

## I. 事実の概要

5 甲女(28 歳・当時妊娠 6 ヶ月)は、以前協議離婚した乙男(40 歳・空手有段者)と同棲を再開するに際し、元夫丙との間にできた子供である A(当時 3 歳)を連れて乙男と内縁関係に入った。しかしながら乙男は甲女と同棲を始めた直後に失業したことも相まって、普段から甲女や A に対して暴言を吐いたり、甲女が自分の元から逃げ出そうとした際には殴る・蹴るの暴行を加えていた。また、A に対してもしつけの一環と称して頬を平手打ちしたりタバコ

10 の火を腕に押し付けるなどしていた。その後、同棲を開始してからはしばらくすると乙男は相も変わらず再就職先が見つからないことにいら立ち、その憂さ晴らしのため A にせっか

ある日、乙男は甲及び A を自宅に残して外出した際、A が甲女の作った食事を床にこぼしたり、その食べ物で遊ぶなどし、日頃のストレスもありカッとなった甲女は A の頭部を

15 数回にわたり強く殴った。

また同日夕方に乙男が帰宅した際に乙男は、A が乙男に反抗したことから腹を立て、A を抱きかかえて甲女らの住居である洋間から洗面所に入りその扉を閉めた上、同所において A の顔面や頭部を多数回殴打する等の暴行を加えた。

甲女は乙男が A を抱きかかえて洗面所へと向かうのを目撃しており、また、A の頬を叩く

20 ような音を 2,3 回聞いていた。その際甲女はいつものせっかんが始まったとの認識をしていたが、台所で夕食の準備を続け、乙男の行動に無関心を装っていた。

その後 A は甲女及び乙男の手で病院に運ばれたが、頭部打撲による硬膜下出血により死亡した。なお A の死因となった硬膜下出血は、事件当日甲女・乙男に加えられた頭部打撲の

いづれによるものか不明であった。

25 本件での甲女の罪責を検討せよ。

参考判例 最高裁昭和 26 年 9 月 20 日第一小法廷決定  
札幌高裁平成 12 年 3 月 16 日判決  
大阪地裁堺支部平成 29 年 10 月 6 日判決

30

## II. 問題の所在

被害者との間で保証者的地位にある者が他者による作為の犯行を阻止せず、結果発生に関与した場合に、保証者には不作為による正犯が成立するのか、それとも他者に対する不作為による幫助となるのか。不作為における正犯と共犯の区別が問題となる。

35

### Ⅲ. 学説の状況

#### A 説(原則幫助犯(共犯)説)

正犯者の犯罪を防止すべき作為義務を有する者が、その義務に違反して、故意にその防止を怠る行為には、不作為による幫助犯が成立するという説である<sup>1</sup>。

5

#### B 説(原則正犯説)

不作為者が被害者との間で保証者的地位にある場合は原則として正犯とする説である<sup>2</sup>。

#### C 説(作為義務二分説)

10 作為義務の程度によって、その不作為の重要性を区別し、正犯の成立する場合と共犯の成立する場合とを分ける説である。

### Ⅳ. 判例(裁判例)

東京高判平成 20 年 10 月 6 日。判例タイムズ 1309 号 292 頁。

#### 15 [事実の概要]

被告人 X 女が A に性的関係を迫られたという話を聞いた被告人 Y・Z・W らは腹を立て、X に A を呼び出させて問い詰めたが A は認めず、他方 X は A に強姦されかけたなどと繰り返し替えしたため A は突然逃げ出した。Z らは怒りを募らせ、A を探し出して 6 人で A に暴行を加えたため A は意識を失った。Z らは A を病院に連れていくことも考えたが、警察に通報されることを恐れて A を殺害することにした。Z は V に A の殺害を命じ、X・Y・Z ら全員が殺害場所付近に移動した後で、V が A を池に落として殺害した。

#### 20 [判旨]

「本件は X の話をきっかけに、X は強姦などされていなかったのに、誤解した Z らが A に暴力を振るう可能性があることを認識しながら呼び出し行為に及んでおり、これは身体に危険の及ぶ可能性のある場所に A を誘い入れたものと言える。そして、Y・Z・W のいずれもが A に対して怒りを持っていたことを考えると、危険が生じた際に A を救うことの出来る者は X の他にはいなかったと言える。しかも、X が実は違うと言えない理由は全くない。」として X には不作為による殺人罪の共同正犯が成立するとした。

### 30 V. 学説の検討

#### A 説(原則幫助犯(共犯)説)について

この説は正犯になる場合と共犯にとどまる場合とを区別する基準、つまり例外的に正犯が成立するのはどのような場合かが不明確である。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」を担ったに過ぎなかったかにより正犯と共犯とを区別する

<sup>1</sup> 川端博『刑法総論講義[第 2 版]』(成文堂,2006 年)228 頁。

<sup>2</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)493 頁。

のであろうが、これ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、正犯と共犯とが違法類型としての相違であると理解する限り、これを支持することは出来ない。

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<sup>3</sup>。

5 以上より検察側はA説を採用しない。

#### B説(原則正犯説)について

この説は不作為者に保証者的地位が認められるかを考慮要素とし、正犯と共犯とを区別する説である。思うに、不作為者が保証者的地位にあるというのであれば、その者について  
10 ては正犯性の要件は充足されているのであり、正犯の成立を否定する理由はない。確かに、他人の犯罪行為を止めさせるのは困難なこともあるから、その反面において、正犯としての重い評価が行き過ぎだと感じられるケースがあるかも知れない。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というものではない。また、もし作為義務の履行が困難なのであれば、保証者的地位の  
15 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得ない可能性があり、したがって、不作為犯の成否そのものが疑問となるのである<sup>4</sup>。

