

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側が採る B 説で、原則とされるのを共同正犯とせず、敢えて「正犯」とするのは何か意図があるのか。またこの「正犯」には同時正犯でない単独正犯も想定し得るのか。し得るとすれば、その理由は何か。
- 10 2. 検察レジュメ 2 頁 7 行目、および同 3 頁 9 行目以下での B 説の説明・理由において「保証人的地位」とは何か。また本問の検討において、甲女がこれに当たる理由を示す記述はどこか。
- 15 3. 検察レジュメ 3 頁 9 行目以下で、「不作為者が保証者的地位にあ」れば、直ちに、「正犯性の要件は充足され」とするのは何故か。
4. 検察側は、同時傷害の特例規定の適用により、甲と乙に傷害致死罪の共同正犯を認めているにも拘らず、別途本件不作為につき甲の暴行罪を認め、それらを併合罪にしているのは何故か。

II. 学説の検討

A 説(原則幫助犯(共犯)説)及び B 説(原則正犯説)について

- 20 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から処罰の対象となっているのである以上、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。

そこで、構成要件的结果惹起を支配したと言える場合に、正犯性が認められると考えられ、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。したがって、その背後に位置し、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、正犯性を認め得

25 ないことが原則となる。

よって、B 説は妥当せず、弁護側は A 説を採用する。

C 説(作為義務二分説、機能的二分説)について

- 30 本説は、保証人的義務を、①法益に対する保護的保障義務(保護者的保障人の場合)と、②危険源の管理・監督的保障義務(監督者的保障人の場合)に二分し、①の場合の不作為は正犯であり、②の場合は狭義の共犯とする¹。

しかし、保障人的義務は最終的には結果発生 of 阻止に向けられることに本質があるので、両者の区別に合理的根拠がない²。

35

¹ 高橋則夫『刑法総論[第3版]』(成文堂,2016年)507頁。

² 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』(成文堂,1994年)177頁。

また、法益保護義務違反の場合についても、作為者の実行行為を阻止することによって法益を保護しうる場合には、行為支配は作為者にあり、不作為者は幫助にとどまるというべきである³。

以上より、弁護側はC説を採用しない。

5

Ⅲ. 判例(裁判例)

釧路地判平成11年2月12日。判例時報1675号148頁。

[事実の概要]

被告人は、自己が親権者となっていた次男B(当時3歳)を連れてAと内縁関係に入っていたが、やがてAが被告人に激しい暴力をふるい、Bにも折檻を繰り返すようになった。被告人は、親権者兼監護者としてBに対するAの折檻を制止してBを保護すべき立場にあったところ、本件当時、すなわちAがBに対して些細なことから激怒し、顔面や頭部を多数回にわたり殴打し転倒させるなどの暴行を加えて死亡させた際、被告人は、Aが折檻を開始したことを認識したが、Aの行動には無関心を装い、その暴行を制止しなかった。なお事件当時、被告人は妊娠中であった。

15

[判旨]

「不作為による幫助犯が成立するためには、他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務を有する者が、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置しており、要求される作為義務の程度及び要求される行為を行うことの容易性等の観点からみて、その不作為を作為による幫助と同視し得ることが必要と解すべきである。」

20

AがBに暴行を加えないように監視する行為、あるいはAの暴行を言葉で制止する行為のいずれもそれ自体ではAの暴行をほぼ確実に阻止し得たといえないものであり、結果阻止との因果性の認められないものであるから、二つの行為を被告人に具体的に要求される作為の内容として想定することは相当でない。

25

本件Bの生命の安全は被告人のみに依存した状態にあり、被告人はAが暴行を開始するのを認識していたものであるから、被告人には一定程度の作為義務があり、要求される作為としてはAの暴力を実力をもって阻止する行為が想定されるが、当時「被告人がAの暴行を実力により阻止することは、不可能ではなかったものの、被告人がAから激しい暴行を受けて負傷していた相当の可能性があったことを否定し難く、場合によっては胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もあった上、被告人としては、Aの暴行を実力により阻止することがきわめて困難な心理状態にあったのであるから、被告人がAの暴行を実力により阻止することは著しく困難な状況にあったというべきである。」

30

35 IV. 本問の検討

第1 甲がAの頭部を数回にわたり強く殴った行為について

³ 斎藤誠二『刑事法学の現実と展開』(信山社,2003年)356頁。

1 甲の上記行為について暴行罪(208条)が成立しないか。

「暴行」とは不法な有形力の行使をいうところ、頭部を数回にわたり強く殴る行為はこれにあたる。

よって甲の上記行為に暴行罪が成立する。

5 2 では甲の上記行為について同時傷害の特例(207条)が適用され傷害罪(204条)の共同正犯が成立しないか。

(1) 要件は①暴行が当該具体的な傷害を惹起しうるものであったこと②複数人で意思の連絡なく同一人に対し故意で暴行を加えたこと③原則的に暴行が同一機会に行われたこと④傷害の原因となる暴行が特定できないことである。

