

〈判例評釈〉

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

——東京高判平成 20 年 10 月 6 日判決，判例タイムズ 1309 号
292 頁以下——

岩 間 康 夫

1 問題の所在

作為犯の規定によって処罰される不真正不作為犯については、規定に書かれざる成立要件として、作為義務（保障人的義務）が要求されている。その発生根拠の1つとして、危険な先行行為がある。しかしながら、それは元々法律や契約といったような法源を持たない義務づけ根拠（条理）として、処罰感情を満たすための埋め草として活用されたという経緯から、作為義務の成立範囲を無際限にするものであるとか、この場合は先行行為自体の処罰で十分である等として、わが国では少なくとも単独の根拠としては排斥する見解が有力である⁽¹⁾。他方で、わが国の（裁）判例では、例えば下級審で侵入盗の犯人等による火の不始末という先行行為に当たる事実を述べただけで消火義務を認めるものが見られた一方で⁽²⁾、最近の最高裁判例においては、「自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた」先行行為ばかりでなく、「患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な

患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあった」ことをも合わせて、被告人の「直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる」救助義務が認められている⁽³⁾。

ところで、ドイツにおいてそのような先行行為に基づく作為義務が判例上認められてきたケースに、先行する共同行為の延長線上において、あるいはいわゆる「共犯の過剰」の形で他の共同行為者によって行なわれる犯罪行為を阻止しなかったというものがあり、最近に至るまで、そのような共犯者に先行行為に基づく保障的義務（作為義務）が課されるとの判示が繰り返しなされている⁽⁴⁾。

他方、わが国の判例ではこの種の事案が問題となることはほとんどなかったと言ってよい。ところが、最近になり、殺人等の共同行為の現場に同行したが、実行行為は分担しなかった者2名につき、「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」ことを理由に他者による殺人行為を阻止すべき作為義務を認めた判決が東京高裁によって下された。しかも、そのようにして作為義務違反が認められた者が作為による殺人の実行行為者との間で（不作為による）共同正犯となるという結論まで示されたのであるが、この点是不作為の共同正犯に関する重要な論点にほとんど立ち入らずに認められたものであり、しかも、必要な共謀の程度が通常の共謀共同正犯よりも、これまた理由づけのないまま緩和されてしまっており、決して看過することが許されない問題をはらんでいると言ってよい。本判決は共謀の認定が不確実な事例に対するいわば救済策として、先行行為に基づく作為義務を「活用」したが、これはわが国の上記有力説が先行行為に基づく作為義務の重大な問題点として非難する、例えば本来作為による過失犯であるべきものを不作為による故意犯に⁽⁵⁾、また作為による共犯を不作為の正犯へと昇格させるという手法に当たると言ってよく、とりわけこの意味で重大な判決と見て差し支えなからう。

そこで本稿では、当該東京高裁判決を紹介し、その判示内容を分析の上、若干の評釈を行なう。

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

2 事案の概要

本件の事案は以下の通りである。

X (当時 17 歳) は、遊び仲間である V (当時 18 歳) に対して好意を寄せていたところ、V 方で就寝中に性交渉を求められるという X にとって衝撃的な事態が発生した。X の友人の Y は、X からそのことを打ち明けられ、詳しく事情を聞くため、遊び仲間である A～F の 6 名 (B のみが女性) がたむろする同市内のコンビニエンスストアの駐車場に立ち寄った (なお、A は X と以前交際しており、V のことを快く思っていなかった。また、C も X に対して好意を抱いていた)。X の話を聞いた Y、A、B は V に腹を立て (殊に A は X が強姦されたと誤解した)、B らに説得された X は、V を別のコンビニエンスストアの駐車場に呼び出した。その場に移動した A らは、先輩の G の運転する軽自動車を訪れた V を問い詰めたところ、V は、X の陰部に指を挿入したことは認めたが、強姦したとは認めず、他方、C から事情を尋ねられた X は V に強姦されかけたなどと言った。V は突然逃げ出したが、A ら 6 名と Y は、そのことで一層怒りを募らせ、G に V を探させて、指定した小見川区事務所駐車場まで V を連行させた。X らも自動車に分乗してその駐車場に赴き、A、C～F が V に対して暴行を加え、同駐車場が人目に付きやすかったことなどから全員が神栖海浜運動公園に移動した。同所の駐車場で、V は、A、C～F から凄惨な暴行を受けて意識を失った (なお、その間、E が G に対してナイフを突きつけて詰め寄ることがあり、そのとき、X は「G さんは関係ないからやめて」と言ったが、A は「お前がやられたって言ったから俺ら動いたんだよ」などと言った)。A らは、V を病院に連れて行くよう G に言い、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、G に対して V を殺害するよう命じた。そして、上記の全員が殺害場所付近に移動した上で、G が V を池に落として殺害した。また、A らは、証拠隠滅のために G の軽自動車を損壊した。

X 及び Y は、殺人 (刑法 199 条) 及び共同器物損壊 (暴力行為等処罰法 1 条)

の共同正犯として起訴され、原判決及び本判決ともに共同正犯の成立を認めているが、第一審判決（千葉地裁平成20年3月31日）の方はX及びYをもAらとの作為による共謀共同正犯と評価した。

