

作為正犯に対する不作為による幫助の因果性

一橋大学法科大学院修了（2018年3月） 蟻塚真

目次

- I はじめに
- II 不作為による幫助犯の成立要件についての考察
- III 釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁及び札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁の事実認定についての考察
- IV おわりに

I はじめに

作為正犯者に対して不作為者が関与する場合の典型例としては、自己の子 A の生命・身体を保護すべき作為義務がある X が、内縁関係にある作為正犯者 Y の A に対する暴行を阻止しなかった場合などが挙げられる。

従来から学説は、「作為義務が履行された場合には、それによって正犯による構成要件実現が困難化した（＝正犯行為が阻止される可能性があった）といえる関係」¹があれば、作為正犯者に対する不作為の幫助犯が成立するとしている。これは、作為による幫助と不作為による幫助は表裏一体の関係であると捉え、判例通説が採用する促進関係説の裏返しとして構成するものである。

上記見解は、確かに作為による幫助と不作為による幫助とが表裏一体の関係であるとすれば、論理必然的に導かれ、正当化されるように思える。

しかし、作為による関与と不作為による関与とは、正確に表裏一体の関係といえるのであろうか。作為による幫助の場合には、作為正犯者の構成要件実現を促進させ、作為正犯者が単独で生じさせることができる結果以上の結果を発生させることが可能である。他方、不作為による幫助の場合には、関与形態が消極的関与である以上、作為正犯者が単独で生じさせることができる結果以上の結果を発生させることはできない。このように作為による幫助と不作為による幫助は、そもそも法益侵害結果に対する関与形態が大きく異なる以上、表裏一体の関係であるとは言えないのではないかという疑問が生じる。

そこで、本稿においては、作為正犯者に対し、不作為で関与した者に如何なる場合に幫助犯が成立するのか検討する。具体的には、II において、現在提唱されている学説をもとに不作為幫助における因果関係の基準について検討し、III では、II での検討結果をもとに、不作為

¹ 橋爪隆「不作為と共犯をめぐる問題」法教 422 号(2015)92 頁。同様の基準を採用する裁判例として札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁、名古屋高裁平成 17・11・7 高刑速平 17 号 292 頁。

為による幫助犯成立に関し事実認定を異にした釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁及び札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁を分析したうえで、妥当な結論を模索することとする。

なお、特段の断りがない限り、本稿中の記載条文は刑法を意味するものとする。

II 不作為による幫助犯の成立要件についての考察

II においては、作為正犯者に対する不作為者の関与に関する学説を検討する。

1 においては、幫助犯の成立要件としての因果性の基準を検討するにあたり、不作為者に作為義務が肯定される場合に同時正犯と広義の共犯のいずれを優先すべきか検討する。私見としては、不作為者は共犯として処罰されるべきであると考えことから、その理由を学説に対する考察に加え詳細に論じる。

続いて 2 において、作為義務が肯定された不作為者は、広義の共犯として処罰されるとして共同正犯と幫助犯いずれが成立するか検討する。私見としては、通説的見解である原則幫助犯説を採用するものであるから、その理由を詳細に論じる。

最後に 3 において、原則幫助犯説に立ったうえで、不作為幫助犯の成立要件としての因果性の基準について検討を加える。

1. 不作為者における同時正犯と広義の共犯の峻別

(1) 原則同時正犯とする見解

井田は、不作為者が「保証者的地位にあるというのであれば、……正犯の成立を否定する理由はない」とし、原則として保証者的地位にある者は同時正犯として処罰されるべきであるとする。そして、共犯が成立する場合を「保証者的地位以外の正犯要素が欠けていることが理由となって正犯となりえ」²ない場合に限定する。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

不作為者が同時正犯として処罰されるためには、不作為行為と法益侵害結果の間に直接的な因果関係が要求される。しかし、不作為による関与の場合には、単独正犯の場合と異なり自己の不作為から直接に法益侵害結果を発生させるのではなく、作為正犯者の行為を介することによって法益侵害結果を生じさせるに過ぎない。そうだとすれば、なお作為正犯者と分離して罪責を検討するのではなく、広義の共犯として処罰されることが素直な結論³であるといえる。

² 井田良著『刑法総論の理論構造』443 頁（成文堂，2005）

³ 林幹人「不作為による共犯」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開 齋藤誠二先生古稀記念』323 頁（信山社，2003）

加えて、同見解は、保証者的地位にある者に同時正犯が成立していると主張する。しかし、作為者は積極的行為により法益侵害を行っているものの、不作為者はあくまで消極的行為により法益侵害に関与しており、一般的に不作為者は法益侵害結果に関与する程度は作為者に比して軽度であるものといえる。それにもかかわらず、原則として作為者と共に不作為者も単独正犯として罪責を負うとすると、法益侵害行為に比して過剰な罪責を強いるものになり結論の妥当性が認められない。

これより、不作為者を原則として同時正犯とする見解を採用することはできない。

(2) 結果に対する因果の強弱により区別する見解

西田は、「作為による犯罪行為者乙と事前の、または、現場における明示・黙示の共謀ないし意思連絡を有する甲は、乙の犯罪を阻止しないとしても、犯罪結果との心理的因果性により当然に共犯として処罰される」とし、「不作為による共犯は、論理的に片面的共犯しかありえない」⁴とする。そのうえで、「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」⁵が成立するとしている。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

