

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 11 日現在

機関番号：34504

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2012～2013

課題番号：24730062

研究課題名(和文) 作為同価値性を持たない不作為犯の規範構造 機能的不作為犯論の構築に向けて

研究課題名(英文) The conduct norm of omission which does not correspond to a offence by commission

研究代表者

松尾 誠紀 (MATSUO, Motonori)

関西学院大学・法学部・准教授

研究者番号：00399784

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,800,000円、(間接経費) 540,000円

研究成果の概要(和文)：法益を救助するために期待された行為を行わない不作為犯について、従来の学説は、不作為による殺人を代表とする不真正不作為犯を主に検討の対象としてきた。しかし、法益救助の促進を目的とする不作為犯においては、そうした不真正不作為犯の研究だけでは不十分であり、作為同価値性を持たない不作為犯の研究も必要である。そこで、本研究課題においては、作為同価値性を持たない不作為犯の規範構造を明らかにするために、真正・不真正不作為犯の区別、結果概念、危険概念について検討を行った。

研究成果の概要(英文)：A crime of omission is preexisting, if someone who is obligated, do not prohibited occurrence of damage. The research so far do vetted the not genuine failure (unechte Unterlassung) as same as a genuine crime by omission that causes a case of manslaughter. Nevertheless it is important to not only examines not genuine failure, but also intentional act of genuine crime forbearance (vorsatzliche Handlung der echten Unterlassung), which are not committal equal. This work in hand do discuss distinctions issues of validity and spuriousness bent to the crime of forbearance (Unterlassungsdelikt), definition of success and peril on the commitment of omission.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：不作為犯

1. 研究開始当初の背景

本研究課題は不作為犯論を研究対象とするが、これまでの不作為犯論は作為犯と不作為犯の構造上の相違に着目して、例えば不作為によっても(作為犯による充足を予定した)殺人罪の構成要件を実現できるかという不真正不作為犯の成立要件ばかりに関心を集中させている。しかし不真正不作為犯処罰はあくまで救助を促進する一方法にすぎないにもかかわらず、これまでの学説はこればかりに注目してきた。法益救助の促進という機能的観点からは、真正不作為犯のように作為犯との同価値性を持たない不作為犯をも包括的に捉える必要がある。このような問題意識から本研究課題を研究の対象とした。

2. 研究の目的

本研究の最終目標は、不真正不作為犯だけでなく、作為同価値性のない不作為犯をも包括的に捉えて、危殆化された法益の救助を促進するシステムとして不作為犯論を機能的に再構築することにある。そこで、本研究期間内においては特に、作為同価値性のない不作為犯に関し、作為同価値性のある不作為犯(不真正不作為犯)よりも低いその違法性を基礎づける要素は何かについて解明することを目的とした。

3. 研究の方法

研究目的の達成のために、危険概念、結果概念という不作為犯論に資する基礎理論の検討のほか、保護責任者遺棄(致死)罪に関する検討、道路交通法上の救護義務違反の罪に関する検討、不救助罪(ドイツ刑法323条c等)に関する検討を各個別的に行い、それを最終的に統合するという方法を行った。

4. 研究成果

(1) 本研究期間における成果としては、個別研究課題に関しその研究成果を公表したものが3点(下記雑誌論文)各個別研究課題の成果を統合し、研究成果の中間報告をしたものが1件である。そこで以下では、それぞれの研究成果について概観する。

(2) 本研究課題である真正・不真正不作為犯の適用範囲は幅広い罪にわたるが、本研究期間内においては法益侵害のプロトタイプである生命侵害(及びその危険)に限定して検討を行った。このとき生命侵害に関する不作為犯は結果犯として扱われる場合が多いことから、そこでは、構成要件的な結果に対する理解の解明が欠かせない。そこで、本研究課題に関する基礎研究として、結果の特定に関する検討を行った。以下、公表されたその研究成果(下記雑誌論文)の概要を示すこととする。

近時、最高裁は構成要件的結果の理解・特定に関して注目すべき決定を示した。

最高裁平成24年11月6日決定(刑集66巻11号1281頁)は、先行者が被害者に暴行を加えて傷害を負わせた後に、後行者がこれに共謀加担し、さらに強度の暴行を加えて被害者の傷害を相当程度重篤化させたと認められる事案において、後行者の「共謀加担前に〔先行者〕がすでに生じさせていた傷害結果については、〔後行者〕の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって〔被害者〕の傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」とした。そして、こうした理解に基づく構成要件的結果の特定に関しては、さらに補足意見も付されている。その補足意見は、「傷害罪の傷害結果については、暴行行為の態様、傷害の発生部位、傷病名、加療期間等によって特定される」が、これらの一部が証拠上明らかにされない場合は、「証拠上認定できる限度で、適宜な方法で主張立証がされ、罪となるべき事実に判示されれば、多くの場合特定は足り、訴因や罪となるべき事実についての特定に欠けることはない」とし、本件では、「安静加療約3週間を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」と認定することになるとした。

