

京都大学	博士 (法学)	氏名	何 焄森
論文題目	不作為犯における作為義務の根拠		
(論文内容の要旨)			
<p>本研究の目的は作為義務の位置づけとその範囲を明らかにすることにある。</p> <p>第1章では、作為義務という書かれざる要件の意義、および、いわゆる作為と不作為の「同価値性」の観点から本研究の課題を示す。現在、日本では、同価値性を、作為義務すなわち保障人的地位の指導原理とする見解が多い。これに対しては、なぜ作為と不作為との相違を重視し、その相違を克服する同価値性を要求するのかという疑問も向けられている。作為と不作為を同じ条文で扱うことは、不作為犯が作為犯と完全に同じ構造でなければならないことを必ずしも意味しない。ここで重要なのは作為と不作為との相違ではなく、不作為が構成要件に該当することの検討である。</p> <p>もっとも、両者の相違に関する従来検討も、不作為の構成要件該当性の核心にかかわる。第2章では、不作為と作為との因果的原因力の相違を従来学説がどのように扱ってきたかを検討した。作為犯は危険のないところに危険を創出して結果を発生させるものであるのに対し、不作為犯はそのままでは結果が発生してしまう危険のあるところで救助的介入をしないことが処罰対象となる。そのため歴史的には、不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に違反するとする見解や、作為義務は構成要件ではなく違法性の要素だとする見解もあった。現在では、不作為と作為との因果的相違は決定的ではないとし、不真正不作為犯の主体の特定を構成要件の枠内で行う立場が一般的である。ここでは、各構成要件に、不作為の処罰によって自由を制約する要請が含まれるか、そして条文からそれが読み取れるか検討対象となる。</p> <p>筆者は、作為義務の検討が「客観的帰属論」の立場から行われるべきだとし、危険の創出および実現と正犯性とを要件とする。不作為による危険の創出を認めるには、行為者が、保護を受けるはずの法益からその保護を奪うことを要する。ここでは「法益主体が保護を受けるはずだ」という「仮定」を論証する必要がある。さらに、問題となる危険がまさに最終結果に実現したことを要し、その上で、正犯に該当しうるかも検討しなければならない。なお、本研究は故意の不真正不作為犯の単独正犯を検討の中心とするが、作為義務の根拠となる「危険の創出」を認定する根拠は、条文に不作為態様が規定される真正不作為犯にも必要である。また、危険の現実化に関する議論の一部は共犯の場合にも妥当する。これに対し、正犯性の限定に関する議論は、複数人が関与する共犯関係においては拡張された形でしか妥当しない。</p> <p>第3章では、まず、先行行為とはいえない「状態」も「危険創出」と評価しうることを検討した。自由主義の下では危険の創出と自己決定で自由制約を正当化すべきであり、作為による危険創出がない場合には、社会に必要不可欠な自由制約だけを認めるべきである。従来論じられているとおり、自ら創出した危険は除去する義務があるとしうるが、そこでもさらに「創出」の内実を明確にする必要がある。また、作為義務の根拠を先行行為に限定する必要はないとし、立法による作為義務の賦課を認める緩やかな自由主義が有力だが、立法裁量にも限界があるはずで、いかなる制度ならば社会の成立に不可欠かを論じる必要がある。これを受けて、どのような危険を創出した場合に自由制約が正当化されるかに関する自説が展開される。行為者が許されない危険を創出した場合だけでなく、許された危険を創出した場合にあっても、結果の実現まで許されていない場合には作為義務の賦課が正当化されうる。まず、危険の創出には、合理的な観察者の立場から、当該行為が危険を増加させたといえることが必要である。これは抽象的な</p>			

危険や他人を介した創出でも足りる。さらに、緊急避難のように適法行為から他人を負傷させた場合にも、これが社会的損失を最小限にする法理であることから、救護が義務づけられうる。なお、自己決定を根拠とする以上、自由を放棄したとしても、「放棄」を「撤回」することが許されるのが原則だが、撤回するまでに危険の発生という「放棄の結果」が発生した場合、および、行為者が撤回の制限にも同意した場合には、撤回ができない。

第4章では典型的な問題類型と裁判例を検討し、本研究の具体的な帰結を検証した。家族ないし家族類似の関係では、「状態」からの危険創出が肯定される余地があり、先行行為および製造物責任の類型では、許された危険創出の場合にも作為義務を肯定するが、他人との関係で正犯性が欠けることがある。これまでの裁判例としては、殺人罪、放火罪、詐欺罪、保護責任者遺棄罪、道路交通法の救護義務違反罪にかかわるものが知られるが、処罰根拠に関する一般論は展開されていない。危険創出が明白な事案が多いものの、先行行為のない誤振込みの事案では、民法上の効果と整合しないような義務づけが社会的に不可欠とはいえないと考えられる。また、保護責任者の範囲が非常に広く肯定されていることに対しては、軽い単純遺棄罪の不真正不作為犯による解決の余地も検討すべきである。

(論文審査の結果の要旨)

本論文は、いわゆる不真正不作為犯における作為義務の根拠について、客観的帰属論の観点をもとめて統一的な解決を示そうとする研究である。従来、不作為の形態を明文で規定しない犯罪の処罰については、法令、先行行為、事実上の引受けなどの複数の要素を考慮して作為義務を判断する見解が有力である。判例も一義的な基準を示さず、自己の銀行口座への誤振込みを告知せずに窓口で現金を引き出した者を詐欺罪で処罰するにあたり、信義則を理由とするなど、あいまいである。学説の多くは、たとえば性犯罪で妊娠してそのまま出産した女性にも子を救護する義務を肯定するが、先行行為や引受けがなくても規範的に自由制限が可能だとする見解と、先行行為や引受けを薄められた形で肯定する見解とが対立している。本論文は後者の立場を自由主義的な前提から展開しようとする。

作為義務の発生根拠を社会契約論的に基礎づける試みは以前から存在するが、本論文はこれを「自己決定」から説明しようとする点が新しい。現実には、刑法の適用対象となる者は法制度の策定にかかわっているわけではないため、明確な自己決定を欠く領域については、「社会に必要不可欠な制度」といえる場合にのみ、作為義務を課すとしている。

具体的な結論は、従来の判例・通説と一部異なるが、おおむね一致しており、判例が理由を挙げていないケースについても自己の立場から一貫した理由を付与しようとしている。特徴としては、妊娠・出産などの「状態」も危険創出の一種だとする点、また、先行行為により危険を創出した場合に、当該行為の法的性質は作為義務の有無を決定しないとすることに独自性が認められる。正当防衛で他人を負傷させた者には救護義務がないが、緊急避難や火気の使用により危険を創出した者には作為義務が肯定されている。

もっとも、本論文は不真正不作為犯に関するドイツおよび日本の先行研究を網羅的に検討したとはいいがたく、学説の扱いに不十分な点がある。また、法秩序からオプト・アウトできる可能性を根拠に自己決定を肯定する点は、擬制にすぎないともいえる。しかし、これまでの社会契約論的アプローチが、立法による行動制約の憲法的限界についてまでは論じられていなかったことに照らすと、本論文の問題設定は意欲的なものであるといえる。

以上の理由により、本論文は博士（法学）の学位を授与するに相応しいものと認められる。

また、令和5年8月1日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果合格と認めた。

なお、本論文は、京都大学学位規程第14条第2項に該当するものと判断し、公表に際しては、当該論文の全文に代えてその内容を要約したものとすることを認める。