

論 説

不作為の共犯に関する一考察

佐 瀬 恵 子

- 1 はじめに
- 2 従来の「不作為の共犯」に関する学説について
- 3 不作為の共同正犯について
- 4 不作為の共犯に関する判例検討
 - (1) 共謀共同正犯と作為と不作為の共同正犯の相違について
 - (2) 不作為の共同正犯と不作為の幫助犯の相違について
- 5 むすびにかえて

1 はじめに

不作為犯は「不作為によって犯罪を成立させること」をいい、現在の通説・判例においては、構成要件上作為を予定している犯罪に対し、不作為で実現させる不真正不作為犯であっても、作為義務に違反する（保障人的地位にある者の不作為）等の要件を充足する場合に限り、その成立が認められている。不真正不作為犯は、刑法理論上、作為犯と比べると実行行為を確定することが困難ではあるが、そこでは、不作為も作為と同様に「行為」であると¹⁾解し、成立要件を具備する限りにおいてその実行概念が認められている。

さらに、現在の通説・判例の立場から、不作為犯の成立は、単独正犯の場

1) 最高裁判所において、初めて不作為による殺人罪を認めたシャクティバット事件（最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁）がある。

合にのみ認められているわけではなく、共犯においても認められている²⁾。「不作為と共犯」の問題については、ドイツにおける議論の影響から、これまで非常に多くの論説が発表されているが、その多くが「不作為による共同正犯」や「不作為による幫助」を承認している。また、近年の判例の中には、犯罪行為を認識しつつ犯行現場に同席していたが、実行に加わらず、正犯者の犯行を阻止しなかった者に対して、「不作為による共同正犯」や「不作為による幫助」を認めた事例が登場している。

従来の不作為と共犯の関係についての議論は、理論的関心が議論の中心となっていたが、不作為犯に対しても作為犯と同様に共犯類型を認め、共犯規定を適用することが一般的に認められはじめたことにより、「正犯者の（作為あるいは不作為による）犯罪行為を認識しつつ阻止しなかった者の罪責」について、それが正犯者との同時犯として単独の不作為犯が成立するのか、あるいは、正犯者との共同正犯（または共謀共同正犯）となるのか、それとも不作為による幫助犯にとどまるのかといったような、具体的な問題を解決するための考察が求められるようになって³⁾いる。これまで、不作為犯と共犯に関する具体的な問題に対しても、従来から議論されてきたものではあるが、近年、注目すべき「不作為による共犯」事例が多く登場したこともあり、「不作為による共犯」の事例の判例研究を通して、より具体的な問題解決のための検討を行うことは、意義のないことではないように思われる。

そこで、本稿では、従来の「不作為による共犯」に関する学説を踏まえ、近年の「不作為による共犯」事例を題材として判例検討を行い、「不作為による共犯」における具体的な問題点を考察し、理論的解釈を深めるための整

2) 「不作為と共犯」の領域は、大別して二つの概念が包摂されていると考えられる。第一には、「不作為犯に対する共犯」であり、不作為正犯者に対して共犯として加担する場合である。第二には、「不作為による共犯」であり、作為あるいは不作為である正犯者に対して、共犯として不作為で加担する場合をいう。本稿においては、学説上、争いが激しくなされている第二の概念を中心に考察を進めていくこととする。

3) これらの問題につき、特に、正犯者の作為による実行行為に対して、不作為で加担をした場合の共犯につき詳細な考察を加えているものに、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215頁参照。

理を行って参りたい。なお、「不作為による共犯」における具体的な問題点として、①作為実行正犯者の行為を認識しつつ阻止しなかった場合において、「同時犯として単独の不作為犯」とするのか、それとも、「作為と不作為の共同正犯」とするのか、あるいは阻止しなかった者に対しても作為関与を認め、「共謀共同正犯」とするのかといった問題や、また、②作為による実行行為を行った正犯者（作為実行正犯者）に対し、犯行を阻止しなかった者につき、正犯性を認めて「共同正犯（あるいは共謀共同正犯）」とするのか、「正犯者に対する不作為の幫助」とするのかといった、両者の区別に関する問題を掲げ、それらについて一定の判断を示した裁判所の事例を資料として考察を加えていくものとしたい。

2 従来の「不作為による共犯」に関する学説について

かつて、わが国における「不作為による共犯」についての問題は、ドイツの Welzel や Armin Kaufmann を代表とする目的的行為論の影響により活発に議論がなされていた。目的的行為論によると、人間の行為は、一定の目的が設定され、その目的を達成するために必要な手段を選択し、その手段を目的の実現に向かって統制するものをいうのであって、外部の事象を目的的に統制する行為支配のある状態を指すと解されることから、目的的な行為支配を欠く「不作為」は「作為」と同等の行為とは認められず、そのために、作為と不作為は存在論的構造が全く異なるものであると解されている。また、このような考え方に従うと、「不作為による共犯」についても、作為犯を前提として構築された共犯理論を適用させるべきではないと解されるため、当時のドイツにおいて、目的的行為論は、不作為による共犯論を見直す⁴⁾必要性を示唆するものであったといえる。

4) 目的的行為論をはじめ、ドイツにおける不作為の共同正犯に関する学説について詳細にまとめられているものに、金子博「不作為犯の共同正犯(1)」立命館法学344号2012年126頁以下参照。

以上のような目的的行為論は、わが国においても強い影響をもたらした。目的的行為論者からは、特に従来認められていた不作為の因果関係に対する理解に疑問が投げかけられ、不作為に因果関係を肯定することは困難であるから、不真正不作為犯の処罰は類推解釈にあたり、罪刑法定主義に抵触するおそれがあることが提唱された⁵⁾。しかしながら、議論が展開されるにつれ、目的的行為論に基づく不作為犯論の再構成に対する提唱に対して批判が加えられるようになった。まず、不作為犯の因果関係について機械的・自然主義的に見るべきではなく、法的価値に関係させて理解すべきであるため、不作為に対しても因果関係を認めることが可能であるとの指摘がなされるようになった。さらに、禁止規範違反となる作為を予定している構成要件であっても、保障人的立場にある者の命令規範違反である不作為をも予定されているものであるから、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反するものではないとの理解に立つべきことが主張された。また、「不作為による共犯」に対しても、目的的行為論によれば、不作為犯は目的達成に向けた行為支配が認められないことから「不作為の故意」というものがなく、作為と同様に人の行為と認めることが困難であるので、不作為による共犯を否定すべきであるといった立場が主張されていたが、これについても、不作為犯論においては保障人説を前提として検討すべきであるといった立場が一般的となり、不作為の正犯と共犯の相違は、保障人的地位を基礎づける保障義務の性質や内容に従って決定づけられるべきであるという方向へと議論が展開されることとなった⁶⁾。

