

I. 反対尋問

- 5
1. 検察側は不作為犯の成立要件をいかに解するか。
 2. なぜ保証人的地位の存在のみで正犯性を肯定できるのか。
 3. 判例を上げた趣旨は何か。
 4. 検察側は作為可能性の程度が保証人的地位の有無に関わると考えるか。
 5. 保証人的地位は作為義務を基礎づけるものであるか。

10

II. 学説の検討

C説：弁護側も検察側と同様の理由で採用しない。

D説：弁護側も検察側と同様の理由で採用しない。

- B説：保証人的地位にあるものは原則として同時正犯になるとするこの説は、不作為犯を作為義務のある身分犯であると解していると考えられる¹。しかし、作為義務の有無の判断は不作為であった行為が構成要件該当性を有するか否かという問題であって、身分犯を構成するものではない。また、作為犯において「実行行為」それ自体を身分犯にしないのと同様に不作為犯においても「実行行為を行わなかった」ことを身分犯とすべきでない。
- 15

- また、B説によれば保証人的地位に基づく作為義務違反が、作為の犯罪実行により保護客体を直接侵害したものと同じく正犯とされる。しかし、狭義の共犯規定の存在が示すように、他者の作為による犯罪実行がある場合には消極的にのみこれに関与したものは正犯たり得ず、幫助犯とされるのである。従って、不作為で他者の行為を消極的に容易にしたに過ぎない場合には従犯たる幫助犯にとどまるのである。
- 20

- A説：正犯たる不作為犯と共犯たる不作為犯の実行行為性の認定は同様に考えるべきである。とすれば、その要件とは①作為義務の存在②作為可能性・容易性、またこれらに基づく構成要件的同価値性であると考えられる。ここで、直接実行行為を他人が行っており、その他人が行為支配をしている場合には、行為者はあくまで間接的、消極的にのみ当該行為に関与しているのであって幫助犯においては作為義務として「作為の幫助と同視しうるだけの作為義務」で足りる。
- 25

- また、不作為犯においては排他的支配性が問題とされるどころ、他人が直接実行行為を行っている場合には単独正犯にはなりえない。
- 30

したがって、弁護側はA説を採用する。

III. 本問の検討

¹ 井田良『刑法理論の理論構造』(成文堂,2005年)437頁。

² 前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会,2011年)532頁。

1. XがAのDに対する暴行を制止せず、結果Dを死亡させた行為についていかなる罪責が成立するか。不作為における正犯と共犯の区別が問題となる。ここで、弁護側はA説を採用するところ、作為犯に不作為で関与したものは原則的に幫助犯(62条1項)が成立すると考える。

5 2. まず、幫助犯の成立要件は①正犯を幫助すること②被幫助者が実行することである。さらに、不真正不作為犯は①' 作為義務②' 作為可能性・容易性、この二つの要件をもって構成要件的同価値性が認められることを要する。よって不真正不作為犯の要件を満たし、それが①正犯を幫助したと認められるときに、不作為の従犯が認められると考える。

10 (1) 本問において、Dは3歳児であるため身体的・精神的にも未熟であり、暴行はマンションの一室という閉ざされた空間で行われていることから考えると、Dが自らほかの人に助けを求めることは困難であり、またDの唯一の親権者であることからXに①' 作為義務が認められる。

15 (2) 次に、XはAとCとの会話からDに対しいつものようなせっかんが加えられるかもしれないことは予想していた。またAが午後7時15分頃帰宅し暴行を加えた後、翌日午前1時55分頃に病院において死亡するまで6時間以上の間隔があり、Aはせっかんのために長時間別室にいたことが推測できる。よって、Xは自らAに立ち向かうことは容易でないにしても、警察や隣人などの外部に助けを求めることは可能かつ容易であるといえる。よって②' 作為可能性・容易性が認められる。

(3)結果として、Dは右傷害に伴う脳機能障害で死亡するに至った。

20 3. (1)ここで、①の認定のためにXの幫助とAの傷害行為に因果関係が認められるかを検討する。XがAを制止せず、放置したことによって、Yは物理的な障害もなくDにせっかんを行うことができた。また心理的にも「Xは自分のことを止めないから好きにやっつて良い」とせっかんを助長したと考えられる。よってXの幫助とAの傷害行為には因果関係があるため、①正犯を幫助しているといえる。

25 (2)AはD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、硬膜下出血等の人の生理的機能を害する行為を行っているので、②被幫助者が正犯行為を実行し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。

30

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