HOKKAIDO UNIVERSITY

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（１）
Author(s)	高, 泉鼎
Citation	北大法学論集, 72(2), 101-137
Issue Date	2021-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/82305
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_2_03_Kao.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（1）

高　　泉　鼎

目　次

第一章　序論
　第一節　研究の目的
　　第一項　問題の提起
　　第二項　本稿の課題
　第二節　研究の方法
　　第一項　研究の範囲
　　第二項　規範論からの観察
　　第三項　比較法的な分析
　第三節　本稿の位置付け及び展望
第二章　正犯論における実行行為概念
　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
　　第二項　実行行為概念の問題及びアプローチ　　（以上、本号）
　第二節　不法概念の変遷とその概要
　第三節　実行行為概念への再考
　第四節　小括
第三章　間接正犯の構造
第四章　台湾法における正犯概念
第五章　台湾法における間接正犯概念
第六章　結論

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）、および正犯を幇助するという従犯（第62条）の３つの類型に分かれている。しかし、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]、決して条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の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、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の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（以下、台湾刑法と称する）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って様々な論争が起っており、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

[1] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016年）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。

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なのか、ということが本稿の研究の重点である。

第一節　研究の目的

第一項　問題の提起

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、すなわち正犯概念を解明しなければならない。そのため、本稿においてはまず行為支配説と実行行為概念から問題を提起しておきたい。

第一款　行為支配説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ため、現在では支持されていない。その一方、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ため、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理解される[3]。そして、現在ドイツの通説とされる行為支配説は、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、および実行段階のおける分業的共働により構成要件実現に際

[3] 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第５版補訂版、2018年）263-264頁参照。

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]。

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、元から責任有無の判断基準として提案されたものであり、あまり漠然としているためほとんど問題されなかった観念の焼き直しにすぎず[6]、その結果、主観的な正犯の意思と客観的な正犯の行為及び行為支配については、やはり具体的な事案によって説明・補足するしかできないであろう。また、行為支配説の発展からすれば、客観上の犯罪に対する支配力に着目するとしても、行為者の主観上の意思に偏重して正犯性を判断する点が明らかであると思われる[7]。そうすると、不明確な概念自体に主観面の偏重は、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。

それゆえ、行為支配説が内包するその内容の不明確性を考えると、本稿は行為支配説の視座から離れて正犯概念を考察していきたい。

---

[4] ドイツにおいて、行為支配説は、まず目的的行為と目的的統制力を基盤として把握するウェルツェル（Hans Welzel）の「目的的行為支配」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「客観的行為支配」、及び目的的行為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「価値関係的行為支配」などの見地が発展し、そして現在行為支配説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。ドイツの行為支配説の諸相と発展の基礎的研究は、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000年）６頁以下参照。また、ロクシンの見解に関する詳細は、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頁以下参照。

[5] 松宮・前掲注（３）63頁。

[6] 川端博『共犯の理論』（成文堂、2008年）34頁。

[7] 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）298頁は、行為支配説によれば、個別事例において「因果性・危険性が同じであっても、発生結果につき故意があることにより支配性が生じる」ため、「行為支配説とは、行為者に故意を捨てさせ規範違反をやめさせることにより法益を保護しようとする刑法理論、すなわち行為無価値の共犯論における別称にほかならない」と指摘する。

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[8]。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、まず先に実行行為概念を説明しなければならない。

実行行為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[9]。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[10]。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[11]。

---

[8] 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953年）195頁以下参照。

[9] 小野・前掲注（８）195頁以下参照。

[10] 実行行為概念に関する諸学説については、第二章第一節第一項参照。

[11] 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣、1981年）127-134頁は、「正犯＝実行」を共犯論の基底とする見解に対し、①拘留または科料のみにあたる一定の罪については正犯すなわち実行者だけが処罰される点で、軽犯罪法は拘留または科料にあたる罪を唯一に規定しているが、教唆・幇助も正犯を準じて処罰することにしているため、正犯に限る理由はあまりないことを示していること、②制限従属性説において、原因において自由な行為の場合と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、ここで佐伯千仞の見解を挙げ、

