

作為的犯行の不阻止

—不真正不作為犯論と共犯論との錯綜領域—

上 野 幸 彦

I はじめに

作為的犯行の不阻止というテーマは、不作為犯と共犯が交錯する問題領域にある。不作為犯論においては、先行行為による危険創出・増加論が登場し、共犯論においても因果的共犯論の進展が見られる中で、取り上げたテーマについても議論状況の多様化が生じている。一方で、実務上は（共謀）共同正犯として処理される傾向が顕著である。本稿では、具体的な裁判例（事案）を対象とした諸学説による具体的な分析に焦点を当てながら、実務上の問題点を明らかにするとともに、近時の議論について考察することとしたい。

II 共謀の認定による処理を図る裁判例とその問題点

実務上、共犯事件に関して、共犯者間に共謀が認定される限り、刑法第60条を適用し共同正犯として処理される。共謀共同正犯の概念は、犯行への直接的な分担行為を行わない場合であっても、共謀の存在を根拠として共同正犯の罪責を導くものである。共謀共同正犯の概念上、共謀関係にある者の誰かが実際に実行に出たことを必要とするものの、それ以外の共謀者に関しては、共謀の事実に基づいて第60条が適用されるので、犯行への作為的な関与は要求されない。したがって、作為

によって犯行を行う正犯者との間で共謀の事実が認定できるのであれば、理論的に不作為関与者に関しても共同正犯の成立を肯定することができる⁽¹⁾。つまり、共謀共同正犯概念に依拠する限り、作為正犯者の犯行に対する不作為による関与のケースにつき、共謀の認定をもって共同正犯として処理することが可能であり、不作為共犯者の罪責を論じるうえで、特段、不作為犯を問題とする必要はないのである⁽²⁾。

たとえば、【1】広島高等裁判所平成17年4月19日判決（死体遺棄、殺人傷害致死幫助被告事件）⁽³⁾は、被告人Xの実子A（当時6歳）に対し、同棲相手の男性Yが執拗で強烈な暴行等を加え、極度の衰弱状態に陥れたのち、さらに同児を二重のビニール袋に入れてその口を固く二重に結び、大型スポーツバッグ内に押し込み（密封行為）、Aが大きな声で助けを求めて叫んでいたにもかかわらず、X及びYはこれを無視した結果、Aが舌根沈下による気道閉鎖による大きないびき音を発した後、息絶えて死亡したという事案につき、X及びYにおいて、犯行当時、被害者が虐待され、極度に衰弱した状態にあることを認識していたこと、そのような被害者に対して密封行為に及んだ場合、短時間のうちに生命維持に必要な酸素不足によって死亡することは容易に予測できたこと等の事情を摘示して、殺意を否定した原審の認定を排除し、X及びYにおける未必の殺意を認定したうえで、「被告人は、共犯者の本件密封行為により被害者が死亡するに至るかもしれないことを認識しながら、あえて、その後の放置行為に及んだものであり、その際、共犯者と暗黙のうちに意思を相通じていたことも認められるから、被告人には共犯者との間で、殺人の共同正犯が成立することは明らか」と判示している。Yによる被害者に対する作為的な暴行とこれに引き続く密封行為という犯行について、被告人Xが被害者の死亡結果発生の可能性を十分認識しながら、作為正犯者Yと暗黙の意思連絡（共謀）の下に、放置し続け死亡させた事実を認定し、殺人罪の共同正犯が認められているのである。

この事案において、被告人X自身には、Yによる犯行への積極的な

加担は見受けられない。仮に、XがYによる自分の子に対する一連の暴行行為や密封行為に及んでいる状況を認識しながら、これを傍観し、生命の危険にさらされている自己の子をYのなすがままの状態に置き、何らの措置も講じなかったという側面だけを取り上げるとすれば、理論上、被告人の罪責につき、不作為犯の問題として検討することも可能となろう。この場合には、不作為犯の成立要件として、①保証人的地位・作為義務の存否、②作為義務の内容及びその不履行に関する作為との同価値性について検討を要する。①の点については、Xが被害者であるAの実親であることから、Aを保護する保証人的地位にあることは明らかである。このような保証人的地位に基づく作為義務が存在することを前提として、②の点に関しては、異なる2つの見方が存在しており、帰結も変わってくる。一つは、原則正犯説と呼ばれる見解⁽⁴⁾であり、これによれば、親として子を保護する保証人的地位に立っている限り、子の生命を保護すべき作為義務を負っており、第三者の作為による子に対する殺害行為を阻止せずに放置するXの不作為は、殺人罪の正犯にほかならない。他の一つは、第三者の作為による犯行を阻止しないという保証人の不作為を原則幫助犯と解する見解⁽⁵⁾であり、この見解によれば、Xが殺人幫助罪の罪責にとどまる可能性も生じる。いずれにしても、Xの不作為自体を問題とする場合にも、不作為犯としての可罰性は排除されない。

もっとも、【1】の事案は、虐待によって衰弱している被害者をバッグに密封したうえ、これを放置することが殺人の実行行為と判断されているのであり、殺人の手段・方法として密封とその状態での放置が含まれている。そうだとすると、殺人の実行行為を構成する事実としての死亡する危険性のある「放置」という行為に、Yとともにその場において何の救護措置も講じなかったという事実を包含して、Xにつき、いわばYに同調するという態様をもって、Yによって作為的に作出された被害者の生命に対する危殆化状態の継続（すなわち放置）に、Yとの殺害の意思連絡と共同による実行（放置）を認定することも不合理で

はない。換言すれば、死亡する危険性ないし蓋然性を認識しつつ、生命侵害の危険性のある状態をそのまま継続・維持させるという行為は、殺害結果の手段性を帯びるものであり、これに共同関与した事実が認められるならば、共同正犯を適用する実態も存在しているといえよう。この限りで、この事案では、共同正犯の適用による処理に妥当性を認めることができるように思われる。

この一方で、作為の犯行に対する不作為が問題となるケースで、共謀の認定により殺人罪の共同正犯とする処理の妥当性に疑問が残る裁判例も見受けられる。たとえば、【2】大阪高等裁判所平成13年6月21日判決（殺人、詐欺被告事件）⁽⁶⁾である。被告人X（母親）が自分たち夫婦の子である幼児に対する殺人罪を問われた事案であり、長女と三女を被害者とするそれぞれの殺害に関するものである。長女に関する事実関係は次の通りである。〔i〕死亡時1歳8か月の長女Aは、全身が高度のるいそう状態にあり、その死因は栄養素の欠乏による生体組織が漸次消耗し、総合的機能障害が持続した結果による飢餓死と判定されたが、被告人とその夫Y（被害者の父親）は、被害者に食事を与えない状態に置くこととし、約2か月間にわたり、生存してゆくのに必要なだけの食事量を一日たりとも満足に与えることなく、一方的に衰弱させ、この間、他人の目に触れさせないようにしていた等から、大阪高裁は、被告人Xとその夫Yにつき、「共謀の上、花子〔筆者注：両者の長女〕に対する確定的な殺意をもって、同児の生存に必要な食事を与えずに、同児を栄養不良の状態に陥れて殺害したと認めるのが相当である。」と結論付けている。もう一つが三女に関するものである。〔ii〕1歳2か月の三女Bを、母親Xがその顔面を手拳で殴打した後、腹部を殴打し、自己の右肩辺りの高さまで持ち上げたうえ、敷布団に叩きつけ、さらに隣室三畳間のこたつの前に移動して立ち、右手で同児の胸倉をつかんで自分の右肩付近まで持ち上げた状態で、夫Yの方を振り返り、「止めへんかったらどうなっても知らんから。」と言ってYの様子を窺ったが、布団上に横臥していたYは、Xと目を合わせた