3 判決理由

東京高裁は以下のように判示したが、さらに量刑不当の主張をも退け、被告人兩名をそれぞれ懲役2年8月以上4年以下の不定期刑（求刑・それぞれ懲役3年以上5年以下）に処した原判決の結論自体は是認した（なお、判決文中の下線は評者が便宜上付したものである）。

「2 ……各論旨は、要するにV（以下、単に「被害者」という。）の殺害（これに至る一連の暴行を含む。）と普通乗用自動車（ミラ）の共同損壊について、被告人兩名に共謀共同正犯を認めた原判決には事実誤認ないし法令適用の誤りがあるというのである。なお、各論旨は、必ずしも明確に区別していないが、それぞれの故意についてこれを認めた原判決の事実認定を論難する部分も含まれており、また、前記の理由不備ないし理由齟齬の論旨は、実質は、共謀共同正犯を認めた原判決の事実認定を論難するものであるので、いずれの点もあわせて判断する。

3 そこで、被告人兩名の共謀共同正犯の成否について検討するに、その前提として、被害者の殺害（これに至る一連の暴行を含む。）と普通乗用自動車（ミラ）の共同損壊について、被告人兩名に故意、すなわち、認識・認容があることは、本件証拠を総合すれば、優に認めることができるから、これを肯定した原判決の事実認定はその発生時期の点を含めて正当であり、各論旨は理由がない。そこで、共謀共同正犯の成否が本件における主要な争点であるところ、原判決は、小見川区事務所駐車場での暴行については、被告人兩名が、暴行を認容しつつ、Aら6名と共に自動車等に分乗して、被害者を連行して暴行を加えるべき同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、神栖海浜運動公園駐車場での暴行については、前記暴行と一連のものであり、同駐車場に移動するまでに互いに暗黙のうちに意思を相通

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

じて共謀したものであり、殺害については、Aら6名らと車に分乗して日川公民館跡地から下飯田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、殺害を共謀したものであり、そして、ミラの共同損壊については、相互に犯意を認識し、暗にミラの処分に係る謀議を遂げたものであると、それぞれ認定した。そして、その実質的理由としては、以上の各犯行が一連のもので、共犯者全体における意思連絡ないし協力関係が継続していたこと、被告人兩名において、反対したり、阻止する行動に出でず、警察、家族又は知人等に通報し救助を求めることが困難であったとは言い難いのにそれをしていないこと、被告人Xは、事情を説明して共犯者らの怒りを鎮めることが可能であったのにそれをしなかったことなどの事実を挙げている。以上のうち犯行現場へ車に分乗して移動したこと自体が謀議の重要な事実としていよううかがわれる点は、所論のいうようにみずから運転していたわけでもないから、これを重視するのは、疑問の余地があり、むしろ共謀が成立した時期を示したものと理解することもできる。

ところで、本件においては、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。そこに所論が種々論難しようとする手掛かりがあるといえる。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。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。その代わり、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が重要となるし、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より適切であるといえる。このような新たな観点から、本件を見直すと、原判決があまり重視しているはいえない被告人 X の当初の言動、すなわち、被害者を呼び出した時の状況等が重要となる。すなわち、本件は、被告人 X が被害者に「やられはぐった」と被告人 Y に話したことを端緒とし、嘘の口実を設けて被害者を呼び出したことに始まる。被告人 X は、上記の話聞き付けた A や B が憤激し、実際には被告人 X は強姦などされていなかったのにそう誤解した A が「1 回ぶっとばされないと分からないのかな」などと言い、B が執拗に被害者の呼び出しを迫るなどしている姿を見、また、被告人 X とかつて交際していた A が被害者を快く思っていなかったことを知っており、被害者に会う相手のなかに A も入っていたことからすると、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いたといえる。被告人 X は、かかる認識を有しながら呼び出し行為に及んでいるものであって、これは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ものといえる。そして、被害者に会う相手である A、B、被告人 Y のいずれもが、呼び出す前の段階で被害者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 X のほかにはいなかったといえる。この点につき、所論（被告人 X）は、呼び出しは B に逆らえずにやむなく承諾したものであるし、呼び出したのは話し合いをするためであるなどというが、仮にそうだとしても、被害者が暴力を受ける危険性はやはり否定しきれないから、被害者の身体に対する危険を作り出したことに変わりはないといえる。また、所論（被告人 X）がいうように A と C に被告人 X に好意を抱いていたという事情があったとしても、被告人 X がやられたという話がなければ被害者への怒りを発しなかったことも確かなところであるから、被告人 X 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。また、所論（被告人 X）は、共犯者らは被害者が逃げたことで怒りに達し、もはや他人の説得による抑制の効かない状況にあった、暴行が自分に向けられる危険があったなどという。しかし、被告人 X が最年少であるという立場を考慮に入れても、「お前がやられたって言ったから俺ら動いたんだよ」という A の発言にみられるように共犯者ら

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

は、仲間である被告人 X のために被害者に怒りを発していたといえるから、本当は強姦などされていないという事実を説明すべきであったのである。被害者の逃走によって、A らの怒りがさらに増幅されたのであるから、なお一層、被告人 X は本当のところを言うべきであったといえる。A らの怒りの理由は、被告人 X が強姦されたというからであって、だからこそ、被害者を呼びつけて被告人 X に謝らせるといふ大義名分があったのである。A の前記発言は、このことを如実に示している。その事実がなければ、A らですら、被害者に本件のような執拗・残虐な暴行を加えた上、殺害するまでの動機も理由もなく、そうはしなかったはずであろう。まして、被告人 X が本当は被害者が好きだったというなら、なおのことそのことを言うべきで、そう言われてしまえば、他の共犯者は被害者に手を出す理由はなくなってしまうのである。しかも、被告人 X が実はこうですと言えない理由は全くない。そういうことが恐ろしかったとしても、一番肝心なことなのだから、意を決して、本件一連の暴行等のいかなる段階でも言うべきであったのである。それを言わないといういい加減な態度は法の立場からすれば、到底許されないところなのである。

