

## ・事実の概要

甲女は、離婚した A との間に生まれた子 B(3 歳)とともに、乙と福岡市のアパート(のち宇部市のマンション)で同棲生活をしており、甲および B は、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おり、乙のもとより逃亡しては説得されて戻るということを繰り返していた。

乙は子供部屋が散らかっていることに腹を立て B を詰問したところ、妊娠 6 ヶ月の状態にあった甲はその様子を聞き「乙が B に折檻を加えるかもしれない」と思ったものの、無関心を装い台所で夕食の支度をしていた。

乙は甲の眼前では折檻がやりにくいと思い、時折背後に甲がいないことを確認しながら B の顔面、頭部を平手及び手拳で多数回殴打し転倒させるなどの暴行を加え、結果 B はくも膜下出血に伴う脳機能障害により死亡した<sup>1</sup>。

## ・問題の所在

1. 乙は B に対して後述のとおり殺人罪(199 条)が成立すると考えられる。では、甲は B に対し何ら作為的な実行行為は行っていないが、乙が B に対して暴行をするかもしれないと察知していながら敢えて何らの制止行為に出なかったのであるから、かかる甲の不作为行為に殺人ないし殺人幫助の実行行為性を認めることはできないか。
2. 甲に対して B の死という結果について帰責するためには、甲が B の死亡という結果の発生について何らかの因果的寄与を果たしたといえることが必要であると考えられるが、どのような場合に因果的寄与を果たしたといえるだろうか。また、その検討の際、不作为による構成要件的结果惹起を作為による結果惹起と同視しうるか、いかなる場合に作為義務が認められるか等が問題となる。
3. また甲に対して B 死亡という結果について帰責することができるとしても、甲について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に留まるのか、正犯と従犯の区別基準が問題となる。そして、従犯だとすれば、正犯に認められる作為義務と同一の要件で作為義務を認めてよいのかが問題となる。

## ・学説の状況

### 1. 不作为の実行行為性について

甲：肯定説<sup>2</sup>：刑法上の行為とは必ずしも作為に限定されるものではないから、不作为の場合も一定の要件の下に作為と同視しうると解する説。

乙：否定説<sup>3</sup>：無から有は生じない以上、不作为には結果へ至る一連の因果への関係が否定されると解する説。

### 2. 作為義務の根拠・範囲について

A：形式的三分説<sup>4</sup>：法令の規定、契約・事務管理、慣習・条理によって作為義務が基礎付けられるとする説。

B：先行行為説<sup>5</sup>：先行行為を重要視し、不作为者が問題となる不作为以前に法益侵害へ向かう因果の流れを自ら設定している必要があるとする説。

C：具体的依存説<sup>6</sup>：事実上の引受け行為により法益の保護ないし侵害が当該不作为者に依存していたという事

<sup>1</sup> なお類似の事例として、札幌高裁平成 12 年 3 月 16 日判時 1711 号 170 頁がある。

<sup>2</sup> 山口厚「刑法総論〔第二版〕」(2007)有斐閣 73 頁以下

<sup>3</sup> 松宮孝明「『不真正不作为犯』について」西原古希(1) 172 頁

<sup>4</sup> 団藤重光「刑法綱要総論(第三版)」(1990)創文社 149 頁

<sup>5</sup> 大谷實「刑法講義総論(新版第二版)」(2007)成文堂 146 頁参照

<sup>6</sup> 大谷・前掲 146 頁

実関係を必要とする説。

D：結果原因支配説<sup>7</sup>：危険源の支配もしくは法益の脆弱性の支配がある場合に作為義務を肯定する説。

### 3．従犯と正犯の区別について

：因果関係説<sup>8</sup>：因果関係論と関連させて理解する説。

- 1：主観説

因果関係について条件説を基礎とし、全ての条件は原因として等しいので正犯と共犯を因果関係の観点から区別することは不可能であるから、自己の行為を行う意思で行為するものを正犯、他人の行為に加担する意思で行為するものを共犯と解する説。

- 2：客観説

因果関係について原因説を基礎とし、結果に対して原因を与えた者を正犯、条件を与えた者を共犯と解する説。

：行為支配説<sup>9</sup>

目的的行為論に従い、構成要件を実現する意思をもって、その実現の為に因果関係を目的的に支配することを行為支配とし、行為支配があるものを正犯、無いものを共犯と解する説。

：形式説<sup>10</sup>

基本的構成要件に該当する実行行為を行う者を正犯、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共犯と解する説。