まず同見解は、単に作為正犯者との意思連絡があれば、単独犯としては不作為犯として取り扱うべき者を作為犯として処罰する。かかる取扱いには疑問が残る。確かに作為者との意思連絡が肯定されたとしても関与形態によっては幫助犯にとどまる可能性があり、一律に共謀共同正犯としての罪責を負うわけではない。しかし、圧倒的に共同正犯の成立が肯定されている実務において⁶は過度の刑罰を強いることになる恐れがあり妥当ではない。

また、仮に同見解が意思連絡を作為として評価せず、意思連絡が重要な因果的寄与をもたらすことから共犯として処罰されるとしても、作為正犯者に対する不作為者の影響力は、意思連絡が存在する場合と存在しない場合とで決定的に異なるものとは言えない場合も想定される以上、意思連絡をもって作為義務の存在を考慮せず、直ちに共犯として評価することは妥当ではない。

また、同見解は、「判例は、不作為単独正犯の成立については、結果の回避が『十中八、九は可能であったこと』を必要としている」⁷ことから、「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」が成立するとしている。

しかし、判例の不真正不作為犯の基準から直ちに同時正犯の基準を援用することができるのであろうか。同見解が引用する「結果の回避が『十中八、九は可能であったこと』の

⁴ 西田典之『共犯理論の展開』136頁（成文堂、2010）

⁵ 西田・前掲注4）155頁

⁶ 大塚裕史ほか『基本刑法（第2版）』322頁（日本評論社、2016）

⁷ 西田・前掲注4）155頁

部分は、判例が不作為と結果との条件関係の有無を判断するために用いた基準であり、不作為行為の結果に対する因果性の強さを評価するものではない。西田説は「因果関係の質的差異に着目」⁸し同時正犯か否かを判別しているところ、判例の引用部分は因果性関係の強弱を考慮する基準でない以上、判断基準としての妥当性を欠くといえる。

これより、同見解を採用しない。

(3) 作為者との意思連絡の有無で区別する見解

町野は、「犯罪結果の発生が促進されたであろうという『心理的因果性』が、条件関係に代わる」⁹ことから、心理的因果性を共犯処罰の必須の要件とし、他者との意思連絡なく可罰的な不作為を行った者に同時正犯が成立すると指摘する。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

同見解は、共同正犯だけでなく幫助犯においても心理的因果性を共犯処罰の必須の要件として位置づけている。しかし、従属的地位にある幫助犯においては、片面的幫助の場合においても物理的に犯罪を容易にすることができることから、幫助犯の成立を認めることができる考える。片面的幫助に該当し、従属的な犯罪関与にもかかわらず単独正犯が成立してしまい結論の妥当性を確保することができないと考える。

これより町野説を採用することはできない。

(4) 他者の行為の介在の有無で区別する見解

林は、単独正犯と広義の共犯の区別の問題において、「不作為による共犯の場合に固有の原理が存在するわけではない」¹⁰としたうえで、「単独正犯と広義の共犯の区別は、問題の行為者の行為と結果との間に他人の行為が介在したか否かで区別されるべき」¹¹であるとしている。そして、作為正犯者の犯行に不作為者が関与した場合においては、他人の行為が介在していることから不作為者は広義の共犯として罪責を負うとしている。

私見としては、かかる見解を採用する。作為者と不作為者が共存する場合においては、作為者が犯罪遂行に関し積極的に関与し、不作為者はあくまで作為者に対して従属しているに過ぎない。不作為者は、作為正犯者の行為を介することによって法益侵害結果を生じさせるに過ぎず、同時正犯ではなく広義の共犯として作為者とともに罪責を負うべきであると考え。なお、作為者と不作為者に意思連絡が存しない場合においては、不作為者は片面的共同正犯¹²又は片面的幫助犯として罪責を負うべきであると考え。

⁸ 西田・前掲注4) 154頁

⁹ 町野朔『ブレップ刑法 第3版』226頁(弘文堂, 2004)

¹⁰ 林・前掲注3) 324頁

¹¹ 林・前掲注3) 323頁

¹² 私見としては、結果に対する心理的因果性が存在しない場合においても、物理的因果性の如何によっては、片面的共同正犯が成立し得ると考える。西田・前掲注4) 137頁参照

2. 共同正犯と幫助犯の峻別

(1) 不作為者に幫助犯が統一的に成立するとする見解

神山は、「まずは作為者に対して具体的に規範命令が発せられ、彼の態度いかんによって法益が侵害されるか否かが決定されるので、規範的にも事實的にも作為者に主たる役割が与えられた」とし、「規範名宛人たる作為者による法益侵害を防止しない保障人の場合、保障人の作為義務の種類とか、作為者が行為の最中であるとか、あるいは作為者が行為終了後、行為現場から立ち去った後であるとか、不作為者が法益侵害の原因が第三者たる作為者によって惹起されたものであるかを認識しているか否かに関係なく、不作為による幫助として統一的に評価されることになる」¹³としている。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

同見解は不作為者に共同正犯を認める余地を完全に否定する。しかし、作為者の行為を不作為者が身体の動静なしに積極的に誘発した場合には、少なくとも作為者と不作為者の結果に対する因果性の程度は近接し、共同正犯として不作為者を処罰することができるように考えられる。具体的には、日常凄惨な暴力を実子に対して父親が振るっていた場合に、父親を激高させるような内容の書かれた実子作成の手紙を母親が発見したにもかかわらず、実子が父親から暴行を受けることを積極的に認容し、手紙を放置した場合などが該当する。このような場合においては、あたかも父親を道具として利用しており、結果に対する因果性の程度は作為者の行為に匹敵するものと考えられる。