被告人 Y については、若干立場を異にする。被告人 Y は、被告人 X の言葉が本当だと思っていたのであり、事実でないのにこれを述べなかった被告人 X とは異なる。しかしながら、被告人 Y は、被害者の逃走後には、被害者が一度痛い目にあったほうがいいと積極的に思っていたものであって、他方で、被告人 X から話を聞いて、まず自らが被害者に怒りを感じたものであるし、被告人 X を大声で叱るなどして A、B が聞き付ける素地を作り出した上、A の怒る言動等を認識しながらも、被害者の呼び出しを求めるなどして、これを押し進めたことからすと、被告人 X 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ということができる。そうすると、被告人 Y は、被害者が暴行を加えられている場面で、被害者への暴行を制止する行為をしていることが認められるものの、これは、被告人 Y が予想した以上の暴行が加えられていたためと考えられ、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者としては、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ことに変わりはない。……

以上の次第で、被告人兩名には、本件各犯行について不作為犯としての共同正犯が成立する。したがって、原判決は、結論において正当であり、論旨は、法令適用の誤り及び理由不備ないし理由齟齬の各論旨を含めて、いずれも理由がない。」

4 評釈—本判決の問題点

(1) 危険な先行行為に基づく作為義務

本判決は、本件被害者 V によって強姦されたとの一部虚偽の事実を打ち明け、それを聞いた遊び仲間のうち B の要請に応じて V を現場に呼び出した被告人 X と、最初に X の話を聞いて A ら 6 名に X 共々報告しに行った被告人 Y が、その後呼び出された V が突然逃げ出したため、A ら 6 名（及び Y）の怒りを増大させたという介在事情はあるものの、A らが V の先輩である G に V を池に落として殺害させるという事態をもたらしたことについては間違いない。したがって、本判決が言うところの「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」という危険な先行行為を認めることは、それが V の生命を保護すべき作為義務まで根拠づけうるのか否かの検討はさらに必要としても、さし当たり可能であろう⁽⁶⁾。

従来 of 裁判例においても、危険な場所への連れ出しという先行行為（のみ）から作為義務を認めたものがある。例えば前橋地高崎支判昭 46・9・17 判時 646・105 は、被告人甲が疾病のため歩行不能の被害者を騙して連れ出し、所持金を奪おうと企て、被告人乙にその意図を秘して自動車を運転させて被害者方に赴き、同人を自動車にて連れ出し、山中にて乙に上記意図を打ち明けて協力を了承させ、車外に出た被害者から現金 2 万円在中の手提げ鞆をひったくった上、同人の死亡もやむをえないと決意して、乙運転の自動車で同所より立ち去った（が、被害者は無事救護された）という事案につき、甲に対し、以下のようにして、危険場所への連れ出しという先行行為のみを根拠とする作為義務を認めた。即ち、「同被告人は、判示のように、仏像を買える旨被害者を欺罔してその住居から連れ出し、自らの運転する自動車に同乗させて、被害者の生命に切

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

迫した危険のある場所へ連れて来たのであるから、まさに自らの先行行為によって被害者の生命に危険を生じさせたものであって、当然同被告人には、その場所において被害者の生命の危険を除去または被害者を安全な場所まで連れ帰るべき法的義務（作為義務）がある。したがって、同被告人の前記不作為は右作為義務に違反する不作為である。……自らが生命に切迫した危険のある場所まで連行した被害者をその場所に放置するという不作為の行為は、その場所に放置しないこと（作為義務を果たすこと）が可能であった以上は……殺人（未遂）の実行行為としての定型性を具備していると認定すべきである⁽⁷⁾」。

さて、本件東京高裁平成 21 年判決の事案に戻れば、この作為義務（保障人的義務）に関して従来から異論なく⁽⁸⁾認められてきた、先行行為による法益侵害の危険の近接性（もしくは相当性）という要件については、さほどの問題なく認めうるのではなかろうか⁽⁹⁾。これを支える事情として、本判決は被告人 X に関して、X の一部虚偽の話を信じた A や B が憤激している姿を見たこと等の事情から、少なくとも A が V に暴力を振るう可能性があることを十分認識した上で、V 及び G の呼び出し行為に及んだことを、また被告人 Y については、被告人 X を大声で叱るなどして A、B が聞き付ける素地を作り出した上、A の怒る言動等を認識しながらも、被害者の呼び出しを求めるなどして、これを押し進めたことを挙げていると見ることもできよう。

そうすると、本判決は被告人両名の作為義務を専ら危険な先行行為から根拠づけたと解することも可能であるが、もっとも本判決は、被告人 X に関する箇所ですべて「被害者に会う相手である A、B、被告人 Y のいずれもが、呼び出す前の段階で被害者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 X のほかにはいなかったといえる」とも付け加えているので（いわゆる「排他的支配」⁽¹⁰⁾）、本判決も前出のシャクティ事件最高裁決定⁽¹¹⁾と同様、危険な先行行為ばかりでなく、他の義務根拠づけ事情をも並列的に挙げていると見る余地もあろう。

