

# 中国刑法における犯罪関与体系の性質 —統一的正犯理論に基づいて— (2・完)

陳 潤言・吉中 信人

## 目次

- 一、はじめに
- 二、古代からの中国犯罪関与体系の伝統と旧ソ連の影響
  - 1、古代からの中国犯罪関与体系の伝統
  - 2、現行中国刑法における犯罪関与体系と旧ソ連刑法
  - 3、小括
- 三、現行中国刑法における犯罪関与体系
  - 1、第 25 条についての解釈論
  - 2、第 26、27、28 条の解釈
  - 3、教唆犯の二重性
  - 4、小括 (以上 47 卷 2 号)
- 四、条文と刑法ドグマティークの関係
  - 1、日独刑法理論と中国刑法
  - 2、中国刑法における犯罪構成体系と犯罪関与体系
  - 3、主犯と正犯
  - 4、中国刑法における間接正犯の地位と脅迫犯
  - 5、小括
- 五、中国犯罪関与体系の未来と展望
  - 1、共犯行為の正犯化: インターネット犯罪幫助罪の設立
  - 2、犯罪関与体系の展望
- 六、おわりに (以上本号)

(承前)

## 四、条文と刑法ドグマティークの関係

### 1、日独刑法理論と中国刑法

1990 年代、日本とドイツの刑法思想の導入は、中国の刑法学に重大な影響を与えた。最も重要な導入は、日独刑法の階層式 (不法一責任) の犯罪構成

体系であった。そして、日独刑法の犯罪構成体系は中国刑法の犯罪関与体系にも影響を与えた。犯罪関与体系についての領域では、正犯と狭義の共犯概念も導入され、中国刑法学に多くの新しい課題をもたらした。

日独刑法思想が中国刑法学に導入される以前、伝統的な共同犯罪概念には、故意の要素が強調されていた。中国の刑事実務家は、過失で共同して犯罪を犯した場合、共同犯罪は成立しないと考えている。従って、過失共同正犯に対する処罰は通常は直視されていない状況である。しかも、正犯・共犯体系の方法論が存在しなかったため、「共同正犯」、「間接正犯」などの概念が使われる場合はほとんどなかった。

しかし近年、中国の刑法学者たちは、伝統的な共同犯罪概念に基づくと、さまざまな論理的欠陥が生じると主張している。中国刑法において、犯罪構成体系には、該当性—違法性—有責性といった仕組みがない。高銘暄氏の見解によれば、犯罪の主体（年齢、身分、精神状態など）+犯罪の客体（侵害された対象）+犯罪の客観的要素（行為、因果関係など）+犯罪の主観的要素（故意または過失など）という四つの要素が同時に満足すれば、犯罪は成立する<sup>(29)</sup>。この「四要件」と呼ばれる体系は共犯体系にも妥当する。陳興良氏や張明楷氏など多くの中国刑法学者が四要件体系に反対しているため、中国の司法試験においては、階層式犯罪構成体系が主流となっている。その結果、統一的正犯体系は無視され、正犯・共犯体系が主流的な考え方になっていった。この点に関し、中国伝統の刑法学説への反対として、以下の事例がよく言及される<sup>(30)</sup>。例えば、13歳のAは侵入窃盗するつもりで、21歳のBに「見張ってほしい」と頼んだところ、Bはこれを承諾し、Aの要請に従い、被害者の部屋の脇から見張りを行い、結局Aの犯行は完了した。

四要件犯罪構成体系によれば、実行犯Aは完全刑事責任能力年齢（中国の

---

(29) 高銘暄・馬克昌『刑法学（第十版）』45頁（北京大学出版社、2022）

(30) 張・前掲注（20）419頁

場合も 14 歳) に達していないため、犯罪に該当しない。元来、共犯従属性説によれば、幫助犯は独立して存在しえないから、B も犯罪に該当しえないことになる<sup>(31)</sup>。しかし、この判断に対しては、法律家も一般市民も必ずしも納得することができない。この問題は、日本やドイツの刑法の考え方が中国の刑法に影響を与えるかなり以前から存在していた。

この事例が問題となる原因は二つあると考える。まず、現行の犯罪構成要件体系は、不法と責任が混在している。高銘暄氏が述べた共同犯罪の年齢成立要件に加え、日独刑法における極端従属性説を適用した場合のような結果が生まれやすい。しかし、極端従属性説は、日独においてもすでに周辺化した学説になっており、中国独自の問題を解決できず、それでは各国の刑法学に繋げることも難しい。もう一つの原因は、用語の混乱である。上述の事例では、幫助犯が独立に存在できないと窺える。しかし、中国犯罪関与体系は正犯・共犯体系を採用していないため、狭義の共犯の従属性は刑法典で形式上認められていない。すなわち、この事例は単に共同犯罪の年齢要件（責任範疇）と極端従属性説に調和しない一方で、伝統的な通説とされる高銘暄氏の見解と日独刑法の方法論が矛盾する状態で併用され得る現状を示しているのである。

