



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（５・完）
Author(s)	高，泉鼎
Citation	北大法学論集，72(6)，29-61
Issue Date	2022-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/84630
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_6_02_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（５・完）

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

第二節 歴年の実務的見解の状況

第一項 実行行為概念

（以上、72巻4号）

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、72巻5号）

第二節 分析

第一項 歴史的な考察

第二項 児童及び少年に関連する法律の規定に対する理解

第三項 自手犯と身分犯の制限

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

第一項 理論の変遷

第二項 私見による検討

- 第四節 小括
- 第六章 結論
 - 第一節 自説の展開
 - 第一項 間接正犯における実行行為性について
 - 第二項 台湾法の考察について
 - 第三項 比較法的な観察
 - 第二節 将来の課題
 - 第一項 間接正犯の着手
 - 第二項 間接正犯の錯誤
 - 第三項 正犯の背後の正犯
 - 第三節 終わりに

(以上、本号)

第二節 分析

第一項 歴史的な考察

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

第一款 1912年中華民国暫行新刑律時代

1912年暫行新刑律は実質的な起草者である岡田朝太郎の影響を強く受けていたと言える。暫行新刑律における共犯規定では、「実施」という文言が使われており、また第29条規定の立法趣旨の説明では「実施」の概念は陰謀、予備、実行の着手及び実行を含んでおり¹、岡田の教科書を照らし合わせば²、現行日本刑法第60条の共同正犯を「二人以上共同シテ

¹ 黄源盛編『晚清民國刑法史料輯注（上）』（元照、2010年）393-394頁。

² 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）107-108頁、113-114頁参照。

犯罪行為ヲ実施シタル者」と解した上で、「実施」を「陰謀行為予備行為着手行為及ヒ協議ノ実行行為ヲ含ミ」と定義した³。また正犯と従犯の区別基準として、犯罪実施時における重要な幫助を「準正犯」（第29条第2項）、犯罪実施前における幫助を従犯とし（第31条第1項）、このような加功行為の時期前後による形式的基準に加えて犯罪実施時の加功行為の重要性という実質的基準を採用した点を考慮すると、岡田は暫行新刑律の解説書において「準正犯」の性質に言及しなかったものの⁴、同旨の文言を有していた「大清刑律草案」第29条第2項について、岡田の清国の京師法律学堂で行った講義録において、このような行為者が「犯罪を間接的に実施する行為」を行った者⁵として、正犯又は従犯に論ずるべきかという刑法上の問題には「法理」に以って衡量すべきであるとしており、自分が客観主義の立場に立ち助力の程度により判断すると示したため⁶、彼の見解では「準正犯」の成立は重要な幫助の有無にかかっていたと思われる。以上のように、加功行為の時期前後による形式的基準に加えて犯罪実施時の加功行為の重要性という実質的基準を採用していたのは、岡田の独特な見解を反映していたと考えられている⁷。よって、岡田の学説を中心に、暫行新刑律時代における間接正犯の概況を把握できるように思われる⁸。

岡田の教科書において、幼者又は精神病者という責任能力なき者の利用及び故意・過失を欠く者という責任要素を欠く者の利用を間接正犯としており⁹、また「自己の強制したる他人の行為を使用して罪素たる結果

³ 岡田朝太郎『刑法論』（中外印刷株式会社、1920年）200-201頁。

⁴ 岡田・前掲注（2）107-108頁参照。

⁵ 岡田朝太郎口述＝熊元翰編（張勇虹校閲）『刑法總則』（上海人民、2013年）155頁。

⁶ 岡田朝太郎口述＝熊元翰編（張勇虹校閲）・前掲注（5）161頁。

⁷ 黃士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究（6・完）」法学協會雑誌134巻9号（2017年）1726-1727頁参照。

⁸ なお、岡田は、清国の京師法律学堂で行った講義録において、暫行新刑律前身である大清刑律草案における加功行為の時期前後という正犯と従犯の形式的な区別基準について、法理的には適当であり、実際の運用は便利であると評価する。岡田朝太郎口述＝熊元翰編（張勇虹校閲）・前掲注（5）161-162頁参照。

⁹ 岡田朝太郎『刑法總則講義案』（有斐閣、1915年）230-232頁参照。

を生する」をも間接正犯と解していた¹⁰。よって、故意・過失を責任要素とする岡田の見解によれば、大理院判例は、被利用者の責任要素の欠如による処罰の隙を埋めるために利用者を間接正犯としたと推認できる。

それに加えて、1912年暫行新刑律の前身である大清新刑律を修訂した時期及び大理院の設置時期の背景から見ると、当時の担当者沈家本は翻訳が新律制定の基礎となることを熟知した上、その主導の下に行われた法律翻訳事業は、大量の外国の法学文献を翻訳・編纂し、そのうち日本の法学に偏重しており、且つ諸々の法のうちで刑法典と刑事法関係の著作が6割超で最も多かった¹¹。さらに1912年暫行新刑律が施行されていた時期はほぼ大理院時代と被っており、当時の大理院に在職したことのある推事は76人おり、其中の49人が日本に留学ないし日本で研究の経歴を有する背景においては、大理院が当時の日本の刑法理論を導入したことは理解できる¹²。

第二款 1928年中華民國旧刑法時代

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

1928年旧刑法の共犯体系について、その第六章の章名が「共犯罪」から「共犯」に改正され、そのうち教唆犯の改正理由は、「共犯の持つ最も重要な意味は、主観説にも客観説にも認められており、すなわち原案第29条第1項の共同正犯¹³を除いてすべての共犯が従属の性質を持っており、その犯罪が成立するか否かについては全く正犯を基準とするので

¹⁰ 岡田朝太郎「論説 間接正犯」法学協会雑誌22巻12号（1904年）1631頁。

¹¹ 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・中澤巷一編集代表『法と国制の史的考察』（信山社、1995年）297-301頁。

¹² 黄源盛『民初大理院與裁判』（元照、2011年）64-82頁。

¹³ 1912年暫行新刑律第29条第1項の「共同正犯」と指す。

あって、たまたま格別な場合（例えば原案第29条第2項¹⁴）に正犯の刑を以て科すると規定しているが、その性質はやはり従犯である。原案の『正犯の例に依って処断する』などの用語は、共犯の意味について明白的に表現することができない故に、本改正案はこれら各条を『正犯の刑に処する』に改めることにする¹⁵としていたので、判例に照らし合わせれば、明らかに極端従属形式の立場に立ち¹⁶、間接正犯は直接行為者の利用を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙を埋めるための概念ということになる。

¹⁴ 1912年暫行新刑律第29条第2項の「準正犯」と指す。

¹⁵ 黄源盛編・前掲注（1）890頁。

¹⁶ 1928年旧刑法の教唆犯の性質について、当時の学説は、王観（姚建龍勸校）『中華刑法論（1929年五版）』（中國方正、2005年）251頁以下は主観説を踏まえ、「犯罪は教唆行為に因り発生したため、教唆と犯罪実施の間に因果関係あることから言えば、教唆犯が自ら犯罪を実施したこととは異ならない」ので、教唆犯は独立的な犯罪即ち共犯独立性説であると主張する。これに対して、教唆犯が正犯に附属するもの即ち共犯従属説と主張する学説は多数であった。例えば、郝朝俊『刑法原理』（商務印書館、1930年）274頁は、教唆犯は他人の犯行に附属的な加担することであると主張する。陳瑾昆（吳允鋒勸校）『刑法總則講義（1934年）』（中國方正、2004年）199頁以下は、客観説を踏まえ、当時狭義の共犯の立法は原則的に極端従属形式を採用すると主張する。陳文彬『中華新刑法總論』（商務印書館、1936年）184頁は、教唆犯は付属的な性質しか持たなかったと主張する。趙琛『新刑法原理』（中華書局、1930年）289頁は、正犯がなければ教唆犯も成立できないと主張する。郭衛『現代刑法總論』（世界書局、1933年）158頁は、被教唆者は責任能力者でなければならないと主張する。なお、陳子平「中華民國（台湾）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）437-441頁は、王観、郝朝俊、郭衛の見解を考察し、「共犯従属性説を採った学者は勿論、共犯独立性説を採った学者も例外もなく完全に当時の日本の学説・理論に基づいてその論理根拠の説明を展開しており、つまり客観主義の古典学派の理論に基づいて共犯従属性説を採り、主観主義の近代学派によって共犯独立性説を採ることになる」及び「共犯従属性説を採った学者の説明の中から主観主義の近代学派の主張を認めてよからうという傾向見られる」として、1935年刑法が共犯従属性説を採り入れたことに深く関わっていると結論づけた。

