HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	台湾における罪刑法定主義の理念と現実 ： その「感覚」をめぐる日本、そして中国との比較
Author(s)	坂口, 一成
Citation	北大法学論集, 62(4), 214[251]-167[298]
Issue Date	2011-12-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47821
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-4_008.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資　　料

台湾における罪刑法定主義の理念と現実
―― その「感覚」をめぐる日本、そして中国との比較

坂　口　一　成

1　はじめに

罪刑法定主義とは、「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰はない」という標語で示されるように、一定の行為を犯罪とし、これに刑罰を科すためには、事前に成文の法律で明確に規定しておかなければならないという人権保障の原則をいう(1)。その淵源は古くイギリスのマグナカルタ（1215年）に求められ、その後アメリカ諸州の権利宣言、フランス人権宣言で謳われ、各国で採用されるようになり、また世界人権宣言11条２項（1948年）や市民的及び政治的権利に関する国際規約（1966年）15条でも承認されている。このいわゆる西洋近代刑法が生み出した原則は、今日においては、世界の刑法の大原則になっているといっても過言ではない。

日本の刑法もこの原則を認める。すなわち、日本では刑法典自体にそれを明

注）本文中の（　）および引用文中の〔　〕は筆者による補足である。［　］、傍点および下線は筆者による。［　］は中国語を示し、原則として初出時にのみ付した。台湾の法令、裁判例、立法理由・決議等の公文書については立法院「法律系統」（http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw）、司法院「法学資料検索系統」（http://jirs.judicial.gov.tw/）、法務部「主管法規查詢系統」（http://mojlaw.moj.gov.tw/LawQuery.aspx）等による。また、カッコ内の条数は原則として刑法を指す。事件に登場する人名等はアルファベットに代えた。

(1)　大谷實『刑法講義総論（新版第３版）』（成文堂、2009年）50頁参照。

文で定める規定はないが、憲法31条等がそれを定めていると解されている。

とはいえ、憲法・法律に罪刑法定主義の規定があるからといって、実際の裁判において罪刑法定主義が遵守されているとは限らない。すなわち日本では、これまでの大審院および最高裁判例の中には、（罪刑法定主義が固く禁じる）類推解釈であると批判されているものがないわけではない(2)。そして、こうした日本の問題状況について平野龍一は、「罪刑法定主義は、現在では、当然の原則とされている。正面からこれを否定する者はいない。しかし、わが国には罪刑法定主義を唱えながら、個々の規定の解釈にあたっては必ずしもこれに忠実でない者も、ないではない。少なくとも、わが国とドイツとを比べると、罪刑法定主義の感覚に、若干のちがいがあるように思われる。わが国の方が、その感覚がいくらか鈍いように思われるのである」(3) と指摘する。

他方で、東アジアにおいて日本と同様に西洋近代法を継受し、また民主化を成し遂げた中華民国（以下、主に「台湾」と呼ぶ）はどうであろうか。この点については、林山田（元台湾大学教授。肩書は当時のもの。以下同じ）の「罪刑法定原則は冒頭に全編の趣旨を示すように本法〔刑法〕１条に規定され、しかも刑法の類推適用の禁止の主張もすでに刑法学説上何ら争いのない原則となっているが、刑事司法実務においては、なお刑法条文を類推適用する実例が現れている」(4) という指摘が参考になる。結局、罪刑法定主義の「感覚」について、日台両国は（程度の差はあるかも知れないが）同じく問題なしとはいえない、と評価されている状況にあることになる。

その日本の背景について、金澤文雄は「罪刑法定主義は、刑法学においては

(2) 例えば、公文書のコピーも公文書にあたるとした最判昭和51年４月30日刑集30巻３号453頁、自動車登録ファイルを公正証書の原本と認めた最決昭和58年11月24日刑集37巻９号1538頁、テレホンカードを有価証券とした最判平成３年４月５日刑集45巻４号171頁などがある（内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』（日本評論社、2008年）83頁参照）。

(3) 平野龍一「コピーの偽造──罪刑法定主義の感覚──」『犯罪論の諸問題（下）各論』（有斐閣、1982年）409頁〔初出：警察研究49巻２号（1978年）〕。

(4) 林山田『刑法通論（上冊）（増訂10版）』（元照出版、2008年）81頁。なお、伝統中国法においても罪刑法定主義があったとする議論もあるが、少なくともそれは個人主義と自由主義を基礎に置くものではない（同上69頁。また、滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、1984年）77頁参照）。

今日の日本とドイツとでほとんど異なるところはないが、実務ではかなり異なっており、日本ではかなり不徹底なものとなっている。それは日本の文化的伝統とりわけ法意識のしからしめるところではないかと考えられる。……日本人の法意識の中では、法と衡平の対立は意識されておらず、そしてつねに具体的に妥当な結果、すなわち衡平による解決が強く求められている。個別的正義（Einzelfallgerechtigkeit）こそが法の真の実現として求められている。法律の文字通りの適用は杓子定規的・硬直的運用として非難され、逆に、人情に即した柔軟な解釈・適用が賞賛されるのである」[5]と指摘する。つまり、日本では刑法学においてそれは受容されているのに対し、実務においてそれが「かなり不徹底なものとなっている」のは、上のような日本的法文化・意識によるものである、というのである。

だが、それは本当に「日本的」な特質なのだろうか。現在、台湾も日本と同じ課題を抱えている（ようである）ことから、台湾との比較において、この点を検討することが可能と考えられる。

また、社会主義の看板を掲げる中華人民共和国（以下、「中国」と呼ぶ）においても似たような問題状況がある。すなわち、そこでは1997年の刑法典改正で、類推許容規定（旧79条）が削除され、３条に罪刑法定主義的規定が設けられたが、なお（やはり）それが定着したとはいえない状況にある[6]。同じく華人社会である両国は、社会主義と資本主義という相異なる社会体制を経験してきたが、今日、罪刑法定主義の見地から実務が問題視されている、という点では共通の課題を抱えている（もちろんそれぞれが直面している問題状況は異なるし、またその違いの中身も検討すべき問題である）。こうした両国の比較研究は、中国法・台湾法研究に新たな視座をもたらし、両国の法や法的思考様式などを相対化する一助となり、両国の比較法研究を新たな地平に導いてくれよう。

さらに日本も加えた比較研究は、より広い視座から日・中・台３国を相対化

---

[5] 金澤文雄「日本刑法における罪刑法定主義の限界」広島法学12巻３号（1989年）３、６頁。

[6] 例えば拙稿「裁判実務から見る中国の罪刑法定主義――1997年改正刑法典の下で――」比較法研究64号（2003年）170頁以下、小口彦太「中国の罪刑法定原則についての一、二の考察」早稲田法学82巻３号（2007年）１頁以下参照。

することにつながるであろう。そしてその遠景には、東アジアにおける西洋近代法の受容や法の近代化の有り様という大問題もそびえ立っている。

本稿は以上の遠景を念頭に置きつつ、その前提となる作業、すなわち、台湾の罪刑法定主義の現在地、特にその実務における「感覚」を、日本、そして中国との比較において位置づけることを課題とする。ここで本稿が台湾にクローズアップするのは、日本国内の先行研究の状況による。すなわち、日本については当然に蓄積は豊富であり、また中国についても一定程度の蓄積がある。それに対して、台湾に着目した先行研究は存在しない。しかし先述のように、台湾法研究は日本法や中国法の相対化のための重要な視座ないしは軸を提供してくれる。そこで本稿は、台湾にクローズアップしてその空白を埋めるとともに、日本と中国に関する先行研究を参照し、日本・台湾・中国の実務における罪刑法定主義の「感覚」ないしは受容の程度をマッピングしたい。

具体的には次の順で論を進める。まず、台湾における罪刑法定主義に関する立法および学説を整理する（２）。

次に、台湾の最高裁判所（[最高法院]。以下、「最高裁」と略す）の裁判例を検討する。その際の視点は２つある。１つは台湾内在的な視点であり、台湾において類推解釈ないしはそれに悖ると批判されている裁判例を検討する（３）。もう１つは日台比較である。ここでは、罪刑法定主義に関連して日本で問題とされている論点についての日台の裁判例を比較検討する（４）。これらの作業を通じて、台湾の裁判官（特に最高裁判事）の思考様式・価値判断の特質を析出し、日台の実務における罪刑法定主義の「感覚」を比較する。

最後に、中国の裁判例を検討し、その現在地を明らかにした上で（５）、それぞれの実務における罪刑法定主義の「感覚」の現在地を示す（６）。

なお、後述（２．１参照）のように、台湾の現行刑法である中華民国刑法は1935年に中国大陸で制定された。その後、日本が第２次世界大戦に敗れ、下関条約により清から日本に割譲された台湾の主権は中華民国に帰属した。そしてそれに伴い中華民国刑法が台湾で施行された。こうした歴史的事情から、本来ならば、中華民国刑法が中国大陸で施行されていた時期（さらにはそれ以前）、および日本統治下の台湾[(7)]も──少なくとも前史として──考察の対象とすべ

[(7)] 日本統治下の台湾では、1896年（明治29年）の「台湾ニ於ケル犯罪処断ノ件」（律令第４号）が「台湾ニ於ケル犯罪ハ帝国刑法ニ依リ之ヲ処断ス但其条項中

きかもしれない。しかし、現時点ではその準備が十分に整っていない。そこで本稿ではさしあたり、台湾の主権が中華民国に帰属してからの、とりわけ民主化を成し遂げた90年代以降の時期を考察対象とする。

2　罪刑法定主義をめぐる立法および学説

ここではまず、中国初の西洋近代型刑法である大清新刑律から、今日の中華民国刑法に至るまでの、刑法典における罪刑法定主義に関する規定を整理する（2．1）。次に、現行刑法下の台湾の学界における罪刑法定主義をめぐる学説を整理する（2．2）。

2．1　法規定の変遷

現行中華民国刑法の直接的系譜は、清朝末期の1911年１月（宣統２年12月）に公布された大清新刑律に遡ることができる[8]。この大清新刑律は、中国史上初の西洋近代型刑法であり、具体的には「日本の旧刑法を範とし」[9]、罪刑法定

台湾住民ニ適用シ難キモノハ別ニ定ムル所ニ依ル」とした（なお、「帝国刑法」は旧刑法を指す。同法２条は罪刑法定主義を定めていた。また大日本帝国憲法23条も罪刑法定主義を定めていた。なお、帝国憲法の効力が台湾に及ぶかに関する議論について後藤武秀『台湾法の歴史と思想』（法律文化社、2009年）36～37頁参照）。その後、1908年（明治41年）の台湾刑事令（律令第９号）は、「刑事ニ関スル事項ハ刑法〔現行刑法を指す〕、刑法施行法及ビ刑事訴訟法ニ依ル」（１条）とした。なお、当初、匪徒刑罰令（明治31年律令第24号）７条が遡及処罰を容認し、罪刑法定主義に悖る立法がなされた（後藤・同上書59頁参照）が、その後、罪刑法定主義は「少なくとも形式的には次第に台湾の日本統治当局に遵守されるようになり、また一般の台湾人もそれを大まかに知るようになった」。そして「統治される台湾人は『法律がなければ、官府は処罰することはできない』と認識」（王泰升『台湾日治時期的法律改革』（聯経、1999年）279、280～281頁）するに至ったという。なお、以上の律令については、外務省条約局編『外地法制誌（第４巻）（律令総覧）』（文生書院、1990年復刻）166～168頁参照。

[8] 靳宗立「両岸刑法総則基本原理規定之比較」台湾刑事法学会主編『両岸刑法総則制度之比較』（社団法人台湾刑事法学会、2010年）15頁参照。

[9] 蔡墩銘「中華民国刑法と日本刑法の関係」ジュリスト999号（1992年）108頁。このほか、林山田・前掲注（４）107～110頁参照。なお、周知のとおり、日

主義を採用した。すなわち、それまで認められていた比附援引を廃止し、犯罪の成立には法律に正条があることを要求し（10条）、また（被告人に不利な）遡及処罰の禁止を定めた（１条）。だが、1911年10月に辛亥革命が勃発し、翌年２月12日に宣統帝が退位し、清朝が倒れたため、結局、大清新刑律は施行されることはなかった。

	罪刑法定主義	犯罪後の法律による刑の変更（遡及処罰の禁止）
暫行新刑律	10条　法律に正条がないものは、どのような行為であるかを問わずに、罪としない。	１条　この律はおよそ犯罪が頒行以降のときは、これを適用する。 その頒行以前に裁判が確定していないものも同様とする。ただし、頒行以前の法律が罪としないものは、この限りでない。
28年法	１条　行為時の法律に刑罰を科すと明文がないときは、その行為は罪としない。	２条　犯罪時の法律と裁判時の法律に変更があったときは、裁判時の法律により処断する。ただし、犯罪時の法律の刑がより軽いときはより軽い刑を適用する。
35年法	１条　行為の処罰は、行為時の法律に明文規定のあるものに、限る。	２条　行為後の法律に変更があったときは、裁判時の法律を適用する。ただし、裁判前の法律が行為者に有利であるときは、行為者に最も有利な法律を適用する。 保安処分は、裁判時の法律を適用する。 処罰の裁判が確定した後、執行していない、または執行を終えていない場合に、法律に変更があり、その行為を処罰しないときは、その刑の執行を免ずる。
現行法（2005年改正）	１条　行為の処罰は、行為時の法律に明文規定のあるものに限る。人身の自由を拘束する保安処分も、同様とする。	２条　行為後の法律に変更があったときは、行為時の法律を適用する。ただし、行為後の法律が行為者に有利であるときは、行為者に最も有利な法律を適用する。 人身の自由を拘束しない保安処分は裁判時の法律を適用する。 処罰または保安処分の裁判が確定した後、執行していない、または執行を終えていない場合に、法律に変更があり、その行為を処罰せず、または保安処分を科さないときは、その刑または保安処分の執行を免ずる。

そして、清に代わり中国の正統政権となった中華民国は、1912年１月１日に成立したばかりで直ちに法律を十全に整備することは不可能であった。そこで、

本の岡田朝太郎がその起草に参加した。

同年３月11日公布の「臨時大総統令」（同年３月10日大総統押印）により、民国の国体に抵触しない部分について、大清新刑律を暫定的に援用することとした[10]。これが中華民国暫行新刑律であり、上の両条も援用された[11]（条文は表参照。以下も同じ）。

