



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
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
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k13847
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/77882
Type	doctoral thesis
File Information	Kao_Chuan-ting.pdf



学位申請論文

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察

高 泉鼎

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察

目次

第一章 序論	1
第一節 研究の目的	2
第一項 問題の提起	2
第一款 行為支配論の観点から理解する正犯概念への問題	2
第二款 実行行為概念の理解を通じた正犯概念への問題	3
第三款 実行行為概念による共犯概念の構築への問題	4
第二項 本稿の課題	4
第二節 研究の方法	5
第一項 研究の範囲	5
第二項 規範論からの観察	6
第一款 結果無価値と行為無価値の調和	6
第二款 共犯論における展開	7
第三項 比較法的な分析	8
第一款 歴史的な背景	8
第二款 考察の対象としての実務的見解	9
第三節 本稿の位置付け及び展望	14
第二章 正犯論における実行行為概念	15
第一節 従来の実行行為概念とその問題の所在	15
第一項 実行行為概念の概観	15
第一款 いわゆる実行行為概念の由来	15
第二款 定型説	17
第三款 法益侵害の危険性の考え方	19
第四款 社会的相当性の考え方	23
第五款 行為者の犯罪最終的実現意思の考え方	25
第二項 実行行為概念の問題及びアプローチ	26

第一款 問題の所在	26
第二款 実行行為概念へのアプローチ	28
第二節 不法概念の変遷とその概要	29
第一項 主観的違法論と客観的違法論	29
第二項 人的不法論	31
第三項 結果無価値の体系的地位	32
第一款 行為無価値一元論の考え方	33
第二款 行為規範・制裁規範の考え方	34
第四項 行為無価値の再定位	38
第三節 実行行為概念への再考	40
第一項 刑法的評価の要素の一部としての行為	40
第二項 実行行為性の判断	41
第三項 共犯と実行行為概念	43
第四項 判例の検討	44
第一款 砂吸引事件	44
第二款 クロロホルム事件	45
第三款 ベランダ転落死事件	46
第四款 被害者利用殺人事件	47
第四節 小括	48
第三章 間接正犯の構造	50
第一節 従来の議論の状況	50
第一項 判例の状況	50
第一款 処罰の隙間を埋めるための間接正犯	50
第二款 意思抑圧の事情を実質的に判断	51
第三款 限縮的正犯概念と制限従属性説の通説化の影響	53
第四款 形式的判断から実質的判断へ	54
第二項 学説の状況	55
第一款 学説の状況の概要	55
第二款 補助的な判断基準による間接正犯の正犯性	56
第二節 自説の構成	57
第一項 間接正犯の正犯性は利用行為にある	57
第二項 道具理論による再考	57
第三項 判例の再検討	58

第一款 刑事未成年者の利用の事例	58
第二款 錯誤に陥った者の利用の事例：誤信による間接正犯	60
第三款 被害者の利用の事例：意思抑圧による間接正犯	62
第四款 適法行為の利用の事例	64
第五款 利用行為後の介入の事例	65
第三節 間接正犯の成立限界	66
第一項 定型性の制限	66
第一款 自手犯	66
第二款 身分犯	67
第三款 教唆犯	69
第二項 犯罪行為の利用の事例	70
第一款 過失行為の利用	70
第二款 情を知る第三者の利用：故意ある幫助道具	71
第四節 小括	72
第四章 台湾法における正犯概念	74
第一節 台湾の刑法典における共犯規定の沿革	74
第一項 1912 年中華民國暫行新刑律（1912 年-1928 年）	74
第一款 制定の経緯	74
第二款 共犯の規定	75
第二項 1928 年中華民國旧刑法（1928 年-1935 年）	76
第一款 制定の経緯	76
第二款 共犯の規定	77
第三項 1935 年中華民國刑法	78
第一款 制定の経緯	78
第二款 共犯の規定	78
第四項 2005 年改正後の中華民國刑法	79
第一款 改正の経緯	79
第二款 共犯の規定	80
第二節 歴年の実務的見解の状況	81
第一項 実行行為概念	81
第一款 実務的見解の概要	81
第二款 分析	83
第二項 正犯概念	87

第一款 実務的見解の概要	87
第二款 分析	91
第三節 小括.....	94
第五章 台湾法における間接正犯概念	96
第一節 実務的見解の概要.....	96
第一項 判例と判決	96
第一款 中華民國大理院時代	96
第二款 中華民國最高法院時代	98
第三款 台湾最高法院時代	100
第二項 最高法院決議	103
第三項 司法院院（解）字解釈	104
第一款 責任無能力者の利用	104
第二款 身分犯との関係	105
第四項 参考の価値のある裁判	106
第一款 最高法院参考の価値のある裁判	106
第二款 高等法院及び所属法院参考の価値のある裁判	106
第二節 分析.....	107
第一項 歴史的な考察	107
第一款 1912 年中華民國暫行新刑律時代	107
第二款 1928 年中華民國旧刑法時代.....	108
第三款 1935 年中華民國刑法時代.....	109
第四款 2005 年中華民國刑法時代.....	113
第二項 児童及び少年に関連する法律の規定に対する理解	114
第三項 自手犯と身分犯の制限	114
第三節 2005 年中華民國刑法における実務的見解に対する検討	116
第一項 理論の変遷	116
第一款 責任無能力者の利用	116
第二款 情を知らない者の利用	117
第二項 私見による検討	118
第四節 小括.....	120
第六章 結論	122
第一節 自説の展開.....	122
第一項 間接正犯における実行行為性について	122

第二項 台湾法の考察について	123
第三項 比較法的な観察	124
第二節 将来の課題.....	125
第一項 間接正犯の着手	125
第二項 間接正犯の錯誤	126
第三項 正犯の背後の正犯	126
第三節 終わりに.....	127
引用文献一覧	128

第一章 序論

複数の行為者が犯罪の遂行に関与するのは共犯現象というものである¹。刑法における共犯現象の規定については、二人以上共同して犯罪を実行するという共同正犯（第 60 条）、人を教唆して犯罪を実行させるという教唆犯（第 61 条）、および正犯を幫助するという従犯（第 62 条）の 3 つの類型に分かれている。しかしながら、従来共犯論は刑法における「暗黒の章」又は「犯罪論の試金石」と呼ばれ²、決して法文のように明確に説明しうるものではなく、共犯論をめぐる争いは現在でも続いていると言える。そのため、罪刑法定主義の要請及び個人権利の保障に基づき、共犯現象の概念は明確にされなければならないことであり、このような問題の根本は、「正犯は何か」という問題点すなわち正犯概念の解明にあると言える。

ところで、刑法各則の定める単独正犯と総則の定める共同正犯のほか、明文化されていない間接正犯も正犯の一つの類型とされ、その存在と処罰の合法性は実務と学説によって認められている。しかしながら、前述のように、罪刑法定主義の要請及び個人権利の保障に応じて正犯概念を解明するのは共犯現象に関する問題の根本であり、間接正犯が明文化されていない限り、その違憲の恐れは避けられないという批判は容易に予想される。また、実務と学説のように間接正犯を認める前提に立つならば、その成立要件と範囲及び存在実益はさらに明確に説明されなければならない。なお、間接正犯の成立と処罰を制限的に認める、或いはそもそも認めない、他人を道具にして犯罪を遂行するということを、現行刑法においてどのように位置付けるのか、という問題もある。

一方、現在台湾において施行されている中華民国刑法は、日本とドイツの刑法理論に深く影響されていたため、同様に共犯論をめぐる様々な争議が起っており、多くの実務的見解と学説が法解釈を通じて共犯現象の類型や成立要件などを明確にしようとしたが、むしろ新たな争いを引き起こすことになった。この点からすれば、正犯概念と間接正犯については、比較法的な観点で考察する価値がある。

したがって、正犯の一種である間接正犯をどのような視座から理解すべきのか、ということが本稿の研究重点である。

¹ 山口厚『刑法総論』（有斐閣、2016 年第 3 版）305 頁。

² 西田典之「はしがき」『共犯理論の展開』（成文堂、2010 年）1 頁。

第一節 研究の目的

正犯の一種としての間接正犯を議論する前に、「正犯は何か」という問題すなわち正犯概念の解明をしなければならないので、本稿は行為支配論と実行行為概念から問題を提起しておきたい。

第一項 問題の提起

第一款 行為支配論の観点から理解する正犯概念への問題

正犯概念に関する見解について、主観的正犯論は、関与者のうち正犯の意思によって関与した者を正犯、従犯の意思によって関与した者を正犯とする見解である。これに対して、客観的共犯論は、因果的な寄与度あるいは形式的な構成要件該当行為の有無という行為の外型を基準として正犯と共犯を区別する。しかし、主観的正犯論は、教唆犯の概念を説明し難く、正犯の意思も明確化することができないので、現在では支持されていない。その一方、制限的正犯概念を前提とする客観的共犯論は、間接正犯を包摂できないという難点があったので、それを克服しようとした実質的共犯論は、客観的世界においても条件の間に差異があり、原因になる行為をした者が正犯、単なる条件に過ぎない行為をした者が共犯と考える³。そして、現在ドイツの通説とされる行為支配論は、かつてのドイツ判例の主流であった主観的正犯論に、正犯となるための客観的な行為を加えた折衷的見解であり、構成要件該当行為を自ら行う者はいかなる場合にも正犯であるという行為支配、優越的意思によって事象を支配しているという意思の支配、および実行段階における分業的共働により構成要件実現に際して犯罪計画の実現のために本質的機能を果たすという機能的行為支配の3つを正犯の根拠として主張している⁴。

³ 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、2018年第5版補訂版）263-264頁を参照。

⁴ ドイツにおいて、行為支配論は、まず目的的行为と目的制力を基盤として把握するウェルツェル（Hans Welzel）の「目的的行为支配」が登場し、その後ウェルツェルと同様の基本認識から出発して要件論としてはより客観的な色彩を有するマウラッハ（Reinhart Maurach）の「客観的行为支配」、及び目的的行为としての行為の意味を対象として、評価的考察と相当性思考に基いて正犯性を判断するガラス（Wilhelm Gallas）の「価値関係的行为支配」などの見地が発展し、そして現在行為支配論の展開過程における基盤を作るのはロクシン（Claus Roxin）の研究である。ドイツの行為支配論の諸相と発展について、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000年）6頁以下を参照。また、ロクシンの見解について、クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）『ロクシン刑法総論第2巻[犯罪の特別現象形態][翻訳第1分冊]』（信山社、2011年）24頁以下も参照。

しかし、このような主観的共犯論に正犯となるための客観的な行為を加えた折衷的見解⁵は、主観的な正犯の意思及び客観的な正犯の行為についてどう判断するのかという疑いが残ると思われる。結局、行為支配を有するかどうかは、具体的な事案によって説明・補足するしかないだろう。また、不明確な概念自体は、罪刑法定主義の違反や国家権力の恣意などの恐れを生じ、正犯の成立範囲の肥大化も懸念されると言えよう。それ故、行為支配が内包するその内容の不明確性を考え、本稿は行為支配論の視座から離れて正犯概念を考察していきたい。

第二款 実行行為概念の理解を通じた正犯概念への問題

一方、犯罪構成要件理論を確立し、行為は犯罪の成立の中核であるとする客観主義的刑法理論の観点によれば、構成要件に該当する現実の行為を実行行為とし、刑法第 60 条の「共同して実行した」ことにより正犯と共犯を区別できるとする⁶。よって、「正犯は何か」という問題に対し、「正犯＝実行行為者」という観点から分析すると明確な正犯概念を得るかもしれない。しかし、このような考え方の下で正犯概念を解明するには、必ず先に実行行為概念を説明しなければならない。

従来の実行行為概念については、この概念が導入されて以来、「構成要件に該当する行為」が実行行為概念として定義され、通説として定着するに至っている⁷。その後の発展として、「実行行為＝構成要件該当行為」の考え方を承継し行為概念により実行行為をさらに特定する見解、刑法の機能的な側面すなわち結果無価値の観点に基づき危険性の有無によって実行行為を特定する見解、行為無価値の観点に基づき社会的相当性によって実行行為を特定する見解、或いは行為者の意向によって実行行為を特定する見解など、実行行為概念をさらに再定義しようとする一方、実行行為概念不要という見解もある⁸。いずれにせよ、各々学説においては実行行為概念自体の不明確さを露呈し、各々のアプローチを通じて具体化しようとしても、むしろ他の場面で争いが生じることになった。よって、実行行為概念の不明確さが解決されないという背景の下で、「正犯＝実行行為者」という連結が必然的に存在することを疑う見解も生じることになった⁹。

⁵ 松宮・前掲注（3）263 頁。

⁶ 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953 年）195 頁以下を参照。

⁷ 小野清一郎・前掲注（6）195 頁以下を参照。

⁸ 実行行為概念に関する諸学説について、第二章第一節第一項を参照。

⁹ 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣、1981 年）127 頁以下を参照。

第三款 実行行為概念による共犯概念の構築への問題

仮に、実行行為概念を通じて正犯概念を確立すれば、多数人が犯罪に関与する場合には、正犯以外の関与者はどのようにして認定するのかについては、おそらく共犯処罰の根拠の観点から議論しなければならないことになる。現在の通説である惹起説によれば、共犯は正犯の行為を通じて法益侵害を間接的に惹起すると解するので、共犯概念についても正犯概念と同じく実行行為概念の観点から解明しなければならない。しかしながら、実行行為概念を通じて共犯行為を理解すれば、「共犯行為の実行行為性は何か」という問題が生み出されることになる。例えば、共同正犯の場合において、刑法第 60 条の規定にはすでに「共同実行」と規定されているが、「共同実行」の意味に関しては「行為共同説」と「犯罪共同説」の争い¹⁰がある。狭義の共犯について、刑法第 61 条と第 62 条の規定により、教唆犯と従犯の成立には正犯の存在を前提として認められるので、狭義の共犯行為の実行行為性と正犯の実行行為性はどのように認定するのか、両者の境界線はどこにあるのか、という問題がある。さらに、判例と学説はともに共謀共同正犯を承認するため、「共謀」の認定においても共同正犯と教唆犯の区別を曖昧にしている。

第二項 本稿の課題

正犯概念を論ずる重要性は、正犯の範囲を画定することにより、共犯と区別し、刑法規定の適用及び量刑の問題を解決するという点にある¹¹。また、正犯概念をさらに具体化しなければ、その曖昧な概念自体が罪刑法定主義の要請や国家権力の恣意的行使に対するコントロールなどに反し、かつ市民も刑法規範に従うことができず行為規範としての刑法の法規範的な効力が弱体化することになる。一方、共犯現象において正犯とされない他の行為者に対し、どのような場合において罪刑法定主義に合致するかたちで共犯が認められるのが妥当かという問題も解決されるべきである¹²。

以上の立論から間接正犯を観察すれば、正犯の一種としての間接正犯は、他人を利用して犯罪を実現したが、総則の共犯規定によらずに、各則の規定に基づいて正犯として処罰するというも

¹⁰ 「行為共同説」と「犯罪共同説」について、山口・前掲注（1）301 頁以下などを参照。

¹¹ 例えば、現行中華民国刑法第 29 条第 2 項教唆犯の処罰は「その教唆する罪によって処罰する」、第 30 条幫助犯の処罰は「正犯の刑を減輕することができる」と規定されたので、罪名及び量刑は正犯がいなかによって影響されるかもしれない。

¹² 例えば、最三小決平成 23 年 12 月 19 日刑集 65 卷 9 号 1380 頁（Winny 事件）のような中立的な行為が幫助犯の成立かどうか及びその可罰性。

のであり、その処罰の基礎は処罰の隙間を補充することではなく「一次的責任」としての正犯性に位置づけられる¹³。よって、このような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有する場合で、罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に応じることができ、その者は間接正犯となりうると言える。ここで、本稿の考察していきたい主要な課題としては2つがある。第一に、正犯概念について、刑法は行為規範として行為の禁止・命令を示すことによって一般市民の社会生活の行為に指針を与える機能があると考え¹⁴、ここで正犯の範囲を画定するのは規範論の視点から分析しつつ、実行行為概念を説明・補足する。第二に、間接正犯について、直接正犯と同一視されうる根拠は、同様な不法内容のある実行行為を行うことにあるので、背後者の利用行為を実行行為すなわち正犯行為として特定し、利用行為の不法内容を分析することにより間接正犯概念は明確に説明される。

したがって、本稿は「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という観点を通じて正犯概念と実行行為を考察しつつ、間接正犯の成立要件と範囲及びその存在意義を日台比較法的に検討していきたい。

第二節 研究の方法

以下は本稿の研究方法を要約的に示す。

第一項 研究の範囲

本稿の議論の重点は、間接正犯とその実行行為性を比較法的な視座で検討することにある。しかしながら、前述のように、罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に応じて正犯概念を解明するのは共犯現象に関する問題の根本であり、間接正犯が明文化されていないために、その違憲の恐れが避けられないという批判がまず容易に予想される。また、実務と学説のように間接正犯を認めることを前提とすれば、その成立要件と範囲及び存在実益はさらに明確に説明されなければならない。一方、間接正犯の成立と処罰を制限的に認めるあるいは認めない場合に、他人を道具にして犯罪を遂行することが、現行刑法においてどのように位置付けられるのか、という問題もある。

¹³ 松生光正「間接正犯」『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、2014年第7版）150頁。

¹⁴ 山中敬一『犯罪論の機能と構造』（成文堂、2010年）81頁。

ところで、このような間接正犯に関する批判は台湾においても存在している。なぜなら、これまでの台湾の裁判例から観察すれば、責任無能力者の利用や故意なき者の利用は間接正犯の一種類として長らくの最高法院（日本の最高裁判所に相当）において認められている¹⁵ため、間接正犯と教唆犯との区別が「犯罪の決心の引き起こし」の有無にかかっている一方、共犯処罰の根拠の点において当時の学説はどの立場で立論したかについてさらに分析することが必要だと思われる。また 2005 年中華民国刑法総則改正において、第 4 章の章名「共犯」を「正犯と共犯」に改正したが、第 28 条の規定の内容については、1990 年の改正草案¹⁶に従わず、間接正犯の規定を明文化しなかった。また、その改正理由によれば、「正犯は直接的な実行行為者（直接正犯、間接正犯、共同正犯）」であると示し、間接正犯の概念を実行行為により理解しうるが、さらに間接正犯における「直接的な実行行為」とは何かという問題もある。

したがって、本稿は実行行為概念を中心に正犯概念を考えることにより、間接正犯に関する日台の判例と学説を歴史的視座から比較法的に分析・説明していきたい。

第二項 規範論からの観察

第一款 結果無価値と行為無価値の調和

かつての主観的違法論と客観的違法論との論争から、目的的行為論の人的不法論を経て、行為規範・制裁規範の考え方が登場するまでの不法概念及び規範論の発展によれば、不法の構造において、行為無価値がその中核となり、結果無価値の重要性が相対的に弱体化されることになった。しかしながら、刑事不法において行為規範侵害を過度に強調すれば、刑事不法の判断は、利益侵害の実現の有無から行為規範の符合の有無へと変わり、可罰性の根拠も法益侵害の現実的な発生から行為者の主観的な悪性又は客観的な規範への不服従となる。それでは、法益保護機能を有する刑法が単なる行為を統制する規範とされ、且つ刑法の介入時期が早期化しすぎ、刑法の謙抑性・補充性に合致することができないと思われる。このような考え方によれば、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ではないことである。また、不法に関する評価客体には、自己が統制できる身体行動だけではなく、客観的に予期できる範囲内における行為者自身によってもたらした外

¹⁵ 例えば、大理院 4（1915）年上字 606 号判例、最高法院 28（1939）年上字第 3744 号判例、最高法院 43（1954）年台上字 295 判決など。

¹⁶ 1990 年版中華民国刑法改正草案第 28 条第 1 項：「犯罪行為の実施者を自任する者は、正犯とする。正犯以外の他人を利用することによって実施する者は、同様とする。」

在の世界の結果も含まれることとなる。そうすると、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。

前述のように、刑法は法益保護のため事前的に特定の行為態様を法定化し、名宛人である一般市民を規制する行為規範であり、このような法定の行為態様は法益侵害結果発生の可能性に限界付けられ、一般市民にとってそれが予見可能又は遵守可能の規制である。すなわち、刑法における各構成要件は、行為規範として一般市民の社会生活の行為に指針を与える機能を持ちつつ、且つ法益侵害結果発生の可能性に制限されることになる。もし刑法規範の内容は法益侵害結果発生の可能性から離れば、一般市民がそれを予見・遵守することを期待し難く、罪刑法定主義の要請及び個人権利の保障に応じられるとは言えない。よって、本稿は「正犯＝実行行為者」を前提に、構成要件該当性の判断要素の一部としての実行行為を「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という概念で判断する。

第二款 共犯論における展開

以上の論点を踏まえ、さらに「共犯行為」、「共犯処罰の根拠」、「共犯の従属性」という伝統的な争いについて要約して展開してみよう。

まず、結果無価値を中核として、行為無価値を加味する正犯概念は「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という基準を通じて判断するため、このような行為だけが共犯現象において正犯の実行行為となり、「二次的責任」¹⁷の類型としての共犯の判断についても同じ基準で行うとするが、検討すべきところは共犯がどのような行為で正犯に働きかける、または助力を与えることにより間接的に法益侵害を実現しうるかということである。次には共犯の処罰根拠については、因果的共犯論こそが刑法の謙抑性を強調し、刑法の任務は法益の保護にあるとする立場から見ると、結果無価値の概念に合致すると言える。また、共犯の本質は、各則の構成要件に含まれた禁止・命令を共犯者が個人で侵害する点にあるのではなく、むしろ個人では侵害しえない点にあり、共犯規定は、各則の構成要件と結びついてその適用範囲を拡張するので、共犯は当然に他人が各則の構成要件に含まれた禁止・命令を侵害することを前提としている¹⁸。そのため、共犯は正犯に従属することになり、共犯の不法内容も正犯行為の不法内容によって定まるので、正

¹⁷ ここでの「二次的責任」とは法益侵害惹起の態様および責任追及という視点から観察するものである。すなわち直接的な法益侵害の惹起としての正犯は「一次的責任」であることに対して、正犯を通じて間接的に法益侵害を惹起するとしての共犯は「二次的責任」というものである。詳しい説明は、山口・前掲注(1) 307 頁以下を参照。

¹⁸ 大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981 年）147 頁。

犯行為に対して構成要件該当性と違法性を要求する混合惹起説かつ要素従属説を採用すべきである¹⁹。

第三項 比較法的な分析

第一款 歴史的な背景

1912 年中華民国暫行新刑律時代と 1928 年中華民国旧刑法時代が経ち、1935 年中華民国刑法は、当時の日本刑法理論の影響を受けており、客観主義刑法理論を基礎づける刑事立法であったが、教唆の未遂を処罰する主観主義刑法理論の跡も見つけられた²⁰。しかしながら、2005 年刑法総則改正においては、客観的犯罪行為の処罰を重視することを明示し、行為者の社会的危険性の徴表に対する処罰である共犯独立説を理論根拠とする教唆の未遂に関する処罰規定が削除されたことにより、主観的共犯論を脱脚し、全面的に客観的共犯論を採用することになりそうだったが、第 28 条共同正犯の改正理由により依然として共謀共同正犯への処罰を認める²¹。ところで、中華民国刑法の立法経過と法改正を見れば、日台両国の刑法の立法モデルと法理論はかなり類似していた。その一方、歴史的な視座で観察すると、中華民国大理院時代（1906 年-1927 年）²²と

¹⁹ 山口・前掲注（1）314 頁以下を参照。

²⁰ 1935 年中華民国刑法第 29 条第 3 項：「被教唆者が犯罪に至らざると雖も、教唆犯は仍ほ未遂犯を以て論ずる。但し教唆した罪に未遂犯を処罰する規定がある場合に限る。」

²¹ 台湾での共謀共同正犯の代表的な肯定見解は 1965 年の司法院大法官會議積字第 109 号解釈である。本稿第四章第二節第一項第一款を参照。

²² 1906 年に清国は「大理院審判編製法」を公布し、翌年に大理院官制が正式に施行され、大理院が清国における最上位裁判所と規定され、総検察庁があわせて設置され、それは最高法院の前身となった。1911 年辛亥革命が勃発して中華民国が成立したが、社会はまだ混乱状態であったため、清国の大理院制度を踏襲し、1912 年 2 月 10 日北京で大理院が成立され、当時の最上位裁判所であり、上告審の審理及び法令の統一解釈の権限を有していた。大理院の設置の経過について、黄源盛『民初大理院與裁判』（元照、2011 年）41-48 頁を参照。

中華民國最高法院時代（1928 年-1949 年）²³と台湾最高法院時代（1949 年-）²⁴を経て、各自の時期に裁判官と学者の見解が食い違い、また裁判官と学者自身の経歴によって考え方が変わっており、特に留学経験の有無及び留学国の違いにより法律に対する解釈と法律の適用に影響を与えた²⁵。

第二款 考察の対象としての実務的見解

一、台湾の実務的見解の類型

（一）司法院大法官會議解釋（釈字解釋）

現在台湾の憲法解釈は司法院大法官審理案件法に依拠し、司法院大法官會議を通じて「解釋文」という形式で憲法解釈を作成する。その中の、違憲法令審査制度は、法令が憲法に違反するか否か、及びその前提である憲法規定と憲法上の原則の意味を釈義するについて、抽象的審査制で法令の合憲性を審査するものである。また、法令統一解釋制度は、憲法機關である五院（行政、立法、司法、考試、監察）間又は隸屬關係のない機關の間において同一の法令の意味や適用の仕方等に関する見解が異なる場合に、その法令の意味等に関する統一見解を示す解釋である。そして、大法官解釋の効力について、同院の 1984 年の釈字第 185 号解釋によれば、人民及び各機關に対して法的拘束力を有することが判示された。すなわち違憲審査としての解釋は憲法との

²³ 1927 年に国民政府が首都を南京に定めた際、翌年大理院を最高法院と改変し、同年 10 月 17 日南京で最高法院が成立し、10 月 25 日「国民政府最高法院組織法」を制定し、最高法院を中華民國における最上位裁判所と定め、11 月 5 日南京最高法院は訴訟業務を正式に受けてから、北京最高法院の訴訟業務が終え、ここまでに大理院が終止符を打て、最高法院が正式に成立した。最高法院の設置の経過について、黄源盛・前掲注（22）41-48 頁を参照。

²⁴ 1949 年 3 月、司法院の移転に伴い中国広州に移った。同年 8 月に国民政府が台湾に移転を伴い、台湾台北市重慶南路の司法大廈内に移転する。1992 年 3 月 23 日、現在地の台北市長沙街に移転した。

²⁵ 例えば、因果關係の認定について、判例と学説の通説は相當的因果關係であるが、近來ドイツから留学した学者が客觀的帰屬論を導入し、客觀的帰屬論を通じて因果關係を判断した判決もあった。相當的因果關係の代表的な判例は最高法院 76（1987）年度台上字第 192 号判例、客觀的帰屬論の判例は最高法院 102（2013）年度台上字第 310 号判決など。

同じ効力を持ち、法令の統一見解としての解釈は法律と同じ効力を持つ²⁶。よって、解釈の拘束力及び論理の変遷に基づき、釈字解釈は考察対象とする必要があると思われる。

（二）判例と判決

台湾では「判例」と「判決」は厳格に区別されている。「判決」は単なる個々の事例における裁判官の法的判断であるが、「判例」とは、法院組織法第 57 条により、最高法院及び最高行政法院（最高行政裁判所）が判決先例の中で、法的見解が代表的なもので下級審法院（裁判所）に従わせる必要があると認められるものを厳選して編選したものをいう。すなわち「判例」は、過去の判決より重要な法律見解を抜粋し、未来の異なる事実にも適用できるよう抽象化されたものであり、下級審法院において法的拘束力がある²⁷。

ところが、常に批判された台湾に特有な「判例」制度²⁸は、既に「裁定」を通じて法的見解の統一を求める「大法廷」制度へと改制されたのであるが²⁹、「大法廷」制度が施行される前、既存の「判例」は相当な拘束力がまた存在していた一方、現在「大法廷」制度が施行された後、参

²⁶ 司法院大法官會議解釈に関する詳しい説明は、蔡秀卿＝王泰升『台湾法入門』（法律文化社、2016 年）57 頁以下、楊日然「中華民國大法官會議の組織と機能」ジュリスト 999 号（1992 年）98 頁以下を参照。なお、2018 年 12 月 18 日、憲法訴訟法を可決し、70 年以上に渡った憲法解釈制度の実施機関である「司法院大法官會議」は、違憲法令審査と法令統一見解の審査を全面的に司法化・裁判化・法廷化にして「憲法法廷」に改める。将来、新設の憲法法廷は具体的審査制を採用し、憲法解釈と判断の形式は「判決」を以て宣言することになる。そして、憲法解釈の全面的法廷化の変革に応じ、憲法訴訟法第 95 条により、同法は 2022 年 1 月 4 日に施行される予定である。

²⁷ 1978 年の司法院大法官會議釈字 154 号解釈は「判例は変更される前にその拘束力があり、各級法院の裁判の依拠にすることができる」とし、「それは法律または命令に相当する」と解した。

²⁸ 判例に対する最大の批判として、最高法院及び最高行政法院は事実上法律の解釈・適用を越えて立法行為を行っており、それは憲法違反の恐れがあると指摘される。すなわち判例は具体的事例から簡約な法的見解を抜粋し、一般化・抽象化し、下級審法院を拘束できるため、上級審法院の事実に関わらない純粋な法的見解が下級審法院の個別事件に対する法的見解を拘束することとなり、たとえ法的見解の統一を達成するためであるとしても、このような立法権的性格を帯びる行為は、憲法や法律にのみ拘束されるはずの下級審法院の裁判官を干渉するようになってきたということである。よって、法的安定性の維持や民主主義の要請に基づき、具体的事例から逸脱する判例制度の存在には大きな憲法上の問題点が残る。なお、蔡秀卿＝王泰升・前掲注（26）33 頁もこの点を指摘した。

²⁹ 2018 年 12 月 7 日、台湾の立法院（国会）は法院組織法改正案や行政法院組織法改正案を可決し、百年の歴史を持つ「判例」や「決議」制度が正式に廃除された。そして「大法廷」制度 2019 年 7 月 4 日に施行される。

考にできる判決全文のない既存の判例はその適用を停止しなければならないので³⁰、適用停止されない判例は編選されなかった最高法院の裁判例と同じ拘束力を持つとされ³¹、その効力が命令に相当すると解されたので³²、一旦判決に憲法違反の恐れがある判例が引用された場合、国民は大法廷制度が施行された後の三年内に、確定した終局判決が引用した判例または決議に憲法違反の疑義が発生する場合でも憲法解釈を申立することができることになった³³。

よって、歴史的観点から見ると、適用停止された判例を裁判官が援用できないとしても、過去の最高法院の論理の変遷も考察の対象とすることになる。一方、先例拘束性の観点から見ると、適用できる判例は相当な拘束力がまた存在しているため、考察の対象としての必要があると思われる。

（三）最高法院決議

最高法院は類似する事件が多数係属している場合、法廷により異なる法的見解が下されることを避けるために、最終審法院において統一的な法的見解を決定するという司法実務の慣例がある。それは「最高法院決議」というものである³⁴。すなわちそれは裁判官による法院内部の会議で具体的な法律問題を議論してから得た結論であり、各審の裁判において法的拘束力はないが、事実的拘束力がある³⁵。そして、「決議」制度は「判例」制度と同じ、既に「裁定」を通じて法的見解の統一を求める「大法廷」制度に改制されたとしても³⁶、既存の「決議」は過去の最高法院による統一の法律見解を代表し、相当な拘束力がまた存在しているため、考察の対象としての必要があると思われる。

（四）司法院院（解）字解釈

³⁰ 法院組織法第 57 条の 1 第 1 項、行政法院組織法第 16 条の 1 第 1 項及びそれらの改正理由を参照。

³¹ 法院組織法第 57 条の 1 第 2 項、行政法院組織法第 16 条の 1 第 2 項を参照。

³² 1995 年の司法院大法官會議釈字 374 号解釋理由書を参照。

³³ 法院組織法第 57 条の 1 第 3 項、行政法院組織法第 16 条の 1 第 3 項を参照。

³⁴ 法院組織法第 78 条、最高法院處務規程第 32 条を参照。

³⁵ 1995 年の司法院大法官會議釈字 374 号解釋理由書を参照。

³⁶ 2018 年 12 月 7 日、台湾の立法院（国会に相当）は法院組織法改正案や行政法院組織法改正案を可決し、「決議」制度が正式に廃除された。そして「大法廷」制度は 2018 年 7 月 4 日に施行された。

院（解）字解釈は、憲法が施行される前に、1928年中華民国訓政時期の《国民政府司法院組織法》第3条より、司法院院長が最高法院院長及び所属する各廷延長會議において議決した後、法令統一解釈権及び判例変更権を行使して作成したものである。また、2018年の大法官會議積字第771号解釈により、その解釈の性質と効力は法令統一解釈の命令であるので、裁判官はそれに拘束されない。

（五）参考の価値のある裁判³⁷

近年来「判例」制度は常に批判されていたため、最高法院による新しい判例の増加がほぼなかったが³⁸、その代りに2012年より最高法院は「参考の価値のある裁判」を公布することになった。一方、台湾高等法院も2015年から台湾高等法院及び所属法院の参考の価値のある裁判を編選していた。ところが、「参考の価値のある裁判」は「判例」と同様に法的拘束力を持たず、一般的な裁判例と比較してもより高い事実的拘束力を持たない、むしろ裁判所が後続の類似の具体的事案においてある裁判例を反覆して引用することによりその拘束力の程度が決まるため、編選されたか否かは裁判例の参考のための価値に影響せず、ただ裁判所の示した当時の法的見解であるか否かにすぎないと解すべきである。また、判決理由は当該事件の具体的事実がある程度、抽象化された重要な事実を前提としてその法律効果を述べるものであり³⁹、その拘束力も事実から離れて存在するわけではないので、編選された「参考の価値のある裁判」における裁判理由の一部から抜粋した「裁判要旨」は判決理由について拘束力を持つ判例ではなく、判例を発見するための索引である⁴⁰。そして「参考の価値のある裁判」の編選基準について、「事実認定と法令適用が詳細、確実、適切で参考にする価値がある」⁴¹及び「法的見解は参考にする価値があり、且つ最高法院及び高等法院の法律座談会がそれに関連する見解を示したことがない」⁴²という基準から見ると、裁判に関する社会的背景の変化及び法律的判断の変遷の過程と適用状況を迅速に把握できると思われる。

³⁷ 英米法の「leading case」又は「指導的な裁判例」に相当する。

³⁸ 2007年に公布された最高法院94（2005）年台上字第4929号刑事判例は、最高法院が公布した最新且つ最後の刑事判例である。

³⁹ 中野次雄編『判例とその読み方』（有斐閣、2009年）41-42頁を参照。

⁴⁰ 中野次雄編・前掲注（39）30頁を参照。

⁴¹ 司法院確定裁判書類審査実施要点第6点を参照。

⁴² 台湾高等法院暨所属法院具有参考価値裁判書類審査実施要点第6点を参照。

二、考察対象の特定

以上のように、一般的にいわゆる台湾の実務的見解は、抽象的違憲審査としての司法院大法官會議「釈字解釈」、判決理由が抽象化された最高法院「判例」、具体的法律問題の議論から得た最高法院「決議」、判例ではない一般的裁判例、最高法院及び高等法院とその所属法院が編選した「参考の価値ある裁判」及び命令に相当する司法院「院字解釈」を含まれる。その以外にも、高等法院以下及び所属法院法律問題座談会による提案と研究結果もよくみられる実務的見解である。しかしながら、先例拘束性の原理の観点から見ると、価値のある実務的見解の分析とは、狭義の司法機関すなわち裁判所による類似する具体的事案における事実の認定と法令の解釈に対して、その長く蓄積された法律的判断の変遷の過程と適用状況を帰納的推論を行うことにより、将来、類似事案が発生した場合で、その際の社会的背景の変化を考慮しつつ、過去の事案と比較して異同を見出し、先例の法律的判断の適用の可否及びその適用範囲の大小を予測するというものである。そのため、具体的事例を伴う判決理由が抽象化されていない一般的裁判例こそが分析対象としての実務的見解を示すものである。⁴³

ところが、既に「大法院」制度と改制された「判例」と「決議」制度について、「判例」は歴史的観点から見ると、適用が停止された判例を裁判官が援用できないとしても、過去の最高法院の論理の変遷を考察する価値があり、先例拘束性の観点から見て、適用できる判例は相当な拘束力がまた存在しているため、考察の対象とする必要があり、また既存の「決議」は過去の最高法院による統一の法律見解として、相当な拘束力がまた存在しているため、考察の対象としての価値があると思われる。よって、現時点で法的見解の統一及び下級審への拘束に対して相当の影響力がまた存在しているので、既存の「判例」と「決議」も本稿の分析対象となる⁴⁴。

また、最高司法機関としての司法院による「釈字解釈」と「院（解）字解釈」について、前者は違憲審査による法的見解として全ての機関に拘束力があり、後者は憲法施行前の訓政時期の産

⁴³ 本稿において引用される参考の価値のある裁判は台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料検索系統 (<https://law.judicial.gov.tw/>)」で検索して得たものである。（最後閲覧日：2019年12月23日）

⁴⁴ 本稿において引用される判例と判決について、大理院判例は大理院編輯處編『大理院判例要旨匯覽第二卷』（大理院收發所、1919年）、同『大理院解釋例要旨匯覽第二卷』（大理院收發所、1919年）、朱鴻達編『大理院判決例全集』（上海世界書局、1933年）及び黃源盛編『大理院刑事判例輯存』（犁齋社、2013年）に掲載されていたものである。また最高法院判例と判決及び決議は台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料検索系統 (<https://law.judicial.gov.tw/>)」で検索して得たものである。（最後閲覧日：2019年12月23日）

物として裁判官を拘束せずに、命令に相当する効力があるが、理論の変遷の観点から見るとやはり考察の必要があると思われる。そして、その以外の具体的事例を伴わない実務的見解、すなわち法律問題座談会による提案と研究結果などは本稿の考察の対象ではない⁴⁵。

第三節 本稿の位置付け及び展望

本稿は、影響力がますます強くなってきた行為支配説を採用せず、実行行為と規範論という視座で正犯概念の明確化・具体化を議論する上で、罪刑法定主義・行為主義の要請と個人の権利の保障としての刑法の基礎原則に対応するため、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」の基準を通じて正犯行為が制限的に特定されると主張するものである。当然、正犯の一種としての間接正犯も以上の基準に従って制限される。よって、その評価の重点は背後者の利用行為が「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」に該当するかどうかにある。

一方、このような判断基準に対して、ある抽象的概念によって他の抽象的概念を分析することは不必要であるという批判は予想できる。そのため、日本と台湾の学説と事例を考察することを通じ、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」に対してのさらなる明確的で具体的な解釈にアプローチし、その考察から得た具体的な解釈に基づき、間接正犯をめぐる日台学説の異同という比較法的な研究成果を導出することができると思われる。

⁴⁵ 本稿において引用される釈字解釈及び院（解）字解釈、台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料檢索系統（<https://law.judicial.gov.tw/>）」で検索して得たものである。（最後閲覧日：2019年12月23日）

第二章 正犯論における実行行為概念

刑法総則において「実行」の文字を含む規定を展望すると、第 43 条前段未遂犯「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者、その刑を減輕することができる」、第 60 条共同正犯「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」及び第 61 条教唆犯「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する」、以上、3 つの規定がある。これをまとめると、原則的に犯罪の可罰性の始点は実行行為の着手にあり（第 43 条）、犯罪を実行した者は正犯と扱われ（第 60 条、第 61 条）、「正犯＝実行行為者」という刑法の文言に基づく理解を得ることができる⁴⁶。そして、このような文言的な理解をめぐって、学説の状況は形式的観点、法益侵害危険性の観点、社会的相当性の観点、或いは行為者の犯罪最終的実現意思の観点など、実行行為概念をさらに再定義しようとする一方、実行行為概念不要論も有力な見解になってきた。

そこで、以下では、まず実行行為概念に関する学説を概観し、次に規範論の観点で分析し、そして実行行為性の判断基準を示した上で、判例の検討によって実行行為概念を明確にしていきたい。

第一節 従来の実行行為概念とその問題の所在

第一項 実行行為概念の概観

第一款 いわゆる実行行為概念の由来

実行行為概念を導入したのは小野清一郎博士であるとされている⁴⁷。小野は構成要件理論を明らかにしつつ、「犯罪の構成要件に該当する行為」を実行行為として定義した⁴⁸。詳し

⁴⁶ところで、各論の規定から観察すれば、第 168 条の 2 不正指令電磁的記録作成等の罪と第 207 条同時傷害の特例と第 228 条の 3 身代金目的略取等予備罪、3 つの犯罪類型が規定されたが、それぞれ立法目的を見ると、第 168 条の 2 は主観的目的に関する規定、第 207 条は暴行と傷害の間の因果関係に関する挙証責任の転換の規定、第 228 条の 3 但書は予備犯の特別的減免に関する規定とし、このいう「正犯＝実行行為者」が推論できなさそうと思われる。