第三款 1935年中華民國刑法時代

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

当時の第29条教唆犯の規定では、同条第3項教唆の未遂の処罰規定が増設され、その改正理由は「…しかし本法は、教唆犯は悪性甚大なりとし、独立処罰主義を採用すべき故に、『その教唆した罪に依ってこれを処罰する』に改正した。但し、非教唆者が未だ犯罪に至らざる際、若しくは罪を犯したといえども未遂にしか至らざる際に、直ちに既遂犯の刑を以て教唆犯を処するのは、いかにも苛酷であるので、未遂犯として論ずると規定した」とされた¹⁷。また、2005年教唆犯の改正理由によれば、「教唆犯の性質は何かについて、実務と学説の見解が非常に混乱しているが、現行刑法の教唆犯の立法理由によれば、『教唆犯は悪性甚大なりとし、独立処罰主義を採用すべき故に、『その教唆した罪に依ってこれを処罰する』に改正した。但し、非教唆者が未だ犯罪に至らざる際、若しくは罪を犯したといえども未遂にしか至らざる際に、直ちに既遂犯の刑を以て教唆犯を処するのは、いかにも苛酷であるので、未遂犯として論ずると規定した。』と、共犯独立性説を採った立場であると知りえるようである」として、立法者は共犯独立性説に基づいて1935年刑法の教唆犯の規定を制定したようである。

この時代の最高法院は、第29条第3項が示した独立処罰主義という立法理由に従った見解が多数である。例えば、最高法院民国24（1935）年度7月総会決議は「教唆犯の成立：（一）教唆犯は教唆行為終了時に即し

¹⁷ 当時1935年刑法の起草委員会の起草過程に関する報告をみると、第29条第3項の増訂は諸国の刑法学説と刑事立法政策による「客観主義から主観主義へ、応報主義から社会防衛主義へ傾いた」という近代学派の思想に影響された背景の下で、主観主義刑法理論の立場に基づき行為者の反社会的な性格を重視することから導かれたものである。詳しくは、黄源盛『晚清民國刑法春秋』（犁齋社、2018年）300-305頁、王乃彦「2005年台湾刑法改正について—未遂犯と共犯に関する法改正を中心に—」比較法雑誌48巻3号（2014年）114-115頁参照。

て犯罪が成立。（二）教唆犯は新刑法に独立の犯罪が規定され、教唆時を犯罪行為時とする」として、独立性説を採用すると示したようである¹⁸。しかし、最高法院民国27（1938）年上字第1511号判例¹⁹は「刑法第29条の規定により、教唆犯は原則的に正犯の犯罪体様に照らし合わせて処罰すべく、故に正犯の犯罪が未遂に属するのであれば、教唆犯も同条第2項により未遂を論ずるべきであり、それは第3項の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という例外規定と関わらないのである。」（下線部は著者による）として、従属性説を採り、同条第3項を例外規定と解した。また、最高法院民国70（1981）年度台上字第4082号判決は「教唆犯というのは、責任能力ある特定の人に対し、その犯意なき或いは犯意が未だ確定しない際に、教唆して犯罪を実行する場合である。もし被教唆者が既に犯罪の決意を有し、後で彼を指導する場合、他人を幫助して犯罪をするとし、教唆犯でなく従犯を成立すべきである。」（下線部は著者による）として、明らかに極端従属性説を採用することを示した。

それに対して、当時の学説は、教唆犯の立法について従属性説²⁰、独立性説²¹、独立性付帯の従属性説²²、従属性付帯の独立性説²³が対立して

¹⁸ 同旨の判決として、最高法院民国80（1991）年度台上字第4237号判決、最高法院民国81（1992）年度台上字第276号判決、最高法院民国81（1992）年度台上字第1044号判決などがある。

¹⁹ 本判例は、民国102（2013）年度第1次刑事庭會議決議により、教唆犯の規定が修正されたことを理由として、参考にならないとする。また、本判例も、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。

²⁰ 従属性説の代表的論者として、蘇俊雄『刑法總論Ⅱ』（國立台灣大學、1997年）435頁以下、林山田『刑法通論（下）』（元照、増訂10版、2008年）52頁、黃榮堅『基礎刑法學（下）』（元照、4版、2012年）822-823頁、黃常仁『刑法總論—邏輯分析與體系論證—』（新學林、2009年増訂2版）234頁、林鈺雄『新刑法總則』（元照、8版、2020年）455頁など参照。

²¹ 独立性説の代表的論者として、褚劍鴻『刑法總則論』（自版、3版、1979年）238頁、陳子平『共同正犯與共犯論』（五南、2000年）287-289頁及び同・前掲注（16）448-451頁など参照。また、曹長清『中國刑法總論』（大東書局、2版、1953年）95頁は、第29条の規定によれば教唆犯が独立犯であると解するが、刑法の他の

いた²⁴。また、当時教唆犯の立法は従属性説であると主張した学説の中で、第29条「犯罪」の文言により、多数説は教唆犯を極端従属性説の立法と解し²⁵、極端従属性説では処罰の間隙を形成する虞れがあり、その間隙を埋めるためにも、今後の教唆犯に関する法改正は制限従属性説に改めるべきであると主張した見解が存在していた²⁶。その後、極端従属性説の考え方を変更し、全面的に制限従属性説を採用する見解は2005年刑法総則改正前までの通説になっていった²⁷。

規定によれば責任無能力者に対する処分は犯罪を成立しなくて刑事責任を負わないとされるので、責任無能力者を教唆しても教唆犯を成立すべきであると主張する。

²² 独立性付帯の従属性説の代表的論者として、韓忠謨『刑法原理』（韓聯甲、最新増訂版、2002年）293頁、陳樸生『實用刑法』（三民、重訂版、1991年）246-248頁、楊建華『刑法總則之比較與檢討』（三民、1982年）257頁と279頁、甘添貴＝謝庭晃『捷徑刑法總論』（瑞興、2004年）277頁（2006年修訂版282頁はこの旧教唆犯の立法に関する説明を削除した）など参照。

²³ 従属性付帯の独立性説の代表的論者として、周治平『刑法總論』（三民、全訂5版、1972年）374頁、蔡墩銘『刑法精義』（翰蘆、2版、2005年）335-336頁、黃東熊『刑法概要』（三民、1998年）104と114頁、余振華『刑法總論』（三民、修訂3版、2017年）428頁など参照。

²⁴ 論争の概要については、陳子平・前掲注（16）442-447頁参照。

²⁵ 陳樸生・前掲注（22）247頁、蘇俊雄・前掲注（20）435頁以下、黃榮堅・前掲注（20）823頁、余振華・前掲注（23）428頁など参照。

²⁶ 林山田・前掲注（20）1993年4版284頁。なお、林錫湖『刑法總論』（文瑞、1999年）387-389は、当時極端従属性説において、正犯者が責任無能力者である場合に、幫助犯は教唆犯と異なって間接正犯のような概念が不存在するため、それが処罰の間隙を生み出す可能性があるので、共犯立法は制限従属性説に改めることを呼びかけた。

²⁷ 林山田・前掲注（20）1993年4版284頁は、1935年刑法における狭義の共犯の立法について、元々それが極端従属説に基づく立法であると解し、その後、同書2000年7版58頁において狭義の共犯の立法には全面的に制限従属性を採るべきであると主張する。また、林山田『二〇〇五年刑法修正總評』（元照、2007年）は第29条3項の教唆の未遂が例外規定であると解する。そして、同じ制限従属性説を主張する学者は、黃榮堅・前掲注（20）823頁、黃常仁・前掲注（20）234頁、林鈺雄・前掲注（20）455頁など。なお、許澤天「共犯之處罰基礎與從屬性」林山田教授祝賀論文編集委員會編『罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集』（五南、1998年）96頁は、法治主義の要求に基づく構成要件刑法は、共犯の