さらに、その結果被告人 X 及び Y に義務づけられた作為とは、X には真相の告白、Y には「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こと」であった。もちろん、それが V の生命という法益の侵害を回避す

るために必要な一切の措置の1つとして要求されたに過ぎないと見るべきかもしれない⁽¹²⁾、そのような趣旨を窺わせる判示は特に見られない。

従来わが国の判例で、共犯者間の犯罪阻止（を通じた被害者の法益保護）義務が認められたものは皆無に等しい状況であったが、ドイツではこの種の判例は以前より散見されている⁽¹³⁾。例えば、共同による強盗行為（暴行）によって被害者が救助を要する状態になった後、ある行為者が強盗行為隠蔽のため被害者を殺害したという事案で、他の強盗行為者に殺害阻止義務が認められたり⁽¹⁴⁾、共同で襲撃した相手方に対し、他の行為者が殺人の故意によりナイフで切りつけるのを阻止しなかった事件で、先行する共同行為から作為義務（保障人的義務）が認められていた⁽¹⁵⁾。最近でも、刑務所の同房者間でなされていた傷害・強要等の虐待に加担した受刑者に、他の虐待行為者によるその後の同種行為を阻止すべき作為義務が認められたり⁽¹⁶⁾、先行する被害者の生命にとって危険ではない虐待に参加した者が他の共同行為者が被害者の殺害に及ぶのを阻止しなかった事件で死亡結果を回避すべき作為義務が認められているが⁽¹⁷⁾、この種の判例の大半は、いわゆる共犯の過剰に当たるケースであり、そこでは一定の範囲において既に共謀の確立していた他の共同行為者による共謀の範囲外の加害行為に関する不作為責任が問われているのである⁽¹⁸⁾。それに対して、本件ではAらは被告人X・Yが認識したものと見られる⁽¹⁹⁾（但し、共謀の成立にまで達していたとまでは確実に言えない）Vの殺害以上の行動には出ていない。ところが、この種の事例でまだ何らかの犯罪に関する共犯関係が確立したとは言えない場合に、当初なされた謀議（共同の行為計画ないしは共同実行の意思形成）の不備を補うために先行行為に基づく作為義務を援用するようなドイツ判例は（ほとんど）見当たらないと言ってよい（もちろん、わが国の判例においてもそうである⁽²⁰⁾）。その意味でも、本判決はこの作為義務根拠に対して古くから懸念されている可罰性の「埋め合わせ（LuckenbüBer）」⁽²¹⁾としての使用傾向を特徴的な形で示しているように思われる。

それはひとまずさておき、では本判決がいかなる要件によって被告人X、Yの作為義務（Aらによる犯行を阻止すべき義務）を認めたのか、判決文から読み取ろうとすると、それは上述のような被害者V（の身体）に対する危険作出

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

ということになろう。もちろん、そのような行為は到底適法とは言えないため、ドイツの判例及び従来通説によって要求されている「先行行為の義務違反性」は当然認められるし、最近の有力説によってその代わりに要求される、被害者等の自己答責により先行行為者の罪責を軽減する見解によっても、たしかにVが被告人Xに性的行為に及んだことがきっかけにはなっているが、Xも自ら進んでV方を訪れたという経緯もあり、その後の好訴的行動をも合わせて考えれば、専ら被害者の落度によってこのような事態がもたらされたとは言いがたいため、その限りではやはりXらの作為義務を否定すべき事案には当たらないと言いうる。従って、本件のX・Yにつき、先行行為による危険作出以外の要件に言及する必要は、たとえそれらを要求する見解を採用としても、さほどなかったとも言えよう⁽²²⁾。

(2) 共謀の間隙補充としての不真正不作為犯

このように、被告人X及びYの行動はたしかに危険な先行行為に基づく作為義務の成立要件を形式的に満たしているが、かと言って、このような構成でX・Yを不真正不作為犯として殺人罪の（共同）正犯と評価することが実質的に妥当か否かが問われるべきであろう。これは先行行為に基づく作為義務に対する上述の根強い批判に鑑みれば、なおさらのことである。

この点、まず、本判決の次のような方法論が問題となろう。即ち、本判決曰く、「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。」

これに問題は無いであろうか。むしろ逆に、まず、傍観者に実行行為者との間での作為犯としての共同正犯が成立しうるのかを検討し（その際に共謀の存否が問われる）、もしそれによって（共謀）共同正犯の成立が認められえない場合に、次はやはり作為による（片面的）幫助犯の成否が検討されるべきであって、他方不真正不作為犯の成立は、傍観者に被害者に対する保護義務が当該事象に関係なく存在している場合⁽²³⁾に別途考慮されるにとどまると構想する方

がより無難なように思われる。さもなくば、共謀共同正犯という、実務で確立されている法形象が一気に不真正不作為犯へと変貌し、その意義を喪失することになってしまうからである。もちろん、東京高裁もこのような共謀共同正犯の不作為犯化を一律に図るつもりではないことを言明してはいるが、「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」との便利さと合わせて考えれば（先行行為に基づく作為義務の根拠づけ自体には、さほどの表面的困難は認められないであろう）、不作為犯化傾向が共謀共同正犯事例の全般に波及することは想像するに難くない。

