



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（４）
Author(s)	高，泉鼎
Citation	北大法学論集，72(5)，129-168
Issue Date	2022-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/83973
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_5_04_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（４）

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、72巻4号）

第二節 歴年の実務的見解の状況

第一項 実行行為概念

第二項 正犯概念

第三節 小括

第五章 台湾法における間接正犯概念

第一節 実務的見解の概要

第一項 判例と判決

第二項 最高法院決議

第三項 司法院院（解）字解釈

第四項 参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足る裁判
（以上、本号）

第二節 分析

第三節 2005年中華民国刑法における実務的見解に対する検討

第四節 小括

第六章 結論

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するものの他、更に「実施」と「実行」の意義の各時代の実務的見解の変遷に更なる問題があると思われる。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釈字第109号解釈

本号解釈の解釈文では、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て、事前に同謀し¹、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…」(下線は筆者による)と解釈したが、その解釈理由書では「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…」(下線は筆者による)と示した。用語から見ると、「実施」と「実行」は同意語²、或いは「実

¹ 釈字第109号の解釈文と解釈理由書の原文は、「共謀」が「同謀」と称される。

² 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する。

施」は「実行」の上位概念、という２つの読み方が可能であると思われる。しかし、釈字第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一方で、共謀共同正犯の場合だけ「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。

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、最高法院民国19（1930）年上字第1699号判例³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が実施行為であると認めた。また最高法院民国20（1931）年上字第137号判例⁴は、「共同正犯は、必ず

³ 法制的見解の統一を求める台湾の大法院制度が施行された後、2018年12月7日法院組織法の改正・施行の前に最高法院が編選した判例について、参考にできる判決全文のない既存の判例は適用停止とされ（法院組織法第57条の1第1項）、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る（法院組織法第57条の1第2項）。そのため、本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により、適用停止とされた。なお、大法院と判例については、本稿第一章第二節第三項第二款一、（二）参照。

⁴ 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

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、もし事前の計画に関与し、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狭く解釈した。

1935年刑法時代の判例では、例えば、最高法院民国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、単統一罪と論ずるべきである」として、甲が私的監禁罪⁵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、すなわち構成要件行為としての監禁行為を実行行為であると認めている。

そして2005年刑法の判例では、例えば、台湾士林地方法院民国94(2005)年度矚易字第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)⁶として起訴された事案に対して、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

⁵ 中華民國刑法第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。」

⁶ 中華民國刑法第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。」、第2項：「前項の方法を以て財産上不法の利益を得、又は第三者に得させた者は、亦同じ。」そのため、本条第1項の罪は「恐喝取財罪」、第2項の罪は「恐喝得利罪」と呼ばれている。

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の行為が恐喝取財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条恐喝危安罪（脅迫罪に相当する）⁷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⁸。

三、司法院民国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

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⁹の用語と統一してきた。しかし1912年暫行新刑律に

⁷ 中華民國刑法第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。」

⁸ 本件の控訴審判決である台湾高等法院民国95（2006）年度矚上易字第4号判決は、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AとBを共同正犯として自判した。

⁹ 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

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」と「実行」という文字は一切使われていなかった¹⁰。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」¹¹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¹²。

二、2005年刑法総則改正

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」と規定する。

¹⁰ 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て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。」

¹¹ 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。

¹² 小野清一郎の1928年旧刑法の解説書『中華民國刑法總則』（中華民國法制研究會、1933年）174頁以下は、暫行新刑律の規定を考察した上で、原文の用語の「実施」を「実行」に翻訳する。

一方、2005年刑法改正において、第28条共同正犯の改正理由一、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、直接的に犯罪事実を構成する行為に限られず、解釈上「陰謀共同正犯」と「予備共同正犯」を認められているが、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、犯罪は客観的犯罪行為の処罰を重視し、また行為の定型性を欠く陰謀犯・予備犯は思想の処罰となる恐れがある理由などを以て、「実施」という用語を「実行」に改め¹³、それで陰謀共同正犯と予備共同正犯の成立が排除されるようにした¹⁴。そうする

