



刑事弁護人のための刑法

第8回(最終回)

不作為による共犯

本庄 武 一橋大学准教授

ほんじょう・たけし／共著に、『危険運転致死傷罪の総合的研究』(日本評論社、2005年)、『被告人の事情／弁護人の主張——裁判員になるあなたへ』(法律文化社、2009年)などがある。

山下幸夫 弁護士

やました・ゆきお／東京弁護士会。共著に、『日本弁護士連合会編『法廷弁護技術(第2版)』』(日本評論社、2009年)などがある。

本件事案

被告人は内縁の夫から激しい暴力を振るわれ、実母宅に逃げ帰ってはよりを戻すということを繰り返していた。夫は被告人の2人の連れ子に対してもせっかんを行うようになっていったが、被告人は夫が激しいせっかんを加えていても、子どもを助けることなく無関心な態度を示していた。事件当日、夫が寝室で当時3歳の被告人の次男を多数回にわたり殴打していると、次男は突然短い悲鳴を上げ、仰向けに倒れて意識を失った。被告人は、いつものせっかんが始まったと思ったものの、台所で米をとぎ続け、無関心を装っていたが、次男の悲鳴を聞き、寝室に行ったところ、次男はすでに身動きしない状態になっていた。被告人らは次男を病院に搬送したが、次男は夫の暴行による傷害が原因で死亡した。

被告人は、夫が次男を死亡させるに至った際、暴行の開始を認識したにもかかわらず、暴行を制止するなどの措置をとらずに放置したことで、不作為による傷害致死幫助として起訴された(いわゆる釧路せっかん死事件の事案)。

不作為による共犯のポイント¹

1 議論の前提

今回取り上げるのは、作為で実行行為を行う者、すなわち作為正犯者が別に存在する場合に、その犯行を阻止せずに放置した者の刑事責任の問題である。

こうした場合、実行行為を分担していないのであるから、素直に考えると不作為犯の成否が問われるべきとも思われるが、実務上はまずもって**共謀共同正犯**の成否が検討されるのが通例である²。これは、客観的に謀議行為が行われた場合はもちろんのこと、それがない場合にも黙示の共謀という構成を通じて**作為**で犯罪に加功したとの評価がされることを意味する。共謀共同正犯の成立を認めるために、単に意思の連絡があっただけでは足りず、正犯性を認定するためには、犯罪実現に重要な役割を果たしたことがないし結果発生に重要な寄与を行ったことが必要であるとされることが多くなっている。このような正犯性の認定は、諸事情の総合評価により行われるため、どうしても曖昧になりやすい。また、実務では共犯事例のほとんどが共同正犯として処理されていることから、正犯性の認定が安易にされるおそれは常に

存在する。刑事弁護の観点からは、共謀共同正犯による起訴がされた場合、正犯性を基礎づける事情が十分かどうかの吟味が不可欠である。

この関係でしばしば言及される裁判例に、大阪高判平13・6・21判タ1085号292頁がある³。事案は、母親が殺意をもって幼児をこたつの天板に叩きつけた際に、その意図を知らずながら夫がこれを制止しなかったというものである。判決は、母親を制止できるのは自分だけであり、母親の意図を十分理解し、制止してほしいとの母親の気持ちも熟知しつつ、自らも幼児に死んでほしいという気持ちから、あえて制止しない行動に出ることで殺害を容認したといえ、この時点で暗黙の共謀が成立したとして、共謀共同正犯を認めている。

しかしながら、夫が内心で幼児に死んでほしいと思っていたとしても、母親に殺害を指示したり命令したりしたわけではなく、母親の気持ちを受け止めなかったというだけで、正犯性が基礎づけられるのかという問題がある⁴。