こうした結果の特定の仕方に関して、東京高判平成8年8月7日東高時報(刑)47巻1~12号103頁は、被害者に生じた傷害について、「〔後行者〕自身が〔被害者〕に対して傷害を生じさせるに足りるだけの暴行に及んでいることは認められるものの、〔後行者〕自身の暴行によって形成された傷害を独自に取り出して、その質、量を判示することは不可能であり、それらは〔先行者〕が〔後行者〕と共謀する前のもを含む暴行と渾然一体となって〔被害者〕の傷害を形成している」としか認定しようがない」として、「本件のような傷害事犯についてこれを考えるに当たっては、その前にまず、途中加担後の行為とされるものがどの範囲の行為とこれによる結果等を指しているのかについてみておかなければならない」として傷害事犯の場合を考察した結果、「一口に加担後の行為といっても、その範囲の確定は必ずしも容易ではないときがあるのであって、その点明確な識別・分離が不可能なものについては、後行行為者は、先行行為者の行為ないしそれに基づく傷害の結果等について全体として共同正犯としての罪責を負うとすることもやむを得ない」とする。すなわち、先の補足意見が、発生した傷害結果のうち「相当程度重篤化させた傷害」が後行者に帰責される傷害結果として特定されるとしたのに対し、東京高裁はそのような限定した傷害結果の特定を行う必要はないとしたものである。

そこで検討を行った結果、私見では、必ず

しもその補足意見のように構成要件的结果を特定する必要はないとした。なぜなら、その補足意見が構成要件的结果として特定されるべき「結果」を限定しているとする点に疑問があるからである。つまり、後行者が関与した後に傷害結果が拡大された部分というのは、構成要件的结果それ自体ではなく、後行者の関与後の暴行が結果に至るまでに寄与した割合を示すものにすぎないからである。寄与割合は構成要件的结果それ自体ではない。現にこれまで、例えば自動車による二重轢過で問題とされるような多重因果関係の問題領域において、複数の原因のうちの一部が全体結果に対して因果性があるとされた場合にも、第二行為者の寄与分を構成要件的结果として切り出すことはしてきてはいなかったのである。

構成要件的结果はそのようなかたちで特定されるべきことを本研究の成果において明らかにした。

こうした研究成果をさらに発展させ、それをまとめたものを下記雑誌論文として公表した。特に下記雑誌論文は、同最高裁決定の法定意見は必ずしも常に補足意見のいうように構成要件的结果を特定すべきとまではいっていないとした点において意義を有する。

このような下記雑誌論文は、特に結果概念の理解に関して、これまでの学説にはない新たな検討の切り口、検討の視点を提示するものである。そのため、すでに複数の論文において引用されている（例えば、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修791号（2014年）12頁・註（2））。

（3）本研究課題が研究の対象とする不作為犯論は、法益侵害の危険を阻止することが期待されたにもかかわらずそれをしなかった者の罪責が問題となるものである。従ってそこでは法益侵害に対する「危険」という概念への理解が不可欠である。もっとも、こうした危険概念は、不作為犯論においてだけでなく、未遂犯論においても同様に問題とされている。そして近時、最高裁において、こうした危険概念の存否が扱われた。そこで、この事案の検討を通して危険概念の実質について研究し、その成果として公表したものが下記雑誌論文である。そこで、その概要を以下で示す。

覚せい剤を輸入するために、本邦外から持ち込まれた覚せい剤を海上で投下し、本邦から小型船舶でその回収を担当する者がそれを回収して陸揚げするという方法を予定していたところ、当該覚せい剤の投下はなされたものの、当日は荒天であったため、回収担当者が小型船舶を出航させることができず、また当該覚せい剤も流されて海岸に漂着したことによって、結果的に回収することができなかった事案に関し、最判平成20年3月4日刑集62巻3号123頁は、覚せい剤取

締法上の営利目的覚せい剤輸入罪の未遂及び関税法上の禁制品輸入罪の未遂の成否について、「本件においては、回収担当者が覚せい剤をその実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しく、覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえないから、本件各輸入罪の実行の着手があったものとは解されない」とした。すなわち、本判決では、既遂到達の危険性の有無が問題となる「実行の着手」の存否が争われ、それが否定されたのであった。

