「密輸罪の懲罰に関する補充規定」第4条第2項によると、「二人以上共同で密輸した場合、個人密輸貨物、物品の価格およびそ

23) 最高人民法院刑法修改小組「關於對中華人民共和國刑法（修訂草案）>（徵求意見稿）的修改意見（1996年11月8日）」高/趙・前掲（注8）2429頁（高・前掲（注1）207頁から引用した）。

24) 最高人民檢察院刑法修改研究小組「關於對中華人民共和國刑法（修訂草案）>（徵求意見稿）的修改意見（1996年11月15日）」高/趙・前掲（注8）2635頁（高・前掲（注1）207頁から引用した）。

25) 高・前掲（注1）207～208頁。

の犯罪での役割により、それぞれ処罰する。密輸犯罪の首謀者については、集団密輸貨物、物品の総価格により処罰する」と規定されている。人大常委会可決の1988年1月21日付「汚職罪賄賂罪の懲罰に関する補充規定」第2条第2項によると、「二人以上共同で汚職した場合、個人所得金額およびその犯罪での役割により、それぞれ処罰する。汚職集団の首謀者については、集団汚職の総金額により処罰する。共同汚職犯罪におけるその他の主犯については、情状が重い場合、共同犯罪の被害総額により処罰する」と規定されている。

このように、経済的、財産的犯罪では、犯罪の被害総額に応じて責任を負う者には、犯罪集団の首謀者だけではなく、その他の情状が重い主犯も含まれる。これらの各則的規範により確定された経済的共同犯罪の主犯に対する処罰原則を新刑法典に入れる必要があるか否かについては、学者は、一般的に否定的観点を持っており、刑法総則では統一した共同犯罪の処罰原則が定められた以上、各則で特定の犯罪の共同犯罪処罰原則を規定する必要はないと主張した。したがって、これらの各則的規範は、1997年刑法典では受け入れなかった。

3) 1997年刑法典における主犯処罰原則規定の意味するもの

犯罪論体系からみて、主犯処罰規定に関しては、次のことが指摘できよう。すなわち、① 1997年刑法典においても、共犯においては、依然として、主犯と従犯という区別が用いられていること、② その主犯も、改正の過程では、さらに「首謀者」とその他の主犯に分けて量刑する規定が提案されていたこと、③ 最終的には、主犯はその関与した犯罪全体について、とりわけ経済犯罪においてはその被害総額に応じて処罰されることが認められたが、それらはすべて総則において一般的に規定されたことである。

とりわけ、①の主犯と従犯との区別という二分法は、1851年プロイセン刑法典においてフランスより教唆犯の規定が導入されたドイツにおいて

も、長らく発起者 (Urheber) と従犯との二分法に従ってきたドイツ19世紀の共犯論を彷彿させるものである。法文に明記はされなかったが、首謀者を重視するその体系は、「構成要件該当行為」を中心として正犯の範囲を画そうとするベーリングの体系には馴染まないかもしれない。ただし、この主犯概念は、19世紀的な体系への先祖がえりであるとも、また組織的経済犯罪を念頭に置いた現代的な体系であるとも評することができよう。

(5) 共同犯罪ないし共犯と身分

1) 立法の経過²⁶⁾

1979年刑法典採択後、全人代常委会可決の個別単行刑法では、身分犯における身分者と非身分者による共同犯罪の場合には、身分犯の犯罪の性質により論罪するとされた。例えば、全人代常委会可決の1988年1月21日付「汚職罪賄賂罪の懲罰に関する補充規定」第1条第2項は、「国の職員、集団経済組織の職員その他公共財物を取り扱い、管理する職員との間で結託し、共同で汚職した場合、共犯として論罪する」としていた。また、第4条第2項は、「国の職員、集団経済組織の職員その他公務に従事している職員と結託し、共同で収賄した場合、共同として論罪する。」と規定していた。

刑法改正検討の過程において、刑法典総則において共同犯罪と身分問題を明確に規定するか否かについて異論が存在したが、多くの人は賛成の態度であった。その理由は、主として以下のとおりである。

(1) 中国では過去長期にわたって司法解釈の方法により主犯の行為の性質をもって共犯の性質を確定すると規定されていることには、不合理又は確定し難い問題が存在する。また、汚職罪と収賄罪の共犯に関する「汚職罪賄賂罪の懲罰に関する補充規定」の定めは、比較的合理的なものであり、実務上、実行が容易である。

26) 高・前掲 (注1) 209～210頁。

(2)「汚職罪賄賂罪の懲罰に関する補充規定」の定めは、汚職および収賄の共同犯罪に限ったものであるところ、その他の条文でもこの原理が適用されている。例えば、男性が強姦罪を犯すために婦人が幫助した場合、共同犯罪として論罪する。したがって、各則において各条で逐一規定するのではなく、総則に一条を定めることが考えられる。

(3)多くの国の法律では、身分犯の共犯問題に関する特別な規定があり、中国の関連立法の改善のために参考資料を提供している。中国人民大学法学院刑法総則改訂グループが1994年にドラフトした1つの刑法総則大綱と4つの総則改正案では、身分犯の共犯問題について、中国の立法および司法実務を踏まえながら、国外の合理的な規定を参照したうえで、参考となる条文案として、「特定身分のない者が、特定の身分のある者に法律により特定の身分が求められる罪を犯すよう組織し、教唆し、幫助する場合には、特定の身分のない者は、当該犯罪の共犯として処理すべきである。特定の身分により刑罰の軽重又は免除が生じる場合には、その効力は、当該身分のない者には影響しない。」とされていた²⁷⁾。

しかし、全人代常委会法制工作委员会が表に立ってドラフトした刑法改正稿および刑法改正草案の条文では、一部の刑法改正稿および改正草案が「汚職罪賄賂罪の懲罰に関する補充規定」の規定を受け入れたことを除き、刑法総則では身分犯の共犯について規定されなかった。その結果、1997年刑法典には、身分犯の共犯に関する総則規定は置かれなかった。

もっとも、その代わりに、横領賄賂の罪に関しては、1997年刑法典第382条第3項に「前2項に掲げる者と通謀して共同で横領を行った者は、共犯として論ずる。」とする各則規定が置かれたほか、贈収賄に関し、2)でみるような特別規定が置かれている。

27) 最高人民検察院刑法修改研究小組「修改刑法研究報告（1989年10月12日）」高/趙・前掲（注8）2527頁（高・前掲（注1）210頁から引用した）。

2) 収賄の共犯および賄賂仲介罪に関する特別規定²⁸⁾

収賄共犯の規定については、前述のとおり、「汚職罪賄賂罪の補充規定」では、収賄の共犯について、明確に規定されていた。すなわち、国の職員等と結託し、共同で収賄した場合、収賄罪の共犯として論罪するとされていたのである。1996年8月8日付刑法各則改正草案は、基本的にこの規定を踏襲した。その後、刑法典総則で共同犯罪についてすでに明確に規定されているため、各則で改めて具体的犯罪の共犯問題について重複的规定を定める必要がないことから、1996年8月31日付刑法改正草案をもって、この種の収賄共犯問題について規定を定めることはなくなった。

しかし、賄賂仲介罪については、以下のような経緯で、特別な共犯規定が設けられた。すなわち、1979年刑法典第185条第3項では贈賄罪と斡旋贈収賄罪とが1つの条文で規定され、斡旋贈収賄を行った者について、3年以下の有期徒刑又は拘役に処するとされていた。刑法改正検討過程においては、本罪をドラフト中の刑法典に入れるか否かについて、異論があった。贈収賄斡旋者が賄賂を斡旋する過程においては、いずれにしても贈賄者又は収賄者のいずれかの一方を代表し、贈賄者又は収賄者に対し幫助、又は教唆かつ幫助の役割を果たすことになるからである。これについては、共同犯罪に関する刑法総則の規定に基づき贈収賄斡旋者を贈賄又は収賄罪の共犯として処理することができ、別途斡旋贈収賄罪を単独で設ける必要がないことが指摘された。そこで、1988年9月付改正案および1996年8月8月付各則改正草案では、立法機関は、斡旋贈収賄罪を規定しなかった。

ところが、その後、贈収賄斡旋は贈賄又は収賄の共犯の特徴と異なっていることに鑑み、その廃止は望ましくないとして、1996年8月31日付改正草案では、立法機関は、改めて斡旋贈収賄罪の規定を復活させた。すなわち、「他人に対して賄賂犯罪を斡旋した者は、3年以下の有期徒刑又は拘

28) 高・前掲(注1)609～614頁。

役に処する。情状が重い場合、3年以下7年以上の有期徒刑に処する」としたのである。

1996年12月中旬ごろの改正草案では、立法機関は、前記の文言につき、再び比較的大きな改正および調整を行った。1つは、本罪の罪状をさらに明確にし、本罪の法定刑を簡素化し、従前の2つレベルの法定刑を1つのレベルに統合したことである。もう1つは、贈収賄の犯罪者を離反させるために、自発的に贈収賄斡旋行為を自白する者は寛大に取り扱うことができることとされたことである。具体的には、「国の職員に対し賄賂を斡旋した者は、3年以下の有期徒刑、拘役又は管制に処する。賄賂を斡旋した者は、訴追される前に自ら贈収賄斡旋行為を自白した場合には、処罰を軽減し、又は免除することができる」と規定されていた。1997年2月17日付改正草案（改正案）では、立法機関は、本罪について、従前の「国の職員」を「国家機関の職員」へと修正した。1997年3月1日の改正草案では、本罪の対象が改めて「国の職員」に戻され、かつ、本罪の成立範囲を制限するために「情状が重い」という規定が追記され、かつ、従前バージョンで規定された本罪の管制刑が削除された。

これをもって、1997年刑法典第392条の規定、すなわち「国の職員に対して賄賂を斡旋し、情状が重い者は、3年以下の有期徒刑又は拘役に処する。賄賂を斡旋した者は、訴追される前に自ら贈収賄斡旋行為を自白した場合には、処罰を軽減し、又は免除することができる」という条文が完成した。

3) 1997年刑法典における共犯と身分に関する規定の意味するもの

共犯と身分に関する規定から明らかになるのは、次のようなことである。すなわち、① 共犯と身分に関しては、1810年フランス刑法および1851年プロイセン刑法と同じく、一般的な総則規定は置かれなかったこと、② 代わりに、実務的に必要性の高い横領賄賂の罪に関して、非身分者による共犯の処罰規定が各則に置かれたほか、③ その罪質の特殊性や

自白による刑の減免によって賄賂仲介者を収賄者から離反させる必要から、賄賂仲介罪に関する特別規定が置かれ、自白による刑の減免が導入されたことである。

これにより、加減的身分犯の共犯一般に関しては、ドイツの1871年刑法典や日本の旧刑法と異なり、身分のない共犯者も身分者の刑で処断される「誇張従属形式」が妥当していることになる。この点では、構成的身分犯でも加減的身分犯でも、身分は同じく連带的に作用するのである。これは、犯罪論体系からみれば、「違法身分」と「責任身分」の区別という発想には馴染みにくい点で、三段階体系よりも四要素体系に親和的であろう。

第三節 現代中国の犯罪論（概観）

——四要件の犯罪構成理論に対する絶え間ない挑戦

すでに前稿「中華民国時代の犯罪体系」と「中華人民共和国の犯罪体系の起源」において述べたように、1949年に中華人民共和国が成立して以降、共産党政権は国民党時代の法律および法学理論に対して全面的な粛清を徹底し、その後、ソビエトの法理論を輸入し、法律および法学理論の全面的なソビエト化を始めた。そこで、現代中国刑法学にとって重要な意味を持つソビエト・ロシア刑法学の専門書『ソビエト刑法総論』²⁹⁾が1950年に中国語に翻訳されて輸入された。

1957年から中国は反右派階級闘争の時代に入り、ニヒリズム思想が盛んになったため、刑法学の研究はそれに続く「文化大革命」が終わるまで停滞したが、1979年に中国の最初の刑法典が施行されて以降、ピオントコフスキーが『ソビエト刑法総論』の中で主張した「犯罪の客体」、「犯罪の客観的側面」、「犯罪の主体」、「犯罪の主観的側面」という「四要件の犯罪構成理論」が、再び中国の刑法学者によって注目され、1982年に、現代中国の刑法学の基礎を築き上げたと評価される『刑法学』³⁰⁾という教科書の中

29) ソビエト司法部全ソビエト法学研究所（主編）彭仲文（訳）『蘇聯刑法総論』（1950年）。

30) 高銘喧・馬克昌（主編）『刑法学』（1982年）。

に復活し、その後の数十年の間に中国の犯罪論体系に関する通説になっていた。

しかし、この四要件の犯罪構成理論という「要素的体系」が通説になって以降、それに対する絶え間ない挑戦が続いた。最初の挑戦は「要素的体系」の内部から生じた。1980年代の半ばから、同じ「要素的体系」でありながら、当時の通説である「四要件説」に対して、「三要件説」³¹⁾や「五要件説」³²⁾を主張する学者が現れてきた。1980年代の犯罪論体系に関する論争では、要件の数の増減だけに注目しており、違法と責任の区別のような、体系の構造を根本的に変えるような、つまり「段階的体系」への発想はまだ存在しなかった。その中で、1991年に馬克昌が主編を担当して出版した『犯罪通論』³³⁾では、トライニンの『犯罪構成要件の一般理論』³⁴⁾の影