⁴⁷ 奥村正雄「実行行為概念について」『大谷實先生喜壽記念論文集』（成文堂、2011 年）141 頁以下を参照。

⁴⁸ 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣、1948 年）99 頁。

く言うと、小野は、行為を意思の外部的実現として客観的・身体的動静に定義したが⁴⁹、行為それ自体は単なる心理的・物理的過程でなく、法律学的概念というものであり、構成要件の中核的要素として考えるべきであると論じた⁵⁰。よって、「構成要件の充足に関する理論的考察に於て重要な第一に『実行行為（Ausführungshandlung）』の概念である。

『実行行為』とは、法律上の構成要件に該当する現実の行為をいふべきである」ということに基づき、刑法において「実行」を用いる未遂犯及び共犯の規定にも以上のような実行行為の概念で統一的に把握すべきであると主張した⁵¹。すなわち、構成要件該当性の段階で、実行行為概念を未遂と予備の限界及び正犯と共犯の区別という判断枠組に導入したのである。また、小野により、構成要件は刑罰の規定の解釈によって決定された当罰的な行為という見地において定型化され、根本的に「規範的」性質を帯びた意味形象というものである⁵²。そして、構成要件は「違法で且つ道義的に責任のある行為を類型化した観念形象（定型）で、刑罰法規において科刑の根拠として概念的に規定されたものである」と主張して⁵³、そのような当罰的な行為は「違法性及び道義的責任の理念」から求められる⁵⁴。よって、事実の構成要件該当性の判断は「特殊的・法律的な概念に対する現実生活上の事実の『当嵌め』の問題である限り、各個の構成要件の内容を明からにし、且つ之に当嵌むべき事実関係を明かにすることによって解決すべき問題」を構成要件充足の問題とするため⁵⁵、「法律上の構成要件に該当する行為現実の行為」を名付ける実行行為は、その判断も構成要件による「当嵌め」の問題にすると考えられる⁵⁶。

このような「当嵌め」の判断では、各個の構成要件の観念的内容を解釈して出来る限り具体的ならしめると同時に、事実関係を直観で抽象化して確定し、それを三段論法的に判断することである⁵⁷。すなわち、各個の構成要件において予想された事実の範囲の判断は、各個の構成要件の事実の全体の人倫的・社会的意義及び刑罰法規における評価の問題という観点を考える上で、行為者の意思と行為と結果を通じて直観的に行われることである⁵⁸。

⁴⁹ 小野・前掲注（48）93 頁。

⁵⁰ 小野・前掲注（6）233 頁以下を参照。

⁵¹ 小野・前掲注（6）235 頁。

⁵² 小野・前掲注（6）214 頁と 225 頁を参照。

⁵³ 小野・前掲注（6）11 頁。

⁵⁴ 小野・前掲注（6）426 頁。

⁵⁵ 小野・前掲注（6）234 頁。

⁵⁶ 小野・前掲注（6）235 頁。

⁵⁷ 小野・前掲注（48）98 頁以下を参照。

⁵⁸ 小野・前掲注（6）130 頁。

よって、実行行為の判断は、事実関係を人倫的・社会的意義及び刑罰法規の評価の問題によって直観的に確定し、各個の具体化された構成要件の観念的内容に合致するかどうかというものである。

しかしながら、このような「直観」的な「人倫的・社会的意義」のある実行行為概念について、その概念自体は極めて不明確な概念であると批判されている⁵⁹。詳しく言うと、小野説は、犯罪の実体は「倫理的行為＝違法且つ道義的責任のある行為＝構成要件行為」であり、刑法各本条の規定の構造について、前面に現れたのは構成要件、その背後の実体的な意味は違法性及び道義的責任であると主張した⁶⁰。そしてその違法性及び道義的責任とは「倫理的、軌範的な判断」であり、ここでいう倫理とは、「人倫的生活の事理であり、道理、道義であり、社会生活における條理」及び「文化軌範又は社会軌範」という理解である⁶¹。よって、構成要件行為を通じて理解した実行行為概念は、行為者の意思と行為と結果を含める事実関係の全体を直観的に判断する倫理的問題であり、すなわち「実行行為＝直観的な倫理的問題」という不確定な価値判断と考えられている⁶²。

第二款 定型説

小野の旧派刑法学理論を承継した団藤重光博士は、基本的に小野説の構成要件理論を受け続き、構成要件に該当する行為は実行行為であると主張した⁶³。詳しく言うと、団藤は、人道主義・自由主義的見地から刑法の保障機能を持つ罪刑法定主義に基づき、構成要件を形式的・定型的なものであるとしての定型説を提唱し⁶⁴、そして構成要件該当性の判断の対象とする行為は、行為者人格の主体的現実化とみられる身体の動静であるが⁶⁵、行為が構成要件該当性を持つ時に初めて刑法の評価対象になるとする⁶⁶。すなわち、団藤のいう定型説は、人格の主体的現実化としての行為が保護法益を目安に当該構成要件の予想する定型に

⁵⁹ 高山佳奈子「相当因果関係」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）12頁。

⁶⁰ 小野・前掲注（6）19頁。

⁶¹ 小野・前掲注（6）20頁。

⁶² 平野・前掲注（9）24頁以下は、このような犯罪を「全体として」考察しようとするすなわち「全体的観察」の考え方は、主観主義に陥ってしまう危険があり、刑事司法を直観的・感情的なものにする危険を孕むことと批判した。

⁶³ 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、1990年第3版）139頁。

⁶⁴ 団藤・前掲注（63）47頁。

⁶⁵ 団藤・前掲注（63）104頁。

⁶⁶ 団藤・前掲注（63）139頁。

当たるかどうかにより判断する考え方にに基づき、犯罪を実行する者、すなわち基本的構成要件該当事実を実現する者が正犯である⁶⁷。

団藤の構成要件の定型性による実行行為性の判断は、まず当該構成要件の定型性を見出すことである。詳しく言うと、犯罪構成事実と構成要件該当性を区別した上で、構成要件該当性の判断とは一種の抽象的・定型的な基準による規範的価値判断であり、このような構成要件の定型性は、文言解釈を重視し、保護法益の種類とその侵害の態様及び常識・社会心理的基礎とする社会通念が目安になり、構成要件の規定の解釈の問題とされるものである⁶⁸。次に、犯罪は、行為者にその刑罰的非難を帰することができるものとし、構成要件該当性と違法性と責任の判断については行為に遡らなければならない。そのため、行為者人格の主体的現実化とみられる行為は構成要件該当性の判断の対象とする基本的かつ不可欠要素であり、且つ刑法的評価の対象となる前の事実的問題である⁶⁹。そして実行行為性の判断とは、同じ「当嵌め」の問題であるとし、犯罪構成事実の一部である行為の構成要件該当性の判断によって行うことであるとしている⁷⁰。

団藤の定型説は、人格的行為論に基づき、構成要件該当性の判断に入る前に刑法的評価ができる行為を選び出し、保護法益と社会通念を通じて文言解釈した構成要件の定型に、このような行為を「当嵌め」ることである。しかしながら、行為者人格の主体的現実化という概念で、どのような人の身体の動静を排除するかについて、明確はでないと批判された⁷¹、⁷²。行為の定型性の判断は、具体的な状況において、客観的事実の外観をもとにしない

⁶⁷ 団藤・前掲注（63）139頁、154頁、372頁以下を参照。

⁶⁸ 団藤・前掲注（63）121-131頁と171頁を参照。

⁶⁹ 団藤・前掲注（63）104-105頁。

⁷⁰ 但し、団藤・前掲注（63）123頁は、構成要件、犯罪構成事実、構成要件該当性及び構成要件の充足を区別する上で、ある事実が構成要件に該当していても構成要件を充足しなければならないと述べた。

⁷¹ 内藤謙『刑法総論講義（上）』（有斐閣、1983年）155頁。

⁷² 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）109頁は、人格的行為論に対して、「主体的」と「倫理的」であることを「有責な」と同義に思われ、行為能力と責任能力も同じものであるので、責任無能力者の行為は不存在なものであり、且つ「現実化」の意味もはっきりにしないと批判した。同旨、内藤・前掲注（71）155頁。この批判に対して、日沖憲郎「人的行為概念」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第一巻』（有斐閣、1983年）119頁以下は、主体性は責任判断の対象ということであり、避難可能性としての責任とは個別な問題であり、また「現実化」とは外界に実現されること、すなわち「人の身体の動静」があった場合で人格現実化と認められると反論した。同旨、大塚仁「人格的行為論について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第一巻』（有斐閣、1983年）134頁以下を参照。

ればならないと同時に、行為者の主観をも考えなければならないので⁷³、人の身体の動静がその背後においてその者の主体的な態度と結びつけるものとしての行為に対し、判断のポイントは行為者の主観を重点に置いて、保護法益と社会通念を通じて判断するため、おそらく小野説と同様の批判を避けることができず、「実行行為＝直観的に社会通念をもつ行為者人格の主体的現実化」という不確定的な価値判断になるだろうと思われる⁷⁴。

第三款 法益侵害の危険性の考え方

以上のように、小野説と団藤説の実行行為概念は不確定的な価値判断になるという批判を避けられないと思われるため、平野龍一博士は結果無価値的な考え方に基づいて、「定型」とは、結果に対して因果関係のある行為を一定の型に限定しており、且つ結果発生について実質的あるいは一般的に危険な行為を定型化していることであると述べた⁷⁵。すなわち「定型」は法益侵害に対する実質的な危険のある行為に限定することである。そして、平野は実行行為概念について明確な定義をしなかったが、ある事実関係において行為と結果及び因果関係を認定することにより、実行行為を捉えようとする。つまり、刑法が判断すべき行為は、できるだけ価値的・主観的な要素を織り込まず、客観的・事実的であるべきであり、且つ刑罰と保安処分はともに行為の存在を前提とするので、行為概念は単に人の身体の動静を基準とすべきのものであるというのである⁷⁶。また、因果関係について、「行為と結果との間」の関連と定義し、客観的相当因果関係説によって判断すると主張した⁷⁷。そして法益侵害の結果との間の相当因果関係がある人の身体の動静には、具体的危険

⁷³ 団藤・前掲注（63）171頁。

⁷⁴ 平野・前掲注（72）101-102頁は、定型性という概念に実質的な内容を持たせるとなると、おそらく行為の通常性ないし歴史性であると考えたが、個案事実関係において構成要件の各要素に該当するならば、その方法がいかに異常であり、前例のないものであったとしても、構成要件該当性を否定すべきではなく、漠然とした定型性という概念に頼る必要はないのであると指摘した。また、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、2019年新版第5版）92頁は、定型をもって単なる社会通念ないし社会心理的な概念であるというように考えると、その内容はかなり漠然としたものになってしまい、定型の中身が必ずしも明確ではないと指摘した。

⁷⁵ 平野・前掲注（9）31頁以下を参照。

⁷⁶ 平野・前掲注（72）113頁。

⁷⁷ 平野・前掲注（72）140頁以下を参照。

説を基準としてその行為の危険性を判断することである⁷⁸。よって、平野による実行行為は「法益侵害の客観的な危険性のある行為」ということになる。

以上の結果無価値及び法益侵害の危険性という考え方を踏まえ、実行行為概念の実質化を図り、さらに事前判断による行為危険説と事後判断による結果危険説を大別してみよう。

一、行為危険説

この見解は、「刑法の目的は、法益保護と人権保障との調和を通じて社会秩序の維持を目指すことにある」⁷⁹ため、それを達成するためには、まず構成要件の行為規範機能から見て、「社会一般の者にとって法益侵害の危険を有する行為を類型化し、それを構成要件として刑罰法規に明示し、国民に対し命令・禁止する必要がある。これによって、構成要件は行為規範として、行為を規律し、法益を保護する機能を有することになる」⁸⁰とする。一方、構成要件の裁判規範機能から見て、「構成要件によって明示された法益侵害の危険を有する行為が行為時に認められない限り、いかに処罰に値する行為であっても犯罪とはしないとする必要がある。これによって、構成要件は裁判規範として、国民の自由を保障することになる」⁸¹というものである。そして「構成要件は、社会通念にしたがって処罰すべき行為を類型化したものと考えらるべきである以上、当該構成要件が予想する結果発生の実質的危険という観点から、社会通念に従って実行行為を確定すること」とし⁸²、「実行行為を確定して構成要件に該当する行為の存否を判断する必要があることは当然であろう」⁸³と主張する。故に、この見解は、事前判断によって結果発生の類型的・現実的危険性を有し、形式的・実質的に構成要件に該当する行為が実行行為であると定義する⁸⁴。そうすると、構成要件の行為規範・裁判規範という刑事の機能的な側面から、因果関係を判断する前に、当該行為が法益侵害又は構成要件の結果の現実的危険性の存否という実行行為性の確定が必要になる⁸⁵。

⁷⁸ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）314頁以下、325頁以下を参照。

⁷⁹ 大谷實『刑事司法の展望』（成文堂、1998年）68頁。

⁸⁰ 大谷・前掲注（79）68頁。

⁸¹ 大谷・前掲注（79）68頁。

⁸² 大谷・前掲注（79）69頁。

⁸³ 大谷・前掲注（79）68頁。

⁸⁴ 大谷・前掲注（74）122頁。

⁸⁵ 奥村・前掲注（47）146頁。

また、結果発生の実現的危険性に対しては、客観的な危険に対する一般人の危惧感に基づいて判断すべきだと主張する⁸⁶。

行為危険説には、主に①「実行行為」を抽象的に取り上げてその危険性を論じる意味がないことであり⁸⁷、②実行行為概念必要説の中の因果関係認識不要説は因果関係の認識の要件を誤って放棄したが、その代わりに同じ内容を「実行行為性の認識」と要件として取り込むことであり⁸⁸、③未遂犯における行為時を着手時点とすること、及び共同正犯は実行行為を分担しなくて成立するとして共謀共同正犯を認めることについて、実行行為が基準として機能していないことであり⁸⁹、④一つの事象において危険は様々の程度・階段があり、その中に法益侵害の実現的危険を要求しても、実行行為の画定としての明確な基準ではないことであり⁹⁰、⑤因果関係の起点として「実行行為」を要求するのは因果関係の判断に有害である⁹¹、という批判が存在している。行為危険説はもともと定型性による不確定的な価値判断になるという批判を避けるために、「結果発生の実現的危険性」を通じて実行行為性を判断するとした論理であるが、上述の①と④と⑤の批判から見ると、実現的危険性の存否の判断には他の補助的・個別的判断基準が必要であると思われる。例えば、行為時の「具体的状況」、「行為計画」、「結果との場所的・時間的密接性」、「経験的に予測可能な範囲内の結果」などに基づき実現的危険性を更に特定しなければならない⁹²。

⁸⁶ 大谷・前掲注（74）122頁。

⁸⁷ 高山佳奈子「『実行行為』概念の問題性」法学論叢第162巻第6号（2008年）209頁。

⁸⁸ 高山・前掲注（87）210頁。

⁸⁹ 高山・前掲注（87）210頁。

⁹⁰ 中森喜彦「実行行為の概念について」『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）192頁。

⁹¹ 高山・前掲注（59）13頁。

⁹² 行為危険説の批判に対して、奥村・前掲注（47）149頁以下は、①「実行行為性の存否の判断は、規範的であって、社会生活上許容できない危険な行為のみを刑法により禁圧の対象にするための作業であり、具体的状況により危険性が変わりうる」ため、抽象的に取り上げてその危険性を論じるわけではない。②因果関係の錯誤は故意を阻却しないようにするために、構成要件要素である因果関係の認識を不要としてそれが「実行行為性の認識」に取り代わられるとするから、逆に刑法第38条第1項に従って故意犯の成立には構成要件要素である因果関係の認識が必要であると解すれば、「実行行為性の認識」が不要であることになる。だが実行行為必要説と因果関係認識必要説は多数見解において両立できるとし、実行行為の認識を「事前からみた結果発生の実現的危険性のある行為を行う意思」と解し、因果関係の錯誤の事例において、事前判断による実行行為性は故意論で解決されるべきではない。③間接正犯・離隔犯における実行の着手の時点について、「実行行為の開始＝実行の着手とす

二、結果危険説

この見解は、これまで述べた見解と同様に、犯罪判断における実行行為概念を維持すべきであると認めるが、特に結果無価値の見地から、危険性を事後的・客観的に判断する。こういう事後判断の立場に基づく見解は、更に構成要件該当行為の定型性を重視する見解、及びその法益侵害危険結果の帰属を重視する見解が存在している。

前者は、「意思的要素を排除した社会における外界の影響を及ぼす方向にある人の外部的態度」を行為論における行為として⁹³構成要件該当行為の判断を行っており、且つ「『実行の着手』における『実行』については、それが処罰の限界を画する概念である『実行の着手』の中で用いられていることからみて、また、『切迫した危険』の概念も必ずしも明確でないことからみて、条文の文言に制約された『実行』＝構成要件該当行為という形式的限定は必要である」と称し⁹⁴、その実行行為の実質的内容は「一定の結果発生の可能性、すなわち危険性にある」と主張

る（行為犯説）」が基本とされ、構成要件的结果発生の現実的危险性は事前判断による行為の危険性を要求し、「結果発生の現実的危险性は、切迫した状態までは必要ではなく、結果発生の確実性・自動性があれば肯定されることになる」を解した上、個別化説を採用し行為時基準を維持することになる。また共謀共同正犯について、「共同実行の意思の下に、互いの行為の相互利用・補充関係により、犯罪結果を実現した以上、実行行為を分担する場合であると、実行行為に向けて行為を共同する場合であることを問わず、『すべて正犯』となる」という包括的正犯説を採用する上、共謀の事実関係において相互利用・補充関係により犯罪意思を実現する謀議は「実行に準ずる重要な役割を果たす性質」を有しているのが必要であると解する故、実行行為を基準として機能を発揮することになる。

④法益侵害の現実的危险性により実行行為の範囲を、「当該行為がもたらす既遂結果発生の現実的危险性の判断基底として、故意だけではなく、行為計画をも考慮し、既遂結果発生との場所的・時間的密接性からみて、結果実現が経験則上可能かどうかにより判断されるべき」という観点で画定する。

⑤因果関係の判断について、ここでのポイントは当初の行為が結果発生を直接に惹起し得る危険性の有無にある。即ち「刑法が行為規範としての機能から行為を禁圧して避けようとする結果は、行為時からみて経験的に予測可能な範囲内の結果であるといえるから、因果関係の起点としての行為の実行行為性の確定が必要である」ため、実行行為から結果に至る因果の流れが行為時からみて経験則上予測できるのであれば、予測不可能な偶然の介在事情があっても、因果関係が肯定されることになるという相当因果関係説の判断枠組は依然として維持すべきであるとした。このような反論によれば、現実的危险性の判断には他の判断的要素がなければならないと示した。

⁹³ 内藤・前掲注(71) 164 頁。

⁹⁴ 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002 年) 1224 頁。

する⁹⁵。この見解は、実行行為に基準としての意義を認めうるが、結論として定型説に対するのと同じ問題が向けられる⁹⁶。また、その「一定の結果発生の可能性」又は「危険性」の概念自身が明確ではないため、当該行為と一定の結果発生との間における関係性の存否を事後的・客観的に判断すれば、単に結果の帰属の問題になると思われる。

後者は、「既遂結果発生 of 具体的危険即ち未遂結果と相当因果関係を有する行為が実行行為である」と主張する⁹⁷。すなわち、結果無価値の見地からすれば、未遂犯が「既遂の現実的・客観的危険（具体的危険）」を惹起するという結果犯の一種類とされる上⁹⁸、行為による相当因果関係のある未遂結果が惹起した時点には未遂犯としての可罰性がはじめて生ずると解することにより、間接正犯や離隔犯など行為と未遂結果と間に時間的なずれが生ずる場合においてもその実行行為性の認定が可能である。故に、実行行為と実行の着手が分かれることになると、未遂犯の場合にも実行行為と危険結果との間の因果関係の問題になり得ると思われている⁹⁹。しかしながら、この見解では、「未遂結果」「相当因果関係」「行為」の判断を別途行わなければならない以上、実行行為性の判断としてつけ加わるものは何もなく、起点となる行為が相当因果関係のある時に遡って『実行行為』と呼ばれることは、相当因果関係の判断以外に実益があるわけではなく、実行行為を空洞化させることになった¹⁰⁰。また、刑法の行為規範性からすれば、刑法により禁止・命令の対象とする経験則上結果発生 of 現実的危険性のある行為であるかどうか、すなわち実行行為性の判断が因果関係の判断に先行すべきであることも指摘された¹⁰¹。

第四款 社会的相当性の考え方

以上の結果無価値に基づく法益侵害の危険性を重視する見解に対し、行為無価値の論者は、規範の要求に反して行為したことを犯罪の本質とし、「人間意思による因果的過程の支配・統制に重要性を認め、自ら設定した目的の実現に向けて因果的過程を支配・統制す

⁹⁵ 内藤・前掲注（71）201 頁。

⁹⁶ 高山・前掲注（87）221 頁。なお、高山は、文理解釈による制限は「行為」の他、「結果」「身分」「構成要件的状况」などのあらゆる要素に当嵌めのことであるから、「実行」行為を特別の概念として立てる必要がないと指摘した。

⁹⁷ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（弘文堂、2019 年第 3 版）87 頁。

⁹⁸ 山口・前掲注（1）284 頁。西田・前掲注（97）319 頁。内藤・前掲注（94）1218 頁以下などを参照。

⁹⁹ 奥村・前掲注（47）147 頁。

¹⁰⁰ 高山・前掲注（87）221 頁。

¹⁰¹ 奥村・前掲注（47）147 頁。

る目的追求活動として行為を把握する」¹⁰²という目的的行為論の観点から、構成要件行為を「当該刑罰法規が国民に対する告知の要請に応えるため、かつ一般予防による法益保護のため、国民に差し向けた規範に違反する行為」とし、それが実行行為であると定義した上、このような規範違反の法益侵害行為は、社会生活上許容されていない危険をもっており、「一般的な社会生活上のリスクを超え、かつ法が禁止しているリスクをとともなう行為」であると主張する¹⁰³。換言すれば、実行行為性の判断は、各時代の社会のあり方における「一般的生活危険」を越えたかどうかに基づいて決まることになる¹⁰⁴。そして構成要件は違法な行為を類型化した違法類型であるとし、かつ法益保護のための行動基準の提示という点から見ると、「刑法上の行為規範とは、法益保護のために規範の名宛人に向けて提示された行動基準」であり、「違法性阻却事由は、広い意味での法益衝突ないし利益葛藤に状況において、これを正しく解決するための行動基準を与えるもの」であるので、構成要件と違法性阻却事由のそれぞれが同じ原理に支配されると解した上¹⁰⁵、そのような刑法規範における「社会生活上一般に許容されないリスク」の内容は、社会的相当性から推認し得ることになる。すなわち実行行為は「歴史的に形成された社会生活の秩序の枠内」から外れて社会的相当性を逸脱した法益侵害の行為である¹⁰⁶。

しかしながら、社会的相当性の犯罪論体系的位置はともあれ¹⁰⁷、乗車させることや食事させることなどという「一般的生活危険」を例として挙げても、「結論を示すだけで、どのような場合に社会的相当性があるかの基準を明らかにしない」と指摘されている¹⁰⁸。また、「一般的生活危険」の逸脱を判断基準としても、各々事実関係において、おそらく各罪の構成要件行為の文言に基づき実行行為性を实际的に認定することが必要であり、「定

¹⁰² 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）25頁。

¹⁰³ 井田・前掲注（102）46頁。

¹⁰⁴ 井田・前掲注（102）47頁。

¹⁰⁵ 井田・前掲注（102）133頁。

¹⁰⁶ 福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、2011年第5版）144頁以下を参照。なお、福田は「社会的相当行為」を違法性の構成として犯罪論体系に位置づけるので、本稿は福田の「社会的相当行為」の解説を借りて「一般的生活危険」を説明しようとする。

¹⁰⁷ 例えば、藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967年）68頁以下は、社会的相当行為を構成要件に該当しないとした。これに対して、福田平「社会的相当性」『刑法講座第二巻』（有斐閣、1963年）120頁は、違法性阻却事由でありながら違法類型としての構成要件に解釈原理として影響を与えるとした。

¹⁰⁸ 平野・前掲注（78）214頁。

型性」と同じ問題に直面することになると思われる¹⁰⁹。なお、目的的行為論には、故意犯と過失犯との規範違反性がそれぞれ異なるため、過失犯では故意犯と異なる実行行為概念を観念するとし、それらの規範違反性を事実の認識の相違に基づくとする理解は「純粹に内心的な事情によって違法性に差を求めるものであり、心情刑法を意味することにならないか」という批判もある¹¹⁰。

第五款 行為者の犯罪最終的実現意思の考え方

この見解は、故意作為犯における実行行為概念の中核は、「行為者の犯罪実現意思からみた最終的作為」に求められるとして、行為者の主観面から実行行為概念を拡張する一方、被害者利用という間接正犯の事案においては、「最終的作為に匹敵するような被害者の有する心理的障壁の除去ないし被害者に対する心理的拘束力をもたらす背後者の行為についても実行行為性を認めてよく、被害者に対する不当な干渉の過程全体が実行行為になる」として、このような「行為者の犯罪実現意思からみた最終的作為」を限定すると主張する¹¹¹。

すなわち、この見解は行為危険説の実行行為概念における法益侵害の現実的危険性の要求から切り離し、「行為者の犯罪実現意思からみて、既遂構成要件実現のためにはそれ以上の作為は不要という意味での最終的な作為が行われた場合にこそ、刑法が設定する心理的障壁が完全に乗り越えたことを示す態度は重い刑法規範違反性を帯びることに鑑みると、犯罪実現に向けた決断を完全に実現のものとする最終的な作為」を実行行為概念の中核に位置付け¹¹²、このような行為者の内面と作為が一体化した実行行為概念は故意作為犯に限定し、犯罪論の様々な場面を横断的に検討する¹¹³。また、「行為者の犯罪実現意思からみた最終的作為」を基準として、第三者利用による間接正犯において、第三者に欺罔・脅迫で働きかけるなど不当な手段を使い、当該第三者の心理的障壁を除去したり、心理的障壁

¹⁰⁹ 例えば、井田良『講義刑事学・総論』（有斐閣、2018年第2版）101頁は、実行行為を「構成要件に該当する行為のことを特に実行行為と呼ぶ。それぞれの構成要件は、特定の種類・態様の行為を予定しているが、それが実行行為である」と定義し、且つ「実害を生じさせる一定程度の危険性を備えていること」を要求するので、実行行為の「一般的生活危険」が構成要件の定型性の内容の一部とされられると思われる。

¹¹⁰ 高山・前掲注（87）208頁。

¹¹¹ 樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）32頁。

¹¹² 樋口・前掲注（111）25-26頁。

¹¹³ 樋口・前掲注（111）22頁。

を乗り越えさせるような心理的拘束を及ぼしたりした場合であっても、共謀共同正犯の処罰の範囲内での重い量刑をするのが可能である¹¹⁴。これに対して、被害者利用による間接正犯において、同じ基準にすると、自殺以外の局面では不可罰的な自己加害行為についての共同正犯、教唆、幫助という法令適用が考えられない点で処罰の隙間が生じた一方、刑法第 199 条、200 条の法定刑の大きな差から見ると、被害者自身が自殺に向けた最終的作為を行っていても、なお第 199 条の法定刑が相応しい事案が考えられる、という処罰価値に応じた法令適用に難が生じた¹¹⁵。そして、このような被害者利用と第三者利用の非対称性を認め、「犯罪実現意思からみた自ら行う場合に匹敵するような形で、被害者自身が自己を加害する最終的作為を行う過程において、被害者の有する心理的障壁を除去したり、被害者に対する心理的拘束力によってその心理的障壁を乗り越えさせたりした場合、その処罰価値にふさわしい法定刑が規定された条文を背後者に適用すべき」¹¹⁶として、適切な条文適用という見地から、最終的作為に匹敵するような被害者に対する欺罔・脅迫について実行行為概念が限定的に拡張させると主張する¹¹⁷。

しかしながら、このような実行行為概念の中核と広がりに対し、限界が不透明であり、また被害者利用の成立範囲とその道具性の認定が困難であり、個別事案の積み重ねの中で適正な基準を定めていくしかないことも述べていた¹¹⁸。

第二項 実行行為概念の問題及びアプローチ

第一款 問題の所在

通説によれば、実行行為は犯罪論全体の根幹として独自の意義を有しており¹¹⁹、その実益は、構成要件該当性の判断対象の特定や因果関係の起点の認定や行為段階の区切りの判断にあると言える¹²⁰。しかしながら、以上のように、各学説は実行行為概念を維持してその内容を実質的に理解しようとする一方、これに対する批判として、例えば平野は、「正

¹¹⁴ 樋口・前掲注（111）30 頁。

¹¹⁵ 樋口・前掲注（111）30 頁。

¹¹⁶ 樋口・前掲注（111）30 頁。

¹¹⁷ 樋口・前掲注（111）49 頁。

¹¹⁸ 樋口・前掲注（111）32 頁。

¹¹⁹ 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1989 年）2 頁。

¹²⁰ 団藤・前掲注（63）139-140 頁と 173 頁を参照。

犯＝実行」を共犯論の基底とする通説に対し、制限従属性説において、原因において自由な行為の場合では、行為者自身を教唆犯として処罰することが困難であるので、佐伯千仞博士の見解によれば、責任能力は実行行為の時に存在する必要がないとされ¹²¹、その原因行為は実行行為ではないが、正犯者を正犯者として処罰する要件となる行為であるから、これを正犯行為と呼ぶことができ、ここでは正犯行為と実行行為とが分裂していることになり¹²²、また、目的又は身分のない故意ある道具を利用する間接正犯の場合では、佐伯の見解によれば、可罰的違法類型を完全に実現しない他人の違法行為についても可罰的共犯が可能だとされ¹²³、被利用者の行為、すなわち道具の行為は正犯行為ないし構成要件該当的行為でない実行行為というものを認められることになるため、ここでも正犯行為と実行行為とは分裂していることになる¹²⁴と指摘し、正犯行為と実行行為の堅い結びを否定した。そして、山口厚教授は、結果惹起とは独立にそれ自体としての犯罪行為はあり得ないにもかかわらず、従来の実行行為概念は、実行行為を結果との間の因果関係とは独立に論じ、その概念の背後にある実質的な問題を包み隠し、実体的な価値判断を明るみに出さないうまま、結論を導き出すきらいがある点で、理論的「ブラック・ボックス」と化していることになり¹²⁵、また未遂犯を結果犯として既遂結果発生の実現的危険性が生じた時に未遂の成立が認められるとすれば、実行行為時を未遂の成立の時点とし実行行為こそが犯罪の本体であるとする従来の通説には、実行行為について未遂の成否を検討する考え方が否定されており、その理論的基礎が結論の一端から切り崩れたことになる」と批判した¹²⁶。なお、山口は以上の批判を踏まえ、構成要件該当性の判断にあたり、実行行為が独立した要件ではなく、行為と構成要件的结果との間に刑法上の因果関係ないし客観的帰属の要件が備わっているかどうかだけが問題であるとし、実行行為概念不要論を主張する¹²⁷。

¹²¹ 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年4訂版）236頁。

¹²² 平野・前掲注（9）129頁。

¹²³ 佐伯・前掲注（121）346頁。

¹²⁴ 平野・前掲注（9）130頁。

¹²⁵ 山口・前掲注（1）45頁。

¹²⁶ 山口・前掲注（119）4頁。

¹²⁷ 山口・前掲注（119）5頁。また、高山・前掲注（87）217頁は「実行行為概念の使用を避けるべきである」と主張した。また齋野彦弥「犯罪論体系の構造とその規範理解」『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）104頁は、実行行為概念不要を明言した。なお、山口・前掲注（1）51頁以下は、実行行為は因果関係の起点として捉まえ、それを犯罪の本体であると理解する見解に疑うのであったが、実行行為という解釈概念を否定しても、構成要件要素としての構成要件的行

そしてこのような批判の下で、上述の実行行為概念の実質的理解への分析を加えると、実行行為概念の形骸化・消滅の危機を予測することができ、且つ罪刑法定主義の要請に基づき各犯罪類型の行為態様が形作る象徴的役割しか残されないことになるように思われる

¹²⁸。

第二款 実行行為概念へのアプローチ

このように、実行行為概念は、構成要件に該当する行為という形式的な定義を通じて行い、或いは行為の危険・結果の危険という実質的な要素などによる限定をしても、以上のような批判を避けられないと考えられる。

しかし、それでも、刑法規範は、自由主義・民主主義・法治主義の原理からの要請に応じる罪刑法定主義に支配されており、一般市民はそれを通じて自分の行動が犯罪になれるかどうかを予見でき、犯罪にならない行動を行うことにより、法益侵害結果の発生を避けるので、実行行為概念は形式的な定義として維持することが必要であると思われる。また、各々犯罪構成要件が法益侵害結果の発生を防止するために、規定されたものであり、且つ実行行為概念はその規範的機能により予め法益侵害結果発生の可能性即ち危険性を阻止しようとするものである。具体的な事実関係において、当該行為の実行行為性の有無には実質的な危険を具備することも必要であると考えられる。しかしながら、実行行為概念維持論を前提としても、実行行為が実質的な危険を具備する構成要件該当行為であるという定義に対して、ここでの「危険」の内容は何かという問題はまだ残されている。また、「正犯＝実行行為＝構成要件該当行為＝危険性のある行為」という形に簡単に帰結し、このような「構成要件に該当する」「危険性のある」「行為」という概念を用いて、正犯性の判断を行うとすると、実行行為は共犯論においてどのように位置付けるか、とい

為の限定を否定しようとしないと主張した。すなわち山口「実行行為と責任非難」『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）203-205頁は、予備行為と区別される意味及び共犯行為と区別される意味における実行行為（正犯行為）には「構成要件の枠内に位置する行為」の範囲を画す概念として一定の重要な理論的・解釈論的意義があるため、客観的相当因果関係説を前提としつつ、自己答責性及び遡及禁止論を基礎として理解することになった。なお、結果惹起又は因果関係に中核的意義を与えんとする実行行為不要論に対して、中森・前掲注（90）198頁は、結果惹起又は因果関係によりもたらされる刑事責任の限界基準は危険の作出とその相当な実現であるに過ぎず、刑事責任の各種の区切りを適切に提示することができず、結局、行為の客観的側面に意義を認めないから、行為者の主観に判断基準を求めることになる」と指摘した。

¹²⁸ 奥村正雄「実行行為概念の意義と機能」刑法雑誌 45 巻 2 号（2006 年）258 頁以下を参照。

う問題もある。そのため、本稿は規範論の観点から実行行為概念及びその危険性を検討していきたい。

第二節 不法概念の変遷とその概要

第一項 主観的違法論と客観的違法論

かつては、主観的違法論と客観的違法論との対立が存在していた。主観的違法論の代表的論者アドルフ・メルケル (Adolf Merkel) は、法の否定として不法は「法の中に客観化せられている共同意思、或いはその中に表現せられている共同利益の侵害」及び「帰責可能性の要件 (Zurechenbarkeit)」を含んでいると主張する¹²⁹。前者については、法規の侵害は、それを定立しその貫徹を自己の権威に依って要求する共同意思の侵害を含んでいることは明らかであるが、ここで我々が何よりもさきに眼中にしているところの国家の中に、且つ国家によって実現されている法について言えばその法の尊重の中に、同時に自己の権威の承認を求め、従ってその侵害の中に自己権威の蔑視を感じるのは国家意思である。これは国家によって鎮圧する一切の不法の特徴であり、一部の不法のみの特徴ではないため、このような不法が共同利益の侵害も含んでいる¹³⁰。後者については、法は法的性質を持った命令・禁止の総体であり、不法は従ってそのような命令・禁止の侵害とみることができ、この命令は帰責能力のあるに者しか向けられていないため、自然現象や帰責能力のある者の意思に帰責できない人間活動による侵害は、ただそれが向けられている者、その者に対してそれが妥当しようと思欲している者の側においてのみ考えられるからである¹³¹。この見解は、命令説を貫徹し、法の本質を人間の意思に対する命令又は禁止であると解し、この命令又は禁止はこれを理解し、これに従って意思決定し得る者即ち責任能力者に対して意味しか持たないものであるもので、不法判断の対象が有責行為に限られることになり、その後にもフェルネック (Alexander F.H. Ferneck) やグラーフ・シ・ドーナ (Alexander Graf zu Dohna) などによって支持され、発展した¹³²。

¹²⁹ 佐伯千仟『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年）63頁。

¹³⁰ 佐伯・前掲注（129）63-64頁。

¹³¹ 佐伯・前掲注（129）64頁。

¹³² 福田・前掲注（106）139頁。団藤・前掲注（63）190頁。また、フェルネックやドーナなどの理論について、佐伯・前掲注（129）72頁以下を参照。

このような行為者意思に基づき責任能力を前提として構築される主観的違法概念に対して、客観的違法論は不法と責任との考察を分離すると主張する。リスト(Franz v. Liszt)は、自然主義・実証主義の因果関係論の立場から、犯罪行為の客観面と主観面とを経験的に区別し、その客観面を構成要件該当性・違法性に、主観面を責任に対応させることにより違法と責任を区別すると主張する¹³³。そしてメツガー(Edmund Mezger)の見解によれば、法規範の第一作用は如何なる事実が、かかる客観的法秩序と調和・合致し、如何なる事実がそれと矛盾するかという点で法的基準を示し、かかる法的評価の対象たりうるがためには、それがわれわれの法的な、従ってまた国家的な共同生活に関係のある事象であることを要するが、同時にまたそれを以って足りるので、それが責任能力者の行為であるかどうかを問わず、人間以外の動物の態度や自然現象が共同生活に関係がある以上も、この評価を受けするのであり、この立場からはいわゆる違法状態の存在も是認しなければならないとする¹³⁴。よって、メツガーによれば、法規範は客観的評価規範としての側面及び主観的決定規範としての側面を有し、人間の意思に対して命令・禁止するためには、まず何が許され、何が許されないかを評価しなければならないので、評価規範が決定規範に論理的に先行ことになる。そしてある事実関係において、この評価規範としての側面により法秩序との否定的な価値判断を受けることが「違法」とされる一方、行為者の責任においては、評価規範の違反を前提として決定規範の違反を判断する。即ち決定規範に反するのは責任能力者の行為に限るものとされるが、評価規範による判断にはそのような制限がないである¹³⁵。換言すれば、客観的違法論によれば、法規範の期待に違反するのは行為者ではなく行為であり、不法概念の構築は評価規範の違反を前提とするため、決定規範の違反、即ち行為者に対する非難に関わらないとされることである。

ところで、メツガーの客観的・抽象的違法概念によれば、違法は評価規範としての法に対する違反であり、法的に是認せられた状態の変更或いは法的に否認された状態の招来であるが、一定の状態の法的に上否認せられた招来ではなく、犯罪が違法なのはそれが違法を発生させるからである、という違法の本質を推認し得る¹³⁶。また、違法の判断は評価規範に違反する事態の発生の確認であるとし、人間の行為とは関連づけられないため、法にとって望ましくない客観的事態は因果関連性が存在すれば、違法ということになる¹³⁷。そう

¹³³ 山中敬一『刑法総論』（成文堂、2015年第3版）136頁。

¹³⁴ 佐伯・前掲注（129）30頁。

¹³⁵ 佐伯・前掲注（129）31頁、福田・前掲注（106）139頁、団藤・前掲注（63）190頁を参照。

¹³⁶ 佐伯・前掲注（129）87頁以下を参照。

¹³⁷ 井田・前掲注（109）256頁。

すると、故意・過失など主観的な心理要素が決定規範の違反の問題であり、それがただの客観的不法の状態に対する主観的な投射になるのである。しかしながら、人間の行為を離れた自然的な利益侵害状態の全てが違法とされる点から見ると、市民の「行為」の存在を完全に捨象した「違法評価」という概念だけにしかならないため、罪刑法定主義に支配される刑法領域において市民の側にとっては可視的な違法判断が不可能になる¹³⁸。

第二項 人的不法論

現在では、主観的違法論と客観的違法論の対立は姿が消え、その代わりに客観的違法論の内部での対立へと変容している¹³⁹。その論争は、客観的違法論の内部で客観的違法論を徹底するか、それとも主観的要素を例外的に或いは全面的に肯定するかという点にある¹⁴⁰。そもそも、これは、目的的行为論の台頭により、「人」と「責任」との関係を重視し、違法評価を受ける対象が人の行為に限られるとし、そして人的不法論に帰結するということに由来する。

目的的行为論の創始者ヴェルツェル（Hans Welzel）は、刑法的な行為が個人的意思即ち目的性に基づき、外部的な因果的事象に合致するという前提で、客観的な事態を統制する過程であると理解した上で¹⁴¹、「不法は、行為者から内容的にきりはなされた結果惹起（法益侵害）につきるものでなく、行為は、一定の行為者のしわざ（Werk）としてのみ違法なのである。行為者がいかなる目標設定を目的活動的にその客観的行為にあたえたか、行為者がいかなる気持ちからその行為をなしたか、そのばあい、いかなる義務が行為者に存していたが、これらすべてが、生じるかも知れない法益侵害とともに、行為の不法を決定するのである。違法性とは、つねに、一定の行為者に關係づけられた行為の非認である。不法は、行為者關係的な『人的』行為不法である」と述べている¹⁴²。また、目的的行为は、実現意思によって設定された結果に関してのみ存在するとしても、この実現意思によって設定された結果自体は、行為構造の全体において、まさに追求された目的又は適用された手段或いはただ単に実現意思にとりこまれた付随的結果にすぎないため、それは目

