

## I. 反対尋問

1. 検察側は正犯と共犯の区別をどのように考えているか。
2. 本問の検討 4. (2)の中で、「黙示的に暴行罪の意思連絡があった」と言っているが、どうしてそういえるのか。
3. 検察側の採用する原則正犯説によると、いかなる場合に例外が認められるのか。

## II. 学説の検討

1. まず、A 説(義務二分説)は検察側と同様の理由で採用し得ない。
2. また、検察側の採用する B 説(原則正犯説)は以下の理由により妥当でないと考える。

なぜなら、不作为犯と作為の正犯者との間に、共謀があれば共犯となりうるのに、共謀がないと直ちに単独正犯に格上げされるのは妥当でないからである。また、作為者の自立的決定が介在して結果が実現している以上、不作为者は因果経過を支配していたとはいえず、単独正犯は成立しえない。

よって、B 説は採用し得ない。
3. 弁護側は以下の理由により、C 説が妥当であると考えられる。

そもそも、正犯とは構成要件を実現する意思をもって、その実現のために因果関係を目的的に支配・統制する者を指す。

そして、作為正犯は結果発生と直接的な因果関係をもって、強い原因力を持つため、正犯意思をもち実行行為を行ったと評価しうる。

それに対して、不作为による関与は作為義務違反の不作为により、作為正犯を介して結果発生と間接的な因果関係をもつにとどまり、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。そのため、構成要件を実現する意思をもって、その実現のために因果関係を目的的に支配・統制したと評価することができない。

したがって、作為正犯行為を阻止しない不作为の関与は原則として幫助犯とすべきである。

よって、弁護側は C 説を採用する。

## III. 本問の検討

### A の罪責について

A が D に対して、激しい暴行を加え、D に硬膜下出血、くも膜下出血などの障害に伴う脳挫傷を負わせ、死亡させた行為につき、傷害致死罪(205 条)が成立する。

### X の罪責について

1. 本問において X は、A の怒鳴り声や頬を殴打する音から A が D を折檻していることを認識しているにもかかわらず、A の折檻を制止することなく、無関心を装っていた。そこで、X の上記行為に傷害致死罪(205 条)の正犯又は共犯が成立しないか。

2.(1) まず、本問において正犯と共犯のどちらが成立するか問題となるも、弁護側は C 説を採用する。

よって、X に傷害致死罪の幫助が成立するか問題となる。

(2) 本問において、X は構成要件的行為が「身体を傷害し」と作為の形式で規定されている傷害致死罪を、A の折檻を制止することなく、無関心を装っていたという不作為の形式で実現している。そこで、このような不作為によっても傷害致死罪の幫助犯が成立するか。不作為による幫助が認められるか問題となる。

思うに、不作為であっても、作為と同様に間接的に法益を侵害することは可能であるから、不作為による幫助も認められ得る。

しかし、幫助は無限定になりやすく、不作為であれば、なおその限界が不明確となる。

そこで、不作為による幫助が成立するための要件として①法益侵害発生を防止する法律上の作為義務があること、②法益侵害という結果発生回避の作為可能性・容易性があり、不作為が作為による幫助と同価値といえることが必要であると解する。

本問において、X は D と親子関係にあり、X は D を監護する法律上の義務を負っている(民法 820 条)。そして、A の暴行を止めることが出来たのは子どもたちの母親である X 以外にはいなかったのであるから、①を満たす。

確かに、X はやろうと思えば、過剰な折檻をやめるよう説得し、または実力により阻止することは不可能ではなかった。

しかし、X 自身が妊婦で自らが子供を身ごもっているのに、その身を挺してまで止めに入ることは X 及び胎児が怪我をする危険性がある。

また、X は普段から A による暴行を受けており、D に対する過剰な折檻をやめるように説得した場合、その暴行が自身に向けられ、X のみならず胎児に対しても危害が加えられる危険性がある以上、困難であったといえる。

そのため、結果発生回避の容易性があるとは言えない。したがって、③を満たさない。

よって、X の行為に傷害致死罪(205 条)の幫助(62 条)は成立しない。

#### IV.結論

X は何ら罪責を負わない

以上