



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（3）
Author(s)	高，泉鼎
Citation	北大法学論集，72(4)，71-104
Issue Date	2021-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/83393
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_4_03_Kao.pdf



規範的正犯概念と間接正犯に関する 日台比較法的考察（3）

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、72巻2号）

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

第二項 人的不法論

第三項 結果無価値の体系的地位

第四項 行為無価値の再定位

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

第二項 実行行為性の判断

第三項 共犯と実行行為概念

第四項 判例の検討

- 第四節 小括
- 第三章 間接正犯の構造
 - 第一節 従来の議論の状況
 - 第一項 判例の状況
 - 第二項 学説の状況（以上、72巻3号）
 - 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
 - 第二項 道具理論による再考
 - 第三項 判例の再検討
 - 第三節 間接正犯の成立限界
 - 第一項 定型性の制限
 - 第二項 犯罪行為の利用の事例
 - 第四節 小括
- 第四章 台湾法における正犯概念
 - 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）
 - 第二項 1928年中華民国旧刑法（1928年-1935年）
 - 第三項 1935年中華民国刑法
 - 第四項 2005年改正後の中華民国刑法（以上、本号）
 - 第二節 歴年の実務的見解の状況
 - 第三節 小括
- 第五章 台湾法における間接正犯概念
- 第六章 結論

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¹、正犯の一つの態様で実行行為者であると理解し²、他人を利用する行為自体

¹ 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）68頁、松生光正「間接正犯」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第7版、2014年）150頁参照。

² 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第3版、1990年）154頁以下参照。

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、構成要件の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、事前的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おいてどのように位置づけるのか、という問題が存在する。この点について、次のように、本稿は伝統の道具理論を通じて説明していきたい。

第二項 道具理論による再考

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であるため、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³、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、責任能力がなかっ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⁴。

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的・規範的危険性を有しており、当該被利用者に働かけて一定な行為

³ 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第5版補訂版、2018年）76頁。

⁴ 松宮・前掲注（3）258頁。

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であると解すべきである。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基準ではないと考える。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の認識を失わせたり、意思を抑圧したり、錯誤に陥られたりし、若しくは被利用者の結果発生の認識なき、又は意思抑圧又は錯誤に陥った状態を通じ、被利用者を単なる自分の道具にし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的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、前述した「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

前述したように、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ではなく、背後者が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、事実的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のである。

つまり、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。

さらに、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、犯行当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事情のもとでは、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なのである。

そして、是非弁別能力があり、意思も抑圧されない刑事未成年者を利用して共同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、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による強盗の共同正犯として論じることが妥当であると思われる⁵。

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

前述した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なき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）では、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実の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。

また、最決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁「原判示大和炭抗構

⁵ 拙稿「規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察」（北海道大学審査博士（法学）学位論文、2020年3月25日）59頁において「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…」の記載内容に誤記があったため、本稿の通り訂正する。

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を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、一般人の観点から当該古鉄の所有権に事実的危险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、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巻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巻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では、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巻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い苦慮していた際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嚙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って、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って、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判昭和27年9月15日高裁判例集5巻11号1820頁は本件と同一視すること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も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、被害者は自身の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である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⁶。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。

本件の事実の概要によれば、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

⁶ 本稿第一章第三節第四項第四款参照。

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た末、自殺を偽装し
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
極度な畏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。

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態に陥っている
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
判示しており、本件と上述の平成16年最高裁決定との差異は、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
能になっていた点にある。すなわち本件の被害者は終始脅迫を受け、長
時間執拗か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であると思われる。

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、医師に依頼して胎児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墮胎の結果を実現したという事例である。しかし、上記の判示事項によれば、犯行当時の医師が墮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考ええる。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巻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企て、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⁷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。ただし、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⁸。

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

⁷ 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。

⁸ 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）6頁は、この事例が因果関係又は正犯性の問題であることを指摘する。