その後、1928年に中華民国刑法が公布・施行された。同法は１条に罪刑法定主義を定め、また２条に犯罪後の法律によって刑が変更された場合により軽い刑を科すべきことを定めた。

同法は1935年に全面改正された。これが現行法典である。そして先述（１参照）のとおり、1945年の日本の敗戦に伴い、台湾にこの法律が適用されるようになった。本法も１条に罪刑法定主義を定め、２条に刑の変更があった場合に行為者に最も有利な法律を適用すべきことを定めた。

その後、2005年に総則条文の３分の２にも及ぶ大改正[12]がなされた。両条の改正について、旧２条１項が刑の変更があった場合には原則として裁判時法によることとしていたのを、原則として行為時法によることに改めた点が関心を引くかもしれない[13]。しかし、実際には両者の結論に違いはなく、「最終的な適用結果は、行為者に最も有利な『より軽い』原則であ〔る〕」[14]。

２．２　学説の整理

２．１で見たように、中華民国の刑法においては、一貫して罪刑法定主義の

---

[10] 同令は「現在民国ノ法律未ダ議定頒布ヲ経ザルニ付、従前施行シタル法律及新刑律ニシテ、民国国体ニ抵触シタル各条ハ効力ヲ失フベキヲ除クノ外、余ハ均シク暫ク援用シ以テ導守ニ資ス。此ニ令ス」と定める。邦訳は山室信一「『満州国』の法と政治――序説」人文學報68号（1991年）148頁参照。

[11] 「刪除新刑律與国体牴触各章条」（1912年４月30日）参照。また、条文については黄源盛纂輯『晩清民国刑法史料輯注（上）』（元照出版、2010年）367、375頁参照。

[12] 張麗卿『刑法総則理論與運用（第３版）』（五南図書出版、2007年）６頁。

[13] 改正理由は１条と平仄を合わせるためである。

[14] 蔡碧玉「二〇〇五年新刑法修正綜覧」台湾刑事法学会主編『刑法総則修正重点之理論與実務』（元照出版、2006年）16頁。なお、保安処分に関する規定については、本稿の考察対象外となるため割愛するが、１条後段を設けた理由が「〔その〕性質上自由刑の色彩を濃厚に帯び、また罪刑法定主義から派生する不遡及原則の適用があるべき」とされた点にあることを特筆しておく。

原則が認められてきた。それでは、それは具体的にどのように理解されてきたのか。以下では、台湾の主権が中華民国に帰属してからの学説状況を概観する。まず、罪刑法定主義の派生原則としてどのようなことが考えられてきたのかを見る。次に罪刑法主義が禁止する類推解釈とは何か、それと拡張解釈とをどのように区別すべきと考えられてきたのかを見る。

２．２．１　派生原則

1950年代から70年代にかけての台湾の学界では、罪刑法定主義の派生原則として――日本の伝統的な捉え方と同様に――①慣習刑法の排斥、②遡及処罰の禁止（なお、被告人に最も有利な法律を適用すべきことは、35年法２条１項但書が定める）、③類推禁止および④絶対的不定期刑の禁止という４点が挙げられていた(15)。

そして1980年代以降は、罪刑法定主義の本来的な派生原則として、明確性の原則が挙げられるようになっている(16)。３名の論者の説明を例に挙げよう。まず、劉幸義（中興大学教授）は①慣習法の排斥、②罪刑の明確性、③類推適用の禁止および④遡及禁止を挙げる(17)。次に、林山田は①刑罰権の内容と範囲は最高の民意代表たる国会が法定手続に則り、刑事法律を制定しなければならないこと、②慣習法を判決の根拠としてはならないこと、③罪刑の規定は極力明確でなければならないこと（構成要件の明確性および絶対的不定期刑の禁止を

(15) 例えば周冶平「罪刑法定主義的思想基礎及其蛻変」刑事法雑誌２巻１期（1958年）25 ～ 26頁、梁恒昌「論罪刑法定主義思想史上與現行法上之意義」法学叢刊12巻２期（1967年）２頁、韓忠謨『刑法原理（最新増訂版）』（韓聯甲、1971年、2002年再版）63 ～ 65頁参照。なお、最近のものとして、蔡墩銘『刑法総論（修訂８版）』（三民書局、2009年）19 ～ 20頁がある。

(16) 王泰升（台湾大学教授）はドイツ刑法学説の影響を指摘する（同『台湾法律史概論（第３版）』（元照出版、2009年）246頁参照。なお、ドイツの学説について斉藤誠二「刑法の基本概念の周辺――いわゆる『前期旧派』と『後期旧派』・罪刑法定主義の周辺――」司法研究所紀要10巻（1998年）22 ～ 23頁参照）。例えば黄栄堅（台湾大学教授）は「罪刑法定主義の意義についていえば、構成要件の明確性は罪刑法定主義の基本的条件といえる」（同『基礎刑法学（第３版）（上）』（元照出版、2006年）147頁）とする。

(17) 劉幸義「罪刑法定原則的理論與実務批判（上）」刑事法雑誌38巻５期（1994年）41頁以下、同（下）刑事法雑誌38巻６期（1994年）13頁以下。

含む法律効果の明確性)、④類推適用の禁止および⑤遡及禁止を挙げる[18]。最後に、林鈺雄（台湾大学副教授）は①類推適用の禁止、②慣習法の禁止、③遡及禁止および④明確性の要求（絶対的不定期刑の禁止を含む）の４つの派生原則を挙げる[19]。

なお、これらは被告人の人権・自由保障原理としての罪刑法定主義という観点に立脚し、いずれの論者も被告人に有利な類推解釈を許容する[20]。また、これらにおいては､絶対的不定期刑の禁止が独立した派生原則とされていないが、そのことは絶対的不定期刑の許容を意味するのではなく、それは明確性の原則の一内容とされている。

以上のような罪刑法定主義理解が、現在の多数説のように見受けられる[21]。なお、さらに実体的デュー・プロセス論に基づき、罪刑の均衡や刑罰法規の内容の適正を挙げる論者もいる[22]。

２.２.２　類推解釈と拡張解釈

それでは罪刑法定主義により禁止される類推解釈とは何か｡例えば黄栄堅は、「現存の事実が三段論法の小前提に該当しないが、ある点が三段論法における小前提の事実と『類似』することから、比較対照して処理し、同じ法律効果を

---

[18] 林山田・前掲注（４）74 ～ 87頁。

[19] 林鈺雄『新刑法総則（第２版)』（元照出版、2009年）40 ～ 45頁。

[20] ただし、「わが国の学界において、圧倒的多数が罪刑法定主義の思想に賛同しており、刑法の法源の厳格な制限を主張し、類推適用に否定的態度を採っている。しかしながら、その見解を細かく見れば、完全に許容しないか、あるいは有利な類推を許容するかでなお区別することができる」（徐育安『刑法上類推禁止之生與死』（自費出版、1998年）６頁）といわれるように、一律に類推解釈を禁止する論者もいる。例えば韓忠謨・前掲注（15）67頁、楊建華「罪刑法定主義在立法上之比較與検討」法鼎８期（1980年）69頁など参照。

[21] 以上のほか、例えば、黄栄堅・前掲注（16）129 ～ 162頁、張麗卿・前掲注（12）41 ～ 42、49頁参照。なお、黄栄堅は①法律の変更の効力の不遡及、②明確性の原則（絶対的不定期刑の禁止を含む）および③類推適用の禁止という３つの派生原則を挙げる点でユニークである。ただし、①で「法律」であることを強調しており､結局は他の論者と大きな違いがあるわけではないと解される。

[22] 陳子平『刑法総論（第２版)』（元照出版、2008年）59 ～ 61頁参照。その根拠は適正手続を定める憲法８条に求められる。

得ることを意味する」[23] とする。

そして、台湾でも一般に拡張解釈は許されるが、類推解釈は許されないとされていることから、両者の違いが特に問題となる[24]。この点について、多数説[25] はいわゆる「言葉の可能な意味」の範囲内にあるか否かによるとする[26]。つまり、「言葉の可能な意味」の範囲内にあれば、拡張解釈であり、それを超えるような場合は類推解釈であるとする。

さらに、国民の予測可能性の保障という視点を持ち込む論者も少なくない。この場合は次の２パターンに大別できる。１つは、「言葉の可能な意味」の範囲内にあるか否かを判断する基準として、一般人ないしは平均的国民を設定する説である[27]。もう１つは、「言葉の可能な意味」基準とは別に、「国民の予測可能な範囲」といった基準を設定し、二元的に構成する説である[28]。ただし、この場合でも両基準を満たす必要があるため、（前者が後者よりも狭い場合は別論として）両説の理論構成の違いは結論を左右するものではないと思われる。

とはいえ、そもそも実際に類推解釈と拡張解釈とを区別できるか、という問題は──日本と同様に[29] ──台湾でも認識されている。そのため、例えば黄栄堅は「実証的意義からいえば、類推解釈と拡張解釈の境界は明瞭ではなく

---

[23] 黄栄堅・前掲注（16）160頁。

[24] なお、類推は解釈ではない、とする論者もいる（例えば林山田･前掲注（４）156 ～ 157頁参照）が、本稿ではこの点には立ち入らず、引用を除き、「類推解釈」を用いる。

[25] 徐育安・前掲注（20）７頁参照。

[26] 例えば林山田･前掲注（４）156 ～ 157頁、黄栄堅･前掲注（16）161頁、林鈺雄･前掲注（19）47頁など参照。なお少数説として、例えば韓忠謨は、「前者〔類推解釈〕が用いるのは論理的推論であり、立法の本旨に拘束されないが、後者〔拡張解釈〕は法律の本来の精神に基づき、その意味を明らかにする。こうして前者は法律解釈の範囲を大きく超えるが、後者はそうではない」（同･前掲注（15）67頁）とする（徐育安・前掲注（20）７～９頁参照）。

[27] 黄朝義「罪刑法定原則與刑法之解釈」林山田ほか『刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）』（元照出版、2001年）147頁、甘添貴・謝庭晃『捷徑刑法総論（修訂２版）』（瑞興図書、2006年）23頁参照。

[28] 陳子平・前掲注（22）55頁参照。なお、劉文仕「刑法上類推禁止原則的当代思考（一）」司法週刊902期３面（1998年11月４日）参照。

[29] 例えば大谷實・前掲注（１）65 ～ 66頁参照。

……法律の文言自体の包摂範囲の境界が本当に明瞭で何ら疑問がない場合を除き禁止しがた〔い〕」[30] とする。

3　裁判例の検討１――内在的視点から

前章で明らかにしたように、台湾では罪刑法定主義が刑法に規定され、また学説上も支持されている。それでは実際はどうであろうか。この点について、林山田は――冒頭で一部引用したように――「罪刑法定原則は冒頭に全編の趣旨を示すように本法１条に規定され、しかも刑法の類推適用の禁止の主張もすでに刑法学説上何ら争いのない原則となっているが､刑事司法実務においては､なお刑法条文を類推適用する実例が現れている。司法者は現行法でははっきりと捕捉できない行為については、理の当然として無罪の判決をし、立法者に法改正を促し、対応させるようにすべきである。しかし実際には、司法者はこれに反し、逆に刑法条項を類推適用し、類推適用禁止の原則をあたかも学理上の主張にすぎないかのようにしており、罪刑法定原則をひどく破壊している」[31] と指摘する。

この――どこかで聞いたことのあるような――指摘からうかがえるように、台湾においても罪刑法定主義の理念と現実との間にはギャップがあるようである。そこで以下では、台湾の学説により類推解釈、ないしは罪刑法定主義に悖る解釈と批判されている1990年代以降の最高裁裁判例の内、そのギャップが大きく、またクリアに示されていると考えられる1995年台上字5648号判決[32] お

---

[30] 黄栄堅・前掲注（16）161頁。

[31] 林山田・前掲注（４）81頁。

[32] ［八十四年度台上字第五六四八判決］。台湾の公文書（裁判書を含む）では中華民国歴（民国元年は1912年）が用いられるが、本稿では分かりやすくするために、原則として西暦で示す。また､「台上字」は最高裁に上訴（台湾では控訴･上告を区別しない）された事件であることを意味する（台湾に移る以前は「上字」）。

なお、台湾の「判例」は日本とは異なり、最高裁の裁判について、同長官・廷長・裁判官からなる刑（民）事廷会議または民・刑事廷総会議が決議した後に､司法院に届出［備査］がなされたものを意味する（裁判所組織法57条１項）。この決議は廷長・裁判官の３分の２以上が出席し、出席者の過半数で決する。またその過程で文言の修正も可能である（「最高裁判所判例選編および変更実施要点」（1990年６月12日）第５点参照）。判例には法的拘束力はないが、事実

よび2001年台上字4054号判決を素材として、この点を検討する。

なお、台湾において罪刑法定主義の見地から問題とされる解釈として挙げられる最高裁判例はさほど多くはなく、量的には例外的存在といえる[33]。だが、刑法が想定していなかったような例外的なハードケースにおいて、「言葉の可能な意味」の範囲や国民の予測可能性の見地から、文言に包摂できないときに果断に無罪を言い渡せるか否かこそが、罪刑法定主義の試金石であると考える（もちろん、罪刑法定主義の理念と現実のギャップを考える上で、問題のある裁判例が全体においてどれだけを占めるのかも重要である）。

3．1　1995年台上字5648号判決

本判決は、他人のキャッシュカードにより金融機関の現金自動支払機［自動付款機］[34]（以下、「CD 機」と呼ぶ）から偽って現金の支払いを受ける［冒領］

上の拘束力があるとされる（林山田・前掲注（4）164頁。判例違反は第３審に上訴しうる法令違反の判決（刑事訴訟法378条）である。陳新民『憲法導論（修訂６版）』（新学林、2008年）290 ～ 291頁参照）。また判例を変更する際にも同じ手続を履践しなければならない（裁判所組織法57条２項）。この場合は「判決」ではなく「判例」と記す。