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ため、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、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[12]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しまっている。

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

前者は飲酒行為が原因行為でありながら正犯者を正犯者として処罰する要件となるから、後者は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可罰的共犯が可能であるとされて道具の行為が実行行為であることを認めるから、正犯行為と実行行為とが分裂している状態ようになること、③正犯を重く処罰すべきという観念は、集団的な或いは複雑な行動形態において、例えば共謀共同正犯の場合、実行行為概念と完全一致するとは言えないことを指摘し、正犯行為と実行行為の堅い結びを疑っている。なお、佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、４訂版、1981年）235-236頁、346頁も参照。

[12] 「行為共同説」と「犯罪共同説」については、山口・前掲注（１）301頁以下など参照。

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[13]。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制御などに反し、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[14]。

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なく「一次的責任」としての正犯性に位置づけられる[15]。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、その者を間接正犯として処罰するのが罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に応じられるとは言える。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[16]、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。

よって、本稿においては、刑法で規制・処理すべき行為が事実と規範

---

[13] 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条幇助犯の処罰は「正犯の刑を減軽することができる」と規定されたため、罪名及び量刑は正犯かいなかによって影響されるかもしれない。

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

[15] 松生光正「間接正犯」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、第７版、2014年）150頁。

[16] 山中敬一『犯罪論の機能と構造』（成文堂、2010年）81頁。

との相互作用に関わっていることを考慮して、「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概念を考察しつつ、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

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、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根本問題であり、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の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。

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、台湾のこれまでの裁判例では、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[17]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であると思われる。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[18]に従わず、間

[17] 例えば、大理院民国４（1915）年度上字606号判例、最高法院民国28（1939）年度上字第3744号判例、最高法院民国43（1954）年度台上字295判決など。

[18] 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

接正犯の規定を明文化しなかった。その改正理由では、「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構築することにより、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、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遵守の有無へと変わり、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。これでは、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。むしろ、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。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。

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。」

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、一般市民とってそれが予見可能又は遵守可能な規制である。すなわち、もし刑法規範の内容は法益侵害結果発生の可能性から乖離すれば、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ため、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。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」[19]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するものであり、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、

[19] 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。詳しくは、山口・前掲注（１）307頁以下参照。

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[20]。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[21]。

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られた[22]。しかし、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、主観的共犯論を脱却し、全面的に客観的共犯論を採用した。しかし、それでも第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ている[23]。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る。その一方、歴史的な視座で観

---

[20] 大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981年）147頁。

[21] 山口・前掲注（1）314頁以下参照。

[22] 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。」

[23] 台湾での共謀共同正犯の代表的な肯定見解は1965年の司法院大法官会議釈字第109号解釈である。本稿第四章第二節第一項第一款参照。

察すると、中華民国大理院時代（1906年-1927年）[24]と中華民国最高法院時代（1928年-1949年）[25]と台湾最高法院時代（1949年-）[26]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先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[27]。

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）司法院大法官会議解釈（釈字解釈）

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

---

[24] 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は、黄源盛『民初大理院與裁判』（元照、2011年）41-48頁参照。

[25] 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、最高法院を中華民国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された。最高法院の設置の経過については、黄源盛・前掲注（24）41-48頁参照。

[26] 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した。1992年３月23日、現在地の台北市長沙街に移転した。

[27] 例えば、因果関係の認定について、最高法院判例と学説の多数は相当的因果関係説を採用するが、近年来の最高法院判決は、ドイツに留学ないしドイツでの研究の経歴を有する学者の影響を受けて、ドイツで通説的地位を占める客観的帰属論で因果関係を判断する。相当的因果関係の代表的な判例は最高法院民国76（1987）年度台上字第192号判例、客観的帰属論の判例は最高法院民国102（2013）年度台上字第310号判決など。