#### ・判例

実子に対する暴行に直面した母親の作為義務が非常に高度であることを判示した判例

名古屋高裁平成 17 年 11 月 7 日判決

< 事実の概要 >

被告人は、交際相手である A が被告人の実子である B に暴行を加えた際に、一度左肘を掴んだほかに何らの制止行動をとらず、結果 B は A の暴行で身体右側が鈍体により打撃ないし圧迫されたことにより肝・右副腎裂開が生じ、その裂開部から後腹膜下・腹腔内に出血し、出血性ショックを起こし死亡した。

< 判旨 >

「被告人は、B の実母であり、唯一の親権者として同児と同居して監護していたものであって、同児を養育する義務の中には、当然ながら同児の安全を保護すべき義務も含まれていたと解され...B の親権者として同児を保護すべき立場にありながら、自らの意思で同児の生活圏内に A の存在という危険な因子を持ち込んだものであり、自らの責めにより同児を危険に陥れた以上、A との関係においてはその危険を自らの責任で排除すべき義務をも負担するに至ったと解される...被告人の A の暴行を阻止すべき義務は、自らが A からの暴行を引き受け、いわば体を張ってでも果たすべき程度に達していたとみるのが相当である...本件では、そもそも被告人が A との関係を断絶することや、B を安全な場所に避難させることが容易であり、それが四囲の状況に照らして望ましい事態であったのに、あえて被告人が B を危険な状況に引き入れており、したがって、被告人に課せられた作為義務はおのずから高度なものであったと考えられることに照らすと、正犯者との関係における被告人の作為義務の違反は強い違法性を帯び、その義務を尽くさない不作為が作為による積極的な幫助と同視できるといえることは明らか

<sup>7</sup> 山口・前掲 88 頁

<sup>8</sup> 大谷・前掲 399 頁

<sup>9</sup> 団藤・前掲 373 頁

<sup>10</sup> 大谷・前掲 400 頁

である。」

## ・学説の検討

### 1．不作為と作為の同視可能性について（不真正不作為犯に実行行為性が認められるか）

不作為の実行行為性については「無から有は生じない」として否定する見解（乙説）があるが、不作為とは「何もしない」ことではなく「一定の期待された作為をしないこと」であり、「期待された行為がなされたならば、結果を防止できたであろう」ということができる限りにおいて不作為は実行行為として作為の場合と同視しうるものと解すべきである。すなわち、そのような場合には不作為行為であっても実行行為性が認められる。

従って、不作為と作為の同視可能性については、肯定説（甲説）が適当である。

### 2．作為義務の根拠・範囲について

今日、作為義務を保証人的地位に基づくものと見る見解は、多くの学説の支持するところである。

この保証人的地位をどのような場合に認めるかについて、法令、契約・事務管理、慣習・条理が保証人的地位を基礎付ける事情であるとする説がある（A説）。しかし、法令に規定された規定された義務に反した場合に、当該法令に規定された制裁が科されるのは当然として、なぜ刑法に規定された犯罪としての処罰が基礎付けられるのか不明である。また契約違反についても、損害賠償などの民事上の責任を越えた刑事責任を基礎付けうる理由も不明である。従ってA説はそのまま採用することはできない。

次に、不作為以前の先行行為によって法益侵害へ向かう因果の流れを不作為者自らが設定していることを必要とする説がある（B説）。この見解によれば故意・過失による先行行為がある場合には保証人的地位が肯定され、それがない限り、保証人的地位は否定されることになるが、判例において殺人罪の成立が肯定されていない単純な轢き逃げが殺人罪となり、嬰兒に授乳させずに餓死させる母親については不作為犯の成立が肯定できないなど保証人的地位の成立範囲が明らかに妥当性を欠くことになり、不適當である。

また、事実上の引受けの存在を要件とする説（C説）があるが、事実上の保護状態が存在する場合にのみ保証人的地位を肯定することは妥当性に乏しいといえる。なぜなら、例えば交通事故の不救助の場合、保証人的地位を肯定するには一旦被害者を自動車に収容することが必要であるが、この見解によれば救助の意図によりなされた場合のみを保護状態とし、当初から遺棄の意図による場合は除外してしまうので妥当でない。

思うに、保証人的地位が肯定され作為義務が認められるには、不作為者が「結果へ向かう因果の流れを掌中に収めていた」すなわち「結果惹起を支配していた」と言えることが必要である。その為には不適切な措置によって危険が増大した場合の「危険源の支配」か、侵害されやすい法益の脆弱性が顕在化した場合の「法益の脆弱性の支配」があればよいとされる。これによれば自らが危険を創出した場合のみならず、潜在的に脆弱性を持つ法益を保護する義務をも肯定することができ、例えば子を養育する親に保証人的地位を肯定することも可能である。