このように、作為犯の成立に何らかの点で問題がある場合に、先行行為に基づく作為義務の構成を介して不真正不作為犯が認められた比較的最近のケースとして、名古屋地判平9・3・5判時1611・153が想起される。ここでは、複数の行為者が引き続いて3ヶ所の現場で被害者に対して暴行を加えた後、犯跡隠蔽のため殺害の意思を以て最後の暴行現場である木曾川左岸堤防からその中腹付近に被害者を蹴り落とし、さらに木曾川河川敷雑木林内に引きずり、放置し、死亡させたという事案が取り扱われ、検察官はこの行為自体が作為による殺人の実行行為に当たるか、そうでなくても被害者に瀕死の重傷を負わせたことから救護義務があり、それ故不作為による殺人罪が成立する（こちらも共同正犯の趣旨であろう）と主張したのに対し、名古屋地裁は次のように判示したのである。

「A（被害者—評者注）を河川敷に蹴り落とすという行為や河川敷雑木林内で引きずって放置したという行為それ自体によっては、Aの死期が早められたものとは認め難いから、こうした行為をそのまま作為による殺人の実行行為ととらえることはできない。しかしながら、Bら（被告人以外の行為者—評者注）は、右遺棄行為の前に、Aに対して暴行を加えて自力で行動することのできない瀕死の重傷を負わせたのであるから、こうした先行行為に基づく作為義務として、Aを救護すべき義務があり、しかも、その救護義務を尽くしていれば、Aを救命することができたのに、その義務を尽くさず、殺意を持ってAを遺棄

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

したのであるから、不作為による殺人の刑事責任を負うべきである。」

これに対しては、神山教授が以下のように批判している。「最大の問題は、このような行為を前半行為と後半行為に分離して捉えることが許容されるか否かである。本件のBらによる殴打暴行は、Aを単に懲らしめる目的を通り越して執拗に繰り返されており、残虐非道なものであり、Bらが未必の殺人故意をもっていてもおかしくはない。検察サイドとしては、瀕死の重傷を負わず一連の殴打暴行において殺人故意があったか否かが不確かであったために、その後の不救護という不作為に切り替えてより確かに立証しやすい不作為による殺人罪を主張したのであろう。……もしも、行為者の挙動を前半の作為行為と後半の不救助という不作為行為に分け、それぞれについて犯罪を構成することが許容されるとなれば、検察サイドにとって前半の作為において殺意を立証することができない場合でも、後半の不作為においては瀕死の状態を認識しながらあえて放置すること自体に死んでも構わないという未必の故意が認められるとして、不作為による殺人罪で起訴することを容易に可能ならしめることになる⁽²⁴⁾。」これは危険な先行行為に基づく作為義務一般に対する批判と言えるが⁽²⁵⁾、ここでの作為時点における殺意の欠如を後の不作為時点におけるその存在によって補うかの如き手法が、本稿の評釈対象たる東京高裁の事件では、作為時点における共謀の欠如を後の不作為の時点におけるその存在によって補うという形で同様に発揮されているという批判も成り立ちうるであろう。

また、本件で被告人X・YとAらとの間に作為による殺人の共謀が認められないのであれば、X・Yは(作為による)片面的幫助犯にとどまるという評価も可能であるが、そのような評価が(共同正犯としての)不真正不作為犯の構成によって排斥されるのが妥当か否かが実質的に問われてよい。その際、本件事案の特殊性としては、Aらが直接手を下してVを殺害(池への突き落とし等)したわけではなく、Vの先輩であるGに命じて、いわば間接正犯的形態において転落させたことが挙げられよう(もちろん、間接正犯も単独正犯として、直接正犯と同等の評価を受けるのであるが。因みに、本件のAらには言わば共同間接正犯である)。また、先行行為者X・Yが当該事象を始動させ、強力に推進したという役割の大きさも看過することはできまい⁽²⁶⁾。従って、X・Yも殺人

罪の共同正犯と見るのは、次項で取り扱う問題を克服できさえすれば、結論的には妥当と言えそうに思われる⁽²⁷⁾。もっとも、もし A らが直接 V を池に突き落としていたとすれば、X・Y を共同正犯とする結論はなお妥当か、より明確な形で問題となる。何故なら、特にわが国の学説では、作為による実行行為者が存在する場合の不作為者は狭義の共犯にとどまるとする見解も有力だからである⁽²⁸⁾。しかしながら、例えば児童虐待放置に関する札幌高判平 12・3・16 の事件においても、公訴事実を鑑みれば、被告人には当初から傷害致死罪の不作為による幫助が問題とされていたにもかかわらず、幼児の生命を保護すべき作為義務の違反という観点からは、母親たる被告人には不作為による単独正犯の余地も十分存したと言え、作為行為者が併存していたか否か（のみ）で正犯か共犯かを区別するのは、事態の表面に囚われ過ぎた非本質的な手法とは言えないだろうか。

(3) 不作為と作為の共同正犯における共謀の程度

本判決は最後に、「以上の次第で、被告人兩名には、本件各犯行について不作為犯としての共同正犯が成立する」との結論を、やはり根拠づけを省いた形で提示した。これは、A ら作為の共同正犯者と X・Y というそれぞれ作為義務に違反した不作為者相互の共同正犯（及び X・Y 間は作為義務者同士における不作為の共同正犯）が認められたものと解するのが自然であろう。もっとも、これらの形態における共同正犯がまったく自明の存在とも言い難いので、ここでも簡単に補足しておくことにしたい。