¹³ この用語の改正について、林山田『二〇〇五年刑法修正總評』（元照、2007年）52-54頁は、①「実行」は、実行前の予備・陰謀と実行後の未遂・既遂を区切るものとして、主に着手実行を述べる行為階段の用語であり、構成要件行為の実行者、構成要件の以外の行為の実行者、他人の犯罪の実行を計画・指揮する者、あるいは謀議を関与し他人の実行を自己の実行に見なす者は、「共同実施」という概念の下で、共同行為者のうち一人が実行の階段に達すれば、共同正犯の犯罪共同体の本質に基づき、皆が共同正犯を成立できるが、条文の用語が改正された後、計画者または指揮者、あるいは謀議者は「共同実行」をするではないので、共同正犯を成立し難くなり、実務は前述した行為者を法改正前のように共同正犯として処罰できるために、「共同実行」を「共同実施」のように解しなければならないので、この一文字の改正は全く実質的意味がないこと、②刑法は、陰謀犯や予備犯の処罰規定があり、如何に学説または実務の間接正犯の理論についても、二人以上の者の共同行為決意が前述の不法構成要件の実現を内容として、それを共同して実現すれば、共同正犯を成立すべきであるが、法改正後に、実行の階段に達しない予備または陰謀は「共同実行」に当て嵌めると、「陰謀の実行」または「予備の実行」という矛盾な概念になり、敢えて「共同実行」に当て嵌めないと、逆に法律の抜け道になること、③改正理由は、「実施」という用語が陰謀共同正犯・予備共同正犯を認めることになったため、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、それらを否定するとすべきであると述べたが、予備共同正犯は、個人責任原則及び法治国家の人権保障の思想に反するわけではないほか、予備共同正犯の成立は皆が実行の階段に達しなければ共同正犯を成立し得ないため、数人が共同犯罪の決意を有した後に予備の段階のみに達したが着手実行の段階に達しないものを予備共同正犯と解する学説が共同正犯の本質を誤解したものであること、を批判する。

¹⁴ 改正理由一、については、本稿第四章第一節第四項第二款を参照。また、林山田・前掲注（13）55-59頁は、この改正理由に対して、①予備共同正犯と陰

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。

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。甲が毒薬を食物に入れ、乙が毒入りの食物を丙に勧めた場合は、

謀共同正犯を否定するために、改正理由は行為の定型性の欠きや思想の処罰の恐れや学説の反対などを理由として挙げたが、刑事立法を通じて入罪化すれば、着手実行行為と予備行為と陰謀行為が法定の構成要件になったので、行為の定型性を欠くわけではないことであり、学説と実務は予備共同正犯と陰謀共同正犯に対する議論が少ないほか、陰謀共同正犯を思想犯に当て嵌めることも学説上の根拠が見当たらないものであり、陰謀犯と予備犯の処罰は犯罪共同体の本質を持つ共同正犯の問題に関わらず、それが立法政策の議題であること、②改正理由も予備犯・陰謀犯と中止犯の適用できない問題を理由として挙げたが、数人が陰謀の階段で互いに謀議行為をして、そのうち一人か数人が陰謀または着手実行の前に離脱し犯罪の結果に助力を与えなかった場合は、中止犯の問題に属するが、共同正犯の改正理由に要しない贅言であり、特に予備共同正犯と陰謀共同正犯を認めるとしても、前述の場合には必ず陰謀行為のみで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るという結論を得ず、この不正確の推論に基づき、中止犯の規定を適用できなければ平等の原則と一般の国民感情に反するという論述は、もし前述の場合に中止犯の規定も適用できれば、平等の原則と国民感情に反することではないため、これは近代刑法の基本原則と重大な繋がりがあって重複贅言するに値するものであると言えないこと、③犯罪を関与する行為者のうちは少なくとも一人が着手実行の行為の段階になれば、共同行為の実現で共同正犯の成立に足りると言えないが、陰謀・予備の行為の段階を犯罪化する不法構成要件に対して、二人以上の者が共同に実現すればその限りではないため、刑事立法はこの状況に対して除外規定をすれば、「実施」を「実行」に改めなくてもその目的が達成できること、という問題があると指摘する。

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」¹⁵として、「実施」は陰謀と予備と着手と実行を含める上位概念と示している。

一方、1912年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。陰謀と予備と着手と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、実行行為と予備行為と着手行為と実行行為の実施を称すべきであるが、実行行為と予備行為と着手行為と実行行為の実行を称しえない」として、「実行」は「実施」の下位概念であることを説明する¹⁶。

四、実行行為＝犯罪構成要件たる行為

これまで見たように、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¹⁷及び実務家も形式的客観説

¹⁵ 黄源盛編『晚清民國刑法史料輯注（上）』（元照、2010年）393-394頁参照。

¹⁶ 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。

¹⁷ 例えば、王觀＝姚建龍勸校『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」とする。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」とする。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」とする。陳瑾昆＝吳允鋒勸校『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」とする。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

の影響を受け¹⁸、「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¹⁹。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」或いは構成要件行為の「実行」は、何れも裁判所の法適用の妨げにならなかったため、この考え方に従って実行行為概念を明確に定義した判例が現れなかったと思われる。一方、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²⁰、行為の定型性を強調し、「実行行為」を「犯罪構成要件たる行為」と定義していると言える。