法官会議を通じて「解釈文」という形式で憲法解釈を作成している。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の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、法令統一解釈制度は、憲法機関である五院（行政、立法、司法、考試、監察）間又は上下関係のない機関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釈である。そして、大法官解釈の効力について、同院の1984年の釈字第185号解釈によれば、人民及び各機関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釈は憲法との同じ効力を持ち、法令の統一見解としての解釈は法律と同じ効力を持つ[28]。よって、解釈の拘束力及び論理の変遷に基づき、釈字解釈は考察の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

[28] 司法院大法官会議解釈に関する詳細は、蔡秀卿＝王泰升編『台湾法入門』（法律文化社、2016年）57頁以下［蔡秀卿］、楊日然「中華民国大法官会議の組織と機能」ジュリスト999号（1992年）98頁以下参照。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「司法院大法官会議」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」を以って宣言することになる。そして、憲法解釈の全面的法廷化という大きな変革に応じられるため、憲法訴訟法は2022年１月４日から施行されることが予定されている。

いて法的拘束力がある[29]。

ところが、常に批判された台湾に特有な「判例」制度[30]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[31]。しかし、「大法廷」制度が施行される以前、既存の「判例」には相当な拘束力がまだ存在していた一方、現在「大法廷」制度が施行された後、参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[32]、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[33]、その効力が命令に相当すると解されたので[34]、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にも憲法解釈を申立ることができることになった[35]。

---

[29] 1978年の司法院大法官会議釈字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」として、「それは法律または命令に相当する」と解する。

[30] 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っている。なお、蔡秀卿＝王泰升編・前掲注(28)33頁［蔡秀卿］もこの点を指摘する。

[31] 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」制度が正式に廃除された。なお、「大法廷」制度が既に2018年７月４日から施行された。

[32] 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参照。

[33] 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項参照。

[34] 1995年の司法院大法官会議釈字374号解釈理由書参照。

[35] 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項参照。

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だ存在しているため、考察の対象として取り上げる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。これを「最高法院決議」という[36]。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[37]。そして、「決議」制度は「判例」制度と同じ、「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[38]、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、相当な拘束力がまだ存在しているため、考察の対象とする必要があると思われる。

（四）司法院院（解）字解釈

院（解）字解釈は、憲法が施行される以前、1928年中華民国訓政時期の《国民政府司法院組織法》第３条により、司法院院長が最高法院院長及び所属する各廷廷長会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年の大法官会議釈字第771号解釈によれば、院（解）字解釈の性質は、司法院が当時の法令により、最高司法機関の地位で、関連する法令の統一解釈について発布した命令であり、大法官が憲法により作成したものではないので、裁判官が審判時に院（解）字解釈を引用できでも、法律により適宜異なる見

[36] 法院組織法第78条、最高法院処務規程第32条参照。

[37] 1995年の司法院大法官会議釈字374号解釈理由書参照。

[38] 2018年12月７日の法院組織法改正案や行政法院組織法改正案において、「決議」制度は「判例」制度と共に廃除された。

解を示すことができ、それに拘束されないと示している。

（五）参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足りる裁判

「大法廷」制度が施行される以前、「判例」制度は常に批判されており、2007年以後、新しい判例がすでに公布されなかった[39]。その代りに2012年より最高法院は「参考の価値のある裁判」[40]を公布することになった。一方、台湾高等法院とその所属法院は、2015年より「参考の価値のある裁判」を編選し始め、さらに2018年より「討論に資するに足りる裁判」をも編選の範囲内に納めた。ところが、「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」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を与えず、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理解すべきである。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[41]、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、「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」における裁判理由から一部抜粋した「裁判要旨」は、判例のような拘束力を持っておらず、あくまで判例を発見するために索引的価値しか持っていないものである[42]。そして「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」の編選基準については、「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」[43]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、或いは討論に資するに足

