

## I. 事実の概要

X は、元夫 B との間に長男 C 及び D をもうけたが、1995 年 B と離婚し、C 及び D の親権者となって 2 人を引き取った。翌年、勤務先に来店した A と親しくなり、C 及び D と連れて同棲し、同年の妊娠をきに A と婚姻した。A は C 及び D を養子縁組し、1997 年 1 月に長女 E も誕生した。この間 X は同棲後間もないころより A から度々暴行を受け、実母宅に逃げ帰っては A に優しく諭され同棲を再開し、暴行を受けるということを繰り返していた。なお、同年 3 月に X と A は離婚するに至っており、A は C 及び D と離縁しているが、その数日後には再びよりを戻すことにして同棲を再開している。同年 7 月、X は A との第二子を懐妊したことに気づき、A にもその旨を伝えたが A からの暴行は腹部を避けてそれからも続き、C 及び D に対しても折檻を加えるようになった。A が経済的に困窮するようになってからは、折檻はほとんど毎日のこととなった。なお、X も C、D に対して数回折檻を加えたことはあったが、A とともに折檻を加えたことはなかった。

1997 年 11 月 20 日午後 2 時頃、A は X と E(当時生後 10 カ月)を連れて外出し、その際 D(当時 3 歳 6 カ月)に壁に向かってずっと立っているよう命じ、C(当時 4 歳 8 カ月)には D を見張っているよう命じた。約 5 時間後、帰宅した A は、子供部屋のおもちゃが少し移動しているのに気づき、C に尋ねたところ、C は D が散らかしたと言ったので、D が言いつけを破って遊んでいたに違いないと立腹し D の方に向かった。X は、A と C のやりとりから、また D に折檻を加えるのだらうと思ったが、これに対してなにもせず、台所で米を研ぎ始め、A の行動に対しては無関心を装っていた。A は D を怒鳴りつけたが、D が何も答えず A を睨みつけるような態度をとったことに逆上し、平手で頬を 1 回殴打したが、なおも同様の態度をとる D にさらに 2 回平手で頬を殴打し、引き続き頭部を手拳等で 5 回殴打したところ、D は突然短い悲鳴をあげて仰向けに倒れた。この間 X は A の怒鳴り声や頬を殴打する音からやはりいつもの折檻が始まったと認識していたが、米を研ぎ続け無関心を装っていた。しかし、これまでにない D の悲鳴を聞き駆けつけたところ、D は仰向けで意識を失い身動きをしない状態だったため、慌てて A とともに病院に連れて行った。直ちに D に開頭手術が施されたが、A の暴行による硬膜下出血、くも膜下出血等の傷害に伴う脳挫傷により、D は翌日死亡した。

## II. 問題の所在

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たにもかかわらず、A の折檻を制止することなく無関心を装っていた。後述するように、このような X の上記行為には不作為による傷害致死罪が成立する(不真正不作為犯)ところ、X のかかる不作為が正犯または共犯のいずれになるかが問題となる。

### Ⅲ. 学説の状況

- A 説(義務二分論)：法益保護義務違反が不作為正犯を犯罪阻止義務違反(危険源監督義務)が不作為共犯(幫助犯)を基礎付けるとする見解<sup>i</sup>。
- B 説(原則正犯説)：保証者である限りは原則として正犯になるとする見解<sup>ii</sup>。
- C 説(原則共犯説)：原則的に共犯(幫助犯)になるとする見解<sup>iii</sup>。

### Ⅳ. 判例

最高裁判所第二小法廷 平成 17 年 7 月 4 日決定

〈事実の概要〉

「シャクティパット」と称する独自の治療を施す特別の能力持つなどとして信奉者を集めていた Y が、信者 B らに指示して、脳内出血で倒れて意識不明のため痰の除去や水分の点滴等にある信者 A を入院中の病院から運び出させたが、生命維持に必要な処置を受けさせず、A を死亡させた事案。

〈判旨〉

「Y は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせたうえ、患者が運び込まれたホテルにおいて、Y を信奉する患者の親族から、危篤な患者に対する手当を全面的に委ねられた立場にあったものとみとめられる。その際 Y は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠がなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な故意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた Y には、不作為による殺人罪が成立」する。