犯罪行為に入ったということであるとする。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」とする。

¹⁸ 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、形式的客観説に基づき正犯の範囲を判断していたと指摘する。

¹⁹ 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巻9号（2017年）1745-1746頁参照。

²⁰ 林山田・前掲注（13）51頁は、その改正理由によれば、「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する。

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、大理院民国3（1914）年上字第221号判例は、AはBらが被害者の店舗で強盜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は、即共同実行正犯である。強盜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、大理院民国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）²¹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。其が（指示に）²²従い回贖を被害者と談合した場合

²¹ 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。なお、1928年旧刑法第371条及び1935年刑法第347条においては擄人勒贖が規定されている。

²² 「（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。

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)の实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」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行為の実施者」として理解していた。例えば、最高法院民国19(1930)年上字第1984号判例²³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、最高法院民国22(1933)年上字第1713号判例²⁴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。」(下線部は著者による)

²³ 本判例は裁判の全文が見当たらず参考するにならないものであるため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

²⁴ ただし、本判例は最高法院民国91(2002)年度第10次刑事庭會議決議により、釈字第109号解釈及び最高法院24(1935)年上字第2868号判例(適用停止)と最高法院25(1936)年上字第2253号判例(適用停止)の見解に抵触したため、既に援用されないと示した。なお、本判例も裁判の全文が見当たらず参考にならないものである。

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と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、いずれも最高法院が確立した判断基準、すなわち「主観客観択一標準説」の範囲から逸脱しなかったと思われる。

（一）いわゆる「主観客観択一標準説」

最高法院民国24（1935）年7月総会決議²⁵は、「正犯と従犯の区別する

²⁵ 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）89頁以下は、この決議について、蘇俊雄『刑法總論Ⅱ』（國立台灣大學、1997年）412頁、蔡墩銘『刑法精義』（翰蘆、第2版、2005年）318頁、甘添貴＝謝庭晃『捷徑刑法總論』（瑞興、修訂2版、2006年）255頁、余振華『刑法總論』（三民、修訂3版、2017年）379頁、王皇玉『刑法總則』（新學林、修訂6版、2020年）424頁、黃士軒・前掲注（19）134頁など文献を参考し、「最高法院24（1935）年刑事庭総会決議」を称した。しかし、この決議は各時期の最高法院決議集において作成日が異なると示している。例えば最高法院編『最高法院民刑庭總會決議錄類編（民國十七年至六十年）』（最高法院書記廳、1972年）188頁と最高法院法律叢書編輯委員會編『最高法院民刑庭總會決議錄類編（民國十七年至七十一年）』（最高法院法律叢書編輯委員會編、1983年）335頁において、この決議は「24年7月総会決議」に作成したものを記載したが、同編輯委員會編『最高法院民刑事庭會議決議錄全文彙編（民國十七年至七十二年刑事部分）下冊』（最高法院法律叢書編輯委員會、1977年再版）44頁、同院編『最高法院民刑事庭會議決議錄全文彙編（民國十七年至九十二年刑事部分）下冊』（最高法院、2003年）27頁、同院編『最高法院決議彙編（民國十七年至九十五年）下冊』（最高法院、2007年）30頁、及び同院編『最高法院決議彙編（民國十七年至一〇四年）下冊』（最高法院、2015年）43頁において、この決議は「作成年月日不明」を記載する。本稿は、このような編集の経緯、文献の記載、及び説明のわかりやすさを考え、この決議を「最高法院民国24（1935）年7月総会決議」で修正する。なお、この決議が示す正犯と従犯の区別基準は、民国95（2006）年度第22次刑事廷會議決議により、参考し続くとする。

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関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関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関与した者は、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関与した者は、正犯である」²⁶。

また、最高法院民国25(1936)年上字第2253号判例²⁷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関与したものは、その関与が犯罪構成要件たる行為であるか否かにも関わらず、

²⁶ このような正犯と共犯の区別基準について、学説上の理解が異なっている。例えば、陳子平『刑法總論』(元照、4版、2017年)417頁は、1935年刑法時代の実務的見解は「主観客観択一標準説」を採っていたと称する。また、王皇玉・前掲注(25)424頁は、この決議を「主観と客観の総合的な判断基準」と解する。さらに、許澤天「刑法總則」(新學林、2020年)284頁は、伝統の実務的見解は「主観客観択一標準説」というより、むしろ主観理論の角度からその旨を理解すべきであると指摘する。一方、2005年刑法改正において、第28条共同正犯の改正理由は「二、『実施』を『実行』に修正することは、下記の理由に基づき、現行実務の『共謀共同正犯』を処罰する立場を妨げない。…(三)それに現行実務は共同正犯と従犯の区別基準に対し、それが『自ら共同犯罪の意思を以て、構成要件たる行為を実施する者は、正犯である；自ら共同犯罪の意思を以て、構成要件以外の行為を実施する者は、亦正犯である；他人の犯罪を幫助する意思を以て、構成要件たる行為を実施する者は、亦正犯である；他人の犯罪を幫助する意思を以て、構成要件以外の行為を実施する者は、従犯こそである』という立場(主観客観択一標準説)を採っているため、共謀共同正犯の存在を更に肯定する。」として、最高法院が示している正犯と共犯の区別基準を「共同正犯と従犯の区別基準」と書き直して「主観客観択一標準説」と称したが、その論旨が全く変わらないため、本稿は、2005年刑法改正理由に従って、それを「主観客観択一標準説」と称する。