なお、同見解の作為者が積極的に法益侵害を行い、不作為者は消極的に関与するにすぎない以上、第一次的な責任は作為者に帰属するとする点については賛同する。

(2) 義務の内容を基準に判断する見解

中は、保障者的義務の内容・性質によって「正犯を基礎づけるべき保障者的義務」と「共犯を基礎づけるべき保障者的義務」を分かちことができるとしたうえで、正犯結果の発生を防止することに義務が向けられている場合には「正犯を基礎づける保障者的義務」を基礎づけ、正犯者の行為の不防止が自己に課されている安全管理ないし監督義務に向けられている場合には「共犯を基礎づけるべき保障者的義務」を基礎づけているとしている¹⁴。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。確かに、不作為者の義務内容は結果に対する因果性を考慮する際に重要な要素であるといえる。しかし、法益保護義務と犯罪阻止義務は発生根拠が異なるだけで、保護の対象となる保護法益は、究極的には同一である。そうだとすれば、結局は同一の保護法益に対する義務違反が問題になっているに過ぎず、結

¹³ 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』182・183頁（成文堂、1994）

¹⁴ 中義勝『刑法の諸問題』330頁以下（関西大学出版部、1993）

果発生に対する因果性の程度は同一であると評価することができる以上、基準としては有用なものといえないと考える。

(3) 重要な因果的寄与の存否により判断する見解

橋爪は、「共同正犯が成立するためには、因果的寄与の重要性に加えて、関与者間における一体性・共同性が要求」¹⁵され、かかる基準が実質的に共同正犯と幫助犯の区別の基準として位置づけられるとしている。そして、不作為者に共同正犯が成立する場面を「意思連絡が認められるが、何らかの身体の『動』がおよそ観念できない場合など、きわめて例外的な場合」に限定されるとしている。

私見としては、かかる見解に一部賛同する。不作為によってどの程度結果に対して因果性を有するかは、事案の背景や義務発生根拠、義務の内容など数多くの要素を総合的に判断する必要があり、かつ仮定的な作業を伴う以上、因果性を統一的な基準で判断することは難しい。そこで、因果的寄与の重大性を柔軟に判定すべきであると考えている。もっとも、共同正犯成立には必ずしも心理的因果性を要求せず、片面的共同正犯の成立を許容することから、物理的因果性のみでも重要な関与があれば共同正犯が成立すると考える。

また、同見解が指摘するように、意思連絡の有無や関与形態などの考慮事情から因果的寄与の重大性が肯定され、かつ関与者間における一体性・共同性が肯定される場合には往々にして不作為ではなく作為と評価することができるため、不作為の関与による共同正犯の成立は極めて限定的な場合にのみ成立すると考える。

3. 不作為幫助における因果性

(1) 期待された作為が行われれば正犯の犯行を「確実に阻止」し得た場合に幫助犯の成立を肯定する見解（釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁）

曾根は、不作為による幫助が作為による幫助と同価値と評価されるためには、「不作為者に相当程度の結果回避・結果防止の可能性が認められなければならない」としたうえで、「期待された作為があれば正犯の犯行を確実に阻止しえた、ないしそれに近い高度の蓋然性があつたことが要請され」¹⁶ようとしている。

私見としては、因果性の判断において作為幫助と異なる基準を定立する曾根説・釧路地裁の判断に賛同しない。

不作為犯の処罰根拠は不作為犯に課された義務に反する点に求めるものではなく、作為と同価値性を肯定できる点にあると考える。作為との同価値性を媒介として不作為を作為

¹⁵ 橋爪・前掲注 1) 93 頁

¹⁶ 曾根威彦「児童虐待と刑法理論—不作為犯における共犯を中心として」現刑 6 卷 9 号(2004)74 頁

と同視する以上、作為犯と不作為犯の処罰は区別を許容する根拠規定が存しない限り同一の基準で判断すべきであると考え。判例・通説は、作為による幫助の因果関係は、犯罪遂行を容易にすればたりるといふ促進関係説を採用¹⁷する以上、正犯の犯行を「確実に阻止」するか否かを因果性の基準として位置づけるのではなく、正犯の犯行を「困難化」したか否かを因果性判断の基準とするべきである。

また、幫助犯は、あくまで正犯の犯行に従属的な地位で関与する犯罪類型であるところ、正犯を基礎づける重大な犯行への関与を意味する「確実に阻止」できるか否かの基準は、幫助犯の犯罪類型としての基準として均衡を有していないといえる。

(2) 期待された作為があれば正犯の犯行を「困難化」し得た場合に幫助犯の成立を肯定する見解（札幌高裁平成12・3・16判時1711号170頁）¹⁸

橋爪は、不作為による共犯についても作為の因果関係についての一般論は妥当すると主張したうえで、「不作為によって構成要件実現が促進される関係が認められるということは、不作為による関与がなかった場合（＝作為義務を履行した場合）と比較して、不作為による関与があった（＝正犯行為を阻止しなかった）ことによって、正犯による構成要件実現が容易になったという関係が必要とされることになるから、裏を返すと、もし、作為義務が履行された場合には、それによって正犯による構成要件実現が困難化した（＝正犯行為が阻止される可能性があった）という関係が要求される」¹⁹とする。

私見としては、かかる見解を採用しない。(3)で詳細に述べる通り、作為による幫助と不作為による幫助を別異に取り扱うことを許容する規定が存在しないことから、不作為幫助犯の場合においても作為幫助犯と同様の基準を用いるべきである。もっとも、不作為犯の仮定的判断の危険性を可能な限り排除するべく、因果関係の判断は厳格に行うべきであり、「困難化」の可能性のみを要求することは不十分であるといえる。