この点、学説では、第一に、本判決は、回収担当者が覚せい剤を実力的支配の下においた時点で実行の着手が認められるとの基準を持ち、その未充足ゆえに実行の着手を否定したものとする見方がある一方、それに対して、第二に、本判決が「実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しい」という表現を用いて実行の着手を否定したことから、本判決は、回収担当者が未だ覚せい剤を実力的支配の下に置かずとも、その可能性がある段階でも実行の着手が認められることに含みを残したとする見方が主張されている。しかし、本判決に対するこれらの見方は妥当ではない。

従来の学説ではいかなる場合に実行の着手が肯定されるのかを念頭において議論がなされてきたがゆえに、実行の着手が否定される場合にも、その基準が満たされていないからそれが否定されるのだと考えられがちである。しかし、実行の着手の否定の仕方には二つの方法がある。第一に、実行の着手が肯定されるための基準要素を当該行為が充足していないというかたちで実行の着手を否定する方法（実行の着手ラインへの未到達型）、第二に、それを突破しなければ既遂に到達しえないという「関門」を設定し、その関門の突破可能性がないというかたちで実行の着手を否定する方法（既遂到達可能性否定型）である。この既遂到達可能性否定型は、実行の着手を否定する際には、必ずしも、それが満たされれば既遂結果発生危険が認められるという基準要素の否定でなくとも、既遂成立要件の充足可能性（既遂到達の可能性）が否定されれば足りるということから導かれるものである。つまり、既遂到達可能性が否定されさえすれば実行の着手も否定される（ありえない）のであるから、必ずしも既遂結果との関係を介さずとも、既遂成立要件との関係でその充足可能性が否定される場合でも実行の着手の否定は基礎づけられるのである。それゆえ、実行の着手ライン未到達型に対する既遂到達可能性否定型の特徴は、既遂到達可能性否定型での「関門」は必ずしも実行の着手肯定の基準要素のように既遂結果との関係で設定されるものではないから、ア）その関門は既遂成立要件の一つでよく、イ）またそれを突破したからといって既遂結果発生危険が認められるものでなくともよい点にある。

本判決はこの既遂到達可能性否定型に従って実行の着手を否定したものである。すなわち、本判決は、「回収担当者が覚せい剤をその実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しい」ことを指摘して実行の着手を否定した。各輸入罪の既遂が成立するためには、まさに覚せい剤を陸揚げしなければならないから、そのためには、それを回収し陸揚げを担当する者が当該覚せい剤を実力的支配下に置くことが不可欠である。それが否定されれば同罪の既遂は実現されえない。そこで本判決は、その実行の着手を否定するために、同罪の既遂到達への要諦である、覚せい剤をその実力的支配に置くことを「関門」として設定し、その関門の突破可能性がないことを理由に実行の着手の否定を基礎づけたものである。従って、本判決が示した、覚せい剤をその実力的支配下に置くことまたその可能性の存否は、既遂到達可能性否定型における関門として意味づけられるものであることから、必ずしもそれらは実行の着手の存否判断の基準要素として挙げられたことを意味しないのである。

下記雑誌論文 においては、このようにして、実行の着手の否定の仕方、すなわち既遂に至る危険の不存在という側面から危険概念の実質を検討したものである。従前の学説では、いかなる場合に実行の着手が認められるかという側面ばかりから検討がなされてきたけれども、本研究は、そうした見方だけに頼ることの問題点という従来学説にはない斬新な指摘を行い、新たな分析視角を提供するものである。その意味で、今後の危険概念の研究に大いに資するものと思われる。

(4) 上記の各個別的研究課題に関する研究成果に加えて、各個別的研究課題に関する各研究成果を基礎にそれらを統合して、ドイツ・わが国における真正・不真正不作為犯に関する基礎理論について検討結果をまとめ、研究成果の中間報告を行った。また、ドイツ・ハイデルベルク大学にあるドイツ・欧州・国際刑法・刑事訴訟法研究所においても同様の研究成果報告を行った。本研究報告に関しては、2014年度中に公表できるよう準備を進めているところである。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計3件)

松尾誠紀、共謀加担前の暴行から生じた傷害と傷害罪の共同正犯の成立範囲、判例セレクト2013〔 〕、法学教室401号、2014、28頁、査読無

松尾誠紀、事後的な関与と傷害結果の帰責、法と政治、64巻1号、2013、1-31頁、査読無

<http://kgur.kwansei.ac.jp/dspace/handle/10236/10712>

松尾誠紀、覚せい剤輸入罪及び禁制品輸入罪の実行の着手が否定された事例(刑事判例研究) 論究ジュリスト、6号、2013、172-176頁、査読無

6. 研究組織

(1) 研究代表者

松尾 誠紀 (MATSUO, Motonori)

関西学院大学・法学部・准教授

研究者番号：00399784

(2) 研究分担者

()

研究者番号：

(3) 連携研究者

()

研究者番号：