近時の、東京高判平20・10・6判タ1309号292頁は、場所を転々としながら被害者に対して集団で暴行を繰り返す、ついには殺害するに至った事案に関して、被告人らが、実行行為者らに被告人が被害者から強姦されそうになったとの誤解を生じさせ、憤激する実行行為者らの要求に応じ被害者を呼び出したという事情がある場合について、共謀共同正犯の成立を否定し、不作為による共同正犯の成立を認めたものである。原判決が車に分乗して被害者を運搬する行為を共同することにより、暗黙のうちに相互の犯意を認識し、共謀を遂げたと認定したのに対し、本判決はみずから運転していたわけでもない者について、犯行現場への車に分乗して移動したことを重視することはできない、実行行為を何ら行っておらず、その一部の分担すらしていない者の共謀を認定するには、原判決の認定は必ずしも内実を伴ったものではない、と指摘した。

本件で共謀共同正犯が成立するか否かについて、学説の評価は分かれている⁵。しかし成立を肯定する見解にあっても、原判決とは異なる構成により共謀が認定できるとするもので、本件原判決が安易に共謀を認めたという評価は免れがたいように思われる。

これらの事案のように、犯行実現を指示した事実や、積極的に実現に協力ないし貢献した事実が見当たらず、傍観したと評価するにふさわしい者について、単に現場に臨場していたというだけで安易に共謀共同正犯の成立が認められることがないよう、被告人に有利な事情を集積し主張していくべきであろう。

2 不作為犯における共同正犯と幫助犯

検察官が共謀共同正犯での訴追を断念したり、弁護人の主張が奏功して共謀共同正犯の認定が回避される場合、**不作為による共犯**（共同正犯ないし幫助犯）の成否が問題となる。いずれの場合も不作為犯である以上、まずは作為義務（保障人的地位）が認定されなければならない。この作為義務の発生根拠、要件は不作為単独正犯の成否が問題となった事案と同じであるとされている⁶。

問題は、共同正犯と幫助犯のふり分けである。作為実行行為者が別に存在する場合の不作為者の罪責について、学説の多数説は**原則幫助**であると解している⁷。というのも、作為行為者は結果発生と直接的な因果関係を有し、強い原因力を持つが、不作為による関与は作為義務違反の不作為により、作為正犯を介して結果発生との間で**間接的な因果関係**を持つにとどまり、原因力も弱く、従たる役割を果たして、作為正犯の実行を容易にしたにすぎないためである⁸。裁判例においてもこの種の事案では幫助犯の成否が問題となることが多い。問題は、例外とされる共同正犯がいかなる場合に成立するかである。

これに関しては、近時**不作為による共同正犯**の成立を認めた2つの高裁判例が注目される。1つは、東京高判平20・6・11判タ1291号306頁である。判決は、被告人の息子を被告人の交際相手が虐待し死亡させた傷害致死の事案で、交際相手が被告人方を訪れるのに先立って、被告人が息子に暴行を加えたり下半身裸のまま約1時間屋外に出すという先行行為をしていたこと等を指摘して、被告人の責任は、幫助犯にとどまるものではなく、不作為の正犯者のそれに当たる、とした。しかしこれに対しては、死亡結果に寄与していない暴行等により、傷害致死の正犯を基礎づけることはできないとの批判が



されている⁹。

もう1つは前述した、東京高判平20・10・6である。判決は、被告人Xについて、①本件はXが被害者から性交渉を求められたことを被告人Yに打ち明け、Yおよび実行行為者らが被害者を呼び出して詳しく事情を聞くことになったことを端緒としており、身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れたこと、②呼出し前の段階でX以外は被害者に対して怒りを持っており、危険が生じた際に被害者を救うことのできる者はXのほかにはいなかったことを、被告人Yについても実行行為者の言動等を認識しながらも被害者の呼出しを求めるなどしており、同様に身体に危険の及ぶ場所に被害者を積極的に誘い入れたことを理由に、被告人両名に殺人等についての不作為犯としての共同正犯を認めている。しかしこの判決に対しても、実行行為者等が殺意を持ったことについて、被告人らには過失しかないが、対等の関係にある者の間で、過失により犯罪意思を生じさせたというだけで、その犯罪の不阻止に不作為正犯の責任を認めるべきではない、という批判が多く寄せられている¹⁰。