四要件犯罪構成体系に従えば、犯罪関与体系は正犯・共犯体系と調和しない。なぜなら、正犯概念は正犯・共犯体系の中心点を占めているからである。そして、伝統的な正犯についての通説によれば、正犯の定義は実行行為に基づいて定められなければならない<sup>(32)</sup>。しかし一方、中国刑法における犯罪構成体系はそもそも実行行為概念に基づいて構築されたものではない。実行行為概念の欠落のため、犯罪関与体系における厳密な方法論は存在していない。従って、日独刑法の概念を直接導入しようとする場合には、体系上用語の混

---

(31) 周知のように、この不都合を解消するために要素従属性の論点が展開していくことになる。

(32) 大塚仁『刑法概説（総論・第4版）』281頁（有斐閣、2008年）

乱が生じやすいのである。

他方、日独刑法においては、犯罪構成体系でも犯罪関与体系でも、階層式のものである。日独刑法で主流的な犯罪構成体系は主にベーリング体系から出発した体系である。すなわち、構成要件該当性、違法性、有責性との三つの概念が日独犯罪構成体系を支えている。犯罪関与体系は、犯罪構成体系から派生した拡張的処罰事由（主に未完成犯罪形態と犯罪関与体系）とみなされる。

現行ドイツ刑法第 25 条によれば、正犯とは複数人犯罪における中心的な人物（Zentralfigur）である。日独刑法における正犯についての最も基礎的な説によれば、正犯は行為を実行して、構成要件に該当する者である<sup>(33)</sup>。正犯から派生して、従犯と教唆犯の概念が生まれてきた。

なお、日独刑法の犯罪関与は、通説的な視点によれば、不法要素にとどまる。すなわち、正犯でも共犯でも、責任要件にもかかわらず、不法要素が互いに関与することで、ドイツ刑法第 25 条、日本刑法第 60 条が適用される。責任要件については、少なくとも年齢、精神状態等の各要素によって定められる（制限従属性説）。

上述の事例を解決するために、中国の刑法学者たちは日独刑法の理論を中国に導入しようと試みてきた。しかし、中国と日独刑法の法意識が異なり、犯罪構成体系および犯罪関与体系も違い、日独刑法の理論がどのように中国で適用できるかという問題が生じた。

中国刑法条文と日独刑法を貼り合わせるために、「刑法解釈学」「刑法教義学」という方法論が注目されるようになった。実際、張明楷氏の見解によ

---

(33) ドイツ刑法における共犯論を紹介する文献として、さしあたり、C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat* Beck C. H. (2003) S9. 日本刑法における共犯論の伝統的な説を紹介する文献として、例えば、団藤重光：『刑法綱要総論（第 3 版）』368 頁（創文社、1990）、平野龍一『刑法総論Ⅱ』340 頁（有斐閣、1975）等参照。

れば、この二つの概念は対立する概念ではなく、いずれも刑法解釈の範疇に属する概念である<sup>(34)</sup>。「教義学」の原意は「Dogmatik」であり、聖書と神学を解釈する学科であった。現在、中国刑法学界の通説によれば、「刑法教義学」とは、あらゆる刑法典と刑法学もが従うべき汎用的体系についての科学である<sup>(35)</sup>。

汎用的体系と呼ばれるにもかかわらず、ほとんどの中国刑法学者は日独刑法の体系を用いる傾向が強いようである。すなわち、中国刑法学界にとって、正犯・共犯体系はドグマティックの典型的体系とみされている。

## 2、中国刑法における犯罪構成体系と犯罪関与体系

従来、中国刑法における犯罪構成体系は四要件であると学界では一般的に受け止められてきた。しかしながら、刑法条文から見れば、主観的側面（故意と過失）しか規定していない。要するに、条文から犯罪構成体系を演繹すれば、四要件体系は唯一の結果ではないかもしれない。条文には、犯罪主体資格（年齢と精神状態）、法益、行為などの要件が規定されている。しかし、実際には、三階層理論の方が中国犯罪構成要件をスムーズに解釈することができるのではないと思われる。中国刑法には厳密な体系がないため、ほかの理論を円滑に利用しやすいことも、日独刑法理論が中国刑法で利用されている理由の一つであると思われる。また、四要件説では、制限従属性及びベアリング体系に従わないため、上述の13歳少年侵入窃盗事件は難題とされている。日独刑法における制限従属性説によれば、両者とも構成要件該当性と違法性を同時に充足し、共働関係として、これは十分な条件となる。日独刑法における共犯論を導入すれば、中国の共同犯罪の難題を解決できるのである。従って、中国学界は「共同正犯」をはじめ、様々な日独刑法における用語を導入している。