3 不作為の共同正犯について

その後、保障人説を前提とした不作為犯論から「不作為による共犯」につ

5) 金澤文雄「不真正不作為犯の問題性」佐伯千伊博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(上)』1968年235頁、及び、同著書『刑法の基本概念的再検討』1999年182頁参照。

6) 金子・前掲注4) 127頁以下参照。

いて検討がなされる中で、不作為による共同正犯の理論は次のように解されるようになった。つまり、不作為犯とは、作為犯と同様の構成要件の評価を受けるからこそ犯罪である故に、作為犯に準じる行為の主観的要素、また客観的要素を具備する必要があるから、「共通した作為義務を有する二人以上の者が、互いに犯罪意思を連絡して、その義務に違反する不作為を行うときは、そこには、共同実行があったといいうるのであって、(不作為による)共同正犯が成立しうる」といった見解である⁷⁾。ここでは、不作為による共同正犯の成立要件に、2人以上の者の間に共通した作為義務が必要であるとし、それを共同して違反するといった状況をもって、不作為による共同正犯の成立を理論的に明確化しようとしたものである。例えば、父と母が意思を通じて、溺れている自分たちの子どもを助けなかったり、乳児の授乳や面倒を見なかったりといったような場合において、子どもや乳児の生命を保障すべき義務を共同に負う両親が、互いに意思を連絡して不作為を共同にし、子どもを死亡させた場合は、不作為による殺人の共同正犯が認められる⁸⁾。

さらに、その後、不作為による共同正犯は、実益的観点から不作為による共同正犯を認めるべき場合と、それぞれの者が不作為の単独正犯を同時的に行ったものとして処理すべき場合があるのではないかとの問題提起がなされた。そこでは、「①ある結果が発生するのを防ぐ義務がある複数人が、『単独でも結果を防ぐことができる』にもかかわらず、共同して義務を怠り、結果を発生させた場合と、②ある結果が発生するのを防ぐ義務がある複数人が、『共同でしか結果を防ぐことができない』ときに、共同して義務を怠り、結果を発生させたという場合に区別して、後者の場合に限ってのみ不作為の共同正犯を認める実益がある」と主張する見解が現れた⁹⁾。しかし、このような

7) 大塚仁『犯罪論の基本問題』1982年333頁参照。

8) 不作為の共同正犯について、また、不作為の共同正犯の例について、前田雅英「刑法の基礎—不作為と共犯」法学教室150号1993年23頁参照。

9) 神山敏雄「不作為による共同正犯(2・完)」警察研究59巻11号1988年23頁以下、斎藤誠二「不作為犯と共犯」Law School 14号1979年24頁以下、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』2010年175頁以下参照。なお、従来わが国における不作為の共同正犯につき、詳細にまとめられているものに、金子・前掲注4) 182頁参照。

見解に対しては、不作為による共同正犯の成立を、②のような「共同でしか結果を防ぐことができない場合」に限定する必要がないとの批判が加えられた。例えば、作為犯の共同正犯において、それぞれを単独の正犯として立件しても共同正犯と同様の帰責が可能な場合であっても、2人以上の者の間に意思の連絡があり、共同して実行をしている状況があるのであれば、それが共同正犯を構成することについて異論があるものではない。このため、不作為による共同正犯も、結果の帰責ができないときのみ共同正犯として構成するといったような、実益を優先させた判断に従うべきではなく、結果を発生しないよう防止する義務のある複数人の意思連絡と共同実行があれば、作為と同様に共同正犯を構成すると解して差し障りはないというものである¹⁰⁾。その後、作為と同様に不作為を考えるのであれば、不作為による共同正犯の成立は、共同正犯を認める実益がなかったとしても認めるべきだとする見解が有力に主張されるようになった。その結果、不作為による共同正犯の成立については、作為犯で展開された共同正犯における共同性の理論へと、より一元的に還元することを試みる見解が多く支持されるようになった。

作為犯と同様に、不作為犯に対しても共同正犯を肯定する立場が有力になったことで、2人以上の不作為が競合している場合に、それを不作為犯の単独正犯として論じるべきか、あるいは不作為の共同正犯として論じるべきかについても、明らかにする必要が生じてきた。これについては、不作為の単独正犯の競合ではなく「不作為の共同正犯」が認められるための要件として、作為と同様、2人以上の者の間の「共同性」をあげながら、「共同性」の根拠として「共同実行の意思」が重要であるとする見解が主張されている。この見解によると、不作為による「共同実行の意思」がある場合というのは、不作為である故に結果への物理的因果性が認められないが、それ以上に心理的因果性が強い場合であると考えられるため、具体的には、結果を防止すべき義務を怠ることについての意思連絡が、心理的に不作為の態度を続

10) 前田・前掲注8) 23頁、松宮孝明「不作為と共犯」中山研一他編『レヴィジョン刑法1 共犯論』1997年191頁以下参照。

けることを容易にさせる促進効果を持つ場合において認められるとし、共同性の根拠となる「共同実行の意思」の判断基準を結果発生¹¹⁾の心理的因果性におくとするものがある。その他にも、共同性の根拠となる「共同実行の意思」の判断基準を「相互利用補充関係」に基づく義務違反の継続という点におき、結果を防止すべき義務を共同に負った場合に限らず、各人が類型的に負っている場合においても、結果を防止すべき義務を有する複数人が、相互に利用し、協力し、援助しあうような補充関係が前提となって、義務の不履行ないし不充足状態を維持・発生しているのであれば、不作為の「共同実行の意思」が認められるため、不作為による共同正犯が成立するといった見解が主張されている。

以上のように、現在の学説においては、不作為による共同正犯は一般的に認められているが、不作為を同時犯としての単独正犯と解するか、不作為の共同正犯と解するかについては、その相違を共同正犯における「共同性」におきながら、その上で、「共同性」が認められる根拠について、因果的側面や現実的な相互利用補充関係に着目し、区別する傾向にあるといえよう。