31) この時代の「三要件説」では、以下のようなものが存在する。第一は、主観的側面と客観的側面を合併して社会を侵害する行為としたうえで、「犯罪の主体、社会を侵害する行為、犯罪の客体」の犯罪構成要件論を主張するものである（顧永新「犯罪構成理論新探」政法論壇1985年第3期68頁以下）。第二は、犯罪の客体は犯罪構成要件ではないと考えて、「犯罪の主体、犯罪の客観的側面、犯罪の主観的側面」の犯罪構成要件論を主張するものである（張文「犯罪構成初探」北京大学学報1984年第5期11頁以下、張明楷「論犯罪構成要件」中南政法学院学報1987年第4期40頁以下、胡家貴「關於犯罪構成的客体与対象之我見」政法論壇1989年第5期75頁以下）。第三は、犯罪の主体は犯罪構成要件ではないと考えて、「犯罪の客体、犯罪の客観的側面、犯罪の主観的側面」の犯罪構成要件論を主張するものである（傅家緒「犯罪主体不応是犯罪構成的一個要件」法学評論1984年第2期66頁以下、陶積根「犯罪主体不是犯罪構成要件」政治与法律1986年第2期47頁以下）。第四は、「犯罪の主体、刑法に違反する行為、行為者の落ち度」の犯罪構成要件論を主張するものである（鄒濤「犯罪構成理論新探」法学1988年第2期11頁以下）。

32) この時代の「五要件説」は、「社会を危害する行為、社会を危害する客体、社会を危害する結果と社会を危害する行為との因果関係、危害行為の主体の条件、危害行為の主観的罪過」の犯罪構成理論を主張する（周密「試論“構成犯罪”」政法論壇1987年第6期41頁以下）。

33) 馬克昌（主編）『犯罪通論』（1991年）。

34) 拙稿「中華民国時代の犯罪体系」（立命館法学2018年第1号250頁）においてすでに述べたとおり、トライニンの『犯罪構成要件の一般理論』は1958年に中国語に翻訳されて出版されたが、1957年から中国はすでに反右派階級闘争の時代に入っていたので、その時点では、トライニンの学説は中国の刑法学研究にあまり影響を与えることはなかったのである。中国でトライニンの犯罪構成要件論を体系的に採用したのは、1991年の『犯罪通論』✕

響を受け、四要件の犯罪構成理論を主張していたが、「社会的侵害性」と「犯罪性を排除する行為」に関して、『刑法学』³⁵⁾とは異なる体系的な位置づけが取られていた。もっとも、ソビエト・ロシアの刑法学界では、ピオントコフスキーとトライニンとの「社会的侵害性」の体系的な位置づけに関する論争が激しく展開されていたが³⁶⁾、当時の中国ではあまりこの方向へ展開していなかった。

四要件の犯罪構成理論に対する真の挑戦は、外部から徐々にやって来た。中国の市場経済改革により、諸外国との法学交流が深く広くなり、その結果、1980年代の半ばからドイツや日本の刑法学が再び中国の刑法学に影響を与えはじめた。それ以来、独・日の「段階的体系」は徐々に中国の刑法学界で有力になり、今日ではもはや「四要件の犯罪構成理論」と互角といえる状況となっている。

その際、中国の独日派の学者からは、概ね四要件の犯罪構成理論には以下のような問題点が存在すると指摘されていた。第一は、4つの犯罪構成要素の間の論理的な関係が不明確であること³⁷⁾、第二は、4つの犯罪構成要素以外に、社会侵害性という実質的な犯罪の成否の基準が別に存在すること³⁸⁾、第三は、正当防衛や緊急避難などの「正当化事由」と犯罪構成との論理上の関係が不明確であること³⁹⁾、第四は、「違法」と「責任」の区

ゝからだと思われる。

35) 高/馬・前掲(注30)。

36) その経緯については、上田寛・上野達彦『未完の刑法：ソビエト刑法とは何であったのか』(2008年)87頁以下が詳しい。

37) 陳興良『規範刑法学(第2版)』(2008年)99～100頁、付立慶『犯罪構成理論：比較研究と路径選択』(2010年)79頁以下、周光權『刑法総論(第2版)』(2011年)64～65頁、陳興良『刑法的知識転型【学術史】』(2012年)109頁、陳興良『刑法的知識転型【方法論】』(2012年)7～8頁、毛乃純「中国犯罪論体系に関する一考察」早稲田大学大学院法研論集第146号(2013年)198頁、張明楷『刑法学(第5版)』(2016年)101～102頁。

38) 陳・前掲(注37)『規範刑法学(第2版)』99頁、付・前掲(注37)30頁以下、陳興良『刑法学(第2版)』(2010年)36～37頁、張明楷「中国における犯罪論体系をめぐる論争」法律時報2012年84巻1号45頁、陳・前掲(注37)『刑法的知識転型【方法論】』8～9頁。

39) 陳・前掲(注37)『規範刑法学(第2版)』99頁、付・前掲(注37)60頁以下、陳・前

別が存在しないので、期待可能性や違法性の意識の可能性などの理論の体系的地位を見つけることが困難であること⁴⁰⁾、第五は、共犯に関し、共犯の従属性、従属の対象、従属の範囲が判断し難く、共犯論の実務的な諸問題を解決できないこと⁴¹⁾である。

このような状況の中で犯罪論体系に関する論争が激しく展開されていたので、それに関連する論文や専門書の数もかなり多くなっている⁴²⁾。紙幅の制限と筆者の能力の限界から、本稿ではその中のごく一部の代表者の学説しか検討することはできない。

ところで、中国刑法学の独日派の代表者である張明楷によれば、今日の中国の犯罪論体系に関する主張は、おおまかに、維持派、改良派、再構築派及び移植派に分けることができる⁴³⁾。維持派は、伝統的犯罪論体系を維持すべきであると主張する。すでに別稿で高銘喧と馬克昌によって代表される伝統的な犯罪論体系を検討したことがあるので⁴⁴⁾、本稿では維持派として黎宏の修正四要件説を検討する。改良派は、伝統的な犯罪構成理論の欠陥を認めながらも、この体系がすでに実務に定着しており、ドイツや日本の段階的体系を導入すれば、却って実務の混乱を招くおそれがあるとし、ただ現行の四要件体系の欠陥を改良すれば十分であると主張する。以下では、その代表者の1人の周光権の「犯罪の客観的要件－犯罪の主観的要件－犯罪排除要件」の体系を検討する。再構築派は、四要件体系を全面

ㄨ 掲（注38）『刑法学（第2版）』37頁、陳・前掲（注37）『刑法的知識転型【方法論】』249～256頁、張・前掲（注37）102頁、毛・前掲（注37）198頁。

40) 付・前掲（注37）69頁以下、張・前掲（注38）45頁、張・前掲（注37）101頁、毛・前掲（注37）198頁。

41) 張・前掲（注38）45頁、陳・前掲（注37）『刑法的知識転型【學術史】』476頁、毛・前掲（注37）199頁。

42) 論文の数の具体的な状況は拙稿「中華民国時代の犯罪体系」（立命館法学2018年第1号251頁）を参照。

43) 学説の分類法については、他にも存在しているが、本稿では張明楷教授の「中国における犯罪論体系をめぐる論争」と同じ立場を採用する。張明楷「中国における犯罪論体系をめぐる論争」法律時報2012年84巻1号44頁以下参照。

44) 拙稿「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学2018年第1号255頁以下参照。

的に否定した上で、ドイツや日本の段階的体系の移植をするのではなく、中国独自の犯罪論体系の構築を主張する。本稿では再構築論に関して、陳興良の「罪体－罪責－罪量」の体系を検討する。移植派は、ドイツや日本の段階的体系の導入を主張する。本稿では移植論に関して、張明楷と陳興良（『刑法学』）の学説を検討する。

第二章 現代中国の犯罪体系論

以下では、現代の中国において四要件体系に対抗する代表的な犯罪論体系として、張明楷、陳興良および周光権の見解と、形式上は四要件体系を支持する黎宏の見解も紹介し、四要件体系との異同および中心的な論点を明らかにする。その際、共犯論は体系論の試金石であることから、各論者の体系論が——間接正犯を含む——共犯論においてどのような具体的な結論に繋がるかにも注目する。

第一節 張明楷の犯罪論（移植論）

(1) 「不法－責任」説⁴⁵⁾

以下の理由に基づき、張明楷の教科書は、形式上の二段階、実質上三段階ともいえる体系を採用している。すなわち、犯罪は、不法と責任により構成される。不法とは、構成要件に該当しかつ違法であることを指しており、構成要件該当性は、犯罪の成立要件の総体ではなく、犯罪成立のための1つの要件に過ぎない、構成要件は違法類型であり、行為に法益侵害性（違法性）があることを示す要件であり、行為が構成要件に該当した後は、違法性阻却事由の有無を判断するだけで終わり、積極的に違法性を判断する必要はない、よって、構成要件と違法性は、不法という同一の段階に属する、ただし、この段階では、まず構成要件該当性を判断し、肯定的結論

45) 張明楷『刑法学（第5版）』（2016年）103～106頁。

を出してからはじめて違法性阻却事由の有無を判断しなければならない、責任は、不法に対する非難可能性である、それは責任に必要とされる要素を備えていることを意味し、責任要素といってもよい、責任要素には、積極的に判断しなければならない要素（例えば、故意、過失、目的）と消極的に判断すれば足りる要素（例えば、違法性の認識可能性および期待可能性）が含まれている、と。

この見解の特徴は、以下の点にある。第1は、前述のように、実質的にみて、犯罪の実体は不法と責任であり、それに応じて、犯罪の成立条件として不法を表す要素と責任を表す要素がなければならないとすることである（不法と責任の分離）。

第2は、行為が法益を害するか否か、違法であるか否かについては、行為者の非難可能性の有無を前提としないことである（「責任なき不法」の承認、すなわち客観違法論）。13歳の者が殺人をした場合、正当な根拠なく他人の命を奪ったもので、他人の命は、行為者がただ13歳であるために法の保護を受けなくなるものではないことから、13歳の者が正当な根拠なく他人を殺した行為には違法性がある（法益侵害性）ことを肯定する。犯罪として処理しないのは、彼に責任が欠けているからであるとする。

第3は、不法と責任との区別は、単純な客観と主観との区別に対応するものではなく、これらは評価的概念であるとして、不法と責任の実質に応じた区別がなされていることである。これに応じて、故意の成立には行為者が構成要件に該当する事実につき認識することが求められているが、責任要素に該当する心理事実につき認識することは求められていない（例えば、「自分はその行為が社会危害結果をもたらすことをすでに明らかに知っている」ことを行為者に求めることはできない）とされる⁴⁶⁾。さらに、行為主体の特別な身分は故意成立のために認識しなければならない要素とされる。例えば、自分が重大な病気の患者であることを認識していない場合、行為者は

46) ここにいう「社会危害結果」とは、行為の実質的な違法性のことと思われる。

伝染病伝播罪を構成しえないし、合理的な根拠に基づき自分が医師免許を取得したと思っている人は、医師不法開業罪を構成しえない。その結果、主体の特別な身分は主観方面に入れてはならないとされる。加えて、身分は基本的に違法性を説明するものとされる。例えば、国の職員が単独で又は他人と共同して犯罪を実行した場合に限って、職務行為の公正性と職務行為の不可買収性を侵害することができるのであり、国の職員がこの犯罪を実行したのでなければ、本罪は成立し得ない。これに対して、主体の年齢と責任能力は、単に非難可能性を説明するものに過ぎず、故意の認識対象とならない責任要素にとどまる。

前記の2つの方面の考慮に基づき、伝統的四要件体系のうちの主観要件の内容を構成要件と責任の範囲に分解する。すなわち、主体自身と特別な身分は構成要件に入れるべきであり、他方、責任年齢と責任能力は責任要素に属するとされるのである。

第4は、犯罪の認定は、客観から主観へ、不法から責任への順序で行わなければならない、これを逆さまにしなければならないとすることである。すなわち、客観的に行為の性質およびその結果と両者の因果関係を認定した後に、行為および結果を行為者に帰責することができるか否かにつき、故意、過失等責任要素において検討するものとされる。このように、この体系は犯罪認定の順序に適している。

第5は、裁判所が構成要件該当性の判断を行っているときには、常に同時に違法性阻却事由を考慮しており、すべての構成要件要素の判断を終えた後に初めて違法性阻却事由の有無を検討するというわけではないとしていることである。例えば、正当防衛の可能性がある事件では、故意傷害罪の構成要件該当性の判断と正当防衛の判断はほぼ同時に行っており、行為者に傷害罪の故意があると認定したあとに、改めて行為が正当防衛に該当するか否かを判断するものではないというのである。

第6は、違法性阻却事由と責任阻却事由とを明確に区別することは、刑法および刑事政策上、これら2種類の犯罪阻却事由につき異なる処理を行

ううえで有利だとしていることである。例えば、正当防衛は違法性阻却事由に該当するため、その適法性が認められる。他方、殺人の行為主体が13歳であることは責任阻却事由であり、その行為はなお人の命を侵害し、違法性を有するので、13歳の者が不正に人を殺さないよう阻止することができる。これに対し、正当防衛行為を阻止することはできないとする。

また、保安処分の発展に伴い、構成要件に該当する違法行為を実施した人について、有責性が欠けているとしても、刑法第17条第4項、刑事訴訟法第284条以下により、保安処分を課することができることを指摘する。他方、違法行為を実行していない人については、保安処分を課してはならない。したがって、違法性阻却事由と責任阻却事由とを区別することが必要だとするのである。

第7は、この体系は、「犯罪」概念の相対性を維持することで、多くの実際の問題を解決することができるということである。一方では、構成要件に該当しかつ違法である行為は、不法という意味での「犯罪」である。これに加えて責任要素を有する行為は、真の意味での犯罪である。これに基づき、刑法第20条第3項に定める特別な防衛対象としての「暴力犯罪」は、不法という意味での犯罪を指す。共同犯罪は不法形態であり、満15歳の甲と14歳未満の乙が共同で女性を輪姦する場合、「共同犯罪」を構成し、特別な共同犯罪である「輪姦」に該当する。財物を窃盗した精神障害者については、刑法第64条に定める「犯罪者が違法に取得した全ての財物は、これを追徴し、又は弁償を命じなければならない」という規定を適用すべきであるとされる。つまり、正当防衛や共同犯罪（共犯）の対象としての、さらに追徴等の効果を発生させる「犯罪」は、不法という意味での犯罪だとするのである。

