

- (19) 马克昌主編『犯罪通論』（武汉大学出版社1991年版）81～82頁。
- (20) 何秉松・前注（10）。
- (21) 張令杰『刑事責任』（中外法学1991年第1期）。
- (22) 楊春洗・甬生明『刑事責任の概念と根拠』（中外法学1991年第1期）。
- (23) 高銘暄主編・前注（12）424頁。
- (24) 吳宗憲『わが国の刑法総論の完全化の試み』（法学と実践1987年第3期）。
- (25) 劉德法『刑事責任の事實的根拠』（法學研究1988年第4期）。
- (26) 余淦才・前注（11）。
- (27) 劉強『刑事責任の根拠に関する若干の考察』（法學研究1991年第4期）。
- (28) 王晨『刑事責任の根拠論綱』（當代法學1992年第2期）。
- (29) 楊春洗・楊墩先主編・前注（13）162～168頁。
- (30) 何秉松主編『刑法教科書』（中國法制出版社1994年改訂版）113頁。
- (31) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（中國語版）（中國人民公安大學出版社1991年版）22頁。
- (32) 小野清一郎・前注（31）18頁。

刑の適用は不可能であり、財産刑・資格刑のみを科しうるにすぎない。わが国の刑法は、単位犯罪に対して、財産刑のみを定めるにとどまり、資格刑は規定していない。しかし、当然ながら、単位犯罪の責任者には、死刑および自由刑を科すことができる。

これまで既に指摘したように、わが国の刑法は、単位犯罪では、単位の責任者に対して、同種の犯罪行為が自然人犯罪として行われた場合よりも軽い刑罰を定めていることもある。場合によっては、一段階のみならず二段階も軽くされ、さらには、罰金すら科されないこともある。単位の刑事責任の解決に際しては、特別な注意が払われねばならない。

- (1) 『法学研究』1986年第1期。
- (2) (英) ロバート・カルロス『英国刑法序論』〈中国語版〉(中国人民大学出版社1991年版) 24頁。
- (3) 木村亀二主編『刑法学事典』(上海翻译出版公司1991年版)。
- (4) 福田平・大塚仁主編『日本刑法総論講義』(辽宁人民出版社)。
- (5) 参照・何秉松『犯罪構成系統論』(中国法制出版社1995年版) 480~482頁。
- (6) 周其华『刑事責任の若干の問題の研究』(政法丛刊1988年第1期)。
- (7) 胡石友『法律責任を論ず』(光明日報1981年1月6日第3版)。
- (8) 『法学辞典』〈増補版〉289頁。
- (9) 張京嬰『刑事責任』(法学研究1987年第2期)。
- (10) 何秉松『中国の特色ある犯罪構成理論新体系の構築』(法学研究1986年第1期)。
- (11) 余涂才『刑事責任論分析の試み』(法学研究1987年第5期)。
- (12) 高銘暄主編『刑法学原理』第1巻(中国人民大学出版社1993年版) 416頁、  
冯军『刑事責任論』(法律出版社1996年版) 33頁。
- (13) 楊春洗・楊墩先主編『中国刑法論』(北京大学出版社1994年版) 162頁。
- (14) 参照・于光远教授『責任学に関する二つの著作』(学術研究1992年第1期)。
- (15) 参照・何秉松・前注(5) 493~498頁。
- (16) (露) ビエリアイエフ・クワリョーフ主編『ロシア刑法総論』〈中国語版〉(群众出版社1983年版) 31頁。
- (17) (露) マルコフ・ソンドロフ主編『ロシア刑法総論』(喀山大学出版社1994年版) 45頁。
- (18) 以上の引用は、ロシア連邦総検察院編『ロシア連邦刑法典の疑問点の解決』〈中国語版〉(中国政法大学出版社2000年版) 9頁による。



## 第5節 単位（法人）の刑事責任

主体という観点から区分するならば、刑事責任は、自然人の刑事責任と単位（法人）の刑事責任の二種類に分けることができる。両者の刑事責任には、決して本質的な相違があるわけではないので、刑事責任の概念・根拠および評価は、基本的に単位（法人）にも妥当する。しかし、単位の犯罪構成の特殊性からすると、単位の刑事責任と自然人の刑事責任には、形式的な差異が導かれる。

単位犯罪も一つの犯罪であり、すなわち単位統一体としての犯罪である。しかし、そこには二つの犯罪主体、すなわち単位および単位構成要素としての自然人（代表者、主要管理者および直接責任者）がある。このような単位犯罪の特徴から、単位の刑事責任の本質は、統一体として一つの責任があるが、しかし刑事責任の主体が二つある、と決定づけられる。それゆえ、法人の刑事責任の実現に際しては、二重性という特徴がみられ、単位の刑事責任の存在および単位内部の責任者に対する刑事責任の追及が、単位が統一体として刑事責任を負担するのに必要な前提になる。

単位の刑事責任の実現には、単罰性および両罰性という二種類の基本形式が含まれる。単罰性とは、単位により実行された犯罪について刑事責任を負わねばならない場合に、単位の代表者、主要管理者および直接責任者に対する処罰のみ、あるいは単位組織それ自体に対する処罰のみを行うことをいう。これに対して、両罰性とは、単位により実行された犯罪について刑事責任を負わねばならない場合に、単位それ自体に対する処罰だけでなく、単位の代表者、主要管理者および直接責任者に対する処罰をも行うことをいう。わが国の刑法31条の規定によれば、単位犯罪に対しては、原則として両罰性がとられている。しかし、刑法各則で単罰性が採用されている場合には、単罰性による処罰が行われる。

単位および自然人という属性の違いから、単位が刑事責任を負担する方法と、自然人が刑事責任を負担する方法にも、相違が生ずる。単位は、自然人の持つ自然という属性を有しないので、単位に対する自由刑・死

し刑の免除の選択・決定がなされなければならない。これが、量刑である。量刑の根拠も、犯罪構成事実であるが、例えば、どのような刑罰が犯罪者の改造に有益かを選択するといったその他の要素も、ここで考慮される必要がある。量刑に際して考慮される要素には、刑事責任の評価の際に考慮される要素との重複が、ある程度みられる。しかし、ここで評価は、刑罰ないし刑免除を具体的に決定するものであり、評価の性質が異なる。刑罰の軽重は、刑事責任の軽重と必ずしも完全に一致しないが、刑事責任の軽重の決定も、主要な部分で刑事責任による制限と制約を受けている。そこで、一般的な事情の下では、行為者の負うべき責任の程度を超える刑罰を言渡すことはできない反面、行為者の負うべき責任の程度よりも軽い刑罰を言渡すことは可能である。人権の保障のために、このような原則が確立されている。

ここで我々は、定罪、刑事責任の評価、量刑が性質の異なる三つの評価であると考察してきた。しかし、かような区別は理論的な手法であり、実際には、三つの評価が結びつけられ同時に行われることも少なくない。このことは、多元的犯罪論における違法性と責任の評価についても同じである。そこでも理論的な区別があるにすぎず、これらの評価が結びつけられ、同時に行われているのが実状である。わが国では、定罪・刑事責任の評価・量刑という三つの評価のなされた結果が、人民法院の刑事判決となる。犯罪、刑事責任、刑罰という三者の関係からして、犯罪なければ刑事責任なし、刑事責任なければ刑罰なし、との命題が妥当する。刑罰の軽重は、主として刑事責任の軽重によって決せられ、また、刑事責任による制限・制約を受けるが、一般的な事情の下では、行為者の刑事責任よりも重い刑罰を判決で下すことはできない。このような原則の確立は、社会主義民主および社会主義法制の要請によるものである。刑事判決の執行は、刑事責任が実現されることの表れである。刑事責任は過程の一つであり、この過程が終了するのは、刑事責任が執行により実現されて終結したときである。

このような場合の定罪の評価には、性質の異なる二種類の評価が含まれているので、二重評価ともいわれているが、しかし全体的にみれば、刑事責任の評価の根拠は、なお犯罪構成事実なのである。犯罪構成事実には属さない事情は、犯罪構成事実との結びつきを基礎として、初めて刑事責任の軽重に一定程度の影響を及ぼしうるものであり、これらが犯罪構成事実から離れ、独立して刑事責任の評価の根拠となることは不可能である。したがって、これらの要素は、従属的な意義しか持ちえず、単独の根拠として刑事責任の有無や軽重の程度を決定することはできない。この点は、注意を要するところであり、司法実務にも誤解がみられる。これらの要素の作用が、従属的で副次的であるのに反して、刑事責任の根拠として誇張されるがために、このような誤りが生じている。例えば、犯罪構成事実を具備していない事情であるにもかかわらず、犯罪の状況および犯罪構成事実には属さない要素を根拠として、行為者の刑事責任が追及されたりしている。

刑事責任に対する評価は、法律的・政治的・社会的な評価であると同時に、倫理道義的な評価でもあるが、場合によっては、情理的な評価がなされる必要もある。ここでいう情理とは、人間の通常心理および事物に対する一般的な道理を意味する。これによる評価は、犯罪構成事実を基礎としつつ、行為者の責任に対して、さらに深い緻密な分析と判断を加えるものである。刑事責任の評価は、法律および政治社会の要求、社会の倫理や道義に答えなければならないが、それだけでなく、情状〈情理〉に副うことも必要である。法律は無情であるが、全く無情というわけでもない。法律の厳格性、公平無私、断固たる執行が、ここでいう無情の意味であるが、法律の許す範囲であれば、情にも理にもかなった処置がなされなければならない。このことは、決して法律の精神に対する違背ではなく、逆に、法律の人情味を豊かにし、人々に受け入れられやすくするものである。

刑事責任の評価に対しては、二回の評価、すなわち刑事責任の有無と責任の程度が解決された後に、三回目の評価、すなわち相応の刑罰ない

れば、通常、どの条文に基づいて行為者に有罪判決を下しうるかも、定まるからである。例えば、普通の故意傷害であることが判明すれば、刑法234条1項を適用し、3年以下の有期懲役刑、拘留または管制という法定刑に処することができる。重傷害であれば、刑法234条2項を適用し、3年以上10年以下の有期懲役刑、情状が特に重大な場合には、死刑または無期もしくは10年以上の有期懲役刑という法定刑に処することができる。これらの条文には、犯罪の性質および危害性に応じた法定刑が定められているので、定罪によって適用条文が決定された時点で、行為者が刑事責任を負うことだけでなく、同人の刑事責任の軽重につき、おおよその程度が確定されるのである。

しかし、定罪の後に、定罪の評価を基礎とした刑事責任の評価が必要である。ここでは、行為者の刑事責任の軽重というさらに進んだ問題解決がなされる。刑事責任の評価は、定罪の評価が基礎になるとはいえ、これとは性質の異なった独立の評価である。定罪の評価が基礎になるという場合、これが意味するのは、定罪によって確定された犯罪構成事実を根拠にするということである。ここで基礎となる犯罪構成事実とは、具体的な事実である。例えば、刑法236条3項は、強姦罪のうち、特に情状が重大な場合の犯罪構成事実に関して定めるが、このような犯罪構成事実を基礎とし、その上で、行為者に対する刑事責任の評価が行われるのである。まず、行為者が刑事責任を負うこと、おおよその刑事責任の程度が確定された後に、さらに、行為者のその他の事情と結びつけ、同人の刑事責任の軽重がより一層具体的に確定されねばならない。その他の事情というのは、量刑の際に考慮しなければならないその他の事情という意味であり、例えば、刑法62条の定める減軽・加重処罰の事情、72条の定める犯罪の情状および悔悟の明示、67条・68条の定める自首・立功などがある。これらの要素の中には、定罪の段階で既に評価がなされるものもあり、行為者が犯罪を犯したか否か、何罪を犯したのかという定罪の評価であるにもかかわらず、その評価によって刑事責任の軽重の程度まで評価されることになる。

段階であるとされている。定罪の過程で第一になされるのは、構成要件に該当するか否かの評価である。この段階は、法的な抽象的評価である。第二は、違法性の評価であり、行為それ自体に対する具体的評価である。しかし、この段階での評価は、行為をほとんど行為者から分離した上でなされる社会的評価であるから、なお抽象的な評価でありうる。最後に、第三の評価として責任の評価がなされる。この段階では、行為を「行為者の行為」として捉え、最も具体的な評価がなされる<sup>(31)</sup>。

古典学派の学者によれば、このような責任の評価は、道義的な責任評価であるとされる。つまり、既に客観的外部的に違法と判断された行為について、さらに考察の対象を行為者の主観的内面的な側面、例えば行為者の精神面における能力・性格・情操・認識・意図・動機などへと拡張、その行為の価値を倫理的・道義的に評価することが、責任評価であると認めるのである。この見解によれば、責任は、違法性のある行為を前提とし、その上で追及されるものであるとされる。その場合、法にとって、行為者がそのような違法行為に出た理由に対し、倫理的・道義的な評価を行うことが重要となる<sup>(32)</sup>。

わが国の一元的犯罪論体系の下では、刑事責任の評価は、決して定罪の評価の過程としてではなく、定罪の後に、定罪の評価を基礎としてなされるものである。刑事責任の評価と定罪の評価とは、密接に関連しているが、相違点もある。定罪の根拠は、事案の全事実であるのに対し、刑事責任の根拠は、犯罪構成事実である。定罪によって解決されるのは、行為者が犯罪を犯したか否か、いずれの犯罪を犯したかの問題であるのに対し、刑事責任の評価は、行為者が犯した犯罪、犯された犯罪（すなわち何罪か）の確定を基礎として、その刑事責任の軽重を決定するという、一步先の評価である。一般的に、行為者が犯罪を犯したこと、何罪を犯したのかが確定されれば、行為者が刑事責任を負うことも確定され、また、その軽重の程度にも、おおよその見当がつく。なぜなら、行為者が何罪を犯したのか、すなわち一罪か数罪か、軽罪か重罪か、共同犯罪か単独犯罪か、未遂罪か既遂罪かといった問題が、定罪によって解決さ



成事実)こそが、犯罪主体が刑事責任を負う客観的な根拠になる」との見解を提唱する<sup>(30)</sup>。

犯罪構成事実は、客観的な事象であるだけでなく、法的評価判断の結果でもある。法定の犯罪構成を案件事実に対する評価・判断の根拠としない限り、事案の事実が犯罪構成事実に該当するか否かは、確定しえない。定罪の根拠と刑事責任の根拠とは、決して同一の事象ではない。前者の定罪の根拠は、案件事実であって、単なる客観的な存在にすぎず、客観的性質を持つにとどまる。これに対して、後者の刑事責任の根拠は、犯罪構成事実であり、客観的な存在と法的評価とが統合されたものである。客観的性質を持つと同時に法的性質をも有する。こうして、「犯罪構成事実が刑事責任の根拠である」との命題の提唱により、「犯罪構成が刑事責任の根拠である」との伝統的命題が止揚され、伝統的な犯罪構成理論の内容は、犯罪構成系統論によって改変される。すなわち、この新たな命題には、伝統的な命題には存しない斬新かつ深遠な内容が込められているのである。

#### 第4節 刑事責任の評価

これまで、わが国の刑法理論では、刑事責任の評価に関する研究は行われていない。しかし、刑事責任は、犯罪と刑罰とを仲介する連結点であり、わが国の刑法5条は、「刑罰の軽重は、犯人が犯した犯罪行為およびその負うべき刑事責任に適応したものでなければならない」と定めている。そうである以上、量刑を正しく行うためには、刑事責任の評価(判断)の問題を研究する必要がある。わが国の伝統的な刑法理論は、量刑についてのみ専門的な研究をしていたが、その後、定罪論が加わり、その問題についても、専門的な研究が行われるようになった。そして現在、刑事責任の評価という問題がさらに提言されたことで、定罪量刑がかような刑事責任の評価とどのような関係にあるか、また、刑事責任の評価は、どのように行われるか、それが問題となる。

西側諸国の多元的犯罪論体系では、責任評価は、定罪の第三・最後の

あるとする<sup>(25)</sup>。③罪過説。行為者が刑事責任を負担する根拠は、故意・過失であるとする<sup>(26)</sup>。④犯罪行為と服役期間中の悔悟表現との統一説。刑事責任の根拠については、刑事責任の全過程に着目しなければならないとし、その全過程を、刑事責任を確定する過程と実際に刑事責任を負う過程とに二分する。そして、犯罪行為と犯罪前後の主観的・客観的事実とが、第一段階の刑事責任の根拠であり、犯罪行為と服役期間中の悔悟表現とが、第二段階の刑事責任であるとする<sup>(27)</sup>。⑤行為の重大な社会危害性と行為者の人格的危険性との統一説。この見解は、刑事責任の根拠を二元的に捉え、既に実行された犯罪に反映される行為の重大な社会的危害性と、未だ実行されていない犯罪に反映される行為者の人格的危険性とが統合されて、その根拠になるとする。そして、刑事責任の本質的属性は、前者の社会的危害性を根拠として決定され、刑事責任の量については、両者の統合がそれを決定する根拠になるとされる<sup>(28)</sup>。

さらに、近年刊行された刑法の著書では、刑事責任の根拠を、刑事責任の刑法理論的根拠（犯罪の主観的・客観的側面の統合としての重大な社会危害性）、刑事責任の事実的根拠（犯罪の社会危害性を反映する主観的・客観的事実の総和）、刑事責任の法的根拠（刑事責任を追及され、これを負担すべき各法的規範の遵守）に区分する見解が、提唱されている<sup>(29)</sup>。以上述べてきた刑事責任の根拠に関する理論的見解は、刑事責任の根拠が孤立した問題ではなく、この問題に関して刑事責任論、犯罪構成理論および刑法理論が密接に関連していることを示している。したがって、この問題について、刑事責任それ自体を孤立的に研究していくことは、不可能である。

従来、筆者は、犯罪行為が刑事責任の根拠であると主張してきた。基本的に、それは正しいといえるが、あまりに抽象的すぎたため、実際に用いるには不都合があった。犯罪構成系統論を提唱した今では、犯罪構成系統論による刑事責任の問題の解決に、幾多の長所があると考えている。したがって、旧来の見解を改め、「犯罪構成行為と法定犯罪構成概念とが符合する客観的事実、すなわち現実的な犯罪構成（ないし犯罪構

である。このとき、抽象的な犯罪行為類型が、具体的な犯罪行為事実によって、現実的に示されることになる。まさに、具体的な犯罪行為事実と抽象的な犯罪行為類型との合致が、法律の仮定する一定の法的効果、すなわち刑事責任が生ずるための前提になる。したがって、刑事責任の根拠は、犯罪構成という一定の抽象的な犯罪行為類型それ自体ではなく、行為と犯罪構成の合致という具体的な法的事実であるといえる。この法的事実には、現実的具体的な危害行為と可能的抽象的な犯罪構成との二側面が、結合しているのである。まさに、このような意味において、我々は、行為と犯罪構成との符合が刑事責任の唯一の根拠であると考え、犯罪構成が、刑事責任の根拠を確定する判断の基準になる」と主張する<sup>(19)</sup>。この見解は、「行為犯罪構成符合説」と呼ばれている。さらに、伝統的な犯罪構成根拠説を批判する立場の見解として、犯罪行為（ないし犯罪）根拠説を主張する学者も、少なくない。これらの者は、犯罪構成ではなく、犯罪行為すなわち犯罪こそが、刑事責任の根拠である、と指摘する。例えば、「刑事責任の唯一の根拠は、行為者によって実行された犯罪行為であって、犯罪構成は刑事責任の根拠にならない」<sup>(20)</sup>とか、「犯罪行為が刑事責任の根拠である」<sup>(21)</sup>、「刑事責任の法的な事実上の根拠となるのは、刑法規範に対する違反であり、犯罪構成に該当する社会危害行為すなわち犯罪行為である」<sup>(22)</sup>といわれている。しかし、「犯罪構成が刑事責任の根拠である」との伝統的な立場を堅持する学者は、この命題の難点がどこにあるのか理解できず、逆に、「それぞれの学者が犯罪構成と犯罪行為を対立させることから、犯罪行為が刑事責任の基礎であると認めざるをえず、そのために、犯罪構成が刑事責任の基礎であるとの提言に同意できないにすぎない」とする<sup>(23)</sup>。これは、完全に誤った理解である。

刑事責任の根拠に関して、以下のような見解が主張されている。①事実総和根拠説。この見解は、刑事責任の存在・性質・範囲・程度・実現などに反映・影響しうる事実および事情のすべてが、刑事責任の根拠であると認める<sup>(24)</sup>。②社会危害説。社会危害性が刑事責任の唯一の根拠で



継承したものである。刑事責任の根拠に関する理解にも、旧ソ連との根本的な相違はない。ここで、次のことを指摘しておかねばならない。新たに公布された1997年のロシア連邦刑法典8条は、「刑事責任の根拠は、本法に定める全犯罪要件を含む行為の実行である」と明定する。しかし、ロシアの刑法学者は、依然として伝統的な理論的観点に立って新刑法の規定を解釈し、「ロシアの法律家の主導的見解が断言するように、刑事責任の根拠、その唯一の根拠は犯罪構成であって、刑法典では、このような観点によって立法的な確認が得られる」とする。また、「犯罪構成を刑事責任の唯一の根拠として認めることは、社会危害行為の実行が法律に記述する何らかの犯罪構成要件を備えない場合には刑事責任が生じないことを意味している」とも述べている。一見して分かるように、ロシアの学者が刑事責任の唯一の根拠とする「犯罪構成」とは、実際には、犯罪構成事実のことである。したがって、ロシアの学者は、依然として犯罪構成を、「犯罪構成とは、刑事法に定められたものであり、具体的な社会危害行為が犯罪要件の総和であることを説明するもの」と定義している<sup>118)</sup>。今日なお、わが国では、刑事責任の根拠の問題に関して論争が続いている。わが国の伝統的な刑法理論は、旧ソ連の考え方を継承しており、犯罪構成が刑事責任の根拠ないし唯一の根拠であると認める（犯罪構成根拠説）。しかし、この見解は、「犯罪構成」を法定犯罪構成と犯罪構成事実とに区別しないので、根拠とされる犯罪構成の概念は、法律の定める犯罪構成として理解する以外にない。そこで、当然ながら、「犯罪構成が責任の根拠である」との命題は、批判を受けることとなった。ある学者は、次のように指摘する。「犯罪構成とは、法律が定める抽象的な犯罪行為の類型であって、それ自体は、法律上の仮定ないし可能性の一種にすぎない。一定の行為について、それが犯罪を成立させる行為であるか否か、犯罪が成立するのであれば、いずれの犯罪なのか、についての判断にあたって、法的な基準を提供するだけである。このような仮定ないし可能性が、変成して現実のものとなることによって、初めて一定の危害行為と法定の抽象的犯罪行為類型とが相互に合致するの

古典学派の道義的責任論は、自由意思が責任の前提であるとし、一定の年齢に達したすべての者に自由意思があると認め、行為者が自由意思に基づいて違法行為の実行を決定したがゆえに、道義的な非難を受けるべきだとする。それゆえ、実行された構成要件に該当する違法行為について行為者を非難しうることが、刑法上の責任となる。道義的非難ないし非難可能性が責任の本質であり、各行為者の悪しき意思（反道義的意思）が責任の根拠であるとするのである。近代学派の社会的責任論は、決定論をその出発点とし、犯罪者の実行した犯罪行為はその者の素質と環境によって決定されたものと認め、このような社会に対する危険性を有する者には、社会がその侵害を防止するための措置を執らねばならないとする。したがって、刑法上の責任とは、社会的危険性を有する者が社会防衛処分を受けねばならない地位であることになる。社会的非難が責任の本質であり、行為者の社会的危険性が責任の根拠であるとするのである。社会的危険性には、①未だ犯罪を犯していない者が犯罪を実行する可能性、および②既に犯罪を犯した者が反復して犯罪を実行する可能性が含まれる。前者は「犯罪前の危険性」、後者は「再犯の危険性」と呼ばれている。その後、資産階級の刑事責任理論は、古典学派と近代学派の刑事責任理論を基礎として大幅な発展を遂げ、各異なる学説が形成された。例えば、行為責任論、性格責任論、人格的責任論、心理的責任論、規範的責任論などである<sup>(15)</sup>。

旧ソ連の犯罪構成理論は、西側諸国の犯罪構成理論と大きく異なっているので、刑事責任の根拠に関する理解も、西側諸国の学者との間に大きな相違がある。「刑事責任の根拠について、ソビエト刑法学会は、犯罪構成こそが刑事責任の唯一の根拠である、という公式を公認していた」<sup>(16)</sup>。さらに、旧ソ連の学者は、マルクス・レーニン主義の決定論が刑事責任の哲学的根拠である、と指摘していた。「決定論の思想は、責任の合理的根拠を説明するだけでなく、社会危害行為とその実行者に道義的・法律的な有罪判決を下して譴責しうる根拠を説明するものである」とされる<sup>(17)</sup>。現在のロシア犯罪構成理論も、基本的に旧ソ連の犯罪構成理論を

罪者および実行された犯罪行為に対する譴責である。犯罪者に下される各種の処分は、刑罰的方法・非刑罰的方法を問わず、その全てが犯罪者に対する譴責・制約・剥奪をその内容とする。否定的評価・譴責・制約および剥奪の負担を犯罪者に提示要求することができるのは、国家のみに限られ、裁判所が国家を代表してこの権力を行使する。したがって、裁判所以外の国家機関は、いかなる機関であれ審判権を行使できない。

第三に、国家が犯罪者に要求する譴責・制約・剥奪の負担は、刑事法の規定に基づき、犯罪者が実行した法定犯罪構成該当行為を根拠として、提示されたものである。刑法に定める各種犯罪の法定犯罪構成とその法的効果は、国家が犯罪者に刑事責任の負担を要求する法的根拠になる。これに対して、犯罪者が実行した法定犯罪構成該当行為すなわち犯罪構成事實は、その事實的根拠になる。犯罪構成事實は、犯罪主体・犯罪客体・犯罪主観面・犯罪客観面といった諸要素により構成される有機的統一体である。その全体的機能が、主要な要素として刑事責任とその軽重を決定づける。

第四に、刑事責任は、厳格な個人責任であり、実行した犯罪行為のみに基づいて犯罪者が負担するものである。これを、刑事責任の専属性という。厳格な個人責任は、いかなる形式のものであれ、代替責任ないし転嫁責任を認めないばかりでなく、あらゆる連座責任に反対する。

### 第3節 刑事責任の根拠

刑事責任の根拠とは、刑事責任が発生・存在するための基礎をいう。刑事責任の根拠を研究することは、刑事責任の正確な確定にとって、極めて重要な意義を有する。

刑事責任の根拠は、刑事責任論の重要な構成部分である。刑事責任の理論が異なれば、刑事責任の根拠も必然的に異なることになる。例えば、資産階級の刑事責任論では、道義的責任論と社会的責任論が対立しており、刑事責任の根拠については、行為者の悪しき意思であるか、行為者の社会的危険性であるか、それが争われている。

すべて、評価と判断の内容であるので刑事責任の内容となる。刑事責任の定義は、これらの特徴を示していなければならない。

刑事責任を単純な客観的存在と理解し、これに基づいて定義したのでは、刑事責任の本質的属性と特徴を科学的に示すことはできない。

### 3. 刑事責任の定義

以上の検討からして、刑事責任の定義は、次のように定められる。

刑事責任とは、国家が刑事法の規定に基づき、法定の犯罪構成に該当する犯罪者〈犯罪分子〉の行為を根拠に（裁判所を通じて）提示する譴責、制約および剥奪などの相応の刑法的効果を負担すべき犯罪者の地位ないし状態をいう。

この概念から、刑事責任の次の特徴が明らかになる。

第一に、国家の提示する刑法的効果を負担すべき犯罪者の地位ないし状態が、刑事責任である。刑事責任は、犯罪者の立場からして、刑法的効果を負担する地位ないし状態である。このような犯罪者の地位ないし状態から明らかになるのは、犯罪者と国家の間に、責任者としての犯罪者が責任要求者としての国家により提示要求される刑法的効果を負担する特定の社会的関係が存在することである。かような特定の社会関係が、刑事責任である。それゆえ、もはや刑事責任が、刑事法的効果そのものであるとか、犯罪者が刑法的効果を実際に負担することであるとはいえない。法的効果を負担すべき犯罪者の地位ないし状態が、刑事責任の内容をなす。刑事責任は、一種の関係という範疇に属するものであるから、犯罪者の側からすれば責任の負担であり、国家の側からすれば責任の賦課である。

第二に、国家が犯罪者に譴責・制約・剥奪の負担を（裁判所を通じて）提示要求することが、刑事責任である。刑事責任とは、国家の立場からすれば、犯罪者に譴責・制約・剥奪を加えることである。これが刑事責任の具体的内容であり、刑法の定める不利益制裁の法的効果が全般的に概括されている。犯罪者が有罪であり一定の罪を犯したとの判決は、犯

つまり、刑事責任は、行為者とその行為に対する国家の評価判断とは無関係になる。逆に、人民法院の評価判断が刑事責任の内容であると認めるならば、刑事責任は犯罪行為時に存在しえなくなる。それでは、どの見解を採用して刑事責任を定義すべきか。

既に指摘したように、刑事責任は一種の事後責任であり、それが存在するには、刑事立法の公布施行と犯罪行為の実行という二つの前提が必要である。この二つの前提の存否が、刑事責任の存在を意味づけるのであろうか。これについては、次のように答えるべきである。犯罪行為を実行して刑律を犯した者は、一定の法律効果を負担しなければならないが、このとき、責任要求者である国家は、責任者に刑律違反の法律効果負担を要求する権限を有する。しかし、「負担しなければならない」と「それを要求する権限をもつ」とは、刑事責任の前提が備わることの説明するものであって、刑事責任自体の存在を意味するものではなく、せいぜい刑事責任の抽象的存在を説明しうるにとどまる。しかし、刑事責任はどこまでも具体的で現実的なものであるので、国家は、事実と法律を根拠として、行為者の行為がどの刑律に触れ、どのような罪を犯し、どのような刑事責任を負わねばならないかについて、具体的かつ明確な判断と評価を行う必要がある。国家が合法手続に依拠して具体的明確な評価判断を行った場合にのみ、初めて行為者は刑事責任を負担しなければならない。刑事責任は、決して純客観的に存在するものではない。刑事法は一種の客観的な存在であり、犯罪事実も一種の客観的な存在であるが、裁判官の判断を経なければ刑事責任を確定することはできない。したがって、犯罪者とその犯罪行為に対する国家の評価と判断が、刑事責任の内容とされる必要がある。

犯罪者とその犯罪行為に対する国家の評価判断は、客観的に存在する犯罪構成事実を根拠として、犯罪構成事実の全体的機能を正確に反映・評価したものでなければならない。同時に、政策的要素といった事情も考慮して、犯罪者が負担すべき責任を正しく確定する必要がある。責任判断には、責任の有無のみならず、責任の軽重の判断も含む。これらは



第三に、刑事責任は一種の事後責任であるが、それには二つの要件がある。その一方は、刑事責任関係の構築すなわち刑事立法の公布・施行であり、他方は、刑事責任関係への違反すなわち刑法が禁止する犯罪行為の実行である。前者は刑事責任の法律的根拠であり、後者は刑事責任の事後的根拠である。刑事責任の定義には、これら二つの特徴が同時に示されねばならない。なぜなら、それが刑事責任の基礎となるからである。この点が刑事責任の定義に十分に重視されていないならば、明確・明瞭な定義にはなりえない。例えば、「刑事責任とは、犯罪者が負担すべき刑法の定める責任である」といった定義には、刑事責任の基礎が明示されていないので、「犯罪者が負担すべき刑法の定める責任」といわれても、人々はその正確な意義を理解しえない。

第四に、刑事責任は、単純な客観的存在なのか、それとも、国家が（その代表機関を通じて）行う評価・判断なのか。これは、重要な関連問題であって、刑事責任の定義の科学性に決定的影響を与える。

筆者が1993年に編集した「刑法教科書」では、刑事責任が単純な客観的存在であることを肯定し、「犯罪行為が実行された後、司法機関による確認と追究がなされていなくても、刑事責任は客観的に存在する」ことを認めていた。しかし、他方では、「国家機関が刑事法に基づいて、犯罪行為とその行為者に対して行う否定評価と譴責であり、犯罪者がその実行した犯罪行為を理由として負担しなければならないもの」が刑事責任であるとも認めていた。そこには矛盾がある。この定義による場合、司法機関による刑事責任の確認・追究と司法機関のみが行う「否定評価と譴責」との両者が揃って、犯罪者が負担すべき刑事責任の内容となる。犯罪が実行されても、司法機関が犯罪者およびその実行した犯罪行為に対し否定評価と譴責を行っていないならば、刑事責任はどこから導かれるのだろうか。

刑事責任が犯罪行為の実行時に存在するというのであれば、「人民法院による評価と譴責」、「法院により確定された一種の否定的な法律効果」の関連する内容は、刑事責任の定義からすべて排除されねばならない。

果説」ないし「刑罰処罰説」との区別は、依然として困難である。

刑事責任について、わが国の学者は、「犯罪者が法律によって負担させられた剥奪・苦痛等の刑事的方法による義務」ないし「国家が犯罪者の犯した犯罪について負担を強制する刑事法上の義務」と理解している。責任を法律効果と混同して一括して論じる誤りこそ回避されているが、「義務」と「責任」は、内外を問わず、同等ないし同義の概念と考えられている。中国語辞典によれば、「公民が法に基づいて履行すべき政治・法律・経済上の責任、および、道義上果たさねばならない責任」が、義務であると解釈されている。英語辞典でも、義務 (liability) と責任 (responsibility) は、常に相通じている。したがって、「義務」の語を用いた責任の解釈は、「責任」の語を用いた責任の解釈と同じく、同義反復であって基本的に異ならない。

刑事責任について、他の学者は、単刀直入に刑事法律関係ないし「刑法、刑事訴訟法、労働改造法などの法律関係の総和」と定義している。固より、このような定義は、刑事責任の法律関係という性質を直接示している点で優れている。しかし、刑事責任は一種の刑事法律関係ではあっても、刑事法律関係が刑事責任なのではない。それゆえ、この定義では、責任の内容が漠然として根拠なく拡大されてしまうので、その実質を正しく示すことができない。

第二に、刑事責任は、一種の社会関係・法律関係であるが、この関係の主体を区分すれば、責任者が（自然人および法人を含む）犯罪者であり、責任要求者が国家である。刑事責任の定義は、この両主体の相互関係からその実質が解明されねばならず、一方の主体を基準に刑事責任を定義すれば必然的に偏った定義となる。既述の定義のうち、「刑事責任とは、人民法院が刑事法に基づいて行う犯罪行為に対する否定評価、犯罪者に対する譴責である」という定義は、責任要求者のみに依拠した例であり、「刑事責任とは、犯罪者が負うべき刑事法の定める責任である」という定義が、責任者のみに依拠した例である。いずれも部分的な定義にとどまる。

評価とは、負の価値の社会的危害性であり、犯罪行為の社会危害性に対する評価のみならず責任者の社会危害性に対する評価がなされて初めて、犯罪構成事実の全体機能のすべてを把握しうる。非難とは、譴責であり、単なる責任者に対する譴責ではなく、責任者の犯罪行為に対する譴責でなければならない。日本の刑法理論にいう違法性とは、実際には、構成要件行為の否定的評価・譴責であり、純客観的なものとされて、主観と客観が分割されたにすぎない。「違法は客観的に、責任は主観的に」といわれるのも、責任者に対する非難が刑事責任であると結論づけられたことが、その原因であるにすぎない。

しかし、刑事責任は、一種の事後責任である。責任者は、ただ責任要求者である国家からの否定的評価・譴責ではなく、責務を果たさなかった（刑律を犯した）ことを理由として、その法律効果すなわち法律上の不利益制裁を負担しなければならない。この点で、わが国の学者が提唱する「刑罰処罰説」、「法律効果説」、「刑事法効果負担説」等は、正しいといえる。前ソ連の学者は、行為者が負担すべき法律効果ないし法律制裁が刑事責任である、と理解していた。これも正当である。

ただし、これらの定義には、そのすべてに共通して、責任をそのまま法律効果と同視してしまっている点で問題がある。責任は、一種の社会関係であって実体ではなく、関係という範疇に属するのであって、実体という範疇に属するものではない。したがって、責任は、法律効果すなわち責任者が実際に負担する制裁・懲罰とは同視しえない。この点は、ある学者によって指摘されたところである。例えば、刑事実証学派の社会責任論では、責任者の負担する法律制裁が刑事責任であると理解せず、刑事責任とは、「危険な性格を有する侵害者が社会防衛措置を受けねばならない地位」とであると定義づけている。このような理解は採用しうる。わが国の刑法学者が提唱する「刑事法律効果負担説」は、効果の「負担〈承担〉」と効果自体との区別を企図した見解であり、有益な試みといえる。しかし、中国語として、「承」とは受けること、「担」とは責任を負担することを意味するので、このような表現方法を用いても、「法律効



しかし、上述の定義には、例えば、「法律上の責任とは、広い意味では、行為者が法律上の不利益ないし制裁の責任を負わされることをいう」との説明に示されるように、「責任」の語を用いて責任を解釈するという誤りがある。このように、「責任」の語で責任を解釈するような誤りは、是正されねばならない。責任（Responsibility）について、権威あるウェッジ国際大辞典の解釈では、「責任を負う地位ないし状態（the quality or state of being responsible）」とされており、これは参考に値する。この表現を借りれば、我々は、上述した法律上の責任の定義を、「法律上の責任とは、広い意味では、法律上の不利益ないし制裁を負うべき行為者の地位ないし状態」と修正しうる。この法律上の不利益ないし制裁を負う地位・状態が、責任関係における責任者の地位ないし状態であり、責任者の側から見た責任関係である。

こうして、責任がとりわけ法律上の責任概念であることを明確にした上で、我々は、刑事責任の定義について研究し、共通の基礎を獲得しようとする。以下では、上述した各種多様な刑事責任の定義について理論的な考察を加えるとともに、次の問題を重点的に検討する。

第一に、刑事責任は、一種の事後責任として、刑事立法により構築された責任関係の効果を責任者が負担すべきことを意味している。すなわち、それは、法律上の不利益ないし制裁という結果責任を負うことである。刑事古典学派は、責任者に対する非難（譴責）が刑事責任であると結論づける。しかし、これは、責任・違法性・構成要件該当性の三者を分割した帰結、すなわち主観と客観を分割して価値判断と事実判断を分割した帰結であって、正当ではない。責任が責任者に対する非難を意味するのは当然であるが、このような非難は、犯罪構成事実の全部について全面的・総合的になされる価値判断を基礎とするものであって、非難と価値判断は共に結びついている。なぜなら、責任者自身の主観的要素も、犯罪構成事実の有機的な組成部分だからである。それゆえ、非難は否定的評価と結びついていなければならず、責任者に対する非難も、責任者の犯罪行為に対する非難と結びついていなければならない。否定的

よる要求を受け入れねばならないことを意味している。それゆえ、刑事法の公布・施行は、国家とあらゆる組織・個人との間に責任関係が構築されること、つまり事前責任の存在も意味づけている。

責任関係が構築された後に、組織または個人が、刑律を犯してはならないという責任を果たさず、刑法の禁ずる犯罪行為を実行したのであれば、その組織・個人は、刑法が定める効果すなわち刑法による制裁を負担しなければならない。このように、既に構築された責任関係に基づく効果を責任者が負担することが、刑事責任である。刑事責任は一種の事後責任であり、この事後責任は上述の責任概念から導かれる結論である。ここでは、次のことを指摘しておかねばならない。確かに、刑事責任は、一種の事後責任であり、責任関係の構築・事前責任の存在を前提とする。しかし、それは、すでに構築された責任関係すなわち事前責任への違反を必要条件とするので、事後責任としての刑事責任は、事前責任と密接に関連する不可分な関係にある。つまり、事前責任がなければ事後責任としての刑事責任はありえないので、両者を分断するのは正しくない。

刑事責任は、一種の法律上の責任である。一般的に、法学辞典では、責任は法律上の責任であると説明されている。例えば、1983年に出版された日本の「新法律学事典」は、責任の解釈について次のように説明している。「道義的な責任、政治的な責任に相對するのが、法律上の責任である。広義の責任は、行為者が法律上の不利益ないし制裁の責任を負わされることをいう。これに対し、狭義の責任とは、違法行為を実行した者に対して法律上の制裁を加える意思をいう。これについては、民事責任と刑事責任との区別が可能である。民事責任とは、違法行為によって他人が被った損害の賠償についての個人に対する責任であるが、刑事責任とは、違法行為によって社会を攪乱したことを理由に加えられる社会的制裁（刑罰）であり、社会に対する責任である」。ここでは、法律上の責任は、一種の事後責任すなわち行為者が法律上の不利益ないし制裁を負う責任である、と認められている。このような解釈は、既述のように、一般的な責任概念から得られた結論と一致している。

後に、その行為者が刑事責任の負担を強制されること」であるとする見解（刑事法的効果負担説）<sup>(12)</sup>、⑧「刑事責任とは、刑事法律関係において、その犯罪について、国家が法に依拠して犯罪者（自然人および法人）に負担を強制する刑事法的義務」とする見解（法的義務負担強制説）<sup>(13)</sup>も存在する。

上述した国内外の刑事責任の定義は、その一部分のみを掲げたものによらず、細かな相違まで言い出せば定義の数はこれ以上に及び、その全部をここで取り上げることはできない。しかし、これだけでも、多種多様に刑事責任に関する学説が対立し、科学的な定義を確定することの困難を十分に示している。結局のところ、何が刑事責任の本質的な属性であり特徴なのであろうか。

## 2. 刑事責任の本質的な属性と特徴

責任とは、人と人の間における一種の関係である。すなわち、責任要求者が責任者に対して具体的な内容の要求を行い、これを受けて、責任者が要求された内容の満足を負担するという一種の社会的な関係である<sup>(14)</sup>。

刑事責任は一種の社会関係であり、責任要求者よる要求の提出および責任者による要求の満足という問題の上に構築される関係である。この関係は、刑法の公布・施行によって構築される。責任要求者としての国家は、刑事立法を通じて、あらゆる国家機関、政党、社会団体、企業・事業単位のほか、あらゆる個人に対し、刑律を犯してはならないこと、刑法が禁止する各種の犯罪行為を実行してはならないことを要求し、他方、あらゆる組織・個人は、責任者として、それを望むか否かに関わりなくこの要求を受けねばならず、刑法の禁ずる犯罪行為の実行が許されなくなる、というものである。このように、刑事法が一旦公布・施行されると、国家とあらゆる組織・個人との間には、一種の責任関係が構築される。このような責任関係は、事前責任と呼ぶことができる。人民の意思と利益を代表する刑事法は、国家がその執行を強力に保障する命令規範であるから、その公布・施行は、いかなる組織も何人もこの命令に

## 第2節 刑事責任の概念

### 1. 刑事責任の多義性

長い間、刑事責任の理解に関しては、これまで意見が多岐に分かれ、統一された刑事責任の定義は存在しなかった。まさに、ある学者が言っているように、刑法学の責任概念は多義的である。

刑事責任が多義的になった原因は、多面に及ぶ。異なる刑法学派の対立のほか、責任ないし法律上の責任に関する理解の相違、さらに刑事責任それ自体に対する認識の分裂も、その原因であるといえる<sup>(5)</sup>。わが国では、やや遅れて刑事責任の研究が始まったので、研究の開始以来、刑事責任の観念は、各国の学者の影響を受けてきた。それゆえ、刑事責任の概念は、さらにその多義性が著しいものとなっている。例えば、刑事責任とは、①「犯罪者が刑事法の規定する責任を負うこと」であるとする見解（法律責任説）<sup>(6)</sup>、②「刑事法規に抵触した者が、公安司法機関による法に依拠した追及を受け、管制・拘留・有期懲役・無期懲役・死刑・罰金・政治権利剥奪・財産没収という八種類の刑罰による処罰を負担すること」であるとする見解（刑罰処罰説）<sup>(7)</sup>、③「刑事法の禁止する行為の実行者が、刑事法の規定に基づいて負担しなければならない法律上の効果」であるとする見解（法律効果説）<sup>(8)</sup>などが主張されている。また、④「刑事責任とは、犯罪者が、自己の行為のゆえに、法に基づく国家の刑罰的処罰を受忍する特殊な義務を負うこと」とする見解（刑事義務説）<sup>(9)</sup>もある。さらに、刑事責任とは、⑤「人民法院によって刑事法に基づいてなされる犯罪行為に対する否定評価、および犯罪者に対する譴責」とする見解（否定評価・譴責説）<sup>(10)</sup>、⑥「犯罪の後に社会的譴責・法律的制裁を受けねばならないという行為者の心理状態、およびこの心理状態に即応した法的地位」とする見解（心理状態・法的地位説）<sup>(11)</sup>、⑦「刑事責任とは、行為者が、刑事法上の義務に違反する行為による刑事法的効果として具体的に、行為者に対する国家の道義的・政治的な否定評価を負担すること」、「刑事責任とは、裁判所によって、刑事上の義務違反ゆえに譴責されねばならないことが法に依拠して確定された

る。かような「有罪性」ないし「罪責」という意味での責任が、刑事責任である。ところが、日本の刑法学者が責任という用語を用いる場合、そこには少なからず混乱が見受けられ、注意を要する。例えば、木村亀二主編「刑法学事典」では、「刑法における責任とは、構成要件に該当する違法な行為を根拠として行為者に対してなされることの無価値判断としての非難または非難の可能性をいう。刑法上の責任とは、正確には刑事責任であり法的責任である」と記述されている<sup>(3)</sup>。これに対して、福田平・大塚仁の両教授が編集された「日本刑法総論講義」では、「責任（有責性）とは、犯罪行為について、その行為者を非難しうることをいう。犯罪の成立要件としては、行為が構成要件に該当して違法であることの他に、さらに、その行為者に責任が存在することが必要である。……刑法学上、刑事責任という観念が用いられることが少なくないが、これは、右の意味での責任ではなく、いわゆる罪責、すなわち刑を科せられるべき行為者の地位を意味する」と論じられている<sup>(4)</sup>。

