

只木ゼミ公開ゼミ第1問検察レジュメ

文責:3班

I. 事実の概要

被告人Xは、平成8年12月頃、先に協議離婚したYと同棲を再開するに際し、自己が親権者となっていた元夫Aとの間にできたB(当時3歳)を連れてYと内縁関係に入った。その後、YがBに対して頻繁にせっかんに繰り返すようになったが、Xは親権者兼監護者としてBに対するYのせっかんに制してBを保護すべき立場であったが、これを怠っていた。

平成9年10月20日午後7時15分頃、Yが甲市所在の乙マンション一号室において、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(以下「本件せっかん」という。)を加えて、Bに硬膜下出血、くも膜下出血等の傷害を負わせ、翌21日午前1時55分頃、同市内の市立丙総合病院において、Bを右傷害に伴う脳機能障害により死亡させた。Xは同マンションにおいて、Yが本件せっかんを開始しようとしたのを認識し、直ちにこれを制する措置を採るべき立場であったにもかかわらず、その措置を採ることなく、YのBに対する本件せっかんにことさら放置し、もってYの本件犯行を容易にした。

尚、本件せっかん時にXは、Yとの間の子を懐妊しており、妊娠8ヵ月をむかえていた。そのため、Yの暴行が胎児の生命・健康に影響を与えないか危惧していた。

II. 問題の所在

本件において、XはBの親権者兼監護者であるにもかかわらず、YのBに対するせっかんに制することもなく、Bの死亡という結果を招いている。このXの不作为につきいかなる犯罪が成立するか。保証者的地位にあるものが不作为で作為犯による結果発生に関与した場合、不作为の正犯・幫助犯のいずれが成立するか問題となる。

III. 学説の状況

A説：原則幫助犯説¹

作為犯に不作为で関与した者は原則的に幫助犯とする説。

B説：義務内容説

B-1説：義務二分説²

不作为犯が①犯罪防止義務違反を行った場合は幫助犯の成立を、②法益保護義務違反を行った場合には正犯となりうるとする説³。

¹ 神山敏雄『不作为をめぐる共犯論』(成文堂,1994年)181頁、山口厚『刑法総論[第二版]』(有斐閣,2007年)361頁、堀内捷三『刑法総論』(有斐閣,2004年)295頁

² 中義勝『講述犯罪総論』(有斐閣,1980年)266頁、松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂,2009年)。

³ ①の義務は子供が人を殺そうとしている場合に親が子供を止める義務、②の義務は子供が殺されようとしている場合に親が子供を守る義務であるといえる。

B-2 説：修正義務二分説⁴

義務二分説における②法益保護義務をさらに分類し、i 法益が危険に晒されている段階に幫助犯の成立を、ii すでに結果発生 of 因果の流れが進行している段階に正犯の成立を認める説⁵。

C 説：結果回避確実性説⁶

不作為者が作為に出ていれば「確実に」結果を回避できたであろう場合には不作為の同時正犯、結果発生を「困難にした可能性」があるにとどまる場合には不作為の幫助犯とする説。

D 説：原則正犯説⁷

作為犯に不作為で関与した者は原則的に正犯とする説。

IV. 裁判例

東京高裁平成 20 年 10 月 6 日

[事実の概要]

被告人 X 女に V 男に強姦されかけた旨相談を持ちかけられた A らは、V を呼び出し暴行を加えた。その後、A らは、警察に通報されることを恐れて V を殺害することとし、V を乗せて連れてきた G 男に、V を殺害するよう命じ、G が V を転落させて死亡させた。この間 X は犯行現場に同行していたが何ら暴行を加えなかった。もっとも、A らが G にナイフを持ち詰め寄った際は「G さんは関係ないからやめて」と発言したが、A らが V に暴行を加えていることについては傍観しているのみであった。

[判決要旨]

複数人が関与して行われた犯行において、犯行現場に同行したものの実行行為を何ら行わなかった被告人 X について、「...本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。...不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうかが重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定する方が、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切であると言える。」と示した。

V. 学説の検討

1. まず、A 説についてであるが、同説は規範的な観点並びに結果に対する支配性等の観点

⁴ 山中敬一『刑法総論』(成文堂,2008年)907頁。

⁵ 山中・前掲書同頁注7によればiの段階は子供を池に投げ込もうとする者を止めない場合、iiの段階は子供が池に投げられこれを救助しない場合である。

⁶ 西田典之『刑法総論[第二版]』(弘文堂,2010年)

⁷ 井田良『刑法総論の構造』(成文堂,2005年)440頁以下、同『講義・刑法学総論』(有斐閣,2008年)493頁、阿部純二「不作為による従犯に関する最近の判例について」(研修639号,2001年)3頁以下。

から、不作為犯が「従たる役割を」果たすにすぎず、正犯たり得ないとするものである。

確かに、作為犯に対し一次的な規範が課され結果惹起について主位的な支配性を有するという点は、理解しうるものである。しかし、A説においても不作為による幫助の成立に保証者的地位の要件充足性を求めるのであって⁸、保証者的地位は正犯性を基礎づけると考えられるところ、保証者的地位が認められる場合に幫助犯の成立を認めるべきではないと考える。

