

・事件の概要

甲女は、同棲中の乙から手拳や金属製のパイプによって暴行を受けたことがあり、その都度、甲は実家に逃げていたが、乙にもう暴力を振るわないなどと約束され、再びよりを戻すということ3,4回繰り返していた。この甲に対する乙の暴行は、その後も続き、加えて、乙は甲の離婚した元夫 A との間に生まれた子 B(3歳)の食事の行儀が悪いときなどに、Bを長時間正座させたり、殴打したりするなど、Bに対してもせっかんに加えるようになった。

事件当日、妊娠約6カ月の状態であった甲は、子供部屋のおもちゃが少し移動していたことに気付いた乙が「おもちゃ散らかしたのはお前か。」とBに強い口調で尋ねていたのを聞いており、これにより乙がBに対しせっかんに加えるかもしれないと思っていたが台所にいて無関心を装っていた。そして、乙は甲がせっかんの様子を見ていたりやりにくかったので、後ろを振り返り、甲がいないことを確かめながら、Bの顔面、頭部を平手および手拳で多数回殴打し、転倒させるなどの暴行を加えたため、Bはくも膜下出血に伴う脳機能障害により死亡した。

・問題の所在

1. 乙がBにせっかんに加えるに際して、甲との意思の連絡がないところ、共犯が成立するか。いわゆる片面的共犯が認められるか問題となる。
2. 作為義務をいかに解するか。
3. 他人が犯罪行為をしようとしている時に、法益侵害防止の作為義務がある者が、それを放置した場合に、かかる不作為は幫助行為となるのか。不作為による正犯と従犯の区別が問題となる。
4. 正犯を基礎づける作為義務と幫助犯の作為義務の違いをいかに解するか。

・学説の状況

1. 片面的共犯について

X説 全面的否定説¹

片面的共犯全体を否定する見解。

Y説 一部肯定説²

片面的共同正犯は否定し、片面的幫助犯のみの成立を認める見解。

Z説 全面肯定説³

片面的幫助犯のみならず片面的共同正犯の成立も認める見解。

2. 作為義務の発生根拠

説 形式的三分説⁴

作為義務は 法令、 契約・事務管理、 条理に基づいて生じるとする説。

説 先行行為説⁵

先行行為を重視し、不作為犯が成立するためには、不作為者の故意・過失に基づく先行行為が必要であるとする説。

¹ 曾根威彦『刑法総論〔第三版〕』（2000年、成文堂）278頁 町野朔「惹起説の整備・点検」内藤謙先生古希祝賀『刑事法学の現代的状況』（1994年）有斐閣 136頁以下

² 大谷實『刑法講義総論』（2007年、成文堂）412頁、447頁 前田雅英『刑法総論講義〔第四版〕』（2006年、東京大学出版会）410頁、460頁

³ 平野龍一『刑法総論 』』（1972年、有斐閣）390頁 山中敬一『刑法総論〔第二版〕』（2008年、成文堂）840頁以下 西田典之『刑法総論』（2006年、弘文堂）334頁

⁴ 大塚仁『刑法概説（総論）〔第三版〕』（1995年、有斐閣）149頁

⁵ 日高義博『不真正不作為犯の理論』（1979年）149頁

説 事実上の引き受け説（具体的依存説）⁶

不作為者の法益に対する密着性を重視し、法益が不作為者に依存していたという事実関係を根拠とする説。具体的には、結果条件行為（法益の維持・存続を図る行為）の開始、そのような行為の反復・継続性、法益保護についての排他性、を必要としている。

説 排他的支配領域性説⁷

不作為の三要件を、結果回避可能性がある者（ ）に作為の容易性・可能性が認められる（ ）場合において作為義務（ ）があること⁸と解したうえで、作為義務の中で不作為と作為の同価値性があるかを考慮する説。具体的には、意思に基づく排他的支配を獲得した者と、親子関係など社会継続的な保護義務をもつ者に作為義務を認める。

3．不作為による正犯と従犯の区別

a 説 不作為独自説⁹

不作為は作為と根本的に性格が異なるので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。

b 説 作為義務説¹⁰

不作為の共犯概念を作為の場合と同じにとらえ、作為の従犯と同視しうるだけの作為義務があるかを吟味する。よって作為義務により従犯の限界を画する。

4．正犯と幫助犯の作為義務の相違

A 説 義務二分論¹¹

親が溺れている子を守るような結果発生を直接回避すべき保障者的義務（法益保護義務）が正犯を基礎付け、息子が殺人を犯すのを止めさせるような結果回避以前の保障者的義務（犯罪防止義務）が幫助の根拠となるとする。

