

## 一．反対尋問

- 不真正不作為犯の成立要件をいかに解しているか。
- 結果原因支配説を採る本質的根拠は何か。
- 法益の脆弱性の支配とはいかなる概念か。

### 二．立論

#### 1．構成要件段階における検討

#### (1)不作為による正犯と不作為による幫助との区別について

本問において甲は、乙の作為による殺人に不作為によって関与しているので、作為正犯に不作為で関与した者が共同正犯となるのか、それとも幫助犯となるのかが問題となる。この点、検察側は、乙の殺人罪という罪責に対して、甲に殺人罪の共同正犯が成立するのか、それとも殺人罪の幫助犯が成立するのか、共同正犯と幫助犯の区別基準と関連して問題となるとしている。そして、共同正犯と幫助犯の区別基準は基本的構成要件に該当する実行行為を行う者を共同正犯、修正された構成要件に該当する行為によって正犯に加功する者を幫助犯と解する形式説が妥当であるとしている。

しかしながら、上記議論は、例えば、X が住居に侵入し、強盗を実行中に Y が外で見張りをしていたような事例の場合のように、あらかじめ X と Y との間に犯罪実行についての意思の連絡があることを前提として、Y が実行行為を分担していない場合の区別基準であって、本問のようにあらかじめ意思の連絡を行っていなかった甲と乙との間における甲の不作為による関与の場合にはそのままは妥当しない議論である。

思うに、本問のようなお互いに意思の連絡のない場合の不作為的関与による共同正犯と幫助犯の区別基準については、正犯を基礎づける作為義務と共犯(幫助犯)を基礎づける作為義務は同一である(作為義務説)ということを前提として、不作為による関与は原則として幫助犯として検討するのが妥当である<sup>3</sup>と解するべきである(原則従犯説)。

なぜなら、作為正犯は、その積極的作為によって結果発生への因果関係を設定し、結果発生と直接的因果関係をもって、強い原因力を持つものに対して、不作為による関与は、作為義務違反の不作為により、作為正犯を介して結果発生と間接的な因果関係を持つに留まり、原因力も弱く、従たる役割を果たして、作為正犯の実行を容易にしたに過ぎないから、幫助犯として検討するべきだからである。

#### (2)不作為による幫助犯の実行行為性について

よって、甲の不作為による関与は幫助犯が成立し得ることを前提として、本問における甲の不作為による幫助に実行行為性が認められるのか問題となる。不作為の幫助が成立するためには、作為による幫助と同視し得るのかという視点から考察なされなければならない。つまり、不作為による犯罪への関与が作為での実行・結果発生を容易にしたことと同視しうることが必要なのである。

そもそも、実行行為とは法益侵害の現実的危険性を有する行為をいい、不作為であっても法益侵害の現実的危険性を有する行為を行し得るものであるといえるから、弁護側としても甲説(肯定説)が妥当であると考え、その点については検察側に対して異論はない。もっとも、あらゆる不作為に実行行為性を認めると処罰範囲が不当に拡大し、延いては刑法の自由保障機能を害する結果となる。そこで、法益侵害保護と自由保障機能の調和の観点から、不作為の範囲を明確化するために、不作為による幫助犯に対して実行行為性が認められる要件として、他人による犯罪実行を阻止すべき作為義務の存在、作為義務の程度及び要求される行為の可能性・容易性の観点から見て、その不作為を作為による幫助と同視しうることが必要である<sup>6</sup>と解する。

#### (3)作為義務の内容(不作為による幫助犯に実行行為性が認められるための要件 )について

まず、不作為による幫助犯の場合、他人による犯罪遂行を困難にする義務(犯罪遂行防止義務)が作為義務の内容となるが、それを肯定するためには不作為単独正犯における作為義務を認めるのと同様の要件が必要であるかが問題となる。この点、不作為単独正犯を基礎づける要件としては、検察側が列挙し採用している D 説(結果原因支配説)のように、排他的支配を要求する見解が多数であるといえる。しかしながら、排他的支配は不作為単独正犯の場合の成立要件であり、不作為による幫助犯の場合には排他的支配という要件は不要であると解する<sup>5</sup>。