これらは本来不作為による共同正犯に問擬されるべきでなかった事案といえることができるだろう。

学説に目を転じると、①作為犯同様に現実に及んだ影響ないし犯罪実現への寄与度に着目をして、不作為者が作為者に決定的な心理的影響を与えたか否かに着目する見解¹¹、②不作為犯に特有の作為義務に着目をして、作為が果たされていたら及ぶであろう影響度に着目する見解¹²、③因果関係の質的差異に着目して、不作為者が作為に出れば確実に結果を回避できたであろう場合には正犯、結果発生を困難にした可能性がある場合は幫助犯を認める見解¹³、④他に作為正犯者が存在する限り、不作為者には自分以外に結果を回避できる者がいないという固有の意味の(狭義の)排他的支配が存在せず、従犯となるが、作為正犯者が実行行為後にいなくなり、不作為者に固有の意味の排他的支配が認められる場合等は例外的に正犯となるとする見解¹⁴等多様な見解が主張されている現状にある。

①については、現実に影響が及べば作為犯を認めうるため、不作為犯における正犯と共犯を区別する基準にはなりがたいのではないか、という疑問が呈されている¹⁵。②については、不作為者には通常、

作為者の犯罪実現を困難化するととどまらず、阻止することが義務づけられると思われるところ、それが履行されれば、通常は決定的な影響が及ぶと評価され、幫助犯の成否が問題となることが多い実務の現状に反して、むしろ原則として正犯だということになってしまっているのではないか、という疑問がある。③については、因果関係の存否は、当該不作為が正犯構成要件に該当するか幫助構成要件に該当するかが確定したのちに問題になるものであるところ、結果を当該不作為に帰属させることができるかどうかを判断するための要素である因果関係に正犯と幫助犯の振り分け機能を担わせることに基本的な疑問が残る。

結局④のように、特殊な例外的事案を除いては不作為による作為への関与事例は、幫助として取り扱うことが従来の実務にも整合し、簡便に思われる。仮に、不作為による共同正犯として起訴された場合には、事実面でいかなる事情により正犯性が基礎づけられているのか、法律面でその背後にある正犯理論はいかなるものかを十分に吟味する必要があるだろう。

3 不作為による幫助の因果性

こうして多くの事案においては、**不作為による幫助**として訴追が行われるであろう。その場合に、幫助犯としての可罰性を吟味することが必要となる。具体的に問題になるのは**不作為による幫助の因果性**の問題である。

これに関しては、冒頭で本件事案として紹介した、いわゆる釧路せっかん死事件に注目する必要がある。第1審の釧路地判平11・2・12判時1675号148頁は、被告人に具体的に想定される作為の内容について、「罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要がある上、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要であることにかんがみると」、作為正犯者の暴行を阻止すべき作為義務を有する被告人に具体的に要求される作為の内容としては、作為正犯者の暴行を**ほぼ確実に阻止し得た行為**、すなわち結果阻止との因果性の認められる行為を想定するのが相当である、とした。そのうえで、被告人に具体的に要求される作為の内容として、暴行を実力をもって阻止する行為を想定し、それは被告人には不可能

ではなかったものの、著しく困難な状況にあったとして、被告人に無罪を言い渡した。

これに対して控訴審である札幌高判平12・3・16判時1711号170頁は、不作為による幫助の成立に、犯罪の実行をほぼ確実に阻止しえたことは不必要であるとし、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であればよい、とした。そこで、被告人が夫と次男の側に寄って夫が次男に暴行を加えないように監視する行為や夫の暴行を言葉で制止する行為によっても暴行を阻止することは可能であるとして、不作為の傷害致死幫助の成立を認めた。なお、事実評価の違いに起因して、暴行を実力をもって阻止することも著しく困難とはいえないとされ、この作為もなお被告人に具体的に要求される作為に含まれるとされている。