まず、作為義務者同士による不作為の共同正犯については、ドイツで目的的行為論からの否定説も唱えられているが⁽²⁹⁾、これを認めるのが、ドイツ及びわが国における通説と言える。例えば、大塚仁博士は「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えるのであって、共同正犯が成立しうる」とし、父親と母親が自分たちの嬰兒を殺そうと相談の上、いずれも授乳等の行為をしなかったため嬰兒が死亡した場合⁽³⁰⁾には、兩名は殺人罪の共同正犯になると結論づけている⁽³¹⁾⁽³²⁾。

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

次に、作為義務者が不作為によって、作為行為者と共同正犯の関係に立つことができるかという点であるが、これについても例えば大塚仁博士は次のようにして肯定的見解を提示する。大塚博士は非作為義務者甲と作為義務者乙が殺害の意思を連絡した上で、甲が乙の子供丙を川へ投げ込み、乙は何もしなかったという事例を掲げた上で、「甲が、丙を河へ投げこむ作為が殺人罪の実行行為にあたることはもちろんですが、作為義務者である乙の不作為も、それ自体として、すなわち、丙が河へ投げこまれたのを知りながら、ことさら、これを放置したため丙が溺死したときは、殺人罪の実行行為となりえますから、両名の意思を連絡した作為・不作為は、殺人罪の共同正犯となるということができる」と結論づけ、この形態における共同正犯を否定する見解に対しては、「作為義務者である乙が、甲の作為にもとづく因果関係を積極的に利用する意思で、その不作為を行っている以上、それは、やはり、殺人の実行行為にほかならず、甲の作為と共同正犯とされるべきでしょう」と批判している⁽³³⁾。

それに対し、上述の通り、この論点については、作為義務者に共同正犯までは認めず、幫助犯にとどめる見解もドイツ並びにわが国において有力に主張されているところである。ドイツでは、イエシェックが、たとえ両者に意思の連絡があっても不作為者には行為支配がないので従犯にとどまると主張しており⁽³⁴⁾、他方、わが国での否定説の根拠をまとめると、併存する作為による実行行為に比して、不作為という態度は役割として従たるものにとどまるという評価にあると言えよう⁽³⁵⁾。もしこの見解に従うならば、本件の被告人 X・Y も、事象において重要な役割を演じたにもかかわらず、必然的に幫助犯（既に A らにふれ回る際に V の殺害を認容していたのであれば、教唆犯の可能性も）へと格下げされることになるだろう⁽³⁶⁾。

もっとも、今述べたような実質的な役割による共同正犯と従犯との区別は別途考えられるとして、凡そ共謀共同正犯を認めるのであれば、共謀さえ遂げられていれば、実行行為をまったく分担しない者も共同正犯になりうるのであるから、当然作為義務者の不作為と作為による実行行為者との間でも、共謀が存する以上は共同正犯は容易に可能となろう⁽³⁷⁾。従って、本判決が特段不作為と作為の共同正犯の問題に言及しなかったのも、このような実務を支配する共謀

共同正犯論を前提としているからと言える。

さて、本判決のように不作為犯と作為犯の共同正犯を認めるとして、判決がその場合の不作為者と作為者の共謀につき、「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。その代わり、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が重要となるし、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より適切であるといえる」と述べているが、この点にも、看過できない重大な問題が含まれている。つまり、ここでは共謀共同正犯を根拠づけるべき共謀には程度の差違がありうるということが認められ、不作為者と作為行為者の間のそれは、作為犯同士の共謀と比べて「内容の濃い共謀は必要でない」というのである。また、その直後には、本判決のように先行行為に基づく不真正不作為犯として構成する方法は「共謀内容をいわば薄める手法よりも適切」と述べられていることからすれば、不作為犯と作為犯の共同正犯を認めるためには、共謀（犯罪共同説における共同実行の意思に相当する要件）は不要とすら解しているようにも読めるのである。これはよく言えば画期的な見解ではあるが、率直に評価すれば、共同正犯論を前述したの（先行行為に基づく作為義務を介した不作為犯化）とは別の側面から掘り崩す議論である。これはある意味、最高裁判例において確立した（部分的）犯罪共同説⁽³⁸⁾を否定することにもなりかねない。共謀として認められるものの中には濃度の差は当然ありうるであろうが、共同正犯を根拠づける共謀としては一致した最低限の意思疎通が認められなければならない。そして、それは不作為者と作為行為者との間であっても同様であろう。もちろん、不作為的態度の物理的強度不足を理由に、この場合の共謀要件を加重する議論は考えられうるであろうが⁽³⁹⁾、逆の見解は不当と言わざるを得ない。

もっとも、本件ではAらの殺害遂行（もっとも、Gにそれを命じたのみ）を阻止すべき義務にX・Yが違反している限り、不作為犯の単独正犯（特に、作為義務者である限り全員正犯と見る見解による場合）もしくは少なくとも片面