次に、「不作為による共同正犯」を類型的に分類し、それぞれどのような理論的解釈が加えられているかにつき検討を加えることとしたい。「不作為による共同正犯」の中には、(a) 結果を防止する義務を有する二人以上の者が、意思を通じて不作為を共同実行する場合と、(b) 結果を防止する義務を有する者と有しない者が、意思を通じて不作為を共同実行する場合と、(c) 結果を防止する義務を有する者が、作為実行正犯者と意思を通じて、不作為による関与で作為実行正犯者の行為を共同実行する場合が考えられる。

(b) の場合においては、不作為犯の成立要件である作為義務を一種の身分であると解し、不作為犯は作為義務を有する者によってのみ成立する真正身分犯であるとする見解が有力に主張されている。この見解によれば、結果を防止する義務を有しない者が、結果を防止する義務を有する者と共同して

11) 齊藤彰子「不作為の共同正犯(1)」論叢147巻6号1999年107頁、及び同前掲注3)216頁以下参照。

不作為を実行した場合、65条1項の適用により、義務なき者であっても共犯になりうることになるため、作為義務のない者が作為義務を有する者と意思を通じて、共同して不作為を実行した場合は、不作為の共同正犯を肯定することが可能となる。¹²⁾しかし、ここにおいて、作為と不作為は存在論的構造が全く異なるものとして、不作為による共犯の成立を限定づける見地に立つのであれば、不作為による共犯を真正身分犯の共犯とする見解へと結びつくことも可能であるが、不作為であっても作為と同様の評価を受ける場合には、共犯規定を適用しうるとの見地に立つのであれば、結果を防止すべき作為義務を有する者に対して、義務を有しない者が不作為で関与した場合に、65条1項の適用により、広く共犯を認める見解は採用することができないように思われる。これについては、作為犯においても「実行行為を行う」という身分を肯定していないのと同様に、「結果を防止すべき作為義務」という身分を考えるべきではなく、作為義務の有無の判断は当該不作為が構成要件該当性を有するか否かの問題であって、身分に関する問題ではないという見解があるが、これが妥当であると思われる。このように、『不作為による共犯』についても、その不作為が作為と同様の構成要件的评价を受けるものであれば、作為による共犯と同様、『不作為による共犯』も認められるべきである」とする見地に立ち、(a)の場合であっても、(b)の場合であっても、「共同実行の意思」として相互の心理的影響が強く認められる限りにおいて、「関与者の一部が外観上客観的実行行為性を有していなくとも共同正犯たり得る」と解すべきであろう。そのように考えるのであれば、作為犯において「実行共同正犯」だけでなく、「共謀共同正犯」が認められているのであるから、不作為犯においても「実行共同正犯」と同様、「共謀共同正犯」が肯定されるべきである。

このように「不作為による共同正犯」について、不作為による「実行共同

12) 大谷實『刑法講義総論』新版第4版2012年460頁以下、及び、内田文昭『改訂刑法I(総論)』補正版1997年310頁以下参照。

13) 前田・前掲注8)22頁参照。

正犯」と「共謀共同正犯」の両者を認める立場に立つと、(c)のような、結果を防止すべき義務を有する者が、作為実行正犯者の行為に不作為で関与した場合、作為と不作為の共同正犯と解すべきか、不作為者は共謀に加担した共謀共同正犯であると考えべきかの区別が問題となる。(c)の場合において、不作為者に「共謀共同正犯」を肯定するのであれば、不作為犯論の検討、とりわけ、結果を防止する義務を有するの可否かを問題にする必要はなく、不作為者が特定の犯罪を共謀したのか、さらに、作為実行正犯者との間に相互利用補充関係があったのか(あるいは不作為者に正犯意思があったのか)が問題となる。不作為者に作為実行正犯者との「共謀共同正犯」を認めるか、「不作為の共同正犯」を認めるかの両者の区別の問題は、具体的には、犯罪行為を認識した不作為者が、作為実行正犯者の犯行に積極的に加担するわけでもなく、かといって、作為実行正犯者の犯行を阻止するわけでもなく現場に同席している場合において問題とされる¹⁴⁾。これについては、近年、注目すべき判例があるので、判例の立場を踏まえ、改めて考察を行なっていくものとしたい。

4 不作為の共犯に関する判例検討

(1) 共謀共同正犯と作為と不作為の共同正犯の相違について

はじめに、不作為による共同正犯、並びに、作為実行正犯者の犯行を認識しながら、現場に同席していたにもかかわらず、作為実行正犯者の行為を阻止しなかった不作為者に対し、作為実行正犯者との共謀共同正犯を認めた大阪高判平成13年の事例がある。この事例における被告人は、2人の実子を殺害(一人は不作為により、またもう一人は作為により殺害)しているが、その際に同居していた被告人の配偶者が、被告人との間において不作為の共同正犯に問われている。

14) 齊藤・前掲注3)216頁参照。

この事例の具体的な事実の概要は次の通りである。被告人は、被害者である長女A（当時1歳）の母親であったが、「Aの発育が遅れがちで愛嬌がないなどとして、日ごろAを疎ましく感じていたところ、被告人の両親からAの発育が不良だとして、被告人と同居していたAの父親であるXと共に、その育児方法等について厳しく注意を受けるなどしたことから、夫婦でAを一層嫌悪するようになっていた。その後、被告人は、Xから『食わん奴には、もう飯食わすな』などとAに今後食事を与えないようにと言われたので、Aに対し、生存に必要な飲食物を与えないで殺害しようと決意するに至り、そのころから、居室において、Aが泣くときなどにわずかな菓子やジュースを与えたりする以外には、Aに飲食物を与えず、Aが栄養失調により徐々にやせ細るのを放置し続け、よって、Aを栄養失調に基づく全身衰弱により死亡させた」というものである。以上の事実につき、大阪高裁は、被告人にAに対する確定的な殺意が認められるかを争点としたが、被告人に対し、Aへの確定的な殺意を認め、さらに、「被告人とXの共謀内容は、前記のとおり、その日以降、Aに対して、正規の食事を与えないで同児を死亡させるという明確な合意を内容とするものであったと認められ、その後、その合意内容に沿って、Aに対しては、実際に全く正規の食事が与えられたことはなく、被告人とXとの間で、その合意内容が変更された形跡も全く認められない」ものとして、被告人とXとの間に、Aに対する不作為の殺人罪の共同正犯の成立を認めている¹⁵⁾。ここでは、被告人もXもAの親権者であることや、被告人とXのほか、Aに対し養育することのできるその他の者が同居していたわけではないことから、両者共、Aの生命が侵害されないよう結果を防止すべき義務を有する者であるにもかかわらず、互いに意思を通じ合って、Aに対し生存に必要な飲食物を与えない状況を維持し続けているので、これは、被告人とXとの間に不作為による殺人罪の実行共同正犯が認められるべき典型的な事例であろうと思われる。ここでは、被告人もXも被害者Aに対して、殺害