後、すぐ黙ったまま顔を反対側に背けたことから、Xは持ち上げていたBをこたつの天板目がけて思い切り叩きつけ天板に後頭部から衝突させた結果、集中治療室で治療を受けたものの、Bは頭部外傷に基づく急性硬膜下血腫による低酸素性脳障害により死亡した。大阪高裁は、本件犯行に至る経緯や動機、犯行態様、本件犯行前後の被告人の言動や行動状況を総合して、Xが確定的殺意をもってBをこたつの天板に叩きつけたものと認めた。そして、X自身には上述した言葉をYに発した際、同人に制止して欲しいという気持ちがあり、仮に、この時、Yが制止していれば、Bを天板に投げるのを止めた可能性が高かったものの、Yが前記のような態度を示したことにより、B殺害を容認したと理解し、他方、Yにおいても、保護者たる実父であり、本件当時、Xの犯行を制止できる唯一の立場にありながら、自らもBに死んで欲しいという気持ちから、あえてXを制止しないという行動に出ることにより、Bをこたつの天板に叩きつけて殺害することを容認したといえるところと判示し、Bをこたつの天板に叩きつける時点において、XおよびYによるB殺害の暗黙の共謀を認めるのが相当であるとの結論を示している。

〔i〕については、XおよびYがともに長女Aに対する食べ物の不給付による餓死という犯行を企て、これを共同して実行した事実が存在する。すなわち、殺害の手段として幼児に食べ物を給付しないという方法を用いて、幼児を餓死させたものである。確定的な殺意に基づき、餓死させる目的で適切な食物を与えないという方法により共同して実行に及んでいるのであって、殺人罪の構成要件を完全に充足している。単なる保護責任者遺棄に止まるものではないことは明らかであろう。

〔ii〕につき、被告人である母親Xの罪責に関してはとくに問題はない。理論的に検討を要するのは、Yの罪責に関してである（なお、本件はXを被告とする刑事事件であり、Yを被告とするものではないが、Xの罪責に関してYとの共同正犯が認定されている。）。大阪高裁は、Bを天板に叩き

つけて殺害する時点での暗黙の共謀を認定することにより、XおよびYに殺人罪の共同正犯の成立を認めた。原審では両者間の共謀が否認されていたが、高裁はこの認定を覆して、共謀による殺人の共同正犯と判断した。被告人Xが天板へ叩きつけるという殺害の最終的な意思決定を下すにあたって、その決定的な契機としてYの態度が要因となっている点を重視して、単なるX単独の犯行というより、Yも関与する形での犯行の遂行と捉え、両者の暗黙の共謀を認定したものと推察される。現象面だけを取り上げて観察するならば、母親Xによる作為によるB殺害の犯行と父親YによるXの犯行に対する不阻止という事態と把握することも可能であり、作為による殺人に対する不作為による関与という側面も認められる。この点を意識してか、大阪高裁は共謀を認定するに際して、Yが(a)「被告人と並んで秋子〔筆者注：被害者である三女〕の親権者でその保護者たる実父」であること、(b)「被告人の本件犯行を制止することができる立場にあったのは、自分〔筆者注：Y〕ただ一人であった」ことを指摘している。これは、Yが保証人的地位にあり、Bを保護するための作為義務が存在し、かつ作為の必要性および結果回避可能性が存在することを示すものとも受け取れる。Yの態度そのものは殺人に関する積極的な作為を内容とするものではないものの⁽⁷⁾、その不作為の面をも加味して、Yの殺人に対するXとの共同による不法性ないし犯罪性を基礎づけようとしたのかもしれない。母親X(妻)による子に対する殺害の犯行を阻止しないというYの不作為を問題とする場合、①Yが父親として保証人的地位にあり、作為義務を負っていることは明らかであり、②Xには制止して欲しいという気持ちもあり、Yが制止すれば十分に阻止できたのであるから、作為の容易性、結果回避可能性も存在すると認められるので、Xの殺人に対する不作為犯の成立を肯定することも可能であろう。ただし、共同正犯か幫助犯なのかという問題は残されているといわなければならない⁽⁸⁾。また、Yの態度そのものはXの言葉を無視するというものに過ぎないのであり、Xの被害者に対する攻撃加害意思に同調する形

で相互的な共同の意思が形成されたと認めるに足りる事実が存在するかは疑わしい。Xの犯罪結果に対する志向性とYのそれとの間には隔たりも存在しているのではないか。これらを共謀として括るのは問題がある。さらに、共同意思に基づいて敢て不作為の態度を取ることに より殺人の犯罪実現に関与したという事実も存在しないように思われる。これらの点を考慮するならば、Yが三女の生命の危険について全く顧慮することなく、むしろ内心いなくなっても構わないと思っていたとしても、Xによる発言を無視したことだけで、直ちに殺害の共謀を認定するのは行き過ぎのように思われる。

共謀共同正犯の概念を前提とする限り、行為者間の共謀を認定することができれば、作為の犯行に対する不作為形態の共犯者についても共同正犯として処理することが可能である。この場合には、理論的に不作為犯論を検討するまでもなく、共謀の認定をもって共同正犯の成立が認められることになる。だが、【2】〔ii〕に係るY（父親）の罪責に関して、そもそも殺人の共同正犯を根拠づけるに足る「(暗黙の)共謀」を認めることができるのかという点には、事実認定の問題ではあるものの、上述したような疑問が残る。まさにこのような共謀の希薄さを補強するために、大阪高裁は、わざわざ不作為の側面をも取り上げてその犯罪性を根拠づけようとしたのではないだろうか。

長女殺害に係る〔i〕の場合に、殺人罪の共同正犯が成立することについてとくに異論はないと考えられるのであるが、これは幼児である1歳8か月の長女の生存が共同生活を送っている両親XおよびYに依存しており、両名には親権者として監護すべき地位に基づいて長女の生命を保証する責任を負っているながら、長女の死を企図して食べ物の不給付という手段によって餓死させたものであり、被害者の生存がXおよびYに依存する状況の中で殺害の方法として食べ物の不給付という手段が採られたという点で、XおよびYに不給付という実行の共同性が存在しているからであろう。生存自体の自立的能力が存在しなかったり十分でない場合には、その法益を維持する上で支えを必要と

し、この支持が失われることによって法益に対する危険が生じ、さらに侵害（喪失）に至る。XおよびYは、長女の法益を保証する立場にありながら、生存に必要とされる支えを放棄することにより、法益の悪化（危殆化）を招来させて、死亡結果を導いているのである。このように、死亡に至るプロセスをコントロールしながら意図的に結果を実現したことが認められる。これに対し、〔ii〕の場合には、三女の殺害という犯行は、すべてXの意思によってコントロールされ、かつX自身によって実現されているのであって、Yの三女殺害に向けられた関与（共謀も含め）の程度は非常に希薄だといわざるを得ない。Xによって遂行された三女の殺害という犯行プロセスおよび結果の発生に対して、Yの態度を共同正犯関係として結合させるに足りる実態が存在していたと評価するのは困難であろう。むしろ、上記(a)(b)の事実に基づき、殺人罪の幫助犯の成立あるいは保護責任者不保護罪の適用を検討するのが相当であったように思われる⁽⁹⁾。