¹³⁸ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）38頁。

¹³⁹ 山中・前掲注（133）442頁。

¹⁴⁰ 高橋則夫『刑法総論』（成文堂、2018年第4版）250頁。

¹⁴¹ 福田平＝大塚仁訳『目的的行为論序説』（有斐閣、1979年第3版）1頁。

¹⁴² 福田平＝大塚仁訳・前掲注（141）42-43頁。

目的行為の意味内容にとっては重要ではない¹⁴³。そして、刑法の任務は、「基本的な社会倫理的心情(行為)価値の保護」であり、「基本的な社会倫理的な行為価値を保護することによる法益の保護」であるため¹⁴⁴、不法の中核は「社会倫理秩序違反性」として捉えられ、目的行為論からの帰結として行為無価値論が展開されたとする¹⁴⁵。よって、目的行為により社会倫理秩序違反を違反することを行為無価値と捉えるが、法益侵害の実現が刑法的期待に違反することを結果無価値と捉るとしても、結果無価値は行為無価値においてのみ刑法上意味をもつのである¹⁴⁶、結果無価値は不法の構造において中核的概念ではなく、ただの付随的な効果にとどまる。

この「違法＝社会倫理秩序違反」とする行為無価値論及び「違法＝法益侵害・危険」とする結果無価値論という対立構造が提唱された後、学説はこれらの内容を前提に、およそ「結果無価値論」、「違法二元論」、「行為無価値一元論」が主張され¹⁴⁷、不法概念をめぐる論争が激しく展開された¹⁴⁸。

第三項 結果無価値の体系的地位

ヴェルツェルの目的行為論と人的不法論の展開により、目的行為が社会倫理秩序違反を違反することが行為無価値、法益侵害の発生が刑法の期待を違反することが結果無価値、という 2 つの概念で不法概念の実質的基礎を共同に構築することになる。前述のように、ヴェルツェルの見解によれば、結果無価値は行為無価値の内部においてのみ意義を持つものとして捉えられ¹⁴⁹、法益侵害又は危険はただ「人的に違法な行為の部分要素」であ

¹⁴³ 福田平＝大塚仁訳・前掲注（141）5 頁。

¹⁴⁴ 板倉宏＝内藤謙「違法性における行為無価値と結果無価値」中勝義編『論争刑法』（世界思想社、1976 年）21 頁

¹⁴⁵ 川端博「刑事責任の総合的研究—序説—」明治大学社会科学研究所紀要 49 巻 2 号（2009 年）313 頁。

¹⁴⁶ 福田平＝大塚仁訳・前掲注（141）43 頁。

¹⁴⁷ 学説の概要について、井田・前掲注（102）2 頁以下及び前掲注（109）86 頁以下、山中・前掲注（133）443 頁以下、高橋・前掲注（140）250 頁以下などを参照。

¹⁴⁸ 行為無価値と結果無価値の対立について、板倉宏＝内藤謙・前掲注（144）19 頁以下、34 頁以下、曾根威彦＝川端博・前掲注（145）105 頁以下、杉本一敏「行為無価値と結果無価値の対立はどこまで続くか」、仲道祐樹「論争の終わらせ方」『理論刑法学入門』（日本評論社、2014 年）331 頁以下などを参照。

¹⁴⁹ 板倉宏＝内藤謙・前掲注（144）19 頁。

り¹⁵⁰、法益侵害の重要性は不法の体系的地位において弱体化されたと言える。以下は、この論点を踏まえ、結果無価値の体系的地位についてさらに検討する。

第一款 行為無価値一元論の考え方

ヴェルツェルの弟子であるアルミン・カウフマン (Armin Kaufmann) の見解は、依然として目的的行為論を理論の前提にしたが、行為の存在論的構造を目的性に求めるというヴェルツェルの見解と異なり、規範論の見地から発展されるものであり、結論として不法は行為の志向反価値に尽き、結果無価値は単なる客観的処罰条件に過ぎない、という行為無価値一元論（一元的人的不法論）を主張する¹⁵¹。

カウフマンは、立法者の規範定立に至る評価過程を三段階に分析し、規範の基礎を明らかにした。第一の評価段階は、既に「肯定的」・「積極的」に評価された「法的状態」(rechtlicher Zustand) すなわち「法益」(Rechtsgut) に関する。ここでは、保護されるべき状態が先行して確認されたものである。そして、この存在すべきものとれる法的状態、肯定的・積極的な価値判断の総体を「社会的秩序」(soziale Ordnung) と称する。第二の評価段階は、「事象評価」(Wertungen des Geschehens) である。ここでは第一段階で肯定的・積極的に評価された状態が、当該の事象によって維持ないし創出されるか、或いは侵害されるかにより、肯定的・積極的にも否定的・消極的に評価されうる。即ち「法益侵害事態」(否定的・消極的価値判断) 或いは「法益維持事態」(肯定的・積極的価値判断) が問題とされる。第三の評価段階では、「人間の生み出したもの」(Menschenwerk) が問題とされる。その因果的事象が、人間の志向性に依拠する「目的論的な設定関係」にあるかが問われるものである。即ち立法者は、「事態無価値」(Sachverhaltsunwert) を回避し、「事態価値」を実現するため、換言すれば、「法益保護」を目的として、法益侵害を志向する(否定的な)行為を「禁止」(Nicht-tun-Sollen) し、法益維持を志向する(肯定的な)行為を「命令」(Tun-Sollen) することになるのである。またカウフマンは、全ての価値判断は「当為」のモメントを含むとするが、この段階の当為は「あるべしという当為」であり、未だ「すべしという当為」ではないので、当為が全ての義務であるというものではなく、「すべしという当為」はその主体に可能である

¹⁵⁰ 板倉宏＝内藤謙・前掲注(144) 20 頁

¹⁵¹ 曾根威彦＝川端博・前掲注(145) 110 頁。

価値実現にのみ関係というものである¹⁵²。そしてカウフマンはこの考察から、①すべての規範に一定の価値判断が先行することであり、②この価値判断とその規範とは同一の対象を有することであり、③規範は行為についての価値判断に基づいて形成されることである、という3つの命題を引き出した¹⁵³。

以上のように、行為無価値一元論によれば、立法者は「法益保護」の目的に基づき、法益侵害を志向する行為を禁止し、法益保持を志向する行為を命令することになり、法益侵害は規制対象ではなく、法益侵害を志向する人間の行為のみが規範の対象と扱われるため、結果無価値は不法の構造から排除され、客観的処罰条件である、という帰結となる¹⁵⁴。すなわち、結果は不法の構造においてその独自の地位を失うことになった。例えば、「殺人行為」を特徴づけるのは、現実の「殺人結果」ではなく、「殺人目的」であるということである¹⁵⁵。しかしながら、この見解は、刑法が何のために命令・禁止規範を設けているかを説明しようとせず、法益保護を刑法の任務とする出発点から逸脱したものと批判された¹⁵⁶。

第二款 行為規範・制裁規範の考え方

一、ビンディングの規範論

ビンディングの見解によれば、「規範」と「刑罰法規」が分離されていることを理論的基礎とする¹⁵⁷。ビンディングは、「所謂犯罪は法規の違反である（Das Verbrechen ist Bruch des Gestzes）なる語は、犯罪的所為を法律の条文（Rechtsvorschrift）に対立せしむるものであり、〔一応〕正確であり且つ適當である。即ちこれに依れば、法規の内容が、これを侵犯する犯行（Misstat）の内容に対して標準となるのである。而して、その結果は、刑法学は一若しそれが犯罪を、それが犯すことの出来ない法規に対立せしむる限

¹⁵² 以上のカウフマンの見解は、増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢 49 巻 5 号（1977 年）140-141 頁、曾根威彦＝川端博・前掲注（145）110-111 頁、山中・前掲注（14）92-93 頁を参照して集約したものである。

¹⁵³ 増田・前掲注（152）142 頁。

¹⁵⁴ 曾根威彦＝川端博・前掲注（145）110 頁。

¹⁵⁵ 松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学 2005 年 6 号（304 号）297 頁。

¹⁵⁶ 山中・前掲注（133）446 頁。

¹⁵⁷ Karl Binding 著＝齊藤金作訳『「ビンディング」刑法論』早稲田法學別冊 7 巻（1936 年）3 頁。

り、一犯罪の内容を誤認し且つ法規の内容を偽造するといふ二重の危険に陥らなければならぬことになる。この事は、犯罪を刑罰法規の違反として考察する限り、刑法学の病弊であつた。刑罰法規は、概念上、先づ、違法な所為 (rechts widrige Tat) を追躡する、換言すれば、刑罰法規の目指すものは、結果であつて、其の内容を確定することではない。世の如何なる犯罪も、刑罰法規一之に従つて犯罪が処断せられる一は侵犯しないのである、換言すれば、各犯罪は、刑罰法規とは根本的に異なり、近時、『規範』 (Norm) と名付けられている一種の法規 (ein Rechtssatz) に違反するものである。」と述べた¹⁵⁸。すなわち、全ての犯罪は、刑法により刑を科せられる前に、既に刑法の前提とされている「規範」の命令・禁止に違反した義務侵害により刑罰に値すると見なされ、その「反規範性」すなわち「違反性」に対し、刑法が一定の違法効果すなわち刑を科すべき旨を規定しているにすぎないものである¹⁵⁹。

この「規範」と「刑罰法規」を区別し、「規範」の存在を「刑罰法規」の前提とするというビンディングの見解は、行為規範と制裁規範の区別に一致すると思われている¹⁶⁰。

二、行為規範論における結果無価値の地位

このような行為規範と制裁規範の対置という形式が示している二元的規範論¹⁶¹において、論者は、法益保護という規範の目的から行為無価値と結果無価値との関係を再考した¹⁶²。本稿も、この論点を踏まえ、行為規範における結果無価値の地位を考察する。

¹⁵⁸ Karl Binding 著＝齊藤金作訳・前掲注 (157) 201-202 頁。

¹⁵⁹ 竹田直平『法規範とその違反』 (有斐閣、1961 年) 75 頁。

¹⁶⁰ 山中・前掲注 (14) 83 頁。また、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』 (成文堂、2007 年) 1 頁は、ビンディングの規範論が行為規範と制裁規範の対置を根拠付けたと称した。

¹⁶¹ 高橋・前掲注 (160) 1 頁。また同書 2 頁注 4 は、二元的規範論はドイツの通説であると称した。

¹⁶² この点について、中野次雄『刑法総論概要』 (成文堂、1997 年第 3 版補訂版) 28-29 頁は、実質的な違法性の有無を判断するためには、行為規範の具体的内容を明らかにしなければならないが、その具体的内容を的確に把握することが必ずしも容易ではないので、そこで、法益保護という角度から、行為規範の目的は何らかの法益を保護するか増進するためのものと理解し、法益を保護する行為規範に違反する行為は性質上常に法益侵害性を有しており、刑罰の対象となるが、もしまたそのような行為を行為規範が禁止していないとすれば、その理由は、法益を基準として違法性を判断することにより、法益を保護する必要がないため、或いは他の法益の保護・増進との比較考量の結果である、すなわち法益衡量説と主張する。また、同書 32 頁注 2 は、「いわゆる行為無価値の側からは、行為の態

まず行為規範は、法益保護のために市民の行動に指針を与え、一定の行為の評価を基礎とする禁止・命令によって行為を規制するものであり、且つこの規制機能により、事前に犯罪を予防する機能を果たすという意味で、これは行動を規制する規範でありつつも、意思決定を導く規範である。しかしその前に、その規範に従っている限り、原則として正しい行動を採るものであると評価する機能を有しているため、正当な行為を行うよう意思決定させる機能も持っている。よって、行為規範は、評価規範に沿った行為に導く機能として、意思決定規範の機能を果たすことである¹⁶³。また、行為規範には、行為の動機が規範に従い得たかどうかは重要でなく、規範が禁止する行為をした者は全て規範違反であるから、個人の意思決定可能性がその前提とならず、ただ正当な行為か否かについて「評価」を下すことである¹⁶⁴。これに対して、制裁規範は、行為規範違反の際、即ちその犯罪予防機能が機能しなかった際に発動するで、失われた行為規範の妥当性を事後的に回復し、規範に対する将来における信頼喪失を回復するとし¹⁶⁵、行為が一定の要件を充たした時に法律効果として一定の制裁が科せられることを定めるものである¹⁶⁶。そのため、行為規範

様・行為者の心理状態など法益と関係のない事実も違法判断の一つの要素であり、それが行為無価値を形成するといわれるが、これらの要素も、法益という概念を本文のようにやや広く解すれば、結果は法益侵害性すなわち結果無価値の要素に還元して考えることができるはずである。また、そうでなく、法益と全く無関係な違法要素を認め、行為規範は法益保護以外の目的のためにも存在するというのであれな、それは違法性の範囲を不当に広げるものだというできであろう。」として、まさに行為無価値は基本的に結果無価値の側面から基礎づけられなければならないと言える。なお、台湾の学者も、ドイツ学説の見地から、結果と行為無価値との関係を明確に論及した。例えば、蔡聖偉「評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分」政大法學評論 91 期（2006 年）366-369 頁、許恒達「『行為非價』與『結果非價』—論刑事不法概念的實質內涵」政大法學評論 114 期（2010 年）243-246 頁。

¹⁶³ 山中・前掲注（14）55-56 頁。

¹⁶⁴ 山中・前掲注（14）56 頁。

¹⁶⁵ 制裁規範に対する理解について、山中・前掲注（14）59 頁は、制裁規範の発動は行為規範違反を前提として理解する。これに対して、高橋・前掲注（140）10 頁は「名宛人は誰か」という問題から観察し、刑罰法規は、裁判規範であることを前提として行為規範を明示すると共に、その行為規範に違反した場合には刑罰を科すという制裁規範を明示することであり、制裁規範と行為規範違反との間に一定の結びがつけられると理解する。また、両教授は共に、行為規範と制裁規範の対置を犯罪論の基礎に置くという二元的規範論を主張するが、それぞれの基本的理解が異なる。一方、井田・前掲注（109）89 頁は、制裁規範それ自体は形式的で無内容なものであり、そこから違法性の実質について何らかの帰結が導かれるものではないと指摘する。

¹⁶⁶ 山中・前掲注（133）19 頁。

は、法益保護の観点から行為に働きかけて犯罪を予防するという事前的予防機能により根拠づけられ、制裁規範は、制裁の賦課が行為規範に違反する行為への反応として適正又は合目的であるかどうかという事後的処理機能により根拠づけられる¹⁶⁷。したがって、法益保護という規範の目的を達成するために、法は、許されない法益侵害結果の発生の一定の可能性のある行為態様を事前に規定し、且つ刑罰の社会的反応およびその必要性を考え、規範違反者を処罰することにより、事後にその犯罪のもたらした効果を減し、社会の動揺を抑え、法秩序への信頼を回復し、さらに犯罪予防の効果を補強しうることになる¹⁶⁸。

行為規範違反の内容については、ドイツの学説において、概ね侵害惹起説（客観的規範概念）と規範違反行為説（主観的規範概念）が分かれている。侵害惹起説の主張者キントホイザー（Urs Kindhäuser）とフォーゲル（Joachim Vogel）の見解によれば、各則の構成要件に該当する行為は規範違反行為であり、また規範違反とは、法律の文言と体系に相応して行為者の行為のうちの客観的要素と目的といった特別な主観的規範要素を基礎として事後的に認定されるものであり、故意・過失のような他の主観的規範要素と責任要素が排除される。例えば、殺人罪のような結果犯において「死の結果を惹起するな」ということが規範の内容とされる。また、客観的帰属の問題が行為規範の問題とされるが、故意・過失・錯誤などが帰属ルールに属するとされる。この帰属ルールは法律上の規定がある場合に適用され、このような法律上の規定は刑法総則の帰属ルールと関係する制裁規範と見られるが、法益保護は制裁規範の根拠及びそれに関係する帰属ルールの根拠であるとは見なされない。よって、法益保護は行為規範の直接的根拠であり、これに対して、刑法上の制裁はまさに法益保護の失敗、即ち法益侵害を前提とし、帰属の目的ないし根拠は、人の行為に対してその責任を問うということである¹⁶⁹。そして、行為規範違反のみでは制裁を課することに十分ではなく、刑法上の制裁規範は、規範違反行為が行為者に規範侵害として帰属されうることが必要になる¹⁷⁰。

¹⁶⁷ 山中・前掲注（14））59頁、同『刑法総論』（成文堂、2018年第4版）19頁。なお、高橋・前掲注（140）11-15頁は、行為規範と制裁規範の概念に対する基本的理解が山中説と異なるが、それらの正当化根拠を同様に理解し、さらに「法的平和の回復」が被害者の修復、加害者の修復、コミュニティの修復を規範的レベルで把握する可能と主張する。

¹⁶⁸ 山中・前掲注（133）19頁。

¹⁶⁹ 山中・前掲注（14）96-97頁。

¹⁷⁰ 山中・前掲注（14）102頁。

これに対して、規範違反行為説の主張者フリシュ（Wolfgang Frisch）とフロイント（Georg Freund）の見解によれば、行為規範の中核は法益侵害ではなく、「構成要件行為」即ち「客観的に否認された危険の創出」にあることを捉える。それは事前判断によって決定されるものであり、結果発生及び客観的帰属は「制裁規範の制裁構想に付加的な要件」にすぎない。行為規範は、未だ存在しない結果を取り込んで構成されるべきでないことである¹⁷¹。よって、構成要件該当性は行為規範違反である「構成要件該当行為」と制裁規範の要件を充たす「構成要件該当結果」とに分解され、客観的帰属は後者に属すると説明される¹⁷²。

客観的規範説に対する批判は、具体的な状況において、禁止された行為と禁止されない行為を選択し決断する時の基準とはならず、また、結果が発生した時には事前的にみて禁止されない行為も規範違反であると扱われる点で広すぎ、さらに結果が発生しなかった時には事前的にみて禁止された行為でも規範違反ではないと扱われる点で狭すぎるなどがある。これに対して客観的規範説からの反論は、結果惹起の禁止ないし結果回避命令も行政指導的に作用するとし、行為がどのようにあるべきか、即ち構成要件的结果に対して原因となつてはならないということは、事前に確定されることであるが、その具体的な行為が結果を惹起するか、それが侵害にとって重要かどうかについて判断が開放的であり、まったく具体的な状況と行為者の知見と能力に依存するとする¹⁷³。

第四項 行為無価値の再定位

主観的規範概念によれば、「行為規範違反＝行為無価値」及び「法益侵害結果の発生＝制裁に付加的な要件」という観点から強調すれば、結果無価値は不法の構造において優位的な要素ではなく、法益侵害結果は刑罰と刑事政策の必要性に応じて制裁を科する単なる前提のみとされるため、不法の中核は、行為規範に対する市民の信頼及びその効力を維持することにあると思われる。しかしながら、刑法は、法益保護を目的として制定されたものであり、刑法の内容から由来する行為規範とは、法益侵害発生を防止するため、一定の行為を禁止・命令するという類型化された行為態様であり、このような行為を禁止し又は命令する理由は、行為後の因果過程において法益侵害が作用することであり、一定の行為

¹⁷¹ 山中・前掲注（14）98頁。また山中は、規範違反行為説は最近ドイツの通説であると称した。

¹⁷² 山中・前掲注（14）102頁。

¹⁷³ 山中・前掲注（14）98頁。

が法益侵害の発生に導かれる時に限り、刑法がこのような行為を禁止すると考えることが正当だと思われる。もし後続の因果過程の発展において法益侵害発生の可能性を考えず、単に規範違反行為により行為規範の規制の内容を構築するとすれば、刑法を法益保護という目的から引き離すことになる。また、一般予防という刑事政策の観点に基づき、行為規範は、行為がもたらした法益侵害の危険の発生及び社会許容性の欠如に対して有効に防止しうるものと思われるが、現実的な法益侵害の確率により行為の適法性を観察することをせず、行為が行為規範に合致するかどうか、主観的に他人を侵害する意思を有しているかどうかだけが重視されると、不法の判断は法益侵害の実現から行為規範への符合の有無へと移行し、可罰性の根拠も法益侵害の現実的な発生から行為者の主観的な悪性又は客観的な規範への不服従となる¹⁷⁴。これは、法益保護機能を持っている刑法に対して、その規制機能の側面を過度に強調し、刑法が単なる行為を統制する規範とされる。他方、刑法の介入時期が早期化しすぎ、刑法の謙抑性・補充性には合致することができないと考えられる。

このような考え方によれば、刑法は、法益保護機能に基づき、行為規範としては、事前的に特定の行為態様を法定化し、名宛人である一般市民を規制することにより、法益侵害結果の発生を回避し、制裁規範としては、事後的に行為規範違反行為に刑罰を科し、法秩序又は規範的な効力を回復することにより、法益侵害結果の再発生を回避するため、一般市民としては刑法の示す規範が予見可能又は遵守可能であり、且つ刑法によって自由・人権を保障するものとなる。よって、法益保護機能こそは行為規範と制裁規範の共通の根拠ないし目的である。そうすると、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ならず、刑事不法の構築にあたって結果無価値と行為無価値という両方面の観点から検討すべきであると思われる。また、もしこの規制機能を有する刑法規範の内容は法益侵害結果発生の可能性から離れれば、一般市民が事前的にそれを予見・遵守するのは期待し難いことであり、さらに事後的にこのような予見・遵守し難い行為規範を違反する行為に刑罰を科せば、刑罰の範囲が不当に拡張され、最終的に刑法規範に対する市民の信頼を失い、処罰しても法秩序又は規範的な効力の回復ができず、法益侵害結果の再発生の回避という目的も達成できないことになるので、これが罪刑法定主義の要請及び個人権利の保障に応じられるとは言えない。そして、不法の評価の対象は、自己が統制できる身体行動のみではなく、客観的に予期できる範囲内における行為者自身によってもたらした外在世界の変動も含まれる。よって、具体的な行為が結果惹起又は侵害の重要性の有無によって規範違反を判断するという客観的規範概念は、原則として妥当であると思われる。このような規範論的観点における刑事

¹⁷⁴ 許恒達・前掲注（162）251頁は同旨。

不法の構築は、「行為規範違反＝行為無価値」を認めるとしても、「法益侵害発生＝結果無価値」をその中核とし、規範違反性による行為無価値が法益侵害性による結果無価値に補強されると考えられる¹⁷⁵。

第三節 実行行為概念への再考

第一項 刑法的評価の要素の一部としての行為

犯罪の成立と科刑のためは、行為が存在しなければならないが、行為が存在するとしてもその行為だけを処罰の対象とすべきであるので、犯罪は行為に限定される¹⁷⁶。そのため、実行行為性の判断に入る前に、必ず行為概念を解明しなければならないと思われる。

従来 of 行為概念の論争について、自然主義の見地から観察して意思に基づく身体 of 動静を行為と定義する因果的行為論¹⁷⁷、目的的意思によって統制・支配可能な範囲内 of 人の態度として of 人間行動と定義する目的的行為論¹⁷⁸、行為は社会的に意味のある有為的な人間の身体 of 動静と定義する社会的行為論¹⁷⁹、人格の主体的現実化と定義する人格行為論¹⁸⁰、という4つの見解が大別されている。

¹⁷⁵ 高橋・前掲注(160) 51-52 頁は、刑法の任務が法益保護であるため、刑罰によって回復すべき規範とは抽象的な規範をいうものではなく、具体的な規範即ち一般人や被害者を含めたものであり、そういう意味での「法的平和 of 回復」が刑罰さらにはより広い意味で制裁によって実現 of であり、このような制裁規範 of 発動条件として、侵害犯には法益侵害 of 発生、未遂犯には具体的危険 of 発生が要求されるべきになるので、行為規範と制裁規範は規範論的に統合されることができ、違法性は行為無価値と結果無価値 of 総合から構成されることになる」と主張した。これに対して、山中・前掲注(133) 448 頁は、制裁規範 of 作動 of 前提条件としての犯罪論における不法 of 構成要素である行為無価値 of 概念は放棄するのが良いと考えつつも、厳密な意味における結果無価値 of 概念のみでは、可罰性 of 提前提を全て説明できないため、この場合 of 不法は、結果無価値からのみならず、「危険」 of 存在からも根拠付けられなければならないので、このような「危険無価値」 of 概念に独立した意義をもたせるべきであると主張した。

¹⁷⁶ 平野・前掲注(72) 106 頁。

¹⁷⁷ 山口・前掲注(1) 42 頁以下を参照。また、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975 年) 90 頁は、これを「有意的行為論」と呼ぶ。これに対して、平野・前掲注(72) 113 頁は、行為を「単に身体 of 動静」である「自然的行為論」と主張した。

¹⁷⁸ 井田・前掲注(102) 27 頁、福田・前掲注(106) 59 頁以下を参照。

¹⁷⁹ 佐伯・前掲注(121) 145 頁。

¹⁸⁰ 団藤・前掲注(63) 104 頁以下を参照。

この問題について、行為概念を機能的に考えると、刑法上考察の対象となるのは構成要件該当、違法且つ有責な行為であるので、行為は全ての犯罪成立要素を結びつく基底的な概念になり、基本的要素としての機能を持ちつつ、刑法的評価の対象となりうるものの外枠を描き、ある範囲の人間活動を刑法的評価から外し、限界要素としての機能を持つということである¹⁸¹。また、犯罪論の構成を考えると、できるだけ客観的・事実的な要素から出発し、次第に価値的・主観的な要素に立ち入るため、行為の判断が構成要件該当性の判断に入る前に、できるだけ没価値的に行われるのは妥当である¹⁸²。そして、刑法の評価対象としての行為は、行為者の主観面の意思と結びつき、反射運動など意思によらない行動は刑法評価の対象とするべきではない。よって、実行行為概念は価値的な判断要素とし、ある行為がある犯罪の実行行為に該当するかどうかについて、出発点として、できるだけ社会的な価値判断が除外すべきである。また全ての犯罪は意思の内容を有するものではなく、認識なき過失による犯罪も存在している。これらの共通の要素は「意思に基づく身体の動静」であるので、因果的行為論が妥当だと思われる。

犯罪論体系における「行為」の地位については、構成要件該当性の判断において先立つ独立の犯罪成立要件であるか¹⁸³、或いは構成要件該当性の一要素であることか¹⁸⁴、という見解の対立があったが、本稿は、行為を構成要件該当性の判断に先ずる要素として捉え、事実関係においての人間行動は因果的行為論を通じて、刑法的な評価対象を特定するものである。すなわち刑法上の行為とは問責対象の選択を行う概念である。

第二項 実行行為性の判断

上述のように、因果的行為論を通じて選別された刑法上行為が、実行行為に該当するかどうかは、さらなる検討すべき問題である。すなわち、「正犯＝実行行為＝構成要件該当行為＝危険性のある行為」という形式に簡単に帰結すれば、実行行為概念を維持すべきという前提において、実行行為は実質的な危険を有する構成要件該当行為であると定義しても、その「危険」の内容については特定しなければならない。本稿は、刑事不法は、結果無

¹⁸¹ 大谷・前掲注（74）82頁。

¹⁸² 平野・前掲注（72）113頁

¹⁸³ 曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、2008年第4版）47頁、内藤・前掲注（71）144頁以下、西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）67頁以下、野村稔『刑法総論』（成文堂、1998年補訂版）82頁以下などを参照。

¹⁸⁴ 木村亀二『刑法総論』（有斐閣、1959年）125頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、2008年第4版）111頁、福田・前掲注（106）55頁以下などを参照。

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規範論的に検討していきたい。

まず、構成要件該当性の判断対象としての実行行為は、各々の構成要件の示している行為態様に限定されており、すなわち構成要件の定型的な制限を受けている。ここで、構成要件は法益保護のために、行為規範として一般市民の行動に指針を与え得るので、その定型性は、文言解釈を重視し、保護法益の種類とその侵害態様及び常識・社会心理的基礎とする社会通念に基づいて解釈し¹⁸⁵、一般市民がそれを予見又は遵守し得るものではないなければならない。例えば、殺人罪において、殺人行為が「如何なる方法を使っても他人の生命を侵害するな」であると理解することができる。次に、各々の構成要件は、法益侵害結果の発生を防止するために法定化されたものであり、且つ法の予想する法益侵害の危険を有しているが、その予想する法益侵害の危険性が、経験則上及び個別の事実関係において、法定化された行為態様によって現実化しなければならないので、実行行為は、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。さらに、このような定型化された行為は、既遂結果が発生した場合に、どこかに何らかの原因が生じていたのであり、その程度の大小の差はともかく、自然的・事実的危険はどこかに存在したことになる。どの段階にどの行為に実行行為性を認めるのかは事実的危険判断だけではなし得ないし、また結果に対する因果性を肯定する以上、常に実行行為性を肯定することになるので、実行行為はそれ自体がもつ事前判断による事実的危険性によっては確定できずに、規範的な評価を基礎に行うことが必要である¹⁸⁶。そのため、私見によれば、実行行為は事前判断による事実的危険性を持っているだけではなく、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する上、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。そして、ここでの「客観的に予測できる範囲内」の判断は、構成要件該当性における厳格な因果関係の判断ではなく、構成要件的行为とそのもたらした事実的危険性との間に、一定の程度の蓋然性が存在しているかどうかに対して事後的に確認することと考えられる。

したがって、実行行為性の判断の枠組みは、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つの要素を組み合わせることである。このように実行行為は「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」と理解できるので、「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」という形式に帰結し得る。

¹⁸⁵ 団藤・前掲注(63) 121-131頁と171頁を参照。

¹⁸⁶ 石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌45巻2号(2006年)247頁以下を参照。

第三項 共犯と実行行為概念

現在の通説である因果的共犯論によれば、正犯の行為を介して法益侵害を惹起したことが共犯の処罰根拠とされ、正犯と共犯の差異は法益侵害惹起の態様の差にあるため¹⁸⁷、共犯が成立するかどうかは正犯の行為と連動している。しかしながら、正犯と共犯との関係をこの視点から分析した場合、直接的に法益侵害を惹起する正犯は、「直接的な」「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」がその実行行為とされ、これに対して、間接的に法益侵害を惹起する共犯は、その「間接的な」「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」が同じ実行行為性を有すると推論しうるか、すなわち共犯行為にもそれが実行行為であると言えるか、という問題がある。そこで、ここで言う、「間接的」、「定型」、「危険」の内容を分析していきたい。

まず法益侵害惹起の態様の視点から観察すれば、正犯行為でも共犯行為でも、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という同じ基準が通用し、しかし、それぞれの行為態様は実際において異なるものとして示されている。すなわち、現実においてどのように法益侵害を惹起することが、その差異となっているかを検討しなければならない。正犯は、各々の構成要件の示している行為態様によって法益侵害を惹起するものであり、共犯は、正犯に働きかける又は助力を与えることによって法益侵害を惹起するものであるため、教唆・幫助を基本構成要件についての実行行為と見なすことにはならない¹⁸⁸。次に、責任追及という視点から見れば、直接的な法益侵害の惹起としての正犯は非従属的な「一次的責任」が問われるものであり、正犯を通じて間接的に法益侵害を惹起するとしての共犯は派生的・従属的な「二次的責任」が問われるものであるため¹⁸⁹、制限従属形式において、共犯の成立にとって、正犯の行為が構成要件該当性及び違法性を備えていることが必要である。よって、「直接的」と「間接的」の意味は、実際の行為態様の差異を指し、これも構成要件が示している「定型」によって見分けることができる。そして、共犯が有する危険の内容は、「結果としての危険」と「行為としての危険」に分かれている。前者は、共犯処罰の時期に関する実行従属性の問題である¹⁹⁰。すなわち共犯の既遂は正犯による結果発生時となり、共犯の未遂は正犯による具体的危険の存在した時に成立するということから実行従属性が根拠づけられることに

¹⁸⁷ 山口・前掲注(1) 310 頁。

¹⁸⁸ 同じ見解として、団藤・前掲注(63) 379 頁以下を参照。

¹⁸⁹ 山口・前掲注(1) 307 頁。

¹⁹⁰ 大越義久『共犯論再考』(成文堂、1989 年) 192 頁。

なり、この具体的危険の存在する前には抽象的危険しかない¹⁹¹。後者は、共犯処罰の軽重に関する正犯・共犯の区別の問題である¹⁹²。すなわち基本構成要件か修正された構成要件かによって、処罰対象となるのが法益侵害に対する危険な行為であることが変わらないので、正犯行為・共犯行為の実質は法益侵害に対する危険にあり、その危険性の量と程度の差により、重く処罰されるのが正犯、軽く処罰されるのが共犯と区別されることになる¹⁹³。よって、共犯の「結果としての危険」は共犯の可罰性の外部的限界をつける機能を有し、共犯の「行為としての危険」は共犯の可罰性の内部的限界をつける機能を有するということになる¹⁹⁴。

したがって、正犯と共犯には、「直接的」又は「間接的」という犯罪定型の差、及び危険の質と量の差が存在しているので、共犯行為は本稿のいう実行行為とはならない。

第四項 判例の検討

本稿の研究重点は、正犯の一種である間接正犯がどのような視座から理解すべきかに置く。結論から言えば、「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」を前提に、間接正犯の正犯性は実行行為性によって取り決めると考えられる。個別の事実関係において、行為者の複数の行為が法益侵害の発生につながる、どの行為が間接正犯の実行行為とされると検討するのが本稿の課題である。そのため、以下は、一連の行為に関する判例を中心に検討していきたい。

第一款 砂吸引事件¹⁹⁵

本件の事実の概要は、被告人Aは、殺意をもって被害者Bの首を絞めた後、死体遺棄の意思に基づきBを海岸に放置したが、実際にはBが生きており、首絞めと遺棄された後の砂吸引により死亡したというものである。

大審院は、「被告Aノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ノ後被告AカBヲ既ニ死セルモノト思惟シテ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行爲アリタルモノニ

¹⁹¹ 高橋則夫「共犯における危険概念」刑法雑誌 33 巻 2 号（1993 年）238 頁。

¹⁹² 大越義久・前掲注（190）192 頁。

¹⁹³ 大越義久・前掲注（190）193 頁。

¹⁹⁴ 高橋則夫・前掲注（191）244 頁。

¹⁹⁵ 大判大正 12 年 4 月 30 日刑集 32 巻 387 頁。

シテ此ノ行爲ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本來前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナキニ於テハ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行爲モ亦發生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社會生活上ノ普通觀念ニ照シ被告 A ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ト B ノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正當トスヘク被告 A ノ誤認ニ因リ死體遺棄ノ目的ニ出テタル行爲ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮斷スルモノニ非サルヲ以テ被告ノ行爲ハ刑法第百九十九條ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」（下線部は著者による）と判示した。

本件では、私見によれば、B の首を絞めた第一行為は、事前判断により、首絞め行為が殺人行為の定型を有し、また経験則により首絞め行為が B の死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有し、そして事後判断により、首絞め行為から死亡結果に至った事実関係において、後続の第二行為の介入事情が存在していたことを合わせて考えれば、第一行為と後続の第二行為による死亡結果との間で一定の程度の蓋然性が存在しており、殺人罪の予想する法益侵害発生の危険性において、両行為と B の死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、第一行為が本件の殺人の実行行為であると解される。

第二款 クロロホルム事件¹⁹⁶

本件の事実の概要は、被告人 A が、被告人 B、C、D らと共に謀し、A の夫である被害者 E に対しクロロホルムをかがせて意識を失わせ（第一行為）、車ごと海中に転落させて殺害しようとした（第二行為）が、E はクロロホルムを吸引させた時に既に死亡したというものである。

最高裁は、「実行犯 3 名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて E を失神させた上、その失神状態を利用して、E を港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであつて、第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであつたといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯 3 名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があつたものと解するのが相当である。また、実行犯 3

¹⁹⁶ 大判大正 12 年 4 月 30 日刑集 32 卷 387 頁。

名は、クロロホルムを吸引させて E を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯 3 名の認識と異なり、第二行為の前の時点で E が第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯 3 名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる」（下線部は著者による）と判示した。

本件では、私見によれば、事前判断により、クロロホルムを吸引させた第一行為と車を転落させた第二行為は時間的場所的近接性があり、第一行為が第二行為を確実且つ容易に行うために必要不可欠なものであるため、ここで両行為を合わせて考えると、第一行為は第二行為の前提とし、既に殺人行為の定型を有し、また経験則により E の死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有した上、事後判断により、第一行為が確実に死亡結果を惹起したので、第一行為が本件の実行行為であると解される。

第三款 ベランダ転落死事件¹⁹⁷

本件の事実の概要は、被告人 A は、妻 B を包丁で数回突き刺した後、ベランダの手すり伝いに隣室に逃げ込もうとした同人を連れ戻そうとして掴みかかり、B をベランダから転落させて死亡させたというものである。

東京高裁は、「被告人 A の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。次に、ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいいい難いが、本件においては、被告人 A としては、被害者 B を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人 A から逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人 A には具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者 B を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。更に、被告人 A の被害者 B を掴まえよう

¹⁹⁷ 東京高判平成 13 年 2 月 20 日判時 1756 号 162 頁。

とする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するとおりである。以上によれば、被告人 A が殺人既遂の罪責を負うのは当然である」（下線部は著者による）と判示した。

本件では、私見によれば、最初の刺突行為は、事前判断により殺人行為の定型を有し、また経験則により B の死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有し、そして事後判断により、刺突行為から死亡結果に至った事実関係において、後続の出血死させる行為、ガス中毒死させる行為、ベランダから転落死させる行為という一連の行為が、最初の刺突行為のもたらした事実的危険性を「補強」したものと考えられる上、殺人罪の予定する法益侵害発生 of 危険性において、刺突行為と死亡結果発生 of 危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、刺突行為が本件の実行行為であると解される。

第四款 被害者利用殺人事件¹⁹⁸

本件の事実の概要は、被告人 A は、自動車の転落事故を装い被害者 B を自殺させて保険金を取得する目的で、犯行の前日と当日において、極度に畏怖して服従していた B に対し、暴行・脅迫を交えつつ、岸壁上から車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、B が A の命令に応じて自殺以外を選択することができない精神状態に陥らせていたが、犯行当日に B が命令に応じて自殺する気持ちがなく、水没前に車内から脱出して死亡を免れたというものである。

最高裁は、「被告人 A は、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人 A を極度に畏怖して服従していた被害者 B に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人 A の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものといえることができる。被告人 A は、以上のような精神状態に陥っていた被害者 B に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者 B に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たるといふべきである」（下線部は著者による）と示した。

¹⁹⁸ 最決平成 16 年 1 月 20 日刑集 58 卷 1 号 1 頁。

本件では、犯行の前日と当日において、A がそれぞれに B に命令して自殺させた計 2 回の行為のうち、犯行当日の行為のみが殺人罪の実行行為と認められると思われる。というのは、犯行前日の行為は、事前判断により、A の執拗な命令は殺人行為の定型を有していたとしても、B の哀願及びまだ実際に自殺を行わなかったことにより、B の死亡結果に対する事実的危険性を有していたとは言えない。これに対して、犯行当日の行為は、事前判断により、A の執拗な命令は殺人行為の定型を有し、また経験則により B の自殺行為が自身の死亡結果に対する事実的危険性を有し、そして事後判断により、殺人罪の予定する法益侵害発生の危険性において、B の自殺行為と自殺による死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、それが本件の実行行為であると解される¹⁹⁹。

第四節 小括

「正犯＝実行行為者」を前提に正犯概念を解明しようとする、実行行為概念は正犯概念の核心に存在する要素である。実行行為概念に関しては、実行行為概念維持の立場で実行行為を実質的に理解しようとする見解も、実行行為概念不要の立場で結果帰属を中心に刑法理論を組み立てようとする見解も、論者の指摘のように、まだ説得的な見解となっていないように思われる²⁰⁰。このような指摘に対して、本稿は、規範論的な観点からこれを分析することにより、刑法の評価対象になれる正犯行為は、法益保護の目的に基づき、構成要件の定型性に制限されつつ、法益侵害発生の事実的危険性を有し、且つ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することで、「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」という結論に至った。

ところで、本稿の研究重点である間接正犯は、正犯の一種類として、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造が示している。背後者を呈している正犯と扱われる根拠

¹⁹⁹ また、本件の判示事項により「本件現場の海は、当時、岸壁の上端から海面まで約 1.9m、水深約 3.7m、水温約 11 度という状況にあり、このような海に車ごと飛び込めば、脱出する意図が運転者にあった場合でも、飛び込んだ際の衝撃で負傷するなどして、車からの脱出に失敗する危険性は高く、また脱出に成功したとしても、冷水に触れて心臓まひを起こし、あるいは心臓や脳の機能障害、運動機能の低下を来して死亡する危険性は極めて高いものであった」ため、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為が被害者自身を死亡させる「現実的危険性の高い行為」であると示したので、おそらく最高裁は「行為危険説」を基づいて本件の実行行為性を判断したと思われる。なお、行為危険説について、本章第一節第一項第三款一、を参照。

²⁰⁰ 中森・前掲注（90）197 頁以下を参照。

は、その利用行為が実行行為性を有することにある。他方で、利用行為が実行行為性を有すると
して背後者の正犯性が根拠づけられれば、被利用者の被利用行為が間接正犯の構造においてどの
ように位置づけるかという問題については次章において検討していきたい。