15) 大阪高判平成13年6月21日判タ1085号292頁。

に向けた積極的な作為はなんら行っていないため、両者の不作為が問題とされているが、両者の不作為は同時犯的に行われたものでなく、両者の間で不作為の殺人に関する意思の連絡がなされ、両者がその意思に基づき不作為を継続し続けていることから、作為犯における共犯理論と同様に、被告人とXに対し不作為の共同正犯を認めることにつき、なんら問題はないであろう。

さらに、この事例には続きがある。その後、被告人は、「Aを殺害した同年、Xとの間に、出生を望まないまま産み落とした三女Bがいたものであるが、日ごろからXとともに疎ましく感じ、Bがいない方がよいとの思いから、BをAと同じ様に餓死させようなどと話し合い、離乳食を与える時期になってもこれを与えず、ミルクだけを与えていたため、Bが日々やせ細っていたところ、Bのことを心配して居室を訪れた母親から、『Bにちゃんと食べさせているの、Aみたいにしたら承知しないよ。私が連れて帰って育てる。』などと言われたことから、もう、Bを餓死させても、これを取り繕うことはできず、かといって、他にBを亡き者にするための適当な方法も見出せないまま、互いに追い詰められた心境に立ち至っていた。そのような中、ある日の午後11時頃、Xとともに就寝しようとした際、Bが泣き出したため、被告人において、Bにミルクを与えた後、再び寝ようとしたものの、Bが泣き止まず、Xからは、『B、泣いているぞ。静かにさせろ。』『うるさいんじゃ、何でもいいから黙らせ。』などと再三にわたって言われ、やむなく起き上がったが、Bの世話をしようとはせず文句だけを言う身勝手なXと、ミルクを与えても泣き止もうとしないBに対し、Bの傍らにしゃがみ込んで、仰向けに寝ていたBの顔面及び腹部を右手拳で数回ずつ殴打し、Bを両手で抱き上げて、敷布団上に数回叩きつけたが、Xが一向に制止しようとしなから、Bを抱きかかえて、隣室に置かれた炬燵の前に移動して立ち、Bを自分の右肩付近まで持ち上げたまま、Xの方を振り返り、Xに対し『止めへんかったらどうなっても知らんから。』と申し向けて、Xの意向を問いただしたところ、これに背中を向けて布団上に横臥していたXにおいて、顔だけを被告人の方に向けて、Bを抱え上げた被告人の表情等を見て、被告

人がBを炬燵の天板に叩きつけようとしていることに気付いたが、嫌悪していたBを被告人に殺害させる意図から、黙ったまま顔を反対側に背けたため、その様子を見た被告人においても、Xが自分を制止する気がなく、自分にBを殺害させようとしていることを知り、被告人において、右肩付近に持ち上げていたBを炬燵の天板目がけて思い切り叩きつけ、約一メートル下方の炬燵の天板上にその後頭部を強打させ、よって、Bを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させたものである。以上の事実について、大阪高裁は、「被告人において、炬燵の前に立って、Bを右肩付近に抱え上げた状態で、Xの方を振り向き、わざわざXに対して『止めへんかったらどうなっても知らんから。』と警告的な言葉を発することによって、Xがいかなる態度に出るかを問いただした際、被告人と一旦は目を合わせたXが、ベランダの方を向いて自分を制止しようとしめない態度を示したことを確認したこと、その際、被告人自身に、Xに制止して欲しいという気持ちがあり、仮に、この時、Xが制止していれば、Bを炬燵の天板に投げるのを止めた可能性が高かったこと、しかるに、Xが制止することなく、前記のような態度を示したことによって、Bを炬燵の天板に投げつけることによって殺害することを容認したものと理解したということができるのであり、他方、Xにおいても、被告人と並んでBの親権者でその保護者たる実父であり、本件犯行当時、その場には、乳幼児らを除くと、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、自分ただ一人であったものであるところ、炬燵の前に立ってBを右肩付近にまで抱え上げて、自分の方を向いた被告人がBを炬燵の天板に叩きつけようとしているのを十分理解し、被告人の前記の発言の意味するところも知悉し、しかも、その際、被告人が自分に制止して欲しいという気持ちをも有していることまでも熟知しながら、自らもBに死んで欲しいという気持ちから、被告人と一旦合った目を逸らし、あえて被告人を制止しないという行動に出ることによって、被告人がBを炬燵の天板に叩きつけて殺害することを容認したといえる」として、被告人がBを炬燵の天板に叩きつけるという方法によって、同児を殺害することに関す

る暗黙の共謀がその時点において成立したと認めるのが相当と判断し、被告人とXとの殺人罪の共同正犯が成立することを肯定している¹⁶⁾。ここにおいて、大阪高裁により、被告人とXにつき殺人罪の共同正犯が成立すると認められた内実が、共謀共同正犯であるのか、作為と不作為の共同正犯であるのかが明示されていないため、Xの行為は作為犯として処理したものであると解する見解や、Xの行為は不作為であるから、不作為犯として処理すべきであったとの見解が存在しており、学説においてはその理解が分かれている¹⁷⁾。

以上の事実関係において、Bに対する殺害につき、被告人とXに共謀共同正犯を認めるためには、被告人とXの間に、Bに対する具体的な殺害方法に関する共謀が必要となると解される。確かに被告人とXは、日ごろからBを疎ましく感じ、Bがいない方がよいとの思いから、BをAと同じ様に餓死させようなどと話し合っている状況があったものであるが、実際に行われたBに対する殺害行為は「Bを炬燵の天板目がけて思い切り叩きつけ、約一メートル下方の炬燵の天板上にその後頭部を強打させる」といったものであったことに注意しなければならない。ここにおいて、被告人とXがBに対する不作為の殺害について意思連絡をしていたことをもって、Bに対する殺人罪の共謀があったと解すれば、Xには殺人罪の共謀共同正犯が認められると判断することも理論的に可能であろうが、Bを餓死させるため生存に必要な栄養を十分に与えないという不作為の共謀の内容をもって、炬燵の天板に叩きつける作為の殺害行為まで射程範囲に含めるというのは難しいのではないかと思われる。