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ができない犯罪であると定義されている⁹。なぜこのような犯罪類型が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¹⁰。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という見解¹¹、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¹²などがある。しかし、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¹³。そして、ある刑罰規定の規範

⁹ 団藤・前掲注(2)155頁。ただし、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論』(弘文堂、第3版、2019年)80頁は自手犯の概念を否認する。

¹⁰ 大塚仁『間接正犯の研究』(有斐閣、1958年)265頁以下、西原春夫『刑法総論』(成文堂、1977年)318頁、内田文昭『刑法(1)総論』(青林書院、1997年)293頁以下など参照。

¹¹ 西村克彦『犯罪形態論』(良書普及会、1969年)22頁以下参照。また、同・『犯罪形態論序説』(有信堂、1967年)65頁は、「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」と称する。

¹² 西原・前掲注(10)318-319頁参照。

¹³ 学説は規範的特殊性を義務違反の観点から分析して、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であると主張する。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¹⁴。

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¹⁵、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）¹⁶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ことを主張する。

¹⁴ 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（2）155頁以下参照。

¹⁵ 団藤・前掲注（2）127頁と418頁、福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第5版、2011年）72頁参照。

¹⁶ 団藤・前掲注（2）418頁、香川達夫『刑法講義（総論）』（成文堂、1980年）90頁以下参照。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、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）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を主張する。

のJ¹⁷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、特殊な一身の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¹⁸。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の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であると考ええる。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の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に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、特殊な一身の要素の欠如、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の事例において、背後者は保護責任者であるかどうかにもかかわらず、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

¹⁷ 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巻1083頁。

¹⁸ 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ことを主張する。詳しくは、松宮孝明「身分の連带的作用について」刑法雑誌38巻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巻(1983年)237頁など参照。

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¹⁹。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、背後者に特殊な一身的要素が欠ければ、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

前述したように、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、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「一次的责任」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

¹⁹ 学説は、このような事例を「身分なき故意ある道具」と称し、かつその利用者が間接正犯を成立し得るかどうかについて議論している。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。詳しくは、西田・前掲注(16) 86-87頁参照。なお、団藤・前掲注(2) 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幫助犯として処罰されることを主張する。

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実的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²⁰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²¹。

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。

²⁰ 団藤・前掲注(2)403頁。

²¹ 団藤・前掲注(2)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で、教唆犯は被教唆者が実行行為としての定型性を具備し、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し、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する。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参照。

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²²、有力説は A が殺人罪の教唆犯であると主張
している²³。

前者の間接正犯説については、正犯は少なくとも構成要件要素として
の故意を有する前提で共犯の成立が可能である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考え方²⁴、教唆とは人
に犯罪を実行する決意を生ぜしめることであるため、過失犯の教唆が認
められない考え方²⁵、過失の教唆という過失行為に対する故意の共犯を
認めることには日常用語として若干の不自然さがあるため、刑法の常識

²² 団藤・前掲注（2）158頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第4版、2008年）161頁、福田・前掲注（15）285頁、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第5版、2019年）438頁など参照。

²³ 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、4訂版、1981年）355頁、中義勝『刑法総論』（有斐閣、1971年）224頁、中山研一『新版口述刑法総論』（成文堂、補訂2版、2007年）306頁、松宮・前掲注（3）288頁、曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、第3版、2008年）237頁など参照。また、山口・前掲注（1）328頁は過失犯に対する故意の共犯の成立を認める。

²⁴ 団藤・前掲注（2）158頁と403頁、大塚・前掲注（22）161頁と315頁など参照。なお、西田・前掲注（16）84頁は、この考え方は、共犯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厳格な罪名従属性説と犯罪共同説的に基づく思考であると指摘する。

²⁵ 福田・前掲注（15）285頁。また、東京高判昭和26年11月7日判特25号31頁は「教唆とは他人をして犯意を起こさせることを要素とする行為であるから過失犯に対する教唆という観念はこれを認める余地がない」として、過失犯の教唆を明確に否定する。しかし、松宮・前掲注（3）289頁は、上記の判決に対して、「このケースは、『過失による教唆』のそれでもあったのであり、『過失犯に対する故意による教唆』を否定する先例ではない」と指摘する。