第三章 間接正犯の構造

間接正犯は、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造を呈示している。このような利用行為の正犯性の判断には、犯罪に関与した者は皆正犯となる統一的正犯概念、若しくは二元的正犯概念における共犯を刑罰縮小原因と捉える拡張的正犯概念から見ると、被利用行為の介入があったとしてもその正犯性の存在を阻害しないと考えられている。ところで、共犯を刑罰拡張原因と捉える限縮的正犯概念及び共犯の処罰根拠に関する可罰性借用説から導かれた極端従属形式においては、共犯者の可罰性は有責性ある正犯者から借用するもののため、責任無能力者を教唆して犯罪を実行させた者は教唆犯として論ずることできないので、間接正犯は、このような処罰の間隙に対する解決策とされるものであった²⁰¹。しかしながら、現在の通説の制限従属形式において、このような処罰の間隙を埋めるために考え出された「補充概念」²⁰²又は「救済概念」²⁰³は現在の間接正犯の処罰に通用するものではないと、むしろ間接正犯が正犯として扱われる積極的根拠が必要である²⁰⁴。

第一節 従来の議論の状況

第一項 判例の状況

極端従属形式から制限従属形式への変遷の背景において、元々処罰の間隙を埋めるためのことから生じた間接正犯概念について、それを正犯として扱う積極的根拠及び理論の変遷は、「刑事未成年者の利用」類型の間接正犯を中心に検証することができると思われる。そのため、以下、「刑事未成年者の利用」に関する判例を中心に検討していきたい。

第一款 処罰の隙間を埋めるための間接正犯

旧刑法と戦前の判例において、責任年齢だけでなく是非弁別能力の有無で教唆犯と間接正犯を区別していた。例えば、大判明治 32 年 3 月 14 日刑録 5 輯 64 頁「是非弁別能力がなくただ畏怖

²⁰¹ 西田・前掲注(2) 82-83 頁。

²⁰² 植田博「間接正犯」『刑法基本講座 4 巻』（法学書院、1992 年）80 頁。

²⁰³ 西田・前掲注(2) 83 頁。

²⁰⁴ 浅田和茂『刑法総論』（成文堂、2007 年）430 頁。

して被告人の命ずるところに従う少年に命じて放火させた行為を放火罪の実行正犯とした」（下線部は著者による）及び大判明治 37 年 12 月 20 日刑録 10 輯 2415 頁「満十歳に達せず是非弁別能力ない者に命じて窃盗を行わせた行為を窃盗罪の教唆ではなく実行正犯とした」（下線部は著者による）例が挙げられる。

その後、戦後初期の判例において、仙台高判昭和 27 年 9 月 27 日判特 22 号 178 頁は、「被告人 A は満 13 才に満たない少年 B を利用して原判示第二の（1）については判示 C より瓶に入った煙草光五十箇を盗らせた。同（2）については判示 D より売って金になるような物を盗って来いと言いつけ盗るのを見ていてジャンパー一枚を盗らせた。同（3）については判示のところにいて判示の角巻を持ってこいと言付けて盗らせた。同（4）については判示 E 店より格子縞夜具地三反位を盗らせた。同（5）については E 店より何か品物を盗って来いと言付けて綿緋一反を盗らせた各事実を確認しうるのであつて、被告人 A は刑事責任なき少年 B を利用して自己の罪を遂行したものと認むべきであるから、右は窃盗正犯をもって、論ずべきことを俟たない。所論は該少年 B に特定せざる物を窃取せしめた案件だから、窃盗の正犯も教唆も成立しないというのであるから、前記（2）（5）以外は孰れも特定物件を窃取せしめたことが窺われるが、（2）（5）は孰れも場所を指定し売って金になるような物を盗って来いと命じただけであるが、斯かる場合にも窃盗の間接正犯が成立するものと解すべきである」（下線部は著者による）としている。このような 13 歳未満の少年の利用の事件で、下級審判例は当時有力であった極端従属性説を前提にし、間接正犯を共犯が成立しない場合に処罰の隙間を埋めるための制度と理解し、責任無能力者の利用は共犯とならないから、間接正犯となると考えていた。

第二款 意思抑圧の事情を実質的に判断

畏怖により意思が抑圧された刑事未成年者の利用について、まず最決昭和 58 年 9 月 21 日刑集 37 卷 7 号 1070 頁は、「原判決及びその是認する第一審判決の認定したところによれば、被告人 A は、当時一二歳の養女 B を連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた B に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人 A が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている B を利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所論のように B が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人 A については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである」（下線部は著者による）とした。本判例は、12 歳の少女であった刑事未成年者が是

非弁別能力を有したとしても、背後者の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されていたため、背後者は間接正犯が成立すると認める。

また、名古屋高判昭和 49 年 11 月 20 日刑月 6 卷 11 号 1125 頁は、「…もつとも、所論の如く被告人 A が B に対し、具体的に一金品窃取の命令、指示等した事実は認められないが、原審で取り調べた各証拠によれば被告人において、駐車中の自動車内にある金品を B に盗って来させようと思った時には、特に被告人 A が『盗って来い』といわなくても『あれ』とか『何かある』とか『財布があつた』等といえ、B はすぐ被告人が盗って来いといつている趣旨であることを理解し、その自動車内から金品を盗んで来ていたこと、B が盗む際、被告人は自動車から離れた場所で見張りをし、B が窃取して来た金品をすぐ受取り、これで B に玩具、菓子、衣類等を買えたりしていたこと、更には窃取に必要な道具として、細工した針金等を B に渡していることなどから見ると、被告人 A が B と意思を疎通しているばかりでなく、B が被告人の意思を体して行動していたことを優に肯認することができる。また、B は原判示第一の犯行当時は八歳であつたけれども、原判示第二の各犯行当時は一〇歳に達しており、一応盗みについての罪悪感を持ち、是非善悪を判断し得る年齢に達している如くみられるが、いわゆる刑事未成年者であるばかりでなく、前掲各証拠によれば B が金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたことが認められ（この認定に反する被告人の当審公判廷における供述はにわかに措信できない）これらの事実をも併せ考えると、所論の如く B が自主的、主体的に窃盗行為をしたものとは到底認められず、結局本件は、父親たる被告人が刑事責任能力のない B を利用して自己の犯罪を実行したものと認むべきであるから、窃盗正犯と断ぜざるを得ない…」

（下線部は著者による）とした。本判例は、10 歳の少年であった刑事未成年者が是非善悪判断の年齢に達していたとしても、背後者の暴行に畏怖し意思を抑圧されており、犯行当時に指示されたり道具渡しされたりし、その窃盗行為が背後者の意思を体現したとしたため、背後者は間接正犯が成立すると認める。

そして大阪高判平成 7 年 11 月 9 日高刑集 48 卷 3 号 117 頁は、「B は、事理弁識能力が十分とはいえない一〇歳（小学五年生）の刑事未成年者であつたのみならず、所論が指摘するような、直ちに大きな危害が被告人 A から加えられるような状態ではなかったとしても、右の B の年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがあると思われる。そのうえ本件では、B は、被告人 A の目の前で四、五メートル先に落ちているバッグを拾ってくるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して被告人 A の支配から逃れることが困難であつたと思われ、また、B の行った窃盗行為も、被告人 A の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に

乏しかったということができる。そして、そのような状況の下で、被告人 A は、前記事実誤認の論旨に対する判断の際に述べた理由から、自己が直接窃盗行為をする代わりに、B に命じて自己の窃盗目的を実現させたものである。以上のことを総合すると、たとえ B がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人 A には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか一〇歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である…」（下線部は著者による）とした。本判例は、10 歳の少年であった刑事未成年者が日頃からの怖い印象及び犯行当時の状況により、自己利得の意思なしに命令を従っただけで機械的に動いたため、ある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、その窃盗行為は判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったと言えるため、背後者には間接正犯が成立すると認めた。

第三款 限縮的正犯概念と制限従属性説の通説化の影響

最決平成 13 年 10 月 25 日刑集 55 卷 6 号 519 頁は、「…スナックのホステスであった被告人 A は、生活費に窮したため、同スナックの経営者 C 子から金品を強取しようと企て、自宅にいた長男 B（当時 12 歳 10 か月、中学 1 年生）に対し、『ママのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見せなさい。』などと申し向け、覆面をエアガン突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示命令した。B は嫌がっていたが、被告人 A は、『大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。』などと言って説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアガン等を交付した。これを承諾した B は、上記エアガン等を携えて一人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人 A から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、『トイレに入れ。殺さないから入れ。』などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約 40 万 1000 円及びショルダーバッグ 1 個等を強取した。被告人 A は、自宅に戻って来た B からそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した。…本件当時 B には是非弁別能力があり、被告人の指示命令は B の意思を抑圧するに足る程度のもではなく、B は自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人 A につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人 A は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、B に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、B が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人 A につ

いては本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」（下線部は著者による）とした。本判例は、是非弁別能力があり、意思を抑圧されていない 12 歳の少年であった刑事未成年者を利用する行為は、直ちに間接正犯とはならず、刑事未成年者と成人との間に共同正犯関係が成立するが、具体的事情によっては教唆犯の成立の可能性もあり責任無能力者に対しても狭義の共犯が成立しうするため、間接正犯の正犯性は単に被利用者が責任無能力者であったという点だけでなく他の事情からを根拠づけられるということが指摘された²⁰⁵。

第四款 形式的判断から実質的判断へ

以上の刑事未成年者の利用をめぐる判例から観察すれば、早期の判例の動向と学説は、「刑事未成年者＝是非弁別能力の欠如」という形で責任無能力者の利用と扱われており、極端従属性説に基づいて処罰の間隙を埋めるために、それを間接正犯としていたと理解できる²⁰⁶。しかしながら、前述のように、現在の通説の制限従属形式に基づき、それを正犯として扱われる積極的根拠が必要であるという点から見ると、現在の判例は単に被利用者が責任無能力者であったという点だけでなく、意思が抑圧されていたかどうか、または判断及び行為の独立性ないし自主性の欠如かどうかなどの事情に基づき実質的に判断するという理論の変遷が見える。

そして、このような実質的判断により間接正犯の正犯性を根拠付ける見地も、他の間接正犯類型の事例から見える。例えば、大判昭和 8 年 4 月 19 日刑集 12 巻 471 頁「被告人 A が被害者 B が愚鈍にして被告人 A を信ずること厚きを奇貨として B を欺き B 自らの手をかり死に至らしめて殺害し真実自殺せるが如く装い以て保険金を騙取せんと企て、被害者 B に対し恰も仮死状態に陥るべき薬品なるが如く欺きて含糖ペプシンに食塩を混じ水に溶解したものを服用せしめ詐言を弄して B をしてその儘頸部を縊るも一時仮死状態に陥るに止まり、更に被告人 A より他の薬剤を使用して蘇生せしめらるべしとの錯誤を生ぜしめた結果遂に B をして自ら頸部を縊りて死亡するに至らしめ以て殺害の目的を遂げ…」（下線部は著者による）という被害者が背後者の詐言により自殺の結果不発生を誤信して自ら頸部を縊った事例において、本件 B は責任能力を有していたが、A の欺罔行為により自己の死亡結果に対して認識できずに自殺したので、A が間接正犯と扱われる根拠は自己の欺く行為により B を自縊させた点にある。また最決昭和 27 年 2 月 21 日刑集 6 巻 2 号 275 頁「…本件被告人 A の犯罪当時 B は僅かに 5 年 11 月の幼児に過ぎざること明白にしてまだ自殺の何たるかを理解するの能力を有せず従って自己を殺害することを囑託し又は殺害を承諾

²⁰⁵ 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編、注釈刑法第一巻」（有斐閣、2010 年）787-789 頁を参照。

²⁰⁶ 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編・前掲注（205）787 頁。

するの適格なきものと認むべきを以って、B に於て本件殺害行為を囑託し又は之を承諾したるものとは到底之を認むるを得ず…」（下線部は著者による）という通常の意味能力のない被害者が自殺の結果を理解せずに背後者の命令に従って自殺した事例において、B は年齢に基づき、それが責任無能力者であり、自殺による死亡結果を理解する能力も有しないため、A が B の不認識を利用して自殺させた行為は殺人の間接正犯と扱われる。

第二項 学説の状況

第一款 学説の状況の概要

間接正犯の正犯性の積極的根拠をめぐっては、被利用者の道具性に求める伝統的な道具理論²⁰⁷の他に、直接正犯と異ならない実行行為性を求める見解²⁰⁸、犯罪事実の優越的意思支配という行為支配を根拠とする見解²⁰⁹、規範的責任論の観点から被利用者に対する規範的障害の不存在を根拠とする見解²¹⁰、遡及禁止の観点から被利用者には自律的決定又は自己答責性が存在しないことを重視する見解²¹¹などがある。

しかしながら、「道具性」説においては、その判断が如何なる内容を有するのかについて明確だと言えない²¹²。すなわち事実に判断か規範的判断かという問題である²¹³。また「実行行為性」説において、その中核は定型性か危険性か或いはその他を明らかにしなければならないため、明確な判断基準であるとは言えない²¹⁴。さらに「行為支配性」の概念は「事実的な支配」なのか

²⁰⁷ 団藤・前掲注（63）154-156 頁は、間接正犯は人を道具に使って犯罪を実行すると定義し、責任無能力者の教唆を肯定する上、是非弁別能力欠如者の利用を間接正犯とする。

²⁰⁸ 団藤・前掲注（63）155 頁、福田・前掲注（106）256 頁、大塚仁・前掲注（184）160 頁、樋口・前掲注（111）32 頁、内田文昭『刑法〈1〉総論』（青林書院、1997 年）288 頁などを参照。

²⁰⁹ 平場安治『刑法総論講義』（有信堂、1961 年）150 頁、井田・前掲注（102）296 頁以下、西田・前掲注（97）350 頁、高橋・前掲注（140）434 頁、大谷・前掲注（74）141 頁などを参照。

²¹⁰ 西原・前掲注（183）309 頁、曾根・前掲注（183）236 頁、山中・前掲注（133）866 頁。松宮・前掲注（3）256 頁などを参照。

²¹¹ 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002 年）391 頁、山口・前掲注（1）69 頁を参照。

²¹² 山中・前掲注（133）866 頁。

²¹³ 高橋・前掲注（140）435 頁。

²¹⁴ 高橋・前掲注（140）435 頁、山中・前掲注（133）866 頁。また山中の批判について、本稿のいう「実行行為性」を「現実的危険性」という。

「規範的な支配」なのか、曖昧であり²¹⁵、「行為支配性」の判断は現実的危険性又は自己答責性など下位基準を通じてケースバイケースの判断になった²¹⁶。一方、「規範的障害」説においては、共犯性と正犯性を観察し、「利用しようとする他人が規範的にみて犯罪実現の障礙となるかどうか」を正犯と共犯の区別とし²¹⁷、法秩序の立場から「実行行為を行う被利用者に実行行為をやめる規範的な可能性」がない限り間接正犯となり、そうでない場合は狭義の共犯とするが²¹⁸、このような「規範的障害」を正犯と共犯の区別基準とする考え方には疑いがないとは言えない²¹⁹。そして「自律的決定不存在」説において、事後判断により背後者の行為後に介入した事情の性質に着目する観点から間接正犯の正犯性を判断する、すなわち被利用者の自律的決定又は自己答責性の有無により背後者に対する結果帰属を遮断し得るかどうかによって決まるという考え方は²²⁰、本説の主張者が実行行為概念不要説²²¹或いは「『正犯性＝実行行為性』の判断において、将来の介入事情をいかなる根拠で、どのような範囲で考慮する」²²²という考え方を前提にするため、本稿の「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」という立場からすれば、「実行行為概念不要」という出発点とは明らかに異なることであり、「自律的決定不存在」によって実行行為性を判断するという点も不一致であると考えられる。

第二款 補助的な判断基準による間接正犯の正犯性

以上の検討から、利用行為の評価に偏重する「実行行為性」説、被利用者の評価に偏重する「道具性」説と「規範的障害」説と「自律的決定」説、及び犯罪事実全体の評価に偏重する「行為支配性」説に概ね分類できる。しかし、どの立場から背後者と被利用者の関係を分析すべきかという問題に対し、結局それがケースバイケースの判断の問題であり、そのような「道具性」、「実行行為性」、「行為支配性」、「規範的障害」又は「自律的決定」の概念は法益侵害結果の

²¹⁵ 山中・前掲注（133）866頁。

²¹⁶ 高橋・前掲注（140）436頁は、犯罪の関与形態の区別問題は元々個別事例の事情に応じて決定されるべき「開かれた評価問題」として、ケースバイケースの判断が当然だと考える上、事実的な行為支配（犯罪事実の優越的支配）を主張する。

²¹⁷ 西原・前掲注（183）309頁。

²¹⁸ 曾根・前掲注（183）236頁。

²¹⁹ 高橋・前掲注（140）435頁。

²²⁰ 島田・前掲注（211）391頁以下を参照。

²²¹ 山口・前掲注（1）51頁以下及び前掲注（119）2頁以下を参照。

²²² 島田・前掲注（211）2頁。

発生と責任帰属としての補助的な判断基準になるに過ぎないように思われる。よって、本稿の「正犯行為＝実行行為＝利用行為」という立場からすれば、個別事例における間接正犯の正犯性の判断は「実行行為性」を中心に求めている、他の補助的な論点から判断されるべきである。

第二節 自説の構成

第一項 間接正犯の正犯性は利用行為にある

本稿は、間接正犯は一次的責任が問われる直接正犯として処罰し²²³、正犯の一つの態様で実行行為者であると理解し²²⁴、他人を利用する行為自体が実行行為としての不法内容を有する限り、利用者は間接正犯となりうると考え、直接正犯と同様の不法内容を有する実行行為を行うことが、間接正犯が直接正犯と同一視されうる積極的根拠であると主張する。そのため、具体的な事実関係において間接正犯の実行行為、すなわち利用行為の特定は、事前的な観点から、保護法益の種類とその侵害の態様及び社会通念ないし社会心理を基準として構成要件の文言解釈を行い、構成要件的行為の定型性を探求し、またこのような定型的な行為が、経験則上、事前の一般人の観点から予想される法益侵害結果の発生を現実化し得る事実的危険性が存在しなければならない。そして、事後的な観点から、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あるかどうかに基づき、法益に実害を与え得る危険性、すなわち規範的危険を判断する。

しかし、このような利用者の行為が間接正犯の評価の中心になってきた一方、被利用者の行為が間接正犯の構造にどのように位置づけるのか、という問題がある。

第二項 道具理論による再考

そこで、上述の問題点について、本稿は伝統の道具理論を通じて説明していきたい。

道具理論によれば、刑法の世界で犯罪の主体となれるのは責任能力のある人間だけのため、責任無能力者は犯罪の主体たり得えずに動物と機械等と変わらないので²²⁵、責任無能力者と故意なき者を利用する場合には、恰も動物を利用して犯罪を実行した場合と同じく、責任能力がなかつ

²²³ 山口・前掲注（1）68頁、松生・前掲注（13）150頁を参照。

²²⁴ 団藤・前掲注（63）154頁以下を参照。

²²⁵ 松宮・前掲注（3）176頁。

たり錯誤に陥っていたりして不自由な状態にある人間を利用者が道具として使っているとみなし、この不自由な人間を道具とする利用者は犯罪の正犯として扱われることになる²²⁶。

私見によれば、背後者が自らの利用行為により被利用行為を通じて法益侵害を惹起する間接正犯は、その利用行為が構成要件的な定型性と事実に・規範的危険性を有しており、当該被利用者に働かせて一定な行為を行わせることにより背後者の望む法益侵害の発生に導くため、被利用行為が直接に引き起こす外界の変動は利用行為の危険性に対する判断要素の一部だと解すべきである。そうすると、間接正犯の正犯性は依然として主に利用行為の実行行為性によって構築され、責任無能力者の利用の場合も故意なき者の利用の場合も、被利用者の責任能力又は故意の欠如は間接正犯の正犯性の主要な判断ポイントではないと考える。よって、道具理論とは、背後者は自分の行為により被利用者に結果発生認識を失わせたり、意思を抑圧したり、錯誤に陥られたりして犯罪を実行する、若しくは被利用者の結果発生認識なき、又は意思抑圧又は錯誤に陥った状態を通じて犯罪を実行することを意味する。このように被利用者を道具化する行為又は被利用者の道具的な状態を利用する行為は、構成要件的な定型性を包含しており、社会の一般人の事前的な観点での事実に危険及び事後的な観点での規範的危険を備える場合に、間接正犯の正犯性が認められることになる。

第三項 判例の再検討

上述のように、間接正犯の正犯性について、前述の「刑事未成年者の利用」及び他の類型の判例を通じて更に検討していきたい。

第一款 刑事未成年者の利用の事例

前述のように、私見によれば、刑事未成年者の利用が間接正犯とされる根拠は被利用者の責任年齢または是非弁別能力の有無に関わらず、背後者は被利用者を道具化したり、被利用者の道具的な状態を利用したりして犯罪を実行した際、事実に危険及び規範的危険が存在している場合に、その正犯性が認められると考える。

詳しく言うと、刑事未成年者を利用した事例において、畏怖による意思抑圧の状態を利用して間接正犯と扱われる最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁においては、本件の背後者が自己の日頃の言動により刑事未成年者を畏怖させ、意思抑圧の程度に達しさせたという被利用者

²²⁶ 松宮・前掲注(3) 258頁。

を道具化した行為を通じた窃盗行為は、犯行当時の状況により、一般人の観点から当該財物の侵害が事実的危険を惹起したに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、本件の背後者が窃盗の間接正犯とされるべきである。

また、下級審判例は被利用者の道具化の事情をさらに具体的に示している。すなわち、名古屋高判昭和 49 年 11 月 20 日刑月 6 巻 11 号 1125 頁は犯行当時の背後者が指示を下し、道具を渡し暴行など行動を通じて、是非善悪を判断し得る年齢に達していた刑事未成年者を自分の意思に従わせ、背後者の「意思を体して行動していた」窃盗行為をさせたため、刑事未成年者の「自主的、主体的に窃盗行為をしたもの」とは認められないので、このような被利用者の道具化された行為を通じた窃盗行為は、犯行当時の状況により、一般人の観点から当該財物の侵害が事実的危険を惹起するに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、本件の背後者が窃盗の間接正犯とされるべきである。

そして大阪高判平成 7 年 11 月 9 日高刑集 48 巻 3 号 117 頁は、被利用者であった刑事未成年者は日頃の背後者の言動により既に背後者に対して怖い印象を持っており、犯行時に背後者から直ちに大きな危害を加えられなかったとしても、事理弁識能力が十分とはいえない 10 歳の刑事未成年者にとって、背後者の命令に抵抗してその支配から逃れることが困難であり、背後者の命令に逆らうことが不可能であったという背景では、犯行当時の窃盗行為はただ背後者の命令に従って「機械的に動いただけ」で、「自己が利得しようという意思もなかった」ため、その「判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった」と認めたので、このような被利用者の道具化された行為を通じた窃盗行為は、犯行当時の状況により、一般人の観点から当該財物の侵害が事実的危険を惹起したに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、本件の背後者が窃盗の間接正犯とされるべきである。

一方、是非弁別能力があり、意思抑圧がない状態を利用してにもかかわらず間接正犯と扱われた最決平成 13 年 10 月 25 日刑集 55 巻 6 号 519 頁は、本件の刑事未成年者は自らの意思により強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して強盗を完遂しており、道具化されたりして道具的な状態を利用されたとは言えないので、本件の背後者が強盗を計画したり、本件の刑事未成年者に犯行方法を教示したり、犯行道具を与えたりして強盗の実行を指示命令した行為には、上記の事実を合わせて考えると、背後者と刑事未成年者が強盗の共同正犯を論じるべきであったと思われる。

第二款 錯誤に陥った者の利用の事例：誤信による間接正犯

一、結果発生認識を欠く者の事例

前述の被害者が背後者の詐言により自殺の結果不発生を誤信して自ら頸部を縊った事例（大判昭和8年4月19日刑集12巻471頁）、及び通常の意味能力のない被害者が自殺の結果を理解せずに背後者の命令に従って自殺した事例（最決昭和27年2月21日刑集6巻2号275頁）について、前者は被害者を道具化して自ら縊死させた、後者は被害者の道具的な状態を利用して自ら縊死させており、両事例とも背後者は被害者の道具的な状態を利用し、犯行当時の状況により、一般人の観点から被害者の生命に事後的危険を惹起したに足りるもので、殺人罪の予想する生命法益侵害発生危険性の危険性においても、利用行為による生命法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため殺人罪の間接正犯を論じるべきである。

また、最決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁の「原判示大和炭坑構内に判示会社において採炭運搬のため据えつけた、同会社の所有管理にかかる本件ドラグライン一基につき、何等管理処分権なき被告人Aが他人と売買契約を締結しても、ただそれだけの事実止まるならば、所論の如く、被告人Aに窃盗罪の成立を認めることはできないけれども、第一審判示挙示の証拠によれば、被告人Aは原判示の如く九月一日頃屑鉄類を取扱っているその情を知らないBに、自己に処分権がある如く装い、屑鉄として、解体運搬費等を差引いた価額、即ち、買主において解体の上これを引き取る約定で売却し、その翌日頃右Bは情を知らない古鉄回収業Cに右物件を前同様古鉄として売却し、同人において、その翌日頃から数日を要して、ガス切断等の方法により、解体の上順次搬出したものであることが明らかであるから、右解体搬出された物件につき被告人Aは窃盗罪の刑事責任を免れることはできないものというべく…」（下線部は著者による）という情を知らない者が背後者の詐言により解体した古鉄を他人に売却した事例において、背後者が「自己に処分権がある如く装い」という虚偽の事実により被利用者に誤信させて数次古鉄を売却したのは、被利用者を錯誤に陥らせて道具化し、犯行当時の状況により、一般人観点から当該古鉄の所有権に事後的危険を惹起したに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生危険性の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、窃盗罪の間接正犯を論じるべきである。

二、違法性阻却事由の錯誤の事例

大判昭和 14 年 11 月 4 日刑集 18 卷 497 頁「満州国警尉カ名ヲ職務ノ執行ニ藉リ北京ノ警察署員ニ対シ他人ノ留置方ヲ委嘱シ因テ情ヲ知ラサル署員ヲシテ其ノ留置場ニ拘禁セシムルハ不法監禁ナリトス」（下線部は著者による）という職務の執行を警察署員に誤信させて他人を留置した事例、及び最決昭和 44 年 11 月 11 日刑集 23 卷 11 号 1471 頁「被告人 A が、自己の麻薬中毒症状緩和の目的で、麻薬施用者である B 外 2 名に対し、胃痛腹痛が激しいかのように仮装して、麻薬の注射を求め、情を知らない同人らをして、疾病治療のため麻薬注射が必要であると誤診させて麻薬を自己に注射させた事案の上告審につき、本件のような事実関係において、麻薬取締法 27 条 1 項の麻薬施用の罪が成立する旨の原判断は正当であるとし…。」（下線部は著者による）という疾病治療のため麻薬注射が必要であると誤診させて麻薬を自己に注射させた事例について、前者は法令により留置する事実¹に誤信させた事案であり、後者は業務により麻薬施用が必要である事実²に誤信させた事案であり、両事例とも違法性阻却事由の前提事実³に誤信させて錯誤に陥らせたという道具化した状態を利用したと言える。よって、前者は犯行当時の状況により、一般人の観点から被害者の自由に事⁴実的危険を惹起したに足りるもので、監禁罪の予想する自由法益侵害発生⁵の危険性においても、利用行為による自由法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあり、間接正犯を論じるべきである。後者は犯行当時の状況により、一般人の観点から公衆の健康に事⁶実的危険を惹起したに足りるもので、麻薬取締法の予想する自由法益侵害発生⁷の危険性においても、利用行為による公衆の健康法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあり、間接正犯を論じるべきである。

三、偽装心中の事例

最決昭和 33 年 11 月 21 日刑集 12 卷 15 号 3519 頁の事例において、最高裁は「被告人 A は B との関係を清算しようと思ひ苦慮していた際 B より心中を申出られたのを奇貨とし、これを利用して同女を死亡せしめることが関係断絶の方法であると考え、被告人 A には心中する意思がないのにこれある如く装い、その結果 B をして被告人 A が追死してくれるものと誤信したことに因り心中を決意せしめ、被告人 A がこれに青化ソーダを与えて嚥下せしめ同女を死亡せしめたものであることが認められる。しからば B の心中の決意実行は正常な自由意思によるものではなく、全く被告人 A の欺罔に基くものであり、被告人 A は B の命を断つ手段としてかかる方法をとつたに過ぎないものであつて、その結果所期の目的を達した被告人の所為は殺人罪を以て論ずべきものであつて、単に自殺関与罪に過ぎないということとはできない」（下線部は著者による。なお、以下は同じ。）という事実を認定した上、原判決が参照した仙台高裁昭和 27 年 9 月 15 日判決高裁判例集 5 卷 11 号 1820 頁は本件と同一視することはできないと認めつつ、大審院昭和 8 年 4 月 19 日

判決集 12 巻 471 頁（被害者に全く死に対する認識なく、蘇生し得るものと錯誤せしめた上頸部を縊らせたものであって、被害者の手を藉りて為した殺人罪に外ならぬと認定しているもの）、及び同院昭和 9 年 8 月 27 日判決集 13 巻 1086 頁（責任能力なく自殺の意義を解せざる幼児の自殺行為を利用して殺害するは刑法第一九九条に該当する）に従って、「何れも真実自殺する意思なきものの自殺行為を利用して殺害するは殺人罪に外ならないと謂うにあって、本件と著しくその態様を異にしているものである。すなわち前記大審院判例は何れもその錯誤が行為の法益侵害性そのもの、或は行為とその結果との関連性において錯誤があった場合に殺人罪に該当する旨判示していると解される」とした。そして、最高裁は「被害者が死を決意したこと、その決意に基づいて青化ソーダを嚥下したこと、その結果被害者が死亡したことは明白であって、被害者が当時自己の生命を絶つということを正確に認識していた点、法益侵害性そのものには全く誤認はなく、その死を決意するに至った経緯に被告人の欺罔による点があったとするならば、単にその動機、或は縁由に関して錯誤があったこととなり、前記大審院判例と全く異質の錯誤があったと言うに過ぎない」ため、「結果に就いて明白な認識を有し、法益侵害性そのものに錯誤なき犯罪事実を認定しながら、法益侵害性そのもの、或は結果との関係に就いての行為に関して錯誤ある場合の大審院判決と同様にこれを解釈したのは、相反する判断を為したものと言わなければならない」としている。

そのため、このような自己に追死の意思がないに拘らず被害者を殺害するために欺罔し追死を誤信させて自殺させた事案において、被害者は自身死亡結果という法益侵害性を全く誤認しなかったが、その死亡の決意は背後者が追死することを承諾したかのように示していたことによる重大な瑕疵により引き起こされたので、自由な真意が欠如する被害者の意思は有効な同意だと言えなかったため、背後者は被害者を錯誤に陥らせたという道具化した状態を利用したと言える。本件犯行当時の状況により、一般人の観点から B の生命に事実的危険を惹起したに足りるもので、殺人罪の予想する生命法益侵害発生の危険性においても、利用行為による生命法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、殺人罪の間接正犯を論じるべきである。

第三款 被害者の利用の事例：意思抑圧による間接正犯

前章の「被害者利用殺人事件（最決平成 16 年 1 月 20 日刑集 58 巻 1 号 1 頁）」において、私見によれば、被告人 A は犯行当日に被害者 B に命令して自殺させた行為が本件の殺人罪の

実行行為であると解する²²⁷。ここで考察するのは利用された被害者の意思がどの程度まで抑圧されていれば、背後者の道具と言えるかという問題である。

本件の事実概要によれば、以下のことが認められる。A と B は元々ホストと客という関係であったが、A は B に溜まった遊興費を返済させたため、激しい暴行や脅迫を加えて強い恐怖心を抱かせ、風俗店などで働かせた。その後、A は自動車の転落事故を装い被害者 B を自殺させて保険金を取得する目的で、平成 12 年 1 月 9 日午前零時過ぎ頃、まとまった金を用意できなければ、死んで保険金で払えと迫った上、被害者に車を運転させ、それを他の車を運転して追尾する形で、同日午前 3 時頃、本件犯行現場の漁港まで行かせたが、付近に人気があったため、当日は B を海に飛び込ませることを断念した。10 日午前 1 時過ぎ頃、被害者 B に対し、事故を装って車ごと海に飛び込むという自殺の方法を具体的に指示し、同日午前 1 時 30 分頃、本件漁港において、B を運転席に乗車させて、車ごと海に飛び込むように命じた。B は死の恐怖のため飛び込むことができなかった。それに対し、A は激怒して被害者の顔面を平手で殴り、その腕を手拳で殴打するなどの暴行を加え、海に飛び込むように迫り、さらに B を助手席に座らせ、自ら運転席に乗車し、車を発進させて岸壁上から転落する直前で停止して見せ、自分の運転で海に飛び込む氣勢を示した上、やはり 1 人で飛び込むようにと命じた。しかし B の哀願及び夜明けにより、翌日に自殺の実行を持ち越した。11 日午前 2 時過ぎ頃、A は、B を車に乗せて本件漁港に至り、運転席に乗車させた被害者に対し、再び脅迫し、ドアをロックすること、窓を閉めること、シートベルトをすることなどを指示した上、車ごと海に飛び込むように命じ、自分が現場を離れて監視していた。その後、死亡を装って被告人から身を隠そうと考えた被害者は、脱出に備えて、シートベルトをせず、運転席ドアの窓ガラスを開けるなどした上、普通乗用自動車を運転して、本件漁港の岸壁上から海中に同車もろとも転落したが、車が水没する前に、運転席ドアの窓から脱出し、港内に停泊中の漁船に泳いでたどり着き、はい上がるなどして死亡を免れた。

以上の事情によれば、本件の B は、元々 A からある程度の暴行や脅迫などを受けており、既に強い恐怖心を抱いていた上、犯行前と犯行当時の A によるさらなる暴行や脅迫及び執拗な自殺の要求を受けていたが、A の威迫から逃げられる幾つかの方法を考え、偽装自殺を通じて身を隠そうと決心した。よって、犯行当時に B は既に意思抑圧の程度に陥っていた精神状態のため、選択不能とは言えないが、少なくとも極度の恐怖により著しく選択し難い状態に陥っており、A の命令に応じて車ごと海中に飛び込むしかなく、さらに A は犯行当時の暴行や脅迫や監視などを通じて B の自殺を確実にしようとした事情を考慮すると、それが被利用者を道具化した行為と認めるに足りると思われる。

²²⁷ 本稿第一章第三節第四項第四款を参照。

これに対して、鹿児島地判昭和 59 年 5 月 31 日判時 1139 号 157 頁は「右認定の事実によると、被告人 B は G を終始『今日は殺す』などと脅迫し、特に被告人 A をして G に対し執拗かつ強力なリンチを 2 時間以上にもわたって行なわせているものであって、こうした徹底したリンチによって G が当時肉体的にも精神的にも死という極限に近い状況に追い詰められていたことは十分に推認することができるし、そのような状況下で A が被告人 B の命令に従って自己の右第五指を歯でかみ切ったのは、指一本をかみ切れればそれと引替えに命が助かるという絶対的命題のもとに、自己の自由意思の存立を失い、その限りで自己を被告人 B の道具と化したからにはほかならず、反面、被告人 B の側からしてみれば、自己の脅迫等により生か死かの選択を迫られ抗拒不能の状況に陥っている G を利用してその指をかみ切らせたと認めるのが相当である。…以上の次第で、G が自己の右第五指を歯でかみ切った点につき被告人らに傷害の間接正犯の成立を認めるべきであるから…」（下線部は著者による）という判示しており、本件と上述の最決平成 16 年判例との差異は、本件犯行当時に被害者が既に意思抑圧の程度に陥っていた精神状態のため抗拒不能になった点にある。すなわち本件の被害者は終始脅迫を受け、長時間執拗且つ強力なリンチをされ、当時、肉体的にも精神的にも死という極限に近い状況に追い詰められており、指一本をかみ切れれば命が助かるかという絶対的命題を選択しなければならない程、命の危険に直面する緊急状態にあったのである。故に、被害者の自由意思の存立を失わせて自己に服従しなければならない状態にさせたという背後者による道具化の行為は、被害者の意思自由を判断不能まで抑圧する程度にすることは勿論、著しく選択し難いまで抑圧する程度にすることも認められるのが相当だと思われる。

第四款 適法行為の利用の事例

大判大正 10 年 5 月 7 日刑録 13 輯 257 頁は「妊婦ヨリ墮胎ノ囑託ヲ受ケタル者カ自ラ墮胎手段ヲ施シタル爲メ墮胎ノ結果ヲ生セサルニ先チ妊婦ノ身體ニ異状ヲ生シ醫術ニ因リ胎兒ヲ排出スルニアラサレハ妊婦ノ生命ニ危険ヲ及ホスヘキ虞アルニ至ラシメタルニ乗シ墮胎ヲ遂行センカ爲メ醫師ニ對シテ胎兒ノ排出ヲ求メ因テ醫師ヲシテ妊婦ノ生命ニ對スル緊急避難ノ必要上已ムコトヲ得スシテ胎兒排出スルニ至ラシメタル場合ニ於テハ醫師ニ對シテハ墮胎罪成立セサルコト勿論ナリト雖モ墮胎受託者ハ犯法行為タル自己ノ墮胎手段ニ因リ叙上緊急危難ノ状態ヲ發生セシメ其發生ヲ機トシテ醫師ニ胎兒ノ排出ヲ求メタルモノニシテ其行為ト胎兒ノ排出トノ間ニ因果關係アリ換言スレハ醫師ノ前記正當業務行為ヲ利用シテ墮胎ヲ遂行シタル者ニ外ナラサルカ故ニ墮胎罪ノ間接正犯ヲ以テ論スヘキモノトス」（下線部は著者による）とした。本件は、医師でない墮胎手術の施術者は、この手術により妊婦の生命が危険な状態に陥った時に、医師に依頼して胎兒を母

体外に排出させたという医師の正当業務行為を利用して堕胎の結果を実現したという事例である。しかしながら、上記の判示事項によれば、犯行当時の医師が堕胎結果の発生などの不認識という錯誤に陥った者であったかどうかは確定し得ないが、医師法第 19 条「診療に従事する医師は、診察治療の求めがあった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」という応招義務により、妊婦の生命が既に危険な状態に陥っていた状況を考慮すると、施術者の依頼を受けて代わりに手術を行ったことがほぼ一択の程度であったと言える。すなわち、犯行当時の医師は錯誤に陥った者であったかどうかにもかかわらず、その自由意思が抑圧されなかったとしても、犯行当時の緊急状況及び医師法第 19 条の応招義務を考えると、施術者の依頼は医師の意思自由を著しく選択し難い程度にまで抑圧し、その医師の正当業務行為が背後者による道具化の行為であるとする。故に本件施術者の行為は、犯行当時の状況によれば、一般人の観点から胎児の生命に事実上の危険を惹起したに足りるもので、堕胎罪の予想する生命法益侵害発生の危険性においても、利用行為による生命法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあり、間接正犯を論じるべきである。

第五款 利用行為後の介入の事例

最決平成 9 年 10 月 30 日刑集 51 卷 9 号 816 頁のコントロールド・デリバリー事案において、利用行為後の介入と間接正犯が問題となった。その事案の概要は、被告人らは国際宅配便を利用して大麻を密輸しようとして、フィリピンから大麻を隠匿した航空貨物を被告人の共同経営する居酒屋あてに発送した。貨物が新東京国際空港に到着した後、情を知らない通関業者が輸入申告をし、税関検査が行われ、その結果大麻の隠匿が判明したため、税関と捜査当局の協議により、麻薬及特例法 4 条等に基づいてコントロールド・デリバリーが実施され、税関長の輸入許可を得て、その後、捜査当局の監視の下、配送業者が捜査当局と打合せの上、貨物を居酒屋に配達し、被告人がこれを受け取ったというものである。そして最高裁は、「被告人らは、通関業者や配送業者が通常の業務の遂行として右貨物の輸入申告をし、保税地域から引き取って配達するであろうことを予期し、運送契約上の義務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のための道具として利用しようとしたものであり、他方、通関業者による申告はもとより、配送業者による引取り及び配達も、被告人らの依頼の趣旨に沿うものであって、配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人らからの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げないものと解される。そうすると、本件禁制品輸入罪は既遂に達したものと認めるのが相当であり、

これと同趣旨の原判断は、正当である。」（下線部は著者による）としており、配送業者は事後に禁制品を知ったとしても捜査機関の捜査協力要請に協力したため、その道具としての性格をまだ失わずに、背後者らには禁制品輸入罪の間接正犯の成立が認められる。ところで、本件の判示事項によれば、運送契約の締結及びその契約義務の履行は配送業者が道具化された要因であることが認められたが、捜査機関の捜査協力要請という背後者らの利用行為後の介入事情はどのように位置づけるかについて、問題がないわけではない。私見によれば、背後者らは配送業者と運送契約を結び、禁制品である貨物を渡し、日本に輸入させた時点で、この利用行為が禁制品密輸行為の定型性を有しており、一般人の観点から関税法秩序の保護という法益²²⁸に事実的危険を惹起したに足るもので、禁制品輸入罪の予想する関税法秩序侵害発生の危険性においても、利用行為による関税法秩序保護への危険が客観的に予期できる範囲内にあり、禁制品輸入罪の間接正犯が成立し得ると思われる。だが、当該貨物を背後者らが受け取るという結果が発生したとしても、その結果と利用行為の間には捜査機関の捜査協力要請の介入が存在していたため、その発生した結果は背後者に帰属し得ないと思われる²²⁹。