以上により、作為義務の根拠としては結果原因支配説（D説）が適当である。

またこうした不真正不作為正犯についての作為義務認定の要件がそのまま不作為による幫助の場合に妥当するかについては、当該不作為が作為と同視しうるから処罰の対象となる以上、作為犯における正犯と幫助の区別と同様たるべきであり、不作為による共犯の場合も不作為正犯における保証人的地位を肯定する為に必要な状況に準じた状況が要求されると解する。

### 3．正犯と従犯の区別について

まず、正犯と従犯の区別を因果関係論と関連させて理解する説（-1、-2説）についてであるが、主観説（-1説）は基礎とする条件説が因果関係の判定において全ての条件を等しく扱う点が、客観説（-2説）は基礎とする原因説が結果に対する諸条件を原因と条件に分類している点がそれぞれ不当なものであり、因果関係論において相当因果関係説を採用する立場からは採用できない。

次いで、行為支配の観念をもって正犯と従犯を区別する説（説）について、行為について支配を持たなければならぬのは正犯に限らず、教唆犯・幫助犯もそれぞれ教唆行為・幫助行為について同様のはずであるから、行為支配のみをもって区別の基準とするのは不十分である。正犯と従犯との区別は行為支配そのものではなく、行為支配の対象が構成要件該当事実であるかどうかによって求められるべきである。

思うに、正犯性とは自己の意思支配のもとに結果を実現したと言えることであるから、正犯とは「自己の意思に基づいて構成要件実現の現実的危険を有する行為を行った者」<sup>11</sup>と解すべきである。そして、従犯とは直接に基本的構成要件該当事実を実現するものではなく、それ以外の行為をもってこれに加功する者、すなわち修正された構成要件に該当する行為を行う者をいうと解すべきである<sup>12</sup>。

以上により、正犯と従犯の区別の基準としては形式説（説）が適当である。

## ・本問の検討

1. 本問において、まず乙はBに対して顔面、頭部を平手及び手拳で多数回殴打し、転倒させるなどの暴行を加えており、その結果Bはくも膜下出血に伴う脳機能障害により死亡している。頭部は人間の生命維持に必要不可欠な部位であり、また身体他の部位より外部からの攻撃に弱く、頭部への攻撃は人間の生命に対して重大な結果を引きおこしやすいということから考えても、上記の乙のBに対する行為はBの死という結果を惹起させる現実的危険性を有する行為であるので殺人罪の実行行為が認められる。また、3歳という体の小さなBに対して手拳等で頭部を殴ればBが死亡することは社会通念上相当であると言えるため、乙の行為とBの死の結果との間に因果関係も認められる。そして、まだ3歳の幼児であるBの頭部顔面に対してBが転倒するほどの殴打をしたということから考えて、乙には少なくともBが死亡してもかまわないという未必の故意が認められる。したがって、乙に殺人罪（199条）が成立する。

2. 次に甲についてであるが、Bの死という構成要件の結果を直接惹起したのは乙の暴行であり、甲は一切の作爲を行っていない上に乙と意思の連絡がないため、一見、甲は何ら罪を負わないかのようにも思われる。

しかし、甲に不真正不作為犯としての実行行為が認められれば、甲もBの死の結果に対する何らかの責任を負うと考えられるため甲に真正不作為犯の実行行為性が認められないか。まず前提として、本問は殺人罪の共同正犯に当たるか、それとも殺人罪の幫助犯にとどまるかが正犯と従犯の区別と関連して問題となる。そして、もし従犯だとすれば従犯にも作為義務の発生要件が正犯の不作為の場合と同じでよいのかが問題となる。

（1）この点、正犯と従犯の区別は基本的構成要件に該当する実行行為を行う者を正犯、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共犯と解する形式説が妥当であると解する。

そして、共犯の本質は特定の犯罪を相互利用補充関係のもと実行する点にあるため、共同実行意思のもとに、共同して実行行為を行うことで相互利用補充関係が肯定され、共同正犯が成立すると解する。

本問につきみるに、Bへの加害について乙と特段の意思の連絡があったわけでもなく、甲は乙によるBへの加害の認識はあったものの乙の暴力を利用してBを殺害しようという意図までも認めることはできないため共同実行の意思があったとはいえない。従って、甲には共同実行の意思がかけ、基本的構成要件に該当する実行行為を行う者とはいえないので、甲に殺人罪の共同正犯は成立しない。