の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」とする考え方²⁶などが存在している。

後者の教唆犯説については、主に間接正犯説の観点で不当な処罰の間隙が生ずるため、過失犯の教唆を認めるのである²⁷。この見解では、故意過失を責任要素とし制限従属性説を採る見地から、過失行為に対する故意の共犯の成立が可能であり²⁸、教唆とは行為意思を生ぜしめること²⁹、或いは故意過失を含める違法行為の意思を生ぜしめること³⁰を解する考え方³¹、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とする考え方³²、故意への従属性を否定すると過失

²⁶ 西田・前掲注(16) 85頁。なお、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年) 360頁は、「教唆というのは、故意を生ぜしめることをいうのが、日常用語であって、過失の教唆を認めるのは、あまり日常用語から離れたものになってしまう」ことであり、また「結果が発生するまでは、故意は主観的違法要素なのであるから、これを生ぜしめて、はじめて、教唆犯の違法性を認めることができる」として、正犯を故意の場合に限定することを主張する。

²⁷ 例えば、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002年) 1391頁は、自手犯の場合には過失の正犯だけが処罰されるという不均衡が生ずると指摘する。また、山口・前掲注(1) 328頁は、背後者が過失の正犯を幫助したにすぎない場合には不可罰になっていると指摘する。そして、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、第2版、2008年) 419頁と422頁は、教唆の故意で間接正犯に相当する事態を生じさせるような場合には、間接正犯の支配性を高度のものに限定すれば、背後者が間接正犯も教唆犯も成立できないという不当な処罰の間隙が生ずると指摘する。

²⁸ 内藤・前掲注(27) 1390頁。

²⁹ 林・前掲注(27) 423頁。

³⁰ 内藤・前掲注(27) 1391頁。

³¹ なお、佐伯・前掲注(23) 355頁は、「教唆により惹起される決意は、必ずしも厳格な意味での故意であることを要しない」と指摘する。

³² 大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院新社、1981年) 153頁以下参照。なお、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、第4版、2018年) 493頁は、「最初から過失行為を利用する場合には、背後者の優越的事実支配が認められるから、間接正犯が成立するが、故意行為を教唆したところ、正犯者が過失行為を遂行した場合に

犯に対する教唆が可能であるとする考え方³³などが存在している。

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であると思われる。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 B が A の命令を全く疑わずに従って自分なりの医学的判断をやめた場合において、A は B を自分の犯罪実行の道具にしたので、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であると思われる。

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巻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って、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、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变りはないのである」(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³⁴。

は、過失行為は違法であるから、それに対する教唆犯が成立することになる」として、因果的共犯論の見解を採っても間接正犯か教唆犯かが場合によって分けると主張する。

³³ 松宮・前掲注（3）288頁。

³⁴ 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣、1981年）133頁は、判例の認める

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³⁵。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³⁶。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であると思われる³⁷。

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

共謀共同正犯の理論によれば、統制違反の米の運搬者を幫助犯としたいいわゆる「純粋な故意ある道具」の例において、正犯と幫助犯との間の外形的な行為の形態の差をほとんど無視しており、まさに「重い処罰に値する者が正犯」、「軽い処罰に値する者が幫助犯」という考え方であると指摘する。

³⁵ 団藤・前掲注(2)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主張する。

³⁶ 西田・前掲注(16)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、第二の要求に対して、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する。

³⁷ 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巻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」と定義する。これに対して、本件の事実関係において、AとDの間に甲の指示が介入し、二人が甲の指示によりある程度の連結性が存在していたため、本稿は、AとDを同時犯に類似する状態と称する。

