

〔判例批評〕

## 不作為による共同正犯——2つの高裁判決

中 森 喜 彦

一 最近、珍しく不作為による共同正犯を認めた高裁判決が2件公表され、注意を引いた。他人の故意作為犯を阻止しなかった場合に不作為による共同正犯が成立するとしたものである。

その一つは、東京高判平20. 6.11判タ1291号306頁の児童虐待による傷害致死事件に関するものである。事案は、母親である被告人が、自宅で、2月某日午後4時過ぎ頃、当時3歳の二男に対して、平手で頬を叩き、手拳で額を十数回殴り付けるなどの暴行を加え、さらに、同児の振る舞いに激怒して、同日午後7時過ぎから1時間ほど、同児を下半身裸のまま屋外に出して家に入れたが、その後、被告人方を訪れた男性の友人が、同日午後8時40分頃、同児の身体を持ち上げて足払いするなどして、その後頭部を床等に打ち付けるなどの暴行を加え、その結果、同児に急性硬膜下血腫等の傷害を負わせて、同児をこの傷害により死亡させた、というものである。東京高裁は、被告人につき、男性の暴行を阻止せず容認しており、顔は殴らないという男性の言葉を了解した時点において、男性の作為犯とそれを阻止しない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して、被告人に傷害致死の罪責を認めている。共謀の認定に当たっては、被告人と男性とが、事件以前から、しつこく理由として被害児童に対して暴行を繰り返しており、当日も、同児の行動が男性に報告されていた後、男性が被告人宅を訪れたのであり、被告人は、男性が同児に手を出すこと自体は認容していて、その態様は被告人が十分予想し得る範囲内の

ものであったことなどが指摘されている。

不作為犯と作為犯の共謀を認めたこの判断に対しては、まず、男性の暴行について被告人の共謀を認める以上、その暴行は共同して実行されたことになるのであるから、被告人の行為を不作為とする理由はないという批判が向けられるべきである<sup>1</sup>。また被告人は、3歳の被害者がトイレを汚したという理不尽な理由から自ら暴行を開始しており、男性は、被告人から被害者の行動の報告を受けて、被告人宅に来て共謀の上さらに暴行を加えたというのであるから、被告人は、自らの暴行を男性に引き継いだと言うことができる。全体としての暴行は、当初から予定されていたのではないとしても、被害児童の行動を理由として被告人が開始し、男性に引き継いだ一連・一体のものとするべきである。この判決も、被告人について一個の傷害致死罪を認めている。この点からも、被告人につき、男性との共謀による実行部分を不作為犯と見るのが妥当でないことは明らかである。被告人は被害者の母親であって、被害者に対する保護義務を負っていることは言うまでもないが、この点にとらわれて<sup>2</sup>、被告人につき、男性の暴行を阻止する義務に違反したことを処罰根拠とする必要はない。自由主義・個人主義を基本とする社会においては、積極的に法益を害する行為がまず第一に、かつ最も強く非難されるのであり、積極的な加害行為はすべての者に禁じられている。法益を維持するための行動が要求される保護義務者についても、積極的な加害行為が見られる限りは、情状としてはともかく、犯罪の成立については、保護義務違反を根拠とする必要はないのである。この事件では、男性の暴行について被告人の共謀を認めることができるかが重要な点であるが、共謀の認定に当たっても、母親としての立場や自らの暴行という先行行為を理由に挙げて、男性による暴行を阻止する義務に焦点を当てるのではなく、男性による暴行を容認し、自らの暴行を引き継いだという積極的行動をその根拠とすべきであったのである。自らは実行を担当しないが、当該犯罪実現について重要な役割を演じ、実行行為者と同じく正犯としての刑責を負うべき

場合が共謀共同正犯であり、共謀を認めるためには、実行行為と同等の重要な役割を根拠づける積極的事情をその理由とする必要がある。この判決は、共謀の認定方法に問題があり、被告人について不作為犯を論じたことは不必要かつ不適切であったと言わなければならない。