(3) 期待された作為があれば正犯の犯行をほぼ確実に「困難化」し得た場合に幫助犯の成立を肯定する見解

山中は、「不作為による幫助の因果関係の有無の判断は、ここでも『法的に重要な結果の変更』があったかどうかによるものであり、作為による幫助の場合と異なることはない」としたうえで、「発生の程度が緩和され、発生時期が遅れさせられていたであろうということ」で十分とする。そして、「因果的共犯論に立つ限り、正犯の因果関係と幫助の因果関係に程度の差があるわけではない」とし、幫助の場合においても、ほぼ確実な「困難化」を要求

¹⁷ 濱田新「不作為による幫助の因果関係について」法学政治学論究104号(2015)207頁

¹⁸ なお同様の基準によりながら、結果回避可能性を因果関係の付加的な要件として位置づけるべきと主張する見解も存在する（濱田・前掲注19）198頁）。しかし、結果回避可能性は、作為義務の作為可能性の判断で考慮することができ、因果関係の判断で改めて考慮する必要はない以上不要であると考え。

¹⁹ 橋爪・前掲注1）92頁

する²⁰。

私見としては、かかる見解を採用する²¹。確かに、作為による幫助と不作為による幫助についての別異取扱いを許容する規定が刑法典に存在しない以上、作為幫助犯における因果性の基準と不作為の幫助犯の基準との平仄を合わせることは合理的な根拠に基づくものといえる。

しかし、不作為の因果関係は、作為の因果関係と異なり仮定的な判断を伴うものであり、処罰範囲が不当に拡大することを防止する必要性が高度に認められる。そしてかかる危険性から、判例においても不真正不作為犯の行為と結果との条件関係の判断に際し「十中八九同女の救命が可能」²²との厳格な基準を持ち出している。そうだとすれば、幫助犯について条件関係の判断は不要であるとしても、仮定的判断に伴う潜在的な危険性の発現を防止する観点から、「困難化」し得た可能性では足りず、「困難化」し得た確実な可能性を要件として要求するべきであると考えられる。

Ⅲ 釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁及び札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁の事実認定についての考察

Ⅲにおいては、Ⅱ3(3)で定立した期待された作為があれば正犯の犯行をほぼ確実に「困難化」し得た場合に幫助犯の成立を肯定するとの判断基準をもとに、作為正犯者に対して共犯者が不作為で関与した釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁（以下「原審」とする。）及びその控訴審である札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁（以下「控訴審」とする）の帰趨について改めて検討する²³。

1. 事件の概要

原審・控訴審の公訴事実の概要は以下の通りである。

被告人は、「自己が親権者となっていた次男の D（当時 3 歳）を連れて、A と内縁関係に入ったが、被告人は親権者兼監護者として D に対する A のせっかみを阻止して次男らを保

²⁰ 山中敬一「不作為犯と作為犯の共犯関係」関法 58 卷 4 号(2008)475 頁以下

²¹ 私見を形成するにあたり、島田聡一郎「不作為による共犯について（2・完）」立教 65 卷(2004)293 頁以下の分析枠組みを参照した。

²² 最判平成元・12・15 刑集 43 卷 13 号 879 頁

²³ 脚注に明記した評釈以外に、以下の評釈が刊行されている。

釧路地裁判決に関するものとして、判時 1675 号(1999)148 頁、大出良知・刑弁 23 号(2000)172 頁、神山敏雄・重判解 1179 号(2000)152 頁、松生光正・セレクト(99)(2000)31 頁。札幌高裁判決に関するものとして、判タ 1044 号(2001)263 頁、判時 1711 号(2000)170 頁、門田成人・法セ 550 号(2000)113 頁、橋本正博・重判解 1202 号(2001)148 頁、齋藤彰子・別冊ジュリ 166 号(2003)166 頁、松生光正・セレクト(00)32 頁、安達光治・別冊ジュリ 220 号(2014)168 頁。

護する立場にあったところ、A が D に対して、顔面、頭部を殴打し転倒させるなどの暴行を加えて死亡させた際、A が暴行を開始しようとしたのを認識したのであるから、直ちに暴行を阻止する措置をとるべきであり、かつ、これを阻止して容易に D を保護することができたのに、その措置を採ることなくことさら放置し、もって A の前記犯行を容易にならしめてこれを幫助した」というものである。

上記公訴事実に対して、原審は、被告人に作為義務を肯定したものの、幫助犯としての因果性を有しないとして無罪を言い渡した。一方で、控訴審は原審の認定に事実誤認があり、法令の適用にも誤りがあると指摘したうえで、作為義務及び幫助犯の因果性を肯定し、原審の判決を破棄して、被告人に傷害致死幫助罪の成立を認めた。

2. 原審・控訴審の法律構成の異同

(1) 被告人に要求される作為義務の存在

原審は、被告人は D の唯一の親権者であること、D が A から受ける暴行を阻止することができるのは被告人しか存在しなかったことなどを認定し、「D の生命の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、D の生命の安全が害される危険な状況を認識していたというべきである」と判示し、被告人に A が D に対して暴行に及ぶことを阻止すべき作為義務が認められるとしている。

控訴審は、原審が作為義務の判断に用いた事情に加え、「被告人は、平成 8 年 3 月下旬以降、約 1 年 8 か月にわたり、A との内縁ないし婚姻関係を継続し、A の短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知しながら、A との同棲期間中常に D らを連れ、A の下に置いていたこと」を認定している。そして、「D の生命・身体の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、D の生命・身体の安全が害される危険な状況を認識していたというべきであるから、被告人には、A が D に対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務」が被告人に存すると判示している。