第8は、この体系は裁判官の思考経済にとって有益だとすることである。それは、一方では、理論自体の煩雑と重複を避け、他方では、司法機関が犯罪論体系に従い犯罪を認定する時、司法資源の無駄を省くことができるという2点に現れるとする。これに対し、犯罪を故意の作為犯、故意

の不作為犯, 過失の作為犯, 過失の不作為犯に分け, 故意犯罪をさらに既遂と未遂に分け, 共同犯罪等を個別に検討するのは, 論理には合致するかもしれないが, 経済的ではないとする⁴⁷⁾。

上記の理由に基づき, 張は, 以下のような体系を採用する。すなわち, 犯罪概念, 犯罪構成→不法(構成要件該当性-違法性阻却事由)→責任である。本書の体系は, 三段階体系のうちの構成要件該当性と違法性を完全に一体化させるものではなく, 構成要件は違法類型であることを強調し, 違法性をもって構成要件の解釈を指導し, 不法段階でもなお構成要件該当性と違法性阻却事由とをそれぞれ検討しなければならないと主張する。

この見解については, 以下の点に注意が必要である。すなわち, ① この見解は, 犯罪成立条件の意味で犯罪構成概念を使用するので, 犯罪構成と構成要件とは同一の概念ではない。② この見解は, 構成要件, 違法構成要件, 客観構成要件という3つの概念を同じ意味で使用し(ただし, 一般的には構成要件という概念を使用), 構成要件は違法類型であり, 犯罪成立の1つの要件にすぎず, 全ての要件ではない。③ 構成要件という技術的概念に特定の意味を維持させ, かつ, 国外の研究成果を参照し国際学術交流を行うことに便宜を図るために, この見解では, 責任要素という言葉を使用し, 原則として責任要件, 責任構成要件, 主観構成要件という表現は使用していない。

(2) 共 犯 論

1) 間 接 正 犯

① 故意を欠いた行為・無意識の行為を利用する間接正犯

張は, 結果無価値論を採用し, 故意, 目的を責任要素としたうえ, 共犯においては制限従属形式を採用するので, 直接行為者に故意が欠ける場合であっても(通常は間接正犯となるのだが), 必要な場合には, なお共犯の成

47) 張・前掲(注45)104~106頁。

立が可能であるとする。例えば、Aが国の職員Bを騙し、実際には麻薬を買うためであることを隠し、住宅を買うために公金を貸し付けてほしいと嘘をついて貸し付けを受けた場合、Aは公金横領罪（刑法第384条）に必要な身分を欠いているため、その行為は公金横領罪の間接正犯を構成しない⁴⁸⁾。しかし、同罪の教唆犯にはなり得るとされるのである⁴⁹⁾。

さらに、睡眠中の動作でも、行為を単なる身体運動と解し、行為主体の有意責を要求しないのであれば、これについても責任が欠けるだけで共犯の可能性はあるとする。ここでは、故意・過失を責任要素とする、ヴェルツェルより以前の体系が採用されている⁵⁰⁾。

② 「身分なき故意ある道具」

注目されるのは、身分のない者を利用する身分犯の間接正犯に関する見解である。ここでは、収賄罪を例にとれば、非公務員である乙に「甲への賄賂」としての金銭を受け取らせた甲は、直接に賄賂を受け取っていないに関わらず、当然に収賄罪の直接正犯であるとされていることである。その理由は、甲自身が、職務行為の不可買収性に対する侵害を直接に支配したことに求められる。その際、乙は、職務行為の不可買収性を侵害する国の職員の身分を乙が欠いているため、正犯にはなれず、幫助犯にとどまるとする⁵¹⁾。

③ 被害者の行為を利用する場合

張は、被害者の自己侵害を利用する場合、利用された者には構成要件該当行為が欠けているともいえるとし、例えば、甲は乙を脅迫して軽傷を生

48) その際には、真正身分犯の場合、特別な身分は正犯に対するものであり、間接正犯も正犯であることから、当然に身分を要するとされる。仮に間接正犯には特別な身分の必要はないとしたら、罪刑法定原則に違反する恐れがあるとするのである。

49) 張・前掲（注45）404～405頁。

50) 張・前掲（注45）402頁。

51) 張・前掲（注45）402～403頁。同じく直接正犯とするのは、日本では松宮（松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』（2017年）258頁以下）、ドイツでは義務犯構成に基づくヤコブス（Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 21/116）である。

じさせた場合、乙の行為は、「他人」を傷害するという要件に該当しない一方で、甲は、なお故意傷害罪の間接正犯を構成するという。もっとも、かかる状況は、利用された者には違法性阻却事由があるともいえるとする⁵²⁾。

しかし、ここでは、単に自傷行為の構成要件不該当性のみが重視されているわけではなく、被害者が利用者に脅迫されているという事案であることにも、注意が必要である。その点では、「自傷」と「他害」の区別が重要であるともいえよう。

④ 目的を欠いた行為の利用

目的犯における「目的なき者の利用」について、張は、「目的なき者の利用」を「他人の目的は認識しているが自己にその目的がない者」と「他人の目的すら知らない者」とを区別して検討している。営利目的猥褻物頒布罪（刑法第363条）を例に取れば、甲は、営利の目的で、営利の目的を有しない乙を利用して猥褻物を流布させた場合に、乙が甲に営利の目的があることを明らかに知っているときは、乙は、甲との間で同罪につき共犯を構成する。すなわち、甲が犯罪事実を支配した場合には、営利目的猥褻物頒布罪の間接正犯を構成し、そうではない場合には、教唆犯又は幫助犯を構成する。他方、刑法理論では、一般的には乙が固有の営利の目的を有しただけではなく、甲に営利の目的があることすら知らない場合には、甲は、犯罪事実を支配し、営利目的猥褻物頒布罪の間接正犯を構成すると解されている⁵³⁾。

注目されるのは、営利目的猥褻物頒布罪における営利の目的は、構成要件要素ではなくて責任要素だと解されていることと、それは行為者の固有の行為目的だと解されていることである⁵⁴⁾。そうすることによって、張

52) 張・前掲（注45）403頁。

53) 張・前掲（注45）405頁。

54) このような理解は、ドイツで論争問題となった「目的なき故意ある道具」の問題状況における理解と同じである。なお、この問題に関しては、市川啓「間接正犯の淵源に関する一考察（1）」立命館法学361号（2015年）724頁以下参照。

は、「他人の目的は認識しているが自己にその目的がない者」につき、共犯の可能性を認めるのである⁵⁵⁾。

⑤ 責任無能力者の行為の利用

この場合、責任無能力者は弁識制御能力を欠いているため、非難可能性を有しないことから、原則として背後の利用者に間接正犯が認められる。もっとも、直接行為者が弁識制御能力を有しており、背後者が利用された者を支配していないときは、間接正犯として認定してはならず、後者が犯罪事実を支配した場合に限って、それを間接正犯として認定することができる。例えば、満18歳の甲が15歳の乙を教唆して他人の財物を窃盗させた場合⁵⁶⁾、間接正犯ではなく教唆犯となる⁵⁷⁾。

また、限定責任能力者を教唆して犯罪を実行させた場合にも、背後者を間接正犯とすることは適切でないと言われる。限定責任能力者は、なお一定の弁識支配能力を有することから、教唆者が犯罪事実を支配したと認定することが困難だというのである⁵⁸⁾。

ここでは、日本の多くの「制限従属性説」と同じく、共犯成立のハードルは、責任能力よりも低い是非の弁識能力とそれに基づく制御能力にまで下げられていることが注目される。

⑥ 違法性の認識可能性に欠ける他人の行為の利用

違法性の認識可能性は責任要素であるが、故意のない者を利用する場合と同じく、この場合でも通常は間接正犯が成立するとされる。例えば、司法職員甲が乙を騙して「雀を捕殺することは完全に適法な行為であり、お前は大量に捕殺してもいいよ」とアドバイスし、乙がこれを信じて捕殺行為を実行した場合、甲は間接正犯とされる。他人の期待可能性に欠ける行為を利用する場合でも、同様である⁵⁹⁾。

55) 張・前掲（注45）405頁。

56) 中国刑法では、窃盗罪の場合、16歳未満の者は刑事責任を負わない。

57) 張・前掲（注45）405頁。

58) 張・前掲（注45）405頁。

59) 張・前掲（注45）405頁。

⑦ 間接正犯と共犯の競合

もっとも、張によれば、間接正犯の成立は共犯の否定を意味しない。ロクシンの見解と同じく、「背後の黒幕による間接正犯の成立と実行者による直接正犯の成立とは、両者間で必ずしも相互排斥関係にあるわけではない。逆に、強制的支配の状況では、黒幕の意思支配は、実行者の行為支配を前提とする」としている。例えば、営利目的を有する甲が営利目的のない乙を支配して猥褻物を流布させた場合、甲乙はなお共同犯罪を構成するが、各自の責任が異なっているため、罪名も異なる。また、甲は乙を騙して「丙は私に100万円を返済しないので、彼を監禁しよう。」と言った。乙はこれを信じて、丙を監禁した。その後、甲は丙の親戚から財物をゆすり取った。甲は、拉致罪の間接正犯であると同時に乙と甲とはなお共犯関係にあり、ただ乙は不法監禁罪の責任を負うだけである（刑法第238条参照）。例えば、甲は、殺害をもって乙を脅迫して乙が丙を傷害するよう強制し、乙は、丙に傷害行為を実行した。甲は故意傷害罪の間接正犯であり、乙は直接正犯であり、両者は共犯関係を構成する⁶⁰⁾。

ここでは、ロクシンの見解と同じく、直接行為者に「犯罪」が成立する場合でも、背後者に間接正犯が認められると同時に、罪名の異なる者の間での共犯が認められている。もっとも、具体例は、軽い罪の故意を有する者の利用や強制による期待不可能状態の利用による間接正犯の事例である。

2) 教唆犯・幫助犯と間接正犯との関係

張は、故意を構成要件の要素ではなく責任要素とすることから一貫して、教唆・幫助についても正犯の故意は不要とする。いわゆる「故意への従属性」を否定するのである。そこでは、正犯の故意は、単に教唆・幫助と間接正犯との限界を明確にするための限界要素にすぎず、いわゆる表面

60) 張・前掲（注45）406頁。

的要素ないし虚偽の要素であって、教唆犯、幫助犯の真の成立要件ではないとする⁶¹⁾。

そこでは、正犯に要求される「構成要件に該当する違法行為を実行するという意思」は、結果的に「構成要件に該当する違法行為になるものを実行する意思」で足り、犯罪の故意と同じものではないというのである。ただ、教唆対象者又は利用された者に故意がない場合に、利用者が犯罪事実の支配者であれば、主観的に間接正犯の故意があるときには間接正犯となる⁶²⁾。

このように、正犯故意に対する共犯の従属性を否定し、正犯故意を限界要素とすることは、間接正犯の一部を教唆犯にするという意味ではない。間接正犯の成立要件が充たされているときには、これが優先的に成立するとするのである。例えば、乙と一緒に猟をしていた甲が前方に人がいることを知りながら、乙に「前方に熊がいる」と言ったところ、乙は、これを信じて確認せずに発砲し、被害者を死亡させたという場合には、甲は、状況を知らない乙の行為を利用して被害者の死亡結果を生じさせ、かつ間接正犯の故意を有することから、間接正犯となる⁶³⁾。

要するに、正犯故意に対する教唆犯の従属性を否定することにより、一方で、教唆の故意しかないのに客観的に間接正犯の事態を発生させた人物を無理なく教唆犯とすることができるようになり⁶⁴⁾、他方で、真正身分犯

61) 張・前掲（注45）427頁。

62) 張・前掲（注45）427頁。

63) 張・前掲（注45）427頁。

64) 張・前掲（注45）416頁には、「教唆犯の成立は、被教唆者が構成要件に該当する違法な行為を実行することを前提とするが（制限従属形式）、被教唆者の犯罪の故意を引き起こすことを前提としない。言い換えれば、被教唆者の構成要件に該当する違法行為を実行するという意思を引き起こすことが必要とされるが、必ず被教唆者の犯罪の故意を引き起こすことが必要とされるわけではない。例えば、甲は乙に対して『丙は悪人であるから、この毒薬を彼に飲ませろ』と唆したが、乙は甲の話を『丙は病人であるから、この土薬を彼に飲ませろ』と聞き違えて、丙に甲からもらった毒薬を渡した。その後丙が毒薬を飲んで、死んだが、乙が丙を殺す故意を持っていなかった。」と記されている。ちなみに、中国語の発音では、「毒薬」と「土薬」は似ている。

では、間接正犯の故意があり、「間接正犯」の事態も生じさせたが、特別な身分を欠いた人物を教唆犯とすることができるようになるという⁶⁵⁾。幫助犯と間接正犯との関係についても、正犯に犯罪の故意がなく、幫助犯が客観的には間接正犯の結果を生じさせたが間接正犯の故意がないときには、幫助犯として認定することができるとする⁶⁶⁾。

この見解では、教唆犯・幫助犯と間接正犯とは、対立関係ではなく、包摂関係にある。非身分犯では、客観的に他人に構成要件に該当する行為を実行させたという要件については、教唆犯と間接正犯は同じである。つまり、(1) 正犯に故意があるとき、惹起者は、教唆犯となり、(2) 正犯に故意がなく、惹起者に間接正犯の故意があるときには、間接正犯となる。その上で、(3) 正犯に故意がなく、惹起者に間接正犯の故意がないときには、教唆犯のみが成立する。要するに、正犯に故意がない場合、惹起者は、教唆犯でもあれば、間接正犯でもあり得るというのである。幫助犯と間接正犯との関係も、このような原理に基づいて解決される⁶⁷⁾。