この判決以降、同趣旨の判示を行う裁判例が散見されるようになってきた。広島地判平16・4・7判タ1186号332頁は、「不作為による幫助犯については、正犯者の犯罪を防止すべき作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者による犯罪の実現を防止又は困難にすることが可能であるのに、そのことを認識しながらその一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立する」と判示している。また、名古屋高判平17・11・7高裁判速(平17)292頁は、「幫助行為は、正犯の行為を容易にする行為をすべて包含するものであり、正犯者の行為を通じて結果に寄与するものであれば足りるのであって、不作為による幫助を認める場合にのみ、所論のように『犯罪の実行をほぼ確実に阻止できたのに放置した』との要件を必要とするものでないことは、例えば、助勢行為、見張り行為、犯行に使用する物や車の貸与等作為による幫助の場合について考えてみても、明らかというべきである」と判示している。

しかしながら、不作為による幫助を認めた判例のいずれにおいても、作為があれば結果は防止できたであろう可能性がかなり大きかった事案であると評価されている¹⁶ことに注意が必要である。釧路せっかん死事件以降の裁判例も、結果発生がほぼ確実な作為を想定し、それを義務づけることができるかどうかを検討している。一般論として判示されるところから受ける印象とは異なり、裁判例(正確には検察の起訴実務)の大勢は不作為による幫助の成立範囲を拡大することには慎重であると評価することができよう¹⁷。

他方で学説は、不作為正犯に関しては、ほぼ確実に結果を回避できた場合にのみ因果関係が認められるのに対して¹⁸、幫助犯の場合、作為幫助の因果性に関して、正犯の行為を物理的・心理的に促進すれば足りるというのが通説であることから、不作為による幫助の因果関係は、作為に出たときにはそうでないときより正犯者の行為がより困難になったであろうというときに認められる、あるいは犯行阻止の可能性が認められれば足りると解し、釧路せっかん死事件での札幌高裁の判示を支持するものが多数である¹⁹。

しかし、作為幫助の場合、わずかでも**促進効果**があれば足りるとされているため、不作為幫助の場合にもそれと忠実に同じであろうとすれば、わずかでも犯行実現が**困難**になれば足りるということになる。釧路せっかん死事件でいえば、夫と次男の側に寄って暴行が加えられないように監視する行為や暴行を言葉で制止する行為は、釧路地裁の事実認定を前提とすれば暴行を「阻止できない可能性が高い」が、それでも被告人に義務づけられることになる。作為義務が認められると、実質的にあらゆる手段を講じて犯罪阻止を試みなければならなくなる。それは倫理的に望ましいあり方かもしれないが、法的に義務づけるにしては過剰ではないだろうか。しかも不作為による共犯が問題となる事例においては、しばしば作為者と不作為者の間に微妙な人間関係が存在していることが多い。とりわけ釧路せっかん死事件に見られるように、子どもの虐待にドメスティック・バイオレンスが併発している場合、その被害者でもある不作為者には不可能を強いることになりかねない²⁰。

理論的に考えても、不作為犯の場合は、特定の行動が義務づけられる点で行動の自由の制約度が高いため、作為義務が課せられる人のみが例外的に処罰されている。そして、正犯は幫助犯よりも強く禁圧されるべきであるため、より重く処罰されている。にもかかわらず、例外であるべき不作為犯処罰において、正犯よりも従犯のほうが緩やかに成立