原審・控訴審においては、「被告人には、A が D に対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務」を被告人に課す点においては、共通している。

他方、同義務を導き出すための要素の面で差異が存する。本稿の目的は、不作為による幫助犯の成立要件としての因果性であるため、作為義務に関しては、簡単な指摘にとどめるが、私見としては原審の認定した事情で十分であると考ええる。

作為義務は、「①結果発生に対する一定の支配関係を前提としつつ、②先行行為による危険の創出、保護の引受け、さらに身分関係や職務上の地位などから、一定の作為の義務付けが正当化」²⁴される場合に肯定されるべきであると考ええる。そして原審は、①被告人が D の

²⁴ 橋爪・前掲注 1) 89 頁

唯一の親権者であること、被告人に排他性が存したこと、②犯行時に D に対する A の暴行が予見できる状況にあったこと、を認定している。被告人の作為義務は、かかる事情により十分に基礎づけることができると考える。

一方で、控訴審は、危険の創出を認定するに必要な事情を原審の認定に付加しているものの上記の要件からすれば、付加した考慮要素を認定しなくとも作為義務を肯定することができたと考える。

(2) 具体的な作為義務の内容

原審は、被告人に具体的に要求される作為の内容として「被告人が身を挺して制止」する行為を想定している。

一方で、控訴審は「A と D の側に寄って A が D に暴行を加えないように監視する行為」、
「A の暴行を言葉で制止する行為」、
「A の暴行を実力で阻止する行為」を被告人に要求される具体的な作為として想定している。

(3) 不作為による幫助犯の成立要件としての因果性²⁵

原審と控訴審は、不作為の幫助犯が成立する一般的基準において結論を異にする。

原審は、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などの観点からみて、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」²⁶と判示している。

一方で、控訴審²⁷は、「不作為による幫助犯は、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るのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、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」するとしている。

²⁵ 大塚（裕）は、「作為との同価値性を判断するために作為義務を問題としているのであり、保障人的地位に基づく作為義務が構成要件該当性を認めるための根拠である以上、同価値性は作為義務の存否の問題に解消される」（大塚裕史・別冊ジュリ 189号 173頁）と指摘し、原審・控訴審の判断を批評する。私見としては、あくまで作為幫助犯との同価値性は、作為義務及び不作為と結果に対する因果関係が肯定されることを前提として評価される存在であると考ええる。同見解は、作為義務の考慮の中で結果に対する因果性を評価しなければならず妥当ではない。

²⁶ 原審は、「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かける必要性がある以上、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」と述べ不作為による幫助犯の因果性基準を定立している。しかし、作為による幫助と不作為による幫助の根拠規定を同一にする現行刑法においては、上記理由により直接に原審が掲げた規範を定立することは困難であると考ええる。中森も原審が掲げる厳格な基準を上記理由中の「一般論だけから直接に結論を導き出すことは説得的ではあるとはいえない」と批判する（中森喜彦「最新重要判例評釈(49)傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例」現刑 29 卷 9 号(2001)97 頁）。

²⁷ 控訴審の基準に賛同する見解として、大塚裕史・前掲注 25、中森喜彦・前掲注 26

私見としては、原審・控訴審が指摘するように罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯の成立範囲及び不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立に関し不当な処罰範囲の拡張を回避する必要があることについては賛同する。しかし、Ⅱ3(3)で述べた通り、刑法典には、不作為による幫助犯を作為による幫助犯とは別に処罰する規定がないこと、不作為の仮定的な判断に処罰範囲拡張の危険性が伴うことから、期待された作為があれば正犯の犯行をほぼ確実に「困難化」し得た場合に不作為による幫助犯の成立を肯定すべきと考え、原審・控訴審の判断に賛同することはできない。

なお、(2)で指摘した通り、原審と控訴審で要求される作為の内容が異なっている。かかる差異の理由は、前提として定立した不作為による幫助犯成立の一般要件が異なる点にあると考えられる²⁸。即ち、原審は、「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」か否かを不作為の幫助犯成立の要件としているため、「確実に阻止し得た行為を前提として、具体的な作為内容として『身を挺して制止する行為』を想定している」と考えられる。一方で控訴審は、「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」であるか否かを不作為による幫助犯成立の要件としている以上、「『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』である行為を前提として、監視または言葉による制止などの比較的容易なものから段階的に行うことを求め」²⁹ていると考えられる。

3. 原審・控訴審の事実認定の妥当性

(1) 作為義務の具体的な内容

原審は、被告人に具体的に要求される作為の内容として①「被告人が身を挺して制止」する行為を想定し、控訴審は原審が想定した①行為に加えて、②「AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為」、③「Aの暴行を言葉で制止する行為」を被告人に要求される具体的な作為として想定している。

私見としては、①「被告人が身を挺して制止」する行為については、作為義務の内容を構成せず、②「AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為」及び③「Aの暴行を言葉で制止する行為」については、作為義務の内容を構成するものの結果に対する因果性を欠くことから不作為による幫助犯が成立しないと考える。

以下かかる結論に至った理由を論じる³⁰。

²⁸ 中森も控訴審は、「正犯者の犯行を確実に阻止し得たことは不要だとしたため、対象となる作為として、監視する行為、言葉で制止する行為をも取り上げ」と分析している（中森・前掲注26）98頁）

²⁹ 大矢武史「内縁の夫による自己の子供に対する虐待行為を阻止しなかった被告人に、無罪を言い渡した第1審判決を破棄して、傷害致死幫助罪の成立を認めた事例」朝日4号(2004)97頁

