

令和 2 年 6 月 8 日現在

機関番号：13601  
 研究種目：若手研究(B)  
 研究期間：2017～2019  
 課題番号：17K13628  
 研究課題名（和文）不作為犯における作為義務者の特定の基準

研究課題名（英文）Omission in criminal law

研究代表者

サイ ユンチ（TSAI, YUNCHI）

信州大学・学術研究院社会科学系・助教

研究者番号：10794430

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,300,000 円

研究成果の概要（和文）：本研究は、刑法における作為義務者の特定の基準について検討を加えた。その結果、(1)不真正不作為犯の行為規範を具体化する際にも、条理・慣習に基づく義務を考慮する必要があること、(2)一元的な基準を立てることにより処罰範囲がより明確になるとは必ずしもいえないこと、(3)各犯罪構成要件の保護法益の特質から出発し、法益との関連において作為義務者を特定するための指針を具体化する作業が必要であること、(4)「社会的帰属の正当化」及び「人的帰属の正当化」という2つの観点から、作為犯の構成要件内容を定立する必要があることを明らかにした。

研究成果の学術的意義や社会的意義

「多元説」対「限定説」という対立軸を設定した従来の実務・学説には、真の対立点を把握できなくなるばかりでなく、議論に混乱をもたらす問題がある。本研究は、作為義務者の特定に関する全ての争点を具体化した上で、作為義務者の特定の基準に関する理論的・比較法的な研究を行った。判例実務の運用に判断の指針を示した点に、本研究の社会的意義がある。また、いわゆる「作為と不作為の区別」は、論理上、行為論から独立している問題とはなりえないこと、及び作為の定立基準を明示した点に、本研究の学術的意義を見出すことができる。

研究成果の概要（英文）：This research collected and analyzed cases on crimes in relation to omission in criminal law. In conclusion, this research clarified how to determine whether someone has a duty to act.

研究分野：刑事法学

キーワード：不作為犯 作為義務 詐欺罪 告知義務 保障人的地位 同価値性 先行行為 排他的支配

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19（共通）

## 1．研究開始当初の背景

不真正不作為犯に関する判例は、主に以下の2つの類型に分けられる。第1類型は、殺人罪や放火罪に関する判例を代表とし、「先行行為」、「引受」、「排他的支配」などの要素を総合考慮した上で、作為義務の存否を決めるものである。第2類型に属するのは、詐欺罪や死体遺棄罪に関する判例であり、作為義務の根拠を「慣習」や「条理」に求めるものである。

他方、作為義務者の特定の基準に関する諸見解は、多元説と限定説に分けられ、両陣営が対立している状況であった。しかし、このように「多元説」対「限定説」という考え方の対立軸を設定し、これを出発点とする場合には、真の対立点を把握できなくなるばかりでなく、議論に混乱をもたらすおそれがある。というのも、多元説と限定説は、「作為義務の根拠を1つの原理に収斂させる必要があるか（「多元」か「限定〔一元〕」か）という点だけでなく、「慣習・条理に基づく義務の考慮の可否」という点をめぐっても対立しているからである。義務の根拠を1つに限定することが必要かという問題も、慣習・条理に基づく義務の考慮の可否の問題も、独立に論じられうるものであるため、組み合わせとして、論理上4つの理論的立場が考えられる。議論の噛み合わない現状を打破するためには、争点を全て具体化した上で逐一検討する必要がある。

## 2．研究の目的

上述の背景から、本研究は当初、「(1) 慣習・条理に基づく義務の考慮の可否」、「(2) 作為義務者の特定の基準を1つに限定する必要があるか」、「(3) 全ての犯罪構成要件に共通する作為義務者を特定する基準を立てる必要があるか」の検討を目的として、研究を進めてきた。

そして、問題意識(3)に関する研究を行った結果、「構成要件ごとに作為義務を負う主体を特定する（行為規範を補完する）必要がある」という結論に至ったため、その前提作業となる「(4) 作為の定立基準を何に求めるべきか」ということも、研究課題として追加された。

## 3．研究の方法

前述の問題意識(1)の研究にあたって、本研究は、不作為による詐欺罪の「告知義務」の判断が争点となる国内外の裁判例を検討の素材とした。なぜなら、「信義誠実の原則」が裁判例によって援用されているからである。問題意識(2)の研究方法は、台湾刑法15条1項（「犯罪結果の発生に対して、法律上の防止義務があり、防止が可能であるのに防止しなかったときは、積極行為によって結果を発生させたときと同じである」）及び、同条2項（「自己の行為によって、犯罪結果の発生する危険があるときは、その発生を防止する義務を負う」）の適用状況やその解釈論上の議論を分析することである。問題意識(3)の研究方法は、作為義務者の特定を論ずることの本質が「開かれた構成要件の補完」であることに立ち戻り、各論的検討を行うことであり、問題意識(4)の研究方法は、行為論の課題・観点を析出することによって、作為と不作為の区別に関する先行研究を整理しなおすことである。

研究全体の具体的な研究方法として、文献調査・分析の成果を踏まえつつ、国内の研究者と実務家との意見交換の機会を積極的に設けた。早稲田大学刑事法研究会・信州大学経法学部法学研究会で発表することなどを通じて、検討・分析に必要不可欠な視点を獲得することができた。