そこで、どのような要件が代わりに必要となるかが問題となる。まず、行為者によって法益が失われる危険性が何からの形で高められた場合である。なぜなら、自由主義社会においては、人は他人に迷惑をかけない限り何をすることも自由であるが、自らが危険を作り出した場合には、そのような自由を部分的に犠牲にしても、自らが作り出した危険を除去し、その法益を保護する義務を負うべきだからである。しかしながら、被害者に対する直接的な危険創出が認められる場合に限って作為義務を認めるのでは処罰範囲が著しく狭くなってしまう。そこで、現代の複雑な社会においては、社会的分業が必要となり、ある一定の社会的役割についている者に対して、放置すれば法益侵害につながり得る被害者や、放置すれば法益侵害を生じさせかねないような危険物の管理を委ねざるを得ないことから、他人は当該役割を引受けている者が法益保護のための措置を果たしてくれていると信頼することが規範的に許されるというべきである。そして、当該役割を引受けた者は、彼がそのような関係を作り出さなければあり得たかもしれない保護措置がおこなわれる可能性を奪うことになり、そうした危険源・脆弱な者は積極的な保護措置が採られなければ危険を生じさせ、また危険な状態に陥る。そうだとすると、そうした引き受け行為はなお危険を高める行為と評価しうることになるのである。

したがって、不作為による幫助犯の場合には危険創出行為もしくは保護されるべき法益又は危険源に対する意識的引受け行為のいずれか一つがあれば、不作為による幫助犯の作為義務を基礎づけるものと解する。

#### (4)作為の可能性・容易性(不作為による幫助犯に実行行為性が認められるための要件 )について

次に、作為義務が肯定されたとしても、結果回避が見込まれる作為を想定することになるが、法は不可能を強いるものではないので、作為義務を認めるためには、想定された作為を履行する可能性(作為可能性)が必要であるし、作為が可能であっても作為義務を履行することが著しく困難な場合においては、それを刑罰を手段として強制させることが妥当ではないので、作為の容易性も要件として必要であると解する。

#### (5)本問の検討(甲の不作為による殺人罪の幫助犯の実行行為性が認められるか否かの段階においての検討)

まず、甲に自己の実力で乙の B に対する暴行を阻止するという作為義務が認められるか。この点、直接的に B に対する暴行という生命、身体への危険を創出したのは乙であるから、甲の不作為行為から危険が創出されたとは認められない。しかし、B が乙から暴行を受けることを阻止し得る者は母親である甲以外には存在し得ず、また同居により B の生命・身体という法益に対する意識的な引受けも認められるといえるから、作為義務は認められる。

次に、上記作為が可能かつ容易であるか。甲はこれまでも乙から暴行を受けたことがあり、また妊娠 6 ヶ月の身にあったことなどの事情に照らして、

乙の暴行を実力で阻止しようとした場合、甲自身が乙から暴行を受けて負傷する可能性を否定できない他、胎児の健康にまで影響を与えた可能性をも加味すると、甲が乙の暴行を自己の実力をもって阻止することは著しく困難である。よって、上記作為は可能かつ容易とはいえない。

したがって、 作為の可能性・容易性の要件を充たさず、実行行為性は認められない。よって、甲に殺人罪の幫助犯は成立し得ない。

#### (6)片面的幫助犯が成立するか否かについて

仮に、甲に不作為による殺人の幫助の実行行為性が認められるとしても、本問においては、甲の行為は、甲と乙との間に意思の連絡がなかったので片面的な幫助行為としかいえない。そこで、片面的幫助犯、つまり幫助者が正犯者と意思の連絡なしに一方向的に幫助し、正犯者がそれを知らずに犯罪を実行した場合に犯罪が成立しえるか。