【2】〔ii〕の事案で、大阪高裁は、共謀の認定にあたってYの態度における犯行不阻止という不法性を考慮しているのであるが、不作為正犯の成立を明言するとともに共謀も認定されて、共同正犯の成立が認められた裁判例もある。【3】東京高裁平成20年6月11日判決（傷害致死被告事件）⁽¹⁰⁾である。被告人X（被害者の母親）が子A（当時3歳）の態度に激怒し、2月の午後7時過ぎに下半身裸の状態であったAを屋外に出し、約一時間後に家の中に入れた後、Xと交際中のYがX宅を訪れ、左手でAの右手をもって高くつるして足を払い、2、3回繰り返した後、Aの頭を床に打ち付ける等の暴行を加え、急性硬膜下血腫等の傷害を負わせて死亡させた。Yは以前からX宅を度々訪れ、しつくと称してAに暴行を加えていたところ、Xもこのことを知っており、Yに対し手を出さないでと声をかけ、Yも顔は叩かない等と答えていたが、上記暴行に及び、その際、Xは流し台で洗い物をしていて、大きな音を聞いて振り向いたものの、その場で動けなかったという事案である。東京高裁は、Xが、①YのAに対する暴行を当然に予想でき、

②自身の虐待により A が相当のダメージを受けていたことから、X には Y が手を出すのを現に阻止すべきであり、「被告人は、本件当時、Y の A に対する暴行につきこれを阻止することなく、容認していたと認められるから、被告人の責任は、幫助犯に止まるものではなく、不作為の正犯者のそれに当たるといふべきである。そして、顔を殴らないという Y の言葉に対して、被告人がこれを了解した時点において、Y の作為犯と被告人の不作為犯との共同意思の連絡、すなわち共謀があったと認められる。」と判示し、X に傷害致死罪の共同正犯の成立を認めている。

この事案について、そもそも母 X が子 A の不始末やその態度に対する怒りから暴行を行い、これを聞いて訪ねてきた Y がさらに暴行を加えたものであり、「被告人が開始し、男性に引き継いだ一連・一体のもの」として、(作為による) 傷害致死罪の成立を肯定する見解もある⁽¹¹⁾。しかし、死亡の原因となる暴行自体は、訪ねてきた Y によって加えられたものであって、それ以前の X による屋外への連れ出し及び放置、さらにそれより前の帰宅時における同人による暴行を原因としているわけではない。致死の原因と認定されていない先行する X の暴行等と A の死亡結果との因果関係が認定されていないにもかかわらず、Y による暴行の動機・契機との共通性が存在するからといって、X による全く異なる時間に行われた暴行(や遺棄)を、Y によるのと同様の一個の暴行と評価することは妥当でない⁽¹²⁾。Y によってなされた犯行との関係だけを取り上げるのであれば、X の不作為が問題となる。②の事情を除外して考えたとしても、①の事情の下で Y を招き入れたことが、なお作為義務の根拠となり得る先行行為による危険創出に当たる可能性も否定できない。しかし、この点について、島田教授は「幫助を基礎づける程度のもの」⁽¹³⁾と評価され、この判決が不作為による傷害致死罪の共同正犯を認めたことに対し、疑問を投げかけている⁽¹⁴⁾。

上記【3】の事案は、Y によるわが子 A に対する暴行を阻止せず、A を死亡させた母親 X の刑事責任が問われたものである。X には親権

者として子の生命・身体を保護する義務が存在し、子 A の生命・身体に対する危険が生じている場合には、保護すべき積極的な作為義務を負っていると解することも可能である。そして、保証人による不作為は、原則として正犯であると解する見解も見られる⁽¹⁵⁾。井田教授は、保証者的地位にあれば正犯性の要件は充足されており、正犯の成立を否定する理由はない⁽¹⁶⁾と主張されている。この見解に依拠すれば、X に親として子 A の保護義務が存在し、Y による犯行を予想しながらこれを放置し、何ら A に対する保護措置を取らなかった不作為につき、— Y の作為による不法とは独立して—不作為正犯が成立することになる⁽¹⁷⁾。この事案に関しては、X の罪責につき、不作為による傷害致死罪の正犯が肯定されよう⁽¹⁸⁾。

しかし、この見解によれば、たとえば母親が夫である父親による子の殺害を阻止しない場合には、母親には不作為による殺人正犯が成立するのに対し、母親が夫（父親）の犯行を作為的に幫助した場合には殺人幫助罪という帰結に至り、不合理であると批判されている⁽¹⁹⁾。この見解は、作為と不作為とで異なる正犯原理が妥当するという基本的な思考を起点とするのであるが、理論的にはともかく、實際上、作為と不作為とを明確に峻別できるのかという点も問題である。裁判例で争われる実際の事件を見ても、観点を変えれば作為とも不作為とも評価可能であり、両者の区別が実際には相対的・流動的であるということも否定できない。このような作為と不作為との区別の困難性に照らすと、両者で全く異なる原理を妥当させることが適切に行えるのか疑いが生じよう。このほか、義務違反のみを根拠に処罰するという考え方自体に対する批判も提起されている⁽²⁰⁾。大阪高裁は、X を不作為の正犯者であると断定しているのであるが、上記のような原則正犯説を採用しない場合には、なお幫助犯の可能性も残されているといわなければならない。

橋爪教授は、「作為と不作為とは一定の関与の裏表といえるから、作為義務者による関与の因果的影響を評価する際には、それぞれの側面

からの影響力をいわば合算することによって、重大な因果的寄与を根拠付けることは、十分に可能である」として、共同正犯を認めた結論に肯定的な見解を示されている⁽²¹⁾。しかし、不作為と結果との間の「因果的寄与」とは何を意味しているのか、その内容は必ずしも明らかではない。表である「作為」の影響力の低さを裏面にある「不作為」の影響力がカバーするというこの意味について、表の裏側が一実体を伴わない「影」に過ぎない場合もあり得るのであるから、さらなる説明が必要であろう。

Ⅲ 不作為犯構成による処理を図る裁判例とその問題点

共謀について共同正犯を根拠づけ得る程度の適切な事実の認定により処理が行われているのであれば、問題は少ないといえるのであるが、作為の犯行に対する不作為関与につき、共謀とりわけ黙示的な共謀を認定し、共謀共同正犯として処理することは、事実上、不作為犯の成立要件として必要とされる保証人的地位・作為義務の検討を回避する効果をもっているのであり、不作為を不当に広く処罰する危険性を内包している。平野博士は、「その場において、あえてこれに反対しなかった者も不作為犯としての作為義務が十分検討されることなく共犯者の1人だとされる可能性もある」と述べ、共謀共同正犯論の問題性ないし危険性を指摘されていた⁽²²⁾。不作為犯論によれば共犯者の不作為の可罰性は否認されるが、共謀共同正犯論によれば可罰性を肯定することができ処罰するというのは、そもそも当該不作為の犯罪性ないし不法性を根拠づける事実・事情が極めて希薄であったり、存在しないということを示唆しており、合理的根拠を欠いた不当な処罰に繋がりがかねない。また、不作為関与の共犯性が肯定される場合にも、共同正犯なのか幫助犯が成立するのかという問題はなお残されているのである。この意味で、不作為形態の関与の犯罪性・可罰性について、慎重な検討が要請されるといわなければならない。

