

【別紙 2】

審査の結果の要旨

氏名 洪 兆承

本論文「不作為犯における作為義務論」は、不作為犯処罰のために必要とされる作為義務の発生根拠を明らかにすることを目的とするものである。現在の学説においては、作為義務の発生根拠として、行為者が結果発生・不発生を支配できる地位（排他的支配）にあったことを重視する見解が有力となっている。もっとも、複数人の不作為が競合する事件について「排他」性の要求を貫徹することは困難である。また、従来の学説においては、故意単独犯を想定して作為義務の内容が論じられてきたが、過失犯や共犯においても不作為犯が問題となる以上、これらの犯罪類型を視野に入れながら、作為義務の内容を検討することが重要である。本論文はこのような問題意識に基づき、作為義務の意義について、再検討を加えようとするものである。

本論文は、序論に続き、第 1 部から第 3 部で構成されている。序論「問題意識の形成」で上記のような問題意識が示された後、第 1 部「日本における不作為犯論」では日本の判例・学説における不作為犯論が包括的に検討される。第 1 章「排他的支配の思考枠組の形成と判例の分析」においては、わが国において排他的支配説が有力化するに至った学説の展開が明らかにされた上で、犯罪類型ごとに判例の作為義務論が検討され、学説が一元的な思考モデルを志向するのに対し、実務においては犯罪類型ごとに異なった視点から作為義務の存否が判断されているという分析が示される。

第 2 章「不作為共犯における作為義務の根拠の分析」では、不作為共犯の成立範囲について、わが国の判例・学説が網羅的に検討され、実務は事実関係の総合考慮によって作為義務の存否を判断しているのに対し、近時の学説では、不作為共犯においても排他的支配という概念が重視されているが、その内容は正犯の場合と比して、希薄化ないし規範化される傾向があることが示される。

第 3 章「過失不作為犯の作為義務」においては、過失不作為犯における注意義務と作為義務との関係が分析され、過失不作為犯については注意義務と作為義務を区別して論ずる必要はないという結論が示される。このような問題意識から、大規模火災事故、製造物責任、施設管理者の責任、狭義の監督過失の類型について、判例における過失不作為犯の判断が詳細に検討され、過失犯については同時犯が広く認められていることも相まって、排他的支配という概念が十分に機能し得ないことが示される。さらに学説の対応についても、とりわけ排他的支配を要求しない見解の当否、さらに故意犯と過失犯における作為義務の

異同、作為義務と正犯要件の関係などについて、検討が進められる。これらの分析から、わが国の従来学説が、故意不作為犯の成否のみを検討対象としており、過失不作為犯、不作為の共犯までを広く射程に含めた議論を展開していない問題性が改めて指摘される。そして、全ての関与形式における共通の要件として、作為義務を論ずるドイツ法を参照する必要性が示される。

第2部「ドイツ法における不作為犯論」では、ドイツ法における不作為犯論が検討の対象とされる。第1章「検討の前提」でドイツ法の不作為犯に関する概要が示された後、第2章「ドイツ学説の分析」においては、学説が詳細に検討される。その知見として、①戦前の議論において義務違反説が通説となったが、その内部においては形式的な法律義務を重視する立場と実質的違法性判断を重視する立場の対立がみられたこと、②その後の学説においては、作為との等価値性の判断が重視され、シューネマンの結果原因支配説が有力化するに至ったこと、また、不作為犯を義務違反犯罪として把握する理解から、社会的地位や危険近接性を重視する見解が主張されていること、③近時の学説においては、ゼールマンやヤコプスの見解のように、作為義務の発生根拠を多元的に把握する見解が有力化していることなどが示される。

第3章「ドイツの重要裁判例分析」では、法益保護義務と危険防止義務の類型に分けて、ドイツ判例における作為義務の判断について検討が加えられる。法益保護義務については、判例上、親子や夫婦間などの家族共同体については、その実質的な信頼関係が重視されて法益保護義務が認められるが、緊密な信頼関係が存続していない場合には作為義務が否定されていること、公務員については職務の公益性から、地位の引受けによって当然に法益保護義務が発生すると解されていること、保護の引受や契約による特別の信頼関係が重視されていることなどの帰結が示される。また、危険防止義務については、危険源それ自体の支配が重視されているが、その範囲はかなり限定されていること、また、先行行為も許されざる危険を創出する行為として、危険防止義務の根拠とされていることが明らかにされる。このような分析から、作為義務の一元的な基準を志向する傾向の強いドイツにおいても、実際には、多元的な下位基準によって作為義務の存否が判断される傾向があることが示される。

第3部「私見の展開—結論に代えて」では、これまでの検討を踏まえて、筆者の分析が示される。第1章「私見の展開」では、作為義務の発生根拠に関する筆者の私見が示される。不作為犯処罰については、負担正当化モデルと等価値性モデルの2つの理論モデルが想定されること、一方のモデルに純化させるべきではなく、両者の問題意識を併せて考慮することが必要である。そして、等価値性基準の内容としては、結果原因の支配が必要であり、その内容は構成要件実現の危険性を促進しうる要因を左右する地位として理解すべきである。また、「支配」というためには、空間的・物理的な支配がなくても、たとえば情報によって危険性を支配することも可能である。また、先行行為も、法益の脆弱性の支配という観点から、結果原因支配の一類型として位置づけることができる。また、負担の