第三節 間接正犯の成立限界

第一項 定型性の制限

第一款 自手犯

自手犯とは、一般的にある類型の犯罪が実現されるのは必ず正犯者自身の直接の犯行が必要で、他人を道具として利用する間接正犯の形態では犯すことのできない犯罪であると定義されている²³⁰。なぜこのような犯罪類型は間接正犯の形態で実現し得ないのかという問題は、自手犯の本質から検討すべきであろう。学説上、規範的特殊性に着眼し、その命令・禁止が限られた特定の者だけに向けられている身分犯の一種が自手犯であるとして理解する見解が比較的多い²³¹。そのような規範的特殊性という側面に着目する一方で、自らの身体挙動の要素を重視する側面とい

²²⁸ 松澤伸「覚せい剤輸入罪の既遂時期と実行の着手時期」早稲田大学社会安全政策研究所紀要 3 号（2010 年）212 頁。

²²⁹ 島田・前掲注（211）6 頁は、この事例を因果関係の問題又は正犯性の問題を指摘した。

²³⁰ 団藤・前掲注（63）155 頁。だが、西田・前掲注（97）80 頁は自手犯の概念を否認する。

²³¹ 大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣、1958 年 12 月）265 頁以下、西原・前掲注（183）318 頁、内田・前掲注（208）293 頁以下などを参照。

う見解²³²、特定者の自身の規範違反態度だけを問題としての法益侵害なき犯罪は他人による法益侵害が不可能であるという見解²³³などがある。ところで、私見によれば、自手犯は規範的特殊性を有しても、その規範が法益危険および社会許容性の欠如を有効に防止するため、特定の行為を禁止・命令するという類型化された行為態様であると考え、単に特定者の自身の規範違反態度だけでは、自手犯の根拠としては十分ではない。そのため、自手犯の有する規範的特殊性は、自らの身体挙動の要素を重視する観点からさらに限定し得ると思われる²³⁴。そして、ある刑罰規定の規範的特殊性は文言解釈を尊重しながら保護法益の種類とその侵害の態様と社会通念を考え、当該規範から特定者自身の身体挙動の定型性を見出すことができる。そうすると、特定の法益侵害が特定者自身の身体挙動だけで実現可能である自手犯は、他人を道具として利用する間接正犯との間で構成要件の定型性という点で差異が存在しているので、間接正犯形態の自手犯はありえないものと思われる²³⁵。

第二款 身分犯

身分犯について、通説は「行為者が一定の身分を有することを要件とするもの」と定義し²³⁶、さらに構成要件において行為者が一定の身分を持たなければ犯罪を構成しないものを真正身分犯或いは構成的身分犯（第 65 条 1 項）、そして構成要件において行為者が一定の身分を持つこと

²³² 西村克彦『犯罪形態論』（良書普及会、1969 年 3 月）22 頁以下を参照。また、西村は『犯罪形態論序説』（有信堂、1967 年 4 月）65 頁において、「他人にそれをやってもらったのでは自分がやったことにはならない」という性質を持っている自手犯を「躬行犯」と称した。

²³³ 西原・前掲注（183）318-319 頁を参照。

²³⁴ 学説は規範的特殊性を義務違反の観点から分析し、義務違反と自らの身体挙動との重なり合い観点こそ自手犯問題の中核に置くべきだと主張した。藤吉和史「自手犯の構造」明治大学大学院紀要法学篇第 21 巻（1984 年）238 頁以下は、ロクシンの義務犯論を引用し、自手犯を真正自手犯と不真正自手犯に分かれ、真正自手犯のみが独立した自手犯の領域に属するものとされ、不真正自手犯では正犯を根拠づける義務が構成要件的行為の直接的・自手的な実行という方法によって侵害されるとする見地で、これまでの日本の通説のいう不真正自手犯は「義務違反の観点」のみからの解決で足り、「義務違反」と「みずからの身体挙動」との結合で構成される範疇が本来の自手犯として認められるべきものであると主張した。

²³⁵ 定型性の欠如を理由として自手犯の間接正犯の成立を否定する見解として、団藤・前掲注（63）155 頁以下を参照。

²³⁶ 団藤・前掲注（63）127 頁と 418 頁、福田・前掲注（106）72 頁を参照。

により刑に加重又は減輕されるものを不真正身分犯或いは加減的身分犯（第 65 条 2 項）²³⁷と分けている。この定義から見ると、一定の身分の存在は刑罰創設の意義或いは刑罰加減の意義を持っているため、身分犯は規範による命令・禁止が限られた特定の者だけに向けられている規範的特殊性を有している。また、判例により「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称するもの」²³⁸と示された身分の意味からすれば、身分犯の有する規範的特殊性は、特殊な一身的要素によって主体が法的に特徴づけられているという人的属性犯の側面からも特徴づけられると思われる²³⁹。そして、ある刑罰規定の規範的特殊性は文言解釈を尊重しながら保護法益の種類とその侵害の態様と社会通念を考え、当該規範から特殊な一身的要素という定型性を見出すことができる。しかし、自手犯と異なり、身分犯においては、特定の法益侵害が特定者自身の身体挙動だけで実現するという規範的特殊性が存在しないため、他人の手を通じて身分犯類型の犯罪が実現可能だと考える。そのため、私見によれば、もし身分者の行為が非身分者を道具化した又は非身分者の道具的な状態を利用した場合、その利用行為は身分者の特殊な一身的要素に由来する定型性を持っており、一般人の観点から保護法益に事実的危険を惹起したに足りるものであり、当該身分犯類型の罪の予想する保護法益侵害発生の危険性においても、利用行為による保護法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあるのであれば、それを間接正犯と論じるべきである。

もう少し具体的に検討すると、①非身分者が身分者を利用して実行する場合、例えば一般人 A が公務員 B に収賄させたという真正身分犯の事例において、公務員の身分を欠く背後者 A は公務員 B を道具化して賄賂を受け取らせたとしても、特殊な一身的要素の欠如、すなわち定型性の欠如のため、収賄罪の間接正犯を成立し得ない。ところが、保護責任者遺棄罪という不真正身分犯

²³⁷ 団藤・前掲注（63）418 頁、香川達夫『刑法講義（総論）』（成文堂、1980 年）90 頁以下を参照。なお、真正—不真正或いは構成的—加減的という区別に対して、西田・前掲注（2）333 頁は、構成的—加減的という形式的な身分の区別を捨てた上、第 65 条第 1 項は法益侵害という意味での違法身分の連帯性を、第 65 条第 2 項は行為者に対する法的非難という意味での責任身分の個別性を規定したものとして解すべきことと主張した。

²³⁸ 大判明 44 年 3 月 16 日刑録 17 輯 411 頁。同旨、最判昭 27 年 8 月 19 日刑集 6 卷 1083 頁。

²³⁹ なお、学説は身分犯の本質を「特別義務の侵害」として捉え、第 65 条第 1 項は身分者による義務違反の処罰だけでは法益保護が不充分であるため、非身分者による身分者の義務違反の誘発・促進を処罰するとした特殊な政策的規定であり、非身分者は他人の不法を惹起したが、それは自身に対して不法ではないので、その刑を減輕すべきであると主張した。詳しい説明は、松宮孝明「身分の連帯的作用について」刑法雑誌 38 卷 1 号（1998 年）84-86 頁、藤吉和史「身分犯の概念について」明治大学大学院紀要法学篇 18 卷（1983 年）237 頁などを参照。

の事例において、背後者は保護責任者であるかどうかにかかわらず、保護責任者である被利用者を道具に利用して犯罪実行したら、責任の個別性のため一般の遺棄罪が成立する。これに対して、②身分者が非身分者を利用して実行する場合、例えば公務員 C が一般人 D に収賄させたという真正身分犯の事例において、背後者 C は公務員の身分を有し、もしその利用行為が D を道具化して保護法益に事實的・規範的危険を引き起こす足りるものであると、収賄罪の間接正犯が成立し得る²⁴⁰。なお、保護責任者遺棄罪という不真正身分犯の事例において、真正身分犯の事例のように、背後者が保護責任者であり、被利用者を道具に利用して犯罪を実行した場合、保護責任者遺棄罪が成立する。

よって、真正身分犯の場合に、背後者が特殊な一身的要素を欠ければ、その利用行為すなわち実行行為は定型性が欠けるため、当該真正身分犯類型の犯罪には間接正犯は成立し得ないと思われる。

第三款 教唆犯

前述のように、極端従属形式において、かつての間接正犯と教唆犯は他人を犯罪実行させるという「外見的」な類似性があったが、前者は後者の「補充概念」又は「救済概念」として直接行為者が有責性を欠けている場合の処罰の間隙を埋めるものであった。しかしながら、制限従属形式において、現在の間接正犯は、既に教唆犯による処罰の間隙を埋める「補充概念」又は「救済概念」というものではなく、両者の区別は利用行為と教唆行為という側面から分析すべきである。

本稿は、間接正犯を「一次的責任」が問われる直接正犯として処罰し、正犯の一つの態様で実行行為者であると理解し、利用行為そのものが直接正犯と同様な不法内容のある実行行為性を有する限り、利用者は間接正犯となり得ると考える。すなわち、私見によれば、間接正犯の不法内容の構築は、背後者の実行行為、すなわち利用行為は構成要件的な定型性を具備しており、利用された他人を道具化したり道具的な状態に陥った他人を利用したりし、当該法益に対して事實的

²⁴⁰ 学説はこのような事例を「身分なき故意ある道具」と呼ばれている。ところが、「身分なき故意ある道具」の利用者が間接正犯を成立し得るかについて議論が存在している。通説は利用者が間接正犯の成立を認める一方、身分犯の本質を身分者に課された特別義務の侵害として利用者の正犯性を付ける見解、利用者を教唆犯、非利用者を幫助犯とする見解、共同正犯の成立を可能とする見解などがある。詳しい説明について、西田・前掲注(2) 86-87 頁。なお、団藤・前掲注(63) 159 頁は、身分者が非身分者を利用して実行する場合において、その非身分者は情を知っている限り、第 65 条第 1 項により正犯ではなくて幫助犯として処罰されると主張した。

危険と規範的危険を惹起するというものである。そのため、間接正犯の成立は、背後者が構成要件的な定型性の要求に充足することを前提に、強制により意思抑圧に陥る状態の利用、及び犯罪構成の事実に対する認識の欠如の利用に限られる。

そうすると、他人に犯罪実行の決意を生ぜしめるとしての教唆犯²⁴¹は、通説である惹起説の観点から直接正犯を通じて犯罪を実現するという二次的責任が問われる共犯とし、その行為が正犯に犯罪実行の意思を引き起こすような定型的な犯意誘発行為であり、且つ制限従属形式において直接正犯の行為が構成要件該当性及び違法性を備えていることが必要である。すなわち、間接正犯の場合は「実行行為者＝直接的な法益侵害惹起者＝正犯」、教唆犯の場合は「犯意誘発行為者＝間接的な法益侵害惹起者＝共犯」であると考えるのである^{242、243}。

第二項 犯罪行為の利用の事例

ここでの「犯罪行為の利用」とは、被利用者の行為が犯罪として成立し、且つ背後者が狭義の共犯となれなかった場合で、にもかかわらず、背後者の利用行為が間接正犯の実行行為とされることである。ここでの問題点は、利用された者に犯罪を成立した場合、それを利用した背後者に同様に間接正犯を成立させることができるのかである。以下は「過失行為の利用」と「情を知る第三者の利用」を分析する。

第一款 過失行為の利用

他人の過失行為を利用して犯罪を実行させた者に間接正犯が成立しうるのかについて、例えば、医師 A が看護師 B に命じて患者 C に致死量の薬を投与させた場合に、B がそのことに注意すべきであったが、そのまま投薬して C が死亡したという事例について、B には過失致死罪を肯定した上で、通説は A の行為の実行行為性を認め、殺人罪の間接正犯が成立し得るとするが²⁴⁴、有

²⁴¹ 団藤・前掲注（63）403 頁。

²⁴² 団藤・前掲注（63）155 頁は、構成要件該当事実の実現に対する支配力及び実行行為としての定型性という観点から観察した。すなわち教唆犯の場合は被教唆者が実行行為としての定型性を具備する上、構成要件該当事実の実現に対して支配力を有するもの、間接正犯の場合はその自身の利用行為が実行行為としての定型性を具備する上、構成要件該当事実の実現に対して支配力を有するものであると主張した。

²⁴³ また、共犯と実行行為概念について、本稿第一章第三節第三項を参照。

²⁴⁴ 団藤・前掲注（63）158 頁、大塚仁『注解刑法』（青林書院、1977 年増補第 2 版）375 頁などを参照。

力説は A が殺人罪の教唆犯であると主張している²⁴⁵。前者の間接正犯説について、一つの考え方は、正犯は少なくとも構成要件の故意を有する前提で共犯の成立が可能だとされるものであるため、過失行為に対する故意の教唆が不可能であると考え²⁴⁶、共犯とは、純粹に正犯の犯罪行為に加担する者であり、正犯と共犯の罪名が一致しなければならないという罪名従属性と犯罪共同説に基づく思考である²⁴⁷。他の一つの考え方は、過失の教唆という過失行為に対する故意の共犯を認めるのは日常用語として不自然であるため、刑法の常識的解釈を尊重しようとする思考に基づき、「共犯の本質を『方法的類型』として捉えつつも、なるべく罪名従属性を維持するという考慮から、利用者を『間接正犯』という名前で処罰する立場」である²⁴⁸。これらに対して、後者の教唆犯説では、一つの考え方は故意過失を責任要素と解する上、制限従属性説の見地から過失行為に対する故意の共犯の成立が可能であるとし、共犯は正犯の犯罪行為に加担する者ではなく、あくまで犯罪実現の「方法的類型」としての自己の犯罪の一遂行形式であると理解する²⁴⁹。他の一つの考え方は因果的共犯論の見地から、共犯は正犯を通じて法益侵害を間接的に惹起するという者であるので、非故意行為に対する関与も共犯の成立が可能である²⁵⁰。

ところで、私見によれば、A の行為は B を道具化したこと又は B の道具的な状態を利用したことが認められるに足りるのであれば、A に殺人罪の間接正犯を認めることが可能だと思われる。よって、B が不適切な投薬による C の死亡結果を認識していなかった場合、或いは A の命令により B の意思自由を判断不能又は著しく選択し難い程度まで抑圧していた場合、B に過失致死罪が成立しつつも、A に殺人罪の間接正犯を成立させるべきだと思われる。

第二款 情を知る第三者の利用：故意ある幫助道具

故意ある道具の問題について、最判昭和 25 年 7 月 6 日刑集 4 卷 7 号 1178 頁食糧管理法違反事件は「原判決の認定事實は、判示会社の代表取締役である被告人 A が B と共謀の上被告人の娘 C を介して会社の使用人 D に命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した趣旨であつて、D を教唆し又は同人と共謀した趣旨でないことが明白である。そして、かく認めることは、

²⁴⁵ 佐伯・前掲注（121）355 頁、中義勝『刑法総論』（有斐閣、1971 年）224 頁、中山研一『口述刑法総論』344 頁などを参照。

²⁴⁶ 団藤・前掲注（63）403 頁、大塚・前掲注（244）429 頁などを参照。

²⁴⁷ 西田・前掲注（2）84 頁。

²⁴⁸ 西田・前掲注（2）85 頁。

²⁴⁹ 西田・前掲注（2）84 頁。

²⁵⁰ 大越・前掲注（18）153 頁以下を参照。

挙示の証拠に照し社会通念上適正妥当である。従って、D 等がその情を知ると否とにかかわらず被告人 A の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはないのである」（下線部は著者による）とした。本件の被利用者 D は、共謀でなく教唆されてもなく、情を知っていた上、背後者 A の指示に従って米を運搬輸送した。私見によれば、D は、元々当該会社の使用人として代表取締役 A の指示に従って会社の業務に従事していたものである。本件 A の指示行為は、上述の事情を考える上で、D を「自己の手足」とする道具的な状態を利用したことが認められるため、A には食糧管理法違反の間接正犯を成立し得ると思われる。

ところが、もし本件の D が意思押圧に陥らずに情を知っていた上で米を運搬輸送したのであれば、D の運搬輸送行為は幫助行為ではなく実行行為を行った直接正犯であるので、A と D のいずれも正犯が認められると言える²⁵¹。そうすると、客観的正犯論の立場から、故意ある幫助道具という概念には疑いなきものとは言えない²⁵²。このような場合、A の実行行為は D により米を運搬輸送すること、D の実行行為は A の命令により米を運搬輸送することという側面から見ると、A と D は意思の連絡がない状態で同時に同一の犯罪を実行したものであり、すなわち同時犯に類似する状態だと思われる²⁵³。

第四節 小括

本稿は、現在の通説の制限従属形式に基づき、間接正犯の正犯としての積極的根拠は利用行為の実行行為性に求められ、すなわち間接正犯の構造は「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」を中心に構築するものである。また、この論

²⁵¹ 団藤・前掲注（63）159 頁は、本件は「運搬輸送」という構成要件要素の解釈によって決める問題であると示した。

²⁵² 西田・前掲注（2）88-89 頁は、故意ある幫助道具という概念は、背後者を単なる教唆犯ではなく正犯として処罰するという要求と、実行行為者を幫助として軽く処罰したいという要求に基づき由来するものであると解し、第一の要求には背後者を共謀共同正犯又はドイツの「正犯の背後の正犯」理論として充足すると述べたが、正犯を利用する間接正犯という概念にはまだ問題がありながら、第二の要求に対し、絶対的法定刑が存在せずに酌量減輕規定を有する刑法では具体的量刑段階において対処し得ると理解した。

²⁵³ 筑間正泰「同時犯の意義並びに共同正犯の意義及びその範囲」法學研究 61 卷 2 号（1988 年）236 頁は、同時犯を「二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の関係において、同一若しくは同種又は異種の犯罪を実行する場合」と定義した。しかしながら、本件の事実関係によれば、A と D との間に A の命令が介入していたため、二人の間にはある程度の連結性が存在していたと思われる。よって、本稿は、それを同時犯に類似する状態と称する。

点に基づき幾つかの類型の間接正犯の判例を検討した後、個別事例における間接正犯の正犯性の判断は「実行行為性」を中心に求めつつも、他の補助的な論点が不可欠であると考え、道具理論への再理解を通じ、間接正犯の成立は、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のが必要であると解する。さらに、判例の検討を通じて、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、若しくは著しく選択し難いまで抑圧される程度で足りるという論理的帰結に至った。しかしながら、本稿の観点に基づいて判断するとしても、一部の争いのある間接正犯を完全に説明できるとは言えない。例えば、身分犯や犯罪行為の利用や利用行為後の介入の事例などがそれである。それらは、むしろ構成要件の解釈や因果関係の認定にかかわる問題であろうと思われる。

第四章 台湾法における正犯概念

現在台湾で施行されている中華民国刑法の立法思想及び体系は主に近代的西洋刑法の法体制を継受している。しかしながら、現行中華民国刑法は 1912 年中華民国暫行新刑律時代、1928 年中華民国旧刑法時代、1935 年中華民国刑法時代を経て、2005 年に総則規定の大きな改正を行い、現在に至っている。本稿は、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、台湾法の視座から比較法的な考察を行うため、まず台湾法における正犯概念を確認しておかなければならないと考え、4 つの時代を経た中華民国刑法に関する歴史的背景とその制定の経緯に基づき、各時代の共犯規定及びその改正を中心に、歴年の実務的見解を分析し、台湾法における正犯概念とその変遷を考察していきたい。

第一節 台湾の刑法典における共犯規定の沿革

第一項 1912 年中華民国暫行新刑律（1912 年-1928 年）

第一款 制定の経緯

1912 年暫行新刑律の制定の源流は、清国末期の変法運動により、当時の担当者沈家本氏は日本人法律顧問を招聘して近代的西洋の法制度を作り上げようとし、そのうち刑法の部分は 1907 年に岡田朝太郎博士によって起稿された「刑律草案」を基礎とした。1911 年に「大清新刑律」の立法が完成したが、辛亥革命勃発により新刑律の実施には至らなかった²⁵⁴。中華民国成立後、社会はまだ混乱状態であったため、1912 年 3 月 10 日の大總統令により清国において施行されていた法律と合わせてその新刑律を暫定的に運用することを布告し、名称を「暫行新刑律」に改め、帝室侵害罪など国家体制と相容れない条文を削除した²⁵⁵。そして、この「暫行新刑律」は 1928 年まで施行されていた。

「大清新刑律」及び「暫行新刑律」は「総則」と「各則」に分かれ、それらを旧律と比較すれば、概ねに以下の特徴がある：①罪刑法定主義の確立（比附の排除）、②刑の現代化（身体刑

²⁵⁴ 黄源盛編『晚清民国刑法史料輯注（上）』（元照、2010 年）274 頁。

²⁵⁵ 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、黄源盛編・前掲注（254）274 頁、小野清一郎『中華民国刑法總則』（中華民国法制研究會、1933 年）6-11 頁、田邊章秀「『大清刑律』から『暫行新刑律』へ——中國における近代的刑法の制定過程について」東洋史研究 65 卷 2 号（2006 年）260 頁を参照。

を廃止し、死刑、懲役、拘役（禁錮）、罰金に改める）、③死罪の縮限（絶対的死刑を刑罰とする範囲を縮小し、自由刑を主刑とする）、4. 尊属に関する罪刑の加重（旧有の風習と礼教の關係に配慮する）、⑤処遇の平等化（同じ犯罪は一律同じ刑罰を科する）、⑥死刑の執行方法の統一（死刑の方法を絞刑のみとし、かつ公開処刑を禁止する）、⑦懲治教育（16 歳とする責任年齢の設定）である。また、罪例を刑例の前におき、また判決を下す際の法の適用については、頒布以前の罪であっても新法で裁き、旧法で罪に問うていないもののみ無罪にするといった他の国の刑法には見られない特徴も備えていた²⁵⁶。このような特徴から見ると、刑律草案及びその後の新刑律は岡田の長年の考え方を実現したのが見えられる²⁵⁷。

第二款 共犯の規定

1912 年暫行新刑律の共犯規定は、第 6 章に定められ、章名を「共犯罪」と命名し、以下のよう

第 29 条：「Ⅰ二人以上共同して犯罪行為を実施した者は皆正犯とし、各自にその刑を科す。Ⅱ犯罪行為を実施するに際し正犯を幫助した者は、正犯に準ずる。」

第 30 条：「Ⅰ他人を教唆し犯罪行為を実施させた者は造意犯とする。その者には正犯の例に依って処断する。Ⅱ造意犯を教唆した者は造意犯に準じる。」

第 31 条：「Ⅰ犯罪行為を実施する前に正犯を幫助した者は、従犯とし、正犯の刑の一等或いは二等を減輕することを得。Ⅱ従犯を教唆又は幫助した者は従犯に準ずる。」

第 32 条：「教唆又は幫助をしてから、自ら犯罪行為の実施に参加した者には、その実施したことに従って処断する。」

第 33 条：「Ⅰ凡そ身分に因り成立する罪を教唆又は幫助したる者は其の身分なき者と雖も仍ほ共犯を以て論ずる。Ⅱ身分に因り刑に輕重ある時は其の身分なき者には仍ほ通常の刑を科す。」

第 34 条：「本犯の情を知りて共同したる者は、本犯共同の情を知らざる時と雖も、仍ほ共犯を以て論ずる。」

第 35 条：「過失罪に付き共同の過失ある者時共犯を論ずる。」

²⁵⁶ 蔡墩銘・前掲注（255）108 頁、田邊・前掲注（255）243 頁を参照。

²⁵⁷ なお、蔡墩銘・前掲注（255）108 頁は、1912 年暫行新刑律はナポレオン時代のフランス刑法を母法とした日本の旧刑法を模範とし制定されたものであるもので、間接的にフランス刑法を母法としたものと評価した。

第 36 条：「人が故意に罪を犯すに際し過失に因り其の結果を助成したる者は過失共同正犯に準じて論ず。但し其の罪が過失を論ずべきものなる場合に限る。」

以上の規定を見ると、共同正犯、教唆犯、従犯という 3 類型が分かれて規定され、日本の現行刑法と同様の共犯の分類を採用していたが、第 29 条共同正犯や第 30 条教唆犯や第 31 条従犯や第 32 条事中正犯の規定において、「実行」ではなく「実施」という用語が使われており、犯罪実施前に正犯を幫助した者を従犯とし（第 31 条第 1 項）、犯罪実施時に正犯を幫助した者を正犯に準じて処断する「準正犯」（第 29 条第 3 項）という規定があるため、犯罪実施時に加功したかどうかに基づき正犯と従犯を区別し、過失共犯と過失共同正犯の規定がある、という差異があることが分かる。

第二項 1928 年中華民国旧刑法（1928 年-1935 年）

第一款 制定の経緯

1927 年に国民政府が首都を南京に定めた際、1912 年暫行新刑律の改正に着手し、改正された新刑法典は 1928 年 3 月 10 日に布告され、名称を「中華民国刑法」（一般には「旧刑法」と称する）と改め、同年 7 月 1 日に正式に施行された²⁵⁸。この旧刑法の重要な改正点は、①一般の故意と区別する「明知」という用語を、各則において直接故意を責任要件とする犯罪に付けた、②予備及び陰謀への処罰が重大な犯罪のみに限られた、③自首の減免は刑の任意的減免を刑の任意的減軽に改めた、④元来、5 等級に分けられていた有期懲役は等級の区別がなくなった、⑤実質上の数罪の併合とされ、結果的加重犯は一罪とされその最も重い罪を以て処断することになった、⑥被害者の身分によって過失犯の刑が加重される規定を廃止した、⑦「利益を得た」場合のみに罰金を科する、⑧罰金及び科料には金額の倍数を基準とせずに刑法に明確な額が規定された、⑨公権剥奪には総則に刑法上の明文規定のある場合に限らずそれを科することができることを明確に示した²⁵⁹。

²⁵⁸ 蔡墩銘・前掲注（255）109 頁。

²⁵⁹ 蔡墩銘・前掲注（255）109 頁。

第二款 共犯の規定

1928 年旧刑法の共犯規定は、同じ第 6 章に定められたが、章名を「共犯」と改名し、以下のよう
に規定されていた。

第 42 条：「二人以上共同して犯罪の行為を実施した者は、皆正犯とする。」

第 43 条：「Ⅰ 他人を教唆して犯罪の行為を実施させた者は、教唆犯と為す。教唆犯を教唆し
た者は同じとする。Ⅱ 教唆犯は正犯の刑に処する。」

第 44 条：「Ⅰ 正犯を幫助した者は、従犯とする。Ⅱ 従犯を教唆した者は、従犯を以て論ず
る。Ⅲ 従犯の刑は、正犯の刑の二分の一を減す。但し犯罪の行為の実施に際し、直接且重要なる
幫助を為した者は、正犯の刑に処する。」

第 45 条：「Ⅰ 身分に因り構成すべき罪を、その共同して実施し又は教唆若しくは幫助した者
は、その身分なき者と雖も、仍ほ共犯を以て論ずる。Ⅱ 身分に因り刑の輕重又は免除ある時は、
その身分なき者には、仍ほ通常の刑を科す。」

第 46 条：「正犯の情を知りて正犯を幫助した者は、正犯が共同の事実を知らざりし場合と雖
も、仍ほ従犯を以て論ずる。」

第 47 条：「二人以上過失罪に付き共同過失ある時は、皆過失正犯とする。」

以上の規定を見ると、1928 年旧刑法は、1912 年暫行新刑律の共同正犯、教唆犯、従犯という 3
類型を分類し²⁶⁰、用語も「実施」という用語を維持していた。また、第 42 条と第 44 条によれ
ば、犯罪実施時に正犯を幫助した者を正犯に準じて処断する「準正犯」という規定が削除され、
正犯に対して犯罪実施時に直接で重要な幫助をした者は、正犯ではなく、刑の減輕をしない従犯
とし（第 44 条第 3 項但書）、犯罪実施時の幫助は従犯の成立を可能とするため、1912 年暫行新
刑律において採用された犯罪実施時に加功かどうかという正犯と従犯の区別基準を放棄したこと

²⁶⁰ ちなみに、1928 年旧刑法の各則には「同謀犯」という共謀共同正犯に関する特別規定があった。
すなわち第 288 条「殺人を同謀した者は、3 年以上 10 年以下の有期徒刑に処する」という同謀殺人罪
及び加重処罰としての第 289 条直系尊属と傍系尊属の同謀殺害罪、第 351 条「強盜罪を犯すことを同
謀した者は、1 年以上 7 年以下の有期徒刑に処する」という同謀強盜罪、第 373 条「人を擄にして贖
償を強要することを同謀した者は、1 年以上 7 年以下の有期徒刑に処する」という同謀擄人勒贖罪
（身代金目的略取罪に相当）と規定していた。詳しい説明は、黄源盛編・前掲注（260）992、993、
1010、1013、1019 頁を参照。

が分かる²⁶¹。そして、過失共犯の規定が削除され、共同過失の場合では全て過失共同正犯とされる、という点にも差異がある。

第三項 1935 年中華民國刑法

第一款 制定の経緯

1928 年旧刑法は 1912 年暫行新刑律に留保されていた古代法の規定を改正・廃止したが、その解釈適用に関する争いが施行後にも絶えてなかったため、1932 年に国民政府による「刑法起草委員会」が発足し、現行日本刑法、刑法並監獄法改正調査委員会決議及留保条項（刑法総則）、昭和 15 年の改正刑法仮案と刑法改正案及びドイツ、スイス、イタリアなど刑法典を参考して公表された「刑法改正案」は、1934 年に立法院（日本の国会に相当する）において可決され、1935 年 1 月 1 日に布告され、同年 7 月 1 日に正式施行された²⁶²。この 1935 年に改正された「中華民國刑法」は、現在台湾で施行されているものであり、社会の構造と時代の変遷及び新形態の犯罪類型に対応するため、1935 年から 2004 年まで主に刑法各論の条文に関する法改正が 16 回を行なわれた²⁶³。

第二款 共犯の規定

1935 年刑法の共犯規定は、第 4 章に定められ、章名を同じ「共犯」と命名し、以下のように規定されていた。

第 28 条：「二人以上共同して犯罪の行為を実施した者は、皆正犯とする。」

第 29 条：「Ⅰ 他人に犯罪を教唆した者は、教唆犯とする。Ⅱ 教唆犯は、その教唆した罪に依り処罰する。Ⅲ 被教唆者が犯罪に至らざると雖も、教唆犯は仍ほ未遂犯を以て論ずる。但し教唆した罪に未遂犯を処罰する規定がある場合に限る。」

²⁶¹ 1928 年旧刑法第 44 条の立法理由によれば、犯罪実施時に正犯を幫助した者は一律正犯の刑を科すのが公平ではないので、犯罪実施時の幫助が従犯とされる可能性があることを認めた。黄源盛編・前掲注（260）891 頁を参照。

²⁶² 蔡墩銘・前掲注（255）109 頁。

²⁶³ 台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料檢索系統（<https://law.judicial.gov.tw/>）」は、歴年の法改正の資料を検索することができる。（最後閲覧日：2019 年 12 月 23 日）

第 30 条：「Ⅰ 他人を幫助した犯罪を犯した者は、従犯とする。他人が情を知らずにしても、同様とする。Ⅱ 幫助犯の処罰は、正犯の刑を減輕することができる。」

第 31 条：「Ⅰ 身分又はその他特定な関係によって成立した犯罪について、共同して実施し又は教唆し若しくは幫助した者は、その特定な関係がない者であっても、なお共犯を以て論ずる。Ⅱ 身分又は特定な関係によって刑の輕重又は免除があるときは、その特定な関係がない者には、通常の刑を科する。」

以上の規定を見ると、1912 年暫行新刑律と 1928 年旧刑法と同様に、共同正犯、教唆犯、従犯という 3 類型を分類し²⁶⁴、用語は依然として「実施」という用語を維持した一方、第 30 条によれば、1928 年旧刑法と同じ、犯罪実施時の幫助が従犯とされる可能性があることを認めたが、その場合、直接で重要な幫助をした者は従犯とする規定が削除された。その理由は従犯の処罰が裁判官の裁量に委ねられからであり²⁶⁵、過失共同正犯の規定が削除された点にもという差異がある。

第四項 2005 年改正後の中華民國刑法

第一款 改正の経緯

2005 年 1 月 7 日に中華民國刑法及び刑法施行法の一部改正草案は立法院にて可決され、同年 2 月 2 日に總統によって公布され、翌年 7 月 1 日に施行された。この度の改正では、特に刑法總則における改正は、61 箇条が改正され、4 箇条が削除され、2 箇条が追加され、それは全体の 3 分の 2 程にまで及び、最近では最大の改正となった²⁶⁶。また第四章の共犯の処罰規定の改正以外では、他の重要な改正として、公務員の定義を変更し（第 10 条第 2 項）、特殊事情の下での違法性の錯誤に関する犯罪阻却事由を改正し（第 16 条）、心神喪失と心神耗弱の内容を新たに記し（第 19 条第 1、2 項）、原因において自由な行為を明文化し（第 19 条第 3 項）、不能犯を可罰から不可罰へと改正し（第 26 条）、追訴権の時効起算及び期間を改正し（第 80 条）、公権剝奪

²⁶⁴ 1928 年旧刑法の各則における「同謀犯」の規定は、1935 年刑法において全て削除された。

²⁶⁵ 黄源盛編・前掲注（260）1155 頁

²⁶⁶ 2005 年刑法總則改正の概要について、只木誠「ミニ・シンポジウム『台湾における刑法改正の現状と課題』報告」比較法雑誌 48 卷 3 号（2014 年）103-104 頁を参照。なお、「司法院法學資料檢索系統（<https://law.judicial.gov.tw/>）」で得た檢索結果により、今年まで 22 回の法改正が行なわれてきた（最後閲覧日：2019 年 12 月 23 日）。

の範囲を改正し（第 36 条）、強姦性交罪を犯した者に対する強制医療制度を明文化した（第 91 条の 1）。

第二款 共犯の規定

2005 年刑法の共犯規定は、同じ第 4 章に定められたが、章名を「正犯及び共犯」と変更し、以下のように規定した。

第 28 条：「二人以上共同して犯罪の行為を実行した者は、皆正犯とする。」

第 29 条：「Ⅰ 他人を教唆して犯罪行為を実行させた者は、教唆犯とする。Ⅱ 教唆犯の処罰は、その教唆する罪によって処罰する。」

第 30 条：「Ⅰ 他人の犯罪を実行することを幫助した者は、幫助犯とする。他人が情を知らずにしても、同様とする。Ⅱ 幫助犯の処罰は、正犯の刑を減輕することができる。」

第 31 条：「Ⅰ 身分又はその他特定な関係によって成立した犯罪について、共同して実行し、又は教唆し若しくは幫助した者は、その特定な関係がない者であっても、なお正犯若しくは共犯を以て論ずる。但しその刑を減輕することができる。Ⅱ 身分又は特定な関係によって刑の輕重又は免除があるときは、その特定な関係がない者には、通常の刑を科する。」

2005 年刑法改正において、第 4 章の章名「共犯」を「正犯と共犯」に改正した。しかし、第 28 条の規定の内容については、1990 年の改正草案²⁶⁷に従わず、間接正犯の規定を明文化しなかった。その改正理由は「現在のあらゆる学説によれば正犯と共犯は本質的な違いがあり、すなわち正犯は直接的な実行行為者（直接正犯、間接正犯、共同正犯）と評価され、共犯は間接的に実行行為を関与する者（教唆犯、幫助犯）と評価されるので、現行法の章名である『共犯』を『正犯と共犯』に改正することにより、現状に対応することになる」とした。また、実行行為概念について、同条の改正理由によれば、従来の「実施」は陰謀、予備、着手、実行という概念を含めて、直接的に犯罪事実を構成する行為に限られなかったが、客観的犯罪行為の処罰を重視することに基づき、陰謀犯と予備犯は行為の定型性を欠くので、用語は「実施」を「実行」に改正し、陰謀共同正犯と予備共同正犯の成立が排除されることになった。更に、第 29 条教唆犯、第 30 条幫助犯、第 31 条共犯と身分の規定も用語の改正に合わせて「実行」に改めた。

²⁶⁷ 1990 年版中華民国刑法改正草案第 28 条：「Ⅰ 犯罪行為の実施者を自任するのは、正犯とする。正犯以外の他人を利用することによって実施する者は、同様とする。Ⅱ 二人以上共同して犯罪の行為を実施した者は、皆正犯とする。」

第二節 歴年の実務的見解の状況

上記の共犯規定の沿革から考察すれば、台湾法における正犯概念は、共同正犯と従犯の規定に関係している以外、更なる問題にしているのは、「実施」と「実行」の意義が各時代の実務的見解の変遷にあると思われる。そのため、以下では、実行行為概念をめぐって歴年の実務的見解を分析し、正犯概念を考察する。

第一項 実行行為概念

第一款 実務的見解の概要

一、1965 年の司法院大法官會議积字第 109 号解釈

本号解釈において、1935 年刑法時代の共謀共同正犯について、「自己の共同犯罪の意思を以って、構成要件以外の行為に関与して実施する、或いは自己の共同犯罪の意思を以って、事前に同謀し²⁶⁸、その中の一部の者により犯罪行為を実施させる者は、均としく共同正犯である…」と解釈したが、その解釈理由書において「共同正犯は、共同して犯罪を実施する者が、共同意思の範囲内において、犯罪行為の一部を各自に分担し、他人の行為を相互に利用することにより、その犯罪目的を達成するから、その成立は全体が犯罪構成要件行為に関与して実施することを要件としない；犯罪構成要件行為に関与する者は共同正犯とすべきである；自己の共同犯罪の意思を以って、構成要件以外の行為に関与して実施する、或いは自己の共同犯罪の意思を以って、事前に同謀し、一部の者により犯罪行為を実行させる者も、共同正犯の全部の行為により発生した結果に、責任を負わせるのである…」と示したことから見ると、「実施」と「実行」は同意語²⁶⁹、或いは「実施」は「実行」の上位概念、という 2 つの読み方があると思われる。しかしながら、积字第 109 号解釈の解釈文と解釈理由書の文脈からすれば、「実行」と「実施」が共に使われていたが、共謀共同正犯の場合だけで「共謀」と「実行」が分かれて使われていたため、恐らく「実施」の概念を犯罪構成要件行為の「実行」として解釈した、すなわち両者は同意語として使われていたと推認できる。

²⁶⁸ 积字第 109 号の解釈文と解釈理由書の原文は、「共謀」について「同謀」という用語を使用した。

²⁶⁹ その点について、同号解釈の曾繁康、金世鼎、景佐綱大法官による不同意見書においても指摘された。

二、最高法院判例と判決

最高法院（最高裁判所に相当）には「実行」を明確に定義した判決と判例はなかったが、数多くの地方法院（地方裁判所に相当）と高等法院（高等裁判所に相当）の判決は第 28 条の共同正犯の新旧法の適用問題において、「実行」とは「犯罪行為者が構成要件の行為を行うことである」と示したようである。以下、4つの事例で検討してみよう。

1928 年旧刑法時代の判例では、例えば、最高法院 19（1930）年上字第 1699 号判例は、「詐欺取財罪の成立は、加害者が不法而して財物取得の意思を有したとし、詐欺行為を実施し、被害者が此の行為に因り表意の錯誤を有したことに致し、而して其の結果が財産上の処分をして損害を受けたことが必要である。もし其の取得した財物は、被害者の交付の決意によることではなかったら、本罪の完成を認めることができない。」として、構成要件行為としての詐欺行為は実行為だと認めた。また最高法院 20（1931）年上字第 137 号判例は、「共同正犯は、必ず共同実施或いは分担実施の一部の者に限る。所謂実施とは、犯罪構成要素たる行為を実行し既に着手に達したことを言い、もし事前の計画に参与し、而して相当の助力を与えたに過ぎない者ならば、事前の幫助による従犯と論ずるべきである」として、「実施」の概念を構成要件行為の一部或いは全部に該当する行為として狭く解釈した。

1935 年刑法時代の判例では、例えば、最高法院 29（1940）年上字第 2553 号判例は、「甲が某日に乙を室内に私的監禁した後、改めて農場の屋敷に移し入れ、乙を順番で見張ることを他人に派遣し、某日までに監禁を終え、乙を解放したことは、その私的監禁の場所が別々であったと雖も、而して私的監禁の行為が間断なく、仍ほ包括的に一個の実行行為の継続であり、単純一罪と論ずるべきである」として、甲が私的監禁罪²⁷⁰の継続犯に該当するとした。よって、本件甲の行為の実行行為性は、乙を自己の実力的支配の下で移してその行動自由を奪ったことにある、すなわち構成要件行為としての監禁行為を実行行為だと認めている。