[33] 1990年代以降の最高裁判例に限定すれば、本稿で検討する両判決以外に、例えばクレジットカードの偽造行為について私文書偽造罪（210条）の成立を肯定した2001年台上字4350号判決、2001年台上字4621号判決および2001年台上字6018号判決（林山田・前掲注（4）82 ～ 83頁は「それ自体は財産権を表示する文書証明ではない」としてクレジットカードの文書性を否定する。なお、こうした行為については2001年６月１日に201条の１が新設され、立法的に解決された）、行為時の商標法６条によれば、商標の使用とは有体物上の商品の標示に限られるにもかかわらず、ディスク実行後に初めてパソコン画面に商標マークが映し出される不正コピーのゲームディスクの販売行為に、商標盗用商品販売罪（旧商標法63条違反の罪）の成立を認めた2003年台上字2293号判決（黄栄堅「論偽造文書之行使行為―評九十二年度台上字第二二九三号等判決―」台湾本土法学雑誌54期（2004年）67 ～ 68頁参照）がある。

[34] なお、［付款］は現金を支払う、という意味であるが、［自動付款機］は現金自動支払機（いわゆる CD 機）のみに限定されているわけではなく、現金自動預払機（いわゆる ATM 機）をも含みうる。しかし、本件事実の法的評価において両者を区別する実益はないため、本稿では、さしあたり「現金自動支払機」と訳しておく。

行為について、CD 機に詐術を用いて現金を交付させたとして、詐欺取財罪（339条１項。以下、単に「詐欺罪」と記す）の成立を認めた。本件の論点は、詐欺罪の成立には詐術を用いて錯誤に陥らせることが必要であるが、機械にそれが可能か、である。なお、本件のような行為の処罰については、1997年10月８日の改正で339条の２[35]が設けられたことにより、すでに立法的な解決がなされている。

> 339条１項
> 　自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、詐術により人に本人または第三者の物を交付させた者は、５年以下の有期懲役、拘役に処し、または1000万元以下の罰金を科し、もしくは併科する。

【事案の概要】

原審の認定した事実によると、被告人Ｘは自己の不法な所有とすることを意図して、概括的な犯意に基づき、Ａ宅の裏庭に侵入し（鉄門は閉められていなかった）、その同居人Ｂ所有のオートバイを窃取し、Ｂがバイクの荷物箱に入れていたキャッシュカードおよび郵便局の預金通帳を取り、同日、当該キャッシュカードを用いて、乙郵便局でＢの貯金新台湾ドル（以下同じ）６万元を窃取［盗領］する等した。

検察官は刑法321条１項１号（加重窃盗罪）[36]を罰条［法条］[37]として公訴を

---

[35] 同条規定は以下のとおりである。

「自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、不正な方法で現金自動支払設備から他人の物を取得した者は、３年以下の有期懲役、拘役または１万元以下の罰金に処する。

前項の方法により財産上不法の利益を得、または第三者に得させた者も、同様とする」。

[36] 同号規定は以下のとおりである（2011年１月10日改正前のもの）。

「窃盗罪を犯し、左に掲げる事実のいずれかがあった者は、６月以上、５年以下の有期懲役に処する。

（１）夜間に住宅もしくは人の居住する建築物、艦船に侵入し、またはその中に隠れてこれを犯した者」。

[37] 起訴状には「犯した罰条」を記載しなければならない（刑事訴訟法264条２

提起した。

原々審は被告人に無罪を言い渡した。原審は原々審判決を破棄し、起訴罰条を変更し、「320条１項およびその他の関係法律」[38]により連続窃盗罪の成立を認めた（検察官上訴）。

【判旨】（破棄差戻し）

最高裁は、調査不尽および「刑法上の詐欺取財罪と窃盗罪は、同じく自己または第三者の不法の所有とすることを意図して、他人の財物を取得するが、詐欺取財罪は詐術を用いて人に物を交付させることを要件とし、窃盗罪は平和的な手段で、他人の意思に反して、勝手に他人の所持する物を持ち去ることをいい、両者は異なる。他人のキャッシュカードにより金融機関のCD機から偽って現金の支払いを受ける［冒領款項］行為は、当該CD機が当該金融機関の現金支払業務担当者の代替であり、それに用いた詐術は、自然人に対してなされたものと同視すべきであり、これを錯誤に陥らせ金員を交付させた場合は、自ずから窃盗罪ではなく詐欺取財罪が成立すると解すべきである」とした上で、通常窃盗罪（320条１項）の成立を認めた原審判決を「明らかな誤解であり、法令適用不当の違法がある」として破棄し、原審に差し戻した。

【コメント】

本稿の関心から、検討のポイントは最高裁がXの「他人のキャッシュカードにより金融機関のCD機から偽って現金の支払いを受ける行為」に詐欺罪（339条１項）の成立を肯定した点である[39]。

項２号）。ただし裁判所が拘束されるのは「犯罪事実」であるため、罰条の記載は「起訴の絶対的必要条件ではな〔い〕」（1975年台非字142号判例、林鈺雄『刑事訴訟法（下冊・各論編）（第５版）』（元照出版、2007年）113頁参照。なお、「非」は非常上訴（日本の非常上告に相当）を意味する）。また、裁判所は「犯罪事実」の範囲内で罰条を変更することができる（同300条）。

[38] ここでいう「その他の関係法律」には、連続犯を定める旧56条（「連続する数個の行為により同一の罪名を犯した者は、１罪として論ずる。ただし、その刑の２分の１を加重することができる」。2005年削除）が含まれると考えられる。

[39] なお詐欺罪ではなく、日本のように窃盗罪が成立するという見解もある（東京高判昭和55年３月３日判時975号132頁は「被告人の欺罔により被害者〔金融機関〕の誤信による現金の交付があったものではなく、被告人が、カードを利用して、同支払機の管理者の意思に反し、同人不知の間に、その支配を排除し

というのも、まず、「刑法339条１項の詐欺罪の成立は、自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、詐術により人に所有物を交付させることを要件とし、いわゆる詐欺により人に交付させるというには、必ず被詐欺者が詐術により錯誤に陥らなければならず、もしその用いた方法が詐欺と認めることができず、しかも交付者が錯誤に陥っていなければ、本罪を構成しない」（1957年台上字260号判例要旨）。つまり、詐欺罪が成立するには、行為者の詐欺行為（詐術）により他人に錯誤を生じさせ、その結果、被詐欺者が本人または第三者の財産を処分するという因果経過を辿らなければならない(40)。しかし、本件Xの行為客体は「人」ではなく、CD機という「機械」であり、そもそも「機械」が錯誤に陥るのか、「詐術により人に所有物を交付させた」といえるのか、という点に疑問が生じるからである。

この点について裁判所サイドでは、本判決以前から本件のような行為に詐欺罪の成立を肯定する見解が主流をなしていた。具体的には次の２件の文書からそのことをうかがうことができる。

１つは「最高裁判所1992年度第11回刑事廷会議決議」(41)である。同決議は「他人のキャッシュカードによりCD機から偽って現金の支払いを受けた者は、当該CD機が当該機構の現金支払業務担当者の代替であるため、それに用いた詐術は、自然人に対してなされたものと同視すべきであり、自ずから刑法上の詐欺罪が成立すると解すべきである」とする。

て、同支払機の現金を自己の支配下に移したものであ〔る〕」として、金融機関を被害者とする窃盗罪の成立を認める。それは端的に、機械は錯誤に陥らないため、詐欺罪の成立を認めることができないからである。西田典之『刑法各論（第５版）』（弘文堂、2010年）188頁参照）。例えば1988年５月に基隆地方裁判所検察署で開催された「法律座談会」における多数説（「法務部（78）法検（二）字第0441号」参照。ただし、同文書において法務部検察司は詐欺罪成立説が妥当であるとした）、黄栄堅『刑法問題与利益思考』（元照出版、1995年）84頁参照。

(40) 林山田『刑法各罪論（上冊）（第５版２修）』（元照出版、2006年）448頁参照。

(41) こうした「決議」に法的拘束力はない。とはいえ、「最高裁の刑事各廷は法令上の見解を統一するために、長官が刑事廷会議または刑事廷総会議を召集し、争いのある法律問題について、検討した後に決議をすることができる。こうした決議が形成する実務解釈は、各級裁判所の判決にまた相当程度の影響力を及ぼす」（林山田・前掲注（４）165頁。なお、最高裁判所処務規程32条参照）といわれている。

もう１つは1994（民国83）年に出された「司法院（83）庁刑一字第 07568号」である。そこでは「拾得した金融機関のカードをCD機に挿入して偽って預金の支払いを受けた。また特製の金属片〔硬貨を模したものと考えられる〕で電話をかけ、電動玩具で遊び、不法な利益を得た」等の行為に対する罰条について、司法院刑事庁第１科および台湾高裁の見解が示されている。論点はこれら以外にもあり、説は３つに分かれたが、本判決に関係する前段の論点については、詐欺罪成立説と窃盗罪成立説に見解が分かれた。

司法院刑事庁第１科は上記決議を引用しつつ、「CD機等の自動設備はいずれも設置者の意思または手足の延長であり、その不正使用はすでに当該機械所有者の意思活動に影響を及ぼし、かつ比較法的観点から見ても、外国の立法例の多くはこの種の犯罪を詐欺罪の章に規定しており、わが国の刑法改正草案もこれを参考にし、詐欺罪の章に339条の１を増設し、CD機または料金収受設備から他人の財物また財産上の不法な利益を不法に取得する行為を処罰し、もって社会の現況の実際的ニーズに応じようとしている。まして、窃盗行為とするならば、わが国刑法には窃盗利得罪の規定がないため、金属片により電話をかける等の類似の行為については、処罰の根拠がなくなる」とする説を採り、詐欺罪の成立を認めるべきとした。そして、台湾高裁もこれに同調した。

以上のように、裁判所サイドにおいては、①CD機を「設置者の意思または手足の延長」とし、機械を自然人と同視する見解（以下、「延長理論」と呼ぶ）、②外国の立法例、③刑法改正草案の立場、および④窃盗罪が成立するとすれば、金属片により電話をかける等の利益窃盗行為の処罰根拠がなくなる（詐欺利得罪（339条２項）に擬律できなくなる）ことを根拠に、本件のような行為に詐欺罪が成立することを正当化しようとしている。

なお、ここで注意したいのは④である。これは、本文書においては上記決議とは異なり、「特製の金属片で電話をかけ、電動玩具で遊び、不法な利益を得た」行為に対する罰条という問題が明示的に設定されているために出た論拠と考えられる。とはいえ、この点は本件のような行為に対して、詐欺罪の成立を否定して窃盗罪の成立を認める立場に立てば、当然に生じうる問題である。ここに、本判決をはじめとして裁判所サイドが窃盗罪説ではなく、詐欺罪説にこだわる実益があると考えられる。

そして、本判決は①延長理論に立脚した点（判旨傍点部参照）で、以上の見解と軌を一にするものであると考えられる。

しかし、こうした見解に対しては、学界からの鋭い批判がある。例えば林山田は、詐欺行為はなく、しかも人を錯誤に陥らせていないため、同罪は成立しないとし、「これは刑法を類推適用して下した判決である」とする(42)。

また、張麗卿（東海大学（台湾）教授）は本判決ではないが、上記決議を引用・踏襲した2000年台上字852号判決(43) に対して、「詐術は対象者の認知に対する影響である。換言すると、人でなければ誤った認知を生じえず、如何なる機械設備であろうとも、認知能力はない。銀行がCD機を特定の場所に設置した後、CD機は特定の指令に基づき現金を出すか、あるいは拒絶するかの反応しかできない。指令が正しければ、事前に設定したとおりの動作が現れる。指令が正しくなければ、反応するはずがない。CD機についていえば、プログラム言語の指令に完全に依拠し、一定のプログラムについて処理する。そのため、丙等が全ての預金を引き出す権利があるか否かを、CD機は全く判断することができないため、いわゆる欺罔されて錯誤が生じたという事情は全く生じていない」(44) とする。

さらに黄栄堅は上述の1994年の司法院文書についてであるが、「この法律見解はすでに罪刑法定主義をないものと見ていると考える。外国の立法例および当時のわが国の刑法改正草案が刑法339条の１を追加する目的が、こうしたいわゆる機械に対する詐欺行為に刑罰を科す根拠をあるようにするためである以上、新法発効前は、刑罰規定のない状態であり、罪刑法定主義によれば結論は無罪のはずであり、それを『処罰の根拠がなくなる』ことを怖れて、構成要件に該当しない行為を構成要件に該当すると解釈することではない。もちろん実務の見解がこの問題について恣意を働かせる余地があったのは、主に一般人が詐欺罪の構成要件の『錯誤に陥る』という概念について元々精確な認識がなかっ

(42) 林山田・前掲注（４）82頁。

(43) 同判決は他人から強取したキャッシュカードおよび同人から強いて聞き出した暗証番号を用いてCD機から現金を引き出した所為について、上記決議を引用し、「当該CD機は当該機構の現金支払業務担当者の代替であるため、それに用いた詐術は、自然人に対してなされたものと同視し、刑法上の詐欺罪が成立すると解すべきである」とした。ただし、結論としては、この点について調査不尽の違法がある等として、原判決を破棄して、台湾高裁に差し戻した。

(44) 張麗卿『新刑法探索（第３版）』（元照出版、2008年）410頁。また同書355～356頁も参照。

たため、いわゆる『意思または手足の延長』の説明により伝統的な詐欺罪のボーダーをあいまいにすることができたのであり、しかも最終的に罪刑法定主義に根本から反することになった」[45]と批判する（そして後述のように、この批判は本判決にも妥当すると考えられる）。

以上の批判は、要するには「機械は錯誤に陥らない」はずにもかかわらず、延長理論を持ち出して「詐術により機械が錯誤に陥った」とするのは不当である、ということといえよう。この立場に立てば、本件においてXは「詐術により人に……交付させた」とはいえない、ということになろう。

こうした理解は、上の引用において黄栄堅が援用するように、立法者においても見出すことができる。

なお、黄栄堅が援用するのは339条の１である。同条は「自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、不正な方法で料金収受設備から他人の物を取得した者」（１項）および「前項の方法で財産上不法な利益を得、または第三者に得させた者」（２項）を処罰する。その立法理由は、「不正な方法でこうした設備〔「現金自動支払または料金収受設備」を指す〕から他人の物を得、または財産上不法の利益を得れば、業者の権利・利益を損なうばかりか、社会秩序を壊乱するため、処罰する必要性がある」というものであった。