（2）しかし、乙の犯罪行為を阻止する作為義務を有する甲が、その義務に違反して阻止を行わなかったことで乙の実行行為を容易にしたことは明らかであり、また甲にも自らの不作為が乙の実行行為の遂行を容易ならしめるであろうという認識があったことは十分に認めることができる。ゆえに、基本的構成要件に該当しない行為によって正犯者である乙に加功したといえ、甲には殺人罪の幫助が成立する。

<sup>11</sup> 大谷・前掲 400 頁

<sup>12</sup> 団藤・前掲 372 頁

(3) では、甲が殺人罪の幫助犯に当たるとした場合、幫助犯と正犯の作為と不作為の同視性を判断する基準は同一でいいのか。

この点、従犯であっても正犯であっても不作為行為は構成要件的结果発生の現実的危険性を招来することができる。しかし、すべての構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為に実行行為性を認めると刑法の処罰範囲が著しく広がる可能性があり、自由保障機能を害する恐れがあるので実行行為性を認める範囲を狭める必要があることに変わりはない。そしてその要件も、正犯は基本的構成要件に該当する実行行為を行う者であり、従犯は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という違いはあるが、当該不作為が作為と同視しうるから処罰の対象となる以上、不作為による共犯の場合も不作為正犯における保証人的地位を肯定する為に必要な状況に準じた状況が要求されると解すべきである。すなわち、従犯による不作為行為の実行行為性の判断も 作為義務（「法益の脆弱性の支配」が存するか） 作為の可能性・容易性によって判断すべきであると解する。

3. では、甲はBの実母であり、その限りにおいて作為義務および作為可能性が認められ、当該不作為行為が作為と同視できるとして、不作為によって構成要件的结果を惹起したと言えないか。

まず、甲に 作為義務は認められるか。この点、検察側は作為義務の根拠について前述の通りD説(結果原因支配説)を採用するため、不適切な措置によって危険が増大した場合の「危険源の支配」または侵害されやすい法益の脆弱性が顕在化した場合の「法益の脆弱性の支配」があるといえる場合は不真正不作為の作為義務が肯定されると解する。では、甲にかかる「法益の脆弱性の支配」が存するといえるか、以下検討する。

(1) まず、Bはまだわずか3歳であり、自らの法益が侵害される危険に対して十分な対応ができず、その意味で脆弱性を抱えている。また親は子の養育を引き受け、子の安全はもっぱら親に依存する関係にあるので、唯一の同居する親権者である甲のBに対する保証人的地位を肯定することができ、従って甲はBの直面した生命の危機に対し、身を呈して庇うことやその場から逃げ去ること、あるいは助けを呼ぶ等の作為を行う義務があったと言える。

(2) では、甲に 作為可能性・容易性があったと言えるか。

この点、乙は「甲の眼前では折檻がやりにくい」と考えていることから、甲の存在はBへの暴行に対する抑止となるものであったといえる。確かに甲は、妊娠6カ月の状態であり、自分が身を呈してBを守るといことはおなかの中の子供をも危険にさらすことになるため、体を張ってBを助けるというのは甲に酷に過ぎるように思われる。しかし、甲は以前にも度々乙のもとからの逃亡に成功しており、Bの死という結果が発生する前に逃亡という手段に出ることで十分に法益の保護を図ることができたといえる。また、事前に逃げることをしなかったとしても、少なくともそのまま無関心を装い台所で夕食の支度をすることでなく、買い足すために買い物に行くふりをして警察に連絡して保護を求めるなどの行為は妊娠6ヶ月であったとしても可能であり、かつ容易であったと言える。従って、甲には作為可能性・作為の容易性があったと認められる( )。

また、幫助の成立には共犯行為と構成要件該当事実の間に物理的因果性があればよく、心理的因果性は共犯に対し重要な役割を果たすことを否定しないものの、それを不可欠の要件とする必要性はないと思われるため、甲の不作為が乙の正犯行為に加功したと言える以上、甲乙間に意思の連絡がないことは幫助の成立を妨げるものではない。

以上により、甲には作為義務及び作為可能性・容易性があったといえ、Bの死という結果惹起に対して作為と同視しうる因果的寄与を為したものといえるため、殺人罪の幫助の実行行為性が認められる。

そして、Bの死という結果が存在し、唯一の同居者である甲が乙の暴行を止めなければ、3歳の幼児であるBが成人の男性である乙に殴られ死亡することは社会通念上相当であると言えるため、因果関係も認

められる。また、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が認められる。

4 . 以上より、甲には不作為による B に対する殺人罪の幫助(199 条、62 条 1 項)が成立する。

#### ・結論

甲は B に対する殺人罪の幫助（199 条、62 条 1 項）の罪責を負い、その刑は 63 条により必要的に減輕される。

以上