さらに、同説によれば、人の作為により危険惹起が行われた場合は不作為者に幫助犯が自然現象等、人の作為以外から危険が発生した場合には正犯が成立する。しかし、このように危険源の性質により正犯性を区別するのにはなんらの理由もなく、同説もかかる結論を正当化できていない⁹。

よって、A説は採用しない。

2. 次に、B説について検討する。

B諸説は、作為義務の質により、正犯性を区別するものである。しかし、そもそも作為義務は異なる犯罪間における場合(例としては殺人罪と保護責任者遺棄致死罪)は、その保護法益や構成要件の違いから作為義務の違いを観念しうるが、構成要件を同じくする場合には、作為義務の質的相違を認めることはできない。さらに、①の犯罪防止義務と②の法益保護義務は相対する関係にはない(両義務は併存しうる¹⁰)のであり、単純に区分しうるものではない。

よって、B諸説は採用しない。

3. C説は幫助犯における因果関係が結果発生を促進し・容易にしたかという点から判断されることを基礎とした考えである。確かにこの因果関係の判断方法は否定しえない。しかし、これはあくまで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説得性に欠ける。

よって、C説は採用しない。

4. 上述の通り、不作為犯における保証者的地位は正犯を基礎づけるのであり、保証者的地位が認められる場合に、不作為犯の正犯の成立を否定する理由は存在しない。よって、このように保証者的地位が認められる場合には原則的に正犯(同時正犯)の成立が認められるべきとするD説が妥当である。

よって、検察側はD説を採用する。

VI.本問の検討

1.(1) YはBを本件せつかんによって殺害していることから傷害致死罪(205条)が成立して

⁸ 神山・前掲書同頁。山口・前掲書 362頁。

⁹ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)432頁は原則正犯説のこのような結果の不均衡を「しかたがない」として、同説からの正当化を放棄している。

¹⁰ ①犯罪防止義務の例としては、子供が何者かを刺殺しようとする場合に親が子供を止める義務を挙げることができるが、この場合もその生命を保護する・庇う義務も課されている(②法益保護義務)と考えるのは当然のことであろう。

いる。しかし、X・Y間には何らの意思連絡が存在せず、かかる作為については共同正犯が成立しない。しかし、Xが保証人的地位にある場合、Xによる不作為自体に何らかの犯罪が成立すると思える。そこで、Xはいかなる罪責を負うか。不作為の共犯の成立が問題となる。

検察側はD説(原則正犯説)を採用する。すなわち、作為犯に不作為で加功した者が保証人的地位にある場合は、原則的に正犯が成立すると思える。

以下、Xに傷害致死罪(205条)の正犯が成立するか検討を行う。

- 2.(1)ア. まず、実行行為とは、特定の構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいう。そして、不作為によっても特定の構成要件的结果発生の現実的危険性を有することから、不作為も実行行為として考えられる。もっとも、不作為が作為と構成要件的に同価値である場合に不作為は実行行為にあたりと考える。

したがって、①作為義務の存在と、②作為の可能性・容易性が認められることにより不真正不作為犯に作為犯と同価値であると考えられるため、実行行為が認められると解する。

イ. 本件では、XはBと親子関係にあり、親権者兼監護者としてBに対するYのせつかんを制止してBを保護すべき立場であった。また、当時3歳のBが他へ助けを求めることは非常に困難であり、Yの本件せつかんから暴行を受けることを阻止し得る者はX以外存在しなかったと言える。また、Bの生命・身体の安全の確保は、Xのみに依存していた状態にあり、かつ、XはBの生命・身体の安全が害される危険な状況を認識していたと言ふべきである。したがって、XにはYがBに対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務があったといえる。したがって①を満たす。

ウ. 次に、確かに本件事件時にXは妊娠8ヶ月をむかえていたため、本件せつかんを実力をもって阻止する行為は困難であったとも思える。しかし、Xは他者に助けを求める行為やAの暴行を言葉で制止する行為ができたはずであり、これらはXにおいても容易に行えるものである。以上より、XはYのBに対する暴行を阻止することは可能であり、更に容易であったといえる。したがって②を満たす。

エ. よって、Xに作為と同価値の不作為による傷害致死罪の実行行為が認められる。

- (2) さらに、Bは死亡しているため、傷害致死罪の結果が認められる。
- (3) そして、Bに対する暴行の間にXがBを保護する作為に及べば、Bの死という結果発生は高度の蓋然性をもって防げたものであるから、Xの不作為とBの死亡との間に因果関係が認められる。
- (4) また、約10ヶ月もの間YがBに対してせつかんを繰り返していたにもかかわらず、これを制止することもせず、更に本件せつかんにおいても制止することなく、ことさら放置している。このことから、XはBが傷害を受けても構わないと考えていたといえる。したがってXに傷害罪の未必の故意が認められると考える。

3. よって、Xの行為につき傷害致死罪(205条)が成立する。

VII.結論

以上より、Xの行為につき傷害致死罪(205条)が成立し、Xはその罪責を負う。

以上