以上の最高法院判例によれば、教唆犯は独立的性格を有するとしても、その成立には責任能力のある正犯による犯罪行為が必要であると解し²⁸、間接正犯は依然として責任無能力者の利用を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙を埋めるための概念であると解している。その一方、教唆犯の立法に対する学説の変遷から見ると、極端従属性説の論者は最高法院判例のように、間接正犯は処罰の間隙を埋めるための概念として扱っていた。これに対し、通説になってきた制限従属性説の論者は、そのような補充概念となる間接正犯が既に存在せず、その処罰の積極的根拠は行為支配・意思支配に求められると主張した²⁹。ところが、独立性説の論者は、第29条の文言により教唆犯の成立には被教唆者が責任能力を有することが必要であると解したので、結論として最高法院判例及び極端従属性説の論者³⁰のように、間接正犯は処罰の間隙を埋めるための概念として扱われたのである³¹。

処罰の範囲を制限することにより、総則の共犯規定と各則の構成要件との連結性を確保すると理解し、共犯の成立は正犯の故意の構成要件たる行為に寄り付くとしても、共犯の不法は正犯の不法に取り決めると意味しないので、共犯の従属性が法治主義の要求から起源することを理解し、共犯の従属程度は最小限従属形式に達するに足りるとして、最小限従属形式説を主張した。

²⁸ 当時の教唆犯の立法に対して、幫助犯の立法には殆ど実務の見解及び学説は従属性説を主張していた。例えば、最高法院民国24(1935)年7月総会決議は「一、幫助犯は独立性なし。二、幫助犯は幫助時をその行為時。…」及び最高法院民国60(1971)年台上字第2159号判例は「刑法上の幫助犯は、正犯が既に犯罪したことを構成要件とするため、幫助犯は独立性がない、もし他人の犯罪行為が存在しなければ、即して幫助犯を成立する理由がない」(下線部は著者による)とした。なお、この決議の一、と二、は、最高法院民国95(2006)年度第22次刑事研究会決議により、参考にならないとする。また、学説については、極端従属性説の代表的論者として、蔡墩銘・前掲注(23)347頁。制限従属性説の代表的論者として、林山田・前掲注(20)52頁(6版までは極端従属性説を主張した。2000年7版57頁以下参照)、黃常仁・前掲注(20)248頁など。独立性説の代表的論者として、陳子平『刑法爭議問題研究』(五南、1999年)312-313頁など。

²⁹ 例えば、林山田・前掲注(20)55頁。

³⁰ 例えば、韓忠謨・前掲注(22)293頁、陳樸生・前掲注(22)162頁、甘添貴＝謝庭晃・前掲注(22)258頁など参照。

³¹ 褚劍鴻・前掲注(20)240頁。反対見解として、曹長清・前掲注(21)95頁は、

ところで、最高法院民国87(1998)年度台上字第2936号判決「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。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、共同正犯が成立する余地はないのである。」及び最高法院民国28年上字第3242号判例「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に加功したことも、その意思要件が欠如したとし、犯意の連絡がなかったと認め、而して共同正犯の人数に算入しないとされるべきである。」が示したように、責任無能力の被利用者は意思要件すなわち犯罪の主観的構成要件を充足できず、背後者とは共同正犯が成立しないため、犯罪構成事実に対する認識を欠く者の利用又は意思自由なき者の利用の場合に限り間接正犯が成立することになり、この意味では共同正犯の処罰間隙をも埋められると思われる。なお、この責任能力に意思要件の充足との繋がりを持たせる見解から見ると、最高法院は故意を責任要素とする立場で、被利用者に意思要件が欠ければ責任段階の故意を欠くことになると帰結すると同時に、構成要件該当性段階の故意の存在も連動的に認められないように示唆すると思われる³²。

第四款 2005年中華民国刑法時代

2005年、教唆犯の改正理由は、「教唆犯の性質は何かについて、…教唆犯には共犯独立性説を採った立場であれば、実に行爲者の悪性を処罰

1935年刑法第29条の規定によれば、教唆犯が独立犯であると解されるが、刑法の他の規定によれば、責任無能力者に対する処分は犯罪を成立せず刑事責任を負わないとされるので、責任無能力者を教唆しても教唆犯を成立すべきであると主張する。

³² こう理解すれば、責任要素の他、故意も構成要件要素に位置づけられるのか、という疑問が生じる。この問題について、最高法院はこの見解を採る理由を明確に説明しなかったため、本稿は上記の通り推断する。一方、林山田・前掲注(20) 76-77頁は、故意を主観的構成要件要素とする立場で、責任能力は個別の行為者が刑事責任を負うべきかどうかについての罪責の問題であり、共同正犯の成立要件とは関わらないとして、この見解を批判する。

することに偏重し、これは現行刑法が犯罪行為を処罰する基本原則としての立場と違う。さらに現代刑法思潮の共犯従属性の思想と符合しない故、ドイツ刑法と日本の多数説の共犯従属性説の『制限従属形式』に改める…。』として、第29条3項教唆の未遂の規定を削除し、「制限従属形式」を採用した。最高法院も、判決において狭義の共犯の立法が「制限従属形式」を採用することを再び確認した。例えば、最高法院民国99（2010）年度台上字第5481号判決は、「刑法第29条教唆犯に関する規定は、既に94（2005）年2月2日に改正して公表しており、元々共犯独立性説を採用した独立処罰主義を、ドイツ刑法と日本の多数説の共犯従属性説の『制限従属形式』に改めて改正した。即ち共犯の成立は正犯行為（主行為）の存在が必要であるとし、この正犯行為は正犯者（被教唆者）が犯罪の実行行為に着手しなければならず、且つ違法性を具備する（即ち正犯行為が構成要件該当性、違法性を具備する）ことであれば、その成立に足りるのであり、有責性の判断に関しては、個別の正犯或いは共犯に依って判断する…。』としている³³。

よって、改正理由及び最高法院判例が示すように、改正前は責任無能力者の利用を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙を埋めるための概念であった間接正犯は、2005年刑法においてはそのような補充としての存在根拠が失われ、責任無能力者の利用の場合に背後者を教唆犯としても処罰できることになった。

第二項 児童及び少年に関連する法律の規定に対する理解

少年事件処理法第85条と児童福祉法第43条第1項（現児童及び少年福祉と権益保障法第112条）は、18歳未満の者を教唆、幫助又は利用して犯罪をし、若しくはそれと犯罪を共同に実施した成年者の処罰を加重すると規定するが、各関与類型と刑法の責任年齢との繋がり示されていない。これについて、最高法院民国66（1977）年度第7次刑廷推総会

³³ 林山田・前掲注（27）62頁は、2005年改正後の第29条第1項教唆犯及び第30条第1項幫助犯の条文により、依然として「犯罪」という極端従属性説の用語を保留しているので、これが不当な改正であると批判する。

議決議(二)によれば、成年者である背後者は、14歳未満である責任無能力者の利用だけでなく、14歳以上18歳未満である限定責任能力者³⁴の利用も間接正犯として加重処罰できるとしたが、成年者である教唆者は、被教唆者が満14歳で責任能力を有しなければ、教唆犯として加重処罰できないとした。そうすると、2005年刑法改正前と極端従属形式の共犯体系において、被利用者が14歳未満にせよ14歳以上18歳未満にせよ、間接正犯は成年者を教唆犯と論じられないという処罰の間隙を埋める解決策であることになる。すなわち、被利用者が14歳未満で責任無能力者の場合で、成年者である背後者は責任無能力者の利用を教唆犯として加重処罰できないからであり、被利用者が14歳以上18歳未満である限定責任能力者の場合には、成年者である教唆者は間接正犯として加重処罰できるが、情を知らないこと又は意思抑圧などその犯意を誘発しない状況に限られるからである。