10 (2) 本件についてみると、甲の暴行は3歳というまだ体が出来上がっておらず、強い攻撃に耐えることが難しいAに対して、身体の枢要部であり、脳への影響に直結する頭部を数回にわたり強く殴っているものであるから本件の傷害を惹起しうるものであるといえる。また乙も同様にAの顔面や頭部を殴打しているので本件傷害を惹起しうるものであるといえる。よって①を充たす。

15 また甲と乙は意思の連絡なく同一人たるAに対し故意に暴行を加えている(②)。

さらに、甲と乙の暴行は同一機会であるといえるし(③)、それぞれの暴行とAの傷害結果の因果関係は不明であるため④を充たす。

よって同時傷害の特例が適用され甲と乙の上記行為にはAに対する傷害罪の共同正犯が成立する。

20 3 ここで甲の上記行為について207条の適用により傷害致死罪の共同正犯が成立し、A死亡の結果を甲に帰責されるか。

傷害致死罪にも同時傷害の特例の適用があるかが問題となるが、弁護側は傷害致死罪には同時傷害の適用はないと考える。

25 なぜなら「傷害した場合」という文言からしても、また本条は刑法の例外規定であることから限定的に解すべきであるということからも傷害罪以外に適用を拡大することは許されないと考えるべきであるからである。

よって甲の上記行為には傷害致死罪の共同正犯は成立せず、傷害罪の共同正犯が成立するにとどまる。

30 第2 甲が第2暴行に気づきながらも、無関心を装っていた行為(以下本件不作為)について

1 甲の本件不作為について不作為の暴行罪が成立しないか

(1) 乙の第2暴行には暴行罪が成立する。そして甲と乙には意思の連絡はなく暴行罪の共同正犯が成立しない。

35 ここで甲はAの親権者であり、Aを監護する義務を有している(民法818条1項、820条)。また本件乙殴打行為は甲乙らが住む家で行われていることから同人らに排他的支配が認められるので、甲に本件乙殴打行為を阻止し、Aを保護するという作為義務がある

ようにも思える。そのため甲の本件不作為にいかなる罪が成立するか。他人の犯行を阻止しなかった場合にいかなる犯罪が成立しうるかが問題となる。

(2) 弁護側は A 説をとるため上記のような場合は原則として幫助犯が成立しうると考える。

5 (3) したがって、甲の本件不作為に暴行罪は成立せず、上述より成立する乙の傷害罪に対する甲の幫助犯が成立しうるとどまる。

ア なおこの時、甲と乙には意思の連絡がなく、被幫助者たる乙はその幫助行為があることを知らずに犯罪を実行している。そこで片面的幫助犯が成立するかが問題となる。

10 イ この点、片面的幫助犯は成立すると考える。なぜなら幫助犯は幫助の故意に基づいて幫助行為を行い、それによって犯罪の実行を容易にすれば足りるから、幫助を受けているという意識は正犯者になくてもよいからである。

2 では幫助犯は成立しうるとしても甲の本件不作為に乙の傷害罪に対する幫助犯(62条1項)が成立するか

15 (1) 不作為犯による幫助犯が成立するためには当事者間の関係、作為の可能性・容易性、排他的支配、結果回避可能性、職務の内容等の事情から、作為による幫助犯と同視しうる必要がある。

20 (2) 本件についてみると甲は乙が暴行をしている認識はあったのであるから甲には乙の暴行を実力や言葉をもって制止する作為義務が想定されるが、甲は妊娠中であるのに加え、乙から日常的に暴言を吐いたり、甲女が自分の元から逃げ出そうとした際には殴る・蹴るの暴行を加えられていたのであり、実力や言葉での制止は不可能ではないにしる心理的物理的に著しく困難であったといえる。また確かに警察に助けを求める等間接的に阻止する行為を可能ではあったが、そもそも乙の暴行と A の傷害結果についての因果関係は不明なのであり、たとえ警察に通報したとしても A 傷害結果について高度な蓋然性をもって阻止しえたとはいえない。

25 よって甲の本件不作為は作為による幫助犯と同視できるとはいえず、本件不作為には何ら罪が成立しない。

30 (3) なお仮に本件不作為に幫助犯が成立したとしても甲と乙には上述の通り、各自の暴行行為に傷害罪の共同正犯が成立している。したがって、重ねて甲に本件不作為について何かしらの犯罪を認めるのは既に帰責されている A への暴行行為及びそれに起因する傷害結果について二重に評価するものであり、罪数では甲の本件不作為を甲と乙の傷害罪の共同正犯に吸収させるべきである。

V. 結論

35 甲の A の頭部を数回にわたり強く殴った行為と、乙の A の顔面や頭部を数回殴打した行為には、傷害罪の限度で共同正犯(204条、60条)が成立し、その罪責を負う。

以上