わが国および旧ソ連の一元論的犯罪論体系の下では、責任は犯罪構成に外在する独立の犯罪成立要件であるとされなかったため、従来、責任という用語が、このような意味で用いられることはなかった。わが国の刑法における責任とは、刑事責任を意味する。刑事責任の概念を理解する上で、幾多の異なる視点が存在してきたが、刑事責任は、犯罪と刑罰とを結びつける重要な連結部分であり、犯罪が刑事責任の前提になるので、犯罪がなければ責任もない。また、刑罰は刑事責任に先導されるので、責任がなければ刑罰もない。このような罪・責・刑の関係は、多くの学者が認めるところである。ただ、この三者の相互関係を具体的に論じる際に、依然として若干の相違があるにすぎない。現在の状況からして、わが国の刑事責任の理論は、なお創立されて間もない段階にあるので、多くの問題について継続的な深い研究・探求が待たれている。



たことから、資産階級の多元的犯罪論体系では、責任は単に犯罪成立三要件の一つにすぎず、構成要件該当性、違法性とならぶ第三の要件とされた。責任主義の第一の意義から分析してみると、責任の不存在から直接的に刑罰なしとの帰結に到達するわけではなく、犯罪の不存在すなわち犯罪不成立が導かれるにすぎない。犯罪不成立の結果として、初めて刑罰がなくなるのである。したがって、責任を犯罪成立の一要件とするならば、責任は、犯罪と刑罰を結びつける中間的連結点ではないことになる。

また、責任主義の第二の意義すなわち量刑基準としての責任主義を分析してみると、何ゆえに責任の軽重によって刑罰の軽重が決定されねばならないのか。その根拠が問われる。一般原則からすれば、刑罰は、犯罪に対する法的効果である。資産階級の多元的犯罪論体系の下では、犯罪とは構成要件に該当する違法で有責な行為である、と定義される。刑罰の軽重が責任の軽重のみに依拠するとすれば、構成要件該当行為の性質および違法性の程度は刑罰の根拠から排除されることになるが、これは明らかに不合理である。ある資産階級の学者の解釈では、このような不合理な現象は、責任という言葉の二義性によるものといわれる。責任という言葉には二種類の意味があるとされ、その一つが帰責性（ないし有責性）であり、行為者に対し無価値判断としての非難を加える可能性を意味する。ここでいう無価値判断とは、否定的評価すなわち非難・譴責をいう。そして、もう一つの意味が、有罪性である。責任主義として論じられる責任では、責任は「有罪性」の一側面になる。それゆえ、実質的には、構成要件該当性・違法性・責任という犯罪成立の三要件によって構成される犯罪それ自体の軽重に依拠して、刑罰の軽重が決定されねばならないことが、責任主義の意義となる。このような理解からすれば、責任と犯罪・刑罰との関係は両者の中間的連結点としての意味を持つ、といえるかもしれない。しかし、ここでいう責任とは、もはや犯罪成立の三要件の一つとしての責任、すなわち行為者に対する非難ないし非難可能性ではなく、「有罪性」であり、「罪責」とも呼ばれるものであ

責任能力を有する者が故意または過失によって社会危害行為を実行して、初めて懲罰を受けることになる。故意ないし過失等の主観的要素が欠落するならば、責任は存在せず、処罰もされない。それゆえ、この原則は、結果責任に反対して主観的責任を強調するものである。「責任なければ刑罰なし」の原則は、個人責任を強調して、団体責任に反対することも意味している。責任とは行為者の故意ないし過失であるから、この故意・過失がない者は、責任がないため、その行為を理由に処罰されることはない。「責任なければ刑罰なし」の原則は、主観的責任および個人責任を強調して、刑罰の不当な拡張（無辜者の連座責任、客観的帰責）を制約することをその目的とする。後の学者の中には、「責任なければ刑罰なし」を「責任あれば刑罰あり」へと改めて、これを積極的責任主義と称し、それまでの制限的機能を有する責任主義を消極的責任主義と呼び、これを批判する者もいた。しかし、このような批判は正確ではない。なぜなら、責任の存在は単に処罰に必要な前提であって、懲罰が必要か否かは、政策的要素等の各種の要素によって決定されるからである。したがって、責任が肯定されても処罰がなされない場合もある。わが国の刑法も、例えば犯罪後の自首ゆえに刑罰を免除することができるように、刑罰の免除事由について規定している。

**第二の意義**として、刑罰の軽重は責任の軽重によって決定される。刑罰の軽重は、責任の軽重に応じたものでなければならない、とも説明される。このような意味での責任主義は、量刑基準としての責任主義、量刑における責任主義とも呼ばれる。この責任主義では、刑罰の量定に際して、責任の軽重以外の政策的諸要素も考慮されるとはいえ、依然として責任の軽重が刑罰の軽重を確定する要因である、ということが要求される。いかなる事情の下であれ、責任の軽重を超越して刑罰を科すことは許されない。換言すれば、「あらゆる刑罰は、責任の範囲内に限定されねばならない」のである。資産階級によって責任主義が提起されたことで、刑事責任の研究が刑法理論の重要な課題となり、多種多様な責任理論が展開された。しかし、資産階級の論じた責任は主観的責任であっ

犯罪者は、決して人ではなく司法の奴隷にすぎなかった。犯罪者の罪を定め刑罰を下す理由は、単に鎮圧と威嚇であるとされ、行為者が主観的に責任を負うか否かの考慮は、要請されなかった。このような中世の刑法原則を、資産階級は結果責任・団体責任と称した。結果責任は、客観的責任とも呼ばれ、行為の危害結果のみを根拠として刑罰を下すことを意味し、主観的な罪責については何も問わない。これに対し、団体責任とは、一人の犯罪につき集団が刑事責任を負うことを意味するが、その本質は無辜の人への連座責任である。

刑事責任および責任理論の提起は、刑法の歴史的な進歩であるが、そもそも資産階級によって責任主義が提唱されたのは、中世の結果責任と団体責任を否定するためであった。それゆえ、その目的は、主観的責任と個人責任に依拠して、結果責任・団体責任による刑罰の不当な拡張および無辜の処罰を防止し、ひいては、公民の基本的人権を保障することにある。

**責任主義は、西側諸国の刑法における重要な基本原則の一つであり、次の二つの意義をもつ。**

第一の意義は、「責任なければ刑罰なし」(Ohne Schuld Keine Strafe)である。これは、最も初歩の責任主義であるとともに、その最も主要な意義でもある。この原則は英米法体系では、「犯意なければ犯罪なし」と表現される。「刑法の基本原則は、「犯意ある行為でなければ、犯罪は構成されない」という格言に体现され—ある行為に法律上非難される意図がなければ、その人を法律的意思での犯罪者とすることはできない」<sup>(2)</sup>。ここでいう責任は、行為者の主観的な心理状態を意味し、まず故意ないし過失が主要なものとされる。1909年のドイツ刑法予備草案58条1項には、このような観点が反映され、その後段には、「行為者の責任は、故意または過失に依拠して確定する」と定められていた。さらに後には、責任能力と期待可能性が、責任要素として提唱されるに至った。責任なければ刑罰なしの原則は、責任が刑罰に必要な前提であることを強調する。刑罰を科すためには、責任が存在しなければならない。すなわち、



## 第18章 刑事責任（何秉松）

長井 圓

藤井 学 共訳

御手洗大輔

### 第1節 刑事責任概論

刑事責任〔罪責〕は、刑法および刑法理論における極めて重要な問題の一つである。刑法総則第2章1節では、刑事責任がその標題とされている。刑法と刑事訴訟法には、刑事責任に関わる数多くの条文が設けられている。刑事責任とは、自己の実行した犯罪行為について犯罪者が負わねばならない法的な責任をいう。これは一方で、犯罪と必然不可分な関係にあるとともに、他方では、刑罰の適用に必要な前提でもある。また、刑事責任は、犯罪と刑罰とを結合する重要な連結部分であり、定罪および量刑にあたって、重要かつ全体的な作用を担う。犯罪・刑事責任・刑罰の三者は、緊密に関連する関係にあり、共に刑法の最も基本的な内容をなしている。こうして、三者が結合し一体化したものが、犯罪構成〔犯罪成立要件〕である。したがって、犯罪構成の研究では、刑事責任を研究しないわけにはいかず、逆に、刑事責任の研究でも、犯罪構成を研究しないわけにはいかない。1986年の「中国の特色ある犯罪構成理論の新体系の構築」<sup>(1)</sup>において、刑事責任の問題について独立の章を設けて研究しなければならない、とした記述は、まさにこのような理由に基づく。そこで、本書の理論体系でも、刑事責任を犯罪構成の終着点として承認している。

歴史的に、刑事責任は、長きにわたって軽視されていた領域である。奴隷制・封建制国家の刑法は、根本的に、人が自己の犯罪行為に対して責任を負わねばならない理由を問題視せず、また、人の主観的な故意・過失〈罪過〉が刑事責任の必要条件であることを認めていなかった。このように「人を蔑視し、人を人としなない」社会制度の下であったために、

売られる婦女若しくは児童を買い取り、第2項又は3項に規定する犯罪行為を行った場合は、数罪併罰の規定により処罰する」と定めている。刑法241条1項の誘拐された婦女・児童を買い取る行為と、3項の人身の自由を制限する行為とは、牽連関係があるにもかかわらず、「重い罪で論ずる」のではなく、数罪併罰を行うとしているのである。

したがって、牽連犯を一律に裁判上の一罪あるいは処理上の一罪とする認識は、正しくない。牽連犯の処罰問題は、理論上さらに研究を深める必要があるだろう。実務でこの種の案件を処理するときは、法律の規定があれば、厳格に法律の規定に従って定罪し、量刑を行わなければならない。

- (1) 王勇『定罪序論』(中国人民大学出版社1990年版) 65~66頁。
- (2) 川端博他『現代刑法論争』(1983年日本語版)。
- (3) 彭真『新中国の政治および法律の任務』(中央文献出版社1992年版) 236頁。
- (4) 彭真・前注(3) 260~261, 404頁。
- (5) 彭真・前注(3) 126頁。
- (6) 彭真・前注(3) 212, 228頁。
- (7) 董必武『社会主義民主と法制』(人民出版社1979年版) 156頁。
- (8) 彭真・前注(3) 130頁。
- (9) 陈朴生『刑法專題研究』(台湾三民书局1983年版) 494頁。
- (10) 蔡墩铭主編『刑法総論論文選集』(台湾五南图书出版有限公司1984年版) 677頁。
- (11) 顧肖荣『刑法における一罪と数罪の問題』(学林出版社1986年版) 11頁。
- (12) 高铭暄・马克昌主編『中国刑法学』(中国人民大学出版社1989年版) 210~225頁。
- (13) 杨春洗・杨墩先主編『中国刑法論』(北京大学出版社1994年版) 144~158頁。
- (14) 马克昌主編『犯罪通論』(武汉大学出版社1991年版) 592~593頁。
- (15) 马克昌主編・前注(14) 588頁より引用。
- (16) ロシア連邦総検察院編『ロシア連邦刑法典の解釈』(中国政法大学出版社2000年版) 30頁。
- (17) 木村亀二主編『刑法学事典』(中国語版)(上海翻译出版公司1991年) 402頁。

触している。すなわち犯罪の結果行為が、その他の罪名に抵触するのである。以上の二つの場合、いずれも牽連関係が存在している。前者は詐欺罪の牽連犯であり、後者は窃盗罪の牽連犯である。

牽連犯は一罪であるのか、それとも数罪であるのか。法益説・行為説と構成要件該当数説によれば、その性質は本来的数罪に属し、ただ科刑上「その最も重い刑で処断する」ため、科刑上一罪あるいは裁判上一罪であるとされる。他方、意思説によれば、それは本質的に一罪であり、したがって、それを科刑上の一罪に挙げる必要がないとされる。

わが国の伝統的刑法理論も、牽連犯を実質上数罪であると認識し、ただ科刑上「重い罪で論ずる」ため、裁判上の一罪または処理上の一罪としている。

牽連犯を本質上数罪とする認識は正しい。なぜなら、犯罪の手段あるいは結果としての行為が、元来の犯罪と牽連関係が存在するとしても、それは別の故意で実行した別の犯罪行為であり、かつ別の犯罪構成に符合し、それ自体が独立した一罪となるからである。したがって、ここでは数罪であり一罪ではない。

しかし、それを処断上の一罪あるいは科刑上の一罪とすることは、再考しなければならない。日本刑法は、牽連犯について「その最も重い刑により処断する」と定めている。日本の刑法理論と実務の理解によれば、「最も重い刑により処断するとは、重罪のみが成立し、他の犯罪を問わないという意味ではない。したがって、重罪に没収・追徴の定めがなく、他の犯罪にこれらの処分があるときは、併合罪の場合と同様に、没収・追徴を付加することができる」<sup>(17)</sup>。ということは、いわゆる「その最も重い刑により処断する」とは科刑時にもそれを一罪とするのではなく、事実上依然として二罪とするが、量刑時併罰しないということを意味しているにすぎない。ならば、どうしてこれを処断上の一罪あるいは科刑上の一罪であるといえるだろうか。

また、わが国の刑法の規定から見ても、すべての牽連犯について「重い罪で論ずる」としているわけでもない。刑法241条4項は、「誘拐され

つの刑罰のみが言渡され、最も重い刑罰を定めた法規を基準とする考え方とは、明らかに異なっている。

我々は、犯罪構成系統論に基づき、上述の想像的競合の場合には、発生した結果の数の多少に関わりなく、すべてが統一的な犯罪構成の有機的統一体の組成部分であると認め、したがって、形式的にも実質的にも一罪であって数罪ではないと考える。結果の多少は、危害性の大小に影響するにすぎない。このため、想像的競合に際しては、当該行為が該当する法定犯罪構成に照らして罪を確定し、刑罰を言渡すべきである。想像的競合は、法条競合とは厳格に区別すべきである。前者は、二つ以上の法条が外見上競合しているにすぎず、実質的には競合関係は存在していない。後者は、競合関係が真に存在しており、必ず数個の法条の中から、一つの最もふさわしい条文を選択して他の条文の適用を排除する必要があるのである。

(3) 前述した選択的一罪・複合的一罪・複数的一罪の場合は、刑法の規定によりその罪数を決定すべきである。刑法規定に違反して数罪として、定罪および量刑をしてはならない。

#### (4) 牽連犯

牽連犯とは、ある犯罪を行うときの犯罪手段あるいは結果が、他の罪名に触れる場合を指す。すなわち数個の犯罪構成に該当する事実間に、手段・結果の関係がある場合である。ある行為がある犯罪の手段である場合は、当該行為と犯罪行為の間には手段関係が存在し、ある行為がある犯罪の結果である場合は、当該行為と犯罪行為の間には結果関係が存在することになる。前者は、目的行為と手段行為との牽連であり、後者は原因行為と結果行為との牽連である。例えば、公文書・証明書を偽装して詐欺を行う場合、詐欺手段としての公文書・証明書類の偽造行為は、すでに刑法280条の公文書証明書印章偽造罪に触れている。すなわち犯罪の手段行為が、その他の罪名に触れる。また例えば、他人のトランクを盗んだ後にその中に麻薬があったことが分かり、それを隠匿した場合、窃盗行為の結果としての麻薬占有は、刑法348条の薬物不法所持罪に抵

た場合は、重い刑を定める規定に照らして処罰する」。一般原則からすれば、刑法140条と141条ないし148条とは、一般法と特別法の関係にあるから、法条競合の場合、特別法を適用すべきであるが、刑法149条2項は択一関係によって処理すべきと定めている。これは一種の特別規定である。

## （2）想像競合（観念的競合）

想像競合とは、一つの行為が表面上数個の罪名に触れる場合をいう。すなわち自然的に観察すれば、一つの行為が、数個の犯罪構成要件の結果を惹起する場合である。それには、さらに同種の想像的競合と異種の想像的競合の二種類がある。前者は、一つの行為が数個の同種の犯罪構成の結果を惹起する場合、例えば、石を投げて数人を傷害する場合がそれである。後者は、一つの行為が数個の異なる犯罪構成の結果を惹起するであり、例えば、一回の射撃で一人を殺し一人に傷を負わせた場合がそれである。以上の場合が一罪なのかそれとも数罪なのかは、西側諸国の刑法理論では、罪数区分の基準の相違から、認識が統一されていない。実質数罪だとする見解もあれば、実質一罪とする見解もある。しかし、前述したロシア連邦刑法典17条の規定によれば、数罪は、刑法の異なる条文ないし同一条文の異なる項に定められた二つ以上の犯罪を実行した場合だけに限られない。一つの行為が、二つまたは二つ以上の条文に定められた犯罪の要件を包摂する場合にも、数罪とされる。ロシアの刑法理論によれば、通常、前者の場合が実際（実質）的数罪であり、後者の場合が想像的数罪であるとされる。ロシアの刑法理論は、「一回の犯罪というのが想像的数罪の特徴であるが、当該行為はその因果関係の上で、複数の結果ないし複数種の結果の必然的な発生が決定づけられている。こうして、刑法各則の別個の条文で保護された異なる客体が、損害を被ることになる。……このような場合、その行為は、一つの刑法規範のみに包摂されえないので、刑法各則の二つ以上の規範が適用されねばならない」ことを認めている<sup>(16)</sup>。このような考え方は、ドイツ刑法典52条が定めるように、同一の犯罪行為が数個の刑罰法規に触れる場合には、一

(数個の条文に触れる) ように見えるが、しかし実際には、これらの法条規定の内容にある種の競合あるいは包括関係が存在しているため、その中の最も相応する法条を一つ選択して定罪量刑の根拠とし、その他の法条の適用を排除する場合をいう。法条の選択適用においては、一般に以下の原則に基づくべきである。

1) 特別関係。すなわち一般法と特別法の関係である。二つ以上の法条間に特別法と一般法の関係が存在する場合は、特別法が一般法よりも優先する原則に従って、特別法を適用すべきである。このため、一つの犯罪行為が形式上一般法にも符合し、また特別法の法定犯罪構成にも符合する場合は、特別法を適用すべきである。しかし、もし法律に明文規定があるならば、法律の規定に従うべきである。

2) 吸収関係。一つの法条の犯罪構成内容が他の法条のそれを超過する場合には、吸収関係が存在し、後者は前者に吸収されることになり、したがって、前者の適用は後者の適用を排除する。最もよく見られる吸収関係は、以下のものである。実害行為が危険行為を吸収する場合。例えば、刑法119条が規定したのは交通道具破壊罪の実害行為であり、刑法116条が規定したのは交通道具破壊罪の危険行為であるが、両者には吸収関係が存在する。定罪時には、この二つの条文中の一つを選択しなければならない場合、後者は前者に吸収され、前者の適用は後者の適用を排除する。

また、例えば、犯罪の既遂行為と犯罪の予備行為との間にも、吸収関係が存在する。

3) 択一関係。一つの法条の犯罪構成と他の法条の犯罪構成とが、犯罪構成自身から言えば、定罪時にそのいずれも選択しうる場合、それらの間に択一関係が存在している。この場合には、一般に刑が重い法律の条文を選択して定罪の根拠とし、他の条文の適用を排除すべきである。

刑法149条2項は、択一関係に関する特別規定であり、次のように定めている。「本節141条ないし148条に定める製品を生産し又は販売した者が、当該条文の犯罪を構成すると同時に本節140条の犯罪をも構成し



きことを提唱したい。すなわち、構成要件を充足させる事実が一回発生すれば一罪であり、構成要件を充足させる事実が二回発生すれば二罪である」<sup>(15)</sup>。

上述した各種学説は論争を続けており、かつ司法実務には、各種の学説を採用した判例がある。犯罪構成系統論からみると、行為説・法益説・意思説は、いずれも科学的でないものである。いずれの立場も唯物弁証法の系統観に違背し、構成要件を孤立化させて一罪あるいは数罪の問題を解決しようとするからである。これらの立場に比べて、構成要件該当数説は、個々の要素のみならず、構成要件の全体を基準に一罪数罪の問題を解決しようとするものであり、その科学性と合理性は他の三説より高いものである。しかしそれは、多元的犯罪論体系に従属するものであるので、必然的に当該体系自身の欠陥を持ち、したがって、適正に罪数問題を解決することができない。

わが国の刑法理論においては、一般に、犯罪構成の個数で罪数を区分すべきとされている。しかし、このような抽象的な言い方は、正確性を欠く。ここでは、法定犯罪構成と犯罪構成事実を厳格に区分すべきである。法条の規定からみれば、一般的に一つの法定犯罪構成なら一罪であり、二つならばすなわち二罪なのである。これに対して、刑法を適用して定罪をする時は、犯罪構成事実を基準とすべきである。法定犯罪構成に該当する事実が一個存在すれば一罪であり、二個存在すれば二罪なのである。ただし、刑法に特別規定がある場合は、刑法の特別規定をもって基準とするべきである。例えば、上述した四種の特殊情況は、刑法の特別規定に属するものである。この基準に基づいて刑法の定罪問題を解決するならば、特に難しい問題が生じないであろう。行為が一つの犯罪構成事実を構成するなら、一罪を構成するのであり、それに相応した法定犯罪構成の条文を適用して罪を認定し刑を量定すれば足りるのである。しかし、以下の場面に注意する必要がある。

### （1）法条競合

法条競合とは、ある行為が表面的には数個の刑法の条文に符合する

### 3. 定罪における罪数問題

刑法上の罪数の規定を研究するのは、主に刑法の条文を適用して罪を認定する時に発生しうる罪数問題を解決するためである。

この問題を研究するには、まず定罪時における罪数区分の基準を研究する必要がある。

西側諸国の刑法においては、罪数区分の基準に関して、主に以下の幾つかの学説がある。

1) 行為説。犯罪は行為であるという前提から出発し、自然的行為の数をもって犯罪の単複数を決定する立場である。行為は、原則的に意思発動と結果という二つの要素を含むので、この二者がすべて単一である場合は、当然に一つの行為となる。また、結果が複数で犯意が単一のとき、あるいは犯意が複数で結果が単一であるときも、行為は一つのみということになり、したがって、罪数上は一罪となる。

2) 法益説。犯罪の本質は法益の侵害であるという立場から出発し、犯罪行為が侵害したあるいは侵害しうる法益の個数で罪数を区別する立場である。法益説は、法益を専属的法益（例えば生命・自由など）と非専属的法益（例えば財産など）とに分ける。前者は、法益の主体によって法益の個数を確定する。このため、射撃で数人を射殺すれば数罪である。後者は、法益の帰属に基づいて法益の個数を確定する。例えば甲・乙・丙の三家から財物を盗めば、数罪なのである。

3) 意思説。行為者の意思の単複数をもち、犯罪の単複数を区分する基準とする立場である。単一の意思で行為に出たならば、どのような結果であろうと一罪であるとする。もし二つの意思であれば、結果が一つだとしても二罪であるとする。

4) 構成要件該当回数説。構成要件をもって基準とし、事実が構成要件に一回該当すれば一罪、二回該当すれば二罪だとする。この立場は、犯意・行為あるいは法益のみを罪数区分の基準とすることに反対する。

構成要件基準論は、日本の小野清一郎教授が提唱したものである、彼は、次のように述べている。「罪数論に関して、構成要件を基準にすべ



連続犯を構成する。上述した刑法89条の規定によれば、犯罪行為が連続状態にある場合は、犯罪行為の終了日から起算をする。これは、この種の犯罪がわが国の刑法では一罪とされることを意味している。この種の犯罪は、上述した刑法の規定した複数的一罪（重複的一罪）と類似しているが、全く同じというわけではない。連続犯の成立は、必ず行為者が同一あるいは概括の故意をもっていること、数個の犯罪行為に連続性があることが要求されるが、刑法の複数的一罪に関する規定には、このような制限はない。

多数回にわたる犯罪は、現代犯罪の普遍的な現象であり、立法者と刑法理論の重大な注目を集めている。わが国の刑法には、複数的犯罪に関する規定が少ないが、原則上すべて一罪の加重処罰の情状としている。1996年のロシア連邦刑法典は、各則において複数的犯罪について具体的に規定しているのみならず、総則において概括的規定を置いた。当該法典の16条は、次のように規定する。「複数的犯罪。①本法典の同一条項の犯罪を2回以上実行したものは、複数的犯罪である。本法典の異なる条項の犯罪を二回以上実行したものは、本法典各則に相応する規定がある場合に限り、複数的犯罪としうる。②以前の罪について、すでに法定の手續に従って刑事責任を免除しあるいは前科を抹削した場合、犯罪は複数的犯罪としない。③本法典が複数的犯罪を加重処罰の情状として規定した場合、行為者の行った犯罪については、複数的犯罪について刑罰を定める本法典の相応する規定に基づいて罪を認定するものとする」。これらの規定は、わが国の複数的犯罪に関する規定と共通点もあるが、相違点もある。複数的犯罪は、罪数理論が高度に重視して深く研究しなければならない重要な問題である。

以上の事実は、伝統的罪数理論がもはや実務の要請に答えられなくなったことを物語っており、それに対する改革は、刑法発展の必然の要求なのである。

208条の暴行または222条の脅迫と、これらの行為に基づいた財物の窃取（刑法235条）とを結合させたものである。これら結合された行為は、単一の構成要件（強盗罪）に該当し、それを結合する各行為（暴力・脅迫・盗取など）の間には牽連関係が存在しない。結合犯は一罪である。我々は、この種の理論は科学的でないものだと認識する。かつ、わが国の複合の一罪と日本の結合犯は全く同じものではない。

#### （4） 複数的一罪（重複的一罪）

これは、同一犯罪構成が複数回重複して成立する一罪である。例えば、刑法358条が規定するところの「数回にわたって他人に売春させた」とは、まさに複数的一罪である。「薬物取締に関する決定」2条9項は、「数回にわたって薬物を密輸、販売、運搬、製造した場合、処理を経ていないものについては、薬物の数量を累計して計上するものとする」と定めているが、これも複数的一罪である。また、例えば刑法383は、「数回にわたって横領して処理を受けたことのない者に対しては、横領額を累計して処罰する」と定めており、刑法153条は、「数回にわたって密輸しても、処理を受けなかった者は、密輸の貨物又は物品の納付すべき脱税額を累計して処罰する」と定めており、刑法201条は、「前2項に規定する行為を数回行い、処理を受けなかった場合は、その額を累計して処罰する」と定めている。これらの規定にも、複数的一罪が含まれる。

複数的一罪を講じる際、連続犯の問題にも触れなければならない。わが国の刑法89条は、次のように規定している。「犯罪行為が連続又は継続の状態にある場合は、犯罪行為が終了した日から計算する」。ここでは、行為の連続状態について言及しているが、それに対する解釈を加えていない。一般に、これは刑法上の連続犯のことである。いわゆる連続犯とは、一般に同一あるいは概括の故意に基づいて、数回にわたって連続して同じ性質の犯罪行為を行い、同一の罪名に触れる犯罪を指す。一般に連続犯は、一罪であると認められ、数罪ではない。例えば、甲が某倉庫の米を盗もうとする概括故意に基づいて三晩のうちに車を運転して9回倉庫へ盗みに入り、4000キログラム強の米を盗み出した場合、甲は

了する。継続犯は、刑法上規定する一罪であり数罪ではない。拘禁時間がいかに長くても、やはり一罪である。継続犯の特徴は、既に完成した犯罪構成が長期または短期にわたる一つの過程を形成し、その過程が終わって、初めて犯罪行為が終わるところにある。

### （2） 選択的一罪

これは、刑法の条文で複数の独立した犯罪構成を規定し、一つの犯罪構成または二つ以上の犯罪構成のいずれによっても、一罪が成立する場合を指す。例えば、刑法347条の麻薬の密輸・販売・運搬・製造の罪は、密輸・販売・運搬・製造のいずれの行為も独立した犯罪構成であり、単独で一罪が成立しうるが、販売・密輸でも一罪が成立し、運搬・販売あるいは密輸・販売・運搬・製造でも一罪が成立するのである。

### （3） 複合的一罪

これは、二つあるいは二つ以上の法定犯罪構成で一罪が成立する場合を指す。例えば、刑法240条は「誘拐されて売られた婦女を姦淫した」と規定しているが、これは、婦女を誘拐した犯罪者が犯行の過程において、被害女性と性関係をもった場合を指す。この場合、行為者が暴力あるいは脅迫手段を用いるか否かを問わず、被害婦女に反抗行為があったか否かを問わず、すべて誘拐され売られる婦女を姦淫した行為とされ、婦女児童誘拐罪を構成するだけであり、数罪にはならない。これは正に、複合一罪である。また例えば、刑法358条は「強姦した後、脅迫して売春させた」と定めているが、これは強姦行為と売春強要行為とが関連を持っている場合を指し、売春強要罪の法定加重事由なのである。したがって、この場合は数罪ではなく、売春強要罪一罪が成立するのである。このため、これも正に複合一罪である。しかし、もし強姦行為と売春強要行為の間に関連がなかったならば、別々に罪を認定して、併罰を行うべきである。

ところが、一部の国の刑法には、いわゆる結合犯の規定があるが、これは構成要件が数個の刑法上独立して罪となる行為を結合させた犯罪を指す。例えば、日本刑法236条の強盗罪は、日本の学者の解釈によれば、

らといって、二罪と認識してはならないのである。さもなくば、本来なら一罪たる法定犯罪構成を、数罪として理解しかねない。甲が、売買を目的に、一人の婦女を誘拐したほか、一人の婦女を力づくで連行し、一人の児童を買い取ったとしよう。この場合、甲は、やはり一つの婦女児童誘拐罪を犯したのであり、数罪を犯したことにはならない。なぜなら、刑法240条の婦女児童誘拐売買の規定によれば、売買を目的とした婦女・児童の誘拐・略取・買取・販売・授受・転売のいずれの行為に該当しても、みな婦女児童誘拐罪が成立するとされるからである。たとえ、多数の婦女・児童誘拐であっても一罪を構成する（この例について、理論から分析するならば、多様の結論となるであろう）。

一罪についての各国の刑法には、それぞれ各自の特徴があるため、刑法の規定による罪数に対する分類は、各国の刑法の実際状況から出発すべきであり、無理に同一性を求めるべきではない。わが国の規定に基づけば、一罪は次の種類に分けることができる。

#### (1) 単純的一罪

これは刑法上一つの犯罪構成を一罪として規定している場合を指す。犯罪構成に関する規定は、その内容が単純なものもあれば(例えば、一つの罪過、一つの行為、一つの結果)、複雑なものもある(罪過・行為・結果は、いずれも一個とは限らない)。例えば、刑法232条の故意殺人罪が前者の例であり、刑法134条の重大責任事故罪が後者の例である。結果的加重犯も、犯罪構成内容が複雑な単純一罪に属する。

単純一罪には、継続犯も含むべきである。刑法89条は、犯罪行為が継続する状態にある場合、犯罪行為の終了日から、その訴追期限を計算する。ここでいう継続状態が、刑法理論上の継続犯のことである。継続犯とは、行為者が犯罪行為を行い、その犯罪が既に既遂に達しているが、犯罪行為はやはり継続状態にある場合を指す。例えば、刑法238条の人身自由不法剥奪罪は、行為者が他人を不法に拘禁すれば同罪が成立し、既遂に達したと認められる。しかしこの場合、拘禁行為はなお継続状態にあり、被拘禁者が人身の自由を回復した後初めて、不法拘禁状態が終

である。

刑法の規定のみを罪数分類の基準とすれば、上述した問題を回避して、理論と実務の認識を統一することができるだけでなく、罪数研究を正確な方向に沿って深化させることができる。現在各国の罪数に関する刑法規定は、一般にみな一罪一刑のモデルを採用するが、これは、刑罰は犯罪の数と相応すべし（*Quot criminc, tot poenau*）というローマ法の伝統に由来するものである。もちろん、立法の便宜を考慮して、一つの法条に二つあるいは二つ以上の犯罪を定める場合もあるが、本質上はやはり一罪一刑であり、それらの法定刑が同一であるだけのことである。他方、次のような見解もある。主観主義刑法の発展につれて、犯罪は行為者の反社会性の現れであるから、行為者の人格矯正の観点からすれば、数罪を犯したのか一罪を犯したのかを区別するのは重要でないことが強調されるようになった。したがって、数罪を犯した者に対しても、その全人格を総合考慮しなければならないことになり、そのような考慮から一人一刑の制度が登場してきた。このような見解にも一理あるが、しかし現在の刑事立法が一人一刑のモデルを採用していると断言することは難しい。たとえ一人一刑（例えば、常習犯）を規定した刑法の条文があっても、ごく例外的なものである。

一罪とは、刑法の定めによれば、法律の規定した一つの犯罪構成を指す。すなわち一つの法定犯罪構成が一罪である。犯罪の実際の状況は非常に複雑であり、同時に、立法者が犯罪構成を規定するときには、統治階級の意思・利益および刑事政策を十分に考慮する必要があるため、法定犯罪構成の諸要素、例えば犯意・行為・結果・侵害法益などは、往々にして単一のものでなく複雑多様なものであり、犯罪構成の構造や性能も、複雑多様なものである。したがって、犯罪構成を単純化あるいは典型化してはならない。一つの犯意に基づいて、一つの行為を実行し、一つの結果を惹起し、一つの法益を侵害すれば、一つの犯罪構成が成立して、一罪となる。いずれかの要素が複数であれば（例えば、二つの行為、二つの犯意あるいは二つの結果）、二つの罪であることが可能であるか



罪として規定される場合、数行為が処理する時に一罪とされる場合<sup>(12)</sup>の三つである。また、この他に、典型一罪・典型数罪・罪数不典型（すなわち不典型の一罪または数罪）とする三分法<sup>(13)</sup>や、単純一罪・実質一罪・裁判上一罪とする三分法<sup>(14)</sup>もある。

上述した各種の分類方法はみな合理的根拠があり、罪数を研究する上で参考すべき価値がある。しかし、全体から見れば、基準も方法も様でなく、特に刑法上一罪・理論上一罪・処断上一罪という異なる三基準による分類を同列して議論するため、混乱を招きやすく、実務で定罪問題を解決するにも役立たない。我々は、根本からこの種の分類法を改めて、刑法の規定のみを基準にすべきであり、理論上一罪と処断上一罪のような分類方法を排除すべきだと考えている。その理由は次の通りである。

第一に、結局のところ、罪数問題も、他の刑法の問題と同様、実際の適用時において、刑法の規定を基準としなければならない。刑法において、一罪とされていれば一罪であり、二罪とされていれば二罪である。このように捉えてこそ、実務における基準を統一し、罪数問題の正確な解決に役に立つのである。

第二に、いわゆる理論上一罪または処断上一罪〔科刑上一罪〕は、理論観点が分岐しているので、解釈で統一することはとても難しい。例えば、観念的競合犯についていえば、少なくとも「想像的犯罪競合説」、  
「実質上数罪競合説」および「法律競合説」の三つの解釈がある。それをある人は実質的数罪、ある人は実質的一罪であると認識している。もしそれを実質的一罪として理解すれば、これについて明文規定のある国家においては、刑法上一罪に属し、「処断上一罪」〔科刑上一罪〕とする必要はない。他方、刑法に明文規定のない国家においては、それを実質的一罪の範疇に属させて、単純一罪と処断一罪と並列させることができる。もしそれを「本来的数罪」として理解して数罪の併罰を行うならば、それは、単純一罪と実質一罪にも属さないし、処断一罪にも属さないことになろう。このような混乱した分類は、理論と実務を困惑させるだけ

には十分に注意しなければならない。また、罪数問題を刑事法自体の構造問題として捉える見解もあるが、それは妥当でないと考える。

我々は、犯罪の個数は、統治階級が自己の意思と利益に基づいて、犯罪と闘う必要から立法者を通じて規定したものであると考えている。したがって、法律上一罪として規定したなら一罪であり、二罪として規定したなら二罪である。これは一目瞭然のことであり、何ら問題もない。たとえ各犯罪構成の規定上、一定の複合あるいは内包の関係が存在したとしても、法律の規定自体についていえば、いかなる矛盾も惹起しないであろう。ただ実務において、犯罪行為の複雑性のために、一つの行為が数個の罪名に触れたり、一つの行為が二つの法律条文の規定に競合したり、一人が同一犯罪行為を連続実行あるいは数個実行したりする場合がある。この場合に初めて、いかに法律を適用して定罪するか、一罪として認定するか、数罪として認定するか、という問題が生じるのである。よって、罪数問題の発生は、定罪によって生ずるものである。ある意味では、定罪がないならば、罪数問題もないのである。

## 2. 罪数の分類

罪数の分類は、かなり複雑な問題である。各国の刑事立法・司法実務と刑法理論の相違から、異なる分類方法があり、たとえ同一国家においても、分類の標準・分類の方法と使用の専門用語の相違からして、分類が多様化している。

日本においては、一般に三種の分類方法があり、①二分法、すなわち単純一罪・処断一罪に分ける、②三分法、すなわち単純一罪・包括一罪・処断一罪に分ける、③四分法、すなわち単純一罪・特殊一罪・処断一罪・包括一罪に分ける。

わが国には、以下の幾種かの分類方法がある。①二分法、すなわち単純一罪・理論一罪に分類するもの、あるいは単純一罪と処断一罪に分類するもの<sup>(1)</sup>、②三分法、すなわち以下の場合に分類する。一行為が刑法上一罪として規定・処理する時に一罪とされる場合、数行為が刑法上一

決する必要があるのである。

既に指摘したことであるが、犯罪構成は過程として存在しており、「ある犯罪構成が発生した後は、それはさらに発展し、すなわち主体を媒介して、再度同様の性質の犯罪あるいはその他の新しい犯罪を形成していくのである。したがって、犯罪構成の発展過程は反復性あるいは転換性という特徴を有する」。数罪を実行した犯罪者は、まさに犯罪構成の反復性および転換性の具体的な表現者である。数罪たるものが本質的に犯罪構成自身の発展であるにすぎないとするならば、数罪問題を解決するには片面的に行為の社会危害性や行為者の危険性のみを根拠としてはならず、両者を兼ね備えた犯罪構成全体を根拠とすべきである。しかも、罪数問題は、罪質論が主張するような犯罪形態だけの問題ではない。なぜなら、それは、数の観念を犯罪の違法行為の客観的状态に簡単に適用すればすむ問題ではないからである。他方、それは、量刑論が主張するような刑罰量定だけの問題でもないのである。なぜなら、行為者の反社会的性格のみが刑罰の対象でないからである。罪数問題は、犯罪形態とも、刑罰量定とも関連はあるが、この両者はいずれもその本質ではない。罪数が解決しようとするのは、法定犯罪構成を基準に、行為者が実施した一連の行為がいくつの犯罪構成事実を備えているかを分析し、よって行為者がいかなる罪を犯したか数個の罪を犯したかを確定するという問題である。このため、罪数の本質は、やはり定罪問題である。当然、定罪の後さらに数罪に対する量刑問題を解決しなければならないが、これは派生的問題である。まさにそのために、本書は、罪数を定罪論中で論述することにした。

一罪の定罪と数罪の定罪は、本質上は同様の問題である。上述した一罪の認定に関する基本的要求・原則と方法は、数罪の定罪についても当てはまる。もちろん数罪によって解決する必要があるのは、単一の犯罪構成事実の存在の認定だけではなく、一連の事実の分析を通じて、犯罪構成の存在と発展すなわち犯罪構成の反復あるいは転化を認定することであるから、数罪の定罪には、一罪の定罪と異なる特殊性がある。これ

的論の論者は、罪数自身は刑法上重要ではなく、刑罰適用にあたり一罪と数罪をどのように処理すべきかこそが意義を持つので、罪数論は、刑法理論ではなく刑罰理論であるとする」<sup>(10)</sup>。日本の学者久礼田博士は、犯罪形態論としての罪数論と、刑罰量定論としての罪数論とを分けて論述した。この二つの理論は、それぞれ合理性を持っているが、いずれも罪数の本質を把握してはおらず、したがって、罪数の諸問題の関係を論理的に整理することができないのである。

罪質論と刑量論の対立は、刑事古典学派と刑事実証学派の犯罪観念における対立の罪数論上の反映である。古典学派は、非決定論に立脚し、自由意思を持った理性人を理論の前提としており、外部的・現実的発現である各犯罪行為およびその結果に着眼しているため、いわゆる行為主義・現実主義ないし客観主義を採ることになる。実証学派は、決定論に立脚し、処罰されるべきは素質と環境に宿命的に決定される犯罪行為ではなく、社会的危険性、最終的には危険性をもっている犯罪者自身であると認識している。両派の対立は、一言でいえば、行為本位論か、それとも行為者本位論かの対立である。それらの問題点に対して本書が犯罪構成概論でした分析は、それらの罪数論についても当てはまる。

犯罪構成系統論の観点からすれば、行為本位論と行為者本位論はいずれも片面的なものであり、したがって誤ったものである。それらは犯罪構成という有機的系統に統合されて、犯罪の認定および量刑の根拠とならなければならない。罪数問題が発生するのは、一人が一つ以上の犯罪、すなわち数罪を犯したことから、いかに刑法の法定犯罪構成を適用して犯罪を認定し、彼に対する量刑を行うかが問題になるからである。彼によって実行されたのは一罪ではなく数罪であるため、犯罪の社会危害性は増大しており、かつ、犯罪者の危険性も増大している。したがって、定罪量刑時においてこれらの状況を全面的総合的に考慮して、正確な処理をしなければならない。ここでは、まず一罪と数罪の区別を明確にすることによって、犯罪者の行為が一罪か数罪かを決定しなければならない。それを基礎に、さらに数罪を犯した犯罪者の刑罰適用の問題を解

は、改革開放の後、人々が西側の刑法理論と経験を重視し始め、過去のロシアのみを模範としてきた姿勢を改めたからである。

しかし、日本の罪数論は、先天的欠陥をもっており、行為者本位論と行為本位論の新旧両派の対立が、はじめから罪数論をして重要な理論的岐路に立たせている。多元的犯罪論体系およびその形而上学の思考方式は、罪数論の研究をしてだんだんと煩雑にさせている。私は研究を進めるにつれて、もしその軌跡に乗ったら必ず行き詰まってしまい、したがって、新しい道を模索しなければならないことに気づいたのである。

### 1. 罪数の本質

罪数の研究においては、立脚点の違いによって、いわゆる犯罪形態論（罪質論）と刑罰量定論（刑量論）の争いがある。前者は刑事古典学派の応報論または客観主義の立場に基づいたものであるが、罪数は本質上犯罪論に属するものであり、数の観念を犯罪の違法行為の客観状態へ適用したものであり、したがって、それは犯罪形態の問題であり、刑罰の適用は犯罪の個数に従属する問題であると捉えている。したがって、犯罪自体の個数の問題を研究すべきだと主張する。後者は、刑事実証学派の主観主義の立場に基づいたものであるが、刑罰の対象は、侵害された法益の個数あるいは犯罪構成事実ではなく、行為者の反社会性格であると認識する。罪数の状態および個数自体は重要でなく、刑罰の適用に関連してこそ、意義をもつと認識する。そして、一罪か数罪かは、刑罰の適用上どのように処断するかによって決まる問題だとする。したがって、罪数は本質上犯罪論には属さず、刑罰論に属するので、刑量論すなわち刑罰量定論と称することができるとする。台湾の学者周治平は、以下のように言う。「罪数論の本質に関して、学説上以前から争いがあるが、およそ「犯罪本質観」と「科刑目的論」が対立しており、妥協を得るに至っていない。犯罪本質観の論者は、法律が規定する処罰は罪数によって異なっており、だから罪数論は一つの重要な犯罪形態であるとする。換言すれば、罪数論は犯罪理論の一部であるということになる。科刑目



生教授は、以下のように述べている。「一事不再理は、証拠同一、行為同一であり、具体的に同一犯罪であるか否かを定める必要がある。そこでは、手続法の優位および適正手続の保障が強調されているが、検察官の訴追裁量および分割起訴を抑制するその機能からみれば、一種の罪数論であるといえなくもない」<sup>(9)</sup>。これと相反して、ドイツ・日本の大陸法系の刑法理論にあつては、罪数の研究は、重要な地位を占めており、刑法総論の一つの重要問題であり、学者たちの研究の重点の一つである。旧ソ連の刑法は、もともと刑罰論中で数罪併罰の問題に付随して罪数問題に言及するにすぎなかったが、60年代後半に至って、罪数問題を数罪併罰の問題から分離させて、それを犯罪論に位置づけて研究するようになった。1996年ロシア連邦刑法典は、初めて刑法典に専ら罪数問題を規定した条文を設け、その17条は次のように定める。「①この法律の異なる条文または同一条文の異なる項に定められた二つ以上の犯罪を実行し、その行為者がこれらの行為のいずれについても刑を言渡されていない場合には、数罪となる。数罪を犯した場合、その行為者は、この法律の相応する条項に基づき、実行した犯罪ごとに責任を負う。②一つの行為（不作為）に、この法律の二つまたは二つ以上の条文に定める犯罪要件が含まれる場合も、数罪とする。③一つの犯罪が一般規範および特別規範によって規定されている場合は、数罪にならず、その刑事責任は特別規範に基づいて決定される」。刑法上、数罪の概念は犯罪論によって定められているので、このような初めての試みは、「数罪」概念の限界を画定するにあたって重要な参考価値を有している。