共謀共同正犯による処理に内在する上述した懸念ないし批判を意識してか⁽²³⁾、近時、不作為が問題となる事案で、第一審が認定した共謀を排除し、不作為犯論の枠組みに依拠しながら罪責を検討する裁判例が現れ、注目を集めている。それは、【4】東京高裁平成20年10月6日判決（殺人・暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件）⁽²⁴⁾である。この事案は、X女（17歳）が、好意を寄せていたAから性交渉を求められたことを、友人のYに打ち明けたところ、これを聞いたZ等が、XをしてAを呼び出させ、先輩であるGが運転する軽自動車で移動し、Aを問い詰めたが、Aにおいて強姦の事実を否定し、逃げ出したのに怒りを募らせ、Z等が駐車場や運動公園でAに凄惨な暴行を加えた結果、Aは意識を失った。Zは、GにAを病院に連れて行くように言って、一旦は解放したものの、警察に通報されることを恐れて、Aを殺害することとし、GとAを呼び戻したうえ、GにA殺害を命じ、GはAを池に落として死亡させたものである。

原審は、被告人兩名（X・Y）が暴行を認容しつつ、Z等とともに自動車に分乗して被害者を連行して暴行を加えるべき場所に移動することで、順次、被害者に対して集団で暴行を加える旨の共謀を成立させ、運動公園での暴行については前記暴行と一連のものであり、同所に移動するまでに互いに暗黙のうちに意思を相通じて共謀したものであり、殺害については車に分乗して堰まで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、殺害したものであると認定して、Z等との共謀の成立を認めて、殺人罪の共同正犯を肯定した。

これに対して、東京高裁は、「被告人兩名自身は、各犯行の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。そこで、被告人兩名に刑事責任を負わせるには、共謀に加わっていたことが必要であり、原判決もその共謀の内容を具体的に判示したのであるが、故意の内容となる犯行への認識・認容に加えて主観的な要素としての共謀の認定は必ずしも内実のあるものにはなっていない。」と批判したうえ、

「本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合がある」り、この場合の意思連絡としては「内容の濃い共謀」は必要ではないが、「その代わりに、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうか重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりも適切である」と論じている。そこで、あらためて不作為犯の成否という観点から検討を加え、Xに関しては、① Xは、場合によってはAがZ等による暴行を受ける可能性を十分認識しながら、Aの呼び出しに及んでおり、身体への危険が及ぶ可能性のある場所にAを誘い入れており、② Z等によるAに対する執拗・残虐な暴行に及んだ動機・理由には、AがXを強姦したとの誤解に基づく点があり、Xは本当は強姦などされていないという事実を積極的に説明すべきであったと摘示するとともに、Yに関しても、Aを身体に危険の及ぶ可能性のある場所に積極的に誘い入れたものと評価でき、犯行の阻止に努めるべきであったとして、両名に本件犯行に関する不作為犯の共同正犯の成立が肯認されている。

この判決が、作為実行犯と行動をとともにしているものの、犯罪の実行に直接加担することなく、単に犯行を傍観していたに過ぎない者について、作為正犯者による犯行を認識しながら行動をとともにしていた事実に基づいて暗黙の共謀を認定し、共同正犯として処理することに対して、果たして共同正犯を根拠づけるに足りる共謀と評価できるのかという観点から、原審の判断の在り方に問題を指摘したことには意義があるように思われる。これまでの実務上の処理としては、作為正犯者による犯行に同行していたり、犯行現場にいながら、あえて犯行を阻止していないという事実をもって、作為正犯者との共謀を推認する間接事実として援用されることが多く、このような認定方法によれ

ば、この事案の場合についても共謀を認定し共同正犯の成立を認めることが十分可能であったといえるかもしれない⁽²⁵⁾。

しかし、正犯者の犯行を認識しつつ同行するという事実のみで、共同正犯が成立するか否かについては慎重な検討を要しよう。正犯者が犯行を行うことの認識という場合、自分以外の者が犯行を自律的に決定し、これを遂行するという状況を知っているに過ぎない場合も含まれ、この場合には共同正犯だけでなく、狭義の共犯が成立する可能性についても検討すべきである。

また、共謀（意思連絡）を媒介とする「相互的な利用補充関係」に基づいて犯行が遂行されたと認めることができるのであれば、共謀だけに関与した者についても共同正犯が成立するという趣旨で、判例が共謀共同正犯を認めていると理解する⁽²⁶⁾のであれば、犯行の分担実行に直接加わっていなくとも、犯行計画の決定に積極的に関与していた等の事実に基づいて、犯行に対する「相互的な利用補充関係」を認めることも容易であり、共同正犯の成立に問題はないであろうが、犯行の決定に関与しておらず、もっぱら正犯者による犯行を現場で目撃していたという事実だけで、「相互的な利用補充関係」に基づく共同犯行と評価して良いのかという問題は生じ得る。まして、本件のように、事態の成り行きを傍観し、単に正犯者等と同道していたという外形的な事実の裏側にある「その犯行を阻止しなかった」という態度を、犯行の共謀を推認する間接事実と位置づけて、暗黙の共謀を認定し、直ちに殺害の共同正犯の成立を認めるのは行き過ぎのように思われる⁽²⁷⁾。確かに、明示的な共謀が存在しない場合であっても、たとえば、暴力団組織の場合のように、行為者間の背景にある組織を媒介として黙示的な共謀関係を認めることは可能であろう⁽²⁸⁾。しかし、このような特別の事情がない場合には、共犯者間の関係や犯行への関与等の事情を慎重に検討したうえで、黙示的共謀の有無を認定すべきであり⁽²⁹⁾、犯行現場に現在するだけで、共同正犯の適用を図ることには問題があるというべきであろう⁽³⁰⁾。また、犯罪の共謀に積極的に参加することなく、

実行行為も分担せずに犯行現場に現在している者の主観的な認識内容に関連して、正犯者による犯行の遂行に関する認識は持ち合わせていたとしても、他人の自律的な決定に基づいて行われる犯罪結果に対する認識を有しているというだけで、ただちにその者に（共同）正犯としての故意が存在すると断定できるのかという点も検討を要するようと思われる。作為正犯の犯行を阻止しないという不作為の傍観者の場合に、犯罪結果を志向したり、それを実現するという意思の程度や共同正犯における相互利用補充関係の基礎としての共同性の程度に関して、かなり薄弱であるという点は否定できないのではないだろうか。この限りで、安易な共謀の認定に対する警戒感を明らかにした東京高裁の判決には首肯できる部分がある⁽³¹⁾。

殺害の犯行に係る共謀を排除したことは適切であるとしても、問題は、不作為犯のアプローチを採った場合に、本判決によって導かれた結論が妥当といえるのかという点である。東京高裁は、作為正犯者であるZ等により暴行が加えられることを十分認識しながら、XおよびYが被害者Aを呼び出し、「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」点に、犯行の阻止に努めるべき作為義務の根拠を求め、両名に不作為犯の共同正犯の成立を認めている。先行行為に基づく作為義務を根拠に不作為犯の成立を認めることは、たとえば不作為による放火罪を認めた一連の判例⁽³²⁾に見られるように、古くから裁判上でも示されてきた。この判決でとくに注目されるのは、先行行為による「危険創出」を明言し、作為義務発生の根拠とした点であろう。この点が、近時、有力に主張されている「先行行為による危険の創出・増加」に保証人的地位ないし作為義務の根拠を求める見解⁽³³⁾と親近性をもち、同判決がこの見解を意識したものとも受け取れるのである。

この危険創出説は、不作為処罰が個人に作為を義務づけその作為を強制する効果を伴うので、作為犯の場合と比較して不作為犯の処罰の方が「国民の行動の自由への強度の干渉」⁽³⁴⁾であることから、これを正当化するために特別な要件として保証人的地位（作為義務）が要求さ