2005年の刑法改正後は、児童・少年の利用又は教唆さえであれば、成年者は間接正犯又は教唆犯として加重処罰されるが、制限従属形式の共犯体系及びこれまでの裁判例と照らし合わせると、両者の区別は責任年齢又は責任能力にあるのではなく、成年者の行為が児童・少年を利用するか(正犯)又は児童・少年を教唆するか(共犯)という点にある。そうすると、児童及び少年に関連する法律において、教唆犯は児童・少年の犯罪意思を誘発するかどうかに対して、間接正犯は、児童・少年が自由意思を有するかどうか又は児童・少年が犯罪構成事実に認識するかどうか、ということにかかっている。

以上の理解からすれば、児童及び少年に関連する法律が成年者を一律に加重処罰する理由は、この加重処罰の規定を通じて再び「児童と少年の保護」³⁵という立法目的を確認し、「如何なる犯罪手口を使っても

³⁴ 中華民国刑法第18条：「Ⅰ14歳未満の者の行為は、罰しない。Ⅱ14歳以上18歳未満の者の行為は、その刑を減輕することができる。Ⅲ80歳を満した者の行為は、その刑を減輕することができる。」

³⁵ 少年事件処理法第1条：「少年の健全な自己成長を保障し、またその成長環境を調整し、そしてその性格を矯正するため、特に本法を制定する。」、児童福祉法第43条第1条：「児童の心身の健康を守り、また児童の正常な発育を促進し、そして児童の福祉を保障するため、特に本法を制定する。」(現児童及び

未成年者年に関わってはいけない」ことを示すということにある。これは、「児童と少年の保護」のため、未成年者を犯罪に関与させることを規範違反行為として、その違反行為に対して加重処罰を加えるという制裁なのである。そうすると、未成年者の利用を明文に間接正犯として扱うことにより、罪刑法定主義違反への疑いを排除する考え方も理解できるのである。故に児童及び少年に関連する法律において、間接正犯を正犯として処罰する根拠は、一つは背後者の利用行為が元來惹起する法益侵害、もう一つはその利用行為が持つ児童と少年に対する侵害である。そして、児童及び少年に関連する法律において加重処罰される各関与類型が概念的には区別できるとは言え、事実認定・規範適用を行う際、「児童と少年の保護」に基づき、この概念的な区別は裁判官にとっては既に重要ではないと考えられる。

第三項 自手犯と身分犯の制限

最高法院民国100（2011）年度台上字第2396号判決と最高法院民国107（2018）年度台上字第4227号判決によれば、自手犯は構成要件的な定型性が必要であるので、その間接正犯の成立は不可能であるとされた。

身分犯では、文書偽造罪と関連する事例が多数である。身分者が情を知らない者を利用した無形偽造の事例では、例えば、最高法院民国24（1935）年上字第387号判例³⁶では「上告人は公安局員³⁷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ついて、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

少年福祉と權益保障法第1条：「児童及び少年の心身の健全育成を促進し、またその權益を保障し、そしてその福祉を増進するため、特に本法を制定する。』」。

³⁶ 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。

³⁷ 「公安局員」とは、当時の警察官に相当する者である。

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、当該公務員が第213条公文書不実記載罪³⁸の間接正犯を成立すると判示した。

また、非身分者が身分者を利用した有形偽造の事例では、例えば、最高法院民国86(1997)年度台非字第265号判決の特種文書偽造罪の事例において、「間接正犯とは、犯罪行為者が自ら犯罪を実施せずに、責任無能力者又は犯罪意思なき者を利用して犯罪を実施するということである、故に被利用者の行為が犯罪として成立した際にこそ、当該利用者は間接正犯に依って論処しうる。…第212条特種文書偽造罪³⁹は作成権限のない者が作成権限者の名義を冒用して当該文書を作成することを要件とし、当該文書の作成者が当該文書に作成権限を本来持っているのであれば、偽造の問題が発生されない」(下線部は著者による)として、A機関により交付した免許証はA機関が自身の権限に基づく作成権限のある文書のために偽造であると言えず、当該免許証が偽造でなければ、被告人が第212条特種文書偽造罪の間接正犯を成立する余地はないが、被告人はその不実的な事項を、A機関の公務員の職務分掌公文書すなわち当該免許証に登録させたのは、第214条公文書不実記載罪⁴⁰にあたる

³⁸ 中華民國刑法第213条：「公務員が、不実の事項であることを知るにもかかわらず、職務上管掌する公文書に登録し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、1年以下7年以下の懲役に処する。」

³⁹ 中華民國刑法第212条：「旅券、査証、免許証、特許証及び品行、能力、勤務又はその他類似の証書、紹介状を偽造、変造し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、1年以下の懲役、拘留又は3百元以下の罰金に処する。」

⁴⁰ 中華民國刑法第214条：「不実の事項であることを明らかに知りながら、公務員に対し職務上掌管する文書に登録させ、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、3年以下の懲役、拘留又は5百元以下の罰金に処する。」また、本罪は、公務員たる資格のような関係のみに限らない非身分犯の規定であるため、刑法第213条公文書登録不実罪「公務員が不実の事項であることを明らかに知りながら、職務上掌管する文書に登録し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、1年以上3年以下の懲役に処する。」と照らし合わせば、明らかに本罪は刑法第213条公文書登録不実罪の間接正犯の明文化した処罰規定ではなく、受け皿的な構成要件として規定されているものである。この点については、林山田・前掲注(20) 64-65頁、陳子平『刑法各論(下)』(元照、3版、

と判示した。これは、最高法院27（1938）年渝上字672号判例が示した「刑法第210条私文書偽造罪⁴¹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」（下線部は著者による）という旨に従い、身分者である被利用者の行為が犯罪ではないため、その間接正犯の成立を否定したのである。しかし、同じ特種文書偽造罪の事例である最高法院民国96（2007）年度台非字第126号判決は、「間接正犯とは、犯罪行為者が自ら犯罪を実施せず、刑事無責任者または犯罪意思のない者を利用して犯罪を実施することである。故に被利用者の行為が構成要件行為に該当する時に、利用者は間接正犯を成立することができる」（下線部は著者による）として、間接正犯が成立する被利用者の行為を犯罪行為から構成要件行為まで緩和するように示しつつ、特種文書偽造罪は「作成権限のない者が作成権者の名義を冒用して特種文書を作成することが要件とされ、文書の作成者はこのような文書に対して作成権限を有するのであれば、偽造の問題は生じない」と解して、「本件のAはBに委託され、Bの身分証を申請する機に利用し、役所でCの写真を身分証申請書に貼り、事情を知らない役所の事務員に申請者AがB本人であると誤認させ、Bの偽造された身分証を発行させ、上述の不実の写真を事務員の職務上掌管する文書に登載させ、B及び役所と司法機関の身分照合と犯罪捜査の正確性に損害を生じさせることに足りるとしても、特種文書偽造罪の間接正犯と論じることができない」とした。

以上の最高法院の裁判例をまとめると、おそらく最高法院民国27（1938）年渝上字672号判例と最高法院民国86（1997）年度台非字第265号判決が示した「犯罪行為」は、最高法院民国96（2007）年度台非字第126号

2020年）361頁など参照。

⁴¹ 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。」

判決と同じように「構成要件該当行為」を指すと思われる。そうすると、背後者は、文書偽造罪のような真正身分犯の事例において、被利用者の「構成要件該当行為」を利用しなければ間接正犯は成立しないため、利用行為も構成要件的な定型性に制限されると思われる。

