

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

Die aktuelle Strafrechtsreform in Taiwan

監訳 只 木 誠*

監訳者はしがき

台湾の歴史は6つの時代に分けられる。すなわち、先史時代、オランダ植民統治時代、鄭氏政権時代、清朝統治時代、日本統治時代、中華民国統治時代である。先史時代とオランダ植民統治時代（オランダの東インド会社）の刑法制度は今なお分からないが、鄭氏政権時代（海賊集団）以降、日本統治時代までは基本的に刑法制度があったといわれている。清朝統治時代の刑法は清律で、1895年の下関条約をもって始まり、1945年まで続く日本統治時代の刑法は今の日本の新刑法であった。そして、今の中華民国統治時代に、台湾で実行されているのは中華民国刑法である。

中華民国刑法は1935年1月1日に中国で国民政府によって制定され、同年7月1日に施行された。その後、第二次世界大戦の日本の敗戦に伴って、台湾が1945年10月25日から中華民国政府に統治されてからは、中華民国刑法が台湾における刑法となった。そして、時代の変遷と新たな犯罪類型にあわせるため、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すでに16回行なわれてきた。

法務部（日本の法務省にあたる）、台湾刑事法学会と立法委員（日本の

* 所員・中央大学法学部教授

国会議員にあたる)の連携によって、中華民国(台湾)刑法及び刑法施行法の部分修正草案は2005年1月7日に立法院(日本の国会にあたる)にて可決され、同年2月2日に総統によって公布されたのち、翌年7月1日に施行された。この度の改正では、刑法総則において61箇条が改正され、4箇条が削除され、2箇条が追加された(計67箇条の変更)。各論で、15箇条が改正され、7箇条が削除された(計22箇条の変更)。刑法施行法で、1箇条が改正され、4箇条が追加された(計5箇条の変更)。刑法総則における改正は、全体の約3分の2程にまで及ぶ。それは1935年以降、最大の改正であった。

その他、牽連犯と(刑法各論にある)常習犯の処罰を廃止し、併合罪に関する執行刑の上限、無期懲役受刑者の仮釈放に関する基準並びに、重い罪を三回犯した累犯者、及び強制的な性交罪に関する医療を受けたが何らの効果がなかった者についての仮釈放の基準を引き上げ、また公務員の定義を変更し、心神喪失と心神耗弱の内容を新たに記し、共犯独立性説を放棄し(教唆犯)、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、不能犯を可罰から不可罰へと改正し、追訴権の時効起算及び期間を修正し、公権剥奪の範囲を改正し、強制的な性交罪(強姦罪)を犯した者に対する強制医療制度を明文化した。そして、この改正は刑法理論と刑事司法実務とのいずれにも重大な影響をもたらした。

さて、以下3本の論文は2005年台湾刑法の法改正についてそれぞれ紹介するものである。まず、1本目の王乃彦副教授の「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——」では、未遂犯と共犯に関する法改正に注目し、準中止犯規定の増加、教唆未遂犯規定の削除、共犯と身分に関する条文の改正について、その改正理由と学説が紹介されている。続いて、2本目の李錫棟教授の「台湾刑法における併合罪に関する近時の法改正について——代用の罰金刑との関係を中心に——」では、日本においてまだ行なわれていない代用の罰金刑と代用の社会労役刑について、その代用刑と代用できない刑とを併合する場合に生じる困難、立法機関と司法機関の間に生じた争いと2013年1月23日の法改正が述

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

べられている。最後に、3本目の周慶東副教授の「近時の台湾における刑罰論に関する法改正について——2005年台湾刑法改正をふまえて——」においては、刑罰論に関する法改正とその内容が記述されている。詳しい内容は以下の論文内容を参照されたい。報告者並びに、当日、詳細なコメントを頂戴した中央警察大学法律学系教授余振華先生に心より御礼を申し上げる次第である。

なお、王副教授の講演の翻訳は、本学大学院法学研究科刑事法専攻博士後期課程頼勇佢君と同樋笠堯士君、李教授の講演の翻訳は、頼君と同谷井悟司君、周副教授の講演の翻訳は、頼君と同根津洸希君の共訳であることを記し、各位の労に御礼を申し上げたい。

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——

王 乃 彦*
訳 頼 勇 巨**

目 次

- I. はじめに
- II. 準中止犯規定の増加
- III. 教唆未遂犯規定の削除
- IV. 共犯と身分に関する条文の改正

I. はじめに

台湾刑法は、2005年に大幅に改正された。台湾刑法改正の歴史的な沿革に着目すると、我が国は日本国刑法の条文を参考にしてその条文を改正してきたことが分かる。従って、2005年台湾刑法改正についての講演は、特別な意義があるのではないかと思われる。なお、周知の通り、未遂犯と共犯との問題は刑法学において争いが盛んである重要なテーマである。この度の台湾刑法改正の下では、未遂犯と共犯に関する条文の改正が少なくない。時間の許す限り、以下で準中止犯規定の増加（台湾刑法第27条第1項後段¹⁾）、教唆未遂犯規定の削除（台湾刑法第29条第3項²⁾）及び共犯と身

* 東呉大学法律学系副教授

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

1) 台湾刑法第27条第1項：「既に犯罪行為の実行に着手しても、自己の意思によって中止又はその結果の発生を防止したときは、その刑を減輕又は免除す

分とに関する条文の改正（台湾刑法第31条第1項³⁾）について説明している。

II. 準中止犯規定の増加

中止犯が成立するための要件として、犯罪を中止する意思決定は本人の自由意思によるものであり、また他人に強制されたものではなかったというに加えて、犯罪を中止する行為が必要とされる。しかし、犯罪を中止する行為と犯罪結果の不発生との因果関係が必要かどうかについて、学説の見解は多岐に分かれている⁴⁾。台湾刑法第27条第1項前段において「既に犯罪行為の実行に着手したが、自己の意思によりその行為を中止し、或はその結果の発生を防止した者には、その刑を減輕又は免除する」とし、「犯罪行為によって起き得る結果を防止した」ということが立法者によって明文で中止犯の成立要件として条文化されており、犯罪を中止する行為と犯罪結果の不発生との間に、因果関係があるべきだということには疑問がないと思われる⁵⁾。そして、台湾の最高法院（最高裁判所）はかつて、判決において明確に以下のことを判示した。すなわち、「刑法における中止犯とは、すでに犯罪の実行に着手したが、自己の意思によりその結

る。結果の不発生が防止行為にさせず、行為者が防止行為を尽くしたときもまた同じである。（2005年に追加された後段）」

- 2) 台湾刑法第29条第3項：「被教唆者が未だ犯罪に至らない場合であっても、教唆犯は、なお未遂犯を以て論ずる。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。（2005年に削除された。）」
- 3) 台湾刑法第31条第1項：「身分その他特定の関係によって成立すべき犯罪を共同して実行し、又は教唆もしくは幫助した者は、その特定の関係がない者であっても、なお共犯を以て論ずる。但しそれを減輕することができる。（2005年に追加された但書）」
- 4) 陳子平『刑法總論』（元照出版，第2版，2008）424-425頁。
- 5) 甘添貴，謝庭昆『捷徑刑法總論』（瑞興圖書，第2版，2006）242-243頁；蔡墩銘『刑法總論』（三民書局，第8版，2009）241頁。

果の発生を阻止した者である。それ故に、その結果の不発生と行為者が行った結果発生を防止する行為との間には重要な関連性があるはずである。但し、それは行為者が自発的に行動しながら、他人の幫助をうけて、共同で努力したため、結果が不発生となった場合を排除するわけではない(最高法院88年度[1999]台上字第3261号判決)とした。その判決が示す「重要な関連性」とは、「因果関係」のことだと思われる。

我が国の通説(学説)及び実務の見解においては、犯罪を中止する行為と犯罪結果の不発生との間に因果関係があるときに、中止犯が成立し、刑の減免を受け得るとされている。この見解に従って、以下の事例を見てみよう。XはYを毒殺する故意を持って、Yが食べているご飯の中に毒薬を入れたが、Yがその毒薬が入ったご飯を食べた後、Xの考えが変わった。Xは、Yを死亡させないために、急いでYを連れて病院まで送り、医者に診せた。この場合、Xによって入れられた毒薬が致死量でないときには、犯罪を中止する行為と犯罪結果の不発生との間に因果関係が存在せず、中止犯は成立し得ない。しかし、Xによって入れられた毒薬が致死量であるときには、死亡の結果が発生する可能性があったのであるから、中止犯を適用し得る。上述の二つの状況を比較すると、法益の安全に対して危害性が高い場合(後者の場合)は、中止犯を適用できるのに対し、法益の安全に対して危害性が低い場合(前者の場合)には、中止犯を適用できないということになってしまう。この結論は著しく不合理であろう⁶⁾。

前述のような不合理的な結論を避けるために、2005年の台湾刑法改正の下では、刑法第27条第1項に、「結果の不発生が、防止行為によるものでなくとも、行為者ができる限り防止行為をしたときは、同項と同様する」という後段が追加された。但し、前述の条文には単に「防止行為」のみが規定され、「中止行為」に関する文言は一言も置かれていない。準中止犯の適用範囲に、実行が未完成な場合の中止未遂が含まれるか否かについては、疑義が生じると思われる。

6) 黄榮堅『基礎刑法學 下』(元照出版、第4版、2012)564-565頁、大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第4版、2012)390-391頁。

たとえば、Xが満員電車の車内で、近くにいる乗客Yの肩に手を触れ、Yの気が散ったときに、上着のポケットに入った財物を盗もうとした場合や、同様の事例で、Yの上着のポケットに、何も入っていなかった場合を想定してみる。後者の場合には、実行に着手された犯罪行為が影響し得る範囲において、標的が存在していない。Xが自己の意思により犯罪行為を中止したとしても、その行為と犯罪結果の不発生との間に、何らの因果関係も存在し得ないことになる。台湾の通説（学説）、及び実務の見解に従えば、中止犯に関する規定を適用することはできないであろう。

しかしながら、Yの上着のポケットの中に、何らかの財物が入っていれば、Xが実行の着手をした後で、その財物が盗まれる可能性が出てくる。そこには、法益侵害の具体的な危険が存在する。だが、Yの上着のポケットの中に何ら財物が入っていない場合には、Xが実行の着手をしたにもかかわらず、Yの財物が盗まれることは不可能であろう。従って、後者の場合については、法益侵害の具体的な危険が存在しない。その通説（学説）、及び実務の見解を貫徹するのであれば、以下のような結果が不可避であろう。すなわち、両者は同じ自己の意思により犯罪の中止行為を行った場合であるが、前者の場合は、法益の安全を害する危険性が高いのにもかかわらず、犯罪の継続を放棄した行為と犯罪の不発生との間に因果関係があるために、Xには中止犯の規定を適用し、刑の減輕または免除がされ得ることになる。それに反して、法益の安全を害する危険性が微弱である後者の場合については、その危害性が軽微であっても、犯罪の継続を放棄した行為と犯罪の不発生との間に因果関係がないために、Xには中止犯の規定を適用し得ず、刑の減輕または免除がされ得ないことになる。

実は、上述のような不合理な結論は、前述の毒殺事例の場合とも一致する。すなわち、混入された毒薬が致死量に至らない場合、行為者は自己の意思により被害者を連れて病院に送ったにもかかわらず、被害者を連れて病院に送ったことと被害者が死ななかったこととの間に因果関係がないために、中止犯の規定を適用することができない⁷⁾。このように台湾の通説

7) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005）284頁。

(学説)、及び実務においては法益安全の危殆性が高い場合が寛大に対処され、法益安全の危殆性が低い場合には逆に厳しく処罰されるという不合理な結果を避けるために、「中止行為」を合わせた準中止犯の適用範囲を入れる必要があるはずである。

注目に値するのは、学説の中において、準中止犯規定を適用できる事例の類型に、以下のような三つの事例も含まれていることである。すなわち、自然力の介入の場合(たとえば、大雨によって住宅に生じている火が鎮火されたこと)、被害者自身の行為の介入の場合(たとえば、消防士らが現場に着く前に、自分の家に火を点けられた被害者が自ら火を消したこと)、第三者行為の介入(通りがかった医者が被害者を救助したこと)。これらが、行為者によってできる限りなされた防止行為と犯罪結果の不発生との間に因果関係がないという三つの類型である⁸⁾。これらの類型において、犯罪の既遂結果の不発生は、自然力、被害者自身の行為の介入、または第三者行為の介入により起こされたものに過ぎず、行為者が実行した犯罪行為は、既遂結果を惹起する能力を備えていることは明らかである。これらの事例の類型は、犯罪行為の攻撃標的が偶然に不存在である状況、あるいは犯罪の手段が既遂の結果を惹起できない状況とは、明らかな差異を有する。これらの事例の類型においても中止犯の成立を肯定できる理由、根拠は何かについて、以下検討していく。

刑法第27条第1項後段の立法理由をみると、以下のことが分かる。

すなわち、「行為者がすでに犯罪行為の実行に着手した後、結果が発生する前に、あらかじめ結果の発生を防ぐための真摯な努力を尽くした場合であって、その結果の不発生が事実上他の原因により生じた場合である。その防止行為と結果の不発生との間に因果関係が存在しないことは、確かに自己の行為により結果の発生を防止した中止犯とは異なるが、その行為者が衷心より改悛し、結果の発生につき、すでにその防止行為を尽くした