れるのであり、自由主義社会においては、「人は他人に迷惑を限り（基本的に）何をする 것도自由だが、自らが危険を作り出した場合には、そうした自由を部分的に犠牲にしても、自分が作り出した危険を除去し、法益を保護する義務を負う」⁽³⁵⁾、換言すれば、「当該個人が他者の自由に対して作り出した危険を取り除き、その現実化を阻止することだけが義務づけられうる」⁽³⁶⁾という。このように、危険創出説は、作為義務を課す正当化の要件（ないし根拠）として危険創出を要求する⁽³⁷⁾。この見解は、すぐれて自由主義的な発想に根差しており、根拠のある一つの有力な考え方であることは疑いない。

だが、いくつか疑問に思われる点もある。第一に、この考え方が、実定法と矛盾することなく整合的であるのかという点である。既に、先行行為説⁽³⁸⁾に対しては、西田教授によって、過失犯や結果的加重犯、さらに狭義の共犯との関連について問題が指摘されていた。すなわち、先行行為に基づいて作為義務が課され不作為犯の成立が認められるとすると、過失行為によって結果防止の可能性と結果発生の認識があれば、直ちに不作為による故意犯へと転化し、さらに教唆犯や幫助犯の場合にも不作為による正犯に転化してしまうという批判⁽³⁹⁾が向けられていたのであるが、この批判はそのまま危険創出説にも妥当しよう⁽⁴⁰⁾。また、刑法第218条の規定は、要保護者との一定の社会関係に基づいて保護責任を課し、その保護責任を尽くさない不保護（不作為）を処罰しているものであり、とくに先行行為が前提となっているわけではない。そうすると、実定法は、保証人的地位（作為義務）を生じる契機として一定の社会関係の存在によって（も）認めているのであり、少なくとも先行行為による危険創出の場合に限定するといった趣旨を窺うことができない。この意味で、危険創出説は一つの考え方として適切な面をもっていることは否定し得ないものの、実定法との整合性には問題が残る。さらに指摘しておきたい点は、確かに自分で作り出した危険は本人によって除去されるべきだとしても、このことが故意の不作為犯として処罰すべきだという結論に直結するのは疑問である。先行行

為による危険創出を根拠にその当事者の責任が発生するという点は、自己責任の観点から正当化することができるとしても、さらに不作為犯として刑事責任を負わなければならないとすることまで正当化できるのかについては、なお検討が必要であるというべきであろう。

東京高裁判決は作為義務の根拠を危険創出に求め、一結論としては、原審と同様に一不作為による殺人罪の共同正犯の成立を導いているのであるが、危険創出説の論者から全面的に支持されているかという点、必ずしもそうではない。たとえば、小林教授は、被告人が本件暴行の重要な契機を作り出しているものの、「実行者による犯行を阻止すべき十分に実効的な手段を有していたとまで評価しうるかには、やや疑問がある」⁽⁴¹⁾と指摘し、共同正犯とする結論には疑問を提起されている。また、島田教授も、本件に関し、危険創出による作為義務を認める余地は肯定しつつ、Xが真実を告げたとしても、Z等が暴行を中止する可能性は極めて低く、不作為共犯の因果性に問題が残るとして、不作為の共同正犯とすることに疑問を示されているのである⁽⁴²⁾。さらに、暴行の加えられる蓋然性が高い状況の下での被害者の呼び出しという先行行為によって、(身体に対する)一定の危険の創出が存在するとしても、この程度の危険の創出を根拠として、直ちに被害者に対する殺害の犯行を阻止したり、その生命を保護すべき作為義務を課し、不作為による殺人罪の成立を認めることができるのかという問題点も指摘されている⁽⁴³⁾。

作為義務の発生根拠をめぐって、学説上、排他的支配性を要件(の一つ)とする見解⁽⁴⁴⁾が多い。この立場に立った場合でも、上記事案につき、作為義務を肯定し得る余地はある。たとえば、林教授は、作為義務を認めるためには排他的支配を自ら設定したという状況が必要であり、その例として、「被害者をほかに誰も救助しえないような場所に連れていきながら、共犯者によって暴行を受けるのを阻止しなかった」⁽⁴⁵⁾場合を挙げておられる。このような場合に、排他的支配が認められるのであれば、上記事案のXにも作為義務を導き得る⁽⁴⁶⁾。ただし、共同

正犯か幫助犯かという区別の問題は残っている⁽⁴⁷⁾。

以上に指摘した通り、事案の処理に関して、殺人罪の共同正犯という結論の根拠づけに当たり、東京高裁によって採られた不作為犯構成によるアプローチが成功しているとは言い難い。結果的に、東京高裁は、殺人罪の共謀共同正犯の成立を排斥しながら、不作為犯に置き換えて、共謀の「薄さ」を不作為で補完することにより殺人正犯の罪責を肯定しているのではないだろうか。もし、犯罪事実性の不足を理論で補うという方法で、不作為犯を利用したとすれば、その意図は不適切であるというほかない⁽⁴⁸⁾。本件は、しばしば指摘されているように、被害者の呼び出しという作為を中心として、共謀関係・共犯関係の成否を問うべき事案であったといえよう⁽⁴⁹⁾。

IV 幫助犯として処理した裁判例

上記【3】と類似する自己の子に対する暴行を阻止しなかった事例ではあるが、共同正犯ではなく、幫助犯と処理されたケースもある。【5】札幌高判平成12年3月16日（傷害致死被告事件）⁽⁵⁰⁾である。被告人X（母親）は、前夫との間でもうけた子A・B（当時3歳）の親権者であるが、その後Yと付き合い、A・Bを連れての同棲、婚姻、離婚を繰り返しながら同棲状態にあった中、YがBの態度に腹を立て、Bの顔面や頭部を数回殴打したところ、Bは悲鳴を上げた後、仰向けに倒れ意識を失い、その後病院に向かったものの、Yの暴行による硬膜下血腫、くも膜下出血等の傷害に伴う脳機能障害により死亡した。YによるBへの暴行時、被告人Xは、いつものせっかんが始まったと思ったものの、何もせず食事の用意をし、無関心を装っていたが、Bの悲鳴を聞き、慌てて寝室に行ったところ、既にBは身動きしない状態になっていた。検察は、Xを、Yが暴行を開始しようとして認識したのであるから、直ちにこれを制止する措置を採るべきであり、かつ制止して容易にB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

とさらに放置したものであるとして、Yの犯行を容易ならしめた幫助として起訴した。

このような事実関係の下で、原審・釧路地裁⁽⁵¹⁾は、XがYの暴行を阻止すべき作為義務を認め、その作為義務の履行は不可能ではなかったとしながらも、被告人がYの暴行を実力により阻止しようとした場合、「負傷していた相当の可能性があったほか、胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もあった上、被告人としては実力による阻止が極めて困難な心理状態にあり、被告人がYの暴行を阻止することが著しく困難な状況にあったことにかんがみると、被告人に要求される作為義務の程度が一定程度強度のものであることを考慮しても、なお、被告人の不作为を、作為による傷害致死幫助罪と同視することはできないといふべきである。」と判示して、被告人Xに無罪を言い渡した。

これに対し、控訴審である札幌高裁は、「不作为による幫助犯は、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し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される。」と判示し、原審が要求していた「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した」という要件を不要としたうえ、本件につき、被告人においてYによる暴行を実力によって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と認定したうえで、被告人の制止ないし監視行為があった場合と比較すれば、YのBに対する暴行が容易になったことは疑いがないと指摘し、「被告人の行為は、不作为による幫助犯の成立要件に該当し、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、比較的容易なものを含む前記一定の作為によってYのBに対する暴行を阻止すること」が可能であり、作為による幫助犯の場合と同視できるとして、傷害致死幫助罪の成立を認めた。