³⁰ 原審・控訴審は、作為義務の内容として想定された行為が認められるか検討する際に、Aの暴行の阻止可能性を考慮して作為義務の有無を検討している。しかし、阻止可能性の有無、即ち結果に対する因果性の判断は、作為義務が肯定されたのちに行うべきであり、原審・控訴審は、作為義務の判断に因果関係の議論を先取りしており、その点において妥当ではない。私見においては、作為義務が肯定されたうえで因

(2) ②「AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為」

原審において「AがDに暴行を加えないように監視する行為についてみると、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ことは、検察官も自認しているところである」として②行為は具体的な作為義務の内容とならず、同義務を履行しないことが幫助犯の成立を基礎づけない旨判示している。

一方で、控訴審³¹は、「Aは、以前、被告人がAのせっかんの様子を見てるとせっかんがやりにくいとの態度を露わにしていた上、本件せっかんの途中でも、後ろを振り返り、被告人がいないかどうかを確かめていることが認められ、このようなAの態度にかんがみると、被告人がAの側に寄って監視するだけでも、Aにとっては、Dへの暴行に対する心理的抑制になったものと考えられるから、右作為によってAの暴行を阻止することは可能であったというべきである」として判断を異にしている。

原審と控訴審で判断を異にした要因は、事実認定を異にした³²「(4)Aから激しい暴行を受けたときの恐怖心や、AがCやDに暴力を振るっているのを側で見ていて、Aから「何見てんのよ。」などと怒鳴られたことがあったことなどから、Aに逆らえば、酷い暴行を受けるのではないかと恐ろしかった上、Aが逆上してCやDに更に酷いせっかんを加えるのではないかと思ひ、CやDを助けることができなかつた」との事実の認定の有無にあると考える。即ち、かかる事実の存在が認められた場合には、被告人が日ごろのAからの暴行により反抗することができない状態にあったといえる。そして、Aはかかる被告人の心理状態を認識していたことから、被告人が近付いたとしてもDに対する暴行の心理的抑制とならなかつたと考えられる。そこで、上記事実を認定することができるか検討する。

確かに、控訴審が指摘する通り「Aのせっかんに加担するような態度をとっていた」ことや原審・控訴審が認定した「Aは、帰途、機嫌が良かったこともあって、G方を訪ねる前に

果性の有無を考慮する。

³¹ 濱田は、控訴審の認定する監視行為が、具体的にどの程度の阻止可能性を有する行為であるか判決文上不明確であり、不作為による幫助の成立が容易に認められる危険性があると指摘する。(濱田・前掲注19) 206頁)

³² 原審が認定した事実のうち控訴審が認定しなかつたものとしては

(1) 甲野マンションでAから強度の暴行を受けるようになって以降、Aに愛情は抱いておらず、子供達を連れてAの下から逃げ出したいと考えていた

(2) Aが働くこともなく家にいて留守になることがなかつたことから、逃げ出そうとしてAに見付かり、酷い暴行を受けることを恐れ、逃げ出せずにいた

(3) 甲野マンションに入居した後、Aからは出て行けと何回か言われていたけれども、Aの言葉は本心ではなく、被告人を試すために言っているものと思っていた

(4) Aから激しい暴行を受けたときの恐怖心や、AがCやDに暴力を振るっているのを側で見ていて、Aから「何見てんのよ。」などと怒鳴られたことがあったことなどから、Aに逆らえば、酷い暴行を受けるのではないかと恐ろしかった上、Aが逆上してCやDに更に酷いせっかんを加えるのではないかと思ひ、CやDを助けることができなかつた

(5) 身代わり犯人になったのは、Dを見殺しにしてしまったという自責の念から自分自身が罰を受けたかったためであり、Aをかばうつもりはなかつたとの点が挙げられる。

被告人が食べたいと言っていたドーナツを買ってやることにし、スーパーマーケットに寄ってドーナツなどを買」うなどしていたとの事実からは、Aと被告人とは対などな関係であり、Aの行為に対し被告人は反抗することが可能であったとも評価することもできる。

しかし、原審が指摘するように甲野マンション入居以前から被告人はAより暴行を受けており、Aに対して恐怖心を抱いていたとの事実を認めることができる。そして、原審及び控訴審が認定した事実によるとAは、「被告人に裸で甲野マンションから出ていくように命じ、その際、被告人は、3人の子供とともに裸になり、子供たちを連れて玄関まで行った」との事情がある。成人女性である被告人が、性的羞恥心を直接に感じる裸での外出を命じられ、それに従ったということは、日頃からのAの暴行に恐怖心を有しAの意思に従わざるを得ない関係になっていたものといえる。

そうだとすれば、被告人はAの暴力などの恐怖によりCやDを助けることができなかつたという状況にあったといえる。

これより、本件では間接的に暴行を阻止する②行為の作為可能性・容易性は肯定され、作為義務の内容となるものの、Aの暴行時に無言でAのもとに近付いたとしても、Aからすれば被告人は自己の意思に反した行動をしないと認識されている以上、少なくとも、Aの犯行を確実に困難にする程度の心理的抑制にならなかったと想定される。

よって、②行為を行ったとしてもAのDに対する傷害致傷の結果の発生を確実に困難にすることがない以上、②行為と結果との因果性は否定され、不作為による幫助犯は成立しない。