8) 余振華「未遂犯」台湾刑事法學會編『二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析』(元照出版, 2005) 139頁, 曾淑瑜「中止犯修法前後之檢討」台湾刑事法學會編『刑法總則修正重點之理論與實務』(元照出版, 2005) 232-233頁。

という観点からいえば、全く異なるとはいえない。犯罪者が結果の発生前に、できる限り改悔するよう奨励するために、中止犯の要件は緩める方がよい」ということである。

準中止犯の本質を深く把握するため、その理由、根拠を議論する前に、まずは中止犯の刑罰を減輕、免除できる理由、根拠をはっきり分かるようにする必要があると思われる。

刑法第27条第1項前段の規定のように、犯罪行為の中止行為あるいは犯罪結果の防止行為は、すべて犯罪行為の実行に着手された後になされる。行為者が、一旦犯罪行為の実行に着手すれば、即座に未遂犯が成立する。それに基づいて、v. Liszt(1851-1919)は、以下のことを表明した。「不可罰の予備行為から可罰的な実行行為へ、その境を超える瞬間に、未遂犯を設けた刑罰が具体化するのである。この事実は変更できない。また遡ってこれを廃棄あるいは排除するのも許されない。しかしながら、刑事政策の観点から、立法上処罰を受けるべき行為者のために、後戻りのための黄金の架橋を設けることができるであろう。実際に、立法者も、確かにそのようにして任意に犯罪を中止する行為者に対して、その刑罰を免除するのである。」⁹⁾

すでに犯罪行為の実行に着手した行為者は、犯罪の途中、自ら犯罪を止めるだけで、その刑罰が免除されるということを承認するには、犯罪行為の脅威に直面している法益がこの状態から脱するためには、ただ犯罪行為者が自発的に犯罪をやめることしか期待できないということを考慮するわけである。仮に、行為者が犯罪の途中自らまだ完成しない後続の動作を停止しても、依然として、前に行った犯罪行為により処罰されるとするならば、すなわち、犯罪が完成したか否かにかかわらず、すでに処罰を受けるべきであるならば、その者が自身の意欲を満足するためには、犯行を貫徹するほかないのである。すでに犯罪行為の実行に着手した者に自発的に犯罪を途中でやめさせる、またはそれにより侵害される法益を保護するた

9) 香川達夫『中止未遂の法的性格』(有斐閣, 1963) 40-41頁。

め、刑法はその犯罪を中止した行為者に刑罰を免除する保証を与えて、その者を無事に後戻りさせるようにする¹⁰⁾。このことから、以下のことが言えるだろう。すなわち、後戻りのための黄金の架橋という理論の趣旨は、犯罪行為を中止することができる時に、犯罪行為者に誘因を与えて、その者が喜んで犯罪を中止する行為に出させるということである。換言すれば、中止犯の規定は「行為規範」の性質を持っているということができる。その趣旨は、法益侵害の発生を防ぐ刑法の命令・禁止の機能と比べて、何ら差異はないのである。

上述の「後戻りのための黄金の架橋」という理論によっても、犯罪行為を中止する、あるいは犯罪結果の発生を防止は、その前にすでに存在していた犯罪行為の実行の着手、及び刑法のそれに対する消極的な評価の排除に寄与することはできない。従って、犯罪を中止する行為者が刑罰の減免を享受できるのは、刑事政策に基づく考慮によるからであろう。この見解が通常と思われる。中止犯が一般に適用される法理から出たものであるならば、なぜ行為者が防止行為を尽くしたのにもかかわらず、犯罪結果が発生したときには、刑罰を減免する可能性がなくなるのか。また、犯罪が既遂になった後に、行為者が犯罪被害者の損失を補填し尽くした場合であっても、同様に中止犯の規定によっては刑罰を減免できない。中止犯の規定により刑罰が減免される者は、未遂犯に限られる。このような規定の内容に、刑事政策の色彩が濃く顕現する。その他、中止犯の規定による刑罰の減免に着目すると、その効果は未遂行為に含まれている法益侵害にも影響する。たとえば、殺人の未遂行為において、傷害の結果が含まれるのはあり得ることである。中止犯についての刑罰減免の根拠のうち、刑事政策の考慮が含まれていることを否認し難いのである¹¹⁾。

行為者が、自分が誤っていると悟り、引き返した中止行為に対して、奨励を与えて、その刑罰を減免することは、行為者が実際に犯罪行為を中止

10) 金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂、2006）39頁。

11) 井田・前掲注（7）276-277頁。山口厚『刑法総論』（有斐閣、第2版、2007）278-279頁。西田典之『刑法総論』（弘文堂、第2版、2010）316頁。

した後に、具体的な事情を考慮して適正な刑罰を与えることであり、このことは制裁規範の機能を備えていることを意味する。言い換えると、行為者が犯罪の計画を実行している途中で、自分で犯罪行為の完成を防止した、あるいは犯罪結果の発生を阻止に尽力したという場合、これらの行為事情（中止行為）によって、刑法が未遂行為及び行為者の法意識になす消極的な評価は埋め合わされる。よって、刑法がその行為に対する刑罰の要罰性を否定するのである¹²⁾。

犯罪結果の発生を防止する刑事上の立法政策からみると、すでに犯罪の実行に着手した行為者に対して、以下のことを刑罰減免の条件として要求するのは十分に合理的であろう。すなわち、その者が、法益侵害を拡大し続けることを避けるために、実効性がある犯罪の中止措置をとることである。それに基づいて、中止行為という態様は、法益の安全の保護についての考え方によって、定められている。結果が発生する前に、犯罪の既遂結果へ向かっていく因果過程がまだ開始されておらず、ただ、実行行為に通じた後続の行為をやめるだけであれば、犯罪の既遂結果の発生を未然に防ぐことができる。しかし、実行行為が終了した後に、犯罪の既遂結果へ向かっていく因果過程がすでに開始されて、因果過程の発展を遮断しなければならぬ場合、犯罪の既遂結果の発生を防止することはできない。

犯罪の既遂結果の発生を防止するためには、従来の経験の通り、行為者がとった手段は、一般的に犯罪既遂を阻止する効果を生じうる。だが、他の自然力、第三者あるいは被害者の行為が介入したならば、その手段と、犯罪既遂結果の不発生との因果関係がなくなる。行為者がとった手段は、通常犯罪結果の発生を防止できることになるであろう。もし上述の場合に中止犯とする刑罰減免の適用を否定したら、犯罪者がその有効な手段を使用して犯罪結果の発生を阻止するという意欲を抑えることになってしまう。むしろ、逆に法益安全を害してしまう恐れがある。法益の安全を保護する刑事上の立法政策に基づいて考慮すると、犯罪者がそのような犯罪既

12) 柯耀程『刑法總論釋義 修正法篇 上』（元照出版，2005）273頁。

遂結果の発生を有効的に阻止できる手段を是非運用させる必要がある。それは、実際に犯罪既遂の結果が発生し得ない状況の下で、中止犯の適用範囲を拡大するのは、立法者が準中止犯を肯定するからであると思われる。

III. 教唆未遂犯規定の削除

1935年に追加された刑法第29条第3項には、以下のように規定がされていた。「被教唆者が未だ犯罪に至らない場合であっても、教唆犯は、なお、未遂犯を以て論ずる。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」という規定である。2005年の刑法改正で、本項は削除された。

上記の刑法第29条第3項の規定は、明文で教唆未遂を処罰していた。刑法の起草委員会の起草過程に関する報告をみると、削除された理由は以下の通りである。すなわち「近時、刑事学説がますます盛んになってきている。国際刑法会議も毎年開催されている。よって、我が国が諸国の刑事立法政策に影響されるのはやむを得ない。その中でも、比較的大きく変動したのは、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こと」である。

刑法の起草報告で述べられた「客観主義（行為主義，事実主義）」と「主観主義（行為者主義，人格主義）」とは、「どの様に刑罰の軽重を決定する」かに関わる主張である。前者によると、刑罰の軽重は犯罪事実の危険の程度により定められるはずであろう。それに対して、後者は以下のことを認めた。すなわち、刑法の対象はすでに発生した実害もしくは危険ではなく、むしろ再び侵される侵害の蓋然性だということである。刑事責任の根拠と軽重は、犯罪者が再び犯罪行為を犯す危険性、すなわち、その「悪性」により、決定されるべきである¹³⁾。よって、以下のことが分かる。つまり、教唆未遂犯を処罰する規定を追加した理由は、主観主義刑法理論による影響の下で、行為者の反社会的な性格を重視することから導か

13) 牧野英一『刑法総論 上巻』（有斐閣，全訂第15版，1958）29-30頁。

れたものであろうということである。それが以下の中華民国刑法修正（改正）案要旨第14点から、うかがえるのである。すなわち、「教唆犯の悪性が比較的大きいのであれば、それに対処するため、独立処罰主義を採る方がよい。ただし、被教唆者が未だ犯罪に至らない、あるいは犯罪を犯しても未遂に止まる場合、既遂犯の刑を以て教唆犯を処罰するのは結論として不合理を免れえない。本案はその状況で、未遂犯を以て論ずると規定する」ということである。

主観主義刑法理論に基づく犯罪徴表説は、現行刑法第57条に掲げられている「科刑の際に行為者の責任を基礎とすべきだ」という規定に著しく違反する。また、その考えは、国家が国民に対して刑罰を科す根拠として、以下のことを認めた。すなわち、国家が国民に対して刑罰を科す根拠は、行為者の犯罪あるいは再犯の可能性を根拠とする点である。しかし、現在、犯罪を予測する正確さについては依然として多く争われている状況の下で、これを犯罪の根拠とすれば、判断の難しい要素を処罰の根拠の基礎に置くことになってしまう。人権保障にとっては、不利であり、それを採り続ける理由はないのではなかろうか。そこで、2005年刑法第29条の改正理由の中で、以下のことが明らかなこととして示された。すなわち、「教唆犯につき、共犯独立性をとる立場は、行為者の悪性に対する処罰を重視する。その点では現行刑法が犯罪行為を処罰することを基本原則とする立場とは異なる」という点である。

しかし、共犯独立性を承認しても、必ずしも主観主義刑法理論を根拠としなければならない必要はない。「統一の正犯論」からも、共犯独立性の結論を導き得る。ただ、形式面から見ると、我が国の刑法典は、正犯と共犯を区別する体系を採っている。その考えと統一的な正犯論に基づく「統一の正犯体系」とは、体系的に合致しないのである。実際、「統一の正犯論」を採ると、裁判官の裁量権限が拡張される虞から逃れられない。かつ、条文に明記された犯罪の実行行為を無視することになり、従って、罪刑法定主義に違反する疑いもある。それ以外にも、以下のような悪弊もある。すなわち、法益侵害を惹起する因果性を理論的な基礎とする「統一の

正犯論」は、拳動犯のような犯罪に含まれる類型化された行為無価値を説明できない。自己により、直接に法益侵害を惹起することと、他人を幫助してあるいは慫慂して法益侵害を間接的に惹起することを欲するという態度は、完全に異なる。上述のような態度の差異に基づいて形成された様々な関与の形態を無視してまで、正犯と共犯とを同視することはできないはずである。そして、単なる行為者の行為に、構成要件の実現に対する因果性の寄与を理由として正犯性を認めるならば、それによって教唆、幫助などの犯罪関与行為の未遂も可罰的な行為になるのである¹⁴⁾。それは不合理であろう。そのため、統一の正犯論を採ることはできないと思われる。

実際には、教唆未遂犯を処罰することが妥当か否かについての検討は、単に共犯従属性あるいは共犯独立性といった抽象的な観念を提示するだけで、済む話である。共犯の処罰根拠と未遂犯の処罰根拠という二つの思考方向から探究すべきである。

過去の学説では、共犯が処罰される理由は、他人が犯罪者になるように墮落させること（責任共犯論）、あるいは正犯に違法な行為をさせること（不法共犯論）の二つであると主張していた。責任共犯論あるいは不法共犯論に基づいたとしても、正犯と共犯の犯罪性質という点で、その差異が現れてくる。つまり、正犯は、法益侵害を惹起したことで処罰され、共犯は、犯罪者あるいは違法行為者を作ったことで処罰されるのである。しかしながら、今日の学説は以下のことを認める。つまり、正犯行為と共犯行為の両者は、法益の危殆化をしたことで処罰されるのである。両者の差異は、ただ、共犯行為が正犯行為を媒介として法益侵害を間接的に惹起することだけに存する。これは因果共犯論である。

因果共犯論による共犯の処罰根拠は、正犯を介して法益侵害の結果を惹起することである。すなわち、法益侵害を間接惹起することである。刑法が原則的に予備罪を処罰しない前提の下で、正犯が未だ実行の着手に至らないならば、共犯は成立せず処罰されない。よって、学説上にある「共犯