二 もう一つの判決は、東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁の殺人事件に関するものである<sup>3</sup>。一審判決は参照できなかったが、判例タイムズのコメントによれば、事実の概要は以下のようである。17歳の未成年女子である被告人甲は、遊び仲間である本件被害者V宅でVから性交渉を求められて衝撃を受け、このことを友人である被告人乙に打ち明けたことから、乙及び他の遊び仲間であるAら6名（うち5名は男子）が詳しく事情を聞くこととなった。乙及びAらは、Vに腹を立て（Aは甲が強姦されたと誤解した）、説得を受けて甲がVをコンビニの駐車場に呼び出した。そこでのやり取りの間に、Vが逃げ出したので、乙及びAらは一層怒りを募らせ、Vに同行してきたGにVを探させて、別の場所に連行させ、甲乙らもその場所に行き、Aら男子5名がVに凄惨な暴行を加えVに意識を失わせた。Aらは、Vを一旦解放したが、警察に通報されることを恐れて、Vを殺害することとし、GとVを呼び戻して、甲乙を含めた全員が現場に移動した上、Gに命じてVを池に転落させて殺害した。一審は、甲乙を殺人の共謀共同正犯としたが、東京高裁は、共謀を否定する控訴趣意を承けて、「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」と述べ、甲乙について「不作為犯としての共同正犯」を認めている。その理由として、東京高裁は、甲がVを呼び出したときの状況にまず着目し、甲は、「少なくともAにおいて、場合によっては被害者に暴力を振るう可能性があることを十分認識して」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」ので

あり、甲を除く他の者が「Vに対して怒りを持っていたことを考えると、危険が生じた際に被害者を救うことのできる者は被告人甲のほかにはいなかった」、甲の「言動が、Aらの暴行の犯意の発生に寄与した点は動かない」という点を挙げている。そして、甲は、強姦などされていないという事実を告げるべきだったのであり、そうすれば、AらがVに執拗・残虐な暴行を加え、Vを殺害することはなかったであろう、としている。また乙については、甲と同様に「身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を積極的に誘い入れたもの」であり、「警察や知人等に通報するなどして犯行の阻止に努めるべきであった」と述べている。

しかし、以上の判示によって、殺人罪につき、被告人らの不作為による共同正犯が十分に根拠づけられているといえるかは、疑問であろう。この判決は、被告人が被害者を危険な場所に誘い入れたことを理由に作為義務を認めており、自ら危険を創出したことを不作為犯の根拠とする最近の有力な学説に通じるところがある<sup>4</sup>。このような学説が基礎としているのは、自由主義の原則である。「積極的に法益に危険を与える行為をしなければ処罰されることはない」というのが自由主義の原則であり、このことから、不作為犯においても、危険創出行為の存在が処罰根拠として要請されるとするのである。しかし、自由主義は、個人責任・個人の自律を前提としてのみ機能しうる思想である。これに対して不作為犯は、年少者、高齢者、病者、あるいは他の理由から危険に陥った者などについて問題となる事柄である。現実の社会は、個人の自律を求めうる者だけから成っているのではなく、これらの・自らの力では危険から身を守りあるいは危険から逃れ得ない者からも構成されている。そのような者に対して、誰が、いつ、どのような援助をなすべきかが不作為犯の問題である。この問題領域を解決するのに自由主義を持ち出すことは、的を外れていると言わざるを得ない。自ら危険を創出した者がその危険の除去を要求されることはありうることであるが、後者の必要的前提要件が危険の創出であると考えすることは

誤っている。自らの利益を自分自身で守り得ない者は、他人の援助がなければそれが失われてしまうという意味で危険にさらされていると言い得るが、社会はそのような者をも当然の構成員として成り立っているのであり、そのような者の存在とそれに対する援助を、危険の創出とその除去という一律の枠組みに押し込めることは、適切であるとは言えない。