正当化という観点からは、先行行為による危険創出が典型的な負担賦課の正当化根拠と解される。あくまでも危険を創出したことそれ自体が賦課の根拠となるから、適法行為によって危険が創出された場合も作為義務を課すことが可能である。保護の引受も、行為者が保護意思を放棄した瞬間に危険に転化するという意味において、潜在的な危険創出と評価できるが、あくまでも危険創出が潜在的であることから、行為者自身の意思によって保護を引き受けた場合に限って、負担賦課が正当化される。さらに自律的な意思決定が困難な者を保護すべき立場にある者は、被保護者の自律性を補填する必要があることから、例外的にこのような地位が負担正当化の根拠として評価される。これらの等価値性要件と負担正当化要件の両者が充たされた場合について、不真正不作為犯の作為義務を認めることが可能となる。

さらに第 2 章「故意と過失不作為犯の処罰範囲の相違について」では、故意不作為犯と過失不作為犯の処罰範囲の相違について分析が進められる。筆者の理解によれば、正犯性も作為義務の要件も、故意犯と過失犯で同義に理解されるべきである。過失不作為犯のほうが処罰範囲が広いように見えるのは、実行行為それ自体の主観面の相違ではなく、むしろ介在行為の法的性質に起因するものである。すなわち過失犯の場合、介在する行為も他人の過失行為である場合が多いため、背後者についてもなお正犯性を認めるべき場合が多くなると解される。そして、正犯の背後の正犯をいかなる範囲で認めるかは、故意犯・過失犯共通の課題として検討すべきとされる。

本論文は、以下の 3 点において、高い評価に値する。

第一に、作為義務の発生根拠について、故意単独犯だけではなく、過失犯、共犯の問題も視野に入れながら、すべての関与類型に統一した基準を示そうとしている点である。排他的支配説が基本的には故意単独犯を想定したものであり、過失不作為犯、不作為共犯までを十分に想定したものではなかったことは、これまでの学説においても指摘されていたが、本稿は、実際に過失不作為犯、不作為共犯をめぐる学説・判例をも包括的に分析対象とした上で、すべての関与類型に共通する作為義務論を展開している。このように包括的な研究は、わが国ではこれまで十分には行われておらず、本論文の高い学問的価値を示すものといえる。

第二に、作為義務の発生根拠について、多様な事実関係を考慮しつつも、その実質的考慮を負担正当化モデルと等価値性モデルの 2 つの理論モデルに収斂させている点である。作為義務の発生根拠については、判例が多元的な考慮要素を指摘するのに対し、従来のわが国の学説は、排他的支配や先行行為など一元的な観点から説明しようとする傾向が強く、必ずしも議論がかみ合っていないところがあった。本論文においては、判例実務が考慮してきた多様な事実関係を、二元的なモデルの中に組み込むかたちで、その正当化が試みられている。判例の問題意識を分析しつつ、それを学説のモデルの中に取り込むアプローチとして、高い評価に値するものといえよう。

第三に、本論文においては、ドイツの不作为犯に関する判例・学説が 19 世紀まで遡り、詳細に検討されている。わが国の先行研究においても、ドイツ法の紹介がなされてきたが、特定の領域に限定した比較研究が多く、作為義務論全般を視野に入れた詳細な紹介・分析は、必ずしも十分ではなかった。本論文は、ドイツにおける作為義務論の現状を如実に示すものであり、その学術的価値は高い。

もっとも、本論文にも不十分な点がないわけではない。

第一に、本論文においては、日本法、ドイツ法の詳細な分析がなされているが、両者が別個独立に検討されている感があり、両者の問題関心の異同等が十分に示されていない。そのため、情報量が多いことも相まって、議論の筋道にやや不明確な点が見られる。論文の構成にも関係する問題であるが、たとえば日本法における排他的支配説とドイツ法の結果原因支配説が具体的にどのように異なるのかなど、両者の見解を対比しつつ分析を進めた方が、より適切であったと思われる。

第二に、筆者自身の作為義務の発生根拠に関する見解は、危険創出と結果原因支配の両者を考慮するものであるが、このような理解は、必ずしも斬新なものとはいえない。もちろん、両者の具体的内容や下位基準については、筆者ならではの独自の分析が十分に加えられてはいるが、思考枠組それ自体については、従来の学説のアプローチを大きく凌駕するには至っていない。

もっとも、不作为犯における作為義務論は、明治期から繰り返し論じられてきた刑法総論の難問の 1 つであり、斬新な視点を示すことを望むのも望蜀の感がある。また、筆者の問題意識は、従来の判例実務の考慮要素を広く汲み取ろうとするものであり、その帰結が最大公約数的なものになることはやむを得ない面もある。第一の点についても、ドイツ法それ自体を詳細に分析したことは、今後、筆者自身の独自の学説を確立する重要な契機となることは間違いない。いずれにせよ、これらの点は、不作为犯について、故意犯、過失犯、共犯すべての犯罪類型を視野に入れて、判例・学説を包括的に検討した本論文の価値を損なうものとはいえない。むしろ、本論文で示された基本的な理解を前提に、筆者がさらに検討を進めることが期待されよう。

以上から、本論文は、その筆者が自立した研究者としての高度な研究能力を有することを示すものであることはもとより、学界の発展に大きく貢献する特に優秀な論文であり、本論文は博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。