共謀共同正犯とは、共謀に基づく実行を行った以外の者が犯行現場に同席していなかったとしても、正犯として、共謀に基づく実行によって生じた結果のすべてが帰属されるものであるから、実行正犯者が、共犯者間で謀議を

16) 前掲注15) 大阪高判平成13年6月21日判タ1085号292頁以降参照。

17) 作為犯として処理していると解しているものに、松原芳博「共謀共同正犯と行為主義」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』2007年541頁参照。なお、不作為犯の成立を肯定すべきであったと論じているものに、島田総一郎「不作為による共同正犯」『刑事法ジャーナル』29号46頁以下、並びに、西田典之『共犯理論の展開』2010年136頁以下参照。

行った内容と異なる行為を実行し、それが当初の共謀の射程から外れた行為であった場合、実行正犯者の行為によって生じた結果は実行正犯者以外の共謀を行った者に帰属させるべきではないであらう¹⁸⁾。大阪高裁も、Bに対する殺人の共謀があった段階は、被告人とXがBを餓死させようと相談していた時点ではなく、被告人がBを炬燵の天板に叩きつける直前に、Xの方に振り向き、「止めへんかったらどうなっても知らんから。」と警告的な言葉を発したにもかかわらず、Xが被告人と一旦あった目を背けた時点で、Bを炬燵の天板に叩きつける殺害行為についての暗黙の共謀があったと判断している。さらに、Xが被告人の殺害行為を阻止しなかったことにつき、Xにおいて、現場での被告人の犯行並びにBの生命を侵害する結果発生を阻止すべき義務があったかが検討されているところからすると、この事例に対しては、B殺害に対する共謀共同正犯の成立が認められたものではなく、現場においての作為実行正犯者と不作為者の共同正犯が成立したと評価されたものであろう。

次に、東京高判平成20年10月6日の事例を紹介したい。この事例は、作為実行正犯者の犯罪事実を認識しながら、現場に同席していたにもかかわらず、作為実行正犯者の犯行を阻止しなかったことが、作為実行正犯者と不作為の共同正犯を成立させると判断した注目すべき判例である。この事例の事実の概要は次の通りである。「未成年女子であった被告人甲は、遊び仲間である被害者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名が詳しく事情を聞くこととなり、その中で、乙及びAらは、甲がVにより強姦されたと誤解したことから、Vに対して腹を立て、甲を通じてVをコンビニの駐車場に呼び出すことにした。その後、乙並びに遊び仲間数名とVとの間でやり取りがあり、その際に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

18) 共謀の射程が問題となった事案につき、東京地判平成7年10月9日判時1598号155頁、また、共謀の射程に関して、橋爪隆「特集IVつまずきのもと刑法—共謀の射程と共犯の錯誤」法教359号20頁参照。

もその場所に行って、そこで、AらがVに凄惨な暴行を加え、Vの意識を失わせた。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を呼び出して、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¹⁹⁾ というものである。この事例に対し、一審は、甲乙を殺人罪の共謀共同正犯としていたが、東京高裁は、「被告人両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ものであるが、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。」とした。そして、「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というべきである。」と述べて、共謀の認定が内実のあるものといえない場合においては、「現場に同行し、実行行為を阻止しなかった不作為について、作為実行正犯者との共同正犯が認められるかといった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いえる」ことを示した。その上で、東京高裁は、共謀共同正犯が成立するための要件につき、「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の『内容の濃い共謀』」の存在が必要であるとし、本件のように、事前に犯行について具体的な共謀（内容の濃い共謀）がなく、単に現場において犯行についての意思連絡をしたにすぎないような現場共謀の場合には、現場における共謀の内容がどのようなものであったかを薄める手法を用いてまで共謀共同正犯の成立を検討する必要はなく、不作為犯論の展開をもって、作為実行正犯者と不作為者の共同正犯を論じる方が合理的であることを指摘した。以上の

19) 東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁。本事例の事実の概要を引用したものとして、中森喜彦「[判例評釈] 不作為による共同正犯—2つの高裁判決」法科大学院論集7号127頁参照。

ことから、東京高裁は、作為実行正犯者の犯罪に対し、現場に同席していた者が不作為にとどまっていた場合において、「共謀共同正犯」が成立するの
か、「作為と不作為の共同正犯」が成立するののかといった問題を判断するた
めの重要な基準の一つとして、「実際に行われた犯行についての謀議の内容」
が重要であることを示したものと見えよう。

平成13年の大阪高判の事例及び平成20年の東京高裁の事例をみると、作為
実行正犯者の犯罪に対し、現場に同席していた者が不作為で関与していた場
合において、現場の不作為者に共謀共同正犯の成立を認めるためには、両者
間に実際に行われた実行行為に関する具体的な共謀が必要であり、それは現
場において単に意思連絡を交わす程度のものでは足りないと思われているよ
うに思われる。一般に共謀共同正犯が成立するためには、特定の犯罪行為に
対する共謀とそれに基づく実行があることが必要であると解されているが、
その際の共謀の中身には、実際に行われる具体的な犯罪行為の内容に対し、
正犯意思（主観的要素のみを指すものではなく、正犯意思を基礎づける客観的事実の存
在・相互利用補充関係）をもった意思連絡、つまり、平成20年の東京高裁いわ
く「内容の濃い共謀」が求められていると解することができる。さらに、事
前に作為実行正犯者によって実際に行われた行為についての具体的な共謀が
なく、現場において黙示の意思連絡があったと認められる現場共謀のような
事例においては、共謀共同正犯で検討をするよりも実行共同正犯として検討
を行う方が結果的妥当性に沿う場合があることを示している。もしも、この
ような場合において、なお共謀共同正犯の成立が認められるかを検討すべき
であるとするならば、少なくとも実際に行われた犯罪行為が共犯者間におい
て十分に想定され、事前に暗黙の共謀があったと認められるような特殊な人
間関係や状況がある場合に限られるべきであろうと思われ²⁰⁾。

