

I. 反対尋問

1. 保証人的地位が正犯性を基礎付けるとする積極的な理由は何か。
2. 判例をあげた趣旨は何か。
3. 弁護側は正犯概念をどのように捉えているか。

II. 学説の検討

1. まず B-1 説(義務二分説)および B-2 説(修正義務二分説)について、作為義務の質に相違があるとしても最終的に問題となるのは結果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ないというべきである。さらに犯罪防止義務と法益保護義務というものは、状況によって併存することが考えられるのであって、一律にこれを二分することは肯定し得ない。よって、弁護側はこれを採用しない。
2. 次に C 説(結果回避確実性説)についても検察側と同様に、結果回避可能性の有無で因果関係を肯否することには否定しないが、あくまでもこれは因果関係の判断において機能するのであり、正犯性の判断においてこのような基準を用いるのは説得性に欠ける。よって採用しない。
3. そもそも不真正不作為犯は、作為犯と同視しうるものであることを理由に処罰の対象となるものである以上、共犯と正犯の区別は作為による場合と同じでなければならない。

ここで、正犯性が認められるというためには、構成要件的结果惹起を支配した、すなわち、構成要件的结果惹起の原因を支配したといえることが必要である。このような正犯性は、構成要件的结果について十分な認識・予見を持ちつつそれを直接惹起した者に認められると解するのが基本的な理解であり、したがって、その背後に位置してそうした結果惹起に対して何らかの間接的な原因性・因果性を有するにすぎない者には正犯性を肯定しえないことが原則である。とすれば、構成要件該当事実を故意により実現する直接行為者に対して不作為で関与する者には、原則として正犯性を肯定することはできず、作為正犯に対する共犯が成立するにとどまると解するのが相当である¹。

よって、原則として正犯性肯定する D 説(原則正犯説)は採用しえず、弁護側は A 説(原則幫助犯説)を採用する。

III. 本問の検討

1. 本問において、Y に傷害致死罪(205 条)が成立するとして、親権者兼監護者である X が Y の B に対するせつかんを制止せず、結果 B が死亡してしまったことについて X の不作為にいかなる罪責が成立するか。不作為の正犯・従犯の区別が問題となる。

¹ 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣、2007年)68頁、361頁以下。

- 2.(1) この点、正犯とは「構成要件的结果惹起の原因を支配した者」をいうのであり、弁護側は原則幫助説(A説)を採用するため、作為犯に不作為で関与したものは原則的に従犯(62条1項)が成立すると考える。
- (2) 従犯の要件は、①正犯を幫助すること②被幫助者が犯罪を実行したことである。そして、不真正不作為は①'作為義務 ②'作為の可能性・容易性をもってその不作為が作為と同価値である事を根拠とする。よって、①'～②'を満たし、それが①正犯を幫助することと認められたときに不作為による従犯が成立しうると考える。
- 3.(1)ア. 本問においては、まずXはBの親権者兼監護者であり、またせっかんはYとXとBが同居するマンションの一室で行われていたことから、XはYのせっかんを何かしらの方法で阻止して困難にする措置をとるべきであって、それができたのはXのみであった。よって①'作為義務がXに認められる。
- イ. 次に、マンションの同室にいてせっかんの現場にいたXは自らがせっかんを制止する事が出来なくとも警察や隣人に助けを求めることは出来たはずであり、妊娠8か月であっても「やめてあげて」と言ってせっかんを制止する事を促したり他人に電話をして助けを求める行為は容易であったと言えるので②'作為の可能性・容易性も認められる。
- ウ. そして、この不作為によってYは「Xが自分のせっかんを制止することはない」と思い、また実際にYはせっかんを認識しつつもBを保護したり他人に助けを求めることをしなかったため、Yは思うままに容易にBへのせっかんを行う事が出来るから、Xの不作為に正犯性はないもののYの正犯行為(せっかんという傷害行為)を容易にし、幫助していると言える。
- (2) さらに、結果としてBは右傷害に伴う脳機能障害で死亡している。
- (3) ここで、因果関係については幫助の因果関係は幫助と正犯行為の間に必要であると考えられるから、本問ではXの幫助とYの傷害行為に因果関係が認められるかを判断する。XがYを制止せず放置していたことによって、Yは誰にも邪魔されずにBにせっかんを行うことが出来てしまっており、心理的にも「Yは自分の事を制止しないから好きにやっていい」とせっかんを助長させていたと考えられ、Xの幫助とYの傷害行為には因果関係があるので、①正犯を幫助していると言える。
- (4) YはBに対し、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行い、硬膜下出血、くも膜下出血等の人の生理的機能を害する行為を行っているため、②被幫助者が正犯行為を行っていることも認められる。
4. 以上より、Xの行為にはBに対する傷害致死罪の幫助犯(205条・62条1項)が成立する。

IV. 結論

Xは傷害致死罪の幫助犯(205条・62条1項)の罪責を負う。

以上