東京高裁の事案において、甲乙がVを危険の及ぶ可能性のある場所に誘い入れたことは肯定されるが、そのことだけから、甲乙について、AらによるV殺害を阻止する義務を導き出すことはできない。Aらは自律的な個人であり、少なくとも、自律という点において、甲乙がAに対して優越的な地位にあったわけではない。そのような場合、ある状況において個人がどのような意思決定をするかは、その個人の領域の問題である。甲乙は、「少なくともAにおいて、場合によっては被害者に暴力を振るう可能性があることを十分認識し」ながら、Vをその場に呼び出したのであるから、両名については、暴行、傷害、場合によっては傷害致死の共犯の刑責が認められてよい。しかしそれは、作為犯としての傷害（致死）罪の問題である。Aらが殺意を持ったことについては、甲乙は、せいぜい過失に止まる。過失により他人に殺意を生じさせた者が、その殺害行為を阻止しなかった場合には、殺人について不作為正犯の責任を負う、とする考え方は、わが国において一般的に承認されたものではない。最高裁も、暴行・傷害を共謀した者のうち一人が、被害者の対応に激昂して殺意を生じ、被害者を刺殺した事案において、その余の者には傷害致死の共同正犯を認めるに止めているのである<sup>5</sup>。

他人の犯罪を阻止する義務は、親子等の他人を監督すべき関係がある場合には認められ得る。しかしその場合でも、当該犯罪実現についての支配関係が強度のものでない限り、通常は従犯責任が認められるに止まる。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のは理由がない。判決は、甲について、「被害者

を救うことのできる者は被告人甲のほかにはいなかった」ことを指摘している。この点も、排他的支配の存在を作為義務の要件とする最近の有力な学説に対応しているように見える。しかし、不作為処罰の根拠として排他的支配の存在を要求することは、必要でも適切でもないであろう。右の学説は、「作為と不作為の存在論的同価値性を保障するのは、不作為の時点で、不作為者が因果の経過を掌中に収めているといえる場合に限られる」とする<sup>6</sup>。しかしこれが、作為は因果過程を設定するものであるから、それと同等と評価されるべき不作為は進行中の因果過程を停止させうるものに限られる、ということの意味するのであれば、それは結果防止可能性の必要をいうものであるに過ぎず、当然のことである。「掌中に収めている」というのが、結果防止可能性が排他的であることを意味するとすれば、抽象的には、そのことも是認されるであろう。問題は、要求される排他性がどの観点からのものかである。その排他性が、純粹に事実的なものと解される場合には、救助可能な者が他にもいる場合には、親子であっても排他的支配は否定され、不作為犯は成立しないことになる。しかし、排他性をこのように事実的観点からのみ理解するのは、人の役割の多様性を重視せず、社会を孤立した個人の集積に過ぎないと見ることに帰すものであって、妥当とは言えない。東京高裁判決は、甲だけが被害者を救うことができた、甲が真実を告げていれば、AらがVを殺害することはなかったであろう、ということ甲の正犯責任の根拠としているが、事実的な排他性だけで結果防止の正犯責任を根拠づけることは不当である。また、結果防止可能性、因果関係の認定が十分であるかについても疑問がある。既遂の正犯を認めるためには、確実に結果を防止し得たことが当然に要求されるのであり、他人の犯罪行為を確実に阻止し得たかどうかは、上記のような単なる推測によるのではなく、具体的事実に基づいてより詳細に認定される必要がある。さらに、乙については、甲の「言葉が本当だと思っていた」、「被害者が一度痛い目にあったほうがいと積極的に思っていた」とされており、甲とは立場が違っていたとされながら、

「身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を積極的に誘い入れた」ことだけを理由に、「警察や知人等に通報するなどして犯行の阻止に努めるべきであった」とされている。乙については、排他的な結果防止可能性さえ認定されておらず、不作為正犯の成立を認めたのは一層疑問だと言わなければならない。