しかし、現行法下で本件のような行為に適用されるべきは339条の２である。実は草案段階では本条は339条の１に含まれていたが、採択間際になり、前者の情状が重いことから、法定刑に軽重の差をつけるために、別の条文とされたという経緯がある[46]。そしてその立法理由においても、「コンピューターまたはその関連設備を利用して詐欺罪を犯すことは、よく見られるコンピューター犯罪の形態であり、社会の発展のニーズに適応するために、日本の現行刑法246条の２の立法例を参酌して処罰のための専門の規定を追加する」とある。

いずれにせよ、立法者意思としては、機械に対する「詐欺」行為を処罰するために、339条の１を起草し、最終的には339条の１と同条の２を規定したのである。つまり、1997年改正以前においては、立法者意思としても、機械に対する「詐欺」行為に対する処罰は、「法の欠缺」であったといえよう[47]。

---

[45] 黄栄堅・前掲注（16）129頁。
[46] 林山田・前掲注（40）471頁。
[47] 張麗卿・前掲注（44）411頁参照。

結局、機械に対する「詐欺」行為に339条の成立を肯定した本判決およびそれ以前の裁判所サイドの見解は、（台湾刑法のコンテクストにおける）類推解釈の禁止、ないしは罪刑法定主義の見地から正当化することが困難な解釈といえよう。にもかかわらず本判決がわざわざ延長理論を持ち出して詐欺罪を適用したのは、黄栄堅が指摘するように「『処罰の根拠がなくなる』ことを怖れ〔た〕」から、つまり窃盗罪では利益窃盗を捕捉できなくなる場面を怖れてのことだと考えられる。

３．２　2001年台上字4054号判決

県議会選挙に当選した者は、就任宣誓後に同議会の議長および副議長を投票により選出する。そしてその議長・副議長選（以下、単に「議長選」と呼ぶ）についての贈収賄行為は、刑法143条１項（投票収賄罪）および144条（投票贈賄罪）により処罰される。

> 143条１項
> 　投票権のある者が、賄賂またはその他の不正な利益を要求約束し［要求期約］、または収受し、その投票権の不行使または一定の行使に応じたときは、３年以下の有期懲役に処し、5000元以下の罰金を併科することができる。
> 144条
> 　投票権のある者に対して、賄賂またはその他の不正な利益を申し込み約束し［行求期約］、または交付し、それと投票権の不行使または一定の行使を約した者は、５年以下の有期懲役に処し、7000元以下の罰金を併科することができる。

本判決は、議長選に関連して贈収賄行為（要求・申込みがすでにこれに当たる点に留意されたい）がなされた時点で、その贈賄の対象または収賄の主体が県･市議会議員に当選していなくとも、事後に選挙結果が公表され、それが県･市議会議員に当選し投票権を取得したときには、刑法143・144条所定の「投票権のある者」の要件に該当するとした。ここでの問題は、こうした解釈が「言葉の可能な意味」の範囲内にあるのかである。

【事実の概要】

原審の認定事実はおおむね以下のとおりである。

1994年１月29日、上訴人（被告人）X_1ないし X_9および同Ｙの10名は選挙を経て金門県第１期県議会議員に当選するとともに、即時に、同年３月１日の就任宣誓後の同県第１期議長選の選挙権を取得した。

２月初頭、X_1はそれぞれ X_2ないし X_4との共同の犯意の連絡に基づき、当選者Ａに票を買うように求めたが、その同意を得られなかった。

２月４日午前、X_1は X_2ないし X_4とともに、当選者Ｂに１票400万元で買うように求めたが、その同意を得られなかった。X_5ないし X_8が X_1等のグループに参加した。

同日、X_2が当選者Ｃに電話で、議長については１票500万元で、副議長については1票200万元で票を買うように求めたが、返事はなかった。

２月６日午後、X_1が電話でＡを招き、８名で話合い、X_1が代表して発言し、議長については１票300万元、副議長については１票200万元の価格を付けた者がいることを暗示し、Ａに票を買うように求めたが、再び拒絶された。X_9が X_1等のグループに参加した。また、X_1は当選者Ｙが議長職を狙っていることを知った。

２月上旬の旧正月前後、X_1は直接Ｙに、自身がＹとペアとなって副議長選に立候補することを条件に、Ｙが１票につき100万元の現金で他の８名の票を買うことを提案したところ、Ｙが同意した。

２月17・18日前後、X_1経営の旅館において、X_2、X_4、X_5、X_7ないし X_9の6名にそれぞれ100万元ずつ手交した。その場にいなかった、X_3と X_6については、X_7と X_8が代わりに受け取った後、それぞれに手交した。

３月１日、議長選に際して、X_1等10名は事前の取決めに従い、X_8が議長として自らに１票を投じ、X_2および X_7は副議長としてＣに票を投じて粉飾したほか、その余は議長と副議長としてそれぞれＹと X_1に票を投じ、両名が当選した。

【判旨】（破棄差戻し）

本判決が判示した原判決の問題は多岐にわたる[48]。ここでは本稿の関心に即

[48] なお、このほかにも、原判決がＹの９個の贈賄行為について観念的競合を認めた点や X_1ないし X_9の各人の間（X_1と他の各人の間を除く）に共同正犯を認定しなかった点、その理由不備などが摘示された。

して、X_1ないしX_9に投票収賄罪（143条）が、またYに投票贈賄罪（144条）が成立するか否かに焦点を合わせる。本判決は次のように判示して、これらを肯定した（以下、直接引用）。

刑法143・144条の投票贈収賄の処罰規定の趣旨は、選挙への金銭の介入を防止し、もって選挙の公平と純潔を守ることにある。近年、選挙の風紀が悪化し、候補者は当選を求め、競って前倒しで選挙に関する贈収賄を行い、特に県・市議会の議長選は、議長・副議長候補者がそれぞれ県・市議選よりも前に、立候補しようとする者にあらかじめ選挙経費を賄賂として送り、または支援するとともに、その者が当選した後に同人を議長・副議長に選ぶよう投票すると約束することはよく見られることである。こうした前倒しの選挙に関する贈収賄は、選挙の風紀をひどく悪化させ、刑法の関係規定により規律することが強く求められる。狭隘な字義の解釈になお拘泥し、刑法143・144条にいわゆる「投票権のある者」を一律に贈収賄時に現実に「投票権のある者」の資格のある者に限らなければならないとし、そのうちの贈収賄当時に投票権を取得しておらず、事後的に投票権を取得した者を排除すれば、かかる前倒しの選挙に関する贈収賄行為について、法律は制約・処罰することができなくなり、これは選挙に関する贈収賄者に前もってそれを行うことにより脱法するように奨励することと何ら異なるところはなく、明らかに立法本意ではない。そして、上述の議長選の賄賂の状況においては、その前倒しで選挙に関する贈収賄をした双方が、贈収賄当時に、ともに贈賄の対象または収賄の主体が将来県・市議会議員に当選し投票権を取得した場合に、贈賄者（あるいは特定の者）を議長･副議長にするために投票することにより、双方の約束の条件が達成され、その犯罪行為が完成すると予見「予期」される。故に贈収賄時に議員に当選しておらず、現実の「投票権のある者」に当たらなくとも、これが選挙に関する贈収賄の実施に着手し、後日県・市議会議員に当選して投票権を取得したときに、犯罪構成要件は成就し、現実の「投票権のある者」となる。これが当初の選挙に関する贈収賄者の予見およびその犯意の範囲内にあれば、その犯罪行為の内容の一部であり、その選挙に関する贈収賄が先か、当選が後かはその犯罪の成立に消長を来すものではない。したがって、県・市議会議長選において、贈収賄時に、その贈賄の対象または収賄の主体が県・市議会議員に当選していなくとも、事後に選挙結果が公

表され、それが県・市議会議員に当選し投票権を取得したときは、刑法143・144条所定の「投票権のある者」の要件に該当する。本件原判決が、議長選の賄賂については、選挙人たる県・市議会議員の選挙結果が公表され当選し、はじめて刑法143・144条所定の「投票権のある者」となるとし、選挙結果が公表された後になされた贈収賄行為だけに犯罪が成立すると考えた点は、見解が相違する。

【コメント】

本件の主たる論点は、143・144条所定の「投票権のある者」の範囲である。つまり、どの時点で「投票権のある」と認められるかが問題となっている。

この問題の背景には、両条の「投票権のある者」を厳格に解釈すれば、選挙に関する賄賂の実態から見て、その処罰範囲が狭きに失するという考えがある。本件のように、県・市議選に立候補し、議員に当選した後に、議長選に投票する場合を例にすると、現実は次のような経過を辿る。すなわち、（A）議員選への実質的な立候補の意思表示・活動→（B）議員選挙の公告→（C）候補者名簿の公告→（D）選挙結果の公表→（E）当選者名簿の公告→（F）当選した議員が宣誓して就任→（G）議員が議長・副議長を互選、と。そして問題は「一言で言えば、選挙実務における贈収賄の時点は（A）時点、またはより早期であるが、処罰規定は（F）時点から始まるようである点にある」[49]。

つまり、厳格に解釈すれば、県議会議長選について、同議員立候補者は、当選後の就任宣誓の後に「投票権のある者」となり、したがって、そこから143・144条の処罰範囲に含まれることになるが、実際には、それ以前の段階で贈収賄が行われているのである。そこで両条の「投票権のある者」をより広く解釈して、そのギャップを埋める必要が生じる。かといって、「投票権のある者」という文言の枠をどこまでも拡張できるわけでもない。その限界をどこで線引きするか。

この点について、従来の最高裁は、市民代表会[50]の主席・副主席選挙にお

[49] 林鈺雄「二〇〇一年刑事類実務見解回顧」『刑法與刑訴之交錯適用』（元照出版、2008年）440頁〔初出：台湾本土法学38期（2002年）附冊92頁以下〕。

[50] これは県轄市（行政区画上、県の下に置かれる市）に置かれる自治機関である（「台湾省各県市地方自治実施綱要」（1950年公布、その後、数次の改正を

ける賄賂をめぐる1985年台上字666号判決および1986年台上字467号判決において、ともに（F）時点では遅すぎるため、（E）時点から「投票権のある者」となるとした。その理由づけとして、前者は「就任宣誓をすれば、直ちに代表会主席を選ぶことになり（台湾省各県郷鎮県轄市民代表会組織規程10条２項参照）、事実上、選挙に関する贈収賄活動を行うことができず、刑法上投票収賄罪および投票贈賄罪が成立する余地はなくなる」ことを挙げた。また後者は、上述のように就任宣誓直後に投票が行われるため、「代表会主席の選挙は選挙機関が市民代表当選者名簿を公告した後に始まることになり、実際にもそのように行われている。もし代表会主席を選挙する各市民代表の権限が、必ず宣誓した後でなければ取得できないとし、宣誓前はなお投票権のある者ではないとすれば、賄賂の収受・約束・交付のいずれもが罪とならず、どうして選挙の風紀を正すという立法の本旨を遂げることができるというのか。自ずから市民代表は当選公告の日から代表会主席の選挙権を取得し、就任宣誓はその職務執行の形式要件にすぎないと解すべきである」と判示した。

これに対して本判決は、従来の最高裁判決よりもさらに早期の「選挙結果の公表」（D）により「投票権のある者」となるとした原判決を否定した。それは「狭隘な字義の解釈になお拘泥し」ていては、早い段階から行われる贈収賄行為を制約・処罰できなくなり、立法本意に悖るからである。そして、贈収賄行為の実施(51)時に、収賄の主体または贈賄の客体が現実の「投票権のある者」でなくとも、その後当選して現実の「投票権のある者」となった場合に、行為者がそのことを予見していたときには、収賄の主体または贈賄の客体は143・144条の「投票権のある者」の要件を充足し、両罪が成立するとした（判旨傍点部参照）(52)。結局、「行為者がその後に投票権を取得しさえすれば該当するこ

経て、1985年に改正された後、1999年に廃止）３節参照。なお、地方制度法（1999年１月25日公布。その後、数次の改正を経て、現行法は2010年１月18日に一部改正されたもの）44～46・33・34条・３条２項など参照。同法では地方立法機関とされる）。

(51) 台湾刑法においても「[実行]の着手」が未遂犯の成否の分水嶺となる（25条１項）が、本判決は[実施]の着手と表現しており、これと区別している。なお、両罪の未遂は不可罰である（同条２項）。

(52) なお、事後的に「投票権のある者」となった場合に構成要件該当性を認めることができる理由は必ずしも明らかではない。「投票権を取得したときに、

とになり、行為（贈収賄）の時点は『問わない』といってよかろう！」[53] ということになる。問題は、かかる解釈が「言葉の可能な意味」の範囲内にあるか否かである。

ところで、本判決の立場は、実は最高裁刑事廷の多数意見でもある。というのは、本判決の作成日と同じ７月３日[54] に、本判決の争点である「県・市議会議長選をめぐる賄賂について、選挙人たる県・市議会議員は結局いつ刑法143・144条にいわゆる『投票権のある者』となるのか？」をテーマとする「最高裁判所2001年度第６回刑事廷会議決議」が出された。両者の関係について、林山田は「刑事廷会議の決議が出てから、最高裁判所刑事第７廷〔本件の裁判

犯罪構成要件は成就し、現実の『投票権のある者』となる。これが……〔そ〕の予見およびその犯意の範囲内にあれば、その犯罪行為の内容の一部であ〔る〕」（判旨傍点部参照）とあることから、本判決は、贈収賄時の故意の範囲内であれば、投票権を取得して「投票権のある者」となることが両罪の「犯罪行為の内容の一部」をなす、としたものと読める。そうすると、両罪の実行行為は贈収賄行為と「投票権のある者」となる当選行為の２つからなる、ということになりそうである（これは、「證人カ（一）法律ニ從ヒ宣誓シタルコト及（二）故意ニ虚僞ノ陳述ヲ爲シタルコトノ二要素併存スルヲ以テ足ル宣誓カ陳述ノ前ニ在ルト其後ニ在ルトニ因リテ本罪ノ構成ニ影響ヲ及ホスコトナク」として、事後宣誓の証人が169条（偽証罪）の「法律により宣誓した証人」に当たるとした大判明治45年７月23日刑録18輯1100頁を彷彿させる解釈である。また、団藤重光『刑法綱要各論（第３版）』（創文堂、1990年）98頁参照。ただし、これに対しては、文理に反するとする批判も有力である（例えば大塚仁『刑法概説（各論）（第３版増補版）』（有斐閣、2005年）607 ～ 608頁、前田雅英『刑法各論講義（第４版）』（東京大学出版会、2007年）548頁参照）。