そして 2005 年刑法の判例では、例えば、台湾士林地方法院 94（2005）年度囑易字第 1 号判決において、母親 A と娘 B が共同して、財閥の支配人である被害者とその家族を恐喝し、養育費として財物を交付させたことにより恐喝取財罪（刑法第 346 条 1 項²⁷¹）として起訴された事案に対

²⁷⁰ 中華民國刑法刑法第 302 条：「秘かに拘禁又は他の違法な方法を行って人の自由を剥奪した者は、5 年以下の懲役、拘留又は 3 百元以下の罰金に処する。」

²⁷¹ 中華民國刑法刑法第 346 条第 1 項：「自己又は第三者の不法な所有の意図により、本人または第三者を恐喝して財物を交付させた者は、6 月以上 5 年以下の懲役及び千元以下の罰金に処する。」

して、士林地方法院は、恐喝取財罪における「不法所有の意図（不法領得の意思）」とは適法な権利を欠いているにもかかわらず財物を自己の実力支配に移転して使用、受益、処分するという意図であり、またこの意図は法律の命令または禁止に違反する以外にも、公の秩序又は善良の風俗に反し、そして一般人が容忍できる程度を越える場合も含まれていると示した。よって、B が A の話により自分が被害者の娘であると誤信し、財閥の支配人である被害者とその家族に恐喝して養育費を交付させたとしても、「不法所有の意図」を有するとは認められないと判示した。B の行為が恐喝罪に該当しなくても、自分が被害者の非嫡出子であることを社会の一般大衆に広めようとし、被害者の名誉に対し害を加える旨を告知した行為に刑法第 305 条恐喝罪²⁷²を認めている。よって B の行為は恐喝取財罪の主観的な意図を欠いていても、恐喝罪の構成要件にも該当でき、その実行行為性及び定型性が備えたと認められるとしている²⁷³。

三、司法院 32（1943）年院字第 2404 号解釈

本解釈は、1935 年刑法の第 28 条共同正犯における「実施」という用語について、「刑法 28 条の所謂実施とは、教唆或いは幫助とは異なり、犯罪事実の結果が直接にその行為によって発生した場合を指し、実行の前に陰謀或いは予備行為をしても、共同実施の情があれば、同条に基づき処断すべきである。現行法における実行は専ら犯罪行為の段階に関し、且つ陰謀、予備、着手の各段階を区別するのに使用される専門用語である」として、「実施」が広く解釈されるようになった。

第二款 分析

一、刑法の文言

²⁷² 中華民國刑法刑法第 305 条：「生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える事を他人に脅迫して安全に危険を生じさせた者は、2 年以下の懲役、拘留又は 3 百元以下の罰金に処する。」

²⁷³ その後、本件の B が台湾高等法院に控訴したが、台湾高等法院は、A と B が共同の「不法所有の意図」及び行為の分担を有したため、B が恐喝罪を成立した元判決を破棄し、改めて第 28 条共同正犯と第 346 条恐喝取財罪の規定により B と A を共同正犯として自判した。台湾高等法院 95（2006）年矚上易字第 4 号判決を参照。

2005 年刑法改正後、第 4 章共犯規定の用語は「実施」を「実行」に改め、第 3 章未遂犯規定²⁷⁴の用語と統一してきた。しかし 1912 年暫行新刑律において、第 6 章共犯罪には「実施」という用語が使われていた一方、第 3 章未遂罪には「実施」や「実行」という文字が一切使われていなかった²⁷⁵。これに対し、1928 年旧刑法及び 1935 年刑法において、共犯規定の用語は「実施」、未遂犯規定の用語は「実行」²⁷⁶が使われていたので、2005 年刑法改正前までは、1912 年暫行新刑律から 1935 年刑法までの法文に従うと、「実施」と「実行」は異なる概念として用いられたようであった²⁷⁷。

二、2005 年刑法総則改正

一方、2005 年刑法改正において、第 28 条共同正犯の改正理由によれば、従来の「実施」は陰謀、予備、着手、実行という概念を含めて、直接的に犯罪事実を構成する行為に限られなかったが、客観的犯罪行為の処罰を重視することに基づき、陰謀と予備は行為の定型性を欠くので、

²⁷⁴ 2005 年刑法は、第 25 条「Ⅰ既に犯罪行為の実行に着手したるも遂げなかった者は、未遂犯とする。Ⅱ未遂犯の処罰は、特別の規定がある場合に限り、それを既遂犯の刑に依って減輕することができる。」、第 27 条：「Ⅰ既に犯罪行為の実行に着手したるも自己の意思に因りて中止又はその結果の発生を防止したる者は、その刑を減輕又は免除する。結果の不発生は、防止行為によらなかったが、行為者が防止行為に尽力した場合は、亦同じ。Ⅱ前項規定は、正犯又は共犯の中に一人又は数人は、自己の意思に因りて犯罪結果の発生を防止し、又は結果の不発生は、防止行為によらなかったが、行為者が防止行為に尽力した場合は、それを亦適用する」と規定した。

²⁷⁵ 1912 年暫行新刑律第 17 条第 1 項：「Ⅰ犯罪既に着手あるも意外の障礙に因り遂げざる者は未遂犯と為す。其の犯罪の結果を生ずること能はざる時亦同じ。Ⅱ未遂犯の罪と為るは分則各条に於て之を定む。Ⅲ未遂罪の刑は既遂罪の刑の一等或いは二等を減輕することを得」、第 18 条：「既に犯罪の実行に着手したるも自己の意思に因りて中止したる者は準未遂犯を論ずる時本刑を減輕又は免除することを得。」

²⁷⁶ 1935 年刑法は、第 25 条「Ⅰ既に犯罪行為の実行に着手したるも遂げなかった者は、未遂犯とする。Ⅱ未遂犯の処罰は、特別の規定がある場合に限る。」、第 27 条：「既に犯罪行為の実行に着手しても、自己の意思に因りて中止又はその結果の発生を防止したる者は、その刑を減輕又は免除する。」と規定した。また、1928 年旧刑法は、第 39 条「Ⅰ既に犯罪の実行に着手したるも之を遂げざる者は未遂犯とす。其の犯罪の結果を発生すること不能なりし時亦同じ。Ⅱ未遂罪の処罰は特別の規定ある場合に限る。」、第 41 条「既に犯罪の実行に着手したるも自己の意思に因りて中止したる者は本刑を減輕又は免除す。」と規定した。

²⁷⁷ 小野の 1928 年旧刑法の解説書（前掲注（255））174 頁以下は、暫行新刑律の規定を考察する上で、原文の用語の「実施」を「実行」と翻訳した。

「実施」という用語を「実行」に改め、陰謀共同正犯と予備共同正犯の成立が排除されることになった。そうすると、「実施」は「実行」の上位概念、「実行」は「実施」における行為段階の一つということを推認できる²⁷⁸。

三、「実施」概念の源流

1912 年暫行新刑律第 29 条規定の立法趣旨の説明によれば、「実施」という用語を採用する理由は、「二人以上共同して犯罪行為を実施した者は皆正犯とする理由は、その行為が犯罪の要素を分担したところにある。例えば、甲と乙が丙を毒殺することを協議した場合は、陰謀毒殺の実施正犯である。甲と乙が共に毒薬を混ぜた場合は、予備毒殺の実施正犯である。甲が毒薬を食物にいれ、乙が毒入りの食物を丙に勧めた場合は、着手毒殺の実施正犯である。丙が毒を飲んで死亡した場合は、実行毒殺の実施正犯である」²⁷⁹として、「実施」は陰謀や予備や着手や実行を含める概念と示した。

一方、暫行新刑律の実質的起草者である岡田朝太郎は、その暫行新刑律の解説書において「刑律及び他の法律の中には常に実施という動詞があるが、実施と云わくのは実行行為と混じり合えない。陰謀や予備や着手や実行と曰わくのは犯罪行為の中に一階級であり、その最高階級が実行、最低階級が陰謀である。実施となるとはそうではなく、その階級は何かにもかかわらず、その行為を実地現出するのは皆実施である。故に用語の正格を求めるため、実行行為や予備行為や

²⁷⁸ この用語の修正について、林山田『二〇〇五年刑法修正総評』（元照、2007 年）52-59 頁は、「実行」は予備陰謀と着手実行の区切りをつけるとしての行為段階の用語で、犯罪共同体の本質を有する共同正犯は、一人が実行の階段に達すれば皆が共同正犯に成立し得る故に、法改正後に、共同犯罪意思に基づく計画者や謀議者や指揮者は「共同実行」をするではないので共同正犯を成立し得なくなる。実務もその用語の改正と処罰の間隙に応じ「共同実行」を「共同実施」のように解しなければならぬ。また刑法における陰謀犯や予備犯の処罰規定があるので、「陰謀の実行」や「予備の実行」という矛盾な概念になった。そして予備共同正犯は全てが実行の階段に達しないなら共同正犯を成立し得ないため、予備共同正犯の成立を言う余地がない。さらに改正理由について、予備共同正犯や陰謀共同正犯が定型性を欠いて思想を処罰する恐れがあるためにその成立を否定する理由は、既に入罪化した陰謀犯や予備犯に対して不正確な推論であり、また処罰するか否かは立法政策の議題である。そして元用語の「実施」は、学説と実務的見解の解釈を通じ、既に共同正犯と共謀共同正犯の問題を解決したが、改正後の規定はむしろ共謀共同正犯を処罰する実務の立場を妨げることになったと指摘した。

²⁷⁹ 黄源盛編・前掲注（254）393-394 頁を参照。

着手行為や実行行為の実施を称すべきであるが、実行行為や予備行為や着手行為や実行行為の実行を称しえない」として、「実行」は「実施」の下位概念であると説明した²⁸⁰。

四、実行行為＝犯罪構成要件たる行為

以上のように、1928 年旧刑法から 2005 年刑法改正前まで、「実施」と「実行」という用語を両方とも使用していた。

ところで、1928 年旧刑法時代の背景から観察すれば、19 世紀末から 20 世紀の 30 年代まで形式的客観説がドイツ及び日本の共犯論の主流となり、当時の 1928 年旧刑法時代の学説の多数²⁸¹及び実務家も形式的客観説の影響を受け²⁸²、「実施」の概念を構成要件行為の一部或いは全部に該当する行為として狭く解釈した²⁸³。その後、1935 年刑法時代の最高法院は依然としてそのような限定的な「実施」概念を用いており、構成要件行為の「実施」か構成要件行為の「実行」かは、何れも裁判所の法適用の妨げにならなかったため、連带的に実行行為概念を明確に定義した判例がなかったと思われる。一方、1943 年の司法院院字第 2404 号解釈は、1928 年旧刑法時代の形式的客観説の影響を受けておらず、1912 年暫行新刑律第 29 条規定の立法趣旨に遡り、「実施」が広く用いられた。また、釈字第 109 号解釈の解釈文と解釈理由書は、共謀共同正犯の場合

²⁸⁰ 岡田朝太郎『中華民國新刑律總則講義』（明治大学出版部、1917 年）78 頁。

²⁸¹ 例えば、王觀（姚建龍勘校）『中華刑法論（1929 年五版）』（中國方正、2005 年）151 頁は「実行とは、犯罪行為ということである。すなわち刑法各論において規定する犯罪特別要件を構成する行為を行うことである」とした。趙琛『新刑法原理』（中華書局、1930 年）259 頁は「実行行為とは、刑法上の犯罪構成の特別な要素を具備する行為である」とした。鄒朝俊『刑法原理』（商務印書館、1930 年）133 頁は「手段とは、行為の具体的な発動である」とした。陳瑾昆（吳允鋒勘校）『刑法總則講義（1934 年）』（中國方正、2004 年）97 頁以下は「犯罪の実行とは、犯罪構成要件行為を行うことである」とした。陳文彬『中華新刑法總論』（商務印書館、1936 年）158 頁は、「実行行為とは、既に刑法各条の規定する犯罪行為に入ったということである」とした。これらに対して、郭衛『現代刑法總論』（世界書局、1933 年）76 頁は「実行は意思が既に行為において表現した進展状態の用語である」とした。

²⁸² 黄源盛『晚清民國刑法春秋』（犁齋社、2018 年）287 頁は、1928 年旧刑法時代の立法精神は日本刑法理論の影響をまだ受けていたが、その立法精神が段々主観主義へ移行しており、特に牧野英一が主張する主観主義と目的刑論に影響されていた。これに対して、最高法院は依然として客観主義を厳守しつつ、形式客観説に基づき正犯の範囲を判断していたと指摘した。

²⁸³ 黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究（6・完）」法学協会雑誌 134 卷 9 号（2017 年）1745-1746 頁を参照。

だけで「共謀」と「実行」が分かれて使われており、その文脈からは、「実施」と「実行」が同意語として使われていたと推認できる。

このような実務的見解の変遷及び 2005 年刑法第 28 条共同正犯の改正理由によれば、立法者は「実施」と「実行」について確実に異なる概念であることを表明し、「正犯＝直接的な実行行為者」及び「共犯＝実行行為の間接的な関与者」と考えている上²⁸⁴、行為の定型性を強調し、「実行行為＝犯罪構成要件たる行為」と定義したと言える。

第二項 正犯概念

第一款 実務的見解の概要

一、1912 年暫行新刑律時代

この時代の大理院は、基本的に 1912 年暫行新刑律に従って正犯たる者を判断していた。すなわち第 29 条第 1 項に依り正犯は「犯罪行為を実施した者」と示されるものである。一方、第 29 条第 2 項の場合では、どのような犯罪行為実施中の幫助が「準正犯」と言えるかという問題もある。

例えば、大理院 3（1914）年上字第 221 号判例は、A は B らが被害者の店舗で強盗を行った時に外で見張りをしていたという事案において、「犯罪実行には積極的・消極的要件があり、積極的要件とは犯罪実行の積極的に進行する行為、消極的要件とは犯罪実行の阻害を防止する行為であり、両者いずれかは犯罪実行に必要不可欠の要件である。故に犯人の行為はこの二つ要件の一に合った場合では、即共同実行正犯である。強盗罪の強取行為は積極的要件に属し、見張り行為は犯罪実行の阻害を防止するという消極的要件に合ったため、強取・見張りは均しく共同正犯として論ずるべきである。」（下線部は著者による）として、第 29 条第 2 項により A を準正犯とした元判決を破棄し、改めて第 29 条第 1 項により A を共同正犯として自判した。また、大理院 4（1915）年上字第 359 号判例は、擄人勒贖（身代金目的略取に相当する）²⁸⁵の事案において、「擄人勒贖における擄人行為と勒贖行為は均しく犯罪行為の一部を実施することである。其

²⁸⁴ 林山田・前掲注（278）51 頁は、改正理由によれば、「直接的」な実行行為者とする正犯の内に「間接」正犯が存在しているのは論理的な錯誤であると批判した。

²⁸⁵ 1912 年暫行新刑律においては擄人勒贖の規定がなかったが、懲治盜匪法（第 4 条第 3 項）とその後の懲治盜暫行条例（第 1 条第 1 項）において擄人勒贖の規定があった。また、1928 年旧刑法第 371 条と 1935 年刑法第 347 条においては擄人勒贖が規定された。

が（指示に）²⁸⁶従い回贖を被害者と談合した場合は論なく勒贖を幫助したことであり、仍て犯罪行為を実施するに際し正犯を幫助した者と言え、刑律第 29 条第 2 項に依り準正犯として論ずるべきである。」（下線部は著者による）として、明らかに擄人行為（略取行為）と勒贖行為（身代金を強請してこれを交付させる行為）の実施者を正犯として理解した一方、勒贖の幫助者はただ指示に従って回贖（身代金の交付）を談合したため、それを「準正犯」であるとした。

二、1928 年旧刑法時代

この時代の最高法院は、正犯を「犯罪事実を構成する実施者」として理解していた。例えば、最高法院 19（1930）年上字第 1984 号判例は「刑法上の幫助犯とは、正犯の行為に対してただ助力を与えて実施に関与しなかったものというものであり、もし犯罪事実を構成する一部への実施に既に関与したら、即共同正犯に属し、刑法第 42 条に依って処断すべきであり…。」（下線部は著者による）として、また、最高法院 22（1933）年上字第 1713 号判例は「刑法第 42 条の共同正犯は、客観主義を採っており、犯罪事実構成たる行為を共同実施することを成立要件とし、共犯の間に互いが一部の行為を分担するだけと雖も、苟も犯意の連絡があれば、仍て全部の犯罪事実に責任を共同に負わなければならないであり、然し其のした一部の行為は、犯罪事実の内容を構成しなければ、分担実施とは言えないであり、殺人罪は被害者に殺害を実施するとして犯罪内容を構成する行為であり、もし殺人の際に、ただ現場にて見張り、便利を与え、殺害行為を直接に関与しなかったら、この状況では、他人が犯罪を実施した時に直接の重要な幫助をしたとし、刑法第 44 条第 3 項の但書を適用し処すべきであり、殺人の一部工作を分担したことを認め而て共同正犯の例に依って処断するではない。」²⁸⁷（下線部は著者による）とした。

三、1935 年刑法時代

この時代の実務的見解は、正犯の判断について、行為者の主観的意思を重視する見解、行為者の主観的意思と客観的行為を重視する見解が存在していたが、いずれも最高法院 24（1935）年刑事庭総会決議により確立した判断基準、すなわち「主観客観択一説」の範囲から逸脱しなかったと思われる。

²⁸⁶ 「（指示に）」の文言は、本稿が判例の文脈に依り理解した上で添付したものである。

²⁸⁷ だだ、本判例は最高法院 91（2002）年度第 10 次刑事庭会議決議により既に援用されないと示した。

（一）いわゆる「主観客観択一説」

最高法院 24（1935）年刑事庭総会決議は、「正犯と従犯の区別する基準は下記の通りである。

（一）自己の犯罪の意思を以て犯罪構成要件たるに参与した者は正犯である。

（二）他人の犯罪を幫助する意思を以て犯罪構成要件に該当する行為に参与した者は正犯である。

（三）他人の犯罪を幫助する意思を以て、犯罪構成要件行為以外の行為に参与した者は、従犯である。

（四）自己の犯罪の意思を以て、犯罪構成要件たる行為以外の行為に参与した者は、正犯である」²⁸⁸。

また、最高法院 25（1936）年上字第 2253 号判例は、「正犯と従犯の区別について、本院が採っている見解は、行為者の主観的な犯意と客観的な犯行によって区別する。凡そ自ら犯罪の意思を以て犯罪に参与したものは、その参与が犯罪構成要件たる行為であるか否かにも関わらず、皆正犯であり、他人の犯罪を幫助する意思を以て犯罪に参与したものは、その参与が、苟も犯罪構成要件たる行為であれば、亦正犯である。他人の犯罪を幫助する意思を以て犯罪に参与し、その参与が犯罪構成要件以外の行為でなければ、従犯でならない。」として、24 年決議の意旨を再び示した。

（二）主観説

司法院 29 年（1940）院字第 2030 號解釋は「事前に同謀し²⁸⁹、事後に分け前をし、並に犯罪を実施した際に、外で見張り番を担当した者は、顯に自己の犯罪の意思を以て犯罪に参与したのであり、即共同正犯であることと認めるべきである。」（下線部は著者による）として、自己の犯罪意思の有無だけで正犯たる者を判断した。

（三）主観客観混合説

²⁸⁸ 王皇玉『刑法總則』（新學林、2018 年修訂 3 版）418 頁は、この「主観客観択一説」を「主観と客観の総合的な判断基準」と解した。

²⁸⁹ 院字第 2030 號解釋の原文は、「共謀」について「同謀」という用語を使用した。

最高法院 48（1959）年上字第 1163 号判例「自己犯罪の意思を以て犯罪構成要件の行為を関与した者こそは、共同正犯である。刑法第 223 条の罪²⁹⁰は、16 歳未満の女子に誘引して他人と姦淫することを其の犯罪構成要件の行為とし、もしこの行為がなければ、女子の母が女子を身売りしたために妓館の紹介を頼まれたことだけを以て、ただ他人の犯罪に助力を与え、幫助犯を成立すべきであり、共同正犯として論じ難いである。」（下線部は著者による）として、自己の犯罪意思の有無だけでなく、各罪の構成要件行為に該当するかどうかも正犯の判断基準とされた。

四、行為支配説の影響

近年は、台湾最高法院は行為支配説の影響を受け、「機能支配（機能的行為支配）」で共同正犯の構造を説明した。例えば、最高法院 96（2007）年度台上字第 6141 号判決は「多数人が共同犯罪の意思により、互いに分担協力して犯罪行為を共同に実現し、互いに補充して犯罪を完成すること、即ち多数人が犯意の連絡と行為の分担に基づく場合は、共同正犯であり、これは即学説上のいう『機能的行為支配』である；機能的行為支配の概念において、多数人がその役割に依り構成要件の実現を共同に協力して関与し、その中に部分行為者は構成要件行為の実現に関与しないとしても、その行った構成要件以外の行為が犯罪目的の実現に対して必要不可欠な地位を持っており、仍て共同正犯を成立することができる。また共同正犯の構成員が構成要件的行為の実行に関与するのは、全ての犯罪事実に関与するのが必要であるとされなく、犯罪事実の一部のみに関与し、或いは共同行為の一段階のみに関与しても、共同正犯の成立には妨礙しない。」としている。

また、下級審も行為支配説に基づき、正犯は「全ての犯罪過程に対して操縦性のある犯罪支配地位を持っている者であり、犯罪行為を進行するかどうか、どのようにして進行する、及び犯罪結果、犯罪目的の実現に対して決定性の役割と機能を持っており、常に自身の意思によって構成要件の実現を止めるまたは早めることができ、犯罪過程においてのキーマンに属することである」²⁹¹、あるいは「行為者が正犯であるかどうかについて、行為者の主観的心態と客観的行為²⁹²を兼ねて判断すべきである。原則的に全ての犯罪過程に対し、操縦性・主宰性の犯罪支配の地位を有する者は正犯である。故に犯罪類型において、自己の行為を通じること（単独犯）、または

²⁹⁰ 中華民國刑法第 233 条：「16 歳未満の男女を誘引して他人と猥褻行為又は姦淫をさせた者は、5 年以下の懲役に処する。」

²⁹¹ 台湾高等法院台南分院 105（2016）年度上易字第 280 号判決。

²⁹² 原判決の用語は「主観的行為と客観的心態」を使われていたが、おそらく間違いであると思われる。

他人に対しての意思支配を通じること（単独犯）、または多数人が互いに助け合って関与することによって犯罪の実現を完成する（共同正犯）としての支配犯は、共同正犯及び間接正犯の成立しか可能にしない」²⁹³と定義している。

ここでは台湾台東地方法院 98（2009）年度訴字第 107 号判決を見てみよう。

本件は、被告人 A、B、C、D、E、F が第二級毒品であるメタンフェタミン（毒品危害防制条例第 2 条第 2 項第 2 款）²⁹⁴を共同して製造したことにより第二級毒品製造罪（毒品危害防制条例第 4 条第 2 項）²⁹⁵の共同正犯として起訴されたという事案である。C は犯罪過程において、資金と原材料と器具を提供した A と B 及びメタンフェタミンを製造した D と E と F の間の連絡係しか務めなかったものであり、また D と E と F は原材料を使い切った時に直接 A と B に連絡して提供させ、B も自ら原材料と器具などを D と E と F に渡すことが可能であったので、C の行為は必要不可欠ではなく、それは構成要件以外の行為とされた。そして C は原材料と器具の運搬係であったが、最も重要な原材料と器具の数量と供給源といったことをコントロールすることができず、犯罪の促進の役割しか果たさなかったもので、幫助犯とされた。

第二款 分析

一、1912 年暫行新刑律における正犯概念

1912 年暫行新刑律の共犯規定によれば、正犯たる者は二人以上共同して犯罪行為を実施した者（第 29 条第 1 項）、及び犯罪行為を実施するに際し正犯を幫助した者（第 29 条第 2 項）である²⁹⁶。また、幫助犯たる者は犯罪行為を実施する前に正犯を幫助した者である（第 30 条第 1 項）。そうすると、当時の正犯概念は正犯と従犯の区別から理解できると思われる。まず犯罪行為実施の時期により、犯罪行為実施前に幫助した者は如何にも従犯とされ、犯罪行為実施中に幫助した者は正犯とされるという加功行為の時期前後による形式的基準が存在していた。一方、犯罪行為

²⁹³ 台湾高等法院台南分院 92（2003）年度上易字第 1050 号判決を参照。

²⁹⁴ 台湾では、毒品危害防制条例第 2 条により、覚せい剤と麻薬など依存性・乱用性・社会危害性のある精神刺激薬と麻薬及びその製品を「毒品」と定義し、そしてその依存性・乱用性・社会危害性により、4 つのレベルに分かれる。

²⁹⁵ 毒品危害防制条例第 4 条第 2 項：「第二級毒品を製造し、運輸し、又は販賣した者、無期又は 7 年以下の懲役に処し、1 千萬元以下の罰金を併科することができる。」

²⁹⁶ 岡田・前掲注（280）106-108 頁は、前者を「実施行為分担者」即ち「実施正犯」と称し、後者を「実施行為幫助者」即ち「幫助正犯」と称した。

実施中に幫助した者について、「犯罪行為の実施中に、正犯を幫助した者を正犯に準ずる理由は、実施行為時における重要な助力を与えたことである。重要な助力は、犯罪要素の分担とは異なるが、犯罪の程度、行為の責任につき同等である。例えば、甲が屋内で窃盗を行い、乙が甲のために屋外で立番した場合は本条の例である。」²⁹⁷という第 29 条第 2 項立法理由の説明によれば、犯罪実施時の幫助が重要な助力であると評価し得る場合には、「準正犯」とされる。よって、正犯と共犯の区別は、加功行為の時期前後による形式的基準及び犯罪実施時の加功行為の重要性という実質的基準を通じて判断していた。

大理院は、正犯を「犯罪行為を実施した者」と理解したが、これを「準正犯」とした事例において、大理院 4（1915）年上字第 359 号判例により回贖（身代金の交付）の談合行為を重要な助力と認めた理由については少々論理的に問題があると思われる。すなわち加功行為の時期からすれば、確かにこの談合行為は犯罪実施時において行われていたが、この行為は、犯罪の全体において、どのように擄人勒贖（身代金略取に相当する）を促成した重要性があったかということを説明として少々不足である。一方、大理院 3（1914）年上字第 221 号判例により見張り行為は、第 29 条第 2 項立法理由の説明と異なり、それを「犯罪実行の阻害を妨げる」という「消極的要件」を解し、第 29 条第 1 項において実施された犯罪を拡張的に解釈していた²⁹⁸。よって、大理院が「犯罪行為を実施した者」を正犯とした結論を得られても、「準正犯」の判断はまだ明確ではないと思われる。

二、1928 年旧刑法と 1935 年刑法における正犯概念

1928 年旧刑法時代の実務的見解は、正犯を「犯罪行為を実施した者」とした大理院の見解に従い、形式客観説の立場に基づき²⁹⁹、正犯は構成要件行為の実施を既に着手しなければならないものとし、且つ共同正犯の条文が客観主義に立脚することを明確に表明した³⁰⁰。

一方、1935 年刑法時代の実務的見解は、基本的に最高法院 24（1935）年刑事庭総会決議が示した「主観客観択一説」に従っていた。すなわち、自己の犯罪の意思を以って犯罪構成要件たる行為に関与する者、自己の犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為に関与する者、他人の犯罪を幫助する意思を以って犯罪構成要件たる行為に関与する者は、正犯とされる。これに対し

²⁹⁷ 黄源盛編・前掲注（254）392 頁。

²⁹⁸ 黄士軒・前掲注（283）1730 頁。

²⁹⁹ 黄源盛・前掲注（282）280 頁。

³⁰⁰ 形式客観説に従った旧刑法時代の最高法院判例は、20（1931）年非字第 137 号判例、21（1932）年上字第 2022 号判例、21（1932）年非字第 2197 号判例、22（1933）年上字第 842 号判例など。

て、自己の犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為に関与する者だけでは従犯とされる。すなわち犯罪構成要件の行為を行う者だけでなく、正犯の範囲を「自己の犯罪の意思を以て犯罪構成要件以外の行為に関与する者」まで拡張したのである。

また、釈字第 109 号解釈もこの観点から、事前に共謀にしか関与しなかった行為者すなわち共謀共同正犯の処罰を認めた³⁰¹。しかしながら、前述のように、同号解釈によれば、「実施」と「実行」が同意語として使われていたようであり、「実施」は「犯罪構成要件たる行為を行う」ということを意味した。そうすると、正犯は「犯罪構成要件たる行為を行う者＝実施行為者＝実行行為者」と理解できることであり、共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行った多数の犯罪者が、共同正犯の規定を通じて拡張的に正犯と認められるという帰結に至った³⁰²。

三、2005 年刑法における正犯概念

2005 年刑法改正後、第 4 章の章名「正犯及び共犯」の改正理由によれば、直接正犯や間接正犯や共同正犯は直接的な実行行為者、教唆犯や幫助犯という狭義の共犯は間接的な実行行為の関与者として評価されるが、ここでの実行行為及び正犯概念はどのように解すべきかという問題がある。

この点について、第 28 条共同正犯の改正は、司法院院字第 2404 号解釈による「実施」概念及び判例による共謀共同正犯の処罰を理由としている。すなわち過去の最高法院判例は、「実施」概念を「陰謀、予備、着手、実行」と広く解した院字第 2404 号解釈により、1935 年刑法第 28 条を通じ、共謀共同正犯の処罰を認めていた。一方、思想犯の処罰の免除及び陰謀犯・予備犯の定型性の欠如という理由に基づき、2005 年改正後第 28 条の文言は「実施」を「実行」に改められたが、その改正理由は実質的客観説又は行為支配説という多数説の立場、日本とドイツの立法

³⁰¹ 台湾において、同項解釈が日本の共同意思主体説を採用したものと理解していた見解がある。例えば、周治平「共謀共同正犯引論（續）」軍法專刊 12 卷 10 号（1966 年）10 頁、楊大器「汎論共謀共同正犯」刑事法雜誌 15 卷 3 号（1971 年）3 頁、甘添貴「共謀共同正犯與共犯的區別—最高法院九八年度台上字第八七七號刑事判決評釋—」法令月刊 61 卷 2 号（2010 年）60 頁、張麗卿『刑法總則理論與運用』（五南、2015 年第 5 版）355 頁などを参照。また、同号解釈の曾繁康、金世鼎、景佐綱大法官による不同意見書においてもこの点を示した。反対意見として、陳子平『共同正犯與共犯論』（五南、2000 年）159 頁は、本解釈において超個人的な「主体」を構成するという文字の表現が使用されたので、必ずしも共同意思主体説の採用とは言えなかったと指摘した。

³⁰² 1935 年刑法において、このような「共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行った多数の犯罪者」について、最も問題となるのは共謀共同正犯である。共謀共同正犯に関する台湾の実務的見解と学説は、黃士軒・前掲注（283）1752 頁以下を参照。

例、及び最高法院判例による「主観客観択一説」に言及し、共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行った多数の犯罪者も共同正犯とすることができるため、実務において共謀共同正犯の処罰を妨げないものとなった、と示していた。そうすると、2005 刑法において、元々直接的な実行行為者としての共同正犯は、前述のように「犯罪構成要件たる行為」と定義された実行行為概念を通じ、共同して「直接に犯罪構成要件たる行為を行った者」と解すべきということになる。しかしながら、共謀共同正犯の処罰を妨げないため、犯罪構成要件以外の行為を行った者としても、共同犯罪の意思を以って行為した場合に共同正犯と認められるため、「正犯＝実行行為者」ということが当然とは言えず、少なくとも共同正犯の場合はそうではないと思われる³⁰³。

よって、新法において正犯たる者は、犯罪構成要件たる行為を行った者（直接正犯、間接正犯、実行共同正犯）、及び第 28 条の規定により共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行った者（共謀共同正犯）、という帰結になる。

第三節 小括

以上のように、台湾刑法における正犯概念は、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」両概念を併用して「実行」概念をめぐる理論の変遷、及び 2005 年刑法改正後に用語の統一をして「実行」という用語しか残されなかった新法を総合的に考察すれば、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行為者の場合で、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までも拡張されて正犯とされる。このような変遷は、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精神より見えると思われる³⁰⁴。すなわち、判例及び他の実務的見解は、度々の法改正及び学説の変遷の影響を受け、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。このような理論の発展を進行しつつならば、最高法院 24（1935）年刑事庭総会決議から確立した「主観客観択一説」は、2005 年刑法改正後にも正犯の判断基準として使われており、共謀共

³⁰³ 林山田・前掲注（278）54-59 頁は、用語の改正とその改正理由によれば、むしろ共謀共同正犯の処罰を妨げることになったと批判した。

³⁰⁴ 特に 1935 年刑法第 29 条第 3 項未遂の教唆の規定、及び第 57 条「犯人の生活状況」を量刑基準として増訂されたのは、主観主義刑法理論を導入した立法が見えると思われる。詳しい説明は、黄源盛・前掲注（282）301 頁以下を参照。

同正犯の処罰も認めることが明らかである³⁰⁵。これも現行第 28 条の改正理由より推認できることと思われる。行為支配説は近年来の有力な学説になってきたが、最高法院には行為支配という概念を通じて法的判断を行った幾つの判決があっても、過去に「判例」として編選された判決が存在していないので、現在に至るまで行為支配説は通説の地位に立っているとは言えない。よって、台湾刑法においては、共謀共同正犯を除き、犯罪構成要件たる行為を行った者、すなわち実行行為者が正犯であると解される。

³⁰⁵ 更に明確に言えば、共謀共同正犯の処罰は、暫行新刑律時代に大理院が既に認めていた。例えば、大理院 2（1913）年度上字第 39 号判例。詳しい説明は、黄士軒・前掲注（283）1728 頁以下を参照。

第五章 台湾法における間接正犯概念

これまでの共犯規定の沿革及び実務的見解の変遷によれば、現行台湾の刑法における正犯概念は、犯罪構成要件たる行為を行った者（直接正犯、間接正犯、実行共同正犯）、及び第 28 条の規定により共同犯罪の意思を以て犯罪構成要件以外の行為を行った者（共謀共同正犯）に大別される。すなわち、正犯たる者は、共謀共同正犯を除き、犯罪構成要件を実行する実行行為者と言える。ところで、本稿の考察対象とする間接正犯は、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造を示しており、現行台湾刑法において、背後者の利用行為が実行行為性を具備している一方、被利用者とその行為がどの位置づけるかという問題がある。台湾の刑法における共犯規定及び実務的見解は、日本刑法理論に深く影響されていたため、間接正犯概念に関する変遷と論争も同様に存在している。すなわち、かつての極端従属形式から現在の制限従属形式までの間接正犯について、それを正犯として扱う根拠はどのように理解されるのかについて、4 つ時代の共犯規定及びその改正を中心に、歴年の実務的見解を分析することにより、間接正犯概念とその変遷を考察したい。

第一節 実務的見解の概要

第一項 判例と判決

第一款 中華民國大理院時代

大理院は、一般に故意なき者又は情を知らない者若しくは責任無能力者を利用して犯罪を実施する者が間接正犯と定義され、教唆犯と間接正犯の区別は犯罪の決意の誘発と責任能力の有無にあると示していた。

一、故意なき者の利用と責任無能力者の利用

間接正犯に言及した最初の大理院判例は、大理院 4（1915）年上字 606 号判例であり、「凡そ責任能力者を教唆して犯罪の決心を為し、因りて犯罪を実施せしむる者は造意犯という。責任無能力者及び故意なき者を利用し、因りて犯罪を実施する者は間接正犯という。」（下線部は著者による）とした。その後、大理院 5（1916）年上字 779 号判例では「質として 10 歳の幼女 を商店に預けて婢をされてから、其の幼女を使喚して店内の銀物を何度もなく窃取し、己に帰する、そ

の責任無能力者を利用する行為は、間接正犯に属する。」（下線部は著者による）として、10歳の幼女³⁰⁶を利用した窃盗の事例、及び大理院 11（1922）年上字 987 号判例では「甲は乙が病んでいる機に、紅信と白砂糖を購入し、丙の宅に持ち入り、紅信を白砂糖に参入して丙に渡し、白砂糖だと丁に騙すと丙に言い付け、丙は乙に送って食べさせることを丁に命じ、翌日乙は毒が効いたのによって死亡した。丁は乙に渡す時に白砂糖に毒のあることが知らないのであれば、丙は間接正犯の地位に立っていた…。故意なき者を利用するのは、間接正犯であり、準正犯ではない。」（下線部は著者による）として、騙された他人を利用して毒殺の事例においても、大理院 4（1915）年上字 606 号判例の判旨のように、その利用者を間接正犯だとした。

しかしながら、犯罪構成の事実に対する認識が欠ける場合、すなわち故意なき者の利用は、極端従属形式における責任無能力者の利用と同様に、責任要素の欠如による処罰の間隙を埋めるために利用者を間接正犯としたと理解されるべきかという問題がある。

二、故意犯限定の間接正犯

大理院 4（1915）年上字 475 号判例は「被告人は郷民が群衆を引率し追逐していた際に、切羽詰まっており、空に銃を撃つことを巡勇に命じたとは、示威恐喝をしようとして群衆を怯えて退却させただけということであり、殺人の故意を有したとは言えず、他人が銃に撃たれた事実があったとしても、もし下手者が故意又は過失の行為を有したことを証明できれば、罪を其の者に属すべきであり、而て被告人にはその責任を負わないべきである。原判決は、空に銃を撃つことを命じたことでは不確定的故意があったと認め、間接正犯と為すと論じたことには、確実に合わない。」（下線部は著者による）として、間接正犯の成立について、下手者³⁰⁷すなわち被利用者は故意又は過失がないことでなければならず、且つ犯罪の責任をそれに帰属しない場合に限ると解される。また、本判例も、背後者は結果発生への認識、すなわち故意を有することが必要であると示唆した。すなわち大理院は、背後者が故意犯である場合だけで間接正犯の成立を認めたと解される。

³⁰⁶ 1912 年暫行新刑律第 11 条：「凡そ 12 歳未満の者の行為は罪と為らず。但し情状に因り感化教育を施すことを得。」

³⁰⁷ 「下手者」とは手を下す者である、すなわち被利用者である巡勇と意味する。

第二款 中華民國最高法院時代

この時代の最高法院の間接正犯に対する見解は、基本にかつての大理院の見解に従って判示した。

一、責任年齢に達しなかった者の利用

最高法院 28（1939）年上字第 3744 号判例は「上告人らは甲と不和であるため、12 歳の女兒乙を共同に唆し甲が乙を強姦することを誣告させたのは、明らかに責任無能力者を共同に利用し誣告を実施した、間接正犯を成立すべきである。」（下線部は著者による）として、12 歳³⁰⁸の乙を責任無能力者として形式的に認定し、背後者らが責任無能力者であった乙を利用した行為を誣告罪の間接正犯とし、背後者らは共同して間接正犯の行為を行い、各間接正犯の間に共犯の関係が発生したため、多数人の共同実施と異ならず、故にそれらを共同正犯とした。

二、情を知らない者の利用

最高法院 31（1942）年上字第 2189 号判例では「本件は原判決の認めた事実によると、上告人は他人を飛ばし壯丁 A と B を徴集したが、各本人を直接に強制し兵役に服させることができず、各家族 C と D を強制し A と B を渡させようとし、事情を知らない区署を利用し先後で逮捕勾留した、それは連続私的監禁の間接正犯であるのが瞭然である」という犯罪構成の事実に対する認識の欠如の事例、及び最高法院 28（1939）年上字 19 判例では「教唆犯は、其の教唆した犯罪が未遂犯の処罰規定のある以外、正犯が其の教唆により犯罪を実施すれば成立し得る。もし他人がその教唆した事柄が合法的行為だと信じて実施し、犯罪故意のない場合で、授意者は情を知らない者を利用して自己の犯罪行為を実施するのであり、教唆犯でなく間接正犯に属する。むしろ授意者は合法行為であると誤信し、他人の不法行為を介入したことにより犯罪を成立した場合で、授意者は故意の条件が欠如するので、教唆犯を成立する余地もない」（下線部は著者による）として、違法性認識の錯誤の事例を情を知らない者の利用として捉えられた。

なお、以上のような情を知らない者の利用の事例において、最高法院 26（1937）年渝上字 1929 号判例は「もし被害者の家族が己に被害状況を問い合わせた際にある人物が加害者であると

³⁰⁸ 1928 年旧刑法第 30 条第 1 項：「13 歳未満の者の行為は、之を罰せず。但し情状に因り感化教育を施し又は其の監護人若は保佐人をして相当な保障金を納付せしめ 1 年以上 3 年以下の期間内其の品行を監督せしむることを得。」

偽称して誤信したことを利用し、公務員に請求して当該者を訴追させた場合では、明らかに責任条件³⁰⁹なき者を利用して誣告させ、教唆犯でなく間接正犯とすべきである」（下線部は著者による）として、犯罪構成の事実に対する認識の欠如、すなわち故意なき場合を責任条件の欠如だと解した上、責任条件なき者を利用して実行した者は、当然教唆犯ではなく間接正犯と扱われるべきであると示した。