身分犯についても、直接行為者の故意の有無は、教唆犯と間接正犯とを区別する唯一の基準ではなく、この場合には、直接行為者および惹起者の身分と故意を同時に考慮しなければならないとされる。すなわち、① 直接行為者が特別な身分を有し、構成要件に該当する違法行為を実行し、かつ犯罪の故意を有した場合、惹起者は教唆犯のみを構成する、② 直接行為者が特別な身分を有し、構成要件に該当する違法行為を実行したが、故意を有しない場合、身分のない惹起者は、教唆犯のみを構成し、間接正犯を構成しない、③ 直接行為者が特別な身分を有し、かつ構成要件に該当する違法行為を実行したが、故意がない場合、身分のある惹起者は、間接正犯を構成する、④ 直接行為者は特別な身分を有しないが、その他の構

65) 例えば、公金横領罪の故意のない身分者を利用した非身分者による公金の領得の場合。

66) 張・前掲(注45)427頁。

67) 張・前掲(注45)427～428頁。日本で、同じく正犯の故意への従属性を否定し同じ解決策を提案するのは、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003年)241～246頁。

成要件要素に該当する違法行為を実行した場合、故意の有無を問わず、身分のある惹起者は、間接正犯を構成する、と⁶⁸⁾。

3) 身分犯の共犯

身分犯の共犯について、張は次のように主張する。すなわち、中国の刑法総則では共犯と身分に関する直接的な規定は存在しないが、刑法各則では一部の規定（刑法第382条第3項を参照）が存在しており、総則と各則の規定を総合すれば、共犯と身分の問題をほぼ解決することもできるというのである⁶⁹⁾。

① 真正（ないし構成的）身分犯において実行者が身分者、背後者が非身分者の場合

例えば、拘禁されていない人は単独で逃走罪を犯すことはできないが、法により拘禁された犯罪者、被告人、犯罪容疑者に逃走するよう教唆し、幫助することはでき、よって、本罪の共犯となり得るとする。そこでは、第一に、刑法各則に定める特別な身分は正犯について言うものであり、教唆犯と幫助犯には非身分者でもなり得るとされる。これについては中国刑法に明文規定はないが、第29条第1項の前段は、「他人を教唆して罪を犯させた場合には、その共同犯罪において果たした役割に照らして処罰しなければならない。」と規定しており、これは真正身分犯も当然対象にした規定であることと、刑法第27条第1項の規定による従犯でも事情は異なること、さらに、第28条の規定によると、脅迫されて犯罪に参加した者も共犯とされることから、非身分者も真正身分犯の共犯として、その法定刑を基準として処断されることが明らかとなる⁷⁰⁾。

68) 張・前掲（注45）428頁。もともと、収賄罪の場合、背後者が身分者であっても、自らが利益を「收受」したわけでないなら、必ずしも間接正犯となるものではないと思われる。また、この場合、そもそも身分のない者には、職務との対価関係を必要とする「賄賂」を收受することは、そもそもできないのではないかという問題もある。

69) 張・前掲（注45）439～440頁。

70) 張・前掲（注45）440頁。

② 真正身分犯において実行者が非身分者——但し加減的身分の関係にない一般犯罪に当たり得る——、背後者が身分者の場合

他方、非身分者が身分者に真正身分犯に当たるような行為をさせた場合には、各則に特別な規定がない限り共犯は成立し得ないという。例えば、国の職員に身分のない者が謀反を教唆した場合や司法職員に非身分者が拷問による供述の強要を教唆・幫助した場合、非身分者が拘禁中の者の逃走を援助した場合、国の職員に非身分者が公金を横領するよう教唆した場合には、いずれも、共犯とはならず非身分者を無罪とするしかないといわれる。しかし、これは、国民の支持を得られない結論なので、このような場合にどのようにして共犯の成立を認めるかが、継続して議論されているという⁷¹⁾。

そこで、主犯が身分者であれば関与者全員に身分犯の共犯を認め、主犯が非身分者であれば非身分犯の共犯として処理するという提案もあったが⁷²⁾、① 主犯と従犯の区別はどの罪の共犯で処理するかが確定してから各関与者が果たした役割の大きさに応じて決定すべきもののなのに、これでは役割の大きさによって主犯と従犯を区別した後に初めて罪名が決まることになるほか、② これでは身分者と非身分者の果たした役割が同じ場合には罪名を確定できず、また、③ 共犯者が重い刑を避けて軽い刑を選ぶようにする余地を残すといった問題があるとされる。加えて、実行犯（正犯）がどちらであるかによってどの罪の共犯が成立するかを決定せよという見解にも、実行行為は犯罪によって相対的であることや⁷³⁾、法定刑の重い身分

71) 張・前掲（注45）440頁。

72) 最高人民法院と最高人民檢察院公布の1985年7月18日付「現在經濟犯罪事件の処理における具体的法律適用の若干問題に関する回答（試行）」（すでに廃止）は、「内外結託により汚職又は窃盜活動を行う犯罪について、共同犯罪の基本的特徴に基づき論罪しなければならない。共同犯罪の基本的特徴は一般的に主犯犯罪の基本的特徴により決定する」と規定していた。これによれば、例えば一般の公民と国の職員が共同で財物を詐取する場合、主犯が国の職員であれば汚職罪（刑法第382条を参照）の共犯を認定し、主犯が一般の公民であれば詐欺罪の共犯を認定することになる（張・前掲（注45）440頁から引用した）。

73) 例えば、保険事件の幫助行為である保険事故の評価人による虚偽の証明文書提供は、虚偽証明文書提供罪の実行行為である。

犯の適切な量刑評価を保証できなくなる⁷⁴⁾という弱点があるとされる⁷⁵⁾。

そこで張は、正犯行為が相対性を有することから、論罪の際には観念的競合の原理の運用に留意しなければならないとして、① 身分のある者が正犯であり、身分のない者が正犯に対し教唆、幫助行為を実施し、また、その他の犯罪にも触れない場合、身分犯が犯した罪により論罪し量刑するしかなく、② 身分のある者と身分のない者が共同犯罪を実行した場合に、身分のある者は身分犯であるA罪の正犯（B罪の従犯である可能性を含む）、身分のない者は非身分犯であるB罪の正犯（A罪の従犯である可能性を含む）であるときには、身分のない者と身分のある者は同時にA B 2つの罪を共犯関係において犯し、観念的競合を構成すると認定しなければならないという。この場合、そのうちの一人を重い罪の従犯として処罰することにより、軽い罪の正犯よりその処罰が軽くなる場合、つまり軽い罪の正犯として処理するほうが罪刑均衡原則に適合する場合には、軽い罪の正犯として処理すべきことになる⁷⁶⁾。

③ 真正身分の競合

例えば、非国有会社の従業員甲と国有会社から当該非国有会社に派遣されて公務に従事している国の職員乙が共同で当該非国有会社の財産を横領する場合、前者には職務横領罪が、後者には汚職罪が成立し得る⁷⁷⁾。

この場合にも、主犯がどちらかによって成立する罪名を決定すべきだとする見解がある⁷⁸⁾。しかし、それが困難な場合には、重い汚職罪の共犯と

74) 非身分者が真正身分犯の幫助として減輕されることで非身分犯の正犯としての刑を下回る場合がありうる。

75) 張・前掲（注45）440～441頁。

76) 張・前掲（注45）441頁。

77) 張・前掲（注45）441～442頁。

78) 最高人民法院公布の2000年6月30日付「汚職、職務横領罪事件の審理における共同犯罪の認定の幾つかの問題に関する解釈」は、「会社、企業又はその他の組織体は、国の職員という身分のない者と国の職員と結託し、それぞれ各自の職務便利を利用し、共同で本組織体の財物を不法に自分のものとして横領した場合、主犯の犯罪性質により論罪する」と規定している（張・前掲（注45）441～442頁から引用した）。

して処理すべきだとする見解もある⁷⁹⁾。しかし、後者の見解は、「疑わしいときには被告に有利に」という原則に反する。そこで、結局は、上記の設例であれば、甲と乙のいずれも同時に汚職罪と職務横領罪に違反しており、汚職罪の共犯として処理すべきであるとされる。なぜなら、一般国民が汚職罪に関与したときは同罪の共犯となるのであるから、企業の従業員はましてや汚職罪の共犯となるべきなのであり、ただ、甲を汚職罪の従犯とした場合、その刑が職務横領罪の正犯（主犯）より軽くなる場合があり得るので、甲を職務横領罪の正犯として認定するというのである。一般化すれば、重い罪の従犯としての処断刑が軽い罪の正犯の刑を下回ることがあるので軽い罪の正犯の競合を認めるのである（かかる場合、甲と乙は共犯であるが、罪名が異なる）。もっとも、甲と乙が甲の職務の利便のみを利用する場合には、乙の国の職員という身分は意味がなくなり、職務横領罪の共犯のみが成立するとされる⁸⁰⁾。

もっとも、法歪曲仲裁罪（刑法第399条）と職権濫用罪（刑法第397条）との関係においては、法歪曲仲裁罪は、職権濫用罪の特別法であるため、甲がその職権を濫用して裁判官である乙に有罪の者を無罪とする判決を出させた場合、乙は法歪曲仲裁罪の正犯としてしか処断できないが、甲は、職権濫用罪の正犯として処理される可能性もあれば、法歪曲仲裁罪の共犯（教唆犯）として処罰される可能性もあり、法定刑の軽重を比較して、重い罪に従い処罰するものとされる⁸¹⁾。

79) 最高人民法院公布の2003年11月13日付「全国法院による経済犯罪事件の審理業務の座談会紀要」は、「会社、企業又はその他の組織体において、非国の職員と国の職員が結託し、それぞれ各自の職務便利を利用し、共同で本組織体の財物を不法に横領した場合、可能な限り主犯と従犯を区別し、主犯の犯罪性質により論罪する司法実務上、事件の実際の場合、共同犯罪における各共同犯罪者の地位、役割の大きさに基づき主犯と従犯とを区別することが困難である場合、汚職罪により論罪し処罰することができる。」としている（張・前掲（注45）442頁から引用した）。

80) 張・前掲（注45）441～442頁。以上の処理は、汚職罪と保険詐欺罪との競合の場合にも用いられている。

81) 張・前掲（注45）442頁。

④ 不真正（ないし加減的）身分犯の共犯

加減的身分のない者と加減的身分のある者が共同で不真正身分犯を実行した場合には、共犯関係にはなるが、身分犯の規定は加減的身分のある者のみに適用され、加減的身分のない者には適用されないとされる。例えば、刑法第243条第2項によると、国の職員が誣告陷害罪を犯した場合、重い罰に従い処理するとされている。国の職員でない者と国の職員が共同で誣告陷害行為を実施した場合には本罪の共犯を構成するが、国の職員については重く処罰し、非身分者には当該規定を適用して重く処罰してはならないとされる⁸²⁾。

⑤ 目的犯の場合

目的などのその他の特定の主観要素と共犯との関係についても、前記の結論により処理すべきであるとされる。例えば、犯罪の成立に特定の目的が必要とされる場合、この目的を持たない甲は、乙が当該特定目的を持っていることを確定的に知って故意に乙とこの罪を行うときには、当該目的犯の共犯となるという。同様に、特定の目的が刑罰の軽重に影響を与える場合には、この目的のない共犯者には通常の刑を適用するとされる。つまり、特定の個人要素を構成要件要素とする犯罪（構成的目的犯）に関与した者は、かかる要素を有しないとしても、なお共犯であり、特定の個人要素が刑罰の軽重に影響を及ぼす場合（加減的目的犯）、かかる要素がない共犯者には通常の刑罰を科すというのである⁸³⁾。

(3) 張明楷の犯罪体系の特徴

この見解の特徴は、以下のようにまとめることができる。① 犯罪体系は、不法と責任の二分を基礎に、さらに不法を構成要件と違法性阻却に分ける三段階体系である。② ヴェルツェル以前の体系と同じく、故意・過失は構成要件ではなく責任の要素とされている。

82) 張・前掲（注45）442～443頁。

83) 張・前掲（注45）443頁。

張明楷は、共犯論では、限縮的正犯概念⁸⁴⁾、正犯基準についてはロクシンの犯罪事実支配理論⁸⁵⁾、行為共同説⁸⁶⁾、共犯従属性説⁸⁷⁾、制限従属形式⁸⁸⁾をそれぞれ採用し、不法共犯説を認めながら不法を連帯しない場合があると認める⁸⁹⁾。そこで、③ 間接正犯と共犯との関係においては、共犯の制限従属形式を前提として、故意のない正犯に対する共犯の成立可能性を認める。もっとも、共犯は間接正犯に対して補充的であり、間接正犯の成立要件が備わっている場合には、それが優先的に成立する。④ 主犯と従犯との区別は、正犯を基準に成立する罪名が確定した後、その役割の軽重によって決められるものであって、成立する罪名の基準となるものではないとされる。

もっとも、⑤ 身分犯の共犯においては、構成的身分と加減的身分の区別は違法身分・責任身分に対応するものではない。また、⑥ 身分犯と一般犯罪、重い身分犯と軽い身分犯の競合を認めることにより、構成的身分と加減的身分関係の区別が複雑になっているような印象を受ける。

第二節 黎宏の犯罪論（維持論）

(1) 「修正四要件」説

1) その概要

日本に長く留学し博士号を獲得した中国刑法学者黎宏は帰国後、中国の主要な法学雑誌に論文を掲載して、中国の犯罪論体系を再構築する必要性を否定し、中国伝統派の四要件の構成要件論に有力な支持を与えていた。2006年に「法学研究」に掲載された論文で彼は、「既存の犯罪構成の体系を基礎としつつ、客観が優先する、段階的な理念を徹底すべき」であり、現在の「ものと異なる意味の犯罪概念を作り出すべき」であると主張した。