(3) ③「Aの暴行を言葉で制止する行為」

③行為については、原審は、「Aが、被告人と同棲を開始した当初、被告人の反抗的な態度に激昂して、以後、被告人が刃向かうことができなくなるほどの激しい暴行を加えていることや、本件せっかん時も、濡れ衣を着せられたD（関係証拠によれば、おもちゃを散らかしたのは、DではなくCであったことが認められる。）の反抗的態度に腹立ちを募らせ、しかも、途中でDがおもちゃを散らかしたのは勘違いだったと気付いていながら、Dに激しい暴行を加えていることからすれば、Aは、他人の弁解に耳を傾けることがなく、自己に反抗する者に対して容赦のない態度をとりがちな人物と認められる。加えて、甲野マンションに居住していた当時のAが、自らのうっぶん晴らしのために、CやDに対して激しいせっかんを加えていた上、CやDに対して10回注意したうちの8回はせっかんに及んでいたことを併せ考えると、被告人がAに対して誤解を解くなどの発言をしていたとしても、Aの暴行を阻止できなかった可能性が高いというべきである」と認定している。その上で、③行為は「結果阻止との因果性の認められないものであるから、右2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はない」と述べている。

一方で、控訴審は、「言葉による制止行為をすれば、Aにとっては、右暴行をやめる契機

になったと考えられるから、右作為によって A の暴行を阻止することも相当程度可能であったというべきである」と判示し、③行為が作為義務の内容になると判示している。

私見としては、原審の結論に賛同し、③行為の不履行によっても不作為の幫助犯は成立しないと考える。

③行為は、①行為と異なり犯行現場から距離をおいて実行できることから、A による暴行の被害を受ける可能性は低く、作為は可能かつ容易であったといえる。そうだとすれば、③行為は作為義務の内容となるといえる。では、結果に対する因果性が肯定されるか。

確かに控訴審が指摘する通り、言動による制止行為は、他人の犯罪行為をやめさせる契機として機能することが想定される行為である。しかし、本件においては、原審が認定する通り D がおもちゃを散らかしたとの事実でなく、専ら D が A に対して反抗的な態度をとったことにより暴行を加えており、被告人が D の濡れ衣を説明したとしても、A が暴行を止める要因となるものでなかったと認められる。また、(2)でも述べた通り、A と被告人の関係においては、A が特にせっかんとしている際には、被告人は A の暴行に対する恐怖心から A の意向に反し、継続的かつ実効性のある制止行為を行うことができない状態にあったといえる。加えて、A としても日々の C 及び D に対する暴行に対し被告人が無関心を貫いていたことから、被告人が A の暴行に対して抵抗しないことを認識していたものといえる。かかる A と被告人の関係においては、仮に被告人が言葉により A に暴行をやめるよう制止したとしても、A は被告人の言葉を無視し、犯行を継続したと容易に想定される。

これより、③行為を行ったとしても A の D に対する傷害致傷の結果の発生を確実に困難にすることがない以上、因果性が否定され、不作為による幫助犯は成立しない。

(4) ①「被告人が身を挺して制止」する行為

原審・控訴審の判断は、①行為が A の暴行をほぼ確実に阻止し得た行為であることを認めている点においては共通である。

一方で、作為容易性の判断で原審・控訴審の判断は分かれている。

原審は、「被告人が A の暴行を実力により阻止しようとした場合には、かえって、A の反感を買い、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の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る」と判示し、作為容易性を否定する。その一方で、控訴審は「A の反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難いものの、A が、被告人が妊娠中のときは、胎児への影響を慮って、腹部以外の部位に暴行を加えていたことなどに照らすと、胎児の健康にまで影響の及んだ可能性は低く、前記第 3 の 3 の通り、被告人が A の暴行を実力により阻止することが著しく困難な状況にあったとはいえないことを併せ考えると、右作為は、A の犯罪を防止するための最後の手段として、なお被告人に具体的に要求される作為に含まれるとみて差し支えない」と判示し、①行為が作為の内容を構成すると判示している。

私見としては、①行為は、作為の内容を構成しないと考える。

確かに、原審・控訴審が認定するように①行為が A の暴行行為による結果発生を困難にするのみならず、結果発生を回避することができた点については原審・控訴審に賛同する。少なくとも犯行当日は、A は被告人が欲したドーナツなどを購入するなど一定程度の愛情はなお存在するとともに、被告人は A との子を妊娠しており、A も自己の実子となる胎児を危険にさらすような暴行は被告人に対して加えないと考えられる以上、被告人は犯行を中止することは十分に考えることができ、被告人の作為により結果発生を回避することができたと考えることができる。

一方で、控訴審が認定する通り被告人の①行為により、「A の反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難い」状況で被告人が義務を履行した場合には、被告人の生命・身体が害され、作為容易性が否定されることが考えられる。

確かに、作為義務を履行する際に、自己の生命・身体が害される危険性が存する場合は、法は不可能を強制できないことからかかる危険性がある行為については、履行が困難な行為として作為義務の内容にならないとも思える。しかし、作為義務は、そもそも国民に義務を強制し、自由を制約している時点で一定の自由に対する侵害が存在する。そうであるならば、作為の目的たる法益保護を実現するために、ある程度の義務者の犠牲は想定されているといえる。そして、子に対する排他的支配を根拠として作為義務が肯定され、かつ義務者の行為があれば子の生命・身体が害される危険性が存在しなかった場合には、義務者の行為に子の生死が依拠するものである以上、ある程度の犠牲を伴ってでも義務者としては子に対する侵害を排除する義務が肯定されると解するべきである。そして、子の作為義務を履行しなかった場合に害される法益と義務者が義務履行によって害されることが想定される法益とに著しい差が生じている場合には、なお作為容易性は否定されず、作為義務が肯定されると考えるべきである³³。具体的には、子の生命に具体的な危険が生じている場合には、子の生命を排他的に支配している親に対しては、軽度の傷害結果までは受忍すべきであり、その範囲においては作為容易性が肯定されると解する。