---

[39] 2007年に公布された最高法院民国94（2005）年度台上字第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。

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

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

[42] 中野編・前掲注（41）30頁［中野］。

[43] 司法院確定裁判書類審査実施要点第6点参照。

りる」[44]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。

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会議「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」或いは「討論に資するに足りる裁判」、及び命令に相当する司法院「院字解釈」を包含するものである。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、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の具体的事案における事実の認定と法令の解釈に対して、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、そ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ことである。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なのである。[45]

ところが、既に「大法廷」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だ存在しているため、考察の対象とする必要があり、また既存の

[44] 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点参照。

[45] 本稿が引用する「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」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：2021年３月10日）

「決議」は過去の最高法院による統一の法律見解として、相当な拘束力がまだ存在しているため、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だ存在しているので、現存の「判例」と「決議」も本稿の分析対象となる[46]。

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。これに対して、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[47]。

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

[46] 本稿が引用する「判例」と「判決」は、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）に掲載されるもの、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：2021年３月10日）

[47] 本稿が引用する「釈字解釈」及び「院（解）字解釈」は、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：2021年３月10日）

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、さらなる明確的かつ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。

第二章　正犯論における実行行為概念

日本の刑法総則において「実行」の文言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は、その刑を減軽することができる」、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」という文言解釈が可能である[48]。そして、このような文言の理解をめぐって、学説は形式的観点、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、実行行為概念批判論も有力な見解になってきた[49]。

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

[48] ところで、各論には、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ているが、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但書は予備罪の特別的減免に関する規定として、ここにいう「正犯＝実行行為者」は推論できないと思われる。

[49] 本章第一節第二項第一款参照。

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であるとされている[50]。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[51]。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[52]、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[53]。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るは第一に『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」という文言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について統一的に把握すべきであると主張した[54]。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、小野によれば、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[55]。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

[50] 奥村正雄「実行行為概念について」大谷實喜寿『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011年）141頁以下参照。
[51] 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣、1948年）99頁。
[52] 小野・前掲注（51）93頁。
[53] 小野・前掲注（８）233頁以下参照。
[54] 小野・前掲注（８）235頁。
[55] 小野・前掲注（８）214頁、225頁参照。

念的に規定されたものである」と主張して[56]、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[57]。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[58]、「法律上の構成要件に該当する行為現実の行為」とされる実行行為は、その判断も構成要件による「当嵌め」の問題になると考えられる[59]。

このような「当嵌め」の判断では、それぞれ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[60]。すなわち、それぞれの構成要件において予想された事実の範囲の判断は、それぞれの構成要件的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のである[61]。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、それぞれ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、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[62]。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おいて、前面に現れるのは構成要件、その背後の実体的な意味は違法性及び道義

---

[56] 小野・前掲注（８）11頁。
[57] 小野・前掲注（８）426頁。
[58] 小野・前掲注（８）234頁。
[59] 小野・前掲注（８）235頁。
[60] 小野・前掲注（51）98頁以下参照。
[61] 小野・前掲注（８）130頁。
[62] 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。

的責任であると主張した[63]。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」と理解される[64]。よって、構成要件行為を通じて理解される実行行為概念は、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[65]。

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[66]。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[67]、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[68]、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[69]。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基準に当該構成要件の予想する定型に当たるかどうかにより判断する考え方に基づき、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とする[70]。

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

---

63 小野・前掲注（８）19頁。

64 小野・前掲注（８）20頁。

65 平野・前掲注（11）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になると批判する。

66 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第３版、1990年）139頁。

67 団藤・前掲注（66）47頁。

68 団藤・前掲注（66）104頁。

69 団藤・前掲注（66）139頁。

70 団藤・前掲注（66）139頁、154頁、372頁以下参照。

件の定型性を見出すことである。犯罪構成事実と構成要件該当性とを区別した上で、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基準になり、構成要件の規定の解釈の問題とされるのである[71]。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の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[72]。そして実行行為性の判断は、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[73]。