これに対して、最高法院民国86（1997）年度台上字第5125号判決の業務文書登載不実罪の事例で、「刑法第215条業務文書登載不実罪⁴²は、業務に従事する者が不実の事項であることを明らかに知りながら、これを業務上作成する文書に登載し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる場合を構成要件とするので、身分犯の一種類に属する。故に当該業務に従事しない者は、特定な身分又は関係ある者と共犯した場合に第31条第1項により取り扱うことができることを除き、当該犯罪は成立する余地がない。そして他人が不実の事項であることを明らかに知りながら、業務に従事する者を業務上作成する文書に登載させたとなると、本条は第214条と同じく類似する規定がないので、法律に処罰の明文がなければ、間接正犯の理論を拡張的に引用して論ずることもできない。」(下線部は著者による)として、身分犯の性質により非身分者が身分者を利用する無形偽造には間接正犯が成立しないと判示したが、非身分者と身分者が共同して利用する場合、第31条第1項の擬制規定により当該非身分者も業務文書登載不実罪の間接正犯とされると示した⁴³。

他方、司法院21（1932）年院字第785号解釈は、1928年旧刑法の立法体系及び解釈に基づき、非身分者が身分者を利用する場合、真正身分犯についても間接正犯が成立可能であることを示した。よって、身分犯には間接正犯が成立可能かどうかについてまだ見解が一致しているとは言えないが、少なくとも最近の最高法院判決では非身分者が身分者を利用す

⁴² 中華民國刑法第215条：「業務に従事する者が、不実の事項であることを明らかに知りながら、これを業務上作成する文書に登載し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、3年以下の懲役、拘留又は5百元以下の罰金に処する。」

⁴³ 同旨の判決として、最高法院民国85（1996）年度台上字第6174号判決、最高法院民国91（2002）年度台非第70号判決、最高法院民国96（2007）年度台上字第5794号判決、最高法院民国97（2008）年度台上字第2915号判決、最高法院民国99（2010）年度台上字第6977号判決などがある。

る場合については否定的な見解を採っている。

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

第一項 理論の変遷

第一款 責任無能力者の利用

大理院から現在の最高法院までの見解及び他の実務的見解によれば、責任無能力者の利用は多くの判決において言及される間接正犯の一類型である。前述したように、旧法の時に有力であった極端従属性説により、間接正犯は教唆犯が成立しない場合に処罰の隙間を埋めるための概念であると理解すれば、改正後の2005年刑法の共犯体系の制限従属性説の立場からは、間接正犯の処罰には他の積極的な根拠が必要である。すなわち背後者に対して、単に責任年齢に達しないことなどの事情による責任無能力者を利用して犯罪を実行したというのは、間接正犯としての正犯性の構築は十分ではなく、必ず被利用者を道具のように利用した他の事情が実質に存在しなければならない。例えば、背後者は、多数説によれば脅迫又は暴行で被利用者の意思を抑圧して道具のような状態に陥らせてその状態を利用して実行させること、或いは被利用者が意思能力なき状態に陥っている道具のような状態を利用して実行させたこと、もしくは少数説によれば被利用者を意思支配して道具のように利用したこと、という理由でその正犯性が構築されるのである。これも2005年刑法改正後の台湾最高法院時代の裁判例より窺われる。よって、現在の間接正犯概念及び実務的見解では、責任無能力者の利用は単なる副次的な意味を持つに過ぎない。

第二款 情を知らない者の利用

他方、犯罪事実に対する認識を欠く者の利用について、数多くの判決は、それを「情を知らない者の利用」或いは「故意なき者の利用」として間接正犯の一態様が認められている。ところが、「情を知らない」の内

容を犯罪事実に対する認識の欠如、すなわち故意の欠如と解すれば、故意はこれまでの実務的見解においてどこに位置づけられるのか、そして間接正犯概念の解釈に対してどのような影響があるかについて問題を含んでいる。

前述のように、1912年暫行新刑律時代においては、岡田朝太郎の学説の影響により、故意・過失は責任要素とされたため、故意なき者を利用して実行させたのは当然に責任無能力者の利用とされる間接正犯であった。その後、1928年旧刑法時代において、最高法院民国26(1937)年渝上字1929号判例が示す「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ことが必要であり、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(責任意思)⁴⁴なき者を利用して誣告させ、教唆犯でなく間接正犯とすべきである。」の旨のように、責任条件としての故意を主観的責任要素とし、故意なき場合を責任の欠如であると解し、責任なき者を利用して実行させた者は間接正犯とされた。当時の学説の多数もこのように理解していた⁴⁵。また、1935年刑法時代において、早期の学説は、過去の見解に影響されていたように、依然として故意・過失を責任要素として有責性を判断していた⁴⁶。しかし、現在の通説によれば、近代学派及び目的的行

⁴⁴ 前述したように、最高法院は、本判例の判決理由の用語が「責任条件」を使いつつ、判決要旨の用語が「責任意思」に書き換え、故意・過失を主観的責任要素と扱う責任条件としたので、本稿は説明のわかりやすさを考え、「(責任意思)」の文言を添付した。

⁴⁵ 1928年旧刑法時代において、故意・過失が犯罪の主観的成立要件とされる責任条件を理解する見解は、王観(姚建龍勘校)・前掲注(16)118頁以下、陳瑾昆(吳允鋒勘校)・前掲注(16)97頁以下、趙琛・前掲注(16)186頁以下、郭衛・前掲注(16)76頁、郝朝俊・前掲注(16)134頁と178頁以下、陳文彬・前掲注(16)107頁、俞承修『刑法總則釋義』(上海會文堂新記、1946年)103頁以下など。また、小野清一郎の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)81-84頁、100-104頁によれば、小野は道義的責任論の見方を踏まえ、故意・過失を道義的責任の一形式とする主観的条件であると理解する。

⁴⁶ 例えば、趙琛『刑法總則』(商務印書館、1947年)44頁以下、錢文穎『刑法總則原論』(第一書店、1957年)60頁、何任清『刑法概論』(自版、1971年)247頁以下、

為論の影響のため、故意・過失は犯罪論体系において主観的構成要件要素に位置づけられつつ、行為の構成要件該当性と有責性を判断する基礎として「二重の作用」を具備し、行為態様と責任態様を示すことができるとされるので、故意は構成要件の故意（Tatbestandsvorsatz）と故意責任（Vorsatzschuld）という2つ側面が存在している⁴⁷。ここで、構成要

何承斌『刑法總則實用』（自版、1967年）66頁、李俊『刑法總則新論』（三民、1958年）40頁、周治平『刑法概要』（三民、1964年）54頁、楊大器『刑法總則釋論』（自版、1968年）104頁、曾榮振『刑法總整理』（自版、1971年）44頁、曾邵勳『刑法總則』（自版、1974年）108頁、劉清波『刑法概論』（五南、1985年）164頁、曹長清・前掲注（21）54頁、褚劍鴻・前掲注（20）164頁以下、陳樸生・前掲注（22）193頁以下、韓忠謨・前掲注（22）214頁など参照。また、蔡聖偉「論間接正犯概念內涵的演變」東吳法律學報19卷3期（2008年）48頁は、このような学説見解は、古典学派と心理的責任論の体系において、極端從属形式説による処罰の間隙は被利用者の行為が責任を欠くことにあり、責任の欠如は責任能力の他、責任条件すなわち故意・過失を欠くことも含めるので、間接正犯概念は故意・過失なき者の利用まで拡張されると指摘する。

⁴⁷ 概括的に言うと、台湾の通説によれば、目的的行為論の影響により、刑法的行為は行為を意思に基づく身体の動静である因果的行為ではなく、「目的性」を有する動作であるので、故意は「不法」の行為態様であると同時に「責任」の罪責態様であると成し、それぞれが構成要件該当性段階と有責性段階にて評価されるのであり、構成要件該当性段階の「構成要件の故意」は構成要件の主観的要素として行為者の犯罪事実に対する認識（知）と意欲（欲）、有責性段階の「故意責任」は行為者の法規範を敵対・軽視する心理状態を表すことに対する責任非難とされるのである。詳しくは、蘇俊雄・前掲注（20）86頁、287頁、林山田『刑法通論（上）』（元照、増訂10版、2008年）186-189頁、284-285頁、397-398頁、王皇玉『刑法總則』（新學林、修訂7版、2021年）221-222頁など参照。また、許恒達「論誤想防衛」中研院法學期刊18期（2016年）145頁は、「構成要件の故意」は行為無価値を非難の中心とし、「故意責任」は心情的無価値（Gesinnungsunwert）を非難の中心とするものと指摘する。そして、甘添貴＝謝庭晃・前掲注（22）90頁は、このような行為の構成要件該当性を判断する基礎として行為態様を示している点で、故意は構成要件の犯罪個別化機能が發揮できるため、学説に支持されていると述べる。なお、2005年刑法の第16条は「正当の理由があつて回避できない時を除き、法律を知らないことによって刑事責任を免除することはできない。但しその情状により、その刑を減輕することができる。」と改正し、明らかに責任説の立場を取り、違法性の認識を故意とは個別独立の責任要素と