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て、道具理論への再理解を通じて、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、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、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は各国の法制を比較し、清国の国情に相適合する法制改革の道を探そうと試みた上、「日本法系は本々は支那法系に属したが、今やドイツ・フランス諸国を範とし、その国勢は日増しに盛んになっている…ただ日本は特に東アジアの先駆者であり、上申し説明することを採択するに十分値する」³⁸と結論づけ、日本のヨーロッパ大陸法の続受の経験を模倣してヨーロッパ大陸や日本等の国の法律制度と各種の新法律を大量に導入しようと決心したので³⁹、日本人法律顧問を招聘して旧律の改革と新律の制定などによる近代的な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⁴⁰。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⁴¹。そして、この「暫行新刑律」は1928年

³⁸ 黄源盛（松田恵美子訳）「晚清の法制現代化の原因及びその展開」京都大学日本法史研究会編・中澤孝一編集代表『法と国制の史的考察』（信山社、1995年）288頁、沈雲龍主編『清末籌備立憲檔案史料（下冊）』（文海、1981年）834頁参照。

³⁹ 黄源盛（松田訳）・前掲注（38）288頁。

⁴⁰ 黄源盛編『晚清民国刑法史料輯注（上）』（元照、2010年）274頁。

⁴¹ 蔡墩銘「中華民國刑法と日本刑法の關係」ジュリスト999号（1992年）108頁、小野清一郎『中華民國刑法總則』（中華民國法制研究會、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巻2号（2006年）260頁、黄源盛編・前掲注（40）274頁参照。

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、概ね以下の特徴がある：①罪刑法定主義の確立（比附⁴²の排除）、②刑の現代化（身体刑を廃止し、死刑、懲役、拘役⁴³、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（旧有の風習と禮教⁴⁴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⁴⁵。

上述した新刑律の制定の背景とその特徴から見ると、「刑律草案」、「大清新刑律」及び「暫行新刑律」は当時の日本刑法理論に強く影響されたものであり、岡田の長年の考え方を実現したのが見えらる^{46、47}。

⁴² 比附とは、罪を断じるのに正条がない場合、他の条文を引いて判決することをいう。すなわち類推解釈に相当することである。

⁴³ 拘役とは、刑期は1日以上60日未満の短期自由刑である。

⁴⁴ 禮教とは、禮儀教化のことを指し、すなわち中国における伝統で封建的な礼儀や道徳を意味することである

⁴⁵ 蔡墩銘・前掲注(41) 108頁、田邊・前掲注(41) 243頁参照。

⁴⁶ 当時、沈家本の主導の下に行われた清国晩期に法律翻訳事業は、国別に言えば日本の法学に偏重しており、日本の翻訳書はほぼ全体の48%を占める。諸々の法のうちでは特に刑法典に偏重し、14種にものぼり、もし刑事法関係の著作を加えるなら、訳書総数のうちの約61%を占めるのである。それは、大清新刑律を修訂した時期は日本の明治維新の成功と近代化の経験及び日本書籍の翻訳が盛んな風潮になったという背景と密接な関係がある。詳しくは、黃源盛（松田訳）・前掲注(38) 300-301頁参照。なお、この背景において、大清新刑律を起草するために岡田朝太郎を招聘したことから見ると、大清新刑律が当時の日本刑法理論と岡田の理論に強く影響されたと言える。

⁴⁷ 蔡墩銘・前掲注(41) 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を評価する。

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、以下のように規定されていた。

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。」

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類型に分けて規定され、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、第30条教唆犯、第31条従犯、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⁴⁸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年中華民國旧刑法（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「中華民國刑法」（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⁴⁹。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輕に改めた、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公権剝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⁵⁰。

⁴⁸ 岡田朝太郎（胡長清訳）「日本刑法改正案評論」（會文堂新記、1931年）52頁は、過失共犯については、日本刑法典及び改正には規定されないものであるが、過失共犯の規定を日本刑法典で規定すべきであると主張した。そのため、陳子平「中華民國（台灣）刑法における教唆犯論」西原春夫古稀『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷』（成文堂、1998年）436頁は、新刑律において過失共犯の規定があったことには、岡田の独特な見解に深いつながりがあると考ええる。