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

的幫助犯を認めることができるため、そのことが本件裁判所の判断に影響したのかもしれない。しかし、どうせ他の形で罪責を負わせることができるからという理由が、問題になっている罪責の存否や程度に影響を与えるという現象は、少なくとも犯罪論の世界においてはあってはならないことである。ここでも共同正犯を認めるためには、少なくとも作為行為者同士の典型的事例におけるのと同様の共謀が要求されるべきである。むしろ、共謀の濃度が低いのであれば、不作為者 X・Y と作為行為者 A 以下との間の共同正犯関係を否定し、不作為犯の正犯・共犯の区別基準にもよるが、例えば X・Y については不作為犯の X・Y 間限度の共同正犯 (X, Y はそれぞれ単独正犯にもなりうる。もちろん、両名に作為義務の認められることが前提) もしくは A らの作為に対する作為もしくは不作為による片面的幫助犯を認めるにとどめるべきではなかっただろうか。穿った見方をすれば、上記の東京高裁の言い回しは図らずも、共謀の存否に疑問の余地ある事例に先行行為に基づく作為義務構成による不真正不作為犯を方便として利用したことを自白しているようなものである。そうだとすれば、決して褒められた手法とは言い難い⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾。

(4) まとめ

本判決は殺人の共謀の認定に関する控訴趣意の非難に対して正面から答えずに、従来の犯罪論からすれば一部奇異とも言える新規の構成を理由づけなく唐突に提示して共同正犯を成立させた。他方でその際、本判決は危険な先行行為に基づく作為義務を、それ自体の根拠づけを十分検討しないまま、作為犯としての成立要件の欠如を埋め合わせるためだけに活用してしまったようにも見える。従って、本判決の内容は共謀共同正犯論にとっても不真正不作為犯論にとっても遺憾なものであったように思われてならない。本件ではあくまで、A が被害者の殺害をその先輩に命じるまでの間に、X・Y との間にも殺人に関する共謀が成立したのか否かを正面から問い、それが肯定されえない場合には、X・Y については片面的幫助犯の成否を問うべきであったと思われるし、それが X・Y の所為の刑法的評価として実質的に妥当なものと言えるであろう。この種の、可罰性の間隙を補充するために不真正不作為犯構成を採った判例は、

上述したところからも窺われるように、何も本判決が初めてではない。しかしながら、これを機に危険な先行行為に基づく作為義務を「先行行為」における故意や共謀の欠如（もしくは証明不能）を埋め合わせるために活用するという方法が安易に活用されることが危惧される⁽⁴²⁾。それは不真正不作為犯論自体にとって問題であり、さらには作為犯を基礎として形成された諸制度（本件の場合は共謀共同正犯論）をも弱体化させかねないという意味において、慎重な再検討が求められる。

注

- (1) 例えば、西田典之「不作為犯論」芝原＝堀内＝町野＝西田編著『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（1988）67頁以下（91頁）、同『刑法総論第二版』（2010）123頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007）91～2頁、中森喜彦「保障人説―その推移と意義―」現刑41号（2002）4頁以下（6～7頁）、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（1994）441頁、堀内捷三『不作為犯論』（1978）257頁以下、林幹人「不作為による共犯」齋藤誠二古稀（2003）317頁以下（319頁）、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口編著『クローズアップ刑法総論』（2003）39頁以下（63頁以下）、北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点―ドイツ連邦裁判所の皮革用スプレー判決をめぐる議論を手掛かりに―」早法71巻2号（1996）171頁以下（195～6、200頁）等。
- (2) 例えば、名古屋地判昭35・7・19下刑集2・7＝8・1072、甲府地判昭36・6・29下刑集3・5＝6・585、東京地判昭38・4・15判タ147・91、岐阜地大垣支判昭42・10・3下刑集9・10・1303（殺人罪―自動車による自転車追突という先行行為、但し故意否定）、大阪地判昭43・2・21下刑集10・2・140。また、後に紹介する前橋地判昭46・9・17判時646・105、大阪高判平2・1・23高刑集43・1・1（無罪）及び名古屋地判平9・3・5判時1611・153では、より明確な表現で先行行為単独による根拠づけが意図されている。また、すぐ後に触れるシャクティ事件の控訴審判決（東京高判平15・6・26刑集59・6・450参照）も、「被告人は、Xらに指示してVをA病院から連れ出させ、本件ホテルに運び込ませたものであり、このような先行行為によって、本件ホテルに運び込まれたVに対し、直ちにその生存のために必要な医療措置を受けさせるべき作為義務を負っていたものと解することができ、それにもかかわらず、未必の殺意をもって、上記作為義務を怠ってVを死亡させたということができるのであるから、被告人が上記のとおりVの様子を自ら認識した以後の行為は、

