

只木ゼミ公開ゼミ第2問検察レジュメ

文責：2班

I. 事実の概要

- 5 Xは、先に協議離婚したA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Bとの間にできたC及びD(当時三歳)を連れてAと内縁関係に入った。
- その後、Aは自己の仕事が決まらず、生活が不安定なものとなっていたために、苛立ちを抑えることができずにC及びDにせっかんに繰り返すようになった。
- 10 平成15年7月2日午後7時15分頃、AとXが帰宅したところ、Aは自宅マンションの子供部屋のおもちゃが散らばっていたため、Cに誰が散らかしたのか尋ねた。Cが、Dが散らかした旨答えたことから、Aは立腹し隣の寝室にいたDの方へ向かった。
- Xは、AのCに対する問いかけとCの答えを聞き、AがDに対しいつものようなせっかんに加えるかもしれないと思った。しかし、早く夕飯を作らなければAに怒られるとの思いなどから、Aの行動に対しては無関心を装っていた。
- 15 AはDに対し、「おもちゃを散らかしたのはお前か。」などと強い口調で尋ねたが、Dは何も答えず、Aを睨みつける等反抗的な態度をしたので、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加えて硬膜下出血等の傷害を負わせ、翌日午前1時55分頃に病院において死亡させた。
- その際、Xは暴行を制止する措置をとることなく放置した。
- 20 Xの罪責を検討せよ。

II. 問題の所在

- 子の法益に関して保護者としての保証人的地位にある者が、第三者からの子への暴行を制止せずに放置した場合、いかなる罪責を負うか。不作為における正犯と共犯の区別が問題となる。
- 25

III. 学説の状況

- A説：原則として共犯とする説¹
- 「作為の幫助と同視しうるだけの作為義務」が認められれば、不作為による幫助犯が成立するとする説。
- 30
- B説：原則として同時正犯となる説²
- 保証人的地位にある者は原則として同時正犯になると解する説。
- C説：義務二分論³
- 犯罪阻止義務違反の場合は幫助犯が成立する。これに対して、法益保護義務違反の場合
- 35 には、当該法益が結果発生への因果の流れに委ねられている段階に達したときと、当該法

¹ 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会,2011年）553頁。

² 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂,2005年）。

³ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂,2008年）907頁。

益が人の実行行為によって結果発生の危険にさらされている段階にあるときとで区別し、前者の場合正犯を検討し、後者の場合は従犯を検討すべきとする説。

D説：因果関係の質的差異によって区別する説⁴

- 5 不作為者が作為にでていれば「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」がある場合には不作為による幫助と解するとする説。

IV. 判例

名古屋高裁平成 17 年 11 月 7 日判決

10 <事実の概要>

甲は高校生 A と交際し、たびたび自宅に引き入れていたが、A は甲の実子 B に対して甲の眼前で暴行を繰り返していた。B への虐待に気づいた B の保育園関係者は甲に A を遠ざけるよう忠告していたが、甲はその忠告を無視して A を自宅に招き続けた。甲は A の B に対する暴行を無視し続け、よって B は死亡するに至った。

15 <判決の要旨>

不作為の作為義務である危険除去義務につき、甲は B の実母であり唯一の親権者であることに加え、虐待行為者という危険因子である A を B の生活圏内に引き入れたという先行行為も認められる。

20 V. 学説の検討

A説：原則として共犯とする説について

- 25 不真正不作為犯の場合は、正犯の成否を念頭に置いているから、それに従って実行行為性の有無を検討し、その判断の過程で、作為義務の強さ、作為の可能性容易性、作為犯との同価値性などを考慮すること必要である。これに対して、一般的には、作為の実行行為に不作為で加功するのは、従的な役割にとどまるので、結論的には、普通、正犯とは認められず、従犯にとどまることになるとする見解である⁵。

- 30 しかし、根本的な問題として、例外的に同時正犯あるいは(片面的)共同正犯となるのはどのような場合かが明らかでないことが挙げられる⁶。つまり、結果発生につき「主たる役割」を演じたか、それとも「従たる役割」を担ったにすぎなかったかにより正犯と共犯を区別することは、不明確な情状の考慮により差異を設けようとするものであり、妥当でない。

また、「正犯を基礎づける作為義務」と「幫助犯を基礎づける作為義務」とを区別することも考えられようが、そのような区別も極めて困難であると解されるゆえ、妥当でない。

したがって、検察側は A 説を採用しない⁷。

B説：原則として同時正犯とする説について

⁴ 西田典之『刑法総論[第 2 版]』(弘文堂,2010 年)340 頁。

⁵ 斎藤信治『刑法総論 [第 6 版]』(有斐閣,2008 年)264 頁。

⁶ 西田・前掲 339 頁。

⁷ 井田・前掲 442 頁。

この説は、およそ保証人的地位にある者であれば、その者につき正犯性の要件は満たされているのであり、正犯の成立を否定する理由はないとする説であるといえる。

たしかに、他人の犯罪行為を止めさせるのは困難である場合もあり、正犯としての重い評価は行き過ぎであると感じられるケースもあるとも思える。しかし、容易に犯罪を中止させることができる場合も想定できるので、一般的に共犯に格下げすることが必要になるものではない。また、もし作為義務の履行が困難なのであるならば、そもそも保証人的地位の存在自体が疑わしく、または少なくとも行為者に責任を問いただけない可能性があり、したがって、不作為犯の成否そのものが問題となると解される⁸。そうであれば、原則的に共犯とする説は処罰範囲を拡大するおそれをもつと解されることから、保証人的地位にある者は原則として同時正犯となると解すべきである。