わが国の刑法理論は旧ソ連に由来し、そのために罪数の研究状況はソ連とほぼ類似している。80年代初期に出版された刑法教材では、まだ罪数と数罪併罰が分離されていなかったが、80年代後半の刑法教材で、犯罪論で罪数問題が取り扱われるようになった。このように体系上の位置づけに関しては、ソ連の影響が大きいのが、理論そのものに関しては、むしろ日本の影響が遙かに大きい。それは、一面においては、日本の罪数論が旧ソ連のそれに比べて発達しているからであり、もう一面において

徹とを対立させる人もいるが、いずれも妥当な見解ではない。政策執行はまさに正確な法律執行のためであり、正確な法による定罪のためでもある。

党と国家は、長期にわたる犯罪闘争の実践の中で、一連の政策方針を制定し、その一つが、基本的な刑事政策である。例えば、懲罰と寛大を結合する政策がそうである。また一つは、各時期の闘争情勢に応じて提出した政策であり、例えば、現在の法により重く早く懲罰処理する方針がそうである。また一つは、各種犯罪に関する具体的な政策であり、例えば、経済犯罪についての「一に断固と、二に慎重正確に」という原則、薬物犯罪についての「三禁を並行して進め、流通を食い止め、厳格に法を執行し、症状と病原を同時に治す」という取締方針、集団犯罪についての「早期的、小規模的、積極的、厳格で迅速な処理」という方針などがそうである。これらの政策方針は、法律を適用した定罪にとって、重要な指導意義をもっている。

刑事政策のほか、例えば宗教政策・少数民族政策・香港マカオ住民の政策・外交政策なども、宗教・少数民族・香港マカオ住民・外国人などに関連する刑事案件の処理にとって、指導的意義をもっている。

いわずとも明らかなように、党と国家の総路線・総政策は、我々の立法と司法を含んだ一切の作業を指導する総方針である。したがって、窮極のところ、定罪も必ずそれらを根拠としなければならない。総路線・総政策に反した罪の認定は、その正確性が疑われざるをえない。

## 第5節 罪数と定罪

罪数とは、犯罪の個数を指し、すなわち一個の罪または数個の罪を指す。西側諸国の中で英米法系の刑法理論では、罪数問題の進んだ研究は少ない。ただ一事不再理の原則（double jeopardy）に関連して、罪数問題に論及する場合もある。なぜなら、同原則は同一の犯行について重複の起訴を禁ずるというものであるが、その判断にあたっては、果たして同一犯行といえるか否かが問題となるからである。台湾刑法学者の陳朴

か「生産破壊罪」で生産隊長ら3人を懲役に処した。この結果は後に是正されたが、その劣悪な政治的影響は甚だしく大きいものであった。

人民群衆の争議事件を処理するには、誘導を原則とすべきであり、安易に高圧手段を使うべきではない。もちろん、既に刑事法に触れ重大な結果を惹起し、法に従って懲罰すべき犯罪者については、法により定罪をすべきである。しかし、処罰範囲を限定すべきであり、ごく少数の首謀者を懲罰するべきである。もし人民群衆の騒動が敵対勢力に利用されて暴動に発展し、または国家安全を脅かす重大事件に発展したならば、矛盾の性格も変わって全体的にみれば人民内部の矛盾といえなくなるのである。しかし、この種の案件を処理するにあたっては、二つの異なる性格の矛盾を厳格に区別して処理すべきであり、多数の利用者と一般に欺瞞を受けて利用された人民群衆とを厳格に区別すべきであり、この人民群衆に対して独裁手段を用いてはならない。同時に、少数を罰し多数を教育するという原則を堅持し、刑事法に触れ、危害重大なごく少数の犯罪者のみを処罰すれば足りるのである。

この種の案件を処理するためには、唯物弁証法の矛盾分析方法を運用するのに特別な注意を必要とし、事物の発展過程中的各発展段階上の矛盾の特殊性を分析する必要がある。各発展段階の矛盾の各方面を分析し、主要な矛盾と矛盾の主要な面を分析し（事物の性質は支配的地位を有する矛盾の主要な面が規定するものである。）、また矛盾の主要な面と主要でない面の逆転に注意する必要がある。そうすることによって、初めて案件事実の矛盾した性質を正確に認定することができ、敵対関係の矛盾と人民内部の矛盾をはっきりと区別して定罪の正確性を保証することができるのである。

（4）定罪は、必ず党と国家の政策方針に基づかねばならない。

定罪の際、党と国家の政策を貫徹しなければならないのは、刑法自体が政策に基づいて制定されたものであり、ゆえに政策に基づいて適用されるべきであるからである。現在、法に基づいて罪を認定しさえすればよく、政策を執行する必要はないと主張する人や、法の遵守と政策の貫

は父親から虐待された子供が親を罵るものである。これらのすべてを反動標語として処理するには問題があろう」<sup>(8)</sup>。法律の規定は抽象的であるのに対し、実際の状況は非常に複雑である。したがって、形式主義的に法律の規定を理解するのではなく、法律の精神の実質を掌握する必要がある。これは、法があっても従わないということではなく、まさしく正確に法律を執行することであり、法律の中の人民の意思と要求を実現することである。特に、人民内部の矛盾に由来する騒乱・騒動あるいはその他の一般的違法行為を処理するときには、この点に注意する必要がある。実践の中には、人民内部の矛盾が激化して事件に発展したものが少なくない。この類の案件においては、往々にして双方に一定の責任がある。特に注意するに値するのは、官僚主義・強迫命令・腐敗現象・不正風紀などによって惹起される群集不満が産み出す矛盾が、さらに激化して事件に発展した場合であり、この種の事件に対しては簡単に割り切ってはならず、事件発生の原因と背景を分析せずに、是非の分別なしに刑法を適用して処罰するのは適切でないのである。例えば、湖南省溆浦県の某炭鉱が建設より操業を始めて以来、いかなる環境保護と汚染防止措置をも採らず、なすがままに廃物・廃水を排出し、爆破工事を行い、電線を架設し、現地の農業環境をして重大な破壊をなさしめた。鉱井によって昼夜停まることなくポンプで水を吸い上げたため、この一帯地下の多くの湾洞の石灰岩地質の構造を破壊するに至り、落盤を造り出し、堤防を断裂させ、飲用水が枯渇した。付近の二つの生産隊の土地にはあわせて八箇所の亀裂があり、断面は200メートル強にもなり、深くて底が見えない程である。ある農民の住居の壁には亀裂があり、廃水によって農田が汚染され、560強の稲田が生産できなくなった。1983年4月4日、周囲の群集が耐えかねる状況の下で、50余人の者が生命財産の安全に重大な脅威を与えていた地面上の電線柱を鋸で切り、電線を切断し、さらに溪流を塞ぎ、灌漑に重大な影響を与えている橋の盛り土をそり落とした。事件が発生した後、県党委員会の政法担当の某指導者は公安檢察司法など六つの部門の人員を連れて現地調査を行った上、あろうこと

認識を情勢の発展に合わせるよう努力すべきである。もし認識が実情の発展に立ち遅れたら、往々にして誤った定罪を招くであろう。これは避けるべきものである。

（3）罪の認定にあたっては、性格の異なる二種類の矛盾を厳格に区別して、適正に処理しなければならない。

性格の異なる二種類の矛盾を厳格に区別して、正確に処理することは、党と国家が一貫して堅持している方針である。

わが国は人民民主独裁の国家であり、人民に対して民主を実行し、敵に対しては独裁を実行する。人民に対しては寛大であり、敵に対しては断固とした態度をとるべきであることは、わが国の性質に由来するものである。この原則は、我々の刑事立法の中にも現れている。我々が刑法を適用する場合、この基本精神を掌握しなければならない。定罪をする場合、必ず過誤と犯罪、一般の違法行為と犯罪、党規・政規・軍規の違反行為と犯罪を区別しなければならず、二つの違う性質の矛盾を混同させてはならない。1961年の困難な時期においては、司法機関は情状軽微な万引やスリを窃盗罪として処罰し、実情に対する不満を漏らしていわゆる「反動標語」を書いた人たちを反革命罪として処罰した。党中央はこの問題を十分に重視し、早速に指摘して是正をした。当時、彭真が公安部党組織に対して行った次の指示には、深い教育的意味が含まれている。「公安機関は、反革命とその他の刑事犯罪に対する部門である。二つの異なる性質の矛盾を区分する必要があるが、独裁の手段を用いて人民内部の矛盾を処理してはならない。最近、一部の群集の中で万引やスリをする人が現れているが、この問題は教育的方法に従って解決すべきであり、簡単に独裁的手段を用いて鎮圧する問題ではない。一部の党委員会は、公安部門に対して強力な手段を期待しているが、この姿勢は間違っており、……我々は、ヒトラーではないのである。労働者農民、学生などの大衆に対して独裁的手段を駆使してはならないのである。いわゆる反動標語も必ず分析する必要があるが、ある者は幹部・群衆が上層部に対して批評意見を述べたものであり、聞くところによれば、あるもの



対犯罪闘争の全局面に占める地位と意義を分析する必要がある。戦略的視野から定罪問題を考慮すべきである。なぜなら、全局がまさに大きな社会統制であり、そして各具体的案件は大統制の組成部分にすぎないのであり、それを大きな社会統制の中に置いてこそ、初めてその性格と地位を正確に認識することができるのであり、当面の情勢におけるこの種の問題に対する党と国家の政策方針を正確に理解することができるのであり、よって政策方針に基づいて、法律を正確に適用して定罪することができるのである。例えば、刑法383条は、以下のように規定する。「個人による横領額が5000元未満であり、情状が重いときは、2年以下の懲役または拘留に処する。情状が比較的軽いときは、その所属する組織体又は上級の主管が酌量して行政処分を与える」。この条文を適用して5000元未満の横領事件を処理する場合、情状の軽重をいかに認定するかは、当時の政治情勢から出発する必要がある、特に反腐敗闘争の情勢から出発して、党と国家の横領、腐敗に関する政策方針を根拠にしてこそ、初めて有罪無罪の境界をはっきりと区分することができ、正確に定罪することができるのである。実情から出発して定罪することを「事実が根拠であり、法律が基準である」という基本原則に違背してもよいことだとする理解や、情勢が必要とすれば、案件事実が刑事法に抵触するかどうか、法定犯罪構成に符合するかどうかを顧みず、任意に定罪してもよいとする理解は、「情勢から出発する定罪」を歪曲した考え方である。

情勢から出発するという場合、その範囲は国際情勢、全国情勢あるいは特定の都市・地区の情勢を含む。情勢の性格からいうと、政治情勢・経済情勢・治安情勢、あるいは特定の犯罪（例えば薬物）の情勢を含みうる。いかなる情勢から出発すべきかは、具体的状況に基づいて決めることである。ここでは、全局と局部・全体と部分の関係を正確に処理する必要がある。両者に矛盾が発生した場合は、一般に局部は全局に服従し、部分は全体に服従することが要求される。

情勢が事物の発展変化の状況と趨勢である以上、いかなる情勢であろうとも、みな可変的であり、情勢の変化に密接に留意しながら、自己の

実情の変化に応じて認識を変化させることを求めており、弁証法の真髄は、具体的問題の具体的分析なのである。例えば、重罰がよいのか、それとも軽罰がよいのか。これは中国の歴史上何千年にわたって論争してきた問題であるが、実際の状況から離れては答えがでない問題である。我々はどうしても実情から出発しなければならないのであり、具体的情勢から出発し、政策方針を決定し、具体的状況から出発して、党の政策方針を理解および執行すべきである。具体的状況から出発してこそ初めて、正確に党の政策方針を理解することができるのであり、党の政策方針を正確に執行することができるのである」<sup>(5)</sup>。また、次のように言う。「我々の党は、これまでずっと一貫して、実情に基づいて任務と政策方針を提出してきたのである」。「実情が任務、方針、方策を決定する。これは政治についていえることであるが、法律も政治の一部分である。だから司法も同様に、当面の情勢・政策に配慮しつつ、法により物事を処理する必要がある」<sup>(6)</sup>。董必武も、次のように指摘する。「一部の審判人員の認識は、客観的情勢の発展に追いつかず、彼らが事件を処理する際、政治情勢の変化に応じて党の政策を貫徹し、法による寛大な処理と法による厳格な処理の限界を把握することを苦手としている」<sup>(7)</sup>。これらの論述は、以下のことを表明している。実情は、定罪に対して直接的決定作用を及ぼすものではなく、政策方針の制定を通じて定罪に対して影響を与えるものである。情勢が変化すれば、政策方針もまた相応に変化しなければならず、変化した情勢を認識するに到って初めて、政策方針を正確に理解し、執行することができ、正確に法律を適用して定罪し、よって定罪の正確性を確保することができるのである。

定罪が情勢から出発することは、これは戦略上から考慮するものである。唯物弁証法に基づいて見てみると、いかなる案件事実も、一つの相対的に独立した社会統制であると同時に、普遍的世界の構成部分でもある。このため、この統制に対する認識は、当該統制の要素・構成そして全体性能を深く分析するほか、さらにこの統制を当面の情勢（主に政治情勢、特に治安情勢である）の中へ入れて考慮する必要がある、それが

と高める過程である。また、刑法の全条文を熟知し刑法規定の各法定犯罪構成を把握している司法関係者にとっては、法律を用いて事件の内容を分析・判断する過程でもある。なぜなら、彼らの事件の内容の分析と総合は、決して事実を孤立させて考察するのではなく、常に法律知識の指導の下で考察するからである。彼らは事件の内容に対して分析総合する際、常に法律知識を用いて対照・比較および判断を行うのである。このため上述した二つの過程は、同時進行するものなのである。これが一つの複雑な思考活動の過程であり、この過程は多元的レベルの反復経過を要し、自己の認識に対して反復して修正を進めることを不断に必要とするのである。概念・判断そして推理を経て、最終的に実際に合った結論を下すことができる。

## (2) 定罪は実情〈形勢〉から出発しなければならない。

実情〈形勢〉と定罪の関係について、様々な違った認識がある。定罪は実情から出発すべきかどうかに関しても、相反する二種類の意見がある。

実情〈形勢〉とは、事物の発展変化の状況と趨勢を指す。事物の多様性が実情の多様性を決定し、ゆえに各種各様の実情がある。定罪と関係する実情は、主に政治情勢・経済情勢および治安情勢であり、三者の間には内在的関係がある。経済情勢は、最も基本的なものであり、窮極のところ、それが政治情勢を決定する。治安情勢は、政治情勢の一部であると理解することができ、それは政治情勢と経済情勢の制約を直接受けるものである。ただし三者の間には相互関連・相互作用の関係が存在しているのである。

定罪は実情から出発すべきだというのは、定罪問題を考慮あるいは処理する時に、実情を起点とする必要があることをいうにすぎず、実情を定罪の根拠および基準とすることを意味するものではない。定罪の根拠はあくまでも案件事実であり、定罪の基準はあくまでも刑事法律である。実情は単に法律を適用して案件事実を分析判断する時に、必ず考慮しなければならない出発点にすぎない。彭真は、こう指摘する。「唯物論は、

性質特徴およびその相互作用の方式を分析し、各段階の副次系統の要素・構成と性能および各段階の相互関係を分析する必要がある。もし犯罪構成事実が一つの複雑な系統、例えば共犯・犯罪集団などであるならば、その構成の特殊形態を分析する必要がある。以上のように、系統分析の上でさらに系統総合を行う必要があり、系統分析された諸要素・内部構成・発展過程を、それらの内在的関連に従って有機的に統一させ、よって系統の構成要素・内部構成と全体性能に対する認識を形成させ、それらを新たに一つの有機的統一体、動的複雑な系統に組み直し、かつ当該系統とその周辺環境との相互作用の中でその全体的性格を捉え、よって系統に対する全面的で思慮深い本質的認識を得るのである。こうして、この犯罪構成事実がどの法定犯罪構成に符合するか、どの犯罪を構成するのかを確定し、併せてその犯罪構成の具体的形態、どのような犯罪を構成するのかを確定することができる。実践において、この案件事実に対する系統分析と系統総合の過程は、往々一時的に完成するものではなく、反復と不断に修正する必要がある、そうすることによって、比較的納得できる結論を下すことができるのである。

系統分析と系統総合を進めているときに、同時に帰納と演繹を結合する論理分析方法と矛盾分析方法に注意すべきであり、具体性から抽象へ、また抽象から具体性へという認識過程を自覚的に把握し、不断に経験を積み重ね、自己の思考能力を高め、もって案件事実の分析判断を次第に完全なるものへと向かわせるべきである。

案件に対して基本的判断をなして、その犯罪構成種類と具体的形態を肯定した後も、同様に刑法の総則と各則の関連する条文を根拠に、事件に対して今一度全面的総合的な分析検討を進める必要がある。もし事件の基本判断を覆しうる疑問点があれば、さらに研究を進めて相応の修正をなす必要があるだろう。いかなる疑問点もないと確定した後、初めて最終結論をなすべきである。

分析と総合の過程は、まさに事件の内容に対する科学的抽象と概括の過程であり、すなわち事件の内容に対する感性的認識を、理性的認識へ

犯罪の種類（例えば強盗罪か窃盗罪か）、犯罪の形態（単独犯か共犯か、未遂か既遂か）および罪の軽重（情状が重いか軽いか）などの問題を含む。これは、より複雑な判断過程である。

定罪の第一歩であれ第二歩であれ、すべて法定犯罪構成が判断の根拠（基準）となる。第一歩の判断は比較的簡単であり、主に系統分析と系統総合の方法を用いる。まず判断者が掌握している各種法定犯罪構成の観念をもって、事件の内容を分析判断する指導形象としつつ、事件の真実がそのいずれの犯罪構成に最も近寄っているかについて大まかな把握をした上で、当該犯罪構成に照らして、案件事実が主体・客体・主観面と客観面の要素を備えているかどうかを分析する。もしその中の一つあるいは二つ以上の要素が欠けているならば、法定犯罪構成に該当しないと初歩的に認定しうる。もし四つの要件がすべて満たされているならば、その構成と全体性能を深く分析し、一歩進んでそれが法定犯罪構成に符合しているかどうかを確定すべきである。いかなる法定犯罪構成にも符合する可能性を排斥した後は、犯罪の不成立を基本的に肯定できるが、しかしながら、今一度全体的な考察を進めて、事件全体に対して全面的に深く細部に至る分析を進めた上、最終的に犯罪不成立の結論を下すべきである。

また、初歩的な考察によって、単一または複数の犯罪構成に大体該当していると肯定できる場合、さらに進んで犯罪の成立を否定する事情、例えば刑法の規定する正当防衛・緊急避難および刑法13条但書の「情状が著しく軽く、危害が大きくない」事情の存否、あるいは刑法総則の刑事責任を否定する事情の存否などを考察する必要がある。犯罪の成立を否定する事情または刑事責任の追及を否定する事情が存在しないと判明すれば、当該行為が単一または複数の犯罪構成に該当していると確定しうる。この場合、案件事実に対して、さらに深く細かな分析研究を再び行う必要がある。まず案件に対して系統分析をし、犯罪構成事実系統内部の各要素の性能およびそれらの結合方式を分析し、各要素が系統全体の中の地位と機能を分析し、系統の発展過程の各段階における各要素の



### 3. 定罪の方法

マルクスは、「法律は普遍的なものであり、法律をもって確定すべき事件は個別的なものである。個別的現象を普遍的現象へと帰納するには判断を要する」と述べている。定罪の問題は、どのようにして具体的案件に法律を適用するかの問題であり、事件の性格に対する判断の問題である。ゆえに定罪の方法を研究するということは、まさにどのように事件の内容を判断するかという方法の研究なのである。

定罪は、犯罪構成系統〔システム〕論の一つの有機的組成部分である。したがって、犯罪構成系統論の方法論が、すなわち定罪の基本方法なのである。定罪の全過程は、必ず唯物弁証の思考方法を遵守し、すなわち弁証法の矛盾分析方法を用いなければならない。主に系統分析と系統総合の方法がそれであるが、帰納と演繹を結合する論理方法や具体的事実から抽象へ、または抽象から具体性へという弁証思考方法もそれに含まれる（詳細は第8章2節を見よ）。正確な定罪をするために、これらの方法を応用する時、以下の問題点に注意しなければならない。

#### （1）正確な定罪の鍵

正確な定罪の鍵は、まず司法機関が審理する案件事実が法定犯罪構成に符合するかどうか、およびどのような法定犯罪構成に符合するのか、これを明らかにすることである。これは、定罪の二つの密接に相関する足懸りである。

定罪の第一歩としては、司法機関が審理するところの案件事実が法定犯罪構成に符合するかどうかを明らかにし、犯罪の成否、有罪か無罪かの問題を解決しなければならない。もし符合しないのならば、犯罪は成立せず、無罪を宣告すべきであり、定罪過程はここで終了することになる。

もし符合するならば、定罪過程はさらに継続することになる。この場合、第二歩すなわちいかなる法定犯罪構成に符合するのかを明らかにし、いかなる犯罪を構成するかの問題を解決しなければならない。前の部分で指摘したように、いかなる犯罪とは、どのような犯罪であるかを指し、

することを指す。厳粛と慎重を結合するという原則は、定罪時に人民に対する高度の責任感を要求し、人権の保護を主要な地位に置くことを要求する。同時に、人権の保障をも重視し、どちらに偏るのも適切ではない。国民党統治時期に進められた「仮に三千人を誤って殺しても、一人も見過ごすべからず」という反動的方針は、人類史上に残る悲しむべき一頁であり、その手法は、人権に対するやりたい放題の踏みにじりであり、人の尊厳に対する極度の軽視であった。しかし、他方、もし真正の犯罪に対し無原則に寛容を加えるならば、彼らの人民に対する欲しいままの残虐と暴力行使を放任することとなり、これも国民党の反動方針と同じ帰結になりはしないか。反人民の犯罪に対する仁慈は、まさに人民に対する残忍であり、これは自明の理である。このため、厳粛と慎重は必ず結合しなければならないし、人権保護と人権保障とは統一されなければならない。この方針に対して、いかなる片面的な理解あるいは解釈をすることも許されない。さらに、実践において片面的にその一方面だけを強調することは、なおさら許されない。

我々は、原則は出発点ではなく、実践の産物であると考え。実践から生まれたものだけが、実践を指導をすることができる。上述した裁判の基本三原則は、わが国の司法実務の数十年来の豊富な経験を総括したものであり、正確な定罪を保障する上で重要な指導的意義を有し、定罪に際して司法機関が厳格に遵守しなければならない準則である。これらの原則は、裁判の共通原則であるが、定罪の特有の原則ではないゆえに、定罪の基本原則とすべきではないというならば、同じ論理を推し進めていくと、これらの原則は量刑その他の裁判内容の基本原則にもならないはずである。とするならば、これらの裁判に関する共通原則の根拠はどこにあり、また、それらの指導的意義はどこにあるのだろうか。個別性から離れて、普遍性は存在しえない。定罪量刑など個々の裁判内容から離れて抽象的に裁判の原則を論ずるのは、ただの空論である。

何人であろうとも彼をえこひいきし、取り成し、かばってはならない。違反したならば、誰であろうとも、一律に責任を追及すべきである」。

定罪において、法律の前で平等であるという原則は、社会主義民主と社会主義法制の必然的要求なのである。

### （3）厳粛と慎重を結合する原則

当初、この原則は、反革命分子肅正運動の方針として提出されたものであるが、その主たる意味は、警戒心を強め、反革命分子を放任すべきではなく、偏差を防止し、善人へ罪をなすりつけるべきでないというものであった。その後、この原則は、他の刑事犯罪にも適用され、刑事犯罪の処罰には慎重性、正確性、厳格性が必要であることを意味するようになった。経済犯罪の処罰においても、「一に断固たること、二に慎重であること、正確であること」という原則があるが、その実質は、やはり厳粛と慎重の結合を堅持することである。すなわち、断固たると同時に、慎重な処理をなし、推敲することによって、誤った処理を防止し、善人に罪をなすりつけることを防止しなければならないのである。刑事事件を処理するにあたっては、国家安全を危害する案件であれ、普通刑事案件であれ経済犯罪案件であれ、重大犯罪案件であれ軽微犯罪であれ、定罪時にみな厳粛と慎重を結合する原則を堅持すべきである。犯罪者を放任すべきでないと同時に、善人に罪をなすりつけてはならないのである。もし刑法が両刃の剣だとすれば、定罪は、そのような性格が最も顕著に現れる場といえよう。定罪は一面では、国家利益と人民の基本的人権を保護するが、他方、被告人の生命・自由と財産を剥奪するのである。有罪判断をなすときには、無辜を害する危険性を潜めており、無罪の判断をなすときには、犯罪者を野放しにする危険性を潜めている。それゆえ、有罪判断と無罪判断のいずれも、厳粛であると同時に慎重であるべきである。いわゆる厳粛とは、有罪あるいは無罪の判断をなすときに、断固として動揺しないこと、有罪を無罪とせず、無罪を有罪としないことを指す。いわゆる慎重とは、有罪あるいは無罪の判断をなす前に必ず慎重に、深く熟慮し、反復推敲をし、多方面の論証をし、正確さを追求

利を持たない。定罪が法律を基準とすることは、罪刑法定主義の必然たる要請である。

## (2) 法律の前で平等である原則

これは刑法の基本原則であり、当然に定罪の原則でもある。この原則を刑法についていえば、最も重要なものは、定罪時に平等に法律を適用すべきであるということである。この原則は、事実をもって根拠とし、法律をもって基準とする原則とは、統一的なものであり密接関連するものである。彭真は「市民が法律の前で平等であることは、憲法に定められたものである。たとえ誰であろうとも、彼が罪を犯したならば、我々は公正無私であるべきで、事実を以って根拠とし、法律を以って基準とし、法に従った処理をするべきであり、曖昧であってはならない」と指摘している。法律の前で平等であるという原則は、定罪時に、いかなる人に対しても、その貧富を問わず、その職務の高低や身分を問わず、すべて同一視し、厳格に事実を根拠とし、法律上の関係する規定に照らして処理をし、刑事法に触れるならば、法によって有罪を認定すべきであり、刑事法に触れないならば、断固として無罪を認定するべきであるということを要求している。すなわち、公正無私であり、厳格に法律を執行し、私情に従わず、権力の圧力に屈服せず、金銭にへりくだらないということである。彭真は、第5回人民代表大会2次会議上で、関係する刑法など七つの法律草案の説明の中で、以下のことを強調し、指摘している。「法に違反した犯罪者に対しては、いかに彼の経歴が輝かしく、地位が高く、功労が多大であるとしても、なすがままに任せておいたり、かばったりしてはならず、法により制裁をすべきである。我々社会主義国家においては、言行不一致を許さず、法律を超越したいかなる特権も許さない」。1982年の「経済領域における重大犯罪の処罰に関する中共中央国務院の決定」は、以下のように指摘している。「経済を破壊した重大な犯罪者に対しては、彼がどのような人であっても、どの部職に属していようとも、その職務の高低を問わず、すべて公正無私に厳格に法律を執行するべきであり、いかなる例外も許すべきではない。さらに、

でもある。

### （1）事実を根拠とし、法律を基準とする原則

これは、わが国の裁判の基本原則であり、定罪が必ず遵守すべき最重要準則でもある。

彭真は「我々の裁判原則はどのようなものなのであろうか。一つには事実をもって根拠とし、法律をもって基準とするということである。もう一つは、法律の前で平等であるということである」<sup>(3)</sup>と述べている。定罪は事実をもって根拠とすべきということは、定罪にあつては事実追究の精神を堅持すべきであり、案件の客観的な実際状況に基づいて定罪を行い、主観的な随意性に反対し、粗末な対応に反対することを意味する。「司法部門の事件の処理は、刑事事件、民事事件を問わず、すべて必ず事実をもって根拠とすべきであり、あるならばある、ないならばない、多ければ多い、少なければ少ない、軽ければ軽い、重ければ重いとし」、「罪であるか否かいかなる罪かは、まず事実をもって根拠としなければならぬ」<sup>(4)</sup>。

事実をもって根拠をなすということは、案件のすべての客観事実をもって定罪の根拠とするということである。すべての案件事実とは、有罪を証明する事実と無罪を証明する事実、重罪を証明する事実と軽罪を証明する事実、被告人に不利な事実と被告人に有利な事実とを含む。要するに、事実の全部であつてその中の一部分でない。任意に取捨したり、一面の事実を重視し、他面の事実を無視したり、憶測をもって客観事実で代替したりしてはならない。すべての事実を根拠にしてこそ、客観的な判断ができるであろう。

法律をもって基準とすることは、厳格に刑法に照らして定罪をすることである。被告人が罪を犯したのかどうか、どのような罪を犯したのかなどは、全て刑事法律の関係する規定をもって判断の標準とすべきである。人による定罪、言葉による定罪、長官の意思による定罪には、断固として反対すべきである。法律は、党が全国の人民を指導して制定したものであり、いかなる人も法律の上に自己の意思を凌駕させる権



部分的に不足する場合には、犯罪を認定すべきでない。案件事実が明確か否か、証拠が確実か否かは、定罪の内在的要請である。旧ソ連の定罪概念は、定罪を単に行為の諸要素と法定犯罪構成の諸要件が完全に符合することの確認であると捉え、案件事実の審査と判断を定罪の視野から完全に排除しているが、これは妥当でない。

事実の明確化、証拠が確実充分であることを前提に、法律を正確に適用し、厳格に法律を基準として、事件の性質について正確に誤りなく確定しなければならない。こうして確定された事件の性質に基づいて、事物を正確かつ明確に限界づけねばならない。有罪か無罪か、重罪か軽罪か、ある罪か他の罪か、集団犯罪か一般共同犯罪か、自然人犯罪か法人犯罪か、未遂か既遂か等については、正確な区別・限界づけが求められている。

善人を罰せず悪人を放置しないことが、定罪における基本的要求に対する高度な概括であり、定罪の結果を指す。善人を罰せずとは、まず無罪を有罪とすべきでないことを指し、無罪の市民を犯罪者とすべきでないことを指す。同時に、軽罪を重罪とすべきでないことも指す。例えば、窃盗を強盗とすべきでないことであり、強奪を強盗とすべきでないことである。これもある意味で冤罪を負わせる結果になるからである。いわゆる悪人を放置しないことは、まず有罪を無罪とすべきでないことを指し、犯罪者を無罪の市民とすべきでないことを指す。同時に、重罪を軽罪とすべきでないことをも指す。例えば、強盗を窃盗とすべきでないことであり、強盗を強奪とすべきでないことである。ある意味で、犯罪者を甘やかす結果になるからである。

## 2. 定罪の原則

定罪の原則は、司法機関が定罪時に遵守すべき準則である。わが党と国家は、長期にわたる犯罪闘争の豊富な経験を総括し、次のような基本原則を打ち出している。それらは、裁判全体にかかる原則であるが、正確な定罪を保障するためにも重要な意義を有するため、定罪の基本原則

進んで違法性と責任の存在を判定して、初めて犯罪の成立を認定することができる。これに対して、ソ連刑法にあっては、犯罪構成該当性を備えさえすれば、犯罪は成立する。ここから分かるように、犯罪構成（構成要件）の二つの犯罪論体系における地位と役割には大きな差が存在するのである（原因は犯罪構成の概念が違うことにある）。

わが国の一元的犯罪論体系においては、犯罪構成の定罪における地位と役割は、旧ソ連のそれと基本的に同じである。しかし、犯罪構成系統〔システム〕論の観点からすれば、定罪は行為者の社会危害行為の要素が法律規定の犯罪構成の具体的要件と完全に符合することを単純に認定する作業ではなく、犯罪構成を一つの有機的統一体として捉えて、その要素・構造・機能およびそれと環境との相互関係・相互作用を深く分析したうえ、全面的・総合的な判断を行う作業でなければならない。

#### 第4節 定罪に関する基本的要求，原則および方法

##### 1. 定罪の基本的要求

定罪の基本的要求は、事実が明確であること、証拠が確実で充分であること、事件の性格を正確に捉えること、善人を罰せず悪人を放置しないことである。この要求を満たせば、正確な定罪であるといえよう。

定罪が正確であるかどうかは、二つの方面から考量すべきである。一方は、事実が明確か否か、証拠が確実充分か否かであり、もう一方は、事件の性格の把握が正確か否かである。事実が明確であること、証拠が確実充分であることが、正確な定罪の客観的基礎である。定罪にあたっては、まずこれらについて判断されねばならず、次のような客観的真実の原則が堅持されねばならない。①事実が正確で、証拠が確実充分な場合に初めて、法に依拠した有罪・無罪の判決を下しうる。②証拠が不足している場合には、被告人の有罪を認定しえず、起訴された犯罪は証拠の不足を理由に成立しないものとして、被告人の無罪が宣告されねばならない。③案件事実が部分的に明確で、証拠が確実充分な場合には、法に依拠して有罪・無罪の判決を下すべきであり、事実が不明確で証拠が

「構成要件該当性、違法性、有責性の三要件によって犯罪論体系を組み立てる三段階的犯罪論体系を図に示すと、上図のようになる。図の中で、右に流れるとすべて犯罪不成立となる。縦に一直線に流れた場合のみ、犯罪が成立する。例えば、正当防衛によって人を殺害した場合を例にとると、構成要件該当性はあるので、T→Rと流れるが、Rのところでは違法性阻却事由によって右に流れて犯罪不成立となる。責任無能力者が窃盗を行ったという場合には、T→R→Sと縦に流れてくるが、Sの段階で右に流れて犯罪不成立になる」<sup>(2)</sup>。

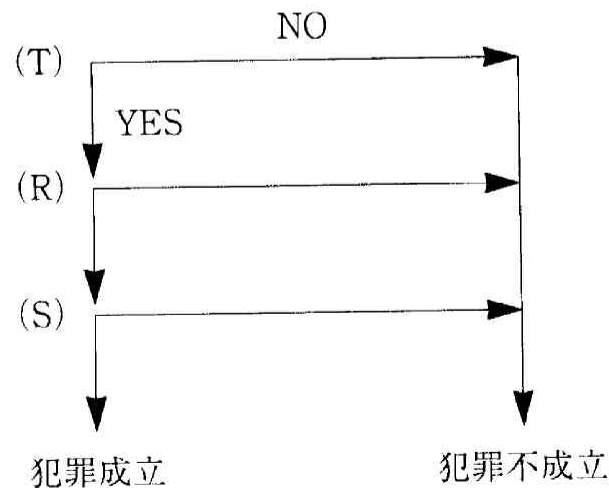
上の図から、定罪の過程がはっきりと分かるだろう。この中で、構成要件は、極めて重要な役割を果たしている。それは、定罪の客観的基礎であり、定罪の基本的出発点でもある。同時に、現在一般に、構成要件は違法類型であり、また責任類型であると認められているので、行為が構成要件に該当しさえすれば、それは違法性と責任を具備しているものと推定されるのである。その意味で、構成要件はまた、違法性と責任という二つの犯罪要件を結びつける機能を果たしている。このため、日本の一部の刑法学者は、上述した構成要件の機能を「犯罪骨格の機能」と称している。これが、まさに構成要件の定罪における地位と役割である。

旧ソ連の一元的犯罪論体系においては、行為が構成要件に該当することが、刑事責任の唯一の根拠であった。このため、構成要件該当性が犯罪成立の唯一の条件なのである。定罪の唯一の任務は、「実行された社会を危害する行為の要素が、法律の規定する犯罪構成の具体的要件に完全に一致することを認定すること」であり、この具体的要件とは、周知のように犯罪客体・犯罪客観面・犯罪主体・犯罪主観面という四つの要件をいうのである。もし社会危害行為の要素が法律の規定する犯罪構成の具体的要件に完全に符合するならば、犯罪であり、符合しないならば、犯罪は成立しえない。この判断は、その判断方法と判断内容からいえば、ドイツ、日本の構成要件該当性に対する判断と基本的に同じである。しかし、ドイツ、日本などの国では、構成要件該当性の判断の後、さらに

違法性の判断は、實際上、違法性阻却事由の存否の判断にすぎないのである。違法阻却事由を備えているならば、違法でないため、犯罪は成立しないのである。

もし、違法阻却事由がないならば、違法であり、犯罪を成立させる第二要件つまり違法性を具備することになる。この場合、引き続いて第三の判断、すなわち責任を有するかどうかの判断へと進む。これは、行為に対する「行為者の行為」としての最も具体的な評価である。実行された構成要件に該当する違法な行為に対して、行為者を十分に非難することができれば、行為者は責任を具備するのであり、この場合、犯罪を成立させる三つの要件が具備するので、犯罪の成立を認定できるのである。逆に、もし実行された構成要件に該当する違法な行為について、行為者を非難できないならば、行為者には責任がなく、よって犯罪は成立しないのである。

このことから、構成要件該当性・違法性・責任の判断過程が、すなわち定罪の過程であることが分かるのである。ここで、私は、川端博など三人の若い日本の刑法学者が「現代刑法論争」（1983年）という本の中で犯罪論体系について示している流れ図を借用して、この定罪過程を説明したい。図の T は構成要件を表し、R は違法性を表し、S は責任を示している。



以下は、著者による当該図に対する説明である。

2) 他の司法機関も、公訴権と捜査権を行使して訴訟活動を遂行する際、一定程度と一定範囲内で定罪を行っている。例えば、立案段階で、公安・検察・法院の三機関はみな事件の素材に対して審査を行ったうえ、立案もしくは不立案の決定をなすが、この決定は、実際上は、犯罪事実存否の認定である。ゆえに、ある意味において定罪であるといえなくもない。また、捜査段階の終了後、検察機関は、事実が犯罪を構成するか否か、刑事責任を追及する必要があるか否かの判断によって、起訴（犯罪を構成する。）・不起訴あるいは事件取下（犯罪を構成しない。）の決定をするが、これらの決定も、ある意味で、定罪であるとみることができる。しかし、国家の審判権は、人民法院によってのみ行使されるものである。そして定罪は、人民法院の審判権の重要な内容をなすものである。その他のいかなる機関あるいは個人も、審判権を行使する権利はなく、一市民の行為が犯罪であるか否か、どのような罪になるのかを決定する権利を有しないのである。

### 第3節 犯罪構成の定罪における地位と役割

犯罪論体系が異なると、犯罪構成の地位と役割も異なり、したがって定罪におけるその地位と作用も異なってくるのである。

ドイツ、日本など多元的犯罪論体系においては、構成要件は犯罪概念の一要素であり、「犯罪成立の第一要件であり、それは第二要件の違法性と第三要件の責任に先行し、刑法判断の出発点である」（大塚仁）。このため、定罪時に、まず行為者の行為が構成要件に符合するかどうかの判断をすべきなのであり、これが定罪の第一歩なのである。構成要件該当性を備えないならば、犯罪の存在は否定され、犯罪が不成立になる。

構成要件該当性を備えたならば、さらに進んで、行為者の行為が違法性を備えているかどうかを、判断しなければならない。これは、行為が客観的法秩序に反するか否かについての具体的評価である。構成要件は類型化された違法性であるので、構成要件に該当する行為は、特別な違法阻却事由がない限り、違法性を有していると認定できる。このため、



罪の過程は、犯罪行為の客体と客観面、主体と主観面が、完全に犯罪構成の基本要件に符合するか否かを認定する過程である」とされている。わが国の一部の刑法学者は、定罪の過程からみれば、定罪は審理される行為と刑法が規定する犯罪構成との一致を認識する過程である、としている。この認識は、複雑な問題を簡略化しすぎたものである。

案件事実に対して下す判断と評価は、有罪と無罪の両方の可能性を含んでおり、したがって、冷静で客観的な態度をもつことが要求され、どのような先入観も許されず、有罪の判断と評価のみを追求して、無罪の判断と評価を無視してはならない。人民に対して高度の責任感を持ち、唯物弁証論的思考を堅持すべきであり、粗末な処理、主観的・片面的・表面的な処理は慎むべきである。案件事実に対する判断と評価は、一つの複雑な過程であり、再三の推敲を重ねたうえ、絶えず認識を修正し、場合によっては既に出された結論を覆す必要すらある。判断と評価の過程にあって、証拠不足があれば、必要な証拠を補充させて、判断と評価の客観性を確保すべきである。

#### （5）定罪の主体は、人民法院である。

定罪の主体が人民法院でなければならないのは、以下の二つの理由に基づく。

1) わが国では、人民法院、人民検察院と人民公安機関（国家安全機関を含む。）は共に刑事訴訟において主体的地位を有する国家機関であるが、役割を分担し、相互に協力・制約しながら、犯罪の認定を含んだ刑事訴訟の任務を共同して完成させるのである。人民法院が定罪の判決を最終的になしうるのは、立案・捜査・公訴提起・審判などの一連の訴訟活動を経由したからであり、したがって、広い意味では、この全過程を定罪の過程とみることもできる。この過程においては、公安、検察、法院の三機関が各自の役割を發揮し、定罪に対して自己のすべき貢献をする。しかし、被告人が有罪であるか否か、いかなる罪を構成するかは、最終的には人民法院の審理によって確定される。すなわち、定罪の任務は、最終的には人民法院によって成し遂げられるものである。

罪を構成するのかを判断しなければならない。これは、罪刑法定原則の定罪における必然的な要求である。案件事実に対する価値判断は、必ず法律を標準とし、いわば人民の意思と利益をもって標準とすべきであり、法律の外に標準を設けてはならず、さらに、個人の愛憎、好悪、あるいは利害をもって標準としてはならない。「法があれば必ずそれに依る」という標語を真に貫いてこそ、定罪の正確性と適切さを保障することができるのである。

関係する刑事法を根拠とするとは、犯罪構成を肯定する刑法各則の条文と刑法総則の条文を根拠に有罪を認定することのみならず、犯罪の成立を否定するあるいは刑事責任を否定する刑法規定を根拠に無罪を認定することをも意味する。具体的にどのような条文を根拠にするかは、案件の具体的事実による。それゆえ、関係する刑事法を根拠とするという場合、その範囲は広い。適用対象となる条文の範囲は、刑法のほとんどの条文を含みうるであろう。例えば、時間的効力と空間的効力の条文、公訴時効の条文なども含まれる。一部の刑法論者は、定罪の根拠・基準は、刑法の犯罪構成の条文でしかないと主張するが、これは不正確なのである。

もちろん、刑法の犯罪構成が、被告人の行為が犯罪を構成するか否か、どのような犯罪を構成するかを判断する上で、特別重要な意義を有することも否定してはならない。なぜなら、犯罪であるか否かは、主に犯罪構成事実の存否にかかっており、どの罪を構成するかは、いかなる犯罪構成事実が存在するかにかかっているからである。このため、定罪は特に法定犯罪構成を根拠とすることを強調すべきである。特に注意すべきは、法定犯罪構成を基準に事件の内容を分析し、犯罪構成事実が存在しているか否か、いかなる犯罪構成事実が存在するか、それを見極めることである。

(4) 定罪の過程は、法律に基づいて、証拠により明らかになった案件事実に対して、判断と評価を下す過程である。

この種の判断と評価は複雑である。ソ連の定罪の定義によれば、「定

法律は基準となる。これは刑事訴訟の極めて重要な基本原則の一つであり、定罪の基本原則でもある。事実を根拠とすべきとは、刑事事件を処理するに際して、必ず証拠によって証明された事実の真相に基づいて法律を適用しなければならないことを意味している。案件事実とは、刑事訴訟における定罪と量刑に関係する事実を指している。これらの事実のあるものは、犯罪構成に関連するものであり、あるものは、量刑に関連するものである。ある刑法の論者は、定罪の根拠と刑事責任の根拠を同一視して、「定罪の根拠とは、すなわち刑事責任の根拠である」、あるいは「定罪の根拠と刑事責任の根拠は基本的に一致している」と述べている。しかも、定罪の根拠は、犯罪構成であると明言している<sup>(1)</sup>。このような見解は、再考に値するものであろう。

定罪の内容は、まず有罪かどうかを認定することであり、換言すれば、有罪の認定もありうるが、無罪の認定もありうる。したがって、定罪の結果、被告人は刑事責任を負うかも知れないが、負わない可能性もある。したがって、刑事責任を負う根拠は、犯罪を構成する事実（抽象的に犯罪構成というのは妥当な表現といえない）であり、刑事責任を負わない根拠は、犯罪を構成しない事実、あるいは犯罪構成を否定する事実であるというべきである。しかし、犯罪を構成する事実であれ、犯罪構成を否定する事実であれ、いずれも定罪の根拠である。このため、定罪の根拠と刑事責任の根拠を同一視するのは不正確である。このような誤りが生ずる原因は、論者の「刑事責任と定罪の意味は基本的に一致している」という認識にある。この見解は、實際上、定罪を「有罪の認定」であると把握し、そして「無罪の認定」を、そこから除外しているのである。

結局、刑事責任の根拠は犯罪構成事実であり、定罪の根拠は事件の事実である。両者は厳格に区別しなければならない。定罪は、証拠によって証明された案件事実を根拠としなければならない。これは定罪の客観的公正性を保障する基礎である。しかし、ただこの一面だけでは足りないであり、定罪は、必ず関係する刑事法を基準とし、必ず法律の規定に照らして厳格に被告人の行為が犯罪を構成するか否か、どのような犯

あるいはどの罪を構成するかを認定〈確定〉し、よって、正確に犯罪者を罰し、無罪の人を刑事訴追から保護することである。

この定義は、定罪が以下の特徴を持つことを表明している。

(1) 定罪の目的は、犯罪者の懲罰を正確に行い、無罪の人が刑事訴追を受けないことを保障することにある。

これは、定罪が二重の目的を持つことを意味する。定罪の二重の目的は、わが国の刑事訴訟法の二重の任務によって決定され、また刑法の二重の機能（保護機能と保障機能）により決定される。この点を明確にすることは、定罪にとって重要な意味を持っている。このことは、定罪に際し証拠充分な犯罪行為に対して、有罪を認定するだけでなく、犯罪を構成しない行為に対しては、法により無罪を認定することを要求するものである。一人の犯罪者を放置するわけにはいかないが、一人の善人に無実の罪を被せてもならないのである。