⁴⁹ 蔡墩銘・前掲注（41）109頁。

⁵⁰ 蔡墩銘・前掲注（41）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⁵¹、用語も「実施」という用語を維持

⁵¹ 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（共謀身代金目的略取罪に相当）と規定していた。詳しくは、黄源盛編『晚清民國刑法史料輯注（下）』（元照、2010年）992頁、993

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が分かる⁵²。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⁵³。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⁵⁴。

頁、1010頁、1013頁、1019頁参照。

⁵² 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ていた。黄源盛・前掲注（51）891頁参照。

⁵³ 蔡墩銘・前掲注（41）109頁。

⁵⁴ 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。（最終閲覧日：2021年3月10日）

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。」

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⁵⁵、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るからである⁵⁶。また、共同過失の処罰については、1928年旧刑法において既に削除された過失共犯の規定の他にも、過失共同正犯の規定が削除された。しかし、過失共同正犯

⁵⁵ 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。

⁵⁶ 黄源盛・前掲注(51)1155頁。

の削除理由は、改正理由に見当たらない⁵⁷。

第四項 2005年改正後の中華民国刑法

第一款 改正の経緯

2005年1月7日に中華民国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日に総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、特に刑法総則における改正は、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、近年来の最大の改正とは言える⁵⁸。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）、訴追権の時効の起算及び期間を改正し（第80条）、公権剝奪の範囲を改正し（第36条）、強制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。」

⁵⁷ 黄源盛・前掲注（51）1155頁、同『晚清民國刑法春秋』（犁齋社、2018年）282頁参照。

⁵⁸ 2005年刑法総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巻3号（2014年）103-104頁参照。

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⁵⁹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、第28条の改正理由一、によれば、従来の「実施」という用語については、多くの実務的見解は司法院32（1943）年院字第2404号解釈の旨を持ち、それが陰謀、予備、着手、実行という概念を含め（即ち陰謀共同正犯と予備共同正犯を認めることである）、直接的に犯罪事実を構成する行為に限られないため、解釈上「共謀共同正犯」をも含めるのであるが、①陰謀犯・予備犯は行為の定型性を欠き、また現行刑法には既遂犯の処罰が原則、未遂犯の処罰が例外、陰謀・予備の処罰が例外的例外であることを参照し、学説は予備共同正犯に対して反対する立場を持ち、特に陰謀共同正犯の処罰には意思・思想の処罰

⁵⁹ 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。」

となる恐れがあること、及び②近代刑法の基本原則は「個人責任」を強調し、並びに犯罪は行為者の思想又は悪性ではなく、客観的犯罪行為の処罰を強調するのであり、且つ陰謀犯・予備犯の行為は正犯の如く定型性を欠き、陰謀犯と言え、行為者は客観上の互いの謀議行為と主観上の一定の犯罪意思があれば成立するのであり、陰謀共同正犯と予備共同正犯を認めれば、多数人が陰謀の段階で互いの謀議行為をしたが、そのうち一人か数人が予備又は着手の段階の前に離脱し犯罪の結果に助力を与えなかった場合に、陰謀行為のみであっても最終の犯罪行為に対して共同正犯の責任を負うべきであり、もし中止犯の規定を適用することがなければ、実に平等の原則に反し、一般の国民感情にも違うことであるため、近代刑法の個人責任原則及び法治国家の人権保障の思想に基づき、陰謀共同正犯・予備共同正犯を否定するとすべきであり、「実行」という概念の下における共同の関与行為であればこそ共同正犯が成立するとして、用語が「実施」を「実行」に改正することにより、共同正犯の関与の類型を修正することにした。なお、この「実行」という用語の改正は、実務において共謀共同正犯の処罰を妨げないのである⁶⁰。

そして、第29条教唆犯、第30条幫助犯、第31条共犯と身分の規定も第28条の改正に合わせて、用語の「実施」を「実行」に改めた。

〔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。

⁶⁰ この点については、本稿第四章第二節第二項第二款三、を参照。