この事案で、XはAに対するYによるせっかんの可能性の認識はも

ちながらも、何もせず台所で夕食の支度を行っていたというものであるが、もしYによる暴行の可能性を認識しつつ、その犯行をとくに制止せずに放置していた点を捉えるのであれば、実務上、暗黙の共謀を認める余地も考えられなくはない。しかし、当初から幫助で起訴されているというのは、X自身もYから暴行を振るわれていたという事情や、Xの故意の面で、X自身がBを殴打したこともあったが、日常的に暴力を振るい、虐待していたという事実は必ずしも存在せず、Aに対する加害の意思の低さ等を考慮したものと推測することができる。犯行態様としても、Yによる加害の可能性の認識はあるとはいえ、一方的にYが加害を加えているだけで、Xの関与の程度も極めて低い。このように、犯行態様や犯情等を斟酌して、共同正犯での処理が排斥されたのであろう。

ところで、前述した法益保護義務に基づいて一元的に不作為正犯を導く見解によれば、Xが子Aの身体（生命）に対する危険を回避ないし除去しなかった事実に基づいて、このような危険な状況を認識している場合には、不作為による傷害致死罪が成立し得る。また、法益保護義務と危険源監督義務とを区別し、前者に違反する場合を正犯、後者に違反する場合を幫助犯とする義務二分説（機能的二分説）⁽⁵²⁾によっても、XにAに対する保護義務を認める限り、同様の帰結に至り得る⁽⁵³⁾。これらの見解によれば、理論的にはX単独の不作為による傷害致死罪（正犯）が成立し得るのであるが、実務では、作為正犯者との共謀による共同正犯という選択肢について、共謀を認めるに足りる証拠が存在しないとして排除したときには、不作為による単独正犯での立証も困難であるとする判断も随伴しているように推察される。このゆえに、【5】の事案において、当初から幫助犯で起訴されたのであろう。そして、学説上も、作為正犯者に対する不作為の関与については、原則幫助犯説が多数となっている。この事案における学説の関心は、不作為による幫助犯の成立要件についてであり、原審のように犯行阻止の確実性を要するか、控訴審のように犯行阻止の可能性で足りるのかとい

う点に向けられた。この点に関して、学説の多くは、一関与者に作為義務が存在することを前提としたうえで一作為の場合との共通性を考慮し、控訴審の判断を支持している⁽⁵⁴⁾。もっとも、作為による幫助との同視を肯定する点については、理論的にも検討の余地を残している⁽⁵⁵⁾。

作為による犯行の不阻止というケースの場合、作為者の自律的な意思に基づいて法益に対する攻撃が行われているのであって、法益侵害の結果は作為正犯者の犯行支配によって惹起されている。このような作為による犯行の不阻止を処罰する目的は、その犯行によって危険にさらされている法益の保護・保全に求めることができる。しかし、この目的を達成するために誰に対しても阻止を義務づけることは、個人の自由に対する過度な干渉であり、過大な負荷を強いることになりかねない。この点を考慮して、介入の正当化を図るための要素として、保証人的地位が不作為処罰の要件となっていると考えることができる。したがって、不作為の幫助を処罰する場合にも、不作為者において法益を保証する関係に立っていることが必要であると解すべきである。このことを前提として、正犯と共犯という類型が犯罪実現の方法的類型だとすれば、一般的に直接的な実現形態が正犯であり、間接的な関与形態が共犯であると理解できる。このような理解に基づくならば、作為正犯者による犯行の不阻止は、法益を直接侵害する行為態様には該当しない。殺人の手段としてピストルを与えるという作為があったとしても、それだけで殺人が実現するわけではない。同様に、阻止しないという不作為があるだけで、人の死亡が惹起されるわけではない。いずれの場合にも、正犯の犯行と結合することによってはじめて犯罪結果に対する寄与として認められるのである。このような認識を前提とするのであれば、作為正犯者による犯行を阻止しないという不作為は、基本的に幫助行為に該当するといふべきである。この限りで、【5】は幫助犯が問題となる事案である⁽⁵⁶⁾。ただし、この事案において、不阻止という客観的な事実が存在するとしても、被告人の幫助故意の認識の点についてはなお疑問の余地が残されているように思われる。

V おわりに

作為による犯行の不阻止という問題について、共謀の認定に基づいて共同正犯として処理する裁判例の中には、共謀の認定に関する問題や理論的には幫助犯の成立可能性の排除という問題が認められる。こうした問題の背景には、共謀と不作為との関係についての理解に不透明な部分があることも関連している。共謀は、理論的には共同正犯の成立要件であり、不作為犯の問題とは明確に区別されるが、実務の処理においては、不作為の不法内容を加味して共謀を認定し、共同正犯を根拠づけるものもある。このような処理には、共謀共同正犯概念の不当な拡大をもたらす恐れもある。

一般に法益が自律的に維持されている状態を想定すると、これに対する作為的な攻撃（法益侵害行為）だけを禁止すれば、刑法の法益保護目的にとっては十分である。しかし、法益の維持自体に支えが必要な場合もある。このような場合には当該法益を保全するための積極的な措置を強制することも必要となってくる。保護責任者不保護罪の規定はこのことを物語っている。この意味で、法益が当該法益を保証する立場にある者に依存している場合⁽⁵⁷⁾には、法益の危殆化という状況に際して、保証人はその状況を改善し保全すべき作為義務を負っているのであり、これを意図的に尽くさないという不作為が犯罪の手段性を帯び、犯罪行為性を具備するに至るといえよう⁽⁵⁸⁾。この限りで、個々の構成要件の解釈において不作為の（実行）行為性を問題とすることも許容されるのではないだろうか。刑法で問題とすべき不作為をこのように限定して理解するのであれば、【4】は、被告人に（被害者の）法益を保証する関係は存在しておらず、不作為を問題とすべき事案ではないとみるべきである。そして、当該不作為につき、【2】〔i〕のケースのように結果を直接惹起するに足りる手段・方法と認めることができるのであれば正犯として、そうではなく間接的な方法に過ぎないと認められる場合には幫助犯として罪責を評価するのが妥当であると考