ただし、投票贈賄罪にこの論理は妥当しない。それは端的に、行為客体が事後に投票権を取得する行為は、贈賄者の「犯罪行為の内容の一部」とはなりえないからである。この点で本罪は投票収賄罪とは異なる。そうすると、少なくとも投票贈賄罪については別の理由が必要となるが、その点は明らかではない。また本判決は両者を統一的に説明しようとしていると読める。したがって、本判決が上の「読み」まで踏み込んだと解するのは、深読みしすぎの嫌いがある。

[53] 林鈺雄・前掲注（49）442頁。

[54] 林鈺雄・前掲注（49）442頁は本判決作成日を７月４日とするが、それは書記官が「右正本は原本と異ならないことを証明する」とした日付であり、判決原本作成日は判決書上、裁判官の署名の上にある７月３日であると目される。

官はこれに所属する〕は直ちに上述の決議を採用した判決〔本判決〕を出した」[55]と指摘する。つまり、本判決は同決議を受けたものなのである[56]。

実際、上の本判決の引用部分は、原判決に対する判断の部分を除き、同決議の結論となった説と読点の有無しか違いがない。これは単なる偶然ではない。というのも、この議題を提案したのは、刑事第７廷だったからである。つまり、本判決は最高裁刑事廷会議においてコンセンサスを得た上で、出されたものと推測される。わざわざそのような手順を踏んだのは、本判決と罪刑法定主義との緊張関係を懸念したからであろう。そこで以下、同決議を検討し、最高裁でどのような議論がなされたのかを明らかにする。

まず、そこでは「投票権のある者」になる時点について甲、乙、丙、丁、戊、己、庚の７説が示された。各説の主張および理由づけは以下のとおりである（カッコ内のＡ～Ｆは先の選挙の経過の各時点を示す）。

甲説は就任宣誓時（F）とする。その理由については、「県・市議会議員はたとえ当選したとしても、宣誓前は就任していないと見るべきであり、自ずから県・市議会議員の職権を行使することはできない。またすなわち県・市議会の議長・副議長を選挙する権限もない」ことを挙げる。

乙説は以下の２点の理由を挙げて、当選者名簿公告時(E)とする。すなわち、①就任宣誓後直ちに議長選が行われるため、甲説だと遅すぎ、「選挙への金銭の介入を防止し、もって選挙の公平と純潔を守る」という立法趣旨に合わない。②「公職人員選挙罷免法〔以下は当時の規定による。また「選挙法」と略す〕43条１項６号によると、『当選者名簿は投票日の後の７日以内に公告しなければならない』。この公告は選挙機関の当選者の当選資格に対する確認である。当選者名簿が公告されてから、当選者はようやく当選者の資格を正式に確定的に取得する。これ以前においては、投票結果の公表は候補者が当選したか否かを判断する参考の根拠にすぎない」。

丙説は選挙結果公表時（D）とする。その理由は次の２点である。①乙説①と同じである。②選挙法65条１項前段によると、「県・市議会議員の立候補者が当選したか否かはその得票数を基準とし、開票が終了し、選挙結果が公表されれば、当選したか否かはすでに確定している。当選者名簿の公告は、選挙機

[55] 林山田『刑法各罪論（下冊）（第５版２修）』（元照出版、2006年）170頁。
[56] 林鈺雄・前掲注（49）442頁も同旨。

関がその選挙事務を完成させる行政的手続にすぎず、当選者がその得票数がより多いことに基づき当選する資格には決して影響しない。社会の一般的状況を眺めると、選挙結果が公表されれば、当選者はすぐさま当選所感を発表し、投票に対する感謝の活動に移り、有権者もお祝いに駆けつける。他方、政党および県・市議長選に立候補しようとする者はまた指名および選挙活動に入り、当選名簿の正式な公告を待たない。公衆の認識によれば、みな県・市議会議員当選者は選挙結果公表時に当選をしていることに疑問を持たない」。

丁説は候補者名簿公告時（C）とする。その理由は以下のとおりである。すなわち、多くの者が我先に買収しようとするため、上の両説では投票贈収賄罪を適用する機会はほぼない。「各県･市議会議員の当選者は『選挙委員会が各県･市議会議員候補者名簿を公告した日より』、当該県・市議長選の『投票権のある者』となると解釈すれば、県・市議選活動開始後になされた選挙に関する贈収賄関連行為を刑法規定により処罰できるだけではなく、さらにその定義が明確であるため、実務上の認定にも疑義がなく、選挙に関する贈収賄の防遏に顕著な助けとなる」。

戊説は議員選挙公告時（B）とする。というのも、丁説だとそれ以前の賄賂行為について「なお刑法の規定により処罰できず、刑法の選挙に関する贈収賄を抑制し、選挙の風紀を正すという機能をなお発揮させることができない」ため、さらに前倒ししなければならないからである（議員選挙広告日は選挙法43条１項１号に明定されている）。

己説は県・市議会議員に「立候補する資格があり、かつ立候補の意思表示または活動を行い、客観的にその者が県・市議会議長・副議長の選挙人となるであろうと予見できる者」とする（A に近い）。その理由は以下のとおりである。すなわち、「投票権のある者」には広狭両義がある。狭義のそれは「法により現実に投票権を取得した者を指す」。具体的には議員に当選したと公告された者である（E）。広義のそれは、「それ〔狭義〕に加えていまだ現実に投票権を取得していないが、その身分、資格および言動などの具体的徴表により、客観的にその者が選挙人となるであろうと予見できる者をいう」。そして、「狭隘な表面的な字義の解釈に拘泥し」、議員当選の公告があり、現実に議長選の投票権を取得しなければ「投票権のある者」と認めないのであれば「刑法の選挙に関する贈収賄を処罰する規定は空文と化し……それはわが国の民主政治の発展に極めて不利な影響をもたらすことになる」。

庚説の主張および理由づけは本判決と同じである。つまり、事後に投票権を取得すれば行為時点におけるその有無は問わない。

なお、庚説については次の３つの意見が付されている。それは罪刑法定主義の明確性原則および類推解釈禁止の原則への違背の疑念に対する見解を示す「庚説の立論検討意見」、同説の結論の具体的妥当性を論じる「庚説に対する補充意見」、および改めて類推解釈ではないと論じる「庚説の再補充意見」である。以下では本稿の関心に即して、庚説が類推解釈ではないとする議論を見る。

まず、庚説の立論検討意見では、「庚説によると、『投票権のある者』は投票日までに投票権を取得すると予見されるあらゆる者を含むと解釈されるが、これは刑法の類推解釈の禁止原則に反しないか否か」という疑問に対して、次のような見解が示される。すなわち、拡張解釈と類推解釈との区別は「文義の可能」な範囲内にあるか否かによる。そして「『文義の可能』な範囲内については、実務上常に拡張解釈前と拡張解釈後の内包が同じか否かで判断して〔いる〕。……同じ内包の用語については……『内包が変わらなければ、外延も変わらない』原則により、それはなお『文義の可能』な範囲内にあると解すべきである。……上述の各説がそれぞれ解釈した用語と原文の『投票権のある者』は、いずれも先に挙げた２つの共同メルクマール〔「人」と「投票権のある」〕の内包にほかならず、思うに上の説明によると、いずれも『投票権のある者』の文義の予測可能な範囲を超えておらず、正当な論理解釈といいうる」とし、「拡張解釈の一種というべきである」とする。

また、庚説の再補充意見は次のように説く。今日「罪刑法定主義の内容にも変化があり、厳格なものから緩やかになっている。特に構成要件の解釈において、形式的な言語または文字上の字義の範囲に拘泥せず、立法目的の実質を重視していくことが趨勢となりつつある。もちろん、このことは文理解釈の放棄を意味せず、時空的環境の相違により、文義については伝統的な言語学上または文字学上の字義によって解釈するのではなく、『可能な文義』を解釈の限界とし、これは一般人民の法感情を基礎とし、立法の目的を重視し、文義を解釈し、一般人民が受け容れるとともに認識できるようにする」。そして両罪の「立法目的は選挙の公正および純潔の確保にあり、また憲法132条を最高の根拠とする」。したがって、以上の本解釈は「自ずから『可能な文義』の限界に符合し、一般人民の法感情と合致し、しかも一般人民が受け容れるとともに認知でき、罪刑法定主義に違背するおそれはない」、と。

そして、同決議では最も早い時期から処罰を認める庚説が採用されるとともに、同説が罪刑法定主義に反しないことについての主張が積極的に示された。

だが、林鈺雄は同決議に対して、以下のように論じ、「法政策的考慮が罪刑法定原則を凌駕した」という根本的な批判を浴びせる。すなわち、その「主な立論は『選挙に関する贈収賄を禁圧し、選挙の風紀を正す』という法政策的観点である」。しかし、「もしなお刑法の帝王条項である罪刑法定原則(刑法１条！)を遵守したいとすれば、処罰の間隙は新たな立法により解決するほかない」。しかも、他の収賄罪の規定ぶりからも、「投票権のある者」は行為時に投票権がなければならない。すなわち、公務員が職務上の行為または職務に違背する行為について賄賂またはその他の不正な利益を要求・約束・収受した場合は、121・122条の公務員収賄罪が成立する。本罪も身分犯であり、行為主体は「行為当時」に公務員の身分が必要である。投票収賄罪についてのみ例外を設ける道理は全くない。さらに、「収賄した後に身分を取得する」場合について、刑法は特別に準収賄罪（123条）を規定する。同条は「公務員または仲裁人になっていないときに、あらかじめ職務上の行為について、賄賂またはその他の不正な利益を要求約束し、または収受し、公務員または仲裁人になった後に履行した者は、公務員または仲裁人が賄賂またはその他の不正な利益を要求約束し、または収受したとして論ずる」と定める。このように、本件のような投票収賄行為に143条を適用しようとするならば、「立法手段により補うほかないというべきである」[57]、と。

また林山田も、同決議に対して、「こうした目的的解釈により形成された拡張解釈の結果は、もとより現下の問題を解決することができるが、〔罪〕刑法定原則下の類推適用禁止の原則と抵触し、議論の余地がある」[58] とする。

---

[57] 林鈺雄・前掲注（49）443 ～ 444頁。黄仲夫編著『刑法精義（修訂25版)』（元照出版、2009年）403頁も同旨。

[58] 林山田・前掲注(55) 169 ～ 170頁。なお、同決議（および本判決）は事実の「類似性」を根拠としているわけではないため、厳密には「類推」の論理とはいえないと思われるが、それが罪刑法定主義の見地から許容されない解釈であることに変わりはない。むしろ、処罰の必要性の類似性・同等性を根拠に、実行行為時に身分のない身分犯の成立を――事後的に身分を取得した場合に成立するとしたとはいえ――肯定したことは、いわゆる身分犯における「身分と実行行為同時存在の原則」（庭山英雄「偽証罪の宣誓行為に関する一考察」一橋研究

以上の同決議に対する批判は、そのまま本判決にも妥当する。その背景には「賄賂がなければ選挙にならない」［無賄不成選］といわれるほどの深刻な選挙の腐敗があるのだが、むしろそうであるからこそ、林鈺雄の「法政策的考慮が罪刑法定原則を凌駕した」とする批判がより説得力を増すように思われる。

３．３　小括

以上のように、台湾にも罪刑法定主義の見地から問題とされる裁判例は存在する。そして、そうした裁判例における法解釈の特徴として、次の点を指摘することができよう。それは、本稿で検討した２件の最高裁判決および関連する司法院文書・最高裁決議から、台湾では（も）、条文の枠よりも、法益保護や処罰の必要性、「立法本意」・「立法趣旨」などに重きを置き、その結果、刑法条文を罪刑法定主義の見地から許容されないと批判されるまでに柔軟に解釈していることである。

まず、1995年台上字5648号判決では、錯誤に陥らないはずの機械＝CD 機から、他人のキャッシュカードを不正に利用して現金を引き出す行為に窃盗罪ではなく、「錯誤に陥る」ことを要件とする詐欺罪の成立を認めた。そしてその背後には、当該行為に窃盗罪の成立を認めてしまうと他の行為について処罰の間隙が生じてしまうという懸念があったと考えられる。

また2001年台上字4054号判決は、刑法143・144条の趣旨を「選挙への金銭の介入を防止し、もって選挙の公平と純潔を守ること」に求めた上で、近年の選挙の風紀の悪化を憂い、賄賂の前倒しが「選挙の風紀をひどく悪化させ、刑法の関係規定により規律することが強く求められる」とし、「狭隘な字義の解釈に」拘泥してはならない、と説く。ここでは法益保護が前面に押し出され、文言による制約が軽視されている観すらある。しかし文言による制約も立法の趣旨のはずである。刑法は準収賄罪（123条。日本の事前収賄罪に相当する）を設けており、現に公務員であるときの収賄（121・122条）と公務員になる前の収賄とを区別している。そうすると、本判決のように実行行為時に現に投票権がない者までをも「投票権のある者」とするのは、121条ないし123条に示された刑法の趣旨と齟齬を来すことになろう。

結局、こうした判断の根底にあるのは、法益保護や処罰の必要性により文言

12号（1965年）５頁）に反する点で、問題はより深刻であると考えられる。

による制約を緩めていこうとする（より抽象的に言えば、形式的価値よりも実質的価値を重視する）考え方である。そしてここには、いわゆる「日本」的法文化・意識に似た思考様式を見出すことができよう。

4　裁判例の検討2――日本との比較から

それでは、日本と台湾の実務における罪刑法定主義の「感覚」に、どれほどの違いがあるのだろうか。1995年台上字5648号判決と同様の事案について、欺罔行為がない（機械は錯誤に陥らない）ことを理由に窃盗罪の成立を認める日本の実務[59]を想起すると、台湾は日本よりも柔軟に刑法を解釈していると思われるかもしれない。しかし事はそう単純ではなく、この1例だけでは甲乙付けがたい[60]。というのも、以下に見るように、日台ともに同程度に柔軟に解釈している例、また日本の方が台湾よりも柔軟に解釈している例があるからである。以下では、日本で罪刑法定主義の見地から問題とされている論点が、台湾の実務でどのように取り扱われているのか、という視点からそのことを検討する。