14) 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988）18頁。

の正犯に対する実行の従属性」は、共犯の従属性から導く必要がなく、むしろ、共犯の処罰根拠により出る、同様の結論なのである¹⁵⁾。

他人が被教唆者に対して犯罪の意思決定の形成を促して、懲慚、勧誘などの教唆行為をしたとする。被教唆者が何もしなかったならば（失敗の教唆）、あるいは犯罪の意思決定を形成しても結局何の行動もしなかった状況があれば（未遂の教唆）、この二つの場合においては、実行の着手以降の正犯行為性が欠けるので、未遂犯は成立しない。しかし、すでに他人に対して犯罪を教唆する意図を持っている場合の未遂行為が処罰されるべきか否かについては、依然として、その議論をする価値がある。その問題は未遂犯の処罰根拠にまで及ぶのである。換言するならば、未遂犯の処罰根拠は、行為者が表した法律に対する敵対の意思に基づいている。よって、行為者が一旦、他人に対して犯罪を教唆する意図を持って、唆し、勧誘などの言行に出れば、その者を処罰することが必要になる。被教唆者が教唆に従って犯罪の決意を形成したか否か、そして、その犯罪の決意を実現したか否かは、すべて偶然的な事実属し、それらの事情は、教唆の未遂行為に関する可罰性には影響しない。

しかし、2005年の刑法改正では、不能未遂が処罰されないということが明白に規定された（刑法第26条）。そこでは、未遂犯の処罰根拠は、未遂行為を惹起した法益侵害の危険を基礎としていると言える。従って、「失敗の教唆」と「未遂の教唆」の場合においては、現実に、法益安全を危殆化する正犯行為が欠けるから、処罰する必要はない。また、被教唆者は、規範の意識を持っている者であり、犯罪の意思決定をする際に、必ず規範の意識からきた強烈な反対動機に臨むことになる。その犯罪に対する意欲の強さが、規範意識の制約を超えて、最終的に犯罪の意思決定を形成するか否かについては、人によって異なる。しかしながら、その時に良心との葛藤があることが考えられるだろう。他人に犯罪を教唆する行為は、以下のことを前提とする。すなわち、被教唆者は、規範意識がその犯罪の意思

15) 山口厚・前掲注(11) 309頁。

決定を阻止することになる障壁を乗り越えるということである。それを受けて、教唆行為から法益侵害の結果が惹起されるまでには、かなりの距離が認められる。そして、刑法の干渉をその段階までに早める必要はないだろう。

刑法第29条第3項が削除された後に、ある論者は以下のように批判した。すなわち、「教唆の未遂を処罰する根拠がないため、以下のような法律の抜け穴が出てくるだろう。たとえば、行為者が他人にその仇敵を刺殺することを唆した場合を考える。被教唆者は行為者に唆された後に、殺人の故意が生じて、またその時刀を所持していた。被害者を発見したならば、それを使って刺殺するつもりであったが、彼が被害者を発見して接近して刀を抜く前に、視力が良く、注意深い被害者がこれに気付く、被害者は速やかに逃げた。そのため、被教唆者は、殺人の実行に着手できなかった。刑法第29条第3項が削除されたことから、そのような『有効的な教唆』の事情に対して、行為者の未遂の教唆行為は殺人教唆の未遂犯としては今後再び論じられることなく、無罪を言い渡されなければならない¹⁶⁾。」という批判である。このように正犯がすでに犯罪行為の予備に出た事例は、失敗の教唆、未遂の教唆とは比較できない。正犯には厳粛に対処する必要があると思われる。しかし、殺人の予備行為を考慮して、正犯が犯罪行為を予備した事例をすべて教唆の未遂犯として論じることは、過酷ではなからうか。たとえば、窃盗罪（刑法第320条）には予備犯を処罰する規定がない。そのため、自己が窃盗罪を犯すために準備した行為は罰せられない。それに対して、他人が教唆者の教唆に従って、窃盗罪を犯すために準備した場合に、その他人に対して窃盗罪を教唆した者は、前述の教唆行為により、窃盗罪の教唆未遂犯が成立して処罰される。このような結論が導かれるのは明らかに不合理であろう¹⁷⁾。

予備犯は、一般的に独立的な予備犯と従属的な予備犯に分けられると思

16) 林山田『二〇〇五年刑法修正総評』（元照出版，2007）64頁。

17) 井田良『講義刑法学総論』（有斐閣，2002）441頁。

われる。第199条の通貨偽造、変造の予備罪は、前者にふさわしい事例に属する。その条文の規定には、以下の文言がある。すなわち、「通用の貨幣、紙幣、銀行券を偽造、変造し、又は通用貨幣の分量を減損させる用途に供する意図を以て、各種機械、原料を製造、交付若しくは収受した者」という文言である。これをみれば、本罪の実行行為は明白に理解できるだろう。比較的問題になるのは後者の場合である。たとえば、殺人罪の予備犯である（刑法第271条第3項）。一般的な行為の段階に関する理論に基づいて考えると、そのような予備行為は着手の前の段階に置かれている。従って、そのような従属的な予備犯罪を、犯罪の実行と言うことはできないだろう。そうすると、被教唆者には、既に可罰的な予備行為があるのに、他人に犯罪を教唆した者は、正犯の行為が未だ実行の着手段階に至らないので、罰せられないことになる。ここに、処罰の抜け穴が生じるだろう。

しかし、独立的な予備犯あるいは従属的な予備犯によって犯罪の予備行為を立法者が規範化するか否かは、やはり純粋に立法裁量の決断に属するとする。ある予備犯罪行為はすでに立法者により類型化され、犯罪として刑罰を科される以上、その類型化された犯罪の予備行為を再び犯罪の行為段階として単純にみなすことはできない。むしろ基本構成要件（単独犯の既遂の構成要件）の修正、拡張として解釈するほうが比較的良好い。基本構成要件の修正的な形式とする予備罪は、自ずとその特殊な構成要件を備える。その場合、実行の着手も想像できるだろう¹⁸⁾。正犯の着手があれば、共犯の正犯に対する実行従属性は認められる。そして、正犯が単に予備犯罪の程度だけに至ったという場合、当該犯罪の予備行為に対する処罰の明文があれば、共犯従属性の原則により、当該予備行為の教唆行為を処罰することが可能である。それによって、処罰の抜け穴も存在しなくなるだろう。

18) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、オンデマンド、2002）1438-1439頁。

IV. 共犯と身分に関する条文の改正

刑法における犯罪類型は、通常行為主体の資格を限定していない。自然人であれば、行為主体になりうる。しかし、一部の犯罪類型が、行為主体の資格に対して、特別な要求をしている。その特定の行為主体の資格を備えないと、犯罪は成立しない。そういう犯罪類型は学説上、身分犯と言われている。

たとえば、業務上の秘密漏示罪（刑法第316条）の行為主体は以下の者に限られる。つまり、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、心理師、宗教師、弁護士、弁護人、公証人、会計士又はその業務上の補助者若しくはかつてこれらの職務に任じられていた者」である。芸能人とスポーツマンのマネージャーは刑法第316条に列挙された行為主体の範囲の外であるから、その者が業務上知り、または保持している他人の秘密を故なく漏らした行為があったとしても、その行為は本罪を構成しない。

また、枉法裁判罪あるいは仲裁罪（刑法第124条）の行為主体は「審判の職務を有する公務員又は仲裁人」に限られる。原告あるいは被告人が、上述の行為主体の資格を欠く場合には、証拠を偽造して、裁判官の事実の存否に関する認知を誤導して、裁判官に不適法な判決を出させたとしても、その行為は本罪を構成しない。

身分犯の性質がある犯罪類型がその行為主体の資格を特別に要求するのは、以下のようなことを考慮するためである。すなわち、直接に法益を侵害できるのは特定範囲以内の者のみである場合に、法益の安全を保護するため、その有限的な範囲内にいる者に特別な義務を課しているということである。それに対して、ある論者は、刑法が一定範囲にいる者に特別な義務を課すことによって保護されたものを独立的な法益として理解する¹⁹⁾。

ここに、業務上の秘密漏示罪を例として挙げる。マスメディアの記者が

19) 井田・前掲注(7) 388-389頁。

取材で、ある取材対象者が特別な癖を有していることを知っているとしよう。その記者は、対象者にその情報を漏らさないことを要求されていたにもかかわらず、その情報を広く報道して披露して、対象者のプライバシー情報を侵害した。その行為も業務上秘密漏示の性質を持つ。これに対して、患者は、医者に診断、治療をしてもらうために、自らの身体の状態を詳細に知らせ、あるいは身体を検査を受けなければならない。患者が個人の身体のプライバシー情報を提供することは、医療を受けるための必要な条件としての、強制的な性格がある。もちろん、ほかの選択肢がない場合である。そのため、患者が自らの情報を提供する事情と、取材対象者が取材を断ればその合法的な利益を害されない事情とは異なっている。患者にとって医者との信頼関係を保護するために、刑法は、医者にその秘密を守る義務を課す。そして、もし医者が業務上知り、または保持している患者のプライバシー情報を理由なく漏らした行為があれば、刑法によって、その医者は処罰されるのである。

人は、勝手に他人の病歴を覗いて公開することも、その患者のプライバシー情報を侵害することもできる。しかし、このことと、医者が秘密を守る義務に違反して業務上知った患者の秘密を漏らす行為との間には単に「量」の差異があるようである。医者が秘密を守る義務に違反して業務上知った患者の秘密を漏らす行為は、患者の身体のプライバシーを侵害するだけではなく、さらに、患者と医者との信頼関係をも阻害していることになる。その医者と患者の間に存在している信頼関係は、患者の身体のプライバシーと比べ、異なった意味を持つ。しかしながら、医師の資格を欠いている人は、この医者と患者との間にある信頼関係を阻害することを手段として、患者の個人身体のプライバシーを侵害することは絶対できないであろう。

特定の資格を欠いている行為者は、単独で特別な行為主体の資格が要求されている身分犯の犯罪を犯すことができない。しかし、特定な資格を備えている者と犯罪を共同して犯したときに、その状況はどうなるのであろうか。

刑法第31条は、以下のことを明らかにする。すなわち、「身分その他特定の関係によって成立すべき犯罪を共同して実行し、又は教唆若しくは幫助した者は、その特定の関係がない者であっても、なお共犯を以て論ずる。但しそれを減輕することができる。（第1項）身分又はその他特定の関係によって刑の輕重又は免除があるときは、その特定の関係がない者には、通常の刑を科する。（第2項）」ということである。

法制度の沿革をみると、現行刑法第31条の規定は、以下のような1928年の刑法第45条に従って、定められた。つまり、「身分によって成立すべき犯罪につき、それを共同して実施し、又は教唆若しくは幫助した者は、その身分がない者であっても、なお共犯を以て論じる（第1項）身分によって刑の輕重又は免除があるときは、その身分がない者には、通常の刑を科する（第2項）」という規定に従って定められたのである。これは以下の1911年の暫行新刑律第33条の規定とは異なっていた。すなわち、「身分によって成立すべき犯罪につき、その教唆若しくは幫助した者は、その身分がない者であっても、なお共犯を以て論じる。（第1項）。身分によって刑の輕重があるときは、その身分がない者には、通常の刑を科する（第2項）」という規定である。なぜ特定の資格を備えていない行為者には、その資格を備えている行為者と共同して犯罪を犯した後、その欠いている特定な資格を補って犯罪が成立するのだろうか。その立法理由は見当たらないが、その時期の刑法学者である王觀（1890-1981）はそれについて以下のように解説をした。

すなわち、「単独犯についていえば、公務員でなければ収賄罪を構成しない。軍人でなければ抗命罪を構成しない。証人の身分がなければ偽証罪を構成しない。しかし、公務員と公務員ではない者とが共同して賄賂を受け取り、軍人と軍人ではない者とが共同して長官の命令に反抗して、証人と証人ではない者とが共同して虚偽の供述をしたときに、自ずと公務員に収賄罪を、軍人に抗命罪を、証人に偽証罪を科すはずである。公務員、軍人、証人の身分がない者に対しては、無罪の宣告をするはずである。そうすることが理論に合致するだろう。但し、その理論を貫徹すると、身分が

ない者と、身分がある者とが共同して犯罪した場合に、無罪になる。そのことは犯罪者の悪性を重視している刑法の趣旨に違反するであろう。それゆえに、我が国の刑法第45条第1項は以下のようなことを規定するのである。つまり、『身分によって成立すべき犯罪につき、その共同して実施し、又は教唆若しくは幫助した者は、その身分がない者であっても、なお共犯を以て論じる』とされるのである。これは以下のようなことを明示している。すなわち、身分を要件とする犯罪には、共犯者すべてに身分があることは不要である。正犯が身分の要件を満たせば、他の共犯に身分の関係がなかったとしても、なお共犯全員に身分があることを以て論じて、同じ条文を適用する」ということである²⁰⁾。

2005年に改正された刑法第31条第1項は、裁判官に刑罰を減輕する裁量権を授権した。その改正理由は、以下の通りである。つまり、「……身分その他特定の関係がない正犯あるいは共犯に鑑みて、その悪性が身分その他特定の関係がある者より重いという事情は、しばしば見られ、……実務上円滑に運用するために、減輕することができるという但書を追加した」ということである。その改正理由と王観の解説を見てみると、以下のようなことが推定しうる。すなわち、特定の資格を備えていない行為者を特定の資格がある者として擬制してその者に正犯を成立させるのは、以下のようなことを考えるからであろうということである。つまり、共同犯罪を経由して表象される犯罪あるいは再犯の危険性（悪性）という反社会的な性格を持っている者には、刑事矯正を受けさせる必要があるということである。