B 説 原則幫助犯説¹²

作為による正犯の存在を認識して不作為で関与した場合には、原則として幫助犯となる。

C 説 西田説¹³

不作為者が作為に出れば「確実に」結果を回避できたであろう場合には正犯、結果発生を「困難にした可能性」がある場合には不作為による幫助とする。

・判例

大阪高判昭和 62 年 10 月 2 日¹⁴

< 事実の概要 >

被告人は、A1、A2 らとともに被害者甲を山林に連行し、その際、A1 が甲を殺害したいと考えていることを知り、かつ、それを A1 が容易になしうるものが十分考えられ、ほかに殺害を阻止しうる者が存在しないという状況下であるにもかかわらず、その場を離れたところ、その間に A1 が甲を殺害した。

< 判旨 >

「指摘の事実関係のもとにおいては、被告人は...同席を続け、A1 による甲殺害を阻止すべき義務を有していたと解すべきである。しかるに、被告人は、前記...記載の意図(自己の不在中 A1 が甲殺害の拳に出ることを予測・認容)のもとに、約 10 分間その場を離れることにより、A1 の甲殺害を容易ならしめた

⁶ 堀内捷三『不作為犯論』（1978 年）

⁷ 西田・前掲 116 頁

⁸ 西田・前掲 109 頁

⁹ 前田・前掲 478 頁参照

¹⁰ 前田・前掲 478 頁

¹¹ 山中・前掲 907 頁 中義勝『刑法上の諸問題』（1991 年）382 頁

¹² 内藤謙『刑法講義総論』（1991、有斐閣）1445 頁

¹³ 西田・前掲 339 頁

¹⁴ 判夕 675 号 246 頁

ものであるから、不作為による殺人幫助罪の罪責を免れないというべきである。」

・学説の検討

1．片面的共犯について

Z説は、共同実行の意思を、自己の行為が他者の行為と因果的に結合して犯罪を惹起することの認識ないし予見可能性をいうとする、行為共同説の立場から主張される。しかし、検察側は部分的犯罪共同説の立場に立ち、共同実行の意思を、行為者が相互に行為を利用し、補充し合って犯罪を実現しようとする意思をいうから、共同正犯の成立要件としての共同実行の意思において、意思の連絡が必要と解するので、Z説は採用できない。

X説は、共同意思主体説の見地から、あるいは、心理的因果性を共犯処罰の必須条件とする見地から主張されている。この見解では、片面的共犯を不可罰とするか、正犯の背後の単独正犯(間接正犯)に格上げするしかないことになる。しかし、いずれの見解も妥当ではない。そもそも、正犯の実行行為を容易にさせることは、正犯者が幫助を受けているという意識をもっていなくても客観的に可能である。そして、62条1項の法文も、幫助者と被幫助者と間に意思の連絡があることを要求していないと解することが自然である。とすれば、幫助者と被幫助者との間に相互的な意思の連絡を欠く片面的幫助も認めることができる。

したがって、Y説を採用する。

2．作為義務の発生根拠について

作為義務の発生根拠を 説のように先行行為に基づく防止義務にまで限定すると、法令上当然に法的な義務が認められる場合であっても、先行行為がなければ作為義務を認定しえず、不当に処罰範囲を狭めてしまう。また、 説においても事実上の引き受けがない場合に、法益に対する排他性を確保し不作為犯が成立しうる(例えば、母親が出産直後の嬰兒を何ら保護せずに死亡させた場合、引き受け行為の反復・継続がないことから、 説では殺人罪にならない)ため、処罰範囲が狭すぎる。したがって 説も妥当ではない。

また 説(形式的三分説)は、民法上の義務がなぜ刑法上の作為義務を基礎づけるのかは説明がつかないうえ、条理というあいまいなものを付け加えることによって、作為義務が要件として形骸化する。

思うに、作為が結果へと至る因果の設定だとすれば、不作為は因果経過の放置である。それゆえ、不作為が作為と構成要件的に同価値であるためには、不作為者が、すでに発生している因果の流れを自己の手中に収めることが必要である。よって、意思にもとづいて排他的支配を獲得するか、親子関係や建物の管理者・警備員であるなどの社会継続的な保護関係が必要であるとする 説が妥当である。