²⁷ 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないものであるため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

皆正犯であり、他人の犯罪を幫助する意思を以て犯罪に関与したものは、その関与が、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関与し、その関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、同じ意旨を示している²⁸。

（二）主観説

司法院民国29年（1940）院字第2030号解釈は「事前に同謀し²⁹、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関与したのであり、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

最高法院民国48（1959）年台上字第1163号判例は「自己犯罪の意思を以て犯罪構成要件の行為に関与した者こそは、共同正犯である。刑法第223条の罪³⁰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。

²⁸ 同じ「主観客観混一標準説」で正犯と共犯を区別する最高法院判例と判決として、最高法院27（1938）年上字第1333号判例、最高法院民国96（2007）年度台上字第7057号判決、最高法院民国99（2010）年度台上字第4353号判決、最高法院民国102（2013）年度台上字第1499号判決、最高法院民国106（2017）年度台上字第862号判決などがある。

²⁹ 同號解釈の原文は、「共謀」を「同謀」と称する。

³⁰ 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。」

四、行為支配説の影響

近年は、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、最高法院民国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³¹。

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、犯罪過程におけるキーマンに属することである」³²、あるいは「行為者が正犯であるかどうかについて、行為者の主観的行為と客観的心理状態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）、または他人に対しての意思支配を通じること（単独

³¹ 同じ「機能支配（機能的行為支配）」で共同正犯を判断する判決として、最高法院民国101（2012）年度台上字第5199号判決、最高法院民国103（2014）年度台上字第2443号判決、最高法院民国106（2017）年度台上字第2221号判決、最高法院民国106（2017）年度台上字第3352号判決など参照。

³² 台湾高等法院台南分院民国105（2016）年度上易字第280号判決参照。

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」³³と定義している。

ここでは台湾台東地方法院民国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)³⁴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)³⁵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

³³ 台湾高等法院台南分院民国92(2003)年度上易字第1050号判決参照。また、本判決の用語について「主観的行為と客観的心理状態」が用いられているが、恐らく「主観的心理状態と客観的行為」の誤記であると思われる。

³⁴ 台湾の薬物犯罪については、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。

³⁵ 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。」

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³⁶。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。」³⁷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、加功行為の時期の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により判断していた。

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、大理院民国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、どのように擲人勒贖（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の説明として十分なものではない。一方、大理院民国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³⁸。よって、大理院が「犯罪行為を

³⁶ 岡田・前掲注（16）106-108頁は、前者を「実施行為分担者」即ち「実施正犯」、後者を「実施行為幫助者」即ち「幫助正犯」と称する。

³⁷ 黄源盛・前掲注（15）392頁。

³⁸ 黄士軒・前掲注（19）1730頁。

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³⁹、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⁴⁰。

一方、1935年刑法時代の実務的見解は、基本的に最高法院が示した「主観客観択一標準説」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⁴¹。しかし、前述し

³⁹ 黄源盛・前掲注（18）280頁。

⁴⁰ 形式的客観説に従った旧刑法時代の判例は、最高法院民国20（1931）年非字第137号判例、最高法院民国21（1932）年上字第2022号判例、最高法院民国21（1932）年非字第2197号判例、最高法院民国22（1933）年上字第842号判例などがある。

⁴¹ 同号解釈が日本の共同意思主体説を採用すると理解する見解は、周治平「共謀共同正犯引論（續）」軍法專刊12巻10号（1966年）10頁、楊大器「汎論共謀共同正犯」刑事法雜誌15巻3号（1971年）3頁、甘添貴「共謀共同正犯與共犯の區別—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巻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指摘する。反対意見として、陳子平『共同正犯與共犯論』（五南、2000年）

たように、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、用語の面から見ると、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正犯を拡張的に認められるという帰結に至った⁴²。