(2) 定罪の内容は、被告人の行為が犯罪を構成するか否か、あるいは、どの犯罪を構成するのかを確定することである。

定罪は、国家刑罰権を実現するための必要手段の一つであり、それは案件事実を基礎として被告人の行為が犯罪を構成するか否かの確認をはっきりと調査することであり、犯罪を構成するのであれば、さらに進んで、いかなる犯罪を構成するのかを確認することである。漢語辞典の解釈に基づくと、「いかなる」の意味は、「どのようなもの」である。したがって、いかなる罪を構成するのか確認するということは、罪種の認定にとどまらず、軽罪か重罪か、共犯か単独犯か、未遂罪か既遂罪かなどの認定をも含むのである。これらのすべてが「どのような罪」の意味に含まれる。

定罪は、その内容からいえば、有罪の認定（有罪の確定）と無罪の認定（無罪の確定）の二種類に分けられる。

(3) 定罪の根拠は事件の事実であり、関係する刑事法に依拠して行われる。

前者は事実根拠であり、後者は法律根拠である。事実が根拠となり、

方法、定罪の過程と段階など、定罪に関する一般規律のほか、定罪に関する特別規律をも研究の対象とすべきと考えている。

ここで特に説明しなければならないのは、なぜ我々が罪数問題を定罪論で論述するかである。

罪数論の刑法理論体系における地位（位置づけ）については、既に調整したことがあり、当初は量刑論において論じられたが、後には犯罪論の独立の一章として取り扱われるようになった。これは、当時まだ定罪論が独立した一章として取り扱われていなかった状況の下では、合理的だったかも知れない。しかし、現在では、定罪問題を取り扱う独立した一章が存在する。そして罪数は、本質的には定罪と量刑の問題であり、しかも、まずは定罪の問題が先行し、量刑はその次に生ずる問題である。ある意味では、定罪がなければ罪数問題が生じず、また、定罪論は、当然、数罪の定罪の問題に触れざるをえない。したがって、刑法総論に独立した一章として定罪論を設けている状況の下では、罪数を定罪論に置いて論述するのが妥当であろう。

他方、定罪論の刑法理論体系における地位（位置づけ）も、また研究に値する問題である。我々は、本書で定罪論を犯罪論の最後に置き、刑事責任論の前に論述することにした。なぜなら、定罪論は、犯罪論の一連の問題に対する正確な理解を前提にするため、犯罪論の諸章の末に置く必要があるからである。他方、定罪それ自体は、刑事責任の先決条件であり、定罪を通じて犯罪の成立を確定して初めて、刑事責任の問題が生じ、かつ犯罪を一旦確定すると、必ず刑事責任の問題、ひいては刑罰の適用の問題が発生するのである。刑事責任は犯罪と刑罰を結びつけるものである。よって、それは定罪論の後、刑罰論の前に置くべきである。以上の理由から、本書のような刑法理論体系を採るべきと考えている。

## 第2節 定罪の概念と特徴

定罪とは、人民法院が事件の事実に基づき、刑事法に照らし、とりわけ法定の犯罪構成に照らして、被告人の行為が犯罪を構成するか否か、



## 第17章 定罪〔犯罪の確定〕(何秉松)

金 光旭  
御手洗大輔 共訳

### 第1節 定罪概論

定罪〔犯罪の確定〕と量刑は、刑事審判作業における最も重要かつ基本的な任務であり、司法機関の刑事審判活動は、窮極のところ、正確な定罪と量刑を目的とする。正確な定罪と量刑によってこそ、初めて司法機関は犯罪の懲罰を実現して、人民を保護しえ、人民民主專政を強化し、社会主義建設事業を順調に進めるといふ歴史的任務を保障することができるのである。

正確な定罪は、正確な量刑の前提であり、これに必要な保障にもなる。定罪に誤りがあれば、量刑にも必ず誤りが生じる。このように、定罪は、極めて重要なものであり、主要かつ決定的地位に置かれている。

定罪の重要性およびその意義に関して、三つの側面から認識すべきである。第一に、定罪の主要目的は、有罪と無罪、ある罪と他の罪を区別することである。定罪が正確であってこそ初めて刑法は人民を保護し、敵を鎮圧し、犯罪を懲罰する任務を実現しうる。誤った定罪は、相反する効果を招き、国家と人民に重大な危害をもたらすことになる。第二に、正確な定罪は、正確な判決の前提であり、犯罪者の区分に応じて、少数を罰し、多数を教育し、よって犯罪者を孤立分化させる。この党の刑事政策を正確に貫徹する先決条件が正確な定罪であり、それは刑罰目的を達成させるうえで重要な保障になる。第三に、正確な定罪は、刑法が実践において、公平・正義の原則を実現するための必然の要請であり重要な保障である。定罪論の研究対象は、刑法を適用して罪を認定することに関する客観的規律である。しかし、その具体的な内容の体系は、現在もなお探索の過程にある。

我々は、定罪論では、犯罪の概念・定罪の意義と目的、定罪の原則と

常の刑で処罰される。

（5）犯罪集団の構成員または一般共犯の共犯者が、数罪を犯した場合、数罪併罰の原則により個別に処罰する。処罰の区分原則を貫徹して、正しく定罪量刑を行うため、共犯ことに集団犯罪の事案を処理する場合には、既に逃亡した構成員の別件処理が可能な場合を除いて、事案の全事実を精査した後に、刑事責任を追及すべき全員に対する訴追を行い、全事件ついて有罪判決を勝ち取らねばならない。全事件の事実を精査しないで、首謀者ないし主犯を慌てて処刑すること、事件を分散・分解した処理を行って、不正確な認定や、失当な量刑を行い、犯罪行為や犯人を見逃すことは、避けねばならない<sup>(8)</sup>。一人または複数人が複数の共犯活動に関与した場合には、事件ごとに分離して判決を下さねばならず、一括集中して処理してはならない。ある共犯者がある共犯活動主要な関与をしていたのであれば、その事件に組み入れて処理を行うことになる（その犯人が関与した事件では、同人が既に別件で処理されたことが、明確に注記されねばならない）。

- （1） 木村亀二主編『刑法学事典』（上海翻译出版公司1991年版）361頁。
- （2） 1996年ロシア連邦刑法典の規定によれば、共犯は、「2人以上の者が故意犯の実行に故意に共同関与すること」と概念づけられており、故意の二重性が強調されている。
- （3） 马克昌主編『犯罪通論』（武汉大学出版社1991年版）493～498頁。
- （4） 大塚仁著『犯罪論の基本問題』（中国語訳本）（中国政法大学出版社1993年版）280頁。
- （5） 参照・何秉松『犯罪構成系統論』（中国法制出版社1995年版）第12章3節。
- （6） 最高人民法院1991年12月7日『十二省自治区法院の薬物犯罪の審理に関する工作会議紀要』、最高人民法院『司法文件選編』1992年6期42頁。
- （7） 最高人民法院『司法文件選編』1992年6期42頁。
- （8） 最高人民法院・最高人民検察院・公安部『当面の集団犯罪事件の処理における法律の具体的応用に関する問題に対する解答』（1984年6月15日）。

4) 教唆犯は、教唆者の共犯での役割に照らして処罰される。18歳未満の者に犯罪を教唆した者は、嚴重に処罰される。被教唆者が教唆された犯罪を犯さなかった場合には、教唆者に対する処罰を減輕しうる(刑法29条)。教唆犯が、「教唆者の共同犯罪における役割に照らして処罰」されるとは、その者が主要な役割を果たしたのであれば、主犯に準じて処罰され、その者が副次的ないし補助的な役割を果たしたのであれば、従犯に準じて処罰されることである。教唆犯は、他人に犯罪意図を生じさせた者であり、犯罪行為の策動者であることから、司法実務では、主犯に準じて嚴重に処罰されるのが一般的である。共犯で副次的な役割を果たしたにすぎないことが確実な教唆犯は、従犯に準じて処罰される。

「18歳未満の者に犯罪を教唆した者は、嚴重に処罰される」のであるが、これには当然14歳未満の未成年者も含まれる。被教唆者は18歳未満であれば足り、教唆にかかる犯罪が実行されたか否かに関わりなく、嚴重に処罰される。教唆犯が既に主犯であり、18歳未満の者に犯罪を教唆したのであれば、法定の嚴重な情状が二つ具備されたので、さらに嚴重な処罰がなされる。

「教唆された者が教唆された罪を犯さなかった」には、被教唆者が犯罪を決意しなかった場合、犯罪を決意したが犯罪を実行しなかった場合、および被教唆者の実行した犯罪が教唆者の教唆にかかる犯罪でなかった場合を含む。いずれの場合にも、教唆犯に対する処罰は減輕しうるが、減輕しないことも可能である。その可否は、要件の具体的な事情に基づき決定されねばならない。

(4) 共犯において、再犯・累犯・身分犯など法定の処罰を嚴重ないし加重する情状のある共犯者、または犯罪の中止・自首・立功・未成年者など法定の処罰を減輕ないし免除する情状のある共犯者には、法に基づいて処罰の嚴重加重または減輕免除がなされる。共同犯罪に際して、これらの情状のない共犯者は、原則として、これらの情状ある共犯者と連帯して刑が加重減輕されることはない。例えば、共犯の特定身分のゆえに刑罰が加重・減輕・免除される者がいても、その身分のない者は通

ここで特に注意しなければならないのは、一般共同犯罪での主犯の処罰についてである。刑法26条4項は、「第3項に定める以外の主犯（犯罪集団を組織、指導する首謀者以外の主犯）は、その関与、組織又は指揮をした犯行の全部により処罰する」と規定する。例えば、薬物犯罪では、「一般的に薬物犯罪活動を共同した犯罪者は、個人が当該犯罪活動の遂行における出資金額、薬物の数量、および行為者の共同犯罪における地位・役割に照らして、各々処罰する。その主犯は、同人が関与遂行した薬物共犯活動と薬物数量に照らして処罰する」<sup>(7)</sup>。これは、主犯に対する嚴重処罰という必然的な政策的要請によるものである。

（3）主犯、従犯、脅従犯、教唆犯の処罰は、刑法に定める次の原則に基づいて、厳格に執行される。

1) 刑法26条3項および4項は、犯罪集団の首謀者およびその他の主犯について別個の規定を設け、二種類の処罰原則を定めている。これ以外にも、主犯重罰の規定が、一定の共犯の主犯について定められている。刑法各則は、主犯に対する規定を特別に定め、比較的重い法定刑を科すものとしている。例えば、刑法104条は、「武装反乱若しくは武装暴動を組織し、計画し若しくは実行した首謀者又は罪の重い者は、無期又は10年以上の懲役に処する。積極的に関与した者は、3年以上10年以下の懲役に処する」と定める。同条では、主犯に従犯よりも重い法定刑を科すことが明定され、主犯厳罰の原則が体现されている。それゆえ、主犯に刑罰を適用する場合には、本条の定める法定刑に直接基づいて判断すれば足り、さらに嚴重な処罰を行う必要はない。かような例は、刑法にかなり多くみられる。例えば刑法105条、240条、317条、371条などが、それである。

2) 従犯には、その軽きに応じて、処罰の減輕または免除がなされる（刑法27条2項）。「応じて」の文言は、「応分に」の意味であり、従犯にはより軽い刑が妥当するので、処罰の軽減または免除が要請される。

3) 脅従犯は、行為者の情状に照らして、処罰の軽減または免除がなされる（刑法28条）。

団の首謀者は、これについて刑事責任を負わない。

犯罪集団の一般構成員は、必ずしも全犯罪活動に関与するわけではなく、犯罪活動における地位・役割も同一ではないので、各構成員はその関与実行した具体的な犯罪行為ごとに各々刑事責任を負うべきである。犯罪集団の内部で主要な役割を果たしたその他の犯罪者（すなわち、犯罪集団の首謀者以外の主犯）は、刑法26条4項の規定により、「その関与、組織又は指揮をした犯行の全部により処罰」される。その刑事責任の軽重は、犯罪活動における地位・役割と人格的危険性の大小に基づき、犯罪構成統一体の原則に基づいて、個別に確定されねばならない。犯罪集団の一般構成員は、犯罪の予備ないし実行への関与に応じた刑事責任を負う。

## (2) 一般共犯の犯罪

これは、共犯の一般的な形態である（単純共犯形態および複雑共犯形態を含む）。この共犯では、各共犯者が、共同の故意に基づき共同の犯罪行為を実行しあるいはその実行に関与する。犯罪構成の統一性の原則に基づき、あらゆる者が共犯の行為および危害結果に対して刑事責任を負う。ここで指摘しておくべきことは、二人以上が実行した共犯では、その人数に関係なく、その犯罪構成が一つの有機的統一体になることである。したがって、共同犯罪の事件処理に際して、犯罪と非犯罪、およびある犯罪と他の犯罪との区別を明確化するにあたっては、当該共犯形態の全体的機能に基づく必要があり、共犯における個々人の犯罪行為に依拠してはならない。例えば、甲乙二人が共同故意で殺人をして二人を殺害した場合、甲乙ともに、二人を殺した犯罪行為につき、刑事責任を負う。ただし、乙が被害者の両手を縛り上げることを幫助したにすぎないとすれば、直接の殺人行為者ではない。犯罪を共同しているので、二人以上による犯罪の共同実行となるのは当然である。その共犯における甲乙二人の地位・作用・現実的な危害は異なるので、その共犯における犯罪者の具体的関与の程度、犯罪行為の軽重、責任の大小を明確に区別して罰せねばならず、これを一括して論じてはならない。



いは共犯の故意が形成されたとしても共同の犯罪行為が形成されていないからである。このような場合が、独立的教唆犯または共犯でない教唆犯と呼ばれるものである。

第二に、教唆行為が被教唆者の犯罪決意を生じさせ、かつ、被教唆者によって犯罪予備行為ないし犯罪実行の着手が行われるに至った場合、被教唆者の行為が進展して最終的にどのような結果（予備，未遂，既遂，中止）になろうと、教唆者と被教唆者とは、共犯が成立する。なぜなら、それぞれが主観的に共犯故意を有しており、客観的にも既に共犯行為が成立しているからである。このような場合は、共犯的教唆犯と称される。

共犯的教唆犯か否かを問わず、被教唆者が既に教唆された犯罪を完成させ、犯罪が既遂に達した場合を除いて、すべて教唆未遂となる。

わが国の刑法による共犯者の分類は、犯罪者の共犯における地位と役割を科学的に反映したものであり、犯罪行為の軽重および責任の大小を明確に区別し、処分を区別する政策原則を貫徹し、正確な定罪量刑をすめるのに有益である。

## 2. 共犯者の刑事責任

共犯者の刑事責任は、犯罪構成の統一性の原則に基づき、犯罪構成の共犯形態を基礎として解決しなければならない。

### (1) 犯罪集団（一般犯罪集団と特殊犯罪集団を含む）の犯罪

犯罪集団の犯罪は、共犯の特殊形態である。犯罪集団の犯罪活動は、犯罪集団の首謀者による統一的な計画・指導・指揮の下で実行される。それゆえ、刑法26条3項は、「犯罪集団を組織し又は指導する首謀者は、その犯罪集団が犯した犯罪の全部により処罰する」と定める。例えば、薬物犯罪では、「およそ麻薬を密輸，販売，運搬，製造する集団の首謀者は、当該犯罪集団が行った薬物犯罪活動および全部の薬物量に照らし処罰する」<sup>(6)</sup>。しかし、ある構成員が当該集団の共同故意に含まれない犯罪を実行した場合には、本人が個人責任を負わねばならない。犯罪集

#### (4) 教唆犯

刑法29条の規定によれば、**教唆犯とは、他人を教唆して犯罪を実行させる者をいう。**

教唆犯の基本的な特徴は、他人に犯罪の実行を教唆するが、自身は犯罪の実行に関与しないという点である。教唆犯は、わが国の刑法史では造意犯とも呼ばれており、他人の犯罪意図および犯罪決意を創出する者を意味する。

教唆犯が成立するためには、次の二要件を備えなければならない。

1) 行為者は主観において、他人に犯罪意図および犯罪決意を生じさせる故意を持つ。この故意の内容は明確であり、行為者は自己が誰にどのような犯罪を教唆するのかを認識している。故意内容が明確でなければ、教唆犯は成立しえない。他人に犯罪意図および犯罪決意を生じさせる故意がない場合、例えば話す側に意図がないのに聞く側に決心がある場合や、無意識に他人の犯罪意図を生じさせた場合は、やはり教唆犯は成立しえない。

2) 行為者は客観において、他人に犯罪行為の実行を教唆したことを要する。教唆行為は、慫慂、欺罔、説得、哀願、買収、脅迫、威圧など多種多様な方式で行うことが可能である。いかなる方法がとられても、教唆犯の成立に影響しない。また、教唆行為によって、実際に被教唆者が犯罪意図および犯罪決意をもったか否か、被教唆者が教唆された犯罪を実行したか否かも、教唆犯の成立に影響しない。ただし、その処理に際しては、以下の異なる二つの事情を区別しなければならない。

第一に、教唆行為が被教唆者に犯罪の意図と決意をいまだ生じさせていない場合、被教唆者が犯罪を決意したが何らの行為も実行しなかった場合、さらに被教唆者の実行した犯罪が教唆者の教唆した犯罪ではなかった場合、これら三つの事情の下でも、教唆者には教唆犯が成立する。しかし、教唆者は、自己の教唆行為につき独立して刑事責任を負うのみである。教唆者と被教唆者との間には、共犯の関係が成立していない。なぜなら、この場合、両者の間に共犯の故意が形成されておらず、ある

別し、その刑事責任の問題を解決するうえで、一層有益である。主犯の分類については、意見の対立がある<sup>(5)</sup>。

## （2） 従犯

刑法27条1項は、「共同犯罪において副次的または補助的な役割を果たした者は、従犯である」と定める。補助的な役割とは、共同犯罪を実行するための条件創出・便宜提供・実行補助をいう。例えば、犯罪道具の提供、犯罪の場所対象の提示、情報資金の提供、犯罪の障害の除去、あるいは犯罪実行後の犯人蔵匿の事前通謀、犯罪道具の隠匿、贓物の隠匿・購入・販売などである。

副次的な役割とは、通常、犯罪行為の実行への直接関与を意味するが、犯罪活動の実行過程を全体的にみて副次的な役割であれば足りる。例えば、犯罪集団の犯罪活動について、命令に従い犯罪活動の実行に関与したが、罪悪性が僅少で情状が重大でない場合、共同犯罪について、犯罪の実行に関与したが、その作用が僅少で重大な結果を直接惹起していない場合、あるいは情状が重大でない場合が、従犯に当たる。

## （3） 脅従犯

刑法28条の規定によれば、脅従犯とは、脅迫されて犯罪に関与した犯罪者をいう。脅従犯は、共同犯罪への関与を全くないし完全には望んでおらず、ただ主犯の脅迫・強制の下で犯罪活動に関与するにすぎない。受動的な地位であるのが一般的であり、行った犯罪行為や果たした役割も比較的軽微なため、その危害性は最も小さい。

脅従犯の認定に際して注意を要するのは、脅従犯に当たる脅迫と完全な強制下に置く脅迫との限界を明確に区分することである。前者では、身体が部分的に威圧ないし強制を受けているが、なお一定の意思の自由があり、その犯罪行為は、その意思の支配を受けているので、故意犯といえる。これに対して、後者では、完全な強制下に置かれ、すでに自己の行為を支配する意思の自由を失っているため、その行為は危害結果をもたらしたとしても不可罰である。よって、それは犯罪行為ではなく脅従犯とならない。

類される。

### (1) 主犯

主犯とは、共犯〈共同犯罪〉で主要な役割を果たす犯罪者をいう。わが国の刑法26条1項は、「犯罪集団を組織し若しくは指導して犯罪活動を行った者、又は共同犯罪において主たる役割を果たした者は、主犯である」と定める。この規定は、主犯には次の二種類のものを含むことを明示する。

1) 「犯罪集団を組織し、又は指導して犯罪活動を行った」犯罪者であること。これには、犯罪集団の組織者および指導者が含まれ、組織者・指導者でない場合には、犯罪集団の犯罪活動に際して組織・画策・指揮など主要な役割を果たした犯罪者も含む。

2) 「共同犯罪において主要な役割を果たした」犯罪者であること。当然、ここでいう「共同犯罪」には、およそ全ての共犯、犯罪集団および一般共同犯罪が含まれる。しかし、本条が既に犯罪集団の犯罪の組織者と指導者について特別に規定していることから、「共同犯罪において主要な役割を果たした」犯罪者には、前段の主犯は含まれず、一般共同犯罪で主要な役割を果たした犯罪者、および犯罪集団の犯罪活動で組織者・指導者以外で主要な作用をした行為者（罪悪の重大な幹部など）を意味するものと解すべきである。

上述の二つの場合は、決して主犯の分類を示したものではない。刑法26条1項は、主犯を定義したものにはすぎない。最初に犯罪集団の組織・指導という活動を行う犯罪者が主犯として掲げられているのは、主犯が特に重大な危険性・危害性を有するからである。

刑法97条および刑法各則の関連規定に基づいて、我々は主犯を三つに分類する。①犯罪集団（一般犯罪集団および特殊犯罪集団を含む）の首謀者、すなわち犯罪集団の組織・画策・指揮を行う犯罪者、②多衆聚合犯罪の首謀者、すなわち多数聚合犯罪の組織・画策・指揮を行う犯罪者、③その他の主犯（すなわち、犯罪集団および一般共同犯罪で主要な役割を果たした犯罪者）である。この分類は、刑法の規定に従って処分を区

し、厳格な処罰は少数の犯罪者にのみ行われる」。「真相がわからないまま邪教の活動に参加した者と、邪教組織を組織利用して不法な活動を行い、計画的に社会の安定を破壊した犯罪者とは、区別されねばならない。欺罔され被害を受けた群衆の責任は、追及しない。しかし、犯罪を構成した組織者、画策者、指揮者、幹部に対しては、法に基づき断固としてその刑事責任を追及する。ただし、自首した者ないし立功を示した者に対しては、法に基づきその刑罰を減輕ないし免除する」（1999年第9回全国人民代表大会常務委員会「邪教組織の取締，邪教活動の防止・懲罰に関する決定」）。

### 第3節 共犯者の種類と刑事責任

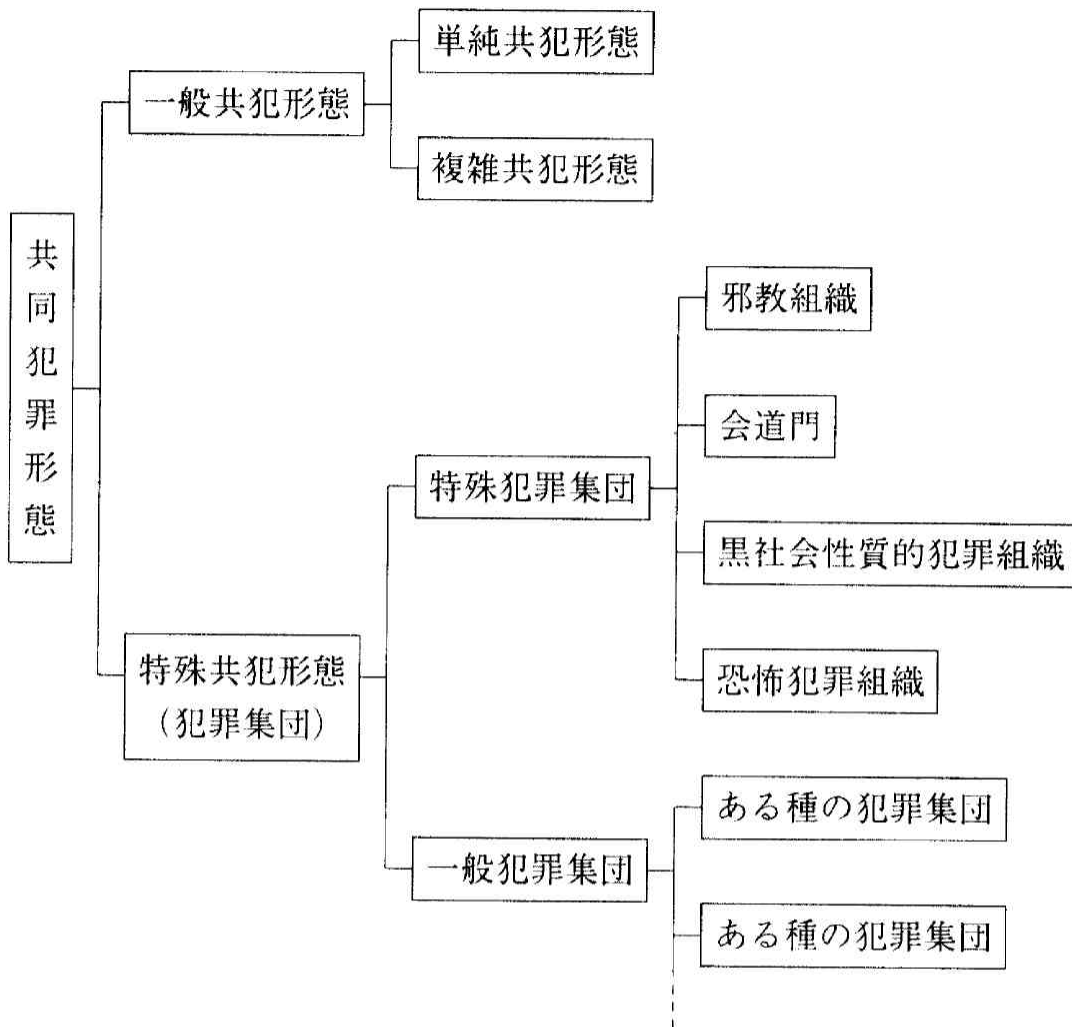
#### 1. 共犯者の種類

共犯者の種類に関して、西側諸国の刑事立法における最も基本的な区分方法は、正犯と従犯との区別である。一般的に、正犯とは、直接に犯罪行為を実行する者をいい、従犯とは、犯罪の実行者を教唆・幫助する者をいう。また、教唆犯を従犯から独立させ、正犯（ないし実行犯）、従犯、教唆犯の三つに分類することもある。当然ながら、各国の刑法は、具体的な規定でさらに細かな区別をする。

この西側諸国の刑法における伝統的な分類方法を最初に克服したのが、旧ソ連刑法であり、組織犯を共犯者から独立させて単独の一類型とし、共犯者を実行犯、教唆犯、幫助犯および組織犯の四種類に区分した。各種の犯罪組織および犯罪集団による犯罪活動が日増しに凶悪化している現在、このような分類方法は、組織犯罪との闘争を強化していくにあたり、非常に重要な意義を有する。このことは、共犯理論の発展にとって、永久不滅の貢献であるといえる。

わが国の刑法は、中国の国情を出発点とし、わが国が共犯と闘争してきた経験を総括するとともに、外国の刑法の有益な経験を吸収することによって、創造性に富む斬新な分類方法を提示している。ここでは、共犯者は、主犯、従犯、脅従犯〔脅迫による加担者〕と教唆犯の四種に分





さらに、共犯の犯罪構成の全体機能は、周囲の環境との相互関係作用、物資情報の交流交換の具体的状況から多大な影響を受ける。地方を横行し一方的に覇を唱える犯罪集団は、既に国家の中の国家となったマフィア〈黒社会〉組織に明らかなように、周囲の環境と相互に関連作用しながら、重大な社会危害性を存分に発揮して高度に拡大させている。

各共犯形態の犯罪構成の機能を分析するには、これらの法則を無視してはならない。

各共犯形態の全体機能の分析は、これと闘争する政策戦略と処理原則を総合的に決定していく上で有益である。例えば、我々は、邪教組織の全体的機能の特徴に着目して、個別的な処理を行い、打撃を少数にとどめ、多数の者の教育を達成する政策を採用している。「教育と懲罰との結合を堅持して、欺罔され被害を受けた大多数の群衆に団結と教育を施

化)を有すること。

以上の全特徴を特定の犯罪集団が備えているわけではないが、このうちの幾つかの特徴がみられるのが一般的である。どの特徴を備えるかによって、国家利益・社会の安定・人民の生命財産の安全のいずれに重大な危害や脅威をもたらす組織であるかが決まってくる。どの組織も重点的に対処すべき対象であるので、刑法は特別な規定を設けた。これら特殊犯罪集団の具体的特色については、刑法各則で特に検討したい。

上述した共犯の特殊形態の分類に基づき、さらに詳細な共犯〈共同犯罪〉の分類を示すと、下図のようになる（次頁）。

集団犯罪とは、2人以上の実行犯が謀議を経ずに犯罪実行に共同関与するものをいうが、これは、わが国の単純共犯に相当する。

### 3. 共犯〈共同犯罪〉の犯罪構成の機能

犯罪構成の全体機能は、その構成要素と構造によって定まる。共犯の犯罪構成は、その構成要素が特殊で構造が複雑であるので、個人犯罪とは異なる特殊性と個人犯罪より大きな危害性を有する。さらに、各共犯形態の犯罪構成の間にも、その構成要素の構造が同じでないために、その性質と危害性に差異がある。一般法則として、組織化の程度が高いほど、構造がより緊密複雑な共犯形態となり、その性質がより重大になるほど、危害性もより大きくなる。それゆえ、単純共犯形態・複雑共犯形態・一般犯罪集団の共犯形態・特殊犯罪集団の共犯形態は、この法則に基づき、その危害性が順次遡増していく。

他方では、共犯の犯罪構成の全体機能は、実行される犯罪の種類と多様化の程度、犯罪の手段方法の卑劣さの程度など各構成要素の質量と結合の具体的方式によって定まる。例えば、犯罪の種類に応じて、窃盗集団、浮浪〈流氓〉集団、詐欺集団、麻薬取引集団、婦女拐取売買集団等に区分しうる。このように性質の異なる犯罪集団は、それぞれ違った危害性を有している。

## 2) 特殊犯罪集団

これは、刑法各則に特別に定めた特殊な性質を有する犯罪集団であり、主としてテロ活動組織、マフィア〈黒社会〉性犯罪組織、会道門・邪教組織である。これらの組織は、一般犯罪集団の他に、独自の特徴を有している。その主なものを、次に掲げる。

①特定の犯罪目的と犯罪活動の内容。例えば、邪教組織とは、「宗教や気功に名を借りて、あるいはその他の名目を打ち立てて首謀者を神格化し、迷信や邪教を唱えて布教する等の手段を用いて他人を誘惑・欺罔して増大させた構成員を支配して、社会に危害を及ぼす不法な組織である（1999年10月20日「組織犯罪および邪教組織犯罪を処理する事案で具体的に適用される法律に関する若干の問題の解釈」）。また、マフィア性組織とは、「暴力、脅迫その他の手段により犯罪活動を組織的に行い、地域の覇を唱え、悪事を働き、群衆を蹂躪し、経済の秩序もしくは社会生活秩序を著しく破壊する組織」をいう（刑法294条）。さらに、テロ活動組織とは、自己の政治目的を実現するために組織され、テロ活動に従事することを特徴とする犯罪組織である。これらの組織は、それぞれ特有の犯罪目的と特定の犯罪活動の内容を有している。

②緊密な組織で組織化の程度が高いこと。一般に、特別な組織名称・緊密な組織構造・組織の規律を有し、組織構成員に対して強力な指導と統制が行われる。

③組織構成員が比較的または非常に多数であり、組織によっては各地に分布する巨大組織網を形成すること。中心的組織の他に外部的組織を有する場合もあり、また国外の犯罪組織と連携したり国外で発展する組織もある。

④犯罪活動を水面下で行い、目的達成のために最も野蛮で残忍な手段の使用も惜しまないこと。

⑤一定の資金力・物資力・比較的整った装備を持ち、これらを組織維持や犯罪活動支援の物質的基礎とすること。

⑥自己の犯罪組織を形成維持する独特の犯罪意識形態（犯罪的副次文

徴がみられる。

①三人以上によって構成されること。実際の犯罪集団では、少ない場合が数人、多い場合は十数人から百人以上になることもある。

②犯罪の共同実行が組織化の目的であること。集団を組織する目的（趣旨）が、集団の性質を決定する鍵となる。犯罪の共同実行を目的として組織された集団であって、初めて犯罪集団といえる。この点が、犯罪集団を一般の違法集団ないしその他の性質を持つ集団と区別する重要な基準となる。

③犯罪組織を構成すること。犯罪集団と一般共犯との区別は、その組織性すなわち一定の形式で形成された犯罪組織か否かによる。集団内部には、明らかな首謀者（首領）が存在し、集団の組織者・指導者・指揮者であったりする。これらの者と他の構成員との間には、指導・被指導の関係が形成され、一定の組織の形式や規律が設けられる。かような組織の形式や規律をみると、犯罪集団の組織の緊密性に程度の違いがあり、著しい相違のあることがわかる。無形的ないし不明確な組織もあれば、言語や文字で明確に規定している組織もあり、ひいては組織名や定款まで有するものもある。しかし、いかなる組織も、一定の組織形式が存在し、内部規律による一定の制約を受ける。そうでなければ、一つの集団が形成されえない。

④組織が比較的固定していること。組織の固定性は、何よりも、その組織が反復的に比較的長期に犯罪を共同実行するための組織であることを示す。それゆえ、その存在には、持続性と安定性がみられる。組織が、一度限りの犯罪実行のために形成されて終了後直ちに解散したのであれば、いかに緊密な組織であっても犯罪組織ではない。共同犯罪活動の長期化により構成員の相対的な固定性と安定性が決定されると、犯罪集団の主要ないし基本的な構成員も相対的に固定され急速に変動することはない。そうでなければ、集団が形成されたとはいえない。以上の四つの特徴は密接に関連しており、いずれも欠けてはならない。

てのみ社会に直接害を及ぼしうる。このような意味からして、古典学派が共犯（狭義の共犯）の従属性を強調することには、根拠があり、一定程度の合理性があるといえる。しかし、共犯を「従属的共犯」と呼び、共犯が完全に正犯に依拠するものと認めるのは、正しくないのである。

### （3）特殊共犯形態

これは、共犯〈共同犯罪〉のうち、犯罪主体が既に犯罪組織として結合している共犯形態を意味する。この共犯形態の最大の特徴は、各共犯者間に緊密かつ相対的に安定した組織構造があり、一つの統一的な犯罪組織が形成されていることである。これに反して、一般共犯形態では、各共犯者間の関係が、暫定的で散漫であり、不安定であるので、いかなる組織形式も有していない。

特殊共犯形態は、犯罪組織により実行される共同犯罪である。わが国の現行刑法が定める犯罪組織には、犯罪集団（26条）、テロ〈恐怖〉活動組織（120条）、マフィア組織〈黑社会性质的组织〉（294条）、会道門および邪教組織（300条）がある。

犯罪集団は、一般的な犯罪組織であり、あらゆる種類の犯罪について存在しうる。例えば、窃盗犯罪集団、横領犯罪集団、強盗犯罪集団というように、ある種の犯罪のみに限られず、専属性はない。それゆえ、我々は、理論上これを一般的犯罪集団と称している。

テロ活動組織、マフィア組織、会道門・邪教組織は、特殊な犯罪集団であり、それぞれ独自の性質・組織形式・活動内容等々がみられる。これらは、刑法に定める特定犯罪行為を行う組織であり、専属性を有する。一般的に、この種の犯罪集団には、大規模・多数の構成員・緊密な組織・重大な危害などの特徴がある。それゆえ、刑法は、これらの組織に対する特別規定を設け、特殊な刑罰と政策原則を定めている。これら二種類の犯罪集団については、個別的な検討が求められる。

#### 1) 一般犯罪集団

刑法26条の規定によれば、犯罪集団とは、三人以上が犯罪を共同実行し、組織が比較的固定された犯罪集団をいう。これには、次のような特



共犯の刑事責任の問題を正しく解決しえない。例えば、教唆の未遂も刑事責任を負わねばならない理由、実行犯が教唆の範囲を超えて実行した犯罪について教唆犯が刑事責任を負わなくて良い理由が、説明しえない。共犯独立性説は、ただ狭義の共犯の独立性を強調するのみで正犯に対する依存関係を認めないので、同様に刑事責任の問題を正しく解決しえない。例えば、教唆の未遂では教唆の既遂よりも刑罰が軽減される理由、実行犯が惹起した重大な危害結果ないし加重結果に対し、教唆犯がより重い刑事責任を負わねばならない理由が、説明しえない。

事実、各国の刑事立法および司法実務において、共犯従属性説または共犯独立性説の一方のみを採用することはできない。日本の刑法学者である大野教授は、狭義の共犯の成立およびその刑事責任の問題に関して、次のように認識される。「現在の通説・判例は、共犯従属性の理論を採用している。しかし、共犯理論および共犯規定の歴史的展開からすると、この二つの問題は、次第に共犯独立性の方向へと変化しつつある」。このような展開の傾向は、まさに両者の片面性が克服されたことによるものである。しかし、共犯の理論は、それ自体が犯罪構成の特殊形態の一種でしかないので、犯罪構成の理論を基礎とする。ただ二つの学説の調和と折衷が求められただけで、犯罪構成理論によって科学的な理論的根拠が与えられていないのであれば、真の問題解決には到達できない。犯罪構成の概念について既述したように、行為者の人格的危険性と行為の危害性は、統一されるべきものである。このことは、共犯にもあてはまり、それらに対立させたり、一方のみを承認し他方を否定することはできない。両者統一の基礎となるのが犯罪構成である。犯罪構成の全体性という原則に基づくことで、共犯者の相互関係、行為者の人格的危険性、行為の危害性を統一して問題を解決し、それを起点として各共犯者の刑事責任を解決しなければならない。

犯罪構成系統論は、共犯と正犯が相対的に独立しつつ、相互に関連依存することを認める。しかし、全体的に観察すれば、正犯（実行犯）は直接的に社会危害行為を実行するものであり、従犯は正犯の実現を介し

同説および構成要件論を基礎とする共犯理論とは、密接に関連する。正犯とは、基本的構成要件に該当する行為であり、実行行為がその中心的要素になる。これに対して、従属的共犯は、正犯の基本的構成要件に基づき、刑法総則が教唆犯・幫助犯について定めた一般要件に従って修正された教唆犯・幫助犯の構成要件に該当する犯罪であるとする。その中心要素となる教唆行為・幫助行為は、正犯の実行行為を介した場合にのみ、初めて現実的な犯罪性すなわち可罰性を帯びるとされる<sup>(4)</sup>。

共犯独立性説は、実証学派の立場からの主張である。この立場からは、共犯（狭義の共犯）の犯罪性は共犯者固有のものであり、この点で共犯と正犯に差異はない。それゆえ、犯罪者固有の反社会的危険性が表現されていることのほか、犯罪結果を指向する原因力を有することから、それ自体が独立した犯罪性および可罰性を有する、とされる。正犯に依拠しなくとも、共犯は存在しうることになる。共犯独立性説によれば、共犯（狭義の共犯）の成立および可罰性は、共犯者自身の危険性の外部的表現により決定される。共犯者自身の実行行為は、一定の犯罪類型から独立した構成が可能となり、共犯者自身の固有の危険性の程度、発生した侵害の程度、実行方法などに依拠して、その可罰性と刑罰の軽重が確定されることになる。

上述した二つの理論には、各々一定の正しさがあるが、いずれも片面的である。犯罪構成系統論の観点からすれば、いかなる共犯形態も、単独主体による犯罪構成と同様で、幾つかの諸要素が一定の方式で結合して構成される有機的統一体である。この有機的統一体の構成要素として、各共犯者・その犯罪意図・犯罪行為は、相対的に独立した機能を有するだけでなく、相互に依存作用し従属している。他者に従属するので相対的な独立機能を持たないとか、他人および犯罪構成の有機的統一体と分離するので絶対的に独立しているとか、そう単純にはいえないはずである。共犯従属性説は、ただ狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）が正犯（実行犯）に依存するという関係のみを見るので、正犯も狭義の共犯に依存する面があり、狭義の共犯も相対的に独立することを承認しないために、

行為をさらに幫助する場合）等々，一層複雑な事情が出現する。この他にも，このような共犯形態で共犯者の行為が縦方向において，犯罪の予備段階と実行段階という二つの段階にまたがって発展する場合もある。教唆犯の教唆行為は，犯罪の予備段階に属する。幫助犯の幫助行為も，一般的に犯罪の予備段階に属するが，犯罪実行段階の幫助もある。実行犯の実行行為は，犯罪実行段階の行為に属するが，予備行為の実行もありうる。それゆえ，この点で，犯罪構成の構造と過程の特徴が統一され，共同犯罪の構造と過程の特殊形態が統一される。

2) 犯罪の主観面として，各共犯者が共同の犯罪意図を有する。彼らの犯罪故意は，単純共犯形態の共犯者とは異なり，具体的に完全に一致して明確である。教唆犯と幫助犯の故意の内容は，ただ他人の犯罪実行を唆し，他人の犯罪実行を幫助するだけのものであって，実行犯の実行行為との同時性・直接的関連性に欠ける。この点が，複雑共犯形態の犯罪主観面における主要な特徴である。

複雑共犯形態では，狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）と正犯（実行犯）との関係が，理論的・実務的に重要な問題となる。これに関して，西側諸国の刑法理論では，長い間，共犯独立性説と共犯従属性説の論争が存在してきた（ここにいう共犯は，狭義の共犯すなわち教唆犯・幫助犯であって，実行正犯を含めて正犯が除外される）。

共犯従属性説は，古典学派の立場から主張され，共犯者をその犯罪との関係に基づき，直接的地位にある者（正犯）と間接的地位にある者（狭義の共犯）に区別する。後者（共犯）の行為は，それ自体，実際の犯罪行為には属せず，犯罪性も可罰性もないが，ただ前者（正犯）の行為に従属して初めて犯罪性を有する。すなわち，共犯（狭義の共犯）の犯罪性と可罰性は，それ自体に固有のものではなく，正犯の犯罪行為に依存する。それゆえ，共犯（狭義の共犯）が成立するには，正犯（実行犯）の行為の存在に従属しなければならない。このような意味で，それは「従属的共犯説」と呼ぶことができる。

大塚仁教授によれば，共犯（狭義の共犯）従属性説の観念と，犯罪共

求められた丙は、救助しないどころか、甲と共同して乙に暴行を加え強姦したとしよう。ここでは、先行者と後行者が共犯の故意で共同して犯罪行為を実行しているため、共犯が成立して当然である。しかし、先行者と後行者に共犯の故意が欠けるとすれば、共犯として処罰することはできない。例えば、その事案で、乙が救助を求めたとき、甲は人が来るのを察知して逃走したが、丙は乙が縛られているのに乗じて、乙に暴行を加え強姦をしたとしよう。この場合には甲乙間に共犯の故意がなく、共犯は成立しない。甲は強姦未遂、乙は強姦既遂となる。

## (2) 複雑共犯形態

これは、共犯中、犯罪主体の全員が実行犯ではなく、教唆犯・幫助犯・実行犯の区別がある共犯形態である。この共犯形態の主な特徴は、各犯罪主体の行為が異なる犯罪段階にあり、実行・教唆・幫助という三種類の行為方式に区別されることである。したがって、この共犯形態には、その構造につき次の特徴がみられる。

1) 犯罪の客観面として、共犯者の行為の相互関連と相互作用の方式が異なっている。教唆犯の教唆行為は、説得・誘引・刺激等の手段で他人を唆し、犯罪意図を生じさせる。幫助犯は、提言・教示・情報提供によって犯罪の手段や道具を提供したり、犯罪の障碍を排除するなど、物質的ないし精神的に支援することで他人の犯罪実行の条件を創出する行為を行う。実行犯は、刑法各則の条文が定める犯罪構成に該当する行為を、他人からの教唆・幫助の下で直接実行し、あるいは、他人と共同実行する。行為者自身が直接実行しなくとも、刑事責任年齢・能力の欠ける者その他法律の定める事情により刑事責任を負わない者を利用して犯罪を実行したのであれば、実行犯になるということが、ここで指摘されねばならない（西側諸国の刑法では、間接正犯と呼ばれる）。実際には、教唆の教唆犯（甲が乙を教唆して、丙に犯罪実行を教唆させる場合）、教唆の幫助犯（乙が丙に犯罪行為を実行するよう教唆するのを甲が幫助する場合）、幫助の教唆犯（甲が乙の丙に対する犯罪行為実行の幫助を教唆する場合）、幫助の幫助犯（乙が丙の犯罪を幫助し、甲が乙の幫助

この共犯形態の最大の特徴は、全共犯者が犯罪の直接実行者で実行犯であることである。その行為者間に、教唆犯および幫助犯は存在しない。したがって、犯罪構成の構造として、次の二つの特徴を有する。