件的故意の存在は故意責任の表徴となるため、故意の構成要件に該当する違法行為であれば、原則的に故意責任の存在は推認できるとされる⁴⁸。よって、「情を知らない者の利用」による間接正犯は、その「情を知らない」の内容を「構成要件的故意の欠如」と解すれば、過去の極端従属形式から現在の制限従属形式までの共犯体系において矛盾が生じない。このように見てくると、下級審は判決理由において刑事責任なき者の利用又は責任無能力者の利用を言及しても、間接正犯の問題が「情を知らない者の利用」を中心に扱われてきており、このような理論の変遷も「高等法院及び所属法院参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足りる裁判」より窺われるのである。

第三款 意思支配による間接正犯

近年の裁判実務は行為支配説の影響を受けており、多くの下級審の判決が行為支配の概念を通じて間接正犯の成立を判断し、最高法院も民国93(2004)年度台上字第244号判決において「他人を意思支配して自己の犯罪の道具にする」という「意思支配による間接正犯」の概念を導入した。しかし、その後、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最高法院108(2019)年度台上字第2657号判決と最高法院民国108(2019)年度台上字第3072号判決が作成されたまでに、類似の見解を採る最高法院判決が見当たらない一方、同じ「意思支配」という用語を使った最高法院判決もあった。例えば、最高法院民国110(2021)年度台上字第2603号判決において、コントロールドデリバリーや泳がせ捜査など捜査機関の監視の下で犯罪行為については、「本質上は犯罪行為者が自己の意思支配に基づき犯罪を実行し、その犯罪事実と形態が変わらず、故に行為者の既存の犯意に影響を与えず、原則上犯罪の既遂・未遂の問題が生じないのである。」(下線部は著者による)としている⁴⁹。おそらくここでの「意思支配」は行為者の犯罪事実に対する認識と意欲を意味す

位置づけている。

⁴⁸ 林山田・前掲注(47)398頁。

⁴⁹ 最高法院民国110(2021)年度台上字第5176号判決は同旨。

るもので、間接正犯の成立に関わらず、故意の問題を指摘するのである⁵⁰。そのため、最高法院は「意思支配」という概念に対して一致した理解を示していない他、行為支配説における「意思支配」により間接正犯の成立を判断することはまだ多数とは言えない。

第二項 私見による検討

前述した多数の実務的見解によれば、間接正犯の正犯性の根拠づけは、背後者の立場からはそれが「直接的に犯罪事実を構成する行為者」である一方、被利用者の立場からはそれが背後者の「直接的に犯罪事実を構成する行為」に「意思支配」される者ではなく、責任能力の欠如や意思能力の欠如など責任なき者又は犯罪構成事実に対する認識しない故意なき者である。しかし、制限従属形式を採る2005年刑法の共犯立法において、かつての責任なき者の教唆を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙のための解決策であった間接正犯は、その背後者が責任なき者を利用して実行させたのは教唆犯を成立する可能であるため、被利用者の有責性は間接正犯の成立にとって既に重要ではなくなった。そうすると、間接正犯の成立範囲は、強制による意思抑圧に陥る状態の利用及び構成要件の事実又は違法性阻却事由に対する認識の欠如の利用に限られており、すなわち間接正犯は「意思が抑圧された者の利用」と「情を知らない者の利用」の場合にしか成立できない。そこで、近年の最高法院の判決は責任なき者を利用する事例において、単に刑事未成年者や成年被後見人など責任無能力者を中心に形式的判断することから、意思抑圧などにより責任の欠如に導いた背後の事情を中心に実質的判断することへと変わってきたことも十分理解できるのである。一方、児童及び少年に関連する法律において、成年者と児童・少年の各関与類型を概念的に区別し、成年者に対する処罰を加重することから見ると、児童・少年が刑事

⁵⁰ ちなみに、最高法院民国96（2007）年度台上字第6326号判決と最高法院民国105（2016）年度台上字第383号判決において、上告人は犯罪事実に対する「意思支配」を上告理由として故意の範囲や内容を争ったが、最高法院は「意思支配」について一切言及しなかった。

未成年者であるとしても、場合によって成年者が間接正犯又は教唆犯として処罰される可能性があり、すなわち責任無能力者の利用の事例において、責任能力の欠如を実質的判断しなければならないということである。この理解も、2005年刑法の共犯立法と多数の実務的見解に一致する。これに対して、私見によれば、むしろ利用行為こそ間接正犯の判断の重点であると思われる。つまり、背後者は利用行為により、被利用者を道具化したり、被利用者の道具的な状態を利用したりして、犯罪を実行する際に、構成要件的な定型性と事実的危険と規範的危険が存在しているとすれば、そこに実行行為性、すなわち間接正犯の正犯性が認められるのである。

ところで、1935年刑法第31条第1項「身分又はその他特定な関係によって成立した犯罪について、共同して実施し又は教唆し若しくは幫助した者は、その特定な関係がない者であっても、なお共犯を以て論ずる。」という身分犯の共犯の規定について、1912年暫行新刑律第33条は規定しなかったが、1928年旧刑法はその第45条にこの「共同実施」という文言を加えた⁵¹。この規定を通じ、真正身分犯の場合において身分なき背後者と身分者が共同して利用すれば、第31条第1項の擬制規定によりその背後者に間接正犯を認めるという最高法院の見解に対し、2005年刑法総則改正の以前⁵²には学説が対立していた⁵³。2005年刑法改正後、「なお共

⁵¹ 「共同実施」の増訂については、1928年旧刑法の改正理由において説明しなかった。ところで、小野清一郎の1928年旧刑法の解説書・前掲注(45)188頁によれば、このような増訂は「これは共犯を全体として統一的に観察する責任の見方から来るものであり、共犯従属説と併合する考え方である」と解する。

⁵² すなわち1935年刑法第31条第1項「共同実施」と「共犯」という文言から見ると、当時の最高法院はその「共犯」を広義の共犯と解した。また、2005年刑法改正後同条の「共犯」を「正犯及び共犯」に改めたため、現在、その「共犯」を狭義の共犯と解すべきである。なお、1935年刑法第31条第1項の擬制規定について、そのように定めた理由を違法連帯のためと解する見解は、陳樸生「違法身分與責任身分」法令月刊第46巻第2期(1995年)6頁、主観主義の共犯独立性のためと解する見解は、洪福増『刑法之基本問題』(三民、1964年)239頁、刑事政策のためと解する見解は、周治平・前掲注(23)442頁など。

⁵³ 肯定見解として、周治平・前掲注(23)354頁、韓忠謨・前掲注(22)322頁など。否定見解として、林山田・前掲注(20)64頁、黃常仁『間接正犯與正犯後正犯』(漢

犯を以て論ずる」を「なお正犯若しくは共犯を以て論ずる」に改めたので、このような身分なき背後者にも確実に真正身分犯の間接正犯が認められると言えるようになった。しかし真正身分犯における身分は刑罰の基礎を創設するものなので、身分なき背後者の行為がその実行行為としての定型性を欠く場合⁵⁴、間接正犯の成立を否定すべきであり、これは不当な改正だったと考えられる⁵⁵。

第四節 小括

これまでの実務的見解を概観すれば、1912年暫行新刑律時代から2005年刑法時代まで、多数の実務的見解は「意思が抑圧された者の利用」、「情を知らない者の利用」、「責任欠如者の利用」及び「責任無能力者の利用」を間接正犯の類型として捉えている⁵⁶。このような見解に至った根本は、岡田朝太郎の見解、1912年暫行新刑律制定までの経緯、及び大理院と当時の時代背景などに遡れると思われる。しかし、2005年刑法は総則改正