84) 張・前掲（注45）390頁。

85) 張・前掲（注45）392頁。

86) 張・前掲（注45）393頁。

87) 張・前掲（注45）411頁。

88) 張・前掲（注45）414頁。

89) 張・前掲（注45）407頁。

具体的には、次のように述べる。すなわち、① 客観的に行為が犯罪の客体と犯罪の客観的側面の要件に該当するかどうかを判断し、次いで、犯罪の主体と犯罪の主観的側面の要件を判断する、② 犯罪の客体と犯罪の客観的側面の要件に該当する行為は、本質的に刑法により保護される法益に対して実害または現実的な危険を作り出しているので、社会侵害性を有していることから、刑法典における「犯罪」である、③ 四要件のすべてに該当する行為が実質的な意味での「犯罪」である、④ 正当防衛などの犯罪性排除事由は、行為の客観面において犯罪と類似しているにすぎず、「理論的に言えば、行為が具体的な犯罪の犯罪構成に該当するというのは、実際には、もはや当該行為が正当防衛や緊急避難などの犯罪性排除事由に該当しないことを意味するのである。言い換えれば、このような結論が導き出される前に、当該行為が正当防衛や緊急避難などの犯罪性阻却事由に該当しないという判断がすでに済まされているのであ」る、⑤「客体とは、刑法により保護される社会関係または合法的利益であり」、「『犯罪により侵害される』という限定は全く必要ではない」と⁹⁰⁾。

2) 「修正四要件」説の検討

しかし、黎宏が主張していた「四要件の犯罪構成」は、なるほど伝統派の犯罪構成に使われている「客体」や「客観的側面」などの専門用語を使用し、形式的に伝統派の犯罪構成を維持しているが、しかし、「客観が優先する、段階的な理念」を指導思想とした以上、もはや伝統派の「有機的統一」の関係にある「四要件の犯罪構成」とは別物であると言わざるをえない。

また、黎宏の上述の論文に書かれた犯罪性排除事由と犯罪構成の関係に関する論述からは、両者の関係は決して明確となるわけではない。ただ、行為が犯罪構成に該当するという結論が導き出される前に、当該行為が犯

90) 黎宏「我国犯罪構成体系不必重構」法学研究2006年第1期32～51頁。

罪性排除事由に該当しないという判断がすでに済まされているという彼の主張から考えれば、少なくとも彼は犯罪構成の中で犯罪性排除事由も検討しているという趣旨であるともいえる。

3) 「二段階説」

おそらく黎宏も上述のような問題を自覚したのか、2012年に出版された彼の教科書——『刑法学』においては、四要件の犯罪構成を基礎としつつ、更なる修正を加え、次のような二段階の犯罪構成体系を提示した。

① 伝統的な犯罪構成体系の4つの要件を客観的要件と主観的要件に分ける。客観的要件は犯罪の成立に必要とされる外部的な条件であり、行為にある客観的社会侵害性の有無およびその程度を表す事実である。それに対して、主観的要件は犯罪の成立に必要とされる内部的な条件であり、行為時に行為者に存する主観的責任の有無および程度を表す事実である。

② 伝統的な犯罪構成体系にある犯罪の主体の内容を、行為の主体と責任能力に分ける。行為の主体に関する内容——特に行為者の身分——は、行為の社会侵害性の有無および程度に関連する要素であるので、犯罪構成の客観的要件に位置づけられる。それに対して、行為者の年齢、精神状態などは行為者の主観的責任の有無および程度に関連するので、故意、過失と並ぶ、犯罪構成の主観的要件に位置づけられる。

③ なお、正当防衛、緊急避難、正当行為などの、伝統的な犯罪構成体系において外見上は違法であるが、実質的に社会侵害性を有しない社会侵害性排除事由は、具体的な行為の社会侵害性の有無に直接に影響を与える要素であるので、犯罪構成の客観的要件に位置づけられる。それに対して、刑法典の条文には書かれていないが、実際に適用されている期待可能性に関する要素は行為者の主観的責任の有無および程度に影響する要素なので、犯罪構成の主観的要件に位置づけられる。

したがって、犯罪構成の客観的要件には、客体、実行行為、侵害結果、行為者の身分、因果関係、時間、場所などが、犯罪構成の主観的要件に

は、責任能力、故意、過失、錯誤、期待可能性などが含まれる⁹¹⁾。

ここで、社会侵害性の内容に関して、彼は伝統派の社会関係侵害説を否定し、法益侵害説を主張する。すなわち、彼によれば、社会侵害性とは、法益侵害性（ないし侵害の危険性）である⁹²⁾。そして、伝統派が前提とする、主観と客観の統一である社会侵害性を批判し、純粋に客観的な社会侵害性（結果無価値論）を主張する⁹³⁾。

4) 「二段階説」の評価

前述の2006年の論文で主張された修正四要件説が、まだ「有機的統一」から「段階」という体系的側面において伝統派の四要件の犯罪構成を修正しただけと評価できるならば、2012年の教科書に主張された「客観的要件・主観的要件」の修正四要件説は、もはや伝統派の、犯罪構成の中心的概念としての「客観」と「主観」から、日本やドイツのように「違法」と「責任」に変える形で、犯罪論の構造的側面において伝統派の四要件の犯罪構成を再構築したと評価せざるをえないであろう。その際、主観と客観の統一と解されてきた社会侵害性を「純粋に客観的な社会侵害性」に置き換えることによって、実質的には「法益侵害説」を採用したように見えるが、これは、現代のドイツにおいて逆に「法益侵害説」の形式性が「社会侵害性説」から批判されている⁹⁴⁾ことを無視したものともいえよう。

(2) 共 犯 論

1) 間 接 正 犯

① 犯罪の故意を欠いた他人の行為を利用した場合

まず、他人の過失ないし無過失の行為を利用した場合には、利用者は生

91) 黎宏『刑法学』（2012年）65～66頁、黎宏『刑法学（第2版）』（2016年）66～68頁。

92) 黎・前掲（注91）『刑法学』45頁。

93) 黎・前掲（注91）『刑法学』47頁、黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』46頁。

94) その代表は、アーメルンクの見解である。Vgl. K. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972.

じた結果について間接正犯の罪責を負うとされる⁹⁵⁾。

② 故意のある道具を利用した場合

「目的なき故意ある道具」利用の事例として、集金詐欺罪（刑法192条）のような不法領得の目的を要する目的犯の場合、そのような目的のない者を利用して集金をさせた者は、同罪の間接正犯になるとされる。次に、「身分なき故意ある道具」利用の事例として、国の職員という身分のある夫が、国の職員という身分がない妻に事実を説明した後に、わいろを受け取らせた場合も、背後の夫が収賄の間接正犯になるとされる。さらに、軽い罪の故意がある者を利用して重い罪を犯す場合、例えば、甲が障子の後ろに隠している被害者を殺害するために、実情を知らない乙に命じて障子に向けて銃を撃たせ、被害者を死亡させた場合や、傷害結果しか生じないと嘘をついて被害者を死亡させる毒薬を被害者に与えるように乙に指示した場合にも、甲は殺人罪の間接正犯となるとされる⁹⁶⁾。

他方、直接行為者の客体の錯誤を利用する「正犯の背後の正犯」は否定され、直接行為者が正犯、背後の利用者はその幫助とされる。例えば、乙が週末の夕方に甲がいつも散歩する森で待ち伏せして甲を殺害する予定であることを甲が知り、甲は自分の敵である丙を誘い出して森に行かせたところ、丙は乙に甲と間違えられて殺害されたという場合、乙は殺人の正犯、甲はその幫助犯であるというのである⁹⁷⁾。

2) 間接正犯と教唆犯の錯誤

間接正犯と教唆犯とにまたがる錯誤については、以下のような見解が述べられる。例えば甲が、実情を知らない看護師乙をして患者丙に毒薬を注射させ、丙を殺そうとしたところ、看護師乙は甲の意図を見抜き、しかもちょうど丙に対して不満をもっており、この機会に丙に毒物を注射し、

95) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』270頁。

96) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』271頁。

97) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』272頁。

丙を死亡させてしまった場合、黎宏の見解では、最終的に殺人を決めたのは、乙自身であり、甲に利用されたという事実が存在しないことから、甲の行為について、他人を道具として利用するものであるとは評価し難く、他方、間接正犯の故意は特定犯罪の意思を実現するために他人を道具として利用するものであり、広い意味では他人の犯罪意思を引き起こした教唆故意が含まれているとして、間接正犯と教唆犯との間には実質的な重なり合いがあると考え、正犯という評価より軽い教唆犯が成立するという。反対に、教唆の意図で間接正犯の事態、すなわち直接行為者が故意なく結果を引き起こした場合には、教唆犯が成立するとされる⁹⁸⁾。

しかし、正犯に故意を惹起して犯罪を実行させるはずの教唆犯が、なぜ、直接行為者に故意がない場合でも認められるのか、反対に、なぜ、直接行為者に事情を隠して結果を惹起させようとする間接正犯の故意が、正犯に故意を惹起して犯罪を実行させるという教唆犯の故意を含むのかといった根本問題に対する説明はない。

3) 身分犯と共犯

身分者と非身分者が身分犯において共犯関係に立つ場合には、以下の三つの場合がある。第1は、非身分者が身分の実行する真正身分犯に関与した場合である。第2は、異なる身分者のある者が競合する真正身分犯を共犯関係において実行した場合である。第3は、身分者と非身分者が不真正身分犯を共犯関係において実行した場合である⁹⁹⁾。

このような場合、中国刑法の総則には、共犯と身分に関する直接的な規定は存在せず、各則に部分的な規定が存在するのみである。しかし、黎は、そのような規定がないとしても、学理によって同様の結論が得られるとする¹⁰⁰⁾。

98) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』308～309頁。

99) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』300頁。

100) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』300頁。

① 真正身分犯への非身分者の関与

黎は、その理解する行為共同説および因果的共犯論の立場から、真正身分犯については、非身分者はその教唆犯・幫助犯になり得るばかりでなく、その共同正犯にもなり得るとされる。つまり、真正身分犯は非身分者にとって単独犯になれないだけのものであり、かつ、共同正犯も教唆犯・従犯と同じく、他人の行為を介して自己の行為の因果的影響を拡大する「刑罰拡張事由」であって、身分者が——少なくとも実行正犯として——関与することにより、身分者しか侵害できなかった法益の侵害に向かう因果的経路が開かれるからである¹⁰¹⁾。

かくして、国の職員でない甲と国の職員である乙が共謀し、乙の公共財産を管理する権限を利用して、共同で乙管理の公共財産を窃取する場合、甲と乙は、汚職罪の共同正犯を構成し、身分のない保険契約者と身分のある保険会社の従業員が共謀し、共同で保険金を詐取する場合には、両者が重要なプロセスにおいて保険会社の従業員の職務権限を利用すれば、一律に職務横領罪又は汚職罪の共同正犯として処理される。もっとも、両者が国の職員の職務権限を利用しない場合には、かかる事件は、窃盗罪として処理すべきだとされる¹⁰²⁾。

反対に、国の職員の身分のある夫が国の職員の身分のない妻に事実の真相を説明したうえで賄賂を受け取らせた場合、すなわち、身分者が非身分者に真正身分犯をするよう教唆・幫助する場合には、妻は、その果たした役割によって、収賄罪の共同正犯か、収賄罪の幫助犯を構成するとされ、これは因果的共犯論によって得られる必然的結論だとされる¹⁰³⁾。

101) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』300～301頁。

102) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』301頁。

103) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』301頁。しかし、ここでは、妻が受け取ったものは妻への贈り物であって夫への贈り物ではないため、夫は何も利益を得られていない場合にも収賄罪が成立するののかという、根本的な問題が看過されている。表面的な利益の物理的移転に目を奪われ、これが誰の物となったのかという規範的な観点を忘れることの落とし穴であろう。

② 真正身分の競合

張明楷の見解でも検討した非国有会社の従業員による職務横領罪と国の職員による汚職罪が共同の行為によって競合するような、異なる真正身分犯が競合する場合については、次のように述べられる。すなわち、黎の理解による行為共同説および因果的共犯論の立場からは、それぞれ異なる身分のある者は、それぞれの犯罪の正犯であり、同時に、相手方の犯罪については身分のない者として、当該身分犯の共犯（教唆犯、幫助犯および共同正犯を含む）となるのである¹⁰⁴⁾。

もっとも、その場合には、処断刑では法定刑の重い汚職罪の共同正犯が優先するはずである。しかし、黎は、職務横領罪の身分を有する甲と汚職罪の身分を有する乙とで非国有会社の財産を侵害するという点において「共同」行為が存在し、行為共同説によって共同正犯が成立するが、「したがって、最終的には、甲は職務横領罪を構成し、乙は、汚職罪を構成する」と述べる¹⁰⁵⁾。ここでは、汚職罪の身分のない甲にも汚職罪の共同正犯が成立するはずの自説の見解が忘れ去られている。

③ 非身分者と身分者が不真正身分犯罪を共犯関係において実行する場合

不真正ないし加減的身分犯の場合、当該身分（目的犯の目的を含む）のない者も当該法益侵害結果を生じさせることが可能であり、ただ、当該身分のある者は、当該身分のない者と比べれば、刑罰には相違が存在するものという理解の下で、黎は、不真正身分犯の場合、身分は、構成要件の要素ではなく「罪責要素」であるに過ぎないと考える¹⁰⁶⁾。

そこで、刑法第363条の営利目的猥褻物頒布罪と刑法第364条の猥褻物頒布罪との関係では、例えば営利の目的によって猥褻書籍を販売する本屋を設立するオーナーと営利の目的を有しない従業員が共謀で猥褻書籍を販売

104) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』301～303頁。

105) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』303頁。

106) 黎・前掲（注91）『刑法学（第2版）』303～304頁。

する場合、従業員には、客観的には営利目的猥褻物頒布罪の共犯が成立し、これは「共犯違法の連帯性」の体现でもあるとされる¹⁰⁷⁾。しかし、「営利目的」は、一身専属、他人の罪責要素に影響を与えない要素、すなわち、責任身分であるため、従業員は法定刑の軽い猥褻物頒布罪によってしか論罪し処理することはできないとされる¹⁰⁸⁾。

職務横領罪に関与した非身分者は、同罪が「他人の財物を代理保管する」という横領罪に必要な身分に「職務として」という身分が追加された「二重の身分犯」であることから、いずれの身分もない共犯者は横領罪の共犯となると解されている¹⁰⁹⁾。

(3) 黎説の検討

黎説は、共犯に関し、統一的正犯体系ではなく独日流の共犯体系を前提とし、共同正犯を含む共犯の処罰根拠として、東大学派や大谷実のいう「因果的共犯論」に依拠して¹¹⁰⁾「修正惹起説」を支持し¹¹¹⁾、制限従属形式¹¹²⁾、行為共同説¹¹³⁾を採用している。

その見解は、すでに指摘したように、「修正四要件説」といいつつ、それを換骨奪胎したものであって、実際には日本の三段階体系に極めて近い。とりわけ、国の職員が身分のない妻に指示して、自己のために賄賂たる金銭を受け取らせる例において妻に真正身分犯の共同正犯を認めるところでは、「身分者が身分犯を実行した」ことが確認されないままに身分犯

107) その際、営利目的猥褻物頒布罪は真正身分犯だとされている。

108) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』303～304頁。

109) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』304頁。この点は、日本における業務上横領罪の共犯に関する議論と共通するものである。

110) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』257頁。しかし、この「因果的共犯論」なるものは、ドイツで提唱された「惹起説」とは似て非なるものであることが、すでに指摘されている。松宮・前掲(注51)『刑法総論講義[第5版]』325頁以下参照。

111) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』259頁。

112) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』261頁。

113) 黎・前掲(注91)『刑法学(第2版)』264頁。

の成立を前提とするもので、「身分」という行為者要素を恣意的に行為要素に変えてしまうという弱点をもった日本の学説が直輸入されている¹¹⁴⁾。

また、不真正身分犯における身分は構成要件要素ではなく「罪責要素」とであるとする点では、おそらく、身分者と非身分者との間に異なる罪名での共犯が成立することから、この場合の背後の共犯にとって身分が構成要件要素であるならば、そもそも背後者に共犯が成立するための前提としての「正犯の構成要件該当行為」が認められなくなってしまうという理解¹¹⁵⁾に由来するものと思われる。

しかし、具体例として挙げられた営利目的猥褻物頒布罪や職務横領罪では、その構成要件の中に、軽い罪である猥褻物頒布罪や横領罪の構成要件は含まれているのであり、この場合に、背後者にとって「必要条件としての従属要素」が欠落しているわけではない。おそらく、そこでは、要素従属性が主として「共犯成立の必要条件としての正犯要素」であることが看過され、「罪責の連帯性」という意味と混同されているのであろう¹¹⁶⁾。直接行為者の故意の有無に関する間接正犯と教唆犯との錯誤についても、張説と異なり、そもそも問題の所在すら意識されているとは思われない。

第三節 陳興良の犯罪論（移植論と再構築論の併用）

(1) 『規範刑法学』による「罪体－罪責－罪量」の犯罪論体系（再構築論）

陳興良の『規範刑法学』は、「罪体－罪責－罪量」という体系によって、中国刑法の体系論を再建しようとするものである。

これによれば、「我が国刑法での犯罪成立要件は、行為が法益を侵害すると表されている質的構成要件である。これは、犯罪構成の本体要件であ

114) これに対して厳しい批判を展開するものとして、市川啓「間接正犯論の歴史的考察（1）」立命館法学 2016年2号（366号）531頁以下。

115) 同様の理解をするものとして、日本では十河太郎『身分犯の共犯』（成文堂。2009年）がある。

116) 要素従属性の従属形式のうちでは、唯一、誇張従属形式のみが、身分のある正犯の刑が身分のない共犯の刑に影響するものである点で、「罪責の連帯性」を意味する。

り、罪体と罪責を含む。罪体は、犯罪構成の客観的要件であり、罪責は、犯罪構成の主観的要件であり、両者は、客観と主観の統一体である。犯罪に関する我が国刑法の規定では数量要素が存在するため、犯罪成立要件には、罪体、罪責のほか、罪量も含まれるべきである。罪量は、犯罪構成の本体要件が揃ったことを前提に、法益に対する行為の侵害程度を表す数量要件である。したがって、私は、罪体－罪責－罪量という三位一体の犯罪構成体系を確立した。かかる犯罪構成体系においては、犯罪成立の数量要素には独立的な構成要件の地位が与えられることによって、我が国刑法規定にとってよりふさわしいものになる」と解した¹¹⁷⁾。罪量要素の体系地位について、陳は、「一般犯罪では、罪体と罪責という2つの主観、客観的要件が存在すれば、犯罪は成立する。但し、刑法において情状が重い又は金額が比較的大きいことが犯罪成立要件とされる場合には、罪体と罪責が備わったうえ、罪量の判断を行わなければならない。罪量は、犯罪構成の選択的要件である」と指摘していた¹¹⁸⁾。

1) 罪体の内容

罪体は、犯罪成立の客観的要件であり、罪体構成要素と罪体排除事由の統一であるとされる¹¹⁹⁾。

① 罪体構成要素

罪体構成要素は罪体の積極的要件であり、論罪過程において正面から認定すべき客観事実要件である。罪体構成要素には次に掲げる内容が含まれる。

1. 主体：主体とは、行為者を指す。罪体において主体は基本的構成要素である。

117) 陳興良「作為犯罪構成要件の罪量因素——立足于中国刑法的探討」環球法律評論2003年秋季号275頁。

118) 陳興良『規範刑法学（第2版）』（2008年）107頁。

119) 陳・前掲（注118）114頁。

2. 行為：行為は刑法の基礎であり，犯罪成立の前提である。「行為なければ犯罪なし」であり，したがって，行為は，あらゆる犯罪の成立に必要な構成要素である。

3. 客体：客体は行為が目指す人と物である。一部の行為による法益への侵害は，客体の存在を前提としないことが可能であるが，殆どの行為は全て客体を通じて法益への侵害を実現するのである。したがって，客体も罪体の構成要素の1つである。

4. 結果：結果は，行為による法益への現実の損害を反映しているので，罪体の重要な構成要素である。もちろん，結果は，全ての犯罪の成立の必要要件ではない。結果犯のみにとって，結果は不可欠なものである。挙動犯の場合，法益を侵害する危険があれば，犯罪が成立し，結果という構成要素は求められない。

5. 客観的付随情況：罪体には時間と場所等客観的付随情況も含まれている。殆どの犯罪にとって時間と場所は，犯罪成立の構成要素ではないが，少数の犯罪では欠かせない構成要素である¹²⁰⁾。

② 罪体排除事由

罪体排除事由は，罪体構成要素を備えたうえで，行為事実に対し行った実質的審査であり，審査根拠は，法益侵害性である。行為は，罪体の構成要素を備えていても，罪体排除事由が存在する場合には，なお罪体を構成しない¹²¹⁾。

2) 罪体の意味

① 規制機能

罪体は，刑法により明文に定められるものであり，犯罪の範囲を限定していることから，司法機関に対して規制機能を有する。罪刑法定原則に基づき，法律に明文規定がなければ犯罪ではない。有罪と無罪との区別は，

120) 陳・前掲（注118）114～115頁。

121) 陳・前掲（注118）115頁。

法の明文の規定により決められる。また、罪体は犯罪存在の客観的要件として、刑法条文に定める基本的内容である。よって、罪体は、司法機関の論罪範囲を限定している¹²²⁾。

② 統合機能

犯罪は類型的概念であり、犯罪類型では、罪体はその基本的枠組みであり、各種犯罪構成要素を統合している。例えば、恐喝という行為は、強盗罪と異なっているし、詐欺罪とも異なった犯罪類型である。恐喝の故意と不法利得の目的が恐喝行為に際して必要である。したがって、罪体は、犯罪の類型性の作りにつき中心的役割を果たしている¹²³⁾。

③ 個別化機能

各種犯罪はいずれもその特定の罪体を有する。したがって、罪体によりこの罪とその罪との限界を区別し、罪の混同を防止することができる¹²⁴⁾。

3) 罪責の内容

罪責は犯罪成立の主観的要件であり、罪責構成要素と罪責排除要素の統一であるとされる¹²⁵⁾。

① 罪責構成要素

罪責構成要素は、罪責の積極的要件であり、論罪の過程において確認すべき主観事実要件である。罪責構成要素には次に掲げる内容が含まれている。

1. 故意又は過失：故意又は過失は、2つの基本的罪責形式である。

2. 主観的付随情況：罪責における主観付随情況とは、動機および目的等の心理事実を指す。殆どの犯罪にとっては、動機と目的は犯罪成立の必須要素ではないが、一部の犯罪では必須要件である。例えば、目的犯の場

122) 陳・前掲(注118) 115～116頁。

123) 陳・前掲(注118) 116頁。

124) 陳・前掲(注118) 116頁。

125) 陳・前掲(注118) 158頁。

合、一定の目的の有無は、犯罪成立について決定的意味を有する¹²⁶⁾。

② 罪責排除事由

罪責排除事由は、罪責の規範要素であり、罪責の阻却事由でもある。通常の場合、故意又は過失があれば、主観的な帰責可能性があると推定することができる。ただし、責任無能力、違法性の錯誤と期待不可能な場合は、主観帰責を行ってはならない。したがって、責任無能力、違法性の錯誤と期待不可能は、罪責排除事由である¹²⁷⁾。

4) 罪責の意味

① 制限機能

罪責の制限機能とは、責任主義による刑罰権の制限を意味する。責任主義は結果責任主義を克服することを目指して形成されたものであるが、それは、古典的な責任主義から現代的な責任主義への転換という過程にある。古典責任主義は、応報観点に関する責任主義であり、現代責任主義は、予防観点に関する責任主義である。このような転換の背景にあるのは、応報主義と功利主義の融合であり、よって刑罰に複合性をもたらした。それに関わらず、罪責要件の元に形成された責任主義により示された制限機能はなお存在しており、人権保障について重要な意味を持っている¹²⁸⁾。

② 統合機能

外界に表示されている一連の身体運動は、行為者の故意と過失によって初めて一定の構成要件の行為として統合され得る。例えば、銃で人を射殺する場合、客観的には装弾、拳銃、照準、射撃という一連の行動として体现されており、これらの行動は、殺人故意による統合によって初めて殺人行為を形成する。したがって、故意と過失といった心理事実、構成要件

126) 陳・前掲（注118）158～159頁。

127) 陳・前掲（注118）159頁。

128) 陳・前掲（注118）159頁。

行為の認定について、重要な役割を果たしている¹²⁹⁾。

③ 個別化機能

故意と過失は、それぞれ2つ異なる罪責形式であり、これに基づき、犯罪を故意犯と過失犯に分けることができる。例えば、外見的には同じような他人の身体に重傷をもたらした行為について、主観的な罪責形式によって、故意傷害罪と過失重傷罪に分けることができる¹³⁰⁾。

5) 罪量の内容

罪量の内容とは、罪量要素の表現形式を指す。中国刑法では、次に掲げる各種の罪量要素が定められている¹³¹⁾。

① 金 額

金額は、中国刑法に定められる最もよく見られる罪量要素である。金額が比較的大きいことを罪量要素とする場合、金額が比較的大きいという基準に達していないなら、犯罪は成立しない¹³²⁾。

② 情 状

情状も、中国刑法に定められる最もよく見られる罪量要素である。情状が重い又は情状が劣悪であることを罪量要素とする場合、かかる情状がなければ、犯罪は成立しない¹³³⁾。

(2) 『刑法学』による「三段階」移植論

1) 『刑法学』で採用されている「三段階」体系

陳の『刑法学』は、独日流の「三段階」の体系を中国に適した形で移植しようとするものである。そこでは、構成要件該当性、違法性、責任という三段階が漸進的な構造に立っており、その中で構成要件該当性は事実評

129) 陳・前掲(注118)159～160頁。

130) 陳・前掲(注118)160頁。

131) 陳・前掲(注118)192頁。

132) 陳・前掲(注118)192頁。

133) 陳・前掲(注118)192頁。

価、違法性は法的評価、責任は主観的評価であるとされる。そこにいう構成要件は犯罪類型であり、価値中立的で観念的、抽象的な存在であるとされる¹³⁴⁾。

その構成要件には、故意や不法領得の意思などの主観的要素や「不法に」ないし「猥褻な」といった規範的要素も含まれる。また、行為が構成要件に該当すれば、原則としてその違法性を推定することができる¹³⁵⁾とされる。

違法性は、行為の構成要件該当性を前提に、法的規範の全体価値観から評価、判断を行い、法律精神が容認かつ許容できる行為を排除する事由、すなわち、違法性阻却事由（正当防衛、緊急避難、職務執行、義務衝突、被害者の承諾等）が存在することにより行為の違法性を否定するものとされる。その違法性判断は「実質的」なものであるとされており、ゆえに、ここでは、法秩序の統一性が前提とされているようである。これに加えて、行為無価値論と結果無価値論の議論があるとされる¹³⁶⁾。

責任は、構成要件に該当する違法行為を実行する人に対して行った非難を意味するとされる。責任論では、主として責任能力、責任の故意と過失、期待可能性等問題が検討される。あわせて、団体責任、結果責任を否定する責任主義に言及され、これは近代個人主義、自由主義思想の産物であるとされる¹³⁷⁾。