(34) 張明楷「也論刑法教義学的立場」中外法学雑誌 359 頁 (2014)

(35) 陳興良「走向共犯的教義学：一個學術史的考察」刑事法評論 467 頁 (2009)

しかし、犯罪構成体系と違い、中国の犯罪関与体系に対する解釈論の展開は条文に制限されていると言える。犯罪関与を規定する第25条から第29条までの条文には、故意の犯罪への関与形態しか規定されておらず、且つ、正犯や実行行為などの概念が存在しないため、正犯・共犯体系のような解釈論を直接に導入するのは困難である。すなわち、中国刑法の条文にとって、正犯・共犯体系における概念はあくまで異次元の内容である。日独刑法の犯罪関与体系は正犯と共犯の等級差別に基づいて構築されたものであるのに対し、中国刑法の犯罪関与体系にはこのような特徴がないことが、両者の最も顕著な区別である。この区別がある限り、日独刑法の正犯・共犯理論を用い、あるいはシフトするのは、犯罪構成体系の場合より、難しいものがある。もちろん、両方の概念の内包の類似性は必ずしも明らかではないかもしれないが、日独刑法の概念を参照することは中国刑法にとって重要な意味を持っている。

元来、中国刑法における犯罪構成体系と犯罪関与体系は並列的な二つの体系である。要するに、一人犯罪と複数人犯罪という二つの犯罪形態がそれぞれ互いに独立して存在している。しかしながら、日独刑法において、犯罪関与体系は拡張的処罰事由として、一人犯罪論から派生した体系である。このように、犯罪構成要件と関与体系の相互関係についての異なる分析方法が生じる。すなわち、両方は派生的な関係になるべきか、並立的な関係になるべきか、という問題である。

現在、伝統的な刑法学派の学説が依然として存在し、日独刑法理論を支持する学説が学術論文と司法試験教科書では主流的な地位を占めている。例えば、中国刑法において、そもそも「共同正犯」(Mittäterschaft) という用語はないが、「共同犯罪」の意味と類似するため、「共同犯罪」に代わって、学術上で重要な表現形式になっている。そこで目下、「共同正犯」と「共同犯罪」とは混用される場合が多い。中国刑法第25条などの共同犯罪についての条文に関する特別な中国の犯罪関与体系解釈論はまだ登場していない。条文本体

は統一的正犯体系を採用しているのに、解釈論においては正犯・共犯体系を用いていることが中国刑法学界の顕著な特徴の一つである。

### 3、主犯と正犯

中国刑法の第 26 条第 1 款によれば、「主犯」概念には二つの種類がある。すなわち犯罪組織の組織者もしくは主導者、または他の共同犯罪における主導者である<sup>(36)</sup>。主犯の概念は、正犯の概念と比べると、刑事政策的な視点から考える傾向が強く、犯罪構成要件から隔離された概念である。日本刑法第 60 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」と規定している。ドイツ刑法第 25 条は「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を行なった者は、正犯として罰せられる」と規定している。日独刑法における正犯概念は、ともに「犯罪を実行する」の意味が含まれている。すなわち、正犯概念は、犯罪概念（少なくとも不法要素の概念）に依拠するものである。

しかしながら、主犯概念には正犯概念のような特徴は存在しない。主犯に関する規定によれば、主犯を定義する要素は犯罪概念ではなく、犯罪組織における役割分担の重要性である。主犯の性質を分析する際には、中国刑法 26 条第 3 款と第 4 款の規定を考えなければならない。「犯罪集団を組織し又は指導する首要分子は、その犯罪集団が犯した犯行の全部について処罰する」、「第三項に規定する以外の主犯は、その参与、組織又は指揮をした犯行の全部について処罰されなければならない」との二つの規定を見ると、主犯の特殊な機能は明らかである。

この特殊な機能は、犯罪組織また犯罪関与者を代表する包括性であると思われる。主犯は従犯、教唆犯と比べると、理論的地位の違いがないが、より高度な責任を負っていると言える。本来、共犯従属性説を前提とすると、正犯・共犯体系においては、正犯がなければ、教唆犯と幫助犯は独立して存在することができない<sup>(37)</sup>。正犯と主犯の比較において、主犯は同様の性質を持って