える。

- (1) 高橋則夫「不作為による幫助犯の成否」現代刑事法 14 号 (2000 年) 105 頁、同『刑法総論 第 4 版』(成文堂・2018 年) 520 頁参照。
- (2) 西田教授は、作為による犯罪実行者との明示・黙示の共謀ないし意思連絡が存在すれば、因果的共犯論の帰結として「犯罪と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のであり、作為義務を吟味する必要はないとして、不作為による共犯については、理論的に片面的共犯しかありえないと説かれる(西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌 122 卷 4 号 (2005 年) 418 頁〔同『共犯理論の展開』(成文堂・2010 年) 136 頁])。
- (3) 高等裁判所刑事裁判速報集 (平成 17 年) 312 頁。
- (4) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005 年) 442 頁、同『講義刑法学・総論 第 2 版』(有斐閣・2018 年) 548 頁。
- (5) 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』(成文堂・1994 年) 182-183 頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣・2002 年) 1445 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013 年) 432 頁、曾根威彦『刑法原論』(成文堂・2016 年) 526-527 頁、松原芳博『刑法総論 第 2 版』(日本評論社・2017 年) 457 頁など。
- (6) 判例タイムズ 1085 号 292 頁。
- (7) もっとも、裁判所の認定を前提に、被告人 X に B を殺害させる意図を有しながら、X の行為を阻止せず黙ったまま顔を背けるという Y の態度は、もはや不作為とはいえず、むしろ X による殺害に対する「心理的因果性を有する作為」と評価すべきであるとする見解も見られる(齊藤彰子「作為正犯者による犯罪実現過程への不作為による関与について」川端博ほか編『理論刑法学の探究 8』(成文堂・2015 年) 46 頁)。これに対して、島田教授によれば、この事案は作為と不作為が共働する場合であり、「顔をそむけた行為を作為とする見解もありうるが、単なる犯罪の不告知、不阻止を処罰すべきではないから、このように、自分は犯行とは無関係だという態度を取る行為は、不作為と扱い、作為義務がある限度で処罰すべき」であると説かれている(西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 卷』(有斐閣・2010 年) 841 頁〔島田聡一郎〕)。さらに、小林教授も、顔を背けることが積極的な身体動作であり、それが重要な契機となって妻が子どもの殺害を実行したのだとしても、「夫の『自分は止めない』という態度を妻が恣意的に動機づけに用いたにすぎず、これをもって、夫の作為による関与と評価することは許されない」と指摘される(小林憲太郎「不作為による関与」判例時報 2249 号 (2015 年) 11 頁〔同『刑法総論の理論と実務』(判例時報社・2018 年) 697 頁])。なお、町野朔『「釧路せっかん死事件」について』

- 井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2012年）309頁参照。
- (8) 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—」現代刑事法6巻9号〔65号〕（2004年）71-72頁。
- (9) 不作為のケースでは、殺人罪と保護責任者不保護罪とがオーバーラップするため、両者の区別が問題となる。この点につき、丸山雅夫「不真正不作為犯の限定原理について」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開（上） 町野朔先生古稀記念』（信山社・2014年）60頁以下、さらに、広く外在的要因を分析しながら検討するものとして、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巻（2010年）171頁以下参照。
- (10) 判例タイムズ1291号306頁。
- (11) 中森喜彦「不作為による共同正犯—2つの高裁判決」近畿大学法科大学院論集7号（2011年）126頁。
- (12) 西田ほか編・前掲注(7)813頁〔島田〕、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）45頁注(48)。
- (13) 島田・前掲注(12)45頁。
- (14) これに対して、小林教授は、共同正犯と評価するのに必要となる重要な役割の存否について、より詳細な認定を要するとされながらも（小林・前掲注(7)〔2015年〕12頁）、本件招き入れについて、虐待のお膳立てが整った状況のもとで、Yと被害者との間に存する最後の障壁を取り去るもので、重大な危険創出と評価し得る（同16頁注(41)）とも述べ、共同正犯成立に肯定的である。
- (15) ドイツでは、たとえば、ロクシンによって唱えられている（*Claus Roxin, Strafrecht, AT, Bd.2* (2003), S.9ff., *ders, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl.* (2015), S.459ff.）。この見解は、不作為犯を義務犯の一種と把握する考え方を前提とし、義務犯に属するのであれば、その正犯性は（作為）義務の違反の点にのみ依存すると主張するのである（このようなロクシンの見解を踏襲するものとして、齊藤誠二「不作為犯と共犯」*Law School*14号（1979年）22頁、同『特別講義刑法』（法学書院・1991年）223頁。）。
- (16) 前掲注(4)参照。
- (17) 仮にXがYによる暴行を目撃し、Aの死亡結果を予見していたり、Yの犯行終了後Aが重篤な状態であることを認識し、死亡する可能性のあることを認識していたという場合に、殺人罪の故意が存在するとすれば、この見解によるときは、殺人罪の正犯という可能性も生じるかもしれない。
- (18) なお、原則正犯説によれば、単独で独自の不作為正犯が成立することになるが、もし作為正犯者との間で意思連絡が存在するときには共同正犯になり得ると説明されている（井田・前掲注(4)〔2005年〕442頁注(29)、同・前掲注(4)〔2018年〕548頁注(42)）。

- (19) 内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学 34 卷 3 号 (2001 年) 25 頁。さらに、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂・2005 年) 131 頁。
- (20) 山中敬一「不作為犯の正犯と共犯—基本思想からの考察および区別基準の展開—」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂・2014 年) 686 頁。
- (21) 橋爪隆「不作為と共犯をめぐる問題」法学教室 422 号 (2015 年) 96 頁。
このような捉え方に対する批判として、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法 5 卷 9 号 [53 号] (2003 年) 50 頁。
- (22) 平野龍一『犯罪論の諸問題 (上)』(有斐閣・1981 年) 137 頁。
- (23) 島田・前掲注(12) 48 頁参照。
- (24) 判例タイムズ 1309 号 292 頁。
- (25) 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 卷 2 号 (2011 年) 181 頁。
- (26) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 5 卷 第 3 版』(2019 年) 364 頁 [村上光鷄]。
- (27) 門田教授は、本件では、被告人に Z 等との主従関係がなく、特に X は説得されて被害者を呼び出すなど受身的で、あえて真実を告げず Z 等の犯行を積極的に利用したと評価できる事実も明らかでないため、共謀を認定し難いと説かれている (門田成人「最新判例演習室刑法 不作為犯としての共同正犯」法学セミナー 666 号 (2010 年) 123 頁)。
- (28) 最高裁平成 15 年 5 月 1 日決定 (刑集 57 卷 5 号 507 頁)、同平成 17 年 11 月 9 日決定 (裁判集刑事 288 号 543 頁)、同平成 21 年 10 月 19 日判決 (裁判集刑事 297 号 489 頁) 参照。もっとも、批判的な見解も少なくない。たとえば、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務—最高裁平成一七年—一月二九日第一小法廷判決を中心に」刑事法ジャーナル 3 号 (2006 年) 55 頁以下、松原芳博「共謀共同正犯と行為主義—最高裁平成一五年五月一日決定・同平成一七年—一月二九日決定を契機として—」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂・2007 年) 539 頁以下など。
- (29) 上野幸彦「他人の親族になりすまして行う詐欺の現金受取役を担った被告人と指示役の氏名不詳者との間の共犯関係」刑事法ジャーナル 53 号 (2017 年) 139 頁。
- (30) 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) 15 頁以下、西田ほか編・前掲注(7) 812 頁 [島田] 参照。
- (31) 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報 63 卷 7 号 (2011 年) 25 頁、奥村正雄「犯罪の不阻止と共同正犯」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂・2014 年) 654-655 頁。

