

博士論文（要約）

不作為犯における作為義務論

洪 兆承

本論文は故意不作為犯、不作為の共犯、過失の不作為犯を視野に入れて、不作為の作為義務を検討するものである。序章において、現在の作為義務論に関する理論の現状、特に有力説である排他的支配の内容を概観し、もし不作為の共犯と過失不作為犯を視野に入れると、どのような問題が発生するかという問題意識を説明し、第一部の日本法、第二部のドイツ法、第三部の私見に分ける本論文の構造を説明した。

そして第一部第一章において、これまでの日本の学説を検討し、排他的支配が有力説となる経緯を明らかにした。学説の流れを明らかにしたあと、これまでの不作為犯の学説の検討対象となる故意不作為犯の判例を不作為の殺人罪、保護責任者遺棄罪、放火罪、死体遺棄罪、詐欺罪に分けて分析し、判例の特徴、そして共通の判断指針が欠けているという問題を明らかにし、現在の有力説である排他的支配が判例に適切な判断指針を提示することができるか、そしてこの判断指針は故意不作為犯だけではなく、不作為の共犯と過失不作為犯にも適用されうるかという問題意識を明確にした。

第一部第二章において、不作為共犯の類型に関する判例を児童虐待、物や人の管理者、共犯者の犯罪防止義務に分けて、それぞれの判例類型を分析し、共犯のような多数人を前提とする犯罪類型には排他的支配が適用されうるかという疑問を提示し、これまでの学説の対応を明らかにした。結果として、排他的支配を緩和する考えと排他的支配を正犯性基準と位置づけ、完全に規範的な視点から作為義務の根拠と解する見解が析出され、さらに正犯には故意不作為犯以外、さらに過失不作為犯があるので、たとえ排他的支配を正犯性の基準と位置づけても、同様の考えは過失犯においても適用されうるかという問題意識を提出した。

第一部第三章において、過失不作為犯における注意義務と作為義務との関係を分析し、過失不作為犯において、注意義務を作為義務と同視できるという結論に至った。そのあと、過失不作為犯の判例を火災事故、製造物責任、施設の管理責任、監督過失に分けて、それぞれの類型の判例の特徴を明らかにし、過失犯には同時犯が一般的には認められることは排他的支配とは矛盾し、そして組織の分業によって、他の組織の成員による介入可能性を減少させる一方、他方では法益の保護をより手厚くするという危険減少の一面があるという点を明らかにした。これらの点に対する学説の対応、そして共通の作為義務の指針が必要であるという問題意識に基づいて、排他的支配という考えを緩和し、もしくは完全に放棄すべきであろうかという問題、及び規範の根拠を危険創出という事実に限定すべきであるか、たとえ危険創出の中でも、危険の程度によって要件を区別すべきであるかという問題、さらに規範の根拠を危険創出に限定すべきであるかという問題に分けて、上述問題意識を解決する必要性を明らかにした。この点において、最初から作為義務の共通の判断指針の提示を中心に議論を展開するドイツ法の学説・判例は参考できると考えられ、ドイツ法を比較法の素材とした。

第二部第一章において、ドイツ法における検討の素材、特に最初から過失不作為犯の作為義務に関する事例も視野に入れた点を明らかにし、現在のドイツ法の不真正不作為犯の

規定（刑法 13 条）には、判断の指針が提示されていないということを確認し、ドイツの学説と判決の検討の必要性を明らかにした。

第二部第二章において、ドイツの学説を検討し、学説には義務違反説から発展した学説モデルと因果関係説から発展した学説モデルが分けられていると判明し、それぞれの学説モデルの特徴、及び不作為犯に対する考えと問題意識を明確にし、近時ではこの二つの学説モデルの対立を次第、解消された折衷説が現れた。そして、日本の学説と比較すると、ドイツ法においては両学説のモデルが対立している一方、他方では日本の学説、特に現在の有力説である排他的支配と規範の根拠をみると、日本の学説にはむしろ両モデルの問題意識を併せて考慮することは有力であるということを示した。

第二部第三章において、ドイツの帝国裁判所と連邦裁判所の判例を法益保護義務と危険回避義務に分けて検討した。法益保護義務について、親子と夫婦関係に関する連邦裁判所の判例はなお後期帝国裁判所の緊密な共同体概念を維持し、親や夫婦という身分を作為義務の基礎としたのに対し、保護の引き受けに関する判例は緊密な共同体概念を放棄し、専ら保護の引き受けの行為の有無を中心に判断した。そして公務員の場合には、就任の行為が必要であるが、公務員の身分の特殊性を考慮すると、判例には当該公務員の身分を引き受けることを直接に法益の保護の引き受けと見做す傾向があると推測される。そして危険回避義務について、危険源管理に関する連邦裁判所の判例は帝国裁判所時代の場所責任を限定し、危険源の支配を強調し、そして危険源の認定と監督責任の分配をより精密に判断した。先行行為に関する連邦裁判所の判例は帝国裁判所後期に展開された先行行為による危険創出の基準をさらに共犯の過剰行為の不阻止に利用し、自分の特殊な基準、つまり義務違反性を展開したが、近時において、連邦裁判所は義務違反性の基準の利用を限定し、いわゆる脱法ドラッグの提供に関する事例において、直接に危険源の支配を作為義務の根拠とし、義務違反性の適用範囲を狭めた。

第三部にはこれまでの検討を総括し、自説を展開した。まず、理論モデルの選択について、専ら義務違反モデルや等価値性モデルを選んで、自説を展開すれば、いずれにも問題が生じるので、本稿は日本の有力説と同じように、両モデルの問題意識を併せて考慮しなければならないとした。等価値性モデルについて、本稿は「作為と比べれば、不作為には危険創出がない」という前提に基づいて、等価値性を検討する必要性を析出し、この前提において、危険促進の要因を左右する地位という「結果原因の支配」を等価値性の基礎とした。そして義務違反モデルについて、本稿は行動自由には相応の制限があるという前提に基づいて、自由主義から生じる法益禁止を作為義務の規範根拠とし、先行行為による危険創出を要求したが、その危険創出の性質によって、さらに直接の危険創出（一般の先行行為）と潜在の危険創出（保護の引き受け）に分けて、それぞれの問題と成立要件を検討した。そして危険創出で把握することが困難である事例、例えば親子関係の事例について、本稿は自由主義の前提、つまり自律性の不足を補充するための身分関係を例外的に作為義務の根拠とした。最後では故意不作為犯と過失不作為犯の処罰範囲を対比しながら、

これからはさらに正犯性の基準、特に遡及禁止の当否を検討しなければならないという問題意識を明らかにしたが、正犯性の検討は本稿の射程外にあるので、この問題の検討は他日に期したい。