---

(36) 張・前傾注 (20) 450 頁

いるのか否かを確認すべきである。

中華人民共和国刑法第 27 条は「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」と規定している。複数人で犯罪を行う場合副次的または補助的な役割を果たす者だけが存在することはできず、必ず主犯が存在する。正犯・共犯体系のように、中国の共同犯罪体系も同様であり、全員が主犯になることは可能だが、全員が従犯になることは不可能である。これは主犯と正犯の最も類似した点であると思われる。

上述のように、確かに主犯を正犯として解釈することはある程度合理的であるが、両者は同じ概念ではない。正犯概念の基盤は一人犯罪である。一人犯罪の場合は正犯と呼ばれ、複数人犯罪の場合は共同正犯と呼ばれる<sup>(38)</sup>。要するに、「正犯」という概念は、一人犯罪の場合でも複数人犯罪の場合でも用いられ、刑法総論と各論を貫徹するものである。一方、「主犯」という概念が、一人犯罪の場合に用いられることは意味がない。理論上、主犯は共同犯罪の範疇にしか用いられない。すなわち、主犯概念の基盤は組織的犯罪と複数人犯罪であり、犯行と有責性上の包括的な概念である<sup>(39)</sup>。

#### 4、中国刑法における間接正犯の地位と脅迫犯

ドイツ刑法第 25 条は「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を行った者は、正犯として罰せられる」と規定している。この規定は「間接正犯」の概念を導出する。実は、間接正犯という概念については、日本刑法典にも中国刑法典にも明記されていない。すなわち、日中刑法にとって、間接正犯概念は刑法解釈論における正犯の派生概念である。以前は、日独刑法の犯罪関与体系において、極端従属性説が盛んであった。しかも、当時に、正犯というものは、

---

(37) もっとも、周知のように、純粹惹起説を採れば、「正犯なき共犯」を認めることに支障はない。さしあたり、松宮・前掲注(4) 210-211 頁参照。

(38) 一人犯罪をコア概念として共犯が派生し、複数人犯罪で共同正犯とならない場合は同時犯の問題となる。

(39) 劉明祥『犯罪参与論』230 頁（中国人民大学出版社、2023）

犯行を実行する者と学界で認識されていたため、責任がない者を道具として利用する背後者を処罰することには困難が生じた。この間隙を埋めるために、間接正犯が登場した<sup>(40)</sup>。ドイツ刑法において間接正犯が明記された後、日本刑法の理論と実務においても間接正犯概念が用いられ始めた。そして、中国刑法もその影響を受けることとなった。

間接正犯は犯罪関与の範疇でよく議論されるが、本質的にいえば、それは単独正犯の一種（直接正犯と間接正犯）である。なぜなら、間接正犯は他人を道具として、合法行為、過失、故意ある道具など、他人の無意識的要素を利用する者であるが、この場合、被利用者との犯罪関与関係は成立しないからである。すなわち、間接正犯と被利用者の間には単なる外部的関与関係（利用と被利用の関係）は存在するが、被利用者の無意識等のため、刑法上の共働関係が存在しないからである。

現在の中国刑法において、間接正犯概念は理論上も実務上も一般に用いられている。しかし、中国刑法においては、間接正犯と類似の「脅迫犯」概念も存在することに注意しなければならない。第 28 条は「脅迫されて犯罪に加わった者は、それが犯した犯罪の情状に従って、その刑を減輕され、又は免除されなければならない」と規定している。日独刑法においては、人が脅迫されて（特に生命的脅迫）、犯行を行う場合、条文の要件を満たせば、緊急避難が検討されよう。現在の中国における通説的な見解によれば、完全な身体的強迫を受け、完全に意思を失った状態で犯行を行う場合は、緊急避難に該当することになる<sup>(41)</sup>。一方、たとえ脅迫されても、身体と意思の自由が僅かに残される状況で犯行を行い、且つ、犯行において副次的作用をもたらすものであれば、刑事責任を負うべき脅迫犯に認定されることとなる<sup>(42)</sup>。

(40) 高橋則夫『刑法総論（第四版）』435 頁（成文堂、2018）

(41) 中国刑法第 21 条：現に生じている危険から国家、公共の利益、本人又は他人の人身、財産又はその他の権利を守るため、やむをえずにした緊急避難の行為が損害を与えた場合は、刑事責任を負わない。この和訳は、野村・張・前頃注（15）209 頁によった。

間接正犯の誕生、またその概念の拡大と解釈は、すべて日独刑法の不法・責任犯罪構成体系と正犯・共犯体系に基づいて構築されたものである。従って、現在、拡張的正犯体系あるいは条文上の統一的正犯体系を採用している中国刑法理論に間接正犯概念が出現することは、微妙な違和感が存在する。