この点、判例は共謀共同正犯を認め、自ら構成要件該当行為の一部担をしない行為者であっても、犯罪の実現に重要な役割を演じた場合にはこれを共同正犯とするという態度を採っている。これは共犯とは他の共犯者を介して特殊な社会的心理的現象である共同意思主体の活動に本質を求めるからであるといえる(共同意思主体説)。そして、異身別体である二人以上の者が一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に合一したとき、そこに共同意思主体が形成され、その共同意思主体中の一人以上の者が共同目的のもとに犯罪を実行したとき、そこに共同意思主体の活動が認められ、これによって共同意思主体を形成する全員につき共犯が成立するのである。

そこで、共犯とは共同意思主体の活動であるので、教唆・幫助においても意思の連絡が必須であるといえ、意思の連絡を欠く片面的幫助は成立しないものと解する。よって、甲と乙との間に B に対して暴行を加えるという犯罪行為にでることの意思の連絡を欠いている本問の状況下においては、この点においても甲に殺人罪の幫助犯は成立し得ない。

#### (7)甲の主観的構成要件要素について

甲に殺人の幫助犯の実行行為が認められたとしても、その故意が認められるか。幫助の故意については、正犯の実行行為を認識し、かつ、その実行を自らの行為によって容易にさせることについての認識・認容で足りるか、正犯の法益侵害の結果の認識・認容まで要するかについては教唆の故意と同様の争いがあるため問題となる。

思うに、共犯が処罰されるのは正犯の実行行為を通じて間接的に法益侵害の結果を惹起するからである。とすれば、共犯従属性説(因果的共犯論・惹起説)の立場からしても、正犯と同様に幫助犯の故意としては法益侵害の結果の認容まで必要である<sup>10</sup>と解するべきである。

本問についてみるに、甲に対して乙の殺人罪の幫助犯の故意が認められるためには、そのまま見過ごせば B が死亡するという結果の認容まで必要であるが、「『乙が B に折檻を加えるかもしれない』と思った」という暴行による傷害結果の認識までは持っていたとしても、検察側が本問の検討において認定しているような「自己が助けなければ B は死んでしまうかもしれないがそれでも構わないという未必の故意」は認められない。また、B の母親である甲が日頃から B に対して殺意を持っていたなどの事情も見受けられないので、乙からの折檻から死んでも構わないというような故意は認められない。

よって、甲に B に対する殺人罪の幫助犯は成立しない。もっとも、甲は乙が B に対して暴行に出ることによって傷害結果の認識まではもっていたとは認めざるを得ないから、幫助者である甲が幫助行為の際に認識していた事実と被幫助者である乙が現に実行した事実との間に不一致が生じているといえる(幫助犯の錯誤)。そして、幫助者の認識と被幫助者の実行との不一致が、殺人罪と傷害罪(傷害致死罪)という異なった構成要件にまたがる錯誤(抽象的事実の錯誤)であるといえ、法定的符合説に従えば幫助犯の故意は阻却される。

よって、この点においても検察側の立件する甲に殺人の幫助犯が成立する余地はないものといえる。

#### 2．違法性段階における検討

もっとも、甲の不作為行為が違法性阻却事由にあたり、違法性が阻却される余地がないか。

甲は、日頃から乙により度々金属バットによる殴打を含む暴行を受けていることから、自己の身体の危険を避けるため、やむを得ずにした行為として緊急避難(37 条 1 項本文)にあたるとも思えるため以下検討する。

ここで、緊急避難とは、自己または他人の生命、身体、自由または財産に対する現在の危険を避けるため、やむを得ずにした行為で、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合をいう(37 条 1 項本文)。その法的性質については、「罰しない」の意味が問題となるも、37 条 1 項本文が他人のための緊急避難を認めているので、期待可能性を欠く場合のみを想定しているとはいえないし、また法益権衡を要求しているが、これは違法性のレベルで検討するのが妥当だといえる。したがって、緊急避難は違法性阻却事由であると解し、「罰しない」とは違法性が阻却される意味であると解する。その成立要件としては、自己又は他人の生命、身体、自由又は財産」に対する、「現在の危険」を、「避けるため」、「やむを得ずした行為」であること、「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えな」いこと、が必要である。