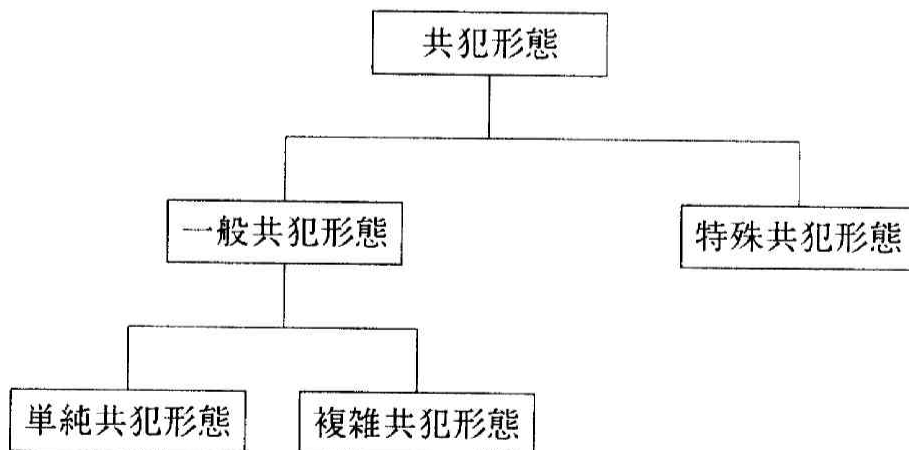
1) 犯罪の客観面として、全共犯者が、共同故意の支配により、刑法各則に定める犯罪構成行為を共同実行する。これらの行為の実行に際して、各共犯者の具体的な分担が異なる場合もある。例えば、婦女強姦の共犯では、刃物で脅迫する者、両手を縛る者、衣服を脱がす者、姦淫を実行する者がありうる。しかし、これらの全行為が、刑法236条に定める「暴力、脅迫またはその他の手段を用いて、婦女を強姦する」行為であり、それゆえ全行為者が一致協力して婦女を強姦する行為を共同実行している。「共同実行行為」は、過度に狭く理解してはならず、およそ犯罪の実行着手から犯罪の完成に至る全過程を通じて、共犯者が共同故意の支配により共同実行した行為は、どの部分の分担かに関わりなく、当該特定犯罪の構成部分に属するのであれば、全て共同実行行為である。例えば、銀行強盗の特定犯罪行為では、銀行強盗を行うにあたり、指揮者、屋外での見張役、逃走車両係など各共犯者による分担が可能である。しかし、これらの全行為が、銀行強盗行為の構成部分であるので、強盗罪の実行行為となる。

2) 犯罪の主観面として、各共犯者が、刑法各則に定める犯罪構成行為を他の共犯者と共同実行する故意を有する。これらの者はすべて実行犯であるので、当該犯罪の故意は明確かつ具体的である。各共犯者が、共同実行行為によって社会危害結果を予見し、かような結果発生を希望ないし認容している。そこで、次のことを指摘しておかねばならない。共犯者の共同故意は、共同行為以前すなわち事前に存在するものであるが、現実には、行為時に偶然に生じる場合（「偶然的共同正犯」）、また、ある者が実行行為の一部を既に完成後、他の者に当該犯罪の実行について共同犯罪の故意が生じ、先行者と共同して犯罪を実行する場合（「継承的共同正犯」）がありうる。例えば、甲が林の中で乙の両手をくくりつけ強姦しようとしていたところ、ちょうど通りかかって乙から救助を



## 2. 共犯〈共同犯罪〉の犯罪構成の構造

共犯という犯罪構成の構造は、犯罪構成としての共犯形態を構成する諸要素の結合方式を意味する。伝統的な刑法理論は、これを共犯の形式と呼び、多様な内容を与えた。例えば、共犯の種類、構造、形態、結合方式、存在形式、構造形式などのように理解したため、多くの論争が引き起こされた<sup>(3)</sup>。共犯を犯罪形態とするのみで、犯罪構成の形態として研究しなかったため、論争が起こったのであり、諸要素から構成される有機的統一体という点を無視した結果といえる。共犯を犯罪構成の特殊形態として研究すれば、論争はすべて一刀両断に解決できる。犯罪構成としての共犯形態の研究には、必然的にその構造と内部の諸要素の結合方式の研究が求められる。すなわち、具体的には、共犯という犯罪構成の主体と客体を侵害するその犯罪活動の主観的・客観的な諸要素とが、相対的に安定して相互に関係作用する方式についての研究である。共犯の形態は、その構造からして、一般共犯形態と特殊共犯形態という二類型に分けられ、さらに、一般的共犯形態は、単純共犯形態と複雑共犯形態の二類型に分けられる。この分類を図で示すと、次のようになる。



以下では、共犯形態の分類に基づき、各異なる共犯形態の特徴を研究する。

### (1) 単純共犯形態

これは、共犯の全犯罪主体が刑法各則に定める犯罪構成行為を直接に実行する共犯形態である。

通謀されている場合がある。これらの行為は、表面的には共犯を構成し、発展・完成させる直接または間接の原因には見えない。しかし、実際には、この事前の通謀行為によって、犯罪実行者は、犯罪後の贓物処理の困難を解決したり、後々の心配を除去したりして、犯罪に対する自信を増大させ、犯罪の実行と完成を促進する。

以上をまとめると、犯罪主体の非単一性、犯罪客体の同一性、犯罪主観面での共同故意、犯罪客観面での協調一致した犯罪行為が、共犯の犯罪構成要素としての主要な特徴である。勿論、これらの特徴は、共同犯罪の犯罪構成の全内容ではない。共犯の犯罪構成は、単一主体の場合と同様に、刑法各則に定める諸要素によって一定の結合方式で構成された特定機能を有する有機的統一体である。各具体的な犯罪を構成する共犯形態は、刑法各則に定める犯罪構成の一般形態と共犯の四つの主たる特徴とが結合し、統一されたものである。したがって、共犯という犯罪構成の形態といえども、刑法各則に定める犯罪構成の一般形態を基礎および内容として、分析しなければならない。また、共犯事件の処理、犯罪と非犯罪、犯罪相互の区別・限界づけに際しても、刑法各則に定める法定の犯罪構成を基準としなければならない。

犯罪構成が過程として存在するとの命題は、単なる犯罪構成としての共犯形態にもあてはまるばかりでなく、共犯形態だからこそ一層顕著に際立つ。各単独行為者が、共同の犯罪故意と協調一致した犯罪行為を形成しなければならないので、必然的に一つの発展過程をたどることになり、その発展過程で妨害を受けたり中断されたりすること（教唆未遂など）もあるので、犯罪構成過程の特殊形態と表現される。犯罪構成の過程と構造それぞれの特殊形態が相互に結合する場合、縦横に交錯して極めて複雑な状況が出現しうる。犯罪構成としての共犯形態を研究するに際して、この点に注意を払わないわけにはいかない。その犯罪構成の構造と過程の特徴は、犯罪構成系統論に基づいて、初めてその科学的論証と説明が可能となる。

ち、主体が共通の犯罪意図を有し、他人と犯罪故意を共有することを意味する。換言すれば、主体自身が、単独で犯罪活動を行うのではなく、他人と犯罪実行を共同することを知っていることである<sup>(2)</sup>。犯罪構成の過程で、犯罪主体が犯罪活動に関与する時間が前後異なるときは、実行される犯罪行為も異なるので、各行為者の共犯故意の内容は異なる。例えば、他人に犯罪を教唆した場合、まさにこの時点で共同の犯罪意図が形成されるが、主体の犯罪行為がまだ犯罪の予備段階にとどまるならば、被教唆者が犯罪行為を実行するか否か、どのように犯罪を実行するかは、なお未確定であるので、主体が刑法各則に定める犯罪行為に着手する時点の明確な犯罪故意は、具備しえない。これに反して、両犯罪者が既に刑法各則に定める犯罪行為の共同実行に着手したならば、彼らの共同故意は明確かつ具体的である。また、他人の犯罪を幫助する状況も複雑であり、積極的主導的な幫助者もあれば、消極的受動的な幫助者もある。それゆえ、幫助者の主観的な心理態度は一様でなく、消極的受動的な幫助者は、被幫助者がどのような犯罪を実行するのか、正確には知らない。まさにこのことから、共犯の主観面に関する理論を概括する場合、過度な具体化と限定をしてはならず、また、ある種の共犯の心理態度をあらゆる共犯の心理態度に代表させてはならない。

(4) 犯罪の客観面として、各犯罪主体は協同一致した犯罪行為を行う。

主体の犯罪行為は多種多様であり、教唆・幫助を行う者もあれば、直接実行を行う者、さらには犯罪活動を組織・指導・指揮する者もある。これらの異なる行為が個別具体的な共犯で体现される程度には差があり、相互の結合方式がすべて同じになるわけではない。しかし、いかなる共犯でも、各主体の行為は相互に協力する密接な関係にあり、協力一致して共通の客体を狙っている。どの主体の行為も、統一的な犯罪活動の有機的組成部分であり、共犯が形成・発展され、最終的に完成される直接・間接の原因である。現実には、共犯の行為が、犯罪既遂後に実行されることもあり、例えば、盗品の隠匿・売却行為が事前に窃盗犯人と

の犯罪主体としての資格を備えなければならない。犯罪主体としての資格を備えない限り、共犯の主体になりえないことは、単独犯の主体になりえないのと同様である。現実には、法定年齢に達しない少年・児童ないし責任能力のない精神病者を利用して、窃盗・傷害・放火等の犯罪活動を行う犯罪者もいるが、この事情下では共犯は成立しない。なぜなら、少年児童・精神病者は、犯罪主体としての資格を備えておらず、また、犯罪の共同故意を有するとはいえないからである。かような者は、当該行為者による犯罪実行の道具として用いられたにすぎず、真正の犯罪者となるのは利用者である。

犯罪主体が特定の身分を備えて初めて成立しうることが求められる犯罪、例えば、横領・贈収賄が成立するには、その主体が国家公務員でなければならない。主体がかような特定身分を具備しない場合、この種の犯罪の共同正犯の主体にはなりえないか。この問題に関しては、実行犯だけがこの種の特定身分を具備していれば、共同実行者、幫助者にその特定身分が欠けても、なお共犯が成立する、と一般的に解されている。例えば、国家公務員でない者が国家公務員に横領・贈収賄を教唆・幫助した場合、あるいは、国家公務員と共同してかような犯罪を行った場合、これらの犯罪の共犯が成立する。

(2) 各犯罪主体により侵害される客体は、同一の犯罪客体である。

共犯という犯罪構成の形態では、犯罪主体と犯罪客体が一对一の対応関係にならず、各犯罪主体が同一の犯罪客体を攻撃する。このように特殊な主体・客体の構造によって主体の侵害能力が増大されるため、客体は危害を一層受け易くなり、ますます莫大な損害が生じる。犯罪により侵害される客体が同一であるとの性質から、各主体が共有する犯罪故意、共有された故意による共同の犯罪行為の支配が決定づけられる。犯罪客体の同一性が欠落すれば、犯罪構成の共犯形態は成立しえない。

(3) 犯罪の主観面として、各犯罪主体間には共同の犯罪故意がある。

共犯の故意とは、一方では、各犯罪主体が故意により犯罪活動を行うことを意味し、他方では、主体の犯罪故意の共通性を意味する。すなわ

②一つ以上の法人と、一人以上の自然人による故意共犯。

法人は自然人によって組織されるので、法人がその内部の自然人と故意犯を構成することが可能か否か、という共犯の問題が生ずる。理論的には、可能というべきである。しかし、一定の条件が充足されねばならず、その限界の明確化にも注意しなければならない。その要件は、法人内部の自然人が法人構成員としての身分ではなく、独立の個人としての身分であることであり、かつ個人の利益を取得するために法人と故意犯を共同したのであれば、その個人と法人とは共犯が成立しうる。例えば、会社職員の甲が、香港から外国タバコを密輸しようとして計画したが、資金が足りなかったため会社の経理に相談したところ、会社が購入資金を提供することになり、密輸による不法収益を双方4対6の割合で分配することを決めたとしよう。甲は密輸により100万元の不法利益を上げて、甲が40万元、会社が60万元の分け前を入手したとすれば、甲と会社には密輸罪の共犯が成立する。しかし、甲が、会社職員としての身分において、資金を提供する会社に外国タバコの密輸を指示され、その不法収益が全て会社に帰属するのであれば、これは法人犯罪であり、法人と甲の故意共犯ではない。したがって、このような場合、甲は会社の有機的構成部分として犯罪を実行している。

## 第2節 共犯〈共同犯罪〉の犯罪構成

共犯〈共同犯罪〉の犯罪構成は、多くの主体が共同して行う犯罪活動により構成される有機的統一体であるので、その犯罪構成における構成要素・構造・機能の全側面が、単独犯の構成と大きく異なる。それゆえ、個々の深い考察が求められる。

### 1. 共犯〈共同犯罪〉の犯罪構成要件

共犯形態の犯罪構成は、四つの要件から組成される。

(1) 犯罪主体は、単一主体ではなく、二人以上である。

自然人も法人も犯罪主体となりうるが、自然人・法人を問わず、法定



かし、事前通謀があれば共犯をもって処罰する。

（８）「片面的共犯」は、真正の共犯ではない。片面的共犯は、大陸法系刑法学の用語であり、英米法では「潜在的共謀犯」という。「片面的共犯は、二人以上が犯罪に加功してはいるが、その一部の者だけが共同実行または共同加功の意思を有する場合、その非主導的な加功者を指す概念である」<sup>(1)</sup>。このような加功者は、他の行為者が事情を知らない状況下で行動して他人の犯罪行為に加功することから、片面的共犯と呼ばれる。片面的共犯が共犯か否かに関して、刑法理論ではずっと論争がなされてきた。我々は、わが刑法の規定に基づき、これを共犯と認めるべきではないと解する。なぜなら、その故意と行為とは全く一方的であり、行為者相互間の共同故意および相手方の行為の相互利用がないので、わが刑法が定める共同犯罪の概念と一致しないからである。片面的共犯概念それ自体が、論理的に矛盾している。

（９）法人の犯罪には、共犯はない。

法人犯罪は、法人が一つの有機的な統一体として実行する犯罪であることから、共犯ではない。法人内部で直接犯罪実行に関与した者にも、共犯は成立しない。このような行為者間の関係は、共犯の関係ではなく、法人という有機的統一体の内部要素として相互に関連作用する関係であり、端的にいえば、法人による犯罪実行に際しての内部構造である。ある学者は、「法人の共犯とは、法人犯罪という事情の下で、法人組織に属する自然人によって構成される共犯をいう。かような事情の下では、法人にとっては単独犯であるが、法人組織に属する自然人にとっては共犯となる」ことを認める。このように論断することは、正しくない。法人の共犯という概念をこのように用いるならば、二人以上の者による共同の故意犯につき、その内の少なくとも一人が法人である場合を、法人の共犯の内容とすべきことになる。簡単にいえば、法人が犯罪主体として関与する共犯が存在することになってしまう。

法人の共犯には、次の二つの場合が考えられる。

①二つ以上の法人による故意共犯。

結果を発生させたのかという事情が判明困難なこともありうる（どの弾丸が致命的・非致命的か不明な場合）。この場合、二人とも、既遂の責任を負わねばならない。

（3）間接正犯では、共犯は成立しない。間接正犯とは、適法な行為者、責任無能力者、または犯罪故意のない者を利用して、自己の犯罪を執行させることをいう。間接正犯は、他人の行為を利用する点で、共犯と類似する。しかし、共同の犯罪故意が欠けるので、共犯は成立しえない。例えば、14歳未満の未成年者または責任能力のない精神病患者を利用して他人の財物を窃取する場合、事情を知らない子供に毒薬を渡し重病の妻に食べさせて殺人の目的を達成する場合、他人を脅迫して抗拒不能の状況下で偽造文書に署名させる場合などには、共犯が成立しない。利用者は、被利用者の行為に対して、独立して刑事責任を負う。

（4）故意行為と過失のある行為が相互に連結・関連しても、共犯は成立しない。例えば、武装警官甲が、銃器の管理規定に違反し、友人乙に拳銃を貸与し携帯させたところ、酒を飲んで口論となった乙がその銃で人を殺した場合、両者は共犯にならない。甲の行為は職務怠慢罪であり、乙の行為は故意殺人罪である。

（5）二人以上の者が共同実行した犯罪行為について、その行為者の犯罪故意の内容およびその行為の全体的性質が同一の犯罪構成に属さないときには、共犯は成立しない。例えば、甲乙二人が一艘の船舶を共同で雇って密輸を行ったが、甲は薬物の密輸を行い、乙は一般貨物の密輸を行ったとしよう。両者の犯罪故意の内容と行為の性質は、決して同一の犯罪構成には属さないので、甲には薬物密輸罪、乙には貨物品密輸罪が成立するが、共犯は成立しない。

（6）共同故意を超過する犯罪は、共犯を構成しない。これは共同犯罪の過程で、共犯者の一人が共犯の故意の範囲を超過して、単独で別の犯罪を執行する場合であり、これについて他の共犯者には共同の故意が欠けるので、共犯は成立しない。

（7）事前通謀のない犯人蔵匿・庇護行為は、共犯を構成しない。し

共同関係は、ただ一個の犯罪事実の内に存在するだけであり、共同故意も同一の犯罪事実に対応するものに限定されねばならない。これとは逆に、行為共同説は、犯罪者の人格の危険性に立脚するので主観説ともいわれる。数人が共同行為によって各人の犯罪意図を実行することこそが、共犯であると解する。各共犯者の関係は、数人が一罪を共に犯すことでなく、主観の悪性を共同表現する関係である。このことから、両者は、共犯の本質に関する認識において、根本的に異なることがわかる。

## 2. わが刑法の共犯〈共同犯罪〉概念

わが国の刑法は、行為共同説を承認せず、過失の共犯を承認しない。刑法25条1項は、「共同犯罪とは、二人以上共同して故意による罪を犯したことをいう」と明定する。また、2項は「二人以上共同して過失による罪を犯したときは、共犯としては論じない。刑事責任を負うべき者は、それらが犯した罪に従ってそれぞれ処罰する」と定める。わが国の刑法理論は、一般に刑事立法と同じ立場を維持するが、過失の共犯を主張する論者もいる。

わが国の刑法の規定によれば、共犯とは、二人以上の者による故意の共犯をいう。したがって、次の場合には、共犯は成立しない。

(1) 二人以上の者が共同する過失犯では、共犯は成立しない。

(2) 同時犯では、共犯は成立しない。同時犯とは、犯罪意思の連絡のない二人以上の行為者が、時と場所を同じくして、各自の行為によって同一客体を侵害することで構成される犯罪をいう。例えば、甲乙二人が、相互独立して犯意を連絡することなく、同時あるいはほぼ同時に丙に発砲し、共同して丙を射殺する場合には、同時犯となる。同時犯は、外形上共犯に類似するが、共同の故意がないので、共犯が成立しえない。同時犯では、各行為者が実行した犯罪行為の範囲内で刑事責任を負うにすぎない。したがって、甲乙二人は同じく別々に殺人既遂の責任を負わねばならない。しかし、甲の銃弾が命中せず乙の弾が命中したとすれば、甲は殺人未遂となり、乙は殺人既遂となる。場合によっては、誰が死亡

には共同正犯の概念のみが規定される。刑事立法において初めて広義の共犯概念を規定したのは旧ソ連である。旧ソ連1958年の「刑事立法綱要」は、二人以上の者がある法条の犯罪を故意に実行する場合は共同犯罪である、と明定する。

刑法理論における共犯の概念について、西側諸国の刑法は、一般に共犯を故意の共犯とは明示せず、ただ数人が共同実行した行為を共犯と規定するだけである。ある刑法典は、さらに過失の共犯を規定する。したがって、共犯（共同正犯）の概念に関して、西側諸国の刑法理論では、犯罪共同説と行為共同説の争いが従来からあった。その実質は、共同犯罪の本質をめぐる論争である。犯罪共同説は、共同正犯を数人が共同して一つの特定犯罪を行うものと解する。「共犯とは数人が共同して特定の犯罪を行うことである」（日本の瀧川幸辰）。この概念から出発すると、共同行為者が主観的に共同の故意を有し、客観的に共同行為者の実行行為が一つの特定した犯罪構成要件に該当して、初めて共犯が成立しうる。したがって、二つ以上の過失行為の場合、あるいは二つ以上の故意行為と過失行為との場合は、共犯ではない。共同行為者の実行行為が複数の異なる構成要件に属するならば、共犯は成立不可能である。これと逆に、行為共同説では、共犯は、数人が一個の犯罪を実行するのではなく、数人が共同行為によって各自が意図した犯罪を完成させる、と解する。ただ行為者が主観的に共同行為の意思を有し（共同の故意は不要）、客観的に行為が共同して行われるだけで（必ずしも同一の特定の構成要件に属さなくてもよい）、共犯が成立しうる。したがって、二個以上の過失犯または過失犯と故意犯の場合は、共犯の成立が可能である。異なった構成要件に属する行為も、共犯を成立させる。例えば、甲と乙が共謀して丙を殴打したが、甲は殺人の故意で丙を傷害し、乙は傷害の故意で丙を傷害した場合には、行為共同説によれば、共犯が成立するのは当然であるが、犯罪共同説によれば、共犯は成立しえない。犯罪共同説は、客観的な犯罪事実に立脚するので客観説ともいわれるが、共犯とは数人が当該犯罪事実を完成することである、と解する。それゆえ、共犯者間の

## 第16章 共犯〈共同犯罪〉—犯罪構成構造の特殊形態（何秉松）

長井 圓

藤井 学 共訳

土田 儉

### 第1節 共犯〈共同犯罪〉概論

#### 1. 共犯〈共同犯罪〉の性質

伝統的な刑法理論と異なり、我々は共犯〈共同犯罪〉を犯罪構成構造の特殊形態として研究する。本章の副題がこの特色を明確にしている。前章では犯罪構成過程の特殊形態について論じたが、本章では犯罪構成の特殊形態について研究する。周知のように、刑法各則に定める犯罪は、ごく少数を除いて、基本的には単一の犯罪主体が実行する犯罪である。単一の犯罪主体による犯罪構成の形態が、犯罪構成の基本的形態または一般的形態である。共犯〈共同犯罪〉は、これと事情が異なって、複数の犯罪主体が共同して実行する犯罪である。その構成形態は、共同犯罪という犯罪の構成形態、すなわち共犯形態である。そこには、犯罪構成の一般形態と比較すると、構成要素・構造ないし全体的機能のすべてに大きな相違がある。したがって、このように犯罪構成の内部構造によって形成される犯罪構成の共犯形態を、我々は犯罪構成構造の特殊形態と称する。こうして、共犯は、犯罪構成過程によって形成される犯罪構成過程の特殊形態とは、区別される。

犯罪構成の共犯形態については、まず共犯〈共同犯罪〉の概念を研究せねばならない。

共犯の概念には、広義と狭義の区別がある。広義の共犯は、共同正犯（共同実行犯）と教唆犯・幫助犯とを含む。狭義の共犯は、教唆犯と幫助犯のみを指す。しかし、西側諸国の刑事立法は、広義・狭義いずれかの共犯形式を採用するかに関わりなく、正犯と教唆犯・幫助犯とを区別して規定する。それゆえ、刑法における統一的共犯の概念では、刑法典



- (5) 未遂犯の分類については、前注(1)420~432頁、木村亀二主編『刑法学事典』(上海翻译出版公司1991年版)306~321頁を参照。
- (6) 参照・前注(1)389~390頁。
- (7) 参照・前注(1)451~452頁。
- (8) リスト『ドイツ刑法教科書』〈中国語版〉(法律出版社2000年版)352頁。

防止することが必要であり、それにより初めて犯罪の中止が成立すると認められ、刑罰を減免しうる。そうでなければ、犯罪の中止は成立しえない。本人が最大限の努力をしたにもかかわらず、犯罪を阻止できなかった、あるいは犯罪結果を防止しえなかった場合には、犯罪の中止は成立しないが、適切に軽減された刑罰によって処理される。中止犯人に対する処罰の軽減ないし免除の効果が及ぶのは、その中止犯人自身にのみに限られる。中止行為を実行しない他の共犯者に対して、中止犯人と同様の寛大な処置を行うことはできない。ロシア刑法は、幫助犯の中止について、組織犯・教唆犯の中止とは異なる原則を採用している。組織犯・教唆犯は、権力機関に対する時宜にかなった報告その他の積極的な措置によって犯罪の完遂を防止した場合、刑事責任を負わない。その中止行為によって実行犯の犯罪実行を阻止できなかった場合には、裁判所が刑を言渡すにあたって、その措置を刑罰軽減の情状とみなしうるにとどまる。これに対し、幫助犯は、採りうるすべての措置を行って犯罪の実行を防止すれば足り、その措置が功を奏さず実行犯が犯罪を完遂しても、刑事責任を負わない余地がある。このように、幫助犯に対してあまりに寛大な政策を採ることは、中止犯の処理に関する基本原則に違背するものであって、必ずしも正しい態度であるとはいえない。ロシアの学者にもこれに批判的な者がいて、「この問題については、将来おそらく立法的な是正がある」ことを認めている。

ここで指摘すべきは、わが国の中止犯・予備犯・未遂犯の政策原則は、懲罰と寛大とが結合した政策の具体的体现である、ということである。その目的は、打撃を少数にとどめ、多数の教育改造を達成し、こうして犯罪者を分裂瓦解することにある。この種の事案を処理するにあたっては、このような政策の基本精神の理解が不可欠である。

- (1) 参照・马克昌主編『犯罪通論』（武汉大学出版社1991年版）381～385頁。
- (2) 参照・前注（1）379～383頁。
- (3) 参照・前注（1）387～388頁。
- (4) 参照・前注（1）463頁。

とに加えて、共犯の継続進行を有効に阻止し、あるいは犯罪の結果発生を有効に防止しなければ、犯罪の中止は成立しないのか。②犯罪の中止の条件に該当し、寛大に処理するとしても、どのような処理をすべきか。つまり、刑を免除すべきか、あるいは減輕にとどめるべきか。③犯罪の中止を実行しない他の共犯者も、中止した者と同様の寛大な処理を受けべきか。④本人が自発的に犯罪を放棄し、かつ最大限の努力をしたが、共犯の継続進行を阻止しえず、あるいは犯罪の結果発生を防止できなかった場合にも、犯罪の中止は成立しうるのか否か。つまり、犯罪の中止が成立しない場合には、寛大な処罰をなしえないのか否か。こういった幾つかの問題があり、研究が求められている。これらは、非常に政策的色彩を帯びた問題であり、その研究には真剣な態度で臨まなければならない。ここで、外国の経験を参照してみると、ドイツ刑法24条は、「犯罪を共同した数人のうち、自発的に犯罪の完成を阻止した者は、未遂として処罰しない。その中止者の行為がなくとも当該犯罪が完成しなかった場合、又は、犯罪がその中止者による以前の関与行為と無関係に未遂に至った場合には、自発的に当該犯罪を阻止しようとする中止者の努力があれば、その刑罰を免除しうる。」と定め、他方、ロシア刑法31条は、「組織犯および教唆犯が、権力機関に対する時宜にかなった報告その他の方法で、実行犯による犯罪の完遂を阻止した場合には、刑事責任を負わない。幫助犯が自己の採りうる方法で犯罪の実行を阻止した場合には、刑事責任を負わない」、 「組織犯および教唆犯が、その行為によって実行犯の犯罪実行を阻止できなかった場合でも、裁判所は、刑を言渡すにあたって、その者が行った措置を刑罰減輕の情状とみなすことができる」と定めている。

我々は、共犯の中止という問題について、確かにそこには固有の特徴があるとはいえ、原則として個人犯罪の中止と同様の要件を備えねばならず、個人犯罪と同様の政策を採用すべきであると考え。したがって、共犯の場合にも、本人が自発的に犯罪を放棄することのみならず、共犯の継続進行を有効に阻止すること、あるいは、犯罪の結果発生を有効に

相互を加算することではない。この他の犯罪主観面と犯罪客観面の要素は省略する。上述の二つの公式を、犯罪未遂と犯罪予備の方式と比較すると、この犯罪特殊形態の構成要素・構造・全体機能の違いが明確化する。この区別は、犯罪予備を刑事責任と刑事政策の原則の上で区別する客観的基礎になる。

犯罪中止行為の危害性と人格危険性は、犯罪構成の完成状態よりも小さいので、わが国刑法24条2項は、「中止犯は、実害の結果が生じなかったときは、その刑を免除し、実害の結果が生じたときは、その刑を減輕しなければならない」と定める。

中止犯の場合に刑事責任が減免される理論的根拠について、西側諸国の刑法では、「刑事政策説」と「法律説」との対立がある。刑事政策説は、「後退のための黄金の橋」というリストの名言に代表される。リストは、「不可罰な予備と可罰的な実行の着手との限界を超えたときに、未遂犯の処罰が実現される。この事実を改変不能なものとして、「後退してそれを取り消す」ことができないとすれば、悪い状態から抜け出すことのできる人は、この世界からいなくなってしまう。これには同意しかねるので、立法は、刑事政策的な観点から出発して、すでに犯罪の実行を終えた行為者に対しても、中止犯という黄金の橋（eine goldene Brücke）を架けることができるのであり、現にそのようになっている。犯罪が自発的に中止された場合に処罰されないものと定められているのは、このような理由による」と述べている<sup>(8)</sup>。その内容は、中止犯に特惠を与え、犯罪者の犯罪遂行過程からの後退を奨励することによって、事前に犯罪政策目的を達成することである。「法律説」は、「刑事政策説」と異なり、将来の犯罪予防に立脚して刑罰を軽減するのではなく、過去の犯罪事実立脚する。それは、犯罪中止という一事実の存在そのものが、以前に存在した違法性または責任のいずれかを減少させうる、と解する。

共犯の中止という問題について、わが国の刑法は規定を設けていない。これに関しては、①共犯の場合には、本人が自発的に犯罪を放棄するこ

論」・「折衷論」の三種の見解がある<sup>(7)</sup>。犯罪主体が実施する一つの侵害行為は、一連の動作・行為によって構成されるので、往々にして同一の犯罪故意の支配下の長短の過程として表現される。こうして反復侵害の可能な行為については、同一の故意に支配された侵害行為の統一過程における各行動行為を切り離したり、多くの独立行為と見たりすべきではない。例えば、甲が銃撃して妻を殺害したとき、たとえ連続して数十発の射撃でやっとな妻を銃殺しても、ただ一個の殺人行為の実施であり、数十個の殺人行為の実施ではない。それゆえ、数十個の殺人未遂罪と一個の殺人既遂罪を構成するのではない。同様の道理に基づけば、甲の第一撃の失敗が既に殺人未遂罪を構成するとはしえない。なぜなら、殺人行為は未だ終了せず、さらに連続して射撃しうるからである。しかし、射撃を自ら止めて妻殺しの意図と行為を放棄することは、犯罪実行過程において犯罪を自ら停めることであり、犯罪中止の三要件を完全に具備する。それゆえ、犯罪中止は、犯罪未遂ではなく、犯罪未遂+犯罪中止でもない。刑法理論上、このような論争が延々と続く理由は、要するに、同一の犯罪故意の下で実施する行為が、一連の動作行為から構成される統一的な侵害行為の過程であるとの認識が欠けているためである。それゆえ、それらを各独立の侵害行為に分割してしまうのである。

犯罪の中止は、犯罪既遂、犯罪未遂もしくは犯罪予備とも異なる特殊な犯罪構成形態である。それは犯罪の未完成状態の特色を備えるが、さらに重要な点は、犯罪未完成の原因が犯罪者の自発的放棄にあることである。これは、犯罪主観面において、犯罪意図あるいは犯罪故意の中止として表現される。したがって、犯罪中止は、次の二つの公式を用いて表示される。

①犯罪中止（予備中止）＝犯罪主体＋既に中止した犯罪意図＋既に中止した犯罪の予備行為＋犯罪客体。

②犯罪中止（実行中止）＝犯罪主体＋既に中止した犯罪故意＋既に中止した犯罪の実行行為＋犯罪客体。

この両公式の加算記号は、諸要素の相互作用と解すべきであり、単に



入の発覚後、毒を含んだ飲料を地上に倒しても、自発的中止ではない。

犯罪者が犯罪を中止する動機は、多種多様であり、例えば、被害者に対する同情憐憫・内心の譴責・突然の悔悟・刑罰制裁に対する恐怖などがありうる。その動機にかかわらず、犯罪の中止が自己の意思から出たものであれば、中止犯が成立する。犯罪者による犯罪中止の決定は、外界の刺激・影響によること、例えば、苦しみに耐えかねた被害者の嘆願・身内の勧告等もありうる。これらの犯罪を停止させる事情の存在だけでは強制作用の役割を果たすものではなく、依然として犯罪者の意思から出てこそ自発的中止なのである。しかし、この種の外界の刺激・影響が犯罪の停止を強制する作用を果たし、犯罪者がそれを犯罪継続進行の障害として余儀なく犯罪を中止すれば、自発的中止犯ではない。例えば、被害者が叫んで救いを求めたり、警察のパトロールを見て慌てて逃走するのは、自発的中止ではない。ここでは、外界の影響が犯罪者の犯罪中止を強制する作用を果たすか否かが、自発性の判断基準なのである。

(3) 犯罪の中止は、暫定的ではなく終局的でなければならず、犯罪者が中止決意後に放棄した犯罪活動を再び継続進行してはならないこと  
条件が成熟せず、時機が到来しないため、犯罪者が、犯罪活動を停止し待機した後に、再び継続進行することは、犯罪の一時停止でしかなく、犯罪の中止ではない。

犯罪中止に関しては、さらに多くの問題を含んだ論争がある。すなわち、犯罪者の反復侵害の可能な行為の自発的停止が、犯罪中止を成立させるか否かである。反復侵害の可能な行為の自発的停止とは、犯罪主体による第一の侵害行為の実行では危害結果がもたらされず、同一の侵害行為が反復ないし多数回にわたり行われる状況下において、この侵害行為の実施継続を自発的に停止することをいう。例えば、甲が殺意をもって妻に発砲したが当たらず、あるいは軽傷にとどまり、甲は本来銃撃を継続しえたが、旧情を忍び射撃を自ら止めた。これが反復侵害の可能な行為の自発的停止である。この問題に対して、「未遂論」・「中止

実行中止である。一般的には、前者は後者よりも犯罪の完成から遠く、その人格危険性と社会危害性も後者より小さく、それゆえ処罰も比較的軽い。

犯罪の結果発生の有効な防止とは、犯罪中止によって必然的に結果が発生しないことをいうのではない。危害結果は、犯罪の実行終了後に直ちに発生するものではなく、なお過程を要する。犯罪者がこの過程で、積極的行為を講ずることで、結果発生を有効に防止するという特殊状況をいうのである。例えば、投毒後、積極的に被害者を病院に運び、生命を緊急救助することである。これが有効な結果発生防止であり、犯罪中止の特殊状況の一つである。それは、一般的に結果犯、すなわち法定の危害結果の惹起により犯罪既遂が構成可能になる犯罪についてのみ考えられる。その特色は、次の点にある。

1) 結果発生を惹起するに足る犯罪行為が、既に実行終了している。

2) 法定の危害結果が、未発生である。既に法定危害結果が発生したのであれば、既遂であり中止は成立しない。

3) 危害結果の不発生と犯罪主体の講じた結果発生防止措置との間に、因果関係がなければならない。この因果関係が欠けると、犯罪中止は成立しえない。しかし、結果発生防止行為は、行為者自身が実施した行為に限定されない。例えば、医者に緊急救助を求め、または他人に病院に運んでもらって緊急救助する行為も、犯罪主体が積極的に結果発生防止を講じたものと解される。

(2) 自ら犯罪を放棄し、あるいは結果発生を防止しなければならないこと

これは、犯罪中止の自発性〈自动性〉(日本の学者は任意性と呼ぶ)である。犯罪主体が犯罪を中止する自発性は、中止と予備・未遂との本質的区別である。自発性とは、犯罪者が犯罪の遂行を貫徹する可能性を認識している状況下で、自己の意思により犯罪活動を停止し、危害結果発生を防止することである。外力の強制により余儀なく中止せざるをえないのは、自発的中止ではないので自発性を有しない。例えば、毒の混

性の表現であり、「犯罪予備は、例外として処罰されるのではなく、例外として不可罰にすべき」ことになる。

わが刑法22条2項は、「予備犯は、既遂犯と比較してその刑を軽くし、減輕し、又は免除することができる」と定める。これによれば、「原則上処罰されるが、減輕ないし減免できる」という政策が採用されているといえる。

## 第5節 犯罪の中止

犯罪の中止は、犯罪の予備・未遂と同様に、犯罪構成の未完成形態であるが、この二種の未完成形態とは質的に区別される。

わが刑法24条は、「犯罪の過程において、自ら犯罪を中止するか、又は犯罪結果の発生を効果的に防止するのは、犯罪の中止である」と定める。この概念は、犯罪中止の成立には、次の三要件を具備せねばならないことを示す。

(1) 犯罪の過程で、自ら犯罪を放棄しまたは犯罪の結果発生を有効に防止せねばならないこと

犯罪の過程とは、ここでは犯罪の予備から犯罪の完成に至る全遂行過程をいう。この過程がなお終了しないで、犯罪が完成されず、犯罪構成が完成形態に至らない場合に初めて、犯罪中止が成立しうる。これに反する犯罪中止は成立しえない。犯罪が既に完成し犯罪構成が完成形態に至ったか否かは、刑法各則の定める各犯罪構成の完成形態に依拠すべきである。既述のように、犯罪構成の完成形態は複雑多様である。行為犯・危険犯・結果犯の完成形態はそれぞれ異なるので、刑法規定に照らし各異なる状況を明らかにして初めて、ある犯罪が既に完成したか否かを正しく確定できる。犯罪完成後に犯罪者が採った救済処置または悔悟の表現、例えば、盗品の返済、被害者の損失賠償などは、犯罪中止ではなく量刑時の減輕事情となりうる。

自ら犯罪を放棄するとは、自発的に犯罪活動の進行継続を停止することであり、予備行為と実行行為の停止を含む。前者は予備中止、後者は

機能とはかなり相違する。旧ソ連のドライニン教授が提示した著名な公式、「予備行為＝故意＋構成要件でない行為」は、不正確である。この公式の誤りの根源は、犯罪の過程性を承認しないこと、犯罪予備が犯罪構成の発展過程で形成される独立の犯罪構成の特殊形態であることを承認しないことに由来する。それゆえ、完成状態の犯罪構成を用いて解決するのがせいぜいであって、なおも犯罪実行段階の予備行為にまで踏み込めていない。すなわち、自己矛盾の論理的苦境に陥っているのである。

公式を用いて犯罪予備形態の犯罪構成を表すならば、ドライニンの公式は、次のように修正される。

「犯罪予備＝犯罪主体＋一定の犯罪を実施する意図＋一定の犯罪着手前の予備行為＋犯罪客体」である。しかし、この公式の加算記号は、諸要素の相互作用であって、単純な加算ではない。

この公式によって、予備形態の犯罪構成要素は、既遂・未遂形態の犯罪構成と明確に異なること、主体・客体以外の構成要素および構造は、決して刑法各則の定める犯罪構成の内容ではないが、むしろ必然的に刑法各則の定める犯罪構成と不可分の関係を有することが示される。つまり、その全体機能は、一方ではそれ自体の要素と構造により、他方では、それと緊密関係にある当該犯罪構成の全体機能により決定される。当該犯罪の性質が重大で危害性が大きいほど、その予備形態の性質も社会的危害性もより大きくなる。つまり犯罪の予備形態は、刑法各則に定める犯罪構成形態に付属し従属する性質をもつ。

犯罪予備の刑事責任に関して、ほとんどの西側諸国の刑法は、「犯罪予備は、原則上処罰されないが、例外的状況では処罰される」という原則を採用する。例外的状況とは、殺人・放火・強盗・通貨偽造等の刑事犯罪および重大な政治犯罪である。さらに、予備犯の処罰は、通常、減軽ないし免除されうる。ロシア刑法30条は、「重大な犯罪および特に重大な犯罪の予備についてのみ、その刑事責任を追及しうる」と定めている。しかし、主観主義の理論に照らせば、犯罪予備は犯罪者人格の危険

や毒薬の購入、開錠用具や扉をこじ開ける道具の調達等々をいう。犯罪道具の準備方式は、多種多様であり、購入・製造・借用・窃取などがある。条件の創出とは、犯罪を実行する機会や条件の創造を指し、例えば、犯罪場所の実地調査、被害者の行方・活動習慣の調査把握、偽計による被害者の欺罔、犯罪実行の障碍排除、犯罪計画の立案、犯罪活動資金の調達等である。ロシア刑法30条は、「共犯者を探すこと」、「犯罪のために結託すること」も、犯罪の予備行為であると定めている。これらの犯罪予備活動は、行為者の特定の犯罪意図または犯罪目的の支配下で実施され、犯罪予備形態の犯罪構成の客観面に属する。

犯罪の予備行為は、一方では、犯罪の実行行為と密接不可分の関係にあり、犯罪の実行行為に役立ち、その一步の発展が実行行為である。その関係を切断すれば、予備行為それ自体は犯罪性質を喪失して、犯罪の予備行為でなくなる。しかし他方、予備行為は、実行行為と厳格に区別される。その境界は、犯罪の着手すなわち犯罪の実行開始である。予備行為は、犯罪実行前のみ存在しうる。実行着手後のいかなる行為も予備行為でありえない。

犯罪予備行為と犯意表示とは、厳格に区別しなければならない。前者は、犯罪意図の外部化であり、犯罪意図を実際の行為に付するものである。後者は、犯罪意図の単純な吐露であり、その執行貫徹ではない。したがって、犯意の表示は、話す書く等の動作を通じて言葉で表現することを要するが、この動作は刑法上の行為としての意義を持たないので、犯罪意図と相まって主体が客体を侵害する犯罪活動を構成しえないので、犯罪構成の特殊形態にはなりえない。

(3) 犯罪の予備行為が、行為者の意思以外の原因によって準備段階の時点で阻止され、実行の着手へと継続発展しえないこと

犯罪予備は、一種の犯罪構成形態として、一定の結合方式で諸要素から構成された特定の社会危害性を有する有機的統一体であり、独自の構成要素・構造・機能をもつ。しかし、それは、犯罪既遂や犯罪未遂とは異なる発展段階にあるから、これらの犯罪構成形態の構成要素・構造・



#### 第4節 犯罪の予備

犯罪の予備も、犯罪構成の未完成形態の一つである。それは、犯罪構成過程の発展程度がさらに低く、より不十分な形態である点で、犯罪未遂と区別される。わが国のある刑法学者は、犯罪予備が犯罪構成の特殊形態であることを否認し、それを故意犯の一発展段階と解するが、一考を要する<sup>(6)</sup>。すなわち、刑法22条1項は、犯罪構成形態についての記述であるが、犯罪段階の記述ではないからである。2項にいう予備犯とは、1項の犯罪者のことであり、その行為は1項の犯罪予備形態の犯罪主体と符合する。犯罪予備は、犯罪構成がその発展過程で犯罪者の意思以外の原因によって阻止され、予備犯罪段階の時点で成立する未完成形態の一種である。刑法22条の規定によれば、「罪を犯すために、その道具を準備し、その条件を造り出すのは、犯罪の予備である」。この概念は、犯罪予備が次の三要件から構成されること示す。

##### (1) 行為者が一定の犯罪の実行を目的とすること

例えば、殺人の目的・強姦の目的などである。これにより、行為者が主観的に一定の犯罪実行の意図または目的を持っていることが決定づけられる。この犯罪意図または犯罪目的は、犯罪実行段階に到達した行為者の主観・心理状態とは異なる。なぜなら、犯罪の準備段階では、実行した犯罪予備行為と危害結果との間に、直接的な因果関係がないので、予備行為者の主観が、自己の行為による社会危害結果の発生を予見・希望・放任することはありえないからである。要するに、犯罪故意という心理態度を具有しえないのである。故意という心理態度は、犯罪の実行段階に特有のものである。伝統的刑法理論は、行為者の犯罪予備段階における心理態度の特徴に注意せず、これを犯罪実行段階の犯罪故意と区別しないので、この二つの異なる犯罪構成形態を科学的に区別しえないでいる。

##### (2) 行為者が一定の犯罪を実行するために道具の準備、条件の創出といった犯罪予備活動を行うこと

道具の準備とは、犯罪実行のために使用する各種物品、殺人用の凶器

度についてのみ異なっているので、刑法各則規定の要件を完全に実現しえない。さらに、犯罪構成の未完成形態は、四要件の結合方式で構成された特定の社会危害性を有する有機的統一体であるが、犯罪の客観的要素の未完成・欠損の影響ゆえに、その統一的機能特に社会危害性が、一般的に犯罪構成の完成状態よりも小さい。

しかし、犯罪構成の既遂形態の複雑性は、その未遂形態の複雑性をも決定づける。それゆえ、各犯罪の未遂形態については、刑法各則の具体的規定を基礎として刑法総則の犯罪未遂に関する規定と結合させ、事件の実状に基づいて、その構成要素・構造と全体機能を具体的に確定すべきである。このようにして初めて、正確な定罪量刑が可能となる。このことは、決して簡単な公式で解決しうるものではない。

犯罪未遂の刑事責任について、西側諸国の刑法には、従来から主観主義と客観主義の論争があった。前者は、行為者の主観的悪性と人格的危険性に重点を置き、既遂・未遂ともに主体人格の危険性の表現であるから区別の必要はなく、同様に処罰すべきと解する。後者は、行為とその危害結果に立脚して、未遂に客観的危険性が欠けるならば処罰すべきでなく、少なくとも処罰を減輕すべきと解する。両者はともに片面的であるので、現在多数の刑法学者は、折衷主義の立場を主張する。各国の刑事立法は、未遂犯の処罰について、一般に「既遂犯の刑罰を減輕しうる」原則を採用する。ある国家は、さらに未遂犯の処罰を、刑法に特別の規定ある場合に限ることを要請している。

わが国の刑法は、犯罪の未遂と既遂に同様の刑事責任を負わせるが、「既遂犯と比較してその刑を軽くし、又は減輕することができる」と定める（刑法23条）。「減輕することができる」とは、減輕してもしなくても良いことを意味し、必ず減輕すべきものではない。いかなる場合に減輕すべきかは、事件の具体的状況に基づき決定する必要がある。具体的にいえば、犯罪未遂の全体の構成要素・構造および機能の具体的状況から決定する必要がある。ここで、刑事責任を負う法的事実的根拠は、なおも犯罪構成すなわち犯罪未遂形態の犯罪構成である。

の刑法学者は、両者を区別する基準を提出した。つまり「目的の達成を欲したが不能であった」者は犯罪未遂であり、「目的を達成できたが欲しなかった」者は犯罪中止である。これが著名なフランクの公式である。この公式は、多くの刑法学者に受容されており、我々にも参考に有する。この公式によれば、上述の事例での甲は殺人罪の中止犯、乙は殺人未遂になる。