- (32) 大判大正7年12月18日刑録24輯1558頁、大判昭和13年3月11日刑集17巻237頁、最判昭和33年9月9日刑集12巻13号2882頁参照。
- (33) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編『香川達夫博士古稀祝賀 刑事法学の課題と展望』(有斐閣・1996年)108頁以下、同・前掲注(5)89頁以下(排他的支配とともに、危険創出を保証人的地位の発生根拠とするもの)、島田聡一郎「不作為犯」法学教室263号(2002年)116頁以下、小林・前掲注(7)[2015年]4頁〔同前掲注(7)[2018年]108-109頁〕。
- (34) 島田・前掲注(33)116頁。
- (35) 島田・前掲注(33)117頁。
- (36) 小林・前掲注(7)4頁。
- (37) 橋爪教授は、危険創出行為が作為義務発生の典型的な場面であることを認めつつ、このほかにも一定の身分関係や社会的・法的関係に基づいて義務づけがなされる場合もあると指摘される(橋爪隆「不作為犯の成立要件について」法学教室421号(2015年)93-94頁)。
- (38) 日高義博『不真正不作為犯の理論』(慶應通信・1979年)154-155頁。先行行為の意義を強調する最近の見解として、鈴木彰雄「先行行為に基づく作為義務」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』(信山社・2017年)22頁。
- (39) 西田典之「不作為犯論」西田典之ほか編『刑法理論の現代的展開 総論I』(日本評論社・1988年)71頁以下〔同・前掲注(2)[2010年]176頁〕。同旨、神山・前掲注(5)444頁、佐伯・前掲注(33)100頁、十河太郎「不真正不作為犯の実行行為性について」同志社法学56巻6号[304号](2005年)714頁。
- (40) 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論 第3版』(弘文堂・2019年)130頁、松原芳博『刑法総論 第2版』(日本評論社・2017年)460頁、林幹人「共犯と作為義務—最高裁平成一七年七月四日決定を契機として—」上智法学論集49巻3・4号(2006年)57頁、岩間康夫「共犯的先行行為に基づく保障人的義務について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集[上巻]』(成文堂・2014年)630頁。なお、島田教授は、「他人の自由な故意行為を介してはじめて物理的危険が創出された場合には、物理的危険創出行為を認めて、行為者を不作為正犯とすべきではない。そのように考えると教唆・幫助は、ほとんど不作為正犯になってしまうからである。」(島田・前掲注(33)120頁注(36))。さらに西田ほか編・前掲注(7)927-928頁〔島田〕と説明されており、教唆・幫助の場合における不作為正犯の成立を否定されているのであるが、教唆・幫助行為自体に(正犯による)犯罪結果発生に対する少なくとも抽象的危険性が内在していると理解することができ—もし、このような危険さえ存在していないと解するならば、教唆・幫助を処罰すること自体の正当性が問われかねない—、教唆者・幫助

者には、危険を除去すべく作為義務が認められるにもかかわらず、なぜ不作為正犯が排除されるのか、その理由を示す必要がある。もし、実定法の規定によって不作為正犯の成立が排除されていると理解するのであれば（西田ほか編・前掲注(7)928頁〔島田〕参照）、危険創出説の見解はやはり実定法と調和しないという批判を免れないだろう。

- (41) 小林・前掲注(7)〔2015年〕12頁。
- (42) 島田・前掲注(12)46-47頁。
- (43) この点に関する批判的見解として、たとえば、中森・前掲注(11)129頁、前田雅英「共謀の認定と不作為の共同正犯」警察学論集64巻4号(2011年)140-141頁、萩野貴史「不作為による共同正犯—東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁—」獨協ロー・ジャーナル7号(2012年)190-191頁、西岡正樹「犯行現場に同行したものの実行行為を行わなかった者について、不作為による共同正犯の成立が認められた事例」山形大学法政論叢54・55号(2012年)91頁、岩間・前掲注(40)629頁、奥田菜津「不真正不作為犯における作為義務の根拠論」同志社法学71巻3号〔通巻406号〕(2019年)138頁など。
- (44) 西田・前掲注(40)134頁以下、林幹人『刑法総論 第2版』（東京大学出版会・2008年）156頁など。「結果原因の支配」という考え方（山口厚『刑法総論 第3版』（有斐閣・2016年）90頁以下）もこれと基本的には同趣旨であろう。
- (45) 林・前掲注(40)63頁。
- (46) 西田教授は、本件につき、共謀関係が認められる限り、不作為による共同正犯として構成する必要はなく、「本判決の認定している『作為義務』も結局は共謀共同正犯を認めるに足りる重要な役割といえるのかの判断材料として考慮すれば」足り、「ことさら不真正不作為犯としての共同正犯に必要な作為義務として位置づけることは理論的にも実際的にも妥当でない」と批判される（西田・前掲注(2)〔2018年〕159頁）。
- (47) 松原・前掲注(31)26頁参照。
- (48) 岩間康夫「殺人現場に同行した者に危険な先行行為に基づく犯行阻止義務が認められ、作為行為者との共同正犯とされた事例」愛知大学法経論集186号(2010年)45-46頁参照。
- (49) 殺人罪の共謀共同正犯の可能性を認める見解として、西田・前掲注(2)〔2010年〕159頁、前田・前掲注(43)141-142頁、西田ほか編・前掲注(7)813頁〔島田〕、島田・前掲注(12)46頁、橋爪・前掲注(21)96頁。これに対して、殺人罪を否定し、暴行、傷害、傷害致死の共犯とする見解として、中森・前掲注(11)129頁、傷害罪の幫助犯とする見解として、西岡・前掲注(43)93頁、齊藤彰子「作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責」法政論集249号(2013年)237頁。
- (50) 判例時報1711号170頁、判例タイムズ1044号263頁。

- (51) LLI/DB 判例秘書 判例番号 L05450073
- (52) 山中敬一『刑法総論 第3版』(成文堂・2015年) 244頁、同「不作為犯と作為犯の共犯関係」関西大学法学論集 58巻4号(2008年) 14頁以下、高橋・前掲注(1)〔2018年〕162頁など。これに対する批判として、神山・前掲注(5)177頁、西田・前掲注(2)〔2005年〕424頁〔同・前掲注(2)〔2010年〕141-142頁〕、平山幹子「児童虐待と刑法理論—不作為による共犯を中心として—」刑事法ジャーナル 12号(2008年) 26頁など。
- (53) もっとも、山中教授は、作為義務内容の二分論を採用しつつ、正犯・共犯論のアプローチも併用され、正犯者の行為支配が存在している間は、関与者の不作為正犯性を否定し、幫助犯とする(山中敬一「不作為による幫助」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念—』(信山社・2003年) 357-358頁)。
- (54) たとえば、西田・前掲注(2)〔2005年〕436-437頁〔同・前掲注(2)〔2010年〕154頁、内田・前掲注(19)46-47頁、神山・前掲注(21)50頁、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—齊藤誠二先生古稀記念—』(信山社・2003年) 322頁など。これに対し、ほぼ確実な危険ないし結果回避可能性を必要とする見解として、山中・前掲注(53)361頁、曾根・前掲注(8)74頁。この問題につき、濱田新「不作為による幫助の処罰範囲の限定について—児童虐待不阻止事例を題材に」信州大学経法論集 2号(2017年) 165-167頁参照。
- (55) 日高義博「児童虐待と不作為犯—札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として—」警察学論集 53巻12号(2000年) 72頁以下。
- (56) もっとも、被害者である子の法益維持における保護者(母親)への依存性に基づく保護措置の不履行という観点からは、保護責任者不保護致死罪の理論的可能性も認められよう(平山・前掲注(52)30頁)。
- (57) 作為義務の根拠に関連して、堀内教授により法益の依存性が指摘されていた(堀内捷三『不作為犯論』(青林書院新社・1978年) 253-255頁)。大谷教授も、不真正不作為犯の成立要件として、被害者ないし被害法益との具体的依存関係の存在を要求されている(大谷實『刑法講義総論 新版第5版』(成文堂・2019年) 130頁、133頁)。児童虐待事案につき、林弘正『児童虐待Ⅱ 問題解決のための刑事法的アプローチ [増補版]』(成文堂・2011年) 111頁。山口教授による「法益の脆弱性」(山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」龍岡資晃ほか編『小林充先生 佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(判例タイムズ社・2006年) 31-32頁、同・前掲注(44)91-92頁)という表現も、このような場合を指していると同理解できる。
- (58) 上野幸彦・太田茂『刑事法入門』(成文堂・2018年) 24頁〔上野〕、設楽裕文・南部篤編『刑法総論』(弘文堂・2018年) 223頁〔上野幸彦〕参照。