実際、中国だけでなく、日本でも間接正犯概念を不要とする見解が存在している<sup>(43)</sup>。劉明祥氏の見解によれば、統一的正犯体系には、間接正犯を利用する背景と土壌がないため、教唆犯としての利用者また背後者を処罰すれば十分であるとされる<sup>(44)</sup>。

しかしながら、現実的には、現在の中国の裁判実務において、間接正犯に関する運用は着実に進行している。これは無視し得ない状況であるだろう。従って、中国刑法における間接正犯の位置づけから見れば、中国の犯罪関与体系は単純な統一的正犯体系ではなく、正犯・共犯体系における概念を併用した混合的な体系であるといつてよい。

中国刑法において、脅迫犯の刑量は最も軽いが、脅迫犯を脅迫する者には必ず間接正犯が成立するわけではない。間接正犯は条文上に明示されていないが、支配者や利用者を処罰するために、正犯・共犯体系でも統一的正犯体系でも国民・市民の法意識上では認められるべきであると思われる。

## 5、共同犯罪と身分

「身分犯」という概念は中国刑法総論には表れていないが、各論の記述において頻繁に登場する。各論において、犯罪主体を制限する身分犯罪は、男性しか行えない強姦罪以外、ほとんどが公務権力に関する職務犯罪である。例

---

(42) 陳忠槐「略論脅迫犯」(1986)『中国共犯理論の研究進展』錢葉六編集 108 頁（社会科学文献出版社、2019）

(43) 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』71 頁（成文堂、1988）また、イタリアについて、吉中信心「イタリア刑法における共同正犯（2）」広島法学第 38 巻第 4 号（2015）65-66 頁参照。

(44) 劉明祥「間接正犯概念之否定—單一正犯体系的視角」法学研究雜誌第 6 期 18 頁（2015）

えば、第 395 条の汚職罪には、公務員しか行えないなどの条件を規定している。しかし、総論に身分犯の問題が言及されていないため、身分犯の共犯の取り扱い方法は問題になる。

正犯・共犯体系を用いる日本刑法とドイツ刑法には、それぞれに第 65 条、第 28 条で身分犯に関して規定されている。機能的統一的正犯体系を用いるオーストリア刑法も第 14 条で身分犯に該当する者が一人でもいれば、全員が正犯に該当すると規定している<sup>(45)</sup>。すなわち、関与体系に関係なく、各国に相応しい身分犯に対する取り扱い方法があるように思われる。しかしながら、こうした規定を欠く中国刑法典を読むだけでは、身分犯の共犯をどのように処罰するのかという問題が生じる。すなわち、真正身分犯の場合、該当身分のない者をいかにして取り扱うのかを考える必要がある。

張銘楷氏の見解によれば、総論と各論の規定を総合的に考えると、身分と共犯に関しては間接的に規定されている<sup>(46)</sup>。中国の公的文書(最高裁・最高検・公安部より)「关于当前辦理强奸案件中具体应用法律的若干問題的解答」<sup>(47)</sup>には、以下のように記述されている。女性が男性に強姦罪の実行に教唆また幫助する場合、その女性は共同犯罪であり、その寄与の程度に応じて教唆犯または従犯にと解すべきである。この方法は今日まで中国の刑事実務領域で通用し、身分犯と共犯問題の取り扱い方法になっている<sup>(48)</sup>。この解釈は、日独

(45) オーストリア刑法第 14 条第 1 項は次のように規定している。「法規が、可罰性または刑の量を所為の不法に関係する行為者の一身的資格または関係に依存させているとき、この資格または関係が関与者のうちの一人に存在する場合には、この法規を全関与者に適用する。但し、所為の不法が特別の一身的資格または関係を有する者の直接的実行またはその他一定の態様における加功に依存するときは、この条件が満たされることを要する。」(この和訳は、佐川友佳子・金子博：「犯罪体系と共犯体系」立命館法学 1 号 420 頁 (2011) によった。)

(46) 張・前傾注 (20) 440 頁

(47) <http://www.lscps.gov.cn/html/20067> (最新閲覧日：2023 年 6 月 23 日)

(48) 馬克昌「共同犯罪与身分」法学研究雜誌 (1986)『中国共犯理論的研究進展』錢業六編集 149 頁 (社会科学文献出版社、2019)