犯罪行為者の悪性を矯正することに基礎を置く主観主義刑法理論には、様々な欠点がある。したがって、それを採ることはできないと思われる。その他にも、特別な義務に違反することを構成要件要素（義務犯）とする身分犯については、以下のような批判がある。すなわち、「特定の資格を欠いている行為者は、構成要件該当の行為を分担することができない。単

20) 王観『中華刑法論』（中國方正出版社，復刻版，2005）264頁。

純に法益侵害の事実を基礎とする依存性から見ると、特定の資格を欠いている行為者と特定の資格を備えている行為者とが協働して、身分犯の特質がある構成要件の実現を促したということがあっても、刑法上特別な義務を負わない行為者が特別義務に違反する行為は、違法性があるということの説明し得ないであろう。よって、刑法第31条第1項が特定の資格がない者を特定の資格がある者と擬制して、その者に共同正犯を成立させるのは、恣意的な立法である」ということになる²¹⁾。

他方、ある論者は以下のことを指摘する。すなわち、「教唆犯と幫助犯は、刑法第2編の罪(分則)における各条に明文で規定された犯罪類型の行為主体ではない。確かに、特定の資格を欠いている者には、その行為主体の資格に関して特殊な要求がある犯罪類型の正犯は成立しないが、正犯に従属した共犯は成立しうる。よって、刑法第31条第1項が以下のことを認める規定は、不必要である。つまり、特定の資格を欠いている行為者に、特定の資格を備えている行為者と同時に狭義の共犯(教唆犯、幫助犯)が成立しうるということである。」との指摘である²²⁾。この点に関しては、疑問があると思われる。「因果共犯論」から見れば、「純粹惹起説」(この学説は、正犯と共犯とを区別する体系に合わない)を除き、「修正惹起説」あるいは「混合惹起説」を採っても、「正犯の不法」あるいは「共犯の不法」との関連に直面しなければならないのである。

「修正惹起説」から見ても。特定の資格を欠いている行為者は、その特定の義務違反による法益の侵害を惹起することができない(たとえば、医者でない者は患者の病歴を漏らして医者と患者の間にある信頼関係を破壊することはできない)。特定の資格を欠いている行為者が特定の資格を備えている者の犯罪行為に参加することを処罰するのは、特定の資格を欠いている共犯が特定の資格を備えている正犯を経由して、間接的な法

21) 林山田『刑法通論(下)』(作者自版、第10版、2008)146-147頁。柯耀程・前掲注(12)443頁。松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂、第4版、2009)306頁。

22) 例えば、林山田・前掲注(21)146頁。

益侵害を惹起したことに着目するのではなく、むしろ、以下のようなことを理由として、比較的万全に法益の安全を保護するからである。つまり、正犯が刑法によって課された特定の義務に違反する行為を誘発、促進することを禁止するということである。よって、特定の資格を欠いている共犯の不法は、実際には「正犯の不法」を惹起するところにある。すなわち、正犯が刑法によって課された特別な義務に違反することを促すことである。先に挙げられた医者の上秘密漏示罪に関する解釈のように、医者に業務上の秘密を漏らす行為を教唆すれば、確かに患者に対する情報プライバシーを侵害することができるが、その教唆者は、医者ではないのであるから、刑法が医者と患者との信頼関係を保護するために課している秘密を守る義務に違反することができない。この観点から言えば、特定の資格を欠いている共犯者の刑罰は減輕されるはずだと思われる²³⁾。

また、「混合惹起説」には、「正犯の不法」以外にも、共犯固有の不法が存在する。そこで、義務犯の性質がある犯罪類型について見てみよう。特定の資格を欠いている共犯者は、刑法の命令・禁止によって行為義務を課された規範の対象ではない。その者は、正犯が刑法によって課されている義務に違反する行為を通じて法益を侵害するのである。このような法益の侵害を惹起する方法は、特定の資格を欠いている共犯にとっては、刑法に禁止された行為に値しない。そこで、元々違法性がない教唆、幫助行為に処罰根拠を基礎づけることが、刑法第31条第1項の存在価値だと思われる。すなわち、本項の規定は共犯の従属性の原理の上に、その可罰性を拡張する特殊な規定である。特定の資格を欠いている共犯者の行為は正犯の違法性より低いのであるから、その刑罰を減輕しようと思われる²⁴⁾。

行為主体が一定の資格を備えることを要求する犯罪類型は、必ずしも行為者が特別な義務に違反することを構成要件要素としていない。現行刑法第31条第1項により、裁判官には裁量権が授けられ、裁判官は事案によ

23) 松宮・前掲注(21) 306-307頁。

24) 高橋則夫『刑法総論』(成文堂, 2010) 458頁。

て特定の資格を欠いている共犯者の処罰を減輕するか否かを決定できる。
これは合理的な規定だと思われる。

台湾刑法における併合罪に関する 近時の法改正について

——代用罰金刑との関係を中心に——

李 錫 棟*
訳 頼 勇 佢**

- 目 次
- I. 概 説
 - II. 法改正の背景
 - III. 法改正の理由
 - IV. 法改正についての評論——結びにかえて

I. 概 説

台湾刑法における併合罪に関する条文は、1934年に刑法が制定された当時、第50条「裁判確定前に犯した数罪は、併合して処罰する」と定められていた。それ以降数十年間、当該条文は改正されなかったが、今年の1月に突然以下のように改正された。すなわち、第1項「裁判確定前に犯した

* 中央警察大学法律学系教授

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

数罪は、併合して処罰する。ただし、その数罪が次に掲げる罪にあたるときは、この限りでない。第1号、代用して罰金を科することができる罪と代用して罰金を科することができない罪。第2号、代用して罰金を科することができる罪と代用して社会労役に服させることができない罪。第3号、代用して社会労役に服させることができる罪と代用して罰金を科することができない罪。第4号、代用して社会労役に服させることができる罪と代用して社会労役に服させることができない罪。」、第2項「前項ただし書の場合には、受刑者の請求に基づき、検察官は裁判所に対して、執行すべき刑期を定めるよう申立て、裁判所は、第51条の規定によりその刑期を定める。」という規定である。併合罪の適用範囲を制限するために、第2項の規定の他に、第1項の規定にただし書が追加された。

ここで、「突然改正された」と表現するのは、今回の法改正は立法委員（台湾においては国会議員がこれにあたる）らの提案に基づき改正されたもので、必ずしも裁判官、検察官、弁護士、学者らによって十分に討論された後に提出されたものではなかった、ということの意味する。しかしながら、それにもかかわらず、この条文はすでに立法院（台湾においては国会がこれにあたる）で審議され可決されたことから、有効な法規範となった。

この条文が立法院において審議され可決されて現在のような改正に至ったのには、もちろんその法改正の背景と理由がある。この法改正の背景は、併合罪にあたる数罪のうち、もともと代用して罰金を科することができる罪が併合された後に、実際に執行する刑が代用罰金刑の要件を充足しない場合に、なお代用して罰金を科することができるか否か、が常に激しく争われていたことにある。それだけでなく、立法政策も絶えず流動的であった。最終的には、今回の法改正に見られるように、併合罪の適用範囲を制限する、という結論に至った。

この度、講演のテーマを「台湾刑法における併合罪に関する近時の法改正について」としたが、今回の併合罪に関する法改正は、単に上述のように、併合罪に関して代用して罰金を科することができるか否かという問題を

解決したものにはすぎない。しかし、今回の法改正を導いた本当の原因は、併合罪規定そのものに問題があったことではなく、実は代用して罰金を科すこと及び社会労役に服させることが、併合罪規定の適用により不可能になる、という不公平な結果が起こってしまうことにあった。すなわち、今回の併合罪規定が改正された原因は、代用して罰金を科すこと及び代用して社会労役に服させることを定めた規定と関連が存する。それゆえ、今回の併合罪に関する法改正の原因と背景を論ずるにあたっては、不可避的に、台湾刑法第41条（代用罰金刑）の沿革と解釈に触れなければならない。そのため、多くの時間をかけて刑法第41条を討論する必要があると言ってもよいことから、今回の報告では「代用罰金刑との関係を中心に」というサブタイトルをつけている。代用して社会労役に服させることは、2008年に新たに追加された規定の中で定められたものである（第42の1条）。そして、併合罪の問題を論じるに際して、代用社会労役は代用罰金刑と類似している。それゆえ、代用罰金刑の問題が解決された場合、代用社会労役の問題もおそらく同時に解決されることとなる。したがって、代用社会労役の問題については、最後に若干言及するにとどめる。

II. 法改正の背景

代用罰金刑とは、以下のようなものである。すなわち、軽微な罪を犯した行為者が、懲役あるいは拘留の判決を受けたが、その者には特別な事情があって、もし宣告された刑がそのまま執行されたならば、その者自身あるいはその家族に対して、著しく不良な結果が生じるおそれがあるという場合には、実際に刑を執行する際、宣告された懲役あるいは拘留を変更して、その代わりに罰金刑を科すことができる、という代替刑処分である。それによって、短期自由刑の執行が回避される。刑法第41条第1項が、「法定刑の上限が5年以下の有期懲役を下回る罪を犯し、6月以下の有期懲役又は拘留の宣告を受けた者には、新台幣1,000元、2,000元又は3,000元を以て1日に換算し、罰金に代えて科すことができる。ただし、罰金に代

えて科すことが、矯正の効果を生み難い又は法秩序を維持し難い場合は、この限りでない。」と定めている。

では、併合罪にあたる各罪のうち、もしその全てが代用罰金刑の要件を充足していて、ただ各罪を併合して執行すべき刑を定めた後、その刑期が6月を超えた場合、なお罰金に代えて科すことができるのか。2001年改正以前の台湾刑法においては、その可否の如何について規定されていなかった。従来、実務はこれを否定する見解を採用して、罰金に代えて科すことができないものと考えていた。この問題に関する実務の見解の変遷と法改正の沿革は、次のように説明されよう。

1975年の司法院大法官釈字第144号解釈は、以下のような内容である。すなわち、「併合罪のうちの一罪が、刑法規定によって、罰金に代えて科すことができる場合、罰金に代えて科すことができない他の罪と併合した結果、罰金に代えて科すことができなくなったときには、本来罰金に代えて科すことができる部分の刑については、罰金刑への換算標準を記載する必要がない。」換言すれば、大法官の意見は、以下のようなものであらうと思われる。すなわち、併合罪のうちの一罪は罰金に代えて科すことができるが、もし、罰金に代えて科すことができない他の罪と併合した結果、その執行すべき刑が6月を超えたときには、罰金に代えて科すことができない、そして、本来罰金に代えて科すことができる部分の刑についても、代用罰金刑を科すことができないようになる、ということである。

しかしながら、1994年の大法官釈字第366号解釈は、以下のように示している。すなわち、「裁判確定前に犯された数罪につき、それぞれ個別に6月未満の有期懲役が宣告された。これらの数罪は、刑法第41条の規定によれば、それぞれ罰金に代えて科すことができるものである。そして、これらの数罪は、同法第51条に従って併合され、その執行すべき刑が6月を超えるものとなる。それゆえに、その執行すべき刑が罰金に代えて科すことができないようになった場合には、国民の自由権にとって不必要の制限が形成されることとなる。それは、憲法第23条の規定に全く合致するものではない。したがって、前述の刑法規定は、検討の上、改正されるべきで

ある。」その理由は、以下のようなものであろうと思われる。すなわち、刑法第50条は、刑事政策的理由に基づいて、裁判確定前に犯された数罪につき、併合して処罰することを定めたものである。そして、刑法第51条においては、以下のことが明示的に規定されている。すなわち、その数罪につき、それぞれ個別に刑を宣告し、そして、各宣告刑の刑期のうち最も長期のもの以上、各宣告刑の刑期を合計したもの以下の範囲で、その刑期を定めなければならない、ということである。この刑法第51条の規定によると、そもそも刑の宣告を受けた者を更に不利益な地位に置かせる意味はないだろう。もし、犯された数罪それぞれが代用罰金刑の要件を充足しているならば、もともとは代用して罰金を科することができる以上、自由刑を罰金刑に代える余地があるはずである。ただし、併合した結果、定められた執行刑が6月を超える場合、刑法第41条により、罰金に代えて科すことができないとなるとすると、その刑の宣告を受けた者にとって、もともとは代用して罰金が科されうる余地があったにもかかわらず、その余地がなくなることとなってしまう。したがって、その者は、自由刑の執行を受けなければならない、このことは、国民の自由権に対してなされた不必要な制限にあたることとなるのである。

第366号解釈が作成されたときに、ある大法官は反対意見を提出した。彼は、併合して処罰するために、定められた執行刑が6月を超えても罰金に代えて科すことができるとするのは、明らかに均衡を失する意見であるとして、以下のような事例を挙げて説明した。すなわち、甲は、住居侵入、傷害、逃走、及び盗品譲受けの計4罪を犯した、という事例である。この4つの罪につき、それぞれ個別に(4つの)有期懲役6月が科され、これらは全て罰金に代えて科すことができるものである。そして、これらの罪が併合され、その執行刑が1年2月(14月)と定められた。本解釈によると、それでもなお罰金に代えて科すことができるだろう。一方、乙は、傷害1罪を犯し、それによって、有期懲役7月が言い渡された。そのため、(有期)自由刑を罰金に代えて科すことができず、乙は刑務所に入らなければならない。乙のように刑務所に入った者で、そのような不均衡

