



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_review.pdf, 審査の要旨



学位論文審査の要旨

博士の専攻分野の名称 博士（法学） 氏 名 高 泉 鼎

審査担当者	主 査	教 授	小名木 明 宏
	副 査	教 授	城 下 裕 二
	副 査	准教授	佐 藤 陽 子

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察

概要

本論文は、間接正犯の正犯性の根拠づけについて、罪刑法定主義の要請、およ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りと見え、「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。

第1章の問題提起に続いて、第2章では、実行行為概念に関する学説を概観し、通説の実行行為概念を維持しながら、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見え、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。そして、規範論の観点から実行行為概念、およびそれがはらむ危険性を検討し、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、②事実的危险性を有すること、③事後判断により規範的危险性を確認すること、という3つの要素で行い、「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、これまでの学説を概観し、「正犯行為＝実行行為＝利用行為」という立場に立ち、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、被利用者の意思の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程度まで抑圧されることで足り、間接正犯の成立範囲は制限されるべきであるという帰結に至る。

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。とくに「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を検証し、その理由は、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的客観を重視する観点から行為者の主観の意思及び客観的行為を共に重視する観点へ変わってきたと解明する。

第5章では、前章の分析結果に続き、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と見え、1912年暫行新刑律時代から2005年刑法時代まで、多くの見解は「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たが、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り、現在の間接正犯は裁判実務において「情を知らない者の利用」の事例においてのみ認められることになったと説明している。

第6章では、本稿の考察結果及び比較法的な観察を概略的に説明し、「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、「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。

評価

本論文は、正犯とは何かという根本問題に立ち返って、間接正犯の意義を問い直すものであり、しかも、理論的な分析という横軸と、歴史的な観点という縦軸とを絡めながら検討したもので、多角的な分析がなされるという特徴を持っている。しかも、台湾における判例の持つ意義及び公式解釈の意義も絡めた点で、これまでにない成果を示している。具体的には、最高法院決議や司法院印字解釈である。

まず、正犯概念について高氏は、規範論の観点から刑事不法の枠組みを分析し、「刑法規範における定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という概念から正犯と実行行為をあらためて考察している。そしてこれに基づいて、間接正犯の成立要件、範囲を日本と台湾を比較、検討しており、原則論に立ち返っての議論を行っている。このことは論文のタイトルにも現れており、単なる間接正犯の解釈論にとどまらない正犯・共犯論全体へ通じるダイナミックさがうかがわれる。

歴史的なパートは、1912年暫行新刑律時代、1928年中華民国刑法（旧刑法）時代、1935年中華民国刑法時代、そして2005年の現行総則規定と時代を追って、正犯の一種類である間接正犯をどのように理解すべきかについて正犯概念とその変遷を考察している。

従来の台湾と日本の比較研究としては、黃士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究」（法協134.9）があり、日本、ドイツ、台湾での議論を検討したものがあったが、共謀共同正犯をテーマとしたものであった。これに対して高氏の論文は、間接正犯を取り扱ったものであり、前記黃氏の論文が扱わなかった正犯・共犯論におけるカウンターパートを形成するもので、台湾と日本の両国の刑法の議論に貢献できるものであると考える。

他方で、本論文は台湾と日本の比較法であって、その他の国の法制度は考慮されていない。とくに、正犯概念をめぐる議論におけるドイツ法の影響は、両国の法制度並びに解釈理論に大きな影響を与えているにもかかわらず、本人の語学力のためであって、十分に探索されていない。台湾においても、ドイツ刑法が比較法の研究対象として、非常に重視されている現状に鑑みると、できれば、台湾、日本、ドイツと3か国の比較、とりわけ、台湾でのドイツ解釈と日本でのドイツ解釈の違いを示すことができれば、さらにより研究成果となったであろう。また、論文中で使用される「規範」と「定型性」という言葉の曖昧さ、実行行為概念が逆に広がりすぎる危険性なども指摘された。特に高氏の主張である「正犯行為＝実行行為＝定型的行為」という理解に立つと、本来、間接正犯は「正犯」足り得ないはずで、これを規範論として修正しようとするが、この点は審査員からも批判が出た。これらの点については高氏の今後の研究課題として研究継続を期待したい。

以上のような次第で、審査委員全員一致により、高氏の「規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察」は博士号を授与するにふさわしいとして、合格と判断した。