三、教唆犯との区別

最高法院 26（1937）年渝上字 1929 号判例の示した責任条件の有無により間接正犯と教唆犯との区別を区別するという判断基準と異なり、最高法院 23（1934）年上字 3621 号判例は「犯罪意思なき者を教唆して犯罪を実施させる場合は、教唆犯であるが、若し他人に強引に犯罪をさせ、他人が威嚇に恐れをなすことによって意思の自由を失って犯罪を実施した場合には、実施者が故意なきに因り、犯罪を成立せずため、その造意者は教唆犯でなく間接正犯とする」³¹⁰（下線部は著者による）として、犯罪決心の誘発と責任能力の有無だけで形式的な判断ではなく、意思の自由を失ったかどうかにあると示したため、大理院の見解及び上述の判例の見解は一致しなくなった。

四、被利用者の犯罪行為を先決条件としての間接正犯

最高法院 27（1938）年渝上字 672 号判例は、「私文書偽造罪（刑法第 210 条）とは他人の文書を偽造するまたは変造することであり、自己の名義で作成した文書の場合には、文書の内容が虚偽であっても、私文書偽造罪を論じることができない。…間接正犯は刑事責任なき者を利用して自己の犯したい犯罪を実施することによって成立し、故に必ず被利用者の行為は犯罪行為であることを先決条件とし、もし被利用者の行為は犯罪が成立させなければ、利用者も犯罪であるとは言えない。…本件 A の書簡は A 自身の名義で作成されたものであるので、他人の文書を作成したとはいえず、書簡の内容は虚偽であっても、文書自体には偽造の問題が生じず、A に書簡を書かせた B には、私文書偽造罪を構成することが成立しない」（下線部は著者による）としたが、そ

³⁰⁹ 本件の判決要旨において、判決理由の使った用語である「責任条件」ではなく、「責任意思」を使った。

³¹⁰ 類似の事例として、最高法院 29（1940）年上字第 2014 号判例は、脅迫による自殺は自由意志に基づかない結果のため、教唆自殺でなく殺人罪の間接正犯だと判示した。

の「犯罪行為」を共犯従属形式及び間接正犯の構造においてどのように理解すべきのかという問題はあ

第三款 台湾最高法院時代

一、刑事無責任者の利用と情を知らない者の利用

この時代の最高法院は、基本的に過去の判例の見解に従って間接正犯を判断していた。例えば、最高法院 43（1954）年台上字 295 判決は「刑事無責任者を利用して自己の犯したい罪を実施すれば、間接正犯を成立すべきである。すなわち情を知らない者を利用することを以て、自己の犯罪行為を実施したのは、間接正犯にも属する。」（下線部は著者による）とした。また、最高法院 69（1980）年台上字第 696 号判例は「A が B の判子を窃取して事情を知らない C に渡し、領収書としての『給料明細表』にある B の領収欄に判子を押ししたことは、B に損害を生じさせることに足り、私文書偽造罪の間接正犯を成立すべきである。」とした³¹¹。そして、最高法院 43（1954）年台上字 295 号判決からは、刑事無責任者の利用と情を知らない者の利用が同様に間接正犯の一つの類型とされたため、情を知らない者すなわち故意なき者は刑事無責任者と扱われたと思われる。

二、違法性欠如の事例

強制執行事件に関して、最高法院 84（1995）年度台上字第 5632 号判決の事案概要は、債権者である被告人 A が持っていた A と B との間の和解記録書には、「債務者である土地共有者 B が A に分筆された土地での建築物を取り壊し、土地を A に交付すべきである」と載っており、一般的には、B がその建築物を所有するまたはその事実的処分権を取得したのであれば、A と B はこのような和解を作成することができると思われる。しかし A は、その建築物の真の所有者が第三者 C であることを知っていたにもかかわらず、和解の内容が不正確であることを利用し、B がその建築物を所有すると称し、強制執行の執行者らを誤信させて C の建築物を取り壊したことになった。以上の事実について、最高法院は、「執行裁判所は訴訟上の成立した和解に基づき強制執行を行い、その確定した内容に依りそれを行わせなければならない、もし和解内容に基づき確定

³¹¹ 最高法院 50（1961）年台上字第 148 号判例、最高法院 67（1978）年台上字第 1422 号判例、最高法院 95（2006）年台上字第 3918 号判決などは同旨。

をしない事項は、執行中に争いが発生したら、別件で起訴により請求されて解決に求める以外、みだりに執行することができない、というものは本院が著した 49（1960）年台上字第 137 号判例がある。よって、もし債権者は和解の範囲内に属しない他人の建築物と知っていたにもかかわらず、和解の内容が明確ではない状況を利用し、態とそれを債務者が所有すると指し、執行者の違法性欠如の行為を通じ、その取り壊す目的に達するのであれば、仍て損壊罪³¹²の間接正犯を解くことができない。」（下線部は著者による）として、執行者の違法性が欠如している行為によって自身の犯罪目的を達成したので、A には損壊罪の間接正犯が成立するとした。

三、行為支配説の影響

近年は、行為支配説の影響を受け、利用者が犯罪支配の地位に立っていた又は意思支配を有した場合には間接正犯の成立を認めようになった。行為支配という概念を通じて法的判断を行った判例はないが、最高法院では「機能的行為支配」を理由として共同正犯の成立とその責任範囲を判断した幾つの判決がある³¹³。間接正犯の成立についても「意思支配」という概念を論及している。例えば、最高法院 93（2004）年度台上字第 244 号判決は、A、B、C、D、E は 1996 年の年末から 1998 年 8 月まで、他人を詐いて郵政貯金を交付させたため、詐欺取財罪³¹⁴の共同正犯として起訴されたが、A は 1998 年 8 月 18 日に事情を知らない F に依頼して C と共に郵便局に行き虚偽文書で他人の郵政貯金を受け取らせたが、「間接正犯とは、行為者が他人を利用して犯罪の道具として、直接正犯の犯意と犯行を実現することである；すなわち間接正犯は幕の後ろに隠れ、被利用者の意思と意思活動を操る・支配することによって、自ら構成要件を実行することに該当する意思支配をいう」（下線部は著者による）という理由に基づき、情を知らない F が詐欺取財の行為を実施しなかったとして、A には詐欺取財罪の間接正犯は成立しないとしたため、原判決が破棄されて台湾高等法院花蓮分院に差戻された。その後、上告と差戻しを経たが、最高法院は

³¹² 中華民國刑法第 353 条第 1 項：「他人の建築物、坑道、艦船を毀棄、損壊又は使用に堪えない状態に至らせた者は、6 月以上 5 年以下の懲役に処する。」

³¹³ 例えば、最高法院 97（2008）年度台上字第 732 号判決、最高法院 106（2017）年度台上字第 2221 号判決などを参照。

³¹⁴ 中華民國刑法第 339 条第 1 項：「自己又は第三者の不法な所有を意図して、詐術を以て他人に本人又は第三者の物を交付させた者は、5 年以下の懲役、拘留若しくは 50 万元以下の罰金に処し、又は併科する。」また第 2 項：「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は第三者にこれを得させた者も、同様とする。」よって、第 1 項の行為は「詐欺取財の行為」、第 2 項の行為は「詐欺得利の行為」と呼ばれる。

上告審において、A が間接正犯を成立したかどうかについて一切論及しなかった³¹⁵。なお、本件の判示事項によれば、「意思支配」という概念は論及されただけ、それに通じて実的に法的判断を行わなかったため、意思支配という概念により間接正犯の成立を判断するのはまだ最高法院の少数説であると思われる。

四、無意思能力者の利用

最高法院 94（2005）年台上字第 6403 号判決は、「間接正犯とは自己の犯罪の意思を以て、責任無能力者又は犯罪意思なき者又は違法性が欠く者を利用して、犯罪事実を実現するというものである。その利用される者は意思能力を有すべきであるので、もし意思無能力者の挙動を支配することによって犯罪を遂行する場合は、それは間接正犯でなく、自らの犯罪となし単独正犯に属する。本件 A は、成年被後見人である B に借用証書の借主欄に署名押印させたことにより、B が借主である借用証書を偽造した事実について、B が被害者であり、A が無意思能力の B を支配して借用証書に署名押印させた時に、B は自身のした行為を理解しておらず、A は署押印文を盗用することによって借用証書を偽造するという私文書偽造罪の単独正犯である。」（下線部は著者による）として、無意思能力者の行動はただの道具と評価されている。

五、共同正犯との区別

最高法院 87（1998）年台上字第 2936 号判決は「刑法上の間接正犯とは、犯罪行為者が自ら犯罪を実施せず、責任無能力者又は犯罪意思なき者を利用して犯罪を実施するものである。従って、責任能力且つ犯罪意思のある者は、責任無能力又は犯罪意思なき被利用者との間に、共同正犯を成立する余地がないのである」（下線部は著者による）として、共同正犯の成立要件を充足するには行為者らの犯意の連絡が必要であり、犯罪意思なき者の場合は言うまでもなく、責任無能力者とも共同正犯は成立し得ないと示した。この見解は、最高法院の共同正犯の成立要件についての見解の経緯から見ると理解できる。すなわち最高法院 28 年上字第 3242 号判例は「共同正犯の要件は、共同の行為を有するとするだけでなく、共同の犯意の連絡を有することも必要である。刑法が責任無能力者の行為に対して、処罰しないと定めるため、その他人の犯罪行為を加功

³¹⁵ 本件に関する歴年の最高法院判決について、最高法院 95（2006）年台上字第 2019 号判決、最高法院 96（2007）年台上字第 5636 号判決、最高法院 97（2008）年台上字第 4001 号判決、最高法院 98（2009）年台上字第 5328 号判決（確定）を参照。

したことも、その意思要件が欠如したとし、犯意の連絡がなかったと認め、而して共同正犯の人数に算入しないとされるべきである。」として、共同正犯との区別を示した。よって、被利用者に意思要件が欠ければ、責任段階の故意を欠くことになり、構成要件該当性段階の故意の存在も連動的に認められないことになるので、犯意の連絡を構成要件とする共同正犯が成立する余地はないのである³¹⁶。

六、身分犯との関係

間接正犯と身分犯との関係について、非身分者が身分者を利用する事例において、非身分者の間接正犯の成立を否定した理由は、被利用者の行為が犯罪ではないためとする見解（最高法院55（1966）年台非字第222号判決、最高法院86（1997）年台非字第265号判決）、或いは身分犯の性質のためとする見解（最高法院86（1997）年台上字第5125号判決）などに分かれている³¹⁷。しかしながら、2005年刑法総則改正後、共犯の立法体系として制限従属形式が明らかに採用されたため、間接正犯は改正前後の共犯体系においてどのように位置づけるのかという問題がある。

第二項 最高法院決議

児童及び少年に関連する法律において、成年者が18歳未満の者を利用することには加重処罰の規定が設けられている。最高法院66（1977）年度第7次刑庭庭推総会議決議は少年事件処

³¹⁶ これは、最高法院28（1938）年上字第3242号判例「共同正犯の要件は、共同の行為だけに足りず、共同の犯意の連絡も必要である。刑法が責任無能力者の行為に対し処罰せずとしたら、他人の犯罪行為を加功することにも、意思要件が欠くとし、犯意の連絡なきと認め、共同正犯の人数に算入しぬ」という旨を重ねて言明したものである。

³¹⁷ なお、最高法院55（1966）年台非字第222号判決は、「情を知らない者を利用して犯罪を実施し、被利用者の行為は犯罪を構成しなかった場合で、利用者自身も間接正犯たるものとは言えない」（下線部は著者による）として、山地の先住民族による自植林木の伐採と運送が許可条件を違反しても行政罰しかなかったため、情をしらない当該先住民を利用して許可条件を違反したことも当該森林法違反の罪の間接正犯が成立しないとした。この判示事項によれば、被利用者の行為が「刑法における犯罪」又は「行政刑罰」を構成した時に限られると思われる。また、「行政秩序罰」の場合で、刑罰と秩序罰は量的な差か質的な差かという両者の本質の問題にかかるので、本稿が割愛する。そして興味深いのは、間接正犯と身分犯をめぐる最高法院判例は概ねに文書偽造罪の事例に集中していたところである。

理法第 85 条³¹⁸に対し「成年者が 18 歳未満の者を教唆、幫助した者、若しくはそれと犯罪を共同に実施したというのは、当該 18 歳未満の者が満 14 歳で刑事責任能力がなければ、当該条例でその刑を加重できないということである。18 歳未満の者を利用して犯罪する（間接正犯）となると、被利用者は刑事責任能力を具備するのが必要ではないので、満 14 歳の少年に限らない」（下線部は著者による）として、また最高法院 92（2003）年度第 1 次刑事庭会議は児童福祉法第 43 条第 1 第 1 項前段³¹⁹に対して「児童を利用し犯罪したのは間接正犯」（下線部は著者による）と示した。そうすると、少年法の特別規定は刑法にどのような影響を与えるのか、という問題がある。

第三項 司法院院（解）字解釈

第一款 責任無能力者の利用

司法院は、32（1943）年院字第 2606 号解釈「治療のために 13 歳の娘に阿片煙を吸食させた A は、阿片を所持した部分が犯罪状況により禁煙禁毒治罪暫行條例の条文を適用して論罪される以外、阿片煙吸食罪の間接正犯が成立しえない。」（下線部は著者による）という責任年齢に達しなかった者の利用の事例、及び 33（1944）年院字 2669 号解釈「責任能力に達しない者を徴兵忌避者の身代わりとして紹介する者は、徴兵忌避罪の間接正犯を成すべきである。」（下線部は著者による）という責任無能力者の利用の事例において、その間接正犯が成立できることを認めた。

また、32（1943）年院字第 2606 号解釈の見解に従い、33（1944）年院字第 2713 号解釈は、「責任無能力者に阿片煙を吸食させて治療したのは、この目的が治療であるので、違法性があるとは認められないが、阿片を所持した部分について何罪が成立するかは、本院院字第 2606 号解釈を参照。（すなわち阿片を所持した部分は犯罪状況により、禁煙禁毒治罪暫行條例の条文で論

³¹⁸ 少年事件処理法第 85 条「成年者が 18 歳未満の者を教唆、幫助又は利用して犯罪をした者、若しくはそれと犯罪を共同に実施した者は、その犯した罪に依り、刑を 2 分の 1 までに加重する。」また、少年事件処理法第 2 条「少年は 12 歳以上 18 歳未満の者を指す。」

³¹⁹ 現児童及び少年福祉と權益保障法第 112 条：「成年者が児童及び少年を教唆、幫助又は利用して犯罪をした者、或いはそれと犯罪を共同に実施した者、若しくは故意でそれに犯罪をした者は、その犯した罪に依り、刑を 2 分の 1 までに加重する。但し各当該犯罪は児童及び少年に特別処罰規定を定めた場合、その規定に従う。」また、第 2 条「児童及び少年は 18 歳未満の者を指す。児童は 12 歳未満の者を指す。少年は 12 歳以上 18 歳未満の者を指す。」

罪することである）。阿片煙を吸食した者については、責任無能力であったので、吸食させた者には教唆又は幫助の問題が発生しない。もし吸食者は責任年齢に達していなければ、吸食させた者は阿片煙吸食罪の間接正犯とする。然もなくば、状況により幫助又は教唆犯を論ずるとすべきである。」（下線部は著者による）として、直接行為者の責任能力の有無により間接正犯か狭義の共犯かを成立することに決まると示した。

第二款 身分犯との関係

一方、21（1932）年の院字第 785 号解釈における、「刑法上の間接正犯を認めるかどうかについて、学説は元々異にしている。間接正犯を認める場合で、刑法上の特定の身分のない者は、身分を持っている者を利用して特定な身分による犯罪を犯すについて、当該犯罪の間接正犯を成すことができるかどうかというのは更なる問題である。一説は、無身分者が身分を欠如する原因は事実上の欠如であれば、事実的關係により補充することができる。例えば女子が責任無能力の男子を利用して他女子を強姦したのは強姦罪の間接正犯を成立することができる。法律上の欠如であれば、事実的關係により補充することができない。例えば常人は公務員を利用し、故意でなく職務において財物を取得させたのは、詐欺取財罪を成したが、収賄罪の間接正犯を成すことができない、ということについてどう主張すべきか、解釈を願う」という質問に対し、司法院は「主観主義において元から間接正犯を認めらないのである。ただ現行刑法³²⁰の解釈によれば、間接正犯に関する問題が発生する。其の問題に挙げられた両例について、いずれにも各当該罪（強姦罪と収賄罪）の間接正犯を論ずるべきである」（下線部は著者による）という解釈を作成したため、身分犯と間接正犯との関係について、旧刑法の立法体系及び解釈に基づき、真正身分犯の場合でも間接正犯が成立可能だということを示した。

³²⁰ 1928 年旧刑法と指す。

第四項 参考の価値のある裁判

第一款 最高法院参考の価値のある裁判

最高法院 107 年度台上字第 4227 号判決の偽証事件で、「偽証罪³²¹は学説上にある『自手犯』に属し、『自手犯』の特徴は、正犯以外の者がそれに加功することにより当該犯罪の幫助犯また教唆犯を成立できるのであるが、当該犯罪の間接正犯または共同正犯を成すことができない、すなわち当該犯罪の正犯行為は、正犯が自らの手で実行し、他人がそれを関与できない、犯意の連絡があるとしても、共同正犯を論ずることができない。」（下線部は著者による）として、自手犯は自らの手で実行しなければならないという構成要件的な特殊性を有するため、間接正犯による自手犯は成立しないということになる。

第二款 高等法院及び所属法院参考の価値のある裁判

ここには、犯罪構成の事実に対する認識を欠く者の利用による間接正犯を判示した判決が多い。例えば、台湾高等法院 103（2014）年度矚上易字第 1 号判決の公務員秘密漏洩事件において、「被告人は、それ自身が法令に依って新聞記事を發布する権限を有することを信じたにもかかわらずに情を知らない部下を利用し、その修正された新聞記事の内容に従って記者会見を召集したという秘密漏洩など行為は、間接正犯を論ずるべきである。」（下線部は著者による）と示され³²²。

³²¹ 中華民國刑法第 168 条：「審判の職務を執行する公署における審判の際、又は檢察官の捜査の際、証人、鑑定人、通訳が、事案に重要な関係のある事項について、供述前又は供述後に宣誓して虚偽の供述をした時は、7 年以下の懲役に処する。」

³²² 類似な判決として、台湾高等法院 103（2014）年度上訴字第 986 号判決、台湾高等法院 104（2015）年度金上訴字第 30 号判決、台湾高等法院花蓮分院 104（2015）年度原上訴字第 40 号判決、台湾高雄地方法院 103（2014）年度訴字第 789 号判決、台湾高雄地方法院 104（2015）年度金重訴字第 2 号判決、台湾高雄地方法院 104（2015）年度訴字第 270 号判決など。

第二節 分析

第一項 歴史的な考察

本稿では、現在の台湾における間接正犯の全体像を把握するために、先述のように、現行中華民国刑法の源流としての 1912 年暫行新刑律まで遡り、そして 1928 年旧刑法、1935 年刑法及び 2005 年総則改正後の刑法と合わせて 4 つの時代の実務状況を考察していきたい。

第一款 1912 年中華民國暫行新刑律時代

1912 年暫行新刑律は実質的な起草者である岡田朝太郎の影響を強く受けていたと言える。暫行新刑律における共犯規定では、「実施」という文言が使われており、また第 29 条規定の立法趣旨の説明において「実施」の概念は陰謀、予備、実行の着手及び実行を含んでおり³²³、岡田の教科書を照らし合わせば³²⁴、現行日本刑法第 60 条の共同正犯を「二人以上共同シテ犯罪行為ヲ実施シタル者」と解した上で、「実施」を「陰謀行為予備行為着手行為及ヒ協議ノ実行行為ヲ含ミ」と定義した³²⁵。また正犯と従犯の区別基準として、犯罪実施時における重要な幫助を「準正犯」（第 29 条第 2 項）、犯罪実施前における幫助を従犯とされ（第 31 条第 1 項）、このような加功行為の時期前後による形式的基準に加えて犯罪実施時の加功行為の重要性という実質的基準を採用した点を考慮すると、岡田は暫行新刑律の解説書において「準正犯」の性質を言及しなかったものの³²⁶、同旨の文言を有していた「大清刑律草案」第 29 条第 2 項について、岡田の清国の京師法律学堂で行った講義録において、このような行為者が「犯罪を間接的に実施する行為」を行った者³²⁷として、正犯又は従犯を論ずるべきかという刑法上の問題には「法理」に以って衡量すべきであるとしており、自分が客観主義の立場で助力の程度により判断すると示したため³²⁸、岡田には「準正犯」の成立は重要な幫助の有無にかかっていたと思われる。以上のように、加功行為の時期前後による形式的基準に加えて犯罪実施時の加功行為の重要性という実質的

³²³ 黄源盛編・前掲注（254）393-394 頁。

³²⁴ 岡田・前掲注（280）107-108 頁、113-114 頁を参照。

³²⁵ 岡田朝太郎『刑法論』（中外印刷株式会社、1920 年）200-201 頁。

³²⁶ 岡田・前掲注（280）107-108 頁を参照。

³²⁷ 岡田朝太郎口述＝熊元翰編（張勇虹校閲）『刑法總則』（上海人民、2013 年）155 頁。

³²⁸ 岡田朝太郎口述＝熊元翰編・前掲注（327）161 頁。

基準を採用していたのは、岡田独特な見解を反映していたと思われる³²⁹。よって、岡田の学説を中心に、暫行新刑律時代における間接正犯の概況を把握できるようにと思われる³³⁰。

岡田の教科書において、幼者又は精神病者という責任能力なき者の利用及び故意・過失を欠く者という責任要素を欠く者の利用を間接正犯としており³³¹、また「自己の強制したる他人の行為を使用して罪素たる結果を生ずる」をも間接正犯と解していた³³²。よって、故意・過失を責任条件とする岡田の見解によれば、大理院判例は、被利用者の責任要素の欠如による処罰の間隙を埋めるために利用者を間接正犯とした³³³。

第二款 1928 年中華民國旧刑法時代

この時代の最高法院は、大理院の見解に従い、責任無能力者または犯罪事実に対する認識が欠く者または意思自由なき者の利用を間接正犯としたが、1928 年旧刑法の共犯の立法体系においてどのように理解していたのかという問題がある。

1928 年旧刑法の共犯体系について、その第六章の章名が「共犯罪」から「共犯」に改正され、そのうち教唆犯の改正理由によれば、「共犯の持つ最も重要な意味は、主観説にも客観説にも認められており、すなわち原案第 29 条第 1 項の共同正犯³³⁴を除いてすべての共犯が従属の性質を持っており、その犯罪が成立するか否かについては全く正犯を基準とするのであって、たまたま格別な場合（例えば原案第 29 条第 2 項³³⁵）に正犯の刑を以て科すると規定しているが、その性質はやはり従犯である。原案の『正犯の例に依って処断する』などの用語は、共犯の意味について明白的に表現することができない故に、本改正案はこれら各条を『正犯の刑に処する』に改め

³²⁹ 黄士軒・前掲注（283）1726-1727 頁を参照。

³³⁰ なお、岡田は、清国の京師法律学堂で行った講義録において、暫行新刑律前身である大清刑律草案における加功行為の時期前後という正犯と従犯の形式的な区別基準について、法理的には適当であり、実際の運用は便利であると評価した。岡田朝太郎口述＝熊元翰編・前掲注（327）161-162 頁を参照。

³³¹ 岡田朝太郎『刑法総則講義案』（有斐閣、1915 年）230-232 頁を参照。

³³² 岡田朝太郎「論説 間接正犯」法学協会雑誌 22 卷 12 号（1904 年）1631 頁。

³³³ ちなみに、黄源盛・前掲注（22）64-82 頁は、1912 年暫行新刑律が施行されていた時期はほぼ大理院時代と被っており、当時の大理院に在職したことのある推事は 76 人がおり、其中の 49 人が日本に留学ないし日本で研究の経歴を有していたため、大理院が当時の日本刑法理論を導入した可能な背景として挙げられる事実だと示した。

³³⁴ 1912 年暫行新刑律第 29 条第 1 項の「共同正犯」と指す。

³³⁵ 1912 年暫行新刑律第 29 条第 2 項の「準正犯」と指す。

ることとする」³³⁶と示したので、判例を照らし合わせば、明らかに極端従属形式の立場を採用し³³⁷、間接正犯は直接行為者の利用を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙を埋めるための概念ということになる。

第三款 1935 年中華民國刑法時代

この時代の最高法院は、同様に以前の見解に従い、責任無能力者または犯罪事実に対する認識が欠く者または意思自由なき者の利用を間接正犯としたが、1935 年刑法の共犯の立法体系おいてどのように理解していたのかという問題がある。

当時の第 29 条教唆犯の規定では、同条第 3 項教唆の未遂の処罰規定が増設され、その改正理由は「…しかし本法は、教唆犯は悪性甚大なりとし、独立処罰主義を採用すべき故に、『その教唆した罪に依ってこれを処罰する』に改正した。但し、非教唆者が未だ犯罪に至らざる際、若しくは罪を犯したといえども未遂にしか至らざる際に、直ちに既遂犯の刑を以て教唆犯を処するのは、いかにも苛酷であるので、未遂犯として論ずると規定した」とされた³³⁸。また、2005 年教唆犯の改正理由によれば、「教唆犯の性質は何かについて、実務と学説の見解が非常に混乱しているが、現行刑法の教唆犯の立法理由によれば、『教唆犯は悪性甚大なりとし、独立処罰主義を採

³³⁶ 黄源盛編・前掲注（254）890 頁。

³³⁷ 1928 年旧刑法の教唆犯の性質について、当時の学説は、王観・前掲注（281）251 頁以下は主観説を踏まえ、「犯罪は教唆行為に因り発生したため、教唆と犯罪実施の間に因果関係あることから言えば、教唆犯が自ら犯罪を実施したこととは異ならない」ので、教唆犯は独立的な犯罪即ち共犯独立性説であると主張した。これに対して、教唆犯は正犯に附属するもの即ち共犯従属説と主張した学説は多数であった。例えば、郝朝俊・前掲注（281）274 頁は、教唆犯は他人の犯行に附属的な加担することであると主張した。陳瑾昆・前掲注（281）199 頁以下は、客観説を踏まえ、当時狭義の共犯の立法は原則的に極端従属形式を採用すると主張した。陳文彬・前掲注（281）184 頁は、教唆犯は付属的な性質しか持たなかったと主張した。趙琛・前掲注（281）289 頁は、正犯がなければ教唆犯も成立ができないと主張した。郭衛・前掲注（281）158 頁は、被教唆者は責任能力者でなければならないと主張した。なお、学説の概要について、陳子平「中華民國（台湾）刑法における教唆犯論」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷』（成文堂、1998 年）437-441 頁を参照。

³³⁸ 当時 1935 年刑法の起草委員会の起草過程に関する報告をみると、第 29 条第 3 項の増訂は諸国の刑法学説と刑事立法政策による「客観主義から主観主義へ、応報主義から社会防衛主義へ傾いた」という近代学派の思想に影響された背景の下で、主観主義刑法理論の立場に基づき行為者の反社会的な性格を重視することから導かれたものである。詳しい説明について、黄源盛・前掲注（282）300-305 頁、王乃彦「2005 年台湾刑法改正について—未遂犯と共犯に関する法改正を中心に—」比較法雑誌 48 巻 3 号（2014）114-115 頁を参照。

用すべき故に、『その教唆した罪に依ってこれを処罰する』に改正した。但し、非教唆者が未だ犯罪に至らざる際、若しくは罪を犯したといえども未遂にしか至らざる際に、直ちに既遂犯の刑を以て教唆犯を処するのは、いかにも苛酷であるので、未遂犯として論ずると規定した。』と、共犯独立性説を採った立場であると知りえるようである」として、立法者は共犯独立性説に基づいて 1935 年刑法の教唆犯の規定を制定したようである。

この時代の最高法院は、第 29 条第 3 項が示した独立処罰主義という立法理由に従った見解が多数である。例えば、最高法院 24（1935）年度 7 月総会決議は「教唆犯の成立：（一）教唆犯は教唆行為終了時に即して犯罪が成立。（二）教唆犯は新刑法に独立の犯罪が規定され、教唆時を犯罪行為時とする」として、独立性説を採用すると示したようである³³⁹。しかしながら、最高法院 27 年上字第 1511 号判決は「刑法第 29 条の規定により、教唆犯は原則的に正犯の犯罪体様に照らし合わせて処罰すべきであるため、正犯の犯罪が未遂に属するのであれば、教唆犯も同条第 2 項により未遂を論ずるべきであり、第 3 項の被教唆者が犯罪に至らない場合であっても、教唆犯はなお未遂犯を以て論ずるという例外規定に関わらぬ」（下線部は著者による）として、従属性説を採り、同条第 3 項を例外規定と解した。また、最高法院 70（1981）年台上字第 4082 号判決は「教唆犯というのは、責任能力ある特定の人に対し、その犯意なき或いは犯意が未だ確定しない際に、教唆して犯罪を実行する。もし被教唆人は既に犯罪の決心を有し、後で指導を彼に与える場合、他人を幫助して犯罪するとし、教唆犯でなく従犯を成立すべきである」（下線部は著者による）として、明らかに極端従属性説を採用することを示した。

³³⁹ 同旨の判決として、最高法院 80（1991）年度台上字第 4237 号判決、最高法院 81（1992）年度台上字第 276 号判決、最高法院 81（1992）年度台上字第 1044 号判決など。

それに対して、当時の学説は、教唆犯の立法について従属性説³⁴⁰、独立性説³⁴¹、独立性付帯の従属性説³⁴²、従属性付帯の独立性説³⁴³が対立していた³⁴⁴。また、当時教唆犯の立法は従属性説であると主張した学説の中で、第 29 条「犯罪」の文言により、多数説は教唆犯を極端従属性説の立法と解し³⁴⁵、極端従属性説では処罰の間隙を形成する恐れがあり、その間隙を埋めるため、今後の教唆犯に関する法改正は制限従属性説に改めるべきであると主張した見解が存在していた³⁴⁶。その後、極端従属性説の考え方を変更し、全面的に制限従属性説を採用する見解は 2005 年刑法総則改正前までの通説になっていった³⁴⁷。

³⁴⁰ 従属性説の代表的論者として、蘇俊雄『刑法總論Ⅱ』（國立台灣大學、1997 年）435 頁以下、林山田『刑法通論（下）』（元照、2008 年増訂 10 版）52 頁、黃榮堅『基礎刑法學（下）』（元照、2012 年 3 版）823 頁、黃常仁『刑法總論-邏輯分析與體系論證-』（新學林、2009 年増訂 2 版）234 頁、林鈺雄『新刑法總則』（元照、2016 年 5 版）457 頁などを参照。

³⁴¹ 独立性説の代表的論者として、褚劍鴻『刑法總則論』（自版、1979 年 3 版）238 頁、陳子平・前掲注（301）287-289 頁及び前掲注（347）448-451 頁などを参照。また、曹長清『中國刑法總論』（大東書局、1953 年 2 版）95 頁は、第 29 条の規定によれば教唆犯が独立犯であると解したが、刑法の他の規定によれば責任無能力者に対する処分は犯罪を成立しなくて刑事責任を負わないとされるので、責任無能力者を教唆しても教唆犯を成立すべきであると主張した。

³⁴² 独立性付帯の従属性説の代表的論者として、韓忠謨『刑法原理』（國立台灣大學、1979 年増訂 13 版）266-267 頁、陳樸生『實用刑法』（三民、1991 年重訂版）246-248 頁、楊建華『刑法總則之比較與檢討』（三民、1982 年）257 頁と 279 頁、甘添貴＝謝庭晃『捷徑刑法總論』（瑞興、2004 年）277 頁（2006 年修訂版の 282 頁はこの旧教唆犯の立法に関する説明を削除した）などを参照。

³⁴³ 従属性付帯の独立性説の代表的論者として、周治平『刑法總論』（三民、1972 年全訂 5 版）374 頁、蔡墩銘『刑法精義』（翰蘆、2005 年 2 版）335-336 頁、黃東熊『刑法概要』（三民、1998 年）104 と 114 頁、余振華『刑法總論』（三民、2017 年修訂 3 版）428 頁などを参照。

³⁴⁴ 論争の概要について、陳子平・前掲注（337）442-447 頁を参照。

³⁴⁵ 陳樸生・前掲注（342）247 頁、蘇俊雄・前掲注（340）435 頁以下、黃榮堅・前掲注（340）823 頁、余振華・前掲注（343）428 頁などを参照。

³⁴⁶ 林山田・前掲注（340）1993 年 4 版 284 頁。なお、林錫湖『刑法總論』（文瑞、1999 年）387-389 は、当時極端従属性説において、正犯者が責任無能力者である場合に、幫助犯は教唆犯と異なって間接正犯のような概念が不存在するため、それが処罰の間隙を生み出す可能性があるので、共犯立法は制限従属性説に改めることを呼びかけた。

³⁴⁷ 林山田・前掲注（340）1993 年 4 版 284 頁は、1935 年刑法における狭義の共犯の立法について、元々それが極端従属性説に基づく立法であると主張したが、その後、前掲注（340）2000 年 7 版 58 頁において全面的に制限従属性説を採るべきであると主張した。また、林山田・前掲注（278）60-61 頁は第 29 条 3 項の教唆の未遂が例外規定だと解する。そして、同じ制限従属性説を主張した学者は、黃榮堅・前掲注（340）823 頁、黃常仁・前掲注（340）234 頁、林鈺雄・前掲注（340）457 頁など。な

以上の最高法院判例によれば、教唆犯は独立的性格を有するとしても、その成立に責任能力のある正犯による犯罪行為が必要だと解し³⁴⁸、間接正犯は依然として責任無能力者の利用を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙を埋めるための概念であると解している。その一方、教唆犯の立法に対する学説の変遷から見ると、極端従属性説の論者は最高法院判例のように、間接正犯が処罰の間隙を埋めるための概念と扱われた。これに対し、通説になってきた制限従属性説の論者は、そのような補充概念となる間接正犯が既に存在せず、その処罰の積極的根拠は行為支配・意思支配に求められると主張した³⁴⁹。ところが、独立性説の論者は、第 29 条の文言により教唆犯の成立は被教唆犯が責任能力を有することが必要であると解したので、結論として最高法院判例及び極端従属性説の論者³⁵⁰のように、間接正犯は処罰の間隙を埋めるための概念として扱われたのである³⁵¹。

お、許澤天「共犯之處罰基礎與從屬性」『罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集』（五南、1998 年）96 頁は、法治主義の要求に基づく構成要件刑法は、共犯の処罰の範囲を制限することにより、総則の共犯規定と各則の構成要件との連結性を確保すると理解し、共犯の成立は正犯の故意の構成要件たる行為に寄り付くとしても、共犯の不法は正犯の不法に取り決めると意味しないので、共犯の従属性が法治主義の要求から起源することを理解し、共犯の従属程度は最小限従属形式に達するに足りるとして、最小限従属形式説を主張した。

³⁴⁸ 教唆犯の立法に対し、幫助犯の立法には殆ど実務的見解及び学説は従属性説を主張した。例えば、最高法院 24（1935）年度 7 月総会決議は、「一、幫助犯は独立性なし。二、幫助犯は幫助時をその行為時」及び最高法院 60（1971）年台上字第 2159 号判例「刑法上の幫助犯は、正犯が既に犯罪したことを構成要件とするため、幫助犯は独立性がない、もし他人の犯罪行為が存在しなければ、即して幫助犯を成立する理由がない」（下線部は著者による）とした。また、学説については、極端従属性説の代表的論者として、蔡墩銘・前掲注（343）347 頁。制限従属性説の代表的論者として、林山田・前掲注（340）52 頁（6 版までは極端従属性説を主張した。2000 年 7 版 57 頁以下を参照）、黃常仁・前掲注（340）248 頁など。独立性説の代表的論者として、陳子平『刑法爭議問題研究』（五南、1999 年）312-313 頁など。

³⁴⁹ 例えば、林山田・前掲注（340）55 頁。

³⁵⁰ 例えば、韓忠謨・前掲注（342）293-294 頁、陳樸生・前掲注（342）162 頁、甘添貴＝謝庭晃・前掲注（342）258 頁などを参照。

³⁵¹ 褚劍鴻・前掲注（341）240 頁。反対見解として、曹長清・前掲注（347）95 頁は、1935 年刑法第 29 条の規定によれば、教唆犯が独立犯であると解されるが、刑法の他の規定によれば、責任無能力者に対する処分は犯罪を成立しなくて刑事責任を負わないとされるので、責任無能力者を教唆しても教唆犯を成立すべきであると主張した。

第四款 2005 年中華民國刑法時代

2005 年教唆犯の改正理由は、「教唆犯の性質は何かについて、…教唆犯には共犯独立性説を採った立場であれば、実に行爲者の悪性を処罰することを偏重し、これは現行刑法が犯罪行爲を処罰する基本原則としての立場と違う。さらに現代刑法思潮の共犯従属性の思想と符合しない故、ドイツ刑法と日本の多数見解の共犯従属性説の『制限従属形式』に改める…。」として、第 29 条 3 項教唆の未遂の規定を削除され、「制限従属形式」を採用した。最高法院も、判決において狭義の共犯の立法が「制限従属形式」を採用することを再び確認した。例えば、最高法院 99（2010）年度台上字第 5481 号判決は、「刑法第 29 条教唆犯に関する規定は、既に 94（2005）年 2 月 2 日に改正して公表しており、元々共犯独立性説を採用した独立処罰主義を、ドイツ刑法と日本の多数見解の共犯従属性説の『制限従属形式』に改めて改正した。即ち共犯の成立は正犯行爲（主行爲）の存在が必要であるとし、この正犯行爲は正犯者（被教唆者）が犯罪の実行行爲を着手しなければならず、且つ違法性を具備する（即ち正犯行爲が構成要件該当性、違法性を具備することであれば、その成立が足りるのであり、有責性の判断に関して、個別の正犯或いは共犯に依って判断する…。）」としている³⁵²。

よって、改正理由及び最高法院判例が示すように、改正前は責任無能力者の利用を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙を埋めるための概念であった間接正犯は、2005 年刑法においてはそのような補充としての存在根拠が失われたため、責任無能力者の利用の場合に背後者を教唆犯として処罰できることになった。また、最高法院 87（1998）年台上字第 2936 号判決「責任能力且つ犯罪意思のある者は、責任無能力又は犯罪意思なき被利用者との間に、共同正犯を成立する余地がないのである」及び最高法院 28 年上字第 3242 号判例「刑法が責任無能力者の行爲に対して、処罰しないと定めるため、その他人の犯罪行爲を加功したことも、その意思要件が欠如したとし、犯意の連絡がなかったと認め、而して共同正犯の人数に算入しないとされるべきである。」が示したように、意思要件が欠ければ責任故意も構成要件該当的故意も認められないため、責任無能力の被利用者と背後者では共同正犯を成立できないので³⁵³、犯罪構成の事実に対する認識を欠く者の利用又は意思自由なき者の利用の場合に限り間接正犯が成立できると解される。

³⁵² 林山田・前掲注（278）62 頁は、2005 年改正後の第 29 条第 1 項教唆犯及び第 30 条第 1 項幫助犯の条文により、依然として「犯罪」という極端従属性説の用語を留保しているので、これが不当な改正であると批判した。

³⁵³ 本章第一節第一項第三款五、を参照。

第二項 児童及び少年に関連する法律の規定に対する理解

2005 年刑法総則の改正前は、責任無能力者の利用を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙を埋めるための間接正犯は、「児童及び少年に関連する法律」において 14 歳未満である責任無能力者の利用だけでなく 14 歳以上 18 歳未満である限定責任能力者³⁵⁴の利用も一律に間接正犯として加重処罰するという擬制的間接正犯とされていた。一方、児童及び少年犯罪行為の教唆の場合でも被教唆者としての児童及び少年の年齢にも関わらずに刑を一律に加重するため、両者の区別は責任能力の有無を判断基準とするのではなく、他の処罰根拠のための事情の存在が必要となる。このように規定する理由は、児童及び少年の健全な自己成長の保障などという児童及び少年に関連する法律の立法理由³⁵⁵に基づく。

2005 年刑法総則改正後は、18 歳未満の児童及び少年を利用又は教唆するのであれば、間接正犯又は教唆犯として加重処罰するため、2005 年刑法の制限従属形式の共犯体系及びこれまでの判例と照らし合わせ、両者の区別は責任能力の有無ではなく、少年を利用するか（正犯）又は少年を教唆するか（共犯）ということにある。そうすると、児童及び少年に関連する法律において、児童・少年の犯罪意思を誘発する教唆犯に対して、間接正犯は、児童・少年が自由意思を有するかどうか又は児童・少年が犯罪構成事実認識するかどうか、ということにかかっていることになる。

第三項 自手犯と身分犯の制限

最高法院 107（2018）年台上字第 4227 号判決によれば、自手犯は構成要件的な定型性が必要であるので、その間接正犯の成立が不可能だとされた。

身分犯では、文書偽造罪と関連する事例が多数である。最高法院 86（1997）年台非字第 265 号判決の特種文書偽造罪の事例において、「間接正犯とは、犯罪行為者が自ら犯罪を実施せずに、責任無能力者又は無犯罪意思者を利用して犯罪を実施するということである、故に被利用者の行為が犯罪を成立した際こそ、当該利用者は間接正犯に依って論処しうる。…第 212 条特種文書偽造罪は制作権限のない者が制作権限者の名義を冒用して当該文書を制作することを要件とし、当該