な事情に納得できる者はいないであろう¹⁾。それ以外にも、本解釈は、少なくない学者らによって批判されることとなった²⁾。裁判所は、その大法官釈字第366号解釈の趣旨に従い、以下の調整をした。すなわち、併合罪にあたる数罪全てにつき、それぞれ代用して罰金を科すことができるものであるが、これらが併合され、定められた執行すべき刑が6月を超えるとときには、釈字第366号解釈及び刑法第41条により、罰金に代えて（有期）自由刑を科すことが許される。そして、併合罪にあたる数罪の中で、ある罪は罰金に代えて科すことができるが、他の罪は罰金に代えて科すことができない場合は、釈字第366号解釈の射程に含まれず、同様に罰金刑に代えて科すことはできない。2001年に刑法第41条を改正する際、「併合して処罰された数罪が、それぞれ全て前項の要件を満たすものの、その執行すべき刑が6月を超えたときも、同項と同様とする。」という第2項の規定を追加した。このように、大法官釈字第366号解釈の趣旨を条文化した。つまり、併合罪にあたる各罪が、全て代用罰金刑の要件を充足するものの、その数罪が併合され、その執行すべき刑が6月を超えた場合には、同様に罰金刑に代えて（有期）自由刑を科すことができる、ということを明文化したのである。しかし、この規定は、釈字第366号解釈とあわせて、本解釈に反対している学者によって、間違っ了解釈がそのまま間違っ条文となったものである、と指摘されている³⁾。

その後、2005年法改正の際に、また刑法第41条第2項の規定を以下のように従来のものとは相反する方向で改正した。つまり、「前項の規定は、併合罪においてその執行すべき刑が6月を超えないときにもこれを適用する。」という規定である。この規定により、併合して処罰するとき、各罪

1) 大法官釈字第366号解釈翟紹先大法官不同意見書。

2) 例えば、林山田『刑事法論叢（二）』（元照出版、第2版、1997）77頁以下、柯耀程「刑罰具體化的形成形式與意義」月旦法學教室第43期（2006）92頁、盧映潔「刑罰論」月旦法學教室第41期（2006）72頁、林鈺雄『新刑法總論』（元照出版、2006）645頁参照。

3) 林鈺雄・前掲注（2）645頁。

の宣告刑は全て罰金刑に代えて科することができるが、もし各罪を併合した結果、その執行すべき刑が6月の自由刑を超える場合、(有期)自由刑を罰金に代えて科することができないようになる。このような法改正は、大法官の解釈に対する挑戦的な態度を色濃く示すものであろう。

しかし、その規定は2009年に、大法官によって釈字第662号解釈を以て憲法違反の条文として判示された。その解釈は、以下のことを認めた。すなわち、代用罰金刑制度は、本来自由刑の刑期を、一定の法律要件を満たすことに基づいて、罰金刑の執行に代えるものである。その趣旨は、短期自由刑の弊害を防ぎ、また、それによって自由刑の峻厳さを緩和する、ということである。そして、刑法第51条第5号の併合罪に関する規定の目的は、以下のようなものであると思われる。つまり、犯された各罪及びその宣告刑を併せて考慮し、適当に評価しながら、罪刑均衡の要求を満たして、最終的に具体的に実現される刑罰を決定する、ということである。すなわち、この規定には、もともと各罪に基づき刑の宣告を受ける者をさらに不利益な地位に置かせる意図はないのである。仮に、個別に罰金に代えて科することができる数罪に対して、これらを併合処罰してその執行すべき刑が定められた結果6月を超えることで、罰金に代えて科することができなくなるならば、もともとあった罰金に代えて科することができる機会を失わせることになる。それゆえ、その者は自由刑の執行を受けなければならないようになる。このことは、一旦刑の宣告の対象となった犯罪行為について、更に不利益な評価をすることに他ならないのである。それは、併合罪制度の趣旨を逸脱するものである。刑法第41条第2項(つまり、2009年に改正され公布された現行第41条第8項にあたる。以下、同じものを指す)の立法理由は、併合罪にあたる数罪の宣告刑それぞれが全て罰金に代えて科することができるものであり、そして、定められた執行すべき刑期が6月を超えるとき、もし、なお罰金に代えて科すことを許した場合、犯罪を促進するおそれがある、ということであろう。その立法目的は正当なはずであるが、ただ、もし矯正の効果を生み難い又は法秩序を維持し難く、(有期)自由刑を罰金刑に代えて科するのが適当ではないことが検察官に認めら

れた場合、刑法第41条第1項ただし書により、罰金に代えて科すことを許さなくても構わないのである。したがって、併合罪として定められた執行すべき刑が有期懲役6月を超える場合に、被告人に対して（有期）自由刑を罰金に代えて科す機会を法律上与えたとしても、必ずしも犯罪の予防を促進する結果を導かない。もし一律に（有期）自由刑を罰金に代えて科すことを許さないことになると、国民の身体自由に対する過度な制限が生じ、憲法第23条の定める比例原則に違反する。

それにより、併合罪における代用罰金刑制度はまた、2005年法改正前、1994年大法官积字第366号解釈以後の状態に戻ったのである。それにもかかわらず、この制度を巡る議論はまた揺らいでいるのである。ある大法官は、以下のような反対意見を出した。

1. 併合罪及び代用罰金刑制度は、立法者が刑事の正義、罪刑均衡、有効に社会刑事秩序を維持すること、および、国民の正義の価値観を満たすことを追求するため、形成された法秩序である。特に、代用罰金刑制度の形成は、いかなる状況の下で短期自由刑を罰金刑に「転化」しうるのか、ということと関わるものである。すなわち、自由刑の妥当性——いかなる状況の下で、短期自由刑を科さなくてもよいか、また、どれほど短い短期自由刑は受刑者にとって矯正の効果が出ないか——を判断することと関連がある。それらは全て「立法者の裁量」に属する。特に、刑法第41条第2項は、立法者が2005年に大幅に刑法を改正し、刑事政策を改革することの一環であった。2005年に立法者が刑法の背景にある刑事政策を全面的に検討し直したことから、以下のことが読み取れる。つまり、刑法第41条第2項の改正には以下のような目的があった、ということである。それは、併合罪として6月を超える自由刑が科される者に対しては、罰金刑を科すことを許さない、という目的である。これが現実の政策の需要に基づくものであれ、あるいは、社会上国民の正義感を反映するものであれ、いずれにせよこのことは、立法者が刑事措置の有効性（いかなる場合に、短期自由刑を科さなくてもよいか）を判断することと繋がる。これらは全て、立法者の目的とその手段の価値あるいは有効性に関する判断に属し、また、

およそ「予測」という性質を伴うものである。予想された効果が達成されるか否かは、ただ新制度が実施された後にしか分からない。また、成果の良否は政治責任制度と関連するものである。このような形で刑事政策を変更する正当性については、立法者が厳格に比例原則を遵守する前提があれば、憲法の解釈機関はそれを十分に尊重すべきだと思われる。本号の解釈は、このことを全く斟酌することなく、直ちに改正された刑法第41条第2項の規定を排斥してしまったのである。このような解釈は、不当に立法者の裁量権に介入するものであることが明らかであろう。

2. 本号の解釈によれば、刑法第41条第2項が刑法第51条第5号の定める併合罪制度の「趣旨」を逸脱することは許されない。このような解釈は、その二つの条文の優先順位の問題から導かれるものと思われる。というのも、一つの法律の中で、第41条第2項が第51条第5号より劣後するものとされていなければ、「後者は上位にあるが、前者は下位にある」ものであり、前者が後者に違反する、という結論が導き出されえないからである。しかしながら、両者の規定にそのような優劣を認める表現は極めて疑わしいものであろう。なぜならば、併合罪は刑法上特別に定められた制度であり、併合罪処罰の場合にも罰金刑に代えて科すことができるとする第41条第2項もまた、この制度を定めた規定のうちの一つだからである。加えて、本号の解釈は併合罪の制度が高度な刑事政策的判断に属することを明らかに無視するものであるように思われる。このような解釈によれば、むしろ以下のことまで承認しなければならないであろうか。すなわち、行為者が単に「もう一つの罪」を犯して、併合罪の適用を受けるに至るだけで、刑期の割引の優待を受けなければならないだろう、ということである。

3. 併合罪において執行すべき具体的な刑期を定める際、裁判官たちは、これを罰金刑に代えて科すことができるか否かについて、個別的な事件における行為者の「悪性」だけを考量することから離れて、どれだけの「累積された悪性」があるかを総体的に判断し、「総体的な評価」を下すべきである。このとき、裁判官たちは、行為者の悪性が表出した悪しき結果

についても改めて「総合的な評価」を加える。このような総合的な評価は、併合罪において執行すべき刑を決定する趣旨に合致するものと認められるはずであり、併合罪の趣旨を逸脱するものとして批判されてはならないと思われる。さもなければ、どうして併合罪がそれぞれの宣告刑の総和を執行すべき刑の総和としない結論を導けるのであろうか。

反対意見は完全に妥当ではないとは言えない。しかし、併合罪のうちの各罪が全て罰金刑に代えて科すことができる場合に、その執行すべき刑が6月を超える者に対して、代用の罰金刑の機会を与えるべきか否かについて、多数の大法官はこれを肯定する見解を採る。それはすでに述べたところである。2009年の法改正の際に、再び刑法第41条第2項の規定は以下のように修正された。つまり、併合罪のうちの各罪が全て罰金刑に代えて科すことができる場合には、その執行すべき刑が6月を超える者に対しても罰金刑に代えて科すことができる、というものである。以上のことは、併合罪のうちの各罪が全て罰金に代えて科すことができる場合である。

なお、併合罪に関して、一部の罪は罰金刑に代えて科すことができず、一部の罪は罰金に代えて科すことができるものの、その執行すべき刑が6月を超える場合には、なお罰金刑に代えて科すことができるのであろうか。刑法において、このことを明確に定めている規定は依然として存在しない。また、大法官釈字第662号解釈もこのことに触れなかった。したがって、これについては疑問が残る。この問題について、その後、2010年の大法官釈字第679号解釈の中で、以下のことが指摘された。つまり、「併合罪において、その各宣告刑の中で、罰金に代えて科すことができるものがあって、科すことができないものもある場合に、その執行すべき刑を定めるときに、本来は罰金に代えて科すことができる罪に関して代用の罰金刑を科すことができるか否かについては、立法者がもちろん憲法の趣旨と符合する範囲において裁量として決定できる。」ということである。すなわち、大法官は、このことは立法裁量の問題であって、憲法違反か否かとは関わらないと認めたのである。かつて、実際に以下のような事件が存在した。つまり、ある受刑者は代用して社会労役に服する宣告を受けたあと

に、他の罪によって、代用して罰金を科するという宣告を受けた。結局、裁判官は判例の見解に従い、両罪を併合したのち、代用して罰金を科すことはできず、また、社会労役に服させることのできないことから、その者は刑務所に入らなければならないと判示した。この事件を理由に、立法委員は刑法第50条の改正案を提出して、併合罪の適用範囲を制限するつもりであったが、繰り返し審議された後に、当該条文は2013年1月8日に以下のように改正されたのである。すなわち、「裁判確定前に犯した数罪は、併合して処罰する。ただし、その数罪が次に掲げる罪にあたるときは、この限りでない。第1号、代用して罰金を科することができる罪と代用して罰金を科することができない罪。第2号、代用して罰金を科することができる罪と代用して社会労役に服させることができない罪。第3号、代用して社会労役に服させることができる罪と代用して罰金を科することができない罪。第4号、代用して社会労役に服させることができる罪と代用して社会労役に服させることができない罪。」「前項ただし書の場合には、受刑者の請求に基づき、検察官は裁判所に対して、執行すべき刑期を定めるよう申立て、裁判所は、第51条の規定によりその刑期を定める。」というものである。

III. 法改正の理由

前述のように、併合罪のうちの各罪が全て罰金刑に代えて科すことができるときに、その執行すべき刑が6月を超える者に対して、代用の罰金刑の機会を与えるべきか否かについて、大法官釈字第662号解釈及び2009年に改正された刑法第41条第2項はすでに、この場合も罰金刑に代えて科すことができる旨、回答を示している。しかし、併合罪において、各宣告刑のうち、一部の罪は罰金に代えて科すことができず、一部の罪は罰金に代えて科すことができるものの、併合してその執行すべき刑を定めたときに、もともとは罰金に代えて科すことができる罪に関してもなお罰金に代えて科すことを許すか否かについて、刑法上明確な規定が存在していな

い。ただし、刑事司法実務は、「罰金に代えて科すことができる罪と罰金に代えて科すことができない罪とを併合して処罰した場合には、罰金に代えて科すことができない」ということを認めている（司法院院字第2702号解釈）。