## 4．研究成果

本研究の主要な研究成果は、以下の通りである。

### (1) 慣習・条理に基づく義務の考慮の可否

前述の問題意識(1)に関して、日本及び台湾における告知義務が争点となる裁判例を類型化した上で、分析を行った。その結果、告知義務の有無を判断する際には、信義誠実の原則を完全に排除することは困難であり、信義誠実の原則の援用には一定の普遍性があることが明らかになった。不真正不作為犯の行為規範を具体化する際に、条理・慣習に基づく義務を考慮する必要がある理由として、刑法の人権保障機能を果たさせるためには社会倫理・道徳を考慮に入れながら、法（規範）を形成する必要があることが考えられる。本研究は、問題の本質は刑法とモラルの関係をもとにどのように捉えるべきかという点にあるということを指摘した。

### (2) 作為義務者の特定の基準を1つに限定する必要があるか

不真正不作為犯の事案に関して、多くの台湾の裁判例は台湾刑法15条2項を援用し、作為義務を肯定する傾向がある。その結果、台湾刑法15条2項が規定している先行行為が極めて抽象化、希薄化されている。危険物管理義務は、「電気製品を使用する先行行為」により基礎づけられ、危険な場所の管理義務は「危険な場所を営営する先行行為」により根拠づけられているのは、まさにその証明である。作為義務を基礎づける危険創出行為が台湾の裁判例により著しく抽象化、希薄化されている現状に鑑みると、危険創出・増加を作為義務の根拠事情と解する場合、不真正不作為犯の処罰範囲が不明確になるおそれがある。したがって、一元的な基準を立てることにより処罰範囲がより明確になるとは必ずしもいえないということを指摘することができる。

### (3) 全ての犯罪構成要件に共通する作為義務者を特定する基準を立てる必要があるか

「開かれた構成要件を補充・定立し、行為規範を具体化すること」が作為義務者の特定の基準を論ずることの本質であるならば、実際に、問題となる事案の事実関係に応じて、構成要件ごと

に行為規範を補完することが法益保護という目的の達成にとって不可欠である。本研究は、各犯罪構成要件の保護法益の特質から出発し、法益との関連において作為義務者を特定するための指針を具体化する作業が必要であることを指摘した。

#### (4) 作為の定立基準を何に求めるべきか

「刑法上の行為とは何か」という問題は、「犯罪論体系の中に、(構成要件に前置する)『行為』という評価の階層を構築することが可能か(いわゆる「裸の行為論」の可否)」という形で議論されることもある。行為論の可否を論ずる前に、そもそも行為論に「いかなる機能・役割を負わせるか」という問題が論理的に先行すると考えられるが、学説上の議論状況を敷衍すれば、行為論に「結合要素」としての機能を付与すること、つまり、構成要件・違法・責任段階の評価から完全に独立した「行為」概念を構築することは困難であるという批判が有力であるといえる。

他方、人々の自由の領域が不当に侵食されることを防ぐためには、「(侵害)行為主義」の要請に基づいて、行為論に「基本要素」及び「限界要素」としての役割を果たさるべきだという点について、大方の意見の一致がみられると思われる。すなわち、刑罰の発動の前提として、「構成要件に該当し、違法かつ有責な行為」の存在は、(過失犯や不作為犯を含めて)全ての犯罪に要求され、また、刑法上の帰属を肯定するための最小限の条件としての「行為」とは何かを論ずる必要がある、ということである。

通説と同様に、前述の2点を議論の出発点とするならば、「行為」は刑法上の評価から切り離れて観念しうるものではなくなる。本稿は、刑法の人権保障目的を果たすためには、行為論の基本要素および限界要素としての機能を肯定するべきであると考え、「刑法上の評価・帰属の対象となりうるものは何か」という観点から行為を記述することを、行為論の課題と解することが適切であり、そして、評価の観点から行為の記述をする際、以下の2点を問題とする必要があると考える。すなわち、「行為の外界への影響」として、どのようなものを要求するべきか、という「社会的帰属可能性」の問題、及び、「行為主体の関与のあり方」として、どのようなものを要求するべきか、という「人的帰属可能性」の問題である。

以上のことから、本研究は、「社会的帰属の正当化」及び「人的帰属の正当化」という、「行為」概念の2つの役割から、作為性の判断基準の具体化を試みた。その結果、「ある1つの時点の行為を作為と評価できるか」という判断の内容を以下のように解される。まずは、「判断対象たる行為の時点における行為者の存在を仮定的に消去することによって、行為者による危険状況の悪化(危険の創出ないし危険消滅の阻止)を肯定できるか」を判断する必要がある。次に、「当該危険状況の悪化と、(判断対象たる行為の時点の)行為者によるエネルギー投入の両者間の経験的合法則性を肯定できるか」の判断が行われる。ある1つの時点の行為を「作為」と評価できるかは、前述の2段階の評価によって確定されるのであり、そして、前述の に対して、両方とも肯定的な結論が導き出される場合に限り、当該行為の「作為」性を肯定できる。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計2件（うち査読付論文 2件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 蔡芸琦	4. 巻 3
2. 論文標題 不作為犯における作為義務論の問題点	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 信州大学経法論集	6. 最初と最後の頁 109 ~ 123
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 蔡芸琦	4. 巻 7
2. 論文標題 挙動による欺罔行為について いわゆる「作為と不作為の区別」論からの検討	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 信州大学経法論集	6. 最初と最後の頁 1-32
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計1件

1. 著者名 陳子平教授榮退論文集編輯委員會	4. 発行年 2018年
2. 出版社 元照	5. 総ページ数 633
3. 書名 法學與風範	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 （ローマ字氏名） （研究者番号）	所属研究機関・部局・職 （機関番号）	備考
--	---------------------------	-----------------------	----