

学位論文題名

作為犯に対して介在する不作為犯

学位論文内容の要旨

【問題意識】 他人によるわが子の殺害を黙認した父親 A、あるいは、殺人を企図する従業員による銃砲店からの拳銃の持ち出しを、情を知りながら黙認した店主 B、の罪責をめぐることは、「犯罪の不阻止」ということが問題となる。しかし、従前の学説は、「犯罪の不阻止」の中でも、犯罪「行為」の不阻止ばかりを議論していた。なぜなら、現実的因果を否定された不作為犯は作為「行為」に加功しうるか、という共犯論的問題に関心が集中していたからである（不作為共犯論）。しかし、例えば兩事例で、犯人逃走後に被害者を発見し放置した父親 A、ないし店主 B のように、他人による犯罪行為後も、その行為からの「結果」の発生を阻止しない者の罪責は、なお問題となりうる。

学説上、先行作為犯後の後行不作為犯を、幫助として可罰的とする見解がある。それに従えば、父親 A には不作為による殺人幫助罪が成立する。しかし、それは理論的に妥当であろうか。なぜなら、共犯の対象となる正犯行為がすでに終了している以上、そこに共犯成立の可否が問題となるからである。この点で、後行不作為犯は単独正犯か共犯かが問題となる（第一課題）。他方、学説上、危険源管理監督義務に基づいては、犯罪阻止義務までは肯定されても、事後的な救助義務は肯定できないとする見解がある。それに従えば、店主 B に不作為犯は成立しない。しかし、そのような義務の否定は、合理的に基礎づけられているのであろうか。なぜなら、一般的な不作為犯論において、先行行為に基づく義務が認められている以上、先行管理懈怠に基づく義務がなぜ否定されるのかが問題となるからである。反対に、法益保護義務に違反した者には、事後的な救助義務が肯定されるとする見解がある。それに従えば、父親 A には、不作為による殺人罪が成立する。しかし、先行作為犯に殺人罪が成立する以上、さらに父親 A にも不作為による殺人罪が成立することは理論的に妥当であろうか。なぜなら、一つの法益侵害に対して二つの殺人罪が成立することへの疑問が生じるからである。これらの点で、先行作為犯が存在するという特質に基づいて、後行不作為犯の可罰性が問題となる（第二課題）。

このように、議論の間隙とされてきた、犯罪「結果」を阻止しなかった者の罪責についても、第一に単独正犯性について、第二に可罰性について、それぞれ検討すべき課題が存在する。後行不作為犯をめぐる、これらの課題を解決することが、本論文の目的である。

【検討】 1 後行不作為犯の単独正犯性を基礎づけるため（第一課題）、まず、後行不作為犯の正犯・共犯区別をめぐる学説の状況を見た。そこでは、不作為共犯論での議論だけでなく、自殺行為後の夫を救助しない妻の罪責を扱う「自殺の不阻止」、違法な書き込みを削除しない管理者の罪責を扱う「プロバイダの刑事責任」、をも考察対象とした。いずれの論点においても、先行作為犯後の不作為犯を正犯とする「行為後正犯説」と、それを幫助とする「行為後幫助説」が存在した。行為後正犯説は、事象への支配の観点から正犯とすること、これに対して、行為後幫助説は、事象を放置したにすぎない後行不作為犯の、危険を創出し

た先行作為犯に対する「軽さ」に着目して幫助とすること、が特徴的である。

ただ、行為後幫助説においては、正犯行為終了後も、共犯成立の理論的可能性が肯定されていることが前提である。しかし結論的には、その前提自体が否定されるべきであるから、行為後幫助説は妥当でない。なぜなら、第一に、形式的な観点から見ると、共犯は、背後者と結果との間に他人の自律的決定が介在し、背後者に正犯としての帰属が否定された結果、刑罰法令各本条だけでは可罰性を肯定できない場合に、例外的に、刑法 60 条以下の処罰拡張事由を適用することにより、可罰性が認められる領域である。逆にいえば、他人の自律的決定が介在してこそ、共犯を観念することができる。この意味で、誰の介在もなく直接的に結果の発生に關与する後行不作為犯に、共犯を認める余地はない。第二に、実質的な観点から見ても、「誰が単独正犯か」という問題と、「誰を重く処罰するか」という問題が別個のものである以上、単独正犯の成否をめぐる判断において、当罰性の軽重という実質的判断を考慮すべきでない。すなわち、自ら構成要件要素のすべてを満たす後行不作為犯は単独正犯であって、これに加えて実質的考慮から幫助を認めることも妥当でない。それゆえ、後行不作為犯は単独正犯であることが基礎づけられる。