前述した刑事司法実務の見解に対して、大法官は釈字第679号解釈の中で、次のように判示した。すなわち、「罰金に代えて科すことができる罪と罰金に代えて科すことができない罪とを併合して処罰した後、全て罰金に代えて科すことができないと認めるのは、以下のことを考慮したからである。つまり、罰金に代えて科すことができる罪と罰金に代えて科すことができない罪とを併合して処罰した場合、行為者は罰金に代えて科すことができない罪を犯している以上、当該行為者に対しては自由刑を科す方が当初の矯正目的を比較的容易に達成することが可能であるため、なお自由刑によって矯正される必要がある。それゆえ、罰金に代えて科すことができる罪が、罰金に代えて科すことができない罪と併合して処罰されるときには、罰金に代えて科すことが許されないものとする。このように自由刑によって犯罪者を矯正するという目的は正当なものである、また、不必要な、あるいは、より厳格な刑罰手段を選択するものではない。そしてこのことは、併合罪の趣旨に違反するものでもない。更に言えば、憲法第23条に規定された比例原則とも抵触しないのである」。しかし、この釈字第679号解釈は、また次のようにも判示している。すなわち、「(有期)自由刑を罰金に代えて科すことができる罪と罰金に代えて科すことができない罪とを併合して処罰するときに、必ずしも常に罰金に代えて科すことが許されないとは言えない。立法機関はもちろん、刑事政策的考慮に基づいて、罰金に代えて科すことができる罪と罰金に代えて科すことができない罪とを併合して処罰するときに、罰金に代えて科すことができる罪に関しては罰金に代えて科すことを許すか否かについて、憲法の理念に合致する範囲で裁量に従って決定することができる」。

併合罪関係にある各罪が併合された後に、罰金に代えて科すことができるか否かについて、釈字第679号解釈と釈字第662号解釈は同一の見解を採

るものではなかったため、次のような疑問が残った。

1. 釈字第662号解釈によれば、併合罪関係にある各罪が全て罰金に代えて科すことができる罪の場合には、依然として罰金に代えて科すことができる。ただし、釈字第679号解釈により、併合罪関係にある各罪のうち、一部の罪は罰金に代えて科すことができ、一部の罪は罰金に代えて科すことができないものの、併合して処罰した結果、本来罰金に代えて科すことができる罪につき、併合されることによって罰金に代えて科すことができなくなっても、このような判断は立法機関の裁量に属する。そうだとすると、前者の解釈によれば、各罪の宣告刑がすべて罰金に代えて科すことができる罪の場合には、例えば、併合された執行刑が3年を超える場合であっても、全て罰金に代えて科すことができると認められよう。他方、後者の解釈によれば、例えば、併合された執行刑が8月にもかかわらず、各宣告刑のうちただ一つの刑が罰金に代えて科すことができないものである場合(すなわち、宣告刑が6月を超える、あるいは、法定刑のうち最も重い刑が5年の有期懲役を超える)、それだけで、全ての罪につき罰金に代えて科すことができないと認められることとなろう。このような結果が生じるのは、明らかに不公平であり、そして、不合理であろう。

2. 併合罪は制限加重主義を採っていることから、各罪の宣告刑が一つずつ累積して合算されることはない。併合罪の執行は、判決が下された者を更に不利益な地位に置くものではないであろう。立法者はすでに併合罪について制限加重原則を採ることによって、単純に各刑期を累積することから生じる過酷さを緩和して、罪刑均衡の要求に従っているのである。それゆえ、刑事司法制度の体系的貫性という要求から、その後の相応する制度の設計に正当な理由がない場合、勝手に従来の価値決定から離れることは許されない。さもなければ、国民の平等権に対する侵害となってしまうだろう。換言すれば、併合罪関係にある各罪が、併合された後に罰金に代えて科すことができるか否かに関する制度の設計は、併合罪において採用された制限加重主義という価値決定と一致しなければならないはずである。すなわち、併合罪処罰により、例えば、それまで可能だった代用罰金

刑の機会が奪われるという形で、被告人を更に不利益な地位に置いてはならないのである。このように考えてはじめて、平等原則に違反しないこととなる。しかしながら、釈字第679号解釈の見解によれば、法律上明確な規定がない状況において、裁判所が併合罪とする各罪のうち、罰金に代えて科することができる罪と罰金に代えて科することができない罪とが併合して処罰された後、それらをすべて罰金に代えて科することができない罪として解釈することが可能となろう。そうであるならば、実行された犯罪の事情が同じで、同じ刑罰の宣告を受けた者が、併合罪として処理されるか否かという偶然的な状況によって、執行上罰金に代えて科することができる場合と科することができない場合とが存在するという差別的な取扱いがなされてしまうこととなる。例えば、ある行為者は、裁判確定の前後にわたって別々に法定刑のうち最も重い刑が5年以下の有期懲役を下回る2罪を犯したところ、前の罪につき有期懲役7月が、後の罪につき有期懲役5月が言い渡された。そして、その2罪が併合罪の關係にない（いわゆる、学説上の単純数罪である）ことから、前後の2罪に関する刑が別々に執行された。この場合、後の罪については、刑法第41条第1項本文の規定により、罰金に代えて科すことが許される。今度は逆に、ある行為者がこれらの罪全てを裁判確定前に犯した場合、その犯罪事情は前述の単純数罪の場合と同じであるが、もし、その各罪を刑事司法実務の見解によって併合して処罰した場合、後の罪については罰金に代えて科することができないので、1年（あるいは1年以下）の有期懲役の執行刑を受けなければならないことになる。しかしながら、併合罪が制限加重主義を採るのは、単純数罪の場合に刑期が累積・合算されるときと比べて、その行為者の罪責が比較的軽いと考えるからではないか。そうだとすると、罪責が比較的軽いとされる併合罪の場合に、単純数罪の場合よりも、更に不利益な処遇を受けるといえるのは、罪刑均衡原則に違反するのではないか。

3. 次に、各罪が全て罰金に代えて科することができる併合罪を例に挙げて比較してみよう。釈字第662号解釈及び2009年に改正された刑法第41条第8項がすでに、罰金に代えて科することができる要件は各罪の宣告刑を基

準に判断されることを認めている。これに対して、仮に、一部の罪は罰金に代えて科すことができ、一部の罪は科すことができない状況において、裁判所が併合した総刑期を基準として総体的に観察することを通じて代用罰金刑の要件の充足を判断することを許せば、そこには平等原則違反の疑いが生じるであろう。

4. 受刑者が、(有期)自由刑を罰金に代えて科すことができない罪により、すでに刑が言い渡され、有期懲役が執行されて、所定の懲罰と矯正処分を受けている最中に、罰金に代えて科すことができる罪にあたる別罪が発覚した場合には、この別罪についての裁判において改めて当初の罪との併合罪による執行刑の形成がなされる。この場合にも、もともとは罰金に代えて科すことができる別罪の執行刑の形成にあたって、刑の執行がなされている罰金に代えて科すことができない当初の罪が影響を及ぼすことを許し、この別罪についてまで罰金に代えて科すことができなくなるとすれば、どうであろう。仮に、当初の罪についての刑の執行がすでに終わっている場合には、別罪について併合罪による執行刑の形成はなされず、罰金に代えて科すことができることと比べて、受刑者は不利益な地位に置かれることになってしまうのではなからうか。

その他、法定刑のうち最も重い刑が5年の有期懲役を超える罪(例えば、偽証罪、虚偽告訴罪など)を犯した者が、6月以下の有期懲役の宣告を受けても、その刑を罰金刑に代えることはできない。もっとも、2008年の刑法第41条の改正では、法定刑のうち最も重い刑が5年の有期懲役を超える罪を犯し、6月以下の有期懲役の宣告を受けた者について、その者は代わりに社会労役に服することができる旨が定められた。社会労役は、代用罰金刑以外の代替刑処分に当たる。それゆえ、これにより、併合罪に関わる代替刑処分は、罰金に代える処分と社会労役に代える処分という異なる2つの類型を含むこととなった。なお、大法官積字第662号解釈の趣旨は、同様に代用の社会労役においても妥当するものである。それゆえ、2009年の刑法第41条の改正にあたっては、同条第8項も次のように改正された。すなわち、併合罪関係にある各罪が全て社会労役に代えて科すこと

ができる刑の宣告を受けた者は、その執行すべき刑が6月を超えても代用の社会労役に申立てることができる。しかしながら、併合罪関係にある各罪のうち、一部は社会労役に代えることができるが、一部は社会労役に代えることができず、併合された執行刑が6月を超えるときにも、社会労役に代えることができるか否かについて、代用罰金刑と同じ疑問が残るのである。

それだけではなく、罰金に代えて科すことができるか否か、及び、社会労役に代えて服させることができるか否かが同時に問題となった場合、不合理な事情が生じてしまう。例えば、甲は、一つの罪を犯して、4月の有期懲役が宣告され、その刑について社会労役に代えて服することができるが、もう一つ別の罪を犯して、5月の有期懲役が宣告され、その刑についても社会労役に代えて服することができる場合、その2罪が併合されて6月の執行刑が定められたとき、甲は刑法第41条により依然として社会労役に代えて服することができる。他方で、乙は、一つの罪で4月の有期懲役が宣告され、その刑について罰金に代えて科すことができるが、もう一つの罪で5月の有期懲役が宣告され、その刑については社会労役に代えて服することができる（もっとも、罰金に代えて科すことはできない）場合、その2罪が併合されて6月の執行刑が定められたとき、乙に対しては、これを罰金に代えて科すことができず、また、社会労役に代えて服させることもできないことから、乙は刑務所に入らなければならない。乙は比較的軽微な罪を犯したにもかかわらず、刑務所に入らなければならないのである。このような結論に至るのは、明らかに不合理であろう（なお、実際には、社会労役に代えて服させることができる可能性が残っている。）。

このように前述の乙のような（有期）自由刑を罰金に代えて科すことができる罪と社会労役に代えて服させることはできるが罰金に代えて科すことができない罪、あるいは、これら2罪と更に社会労役に代えて服させることも罰金に代えて科すこともできない罪とを併合することにより、本来罰金に代えて科すことができる罪について罰金に代えて科すことができなくなり、また、本来社会労役に代えて服させることができる罪についても

社会労役に代えて服させることができなくなるという問題が生じる。この問題を解決するために、刑法第50条において、併合罪に関する適用範囲は以下のように制限される。すなわち、本来であれば併合罪関係にある各罪のうち、一部が罰金に代えて科すことができる、あるいは、社会労役に代えて服させることができる罪で、一部が罰金に代えて科すことができない、あるいは、社会労役に代えて服させることができない罪が組み合わさった場合、各罪は併合されずに、それぞれについて別個に刑が執行され、代替刑処分が可能な部分についてはなお代替刑による執行が可能となっているのである。

IV. 法改正についての評論——結びにかえて

確かに、一人が数罪を犯したときに、その各罪につき個別に処罰するのは、訴訟手続上何らの障害もない。とはいえ、それらの罪が同時に審判されうる以上、罰条を適用した上で、それらの罪を総体的に処理することはより合理的であろう。これはそもそも、併合罪が創設された当初の考え方であろう。また、その際刑罰を総体的に決定するにあたって、行為者の素質、生育環境、及び、いかなる他の罪を犯したかなどを考慮するのも当然であろう。それらの要素は、刑の量定に影響するものである。複数の罪を同時に審判するとき、もしそれぞれの行為に対して個別に刑罰を科した場合には、同一の行為者の素質、生育環境、及び、他に犯した罪の存在を繰り返して評価することが可能となるおそれがある。だからこそ、ある罪につき有罪の判決が出されたとき、行為者の素質、生育環境、及び、他に犯された罪の存在がすでに評価されている以上、その他の罪については、その刑罰の適用にあたって、これらの事情がすでに評価されていることを考慮し、これらの事情を排除した上でその他の罪それ自体に応じた刑の量定を行なう必要があるはずである。以上のことは、次のような事実を説明できるであろう。すなわち、併合罪における制限加重原則は、なぜ刑の宣告を受ける者に対して更に不利益な地位に置かせる意思がないものの、刑の

減軽事由あるいは被告人の「併合の利益」として認められうるのか、ということである。

他方、代用罰金刑制度と代用社会労役制度は、判決を受けた者の再社会化にとって、積極的な機能を担っている。これらの代用刑の宣告と、罰金刑に代えて科すことができない、あるいは、社会労役に代えて服させることができない刑の宣告と比べれば、過酷さの程度においてかなりの差異がある。このような差異は、行為者が犯した他の罪につき代用刑を科すことができるか否かを問わず、その執行すべき刑を言い渡す際に、行為者の総体的な罪責と相当するものとすべく、罰金に代えて科すことができるか否か、あるいは、社会労役に代えて服させることができるか否かについて考慮することを妨げるべきものではない。惜しいことに、本来罪刑均衡を担保するために作られた併合罪制度は、代用罰金刑と代用社会労役とが交錯する際、被告人の「併合の利益」が逆に「併合の不利益」になってしまう。2013年に我が国の刑法第50条が改正され、併合罪の適用範囲が制限されることとなった。この2013年改正によって、罰金に代えて科すことができる罪、あるいは、社会労役に代えて服させることができる罪と、罰金に代えて科すことができない罪、あるいは、社会労役に代えて服させることができない罪とが併合罪関係に立つことが否定され、それらの代用刑を科すことができる罪が軽微な犯罪であることに鑑みて、併合して処罰されるのではなく、個別に処罰される状態に戻ることとなったのである。我が国の刑法の現行規定に鑑みれば、このような改正がなされたのはやむをえないことであつたように思われる。もちろん、このような改正が実施された後に、いかなる弊害あるいは不合理、不平等な状況が生じるのかも、今後考察していかなければならない。