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、間接正犯、共同正犯は直接的な実行行為者、教唆犯と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」概念及び最高法院の決議と判例による共謀共同正犯の処罰を認める立場を理由としている。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、思想犯の処罰の恐れ及び陰謀犯・予備犯の定型性の欠如など理由に基づき、2005年改正後第28条の文言は「実施」を「実行」に改められたが、その改正理由二、によれば、実質的客観説又は行為支配説という多数説の立場、「共同して犯罪を実行した」と規定する日本の立法例と「行為支配説」を採るドイツの通説、及び最高法院の決議と判例による「主観客観択一標準説」を理由として、実務において共謀共同正犯の処罰を

159頁は、同号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する。

⁴² 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う多数の犯罪者」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の紹介については、黃士軒・前掲注(19)1752頁以下参照。

妨げないのであり、共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行う多数の犯罪者も共同正犯とすることができることとなった⁴³。そうすると、2005年刑法において、元々直接的な実行行為者としての共同正犯は、前述したように「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う」と解すべきということになる。しかし、共謀共同正犯の処罰を妨げないため、共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行う者であっても、それが共同正犯として認められるため、「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。

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う者

⁴³ 林山田・前掲注(13) 57-59頁は、この改正理由二、について、①共謀共同正犯を処罰する実務の立場を妨げないために、改正理由は多数学説の支持や外国の立法例や実務の共同正犯と従犯の区別標準を理由として挙げたが、元々実務は改正前に共謀共同正犯を処罰する立場を採っており、刑事立法から見ると、実務の立場が間違っただけで刑事立法の方法で排除しなければならない限り、改正が必要であるため、このような改正が本末転倒であること、②改正理由は権威に訴える論証を違犯する論理的誤謬があるほか、実質的客観説にせよ形式的客観説にせよ行為支配説にせよ、共謀共同正犯を認めるかどうかについては、各説の論旨によって結論を得るべく、「共同実行」または「共同実施」という文字のみで決めるのではないこと、③日本刑法は共同正犯の成立要件を「共同して犯罪を実行した」と規定しても、各学説は共謀共同正犯に対する見解が統一となるわけではないので、日本の立法例も共謀共同正犯の概念を認めるという改正理由は共謀共同正犯を肯定する論証的価値を有しないほか、「行為支配説」を採っているドイツ学者も、共謀共同正犯の概念に対してまだ定論がついていないので、それは改正理由の著者が大胆に論断できることではないこと、④改正理由は実務の正犯と従犯を区別する判例要旨（最高法院民国25（1936）年上字第2253号判例）を「現行実務の共同正犯と従犯の区別標準」と書き直し、その実務的見解を「主観客観択一標準説」と命名し、そして現行の実務が「主観客観択一標準説」を採っている立場から「共謀共同正犯の存在をさらに肯定する」と述べたが、このような理由は用語の修正及び共謀共同正犯の処罰の妨害に関わると言えず、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こと、という問題があると指摘する。

(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う者(共謀共同正犯)、という帰結になる。

第三節 小括

上述したように、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い新法、これらを総合的に考察すれば、犯罪構成要件たる行為を行う者が正犯であるとしても、共同犯罪の意思を有している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う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⁴⁴、及び岡田の独特な見解と日本刑法理論の影響などより窺われる。すなわち、判例などの実務的見解は、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的客観説を重視する観点から行為者の主観的意思及び客観的行為を共に重視する観点へ変わってきた。このような理論の発展とともに、最高法院24(1935)年7月総会決議と最高法院民国25(1936)年上字第2253号判例などから確立した「主観客観択一標準説」は、2005年刑法改正後においても正犯の判断基準として使われており、共謀共同正犯にも処罰の根拠として認められていることが明らかである⁴⁵。これも現行第28条の改正理由より推認できることが思われる。一方、ドイツ刑法理論の影響により、行為支配説は近年来の有力な学説になってきており、最

⁴⁴ 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窺われると思われる。詳しくは、黄源盛・前掲注(18)301頁以下参照。

⁴⁵ 更に明確に言うと、1912年暫行新刑律時代の大理院が既に共謀共同正犯の処罰を認めている。例えば、大理院民国2(1913)年上字第39号判例。詳しくは、黄士軒・前掲注(19)1728頁以下参照。

高法院も行為支配という概念を通じて幾つの判決を下したが、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。したがって、台湾刑法においては、共謀共同正犯を除き、原則的に犯罪構成要件たる行為を行う者、すなわち実行行為者が正犯であると解される。

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う者（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う者（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ように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、日本の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。そこで、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し、よって、間接正犯概念とその変遷を考察してみたい。