4．1　日台同程度に解釈が柔軟な事例――コピーの文書性

ここでは、文書偽造罪に関連して、いわゆるコピーの文書性を取り上げる。平野龍一が日本の罪刑法定主義の「感覚」がドイツよりも「いくらか鈍いように思われる」と論じた際の主な論拠がこれである[61]。

問題は次のようなものである。まず、学説上、「文書偽造罪にいう文書であるためには、一般に、①（物体の上に固定された）人の意思・観念の表示の存在、②（意思・観念の主体である）作成名義人の認識可能性がその要件となると考えられている」。そして、同罪は「文書の証拠性を害する『証拠犯罪』……として把握され……いかに精巧なコピーであるにせよ、それ自体を原本ないし本物として作る（たとえば、カラー・コピー機を使って偽一万円札を作るような場合を想定されたい）のではなく、あくまでもコピーとして作る以上、それはコピーされた原本が存在するということを機械的に示すものにほかなら

[59] 前掲注（39）参照。
[60] なお、2001年台上字4054号判決については、前掲注（52）・（58）参照。
[61] さらに電気の財物性の問題も指摘する。

ず、その作成名義人はコピー自体の作成者であり、しかも誰が作成したものであるか不明である以上（コピーの作成者が記載されている場合は別論である）、文書性の要件を欠きそもそも文書には当たらない」[62]。

しかし、最判昭和51年４月30日刑集30巻３号453頁は、供託官Ａ「作成名義の真正な供託金受領証から切り取つた供託官の記名印及び公印押捺部分を、虚偽の供託事実を記入した供託書用紙の下方に接続させてこれを電子複写機で複写」した所為に、「公文書の写真コピーの性質〔「写ではあるが、複写した者の意識が介在する余地のない、機械的に正確な複写版であ〔る〕」〕とその社会的機能に照らすときは、右コピーは、文書本来の性質上写真コピーが原本と同様の機能と信用性を有しえない場合を除き、公文書偽造罪の客体たりうるものであつて、この場合においては、原本と同一の意識内容を保有する原本作成名義人作成名義の公文書と解すべきであ〔る〕」として、有印公文書偽造罪の成立を認めた[63]。

こうした同判決について、平野は「最高裁判所の判決に現われた事案も、原本自体を偽造又は変造したのではない場合であった。そこで『処罰の必要』を感じて、コピーの偽造も文書偽造だとしたのであろうが、しかしこれは、『処罰の必要』にまどわされて、『罪刑法定主義の精神』を忘れたものというほかはない」[64] と指摘したのであった。

台湾刑法でもコピーの文書性は問題となりうる[65]。例えば林山田は文書偽造罪の客体である文書[66] の要件として、①有体物であること、②観念の内容が

---

[62] 以上について、山口厚『問題探求刑法各論』（有斐閣、1999年）241～243頁参照。

[63] なお、このほか広島高岡山支判平成８年５月22日高刑集49巻２号246頁参照。

[64] 平野・前掲注（３）413頁。

[65] ただし、議論はそれほど活発ではないように見受けられる。なお、後掲注(80)参照。

[66]「公文書とは、公務員が職務上作成した文書をいう」（10条３項）。また偽造・変造は有形偽造・有形変造を指す。両者の違いについて、1939年上字2278号判例は、「刑法上にいわゆる文書の変造とは、作成権限のない者が、他人の作成した真正文書を改造し、その内容を変更することをいい、作成権者の署名押印のある白地文書を他の用途に用いれば、それには元々文書の内容が存在しないため、その真実の内容に変更を加えたのではなく、自ずから文書の偽造行為に当たり、変造として論じることはできない」（要旨）とする。このほか、準文

あること、③文字または符号により記述された観念または意思の表示であること、④観念または意思の表示者が明示されており、または認識できなければならないこと、の４点を挙げる。そしてコピー等が「文書の品質を有し、刑法上の文書と認定できるか否かについては、その作成手続により判断する。……〔コピー等〕はいずれも原本の複製品であり、本来的には文書の品質を有していないが、公務機関が公印を押捺する、あるいは裁判所公証処がそれが原本と異ならないことを公証し、かつその上に公証印を押捺すれば、自ずから文書とみなすことができる」[67] とする。これによれば、コピーは原則として文書ではないことになる。

だが、台湾の最高裁も日本の最高裁と同様に――例外はあったが――コピーの文書性を肯定する。これに関する主な最高裁判例・判決は３件ある。順に見ていこう。

> 210条
> 私文書を偽造し、変造し、公衆または他人に損害を発生しうる者は、５年以下の有期懲役に処する。
> 211条
> 公文書を偽造し、変造し、公衆または他人に損害を発生しうる者は、１年以上、７年以下の有期懲役に処する。
> 216条
> 211条ないし215条の文書を行使した者は、文書を偽造し、変造し、または不実の事項を記載し、もしくは不実の事項を記載させたの規定により処断する。

（１）1981年台上字1107号判例（上訴棄却）

原判決が認定した主な事実は次のとおりである。上訴人（被告人）ＸはＡの妻Ｂと情を通じ、ＢがＣを出生したところ、自己の子と考え、養子にするために、Ａを繰り返し脅迫した。ＡはＸを脅迫罪等で告訴した。Ｘは警察の取調べを受けた後、罪から逃れ、また将来Ｃを養子とするために、ＡがＣをＸの養子とする旨のＡの署名・押印（Ａが以前Ｘ宅に忘れた本人の印鑑を使用）のある約定書を偽造した。そして、Ｘは取調べの際に（養子の件がＡの

書を定める220条参照。

[67] 以上について林山田・前掲注（55）416 ～ 420頁。

意思でもあることを示すために）そのコピーを検察官に提示（行使）した。

本判決は、このように私文書を偽造した後に、そのコピーをコピーとして行使した場合には、「コピー行使の作用は原本と同じであり、私文書を偽造した後、そのコピーを行使すれば、偽造という低度の行為は高度の行使行為に吸収され、偽造私文書行使罪として論ずるべきである」とし、偽造文書のコピーの行使に偽造私文書行使罪の成立を認めた(68)。

（2）1983年台上字2859号判決（破棄差戻し）

原判決が認定した主な事実は次のとおりである。上訴人（被告人）X_1は建物増築のための建築・使用許可書の申請手続の際に、既存の使用許可書の構造種類欄の「レンガ造 RC 補強」の文字を白紙で覆い、その上に「RC 構造」の印を押捺し、構造種類を変造した後に、当該許可書をコピーし、当該コピーの上に「本図と正本が一致することを確認した」および「X_2確認印」を押捺し、それが業務上作成する建築許可書申請書の構造種類欄を「RC 構造」とする不実の記載をした。その後、情を知る上訴人（被告人）X_2が審査・署名した後、政府に公文書不実記載をさせて、それに基づき建築許可書を発給させた。なお、両被告人が問われたのは、公文書変造罪・同行使罪（211・216条）であった。

本判決は次のように判示し、コピーの文書性を明確に否定した上で、変造公文書行使罪の成立を否定した。すなわち、「建物使用許可書上の構造種類欄の『レンガ造 RC 補強』の文字を白紙で覆い、『RC 構造』の文字に改めたことは、もとより変造行為に当たるが、それにより作成したコピーは、建物使用許可書ではない。まことにコピーは手写、描画と決して異なるところはなく、第三者が原本と相違しないことを証明した場合には当該第三者が作成した文書となるほか、コピー、手写本は決して独立した文書ではなく、さらには原本と同じ効力があるとはいいがたく、上訴人が当該コピーにより建築許可証を申請したとしても、自ずから変造の文書を行使したに当たらない」(69)。

---

(68) なお、「コピーを示すことを、原本行使の一態様と認めることは、可能である」（平野・前掲注（3）412頁）が、少なくとも本判決はそこまで明示していない。

(69) なお判旨の傍点部は、本件コピーに付された X_2名義のいわゆる認証文言（事実部分の傍点部）は、第三者のそれではない（情を知る共犯者のものである）ため、認証文言名義人の文書とはならず、なおコピーである、という趣旨と解

（3）1984年台上字3885判例（上訴棄却）

原判決が認定した主な事実は次のとおりである。上訴人（被告人）X はA社が同人に交付したB社（イギリス）製水銀灯 Z_1 の輸入証明書のコピーに記載されている製品名を、「Z_1」から「Z_2」に改めた。また当該コピーには、A社が同社および責任者の印を押捺し、数量等の事項および原本に相違ない旨が注記されていたが、両印影および注記を消去し、もって変造した。X の委託を受けたCは、それを用いて輸入証明書の再発行を申請し、税関に Z_2 を輸入した旨を証明する輸入証明書を再発行させた。

本判決は次のように判示し、上記の所為に公文書変造罪の成立を肯定した(70)。すなわち、「当裁判所の最新の見解によれば、コピーは原本と同じ効果があり、原本をコピーした後、原本の一部の内容を改ざんしてから再びコピーすることは、作成権限のない者がその原本を改ざんし、別個にその意思を表示するものを作成することと異なら〔ない〕」。なお、本判例の要旨は若干これと異なり、「コピーは原本と同じ効果がありえ〔可〕、原本をコピーした後、コピーの一部の内容を改ざんしてから再びコピーすることは、作成権限のない者がその原本を改ざんし、別個にその意思を表示するものを作成することと異なら〔ない〕」とされている（下線部は変更点）。「原本」を「コピー」に改めたのは、実際の改ざんの客体は原本ではなくコピーだったため、誤解を防ぐためであろう。以下、判例要旨に即して論を進める。

さて、本判例は結局、公文書の「①原本をコピーした後、②コピーの一部の内容を改ざんしてから③再びコピーすること」（丸数字は坂口）が公文書変造罪に当たると判示したことになる。そこで、上の判旨を本件各行為に当てはめてみる。まず、①はA社が輸入証明書をコピーしたことを指す(71)。次に②は、輸入証明書のコピーの製品名を変更し、認証文言を削除したことを指す。最後

される。また、変造の態様について、原本の変更箇所を「白紙で覆い」変更していることから、原本自体に変更は加えられていないのかもしれない。

(70) なお、公文書変造罪と同行使罪については（1）判例と同様に、「それが公文書を変造し、公務員に不実の記載をさせた後、さらに行使すれば、変造および公務員に不実の記載をさせる低度の行為は、それぞれの行使という高度の行為に吸収され、各文書の行使罪として論ずるべき」とした。

(71) 日本であれば、A社（およびその責任者）が認証文言を付与していることから、当該コピーはA社を作成名義人とする私文書となると解される。

に、③については明示されていない。「もって変造した」がこれを指すのかもしれない。いずれにせよ、ここで重要な点は、X は原本たる公文書を直接変造していない、ということである。にもかかわらず、公文書偽造罪でも、また私文書変造罪でもなく、公文書変造罪が成立するというのである。そしてその論理的前提は、公文書のコピーは（効果は同じであるから）公文書である、ということになろう(72)。

（4）まとめ

以上のように、台湾の判例は偽造私文書のコピーの提示に偽造私文書偽造罪が、また公文書のコピーの改ざんに公文書変造罪が成立するとしており、日本と同様に、コピーの文書性を肯定しているといえよう。

そして、その論拠は「コピーは原本と同じ効果があ〔る〕」という、「社会的機能」の同一性である。その後の最高裁判決では、この点がより明確に示されている。例えば、2002年台上字7543号判決は、A 検察署 B 検事署名押印の白地捜索状［捜索票］(73) を入手し、そのカラーコピーを 4 部作成した所為について、「文書の影印本または複印本は、手写やタイプライターと異なり、まさに原本の内容の再現であり、しかもその形式、外観、すなわち一画一画は寸分の違いがなく、吾人の社会生活において自ずから原本に代替することができ、原本と同じ社会的機能と信用性（信憑性）をもつと考えられているため、一般的状況においてはいずれも適用でき、原本作成者の直接の意思表示の内容とみなし、原本作成者の作成した文書となり、自ずから文書偽造罪の客体となりえないわけがなく、故にもし原本を影（複）印した後、原本の部分にかかる内容を

(72) なお、本判決は先に引用した判示部分の直前で、X が「当裁判所1983年台上字2859号刑事判決を引用して論拠とするが、当該判決の法律上の見解を考えるに、本件とは状況を異にするため、採用でき〔ない〕」と判示する。両者の射程を測る上で、何を指して「状況を異にする」と判断したのかは重要であるが、本判決は何も語っておらず、また学説の議論も管見には及ばない。本件では認証文言を削除したことから、原本として行使したのかもしれない。そうであれば、行使部分については「状況を異にする」といえよう（（2）判決も変造行為は認める）。

(73) 2001年の刑事訴訟法改正以前において、捜査段階での捜索状の発付権限は検察官にあった（旧128条 3 項）。なお、本件行為は1994年になされたものである。

改ざんし、再度コピーすれば、それは作成権限のない者が原本を改ざんし、別の意思表示をすることと異なるところはない」と判示した(74)。

このように、文書とコピーの「社会的機能」の同一性ないしは近似性から、コピーの文書性を肯定する点は、日台同じである(75)。

4.2 日本の解釈がより柔軟な事例——業務上過失致死傷罪における「業務」概念

周知のとおり日本では、2007年に自動車運転過失致死傷罪（211条２項）が設けられるまで、自動車運転中の過失により人を負傷・死亡させる事故を惹起した場合(76)は、仕事とは一切関係がなくとも「業務」上のものとして(77)、業務上過失致死傷罪が適用されていた。それは判例が「業務」を「本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて……かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによつて収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあるとは問わない」(78)と理解するからである。こうした「業務」理解について、松宮孝明は「およそなんらかの『仕事』と関係のない行為を『業務』というのは、どう考えても類推であろう」(79)と批判する。

台湾でも刑法に「業務に従事する者が、業務上の過失により」人を死亡させ、

(74) このほか、2006年台上字2295号判決参照。

(75) なお、文書の改ざんコピーを作成した場合、日本では「たとえ、その改ざんが、公文書の原本自体になされたのであれば、未だ文書の変造の範ちゆうに属するとみられる程度にとどまつているとしても、原本とは別個の文書を作り出すのであるから、文書の変造ではなく、文書の偽造に当たる」とされる（最決昭和61年６月27日刑集40巻４号340頁）。