2 後行不作為犯の限定的な可罰範囲を基礎づけるため(第二課題)、まず、義務二分説と先行行為説を検討した。義務二分説は、危険源管理監督義務に基づく事後的な義務を認めていない。先行行為説は、先行行為と結果発生の上に答責的行為が介在した場合、先行行為に基づく義務を認めていない。それゆえ、両見解では、法益保護義務に基づく後行不作為犯のみが成立する。その意味で、両見解では、後行不作為犯が単独不作為犯と比較して限定的な可罰範囲を有することにはなる。しかし、義務二分説においては、危険源管理監督義務に基づく事後的な義務が否定されるとする結論以上の根拠が示されていない。また、先行行為説においても、答責的行為が介在し二次的責任となった先行行為自体と、その二次的責任としての先行行為に基づく不作為犯が別個の存在である以上、答責的行為が介在したとしても、事後的な義務は必ずしも否定されない。このようにして、両見解では、その範囲で後行不作為犯が成立しないことが、必ずしも合理的に基礎づけられてはいない。

学説上、先行行為に基づく義務について、先行行為自体が処罰されていることに基づき、その義務を否定する見解がある。それに従えば、後行不作為犯についても、先行作為犯が処罰されている以上、それは成立しないことになる。このことは、法益保護義務に基づく後行不作為犯でも同様である。そのため、義務類型の区別なく、後行不作為犯の成立は基本的に否定されることになる。このとき、後行不作為犯が不成立となる実質的な根拠は、先行作為犯と後行不作為犯による二重評価が避けられるべきことに求められる。例えば、先行作為犯に殺人罪が成立する以上、後行不作為犯に不作為による殺人罪を成立させるべきではない。なぜなら、作為犯後の不作為犯は、法益侵害を「縮小」させなかったものにはすぎない以上、今ある法益侵害についてはすべて、先行作為犯によってすでに評価されているからである。この理解に基づき、先行作為犯後の後行不作為犯は基本的に成立しないことになる。ただし、後行不作為犯に伴って強化行為が行われていた場合、先行作為犯が正当化されている場合、後行不作為犯が真正不作為犯の場合などでは、例外的にその成立が認められる。このようにして、後行不作為犯の限定的な可罰範囲が基礎づけられる。

【帰結】 結論として、後行不作為犯が形式的には正犯であること、しかし、実質的に見れば、その可罰範囲が限定的であること、を基礎づけた。本論文は、現在の個々に制限的な不真正不作為犯論に対して、正犯論・共犯論をまたぐ、新たな不作為犯領域の構築を目指すものである。

学位論文審査の要旨

主 査 助 教 授 和 田 俊 憲

副 査 教 授 長 井 長 信

副 査 教 授 小 名 木 明 宏

学位論文題名

作為犯に対して介在する不作為犯

(論文の要旨)

本論文は、4つの章から構成されている。

第1章で示される問題意識および論文の目的は、以下のようなものである。他人による我が子の殺害を黙認した父親や、従業員が殺人目的で銃砲店から拳銃を持ち出すのを情を知らながら黙認した店主の罪責をめぐっては、「犯罪の不阻止」が問題となる。従前の学説は、現実的因果力を否定された不作為犯は作為行為に加功しうるか、という共犯論的関心から、犯罪の不阻止の中でも特に犯罪「行為」の不阻止を議論し、不作為共犯論を展開してきた。しかし、上述の事例で、父親や店主が犯人逃走後に被害者を発見したが放置して死なせた場合のように、他人による犯罪行為終了後、その行為からの「結果」の発生を阻止しない者の罪責も、典型的な不作為共犯論の外側でなお問題となりうる。筆者はこれを「不作為関与」と呼び、新たな問題領域として正面から考察の対象に据える。