犯罪未遂は、多様な区分標準により分類できる。例えば、犯罪行為が実行を終結したか否かに応じて、実行未終了未遂（未完成未遂・未了未遂ともいう。）と実行終了未遂（完成未遂・完了未遂ともいう。）の分類がある。犯罪行為は、実際にその完成が可能か否かに応じて、可能犯未遂（普通未遂）と不能犯未遂（不能未遂）に分類しうる。ドイツ・日本など広義の未遂を採用する国家では、一般的に未遂原因の相違に応じて、障害未遂・中止未遂・不能未遂の三類型に分類する。三類型の下に、さらに若干の分類がなされる<sup>(5)</sup>。犯罪未遂は、犯罪構成の特殊形態であり、その構成要素・構造および機能は、おのずから犯罪構成の一般形態（完成形態）と区別される。旧ソ連邦のドライニン教授は、この区別を次のように公式化した。

「未遂行為＝故意＋構成要件的行為－結果」

この公式は、簡単明瞭であるという長所を有するが、あまりにも簡単すぎて片面的でもある。例えば、既遂と未遂の区別は、ただ結果発生の有無を標準としえないので、刑法各則に定める犯罪構成要件を全部実現したか否かを標準とすべきである。したがって、簡単な公式で説明するならば、次のように修正すべきである。

犯罪構成の未遂形態＝刑法各則に定める犯罪構成の既遂形態－犯罪の客観的要素の欠陥または犯罪構成要素の未完成部分。

この公式は、次のことを示している。まず、犯罪構成の未遂形態は、その最高次の構成要素（主体・主観面・客体・客観面）と基本構造（すなわちそれらの結合方式）の点では、犯罪構成の既遂形態と基本的に同じであるが、その客観面の行為・結果・因果関係等の発展程度と実現程

が完成しないことと理解すべきであり、具体的にいえば、刑法各則に定める犯罪の構成事実全部を実現しないことである。犯罪構成完成の形態（既遂）の三つの基本状況、すなわち行為犯・危険犯・結果犯について既に分析した。これらの異なった状況を区分して、それらの「未完成」の標準を別個に確定すべきである。例えば、結果犯未完成の標準は、結果の未発生であり、行為犯では行為それ自体の未完成、危険犯では危険状態をもたらすに足る行為の未完成である。

### （3）犯罪の未達成は、犯罪者の意思以外の原因によること

意思以外の原因とは、自己の意思ではなくそれ以外の原因による障害をいう。実務上、犯罪者の意思以外の障害には、次の場合がある。

1) 外界からの客観的障害。被害者の抵抗、第三者の制止、自然力による阻害、嚴重な防御警備、法執行機関の介入、その他の不利な環境および克服しがたい障害等である。

2) 犯罪者自身の条件、能力的な障害ないし制限。加齢による身体の衰弱、犯罪の経験技術の欠乏、知識の不足、体力の不足、その他の生理心理的欠陥である。

3) 犯罪者の錯誤または錯覚。死体を生きていると誤認、空弾を実弾と誤認、食塩を毒薬と誤認、風になびく草の音を人が隠れているものと誤認するといった場合である。

犯罪の未達成が犯罪者の意思によるものか否かに応じて、犯罪の未遂と（犯罪実行段階の）犯罪の中止とが根本的に区別される。その未完成が、行為者の意思以外による障害であれば犯罪未遂であり、行為者自身の意思によるのならば犯罪中止である。事案における両者の区分は比較的困難であり、特に外界の環境が良好であって、行為者の心理・思想と共に作用したときは、さらに区別が難しい。例えば、甲が被害者の哀願ないし嬰兒の泣き声のために不憫に思う心が生じて殺人を実行できなかった場合、乙が屋外の足音を聞きつけて慌てて逃げ去ったので殺人を実行しなかった場合である。結局、意思以外の原因によれば犯罪未遂であり、行為者の意思によれば犯罪中止である。この問題に関して、ドイツ

て、他人を誣告する」行為において、事実の捏造と誣告の両行為が同時に具備されねばならないと定める。ただ事実を捏造するだけで、さらに関係機関に告発がなければ、既に犯罪の実行に着手したとは解しえない。

2) 実務では、ある行為の実施の具体的な態様方法およびその一連の動作に基づいて、犯罪実行に「着手」したか否かを具体的に確定せねばならない。刑法各則に定める犯罪行為は、実務の千姿百態、多様な行為の高度な概括、科学的な抽象である。例えば、殺人行為には銃殺・溺殺・薬殺・毒殺・感電死・縊殺など数え切れない方式があり、その方式も各種の異なった具体的方法に分別しうる。例えば、毒殺は、毒液を注射する、食事に毒を盛る、耳の中に毒液を注ぎ込む等の行為である。およそどの方法の「着手」も異なり、どの行為も一連の動作、例えば、銃殺は銃を持つ、引き金を引く等々からなる。各種の状況は非常に複雑で具体的なので、「犯罪実行着手の標準」については、多くの努力がなされ、各種の判断方法が提示されている。例えば、犯罪客体または犯罪対象への接触の有無、結果発生に対する原因力の有無、または結果発生段階への近接の有無を観察する必要がある、と解されている。しかし、いかなる標準も、このように複雑な問題を解決することはできない。したがって、唯一可能な方法は、具体的問題の具体的分析であり、具体的な状況に基づいて、その性質が「犯罪実行の準備」なのか「犯罪実行の開始」なのかを判断することである。

## (2) 犯罪の未達成

「未達成」は、その語意に照らせば、犯罪目的に到達しないことをいう。しかし、このような理解では不正確である。1999年ドイツ刑法22条は、「行為者が直接犯罪を実行したが、同人の予期した結果が発生しなければ、未遂犯である。」と定める。日本の刑法は、「遂げなかった」という文言を用い、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」ことが未遂であるとするが、これは比較的科学的である。「遂げなかった」とは、完成しないことである。いわゆる犯罪目的の未達成も、当然に犯罪



### 第3節 犯罪の未遂

犯罪の未遂は、犯罪構成の未完成形態の一つであり、犯罪構成の特殊形態の一つである。未遂の概念に関して、各国の刑法の規定は同じでないが、基本的には二つの類型がある。その第一は、犯罪の実行着手後、ただ犯人の意思以外の事情による中止または目的未達成のみが未遂を構成すると限定する。第二に、1994年フランス刑法典のように、これを限定せず、犯罪の実行着手後、その原因を問わず、ただ既遂状態に達しないもの全てを未遂とする。例えば、日本刑法43条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己に意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する」と定める。これは、犯罪の実行に着手後、犯罪者が自ら犯罪を中止して既遂形態に至らなかったものも未遂とする。したがって、日本の刑法理論では、犯罪の未遂は障害未遂と中止未遂の二種類に分類される。ドイツと台湾省の刑法もまた、同様である。わが刑法の未遂に関する規定は、第一の類型である。それは中止未遂を含まない。刑法23条は、「犯罪の実行に着手し、犯人の意思以外の原因によってこれを遂げなかったのは、犯罪未遂である」と定める。この概念は、未遂の性質と特色を明確に指摘し、犯罪未遂の構成が次の三要件を具備すべきことを指摘する。

#### (1) 犯罪者が既に犯罪の実行に着手すること

すなわち、犯罪者は、既に刑法各則に定める一定の犯罪行為の実行を開始している。ここでの犯罪行為は、主観客観の統一的行為であり、犯罪者の主観的心理状態を内包するから、単純な「犯罪構成の客観的要件的行為」ではない。行為者が犯罪実行に着手したか否かの判断にあたっては、次の二点に注意しなければならない。

1) 刑法各則の規定に厳格に基づき、実行した犯罪の性質と範囲を確定する必要がある。例えば、婦女児童誘拐売買罪は、刑法240条に定める売却の目的をもって、その一行為の実行開始さえあれば、犯罪実行の着手である。しかし、誣告罪については、刑法243条は、「事実を捏造し

と呼ばれる。

(3) 刑法には、犯罪主体の行為が、必ず法定の危害結果を発生させて初めて犯罪の既遂を構成する、と定めるものがある。例えば、刑法232条は、「故意に人を殺した者は、死刑……に処す」と規定し、殺人罪の既遂を構成するには、故意の殺人行為が他人の死亡結果を発生させなければならない。既遂罪を構成するには、行為が法定の危害結果を発生させることが要求されるので、刑法理論では結果犯と呼ばれる。しかし、刑法には、さらに別の場合を定めるものがある。すなわち、法定の危害結果の発生が、犯罪既遂を構成する要件であるのみならず、犯罪構成の要件でもあることがある。換言すれば、法定の危害結果が発生しなければ、犯罪既遂とならないばかりか、犯罪にもなりえない。例えば、刑法290条の社会秩序攪乱罪、397条の職権乱用職務懈怠罪がそれである。この種の犯罪は、刑法理論において結果犯と呼ばれる。法定の危害結果が発生してのみ、犯罪構成の完成状態になる点からして、この二つの犯罪は完全に一致するのである。

上述の三つは、法律規定の犯罪構成の完成状態（既遂）について、三類型を説明したものである。事件の処理にあたり、必ずこの三類型を区分して、厳格に一定の犯罪構成に対する刑法各則の規定に基づいて、犯罪既遂を構成するか否かの問題が解決されるのである。刑法各則の犯罪規定の全犯罪構成事実が完全に実施されたか否かの区分が、犯罪既遂の標準となる。刑法理論では、犯罪既遂の区分標準について、従来「犯罪目的実現説」と「犯罪結果発生説」とが提起された。前者は、犯罪目的の実現の有無を犯罪既遂の標準とする。後者は、法定の危害結果の発生の有無を犯罪既遂の標準とする。この二つの観点は、若干の犯罪に適用できるだけであり、その局限性のゆえに殆ど受け入れられていない。

犯罪構成の既遂形態の構成要素・構造および機能については、刑法各則の規定に基づいてのみ確定できるが、ここでは再論しない。

要件が完成して犯罪の既遂となる。この種の犯罪は、各則規定の犯罪行為を実行しさえすれば、既遂罪を構成するので、刑法理論では行為犯と呼ばれる。ある刑法論者は、刑法に定める犯罪行為の実行に着手しさえすれば既遂罪を構成するとして、行為犯から挙動犯を区分する。この種の過度の細分化が必要かつ可能であるか、検討に値する。なぜなら、犯罪の着手とは、一般に犯罪実行の開始を指すから、その短時間の「開始」を「開始」以後の行為と区分するのは困難である。行為の実行を「開始」しさえすれば既遂であるとは、断定しがたい。誣告罪は、往々にして挙動犯の例にされるが、実際ただ告発行為の実行を開始しさえすれば既遂となるものではない。行為者が、口頭で司法機関に告発するに際して、比較的長時間の告発内容を叙述して表現したとき、その告発内容の口述開始（例えば、ただ一言二言話しただけ）で誣告罪の既遂を構成するであろうか。たとえ書面告発でも、行為者が司法機関に告発書を直接手渡すことは、少なくとも一つの伝達過程である。彼が、ちょうど告発書を届け出て、司法職員が受理する直前に、これを同行した弟が奪って逃げたため、告発できなかった場合、誣告罪の既遂を構成するであろうか。答えはすべて否である。この種の過度な細分は、非科学的であることが分かる。実際に、挙動と動作・行動・行為とは、同義である。したがって、刑法理論において、行為犯は挙動犯と称され、その区別をしない。

（2）刑法には、行為の実施による一定の重大な危害結果をもたらすに足りる危険をもって、（重大な危害結果をもたらさずとも）既遂を構成すると定めるものがある。例えば、刑法117条は、交通設備を破壊して、「汽車、自動車、電車、船舶若しくは航空機に転覆又は損壊するに足りる危険を生じさせながらも、重大な結果を生じさせなかった場合は、3年以上10年以下の有期懲役〈徒刑〉に処す」と定める。行為者がただ交通設備を破壊して交通手段を転覆・毀損するに足りる危険を発生させるだけで、転覆・毀損の危害結果が発生しなくとも、本条に定める全構成要件が完成し、交通設備破壊罪の既遂を構成する。この単に一定の危険状態を発生させるだけで既遂を構成する犯罪は、刑法理論では危険犯

構成の典型的形態の基礎となる。これは公認の事実である。この点を否認すれば、理論に混乱が生じる。

犯罪構成形態の一つである犯罪既遂は、刑法各則に定める犯罪構成の完成形態がその正確な内容をなしている。およそある犯罪について刑法各則で定める全犯罪構成を完成することが、既遂である。また、犯罪主体がある犯罪について刑法各則に定める全犯罪構成事実を実現することが、既遂であるともいえる。ロシア刑法29条は、「犯罪者により実行された行為に本法に定める犯罪構成要件がすべて含まれる場合、犯罪は既遂である」と定める。刑法各則に定める各犯罪構成の完成状態は、故意犯にも過失犯にもあてはまる。ある論者は「既遂」の語義が、「既に思いを遂げる」ことであることを理由にして、過失犯を既遂から排除するが<sup>14)</sup>、これは検討を要する。中国語の「遂」の字は、多義的であり、その一つは、「成也、(礼記月令) 百事乃遂〔万事を遂げる〕」、ただ完成・成功の意味である。したがって、既遂を犯罪構成の完成形態と解することは、語義と何ら矛盾しない。法理から観察して、犯罪構成が過程として存在するからには、いかなる犯罪構成にも完成形態がある、と解さねばならない。さもないと、刑法各則に定める過失犯の構成は、無形態であるといわざるをえなくなる。これは論理に合致しない。したがって、過失犯にも犯罪構成の完成形態があることを否認する理論は、成り立ちがたい。

各犯罪の犯罪構成の具体的事情は複雑であって、立法者が各犯罪につき異なった政策原理を採用するために、犯罪構成の完成形態は多種多様である。しかし概括すれば次のように分類しうる。

(1) 刑法は、ただ一定の犯罪行為を実行しさえすれば、犯罪構成が完成する形態を定めている。例えば、刑法247条は、「司法要員が、被疑者又は被告人に対して拷問により自白の強要を行い、又は暴力により証人に証言を強要した場合は、3年以下の有期懲役又は拘留に処す」と定める。司法要員は、拷問により自白強要行為を実行しさえすれば(この行為が危害結果を発生させたか否かを問わず)、拷問自白強要罪の構成

ずれも定罪量刑の法律的基準となり、犯罪主体が刑事責任を負う法律上の根拠になる。法定犯罪構成の特殊形態に該当する犯罪事実は、犯罪主体が刑事責任を負う客観的根拠（客観的基礎）となる。

長期にわたって、犯罪構成の過程性に対する明確な認識が欠乏していたので、犯罪構成の過程・段階・形態という三者の概念と相互関係について不要な混乱が生じた<sup>(2)</sup>。犯罪の未完成形態に関する刑事責任の根拠問題についても異なった観点が形成され、わが国のある刑法学者は、それらを「基本構成要件完備説」、「修正構成要件完備説」、「縮小的〈截短的〉犯罪構成要件説」、「第二次犯罪類型説」、「刑罰拡張原因説」と整理する<sup>(3)</sup>。これらの理論は、それぞれ存在価値を有する。しかし、「犯罪構成は過程として存在する」という命題の提示が、問題を正確に解決する科学的理論を提供しうるのであって、これを基礎に共通の観念を追求することを、我々は希望する。

犯罪構成の各形態は、その構成要素・内部構造・全体機能のすべてが異なっている。それゆえ、刑法は、それらに対して異なった政策原則を定めた。犯罪構成の各種の形態と特色を研究し、その境界を明白に区分し、その政策原理を理解することは、正確な定罪量刑に極めて重要な意義を有する。

犯罪構成の特殊形態の研究は、犯罪構成の一般形態と比較対照してこそ、その特殊性を正確に理解できる。犯罪構成の一般形態は、犯罪構成の完成形態すなわち犯罪既遂である。したがって、まず犯罪既遂について論述する。

## 第2節 犯罪の既遂

犯罪の既遂は、犯罪構成の完成形態であり、刑法各則に規定されている形態である。犯罪の既遂形態の構成要素・構造および機能は、すべて刑法の各則規定に厳格に依拠して確定せねばならない。犯罪の既遂は、犯罪構成の典型的形態である。刑事立法の各犯罪に対する犯罪構成の規定は、刑法理論による犯罪構成の分析にとっても、すべて一般的に犯罪



仮に後悔して彼女らを病院に運び緊急救助して一命を取り止めたなら、甲は殺人罪（直接故意と間接故意を包括する。）の中止犯である。したがって、犯罪の未完成状態を直接故意犯罪の範囲内に局限する理解は、根拠を欠く。

犯罪構成の進行過程は、ある段階の時点において主客観面の原因によって、阻止または中止されうる。そのために犯罪過程が早い段階で終了してしまう場合が、犯罪の未完成である。このような未完成形態は、それぞれ異なる犯罪構成について成立しうる。他方、犯罪主体の意思以外の原因により阻止され、犯罪過程がより早い段階で終了する場合、犯罪予備と犯罪未遂という二つの未完成状態が成立しうる。犯罪主体が、自発的に中止すれば、犯罪中止の未完成形態が成立しうる。犯罪予備は予備罪の段階でのみ、犯罪未遂は犯罪の直接実行段階でのみ成立しうる。しかし、犯罪中止は、いかなる段階でも成立可能であって、その成立段階により、予備段階の犯罪中止と実行段階の犯罪中止に分けられる。この二種の犯罪中止における構成要素、構造および機能は、異なる。要するに、犯罪構成は一個の過程である。その過程の異なる段階は、犯罪構成の異なった発展程度を示し、その構成要素・内部構造および全体機能の異なる特色を決定し、それゆえ異なる犯罪構成形態を形成する。それが、犯罪構成の過程・段階・形態の相互関係である。

犯罪構成の特殊形態（未完成形態）と犯罪構成の一般形態（犯罪構成の完成形態または既遂形態）は、犯罪主体・犯罪客体・犯罪主観面・犯罪客観面の四大要素により構成される有機的統一体であり、その一要件が欠けても犯罪構成の特殊形態は成立しえない。犯罪構成の特殊形態も一般的形態も、犯罪構成の統一性および全体性を備える。その構成要素・構造・機能が異なるのみである。

犯罪構成の特殊形態も、法律に明確に定められている。それは、刑法各則規定における犯罪構成の一般形態を基礎とし、刑法総則規定における特殊性で補充され、両者の統一が法定の犯罪構成の特殊形態として構成される。したがって、法定の犯罪構成の特殊形態と一般形態とは、い

事物の形状または表現であり、ある段階の一定の結果点に存在する犯罪構成の全体形態を指し、犯罪構成の要素・構造および全体機能である。それは厳格な区別を有するので、同列に論じてはならない。

理論上、いかなる犯罪構成も、故意犯あるいは過失犯であれ、その発展過程における異なる段階は、すべて異なる犯罪構成の形態を示す。しかし、法定の犯罪構成は、決して単純な客観的存在物ではなく、支配階級の意思と刑事政策が刑法に反映したものである。したがって、ある種の犯罪が法定犯罪構成の特殊形態になりうるか否かは、立法者の規定によって決定される。わが国の刑事立法では、過失行為は、重大な危害結果の発生がある場合に初めて犯罪を構成すると定められており、この過程が完了しなければ犯罪を構成しないことを意味する。したがって、過失犯には、犯罪構成の未完成形態がない。間接故意犯罪について、わが刑法の規定からすれば、単純間接故意犯罪は、危害結果が未発生であれば一般に犯罪を構成しない。それゆえ、かような状況下では、犯罪構成の未完成形態はありえない。しかし、実際には、犯罪の予備段階では、主観的心理状態が直接故意であるか同時に間接故意でもあるかは、不明確である。なぜなら、主体がなお実行に着手しなければ、明確な故意内容を有しえないからである。かような状況下の犯罪予備あるいは犯罪中止では、主体が直接故意の心理態度しか持たないと断定する方法がない。犯罪着手後の主体の心理態度は、あるときは単純間接故意であるかもしれないが、多くの場合には危害結果に対する間接故意、さらには別の危害結果に対する直接故意も併存するかもしれない。主観的または客観的な原因によって犯罪が未完成となり結果が発生しない場合でも、そこに現れた犯罪の未遂と中止には、主観的心理態度として間接故意を排除しえない。例えば、甲が直接故意で妻の食事に毒を入れたが、たまたま妻の友人乙が来て一緒に昼食を共にした。甲は、間接故意の心理態度をもって、乙と一緒に食事を取らせた。乙と甲の妻は一緒に中毒となったが、その後別の人が病院に運び緊急救助をして彼女らの生命を救った。甲は、故意殺人未遂罪（妻には直接故意未遂、乙は間接故意未遂）を構成する。

## 第15章 犯罪構成過程の特殊形態 (何秉松)

長井 圓

藤井 学 共訳

土屋 修

### 第1節 犯罪構成過程の特殊形態概論

既述のように、犯罪構成〔犯罪成立要件〕も、世界の一切の事物と同様に一個の過程であり、主体が客体を侵害する犯罪活動過程である。わが国の刑法各則の条文は、通常、各種犯罪構成過程の完成形態を規定している。犯罪構成の未完成形態は、もっぱら刑法総則の22条・23条・24条が規定し、犯罪の予備・未遂・中止からなる。この三つの犯罪の未完成形態は、犯罪構成の要素・構造・組織すべての点で犯罪構成の完成形態と異なる特色を有し、この特色は犯罪構成の過程性から定まる。したがって、これらを犯罪構成過程の特殊形態という。本章では、特に犯罪構成の過程性から出発して、この犯罪構成の未完成形態と完成形態との関係ないし区別について検討する。

いかなる過程も、すべて段階性と持続性との統一である。過程と段階との関係は、全体と部分の関係、質の根本的变化と部分的変化との関係である。過程の発展は、通常一般的には量的変化が部分的な質の変化、ひいては根本的な質の変化に至る。犯罪構成は、発生から完成に至る過程であり、一般に二つの段階に区分される。すなわち、予備と直接実行の段階である。ある刑法の論者は、第三の段階つまり実行後の段階を提起するが<sup>1)</sup>、一考を要する。なぜなら、この第三段階は、明確な限界と質の規定に欠けるからである。犯罪構成の形態が犯罪構成の過程により決定されるものである以上、それらの質的变化は、当然に過程の段階と密接に関連する。しかし、犯罪構成の形態は、決して犯罪構成の発展段階ではないので、犯罪構成の段階と同一視してはならない。段階とは、過程の発展において顕著な境界を有する各構成部分である。形態とは、

- (2) 木村亀二主編『刑法学事典』（上海翻译出版公司1991年版）175頁。
- (3) 儲槐植『アメリカ刑法』（北京大学出版社1987年版）125頁。
- (4) 大塚仁著『犯罪論の基本問題』（中国語訳本）（中国政法大学出版社1993年版）139頁。
- (5) 陳兴良『刑法注釈（疏義）』（中国人民公安大学出版社1997年版）98～99頁。
- (6) 高铭暄主編『中国刑法学』（中国人民大学出版社1989年版）160～164頁。
- (7) 马克昌主編『犯罪通論』（武汉大学出版社1991年版）782～816頁。
- (8) 赵廷光主編『中国刑法原理（総論）』（武汉大学出版社1992年版）386～395頁。

要件を具備して初めて犯罪性排除行為になる、と我々は解している。

①承諾者は、被侵害利益の主体または権利者でなければならない（特定の行為対象）。

②承諾者は、完全な民事行為能力を具備して、承諾内容を正確に理解した上で有効な承諾をする能力を有さねばならない（特定の行為対象）。

③承諾は、被害者の自覚的・自発的な選択でなければならず、無知・脅迫・詐欺の結果であってはならない（行為対象の主観要素）。

④承諾内容は、被害者が自由に処理する権利を法律が認めた個人の利益でなくてはならない。何人も、国家や社会利益の侵害について承諾を与える権限はない（行為客体）。

⑤被害者の承諾は、侵害行為の実行前に明確に示されねばならない。行為実施後あるいは結果発生後の事後的承諾は、原則として無効である（行為の客観要素）。

⑥侵害者は、被害者の承諾を明確に認識していなければならず、かつ承諾に基づいて侵害行為を実行しなければならない（行為者の主観要素）。

上述した要素のどれが欠けても、被害者の承諾に基づく行為により組成される合法系統は、不法で犯罪的な系統へと変わる。

これらの数種の犯罪性排除行為の他に、自救行為（自力で自己の権利を保存満足させる行為）、自損行為（自ら自己の法益を害する行為、例えば自殺）、許された危険また許容的危険（重要な生産部門・生活領域において、科学技術の高度な発達によって必然的に包含する重大な危険を、刑法は一定限度内で許容し、発生した危害結果に対する責任を免除せねばならない）および安楽死等がある。これらの行為が違法性や社会危害性を排除するか否かについて、なお刑法理論に大きな差異があるので、さらに研究を進めねばならない。

(1) 高铭暄・马克昌主編『中国刑法学』（中国人民大学出版社1989年版）145頁。



業務上の正当行為は、次の要件を具備して初めて、その社会的危害性を排除する。

①合法かつ正当な業務行為でなくてはならない。

②業務範囲内の正当行為でなくてはならない。

③行為は業務に要求される必要限度を超えてはならない。例えば、医師が治療上の必要からではなく任意に病人の手足を切断することは、業務に必要な限度を超えている。

上述した要件のいずれが欠落または変化しても、系統の構成と性質が変化して、その合法性を失う。

#### 4. 被害者の承諾（同意）に基づく行為

これは、被害者が自己の権益侵害を承諾したことに基づいてなされた行為をいう。ローマ法は、いわゆる「承諾を得た者は罪を為さず」の原則を持ち、譲渡処分を禁ずる権利を除いて、被害者の承諾に基づいて実施した侵害は犯罪を構成しない。現代国家の刑法は、この原則を継承しつつ厳格な制限を加えている。例えば被害者の承諾に基づく殺人について、多くの国家は、「生命の絶対不可侵性」の原則を根拠として、その違法性を阻却しえないとする。「安楽死」が違法性を阻却するか否かについて、大多数の国家の刑法は、現在もなお否定的態度をとる。被害者の同意に基づく傷害・墮胎等の行為が違法性を阻却するか否かについて、肯定的立場をとる国家もあるが、刑法でその刑事責任を追及する必要があると明定する国家もある。国家利益または社会利益に関する行為については、一般に個人の承諾によって違法性は阻却しえないとする。被害者の承諾を得た行為が、常に違法性や社会危害性を排除するわけではないことがわかる。この問題について、法律上の制限は大変厳格であり、とりわけ生命健康侵害など人身に専属する利益に対する行為は一層厳格である。

わが国では、この問題につき法律は明文で規定していない。被害者の承諾を得た行為は、わが国の刑事政策および国外の経験に基づき、次の

は後見人が法に従って精神病者あるいは刑事責任年齢に達していない未成年者を後見・監視または教育する行為である。

法令行為は、以下の要件を具備して初めて、合法・正当で有益な行為になり、犯罪性を阻却しうる。

①行為者は、法に従って権利（職権）を行使し義務を履行する目的を備えねばならず、不法目的のためであってはならない。

②行為者の行為は、形式上も事実上も法律規定に符合しなければならず、法律規定を濫用する権利・職権であってはならない。

## 2. 上級命令に従った行為

これは、国家職員が上級機関または指導者の命令に従って実施する職務上の行為をいう。その犯罪性の排除には、次の五要件を具備しなければならない。すなわち、次の五要件を具備した場合のみ、合法的な社会システムになる。

①上級機関または上級指導者は、その職権の範囲内で命令を下さねばならない。

②命令の内容は、下級の国家職員が職務範囲内で実施すべき行為でなくてはならない。

③命令の形式と内容は、法律に違反してはならない。

④命令の執行者は、上級命令に違法性がないことを知らねばならない。

⑤命令の執行は、命令の範囲を超えてはならない。

どの一要件が欠けても、上級命令に従う行為を組成する合法システムは、違法で犯罪的なシステムに変わる。

## 3. 業務上の正当行為

これは、特定業務に従事する者が、業務上必要な正当行為を実施することをいう。例えば、医者が病人の生命を救うため病人の手足を切断する行為、ボクサーが試合中に相手を傷害または死亡させる行為である。

づく行為または自損行為があるとする学説もある<sup>(7)</sup>。さらに、公務執行行為、正当業務行為、権利者の同意に基づく行為、体育競技中の傷害行為、科学実験行為があるとする学説もある<sup>(8)</sup>。我々は、その他の犯罪性排除行為を次のように分類する。

### 1. 法令に依拠した行為

これは、法律に依拠した権利行使あるいは義務履行の行為である。ここでいう法律とは、広義の法律であり、法律、決定、命令、規約、条約など各種の法律規範の具体的表現形式を含む。法律規範の統一性からして、法律に従う行為は、当然に、刑法における違法な社会的危害行為にならない。ただし、一定の法令行為は、その権利行使または義務履行が一定利益を合法に侵害・加害することを包含しているので、法律を濫用して人権・国家利益を不法侵害する可能性をはらんでいる。この可能性が現実化するとき、この種の行為は、刑法上の社会危害的な違法行為になる。系統論的観点からすると、法令行為は、本来諸要素から組成される合法的な社会システムである。その諸要素に欠如または変化があつて、例えば主観的に不法な目的を有し、または客観的に法律が賦与する権利を濫用するときには、組成要素と構成の変化により全体の性質が変化するので、合法的システムから違法的・犯罪的システムに変わる。法令行為とは、このような行為をいう。我々は、それらを二種類に分類しよう。

#### (1) 職権（職務）行為

これは、国家職員が法に従って職権行使または職務執行をする行為である。例えば、刑事訴訟法に基づく逮捕・勾留・居住監視等の強制措置、捜査等の調査手段、あるいは死刑・懲役・拘留・拘束等の刑罰執行である。また例えば、法律に従って国家が管理統制する麻酔薬や精神薬品の生産・運輸・管理・使用に従事する行為である。

#### (2) 権利（義務）行為

これは、一般の公民が法に従って権利行使または義務履行をする行為である。例えば、公民が犯人を捕まえて警察に引き渡すこと、家族また

に該当しない状況下でのみ成立する犯罪構成系統である。よって、その小さな社会危害性ゆえに、処罰が減輕または免除されるべきである。

緊急避難と正当防衛には、多くの相似点がある。それらは、公共の利益・本人または他人の人身その他の合法権利への危害を避けるためになされた緊急措置である。両者ともある利益に一定の損害を与えるが、全体としては社会に有益な行為であるので刑事責任を負わない。しかし、それにもかかわらず、詳しく見ると、その性質は異なっている。正当防衛は、合法行為と不法行為という正邪の争いである。緊急避難は、危急状況下で、一方のより大きい合法利益を保存し、他方の小さい合法利益を損害するものである。これは両合法利益の大小を衡量した後に行う選択であって、合法と不法の争いではない。よって、両者が具備せねばならない要件は、次の点で大きく異なる、①危害の原因が違ふ。緊急避難の危害原因は非常に広く、人の不法侵害も自然災害・動物の攻撃等もありうる。正当防衛の危害原因は、不法侵害のみである。②行為の損害対象が異なる。緊急避難の損害対象は第三者の合法利益であり、正当防衛の損害対象は不法侵害者のみである。③行為の制限要件が異なる。緊急避難行為は、やむをえないとき、すなわち危険を避けうる他の方法がないときのみ実行できるが、正当防衛行為にはこの制限がない。④損害の程度に対する要求が異なる。緊急避難が損害する合法利益は、保護する合法利益より小さくなければならないが、正当防衛が与える損害は、不法侵害者が与える損害より大きくても良い。

#### 第4節 その他の犯罪性排除行為

その他の犯罪性排除行為について、わが国の刑法は規定していない。しかも、その理論研究は、初歩段階にあり、比較的成熟した理論は形成されていない。我々もここで初歩的な探求をするにすぎない。

その他の犯罪性排除行為の種類には、主に命令執行行為、職務履行行為および権利者の同意に基づく行為があるとする学説もある<sup>(6)</sup>。法令による行為、命令執行行為、正当業務行為、自救行為、権利者の承諾に基

ことに、何の理由があろうか。自己の生命を保護するために、他人の生命を犠牲にすることは、決して許されないことである。

この二つの合法権益の大小を、どのように衡量すべきか。ここには、価値観念の問題がある。例えば、その性質からして、国家利益・全体利益・個人利益は、決して同等のものではない。個人の利益を保護するために国家の利益を損害せねばならないとき、単純に財産額の大小といった利益自体の特性を衡量することはできない。個人と国家の利益の比較は、利益の性質から離れては考慮しえない。個人の生命を保護するために国家の安全機密を危険に晒すことが許されないことは、明らかである。しかし、本人の価値一億元の財産を保護するために、価値数十万元の国家財産を損失することは、許容される。また生命、健康、人の尊厳、婦女の貞操、財産等の各種の異なる利益も同等のものではなく、一般的に言えば、人の生命は財産よりも尊重されなくてはならない。しかし、個人の生命を保護するために大工場を焼損させた場合、大きな利益のために小さな利益を害したということは極めて困難である。こうして、利益評価に関する問題は、非常に複雑な問題であり、避難時の実際の状況から多面の要素を考慮した価値判断を通じて、社会主義の原則に即して、緊急避難が必要限度を超えているか否かを、正確に解決すべきである。緊急避難が必要限度を超えて不適切な損害を招来すれば、刑法理論上は過剰避難になる。刑法21条2項の規定に基づき、刑事責任を負わねばならないが、処罰を減輕または免除すべきである。

以上の四要件は、密接不可分の関係に立つ。この四要件を完全に具備して初めて、合法で正当な緊急避難になる。

以上の分析から判明するように、緊急避難の合法性は、避難行為がその主客観的要件と結合して、新たな社会系統になることに基づく。この主客観的要件が欠けると、それは合法的な系統から不法な犯罪系統に転化し、瑕疵ある主客観的要素のために組成犯罪系統全体の性質も異なるものになる。これを具体的に分析すると、どのような犯罪構成になるかが確定されうる。過剰避難の犯罪構成は、前三要件が備わるが第四要件



未発生または過去の危険であってはならない。誤想の危険に対して緊急避難を実行すれば、錯誤の原則に基づき処理せねばならない。未発生または過去の危険に対して緊急避難を実行すれば、避難に適さず犯罪が構成され、刑事責任を負わねばならない。

(2) 緊急避難は、公共の利益・本人または他人の合法權益を危険な損害から免れさせるために必要な場合にのみ実行しうる。

保護利益は適法なものでなければならず、不法利益を保護するための緊急避難は成立しない。よって、自分が逮捕を免れるために他人のオートバイを強奪して逃走したり、密航行中の貨物船の荷主が海上で暗礁に遭難する危険時に自己の貨物を守るために別の小船に衝突転覆させる場合には、緊急避難は成立しない。彼らは、不法利益を守るために合法利益を害したからである。

さらに、刑法21条3項の規定によると、職務業務上特定の責任を負う者は、本人の合法利益の損害危険を避けるための緊急避難をなしえない。例えば、船舶の危険遭遇時の船長、消火時の消防隊員、国境警備中の防衛員は、国家公共利益または他人の利益に特定の責任を負っているため、自己の權益を守るための緊急避難をなしえない。

(3) 緊急避難は、やむをえない状況でなければ実行しえない。

やむをえないとは、その当時の状況下で緊急避難をする以外には危険を避けうる他の方法がないことをいう。すなわち、緊急避難とは、避難時の危険を避けうる唯一の方法である。やむをえない状況でなければ、他に危険を避けうる方法があるので、緊急避難はなしえない。

(4) 緊急避難は、必要な限度を超える不適切な損害を与えてはならない。

いわゆる必要な限度とは、緊急避難で害される利益が、保護される利益より価値が小さくしなければならず、その価値が同等であったり、保護される利益より大きくてはならないことをいう。さもなければ、緊急避難の意義と作用は失われ、その存在する合法的根拠も失われる。同等ないし大きい価値の合法的利益を犠牲にして、別の合法的利益を保護する

### 第3節 緊急避難

#### 1. 緊急避難の概念

緊急避難は、国家、公共の利益、本人または他人の生命・身体・財産その他の権利を、現在発生している危険から免れさせるため、やむをえず比較して価値の小さい他の合法権利を侵害する行為である。刑法21条は、「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」と定める。

緊急避難は、国家・公共の利益・他人の合法利益を損害しても、何ゆえに刑事責任を負わないのであろうか。その理由は、国家や公共・個人の利益が緊急の危険に遭遇したとき、この種の行為が他に方法がない状況下でやむをえずなされ、価値の小さい他の利益を犠牲にして、より価値の大きな利益を保護するための便宜的措置であることにある。この種の行為は、行為者の主観的意図から見ると、急迫不可避で他の選択の余地がない状況下で、より大きな価値の合法利益を保護するためのものであって、故意に社会を害するものではない。行為の客観的結果から見ると、罪のない第三者を害するが、より大きな価値の利益を保存するので、全体から比較すると社会全体に有益であるので、犯罪行為ではないのである。

#### 2. 緊急避難の要件

刑法18条の規定によると、緊急避難が成立するには、次の要件が具備せねばならない。

(1) 緊急避難は、合法利益が現在の危険の威迫に直面している場合にのみ実行しうる。

その危険とは、非常に広範なものを含み、洪水・地震・暴風等の自然災害、猛獣・狂犬等動物の襲撃、交通事故・爆発・水災等の重大な責任事故、あるいは人の不法侵害をいう。しかし、いかなる危険であれ、虚偽・仮定のものではなく実際に存在し、現在急迫していなければならず、

当防衛の前記四条件を同時に満たさねばならない。この四条件に符合しないならば、正当防衛でも過剰防衛でもない。この前提を軽視することは間違っている。刑法20条2項は、「防衛行為が必要な限度を著しく超えて重大な損害を与えた場合」であって初めて、過剰防衛になると明定している。正当防衛の前提を具備しなければ、防衛過剰を論じられない。具体的状況に基づいて、刑法の関係規定に照らし量刑を決定すべきである。過剰防衛が不法侵害者に対し重大な損害（例えば死亡または傷害）を生じることに関する定罪の問題、すなわち防衛者が重大な危害結果をもたらした行為に対する罪責内容となる認識について、見解の対立がある。基本的には、四つの立場がある。①一般には過失犯になるが、個別の状況下で故意犯になりうる可能性も排除しない。②すべて防衛行為は故意に実行されるので、過剰防衛は故意犯でしかない。③防衛者は行為時に、自己の行為の結果の社会危害性を決して認識せず、逆に有益な行為と解しているので、故意に防衛行為を実行しているものの、決して犯罪故意を有してはいない。不適切な危害を生ずる過剰防衛について、彼は過失であるにすぎない。よって、過剰防衛は、過失犯にすぎない。④過剰防衛は、過失犯であり、間接的故意犯でもありうるが、直接的故意犯ではありえない。

これら四つの説は、いずれも一定の根拠を有するが、事案の処理に当たり細かい認定が困難である。公民の積極的な正当防衛権行使に対する制限を緩和する根拠からして、公民の自発的・積極的な犯罪行為に対する闘争と過剰防衛を寛大に処理する（「処罰を軽減または免除する」）立法精神が奨励・支持される。我々は、この政策上の考慮からして、過剰防衛を一律に過失犯として論じることが比較的適当であると考える。

刑法20条2項の「防衛行為が必要な限度を著しく超えて重大な損害を与えた場合は、刑事責任を負わねばならない」という規定に基づき、過剰防衛は、処罰の減輕または免除がなされねばならない。

### 3. 過剰防衛〈防衛過当〉およびその刑事責任

刑法20条2項の規定によると、正当防衛の必要な限度を超えて、重大な損害を与えることの明らかなものが、過剰防衛である。その「防衛が必要な限度を超えることが明らかなこと」と「重大な損害を与えること」とは、密接不可分な関係に立ち、いずれも欠けてはならない。この中で、防衛が必要な限度を超えることの明らかなことが、重要で決定的な要件である。もし必要限度を超えることが明らかでなければ、不法侵害を制止するために必要なことが確実であり、たとえ重大な損害結果を生じさせても、例えば、本条3項にいう「不法侵害者の死傷を生じさせること」も、過剰防衛ではない。

今回の新刑法は「著しく」〈明显〉の二字を特に強調しているが、これは1979年刑法にはなかったことである。「著しく」とは、一目して誰でも、その必要限度を超えることが容易に分かり、いかなる異議や曖昧な見方も発生しえないことをいう。防衛の性質・手段・強度と損害結果等の面を問わず、これが不法侵害の防止に必要な限度を超えていると単純に人々に分かることである。重大な損害では、「重大」の二字が強調されている。およそ正当防衛は、程度の異なる不法侵害者の損害を発生しうる。刑法20条1項は、正当防衛の概念を定めるにあたり、重大な点を明確に指摘している。それは、正当防衛の有する意味であり、正当防衛概念の内容である。よって、不法侵害者に対して発生する一般的損害は、合理的かつ正当であり、過剰防衛の問題を生じない。必要な限度を超えていることが明らかであり、同時に不法侵害者に重大な損害を生じて、初めて過剰防衛になる。「重大」とは、当然ながら一般的損害ではなく、不法侵害者の身体・健康に少なからず重傷を生じさせて初めて防衛過剰となりうる。我々は、刑法95条が定める重い傷害の基準を参照して認定を行いうる。いうまでもなく、人が死に至ることは重大な損害である。

さらに、過剰防衛とは、正当防衛の過剰をいう。それは、行為者が正当防衛を実行することを前提にする。すなわち、過剰防衛は、上述の正

的で適当なのである。しかし、過去の司法実務では、「基本的当説」の影響により、防衛者が不法侵害者を死傷させると過剰防衛とされ、防衛者の刑事責任を追及する状況がたびたび発生した。公民が犯罪に反撃して自らの生命身体の安全を保全するには、非常に不利であった。今回の改正刑法は、この種の特殊状況が防衛過剰ではないことを明確に肯定し、公民の正当防衛権行使を保障した。公民がこの生命身体の安全への甚大な危険行為に対する闘争を支持されたことは、積極的かつ重要な現実的意義を有する。本項の規定を「非過剰防衛」という刑法学説もある<sup>(5)</sup>。これは検討の余地がある。刑法は、本項の特殊規定に該当する要件下で正当防衛を実施することを肯定しているだけであって、たとえ不法侵害者の傷害を創出しても防衛過剰になるのではない。本項の規定と刑法20条1項・2項の規定とは完全に一致するものであり、1項・2項は「過剰防衛」、そして3項は「非過剰防衛」の規定であるとはいえない。わが刑法が、この規定で無制限の防衛権を許可したものと解することは正確でない。公民個人が行使する一種の権利としての正当防衛は、やはり制限的なものである。それは、不法侵害の制止に必要な範囲内に制限されねばならない。無制限な防衛権は、必然的にそれに逆行し、新たな不法侵害を生む。

以上の五要件は、密接不可分の関係にある。同時にこの五要件を具備して初めて、合理的で適当な正当防衛となる。

これらの正当防衛の要件は、防衛行為とその要件が要求する主客観的要素（例えば、行為者が防衛意図と防衛目的を有すること、合法利益が実際の不法侵害を受けていること等）とが結合するため、これらの主客観的要件を具備しない犯罪系統と完全に異なる新たな系統、すなわち合法で社会に有益な系統になる。たとえこの中のどの要素が欠けても（例えば、実際に不法侵害が存在しない誤想防衛）、その構成と性質は変化し、正当防衛の合法系統にならず、依然として一個の犯罪系統でしかないのである。



る。必要説の正当性は、事実が証明している。これは、わが刑法が定める正当防衛制度の根本目的、すなわち公共利益や人民個人の法益を守るために不法侵害を有効に制止することに合致する。この目的を達成するために必要な一切の防衛手段は、いずれも合理的で正当な行為である。いわゆる必要限度とは、本質的に急迫不法の侵害を制止するに足りるものである。当然、防衛行為が不法侵害を有効に制止するのに必要か否かの確定には、実際の開始点から、不法侵害者個人の状況、侵害行為の性質・方法・強度、防衛者個人の状況、保護法益の大小およびその置かれた環境・時間・地点・条件等の各要素を全面的に考慮する必要がある。こうして初めて正確な判断が下せる。

「必要説」は、決して防衛手段に何の制限も加えないわけではなく、「不法侵害の有効な制止に必要なもの」に限るのである。不法侵害は往々にして突然の侵害であるため、侵害者が主導的で有利な地位に立ち、被害者は受動的で不利な地位に立つ。それゆえ、防衛行為に対する要求は、過度に厳しくすべきでない。当時の状況下で不法侵害の制止に必要なことが確実で、必要限度を明らかに超えて重大な損害を発生させていなければ、それは必要で正当な合法行為として、全公民の違法犯罪との闘争が支持・奨励される。

刑法20条3項は、暴力犯罪への正当防衛について、特別な規定を設けている。それは、明確に以下のように指摘している。「現に行われている暴力、殺人、強盗、強姦、身代金略取又はその他の人身安全に対する重大な暴力犯罪に対して防衛行為を行い、不法侵害者に対して死傷の結果を与えた場合は、過剰防衛とはならず、刑事責任を負わない」。この規定は、暴力・殺人等の重大な危険および生命・身体の安全に対する暴力犯罪が、著しく強度な侵害であるために、被侵害者の人身の安全が非常に危険な緊急状態にあり、重大な危惧感を生む状況の下では、往々にして侵害者の死傷を惹起しうる強烈な手段を執らないと不法侵害を制止しえないとの理由に基づく。要するに、この種の不法侵害者の殺傷を生じさせる強烈な手段は、不法侵害の制止に必要なものであるため、合理