### Ⅴ. 学説の検討

1. まず、検察側は以下の理由により A 説(義務二分論)は妥当でないと考える。

A 説によれば、不作為正犯と不作為共犯の作為義務を二分し、法益保護義務違反が不作為正犯を犯罪阻止義務違反(危険源監督義務)が不作為共犯(幫助犯)を基礎付けることになる。しかしながら、最終的に問題となるのは、結果の発生を防止する義務であるから、義務の由来の相違によって作為義務の程度を区別する考え方に合理的根拠は存在しない<sup>iv</sup>。

2. 次に、検察側は以下の理由により C 説(原則共犯説)は妥当でないと考える。

原則共犯説においては、正犯になる場合と共犯にとどまる場合とを区別する基準が不明確である。自然現象や被害者自身の行為により被害者に危険が生じたときには正犯と

<sup>i</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)360頁。

<sup>ii</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)493頁。

<sup>iii</sup> 西田・前掲 361頁。

<sup>iv</sup> 西田・前掲 360頁。

し、第三者の犯罪から危険が生じたときには共犯とするという区別には理由がない。第三者が被害者を湖の中に突き落とした後にその場を立ち去り、甲が被害者を救命できたのにこれを怠ったというときには、原則共犯説も不作為正犯を肯定するであろう。その場合とのバランスを考えても、原則的に幫助犯にとどまるということとはできない。

3. よって、検察側は以下の理由により B 説(原則正犯説)を採用する。

不真正不作為犯は義務犯であると解されるので、作為義務が「正犯を基礎付ける作為義務」なのか「幫助犯を基礎付ける作為義務」なのかの区別が困難なことも踏まえ、一義的に作為義務の存在が原則として正犯性を基礎付ける基準であると解するのが自然である。

また、安易に幫助犯を認めることにより処罰範囲を拡大してしまう可能性があることを考慮すると、作為義務を有する保証者は原則として正犯となると解すべきである。

## VI. 本問の検討

1. 本問において X は、A の怒鳴り声は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米を研ぎ続け無関心を装っていた。そこで、X の上記行為について傷害致死罪(205 条)の正犯または共犯が成立するかを検討する。

2. (1) 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が成立するか。不真正不作為犯の実行行為性が問題となる。

- (2) 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うところ、不作為であってもかかる危険性を有する行為をなし得る。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、刑法の自由保障機能を害する。

そこで、①作為義務があり②作為が可能かつ容易で③不作為が作為と構成要件的に同価値である場合には不真正不作為犯にも実行行為性が認められると解する。

- (3) これを本問についてみると、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)。また、A が D に対して折檻をしていた際には、X の他に C と E が自宅にいたものの、まだ幼い C(当時 4 歳 8 カ月)と E(当時生後 10 カ月)では A の暴行を説得ないし実力で制止させることはできず、D の生命は X の行為に委ねられていたといえる。よって①を充たす。

また、X は A に対して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が可能かつ容易であったといえ②も充たす。

そして、前述のように D の生命は X の行為に委ねられていたといえるから③も充たす。

- (4) 以上より①から③を充たし、X の不作為には実行行為性が認められる。

3. また、D 死亡という結果が発生しており、因果関係も認められる。
4. (1) では、X の上記不作為について傷害致死罪の正犯または共犯のいずれが成立するか。
- (2) この問題に関して検察側は前述のように B 説(原則正犯説)を採用する。  
したがって X の上記不作為について傷害致死罪の正犯が成立する。  
そして本問において、X は A が D に対して折檻していたのを認識しており、A も自身が D に対して日常的に暴力をふるっているにもかかわらず X がこれを制止しないことを認識しているといえ、X・A 間には黙示的に暴行罪の意思連絡があったと認められる。
- (3) 以上より、X の上記不作為について傷害致死罪の共同正犯(60 条)が成立する。

## VII. 結論

X は傷害致死罪の共同正犯(205 条,60 条)の罪責を負う。

以上