(3) 共 犯 論

陳は、『規範刑法学』と『刑法学』においてそれぞれ違う犯罪論体系を主張していたが、共犯の問題に関してはほぼ同じ内容を書いていた。即ち、共犯について限縮的正犯概念を認めたうえで、正犯基準については、

134) 陳興良『刑法学（第2版）』（2010年）39頁。

135) 陳・前掲（注134）40～41頁。

136) 陳・前掲（注134）41頁。

137) 陳・前掲（注134）41頁。

「客観説」,「主観説」,「目的行為支配説」のいずれも否定し,正犯と共犯の区別基準は「主観と客観の統一である犯罪構成要件である」と主張する¹³⁸⁾。また,共犯の独立性説と従属性説については,実行従属性と要素従属性を区別せずに,共犯従属性説を検討する際には,4つの従属形式全部否定したうえで,共犯は独立性と従属性の統一であるという「二重性説」を主張する¹³⁹⁾。

しかし,ここでは,体系の試金石となるような① 間接正犯の成立範囲と共犯の要素従属性との関係,② 間接正犯と共犯との関係ないし両者にまたがる錯誤の処理,③ 身分犯の共犯の処理等について,彼の『規範刑法学』と『刑法学』のいずれにもあまり具体的な記述は見られない¹⁴⁰⁾。

ただ,教唆犯の故意について,教唆者は,自分の教唆行為が教唆対象者に犯罪の意図を生じさせて犯罪行為を実施させることだけではなく,教唆対象者の犯罪行為が社会に危害を及ぼす結果を発生させることも認識し,希望ないし放任しなければならないと述べられている。また,幫助の故意については,実行犯が犯罪行為をすることを認識し,希望ないし放任しなければならないと述べられている¹⁴¹⁾。

これらの要求は,正犯の故意がその構成要件要素とされていることを併せて考えれば,背後者が,共犯のつもりで関与した相手方が実は行為の際に故意を持っていなかったのに,それがあつと誤想した場合には,背後者に共犯も間接正犯も成立しないことになりそうである。しかし,陳が実際にそのような結論を採用しているかどうかは,不明である。

138) 陳・前掲(注134)181頁。

139) 陳・前掲(注118)225頁,陳・前掲(注134)183頁。

140) 陳興良の間接正犯および身分犯の共犯を検討する論文として,「間接正犯:以中国的立法与司法為視角」法制与社会發展2002年第5期3~11頁,「身分犯之共犯:以比較法為視角的考察」法律科学(西北政法大學學報)2013年第4期79~87頁などが存在しているが,これらの論文からは,彼の犯罪論体系と共犯論の関係はあまり見られないので,本稿の検討対象からは除外する。

141) 陳・前掲(注118)236~237頁,陳・前掲(注134)191~192頁。

（4）陳興良の犯罪論の評価

『規範刑法学』では、陳は「罪体構成要素」という言葉に、ベーリングの「構成要件」（Tatbestand）によく似た意味を込めているようである。なぜなら、その内容は、犯罪を構成する積極的で客観的な要素によって占められているからである。もっとも、「罪量」も、犯罪成立を画する積極的で客観的な要素であれば、ベーリングのいう「構成要件」の要素に含まれると思われる。

これに対し『刑法学』では、「構成要件」の要素に故意や特殊な主観的要素も含まれており、ヴェルツェル以降のドイツの「構成要件」ないし「行為無価値論」と言われる日本の論者の「構成要件」に類似したものになっている。しかし、体系の試金石と思われる共犯論ないし間接正犯論への言及はわずかである。

もっとも、いずれにおいても、行為者の責任能力は「主体」ではなく「罪責」ないし「責任」の段階で扱われる。それは、この体系が、ベルナーではなくリスト以降の考え方に従っていることの証である。

第四節 周光権の犯罪論（改良論）

（1）犯罪論の概要

1) 段階的理論

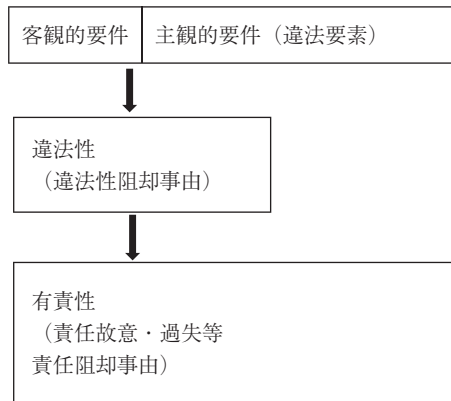
周光権は、「犯罪の客観的要件，犯罪の主観的要件，犯罪性阻却要件」という段階的体系を採用する。それは、次のような理由から、日本の三段階体系に類似している。すなわち、犯罪の成否の判断においては、必ず客観的構成要件と違法性阻却事由を先に考慮したうえ、主観的構成要件と責任阻却事由を考慮しなければならず、したがって、「犯罪の客観的要件，犯罪の主観的要件，犯罪性阻却要件」という段階的理論体系は、構成要件の該当性、違法性、責任という構造とは形式上は異なっているが、犯罪成否の判断について客観から主観へ、原則から例外へという「段階的」論理方法をなお満たしているからだとされる。加えて、それは刑事司法実務の

要求にも積極的に応じていると考えている¹⁴²⁾。

そこでは、まず客観的要素を判断し、それから主観的要素（構成要件故意）を考慮することになり、これは、現在の日本の多数が採用する構成要件該当性の判断に対応する。次いで、犯罪性阻却要件の検討において、違法性阻却事由に関する判断と責任阻却事由に関する判断が行われる¹⁴³⁾。

もっとも、周の体系では、故意・過失等の主観的要素は、同時に違法要素（構成要素）および責任要素として取り扱われる。その根拠としては、違法の本質は、法益侵害および規範違反の意思にあり、よって、故意、過失は当然に違法要素としての構成要素に該当するとする日本の行為無価値論が挙げられる。これにより、故意がなければ、違法性阻却事由を論じるまでもなく、犯罪の成立が否定される¹⁴⁴⁾。

その見解を図示すれば、以下ようになる¹⁴⁵⁾。



142) 周光権『刑法総論（第2版）』（2011年）67～68頁。

143) 周・前掲（注142）68頁。

144) 周・前掲（注142）68頁。もっとも、誤想防衛のような違法性阻却事由の誤想の事例をどのように処理するかについては、不明確である。

145) 周・前掲（注142）68頁。

2) 原則／例外思考

もっとも、犯罪の客観的要件、犯罪の主観的要件、犯罪性阻却要件という体系を前提にしても、前記の図に掲げる「三段階」判断を実際に行う必要はないという。個別的事件を処理する場合、犯罪の客観的要件、犯罪の主観的要件、犯罪性阻却要件という体系の運用は、実際には原則／例外論理方法に基づいて展開されるものだというのである¹⁴⁶⁾。

なぜなら、構成要件該当性、違法性、有責性という論理方法により構成される犯罪論体系は、刑法学を相当に精巧なものにし、「体系的論理」という要求を十分に満たすことができるが、「問題的思考」への寄与については、逆に限界があるからだという。ここでは、平野龍一が「問題的思考」の重要性を指摘したことに触れ、平野の体系は犯罪成立の一般要件、犯罪成立の阻却事由——違法性阻却事由と責任阻却事由——という二段階で構成されているとする。これは原則／例外思考を徹底したものだということである¹⁴⁷⁾。

その際、周は違法性阻却事由と責任阻却事由を「犯罪性阻却事由」と総称しているが、そのために理論上および実務上、違法性阻却事由が犯罪の主観的要件と相応し、責任阻却事由が犯罪の客観的要件と相応するという誤解は生じないという。ゆえに、犯罪論体系を犯罪の客観的要件、犯罪の主観的要件、犯罪性阻却要件という順序で構成することは、実質的には原則（構成要件）と例外（阻却事由）という「二分法」の論理を貫徹することであるとする¹⁴⁸⁾。

3) 犯罪の客観的要件の機能

周は、犯罪の客観的要件の機能として、1) 自由保障機能、2) 犯罪個別化機能、3) 違法性推定機能の3つを挙げる。しかも、犯罪個別化機能に

146) 周・前掲（注142）69頁。

147) 周・前掲（注142）69頁。

148) 周・前掲（注142）69頁。

においては、故意殺人、傷害致死、過失致死の区別も客観的構成要件の規定に基づくものだとする¹⁴⁹⁾。

(2) 共 犯 論

1) 共犯論の概要

周は、共犯論では部分的犯罪共同説を支持して福田平の『刑法総論』を引用している¹⁵⁰⁾。加えて、限縮的正犯概念¹⁵¹⁾、正犯基準についての行為支配説¹⁵²⁾、共犯の処罰根拠についての混合惹起説¹⁵³⁾、共犯従属性説¹⁵⁴⁾、制限従属形式¹⁵⁵⁾を採用する。

2) 間 接 正 犯

間接正犯においては、「故意のない者の利用」、「適法行為の利用」、「過失行為の利用」、「身分・目的なき故意ある道具の利用」、「軽い罪の故意の利用」が挙げられている。特徴的なことは、加減の関係にある営利目的猥褻物頒布罪と猥褻物頒布罪との関係において、背後者が自己の「営利目的」を直接行為者に知らせずに猥褻物伝播を教唆した場合、背後者は同罪の教唆犯であると同時に営利目的猥褻物頒布罪の間接正犯となるとされていることである。もっとも、猥褻物頒布という同質の行為を法条競合とするのか、それとも観念的競合とするのかは、不明である。また、故意はあるが身分のない者を利用した場合には、背後者には一律に間接正犯の成立が認められている¹⁵⁶⁾。

149) 周・前掲(注142)75頁。ここには、ベーリングが重視した「故意規制機能」は挙げられていない。

150) 周・前掲(注142)209頁。

151) 周・前掲(注142)210頁。

152) 周・前掲(注142)211頁。

153) 周・前掲(注142)227頁。

154) 周・前掲(注142)228頁。

155) 周・前掲(注142)229頁。

156) 周・前掲(注142)216～217頁。

3) 身分犯の共犯

身分犯の共犯においては、まず、真正身分犯では身分のない者は共同正犯にも間接正犯にもなれないとされる。それは、刑法が予め条文によって厳格に犯罪主体の範囲を限定しており、身分のある者しか直接には法益を侵害できないことを理由とする¹⁵⁷⁾。

不真正身分犯では、身分のある者と身分のない者とが共犯関係になった場合、身分のある者には特別の刑を適用し、身分のない者には通常の刑を適用することとなるとされ、これについては、あまり異論がないと評価されている¹⁵⁸⁾。その上で、共犯と身分の関係について比較的複雑な問題は、真正身分犯と共犯との関係であるとされる¹⁵⁹⁾。

そこで、非身分者が身分者の真正身分犯に関与する場合については、身分のある者の犯罪により論罪すべきであるとされる¹⁶⁰⁾。問題は、真正身分者が身分のない者を教唆して罪を犯させた場合である。ここでは、日本と異なり、真正身分犯の場合でも、非身分者が一般犯罪で処罰される余地があることを前提に¹⁶¹⁾、この余地がある場合には、教唆した身分者はま

157) 周・前掲（注142）242頁。ここにいう「直接」とは、単に身分者が介在すれば非身分者でも身分犯が実現できるという意味ではない。「職務の対価」であることを知らせずに国の職員に金銭を受け取らせても、収賄罪それ自体は成立しないので、背後者が同罪の間接正犯になることはない。非身分者が身分犯に関与したことを理由に処罰されるためには、常に、身分者による犯罪の実現が必要なのである。なお、強姦罪（ないし強制性交等罪）については、ドイツや日本では、行為主体を明文で男性に限っているわけではなかったもので、「疑似身分犯」（偽の身分犯）であるとする見解が有力であるが、周は、女性は正犯になれないとするのみである。

158) しかし、問題は、不真正身分とは何かにある。これは、裏を返せば、真正身分犯がどのように定義されるのかという問題でもある。

159) 周・前掲（注142）242～243頁。

160) その際、犯罪実現に果たした役割の大きさを重視する「主犯」基準説では、身分のない教唆者が「主犯」となる可能性があり、そうすると身分者も含めて、非身分者に成立する罪の共犯でしか処理できなくなるという不都合があるとされる。

161) この点は、中国刑法での真正身分犯の定義が、日本刑法におけるそれとは異なっていることの表れである。もっとも、日本でも、公務員たる医師に患者が公務所に提出する虚偽の診断書作成を教唆した場合に当該医師に成立する虚偽公文書作成罪（日本刑法156条）^ノ

ず非身分犯の教唆犯となり、次いで、身分犯の間接正犯にもなった上で、両者は観念的競合として処理される。同様に、非身分者は真正身分犯の共犯となると同時に一般犯罪の正犯ともなり、観念的競合で処理されることになる¹⁶²⁾。

他方、その余地がない場合には、身分者には間接正犯が成立し、非身分者にはその幫助犯が成立するとされる。例えば、国の職員甲が無職の妻乙を教唆して他人に財物を要求させた場合、刑法では乙の行為を単独で犯罪とできないため、甲は、特定身分のない者を利用して国の職員のみが構成できる犯罪を実施したものであることから、甲は、収賄罪の間接正犯を構成し、乙は、間接正犯の幫助犯を構成するとされる。この場合、「自分に賄賂をくれ」と要求したのは甲であって、乙はその伝言者にすぎないことを理由に、張明楷のように直接正犯とする余地があるにもかかわらず、そのような構成は検討されていない¹⁶³⁾。

