

・**反対尋問** 検察側は一部実行全部責任の根拠、不作為独自説を採用する根拠をそれぞれどう解するか。

### ・学説の検討

#### (1) 片面的共犯について

共同犯行の意思は相互的な意思の連絡を要するとする共同意思主体説の立場からは、片面的共同正犯は認められない<sup>1</sup>。また、片面的従犯の特色が異心別体たる幫助者と正犯者とが一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため同心一体となるという点にあるとする限り、相互的な意思連絡を必要とすべきであって、片面的従犯も認めるべきでない。弁護側はX説を採る。

#### (2) 不真正不作為犯における作為義務の発生根拠について

A 検察側の採用する排他的支配領域説では作為義務の肯定される範囲が狭すぎる。たとえば、子供が溺れており、救助に出ることが可能なものとして親と他人とがいるとき、通説は親に作為義務を認めるが、この見解の論者は作為義務を否定している<sup>2</sup>。だが、周りに誰もいないときは作為義務があり、周りに誰かがいると作為義務がなくなるとするのは妥当でない。無関係な他人が現場に存在するだけで、親の義務が常に否定されるとしたのでは、偶然的な事情によって法益保護が不十分になる。

I 弁護側はα-2説、法規範説を採る。α説、形式的三分説にいう「条理」など法令による義務付けのない基準でもって、明確かつ妥当な作為義務の限界付けを行う事は容易でなく、判断基準の明確化が必要となる。したがって、先行行為を含む「条理」や排他性といった事実的な事情は作為義務の根拠とせず、「法規範」を統一的根拠とすべきである<sup>3</sup>。

#### (3) 不作為による正犯と従犯の区別、不作為独自説と作為義務説の対立について

検察側はこの論点で「正犯と共犯の区別基準は、作為犯と不作為犯とで同じ基準か否か」を論じるが、実益があるとは思われない。学説の状況でa説、不作為独自説は「作為に関する共犯理論をそのまま不作為にあてはめえない。よって作為義務の内容では正犯と従犯は分けられない」とする。しかし、4.正犯と従犯の作為義務の相違の論点では検察側はC説、西田説を採り、因果関係の質的差異によって正犯と従犯を区別しており、結果回避可能性ないし作為の容易性を検討する。結局のところ、a説b説ともに不作為犯の成立要件に関連して正犯と共犯を区別するのである。なお、不作為独自説は目的的行為論などに依拠すると、C説の論者は目的的行為論を否定し、不作為独自説について慎重に記述を避けている<sup>4</sup>。

#### (4) 正犯と幫助犯の作為義務の相違について

この論点は実質的には「作為義務違反が認められた不作為者が正犯となるのか、それとも共犯にとどまるのか」が論じられている問題と理解し、検察側と同じく作為犯同士の正犯、共犯の区別基準を作為犯と不作為犯との間にも適用する立場から、単独犯における実行行為と同価値の当罰性があるとき共同正犯とするD説を採る。すなわち、正犯と共犯の区別基準は共同意識の有無、共同意思主体内部における地位、実行行為への加功の有無・程度によって区別し、実行行為を分担しなかったものは共同正犯とならないとする<sup>5</sup>。もっとも、共同意思主体説の立場から正犯と従犯との間に意思連絡を欠く場合には単独犯に分解して考える<sup>6</sup>。また、この論点に関連して「どのような場合に不作為者に作為義務違反が認められるか」について、不作為による幫助の成立要件のうち結果回避可能性が問題となる場合、単独犯の場合にも結果回避可能性がなければ可罰的不作為自体がないと解するから、C説と異なり、結果防止が確実な場合に限り幫助を認めるべきである<sup>7</sup>D説を採る。

### ・本問の検討

(1) 甲が乙のBに対する折檻を止める行為をしなかった不作為は、乙との共同意思主体を形成して不作為に及んだといえるか、乙との間に共同正犯ないし幫助犯が成立するかが問題となる。乙は甲に折檻を行うと告げておらず、甲は事件当日に乙が当該行為に及ぶとは知らなかったことから、甲と乙の間に相互的な意思連絡はなく、共同意思主体を形成していない。よって、甲は乙と犯罪を共同しておらず、共同正犯も幫助犯も成立しない。

(2) では、甲の不作為につき傷害致死罪(205条)の単独正犯が成立しないか、当該不作為に実行行為性があるか問題となる。甲はBの母親であり子の監護をする義務(民法820条)があるから作為義務はある。次に作為の可能性、容易性に関して、たしかに乙は甲に様子を見られると折檻がやりにくいと感じるので、甲が乙の側に立つだけでも心理的抑制になったともいえる。しかし、そうであるからこそ、甲がかかる作為に出れば乙から暴行を加えられる危険があるのであって、乙から度々金属製のパイプという威力の高い道具を用いて暴行を受けた経験から植え付けられた恐怖心と、お腹の出た妊娠6ヶ月の母親のもつ胎児を守る本能とを考慮すれば、甲が乙の神経を逆撫でるような作為に出るのは容易でない。また、乙が作為に及んだ甲に対し暴行を加えBに対する折檻を続けることが考えられる以上、C説にいう結果発生を困難にした可能性すらない。よって実行行為性はない。

・**結論** 甲は無罪となる。

以上

<sup>1</sup> 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(2006)弘文堂 259頁

<sup>2</sup> 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開[総論]』(1988)日本評論社 92頁

<sup>3</sup> 高山佳奈子「第2講不真正不作為犯」クローズアップ刑法(2004)成文堂 67,68頁

<sup>4</sup> 西田典之『刑法総論』(2006)弘文堂 77頁,338-340頁

<sup>5</sup> 曾根・前掲 265頁

<sup>6</sup> 立石二六『刑法総論[第3版]』(2006)成文堂 345頁

<sup>7</sup> 釧路地判平成11・2・12、判例時報1675号148頁