20) 最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁（スワット事件）。この事件は、スワットと呼ば
れる暴力団専属の警護組織が、けん銃等を所持して暴力団幹部である被告人を警護していた事
案である。この事件では、被告人にけん銃等の所持について共謀共同正犯が成立するかが問題
とされた。公判において、被告人とスワットとの間に具体的な謀議行為を認定するまでに至ら
なかったが、最高裁は、「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように

平成13年の大阪高裁の事例並びに平成20年の東京高裁の事例を通じ、事前に具体的な犯行についての共謀がなされていない場合において、現場において、作為実行正犯者との間に犯行の意思連絡があることによって、犯行を阻止せずに現場にとどまっていた不作為者にも「作為と不作為の共同正犯」が認められるべき場合があることが理解されるが、それでは、たまたま作為実行正犯者の側において、作為実行正犯者の犯行を認識しながら犯行を阻止しないという態度を示し、意思連絡がなされていれば、直ちに不作為者にも「作為と不作為の共同正犯」が成立するのかもしれない。そこでは、不作為が作為実行共同正犯と同等の評価を受ける必要があるため、不作為犯論による検討が必要となる。不作為者に、ある一定の「作為義務」が認められ、「作為義務」の履行が可能であるにもかかわらず履行をしなかったことが、実行共同正犯における「犯罪行為の一部実行」や「実行行為の分担」と同等に評価しえる場合には、作為と不作為の共同正犯を肯定することが可能となろう。

直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり（中略）、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。」と判示し、「スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺において被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、スワットらとの間に共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」としている。スワット事件では、被告人とスワットとの間に具体的な謀議行為を認定するまでに至らなかったものであるが、被告人とスワットとの間に「意思の連絡があった」ことを認定し、犯行時までの状況、犯行時の被告人とスワットの行動、被告人の地位・立場等といった特殊な事情から、けん銃所持に関する共謀を推認するような判断を行っている。スワット事件は事前に犯行に関する具体的な共謀がないものの、犯行の意思連絡と、被告人と共犯者間の特殊な人間関係等をふまえて共謀を肯定した事例であるが、あくまでも例外事例として、共謀共同正犯のリーディングケースとして一般化することには慎重でなければならないとの指摘がなされている。以上のことについて、杉田宗久・平城文啓・仁藤佳海「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題5：共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件(上)」判タ1355号2010年75頁、並びに、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17年11月29日第1小法廷判決を中心に」刑事法ジャーナル3号2009年54頁参照。

(2) 不作為の共同正犯と不作為の幫助犯の相違について

作為実行正犯者の犯罪を防止して、結果の発生を防止しなければならない作為義務のある者が、作為の履行が可能であるにもかかわらず、不作為にとどまった場合において、不作為者が「作為と不作為の共同正犯」となるのか、あるいは「不作為の幫助犯」となるのかについても、その区別が問題となる。ここでは、「不作為による幫助犯」の成立が認められた判例や学説を通して、両者の区別に関する考察を行っていくものとする。

「不作為による幫助犯」を肯定した事例として、札幌高判平成12年3月16日の判例がある。この事例の事実の概要は次の通りである。「被告人は被害者の母親であるが、先に協議離婚したXと同棲を再開するに際し、自己が親権者となっていた元夫Aとの間にできたB及び被害者であるC（当時3歳）を連れてXと内縁関係に入った。その後、XはCらにせっかみを繰り返すようになり、それを止めようとする被告人に対しても暴行を加えるようになっていた。ある日の午後7時15分、Xは、被告人とB及びCとで同棲していた自宅マンションにおいて、Cに対し、顔面、頭部を平手及び手拳で多数回殴打し、転倒させるなどの暴行を加えて硬膜下出血等の傷害を負わせ、病院に搬送されたものの、翌日午前1時55分頃死亡に至らしたものであるが、その際に、被告人はXが暴行を開始しようとするのを認識していたが、暴行を制止する措置をとることなく放置していた²¹⁾」というものである。この事例に対して、第一審は、「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等の観点からみて、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。」とし、本件事実関係において、被告人が妊娠中であり、もしも被告人がXのCに対する暴行に対し、実力をもって阻止しようとしたのであれば、被告人自身のみなら

21) 札幌高判平成12年3月16日判タ1044号263頁以下参照。なお、事実の概要については、大塚裕史「85 不作為による幫助」ジュリスト判例百選第6版189号172頁参照。

ず、胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もあったことをあげ、被告人においては、XのCに対する暴行につき「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Xの暴行を阻止することが著しく困難な心理状況にかんがみると、被告人に要求されてい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、被告人の不作為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²²⁾」と判示して、被告人に対し無罪を言い渡した。これに対し、札幌高判は、「不作為による幫助犯」の成立要件について、次のように論じた上で、一審の無罪判決を破棄し、被告人に対し傷害致死幫助罪の成立を肯定した。「不作為による幫助犯の成立要件に徴すると、原判決が掲げる『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』という要件は、不作為による幫助犯の成立には不必要というべきであるから、実質的に、作為義務がある者の不作為のうちでも結果阻止との因果性の認められるもののみを幫助行為に限定した上、被告人に具体的に要求される作為の内容として、Xの暴行を実力をもって阻止する行為のみを想定し、XとCの側に寄ってXがCに暴行を加えないように監視する行為、ある

22) 釧路地判平11年2月12日判時1675号148頁参照。ここにおいて釧路地裁は、「(1) 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等の観点からみて、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とした上、(2) 被告人には、XがCに対して暴行に及ぶことを阻止すべき作為義務があったと認めながら、(3) その作為義務の程度は極めて強度とまではいえないとし、(4) 被告人に具体的に要求される作為の内容としては、Xの暴行をほぼ確実に阻止し得た行為、すなわちXの暴行を、実力をもって阻止する行為を想定するのが相当であり、XとCの側に寄ってXがCに暴行を加えないように監視する行為、あるいは、Xの暴行を言葉で制止する行為を想定することは相当でないとした上で、(5) 被告人が身を挺して制止すれば、Xの暴行をほぼ確実に阻止し得たはずであるから、被告人がXの暴行を、実力をもって阻止することは、不可能ではなかったが、そうしようとした場合には、かえって、Xの反感を買い、被告人がX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上、被告人は、Xの暴行を実力により阻止することが極めて困難な心理状態にあったのであるから、被告人がXの暴行を実力により阻止することは著しく困難な状況にあったとし、(6) 右状況にかんがみると、被告人の不作為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」旨判示し、被告人を無罪としている。