(3) 周光権の犯罪論の評価

周の犯罪論は、犯罪の客観的要件と犯罪の主観的要件とを犯罪の構成的要素とし、犯罪性阻却要件を消極的要素とする、訴訟法的機能を重視した「二段階体系」である。その点で、先に「不法」と「責任」ないし「客観的要件」と「主観的要件」を分ける張明楷や黎宏のような「二段階説」とは、重点の置き方が異なる。

この考え方は、日本の平野龍一の「問題的思考」による「二段階体系」にヒントを得たもののようであり、実質的には、英米法の actus reus と mens rea および抗弁 (defense) から成る体系に近い。

もっとも、この体系を採る場合、問題は誤想防衛などの違法性阻却事由

ㄨについて、虚偽診断書作成罪（日本刑法160条）との関係はどうなるのかという問題はあ
る。

162) 周・前掲（注142）243頁。

163) 周・前掲（注142）243頁。

の錯誤にある。というのも、誤想防衛の場合に故意を否定しようとしても、すでに犯罪の主観的要素を先に検討してその存在を確認してしまっているの、後戻りができないという問題が生じるからである。事実、平野は教科書の中で誤想防衛を扱う位置について苦慮した様子がうかがえる。構成要件要素としての故意を否定してしまうと正当防衛などの違法性阻却事由に当たる行為はすべて、故意犯の構成要件該当性が否定される結果になるし、何より正当防衛の説明の前にこれをしなければならなくなる。他方で、「責任故意」のみが否定されるという体系は、平野自身が団藤重光に対して手厳しく批判したものである。なぜなら、その体系は、結局のところ、故意の本質を責任に置くものだからである。

平野自身は、故意をすべて責任要素とすることで、一見、この苦境を脱したかのように見えるのだが、それは、構成的要素と消極的要素とからなる「二段階体系」を自ら壊す結果にもなったのである。周の見解で誤想防衛を扱う体系的な位置が「責任要素としての故意」であるなら、同じ問題が再燃する。それは、結局のところ、実体法としての「犯罪」の体系でありながら、手続法的な「犯罪の検討順序」という機能まで背負いこんだことに由来する矛盾である。

第五節 小 括

以上、張明楷、黎宏、陳興良、周光權という、伝統的体系に挑戦する4人の代表的な論者の犯罪論ないし犯罪体系論を概観してみた。それぞれの見解を、その教科書・体系書の目次を示すことで、再度振り返ってみれば、以下のようなになる。

張明楷 『刑法学』 (第 5 版) 2016年	黎宏 『刑法学総論』 (第 2 版) 2016年	陳興良 『規範刑法学』 (第 2 版) 2008年	陳興良 『刑法学』 (第 2 版) 2010年	周光權 『刑法総論』 (第 2 版) 2011年
第四章 犯罪概説	第四章 犯罪概念 と犯罪構成	第六章 犯罪構成 Ⅰ：概説	第二章 犯罪論体系	第五章 犯罪論体系
第五章 不法			第三章 該当性	第六章 犯罪の客 観的要件
第二節 構成要件 該当性	第五章 犯罪構成 の客観的要件	第七章 犯罪構成 Ⅱ：罪体	第二節 行為理論	第二節 主体
第三節 違法阻却 事由	第二節 犯罪構成 の客観的要件の 内容	第二節 罪体の構 成要素	第三節 実行行為	第三節 実行行為
	第三節 社会的危 険性を排除する 事由	第三節 罪体排除 事由	第四節 危害結果	第四節 不作為
第六章 責任			第六節 主観的構 成要件要素	第五節 結果
第二節 積極的責任 要素(故意, 過失)	第六章 犯罪構成 の主観的要件	第八章 犯罪構成 Ⅲ：罪責	第四章 違法性	第六節 因果関係
第三節 消極的責任 要素(責任能力, 違法性認識の可 能性, 期待可能性)	第一節 責任原則	第二節 罪責の構 成要素	第二節 正当防衛	第七章 犯罪の主 観的要件
	第二節 責任能力	第三節 罪責排除 事由	第三節 緊急避難	第二節 犯罪の故意
第七章 犯罪の特 殊形態	第三節 犯罪の故意		第四節 その他の 違法性阻却事由	第三節 犯罪の過失
	第四節 犯罪の過失	第九章 犯罪構成 Ⅳ：罪量	第五章 有責性	第四節 事実の認 識錯誤
第八章 共同犯罪	第五節 認識の錯誤	第二節 数額	第二節 責任能力	第五節 犯罪の主 観的要件のその 他の問題(動機, 目的など)
	第六節 犯罪の目 的と犯罪の動機	第三節 情状	第三節 故意と過失	
第九章 罪数	第七節 期待可能性		第四節 期待可能性	第八章 犯罪性を 阻却する要件
		第十章 未完成犯罪	第六章 未完成犯罪	第二節 違法性阻 却要件(正当防 衛, 緊急避難, 被 害者の同意など)
	第七章 故意犯罪 の未完成形態	第十一章 共同犯罪	第七章 共同犯罪	第三節 責任阻却 要件(責任能力, 違法性の認識, 期 待可能性)
	第八章 共同犯罪	第十三章 競合論	第九章 罪数形態	第九章 犯罪の特 殊形態Ⅰ：未完 成形態
	第九章 罪数			第十章 犯罪の特 殊形態Ⅱ：正犯と 共犯
				第十一章 犯罪の 特殊形態Ⅲ：犯罪 の競合

張明楷の体系は、「不法」と「責任」の二段階の区別の上に、「不法」を「構成要件該当性」と「違法性阻却」に分ける三段階の体系であり、しかも、故意・過失を責任要素とするベーリングからメツガーまでの体系に近い。その主体ないし行為概念は責任能力を含まず、行為は単なる身体運動でよい。身分犯の分類において「不法」と「責任」の区別がどのような意味を持つかについては不明確なところはあるが、全体としては、四要素体系とは最も対極にある優れた体系であると思われる。問題があるとすれば、いわゆる特別な主観的要素のうち、偽証罪や不親告罪などの「表現犯」において、このような客観・主観の区別に基づく「不法」と「責任」の区別が徹底できるか否かにある。

黎宏の体系は、実際には日本の三段階体系に極めて近い。例えば責任能力は、構成要件要素である「主体」には含まれず、犯罪成立の主観的要件のところで扱われる。しかし、体系論の試金石である共犯論と間接正犯論ないし両者にまたがる錯誤、さらに身分犯の共犯では、この見解は矛盾を露呈する。

陳興良の体系は、「罪体－罪責－罪量」から成るものと「構成要件該当性－違法性－有責性」から成るものと二種類が認められる。いずれも、責任能力を「罪体」ないし「構成要件該当性」における「主体」のところで扱わない点で、伝統的四要件体系とは異なる。もっとも、体系論の試金石となる共犯論と間接正犯論ないし両者にまたがる錯誤、さらに身分犯の共犯では、詳しい叙述が見られない。

周光権の体系は、日本の平野龍一の「二段階体系」に触発された、犯罪の構成的要素と消極的要素とから成る「二段階体系」を基礎にしたものである。これもまた、責任能力を構成的要素のところで扱わず阻却事由とする点で、伝統的四要件体系とは異なる。もっとも、このタイプの「二段階体系」に特有の、誤想防衛などの違法性阻却事由を誤想した者の処理については困難を抱えるものでもある。その困難は、実体法としての「犯罪」の体系でありながら、手続法的な「犯罪の検討順序」という機能まで背負

いこんだことに由来する。

第三章 結 論

(1) 刑法学において体系的な犯罪論が何のためにあるのかを明らかにすること

我々は、ここまで、四要素体系の一つの結実ともいえる1997年刑法典の成立経緯およびその際の中心的な論争点を明らかにし、さらに、伝統的体系に挑戦する三段階体系ないしこれに類似した体系の支持者の見解を検討してきた。

また、筆者は、本稿に先立ち、「中華民国時代の犯罪体系」において、中華民国時代にはドイツおよび日本から継受した三段階の犯罪論体系が存在していたことを明らかにし、これに続く「中華人民共和国の犯罪体系の起源」においては、四要件の犯罪体系論の起源が、最終的にはドイツのベルナーの犯罪論に辿り着くことを明らかにした。そして、そこでは、ドイツにおける「要素の体系」から「段階の体系」への進化の要因を明らかにすることが、中国における「伝統的」体系と独日派の体系との争いに決着をつけるひとつの方法となり得ることも明らかにした。

この点に関しては、この「段階の体系」が、ドイツではリストらによって刑法を社会問題解決の道具として捉える立場から推進されたことを思い起こさなければならない。それは、刑罰の本質を「応報」に見るのではなく、現に増加しつつあった犯罪の「予防」の手段として見る立場であった。そこから、以下のような見方が、一つの仮説として浮上する。

すなわち、一方において「犯罪」の本質を捉えようとする立場からは、「犯罪」は当然、刑罰を受けることのできる「責任能力者」を「主体」とするものであり、その意味での「自由な主体」を基礎とした体系論が構築されることになる。つまり、ベルナーらのように、「責任能力」を備えた「主体」から始まる体系論である。

これに対して、人間の行動による害悪を除去する道具として刑罰を用いようとする立場からは、「犯罪」は人間の行動に由来する「悪しき結果」を基礎とするものになる。また、その過程で、刑法は、責任能力のない者の問題行動にも対応することが要請される。これは、改善・保安処分などの処分をも、警察法分野の法ではなく刑法に取り込む傾向に対応した体系論である。つまり、「責任なき違法」にも法効果を認める刑法である。

この点では、1997年刑法典が「必要のある場合には、政府が医療を強制することができる」という規定を持ち、そのための鑑定手続が整備されたこと、および法人・団体の刑事責任が認められたことは重要である。ここには、責任能力を含む「主体」を前提とする伝統的な体系に不利な状況が生まれている。共犯における制限従属形式が一般化すれば、これもまた、伝統的な体系に不利な状況となる。

他方、訴訟手続を意識した犯罪の構成的要素とその消極的要素という「二段階体系」は、違法性阻却事由の誤想と故意との関係で困難に陥る。手続的な機能を重視する体系論は、それはそれで矛盾を抱えるのである。

したがって、体系論における論争を行うためには、まず、体系論が何のためにあるのかを明らかにする必要があるということが出来る。つまり、それは純粹に刑罰の対象となる「犯罪」の本質を明らかにするためなのか、それとも、刑法を社会問題解決の道具として活性化するためなのか、はたまた訴訟追行に役立つ機能を重視するのかということである。

(2) 四要件と三段階の会話の可能性を確保すること

中国では、四要件体系と三段階体系は次元を異にする体系なので、両者は会話したくても、お互いの言葉は外国語のようなものなので会話できないという見解がある。それもまた、犯罪体系を論じる目的が共有されていなかったことに起因するもののように思われる。

筆者は、四要件の犯罪構成理論はドイツのベルナーの理論から、いくつかの変遷を経つつ、ロシア帝政末期の犯罪論、さらにはソビエト時代の犯

罪論を経て中国に辿り着いたことを明らかにした。そこで、可能であれば今後更に、ドイツにおけるベルナー体系からリスト体系への変遷の理由を明らかにしたい。

おそらく、それは、先に述べたように、両者の体系論の目的が異なっていたことにあるのだと思われる。しかし、これについては、拙速に結論を出すのではなく、更に研究を深めたいと思う。それが次第に明らかになることによって、二つの犯罪体系の間での会話の可能性が開かれてくるであろう。

(3) 「問題的思考」と「体系的思考」の有機的結合

ところで、その際には、抽象的な体系構造だけを議論するのではなく、共犯論などの具体的な解釈問題における論理的な結論の比較によって検証すべきことにも、注意が必要である。ドイツでは、バーリングの構成要件論、M・E マイヤーの制限従属形式、エバハルト・シュミットの拡張的正犯概念、ヴェルツェルの目的的行為論、ロクシンの客観的帰属論も、その結論の当否は別にして、いずれも具体的な解釈問題を説得的に解決するために提案されたものであった¹⁶⁴⁾。

しかし、これらの理論がその母国から他国に輸入される場合には、中国のような輸入国では国情も時代も法典の内容も異なるので、理論の母国のような問題が存在しないまたは全く別の問題が存在する可能性が高い。ゆえに、これらの理論に関して「体系的思考」と「問題的思考」が分離しないように注意することが必要である。例えば、本稿の第二章で検討した各学説では、共犯に関して、「正犯、幫助、教唆」の概念を用いて、彼らなりに体系的に矛盾がないと思われる犯罪論を構築していた。しかしながら、中国の法典では「正犯」という概念はない。そして、これらの学説のいずれも、法典にある「主犯、幫助、被脅迫犯、教唆犯」に応じた共犯論

164) 松宮・前掲(注51)『刑法総論講義〔第5版〕〕369頁以下参照。

を展開することができなかった。

立法論としてはともかく、教科書の刑法講義学あるいは解釈論の立場から考えれば、これは実務と乖離した解釈としか言いようがない。したがって、いかなる方法で「体系的思考」と「問題的思考」を結び付けて、中国の実情および実務にふさわしい犯罪論を提案すべきかが、これからの課題の1つだと考えられる。もっとも、それは別稿に譲るしかない。ここで、再度、現在の中国の各体系論の共犯論などにおける問題点を指摘することにより、中国の国情¹⁶⁵⁾に適した犯罪論体系の試案を提案できれば、これに勝る喜びはない。それが筆者に課せられた今後の課題である。

165) この点について一つ忘れてならないことは、これまでの中国において、広大な国土と多様な住民の中で発生する事件につき、その需要に応じるだけの「解釈」の技術に長けた専門家が、各地の裁判官として、十分な数だけ存在したかどうかという点である。ソビエト刑法において「厳格な構成要件」に基づく四要素体系が推奨された背景には、「人民裁判所」における裁判の——単に政治的な理由だけにはとどまらない——ばらつきと不安定があったように思われるからである。この点では、専門家の養成が進みつつある現在、中国では、状況の変化の可能性が見込まれる。