刑法における通説と比べて大差がないと思われる。

松宮孝明氏の見解によれば、身分犯の共犯を処罰する場合、非身分犯の性質を確定するために、「正犯」の概念が必ず必要であるという<sup>(49)</sup>。中国刑法典には正犯がないが、真正身分犯を認定する方法は正犯と類似している。正犯・共犯体系において、一般的なプロセスは、まず正犯を確定し、そして正犯と関連する教唆犯と幫助犯を確定するということである。中国の判例によれば、身分犯と共犯の取り扱い方法は、まず身分に該当する者を主犯とし、しない者を教唆犯と従犯とするということである。この状況から見ると、中国司法機関が無意識に正犯・共犯体系のように、主犯また真正の身分犯と狭義の共犯を区別していることが明らかである。

## 6、小括

「一部実行全部責任」理念、行為共同説、身分犯および間接正犯など、正犯・共犯体系から派生した概念が中国で普遍的に採用されているため、多くの学者は直ちに中国関与体系が正犯・共犯体系に属すると考えている<sup>(50)</sup>。以上の概念と比べ、条文中で規定されている主犯、従犯、教唆犯および脅迫犯の分類は主に量刑のためと考えられる。すなわち、刑法典を作成する時に、各分業者の論理的な関係より、処罰の程度の方が重視されていた。他方、正犯の概念を規定しないと、確かに身分犯、間接正犯などの問題を取り扱うことはかなり難しく、加えて罪刑法定主義に違反する恐れも存在する。この問題を解決するために、正犯・共犯体系と関係する概念が、中国裁判実務のニーズもあり、自然に学者たちに受け入れられたものと思われる。これについては、中国刑法典自体に欠如するところが多いため、骨組みがソ連式であっても、日独刑法の概念と考え方を、かえって受け入れやすいという事情もあろう。日独刑法は元来補足的な要素であったが、次第に中国刑法における主要内容

---

(49) 松宮孝明「犯罪体系を論じる意味」立命館法学雑誌 355 号 380 頁（2011）

(50) 何庆仁「归责视野下共同犯罪的区分制与单一制」法学研究雑誌第 3 期 140 頁（2016）

になっているとあってよい。

この状況が形成された後、日独刑法を参考とする概念は犯罪者の罪名を確定する段階で使われ、実行犯（ある意味の正犯）、教唆犯および幫助犯を区別する。量刑を検討する段階で、条文によって、その社会危害性と犯罪に対する役割に応じ、それぞれの量刑を定める<sup>(51)</sup>。銭葉六氏の見解によれば、中国犯罪関与体系は二つの関与体系の混合した体系であり、「二重的な体系」と呼ばれるべきである<sup>(52)</sup>。それでも、結局のところ各犯罪者の量刑は、実行犯の刑を基準として定められるわけではなく、独立して判断される。この点から見れば、中国犯罪関与体系の教唆犯および幫助犯（従犯）は実行犯に対して独立した共犯に属することとなる。すなわち、量刑の範疇だけ見れば、中国犯罪関与体系は統一的正犯体系に属するものと評価可能なのである。

## 五、中国犯罪関与体系の未来と展望

### 1、共犯行為の正犯化：インターネット犯罪幫助罪の設立

中国犯罪関与体系の未来を考える前に、刑法改正案を分析しながら現状を説明しよう。現状を明らかにすることで、未来の行き先を探することができるからである。新世紀に入ってから、日本およびドイツと比べて、中国刑法の改正はより頻繁であるといつてよい。関与体系についての条文は変わっていないが、他領域の条文の変更に伴い、関与体系の内包と実務での取り扱い方法は変わっていくであろうと思われる。

本章では、2015 年に実施された『中国刑法改正案（九）』におけるインターネット犯罪幫助罪の新設に基づいて関与体系の現状を紹介する。『改正案（九）』第 29 条は、刑法典第 287 条の 2 に対して、「他人のインターネットを利用した犯罪を確定的に認識しながら、その犯罪行為にインターネット接続、

---

(51) 銭葉六「双層区分制下正犯与共犯的区分」法学研究雑誌第 1 期（2012）『中国共犯理論的研究進展』銭葉六編集 239 頁（社会科学文献出版社、2019）

(52) 銭・前掲注（51）243 頁

サーバーホスティング、ネットワークストレージ、通信伝送などの技術を提供し又は広告宣伝、支払決済行為などを幫助し、その情状が重いときは、3年以下の有期懲役又は拘役を処し、罰金を併科し又は単科する。」<sup>(53)</sup> という改正を追加した。この改正は「インターネット犯罪幫助罪」と呼ばれる。

幫助行為が各論における独立の罪名になるのは共犯（狭義）行為の正犯化であり、中国語で「擬制的正犯」（幫助また教唆行為が人為・法的に正犯として扱われる）と呼ばれる。インターネット領域だけではなく、国家安全、反テロなど公共安全領域の領域で、共犯行為の正犯化がよく見られる。