三 以上、不作為による共同正犯を認めた最近の2つの高裁判例に簡単な検討を加えた。その結論は、どちらの事案についても不作為による共同正犯として処理したのは妥当ではなかったというものである。両事案はかなり異なっており、児童虐待事件は、自ら被害者に対する暴行を行った被告人が、事情を知ってさらに被害者に暴行を加えた者の行為を制止しなかったというものである。この事件では、後半の暴行について被告人の共謀が認められているので、それを制止しなかったとするのは無意味かつ余計な評価である。理論的には、不作為による共同正犯を論じる余地はなかったと言わなければならない。もう一つの殺人事件は、被告人が被害者を遊び仲間の前に呼び出し、遊び仲間が被害者に暴行を加えて傷害を負わせ、一旦は被害者を解放したが、警察への通報を恐れて被告人を殺害したというものである。被告人は、被害者を呼び出した際、遊び仲間による暴行は予見しており、殺害も制止していない。判決は、被告人が危険を創出し、被告人だけが結果防止可能性を持っていたことで、被告人の不作為正犯性が根拠づけられると見ている。この判断枠組みは、上述のように、最近の学説における有力な主張に対応したものであるようであるが、作り出された危険が人による犯罪行為の可能性である場合、その阻止義務を認めるのに学説はより慎重である。またこの判決の結論は、従来の最高裁の判断とも一致していない。判決は、詳細な検討なく安易に不作為による共同正犯を認めたといわざるを得ないであろう。

二つの判決に共通しているのは、共謀の認定に重きを置いていないことである。虐待事件判決は、共謀を認めながら、不作為による共同正犯だとした。殺人事件判決は、原審による共謀の認定は「必ずしも内実のあるものにはなっ

いない」とし、不作為による共同正犯を認める方が「事案にふさわしい場合がある」と述べて、上述のような判断を示した。そして、「この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でないというべきである」、「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より適切である」と述べている。しかし、他人が故意犯を行う危険を作り出し、彼だけがその行為を止めさせることができたということは、前述のように、他人の故意犯について正犯責任を負わせる十分な理由にはならない。自ら直接に故意犯の実行行為を行い積極的に害悪をなす作為と、それを認識しながら制止しなかった不作為とが、後者に、前者の危険を過失により惹起したという事情が付け加われば同等に評価される、とする考え方は一般には是認されていないのである。他人の故意作為犯を制止しなかった者に不作為犯の成立を認めるためには、作為行為者あるいは被害法益との間に特別の関係が必要であり、そのような関係が存在する場合でも通常は従犯が認められるに過ぎない、とするのが一般の考え方である。この判決は、「不作為犯構成により犯罪の成立を限定」したものとは到底言うことができず、正面から共謀を認めることができない場合に、十分な検討なしに不作為犯の理論的枠組みを適用して不当に刑事責任を拡張したに過ぎない。自ら直接に実行行為を行わなかった者を正犯とするには、その者が、当該犯罪実現過程において、実行行為と同等に評価されるべき重要な役割を果たしたことが要求されるべきであり、それを根拠づける積極的事情が認められる必要があるのであって、安易に不作為犯の構成を持ち出すことは許されないのである。

---

1 既に、西田典之「不作為による犯罪への関与について」神山古稀（平18）424頁。

2 判決は、被告人が自ら暴行を加えたという先行行為も、事後の男性の暴行を阻止する義務の根拠として挙げている。

- 3 評釈として、岩間康夫・愛知大学法経論集185号（平22）29頁以下、門田成人・法学セミナー 666号（平22）123頁がある。
- 4 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」香川古稀（平8）108頁以下、同「不作為犯論」法教288号（平16）59頁以下、島田聡一郎「不作為犯」法教263号（平14）117頁以下、同「不作為による共犯について（二）」立教法学65号（平16）228頁以下、など。
- 5 最決昭54. 4.13刑集33卷3号179頁。
- 6 佐伯・香川古稀110頁。