ない。

そうでなければ、過剰防衛になる。刑法20条2項の規定は、「防衛行為が必要な限度を著しく超えて重大な損害を与えた者は、刑事責任を負わねばならない」と定めている。

いわゆる「必要な限度」について、1979年刑法の施行時には、これに対する論者の理解が一致していなかった。主に、「基本的相当説」・「必要説」・「折衷説」の三つの見解があった。「基本的相当説」によれば、いわゆる「必要な限度」とは、防衛の性質・手段・強度・結果等の面と不法侵害とが、完全には相応しないが基本的に相応することである、と解される。「必要説」は、有効に不法侵害を制止することが正当防衛に必要な限度である、と主張する。その防衛行為が当時の具体的状況下で不法侵害の有効な制止に必要でありさえすれば、その性質・手段・強度・結果が不法侵害に相応するか否かを問わず、必要な限度を超えているとは解さない。しかし、防衛行為が不法侵害の制止に不要ならば、不適切な危害を生じさせる防衛行為は、必要な限度を超えることになる。「折衷説」は、「必要説」と「基本的相当説」を異なる角度からの問題提起であるので、相互に排他的なものでなく、両説の見地を合わせて考慮すべきと考える。原則として、急迫現在の不法侵害を制止するに足りる防衛行為をもって、必要限度とすべきであるとする。ただし、防衛行為が過剰であるか必要であるか否かを考慮する時には、防衛と侵害の双方の性質・手段・強度・結果等の要素が基本的に相応するか否かを考慮しなければならず、ある一面だけを強調することは、正しいことではないという。

現在、新刑法は、正当防衛に対する制限を緩和して、「正当防衛が必要な限度を超えて不適切な危害を生じさせた者は、刑事責任を負わねばならない」という1979年の旧刑法の規定を修正して、「防衛行為が必要な限度を著しく超えて重大な損害を与えた者は、刑事責任を負わねばならない」と定めた。新刑法の規定によると、「基本的相当説」は成り立ちえず、折衷説も存在の必要がなくなり、必要説のみが新刑法に適合す

不法利益を保全するため、侵害者に反撃を与え死傷をもたらすことは、正当防衛ではない。彼らが保全したのは、合法権益ではなく不法利益であるので、当然ながら法に従って刑事責任が追及されねばならない。

いわゆる国家利益、公共利益、本人または他人の生命・身体・財産・その他の権利を保護するためとは、防衛者が主観において、明確な防衛意思と防衛目的を有することをいう。換言すれば、防衛者は、主観において、自己が不法侵害に対し防衛を実行することで、国家公共利益等の合法権益を保護することを認識しなければならない。よって、相手を加害する意図をもって、故意にその攻撃を挑発した後に殺傷する行為（いわゆる「挑発防衛」）は、防衛意識と防衛目的を欠くため正当防衛ではない。それは、正当防衛に逆行する犯罪行為であって、法に従いその刑事責任が追及されねばならない。その実行中になされる殴打や武器の行使等の行為は、相手方を侵害するためのものであり、公共の利益や個人の法益を保護する目的に基づいていないので、その行為は不法侵害であり正当防衛ではない。しかし、双方が格闘を終了後、一方が報復のために自発的に相手を侵害すれば、他方が急迫不可避の状況下で防衛目的に基づいて自衛反撃しても、もはや喧嘩闘争ではなく正当防衛とすべきである。

（４）正当防衛は、不法侵害者に対してのみ実行しうる。

正当防衛の目的は、不法侵害の排除・制止であるので、不法侵害者に対してのみ反撃を実行でき、不法侵害を実行しない第三者（不法侵害者の家族・親友等）には反撃しえない。しかし、現場における不法侵害の組織者、指揮者および直接参加者を含む不法侵害の共同実行者に対しては、各人に正当防衛を実行しうる。防衛者が防衛中に第三者の身体財産に損害を与え、緊急避難の要件を具備しない行為は、その責任の有無により刑事責任を負うべきか否かを確定し、その責任の形式に基づき故意犯または過失犯であるかを確定し、法に従ってその刑事責任が追及されることになる。

（５）防衛が、必要限度を著しく超えて、重大な損害を生じてはなら

不法侵害が既に終了している、と解される。その当時には不法侵害はまだ完成していないが、侵害者が自ら中止して侵害実行を継続しようとしないので、正当防衛の必要性も存在しない。第三の「不法侵害者が既に制圧され、または既に侵害能力を喪失している」状況では、客観的・事実に不法侵害がすでに継続しえないことを意味し、当然に侵害が既に終了している、と解される。

正当防衛は、急迫現在の不法侵害に対してのみ実行できる。これは、防衛権行使に対する時間的制限である。事前防衛も事後防衛も許されない。事前防衛または事後防衛を問わず、どちらも適時の防衛でなく、正当防衛ではない。何ゆえ防衛権行使の時間を制限するのか。その理由は、一般的な状況下では、公共の利益と個人の利益は完全に国家と法律によって保護されるのであり、国家は、社会危害行為を行う者を法に従い捜査・逮捕・審判して懲罰するために、司法審判権を行使する特殊機関を設けているからである。いかなる他の機関や個人も、これらの権利を行使する権限はない。よって、正当防衛は、不法侵害を受ける緊急状況下において、公共の利益または市民個人の合法權益を保護するために、国家が公民に与えた一種の特殊権利である。これと司法審判権は本質的に異なり、これを同列に論じることはできない。それゆえ、不法侵害が未開始または終了の場合には、いかなる公民も正当防衛権を行使できず、当然に司法権または審判権を行使する権限もない。たとえ誰が不法侵害者を不法に逮捕・勾留・尋問または懲罰しても、それは違法行為である。刑律に触れた者に対しては、法に従い刑事責任を追及する必要がある。

(3) 正当防衛は、**国家利益、公共利益、本人または他人の生命・身体・財産・その他の権利を保全するためにのみ実行しうること。**

正当防衛の根拠は、正義にある。正当防衛は、これらの法益を保護するためのものである。これが、正当防衛の基本的出発点であり、この基本を離れて正当防衛は成立しえない。それゆえ、不法利益を保全するために実行する防衛は、正当防衛ではない。例えば、麻薬犯がその運搬する麻薬を保全するため、窃盗犯がその贓物を保全するため、博徒がその

とは、いかなる状況であろうか。一般的には、不法侵害行為が既に実行に着手しているか、まもなく着手するところであること、すなわち侵害に着手していないが、着手目前であること、と解される。実際の状況は非常に複雑なので、侵害が開始された状況の確定は、各侵害の具体的状況に基づき具体的に分析すべきであり、不変の限界づけで固定しえない。例えば殺人では、侵害者が刀を振り上げ斬り殺す準備さえすれば、不法侵害が既に開始した、と解される。強姦では、侵害者が暴力の行使を始めるか暴力で威嚇さえすれば、不法侵害は既に開始した、と解される。つまり、事実に依拠して真実を求め、条理にかなうことが必要である。その理解に際して、防衛者が不利な立場に立たないように、防衛者に対する要求は、過酷であってはならない。侵害の終了とは、どんな状況であろうか。最高人民法院等の「人民警察の職務執行中における正当防衛の実行に関する具体的規定」の3項は、「次の状況の一つに遭遇した時には、防衛行為を停止しなければならない」と指摘している。①不法侵害行為が既に終了しているとき、②不法侵害行為が自発的に中止されたとき、③不法侵害者が既に制圧され、または既に侵害能力を喪失しているときである。我々は、上述の三状況では、不法侵害が既に終了していると考え。この第一の状況は、実際に不法侵害が既に完成したことをいう。例えば、殺人では既に人を殺害したこと、強姦ならば既に婦女を姦淫したことである。しかし、一定の侵害行為では、その行為の完成後もその侵害を排除できる。例えば、強盗・窃盗等では、侵害者が財物を強奪または窃取したが現場から逃走していない場合、財物を奪回するために侵害者に対し反撃を実行できるか否か。この種の状況下では、未だ不法侵害は終了しておらず、正当防衛を実行しうる、と我々は考える。もし侵害者が財物を保持するために暴力を用いて反抗して防衛者に加害すれば、これは新たな不法侵害の実行であり、当然に正当防衛を実行しうる。ただし、もし侵害者が財物を持って現場から既に逃げていれば、不法侵害は既に終了している、と解すべきであって、もはや正当防衛を実行しえない。第二の「不法侵害行為が自ら中止している」状況では、



「正当防衛を實行しえない」ならば、実際に防衛者の適法な防衛権を剥奪し、被侵害者を極めて不利で受動的な立場に立たせて精神病者の危害を甘受させ、しかも精神病名を偽って悪行を働く犯罪者のなすがままにされかねない。第三に、現在の少年犯罪の増加動向の一つは低齡化であるが、その犯罪の手段は残酷で危害が重大である。もし法定刑事責任年齢に満たない者の不法侵害に対して「防衛が實行しえない」ならば、本来ならば迅速に制止できる不法侵害を制止しえなくなる。これでは、明らかに刑法に定める正当防衛の精神に反する。精神病者や法定刑事責任年齢に満たない者の不法侵害に対して、その他の不法侵害に対するのと同じく、正当防衛が實行できるとすべきである。防衛行為が刑法20条の規定と完全に符合して防衛過剰の状況がなければ、いかなる理由でも（例えば、やむをえない防衛ではない等）行為者の刑事責任を追及しえない。不法侵害とは人の行為であって、動物の侵害にいわゆる「不法」はないので、正当防衛の問題とならない。しかし、故意に動物を利用して他人を侵害すれば、この動物は行為者の不法行為を實行する道具にすぎないので、当然に正当防衛を實行できる。

(2) 正当防衛は、急迫現在の不法侵害に対してのみ實行しうる。

いわゆる急迫現在の不法侵害には、二重の意味がある。第一に、その侵害は、実際に存在するものでなければならず、主観的に想像・推測されるものを含まない。第二に、不法侵害は、急迫現在のものでなければならず、未発生または既に終了したものは含まない。この両条件を具備した不法侵害に対してのみ、正当防衛を實行しうる。

不法侵害は、まず真実の侵害でなければならず、虚偽の侵害であってはならない。主観的に想像・推測して、または虚偽の侵害を真実の不法侵害と誤認して、反撃を實行し虚偽の侵害者に傷害を与えれば、正当防衛ではなく誤想防衛である。誤想防衛は、行為者の認識の錯誤であり、故意犯ではなく、過失があれば過失犯を構成する。

不法侵害は、急迫現在の侵害でなくてはならない。急迫現在とは、一つに不法侵害が既に開始し未だ終了していないことをいう。侵害の開始

侵害の違法性は、防衛が適法となる根拠である。侵害が適法であり違法でないならば、防衛を実行する権限はない。例えば、被侵害者または第三者を問わず、次の行為に対しては防衛を実行する権利はない。①法に従って公務または適法な命令を執行する行為。例えば、法執行者が法により犯人を逮捕勾留、捜査、物品の押収、財産の差押没収、人民警察が公務執行中に法により武器を使用し警戒する行為。②公民が法により現行犯・指名手配犯・脱獄追跡中の犯人を警察に引き渡す行為、③正当防衛行為、④緊急避難行為等である。

不法な侵害とは、特に犯罪行為による侵害をさすが、その他の不法侵害もありうる。その主なものに、①犯罪を構成しない一般的な浮浪行為、その他の社会秩序を害する行為、合法權益を侵犯する行為、②法定の刑事責任年齢に達していない者の不法侵害行為、③精神病者による不法侵害行為がある。後二者の行為に対して正当防衛をなしうる根拠については、第一に、刑法20条は、急迫・現在の「不法侵害」でさえあれば、正当防衛を実行できると定めており、その他のいかなる要件の制限もなく、行為者が自己の社会危害行為につき刑事責任を負わない精神病者や、法定刑事責任年齢に達していない者であるからといって、これに対して正当防衛をなしえない理由はないことにある。「違法性と行為者の能力とは無関係であって、精神異常者ないし幼年者の侵害を問わず、客観的に法律違反・違法侵害であれば当然に正当防衛の対象になりうる。しかも、この状況下の侵害の違法性は、可罰的な程度の違法性であることを要しない。刑法では、可罰性を有しない軽度の違法侵害に対しても、相応の正当防衛行為をなしうる」<sup>(1)</sup>。このように、西側諸国の学者が正しく指摘している通りである。第二に、犯罪主体の章で述べたように、精神病者は常に発病期にあるものでなく、たとえ発病期にある精神病者でも、精神構造の全体が錯乱状態にあるのではない。このため、精神病者が不法侵害実行時に真に責任無能力状態あったか否かは、後に精神病の専門家によってのみ鑑定できるものであるから、防衛行為者は正確な判断をすることが不可能である。ただ精神病者であるために不法侵害に対して

利益を害する一切の行為と勇敢に闘うことが、社会の良好な道德気風である。もし国家と人民の利益、公民の合法利益が不法侵害を受けている場面に遭遇したときに、傍観して救助せず、畏縮して逃げ、闘争を避けて、犯罪者のなすがままにすれば、道義上の譴責を受けるべきである。たとえ、国家幹部、中国共産党、中国共産主義青年団員であっても、事情が重大であれば政治・党・団体の規律による処分を受けねばならない。特定の職責を負う公民にとって、正当防衛は、履行すべき法的義務である。1983年9月14日、最高人民法院等は、「人民警察の職務遂行中における正当防衛の実行に関する具体的規定」において、「人民警察が正当防衛を実行すべき時に、職務を放棄して、公共の財産、国家と人民の利益に重大な損害を被らせたときは、法律に従い刑事責任を追及する。その結果が軽微なときは、主管部門が事情を酌量して行政処分に付する。」と明確に定めた。この規定は、国家審判機関、検察機関、公安機関、国家安全機関および司法行政機関における法的職務遂行者にも適用される。このことから、国家人民の利益および公民個人の合法權益が不法侵害に遭遇する場合、国家は、公民に正当防衛権の行使を許すだけでなく、公民がこの防衛権を積極的に行使することを希望し要求していることがわかる。正当防衛は、正義であり有益なものである。わが刑法の正当防衛の制度目的は、国家と人民の利益を防衛し、公民の合法權益を保護し、社会秩序を維持し、社会主義法制を固持するために、全公民が違法な犯罪行為と勇闘に闘争し、迅速かつ有効に不法侵害行為を制止することを奨励・支持することにある。

## 2. 正当防衛の要件

正当防衛は、侵害者に対する反撃であり、必ず侵害者に一定の傷害ひいては死亡をもたらす。それゆえ、防衛権の濫用防止のために一定の制限が必要である。わが刑法20条によれば、正当防衛は、次の要件を備えねばならない。

(1) 正当防衛は、不法な侵害に対してのみ実行しうる。

る行為は罰しない」（日本刑法35条）、「法令に従う行為、業務上の行為、又はその他の社会常軌に反しない行為は罰しない」（韓国刑法20条）、「法律、公務若しくは業務上の義務をなす行為、又は法律が許可若しくは不処罰を明示する行為は、重罪または軽罪を構成しない」（スイス刑法30条）等である。刑法理論では一般に、犯罪性排除行為は、法律の明文規定に限らず、法律の規定がなくても成立しうると解されている。こうして、西側諸国の刑法理論は、一般的には違法性阻却事由を法定阻却事由と超法律的（超法規的）阻却事由の二種に分類する。

わが国の刑法は、正当防衛および緊急避難の二つの犯罪性排除行為のみを規定する。さらに、理論上、その他の犯罪性排除行為、例えば、命令執行行為、職務履行行為、被害者の承諾・同意による行為等が認められている。

犯罪性排除行為は、その系統全体の性質が変わりうる行為であるから、その系統全体の性質の変化を決定づける主客観的要件を研究することが、犯罪性排除行為を正確に認定して処理する鍵になる。

## 第2節 正当防衛

### 1. 正当防衛の概念

刑法20条の規定によると、国家、公共利益、本人または他人の生命・身体・財産・その他の権利を、急迫現在する不法な侵害から免れさせるために行われる不法な侵害を制止する行為、または不法侵害者に損害を加える行為が、正当防衛である。

わが国では、正当防衛は、法律が市民に賦与した合法的な権利である。すべての公民は、公共の利益あるいは市民の合法權益が不法侵害を受けている場面に遭遇したときに、反撃して必要な損害を侵害者に与えることにより、国家と人民の権利を保護防衛する権利を有する。したがって、正当防衛の実質は、特定状況下における公民の合法的な防衛権である。しかし、他面から見れば、これは一種の道德義務であるといえる。わが国では、集団を重んじ、他人を気遣い、社会秩序の維持を自覚し、人民の

えなければならず、系統内部の諸要素の相互関係と相互作用が、双方向ではなく三角の構造になる。しかし、後者の系統の具体的状況がどうであれ、前者の系統と比べて、それは、異なる組成要素・構造・全体性を有し、合法的かつ有益な社会系統になる。我々は、この内部の要素・構造・性質の変化により形成される新たな非犯罪的合法系統を犯罪構成の系統的転化であると解し、これを犯罪構成の非犯罪化と呼ぶ。いわゆる非犯罪化(decriminalization)の原意は、本来犯罪とされていた行為をもはや犯罪であると規定せず、それを犯罪の範囲から排除することをいう。この語を用いて説明するまでもなく、この系統的転化は、それらが元来有する犯罪の性質を変化させ、それらを犯罪系統から非犯罪系統へと変えるものである。

こうした視点によれば、犯罪性排除行為は、次のように定義される。

犯罪性排除行為とは、犯罪構成の非犯罪化によって、本来の犯罪性を喪失した行為をいう。それは、以下の特徴を持つ。

①犯罪性排除行為は、同時に特定条件と結びつかず、別の要件と結びつくとき、犯罪構成系統の全体を組成して、犯罪性を備えてしまう行為である。

②犯罪性排除行為は、同時に特定条件と結びつくことにより、本来組成されるべき犯罪構成系統が非犯罪化され、本来の犯罪性を喪失する行為である。

③犯罪性排除行為は、その全体機能が可変性をもち、特定条件下では合法かつ有益な行為であるが、その特定条件の変化・欠缺により違法かつ社会危害的行為となる。その変化の鍵は、行為と結合する主客観的条件にある。行為と結びつく主客観的条件が異なれば、その系統の構成と性質も異なり、行為の性質も異なる。こうした行為の可変性は、善と悪、合法と違法、正義と犯罪など、根本的に対立する両極間にある。

犯罪性排除行為の種類について、各国の刑法規定は全部が同じではない。多くの国家の刑法は、正当防衛と緊急避難の二つを規定している。この他に、刑法に次の規定を置く国もある。「法令又は正当な業務によ



これらの行為が「社会危害性」・「犯罪性」・「違法性」を排除する根拠について、従来の刑法理論は、功利主義的観点、行為の価値判断から解釈しているが、犯罪構成理論からの説明はなされていない。

犯罪構成系統論の観点からすると、行為の犯罪性排除の主原因は、犯罪構成自体が変化することにある。系統論の観点によれば、系統内部の要素と構成の変化は、必然的に全体の変化をもたらす。正当防衛を例とすれば、一つの社会系統として、甲の通常状況での乙殺害と、正当防衛状況での乙殺害とは、両者の構成・要素が異なり、その全体の機能も異なる。前者の社会系統は、①甲（主体）、②乙殺害の故意（主観面）、③乙殺害の行為（客観面）、④乙の生命（客体）という要素から構成される。後者は、この四要素に加えて、⑤乙（主体）、⑥乙の甲に対する不法侵害行為（客観面）、⑦乙の甲を侵害する故意（主観面）、⑧甲の生命（客体）、⑨甲の乙殺害時の防衛意思という要素から構成される。それだけでなく、この二つの系統の構成すなわち系統の内容をなす諸要素の相互作用も異なる。前者の系統は、特に一方向な構造をもち（当然、反作用もあるが、分析を容易化する。）、甲が主客観的要素の統一した殺人行為を通じて、乙およびその生命に直接作用するものである。後者の系統は、双方向の構造をもち、この系統では、甲・乙が互いに主体となり、甲・乙の生命は相互に客体となる。主観面では、乙が甲を不法侵害する意図が、甲が防衛意図に基づいて乙を害する故意を惹起する。客観面では、乙が甲を不法侵害する行為が、甲が乙を害する防衛行為を惹起する。ここでは、甲と乙は相互に行為対象になる。両者の系統の組成要素と構造の相違が、両者の全体の性質と機能の違いをもたらす。前者は、社会危害性を有する犯罪系統すなわち殺人罪の犯罪構成である。後者は、社会に対し無害なだけでなく、有益かつ合法的な社会系統、すなわち正当防衛の系統である。

この正当防衛という系統の構造は、多種多様であることを指摘しなければならない。例えば、甲が他人の合法利益を守るために乙を殺害する場合、ここには乙の不法侵害の対象・客体として第三者とその利益を加

## 第14章 犯罪性の排除される行為—犯罪構成の非犯罪化（何秉松）

長井 圓  
西田賢司 共訳

### 第1節 犯罪性排除行為〈排除犯罪性的行為〉概論

わが国の刑法学説は、違法性の阻却される行為〈排除犯罪性的行為〉を、一般に「社会危害性の排除される行為」と呼んでいる。「社会危害性の排除される行為とは、外見上は一定の犯罪構成〔犯罪成立要件〕に該当するが、実質的には社会危害性がなく、しかも国家と人民に有益な行為をいう」<sup>(1)</sup>。これは、50年代のソ連刑法上の概念である「行為の社会危害性の排除される事情」に由来する。70年代のソ連のある刑法学説は、これを行為の社会危害性・違法性を排除する状況と呼び、この種の行為は社会危害性だけでなく違法性をも阻却するとした。しかし、多数の学説は、依然として従来概念を用いている。80年代中期のソ連の刑法学説も、これを「行為の犯罪性を排除する事情」と称し、1996年のロシア連邦刑法典では、「行為の有罪性の排除される事情」と名づけられた。

犯罪性の排除される行為は、ドイツや日本等の刑法では「違法性阻却事由」（合法化事由ないし正当化事由）と呼ばれ、英米等の国では「合法性の抗弁」の一部に属する。「違法性阻却事由とは、行為がたとえ構成要件に該当しても、違法性を排除する根拠事由を有する行為をいう」<sup>(2)</sup>。そして、「合法性の抗弁の核心的内容は、犯罪の外形をとるが、実質的には犯罪となる事情と理由がないことを説明するものである」<sup>(3)</sup>。1994年のフランス刑法典では、これらは「刑事免責原因」に属する。これらの概念は、説明こそ同じでないが、同類の行為であって、正当防衛・緊急避難、法令に依拠する行為、被害者の承諾に基づく行為等を意味している。これらの行為は、それ自体を表面的・片面的に観察すれば違法で有害な行為にみえるが、実際には合法かつ有益な行為なのである。

(2) 何秉松『犯罪構成系統論』（中国法制出版社1995年版）513頁。

\* 第4節は、本書の2000年版で初めて追加されたものである。

るのである。1997年に出版した「刑法教科書」第5版における刑法各則の理論体系は、まさにこのような理論に基づいて構築されている。これは、初歩的な探究の一つである。儲槐植教授は、同書の書評の中で、「本書は、刑法各則の具体的な各犯罪の犯罪構成を基本犯罪構成と特殊犯罪構成に区別し、この特殊犯罪構成をさらに刑法各則の特殊規定に依拠して減輕犯罪構成、重大犯罪構成、特別重大犯罪構成、最重大犯罪構成などに区分することによって、不適切な伝統的理論、すなわち特殊犯罪構成を具体的な犯罪構成の特別規定であるとし、量刑の情状とみる見解を避けている。こうして、刑法各則の科学化と体系化を進めており、有益な探究といえる」<sup>(1)</sup>と述べておられる。我々は、本書を次回ならびにそれ以降改訂していく中で、この問題に関する深遠な探究と研究を継続していかなばならない。

1995年に、すでに我々は次のように述べている。「エリク・ヴォルフと小野清一郎が犯罪構成類型に基づいて構築した刑法各則体系の思想は、非常に価値があり、これにより、我々は、犯罪客体ないし法益を基礎とする伝統的な犯罪分類を超えて、さらに科学的な刑法各則体系を構築する新たな考え方を獲得した」。「理論的にみれば、このような考え方は、現代の系統論の観点と合致する」。「構成要件とは、刑法各則がそれぞれの条項に定めた犯罪類型であり、それは、特定の要素・構造・機能を有する一つの系統である」。「我々は、各国の犯罪構成の要素・構造・機能を詳細に分析して、それぞれの国家全体に共通する特徴を発見し、それにより若干の犯罪についてその構成数が異なる基礎を区分して、それらの間に内在する関係を抽出することにより、刑法各則の体系を構築しようとする」が、「小野清一郎博士の頭脳にほとばしった知恵の火花が、さらに多くの学者に重視され、大いに発揚することを願うばかりである」<sup>(2)</sup>。

(1) 儲槐植『中国の特色ある刑法理論の新発展』－『刑法教科書』の書評（政法论坛，1998年第3期）。

の具体的規定は、犯罪構成の特定要素と他の要素との結合方式につき、明示したものである。（基本犯罪構成および各種の特殊犯罪構成を含めて）刑法各則の各種犯罪構成に関する規定は、曖昧な記述と明確な記述を結合する方法を採っている。原則的に、およそ明確に規定しうることは可能な限り明確に規定し、明確に規定しえないことは、曖昧な記述方法を用いる。これは、現実に即した正しい姿勢であり、原則と柔軟性との相互結合を体現したものである。しかし、重大な情状、悪質な情状、特に重大な情状、特に重大な結果といった曖昧な記述は、実務上その理解が困難である。したがって、絶えず実務経験を総括し、司法解釈・立法解釈または刑法条文の修正・補充を通じて、その曖昧な記述を次第に具体化・明確化し、刑法のさらなる発展と完全化を推進していかねばならない。

以上から明らかなように、犯罪構成の性質の変化には、変質も変量もあり、いずれであろうと、すべて犯罪構成の諸要素の数量・質量・相互関係の方式の変化によって決せられ、周囲の環境との相互作用の影響も受ける。

#### 4. 刑法各則体系の重構造

犯罪および犯罪構成の変質と部分的変質の研究は、極めて重大な理論的価値と実践的意義を有している。その研究により、我々は、犯罪構成を動態として捉え、その発展と変化を深く理解して、犯罪と非犯罪、ある罪と他の罪、重罪と軽罪を正しく限界づけ、正確な定罪量刑を行うことができる。そればかりでなく、次の点も特に重要である。つまり、犯罪構成を基本犯罪構成および特殊犯罪構成に区別して各種の特殊犯罪構成の具体的な分類を進める。これを変量の全過程における変質とみることにより、すなわち特殊犯罪構成とは同一犯罪に属するが質的に相違する犯罪構成の亜種であると理解することによって、刑法各則の新理論体系を構築し、刑法各則の理論体系を次第に科学化・合理化させることが可能となり、さらには、理論と司法実務の要求に応えることも可能にな



行の有価証券の偽造・変造，株券もしくは会社・企業の社債の偽造・変造の罪に関する刑法178条などの規定である。具体的な金額を定めた規定として，虚偽劣悪品を生産・販売する罪に関する刑法140条がある。

3) 金額および情状に基づく区別。例えば，横領罪に関する刑法383条，収賄罪に関する刑法386条などの規定がある。事実上，金額も情状の一つであるので，「金額巨額またはその他の重大な情状があること」，「金額特に巨額またはその他特に重大な情状があること」などと定める条文も，これに含めることができる。例えば，窃盗罪に関する刑法264条である。

4) 結果または最終結果に基づく区別。重大な最終結果を招く，最終結果につき特に重大，重大な損失などがある。さらに，具体的な最終結果を定めたものとして，例えば，「人に重い傷害を負わせ若しくは死亡させ，又は航空機を著しく破壊した者（刑法121条）」，「重大な食中毒事故又はその他重い食源性疾病を引き起こして，人の健康に重大な危険を生じさせた者，……。人を死亡させ，又はその他の人の健康に特に重大な危険を生じさせた者（刑法144条）」などがある。伝統的刑法理論は，このようにある種の特に重大な結果の惹起によって，刑罰が加重される場合を結果加重犯と呼ぶ。

5) ある特定の具体的な情状に基づく区別。例えば，刑法236条は，次のように定める。「女子又は養女を姦淫した場合は，次の各号に掲げる事情の一つがあるときは，……。①女子又は幼女を姦淫し，その情状が悪質であるとき。②数人の女子を強姦し，又は数人の幼女を姦淫したとき。③公共の場所で女子を公然と姦淫したとき。④二人以上で輪姦したとき。⑤被害者を死亡させ若しくは重い傷害を負わせ，又はその他の重い結果を生じさせたとき」。

これらの場合は，しばしば相互に競合する。

ここで，次のことを指摘しなければならない。重大な情状，悪質な情状，特に重大な情状などは，犯罪構成要素およびその結合方式の複雑な状況の曖昧な説明にすぎない。結果・金額・行為方式などに関する刑法

以上の情況は、わが国の刑法が犯罪客体〔法益〕による犯罪の分類以外に、犯罪の重大性の程度および法定刑の軽重による分類も行っていることを示している。このような同一犯罪における等級の区別、およびそれに応じた基本犯罪構成と特殊犯罪構成（その数にかかわらず）の区別は、決して根本的性質の区別ではない。なぜなら、それらは別の犯罪に変化するのではなく、依然として同一犯罪内部の区別だからである。それらは、副次的性質の変化、すなわち加重・減軽犯罪構成への変化にすぎない。しかし、この加重・減軽の変化は、根本的性質の変化ではないとはいえ、部分的変質であるがゆえに非常に重要である。それは、罪刑相当原則を貫き、社会危害性の程度が異なる犯罪者に、極めて厳格な差異のある懲罰を受けさせるものである。こうした法定刑の格差は、性質の異なる犯罪間の法定刑の格差より大きいこともある。このため、各犯罪構成の厳格な限界づけは、まさに正確に犯罪の定罪量刑を行うための必然的要求であり、定罪量刑の公正を保障し、犯罪者への正確な打撃と人権保障にとって重要な意義を有している。ここで、次のことを指摘しなければならない。刑事事件の処理にあたり、犯罪と非犯罪との限界、ある罪と他の罪との限界を混同することは、根本的な性質の誤りを意味する。また、基本犯罪構成と各種特殊犯罪構成との限界、軽罪と重罪との限界を混同することは、部分的な性質の誤りを意味する。この二つの誤りには違いもあるが、いずれにせよ誤審事件であることに変わりはなく、誤りを発見したならばその是正に躊躇してはならない。

基本犯罪構成と各種の特殊犯罪構成とを区別する基準について、刑法は各種の異なる犯罪に具体的な規定を置いている。主に次に掲げる場合がある。

1) 情状に基づく区別。重大な情状、悪質な情状、特に重大な情状、比較的軽微な情状などがある。例えば、武器・弾薬など禁制品を密輸する罪に関する刑法151条である。

2) 金額に基づく区別。金額につき比較的多額、巨額、特に巨額などがある。例えば、同類営業を不法に営む罪に関する刑法165条、国家発

または何度も窃盗を行うこと)

②重大犯罪構成(基本犯罪構成を備え、窃取した財物の金額が巨額である、またはその他の重大な情状があること)

③特別重大犯罪構成(基本犯罪構成を具備し、窃取した財物の金額が特に巨額である、またはその他の特に重大な情状があること)

④最重大犯罪構成(基本犯罪構成を備え、金融機関からの窃取であり、その財物の金額が特に巨額、または貴重な文物を窃取し、情状が重大であること)

以上それぞれの犯罪構成には、3年以下の有期懲役、拘留または管制、3年以上10年以下の有期懲役、無期または10年以上の有期懲役、無期懲役または死刑という相応の法定刑が定められている。

(5) 基本犯罪・減軽犯罪・重大犯罪・特別重大犯罪とその基本犯罪構成・減軽犯罪構成・重大犯罪構成・特別重大犯罪構成の場合で、各犯罪構成に段階がある場合

例えば、刑法383条の横領罪の規定がある。

①基本犯罪構成(個人の横領額が5000元以上5万元未満であること。これはさらに、情状が重大である場合・情状が重大でない場合・および横領額が5000元以上1万元未満であり、犯罪後改悛の情が見られ、進んで金品を返還した場合の三段階に分けられる。)

②減軽犯罪構成(個人の横領額が5000元以下であること。さらに、情状が比較的重い場合、比較的軽い場合の二段階に分けられる。)

③重大犯罪構成(個人の横領額が5万元以上10万元未満であること。さらに、情状が特に重大である場合・特に重大ではない場合の二段階に分けられる。)

④特別重大犯罪構成(個人の横領額が10万元以上であること。さらに、情状が特に重大である場合・特に重大ではない場合の二段階に分けられる。)

その各犯罪構成および各段階につき、相応の法定刑が定められている。

その各犯罪構成には、相応の法定刑が定められており、前者は3年以上7年以下の有期懲役、後者は3年以下の有期懲役である。

（2）基本犯罪・減軽犯罪・特別重大犯罪の規定とその基本犯罪構成・減軽犯罪構成・特別重大犯罪構成の場合

例えば、刑法110条および113条の間諜罪の規定がある。

①基本犯罪構成（間諜組織に関与し、間諜組織もしくはその代理人の任務を引き受け、または敵のために爆撃目標を指示して、国家の安全を脅かしたこと）

②減軽犯罪構成（基本犯罪構成を備え、その情状が比較的軽いこと）

③特別重大犯罪構成（基本犯罪構成を備え、国家と人民に特に重大な危害を及ぼし、その情状が特に悪質なこと）

その各犯罪構成には、無期または10年以上の有期懲役、3年以上10年以下の有期懲役、死刑という相応の法定刑が定められている。

（3）基本犯罪・重大犯罪・特別重大犯罪の規定とその基本犯罪構成・重大犯罪構成・特別重大犯罪構成の場合

例えば、刑法234条の故意傷害罪の規定がある。

①基本犯罪構成（故意に他人の身体を傷害すること）

②重大犯罪構成（基本犯罪構成を備え、他人に重傷を負わせること）

③特別重大犯罪構成（基本犯罪構成を備え、他人を死亡させ、または特に残忍な手段を用いて他人に重傷を負わせ、重い身体障害を生じさせたこと）

その各犯罪構成には、3年以下の有期懲役、拘留または管制、3年以上7年以下の有期懲役、死刑または無期もしくは10年以上の有期懲役という相応の法定刑が定められている。

（4）基本犯罪・重大犯罪・特別重大犯罪・最重大犯罪の規定とその基本犯罪構成・重大犯罪構成・特別重大犯罪構成・最重大犯罪構成の場合

例えば、刑法264条の窃盗罪の規定がある。

①基本犯罪構成（公私の財物を窃取し、その金額が比較的大きい窃盗

あり、それらの法定刑の違いが、そのような区別の重要かつ顕著な基準となっている。この法定刑の相違は、根本的に性質の異なる多くの犯罪間の法定刑の相違よりも、大きくなければならない。したがって、このような区別も一種の変質であると認めることができ、根本的な性質は変化していないが、部分的な性質の変化であることは間違いない。

ここで、強奪罪を例に挙げると、刑法267条は、強奪罪の基本犯罪構成を「公私の財物を奪取し、その額が比較的多額である場合」と定めている。具体的にいえば、「不法に占有する目的で、他人の油断に乗じて、比較的多額の公私の財物を公然と奪取する」ことである。奪取罪の特殊構成には、二つの場合がある。①「公私の財物を奪取し、……その額が多額であるか、その他の重い情状がある場合」という重大な強奪罪の犯罪構成、②「公私の財物を奪取し、……その額が特に巨額であるか、その他の特に重い情状がある場合」という特に重大な強奪罪の犯罪構成である。これら二種類の特別な犯罪構成は、いずれも基本犯罪構成の要素および構造の量的変化がある程度積み重なって（被害額が比較的多額から巨額、特に巨額へと変化して）生じた部分的な変質であり、その社会危害性の程度が増大することによって、一般強奪罪から重大な強奪罪、特に重大な強奪罪へと変化している。このような部分的変質の主要な基準は、法定刑の変化である。一般強奪罪の法定刑が3年以下の有期懲役であるのに対し、重大な強奪罪の法定刑は3年以上10年以下の有期懲役、特に重大な強奪罪の法定刑は無期または10年以上の有期懲役である。

刑法各則の多くの法条は、同一の犯罪を複数の犯罪構成に区分し、これに応じて、基本犯罪構成および特殊犯罪構成を定めている。しかし、その区分は一様でなく、基本的に以下の場合に分けられる。

(1) 基本犯罪・減軽犯罪の規定とその基本犯罪構成・減軽犯罪構成の場合

例えば、233条の過失殺人罪の規定がある。

①基本犯罪構成（過失により人を死亡させたこと）

②減軽犯罪構成（基本犯罪構成を備え、その情状が比較的軽いこと）



的な性質が決定づけられることはなく、ただ、犯罪の副次的な性質や刑罰の軽重を示し定めるにすぎない。例えば、それは重罪・軽罪・違警罪といった犯罪の分類である。これら二種類の異なる犯罪分類の刑法典における位置づけ・作用の違いから、我々は、第一の分類に応じた犯罪と犯罪構成の性質の変化を、犯罪と犯罪構成の根本的変質と称し、第二の分類に応じた犯罪と犯罪構成の性質の変化を、犯罪と犯罪構成の部分的変質と称する。我々が提示するこのような観点は、十分な根拠をもつ。以下では、必要な論証を行う。

犯罪の重大性の程度と刑罰の軽重に基づく分類には、長い歴史があり、多くの国家で採用されている。犯罪の分類に関しては、既に第7章5節で詳論した。これについて、わが国の刑法が採用したのは四分法であって、三分法ではない。この分類の違いによって、法律効果の違いを生じることもある。

フランス・アメリカ・ドイツ・イギリス・ロシアの刑法典、その他の国の刑法典を問わず、重罪と軽罪との区別は、犯罪の重大性の程度（社会危害性の程度）を根拠とし、これに応じて異なる法定刑の軽重をその主要な基準としている。これにより、重罪と軽罪との質的な区別が明示される。しかし、この区別は、犯罪の重大性の程度による変化であり、決して犯罪の根本的性質の改変ではない。したがって、この変化は、変量の全過程における部分的な変質、すなわち同一犯罪内部の部分的な変質であるにすぎない。

わが国の1997年刑法は、三分法か四分法かを明確にしていないが、刑法各則の各種犯罪に関する規定は、犯罪の重大性の程度に基づいて、当該犯罪を基本犯罪構成と特殊犯罪構成（加重犯罪構成と減軽犯罪構成）に明確に区分し限界づけている。刑法各則の一定の犯罪では、その犯罪構成が基本犯罪構成・加重犯罪構成・減軽犯罪構成に区分されているが、これらは、犯罪と犯罪構成の根本的な性質の変化とはいえない。なぜなら、それらを全体的にみれば、なお同一種の犯罪であり、同一犯罪の犯罪構成だからである。しかし、それらの犯罪構成には著しい相違が

例えば、刑法300条は、会道門もしくは邪教団体を組織もしくは利用し、または迷信を利用して国家の法律もしくは行政法規の執行を妨害した場合には、会道門邪教団体組織利用・迷信利用法律執行破壊罪を構成する、と定めている。会道門もしくは邪教団体を組織・利用し、または迷信を利用して女性を姦淫し、あるいは同様の手段で財物を騙取した場合には、それぞれ強姦罪または詐欺罪へと変化して、236条または266条の規定により罪が確定され処罰される。

#### 5) 当初の犯罪および犯罪構成の犯罪主体の身分が変化した場合

例えば、刑法271条は、「会社、企業又はその他の単位の職員が、職務上の立場を利用し、当該単位の財物を不法に自己の物として、その額が巨額である場合」には、職務上不法占有罪を構成する、と定めている。しかし、国有会社、国有企業もしくはその他の国有単位の公務に従事する職員、または国有会社、国有企業もしくはその他の国有単位から非国有会社、非国有企業もしくはその他の単体に派遣されて公務に従事する職員が、同様の行為を行った場合には、横領罪へと変化して、刑法382条・383条の規定により罪が確定され処罰される。刑法272条の資金流用罪についても、類似の規定が設けられている。

### 3. 犯罪および犯罪構成の部分的変質

犯罪および犯罪構成〔犯罪成立要件〕の部分的変質は、犯罪の分類と密接に関連している。これは、異なる犯罪の分類を基礎にするものといえる。

我々は、刑法典の犯罪について、二種類の異なる分類方法があると認識している。その第一は、犯罪行為により侵害される客体（法益）に基づく分類である。これは、第一次的で主要な分類方法であり、この分類によって、犯罪の根本的な性質が決定づけられる。例えば、それは殺人罪、窃盗罪、強盗罪、薬物販売罪、横領罪、婦女拐取売却罪といった分類である。第二は、犯罪行為の重大性の程度に基づく分類である。これは、第二次的で付随的な分類方法である。この分類により、犯罪の根本

このような場合について、1997年刑法典の各則は、非常に多くの規定を定めている。帰納的に考察すれば、以下のように分類できる。

1) 当初の犯罪および犯罪構成によって、特に重大な危害結果が生じた場合

例えば、刑法247条は、司法職員が被疑者もしくは被告人を拷問して供述を強要し、または暴力により証人に証言を強要した場合には、それぞれ拷問供述強要罪または暴力証言強要罪が構成されると定めている。被害者に身体障害を生じさせ、または被害者を死亡させた場合には、それぞれ故意傷害罪または故意殺人罪に変化し、234条または232条の規定により罪が確定され、重く処罰される。刑法248条の被拘禁者虐待罪、292条の多衆闘争罪、333条の売血組織罪および売血強要罪なども、類似の規定となっている。

2) 当初の犯罪および犯罪構成を基礎として、新たな犯罪行為が実行される場合

例えば、刑法253条は、郵政職員が郵便物または電報を勝手に開封、隠匿または毀損した場合には、郵便物電報開封隠匿毀棄罪を構成すると定めている。郵政職員が郵便物または電報を開封・隠匿・毀損して財物を窃取した場合には、窃盗罪に変化し、264条の規定により罪が確定され重く処罰される。さらに、刑法269条は、窃盗、詐欺または奪取の罪を犯して、贓物を隠匿し、逮捕に抵抗し、もしくは罪証を隠滅しようとして、その場で暴力を使用し、または暴力で脅迫した場合には、窃盗罪・詐欺罪・奪取罪が強盗罪に変化し、263条の規定により罪が確定され処罰されると定めている。

3) 当初の犯罪および犯罪構成に特殊な事情が加わった場合

例えば、刑法267条は、公私の財物を奪取し、その額が比較的多額の場合には、奪取罪を構成する、と定めている。奪取時に凶器を携帯していた場合には、強盗罪に変化し、263条の規定により罪が確定され処罰される。

4) 当初の犯罪および犯罪構成の事情が変化した場合

れねばならない。

(2) 非犯罪・非犯罪構成の犯罪・犯罪構成への変化（非犯罪の犯罪への変化）

刑法は、この場合についても明定している。例えば、刑法383条4項は、「個人による横領額が5000元未満であり、情状が重いときは、2年以下の懲役または拘留に処する」と定めている。ここでは、「情状が重い」が、横領罪としての非犯罪および非犯罪構成を変質させ、犯罪および犯罪構成へと変化する根拠となっている。さらに、司法解釈が犯罪構成の変質を決定づける場合もある。例えば、刑法264条は、公私の財物を窃取した者につき、その額が比較的多額であるか数回にわたって窃取した場合には、窃盗罪を構成すると定める。1998年3月17日の最高人民法院「窃盗事件の審理における法適用の若干の問題に関する解釈」によれば、窃取の額が比較的多額とは、窃取した公私の財物の価値が中国人民銀行券500元～2000元以上の場合であるとしている。それゆえ、公私の財物を窃取しても、被害額が500元～2000元以上でなければ窃盗罪を構成しない。これが窃盗罪の基本犯罪構成である。さらに、その司法解釈は、窃取された公私の財物の価値が「その額が比較的多額」に近接している場合には、次の事情の一つに該当すれば、刑事責任を追及しうるとしている。すなわち、①窃盗犯が破壊的な手段を用いて公私の財産に損害を与えた場合、②身体障害者、身寄りのない老人、もしくは労働能力喪失者から財物を窃取した場合、③重大な結果を生じさせ、もしくはその他情状が悪質な場合、である。公私の財物の価値が「その額が比較的多額」に近接しているだけで、そこに到達していない以上、窃盗罪は構成されず、窃盗罪の犯罪構成もない。しかし、上述した三つの事情のときは、この非犯罪および非犯罪構成が窃盗罪およびその犯罪構成へと、すなわち窃盗罪でないものが窃盗罪へと変化するのである。

(3) ある具体的な特定の犯罪および犯罪構成の他の異なる性質の具体的な特定の犯罪および犯罪構成への変化（ある犯罪の他の犯罪への変化）

社会危害行為のうち、法律により刑罰を受けねばならないものはすべて犯罪であるが、情状が著しく軽微で、かつ危害が大きくないものは、犯罪としないことを明示している。ここでいう法律により刑罰を受けねばならない社会危害行為とは、刑法の定める各種犯罪の犯罪構成に該当する行為をいう。刑法の定める各種犯罪の犯罪構成は、犯罪構成の質を決定づけている。法定の犯罪構成に該当する行為は犯罪であるが、情状が著しく軽微であり危害が大きくないものは、犯罪でない。犯罪から非犯罪への変成は、犯罪性質の変化であるとともに、犯罪構成の性質の変化、すなわち犯罪構成の非犯罪構成への変化でもある。情状が著しく軽微であり危害が大きくないことが、このような変化の根拠となる。刑法で用いられる情状という文言には、各種各様の構成要素とその結合方式が含まれる。例えば、結果、数量、行為方式、行為目的、犯罪の方法・手段、行為対象、時間的空間的条件などであり、これらはすべて情状である。情状が著しく軽微であるとは、犯罪構成の諸要素およびその相互作用の方式という複雑な事情が明確に発現していないことをいうにすぎない。これについては、各犯罪構成の具体的事情に基づいて確定しなければならない。危害が大きくないとは、犯罪構成が社会に対して機能しないことをいう。これら二つの条件を同時に備えた場合、犯罪構成に変質が起こり、犯罪構成が非犯罪構成へと変化する。