具体的な検討課題とされるのは、次の2点である。第1に、先行作為行為終了後の後行不作為犯が単独正犯と共犯のいずれであるのかを確定することである。不作為共犯論の内部でこれを共犯とする見解もあるが、共犯の従属対象となる正犯行為がすでに終了している以上、共犯成立の余地はないとも考えられるからである。第2に、後行不作為犯が単独正犯だとしても、先行作為犯のいない純粹な単独不作為犯と同じように可罰性・可罰範囲を認めてよいかを明らかにすることである。先行作為犯が存在するという特質に基づいて、後行不作為犯の可罰性・可罰範囲を限定しようとする見解も散見され、実質的に考えても、1つの法益侵害に対して2つの犯罪の成立を認めることには疑問を呈しうるからである。

こうして、不作為共犯論と単独不作為犯論の間隙にある、先行作為行為からの結果発生を阻止しない故意の不作為関与について、単独正犯性の有無と固有の可罰範囲とを明らかにすることが、本論文の目的とされる。

第2章では、後行不作為犯の単独正犯性の肯否が論じられる。まずなされるのは、後行不作為犯の正犯・共犯区別をめぐる学説状況の整理である。そこでは、我が国の議論、および、それに大きな影響を与えているドイツの判例・学説が対象とされる。具体的には、不作為共犯論の中で後行不作為犯を扱った学説だけでなく、自殺行為後の自殺者を救助しない者の罪責を扱う「自殺の不阻止」や、猥褻な、あるいは、他人の名誉を毀損する違法な書き込みを削除しない管理者の罪責を扱う「プロバイダの刑事責任」もが考察対象とされる。その結果、指摘されるのは、これらいずれの論点においても、先行作為行為後の不作為犯を正犯とする「行為後正犯説」と、それを幫助とする「行為後幫助説」が存在し、前者は、後行不作為犯による事象の支配を根拠に正犯性を認めること、これに対して、後者は、事象を放置したにすぎない後行不作為犯の、危険を積極的に創出した先行作為犯に対する「軽さ」

に着目して、それを幫助としていることである。

筆者は、行為後幫助説の実質判断に理解を示しつつも、正犯行為終了後は共犯成立の理論的可能性が否定されることから、結局同説はとれないとする。その根拠は、次の2点である。第1に、形式的観点からは、共犯は、結果との間に他人の自律的決定が介在することで正犯としての帰属が否定される者に、刑罰法令各本条に加え刑法 60 条以下の処罰拡張事由を適用して初めて、可罰性が認められる領域であると解すべきであるから、誰の介在もなく直接的に結果の発生に關与する後行不作為犯に、共犯を認める余地はない。第2に、「誰が単独正犯か」という問題と「誰を重く処罰するか」という問題は切り離して考えるべきであり、単独正犯の成否をめぐる判断において、当罰性の軽重という実質を考慮すべきではないから、自ら構成要件要素のすべてを満たす後行不作為犯を、先行作為犯に比した当罰性の軽さという実質的観点から幫助とすることも妥当でない。こうして、後行不作為犯は単独正犯であるとの結論が導かれている。

第3章では、後行不作為犯が単独正犯であるとしても、その可罰範囲は限定的であるべきことが論じられる。そこで検討対象とされるのは、ドイツと我が国の、不作為共犯論における義務二分説と作為義務発生根拠論における先行行為説である。義務二分説は、他人による正犯行為後の、危険源管理監督義務に基づく事後的な義務を否定し、先行行為説は、先行行為と結果発生の上に他人の答責的行為が介在した場合に、先行行為に基づく介在後の義務を否定する。それ故、両見解によると、後行不作為犯は、法益保護義務に基づいてのみ成立することになり、先行作為犯のいない単独不作為犯よりも限定された可罰範囲を有することになる。しかし、義務二分説においては、危険源管理監督義務に基づく事後的な義務が否定されるとする結論が述べられるだけで、その根拠が示されていない。また、先行行為説においても、答責的行為が介在して二次的責任となる先行行為自体と、その先行行為に基づく不作為犯とは別個の存在である以上、答責的行為の介在によっても、その後の義務は必ずしも否定されないという。こうして、両見解では後行不作為犯の可罰範囲の限定が合理的に基礎づけられていないとの指摘がなされることになる。