インターネット犯罪幫助罪に対して、共犯行為の正犯化（インターネット犯罪に対する幫助・従犯的行為は独立の正犯行為になる）、およびインターネット犯罪に対する幫助犯の量刑規則などに関する見解が存在する。現在主流の見解は前者（共犯行為の正犯化）である<sup>(54)</sup>。加えて、実務的に見れば、インターネット犯罪者とその幫助者の間の意思連絡はほとんど存在しないにもかかわらず、詐欺ウェブサイトの作成、支払決済の提供などの行為は、通常はインターネットと関連するため、近年、該当罪名の嫌疑で身柄拘束、裁判される事案の数は大幅に増えている。従って、この罪名は「万能罪名」とも呼ばれている<sup>(55)</sup>。

中国刑法においては、正犯および共同正犯概念がないが、「正犯化」という呼び方は学界では普通に使用されている。すなわち、現在の中国学界は現行法上の統一的正犯体系を排し、正犯と狭義の共犯についての考え方をを用いている。インターネット犯罪幫助はインターネットに対する幫助行為であるが、正犯化された後は、幫助行為に対する幫助行為・教唆行為も従犯・教唆犯として処罰されることができる。従って、処罰範囲が広がり、実行行為と正犯

---

(53) この訳文は、北川佳世子・周舟「中華人民共和国刑法改正法九について」早稲田大学比較法学 49 卷 3 号 125 頁（2016）によった。

(54) 錢葉六「幫助信息网络犯罪活動罪的教義学分析」中外法学雑誌 1 卷 79 頁（2023）

(55) 張偉「幫助信息网络犯罪活動罪的教義学展開」比較法研究雑誌第 1 期 98 頁（2023）

の形が徐々に変化していく。

日本では、共謀共同正犯概念が通常化している。それに伴って、従犯および教唆犯としての処罰が次第に減少している<sup>(56)</sup>。この点に関しては、日中両国において似たような状況が看取される。現代社会の構造は変化し、また様々な技術が発展し、犯罪の態様や形式もそれに伴って異なってきた。したがって、それに対応する形で、実行行為と関与体系の新しいあり方や概念を考えなければならないであろう。陳興良氏の見解によれば、中国における共犯行為の正犯化は立法的な共犯行為の正犯化である一方、日本ではそれが司法的な共犯行為の正犯化となっているとされる<sup>(57)</sup>。いずれにしても、日中両国で通用している正犯・共犯体系における実行行為に基づく機能が次第に消滅しているのである。従って、日中刑法にとっては、現在の共犯論の範疇で議論されている理論的・実務的問題に対処するために、一步引いて体系論の視点から統一的正犯の方法論と比較しつつ、解釈論と条文の矛盾を止揚しなければならない<sup>(58)</sup>。

中国の刑法研究においては、依然として条文で規定された概念を軽視し、正犯概念を支配的としているにもかかわらず、犯罪関与体系は統一的正犯体系に回帰する傾向を示している。すなわち、その理論体系がなお構築されていない状態のまま、統一的正犯は現実に通用し、正犯・共犯体系に代わって、中国裁判実務で一般化しているのである。

## 2、犯罪関与体系の展望

現在のところ、中国全国人民代表大会では、第 25 条から第 27 条までの条文改

(56) 松澤伸「共犯と正犯の区別について－裁判官の思考と共犯理論－」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』817 頁 (成文堂、2014)

(57) 陳興良「共犯行為的正犯化：以帮助情報ネットワーク犯罪活動罪為視角」比較法研究雑誌 2 卷 44 頁 (2022)

(58) 吉中信人「犯罪体系と共働の本質」『日高義博先生古稀祝賀論文集上巻]』410 頁 (成文堂、2018)

正は考えられていないと思われる。厳密な体系を構築することより、組織犯罪ないし団体犯罪と闘う決意を重視する傾向があると考えているのである。総論だけではなく、各論でも、組織的犯罪防止の刑事政策が貫徹されている。インターネット犯罪幫助罪および他の正犯化された共犯行為は、新たな罪名を作り出しただけではなく、新たな量刑規則も制定した。各論と総論の関与についての条文を合わせて考えると、中国の関与体系では、犯罪論よりも刑罰論が主な内容を占めていることがわかる。また、処罰範囲を拡大する傾向があり、刑法典改正案の主要目標は具体的な行為というよりも、総括的な犯罪現象である。この状況は、国家安全に関する犯罪、テロ犯罪、サイバー犯罪などの領域でよく現れている。

すなわち、中国刑法は、刑事政策に導かれやすい傾向がある。犯罪現象に対する量刑規則が優先し、実行行為の定義、関与関係の射程および因果関係といった犯罪論の検討が不十分な可能性がある。