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、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、明確ではないと批判された[74,75]。

---

[71] 団藤・前掲注（66）121-131頁、171頁参照。

[72] 団藤・前掲注（66）104-105頁。

[73] ただし、団藤・前掲注（66）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、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ことを指摘する。

[74] 内藤謙『刑法総論講義（上）』（有斐閣、1983年）155頁。

[75] 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」ことと同義に思われて、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する。同旨、内藤・前掲注（74）155頁。この批判に対して、日沖憲郎「人的行為概念」団藤重光古稀『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する。同旨、大塚仁「人格的行為論について」団藤古稀・同前書134頁以下参照。

行為の定型性の判断は、具体的な状況において、客観的事情の外観に基づかなけ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[76]、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に重点を置いても、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ものと思われる[77]。

第三款　法益侵害の危険性の考え方

これまで見たように、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論じた[78]。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。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、刑法が判断するべき行為は、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

---

[76] 団藤・前掲注（66）171頁。

[77] 平野・前掲注（75）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する。また、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第５版、2019年）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する。

[78] 平野・前掲注（11）31頁以下参照。

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ることが妥当であるとし[79]、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[80]。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とした[81]。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」[82]ため、それを達成するには、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」[83]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」[84]というものである。そして「構成要件は、社会通念にした

---

79 平野・前掲注（75）113頁。
80 平野・前掲注（75）140頁以下参照。
81 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）314頁以下、325頁以下参照。
82 大谷實『刑事司法の展望』（成文堂、1998年）68頁。
83 大谷・前掲注（82）68頁。
84 大谷・前掲注（82）68頁。

がって処罰すべき行為を類型化したものと考えるべきである以上、当該構成要件が予想する結果発生の現実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[85]、「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」[86]と主張する。故に、この見解は、事前判断による結果発生の類型的・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[87]。そうすると、構成要件の行為規範・裁判規範という刑法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的結果の現実的危険性を有するか否かという実行行為性の確定が必要になる[88]。また、結果発生の現実的危険性の判断には、客観的な危険に対する一般人の危惧感に基づいて行うべきだと主張する[89]。

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[90]、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[91]、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[92]、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現実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[93]、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こ

---

85 大谷・前掲注（82）69頁。
86 大谷・前掲注（82）68頁。
87 大谷・前掲注（77）122頁。
88 奥村・前掲注（50）146頁。
89 大谷・前掲注（77）122頁。
90 高山佳奈子「『実行行為』概念の問題性」法学論叢162巻6号（2008年）209頁。
91 高山・前掲注（90）210頁。
92 高山・前掲注（90）210頁。
93 中森喜彦「実行行為の概念について」鈴木茂嗣古稀『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）192頁。

と[94]、という批判が存在している。行為危険説は、もともと定型説は不確定的な価値判断になるという批判を避けるために、「結果発生の現実的危険性」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、④、⑤の批判からは、現実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、現実的危険性を更に特定しなければならない[95]。

---

[94] 高山・前掲注（62）13頁。

[95] 行為危険説の批判に対して、奥村・前掲注（50）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現実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＝実行の着手とする（行為犯説）」が基本とされ、構成要件的結果発生の現実的危険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険性は、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」と解し、個別化説を採用して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し、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険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険性の判断基底として、故意だけではなく、行為計画を

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ことを認めるが、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。このような事後判断の立場に基づく見解には、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[96]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[97]、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」と主張する[98]。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疑問が向けられる[99]。また、その「一定の結

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する。よって、上述の反論によれば、現実的危険性の判断にはまだ他の判断的要素がなければならないと示している。

