

# 博士学位論文審査要旨

2021年 6月 29日

論文題目： わが国における不真正不作為犯論の再構成

学位申請者： 奥田 菜津

審査委員：

主査： 司法研究科 教授 松原 久利

副査： 法学研究科 教授 河村 博

副査： 司法研究科 教授 十河 太郎

要 旨：

本論文は、わが国における不真正不作為犯論の基本構造の再構成を目的とするものである。そのために、第1に、作為と不作為の区別、第2に、不真正不作為犯の要件論の構造、第3に、そこから導き出される不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界という問題を設定する。

本論文の特徴は、第1に、理論的な独創性である。作為と不作為の区別については、作為義務論と一体となって、自然的な因果性をもたないものを不作為とすべきであるとし、作為義務の要件論については、作為犯と共通の条文で処罰する以上、因果的相違を克服するために、作為犯と同様に実行行為性を論証すべきであり、作為が当然ある「はず」であることが必要であるが、これに加えて、規範的相違を克服するためには、不作為犯固有の意味での作為義務、すなわち命令規範を正当化しうる「べき」論が必要であるとして、不真正不作為犯の要件論の構造を再構成する。これは、これまでにはあまり見られなかった、不作為犯の全体像を示そうとする意欲的な内容となっている。

第2に、ドイツの立法・学説・判例を参照しつつも、その法状況の相違から、作為との同価値性について「日常生活において通常のこととして想定されている作為」の不作為という視座が得られることを明らかにする。この点に比較法的意義が認められる。

第3に、多元的な運用を統制する上位の指針として機能する基準として、実行行為性を論証するための結果回避措置の蓋然性、結果回避可能性、結果発生の蓋然性、作為の仮定を正当化する固有の作為義務として、法令・契約事務管理等の具体的規範、保護の引受等の自己選択・自己責任、条理・管轄等の社会システムの諸要素を挙げる。これに基づいて、裁判例を検討し、具体的に問題とされる殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界を明らかにする。ここに本論文の実践的意義が認められる。

このように、本論文は、不真正不作為犯の全体像に迫ろうとする意欲的な研究の成果であり、その論旨は明解であり、理論的独創性、比較法的意義、実践的意義の点で特筆に値するものといえる。以上を総合して、本論文は博士(法学)(同志社大学)の学位論文として十分な価値を有するものと認められる。

## 総合試験結果の要旨

2021年 6月 29日

論文題目： わが国における不真正不作為犯論の再構成

学位申請者： 奥田 菜津

審査委員：

主査： 司法研究科 教授 松原 久利

副査： 法学研究科 教授 河村 博

副査： 司法研究科 教授 十河 太郎

要 旨：

審査委員は、2021年6月24日午後2時から3時40分まで、光塩館第1共同研究室において口頭審査を行った。本学位申請者は、本論文の問題意識を始め、作為と不作為の区別、作為義務の根拠論、ドイツ刑法13条の解釈、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界など、本論文の内容および関連事項に関する多岐にわたる質疑に対して、終始的確な応答を行い、裁判例の分析等、若干今後の課題とすべき検討事項も残されてはいるが、全体として当該分野ならびに関連領域に関する深い専門知識を有するとともに、高度な学術的考察力を備えていることを示した。また、申請者は、本論文の執筆にあたり、多数のドイツ語文献を渉猟しており、この分野において必要なドイツ語の能力を十分に備えているものと判断した。

以上のことから、本学位申請者の専門知識に関する学力ならびに語学力は十分なものであると認める。

よって、総合試験の結果は合格であると認める。

# 博士學位論文要旨

論文題目： わが国における不真正不作為犯論の再構成  
氏名： 奥田 菜津

## 要旨：

本稿は、「わが国における不真正不作為犯の輪郭はどのようなものか」を問いとし、ドイツとの法状況の違いから、わが国における不真正不作為犯論の再構成を試みるものである。

### 1. 学術的背景

わが国では、不作為による犯罪実現も作為と共通の条文で処罰される。しかし不作為は危険創出の直接の原因ではないため、処罰範囲が無限に拡がりかねない。そこで、「作為義務」者の不作為のみが作為と同価値の実行行為性を有するとされ、作為義務の根拠論が議論されてきた。法令、先行行為、支配性など様々な根拠要素が提示されるが、いずれもすべてのケースを単独で説明することに成功しているとはいえない。この状況の中、裁判所はひとつの根拠論に拠ることなく、諸要素を多元的に取り入れ判断を重ねてきた。しかし、そこには理論的な裏付けがなく、ともすれば裁判官の恣意的な判断を招きかねない。不真正不作為犯の要件論を明らかにすることは、学術的意義だけではなく、裁判官に判断の指標を与える意味でも大きな意義を有する。