本問についてみるに、甲は、日頃から乙に金属バットによる殴打を含む暴行を受けており、また乙に折檻を受ける B と同じ現場に居合わせているから、監視行為をするなどして現場に居続ければ何らかの累が及ぶことは明らかであって、まさに B からの暴行の危険逼迫状態にある。よって、自分及び胎児という「自己又は他人」の生命・身体に対する、B の暴行という「現在の危険」が存在し、要件の 、 を満たす。そして、甲は、かかる現在の危険を「避けるため」に不作為行為に出ているから、要件 も満たす。加えて、妊娠 6 ヶ月の状態にある甲にとって、割り込んで乙の折檻を抑止することや、胎児の重さなどから動きが否応なく鈍ることを考えた際に部屋から出て助けを呼ぶことなどは困難であるから、無関心を装う行為に出ることの他に取るべき途はなく、「やむを得ずにした行為」といえる。また、生命の価値の重さを個数ではかることができないとしても甲は自己の生命、身体に加えて胎児の生命、身体という二人の法益を救うために、B の生命、身体という法益を犠牲としたのであるから、「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」といえ法益の権衡の要件も認められる。

したがって、緊急避難(37 条 1 項本文)が成立し、違法性が阻却される。この点においても、甲に殺人罪の幫助犯は成立し得ない。

#### 3．責任段階における検討

もっとも、期待可能性を欠くとして責任が阻却されないか。

ここで、期待可能性とは、行為当時の具体的状況下において行為者に違法行為を避けて適法行為に出ることを期待できることをいうが、判断基準が問題となる。思うに、期待可能性の理論は、行為者に適法行為を期待できない時には責任非難を認めることができないという観点を出発点とするものであるから、行為者個人の通常的能力や行為の際における行為者自身の具体的事情を基準として、そのような行為者に対し適法行為を期待しうるかを判断するのが妥当であるといえる(行為者標準説<sup>11</sup>)。

本問についてみるに、乙が B を折檻している状況下においては、甲が日頃から乙から金属バットによる殴打を含む暴行を受けており、また乙に折檻を受ける B と同じ現場に居合わせているから、現場に居続けて乙の折檻を止めに入れば自分に何らかの累が及ぶことは明らかであって、また妊娠 6 ヶ月の身としては胎児に害が及ぶ可能性もある。

よって、何らかの適法行為に出る可能性は絶無であるから期待可能性を欠くといえ、責任が阻却される。この点においても甲に殺人罪の幫助犯は成立し得ない。

### 三．結論

甲は何ら罪責を負わない。

以上

<sup>[1]</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』(2007) 成文堂 400頁

<sup>[2]</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』(2006) 東京大学出版会 478～479頁

<sup>[3]</sup> 裁判例として作為正犯者の犯罪行為を作為義務者が阻止しなかった事案において不作為の幫助犯を肯定した事例として最高裁昭和29年3月2日判決 刑事判例集 93号59頁、大阪高裁昭和62年10月2日判決 判例タイムズ 675号246頁、否定した事例として、大阪高裁平成2年1月23日判決 判例タイムズ 731号244頁、東京高裁平成11年1月29日判決 判例時報 1683号153頁がある。

<sup>[4]</sup> 内藤謙『刑法講義総論(下) 』(2002) 有斐閣 1445頁

<sup>[5]</sup> 島田聡一郎「不作為による共犯について(2)」立教法学 64号49～61頁

<sup>[6]</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(2007) 有斐閣 73頁

<sup>[7]</sup> 釧路地裁平成11年2月12日判決 判例時報 1675号148頁

<sup>[8]</sup> 前掲・山口 88頁

<sup>[9]</sup> 前掲・島田 65号227～229頁

<sup>[10]</sup> 西原春夫『刑法総論〔改訂準備版(下巻)〕』(1998) 成文堂 373～384頁

<sup>[11]</sup> 前掲・前田 459頁

<sup>[12]</sup> 前掲・大谷 358～359頁