いは、Xの暴行を言葉で制止する行為を想定することは相当でないとした原判決には、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掛ける必要があり、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を考慮に入れても、なお法令の適用に誤りがあるといわざるを得ない。」とし、不作為による幫助犯の成立には「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」という厳格な要件まで求めるべきではないことを明らかにした。そして、幫助行為と同等評価の不作為といえるためには、犯罪実行を促進させる、作為による幫助行為と同等の不作為であれば良いのであるから、作為義務の程度は、作為義務が履行された場合と比して、作為実行正犯者の犯行が容易になったといえる程度であればよく、本件において被告人は、「具体的状況に応じ、(XがCに対して暴行を振るおうとした段階で)監視ないし制止行為を比較的容易なものから段階的に行い、あるいは、複合して行うなどしてXのCに対する暴行を阻止することは可能」であるにもかかわらず、それを行わなかったのであるから、「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、XのCに対する暴行を阻止することか可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できるものというべきである」として、被告人に対し傷害致死幫助犯²³⁾の成立を肯定している。

札幌高裁は、不作為の幫助犯の成立要件として、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している。つまり、不作為の幫助犯の成立要件として、「作為実行正犯者の実行行為を防止すべき法律的作為義務」が求められている。さらに、「作為実行正犯者の実行行為を防止すべき法律的作為義務」が認められるためには、作為可能性が必要とされるが、その程度は、「作為実行正犯者の実行行為を確実に防止することが

23) 前掲注21) 札幌高判平成12年3月16日判タ1044号263頁参照。

可能であるか」といった程度までの作為可能性が求められているのではなく、「作為実行正犯者の円滑な実行行為の促進を防止することが可能であるか」といった程度の作為可能性で足りるところに、「作為と不作為の共同正犯」と「不作為による幫助犯」の区別の基準が示されているように思われる。

不作為は、作為と比較すると結果発生 of 因果的影響力が弱いものであるため、作為実行正犯者と不作為による共犯が成立するかを検討する場合においては、不作為行為単独で結果発生を排他的に支配しているかを前提に不作為犯の成立を検討すべきではなく、作為実行正犯者が実行行為をすることに対し、「作為実行正犯者の実行行為を防止して、結果発生を防止すべき作為義務」が必要になるものと解される。そして、「作為と不作為の共同正犯」の場合と、「不作為による幫助犯」の場合には、「作為実行正犯者の実行行為を防止して、結果発生を防止すべき作為義務」が課される前提となる作為可能性の程度が異なっているものと思われる。つまり、「作為と不作為の共同正犯」として認められるためには、「作為実行正犯者の実行行為を防止し、結果発生を防止することが、合理的疑いを超える程度に確実であるにもかかわらず、作為実行正犯者の犯行を防止しなかった」という不作為が、共同正犯として評価される不作為であり、「結果発生を防止すべき義務のある者が、作為実行正犯者の実行行為の円滑な遂行を防止することが可能であるにもかかわらず、作為実行正犯者の犯行を防止しなかった」という不作為が幫助犯として評価される不作為であると解することができよう。

このような見解は、学説の中にも見られる。作為実行正犯者がいる場合において、不作為に正犯性を肯定して共同正犯とするか、あるいは幫助犯とするかは、作為義務の内容によって区別されるべきであることを前提として、作為に出ることにより確実に結果が回避できたとする蓋然性が高い場合には正犯、結果発生 of 阻止には至らなくとも、結果発生を困難にした可能性があ

24) 西田典之『刑法総論』第2版2010年361～362頁参照、また、林幹人『刑法総論』第2版2008年156頁以下参照。

の場合には幫助犯とする見解が存在している。²⁴⁾この見解は、前述の札幌高判における判断に極めて近い見解であるといえよう。また、学説の中には、先ほどの見解と同じ結論に至るものの、不作為の正犯と不作為の幫助犯における作為義務は同一であり、結果回避可能性の程度は作為義務とは異なる不作為犯成立の要素であるとする見解もある。しかし、この見解に対しては、そもそも刑法において義務を課す場合、実行不可能な義務を課して、その義務に違反したことをもって刑を科すということは避けられなければならないのであるから、結果回避可能性を無視して作為義務を課すべきではないとの批判がなされている。これによれば、不作為の幫助犯の作為義務を検討する際には、結果発生を困難にした可能性があることを前提として、作為実行正犯者の犯罪を防止し、結果発生を防止すべき作為義務が必要であるとしている。²⁵⁾確かに、実現不可能な義務は課せられるべきではないので、作為義務を認める前提として作為可能性を検討することは必要であろうと思われる。

その他、「作為と不作為の共同正犯」と「不作為による幫助犯」の区別は作為可能性の程度にとどまるのではなく、そもそも作為義務の内容自体が異なっていると主張する見解も存在している。この見解によれば、それぞれの作為義務の内容につき、法益保護義務が中心となる場合には正犯、危険源を監視すべき義務または作為実行正犯者の犯罪阻止義務があるに過ぎない場合は従犯であるとの主張がなされている。²⁶⁾つまり、法益侵害という結果発生を防止するために行動すべき義務があることが不作為の正犯性を評価することとなり、自身が創出した危険を監視し続けるべき義務や、作為実行正犯者の

25) 西田・前掲注24) 362頁参照。ただし、ここでは、「作為と不作為の共同正犯」と「不作為の幫助犯」の相違として論じられているのではなく、不作為による正犯と不作為による共犯の作為義務の内容として論じられている。「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場合には不作為による幫助と解すべきだろう」として、結果を確実に阻止し得た場合は、不作為の同時正犯を問題にしている。これに関して、さらに、西田典之「不作為犯による共犯」法協122巻4号436頁以下参照。