第一節 実務的見解の概要

第一項 判例と判決

第一款 中華民国大理院時代

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、大理院民国4（1915）年上字第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て、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、大理院民国5（1916）年上字第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⁴⁶を利用した窃盗の事例、及び大理院民国11（1922）年上字第987号判例では「甲は乙が病んでいる機に、紅信⁴⁷と白砂糖を購入し、それらを丙の宅に持ち入り、紅信を白砂糖に参入して丙に渡し、それが白砂糖であることを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する毒殺の事例においても、大理院民国4（1915）年上字第606号判例の判旨のように、その利用者を間接正犯であるとした。

しかし、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。

⁴⁶ 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。」

⁴⁷ 紅信とは、三酸化二ヒ素を含む有毒の鉱物である。

二、故意犯限定の間接正犯

大理院民国4（1915）年上字第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、一時事態が緊迫しており、空に銃を撃つことを巡勇⁴⁸に命じたのは、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、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にのみ間接正犯の成立を認めたと解される。

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、基本的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

最高法院民国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て誣告を実施し、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⁴⁹の乙

⁴⁸ 「巡勇」とは、警察の旧称である。

⁴⁹ 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

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

最高法院民国19(1930)年上字第1512号判例⁵⁰は「情を知らない者を利用して偽造の銀行券を行使させたのは、明らかに間接正犯であるが、…」(下線部は著者による)として、また最高法院民国24(1935)年上字第387号判例⁵¹は「上告人は公安局員⁵²を担当し、郷長が作成した納税拒否で騒乱挑発の者を逮捕訴追する請求名簿に対し、職務上管掌する公文書ではないと言えないのであり、某甲が名簿にない者を知るにも関わらず、書卷の当該名簿を抜き出し、郷役所の書記に渡して虚偽の書き添えをさせたのは、その管掌する公文書の内に、故意に不実の登載をし、そして犯意なき第三者を利用し、その通りに書き添えをさせ、即無形偽造の間接正犯に属する。」(下線部は著者による)として、そして最高法院民国31(1942)年上字第2189号判例は「本件は原判決の認めた事実によると、上告人は他人の順番を飛ばし壮丁⁵³の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、遂に各家族CとDを強制しAとBを引き渡させようとし、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」として、犯罪構成の事実に対する認識の欠如の事例が情を知らない者の利用として捉えられた。

また、最高法院民国28(1939)年上字第19号判例は「教唆犯は、其の

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。」

⁵⁰ 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

⁵¹ 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

⁵² 「公安局員」とは、当時の警察官に相当する者である。

⁵³ 「壮丁」とは、「徴兵適齢者」の青壮年の男子である。

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であると信じて実施し、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も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、最高法院民国26（1937）年渝上字第1929号判例は「誣告の教唆は被教唆者がその申告が虚偽であることを知る必要があります、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。」（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であると解した上、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された。なお、判決理由の用語が「責任条件」を使いつつ、判決要旨がそれを「責任意思」に書き換えたので、最高法院は故意・過失を主観的責任要素と扱う責任条件としたと思われる。

三、教唆犯との区別

最高法院民国26（1937）年渝上字第1929号判例が示した責任条件（責任意思）の有無により間接正犯と教唆犯を区別する判断基準と異なり、最高法院民国23（1934）年上字第3621号判例⁵⁴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、

⁵⁴ 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないものであるため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

その造意者は教唆犯ではなく間接正犯とする」⁵⁵（下線部は著者による）として、間接正犯か教唆犯は犯罪決心の誘発と責任能力の有無だけで形式的に判断されるのではなく、意思の自由を失ったかどうかによることを示したため、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する間接正犯

最高法院民国27（1938）年渝上字第672号判例は、「刑法第210条私文書偽造罪⁵⁶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が犯罪として成立しなければ、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る。

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

⁵⁵ 類似の事例として、最高法院民国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、教唆自殺ではなく殺人罪の間接正犯であると判示した。

⁵⁶ 中華民國刑法第210条：「私文書を偽造、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、5年以下の懲役に処する。」

を判断していた。例えば、最高法院民国43（1954）年度台上字第295号判決は「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、最高法院民国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の領収欄に判を押させたことは、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。」（下線部は著者による）とした⁵⁷。そして、最高法院民国43（1954）年度台上字第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、最高法院民国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人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實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ている。しかしAは、その建築物の眞の所有者が第三者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というものである。これについて、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ず、もし和解内容に基づき確定をしない事項は、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

⁵⁷ 最高法院民国50（1961）年台上字第148号判例、最高法院民国67（1978）年台上字第1422号判例、最高法院民国95（2006）年度台上字第3918号判決などは同旨。

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⁵⁸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るようになった。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⁵⁹。間接正犯の成立についても「意思支配」という概念に論及している。例えば、最高法院民国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、他人を欺いて郵政貯金を交付させたため、詐欺取財罪⁶⁰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という事案について、「間接正犯とは、行為者が他人を利用して犯