### 2. 本稿の「問い」

本稿は、「わが国における不真正不作為犯の輪郭はどのようなものか」を問いとし、これに答えるために、小問①「作為と不作為はどのように区別されるべきか」、小問②「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」、そしてそれを前提とすると「従来の作為義務の根拠論はそれぞれ、何をどの程度で解決するものであったのか」、小問③「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界はどこにあるか」という3つの小問を設定する。

### 3. 本稿の目的

本稿は、不真正不作為犯について、①裁判例の多元的運用に一定の指針を与えるとともに、②諸要素の関係を整理することで今後の理論的發展に資することを目的とする。

### 4. 本稿の射程

不真正不作為犯は様々な犯罪について観念しうるが、各論的考慮による議論の複雑化を避けるために、本稿は原則として、典型例である殺人罪に射程を限定する。さらに、故意単独正犯のみを扱い、議論を単純・明確化する。

### 5. 本稿の独創性

本稿の独創性は、次の3点にある。

#### (1) 諸概念を有機的に捉え直し、総合的な理論の再構成を試みたこと

従来、作為と不作為の区別論は作為義務の根拠論の先決問題として切り分けて考えられてきたが、本稿は、両者を一体として捉えた。また、「規範」と「事実」は対置されることも多かったが、本稿はこれを不可欠の両輪とし、それぞれに理論的役割を与えた。このように、本稿は諸概念を有機的に統合しうる理論の再構成を試みた。

#### (2) ドイツとの法状況の差異から示唆を得たこと

ドイツは、不真正不作為犯固有の条文と任意的減輕規定を持つ。これに対しわが国では、作為と不作為は共通の条文を根拠とし、減輕の余地はない。そうすると、日独では処罰範囲も異なるはずである。かねてからドイツの議論は参照されてきたが、本稿はその共通点ではなく、むしろ差異から示唆を得ようとするものである。

#### (3) 裁判例の分析をふまえ、多元的運用の上位規範を与えたこと

1・2の演繹的手法に、裁判例からの帰納的手法を併用した。一元的解決の困難性を認めるとしても、手放しの多元的運用は恣意的な判断を招きかねない。そこで、理論と実務双方からアプローチして、裁判官の判断の指標となる上位規範を見出すことを目指した。

## 6. 本稿の構成

### (1) はじめに (第1章)

本稿の問いや目的、射程の限定、構成などについて述べる。

### (2) 作為と不作為の区別 (第2章)

第2章では、小問①「作為と不作為はどのように区別されるべきか」に答える。

不真正不作為犯論を再構成するにはまず、「不作為」の範囲を明確にする必要がある。また、これを検討することによって、不作為が作為と同価値であるために乗り越えるべき相違が明らかになる。

そこで、国内外の先行研究や判例を概観しつつ、作為義務の根拠論をも参照し、作為と不作為の相違を検討した。これにより、作為と不作為の間には、①禁止規範違反か命令規範違反かという規範的相違と、②因果を発生させるか既存の因果を放置するかという因果的相違が存在することが分かった。しかしこれらによっても、作為と不作為は常に峻別されるわけではなかった。作為と不作為は、現象として連続的・スペクトラム的なのである。そこで、作為と不作為の区別は、作為義務論の前提として所与のものと考えべきではなく、作為義務論と一体となって、適切な処罰範囲を最終的に画定できるように定めるべきであるとした。

以上により、本章では次のような結論に至った。作為と不作為には①規範的相違と②因果的相違が存在するが、このうち①規範的相違は、不作為に分類されたことによって生じる相違であり、作為と不作為の区別に役立てることはできない。そこで、②因果的相違について、「法的な」因果性を補う必要がある、すなわち、「自然的な」因果性を一切持たないものを不作為とすべきである。これを具体化すると、次のような基準を定立することができる。『当該行為主体の存在がなければ、当該危険がその大きさで存在することはなかった』といえるならば当該行為は作為であり、『当該行為主体の存在がなくとも、当該危険はその大きさで存在していた』といえるならば当該行為は不作為である。