(76) なお、「無免許運転中の死傷事故等は、重過失致死傷罪として処理されるのが通例である」（松宮孝明『刑法各論講義（補訂版）』（成文堂、2006年）55頁）とされていた。

(77) 東京高判昭和35年12月12日高刑集13巻９号648頁参照。

(78) 最判昭和33年４月18日刑集12巻６号1090頁参照。なお、西田・前掲注（39）63頁は、自動車運転過失致死傷罪が設けられたことにより、「自動車運転は『業務』に限定されないことが明確となったが、反面で、従来の業務性概念も修正を迫られよう」と指摘する。

(79) 松宮孝明『刑法各論講義（第２版）』（成文堂、2008年）54頁。

または傷害した罪が規定されている（業務上過失致死罪（276条２項）、業務上過失致傷罪（284条２項）参照）。しかし、例えば1957年台上字13号判例が「刑法276条２項の業務上過失致死罪は、行為者の過失が業務上の行為に基づき発生した場合に限る。上訴人〔被告人〕X は運転手助手であり、運転手業務を担っておらず、それが偶々運転手の病気のため、代わりに運転したことにより、誤って人をひき殺したとしても、自ずから通常過失による致死であり、業務上過失責任を負わ〔ない〕」としたように、そこでの「業務」は日本よりも厳格に解されている(80)。

４．３　小括

以上のように、日本で罪刑法定主義の見地から問題とされている論点については、一方で日台ともに同程度に柔軟に解釈している場合があり、また他方では日本の方が台湾よりも柔軟に解釈している場合もある。３で検討した裁判例も併せて考えると、日本と台湾の実務における解釈のどちらがより柔軟か、あるいは彼我の罪刑法定主義の「感覚」については、顕著な隔たりがあるとはいえないであろう。

５　裁判例の検討３――中国の場合

以上のように、実務における罪刑法定主義の「感覚」については、日台両国ともに問題なしとはいえない状況にある。とはいえ、それでも刑法の解釈は必

(80)　筆者は2010年３月１日に林鈺雄副教授からご教示いただく機会を得た。その際に林副教授は、台湾でも日本と同様に「罪刑法定主義を正面から否定する者はいないが、具体的な条文の解釈においては、罪刑法定主義に反する場合がある」、「平野龍一教授は文書偽造罪におけるいわゆるコピーの文書性の論点を素材として議論したが、台湾でもコピーの文書性が肯定されている。ただ、この点はまだ軽微なものであるといえよう。例えば業務上過失致死罪における『業務』概念は広すぎる。例えばトラックドライバーが休日に子供を車に乗せて遊びに行くときに事故を起こした場合も『業務』とされる。このほか、広く『業務』に関する事柄で乗車して事故を起こして死傷の結果を惹起した場合も、業務上過失致死傷罪が成立する」と述べた。そして筆者が（本文で述べたように）日本の「業務」概念がさらに広く、「仕事」とは関係がないにもかかわらず「業務」となりうることを説明すると、驚きを隠さなかった。

ず条文の「言葉の可能な意味」の範囲内でなければならないと考えられている点を看過してはならない。このことは本稿で検討した日台の裁判例が、少なくとも形式論理的には結論が「言葉の可能な意味」の範囲内に収まるように「解釈」していることから、十分に読み取れると思われる。

日本の読者諸氏は罪刑法定主義を規定しているのだから当たり前のことだと思われるかも知れない。それはそのとおりである。だが、中国を想起した場合には、それは必ずしも当たり前のことではない(81)。

もっとも、中国の現行刑法３条は「法律に犯罪行為であると明文規定しているものは、法律により犯罪を認定し刑罰を科す。法律に犯罪行為であると明文規定していないものは、犯罪を認定し刑罰を科すことはできない」と規定する。同条は［罪刑法定原則］を定めたものと理解されており(82)、学説の説くそれは、一般に日本・台湾で理解されている罪刑法定主義と大きな違いはない(83)。そして学説上、「言葉の可能な意味」を完全に超えれば拡張解釈ではなく、３条の禁止する類推解釈であると説かれる(84)。したがって、ここでも、解釈は必ず条文の「言葉の可能な意味」の範囲内でなされなければならないことになる。

だが、ここでも理念と現実のギャップが存在する。それはいかほどのものか。従来、中国の学説において、罪刑法定主義の見地から問題とされてきた裁判例・司法解釈は少なくはないが、ここでは、その中でもとりわけ問題が深刻と思われる事例を、１件だけ取り上げることにする。それは、外観上炭疽菌に似た、

(81) 例えば拙稿・前掲注（６）170頁以下、拙著『現代中国刑事裁判論――裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）341 ～ 348頁参照。

(82) ただし、前段に関しては議論がある。例えば何秉松（中国政法大学教授）は、前段が「積極的罪刑法定原則」を、後段が「消極的罪刑法定原則」を定めたものとする（何秉松主編『刑法教程（根据1997年刑法修訂）』（中国法制出版社、1998年）36 ～ 43頁〔同〕参照）。これに対して、張明楷（清華大学教授）は罪刑法定主義を定めるのは後段であり、前段は法益保護主義を定めたものとする（同「司法上的犯罪化与非犯罪化」法学家2008年４期72頁参照）。このほか、小口・前掲注（６）２～７頁参照。

(83) 高銘暄・馬克昌主編『刑法学（第２版）』（中国法制出版社、2007年）21頁〔高〕参照。また、拙稿「中国刑法における罪刑法定主義の命運――近代法の拒絶と受容――（２・完）」北大法学論集52巻４号（2001年）228 ～ 229頁参照。

(84) 例えば趙秉志主編『刑法新教程』（中国人民大学出版社、2001年）43頁〔同〕参照。

白色の食品乾燥剤の粉末をそれぞれ政府指導者および報道機関の個人宛に郵送した行為が危険方法公共安全危害罪（114条。刑法修正条項（３）（2001年12月29日）による改正前の旧規定を指す。以下同じ）に該当するとした、2001年12月18日の上海市第２中級人民裁判所の判決[85]である（１審・発効）。

> 114条
> 放火、出水、爆破、毒物混入またはその他の危険な方法で、工場、鉱山、油田、港湾、河川、水源、倉庫、住宅、森林、農場、脱穀場、牧場、重要なパイプライン、公共建築物またはその他の公私の財産を破壊し、公共の安全に危害を及ぼし、なお重大な結果を惹起しなかった者は、３年以上10年以下の有期懲役に処する。

【事実の概要】

認定事実は以下のとおりである。「2001年10月、被告人Ｘは報道を通じて、炭疽菌が白い粉末状の病原菌であり、外国でそれが同封された郵便物に接触した人が死亡する事件が起きたことを知り、社会の大衆が類似の郵便物を受け取れば恐怖に陥ると考えた。同月18日、Ｘは家にあった粉末状の食品乾燥剤をそれぞれ封筒２通に入れ、受取人に『上海市政府』および『東方路2000号』（上海東方電視台）と記した後……上海市政府の指導者Ａと上海東方電視台報道センターのＢに郵送した。

同年10月19・22日に、上海市人民政府信訪辦公室……職員Ｃ等、および東方電視台のＢは上述の白色の粉末が同封された当該郵便物を開披した後、極度のストレスに襲われるとともに、周囲の人々は恐怖に陥った。関連部門が大量の措置を講じた後、ようやくこれらの者の恐怖感が徐々に拭われた」。

公訴人は、被告人Ｘが「偽の炭疽菌を郵便物に入れて郵送する方法を用いて、テロの雰囲気を醸成し、大衆心理を恐怖に陥れ、公共の安全に危害を及ぼそうと謀った所為は、危険方法公共安全危害罪を構成する」と主張した。

「被告人Ｘは起訴状記載の事実に異議を唱えなかった。

弁護人は起訴状記載の事実および罪名に異議を唱えなかった。Ｘが郵送したのは偽の炭疽菌であり、その行為は重大な結果を惹起するには至っていないと

[85] 華東刑事司法評論３巻（2003年）272頁以下参照。

考えた。またXは郵便物に白色粉末を入れてBに送った事実を自主的に供述しており、処罰をより軽くするよう建議した」。

【判旨】

「当裁判所は、被告人Xが政府、報道メディアに偽の炭疽菌を同封した郵便物を送った行為は、テロの雰囲気を醸成する目的を達成し、大衆心理を恐怖に陥れ、公共の安全に危害を及ぼし、その行為は危険方法公共安全危害罪に該当し、公訴機関が訴追した罪名は成立すると考える。……テロ犯罪活動を懲らしめ、また防止し、国家の安全、社会公共の安全および市民の人身、財産の安全を保証し、社会秩序を守るために、刑法114条……の規定により、次のように判決する。

一、被告人Xを危険方法公共安全危害罪により、有期懲役4年に処する〔以下省略〕」。

【コメント】

本判決に対する最大の批判は、炭疽菌ではない白色の食品乾燥剤の粉末を、「上海市政府の指導者Aと上海東方電視台報道センターのB」に郵送した行為が、危険方法公共安全危害罪にいう、「その他の危険な方法により……公共の安全に危害を及ぼし〔た〕」に当たるとされた点である。以下、この点を敷衍しよう。

まず、刑法114条の通説的理解によると、本罪は「公共の安全」に対する危険犯であり、これは「不特定多数人の生命、健康または重大な公私の財産の安全」[86]を指すとされる。そして「その他の危険な方法」とは、「放火、出水、爆破、毒物混入の危険性に相当し、公共の安全に危害を及ぼしうる方法を指す。……およそ危険性が相当せず、公共の安全に危害を及ぼすに足りない行為は、いずれも刑法所定の『その他の危険な方法』には当たらない」[87]とされる。

そして、本判決に対する批判も、こうした理解に拠っている。本判決に対して、最も詳細かつ包括的な批判を展開している游偉（華東政法学院教授）・謝

[86] 肖揚主編『中国新刑法学』（中国人民公安大学出版社、1997年）319頁、高銘暄主編『新編中国刑法学（上冊）』（中国人民大学出版社、1998年）510頁〔趙炳寿〕。趙秉志主編『新刑法教程』（中国人民大学出版社、1997年）434頁〔張旭〕も同旨。

[87] 肖揚・前掲注（86）326頁。

錫美（上海教育科学研究院研究員）は、次のようにその問題を鋭敏に切り出す。すなわち、「彼が郵送した郵便物にははっきりと上海市政府某指導者および東方路2000号上海東方電視台のＢと明記されており、その行為の対象は特定人の範囲内に限定されており、不特定多数人の生命、健康の安全を危うくし、または公私の財産の安全を損なう現実的可能性は存在しない。しかも、一般人の認識からいっても、偽の炭疽菌を入れた郵便物を郵送する方法を用いても、放火、出水、爆破などと同じ、あるいはそれらに相当する危険性がないばかりか、食品乾燥剤は無毒無害の物質であるため、その行為はまた公共の安全に危害を惹起する現実的可能性を欠く。……〔Ｘの行為は〕放火、出水、爆破などの危険な方法を用いる行為とは全く同列に論ずることはできない」[88]、と。つまり、Ｘの行為の「危険」は特定人にしか及びえず、よってそれが侵害するのは「公共の安全」ではなく、しかも、その行為にはそもそも「公共の安全」に対する危険が認められず、「その他の危険な方法により公共の安全に危害を及ぼした」とはいえない、というのである[89]。

---

[88] 游偉・謝錫美「“罪刑法定”原則如何堅守――全国首例投寄虚假炭疽恐吓郵件案定性研究」華東刑事司法評論３巻（2003年）270頁。さらに著者は、「彼は主観的に、自己の行為が不特定多数人の生命や健康の安全に危害を、または公私の財産に大損害を及ぼしえないことを知っていた」ことから、故意が認められないと論じる（同上）。

[89] このほか、労東燕（清華大学副教授）は「Ｘが郵送した対象も同罪が明文で列挙する犯罪対象と基本的な同質性を欠く」（同『罪刑法定本土化的法治叙事』（北京大学出版社、2010年）25頁）とし、同条所定の「工場……その他の公私の財産」の破壊の要件に該当しないことを指摘する。また周少華（西北政法学院学報編集）も同旨と解される（同「罪刑法定在刑事司法中的命運――由一則案例引出的法律思考」法学研究2003年２期86 ～ 87頁参照）。ただし、そもそも同条の解釈として、学説は例えば「およそ放火、出水、爆破、毒物混入の危険性に相当する危険な方法、例えば通電フェンスの勝手な設置、車を運転し人の群れに突っ込むなどの危険な方法で公共の安全に危害を及ぼす行為であれば、本罪を構成しうる」（趙秉志・前掲注（86）451 ～ 452頁〔張旭〕）と説き、それらを例示列挙として扱っているようである。とはいえ、起草当局はこれらの行為客体の侵害が同罪成立のためには不可欠であるとする（全国人大常委会法制工作委員会刑法室編著『中華人民共和国刑法釈義』（法律出版社、1997年）127 ～ 128頁参照。なお、刑法修正条項（３）１条により同条が改正され、「工

また、游偉・謝錫美は「それはせいぜい社会管理秩序に危害を及ぼす違法行為にすぎない」としつつも、行為時の各則６章「社会の管理秩序を妨害する罪」には本件行為に適用しうる罰条はないとする(90)。なお、ここでわざわざ「行為時」というのは、本判決の11日後の2001年12月29日に刑法修正条項（３）が採択され、各則６章に291条の１が新設されたことによる。すなわち、同条は「偽の爆発性、有毒有害性、放射性、伝染病病原体などの物質を投げ放ち、または爆破の脅威、生物化学の脅威、放射能の脅威などのテロ情報をねつ造し、もしくはねつ造されたテロ情報であることを知って故意に伝播し、社会秩序を著しく壊乱した者は、５年以下の有期懲役、拘役または管制に処する。重大な結果を惹起した者は、５年以上の有期懲役に処する」と定める。そして、同条はまさにＸの行為に合致する規定である。このことは、Ｘの行為が「公共の安全」を危殆化するものではなく、「社会の管理秩序を妨害する」ものであり、侵害した［犯罪客体］（保護法益に相当する）が異なること(91)を、また同条新設を要したことから、行為時にはＸの行為に対する罰条が存在していなかったことを意味している(92)と考えられる。実際、同条の立法理由として「こうした行為〔同条所定の行為〕は伝染病の伝播を実際には惹起しえず、公共の安全に危害を及ぼす面の犯罪には当たらず、公共安全危害罪の規定を適用しがたく、当時の刑法にはまた相応の規定を欠いていた」(93)ことが挙げられている。