よって、検察側はB説を採用する。

#### C説(作為義務二分説)について

この説は作為義務の程度によって、その不作為の重要性を区別し、正犯の成立する場合  
20 と共犯の成立する場合とを分ける説である(例えば、自分の子が他人によって殺されようとしているのを傍観している父親の場合、その保障義務は子の生命に向けられているので、子が溺死しそうになっているのを傍観していた父親と同様に殺人の正犯が成立するが、自分の子が他人を殺害しようとしているのを阻止しない父親の場合、父親には他人の生命を  
25 保障すべく義務はなく、ただ自分の子が他人を殺しに行くということとの関係からこれを防止すべき義務が出てくるに過ぎず、殺人罪の不作為による幫助犯が成立する)。これは原則幫助犯説に対して主張されている説であるが、不真正不作為犯における作為義務とは結果発生回避義務である、という観点からは、作為義務を正犯を基礎付ける「結果の発生を回避すべき直接的な保障者的義務」と「それ以前の安全監護義務ないし安全管理義務の違反を介して間接的結果発生を誘発ないし促進する場合」の幫助犯を基礎付ける作為義務に  
30 二分することに疑問が生ずる<sup>5</sup>。

それ故、検察側はC説を採用しない。

## VI. 本問の検討

<sup>3</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂,2005年)442頁。

<sup>4</sup> 井田・前掲同頁。

<sup>5</sup> 吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂,2010年)187頁。

1 まず、甲が A の頭部を殴打した行為(以下第 1 暴行)について、暴行罪(208 条)が成立しないか。

(1)人の頭部を殴打する行為は不法な有形力の行使であり「暴行」にあたる。また、乙は意図的に本件殴打行為に及んでいるので本罪の故意(38 条 1 項本文)も認められる。

5 したがって、第 1 暴行について暴行罪が成立する。

2.次に、乙が A の顔面や頭部を数回殴打した行為(第 2 暴行)も、「暴行」にあたり、乙は意図的にかかる行為に及んでいるので、暴行罪の故意も認められる。したがって、第 2 暴行について暴行罪が成立する。

3.次に、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(以下本件不作為行為)について暴行罪が成立しないか、正犯の作為の実行行為に不作為で関与した者は、不作為による正犯になるのか、不作為による幫助犯になるのか、両者の区別が問題となる。

(1)この点、検察側は B 説を採り、不作為者が被害者との関係で保証者的地位にある者の場合は原則として正犯と解し、正犯の成立する場合と幫助犯の成立する場合を区別する。

10 これを本問についてみると、乙は、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)、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。また、甲は妊娠中であり乙の暴行を直接阻止することは困難であるが、警察に助けを求め

15 (民法 818 条 1 項、820 条)、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。また、甲は妊娠中であり乙の暴行を直接阻止することは困難であるが、警察に助けを求め

15 るなどして間接的に阻止することは容易であった。そのため、甲は A との関係で保証者的地位にある者といえ、暴行罪の不作為の正犯となる。

(2)よって、本件不作為行為について、暴行罪が成立する。

20 4.(1)では、A の死亡結果を甲か乙、もしくは両者いずれかに帰責できないか。この点、死因の硬膜下出血は、第 1 暴行及び第 2 暴行のいずれによるものか不明であるため、A の死亡結果を帰責させるには、第 1 暴行及び第 2 暴行もしくはそのいずれかについて、甲と乙が傷害致死罪の共同正犯(205 条、60 条)となる必要がある。しかし、乙が自身が関与していない第 1 暴行を積極的に利用したこと、第 2 暴行及び本件不作為行為について甲と乙が意

25 思の連絡をしていたこと、両暴行について甲乙間での共謀があったことを基礎付ける事情は無いため、「共同して犯罪を実行した」といえない。

(2)そこで、207 条の適用により、甲と乙は共同正犯とならないか。そもそも、傷害致死についても同条の適用があるか、条文は「傷害した」とのみ規定しているので問題となる。

30 同条の趣旨は、被害者の保護・立証の困難の回避という点にあるところ、かかる趣旨は被害者が死亡した場合にも当てはまる。したがって、傷害致死についても同条の適用がある。

35 そして、同条が適用されるためには、甲と乙が意思の連絡なく同一機会に A に暴行を加えた事実が必要である。これを本問についてみると、甲と乙は互いが暴行に及ぶにあたり何ら連絡をしていない。また、第 1 暴行及び第 2 暴行どちらも同じ日に甲乙宅で行われており、時間的、場所的に近接しているため、同一機会に行なわれたといえる。

(3)よって、第 1 暴行及び第 2 暴行について甲と乙は傷害致死罪の共同正犯となる。

## **VII. 結論**

甲が A の頭部を殴打した行為、乙が A の顔面や頭部を数回殴打した行為について、傷害致死罪の共同正犯(60 条、205 条)が成立し、甲と乙はその罪責を負う。また、甲が乙の第 2  
5 暴行に気付きながらも、無関心を装っていた行為について暴行罪(208 条)が成立し、甲はその罪責を負い、上記傷害致死罪との併合罪(45 条前段)となる。

以上