犯罪および犯罪構成の変質に関する刑法13条の「但書」以外にも、刑法各則には、犯罪および犯罪構成の変質について具体的な規定を定めたものがある。例えば、刑法395条2項は、「国家の公務員は、境外の預金について、国家の規定に基づいて申告しなければならない。その額が比較的多額であるときに申告しない場合には、2年以下の有期懲役または拘留に処し、情状が比較的軽微な場合には、その所属する単位または上級の主管機関が酌量して行政処分を付する」と定める。ここでは、「情状が比較的軽いこと」が、境外預金不申告罪およびその犯罪構成の変質を生じさせ、非犯罪および非犯罪構成へと変化する根拠となっている。情状の比較的軽微についての意義は、事件の具体的事情に応じて確定さ



は、変質であるか部分的変質であるかに関わりなく、すべて犯罪構成の変化によって決せられる。我々の立場からすれば、犯罪構成とは、わが国の刑法によって定められ、相互に関連作用する諸要件から構成される特定の犯罪性と社会危害性を有する有機的統一体である。犯罪に根本的ないし部分的な性質の変化が発生するのは、結局のところ、当該犯罪の犯罪構成に根本的ないし部分的な性質の変化が生じているからである。それゆえ、犯罪および犯罪構成の変化についての研究は、犯罪構成の変化についての研究が主となる。

犯罪構成系統論は、犯罪構成が開放系統で動態系統であることを認めているので、犯罪構成は過程として存在する。過程とは、系統がその発生から消滅まで、ある状態から他の状態へと変化するまでの変化の道程をいう。現実の社会生活における犯罪構成事実、我々の思想的映像である概念上の犯罪構成、および法律上の表現形式である法定の犯罪構成は、すべて発生・発展・消滅という不断の変化、ある状態から他の状態へとという不断の変化の中に存在する。犯罪構成は過程として存在するので、その変質および部分的変質は、必然的なものである。

既述のように、犯罪構成の性質は、犯罪構成それ自体に固有なものであり、犯罪構成の諸要素およびその結合方式（構造）によって決定される。したがって、犯罪構成の変質は、根本的ないし部分的な性質の変化であるかに関わりなく、①組成要素の性質、②組成要件の数量、③組成要素の結合方式、という三要素によって決定される。犯罪構成の変質と部分的変質に、これら三要素の変化の結果でないものはない。

## 2. 犯罪および犯罪構成の変質

わが国の刑法は、犯罪および犯罪構成〔犯罪成立要件〕の質が変化する三つの場合すべてにつき、規定を設けている。

(1) 犯罪および犯罪構成の非犯罪および非犯罪構成への変化（犯罪の非犯罪への変化）

わが国の刑法13条は、この点に関する原則的な規定である。同条は、

で特定の事物が存在から非存在へ、有から無へと変化することである。しかし、非存在、無といっても、決して絶対的な空虚ではなく、古い質が消滅すること、それと同時に新たな質が発生することであるから、これも存在であり、有である。したがって、変質とは、存在と非存在、有と無の統一といえる。

犯罪および犯罪構成の変質とは、犯罪および犯罪構成が本来有していた古い質が消滅して新たな質が発生することをいう。これには、次の三つの場合が含まれる。第一に、犯罪および犯罪構成が、非犯罪および非犯罪構成へと変わる場合、第二に、非犯罪および非犯罪構成が、犯罪および犯罪構成へと変わる場合、第三に、ある具体的で特定の犯罪構成が、別の異なる性質の具体的で特定の犯罪および犯罪構成へと変わる場合である。第三の場合の例として、窃盗罪が強盗罪へと、窃盗罪の犯罪構成が強盗罪の犯罪構成へと変わる場合が挙げられる。

部分的変質とは、変量の全過程における部分的な変質をいう。変質と変量との区別の相対性という観点からすれば、部分的変質は変質であるとともに変量でもある。部分ないし段階に着目すれば、部分的変質は変質であるが、全体ないし全過程に着目すれば、部分的変質は変量である。部分的変質は、次の二つの場合に分けられる。第一に、事物の根本的性質に変化はないが、副次的な性質に変化が生じる場合、第二に、事物全体の性質に変化はないが、その個別的な部分に変化が生じる場合である。犯罪および犯罪構成の部分的変質について、刑法の規定という観点からすると、先の第一の場合、すなわち犯罪および犯罪構成の根本的性質に変化はないが、副次的性質に変化が生じる場合は、問題となる場面も多く主要なものであるが、そればかりでなく、正確な定罪量刑に重要な意義を有する。

犯罪および犯罪構成の変質と部分的変質には、犯罪の変質と部分的変質、および犯罪構成の変質と部分的変質が含まれる。わが国において、犯罪とは、犯罪構成に該当する行為である。ある行為が犯罪か否か、犯罪であるとすれば何罪かは、犯罪構成によって決せられる。犯罪の変化

#### 第4節 犯罪および犯罪構成の変質と刑法各則体系の重構造\*

##### 1. 基本原理

変量と変質は、事物の変化に関する二種類の形式ないし状態である。変量とは、量的変化のことであり、事物の数量の増減および場所的変更をいうが、その変化は比較的小さく際立ったものではない。量的変化は、根本的な変化ではないのである。変量の形式は多種多様であるものの、事物の根本的性質を改変しない変化は、すべて量的変化なのである。変量は、度量の範囲における変化であるから、度量の限界が二つの限界点となり、度量の限界内でのみ発生しうる。この二つの限界点（度）を超えない限り、事物の変質は起こりえない。しかし、変量は変質に必要な準備であって、変量が一定程度積み重なると、事物の変質が起こる。ある性質の事物が根本的性質の異なる別の事物に変化することは、事物の根本的な変質であり、単に変質とも略称される。

変質すなわち質的变化とは、事物の性質・状態が別の性質・状態へと飛躍することであり、根本的かつ顕著な突然の変化である。変量は変質に必要な準備、変質は変量の必然的な結果であって、両者は相互に依存制約し合う不可分な関係にある。犯罪および犯罪構成を研究するには、これらの量的変化のみならず、質的变化についても研究しなければならない。ここで我々がそれらの変質の研究に重点を置くのは、正確な定罪にとって、この研究が重要かつ決定的な意義を有するからである。

変質には、根本的な変質、および変量の全過程における部分的な変質が含まれる。

まず、犯罪および犯罪構成の根本的な変質について論ずる。質とは、ある事物が他の事物から区別されることを決定づける固有の内在的性質であり、ある事物がその事物であって他の事物とは区別される理由を決定づける性質である。質と事物の存在は、まさに同一のものである。特定の質は、特定の事物の存在それ自体であり、犯罪および犯罪構成の質は、犯罪および犯罪構成の存在それ自体である。根本的変質とは、犯罪および犯罪構成それ自体の根本的な性質の変化である。変質は、具体的

る。流民罪においても、流民行為がもたらす女性への猥褻・侮辱・姦淫といった危害に注目するだけで、それによる社会秩序・社会安定の重大な破壊を無視している（例えば、賭博は参加者が運に身を任せて行う財産の再分配の形式にすぎず、原則として何人も自己の意思に基づいてその財産を自由に処分する権利を持っているのであるから、時間つぶしのためであれ、不道德な場所で行われるものであれ、干渉されるべきではないというのである）。この点を無視するがゆえに、これを非犯罪化・合法化して、賭博場や売春地区〈红灯区〉を設置することが主張されるのである。

このように犯罪構成と環境との相互関係・相互作用を無視し、行為による犯罪客体の侵害のみに着目して、その社会危害性を評価する方法は、伝統的な犯罪構成理論にみられる普遍的な現象であり、決して前述した犯罪にとどまるものではない。犯罪構成の社会危害性に対する誤った評価は、必然的に罪刑関係について誤った認識を招くことになる。このため、横領・窃盗・密輸等の各種経済犯罪および流民犯罪等は、不法に他人の生命を奪う犯罪ではないので、重刑、さらに死刑を適用することもできない、と彼らは主張する。なぜなら、罪刑相当原則に違反していると考えているからである。こうした考え方は、犯罪構成の系統全体と環境との相互関係・相互作用からその社会危害性を評価しようとしないうえ、刑事事件の処理において往々にして全体観念と大局的思考に欠けるところがある。また、一定の刑事事件における犯罪構成事実を犯罪活動全体の有機的組成部分と見ず、犯罪闘争全体における犯罪構成事実の位置、作用、および社会危害性の大小を分析せずに、犯罪構成それ自体について孤立的に評価しているため、高度な戦略的観点から打撃の重点を把握し、犯罪者に対する処遇を区別し、少数を打撃して多数を教育する原則を貫くことが難しくなる。

(1) 環境の犯罪構成の要素に対する影響 環境は、犯罪構成の要素を促進し、抑制し、または変化させうる。

(2) 環境の犯罪構成の構造に対する影響 環境は、多様な程度で犯罪構成の構造を変化させうる。

(3) 環境の犯罪構成の性質に対する影響 環境は、一定の程度で犯罪構成の全体的性質または部分的性質を変化させうる。

(4) 環境の犯罪構成の機能に対する影響 機能の表現または実現は常に一定の環境と関係しているため、多様な環境がその機能を増大または減少させうるし、その社会危害性を増大または減少させうる。

現実生活において、犯罪構成の要素・構造・機能は不可分の関係にあるので、それらに対する環境の影響も不可分である。これらの影響を上述の四面に分けることも、ただ理論的分析のためのものであるにすぎない。系統論によれば、系統機能の表現または実現は、常に系統の一定環境と関係している。その機能は、系統と環境との相互関係に表現された属性であり、それが有する能力であり、生ずる作用である、と考えられる。犯罪の社会危害性とは、犯罪構成全体と環境との相互関係が表現する属性、有する能力、生ずる作用である。これは、客体に対する侵害を含めた全体社会に対する危害であって、客体に対する危害だけにとどまらない。伝統的な犯罪構成の理論は、犯罪構成と環境との相互関係・相互作用を無視して、ただ客体に対する犯罪行為の侵害から犯罪の社会危害性を理解しようとするので、往々にして犯罪構成の全体機能に対する誤った評価を導くことがある。例えば窃盗罪において、窃盗の金額の大きさに注目するだけで、窃盗行為による社会の安定・秩序の重大な破壊を無視し、さらに犯罪構成系統全体が環境との相互関係において社会に危害を与える能力にも注意を払わない。しかし、このような能力は、正に潜在能力として主体の人身危険性の中に存在している。また、横領罪において、その横領額の大きさに注目するだけで、横領行為による政治の廉潔性や党風・社会風習の腐食を無視し、犯罪主体、殊に社会的地位の高い犯罪主体の腐敗がもたらす極めて劣悪な政治的影響を無視してい



う必要がある。

(3) 犯罪構成要素の量が異なると、その構造が同じでも、その機能は異なる。

いわゆる犯罪構成要素の量的相違には、それぞれの要素自体の量も数も含む。同様に、いわゆる犯罪構成の機能的相違にも、根本的ないし部分的な質的ないし量的相違などの場合が含まれる。その間の因果関係も、複雑多様なものである。

(4) 犯罪構成の要素は同じでも、その構造が異なれば、その機能も異なる。

犯罪構成の構造は系統の存在形式であり、その変化は、犯罪構成全体の機能的変化に直接影響する。それは質的变化も部分的な質的变化も、また量的変化もあって、同様に具体的な分析を必要とする。

(5) 犯罪構成の要素と構造がすべて異なれば、その全体機能も異なり、こうした相違にも多くの複雑な場合が存在する。

要するに、犯罪構成の要素・構造・性能の三者間の関係は、複雑多様で可変的なものであり、現実生活における刑事事件は、この三者の関係の際限なき多様性が、異なる時間と空間において表現されたものにすぎない。

### 3. 犯罪構成の機能と環境との関係

伝統的な犯罪構成〔犯罪成立要件〕の理論は、犯罪構成と環境との相互関係を無視し、ただ犯罪構成自体を他と切断して研究してきた。これは当然誤った研究である。いかなる犯罪構成も一定の環境下で存在かつ発展するものであるから、犯罪構成と環境との間には、不可分の関係が存在する。こうした関係も、同様に多種多様であり、例えば直接的・間接的、必然的・偶然的、可変的・不変的、協調的・排斥的、強弱の関係等がある。犯罪構成を研究するには、その周囲の環境との相互関係・相互作用を具体的に分析することが必要である。それらの相互関係・相互作用も、次のようになる。

ある。犯罪構成の社会危害性は、犯罪構成の社会に対する有害な機能として、犯罪構成の性質に従属する。犯罪構成の性質が異なれば、社会危害性も異なる。しかし、社会危害性それ自体も、相対的独立性を有する。同じ性質の犯罪構成でも、その危害性に大きな違いがある場合もあり、異なる性質の犯罪構成でも、同じ社会危害性を有する場合がある。我々は、犯罪構成の性質と社会危害性を統一する一方で、それらを区別する必要もあり、また社会危害性の程度を具体的に分析する必要もある。

これで分かるように、犯罪構成の性質の変化には、質的变化も量的変化もある。質的变化・量的変化であろうと、それはすべて犯罪構成の要素・構造・その相互関係の変化により決まるものであり、かつ一定の程度で周囲の環境の影響も受ける。

## 2. 犯罪構成の要素・構造・機能の関係

系統論の一般原理によると、これらの関係は次のような帰結になる。

(1) 犯罪構成の要素・構造が同じならば、その機能も同じである。

これは、明らかであり論証を要しない。

(2) 犯罪構成要素の質が異なると、その構造が同じでも、その機能は異なる。

いわゆる犯罪構成要素の質の相違は、事情がかなり複雑である。犯罪構成の要素には、多種多様なものがあり、主要な要素も副次的な要素もある。それらの犯罪構成における地位と作用が異なれば、犯罪構成の全体機能に対する影響も異なる。また、いわゆる犯罪構成要素の質の相違にも、多種多様なものがあり、あらゆる要素の質がすべて異なることもあれば、どれか一つの要素の質が異なることもある。さらに、要素間の相互関係・相互作用の事情において、ある要素の質的变化が他の要素の質的变化を引き起こすこともある。他方、犯罪構成の機能から見ると、いわゆる機能の相違には、根本的または部分的な質、さらに量の相違もある。よって、犯罪構成要素の質的变化と機能の変化との因果関係も、複雑多様となる。これらについて、深く緻密な検討と具体的な分析を行

る。犯罪構成の性質の研究は、第一に、当然その根本的性質の境界線、つまり犯罪と非犯罪、ある犯罪と別の犯罪との境界線の画定について研究しなければならない。しかし、それと同時に、基本犯罪構成と特殊犯罪構成の境界線についても研究する必要がある。それは、犯罪の性質・軽重を関係づけるものであり、したがって刑罰の軽重の境界線を定めるものだからである。この問題については、最後に専門の節を設けて論じることとする。

刑法各則は、各種の犯罪構成に基本犯罪構成と特殊犯罪構成の規定を含んでおり、曖昧な説明と明確な説明を結合する方法を採っている。原則としては、およそ明確に規定できるものは可能な限り明確に規定し、明確に規定できないものには曖昧な説明方法を用いる。これは、実際に即した正しい姿勢であり、原則と柔軟性との相互の結合を体現したものである。しかし、いわゆる情状が重大・情状が劣悪・情状が特に重大・結果が特に重大などの曖昧な説明は、実務では把握するのが難しいので、絶えず実務経験を総括し、司法解釈・立法解釈または刑法条文の改正・補充を通じて、その曖昧な説明を少しずつ具体化・明確化し、刑法のさらなる発展と完全化を推進することが、我々に要求される。

さらに指摘しておくべきことがある。これらの最終結果・金額などに関する具体的な規定は、他と切断された条件と解すべきではない。犯罪構成の系統全体における要素の変化は、必然的に他の要素と相互関係に相応の変化を引き起こす。例えば、伝統的観点によれば、結果加重犯は、行為と結果との因果関係の存在を要求するだけでなく、行為者が結果の発生に対して主観的に過失または間接故意の心的態度を有することを要求する。これで分かるように、犯罪構成要素としての「結果」は、決して他と切断されたものではなく、主観・客観の両面と密接に関係しているので、系統論的な観点から、具体的な情状と犯罪構成全体との関係を取り扱うべきなのである。

犯罪構成の性質が変化すると、犯罪構成の社会危害性も必然的に変化する。なぜなら、事物の機能は、結局その性質により決定されるからで

改正刑法各則3章2節の密輸罪に関する規定は、1979年刑法116条・118条・119条に規定された単一密輸罪をさらに具体化・複雑化して、多類型の密輸罪の犯罪構成の系統構造を形成した。このことが、その例証である。

犯罪構成は過程として存在し、犯罪構成の系統構造も犯罪構成の発展過程において発展変化する。したがって、犯罪の予備・未遂・中止・既遂の異なる発展段階において、犯罪構成の系統構造もある程度異なるので、それは犯罪構成過程の各特殊形態を形成することになる。

### 第3節 犯罪構成の機能

#### 1. 犯罪構成の機能概論

既述のように、犯罪構成〔犯罪成立要件〕の機能つまり犯罪構成の性質と機能は、犯罪構成自体に固有のものであり、犯罪構成の諸要素とその結合方式（構造）により決定され、また、犯罪構成の周囲の環境も、犯罪構成の性能に重要な作用を生じる。

犯罪構成の要素と構造の相互関係については、既に詳述した。ここでは、犯罪構成の要素・構造・機能の関係、および環境と犯罪構成の機能の関係について詳細に分析する。

犯罪構成の機能を検討することで、特に犯罪構成の性質とその社会危害性の問題を解決することができる。

犯罪構成の性質には二つの面がある。一つは、犯罪と非犯罪、およびある罪と他の罪の境界線である。犯罪構成系統において、これは根本的な性質の差異である。もう一つは、基本犯罪構成と特殊犯罪構成（加重犯罪構成と減軽犯罪構成）の境界線である。犯罪構成において、これらのいずれであろうと、根本的に性質が異なるわけではない。なぜなら、それらは全体としてすべて同一種類の犯罪構成であり、同一の罪名であるからである。しかし、やはり大きな違いがあるので、そうした相違を示すために、それらの法定刑が異なるのである。このため、こうした区別は、ただ部分的な質的変化であり、根本的な質的変化ではないといえ

型の犯罪構成諸要素の結合方式である。これらの各異なる類型の犯罪構成の構造は、既に本書の関連する章節である程度論じているので、ここでは逐一研究を加えない。

ここで特に研究するのは、「情状犯」の問題である。

わが国の刑事立法には、「重大な情状」、「特に重大な情状」、「悪質な情状」、「特に悪質な情状」「比較的軽微な情状」など多くの情状に関する規定がある。

情状犯は、非常に複雑な犯罪構成の系統構造である。本書の犯罪構成についての章で既述したように、刑事法の「情状重大」などに関する規定は、犯罪構成系統の要素・構造・機能の複雑な変化を説明するために用いたものである。この要素・構造・機能はすべて不定的要素（可変的要素）であるので、そのいかなる変化もすべて犯罪構成全体の変化を意味する。しかし、この極めて複雑な変化は、法律で明確かつ具体的に規定しえないので、ただ情状重大といった曖昧な説明をするしかなく、概括しかなしえない。

わが国の刑事法において、情状犯はすべて一般的に「情状重大」といった曖昧な方法で規定されている。しかし、それは、その内部の複雑な系統構造を深く研究すべきでないことを決して意味しない。それと正反対に、刑事法の曖昧な説明が多くなるほど、刑法理論において、犯罪構成の複雑な系統構造を深く研究し、絶えず実務経験を総括し、その組成要素・結合方式・全体機能の内在関係と発展変化の規律を見だし、刑事立法と司法実務に奉仕することが一層要求される。

犯罪構成の構造は、一度形成されると相対的安定性を有する。法定犯罪構成の類型構造は、その相対的安定性を法律に固定し表現したものである。しかし、この種の安定性も可変的であり、犯罪構成内部の諸要素の相互作用および外界環境の影響の下で、系統の構造は、必然的に変化して、新しい結合方式を生み出す。この種の変化は、最終的には法律に固定した法定犯罪構成の構造的変化を招きうるもので、それらを低い段階から高い段階へ、簡単なものから複雑なものへと不断に発展させる。



### (3) 組成要素の結合方式

ここで強調するのは、結合方式自体である。現実生活において、要素と結合方式は不可分の関係にあり、我々は思考の中でそれらを分離しうるにすぎない。厳密に言えば、結合方式とは構造そのものであり、その変化も構造自体の変化である。結合方式は、諸要素の地位と作用を規制しており、したがって犯罪構成の全体機能も規制することになる。例えば、共犯において、単純共犯・複雑共犯・犯罪集団・マフィア〈黒社会〉的組織など各犯罪構成の共犯形態の全体機能についての区別は、結局のところ要素の結合方式によって決まる。

犯罪構成の組成要素の結合方式は、複雑性と多様化という特徴を有し、その現実的存在の形態としては、全く同じ木の葉が二枚ないのと同様に、全く同じ結合方式はない。しかし、犯罪構成の法定は、犯罪の類型化であり、したがって諸要素の結合方式の類型化でもあるので、各法定犯罪構成には各異なる種類の犯罪構成構造を観察することができる。例えば、故意犯と過失犯、自然人犯罪と法人犯罪、単独犯と共犯、単一犯と結合犯、加重犯と減軽犯、実害犯と危険犯、行為犯と結果犯など異なる種類の犯罪構成の構造は、それぞれ異なる特徴を備える。例えば、結果加重犯、つまり一定の基本犯から生じた結果を重視して基本犯の刑よりも重い刑を科すものと定められた犯罪は、故意犯と過失犯が結合した複合的犯罪である。それは、決して単純に故意犯と過失犯を加えたものではなく、ある基本犯とその容易に生じる加重結果とを結びつけて、一個の犯罪類型として規定したものである。この基本犯を故意に行った行為者の加重結果に対する心理態度は、認識ある過失あるいは認識なき過失かも知れない。しかも、結果加重犯の基本犯には、加重結果を発生させる高度な危険性が含まれているので、基本犯を行って加重結果を惹起した者の過失は、通常の過失よりもさらに重い過失であるとされる。これらの主観・客観要素の相互関係・相互作用の方式は、一般の故意犯あるいは多種の危害結果をもたらした故意犯とは異なり、また故意犯の実行後に行われた過失犯とも異なる。それは、二重の結果と罪過を有する特殊類

## （2）組成要素の数量

組成要素の数量には、犯罪構成の組成要素の総数量と各組成要素自体の数量とが含まれる。犯罪構成の総数量は、犯罪主体・犯罪客体・犯罪主観面・犯罪客観面の四系統の組成要素の多少により決定される。

1) 犯罪主体の数量の区別は、一個または二個以上の主体かで示される。

2) 犯罪客体の数量の区別も、また一個または二個以上の客体かで示される。

3) 犯罪主観面の数量の区別は、単一の責任形式または多種の責任形式か、および責任以外の組成要素、例えば犯罪目的・動機の有無等で示される。

4) 犯罪客観面の数量の区別は、単一または多種の犯罪行為か、一回または数回の犯罪行為か、単一または多種の行為対象か、単一または多種の危害結果か、およびその他の組成要素の有無等で示される。

各組成要素自体の数量は、その要素自体の存在の規模・程度・大きさなどの数量関係を指す。例えば、主体の人身危険性・動機の卑劣さ・手段の劣悪さないし残酷さの程度・犯罪活動の範囲の大きさ・危害結果の重大さの程度等である。組成要素の数量が犯罪構成の結果とその全体機能に及ぼす影響は、明らかである。組成要素が多いほど、その構造は複雑になる。例えば、共犯の構造の複雑性と危害性の増加は、主に犯罪主体の数量による。すなわち、複数の犯罪主体であって単一の犯罪主体でない場合には、複数の犯罪主体が必然的に犯罪主観面と犯罪客観面の諸要素の数量の増加を招き、また主観・客観面の諸要素の相互関係・相互作用方式の複雑化と多様化を招く。各組成要素自体の数量関係の変化も、同様に犯罪構成の構造とその全体機能に重大な影響を与える。一個の概括的故意に基づいて数人を連続殺害するのと、単一の故意に基づいて一人を殺害するのとでは、犯罪構成の構造およびその全体機能に大きな違いがある。前者は連続犯を構成し、後者は単純一罪である。前者は、後者に比べて更に大きな社会危害性を有する。

1) 主体の性質には、特に自然人と法人、高度の人身危険性を有する主体（常習犯・累犯・再犯など）と一般主体、特殊身分ある主体と特殊身分なき主体の区別がある。

2) 罪過の性質には、特に故意と過失という二種類の罪過形式の区別がある。

3) 行為の性質には、特に刑法各則に定める多様な犯罪行為の区別がある（殺人、強姦、窃盗、横領等々）。

4) 結果の性質には、特に壊滅の結果と非壊滅の結果、災難の結果と非災難の結果、有形の結果と無形の結果の区別がある。

5) 客体〔法益〕の性質には、特に個人の利益と国家の利益・政治利益・経済利益・軍事利益・社会利益、専属利益と非専属利益、および多様な具体的利益の区別がある。

これらの要素は、犯罪構成の全体構造の基礎であり、特にその主要素の性質が、犯罪構造全体に重要な影響を直接与える。例えば、罪過が直接故意である場合に、主体と結果との関係は、主体が結果を直接追求したものとして表現され、また主体が事物の因果関係の認識を利用し、自己の行為態様を選択することで、予期した構造の取得を図るものとしても表現される。この時、行為と結果との関係は、単純な因果関係だけではなく、主体の犯罪能力が結果に直接転化したものとして表現される。それゆえ、犯罪構成の結果つまり主体・故意・行為・結果・客体などの諸要素の相互関係・相互作用は、非常に緊密で力強い。しかし、罪過が認識なき過失である場合には、主体は結果発生の可能性を意識していたのではなく、また事物の因果関係を利用して結果の発生を図ったわけでもない。行為と結果との関係は、ただ純客観的な因果関係であるため、犯罪構成の構造つまり主体・過失・行為・結果などの諸要素の相互関係・相互作用は、単純であり、堅固でなく微弱である。このことからして、直接故意犯の性質と社会危害性は、認識なき過失犯よりもはるかに大きい。

いかなる変化も、犯罪構成全体の機能に変化を引き起こしうる。犯罪構成の要素・構造および機能の関係を研究して犯罪構成の発展・変化に内在する法則を理解することは、犯罪構成理論研究の重要な任務であり、極めて重要な理論的価値と実践的意義を有する。

犯罪構成は、一個の有機的統一体として、常に一定の環境内に位置し、また環境と相互に関係・作用することで、その全体の性質が表現される。それゆえ、犯罪構成の要素・構造・機能に対する研究は、すべてそれらと周囲の環境との相互関係・相互作用を十分に重視しなければならない。

前述の通り、犯罪構成は過程として存在するが、犯罪構成の構造もまた動態過程である。それは、低い段階から高い段階へ、単純なものから複雑なものへの変化・発展として表れ、こうしてそれ自体の複雑性と多様性が表現される。それゆえ、犯罪構成の構造と機能に対する静態的研究と同時に動態的研究を行い、それらの運動・発展・変化を理解しなければならない。

犯罪構成は、刑法各則が定める各種犯罪の法律定型であるが、多種多様な犯罪の法律定型の総合的な研究を通じて初めて、それらの共通性と共同規律を見つけることができるのである。これは、研究方法として特に注意すべきところである。

## 第2節 犯罪構成の要素と構造

犯罪構成〔犯罪成立要件〕は、組成要素の①性質、②数量、③結合方式、この三要素により決定される。刑法各則に定める多種多様な犯罪構成は、すべてこの三要素の多様化の結果である。以下では、この三要素について分析する。

### （1）組成要素自体の性質

犯罪構成の組成要素は数多いが、犯罪構成の全体に決定的影響を与える要素には、主に主体・罪過（故意・過失）・行為・結果・客体がある。

## 何秉松編著・刑法教科書（総論編13章～18章）

### 第13章 犯罪構成の要素・構造・機能の全面的考察（何秉松）

長井 圓

藤井 学 共訳

阿波野右起

#### 第1節 犯罪構成の要素・構造・機能の概論

伝統的な犯罪構成〔犯罪成立要件〕の理論は、犯罪構成を諸要素の総和として各要件の分析を重視するだけであって、諸要素間の相互関係・相互作用を無視し、さらに犯罪構成と周囲の環境との相互関係・相互作用も無視してきた。したがって、犯罪構成の構造と性能については、ほとんど何の研究もなされてこなかった。これは、形而上学的思考形式の必然的結果であるといえる。しかし、犯罪構成が一個の複雑な社会系統である以上、個別の要素を理解するだけでその構造と機能を理解しないならば、犯罪構成について全面的かつ深い認識を持ちえないのである。

犯罪構成の構造は、この内部の諸要素間における比較的安定した相互関係・相互作用の方式である。犯罪構成の構造と要素は、相互に依存して相互に浸透するものである。その要素は、犯罪構成構造の存在の基礎であり、犯罪構成の構造を研究するには、まず犯罪構成の諸要素を分析しなければならない。他方、その要素は、犯罪構成の構造内部においてこそ、要素として存在することができ、構造から離れるともはや犯罪構成の要素とはなりえない。このため、犯罪構成の構造内においてのみ、真に諸要素を認識しうるのである。

要素と構造の統一は、犯罪構成全体の機能を決定づけ、要素と構造の



う。なお、日本法の「科刑上の一罪」について、軽い罪につき定める没収・追徴も科せられるので、これを「一罪」と解することへの疑問が本書では提示されている。

8 第18章「刑事責任」では、犯罪の成立要件の一つとしての「責任論」ではなく、「定罪」（犯罪の確定）を前提として、犯罪と刑罰とを結びつける「社会的関係」として「刑事責任」が論じられている。すなわち、「犯罪・刑事責任・刑罰の三者は、緊密に関連する関係にあ（る）」とし、「日本の刑法学者が責任という用語を用いる場合、そこには混乱が少なからず見受けられ、注意を要する」と指摘されている。「わが国および旧ソ連の一元的犯罪論体系の下では、責任が犯罪構成に外在する独立の犯罪成立要件であるとされなかったもので、従来、責任という用語が、このような意味で用いられることはなかった。わが国の刑法における責任とは、刑事責任を意味する」ともされている。それゆえ、本章における「刑事責任」論は、日本の刑法解釈学にとってはほとんど未開拓の内容であるといえよう。

さらに詳細は、本文を御覧頂ければ幸いである。

助犯・実行犯の区別・共同がある共犯) および「特殊共犯形態」(犯罪集団) について説明されている。

とくに、「特殊犯罪集団」である邪教組織、会道門・マフィア等について、詳細な説明がなされている。なお中国刑法の共犯には、(単独) 正犯とは別に「主犯・従犯・脅従犯・教唆犯」の区別がある。それゆえ、本書では、「共同の故意」を必要とする「犯罪共同説」が支持されている。ここから、過失の共犯・片面的共犯・間接正犯の共犯性も否定される。

7 第17章「定罪」は、事件事実と「犯罪構成」との符合により「犯罪の成否」と「罪数」を確定することであって、一元的犯罪論体系に特有なものである。その概念は、「構成要件該当性」に近いものの、実質的には違法性・有責性の判断および罪数の判断を包括したものである。それゆえ、「正確な定罪は正確な量刑の前提」であるとされている。しかし、「定罪」つまり「犯罪の認定」の概念は、実体法と手続法との交錯する機能も有するようである。「定罪の目的は、犯罪者の懲罰を正確にし、無辜の人が刑事訴追を受けないことを保障することにある」とされ、「定罪の主体は、人民法院である」とされている。

さらに、罪数論では、「日本の罪数論は、先天的欠陥をもっており、行為者本位論と行為本位論の新旧両派の対立が、はじめから罪数論をして重要な理論的岐路に立たせている」と指摘し、「法定犯罪構成」を基準とする立場が示されている。この基準も、一元的犯罪論体系に由来するものであろう。しかし、刑法240条の婦女児童誘拐売買罪について、「多数の婦女・児童の誘拐であっても一罪を構成する」とされている点には、日本法から見ると疑問が残るかもしれない。婦女や児童の個人の生命・身体・自由という法益(人格)を基準とすれば、法解釈上の法定犯罪構成も客体ごとに予定されているようにも解されうるからである。しかし、同条1項2号は、「三人以上の女子又は児童を誘拐して売った場合」を法定刑の加重事由として定め、その情状が特に重いときには「死刑」まで科している。そこから「一罪説」が導かれているのである。

の根本目的」を「達成するために必要な一切の防衛手段は、いずれも合理的で正当な行為である」とされ、また旧規定は「公民が犯罪に反撃して自らの生命身体の安全を保全するには、非常に不利であった」と論じている。

このような中国刑法の正当防衛論は、「国家と人民の権利を保護防衛する権利」であり、「一種の道德義務であるといえる」とされ、「個人の自己防衛権」よりも「法の確証」を重視するものであろう。しかし、ドイツ刑法学で有力なように、「法の確証」のために正当防衛制度と犯罪刑罰制度との整合性を重視して、不法侵害者の責任能力・故意・過失の有無をも問題にする見解とは異なり、本書では不法侵害の客観面のみが考慮されている。

5 第15章「犯罪構成の特殊形態」では、犯罪成否の段階過程として「犯罪の既遂」・「犯罪の未遂」・「犯罪の予備」・「犯罪の中止」が論じられる。

「ある種の犯罪が法定犯罪構成の特殊形態になりうるか否かは、立法者の規定によって決定される」ので、「過失犯には、犯罪構成の未完成の形態がない」とされる。また、「犯罪の中止」（刑法24条）は、犯罪の未遂の一形態ではなく、独立に規定されているので、予備の中止も当然に肯定されることになる。さらに、「犯罪の予備」については、「危害結果との間に、直接的な因果関係がないので」、「犯罪故意という心理態度を具有しえない」と論じている。

6 第16章「共犯〈共同犯罪〉」では、「犯罪構成構造の特殊形態」として、中国の刑法は行為共同説を承認しない（刑法25条）、また、法人（単位）犯罪は、共犯ではなく、その内部の関与者にも共犯は成立しない、とされている（なお、訳者から見ると、単位犯罪は、「実定法上の共犯」ではないが、その内部関与者に共犯が成立しないゆえに「理論上の特殊共犯」であるように思われる）。しかし、「法人の共犯」は、理論的に可能とされている。さらに「共犯の犯罪構成の構造」（共犯形式）として、「単純共犯形態」（実行共同正犯）「複雑共犯形態」（教唆犯・幫

罪構成の修正・阻却」が可能であると考えられているのであろう。そうであるならば、「犯罪構成系統論」の一元的犯罪論体系は、日本・ドイツ等の多元的犯罪論体系と実質的には差異がなくなりはないであろうか。なぜなら、法定の犯罪構成に符合（該当）する行為は、法定の犯罪性排除行為（犯罪構成阻却事由）に符合しなくとも、「社会危害性」・「違法性」を欠くことがありうることになる。すなわち、一元的犯罪論体系でも、犯罪性排除行為は法定の犯罪構成から「開かれた犯罪構成阻却事由」であるから、この点で「犯罪構成要件」に該当する行為について「違法性阻却事由」を広く肯定する多元的犯罪論体系と基本的に一致することになる。結局、以上の限りでは、両体系の相違は、侵害に対する合法利益の保全行為である犯罪性排除行為（違法性阻却事由）を「犯罪構成自体の変化・阻却」もしくは犯罪構成要件該当性とは別の「違法性自体の変化・阻却」のいずれの「形式」に位置づけるかという名目的な差異でしかないように思われる。

さて、正当防衛については、「正当防衛の根拠は、正義にある」、「それゆえ、不法利益を保全するために実行する防衛は、正当防衛ではない。例えば、……博徒がその不法利益を保全するため、侵害者に反撃を与え死傷をもたらすことは、正当防衛ではない」、「防衛者は、主観において、自己が不法侵害に対し防衛を実行することで国家公共利益等の合法權益を保護することを認識しなければならない。よって、相手を侵害する意図をもって、故意にその攻撃を挑発した後に、防衛で殺傷する行為（いわゆる「挑発防衛」）は、防衛意識と防衛目的を欠くため正当防衛ではない」とされている。

さらに、過剰防衛について、「正当防衛が必要な限度を超えて不適切な危害を生じさせたものは、刑事責任を負わねばならない」とする旧規定は、新刑法20条2項では「防衛行為が必要な限度を著しく超えて重大な損害を与えた者は、刑事責任を負わねばならない」と改正されて、正当防衛の要件が緩和された。これにつき、著者は「必要説」の立場から、「法益を守るために不法侵害を有効に制止する」という「正当防衛制度

「犯罪構成概論」を具体化した各論にあたる。そこでは「伝統的な犯罪構成（犯罪成立要件）理論」は「各要件の分析を重視するだけであって、その相互関係・相互作用を無視し」てきた、として通説批判から始まる。「犯罪構成の組成要素」として「主体・罪過（故意・過失）・行為・結果・客体」、犯罪構成の「組成要素の結合方式」の差異に応じた共犯・組織犯罪などの「犯罪構成の全体機能」の差異、「基本犯罪構成」と「減輕犯罪構成」との区別、「犯罪構成と環境との相互関係」などが論じられる。後者は、実質的には不法の全体的考察（非犯罪化の是非）に関わる問題であるといえよう。

4 第14章「犯罪性の排除される行為」では、日本でいう「違法性阻却事由」にあたる正当防衛・緊急避難、および中国の刑法典には規定を欠く、法令行為・正当行為・被害者の承諾について論じる。しかし、一元的犯罪論体系によれば、例えば、正当防衛も、「社会的危害性」（違法性）を欠くものされながらも、正当防衛状況に由来する「犯罪構成」自体の構造的変化として説明されている点に注意を要する。すなわち、「犯罪構成系統論の観点からすると、行為の犯罪性排除の主な原因は、犯罪構成自体が変化することにある」とされている。

ここでは、蛇足になるが、訳者には、次の疑問が生ずる。中国の刑法典には正当防衛と緊急避難については規定があるので、一元論的犯罪体系によれば、これを「法定犯罪構成」の「修正」すなわち「犯罪構成阻却事由」として解釈することが当然にできる。しかし、中国の刑法典には、日本の刑法典35条のような包括的ないし一般的な違法阻却事由の規定がない。そうすると、本書では「犯罪性排除行為」とされている「法令に依拠した行為」・「上級命令に従った行為」・「業務上の正当行為」・「被害者の承諾に基づく行為」については、「犯罪構成阻却事由」の規定を欠くので、これを犯罪成立要件の排除（阻却）と解する法定の根拠も欠くことになりはしないか。この点は、法令行為についてはともかく、それ以外の犯罪性排除行為については特に問題になる。もっとも、犯罪性排除行為については、刑法典に規定がなくても、解釈により「犯



全体についても専門的なご助言を得ることができた。また、本学大学院生の藤井学氏には、新版の各章につき補訳をお願いした。さらに、今回も、法学部資料室担当の高島哲朗氏には、各原稿のパソコン入力・保存について支援を受けることができた。こうして、日中の研究者のご厚意と学生の友好的協力の下で、本翻訳作業が遂行しえたことについて、重ねて感謝を申し上げねばならない。

なお、本文中の（ ）は原著者によるものであるが、〈 〉は訳者が中国語表記を付したものであり、[ ]は中国語が日本の専門用語・語法・語義と異なる場合に訳者が類語を付したものである。

2 本書では、著者の提唱する「犯罪構成系統論」に基づいて、ロシア刑法学に由来する「一元的犯罪論体系」が採用されている。それは、日本では三分体系とも呼ばれている犯罪論体系、つまり行為の構成要件該当性・違法性・有責性をもって犯罪の成立を認めるドイツ・日本のような「多元的犯罪論体系」とは異なる体系であることに留意を要する。すなわち、「一元的犯罪論体系」には、犯罪構成要件と違法性・有責性との区別がなく、犯罪構成要件（犯罪成立要件）と（事件の）事実〈案件事実〉との符合のみで、犯罪の成否が定まる。この符合（該当性）と、罪数を確定するのが「定罪」論（第17章）の役割になる。また、体系的に「定罪」（事実への犯罪成立要件の当てはめ）より「刑事責任」が確定する。そこで、著者は、「犯罪構成要件」という用語を避け、「犯罪構成」（第8章犯罪構成概論参照）の用語を選択したのである。それは、「犯罪成立要件」の意味で用いられている。この一元的犯罪論体系の下では、例えば、行為能力と責任能力とは区別されずに「犯罪の主体」の要素として、故意・過失（罪過）についても構成要件要素と責任要素といった区別（二重機能）もなしに「犯罪の主観面」の要素として、いずれも「犯罪構成」に位置づけられる。「刑事責任」（第18章）は、犯罪成立要件の一つとしての「責任論」ではなく、成立した犯罪と刑罰とを結びつけ、量刑の基礎となる「罪責論」である。

3 第13章「犯罪構成の要素・構造・機能の全面的考察」は、第8章

- 第4節 その他の犯罪性排除行為
- 第15章 犯罪構成過程の特殊形態（何秉松）** 土屋 修
- 第1節 犯罪構成過程の特殊形態概論
- 第2節 犯罪の既遂
- 第3節 犯罪の未遂
- 第4節 犯罪の予備
- 第5節 犯罪の中止
- 第16章 共犯—犯罪構成構造の特殊形態（何秉松）** 土田 儉
- 第1節 共犯概論
- 第2節 共犯の犯罪構成
- 第3節 共犯者の種類と刑事責任
- 第17章 定罪（何秉松）** 御手洗大輔
- 第1節 定罪概論
- 第2節 定罪の概念と特徴
- 第3節 犯罪構成の定罪における地位と役割
- 第4節 定罪に関する基本的要求，原則および方法
- 第5節 罪数と定罪
- 第18章 刑事責任（何秉松）** 御手洗大輔
- 第1節 刑事責任概論
- 第2節 刑事責任の概念
- 第3節 刑事責任の根拠
- 第4節 刑事責任の評価
- 第5節 単位（法人）の刑事責任

各章の初訳は、神奈川大学大学院法学研究科生および他大学で中国法を学んでいる学生諸君（上掲）の努力の所産である。特に今回は、幸いにも本学大学院生の馬強氏の熱烈な依頼に快諾されて、金光旭・成城大学法学部助教授が参画され第17章（定罪）の翻訳をしていただき、訳語

面・客観面」と題して、すでに本誌に掲載したので、併せて参照されたい。なお、この間に、この『刑法教科書』の第6版（上巻・下巻、2000年、中国法制出版社）が刊行されている。そこで今回の翻訳にあたっては、旧版との連続性に留意しつつも、最新の情報を提供すべきと考えて、新版（第6版）の上巻を追訳して補訂することにした。

第1章 刑法学概論（裴广川）

第2章 刑法概論（何秉松）（以上、神奈川法学33巻1号）

第3章 刑法の指導思想（何秉松）

第4章 刑法の基本原則（何秉松）

第5章 刑法の体系と解釈（何秉松）

第6章 刑法の効力（何秉松）

第7章 犯罪概論（何秉松）

第8章 犯罪構成概論（何秉松）（以上、神奈川法学33巻2号）

第9章 犯罪の主体（何秉松）

第10章 犯罪の客体（何秉松）

第11章 犯罪の主観面（何秉松）

第12章 犯罪の客観面（何秉松）（以上、神奈川法学33巻3号）

第13章 犯罪構成の要素・構造・機能の全面的考察（何秉松）

阿波野右起

第1節 犯罪構成の要素・構造・機能の概論

第2節 犯罪構成の要素と構造

第3節 犯罪構成の機能

第4節 犯罪および犯罪構成の変質と刑法各則体系の重構造

第14章 犯罪性の排除される行為—犯罪構成の非犯罪化（何秉松）

西田賢司

第1節 犯罪性排除行為概論

第2節 正当防衛

第3節 緊急避難

---

**翻 訳**

---

## 中国刑法における一元的犯罪論体系 (正当行為・未遂・共犯・定罪と刑事責任)

—何秉松編著・刑法教科書（総論編13章～18章）—

日中比較刑法研究会  
長 井 圓

### 訳者 はしがき

1 1997年に制定された中国の新刑法とともに、その刑法学は、刑律の古い伝統と戦前の日本法継受、戦後のロシア法継受の影響を残しながらも、欧米における法と理論の先端を積極的に吸収しつつ、独自の理論体系として力強く躍進している現状にある。

わが国における従来の中国刑法研究は、古くから歴史的研究が盛んであったが、近年では比較法ないし法理論的な研究も盛んになっている。しかし、後者の研究も、死刑制度あるいは法人処罰（単位犯罪）など中国独自の制度に注目した紹介、あるいは正当防衛・責任能力といった犯罪要件等の比較などの個別的・断片的な分野の研究が中心であった。そこで、本稿は、中国の「刑法」と「刑法解釈学」を総体として理解するために、特に、ロシア刑法学の影響下で独自の発展を遂げた中国刑法学の「一元的犯罪論体系」に着目するものである。

今回の翻訳は、日本法への理解も深く、中国独自の刑法理論家として注目され活躍されている何秉松教授（中国政法大学）が主著として編集された『刑法教科書』（1997年刑法改訂版，中国法政出版社）の総論編第13章から第18章までを訳出したものである。その第1章と第2章は「中国刑法学と新刑法概論」，第3章から第8章は「中国刑法の指導思想」，第9章から第12章までは「中国刑法における犯罪の主体・客体と主観