⁵⁸ 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。」

⁵⁹ 例えば、最高法院民国97 (2008) 年度台上字第732号判決、最高法院民国106 (2017) 年度台上字第2221号判決など参照。

⁶⁰ 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の意図で、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。

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言及しなかった⁶¹。なお、本件の判示事項によれば、「意思支配」という概念は言及されただけで、それに通じて実際的に法的判断を行わなかった。

最近、最高法院民国108(2019)年度台上字第2657号判決は「間接正犯は、不罰される他人を犯罪実行の道具とする者であり、犯罪支配の観点から言えば、構成要件の実行者に意思支配し、心理的優勢に基づきその正犯性を創り、自らが犯罪を実行する行為支配である直接正犯に対し、間接正犯が他人を道具に利用して犯罪を実現するのは、ただの実施の方法の差にすぎないのである。本院が認める刑法において明文のない間接正犯は、当該犯罪行為者に道具として利用された者たちが、情を知らない者であるか、或いは責任無能力であるか、すべてそれに属するのである。」（下線部は著者による）として、「意思支配」で「情を知らない者の利用」と「責任無能力者の利用」を根拠づける。また、最高法院民国108(2019)年度台上字第3072号判決は「間接正犯は他人を犯罪の道具として、自己の犯罪を実現するものであるため、その成立は、他人を犯罪の道具に『利用』する支配関係の存在が前提である。…上告人が搶奪の犯意が萌発した後、BやCなどに対してどのような意思支配の挙動・措置があり、不法所得の意図なき者を利用してそのために搶奪の犯行を実現することが認められるのは、上告人の行為が搶奪罪⁶²の間接正犯に該当するか

⁶¹ 本件に関する歴年の最高法院判決については、最高法院民国95(2006)年度台上字第2019号判決、最高法院民国96(2007)年度台上字第5636号判決、最高法院民国97(2008)年度台上字第4001号判決、最高法院民国98(2009)年度台上字第5328号判決(確定)参照。

⁶² 中華民國刑法第325条第1項：「自己又は第三者の不法な所有の意図で、他人

どうかに関わることであり、この部分の事情は明瞭に至らず、よって法適用の当否を判断できず、…。」(下線部は著者による)として、明確に「意思支配」で間接正犯の正犯性を根拠づけて判断した。しかし、これらはまだ数少ない裁判例である⁶³。

四、意思無能力者の利用

最高法院民国94(2005)年度台上字第6403号判決は、「間接正犯とは自己の犯罪の意思を以って、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ことである。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 が意思無能力の 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、意思能力と犯罪意思を区別し、意思無能力者をただの道具であると評価する。この点で、最高法院は本件の A の行動を刑法上の行為としないと思われる。

五、意思抑圧された者の利用

最高法院民国98(2009)年度台上字第6938号判決は「上告人 A と B と姓名不明の男女の十人は、犯意の連絡に基づき、B に委ねて被害者 C

の動産を搶奪した者は、6 月以上 5 年以下の懲役に処する。」

⁶³ 本稿は、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「意思支配」と「間接正犯」をキーワードとして検索し、脱稿時に「意思支配による間接正犯」を明確に採る最高法院判決がこの 2 つしか見当たらなかった。

を誘引して姿を現させ、当該男女がCの行動の自由を奪った後、上告人AがCを威迫して約束手形と預り証を署名させてそれを債権証明書とし、そして押送して為替手形を振り出せたので、上告人Aは責任無能力者Cの私文書偽造と有価証券偽造の犯行を利用する間接正犯であり…。」（下線部は著者による）として、Cは殴打や凌虐を受けた後にAの指示に従って行動し、明らかに抗拒不能で意思能力がなくなったと認める原判決が正当であると示し、意思抑圧された者Cは意思能力が失って責任無能力の状態に陥っているため、背後者Aは責任無能力者Cを利用する間接正犯と評価される。本判決は、意思抑圧された者の利用の点で、前述した間接正犯と教唆犯の区別に関する最高法院民国23（1934）年上字第3621号判例の見解に一致するが、意思能力が責任能力との繋がりを持っているという側面からみれば、おそらく意思能力は「自己の行為の性質や結果を判断・弁識することができる能力」と指し、弁識能力に相当するものであり、前述した意思無能力者の利用に関する最高法院民国94（2005）年度台上字第6403号判決の見解と異なる。

一方、本件の約束手形と預り証はC自身の名義で作成し、それらの内容は虚偽であっても、有価証券偽造又は私文書偽造という無形偽造の問題が生じず、Cが第201条有価証券偽造罪⁶⁴と第210条私文書偽造罪の構成要件に該当しないため、Aはその行為を利用したら元々間接正犯を成立することができるが、この理解は私文書偽造罪に関して間接正犯が被利用者の犯罪行為を先決条件とする最高法院民国27（1938）年渝上字第672号判例に一致しない。しかし、この判例の判示事項によれば、当該被利用者は情を知らず利用されたものであり、情を知り意思抑圧された者を利用する場合とは異なるものであるため、本判決は意思抑圧された者の利用を中心に判断したと思われる。