近時の台湾における刑罰論に関する 法改正について

——2005年台湾刑法改正をふまえて——

周 慶 東*
 頼 勇 佶**

目 次

- I. はじめに
- II. 法改正の方針
- III. 内容——刑罰における変化を中心として
- IV. おわりに

I. はじめに

中華民国（台湾）刑法及び刑法施行法の部分修正草案は2005年1月7日に立法院（台湾においては国会がこれに相当する）にて可決され、同年2月2日に総統によって公布されたのち、翌年7月1日に施行された。この度の改正は、刑法総則の約3分の2程度にまで及ぶ。それは1935年以降、最大の改正であった。特に、公務員の定義を変更し、心神喪失と心神耗弱の内容を新たに記し、共犯独立性説の放棄（教唆犯）、特殊事情の下での違法性の錯誤に関する犯罪阻却事由の改正、不能犯を可罰から不可罰へと改正、そして連続犯と牽連犯とを廃止したこと等があげられる。続いて、

* 中央警察大学法律学系副教授

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

各論においては、各常習犯の処罰を廃止し、総論では追訴権の時効起算及び期間を修正し、公権剥奪の範囲を改正したこと等があげられる。また、更に、刑事制裁——刑罰と保安処分——において、併合罪に関する執行刑の上限を引き上げ、無期懲役を受ける人の仮釈放に関する基準（となる刑期）を引き上げ、強制的な性交罪（強姦罪）を犯した者に対する強制医療制度を明文化し、重い罪を三回犯した累犯者、及び強制的な性交罪に関する医療を受けたが何らの効果がなかった者について、仮釈放の基準（となる刑期）を引き上げること等がある。本稿では、今回の法改正のうち、刑事制裁における刑罰の部分改正（保安処分を除く）を説明していく。

今回の刑法改正においては、幾つかの具体的な方向性と重点となるべきことが示された。具体的に言えば、理論と実務の差異を整合すること、刑法と刑事訴訟法を調和させること、外国における法制度の現状及び経験を吸収し、これを反映させること、刑事政策上の変遷に応じることがあげられる。詳細な内容を以下で論じていく。

II. 法改正の方針

今回の刑法改正は、刑罰論に関して、主に以下のような重要な方針と理念の下で進められた。すなわち、刑事政策上の変遷に応じること——寛厳並行の（緩やかでありつつも厳格な）刑罰理論を適用すること、理論と実務における差異の整合をはかること、実定法と刑法理論を更に適合させるように進めていくこと、刑事法全体が歩調を合わせること——刑法と刑事訴訟法を調和させること、外国における法制度の現状及び経験を吸収し、参考にすること、である。

1. 刑事政策上の変化への対応——寛厳並行の刑罰理論の採用

刑事政策の運用について、今回の改正は、主に日本の刑事政策学者の「刑事政策の二極化」で述べられた思想を参照している¹⁾。すなわち、重

1) 森下忠『刑事政策の論点Ⅱ』（成文堂、1994年）1頁以下。

い罪を犯しかつ改善し難い犯罪者に対しては厳格に処遇し、それに対して、軽い犯罪を犯し且つ矯正の可能性を持つ犯罪者に対しては、温和で寛容な処罰で対処するという思想である²⁾。実務上、その二極化した刑事政策——厳格と寛容——は、「寛厳並行の刑事政策」と呼ばれている。犯罪統計上の中間層にあたる犯罪以外の両極にある犯罪に新たに対処し直し、詳しく調べることによって、その政策が有効に広く刑罰の公正性と効果を示すと期待された。

また、刑務所の過剰収容、拘留及び短期自由刑の執行を受けている収容者の割合が上がっていることに鑑み、その問題を解決することも寛厳並行の刑事政策を考える上での課題の一つになる。すなわち、軽罪を犯した犯罪者に対しては、その収容状況を解消し、身体的自由の剥奪以外の処遇方法を採用することによって、司法機関と矯正機関の過重な負担を軽減し、他方で、重罪を犯した犯罪者及び再犯の虞が高い犯罪者に対しては、ふさわしい刑罰を科しながら処遇するという施策の推進が重要となろう。

しかしながら、刑法典を見てみると、今回の法改正がその寛厳並行の刑事政策を採ったにもかかわらず、重罪について重罰化する部分ばかりが多く、寛容な刑罰規範の改正はあまり目立っては見られない。

2. 外国における法制度の現状及び経験の受容

従来、台湾の刑法理論は、主として日本とドイツの伝統的な刑法理論を基礎としており英米法系における刑事立法の考え方をあまり取り入れてこなかった。しかしながら、台湾の法制度の現状が英米法系、特にアメリカ法文化及び司法制度の影響を受けはじめ、更にその影響が大きくなるという状況に伴って、アメリカ法制度が台湾における刑事訴訟法だけではなく、相関的に刑法に対しても影響をもつようになった。特に、以下に述べ

2) 森下・前掲注(1)1頁以下。台湾の文献は、鄭善印「兩極化的刑事政策」林東茂ほか編『罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀文集』(五南出版、1998)734頁以下、許福生『犯罪與刑事政策』(元照出版、第2版、2012)543頁以下参照。

る重罪累犯及び強制的な性交罪の特別な処遇においては、アメリカの「三振法」の趣旨を採用している。すなわち、刑法第77条第2項にある「重罪累犯」の仮釈放は許されないという内容である。また、依然として総則に存する累犯に関する規定もそれらの処遇に対応している。強制的な性交罪に対する強制医療においても、同様にアメリカの三振法の趣旨に則り、同じ重罪累犯の適用があるのに加えて、その犯罪者は強制医療を受け、更に「再犯の危険が著しく低くなる程度」までにならないと、仮釈放されることはない。しかし、そのような立法は、議論が不十分なままに作成され、またその専門性をも欠いていると一部の学者に指摘された。アメリカ式の個別事案に即した方法と、我が国における刑法の解釈学とはそもそも調和しないという背景事情に対して、もっと慎重に吟味する必要があると思われる³⁾。

3. 理論と実務の差異の整合及び実定法と刑法理論の更なる適合

今回の刑法改正は、近時の日本とドイツの刑法学説を参考にしている。これまでは、例えば、従来採用されていた共犯独立性の概念、相対的不能犯の概念、法律の変更があるときに「軽い方と新しい方へ」適用する原則などの概念は、日本またはドイツの学説理論と明らかに異なっており、日本またはドイツの学説と台湾の法律を適切に対応させることができなかつたのである。そのため、学術的理論と実定法の規定とを結び付けることができなかつた。そのため、より現代的な刑法学説・理論を取り入れるために、今回の法改正は以下の点に重点を置いた。第一に、新たな刑法学説あるいは理論を通じて、過去に存したが現代の感覚には合わない規定または定義を改めて、古い思想と現代の観念間にある困難な問題を解決し、かつ、保安処分に関する改正も刑法第1条罪刑法定主義にかかわる条文に明文化した。これにより、実定法と学説理論とをうまく噛み合わせることができたのである。そのように解すると、実定法というのは刑法理論の具体

3) 参照林山田『二〇〇五年新刑法總評』（元照出版，2007）43頁。

的な成果であり、そして刑法理論というのは、実定法の根拠と基礎だという関係が示されたと言えよう。

4. 刑事法全体が歩調を合わせること——刑法と刑事訴訟法を調和させること

前述の通り、英米法系における刑事司法制度の設計は、グローバル化によって我が国の司法制度に対して、ますます影響力をもつようになってきている。台湾の刑事訴訟法を例としてあげよう。1999年7月に司法院⁴⁾は、本来職権主義に基づいた刑事訴訟法に、一連の改正を提案した。すなわち、「改良的な当事者主義」制度を採用することである。この「改良的な当事者主義」の下で、いわゆる「ダイバージョン」という措置がある。それは、例えば、起訴猶予の採用、司法取引、「即決裁判手続き」適用の拡大、「集中審理」の進行などのような制度である。また、検察官に実質的な証明責任を負わせる法改正、「起訴審査制度」の新設、「当事者の申立てを主として、補助的に、裁判所の職権証拠取調べを使用する」証拠調査の方法を加えた。そして、今回の刑法の法改正のうち、それらの刑事訴訟法における変革に応じて、例えば、起訴猶予に合わせるため、社会内処遇の性質がある執行猶予制度を新設すること⁵⁾、執行猶予の効力の修正⁶⁾などの法改正も行った。そこでの目的は、実体法と手続法の両者を調和することである。

4) 司法院は中華民国（台湾）の最高司法機関。現在は院長と副院長を含む15名の大法官により構成されている。最終司法判断を下す機関としては、日本の最高裁判所に相当する最高法院や最高行政法院がある。そのため、司法院は形式上、司法行政機関としての性格が強い。<http://ja.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E6%B0%91%E5%9B%BD%E5%8F%B8%E6%B3%95%E9%99%A2> 参照。

5) 刑法第74条第2, 3, 4項。

6) 刑法第74条第5項。

III. 内容——刑罰における変化を中心として⁷⁾

1. 主刑及びそれに関わる部分の変更

(1) 自首が必要的減軽から任意的減軽へ（第62条）

従来、刑法において、自首に関する規定は必要的減軽原則を採ったものであった。すなわち、自首すると、必ずその刑の減軽を受けることができたのである。しかし、一部の犯罪者が自首を犯罪者の「御守り」とすること（自首は刑を減軽する保証のたとえ：訳者記す）に鑑み、自首を重罪責任の減軽手段とする不当な計画を防ぐため、裁判所がその具体的な不法事情を勘案した結果により、自首が責任減軽の根拠となるか否かを判断することとなった。

(2) 追訴権の時効の停止時点を確認し、追訴権及び刑の執行権の時効を延長すること（第80, 83, 84条）

追訴権とは、公訴機関あるいは被害者が国家に対して刑罰権を確認することを申し立てる権利である。従って、追訴権の消滅は公訴機関または被害者が公訴期間内に起訴しないことを要件としていると思われる。裁判所が不告不理の原則に基づいて立件されず、刑罰権の対象が不明確であると刑罰権を確認することはできない。だからこそ、いわゆる追訴権の時効の進行に関する問題は生じる。一旦起訴をすれば、追訴権の時効は停止する。そのような考え方に基づいて、当初刑法第80条第1項に存した「行使しない」という文言を「起訴しない」に変えたのである。この改正によると、以下のような不都合な状況も変わってくる。不都合な状況とは、つまり、従来、実務は捜査の始まりを、追訴権の時効の停止時点とする立場に立っていたことである。そして、捜査手続きが冗長に進められることや、不当に行為者の時効の利益を妨げることも同時に回避できることとなったと思われる。

7) 本稿は保安処分の法改正を論じない。

他方、前述の追訴権の時効の進行停止時点を遅らせる法改正が、追訴権の期間を短縮するという副次的な効果を導くことがあり、それにより、犯罪者に対する国家の追訴権の妨げとなってしまうという問題も出てきた。それを受けて、バランスをとるために、従来の追訴権の時効に関する期間を延ばす必要性も出てきた。このことから、今回の法改正では、本来が5級(種類)——1, 3, 5, 10及び20年——に分けていた追訴権の時効を、4級(種類)——5, 10, 20及び30年——に修正した。また、行刑権の時効期間も従来の5級(種類)——3, 5, 7, 15及び30年——を4級(種類)に変えて、そしてその時効期間をも——つまり、7, 15, 30及び40年に——延ばしたのである。

(3) 罰金基準単位の更新——「銀元」から「新台幣」へ(第33条第5号)

法改正前は、刑法の罰金は「銀元」を基準単位としていた。ただし、この単位は、大陸時代の通用貨幣の罰金単位として定められていたもので、現在台湾において流通している貨幣は銀元ではない。現在の経済状況と一致させるために、罰金の基準単位として、銀元を新台幣に改めた。そして、台湾社会の経済状況と水準とを反映させるために、その金額も新台幣1千元以上に引き上げるという変更を行った。

(4) (短期)自由刑を罰金刑へ代えて科す要件の緩和(第41条)

代用罰金刑に関する改正は、主に以下の二つがある。一つは、短期自由刑を罰金へと代えて科す要件を緩和することである。それにより、刑法第41条(改正後は第1項になる)にある「身体、教育、職業又は家庭の関係によって、執行が明らかに困難であるとき」という文言を削除した。もう一つは、刑法第41条に、「前項の規定が併合罪において、その執行すべき刑が6月を超えないときにも適用する」という第2項を追加したことである。

第1項の改正の下では、被告人が法定刑の上限が5年以下の有期懲役を下回る罪を犯し、そして、6月以下の有期懲役又は拘留の宣告を受けたという事案について、同項のただし書に定められた「ただし、罰金に代えて科すことが、矯正の効果を生み難い又は法秩序の維持をし難い場合は、こ

の限りでない。」という要件を充足しない場合には、「身体、教育、職業又は家庭の関係によって、執行が明らかに困難である」という要件は適用されないことが明示された。これにより、被告人が短期自由刑の代わりに罰金刑を受けるのは以前より緩やかになるだろう。