結局、本判決は、「公共の安全」に危害を及ぼしうるような「危険な方法」でもなく、また実際に「公共の安全」を危殆化しえない、「社会の管理秩序を妨害する」Ｘの行為を、「公共の安全に危害を及ぼし、その行為は危険方法公共安全危害罪に該当〔する〕」としたことになる。そしてこうした本判決に対して、陳興良（北京大学教授）は「偽の炭疽菌を郵送する行為は客観的に公共の安全に危害を及ぼす性質を全く有しておらず、それと炭疽菌郵送行為との性質は全く異なり、類似関係すら存在せず、類推適用と呼ぶことすら十分に遠慮

場……その他の公私の財産を破壊し」という文言は削除された）。

(90) 游偉他・前掲注（88）270 ～ 272頁参照。

(91) 游偉他・前掲注（88）271 ～ 272頁参照。

(92) 周少華・前掲注（89）100頁参照。

(93) 全国人大常委会法制工作委員会刑法室編『《中華人民共和国刑法》条文説明、立法理由及相関規定』（北京大学出版社、2009年）604頁。

したものである。その後の立法の補充規定もこのことを物語っている」[94] と鋭く批判する。

それではなぜ裁判所はこうした法適用を行ったのか。まず指摘できるのは、本件のような問題について、最高人民裁判所がその立場をすでに明確に示していたことである。すなわち、本判決に先立ち、最高人民裁判所・最高人民検察院・警察省［公安部］「法によりテロ犯罪活動に厳しく打撃を加えることに関する通知」（2001年11月２日）４条３号は、「偽の炭疽、コレラなどの伝染病病原菌、ウイルスまたはその他の危険品を散布し、郵送し、投げ放ち、テロの風説を作出し、流布し、脅迫の郵便物、物品を郵送し、脅迫の電話を掛け、脅迫のビラを散布し、テロのスローガンを貼付し、またはその他の脅迫行為を実施した者は、次に掲げる状況によりそれぞれ処理する。……（３）テロの雰囲気を醸成し、大衆心理を恐怖に陥れ、公共の安全に危害を及ぼしたものは、刑法114条の規定により刑事責任を追及する」と定めていた[95]。本判決はこの通知を引用していないが、判文と同３号の文言が酷似することから、事実上、これに依拠したものと推測される。

とはいえ、だからといって、本判決が中国の実定法秩序において正当化されるわけではないと考えられる。まず、そもそも刑事立法権は全国人民代表大会および同常務委員会にしかない（憲法62条３号・67条３号参照）。最高裁ができるのは、せいぜい裁判活動における法律の具体的運用の問題に関する解釈（「法律解釈活動強化に関する決議」（1981年６月10日採択）２条、人民裁判所組織法〔当時〕33条参照）である。この場合、最高裁は「司法解釈」を制定し、それは「法律効力を有する」とされるが、本通知は形式的に司法解釈ではない（最高裁「司法解釈業務に関する若干の規定」（1997年７月１日施行）[96] ２・４・

[94] 陳興良『罪刑法定主義』（中国法制出版社、2010年）28頁。

[95] 筆者未見。引用は、張華「金某編造虚假恐怖信息案」人民司法2002年７期68頁による。なお、張波「論投放虚假危険物質罪――以案例分析為視角」北京航空航天大学学報（社会科学版）2005年１期（CNKI）62頁によれば、同号にはさらに「人員の重大な死傷、財産の大損失などの特に重大な結果を惹起し、公共の安全に危害を及ぼしたものは、刑法115条１項の規定により刑事責任を追及する」とする後段がある。

[96] なお、現行規定は最高裁「司法解釈業務に関する規定」（2007年４月１日施行）である。

９条参照)。また、筆者が知る限り本通知は――台湾の最高裁の決議や司法院文書（３参照）とは異なり――条文形式で規範を定めるだけで、何ら解釈・理由を示さない。たとえそれらを示していたとしても、本判決には表れていない(そもそも、一般人は本通知の全容には容易にアクセスできない)。結局、本判決が実際には本通知に依拠していたとしても、Ｘの行為が刑法114条に犯罪であると規定されているかは、なお未解決のままである(97)。

以上のことから、最高裁は法的性格が不明確な「通知」により、「類推適用と呼ぶことすら十分に遠慮したもの」と批判される法適用を指示し、１審裁判所はその指示に従い結論だけを示したことになる。しかし結局のところ、なぜそうした法適用が正当化されるのか、つまりＸの行為が「法律に犯罪行為であると明文規定している」かについての解釈･理由は、(特に本件のようなハードケースにおいては必要不可欠と解されるが）どこにも示されていない。このことは、刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲を超えたとしても「犯罪」を認定し、刑罰を科すことができる（少なくともそうした場合がある）と考えられていることの裏返しであると考えられる。

刑法３条があるにもかかわらず、なぜそうなるのか。この問いを解くヒントは、次の２点の指摘にある。１つは、周少華の「社会の大衆の通常の是非観念によれば、筆者の以上の〔本判決が類推解釈であるとする〕見解は非難されるであろう。何といっても、Ｘが偽の炭疽菌を郵送した行為は当然に社会秩序に危害を及ぼし、一定の社会危害性がある。しかも、９・11事件の余韻が全く冷めやらぬ状況下でこのようなことをしでかし、意図的にテロの雰囲気を醸成したのであり、……安全は全てを圧倒する最も重要なことであり、『関連部門』も当然に格別重視し、『重く速く』処罰しなければ、民憤を鎮めることはできない、平穏を保つことができないと考えるであろう」(98) とするものである。もう１つは、労東燕の「Ｘの『不幸』は、彼が偽の炭疽菌を郵送した行為自体に

(97) この点は台湾と対照的である。すなわち、台湾の決議等では条文の解釈をめぐり、各説の理由が示された上で、どの説を採るかが示されており、また、その後の判決においても、決議等の結論に同調するとしても、そこでは改めて解釈・理由が説かれる。

(98) 周少華･前掲注(89)93頁。このほか､于志剛「罪刑法定原則認識発展中的博弈」法学2010年１期20頁参照。

はなく、彼が郵送の対象を選び間違ったこと――上海市政府と東方電視台、さらには郵送の時期を誤ったことである。……〔９・11事件後１ヶ月あまり、しかも APEC 会議が上海で開催されていたため〕安全と安定が全てを圧倒する政治的任務となっている状況で、X の命運はすでに決まっており、いわゆる『法に明文規定なければ罪としない』の罪刑法定の要求がなぜそれと対抗できるのか（あるいは対抗しようとするのか）」[99] とするものである。

つまり、刑法理論上のタームを用いれば、それは社会危害性があったからであり、その実体は何かと問われれば、安全・安定・平穏確保、「民憤」鎮静、さらには宛先の選定が現体制に対して極めて挑発的であったこと、といった政治的な配慮である。そのためには、刑法３条の存在にもかかわらず、刑法の規定を踏み越えることができるのである。結局、こうした場合には、刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲を超えたとしても「犯罪」を認定し、刑罰を科すことができるし、さらには、むしろそうすべきである（「安全と安定が全てを圧倒する政治的任務」である）[100] と考えられていることになる。

６　むすび

本稿の検討を通じて、台湾にも罪刑法定主義の理念と現実との間にギャップがあることを確認できた。そして、日本・台湾・中国の罪刑法定主義の現在地は次のように整理することができる。まず、日本と台湾については、顕著な隔たりはないと考えられる（４．３参照）。そして両国では、刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲内でしか犯罪の成立を正当化できないという前提が共有されている。したがって、少なくとも形式論理的には行為を刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲内に包摂させなければならないとされる。そして、これを

---

[99] 労東燕・前掲注（89）25頁。なお、周少華も「X が賢明ではなかったところは、第１に『９・11事件』発生後の国際的天候、大衆心理および APEC 会議を上海で開催していたという種々の情勢に目を向けなかったこと、第２に『報道機関』にわざわざ累を及ぼすべきではなかったこと、何より第３に、身の程知らずも甚だしく『関係部門』を脅迫しようと企てるべきではなかったことである」（同・前掲注（89）93頁）とする。

[100] その背景について、拙著・前掲注（81）6.2、6.4、7.2、7.3参照。また、陳興良「罪刑法定司法化研究」法律科学2005年４期40頁、張明楷『刑法学（第3版）』（法律出版社、2007年）55頁など参照。

全うするために、処罰の必要があると考えられる場合には、柔軟な解釈が駆使される。

他方、中国では社会危害性ないしは政治的な配慮から刑法（３条を含めて）を踏み越えることができる（さらにはそうすべき場合もある）とされている。そうである以上、「包摂」に腐心する必要性はなくなる。結局、中国においては必要があれば文言による制約を――緩めるのではなく――乗り越えることができることになる。この――そもそも「罪刑法定」の論理と正面衝突する――点で、日本および台湾と中国との間に明確な一線を引くことができる。このことは、中国法の拠って立つ前提が、日本法および台湾法のそれとは質的に異なることを意味しよう（後述参照）。

また、台湾の罪刑法定主義の理念と現実との間にギャップを生み出す要因としては、法益保護や処罰の必要性により文言による制約を緩めていこうとする、日本に類似する思考様式があることを確認することもできたと考えられる（３.３参照）。そうすると、いわゆる日本的法文化・意識は、実は、日本にユニークなものではなく、同時に台湾的でもあるといえそうである。

さらに、そうした法文化・意識的特徴は、中国においてより濃厚に見られる（５参照）。だとすると、欧米諸国との比較から語られるいわゆる日本的法文化・意識は、近隣諸国や他地域の国との比較を通じて、真に日本的かを検証する必要があることになろう[101]。その際、隣国である西洋近代法を継受した台湾法、およびそれを峻拒したことにより「日本などでは西洋法の影響で後背ないし深層に退いた感覚が、前面・表層にも大手を振って居座ったと考えられる。以上のように考えれば、中華人民共和国の法文化は北東アジア圏法文化の生ける化石ともいえる」[102]と評される中国法は、日本法を立体的に位置づけるための重要な引照基準となるであろう。

また、中国法研究内在的な関心からは、中国法がなぜ「生ける化石」であり

---

[101] この点に関連して、鈴木賢『現代中国相続法の原理――伝統の克服と継承――』（成文堂、1992年）９～10頁参照。

[102] 鈴木賢「北東アジア法文化圏――中華人民共和国を中心として――」比較法研究60号（1998年）47頁。なお、中国法は日本法・台湾法と拠って立つ前提を異にするとはいえ、少なくともこの意味で日本法・台湾法との比較の有意義な軸となりえよう。

続けえたのか、あるいは先ほどの表現を用いれば、「中国法の拠って立つ前提が、日本法および台湾法のそれとは質的に異なる」のはなぜか、という疑問が生じる。「政治は、法の衣をまとい、法の段階構造の中で法の論理を使って自らを正当化しなければならず、その正当化が受け入れられうるものかどうかが中立的な裁判所により判断される。これが法の支配の基本構造である」[103]とすれば、それは畢竟、中国法がこれを受容していないことに帰因する相違となろう[104]。だとすると、なぜこれを受容していない（あるいは拒絶している）のか、また現行憲法の定める「法律による国家統治」［依法治国］および「社会主義法治国家」（５条１項）とは一体何か、が問題となる。そこには伝統法文化や社会主義法理論の影響が考えられることから、この問題は従来論じられてきた両者の共鳴[105]の一局面であると考えられる。そして、この問題については、同じ

---

[103] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第２版）』（有斐閣、2010年）366頁。

[104] この点に関連して、米倉明は「今、中国で資本主義的な法律を取り入れて行こうとしていますけれども、表向きはできるでしょうが、肝心要の法的形式論理がなかったら、作っても何にもなりはしない」（同「『三つの法学士』――『リーガルマインド考』――」『法学・法学教育（民法研究第８巻）』（新青出版、2000年）195頁〔初出：北海学園大学法学部三十周年記念論文集『転換期の法学・政治学』（第一法規出版、1996年）〕）と論じる。

[105] 例えば、滋賀秀三「法制史の立場から見た現代中国の刑事立法――断想的所見――」『中国法制史論集（法典と刑罰）』（創文社、2003年）347頁以下〔初出：『法学協会百周年記念論文集（第１巻）』（有斐閣、1983年）〕、鈴木・前掲注（101）304、312頁、拙稿・前掲注（83）262、264頁、同・前掲注（６）174 ～ 176頁参照。後２者は罪刑法定主義を直接の対象とする。

＊筆者は財団法人交流協会の「2009年度日台研究支援事業」の助成を受け、2010年１月６日から３月６日まで国立台湾大学法律学院に滞在し研究を遂行した。本稿は、その成果として財団法人交流協会に提出したものに、その後の研究の進展および理解の深化を踏まえた上で、日本法との比較を充実させ（特に４）、また中国の事例研究を組み込む（５）など、大幅な加筆修正を加えたものである。なお、５は科研費（若手研究（B）、21730001）の成果の一部である。

台湾滞在中、筆者の受入教員である李茂生教授および同学院の蔡明誠院長、王兆鵬副院長には、研究・生活の両面においてご配慮・ご支援いただいた。黄栄堅教授（台湾大学）、黄朝義教授（東呉大学）、林鈺雄副教授（台湾大学）には本研究、ひいては台湾刑事法に関して多くのことをご教示いただいた。李玉璽助理教授（国立虎尾科技大学）には台湾の最高裁判例・決議などの読み方を

く華人社会である台湾法を引照基準に加えることにより、より深く切り込むことができるのではないか、と考えられる。

そして、以上の問題を解きほぐすためには、個別具体的な事例や議論の考察を深め、それぞれの異同をより明確化・精緻化していく必要がある。これらは今後の課題であり、本稿はその試みの端緒にすぎない。

ご教示いただいた。また、体制転換と法研究会（北海道大学）では本研究について報告の機会をいただくとともに、参加者各位から多くのことをご教示いただいた。最後に、鈴木賢教授（北海道大学）には李茂生教授を筆頭に多くの台湾の法学者をご紹介いただくとともに、本稿の公表に際してご尽力・ご助言いただいた。ここに記して以上の方々に謝意を表したい。