



Title	規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察〔論文内容及び審査の要旨〕
Author(s)	高, 泉鼎
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第13847号
Issue Date	2020-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/77881
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Type	doctoral thesis
File Information	Kao_Chuan-ting_abstract.pdf, 論文内容の要旨



学 位 論 文 題 名

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察

学 位 論 文 内 容 の 要 旨

法定化されず、正犯の一つの類型である間接正犯は、かつては責任無能力者に対する教唆を教唆犯として処罰できない処罰の間隙のための解決策とされたが、現在の間接正犯は、通説の制限従属形式において、このような理由がなくなり、そのため間接正犯が正犯として扱われるための積極的根拠が必要である。

本稿は、この点について、罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に基づき、その処罰が基礎づけられるのは、背後者が他人を利用する行為自体が正犯行為としての不法内容を備えることにあると考える。すなわち「正犯行為＝実行行為＝利用行為」という形式を前提に、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という観点により、規範論の視点から実行行為や正犯概念を考察し、間接正犯の成立要件や範囲及び存在の実益を日台比較法的に検討する。

このように、上記提起した論点を踏まえ、第2章では、通説の実行行為概念を維持する立場に立ち、罪刑法定主義の要請に基づき、実行行為概念の形式的な定義が必要であると考え、その内容は実質的な危険を備える構成要件該当的行為と理解する。そこで、規範論の観点から実行行為概念及びそれがはらむ危険性を検討する。今日までの不法概念と規範論の発展によれば、不法の構造における結果無価値の重要性が相対的に減少し、行為無価値が不法の中核となっている。そうすると、行為規範侵害を過度に強調することになり、刑法の法益保護機能に合致し得ないと思われるため、行為規範の妥当性は法益侵害結果発生の可能性に限界付けられるべきであり、結果無価値は刑事政策又は制裁規範における問題のみ尽きるものではない。本稿は、刑事不法は、結果無価値のみならず、行為無価値の観点も考慮するという複眼的立場から構築すべきであると考え、実行行為概念を再考しようとするものである。個別の事案において、

実行行為の特定は、まず行為を構成要件該当性の判断に先ずる要素として捉え、因果的行為論を通じて刑法的な判断の対象を選別する。次に、構成要件該当性の判断対象としての実行行為は、構成要件の定型的な制限を受けており、且つ社会の一般人の観点から法益侵害結果の発生を現実化し得る事実的危険性を有している一方、法益に実害を与え得る規範的な危険性も持っているとして理解し、このような規範的危険性は、規範の予想する法益侵害発生の危険性において、行為者自身の行為による外界の変動が客観的に予測できる範囲内に限られると解される。よって、実行行為性の判断は、事前的な観点により、①構成要件行為の定型性と、②事実的危険性を有することと、③事後判断により規範的危険性を確認すること、という3つの要素で行う。そして「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という形に帰結し得る。最後に、この視点から共犯概念及び判例を検討するとする。

第3章では、間接正犯が正犯として扱われる積極的根拠について、「正犯行為＝実行行為＝利用行為」という立場に立ち、個別の事例における間接正犯の正犯性の判断は「実行行為性」を中心に求められても、他の補助的な論点が不可欠であると考ええる。そこで、道具理論の再理解を通じて、間接正犯の利用行為、すなわち実行行為は、背後者が被利用者を道具化する、又は被利用者の道具的な状態を利用することが必要であり、且つその道具化行為或いは道具的な状態の利用行為は、被利用者の意思自由が判断不能まで抑圧される程度、若しくは著しく選択し難いまで抑圧されることで足り、間接正犯の成立範囲が制限されるべきであるという帰結に至った。また、間接正犯の成立は、構成要件の定型に制限されている一方、「過失行為の利用」や「情を知る第三者の利用」など被利用者の行為が犯罪を成立し、且つ背後者が狭義の共犯となれなかった場合で、間接正犯の成立が制限されるかどうかについて、さらに検討する。

第4章では、台湾の刑法典における共犯規定の沿革を中心に、歴年の実務的見解を分析し、台湾法における正犯概念及びその変遷を考察する。「実施」と「実行」という用語について、1912年暫行新刑律以来の「実施」概念、1928年旧刑法以来の「実施」と「実行」両概念の併用、2005年刑法の「実行」への用語統一と揺れ動き、この変遷から、犯罪構成要件たる行為を行った者が正犯であるとしても、共同犯罪の意思を有していた多数の行為者の場合には、2005年刑法第28条共同正犯の規定を通じて構成要件以外の行為を行った者も正犯とされる。このようになった理由は、1912年暫行新刑律と1928年旧刑法の客観主義から1935年刑法の主観主義傾向への立法思想の変化により、正犯の成立は単に形式客観説を重視する観点から行為者の主観の意思及び客観の行為を共に重視する観点へ変わってきたというものである。そうすると、1935年刑法時代から裁判実務の通説になった「主観客観択一説」は、2005年刑法においても正犯の判断基準として使われており、共謀共同正犯の処罰も認めることが当然であり、第28条共同正犯の規定の改正理由か

らもこの思想が見える。よって、台湾刑法において、共謀共同正犯の他に、犯罪構成要件たる行為を行った者という実行行為者が正犯であるという帰結に至った。

第5章では、前章の分析結果の延長線上で、台湾法における間接正犯概念及びその変遷を考察する。ここで、「正犯＝実行行為者」を前提とし、間接正犯が正犯となる積極的根拠は利用行為が実行行為性を有することにあると理解するが、日本法と同様に、間接正犯概念に関する争いも存在している。かつての実務的見解は「意思が抑圧された者の利用」の他、「情を知らない者の利用」及び「責任無能力者の利用」を間接正犯の一つの類型として捉えている。しかし、2005年刑法総則の改正後、共犯立法は明確に制限従属形式を採り、間接正犯が正犯として扱われる根拠は責任の欠如以外の理由に求めなければならないことになった。2005年刑法によれば、間接正犯は実行行為者とされており、被利用者がただ責任能力の欠如であるという理由だけで根拠づけることは、現行法の立場に合致せず、他方、かつての責任条件としての故意概念が現在の「二重の作用」を有する故意概念へとの変遷したことにより、現在の裁判実務にとって、間接正犯はほぼ「情を知らない者の利用」の場合でしか成立しないのであり、「責任無能力者の利用」或いは「責任欠如者の利用」が副次的な意味しか持たなくなった。さらに、実務的見解の「主観客観択一説」及び現行第28条の共同正犯と第31条の身分犯の共犯の規定によれば、間接正犯の成立範囲が拡張され、共謀共同間接正犯及び真正身分なき間接正犯も成立できると解される。

第6章では、本稿の考察結果及び比較法的な観察を概要的に説明し、「間接正犯の着手」や「間接正犯の錯誤」や「正犯の背後の正犯」を将来の課題と取り上げ、最後には本稿の冒頭の「間接正犯の処罰の明文化」という問題に戻り、明文化することが求められるが、解釈論としても、判例理論と学説の蓄積により、間接正犯の成立範囲が制限されるべきであると主張する。