したがって、検察側は B 説を採用する。

C 説：義務二分論について

この説は、法益保護義務違反が不作為正犯を、犯罪阻止義務違反が不作為共犯を基礎付けるという見解であるが、結局最終的に問題となるのは、結果の発生を阻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な根拠はないというべきである⁹。

したがって、検察側は C 説を採用しない。

D 説：因果関係の質的差異によって区別する説

この説に基づくと、仮定的な結果回避可能性の程度によって、正犯と従犯を区別することになるが、必ずしも結果発生の確率のみでその区別が論じられない作為犯の場合の区別基準とのバランスを失する¹⁰。

したがって、検察側は D 説を採用しない。

VI. 問の検討

1. X は Y が D に暴行を加えているにも関わらず、暴行を制止する措置をとることなく放置した。かかる行為に傷害致死罪の単独正犯(205 条)が成立しないか。

前提として、本事例は保証者的地位にあるものが不作為で作為犯による結果発生に関与した場合、不作為の正犯・幫助犯もいずれが成立するか問題となる。そこで検察側は B 説を採用するため、まず不作為の正犯が成立しないか検討していく。

(1) X は Y に対して暴行を直接加えるのではなく、何ら措置をとらなかったのみであるが、同条の実行行為性は認められるのか。

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さす。そして不作為によっても現実的危険性を有することから、不作為も実行行為と考えられる。

しかし不作為すべてに、作為の形式で規定されている犯罪の実行行為性が認められるとすると、刑法の自由保障機能を害する。そこで不作為が作為と構成要件的同価値性を

⁸ 井田・前掲 442 頁以下。

⁹ 中義勝『共犯論上の諸問題』(成文堂, 1991 年)329 頁以下。

¹⁰ 山中・前掲 906 頁以下。

有している場合にのみ実行行為性が認められると考える。そして構成要件的同価値性を有しているか否かは、①作為義務の存在②作為の可能性、容易性をもとに判断する。ア、本問において、XはDの唯一の親権者であり、法令上作為義務が認められうる。またDは3才であり肉体的にも精神的にも未熟であるから、自らAの暴行から逃れることは困難であり、さらにAの暴行は自宅マンション内で行われており、外部からの助けが入ることは期待できないことから、XにはDの身体を守るために必要な行為をすべき作為義務が認められる。(①充足)

イ、(ア)Xは常日頃からAがDに対してせっかんに繰り返していたことを認識していた。

それゆえ、Aが立腹し隣の寝室へとDを探しにいった時点で、XはDが暴行されることを予測できたといえる。またAが帰宅したのは午後7時15分であり、Dが病院にて死亡したのは翌日の午前1時55分であり、Yの暴行が長時間に及ぶものであったことが推測されうる。ゆえにXが隣人や警察などの外部に助けを呼ぶことは時間的にも可能といえる。

よって、作為は可能であった。

(イ)確かに、Xは女性であった男性であるAの暴行を止めることは腕力面で劣り困難で、またAからの反撃を恐れる気持ちから、作為は容易といえないと思われる。しかし、Aの暴行はXのいる部屋とは別の部屋で行われておりAの監視下にはないのであるから、Aが隣にいる場合に比べて外部の者に助けを呼ぶことは容易であるといえる。(②充足)

以上より、Xの不作為には傷害致死罪の実行行為と構成要件的同価値性を有しているといえる。よってXのかかる行為に傷害致死罪の実行行為性はみとめられる。

(2) そして結果的にAは死亡した。

(3) ではXの行為とAの死亡に因果関係は認められるか。

ア、不作為の因果関係は、仮定的側面を否定しえないことから、期待される作為をなせば結果を回避できたことが十中八九すなわち合理的な疑いを超える程度に確実であったことが認められれば、因果関係は肯定される。

イ、本問で、Xが警察に迅速に通報するなどの対応をしていれば、Aが死亡することを防ぐことができたとして十分に考えられる。

よって、Xが上記の作為をなせばAの死を回避することが合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるため、因果関係は肯定される。

(4) さらにXは、Dが暴行されているかもしれないと気付いており、そのうえで放置しているから未必の故意(38条1項)はみとめられる。

2. 以上より、Xの行為に傷害致死罪の単独正犯が成立する。

35 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