これを承けて、筆者は、独自に限定の根拠を探究する。その端緒は、単独不作為犯について、先行行為自体が処罰されることを理由に先行行為に基づく義務を否定する見解である。それに従えば、後行不作為犯も、先行作為犯が処罰される以上、成立しないことになりうる。このことは、法益保護義務に基づくか否かには依らず、義務類型の区別なくすべての後行不作為犯に妥当すべきことであるという。ここで筆者は、後行不作為犯が不成立となる実質的根拠を、先行作為犯と後行不作為犯による二重評価を回避する必要性に求める。即ち、生じた法益侵害はすべて、先行作為犯によって評価されているから、法益侵害を「縮小」させなかったにすぎない後行不作為犯は、「中止構造」に基づく勸奨規範に服すことはあれ、先行作為犯に重ねて制裁規範の対象とされるべきではない、というのである。この理解に基づき、先行作為犯後の後行不作為犯は基本的に成立しないとの結論がとられることになる。ただし、後行不作為犯に伴って結果発生の上蓋然性を高める強化行為が行われる場合や、先行作為犯が正当化される場合、後行不作為犯が真正不作為犯の場合などでは、二重評価の回避という実質的根拠が妥当しないため、例外的に後行不作為犯の成立が認められるとする。この点については、法益侵害のあり方などの観点から、先行作為犯が5類型に分けられ、それぞれいかなる場合に後行不作為犯の成立が認められるべきかが具体的に検討されている。

第4章は、以上のまとめである。本論文の結論は、先行作為行為後の後行不作為犯は、典型的な不作為共犯とは異なり、責任類型としては単独正犯であること、しかし、その可罰範囲は、先行作為犯との二重評価が回避される範囲に限定され、先行作為犯の存在しない純粋な単独不作為犯のそれよりも狭くなること、である。本論文は、現在の個々に制限的な不真正不作為犯論に対して、正犯論・共犯論をまたぐ新たな不作為犯領域の構築を目指すものである、とされている。

(評価の要旨)

本論文の最大の特長は、次の3点である。第1に、純粋な単独不作為犯と不作為共犯の間に、そこでの一般論をそのまま適用すべきではない「不作為關与」という固有の問題領域があることを、初めて意識的に明確化させた点である。これによって初めて、従来の単独不作為犯論、不作為共犯論と併

せて、故意による不真正不作為犯の問題領域の全体が正しく議論の俎上に上ることとなった。本論文は、何よりもこの点において、先駆的価値を有するものである。

第2の特長は、これまで個別に論じられてきた断片的な議論の中から、先行作為行為終了後の後行行為の正犯・共犯性や当罰性の大小を問題としているものを丹念にピックアップし、それらを統一的な観点から整理した点である。例えば、従来はその関連性が意識されることなく論じられてきた自殺の不阻止とプロバイダの刑事責任を、「先行作為行為終了後の後行不作為」という同じ分析視角から整理している。また、一見関連性のない承継的共犯論の一部と故意ある幫助道具の理論の一部とが、先行行為終了後、結果発生に直接関与する者に、正犯ではなく共犯成立の可能性があるのかを問う点で、同じ問題構造をもつことを指摘している。さらに、別領域の問題として展開されてきた、不作為共犯論における義務二分説と作為義務発生根拠論における先行行為説とが、後行不作為の可罰範囲を先行作為犯の存在を理由として限定しようとする点で軌を一にすることも指摘している。これらは、従来の個別論点に新たな分析視角を持ち込むとともに、本テーマに関わる議論の素材と解決の糸口をもたらすものであり、それ自体として意義が大きい。

特長の第3は、そのようにして抽出した議論を題材にしつつ、これまで全く統一的には論じられてこなかった不作為関与について、その可罰範囲に関する一般論（可罰性限定の実質的根拠論）をも提示している点である。即ち、作為後の不作為は「中止構造」というべき規範構造に服するため、先行作為との二重評価を回避するという観点から、その可罰範囲が制限されるとするのである。このような議論は、（問題領域自体が意識されてこなかったのであるから当然ではあるが）これまでになく新規のものであり、当該領域の議論に一定の道筋をつけるものであって、非常に意義深い。

本論文に対しては、学説の紹介部分がやや自制的なことから、もっと批判的検討が加えられてもよかつたのではないかとの指摘もなされたが、この点は、それ自体として論文の実質を害するものではないと考えられる。また、二重評価が回避されるべき具体的場面やその根拠づけについても、より掘り下げた整理と論証が必要であるとの指摘もできるが、本論文が新たな問題領域を開拓しつつ、先行業績が存在しない中で一定の説得力ある結論を提示していることは、本論文の最大の功績といえ、そこから先の議論の不十分さは、むしろ今後の学界全体の課題であるというべきである。

以上の次第で、審査委員全員一致により、合格と判断した。