### (3) 作為義務の根拠論 (第3章)

第3章は、第2章で明らかにした作為と不作為の2つの相違を念頭に、小問②「不真正不作為犯の要件論の構造はどのようなものか」、そしてそれを前提とすると、「従来の作為義務の根拠論はそれぞれ、何をどの限度で解決するものであったのか」に答えるものである。

まず、日独の学説を分析する中で、不作為の実行行為性を論証するには、作為義務を媒介項とする媒介項アプローチと、作為と同様に直接論証しようとする直接的アプローチが存在することを指摘した。

続いて、わが国とドイツとの法構造上の相違、とりわけ任意的減軽規定の存在に着目した。ドイツでは減軽されるような態様の不作為は、減軽規定のないわが国では処罰すべきでない。わが国では、作為と真に同価値な不作為、当罰性も等しく認められる不作為のみが処罰可能である。そして、ドイツの議論に照らすと、ドイツでも減軽対象とならない不作為、すなわち作為と同等の当罰性が認められる不作為とは、日常生活において通常のこととして想定されている作為の不作為である。

以上をふまえ、不真正不作為犯論を次のように再構成した。まず、作為と共通の条文で不作為を処罰する以上、作為と同じ、直接的アプローチによって実行行為性を論証すべきである。ここでは不作為が危険を創出したといえる程度に、作為が当然なされる「はず」であると想定されていなければならない。この「はず」論が不作為の実行行為性認定の中心であり、これに加え、結果回避可能性や結果発生蓋然性も備われば、形の上では実行行為性を論証しうる。しかしこれだけでは、作為と不作為の2つの相違のうち、因果的相違しか乗り越えられない。不作為を処罰

するには、その命令規範性を正当化しうる「べき」論が必要であり、これこそが本来の、固有の意味の「作為義務」なのである。「はず」論と「べき」論はともに要求され、「はず」論が因果的相違を、「べき」論が規範的相違を克服する。すなわち、①結果回避措置の蓋然性（「はず」論）、②結果回避可能性、③結果発生の蓋然性、④固有の意味の作為義務（「べき」論）の4つの指標がともに満たされるとき、不真正不作為犯の実行行為性が認められるのである。

これらは様々な事情を考慮して検討すべきであり、一元的にすべてを解決することは困難である。これらの指標は、多元的運用を統制し、明確性を確保する上位規範として機能する。

この構造を前提にすると、これまでの作為義務の根拠要素が何を捕捉し、また捕捉できなかったのかが明らかとなる。本稿では、代表的な根拠要素をそれぞれ分析し直し、私見の構造上に位置づけた。また私見に基づいて裁判例を検討すると、類型ごとに、特に考慮すべき点や、原則として検討の必要のない点を指摘することができた。

#### （4）殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界（第4章）

不作為による殺人罪の輪郭を定めるには、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との境界も明らかにしなければならない。

本章は、両罪の境界に関する学説を一般的に検討したのち、ひき逃げ類型と虐待類型の裁判例を分析した。これらを第3章の不真正不作為犯論の構造上に乗せることで、両罪の境界と、その類型ごとの表れ方を明らかにした。

本稿の示す両罪の境界づけの手順は、以下の通りである。

##### 【手順1】（「はず」の有無）

結果回避措置の蓋然性がなければ、不作為による殺人罪は成立しない。

##### 【手順2】（結果回避可能性および結果発生の蓋然性の関係）

結果回避措置の蓋然性がある場合、放置した場合と救助した場合との間で助かる見込みのギャップが大きければ殺人罪、小さければ保護責任者遺棄致死罪である。

##### 【手順3】（故意の有無）

手順2では殺人罪にあたるとしても、殺人に相当する故意が認められなければ、なお殺人罪は成立しない。

ひき逃げ類型では手順2・3が、虐待類型では3が、争点として顕在化する傾向にある。

#### （5）おわりに（第5章）

第5章では、本稿全体のまとめや結論、今後の課題について述べる。

不真正不作為犯の輪郭は、「社会が何を期待し、また期待してもよいか」によって画される。本稿は、「規範」と「因果（事実）」という2つの概念の関係を整理することで、形のない「社会の期待」に一定の形を与え、多元的運用の上位規範を示した。本稿で限定した射程を拡張し、過失や共犯も含めた輪郭を描いていくことが今後の課題となる。