³⁵⁴ 中華民國刑法第 18 条：「Ⅰ 14 歳未満の者の行為は、罰しない。Ⅱ 14 歳以上 18 歳未満の者の行為は、その刑を減輕することができる。Ⅲ 80 歳を満した者の行為は、その刑を減輕することができる。」

³⁵⁵ 少年事件処理法第 1 条：「少年の健全な自己成長を保障し、またその成長環境を調整し、そしてその性格を矯正するため、特に本法を制定する。」

文書の制作者が当該文書に制作権限を本来持っているのであれば、偽造の問題が発生されない」

（下線部は著者による）として、A 機関により交付した免許証は A 機関が自身の権限に基づく制作権限のある文書のために偽造だと言えず、当該免許証が偽造でなければ、被告人が第 212 条特種文書偽造罪³⁵⁶の間接正犯を成立する余地はないが、被告人はその不実的な事項を、A 機関の公務員の職務分掌公文書すなわち当該免許証に登載させたのは、第 214 条公文書不実記載罪³⁵⁷にあたると判示した。このような非身分者が身分者を利用した有形偽造の事例では、最高法院 27（1938）年渝上字 672 号判例が示した「間接正犯は刑事責任なき者を利用して自己の犯したい犯罪を実施することによって成立し、故に必ず被利用者の行為は犯罪行為であることを先決条件とし、もし被利用者の行為は犯罪が成立させなければ、利用者も犯罪であるとは言えない」という旨に従い、被利用者の行為が犯罪でないため、その間接正犯の成立を否定したのである³⁵⁸。

³⁵⁶ 中華民国刑法第 212 条：「旅券、査証、免許証、特許証及び品行、能力、勤務又はその他類似の証書、紹介状を偽造、変造し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、1 年以下の懲役、拘留又は 3 百元以下の罰金に処する。」また、台湾の通説によれば、本条は第 210 条私文書偽造罪と第 211 条公文書偽造罪の特別規定だと解した。

³⁵⁷ 中華民国刑法第 214 条：「不実の事項であることを明らかに知りながら、公務員に対し職務上掌管する文書に登載させ、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、3 年以下の懲役、拘留又は 5 百元以下の罰金に処する。」また、台湾の通説によれば、本条は刑法第 213 条「公務員が不実の事項であることを明らかに知りながら、職務上掌管する文書に登載し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、1 年以上 3 年以下の懲役に処する」の間接正犯の明文化した処罰規定ではなく、受け皿的な構成要件として規定されているものである。

³⁵⁸ 最高法院 27（1938）年渝上字 672 号判例と同院 86（1997）年台非字 265 号判決が示した「犯罪行為」とは、おそらく構成要件に該当する違法且つ有責の行為であると思われる。一方、同じ特種文書偽造罪の事例である最高法院 96（2007）年度台非字第 126 号判決は、「間接正犯とは、犯罪行為者が自ら犯罪を実施せず、刑事無責任者または犯罪意思のない者を利用して犯罪を実施することである。故に被利用者の行為が構成要件行為に該当する時に、利用者は間接正犯が成立することができる」

（下線部は著者による）として、間接正犯の成立を緩和するように示しつつ、特種文書偽造罪は「作成権限のない者が作成権者の名義を冒用して特種文書を作成することが要件とされ、文書の作成者はこのような文書に対して作成権限を有するのであれば、偽造の問題は生じない」と解し、「本件の A は B に委託され、B の身分証を申請する機に利用し、役所で C の写真を身分証申請書に貼り、事情を知らない役所の事務員に申請者 A が B 本人であると誤認させ、B の偽造された身分証を発行させ、上述の不実の写真を事務員の職務上掌管する文書に登載させ、B 及び役所と司法機関の身分照合と犯罪捜査の正確性に損害を生じさせることに足りるについても、特種文書偽造罪の間接正犯と論じることができない」とした。しかしながら、「犯罪行為」にせよ「構成要件該当行為」にせよ、判示事項により刑事無責任者又は犯罪意思なき者の利用という間接正犯の定義とは一致ではなくなった。

一方、最高法院 86（1997）年台上字第 5125 号判決の業務文書登載不実罪の事例で、「刑法第 215 条業務文書登載不実罪³⁵⁹は、業務に従事する者が不実の事項であることを明らかに知りながら、これを業務上作成する文書に登載して以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる場合を構成要件にするので、身分犯の一種類に属する。当該業務に従事しない者は、特定な身分又は関係ある者と共犯した場合に第 31 条第 1 項により取り扱うことができることを除き、当該罪を成立する余地がない。他人が不実の事項であることを明らかに知りながら、業務に従事する者を業務上作成する文書に登載させたとなると、本条は第 214 条と同じく類似な規定がないので、法律に処罰の明文がなければ、間接正犯の理論を拡張的に引用して論ずることもできない」（下線部は著者による）として、身分犯の性質により非身分者が身分者を利用する無形偽造には間接正犯が成立しないと判示したが、非身分者と身分者が共同して利用する場合、第 31 条第 1 項の擬制規定により当該非身分者も業務文書登載不実罪の間接正犯として成立できると示した³⁶⁰。これに対し、司法院 21（1932）年院字第 785 号解釈によれば、1928 年旧刑法の立法体系及び解釈に基づき、真正身分犯の場合でも間接正犯が成立可能だと示した。よって、身分犯には間接正犯が成立可能かどうかについてまだ見解が一致しているとは言えない。

第三節 2005 年中華民國刑法における実務的見解に対する検討

第一項 理論の変遷

第一款 責任無能力者の利用

大理院から現在の最高法院までの見解及び他の実務的見解によれば、責任無能力者の利用は間接正犯をめぐる判決において必ず言及される問題である。前述のように、旧法の時に有力であった極端従属性説により、間接正犯は教唆犯が成立しない場合に処罰の隙間を埋めるための概念であると理解するのであれば、2005 年刑法総則の改正後には、2005 年刑法の共犯体系の制限従属性説の立場からすると、間接正犯の処罰には他の積極的な根拠が必要である。すなわち背後者に

³⁵⁹ 中華民國刑法第 215 条：「業務に従事する者が、不実の事項であることを明らかに知りながら、これを業務上作成する文書に登載し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、3 年以下の懲役、拘留又は 5 百元以下の罰金に処する。」

³⁶⁰ 同旨の判決として、最高法院 85（1996）年度台上字第 6174 号判決、91（2002）年度台非第 70 号判決、96（2007）年度台上字第 5794 号判決、97（2008）年度台上字第 2915 号判決、99（2010）年度台上字第 6977 号判決などがある。

対して、単に責任年齢に達しないことなどの事情による責任無能力者を利用して犯罪を実行したというのは、間接正犯としての正犯性の構築は十分ではなく、必ず、他の非利用者を道具のように利用した事情が存在しなければならない。例えば脅迫又は暴行により 12 歳の被利用者の意思を抑圧して実行させたこと、或いは被利用者が意思能力なき状態に陥っている道具のような状態を利用して実行させたことといったこのような利用行為を通じてその正犯性が構築されるのである。よって、現在の間接正犯概念及び実務的見解にとって、被利用者の責任能力の欠如及びそれを引き起こす原因が間接正犯の正犯性の根拠ではなく、責任無能力者の利用は単なる副次的な意味を持つに過ぎない。

第二款 情を知らない者の利用

他方、犯罪事実に対する認識を欠く者の利用について、数多くの判決は、それを「情を知らない者の利用」或いは「故意なき者の利用」として間接正犯の一態様が認められている。ところが、「情をしらない」の内容を犯罪事実に対する認識の欠如すなわち故意の欠如と解すれば、故意はこれまでの実務的見解においてどこに位置づけられるのか、そして間接正犯概念の解釈に対してどのような影響があるかについて問題を含んでいる。

前述のように、1912 年暫行新刑律時代においては、岡田朝太郎の学説の影響により、故意・過失は責任条件とされたため、故意なき者を利用して実行させたのは当然に責任無能力者の利用とされる間接正犯であった。その後、1928 年旧刑法時代において、最高法院民 26（1937）年渝上字 1929 号判例が示した「もし被害者の家族が己に被害状況を問い合わせた際にある人物が加害者であると偽称して誤信したことを利用し、公務員に請求して当該者を訴追させた場合では、明らかに責任条件なき者を利用して誣告させ、教唆犯でなく間接正犯とすべきである」の旨のように、故意なき場合を責任条件の欠如であると解し、責任条件なき者を利用して実行させた者は間接正犯とされた。多数説もこのように理解した³⁶¹。また、1935 年刑法時代において、早期の多数説は、まだ過去の見解に影響されており、依然として故意・過失を責任要素として有責性を判断

³⁶¹ 1928 年旧刑法時代において、故意・過失は犯罪の主観的成立要件としての責任条件を理解した見解は、王観・前掲注（281）118 頁以下、陳瑾昆・前掲注（281）97 頁以下、趙琛・前掲注（281）186 頁以下、郭衛・前掲注（281）76 頁、郝朝俊・前掲注（281）134 頁と 178 頁以下、陳文彬・前掲注（281）107 頁、俞承修『刑法總則釋義』（上海會文堂新記、1946 年）103 頁以下など。また、小野の解説書（前掲注（255））81-84 頁と 100-104 頁によれば、小野は道義的責任論の見方を踏まえ、故意・過失を道義的責任の一形式とする責任条件であると理解した。

していた³⁶²。しかし現在の通説によれば、近代学派及び目的的行為論の影響のため、故意は犯罪論において「不法」の行為態様及び「責任」の責任態様として「二重の作用」が存在しており³⁶³、構成要件の故意と責任故意という2つ側面を具備している³⁶⁴。よって、「情をしらない」による間接正犯は、その「情をしらない」の内容を「構成要件の故意の欠如」と解し、2005年刑法の共犯体系に採用されている制限従属性説とは矛盾しない。このように見てくると、下級審は判決理由において責任無能力者の利用を表現しても、「情を知らない者の利用」を中心に間接正犯の問題を扱ってきたと解することができ、このような理論の変遷も「高等法院及び所属法院参考の価値のある裁判」から理解できるのである。

また、最近の裁判実務は行為支配説の影響を受け、多くの下級審の判決が行為支配の概念を通じて間接正犯の成立を判断しており、最高法院は93（2004）年度台上字第244号判決においても「他人を意思支配して自己の犯罪の道具にする」という「意思支配による間接正犯」の概念を初めて導入した。しかし、その後各法廷は当該判決に従わず、類似する論理も提起しなかった。よって、少なくとも間接正犯の領域において、最高法院には行為支配説がまだ有力説になったとまでは言えない。

第二項 私見による検討

2005年刑法の規定及び実務的見解から見ると、「直接的に犯罪事実を構成する行為者」としての間接正犯は、その判断の重点は被利用者が責任無能力者又は犯罪構成事実に対する認識を欠く

³⁶² 例えば、曹長清・前掲注（347）54頁、褚劍鴻・前掲注（341）164頁以下、何任清『刑法概論』（自版、1971年）247頁以下、何承斌『刑法總則實用』（自版、1967年）66頁、李俊『刑法總則新論』（三民、1958年）40頁、周治平『刑法概要』（三民、1964年）54頁、陳樸生・前掲注（342）193頁以下、曾邵勳『刑法總則』（自版、1974年）108頁、曾榮振『刑法總整理』（自版、1971年）44頁、趙琛『刑法總則』（商務、1947年）44頁以下、楊大器『刑法總則釋論』（自版、1968年）104頁、劉清波『刑法概論』（五南、1985年）164頁、錢文穎『刑法總則原論』（第一書店、1957年）60頁などを参照。

³⁶³ 林山田・前掲注（340）284-285頁を参照。

³⁶⁴ 通説によれば、目的的行為論の影響により、刑法的行為は行為を意思に基づく身体の動静である因果的行為ではなく、「目的性」を有する動作であるので、故意は「不法」の行為態様であると同時に「責任」の罪責態様であると成し、それぞれが構成要件該当性段階と有責性段階にて判断されるのである。また「構成要件の故意」は構成要件の主観的要素として行為者の犯罪事実に対する認識（知）と意欲（欲）、「責任故意」は行為者の法秩序を破壊する志向としての法敵対意志すなわち「違法性の意識」である。そして構成要件の故意が有していたら、責任故意の存在も基本的に推認できると認められる。詳しい説明について、王皇玉・前掲注（283）215-216頁を参照。

者であるかどうか置いており、日本の「規範的障害不存在説」と類似すると思われる。これに対して、私見によれば、利用行為こそ間接正犯の判断の重点だと思われる。つまり、背後者は利用行為により、被利用者を道具化したり、被利用者の道具的な状態を利用したりして、犯罪を実行する際に、構成要件的な定型性と事実に危険と規範的危険が存在しているとすれば、そこに実行行為性、すなわち間接正犯の正犯性が認められるのである。

また、2005年刑法の制限従属形式の共犯立法により、かつての責任欠如者の教唆を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙のための解決策であった間接正犯は、その背後者が責任無能力者を利用して実行させたのは教唆犯を成立する可能であるため、被利用者の責任能力の有無は間接正犯の成立に対して既に判断の重点ではなくなった。そうすると、間接正犯の成立範囲は、強制による意思抑圧に陥る状態の利用及び構成要件的事実又は違法性阻却事由に対する認識の欠如の利用に限られている。すなわち間接正犯は、「意思が抑圧された者の利用」と「情を知らない者の利用」の場合にしか成立できないと考えられる。

一方、1935年刑法第31条第1項「身分又はその他特定な関係によって成立した犯罪について、共同して実施し又は教唆し若しくは幫助した者は、その特定な関係がない者であっても、なお共犯を以て論ずる。」という身分犯の共犯の規定について、1912年暫行新刑律第33条において規定しなかったが、1928年旧刑法から第45条にこの「共同実施」という文言を加えた³⁶⁵。この規定を通じ、真正身分犯の場合において身分なき背後者と身分者が共同して利用すれば、第31条第1項の擬制規定によりその背後者が間接正犯を成立できると認めるという最高法院の見解に対し、2005年刑法総則改正の前³⁶⁶には学説が対立していた³⁶⁷。2005年刑法改正後、「なお共犯を以て論ずる」を「なお正犯若しくは共犯を以て論ずる」に改めたので、このような身分なき背後者は確実に真正身分犯の間接正犯が成立できると言えるようになった。しかし真正身分犯にお

³⁶⁵ 1928年旧刑法の改正理由において「共同実施」の増訂については説明しなかった。ところで、小野の解説書（前掲注（255））188頁によれば、このような増訂は「これは共犯を全体として統一的に観察する責任の見方から来るものであり、共犯従属説と併合する考え方である」と解した。

³⁶⁶ すなわち1935年刑法第31条第1項「共同実施」と「共犯」という文言から見ると、当時の最高法院はその「共犯」を広義の共犯と解した。また、2005年刑法改正後同条の「共犯」を「正犯及び共犯」に改めたため、現在、その「共犯」を狭義の共犯と解すべきである。なお、1935年刑法第31条第1項の擬制規定について、そのように定めた理由を違法連帯のためと解した見解は、陳樸生「違法身分與責任身分」法令月刊第46巻第2期（1995年）6頁、主観主義の共犯独立性のためと解した見解は、洪福増『刑法之基本問題』（三民、1964年）239頁、刑事政策のためと解した見解は、周治平・前掲注（343）442頁などがあつた。

³⁶⁷ 肯定見解として、周治平・前掲注（343）354頁、韓忠謨・前掲注（342）322頁など。否定見解として、林山田・前掲注（340）64頁、黃常仁『間接正犯與正犯後正犯』（漢興、1998年）72頁など。

ける身分は刑罰の基礎を創設するとするものなので、身分なき背後者の行為はその実行行為としての定型性を欠く場合³⁶⁸、その間接正犯の成立を否定すべきであり、これは不当な改正だったと考えられる³⁶⁹。

第四節 小括

これまでの実務的見解を概観すれば、1912 年暫行新刑律時代から 2005 年刑法時代まで、数多くの実務的見解は「意思が抑圧された者の利用」、「情を知らない者の利用」及び「責任無能力者の利用」を間接正犯の類型として捉えていた³⁷⁰。しかし 2005 年刑法は総則改正後に、共犯の立法につき明確に制限従属形式を採用したため、間接正犯が正犯として扱われる根拠は責任能力の欠如の以外の理由に求めなければならなくなった。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のは、現行法に合致せず、他方、かつての責任条件としての故意概念から現在の「二重の作用」を有する故意概念への変遷により、現在の裁判実務においては、間接正犯は「情を知らない者の利用」の場合で成立したことが多く、「責任無能力者の利用」或いは「責任欠如者の利用」は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 条共同正犯と第 31 条身分犯と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すると解される。また、最近では、行為支配説の影響の下で、利用者の

³⁶⁸ 団藤・前掲注（63）420 頁。

³⁶⁹ 多くの学説は本条の改正が不当だと批判した。例えば、林山田・前掲注（278）66 頁、黄榮堅・前掲注（340）774 頁以下、王皇玉・前掲注（283）422 頁以下など。

³⁷⁰ 換言すれば、被利用者を「人的道具」として扱われるというのは定着した見解と言える。これに対して、最高法院 95（2006）年台上字第 3918 号判決は「犯罪を意欲する者は、犯罪行為を自ら実施せず、情を知らない者或いは刑事責任無能力者若しくは動物を利用し、以ってそれが意欲する犯罪を実施した場合は、仍って正犯の刑事責任を負うべきである（学理上はそれを間接正犯と称する）。行為者は僅か犯罪行為の一部を実施しその犯罪行為を完成しなかったが、情を知らない第三者を利用して接続的实施させたことによってそれが意欲する犯罪行為を完成した場合は、亦間接正犯に属するとし、自己及び当該情を知らない第三者が実施した全ての犯罪行為に正犯の刑事責任を負うべきである。」（下線部は著者による）として、動物の利用をも間接正犯の一種類とすると示した。しかし動物を道具として利用するのは、元々間接正犯の範囲から外れており、直接正犯と論ずるべきであると思われる。この点について、林鈺雄・前掲注（340）420 頁も本判決が間接正犯の本質を誤認したと指摘した。

行為が意思支配に達するかどうかを間接正犯の評価の重心にした最高法院判決があるが、まだ多数の見解とはなっていない。

第六章 結論

本稿では、「正犯＝実行行為者」を前提に、実行行為概念を規範論的に分析することにより、正犯の一つの類型としての間接正犯の構造について、日台比較法的に考察してきた。最後に、本章において、本稿の考察成果を概要的に説明していきたい。

第一節 自説の展開

第一項 間接正犯における実行行為性について

本稿では、実行行為概念を維持する立場で、「正犯＝実行行為者」を前提とし、規範論的な観点からの分析により、刑法の評価対象となる行為は、法益保護の目的に基づき、構成要件の定型性に制限されつつ、法益侵害発生的事実的危険性を有し、且つ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、「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」という帰結に至った。

ところで、間接正犯は正犯の一種類として、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造を持ち、そのうち背後者が正犯と扱われる根拠及び背後者と被利用者との関係は本稿の中心課題となっている。これまでの間接正犯は、極端従属形式において、責任欠如者の教唆を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙のための解決策であった。これに対して、現在の間接正犯は、通説の制限従属形式において、前述の理由がなくなり、間接正犯が正犯として扱われる積極的根拠が必要である。この点について、私見によれば、間接正犯が正犯であ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。すなわち間接正犯の利用行為とは、「刑法規範における定型化された法益に実害を与えられる危険な行為」である。一方、利用行為は、「人的道具」を通じて法益侵害を惹起するとするものであり、このような「人的道具」の行為、すなわち被利用行為は間接正犯の正犯性の判断に対して重要な地位に占めると言える。ここで、道具理論への再理解を通じ、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。

第二項 台湾法の考察について

台湾の現行刑法は、日台両国における歴史的な経緯と地理的な距離により、その立法背景と改正及び実務的見解が以前から日本刑法理論に深い影響を受けている。本稿は、1912年中華民国暫行新刑律、1928年中華民国旧刑法、1935年中華民国刑法、2005年現行中華民国刑法という4つの時代の刑法典と、中華民国大理院時代、中華民国最高法院時代、台湾最高法院時代という3つの時代の判例、及び関連する実務的見解を取り上げ、比較法的な考察を行った。

まず台湾の刑法における正犯概念は、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。

次に、「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。ここで、各時代の共犯規定及び実務的見解の考察から、多くの実務的見解は「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示していた。このようになった理由は、1912年暫行新刑律の実際的な起草者である岡田朝太郎の見解及び当時の時代背景により、極端従属形式の採用と故意・過失が責任要素であることという影響を受けていた。しかし2005年刑法の共犯規定は明確に制限従属形式を採用しており、且つ通説の故意概念の変遷により、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、判示事項などに「責任無能力者の利用」という文言を記載していても、それは副次的な意味しか持たないという帰結に至った。

第三項 比較法的な観察

上述のように、台湾法において間接正犯たる者は、原則として犯罪構成要件たる行為を行ったという者である。これが、本稿の見解としての「正犯行為＝構成要件該当行為＝実行行為＝利用行為」に合致すると思われる。また、台湾の実務的見解によれば、実行行為性の判断は形式客観説で行い、間接正犯の成立は被利用者が責任又は故意の欠如であるかどうかによって判断されるが、2005年刑法は明確に制限従属形式を採用するため、このような考え方は日本学説の「規範的障害説」³⁷¹に類似すると思われる。

また、台湾の実務的見解は、意思要件が欠ければ責任故意も構成要件該当的故意も認められないため、責任無能力の被利用者と背後者では共同正犯を成立し得ないという見解を採ってきた³⁷²。そうすると、是非弁別能力があり、意思抑圧されていない12歳の刑事未成年者を利用する事例³⁷³において、旧法の場合の背後者は、極端従属形式により教唆犯が成立せず、意思要件の欠如により共同正犯も成立せず、間接正犯しか認められないため、旧法の間接正犯はある意味で教唆犯だけではなく、共同正犯の処罰間隙をも埋めることができたと思われる。これに対して、新法の場合、背後者は、制限従属形式の共犯立法により責任無能力者の教唆が成立可能であるが、意思要件の欠如により共同正犯は成立せず、間接正犯を正犯として処罰する根拠が前述の「規範的障害説」のように「規範的障害の不存在」にあると推認できる。一方、児童及び少年に関連する法律により、刑事未成年者に対して成年者による教唆や幫助や利用や共同実施という行為を一律に加重処罰している。児童・少年法の領域において間接正犯が法定化された理由は、罪刑法定主義に対する疑いを排し、且つ児童・少年法の処罰規定により、再び「児童と少年の保護」という立法目的を確認し、「如何なる犯罪手口を使ってもそれらに関わるな」ということを示すことである。これは、「児童と少年の保護」のため、児童と少年を犯罪に関与させることを規範違反行為とし、その違反行為に対して加重処罰を与えるという制裁なのである。よって、児童・少年法の領域において、間接正犯を正犯として処罰する根拠は、一つは背後者の利用行為が元來惹起した法益侵害であり、もう一つはその利用行為が持つ児童と少年に対する侵害である。しかし、各関与類型が概念的には区別できるとは言え、裁判官には事実認定・規範適用を行う際に、「児童と少年の保護」に基づき、この概念的な区別は判断の重点ではないだろうと考えられる

³⁷⁴。

³⁷¹ 「規範的障害説」について、本稿第三章第一節第二項第一款を参照。

³⁷² 本稿第五章第一節第一項第三款五、を参照。

³⁷³ 最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁。また、本稿第三章第一節第一項第三款を参照。

³⁷⁴ 本稿第五章第一節第二項と同章第二節第二項を参照。

さらに、台湾の実務的見解の「主観客観択一説」によれば、共同正犯たる者は、正犯意思又は犯意の連絡をもって、構成要件行為又は構成要件以外の行為を行った者であるため、主観的要件が備わっていれば、共同実行か一部行為の分担かが共同正犯の成立にとって決定性的な差があるとは言えない。更に現行第 31 条身分犯の共犯規定によれば、日本刑法第 65 条の規定と異なり、明文で「共同して実行し」と「正犯を以て論ずる」を規定しているため、共同正犯による真正身分犯の有無という争いは存在しない³⁷⁵。そうすると、日本法における間接正犯に比べ、台湾法における間接正犯は、既有の第 28 条共同正犯の規定と第 31 条を通じ、構成要件の定型の制限を緩和し、共謀共同間接正犯及び真正身分なき間接正犯まで拡張されたため、その成立範囲がより広くなる。

最後に、正犯の一種である間接正犯をどのような視座から理解すべきのかという問題に戻ろう。私見によれば、台湾刑法の共犯体系及び実務的見解の発展は、長年、日本の刑法理論に影響されており、類似するところが存在しているので、日本法でも台湾法でも、間接正犯概念を同様な視座に基づいて理解すべきであると考え。そして、前述のように、間接正犯の正犯性は、利用行為の実行行為性を中心に構築すべきとするものと理解し、「責任無能力者」、「情を知らない者」、「意思が抑圧された者の利用」とは、利用行為の実行行為性に対し、被利用者の「道具的性格」の有無が補助的な判断基準とされるものである。

第二節 将来の課題

これまでの考察は、日台の共犯立法体系及び実務的見解を網羅的に分析して、実行行為と間接正犯の概念を検討したが、本稿が残した課題は以下のように考えられる。

第一項 間接正犯の着手

本稿は、事例の検討において、既遂犯の事例に対し、自説により実行行為の特定を初歩的に行った³⁷⁶。他方、未遂犯の場合にも実行行為性の判断基準は同一でなければならない。しかし、間接正犯の未遂において、実行の着手をどのように位置づけるかについて、学説は、利用者が被利

³⁷⁵ 2005 年刑法第 31 条第 1 項の当否に対して、多くの学説はそれが不当な立法であると批判した。例えば、林山田・前掲注（278）66 頁以下、黄榮堅・前掲注（340）774 頁以下、王皇玉・前掲注（283）422 頁以下など。なお、日本刑法第 65 条は共同正犯にも適用されるかどうかについて、団藤・前掲注（63）420 頁以下を参照。

³⁷⁶ 本稿第二章第三節第四項第二款を参照。

用者を犯罪に誘致する行為を開始した時を着手とする利用者標準説、被利用者が実行行為を開始した時を着手とする被利用者標準説、結果発生に至る現実危険性を惹起した時を着手とする個別化説に分かれている³⁷⁷。この点について、私見は、利用行為を間接正犯の実行行為として捉えつつ、被利用者の「道具的性格」をも重視するので、意思抑圧の程度又は選択可能性の有無或いは自身の既存の状況により、被利用者がどのような道具になったか、どの時点で道具になったかという点が間接正犯の着手についての理論に影響するので、どの説が優れているかというのは現段階では一概に言えない。これらの検討は、今後の課題としたい。

第二項 間接正犯の錯誤

間接正犯の錯誤は、論者が既に指摘したように、多面的な意味をもっている。例えば、背後者の予期していたところと被利用者の身体活動によって生じたところの間に、客体の錯誤や方法の錯誤が存在している場合、又は背後者が予期していた因果経過と実際の因果経過が異なったという因果関係の錯誤が存在している場合、又は間接正犯の意思を以って教唆犯の結果を生じさせた場合、教唆犯の意思を以って間接正犯の結果を生じさせた場合などが存在する³⁷⁸。

この問題について、前述のように、被利用者の「道具的性格」は間接正犯の成立に影響するので、おそらく個別事案の考察を通じなければ、各類型の間接正犯の錯誤を解明するができないと思われる。これらの検討も、今後の課題としたい。

第三項 正犯の背後の正犯

本稿は「情を知る第三者の利用：故意ある幫助道具」の事例については、判示事項³⁷⁹と同様に、背後者も被利用者も実行行為者として、それらが正犯となり、同時犯に類似する状態であると解した³⁸⁰。しかしながら、このような会社経営者と使用人との間には、ドイツの学説のいう「正犯の背後の正犯」³⁸¹のように、被支配者である直接的実行者の個別性を重視せず、実行行為

³⁷⁷ このような分類について、大谷・前掲注（74）366頁。また学説の状況について、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会、2016年）235頁以下を参照。

³⁷⁸ 大塚仁「間接正犯と教唆犯との錯誤」『現代の共犯理論：斎藤金作博士還暦祝賀』（有斐閣、1964年）85頁以下を参照。

³⁷⁹ 最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁食糧管理法違反事件と指す。

³⁸⁰ 本稿第三章第三節第二項第二款を参照。

³⁸¹ 「正犯の背後の正犯」について、クラウス・ロクシン・前掲注（4）58-74頁を参照。

担当者の代替可能性を有する組織的権力機構とその構成員という関係が存在しており、会社経営者の正犯性を根拠づけることができるのかは、疑いがないわけではない。また、このような場合に、故意のある幫助道具と共同正犯との関係も解明しなければならないと思われる³⁸²。そのため、自説の間接正犯概念と「正犯の背後の正犯」理論との考察も、今後の課題としたい。

第三節 終わりに

本稿の冒頭の示したように、間接正犯はその存在と処罰の合法性が普遍的に実務と学説に認められている一方、このような他人の行為を介入して実行する犯罪形態が明文化されていないため、罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に基づき、その構造と範囲及び処罰根拠が解明されない限り、違憲の恐れは避けられないという批判は容易に予想される。このような疑義への対応は、一つは通説のように、刑法解釈を通じて間接正犯の処罰を根拠づけることであり、もう一つは、ドイツ刑法典第 25 条第 1 項「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を行なった者は、正犯として罰せられる」のように、間接正犯の明文化を通じて根本的解決策を与えることである。本稿は、間接正犯の明文化の前に、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。もちろん、将来的に間接正犯が明文化される場合にも、間接正犯の概念は長年来の判例理論の発展と学説の蓄積によって制限されているため、裁判官の恣意的判断に左右されることにはならないと思われる。

最後に、本稿は以上の視座で、日台の判例と学説を考察することを通じて、間接正犯とその実行行為性を明確的、且つ具体的な解釈へとアプローチし、日台学説の異同という比較法的な研究成果を導出することができたと思われる。今後、この研究成果を生かし、様々な具体的事例の検討により間接正犯の概念を更に探究し、間接正犯論の発展に寄与し得ることは本稿が切望するところである。

³⁸² この問題について、例えば、佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理」『刑事法学の現実と展開：齊藤誠二先生古稀記念』（信山社、2003 年）297 頁以下を参照。

引用文献一覧

日本語文献

浅田和茂『刑法総論』（成文堂、2007年）。

井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）。

井田良『講義刑事学・総論』（有斐閣、2018年第2版）。

板倉宏＝内藤謙「違法性における行為無価値と結果無価値」中勝義編『論争刑法』（世界思想社、1976年）。

石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌45巻2号（2006年）。

植田博「間接正犯」『刑法基本講座4巻』（法学書院、1992年）。

内田文昭『刑法I（総論）』（青林書院、改訂補正版1997年）。

王乃彦「2005年台湾刑法改正について―未遂犯と共犯に関する法改正を中心に―」比較法雑誌48巻3号（2014年）。

大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981年）。

大越義久『共犯論再考』（成文堂、1989年）。

奥村正雄「実行行為概念の意義と機能」刑法雑誌45巻2号（2006年）。

奥村正雄「実行行為概念について」『大谷實先生喜壽記念論文集』（成文堂、2011年）。

岡田朝太郎「論説 間接正犯」法学協会雑誌22巻12号（1904年）。

岡田朝太郎『刑法総則講義案』（有斐閣、1915年）。

岡田朝太郎『刑法論』（中外印刷株式会社、1920年）。

小野清一郎『中華民國刑法總則』（中華民國法制研究會、1933年）。

小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣、1948年）。

小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953年）。

大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣、1958年）。

大塚仁「間接正犯と教唆犯との錯誤」『現代の共犯理論：斎藤金作博士還暦祝賀』（有斐閣、1964年）。

大塚仁『注解刑法』（青林書院、1977年増補第2版）。

大塚仁「人格的行為論について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第一巻』（有斐閣、1983年）。

大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、2008年第4版）。

大谷實『刑事司法の展望』（成文堂、1998年）。

大谷實『刑法講義総論』（成文堂、2019年新版第5版）。

香川達夫『刑法講義（総論）』（成文堂、1980年）。

川端博「刑事責任の総合的研究—序説—」明治大学社会科学研究所紀要 49 卷 2 号（2009 年）。

木村亀二『刑法総論』（有斐閣、1959 年）。

クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）『ロクシン刑法総論第 2 卷[犯罪の特別現象形態][翻訳第 1 分冊]』（信山社、2011 年）。

黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究（6・完）」法学協会雑誌 134 卷 9 号（2017 年）。

佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会、2016 年）。

蔡墩銘「中華民國刑法と日本刑法の関係」ジュリスト 999 号（1992 年）。

蔡秀卿＝王泰升『台湾法入門』（法律文化社、2016 年）。

佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974 年）。

佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、1981 年 4 訂版）

佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理」『刑事法学の現実と展開：齊藤誠二先生古稀記念』（信山社、2003 年）。

齋野彦弥「犯罪論体系の構造とその規範理解」『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007 年）。

佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理」『刑事法学の現実と展開：齊藤誠二先生古稀記念』（信山社、2003 年）。

島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002 年）。

杉本一敏「行為無価値と結果無価値の対立はどこまで続くか」『理論刑法学入門』（日本評論社、2014 年）。

曾根威彦＝川端博「行為反価値性と行為反価値性」『現代刑法論争 I』（勁草書房、1983 年第 2 版）。

曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、2008 年第 3 版）。

高橋則夫「共犯における危険概念」刑法雑誌 33 卷 2 号（1993 年）。

高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007 年）

高橋則夫『刑法総論』（成文堂、2018 年第 4 版）。

竹田直平『法規範とその違反』（有斐閣、1961 年）。

高山佳奈子「相当因果関係」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003 年）。

高山佳奈子「『実行行為』概念の問題性」法学論叢 162 卷 6 号（2008 年）。

田邊章秀「『大清刑律』から『暫行新刑律』へ—中國における近代的刑法の制定過程について」東洋史研究 65 卷 2 号（2006 年）。

団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、1990年第3版）。

筑間正泰「同時犯の意義並びに共同正犯の意義及びその範囲」法學研究 61 卷 2 号（1988 年）。

陳子平「中華民國（台灣）刑法における教唆犯論」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二卷』（成文堂、1998 年）。

照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005 年）。

内藤謙『刑法総論講義（上）』（有斐閣、1983 年）。

内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002 年）。

中義勝『刑法総論』（有斐閣、1971 年）。

仲道祐樹「論争の終わらせ方」『理論刑法学入門』（日本評論社、2014 年）。

中森喜彦「実行行為の概念について」『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007 年）。

中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、1997 年第 3 版補訂版）。

中野次雄編『判例とその読み方』（有斐閣、2009 年 3 訂版）。

中山研一『口述刑法総論』（成文堂、1994 年）。

西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010 年）。

西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編「注釈刑法第一巻」（有斐閣、2010 年）。

西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（弘文堂、2019 年第 3 版）。

西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977 年）。

西村克彦『犯罪形態論序説』（有信堂、1967 年）

西村克彦『犯罪形態論』（良書普及会、1969 年）。

野村稔『刑法総論補訂版』（成文堂、1998 年）。

橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000 年）。

日沖憲郎「人的行為概念」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第一巻』（有斐閣、1983 年）。

樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）。

平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972 年）。

平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975 年）。

平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣、1981 年）。

平場安治『刑法総論講義』（有信堂、1961 年）。

Karl Binding 著＝齊藤金作訳『「ビンディング」刑法論』早稲田法學別冊 7 卷（1936 年）。

福田平「社会的相当性」『刑法講座第二卷』（有斐閣、1963 年）。

福田平＝大塚仁訳『目的犯の犯罪論序説』（有斐閣、1979 年第 3 版）。

福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、2011 年第 5 版）。

藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967 年）。

藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975 年）。

藤吉和史「身分犯の概念について」明治大学大学院紀要法学篇 18 卷（1983 年）。

藤吉和史「自手犯の構造」明治大学大学院紀要法学篇第 21 卷（1984 年）。

増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢 49 卷 5 号（1977 年）。

松生光正「間接正犯」『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、2014 年第 7 版）。

松澤伸「覚せい剤輸入罪の既遂時期と実行の着手時期」早稲田大学社会安全政策研究所紀要 3 号（2010 年）。

松宮孝明「身分の連帶的作用について」刑法雑誌 38 卷 1 号（1998 年）。

松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学 2005 年 6 号（304 号）。

松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、2018 年第 5 版補訂版）。

山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1989 年）。

山口厚「実行行為と責任非難」『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007 年）。

山口厚『刑法総論』（有斐閣、2016 年第 3 版）。

山中敬一『犯罪論の機能と構造』（成文堂、2010 年）。

山中敬一『刑法総論』（成文堂、2015 年第 3 版）。

楊日然「中華民國大法官會議の組織と機能」ジュリスト 999 号（1992 年）。

外国語文献

大理院編輯處編『大理院判例要旨匯覽第二卷』（大理院收發所、1919 年）

大理院編輯處編『大理院解釋例要旨匯覽第二卷』（大理院收發所、1919 年）

王皇玉『刑法總則』（新學林、2018 年修訂 3 版）。

王觀（姚建龍勘校）『中華刑法論（1929 年第 5 版）』（中國方正、2005 年）。

甘添貴＝謝庭晃『捷徑刑法總論』（瑞興、2004 年初版）。

甘添貴「共謀共同正犯與共犯的區別—最高法院九八年度台上字第八七七號刑事判決評釋—」法令月刊 61 卷 2 号（2010 年）60 頁。

朱鴻達編『大理院判決例全集』（上海世界書局、1933 年）

何任清『刑法概論』（自版、1971 年）。

何承斌『刑法總則實用』（自版、1967 年）。

李俊『刑法總則新論』（三民、1958 年）。

余振華『刑法總論』（三民、2017 年 9 月修訂 3 版）。

林山田『二〇〇五年刑法修正總評』（元照、2007年）。

林山田『刑法通論（下）』（元照、1993年增訂4版、2000年增訂7版、2008年增訂10版）。

林鈺雄『新刑法總則』（元照、2016年5版）。

林錫湖『刑法總論』（文瑞、1999年）。

周治平『刑法概要』（三民、1964年）。

周治平「共謀共同正犯引論（續）」軍法專刊12卷10号（1966年）。

周治平『刑法總論』（三民、1972年全訂5版）。

岡田朝太郎『中華民國新刑律總則講義』（明治大學出版部、1917年）。

岡田朝太郎口述＝熊元翰編（張勇虹校閱）『刑法總則』（上海人民、2013年）。

洪福增『刑法之基本問題』（三民、1964年）。

俞承修『刑法總則釋義』（上海會文堂新記、1946年）。

郝朝俊『刑法原理』（商務印書館、1930年）。

陳瑾昆（吳允鋒勘校）『刑法總則講義（1934年）』（中國方正、2004年）。

陳文彬『中華新刑法總論』（商務印書館、1936年）。

陳樸生『實用刑法』（三民、1991年重訂版）。

陳樸生「違法身分與責任身分」法令月刊第46卷第2期（1995年）。

陳子平『刑法爭議問題研究』（五南、1999年）。

陳子平『共同正犯與共犯論』（五南、2000年）。

郭衛『現代刑法總論』（世界書局、1933年）。

曹長清『中國刑法總論』（大東書局、1953年第2版）。

許澤天「共犯之處罰基礎與從屬性」『罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集』（五南、1998年）。

許恒達「『行為非價』與『結果非價』—論刑事不法概念的實質內涵」政大法學評論114期（2010年）。

趙琛『新刑法原理』（中華書局、1930年）。

趙琛『刑法總則』（商務、1947年）。

張麗卿『刑法總則理論與運用』（五南、2015年第5版）。

黃東熊『刑法概要』（三民、1998年8月）。

黃常仁『間接正犯與正犯後正犯』（漢興、1998年）。

黃常仁『刑法總論—邏輯分析與體系論證—』（新學林、2009年1月增訂2版）。

黃源盛編『晚清民國刑法史料輯注（上）』（元照、2010年）。

黃源盛編『晚清民國刑法史料輯注（下）』（元照、2010年）。

黃源盛『民初大理院與裁判』（元照、2011年）。

黃源盛編『大理院刑事判例輯存』（犁齋社、2013年）

黃源盛『晚清民國刑法春秋』（犁齋社、2018年）。

黃榮堅『基礎刑法學（下）』（元照、2012年3月第3版）。

曾邵勳『刑法總則』（自版、1974年）。

曾榮振『刑法總整理』（自版、1999年）。

楊大器「汎論共謀共同正犯」刑事法雜誌 15 卷 3 号（1971 年）。

楊大器『刑法總則釋論』（自版、1968 年）。

楊建華『刑法總則之比較與檢討』（三民、1982 年）。

褚劍鴻『刑法總則論』（自版、1979 年 3 版）。

蔡聖偉「評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分」政大法學評論 91 期（2006 年）。

蔡墩銘『刑法精義』（翰蘆、2005 年 7 月第 2 版）。

劉清波『刑法概論』（五南、1985 年）。

錢文穎『刑法總則原論』（第一書店、1957 年）。

蘇俊雄『刑法總論Ⅱ』（國立台灣大學、1997 年）。

韓忠謨『刑法原理』（國立台灣大學、1979 年 7 月增訂 13 版）。