一言で総括すれば、中国刑法の犯罪関与体系は、正犯と狭義の共犯概念を含む機能的統一的正犯体系に属する。さらに、中国の犯罪関与体系は旧ソ連と同様、社会危害予防説に基づいて、顕著な刑事政策的機能を含んでいる。機能的体系は、形式、構造、使命、刑事政策的な価値に基づく犯罪関与体系である<sup>(59)</sup>。現在の中国犯罪関与体系は、中国公的機関の犯罪対策の責任を担い、犯罪団体を取り締まり、制度的な法益を保護している。

しかし、正犯概念がない関与体系は、共犯と関連する諸問題を解決しにくい面がある。元来、正犯概念の起源は実行行為ないし構成要件概念である。中国の犯罪構成体系には、不法と責任を区別せず、実行行為をどのように定義すればよいのかという問題が生じており、犯罪構成体系と関与体系の間の関連性に対する検討が必要とされるのである。

---

(59) 西山富夫「共犯概念の新展開—オーストリア刑法について」名城法学 41 巻 425 頁 (1991)

また、日独刑法における正犯の定義も、それに関連する概念の扱い方も変化している。正犯概念は必ずしも以前のように、「実行行為をする者」と同一化して考えなければならないわけではない。従って、中国刑法における主犯概念と現在の正犯概念の距離は次第に縮まる可能性がある。本稿は、単に正犯概念を導入することよりも、主犯概念を体系的に捉えつつ、正犯概念との整合性を探る方策を企図すべきであると主張するものである。

## 六、おわりに

以上述べてきたように、中国には、正犯・共犯体系を採用し、発展させる土壤があるわけではない。正犯・共犯体系はあくまで補足的に現在の実務で用いられるのである。歴史的要素と意識的形態要素の二重の影響で、中国式の統一的正犯の存在はある意味で必然的な現象である。従って、この法意識を短期間で変えることは難しい。

四要件犯罪構成体系には、「犯罪主体」という要素がある。身分犯罪の場合、犯罪主体に該当する者は、身分犯罪を成立することができる。一人犯罪の場合、構成体系と関与体系をうまく組み合わせることができるのは事実である。しかし、身分がない者が身分犯罪に関与する場合に、非身分者の罪をどのように認定するのが問題になる。なぜなら、中国現行刑法には、身分犯の共犯問題と実行行為を中心とすることについての規定がないからである。

身分犯だけではなく、間接正犯、関与の射程についての問題を取り扱う場合に、体系の中心を占める概念が不可欠である。従って、中国学界は日独刑法における各概念を引き入れ、実務界にも導入した。確かに、日独刑法の実行行為、正犯などの概念が中国刑法理論を豊富にし、裁判実務の難問もある程度解決した。しかし、その後の大規模な共犯行為の正犯化についての改正や日独刑法理論の発展は、中国刑法に新しい問題を生み出した。中国刑法、特に犯罪関与体系は、第 25 条などの条文が変わらない状況のもとで、自身と国の刑事政策に相応しい理論体系を構築しなければならないのである。

すなわち、正犯・共犯体系と中国の統一的正犯体系の両方を考え、機能的統一的正犯における実行行為を含む関与体系を構築することが妥当である。さらに、複数人犯罪を検討する要素には、犯罪関与体系だけではなく、犯罪構成要件体系も含まれる。従って、中国刑法における構成要件体系と関与体系の繋がりを考えなければならない。

条文から判断すると、中国犯罪関与体系が統一的正犯体系に属するのは間違いない。しかし、ドグマティーク刑法論が中国に導入されて以降、条文の規定にもかかわらず、犯罪関与体系は事実上正犯・共犯体系として解釈されてきた。すなわち、現在の関与体系はハイブリッドな関与体系であると評価されよう。

一方、日本の正犯拡張化と類似しつつ、中国の犯罪関与体系は共犯行為における正犯化傾向を示している。この現象に対して、中国学界は条文の統一的正犯体系に基づいて解読するのではなく、むしろ正犯・共犯体系の視点から解読している。

このような様々な理論基礎から構築される中国刑法ドグマティークは、理論的混乱を生じるとまでは言えないが、条文と理論の関係から見れば、その土台が脆いものであると考えられる。ドグマティークは形而上学な刑法哲学の概念に属するところ、関与体系についての考え方は、正犯を中心とする方法しか存在しないわけではない。従って、条文を既存の基礎として、犯罪構成要件との繋がりを考慮し、統一的正犯体系理論の内包を豊富に構想することが中国犯罪関与体系研究の進むべき道であると考ええる。