被告人の義務履行によって保護される対象は、被告人の実子たる D の生命であり、D を排他的に支配している被告人の義務履行の必要性は高度に認められる。そうだとすれば、義務履行に際し、ある程度の傷害に至らない暴行を受忍することもやむを得ないものといえ、A の暴行が被告人に対し傷害結果を生じさせない場合には、義務履行が容易であったといえる。

しかし、本件では、被告人は A との第 2 児を妊娠しており、通常 of 傷害行為で想定される被害よりも甚大な侵害結果を受ける危険性が存在した。そして、原審が認定する通り、興

³³ 大山も、作為義務の前提となる作為容易性の判断において、「阻止行為に伴う犠牲・リスク」を考慮する余地を認めている（大山弘「不作為による幫助犯の成否」法セ 539 号(1999)109 頁）

奮状態である「Aが冷静に被告人の腹部を避けて暴行を加えたか疑問であり、かつ「Aと被告人との位置関係が入り乱れて、被告人の腹部に誤って暴行の加えられる可能性も否定し難い」以上、被告人は軽度の侵害結果以上の侵害を受忍しなければいけない状態にあったといえる。そうであるならば、本件においては、被告人の作為は被告人の正当化できない範囲の犠牲を受忍しなければ履行することができないといえ、作為容易性が否定され、作為義務を構成しないといえる。

よって、①行為は、作為義務の内容にならず、不作為による幫助犯は成立しない。

IV おわりに

本稿においては、不作為による幫助犯成立要件たる因果性についての検討を行うとともに、釧路地裁平成11・2・12判時1675号148頁及び札幌高裁平成12・3・16判時1711号170頁の事案を定立した基準を用いて再度分析を行った

結論としては、不作為による幫助について作為による幫助と異なる特段の根拠規定が現行刑法典には存在しないことから、不作為幫助犯においても原則的には、作為幫助犯と同様に成立を検討するべきであると考ええる。

一方不作為の結果に対する因果性は、その性質上仮定的判断に委ねる他手段は存在せず、処罰範囲が拡張する危険性がその性質上潜在的に存在する。そこで、不作為による幫助犯の成立を検討する際には、慎重に結果に対する因果性を考慮する必要があると考え、因果性判断においては、不作為者が作為義務を履行していれば、作為正犯者の犯罪遂行が「困難」になったことがほぼ「確実」であることを要求するべきであると考ええる。

不作為による幫助犯の成立を検討するに際し、裁判例の多くは「理由中で犯行防止の可能性が具体的に検討されている例もほとんど見られない」³⁴状況であるにも関わらず、原審・控訴審は認定の方法は議論があるものの詳細な認定がなされており、不真正不作為犯の不当な拡大を防止する要請を実現しているとも思える。

しかし、控訴審は身を挺して暴行を阻止する義務が被告人に存在するか判断する際に、「Aの反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難いものの（筆者注）、Aが、被告人が妊娠中のときは、胎児への影響を慮って、腹部以外の部位に暴行を加えていたことなどに照らすと」などと判示し、不作為による幫助の因果性を肯定している。

かかる認定においては被告人が作為義務を履行するに際し、Aによる暴行により負傷する場合においても作為義務が肯定され、不作為の幫助犯として被告人は処罰されることとなる。義務者の義務履行に際し、ある程度の犠牲を義務者に受忍させることを許容しない見解に立つと、かかる判断は本来作為義務が否定され、不作為の幫助犯が成立しない余地が存在

³⁴ 中森・前掲注29) 97頁

するにもかかわらず、有罪の判決をしたとして利益原則に反する判決となり許されない。

他方、控訴審は、作為義務の履行に際し義務者が義務履行に際し如何なる犠牲を受忍してまでもなお義務が存続するのか一切判示していないものの、被告人が幼い D の生命を排他的に支配し、被告人のみが救命することが可能であったことから、被告人の義務履行については、ある程度の傷害結果の受忍をやむを得ないものとして考えるといえる。判決が想定した A の暴行による被告人の負傷の範囲内であれば、なお被告人の作為義務は肯定され、不作為による幫助犯が成立したものと考えることができ、利益原則に反しないものともいえる。

後者の義務者にある程度の犠牲の受忍を許容する場合には、本件では何ら正当化根拠が判示されていない。この点、不作為による構成の場合においては、因果性の基準での指摘と同様に各要件検討の際に、仮定的判断が伴う以上、慎重な判断が求められる。控訴審では、何ら正当化根拠は判示されていなかったことから、仮定的判断の危険性を排除することは実現できていないものといえる。

不作為の仮定的判断の危険性を排除するべく、明確な因果性及び作為義務の判断基準のもと詳細な事実認定に基づき作為義務同価値性の判断がなされることが要求される。

以 上

★謝辞

本稿は、2017年開講の3年次任意科目「法学研究基礎」にて筆者が執筆した「作為正犯に対する不作為による幫助の因果性」をもとに書き直しを行ったものである。

本研究を進めるにあたり、「法学研究基礎」の指導教員である本庄武先生からは、研究の細部に至るまで多大な助言を賜りました。厚く御礼申し上げます。また、橋本正博教授からは、不作為概念に対するご助言を戴くとともに本論文の構成について細部にわたりご指導を戴きました。ここに感謝の意を示します。

最後になりましたが、共に「法学研究基礎」を履修したト部尊文君をはじめ法科大学院の同期には、多数の貴重な助言を賜ることができ、問題の本質を分析することができました。感謝の気持ちと御礼を申し上げます。