3．不作為による正犯と従犯の区別はいかにすべきか

b 説は、作為による従犯と同視しうるだけの作為義務があるかを吟味する¹⁵としている。しかし、作為義務の程度を明確に区別する考え方に合理的理由はなく¹⁶、不作為による共犯の作為義務も不作為単独正犯のそれと同様の基準により判断されるべきである。すなわち、不作為による正犯・共犯の作為義務を等質のものとするのだから、作為義務の程度によって、その不作為の重要性を区別することはできない。

したがって、a 説を採用する。

4．正犯と幫助犯の作為義務の違いについて

上述のように、不作為による正犯・共犯の作為義務を等質のものとするのだから、作為義務の程度によって、その不作為の重要性を区別することはできない。それゆえ、ここでは行為支配の論理や重

¹⁵ 前田・前掲 478 頁

¹⁶ 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』(1994年)177頁

要な役割論によっては、不作為の正犯と共犯を区別することはできないのである。だとすれば、因果関係の質的差異に着目すべきであると思われる。すでに判例・通説である幫助の因果関係の理解によれば、幫助行為は正犯結果と条件関係にある必要はなく、正犯結果を促進し、容易にしたことで足りる。これを不作為の幫助に引き直せば、作為にすることで「確実に」結果を回避できたという事実関係を必要とせず、結果発生を「困難にした可能性がある」という関係で足りるというべきである。よって、C説が妥当である。

・本問の検討

第1．乙の罪責について

1．乙は、Bの顔面、頭部を平手及び手拳で多数殴打し、転倒させるなどの暴行を加えて、くも膜下出血による脳機能障害を引き起こしているから、Bの生理的機能を害しており、Bを「傷害」しているといえる。また、少なくとも暴行の故意が認められるうえ、結果としてBが死亡しているため、傷害致死罪（205条）の構成要件に該当する。よって、乙は傷害致死罪（205条）の罪責を負う。

第2．甲の罪責について

1．甲女は、乙がBに殴打を加える可能性を認識しながら、それを止めることなく無関心を装っており、結果としてBは死亡している。よって、乙に傷害致死罪の幫助（205条、62条1項）が成立しないか。

2．まず、不真正不作為犯が成立するには、いかなる要件を満たすべきであるか。明文がないため問題となる。

この点、不真正不作為犯の場合、いかなる不作為が実行行為として認められるのかが明確ではないから、罪刑法定主義の観点から処罰範囲を限定する必要がある。そこで、不真正不作為犯が成立するためには、結果回避可能性がある者（ ）に作為の容易性・可能性が認められる（ ）場合において、作為義務（ ）があることを要する（ 説）。

3．次に、不作為による幫助犯と正犯の場合に、いかなる作為義務の違いが生じるかであるが、検察側はa説、C説にたつ。

（1）では、まず をC説に従って検討する。本問をみるに、乙は甲が折檻の様子をみていると折檻がやりにくかったと供述していることから、甲が乙に暴行を止めるよう声をかけるなどすれば、乙がBへの暴行を思いとどまった可能性が高いといえる。また甲は以前に乙の暴行を理由として実家に逃げたおり、乙は暴行を行わないという約束を結ばされていたことから考えても、暴行現場を甲に見られることは、甲が再度実家に帰ってしまう危険を有するものであり、乙にとってBへの抑止力になるといえる。よって甲が乙へなんらかの声掛けを行えば、少なくともBへの暴行を困難にした可能性があるといえる。

（2）次に を検討する。乙はBへ暴行に及ぶ前に、甲がいないかをわざわざ確かめていることから、乙は甲がBへの暴行に気付いていないかを過度に懸念しているといえる。そこで積極的な妨害行為ではなくとも、声をあげるなど甲が乙のBへの暴行に気付いていることを伝える行為さえあれば充分だといえ、かかる行為は容易である。

（3）次に を検討する。甲はBの母親であるから、法令上（民法820条）の監督義務が認められ、親子の間の社会継続的な保護関係があるから、作為義務があるといえる。

4．以上より、甲には、不作為の傷害致死罪の幫助（205条、62条1項）が成立する。

・結論

甲は、傷害致死罪の幫助（205条、62条1項）の罪責を負う。

以上