興、1998年）72頁など。

⁵⁴ 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第3版、1990年）420頁。

⁵⁵ 多くの学者は本条の改正が不当であると批判している。例えば、林山田・前掲注（27）66頁、黄榮堅・前掲注（20）774頁以下など。

⁵⁶ 換言すれば、被利用者を「人的道具」として扱われるというのは定着している見解と言える。これに対して、最高法院民国95（2006）年度台上字第3918号判決は「犯罪を意欲する者は、犯罪行為を自ら実施せず、情を知らない者或いは刑事責任無能力者若しくは動物を利用し、以ってそれが意欲する犯罪を実施した場合は、仍って正犯の刑事責任を負うべきである（学理上はそれを間接正犯と称する）。行為者は僅か犯罪行為の一部を実施しその犯罪行為を完成しなかったが、情を知らない第三者を利用して接続的实施させたことによってそれが意欲する犯罪行為を完成した場合は、亦間接正犯に属するとし、自己及び当該情を知らない第三者が実施した全ての犯罪行為に正犯の刑事責任を負うべきである」（下線部は著者による）として、動物の利用をも間接正犯の一種類とするとしした。しかし、動物を道具として利用するのは、「人的道具」を利用することではないので、元々間接正犯の範囲から外れ、直接正犯と論ずるべきである。この点について、林鈺雄・前掲注（20）418頁も本判決が間接正犯の本質を誤認したと指摘する。

後に、共犯の立法につき明確に制限従属形式を採用したため、間接正犯が正犯として扱われる根拠は責任の欠如の以外の理由に求めなければならなくなった。2005年刑法によれば、間接正犯は実行行為者とされており、被利用者がただ責任能力又は責任の欠如であるという理由だけで根拠づけるのは、現行法に合致せず、他方、かつての責任要素としての故意概念から現在の「二重の作用」を有する故意概念への変遷により、現在の裁判実務においては、間接正犯は「意思が抑圧された者の利用」と「情を知らない者の利用」の場合で成立することが多く、「責任無能力者の利用」或いは「責任欠如者の利用」は副次的な意味しか持たなくなる。そして、実務的見解の「主観客観択一標準説」及び現行第28条共同正犯と第31条身分犯と共犯の規定によれば、間接正犯の成立範囲が拡張され、共謀共同間接正犯及び真正身分なき間接正犯も成立すると解される。なお、最近では、行為支配説の影響の下で、利用者の行為が意思支配に達するかどうかを間接正犯の評価の中心にした最高法院判決があるが、まだ多数の見解とはなっていない。

第六章 結論

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

第一節 自説の展開

第一項 間接正犯における実行行為性について

本稿では、実行行為概念を維持する立場で、「正犯＝実行行為者」を前提とし、規範論的な観点からの分析により、刑法の評価対象となる行為は、法益保護の目的に基づき、構成要件の定型性に制限されつつ、法益侵害発生の事実的危険性を有し、且つ法益に実害を与え得る規範的な危険性も持っているものと理解し、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該

当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という帰結に至った。

ところで、間接正犯は正犯の一種類として、背後者の利用行為と被利用者の行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造を持ち、そのうち背後者が正犯と扱われる根拠及び背後者と被利用者との関係は本稿の中心課題となっている。これまでの間接正犯は、極端従属形式において、責任欠如者に対する教唆を教唆犯として処罰できないという処罰の間隙のための解決策であった。これに対して、現在の間接正犯は、通説の制限従属形式においては、前述の理由がなくなり、間接正犯が正犯として扱われる積極的根拠が必要となる。この点について、私見によれば、間接正犯が正犯である積極的根拠は利用行為が実行行為性を有することにある。すなわち間接正犯の利用行為とは、「定型化された法益に実害を与えられる危険な行為」である。一方、利用行為は、「人的道具」を通じて法益侵害を惹起するとするものであり、このような「人的道具」の行為は間接正犯の正犯性の判断に対して重要な地位に占めるのである。ここで、補助的な判断基準としての道具理論への再理解を通じ、間接正犯の実行行為は、被利用者の意思自由を判断不能な程度もしくは著しく選択し難い程度まで抑圧した、道具化行為或いは道具的な状態の利用行為である。こうして間接正犯の成立範囲が制限されることはできるという帰結に至った。

第二項 台湾法の考察について

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

まず台湾の刑法における正犯概念は、1912年暫行新刑律以来の「実施」概念、1928年旧刑法以来の「実施」と「実行」両概念の併用、2005年刑法

の「実行」への用語統一と揺れ動き、この変遷から、犯罪構成要件たる行為を行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の行為者の場合には、2005年刑法第28条共同正犯の規定を通じて構成要件以外の行為を行う者も正犯とされる。このようになった理由は、1912年暫行新刑律と1928年旧刑法の客観主義から1935年刑法の主観主義傾向への立法思想の変化及び岡田の独特な見解と日本刑法理論の影響などにより、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というものである。そうすると、1935年から裁判実務の通説になっている「主観客観折一標準説」は、2005年刑法においても正犯の判断基準として使われており、共謀共同正犯に処罰の根拠として認められていることは言うまでもない。そして、第28条共同正犯の規定の改正理由からもこの思想が窺われる。よって、台湾刑法において、共謀共同正犯の他に、原則として犯罪構成要件たる行為を行う者という実行行為者が正犯であるという帰結に至り、これが本稿の見解としての「正犯行為＝構成要件該当行為＝実行行為」に合致するのである。

次に、「正犯行為＝構成要件該当行為＝実行行為」を前提とし、実行行為者である間接正犯には、その利用行為の実行行為性が正犯とされる積極的根拠であり、これが「正犯行為＝利用行為」という本稿の見解に合致する。ところが、日本法と同様に、台湾法においても間接正犯概念に関する争いが存在している。ここで、各時代の共犯規定及び実務的見解の考察から、多くの実務的見解は「意思が抑圧された者の利用」の他、「情を知らない者の利用」、「責任欠如者の利用」及び「責任無能力者の利用」を間接正犯の各類型として示していた。このようになった理由は、各時代の刑法典の制定経緯と立法変遷、各実務的見解の作成の時代背景、及び岡田朝太郎の見解など事情に基づき、過去の実務的見解と通説が極端従属形式を採用し、故意・過失を責任要素として捉えていたからであり、間接正犯は被利用者が責任を欠く場合において背後者を教唆犯と論じられない処罰間隙の解決策であった。その後、2005年刑法の共犯規定は明確に制限従属形式を採用し、且つ通説の故意概念の変遷により、近年の裁判実務の見解から見ると、多くの間接正犯は「情を知らない者の利用」或いは「意思が抑圧された者の利用」の場合において成立するため、

判示事項などに「責任無能力者の利用」又は「責任欠如者の利用」という文言を記載していても、それは副次的な意味しか持つものではないという帰結に至った。なお、「意思支配」で間接正犯の正犯性を根拠づける少数の実務的見解によれば、この点も窺われるのである。

第三項 比較法的な観察

前述したように、台湾法においては、間接正犯たる者は、形式的客観説に基づき、原則として犯罪構成要件たる行為を行う実行行為者であり、また制限従属形式を採用する2005年刑法と「二重の作用」を有する故意概念において、犯罪の道具となれる被利用者が責任又は故意を欠く者であっても、間接正犯の成立範囲は実際に「情を知らない者の利用」と「意思が抑圧された者の利用」まで減縮されてきた。しかし、とりわけ刑事未成年者の事例で「責任無能力者の利用」に関連する規定と実務的見解から見れば、このような間接正犯の理論の発展が日本の学説の「規範的障害不存在説」⁵⁷に類似すると思われる。