[96] 内藤・前掲注（74）164頁。

[97] 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）1224頁。

[98] 内藤・前掲注（74）201頁。

[99] 高山·前掲注(90)211頁。なお、高山は、文理解釈による制限は「行為」のほか、「結果」「身分」「構成要件的状況」などのあらゆる要素に当嵌めのことであるか

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、「既遂結果発生の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[100]。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とされる上[101]、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り、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考えられている[102]。しかし、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る[103]。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の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[104]。

第四款　社会的相当性の考え方

これまで見たような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

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する。

100 西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論』（弘文堂、第３版、2019年）87頁。

101 山口・前掲注（１）284頁、西田・前掲注（100）319頁、内藤・前掲注（97）1218頁以下など参照。

102 奥村・前掲注（50）147頁。

103 高山・前掲注（90）211頁。

104 奥村・前掲注（50）147頁。

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・統制する目的追求活動として行為を把握する」[105]という目的的行為論の観点から、構成要件該当行為を「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、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もなう行為」であると主張する[106]。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[107]。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[108]、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行為である[109]。

しかし、社会的相当性の犯罪論体系的位置はともあれ[110]、乗車させる

---

105 井田・前掲注（７）25頁。

106 井田・前掲注（７）46頁。

107 井田・前掲注（７）47頁。

108 井田・前掲注（７）133頁。

109 福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第５版、2011年）144頁以下参照。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」を説明する。

110 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主張する。これに対して、福田平「社会的相当性」日本刑法学会編『刑法講座第二巻』（有斐閣、1963年）120頁は、社

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[111]。また、「一般的生活危険」の逸脱を判断基準としても、個々事実関係において、おそらく各罪の構成要件の文言に基づき実行行為性を実際的に認定することが必要であり、「定型性」と同じ問題に直面することになると思われる[112]。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「純粋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[113]。

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

会的相当性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主張する。

[111] 平野・前掲注（81）214頁。

[112] 例えば、井田良『講義刑事学・総論』（有斐閣、第２版、2018年）101頁は、実行行為に関して「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」と示し、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」が構成要件的定型性の内容の一部とされると思われる。

[113] 高山・前掲注（90）208頁。

た最終的作為」を限定すると主張する[114]。

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[115]、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[116]。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[117]。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、幇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る一方、刑法第199条、202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問題が生じる[118]。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

---

[114] 樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）32頁。
[115] 樋口・前掲注（114）25-26頁。
[116] 樋口・前掲注（114）22頁。
[117] 樋口・前掲注（114）30頁。
[118] 樋口・前掲注（114）30頁。

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」[119]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・脅迫をも実行行為とすると主張する[120]。

しかし、他方で、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る[121]。

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[122]、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[123]。

ところが、これまで見たように、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、例えば、山口厚は、結果惹起とは独立して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まま、結論を導き出す点で、理論的「ブラック･ボックス」と化していることになり[124]、また未遂犯を結果犯として既遂結果発生の現実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

---

[119] 樋口・前掲注（114）30頁。
[120] 樋口・前掲注（114）49頁。
[121] 樋口・前掲注（114）32頁。
[122] 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1989年）２頁。
[123] 団藤・前掲注（66）139-140頁、173頁参照。
[124] 山口・前掲注（１）53頁。

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上[125]、実行行為の要件がアプリオリで独立に立ち現るわけではなく、構成要件該当性の判断にあたり、行為と構成要件的結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、実行行為という概念の理論的意義には極めて懐疑的な態度を採っている[126]。

ただ、山口は、予備行為または共犯行為と区別される意味における実行行為は「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ことも認めており[127]、客観的相当因果関係説を前提に自己答責性及び遡及禁止論を基礎として理解する正犯性の観点から、実行行為の意義を論じようとしている[128]。しかし、この見解は、正犯性を実行行為性と言い換えだけであるならば、事後的な帰属判断である正犯性の判断がそのものの属性であるかのような実行行為性の問題として論ずることは適切ではない他、結果との間に相当因果関係を有する行為が遡って実行行為性を獲得するとすれば、前述した結果危険説の中で法益侵害危険結果の帰属を重視する見解と同じ問題に直面すると指摘される[129]。