するのは不自然だと思われる。たとえば、川で子どもが溺れており、そばで見ている父親は泳ぎが得意ではないため救助できる可能性はあるものの確実とまではいえず、父親も溺れてしまう可能性がそれなりに存在するという場合を考えてみたい。この場合、子どもが溺れたのが猛犬に突き落とされたためであれば、ほぼ確実に救助できることが必要な不作為正犯が問題となるため、救助は義務づけられないのに対し、他人に突き落とされたためであれば、救助できた可能性があれば足りる不作為幫助犯が問題となるため、救助が義務づけられるということになるのは、不合理ではないだろうか。作為犯の場合は、正犯でも幫助犯でも、義務づけられるのは作為の中止であり同程度に容易である。それと平行に考えるのであれば、不作為犯の場合も、正犯と幫助犯で同じ難易度の作為だけを義務づけるということになるはずである。不作為犯における作為との同価値性という観点は、幫助犯の場合、義務づけの難易度の点で担保されなければならない。

不作為による幫助の場合に、求められた作為を行えば確実に犯罪を阻止できる場合に処罰を限定する立場は学説上少数にとどまるが²¹、確定判例がない領域でもあり、刑事弁護実務ではなお追求していくべき主張だと思われる。

不作為による共犯事案のポイント

以上のように、作為行為者の犯行を阻止せずに放置した者の刑事責任を検討するに当たっては、まずは共謀共同正犯構成による安易な認定がなされないようにチェックすること、次に不作為犯構成がとられた場合であっても、十分な理由なしに不作為による共同正犯とされてしまわないように作為義務の内容を吟味すること、最後に不作為による幫助として構成された場合、因果性判断において、結果回避の可能性が高くない行為が作為義務として構成されていないか、また履行の困難な作為義務が課されていないかを吟味することが必要となる。

なお、釧路せっかん死事件での第1審と控訴審の事実評価に大きな違いが見られるように、この種の事案では、微妙な心理的機微をどう評価するかという事実認定レベルでの判断が決定的な重要性を持

つ。専門家による鑑定の実施を積極的に検討すべきであろう²²。

弁論要旨案

1 被告人は、夫が子どもに対して暴行することを止めることは困難であったと考えられますので、傷害致死の幫助犯は成立せず、被告人は無罪です。

2 被告人は、自分自身が夫から継続的にDV（ドメスティック・バイオレンス。以下「DV」と略称します）を受け続けている被害者でした。

しかし、被告人は、DVの被害者に特有の心理状況から、暴力から逃げ出したいと思う一方で、夫とは別れたくないという思いもあり、冷静に行動できない状態にありました。

検察官は、被告人は被害児の唯一の親権者であること、夫の暴力傾向を熟知しながら同棲をし続けていたものであること、本件暴行の直前にせっかんが始まることを十分に認識し、被害児が暴行を受けるのを阻止しうる者は被告人以外には存在しなかったことから、被告人には、夫が被害児に対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない義務があったと主張しています。しかしながら、その義務を果たすための行動として検察官が主張する、夫と子どもの側に寄って監視する行為や言葉で制止する行為というのは、それにより、ほぼ確実に夫の暴行を阻止しうるものとはいえないものです。また、夫の暴行を、被告人が実力で阻止しようとする場合には、被告人自身が夫から暴力を振るわれて負傷する危険性が高いと考えられ、DVの被害者である被告人に実力で夫の暴力を阻止することを期待することはおよそ現実的ではありません。

3 本件のように、何もしていない人が、暴行を手伝ったものと評価されて幫助犯として処罰を受けるのは、その人にとって、暴力を阻止するために期待される行為をしていたら、ほぼ確実にその暴行を阻止できたと考えられる場合に限られなければなりません。

DVの被害者である被告人にとって、本件においては、夫の暴行を阻止することは現実的には困難で

あったというほかはありません。したがって、被告人が、夫の暴行について幫助したとはいえませんが、被告人は無罪です。

1 以下、この項目についての記述の責任は専ら本庄のみにある。

2 丸山嘉代「多数名が関与した殺人事件において、実行行為を行わなかった者に対し、不作為による共同正犯の成立を認めた事例」警察学論集64巻2号(2011年)179頁。この評釈は、この種の事案における検察官の思考をトレースしており、参照価値が高い。