すなわち「情を知らない者の利用」という故意の欠如の場合において、被利用者が自己の意思で犯罪を実行するのはその行為をやめようとする反対動機を形成する可能性が既に存在しておらず、規範的にみて犯罪実現の障害とならないのであり⁵⁸、また「意思が抑圧された者の利用」という責任の欠如の場合においても、被利用者は反対動機を形成する可能性がないので規範的障害とならないのである。これらに対して、刑事未成年者における「責任無能力者の利用」は、例えば、是非弁別能力があり意思が抑圧されない12歳の刑事未成年者を利用した事例⁵⁹で、刑事未成年者は責任無能力者としてもその反対動機を形成する可能性があり規範

⁵⁷ 「規範的障害不存在説」については、本稿第三章第一節第二項第一款参照。

⁵⁸ 西原春夫「教唆と間接正犯」日本刑法学会編『刑法講座第4巻』（有斐閣、1963年）309頁、同『刑法総論』（成文堂、1977年）137頁、曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、第4版、2008年）236頁など参照。

⁵⁹ 最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁。また、本稿第三章第一節第一項第三款参照。

的障害となりうるので共同正犯が成立できると言えるが、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、責任能力を意思要件の充足に繋がる立場で、意思要件が欠ければ責任段階の故意も構成要件該当性段階の故意も認められないよう、責任無能力の被利用者と背後者では犯意の連絡が存在せず、共同正犯が成立しないとしたので⁶⁰、旧法の場合の背後者は極端従属形式により教唆犯が成立しない一方、被利用者が意思要件を欠いたら共同正犯も成立せず、間接正犯しか認められないのであり、これに対して新法の場合の背後者は制限従属形式により間接正犯の成立が認められずに教唆犯が成立するようになるが、被利用者が意思要件の欠如で共同正犯は依然、成立しないとされるのである。また、児童及び少年に関連する法律の領域においても、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、成年者が児童・少年を利用する場合は、当該被利用者は14歳の責任年齢に達し責任能力を具備するのが必要ではないことに対して、成年者が児童・少年と共に犯罪実施する場合は、当該未成年者は14歳の責任年齢に達しなければならないとした⁶¹。よって、刑事未成年者には反対動機を形成する可能性があっても、責任無能力者を罰しないという法適用の一致性に基づき、規範的にみて正犯とされないが、その行為が背後者の正犯性の根拠づけとされて利用行為に加味するものとなると思われる。

そして、間接正犯の成立範囲について、台湾の実務の見解の「主観客観択一標準説」によれば、共同正犯たる者は、正犯意思又は犯意の連絡をもって、構成要件行為又は構成要件以外の行為を行う者であるため、主観的要件が備わっていれば、共同実行か一部行為の分担かは、共同正犯の成立にとって決定性的な差とは言えない。それに加えて、現行第31条身分犯の共犯規定によれば、日本刑法第65条の規定と異なり、明文で「共同して実行し」と「正犯を以て論ずる」を規定しているため、共同正

⁶⁰ 最高法院民国28(1939)年上字第3242号判例、最高法院民国87(1998)年度台上字第2936号判決。また、本稿第五章第一節第一項第三款五、参照。

⁶¹ 最高法院民国66(1977)年度第7次刑廷推推総会議決議(二)。また、本稿第五章第一節第二項参照。

犯による真正身分犯を認めるかという争いは存在しない⁶²。そうすると、日本法における間接正犯に比べ、台湾法における間接正犯は、第28条共同正犯の規定と第31条を通じ、構成要件の定型性の制限を緩和し、共謀共同間接正犯及び真正身分なき間接正犯まで拡張される可能性があるため、その成立範囲がより広くなる。

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

第二節 将来の課題

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

第一項 間接正犯の着手

本稿は、事例の検討において、既遂犯の事例に対し、自説により実行行為の特定を初歩的に行った⁶³。他方、未遂犯の場合にも実行行為性の

⁶² 2005年刑法第31条第1項の当否については、多くの学説はそれが不当な立法であると批判する。例えば、林山田・前掲注（27）66頁以下、黄榮堅・前掲注（20）774頁以下など。なお、日本刑法第65条は共同正犯にも適用されるかどうかについて、団藤・前掲注（54）420頁以下参照。

⁶³ 本稿第二章第三節第四項第二款参照。

判断基準は同一でなければならない。しかし、間接正犯の未遂において、実行の着手をどのように位置づけるかについて、学説は、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を開始した時を着手とする利用者標準説、被利用者が実行行為を開始した時を着手とする被利用者標準説、結果発生に至る現実危険性を惹起した時を着手とする個別化説に分かれている⁶⁴。この点について、私見は、利用行為を間接正犯の実行行為として捉えつつ、被利用者の「道具的性格」をも重視するので、意思抑圧の程度又は選択可能性の有無或いは自身の既存の状況により、被利用者がどのような道具になったか、どの時点で道具になったかという点が間接正犯の着手についての理論に影響するので、どの説が優れているかというのは現段階では一概に言えない。これらの検討は、今後の課題としたい。

第二項 間接正犯の錯誤

間接正犯の錯誤は、論者が既に指摘したように、多面的な意味をもっている。例えば、背後者の予期していたところと被利用者の身体活動によって生じたところの間に、客体の錯誤や方法の錯誤が存在している場合、又は背後者が予期していた因果経過と実際の因果経過が異なったという因果関係の錯誤が存在している場合、又は間接正犯の意思を以って教唆犯の結果を生じさせた場合、教唆犯の意思を以って間接正犯の結果を生じさせた場合などが存在する⁶⁵。この問題について、前述のように、被利用者の「道具的性格」は間接正犯の成立に影響するので、おそらく個別事案の考察を通じなければ、各類型の間接正犯の錯誤を解明することができないと思われる。これらの検討も、今後の課題としたい。

第三項 正犯の背後の正犯

⁶⁴ 学説の状況については、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第5版、2019年）366頁、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会、2016年）235頁以下参照。

⁶⁵ 大塚仁「間接正犯と教唆犯との錯誤」斎藤金作還暦『現代の共犯理論』（有斐閣、1964年）85頁以下参照。

本稿は「情を知る第三者の利用・故意ある幫助道具」の事例については、判示事項⁶⁶と同様に、背後者も被利用者も実行行為者として、それらが正犯となり、同時犯に類似する状態であると解した⁶⁷。しかし、このような会社経営者と使用人との間には、ドイツの学説のいう「正犯の背後の正犯」⁶⁸のように、被支配者である直接的実行者の個性性を重視せず、実行行為担当者の代替可能性を有する組織的権力機構とその構成員という関係が存在しており、会社経営者の正犯性を根拠づけることができるのかは、疑いがないわけではない。また、このような場合に、故意のある幫助道具と共同正犯との関係も解明しなければならないと思われる⁶⁹。そのため、自説の間接正犯概念と「正犯の背後の正犯」理論との考察も、今後の課題としたい。

第三節 終わりに

本稿の冒頭の示したように、間接正犯はその存在と処罰の合法性が普遍的に実務と学説に認められている一方、このような他人の行為を介入して実行する犯罪形態が明文化されていないため、罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に基づき、その構造と範囲及び処罰根拠が解明されない限り、違憲の恐れは避けられないという批判は容易に予想される。このような疑義への対応は、一つは通説のように、刑法解釈を通じて間接正犯の処罰を積極的に根拠づけることであり、もう一つは、ドイツ刑法典第25条第1項「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を行なった者は、正犯として罰せられる」のように、間接正犯の明文化を通じて根本的解決策を与えることである。本稿は、間接正犯の明文化の前に、間接正犯の成立範囲が制限されるべきであると主張する。もちろん、将来的に間

⁶⁶ 最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁食糧管理法違反事件と指す。

⁶⁷ 本稿第三章第三節第二項第二款参照。

⁶⁸ 「正犯の背後の正犯」については、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）58-74頁参照。

⁶⁹ この問題については、例えば、佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理」齊藤誠二古稀『刑事法学の現実と展開』（信山社、2003年）297頁以下参照。

接正犯が明文化される場合にも、間接正犯の概念は長年来の判例理論の発展と学説の蓄積によって制限されているため、裁判官の恣意的判断に左右されることにはならないと考えられる。

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

[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。