追加された第2項は、既存の司法院大法官釈字第366号解釈の内容に抵触する。すなわち、大法官の解釈は以前より以下のことを認めてきた。すなわち、併合罪のうち、それぞれの宣告はすべて第1項の要件（法定刑の上限が5年以下の有期懲役を下回る罪を犯し、そして、6月以下の有期懲役又は拘留の宣告を受けた者）を充足するが、各罪を併合した後、最終的に宣告された執行すべき刑はすでに6月を超えて、その執行すべき自由刑はすでにいわゆる短期自由刑に当たらない場合、その者は罰金へ代えて科す余地がなくなる、と。この点について、立法機関は以下のことを認めている。すなわち、大法官が、当該問題について上述のように解釈してきたのは、本来刑法第41条の規定は同部分に関して明文化していなかったからである。しかし、一旦条文が可決されたことであるから、今後は、裁判官たちはその新しい法律規定を基準として、大法官解釈の見解にかかわらず、判決を下すことになろうと思われる。

(5) 罰金に代えて労役へ服させることとの換算関係を改める（第42条第3、4項）

第42条第3項に関する新たな改正は、罰金を労役へ代える換算の上限を6月から1年に上げたことである。他の特別刑法、特に経済刑法が存在している下で、法定された罰金の金額は常に数百万、数千万あるいは数億元までのぼることがある。従来 of 刑法規定に従えば、最大で罰金を労役へ代えて6月までしか服させることができなかったが、どんなに高い金額の罰金刑を宣告したとしても、最大で6月の労役に換算することしかできなかったため、合理的ではない虞があった。そのように解すると、高い金額の罰金刑の処罰趣旨は没却されてしまう。それ故、労役へ服させる期間を罰金額相当にまで高めることが必要であった。従って、改正前の法律より、経済刑法における労役へ代えて服させる特殊な換算規定が現状に適してい

と思われる。

2. 付加刑に関わる部分の変更、すなわち付加刑——主に公権剥奪——に対する適用範囲の縮小(第36条)

従来、刑法において、刑罰の付加刑の一つとする公権剥奪は、「絶対的」平等を採っていた。すなわち、犯罪の事情あるいは種類を区分せずに、統一的に被告人の以下の権利を剥奪してきた。つまり、(1)公務員となる資格、(2)公職選挙人(立候補者)となる資格(3)選挙、罷免、創制(議案提出権)、複決(国民投票権)の諸権利を行使する資格である。

このような公権剥奪に対する批判は、主として実際にそれを実施することは受刑者を社会復帰させる目的を阻害し、犯罪予防に対しても、効果がないという点である。そのような批判もあって、今回の改正では上述の(3)の規定を削除した。また、憲法第23条の法律留保、比例原則の趣旨と一致させるために、現在では、具体的な事情により、「公職人員(公選の公務員)選挙罷免法」あるいは「総統副総統選挙罷免法」にその内容を規定することが予定されている。

3. 刑の執行について

(1) 併合罪の執行刑に関する量刑の上限の引き上げ——特に連続犯が廃止された以降との関係(第55, 56条)

従来、刑法において併合罪の場合、処罰する上限は、20年にとどまっていた。なお、一部の単統一罪の法定刑の上限は原則として15年であるが、もし加重事由があれば、20年まで加重することができる。そのように解すると、併合罪の上限と単統一罪の加重刑期は両罪共に20年である。このことは罪責均衡原則に抵触する虞があるため、併合罪と単統一罪とを区別することと罪責均衡原則に適合したものとすることを兼ねて、有期懲役が併合して定められる場合に執行すべき刑期の上限を30年に高めた。

(2) 執行猶予の効力が付加刑に及ぶか否かに関する明文化（第74条第5項）

刑法に規定された付加刑の刑罰には、前述の「公権剝奪」と「没収」が含まれている。従来、実務において、執行猶予の効力がこの二つの付加刑にまで及ぶか否かについては、様々な見解があった。すなわち、実務上の見解において、執行猶予の効力が付加刑にも影響を及ぼす範囲は、裁判官によって違っていた。執行猶予が没収に及ぼす影響は、すでに司法院大法官釈字第45号解釈に認められていた。つまり、執行猶予の効力は、没収という付加刑にまで及ばないのである。しかし、公権剝奪に対しては、意見の明確な一致がなかった。そのため、実務は、執行猶予の効力が公権剝奪まで及ぶということをも認めたのである。執行猶予が宣告された後、受刑者がまた公職人の選挙に参加する不当な現象を避けるために、今回の改正では刑法第74条第5項を増設して、そして、以下のことを明白に定めた。すなわち、執行猶予の効力は付加刑——没収と公権剝奪——と保安処分の宣告まで及ばないということである。

(3) 社会内処遇の性質がある執行猶予制度の新設——起訴猶予とダイバージョンの関係（第74条第2、3、4項）

刑事訴訟法第253条の2、起訴猶予処分に関する規定の影響を受けて、刑法第74条第2項に、裁判所が執行猶予を宣告するときに、被告人に対して、「社会内処遇」などを命じうるという規定を追加した。このことは、被告人が起訴猶予以外にも、審判の段階で社会内の処遇を受ける機会を得られるようになった。

これまでの刑事訴訟法においても、起訴猶予という制度は存在していた。その性質において、執行猶予制度と類似する。但し、起訴猶予制度のうち、処分を受ける者に、特定の負担及び義務を課す規定がある。もし執行猶予においても、起訴猶予と同じ内容の措置が設けられない場合、以下のような二つの問題が出てくる。一つは、執行猶予の受刑者が受ける制裁は、起訴猶予の処分対象者が受ける処分より軽くなってしまうことである。もう一つは、その事情を受けて、裁判官が執行猶予を宣告する意欲も

低くなってしまふことである。それ故に、両者のダイバージョンを適切に意味づけるため、今回の法改正において、条件付きの執行猶予制度も追加した。第74条第2項第4号の「国庫に一定の金額を払ふこと」という規定が、刑事訴訟法第253条の2第1項第4号の規定と異なる点以外は、他の各号は全て刑事訴訟法における起訴猶予制度の規定と同じである。

(4) 無期懲役受刑者において仮釈放の申立を可能とする最低年限の25年への引き上げ

無期懲役の仮釈放申立に必要な最低年限を高めることの基となる理念には二つある。一つには、一般的な長期有期懲役と無期懲役の仮釈放について、これを申立てられる最低年限の差異を十分に広げることである。もう一つには、死刑を廃止する政策に歩調を合わせることである。従来、一般的な長期有期懲役の執行刑は最長20年であった。そして、少なくとも10年間の受刑の後に、仮釈放の申立をすることが可能であった。そして、無期懲役の受刑者に関する仮釈放の申立については、従来の規定により、初犯が15年、累犯は20年受刑した後、申立をすることが可能であった。しかし、そのような区別方法は、以下のような批判を受けた。すなわち、死刑にも相当するかと思われるような重大な罪を犯した犯罪者が十数年の自由刑を受けた後に仮釈放の申立を行ったとして、これが受理されたならば、当該者は(早速)刑務所を出て、社会に戻ってしまうのである。これでは長期有期懲役の受刑者と比べても、ほぼ何らの差異もないことになろう。そのため、初犯か累犯かにかかわらず、今回の改正は、無期懲役の仮釈放の申立に関する年限を、一律に25年に引き上げたのである。

このような無期懲役の仮釈放の申立に関する年限を引き上げる規定は、同時に死刑廃止の政策の一端も担っている。上述のような従来の仮釈放に関する規定は、無期懲役の執行が既に一般的な長期有期懲役に変質した虞があることを裁判官たちに錯覚させたため、裁判官たちが死刑の代わりに無期懲役を宣告する意欲を削ぐことになっていた。なお、もし死刑の代わりに、仮釈放がない無期懲役(終身禁錮)を採用すると、人道上の問題と刑務所管理上の困難を引き起こすであろう。それ故に、今回の改正

は、無期懲役の仮釈放に関する申立の年限を引き上げることで、無期懲役を言い渡された者は仮釈放を申立てる機会が減ることになった。そして、それは実質上、終身禁錮と接近して、同時に一般的な有期懲役と区別することもできる。従って、将来、この制度によって、死刑を無期懲役に代えることが可能になるであろう。

(5) 重罪累犯及び強制的な性交罪を再犯する虞がある者に対する仮釈放の取消し（第77条第2項）

新たな法改正では、アメリカ法制度における「三振法」の処遇方法を採用して、「重罪累犯」に対処している。そして「著しく再犯のリスクが低下しない強制的な性交罪の受刑者」までも押し広げて、「三振法」によって対処している。新しい刑法第77条第2項により、法定刑の下限が5年以上の有期懲役の罪を犯した累犯が、①仮釈放中、②懲役の執行を受けてこれが終わり、又は③その一部の執行を受けてその免除があった後、5年以内に再び故意で法定刑の下限が5年以上の有期懲役の罪を犯した者（第2号）、性犯罪の受刑者が有期懲役の執行の際、医療的な措置を受けたものの、その後の評価において、その再犯の危険性が著しく低下していないと認められた者（第3号）は、仮釈放されない。立法者は、繰り返して重罪を犯した者と近時社会において国民に強く非難されている性犯罪者の仮釈放の機会を減らすことを通じて、その二つの類型の受刑者を加重的に処遇する目的を達成している。

しかしながら、この法改正は刑法学者に強く疑問を抱かせている。先ず、ある学者は累犯に関する刑罰の目的は、その人を長期間社会から隔離することではなく、逆に、社会医療措置を採って、その累犯に精神分析と医療を受けさせて、「特別予防」の作用を広げるのがそれらの累犯者に対する正しい方法であると指摘してきた。第77条第2項第2号の規定を削除した上で、現行刑法第47条の累犯に関する処罰規定も削除するべきだと指摘したのである。また、以上のような累犯処罰と本条項を削除することを主張する学者は、ドイツの1986年の刑法改正案における累犯に対する処遇の観点を参照した。それに対して、日本法制度を引用する学者たちは、以

下のようなことを認める。すなわち、同じ大陸法系に属する日本刑法とフランス刑法において、累犯制度はなお存在している。また、日本は1974年の刑法改正草案において累犯処罰制度を維持するだけでなく、累犯の加重要件及びその法律効果をも拡張した。この日本法制度を引用する主張は、司法実務と立法機関の支持を得た。その結果、現行の累犯処罰制度を維持し、その上に、三振法の趣旨をも加え、本条項にある重罪累犯の仮釈放を取消すことを追加したのである。

刑法における刑罰と保安処分 の両面をもつ強制的な性交罪を犯した者に対する強制医療制度の追加は、その者が再び犯罪を犯して社会の安全を害することを防いでその脅威を抑えるために、そのような受刑者に対して、「再犯の危険性が著しく低くなる」程度までに至った後に初めて社会復帰を可能とするとしたため、そのような受刑者は、実質的には刑期が満了しないうちは仮釈放の機会を得られない。その一方で、刑期が満了した後も、強制医療を受け続けて、その再犯の危険性が著しく低くならなければ、社会復帰することができないのである。当該者は、社会復帰した後も、「性侵害犯罪防治法」の規定により、身心医療あるいは教育相談を受け続け、警察機関でその身分と住所などの資料を登録して、定期的に警察機関へ申告しに行かなければならない。もし治療の効果が現れていないと判断された場合は、検察官が裁判所に申立てることを通じて、その者に強制医療を受けさせることもできる⁸⁾。

IV. おわりに

このように、2005年中華民国刑法改正における刑罰論に関する新たな改正を簡単に説明した。本稿は紙幅の関係から、刑事制裁における保安処分に関する部分については詳細に述べることができなかつた。それは、例えば、保安処分を刑法第1条の罪刑法定主義に関わる規定に入れた、あるい

8) 性侵害犯罪防治法第20、22及び23条。

は強制的な性交罪に関する保安処分の強制医療を行刑前医療から行刑後医療に変えて、そしてその3年の期間制限を取消した点などである。そこでは、今回、我が国の刑法が国際的な法制度の影響を受けつつ、多元的かつ実践的な方法論を採ろうとしていることが見て取れる。だが、少し残念なのは、「比較法」での仕方は、「叙述性の比較法」に止まって、比較的、巨視的な比較法まで進まなかったと思われる点である。更に、今回の法改正では主に日本、ドイツ及びアメリカ法制度の影響を受けて、これまでの中華民国の刑法理論とは異なる学説と外国の法制度を採用した。そのようにいろいろな学説と法制度を採って組み合わせるのは、確かにある意味で、挑戦である。刑法が制定されてから今まで70年近く、台湾は重大な刑法改正の経験がなかったにもかかわらず、今回の法改正はかなりの程度の挑戦と進歩であったと思われる。やはり、刑法の改正は時代——学説理論、社会及び司法実務——に伴って進んでいるのである。

最後に、日本の学説と法制度は、注目に値するものである。台湾における中華民国刑法典は制定されてから、絶えず日本刑法学説の大きな影響を受け続けている。刑法理論と実務方面も日本の刑法学説理論と実務見解を極めて重要なものと見ているのである。従って、将来、再びの我が国の刑法の補充及び法改正の参考の基礎として、今後も日本刑法の学説理論及び刑事立法の発展をもっと深く研究する必要があると思われる。