他方、実行行為概念不要の論者は、実行行為という概念は故意・過失を構成要件要素として考慮することが前提とすることであるから、故意・過失を構成要件要素としないのであれば、実行行為概念はあまり意味がないのみならず、場合によっては概念の混乱をもたらしかねないと指摘し[130]、処罰の対象とする行為には、行為者自身の行為に限定されながら、

---

[125] 山口・前掲注（122）４頁。

[126] 山口・前掲注（122）５頁。なお、同・前掲注（１）53頁は、「実行行為という『解釈概念』を『否定』する立場（初版45頁参照）は、構成要件要素としての構成要件的行為の限定を否定するわけではない」として、同書初版45頁「本書では『実行行為』という用語の使用を排しているばかりではなく、それをそもそも構成要件要素としていないのである」という旧見解を修正する。

[127] 山口厚「実行行為と責任非難」鈴木古稀・前掲注（93）202頁。

[128] 山口・前掲注（127）203頁以下参照。

[129] 高山・前掲注（90）216頁。

[130] 齋野彦弥『基本講義刑法総論』（新世社、2007年）70頁以下参照。

その行為と、発生した結果との間に因果・責任連関の存在が認められる場合に限るならば充分であり[131]、実行行為概念が必要ではないこととする[132]。そうだとすると、法益侵害の実質的な危険性とそれに対応する責任非難の可能性とに見合ったら、実行行為概念の使用を避けるとしても妥当な結論を確保できることが主張される[133]。

しかし、このような結果惹起又は因果関係に中核的意義を与えるとする実行行為批判論に対し、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ことであるが、妥当な結論を得るにはその出発点を修正する必要があることも指摘される[134]。この点で、実行行為概念不要論の指摘したように、場合によっては実行行為の問題ではなく故意論の問題になるかもしれない[135]。

このような論争の下で、上述の実行行為概念の実質的理解への分析を加えると、実行行為概念実行行為概念の形骸化・消滅の危機を予期することができ、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[136]。

---

131 齋野彦弥「危険概念の認識論的構造」内藤謙古稀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）79頁。

132 齋野・前掲注（130）378頁は、「わたくしの考えている体系とは、実行行為概念を必要としないものであり、それは究極には因果と規範の問題から構成されるべきものである」と説明する。

133 高山・前掲注（90）217頁。

134 中森・前掲注（93）198頁。

135 齋野・前掲注（130）73頁注は、とりわけ早すぎた結果実現の問題について、もし実行行為は「構成要件における行為を言い換えたものにすぎず、故意過失に共通概念である」と考えれば、それが「実行行為の問題ではなく、故意論の問題であり、因果関係の錯誤の一環として解決されるべきことになり、特別の問題領域としてとり上げる必要はないことになる」と指摘する。

136 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頁以下参照。

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も、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、実行行為概念がその自体で犯罪上の多くの問題を解決しうるほどの機能を持たないと理解されていても、この概念を中心に刑法上の諸問題を解決すべきとする考えは、罪刑法定主義を採る限り必然的な態度であるため[137]、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、それぞれの犯罪構成要件が法益侵害結果発生の防止のために規定されたものであるから、法益保護機能を備える構成要件によって形作る実行行為概念は、そのような規範的機能を同じく持っており、法益侵害結果発生の可能性即ち危険性を予め避けられるため、具体的事実関係において、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、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。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2020年３月25日授与）「規

[137] 中森・前掲注（93）199頁。

範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察」を加筆・修正したものである。なお、執筆にあたり、文部科学省外国人留学生学習奨励費と公益財団法人ロータリー米山記念奨学会奨学金の助成を受けた。記して謝意を表したい。