3 本件については、不作為による共同正犯を認めたという理解もされているが、作為義務の認定は明示的にはされておらず、作為による共謀共同正犯を認めたものと解しておく。

4 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報63巻7号(2011年)37頁は、結果に対する父親の因果性は制止しなかったことにより認められるものであるから、不作為犯性を検討すべきであったと指摘する。

5 否定説に、松原・前掲注4論文25頁、西岡正樹「判批」山形大学法政論叢54・55号(2012年)79頁、肯定説に、西田典之「不作為による共犯」同『共犯理論の展開』(成文堂、2010年)159頁、島田聡一郎「不作為による共同正犯」刑事法ジャーナル29号(2011年)46頁などがある。

6 齊藤彰子「不作為による共犯」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』(成文堂、2011年)293頁。

7 ほかに、原則正犯説、義務二分説がある。学説状況については、たとえば、山中敬一「不作為犯と共犯」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)121頁参照。

8 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002年)1445頁。

9 島田・前掲注5論文45頁。

10 中森喜彦「不作為による共同正犯」近畿大学法科大学院論集7号(2011年)129頁、岩間康夫「判批」愛知大学法学部法経論集185号(2010年)39頁、荻野貴史「判批」獨協ロー・ジャーナル7号(2012年)190頁、齊藤・前掲注6論文300頁。

11 島田聡一郎「不作為による共犯について(1)」立教法学64号(2003年)60頁。

12 齊藤・前掲注6論文303頁、橋本正博「判批」『平成12年度重要判例解説』(有斐閣、2001年)149頁、中川美雪「判批」警察学論集61巻9号(2008年)189頁。

13 西田・前掲注5論文154頁。

14 曾根威彦「不作為犯と共同正犯」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集・第1巻』(成文堂、2006年)412頁。ほかに、意思疎通のうえで作為と不作為によりそれぞれ直接に法益を侵害する場合、作為が不作為とあいまってはじめて犯罪を実現する場合も、不作為者に正犯が成立するとする。

15 林幹人「共犯と作為義務」上智法学論集49巻3・4号(2006年)65頁。

16 町野朔「『釧路せっかん死事件』について」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012年)311頁。

17 釧路せっかん死事件は、当初母親が身代わり犯人として名乗り出ており、起訴後に真犯人が判明したという特殊性を有している。

18 これに関しては、本連載の「不作為犯」本誌73号(2013年)124頁を参照のこと。

19 齊藤・前掲注6論文295頁、村越一浩「判批」研修624号(2000年)20頁など。犯罪の困難化と犯罪阻止の可能性が厳密には区別されるべきものであることについては、島田聡一郎「不作為による共犯について(2・完)」立教法学65号(2004年)294頁参照。

20 本文中で言及した名古屋高判平17・11・7は、自らも交際相手による暴行の被害者である母親が、交際相手が自分の子どもに暴行を行うのをいったんは阻止したが、振り払われた後は何もしなかったことについて、暴行を阻止すべき義務は、「いわば体を張ってでも果たすべき程度に達していた」と述べ、作為義務を果たしていたとは評価できないとする。このような認定方向が進められる場合、作為可能性の判断が形骸化するおそれがある、と評価するものとして、櫻庭総「近時の児童虐待事案に関する判例動向」九大法学101号(2010年)162頁。

21 中森喜彦「判批」現代刑事法29号(2001年)97頁、曾根威彦「児童虐待と刑法理論」現代刑事法65号(2004年)74頁、山中敬一「不作為犯と作為犯の共犯関係」関西大学法学論集(2008年)18頁(ただし、発生する結果の程度が緩和され、時期が遅れさせられていたであろうことで十分とする)。

22 釧路せっかん死事件について、判決文だけから確定的なことはいえないが、札幌高裁が行った事実の評価が、繰り返した暴行を受けながらも配偶者から離れられないというDV被害者に特有の心理を適切に汲み取ったものといえるかには、再検討の余地があるのではないだろうか。