なお、本判決は責任無能力者の利用に帰結したが、間接正犯の成立を、Cの意思が現実には抑圧されていたかどうか、又は意思能力の欠如かどうかなどの事情に基づき、実質的に判断したのである。

⁶⁴ 中華民國刑法第201条第1項：「行使の用に供する意図で、公債券、会社の株券その他の有価証券を偽造、変造した者は、1年以上5年以下の懲役に処し、9万円以下の罰金を併科することができる。」

六、共同正犯との区別

最高法院民国87(1998)年度台上字第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はないのである」(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、おそらく最高法院民国28(1939)年上字第3242号判例のいう「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。」という旨を重ねて言明したものである⁶⁵。すなわち最高法院は、責任無能力者を罰しないという法適用の一致性から、責任無能力者が意思要件すなわち犯罪の主観的構成要件を充足できないとし、犯意の連絡を主観的構成要件とする共同正犯の成立の余地がないと示している。

七、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する理由は、被利用者の行為が犯罪ではないためとする見解(最高法院民国55(1966)年度台非字第222号判決、最高法院民国86(1997)年度台非字第265号判決)、或いは身分犯の性質のためとする見解(最高法院民国86(1997)年度台上字第5125号判決)などに分かれている⁶⁶。しかし、2005年刑法総則改正後、

⁶⁵ なお、最高法院民国28(1939)年7月11日決議(一):「責任なき者を利用して共同犯罪したものは、刑法第28条の規定を適用しない。」は同旨。

⁶⁶ なお、最高法院民国55(1966)年度台非字第222号判決は、「情を知らない者

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。最高法院民国66(1977)年度第7次刑廷推綜會議決議(二)は少年事件処理法第85条⁶⁷に対して「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、また最高法院民国92(2003)年度第1次刑事廷會議は児童福祉法第43条第1項前段⁶⁸に対して「そのうち児

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、山地の原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、情を知らない当該原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判示した。この判示事項によれば、被利用者の行為は「刑罰」又は「行政刑罰」を構成した時に限り間接正犯が成立できると考えられる。また、「行政秩序罰」の場合に、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も関わるのであるが、本稿では割愛する。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。

⁶⁷ 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、同法第2条：「少年は12歳以上18歳未満の者を指す。」

⁶⁸ 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

童を利用し犯罪したのは間接正犯であり、…。」(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(解)字解釈

第一款 責任無能力者の利用

司法院は、民国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、及び民国33(1944)年院字第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、上述した見解に従い、民国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が決まると示した。

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、同法第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。」

第二款 身分犯との関係

一方、民国21（1932）年院字第785号解釈において、司法院は、「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の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、「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、身分犯と間接正犯との関係について、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であることを示した。

第四項 参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足る裁判⁶⁹

第一款 最高法院参考の価値のある裁判

最高法院民国107（2018）年度台上字第4227号判決の偽証事件で、「偽証罪⁷⁰は学説上にある『自手犯』に属し、『自手犯』の特徴は、正犯以外

⁶⁹ この類型の裁判例については、本稿第一章第二節第三項第二款一、（五）参照。

⁷⁰ 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

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、他人がそれに関与できない、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している⁷¹。

第二款 高等法院及び所属法院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

ここには、犯罪構成の事実に対する認識を欠く者の利用が間接正犯であると認める判決が多い。例えば、台湾高等法院民国103(2014)年度囑上易字第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)と示した⁷²。

[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・

処する。」

⁷¹ 最高法院民国100(2011)年度台上字第2936号判決は同旨。

⁷² 同様の見解を採る高等法院及び所属法院の同類型の裁判例として、台湾南投地方法院民国96年度易字第603号判決、台湾雲林地方法院民国101年度訴字第947号判決、台湾高等法院民国103(2014)年度上訴字第986号判決、台湾高等法院民国104(2015)年度金上訴字第30号判決、台湾高等法院花蓮分院民国104(2015)年度原上訴字第40号判決、台湾高雄地方法院民国103(2014)年度訴字第789号判決、台湾高雄地方法院民国104(2015)年度金重訴字第2号判決、台湾高等法院104(2015)年度金上訴字第30号判決、台湾高雄地方法院民国104(2015)年度訴字第135号判決、台湾高雄地方法院民国104(2015)年度訴字第270号判決、台湾高等法院民国105(2016)年度上易字第1217号判決などがある。

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。