26) 中義勝『共犯論上の諸問題』1991年329頁以下、及び、山中敬一『刑法総論』第2版907頁以下参照

犯罪を防止すべき義務にとどまる場合には、正犯性を肯定することができず、幫助犯にとどまると解されている。しかし、この見解が、「不作為の幫助犯」の作為義務の中に法益侵害結果を防止する義務を内包するものではないと解しているのであれば、不作為の幫助犯における作為義務を広汎に認める危険性が生じるため採用することができない。この見解によれば、監護権内にいる未成年が犯罪を実行する際に、それを認識していたにも関わらず止めなかった監護権者が、直ちに未成年者が実行した犯罪の幫助犯となるといった結論に至ることも考えられる。不作為による幫助として共犯処罰が認められるためには、なんらか結果発生に因果的な影響をもたらしたことが必要であることから、単に正犯者の犯罪行為を防止すべき義務のみを検討するのではなく、「当該法益侵害の結果を惹起させないよう、作為実行正犯者の実行行為を阻止すべき義務」が求められているように思われる。²⁷⁾このように解すると、作為義務の内容の多くは「作為と不作為の共同正犯」であっても、「不作為による幫助犯」の場合であっても同様のものが求められているものの、作為義務の内容としての両者の大きな違いは「作為実行正犯者の犯罪実行の防止可能性の程度」にあると解することが妥当であるといえよう。

このように考えると、作為実行正犯者に不作為で関与する者は、「結果防止義務（法益保護義務）」並びに「犯罪阻止義務」の両義務が必要であるため、平成12年の札幌高判の事例と比べて、平成20年の東京高判の事例では、行為者・被害者間が親子であるといったような、被害者の生命を保護すべき法的根拠がない場合であるから、被害者の生命という法益を保護すべき高度な法的義務が認めにくい事例であるといえよう。東京高裁は、不作為の共同正犯を認める前提となった作為義務の内容について、被告人が被害者を危険な場所に誘い入れたこと、また、被害者に対する生命侵害の危険が生じた際に被害者を救うことができる者は被告人のほかにはいなかったこと、被告人の言動が作為実行正犯者の暴行の犯意の発生に寄与したこと等をあげながら、被

27) 同様の見解として、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』1994年177頁、及び、西田・前掲注24) 360～361頁参照。

告人に対し作為義務を認めているものである。ここにおいて、単に「被害者を危険の及ぶ可能性のある場所に誘い入れた」先行行為のみを根拠として、被害者の生命侵害に至らないように防止すべき義務まで導きだすことは困難であることから、東京高裁のような事例においては、具体的な事実から、被害者の法益侵害を防止すべき義務、そして、作為実行正犯者の犯行を防止すべき義務を十分に検討することが重要であろうと思われる。そして、被告人が作為実行正犯者の犯行を防止すれば、結果が発生しないという蓋然性が高い場合には、被告人に正犯性を認めることが可能であると解されることとなる。

その他、学説の中には、作為実行正犯者の実行行為を阻止しない不作為者は、原則として従犯にとどめるべきであるといった見解も存在している²⁸⁾。この見解によれば、他人が作為実行正犯として行為支配を有し、結果発生に対して排他的な支配を行っている以上、結果発生につき完全な排他的支配を有しない保障人は正犯者と認めることができず、幫助犯として認めるべきであるといった説明がなされている。しかしながら、事前の共謀が認められなくとも、現場において作為実行正犯者の犯行を認識し、黙示的意思連絡をしながら、法益侵害の結果が生じないよう、作為実行正犯者の行為を阻止すべきであったのに阻止をしなかったという場合において、作為実行正犯者がいるというだけで、一律に不作為者が幫助犯にとどまるとするのも疑問が残る。例えば、平成13年の大阪高裁の事例は、事前に、被害者殺害に関する具体的な共謀が認めにくい事例であると思われるが、この場合において、被告人の犯行を阻止しなかったXが殺人罪の幫助犯にとどまると判断されるべきではないように思われる。

最後に、「作為と不作為の共同正犯」と「不作為の幫助犯」の相違については、作為による「共謀共同正犯」と「幫助犯」の相違の場合と同様に、行為者の「正犯性」も重要な要素として考えられる。「正犯性」が認められる

28) 内田・前掲注12) 311頁, 山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」『小林充・佐藤文哉古稀祝賀 刑事裁判論集 上巻』2006年31頁参照。

ためには、結果発生に対する物理的・心理的因果性による影響力が強く、自らの犯罪として実行していると認めるに足りる事実（あるいは相互利用補充関係が認められる事実）が存在することが求められている。不作為も、作為と同等の構成要件的評価を受ける場合は、作為と同様の規定が適用されるべきであるとの見地に立てば、不作為の共同正犯と、不作為の幫助犯の相違の一つに「不作為者の正犯性」をあげることも可能であろう。これを「作為と不作為の共同正犯」と「不作為の幫助犯」の区別のための判断の一つとして検討を行うのであれば、結果発生に対する物理的・心理的影響力が強く、正犯性が強い者の不作為は、自らが生じさせた物理的・心理的因果性を除去すれば、作為実行正犯者の犯罪行為を確実に防止することが可能となると解されるので、不作為の共同正犯における「正犯性」は、「作為実行正犯者の犯行を確実に防止することができる」作為可能性の程度をはかる判断要素として導入することが可能であるように思われる。

5 むすびにかえて

本稿は、不作為の共犯の問題について、特に作為実行正犯者に対し、犯罪行為を認識しながら、不作為で関与した場合における罪責を中心に、近年の注目に値する高裁判例の判断を通して、不作為の共犯に関する成立要件をはじめとした内実を明確にしようと試みたものであるが、具体的に「共謀共同正犯」の成立が認められる場合、「作為と不作為の共同正犯」が認められる場合、そして「不作為の幫助犯」が認められる場合のそれぞれ詳細な区別や、それらを論じている学説に対する考察を十分に行うことができたとは言いがたい。不作為の共犯は、従前から議論の対象となっている問題の一つであり、ドイツにおける解釈にも影響を受け、現在の学説の展開がなされたものであるため、ドイツにおける不作為の共犯理論についても検討していかねばならなかったが、これについて十分な検討を加えることができなかった。その意味において、本稿は、「不作為の共犯」に関する研究の端緒となるもの

として、十分に検討しきれなかった問題につき、今後も研究を進めていきながら「不作為の共犯」の理論的解釈を深めていきたいと考えている。

なお、本稿の執筆の際には、本学法科大学院の教員研究発表会において、「不作為の共犯」に関する諸問題につき発表する機会を得ることができたので、この場を借りて感謝の意を申し上げたい。また、教員研究発表会においては、参加の先生方から有益な意見や批判、新たな問題提起を頂戴したので、それらの意見を踏まえた上で、今後の「不作為の共犯」に関する問題についての研究を進めて参りたい。

以上