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

いわゆる不真正不作為犯として、殺人罪に問擬されるべきであると考えられる」と判示し、危険な先行行為のみを作為義務の根拠として挙げていた。

- (3) 最決平17・7・4刑集59・6・403（シャクティ事件）。なお、大審院時代以来の先行行為に基づく作為義務に関する諸判例については、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（2002）125頁以下、佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」香川古稀（1996）95頁以下（112頁以下）、山口厚『問題探究刑法総論』（1998）36頁以下等参照。
- (4) 詳しくは、拙著『製造物責任と不作為犯論』（2010）71頁以下を参照。
- (5) 例えば、中森・前掲注1(1)6頁は、「先行行為が過失であっても、結果発生認識を生じた後に結果防止行為に出なければ故意の不作為犯が成立することになり、その結論が妥当でないという問題がある」と指摘する。
- (6) また、被告人Xに関する判示においては端的に、「被害者が暴力を受ける危険性はやはり否定しきれないから、被害者の身体に対する危険を作り出したことに変わりはない」との表現も見られる。さらに、「被告人Xがやられたという話がなければ被害者への怒りを発しなかったことも確かなところであるから、被告人X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」とか「その事実（Xが強姦されたというX自身の発言内容のこと—筆者注）がなければ、Aらですら、被害者に本件のような執拗・残虐な暴行を加えた上、殺害するまでの動機も理由もなく、そうはしなかったはずであろう」といった記述から、Aらに対する、自己がVから強姦の被害に遭ったという虚偽申告もXの一連の先行行為の一部として挙げられるべきであろうし、他方、被告人Yについては、Xの報告を聞いてからXをAらのもとに連れて行き、さらにはVの呼び出しを求めたという点も先行行為の一部を形成すると見るべきであろう。なお、本件ではVの生命が侵害されたのだから、身体への危険性を以てVの殺害を阻止すべき作為義務を認めるのは不当とも言える。ここでは「Vの『生命』に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れた」「Vが『殺害される』危険性を作り出した」等と表記すべきであったと思われる。
- (7) 他方で被告人乙については、被害者からの金員奪取及び置き去りの意図を甲から明かされたのが山中に至ってからであったという事情から、「道徳上の観点からはともかくも、法律上前記のような作為義務があると認めることはできない」と判示されている（その上で幫助犯が成立）。もっとも、乙の山中に至るまでの運搬行為は客観的に見れば甲の先行行為と異なることはないから、当時における被害者の死亡に関する故意・過失の欠如が作為義務否定の実質的理由になったと言えよう。
- (8) 最近のドイツの一部有力学説は、危険の近接性（もしくは相当性）という要件ではなく、「日常の行為の場合に比べて高度の危険作出」を要求している、前掲拙著注

- (4) 51 頁以下参照。それに対し、ドイツの判例は最近においても危険の近接性（相当性）要件を維持している、前掲拙著注(4)77 頁注 179 参照。
- (9) なお、わが国の下級審においても、先行行為が法益侵害の近接した（あるいは、相当な）危険の作出と言えないことを被告人の作為義務否定の理由として考慮したとも読める判決が出されている。即ち、大阪高判平 2・1・23 高刑集 43・1・1（売春防止法違反の幫助）では、料理店経営者に営業許可のいわゆる名義貸しをしたがその営業にはまったく関与していない被告人が、同店で業として売春の場所提供が行われていることを知った後も営業許可の使用を禁止するなどせず放置していたという事案につき、以下のように判示している。

「これを本件についてみるに、原判決は、被告人には、自己の先行行為に基づき自己名義の前記各営業許可を X に使用させないように作為をすることによって正犯者である同女の犯罪行為を防止すべき法的義務があるというものと解されるところ、なるほど X は、右各営業名義を用いて名目的に料理店『よしの』を営み、実態において業としてその客室を売春の場所に提供して原判決第一の犯行に及んだのであり、客観的にみれば、被告人の先行行為が正犯者 X の犯行を容易ならしめる一事情となっていることは否定できない。しかしながら、その先行行為というのは、料理店と飲食店との各営業許可名義の貸与であって、これらの営業許可は、当該店舗を売春の場所に提供することを許可するものでないことは勿論、これを容認するものでもない。すなわち、飲食店営業の許可はもっぱら食品衛生上の見地からの規制であって、もとより店内で行われる売春行為と直接の関係はない。また風俗営業規制の目的は、新法一条が明言しているように、善良の風俗と清浄な風俗環境を保持することにあって、料理店営業を都道府県公安委員会の許可にかからしめたことが、その店舗内において売春などの善良の風俗に反する行為が行われる危険性のあることと関連しているのはいうまでもないが、その許可自体は、事後に行われることのある営業者に対する行政処分や営業所に対する警察官の立入権等と相まって、そのような行為が行われるのを防止するためのものであり（なお、新法においては、そのような目的に沿った許可基準が明示されている。四条）、本件料理店営業の許可についても、当局は、『営業所出入口、踏込及びこれらに接続する施設において客待ちをし、又はさせ、もしくは客待ちのための構造設備を設けてはならない。』等の条件を付して、その防止を実効あらしめようとし、またこれによってその防止が可能であると判断したものと認められるのであって、料理店営業許可も、当該店舗を使用してする業としての売春場所の提供などその店内における犯罪行為と直接の関係はない。また、X は、被告人とは関係なく独自の判断に基づいて売春場所の提供を業とするに至ったのであって、被告人名義の右各営業許可がなくてもその犯行をす

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

るについて顕著な支障があったとは認められない。一方、被告人は、前記のとおり、Xが売春場所の提供を業として行うことについて一切関与しておらず、右各営業許可名義貸与の時点において、Xが『よしの』において売春場所の提供を業とする意図を有することを認識していなかっただけでなく、将来その店内においてそのような行為が行われることを予見してもいなかったのである。以上の諸事情に徴すると、本件の場合、右各営業名義の貸与という被告人の先行行為とXの業としての売春場所の提供との間には関連が乏しく、前者を根拠として、被告人について、Xが各営業許可を使用するのを禁止し、あるいは各所管行政庁に対する許可取消請求をするなどして同女の正犯行為を防止する法律的作為義務を認めることはできないといわざるを得ない。たしかに、原判決のいうように、被告人の右各営業名義の貸与の後に施行された新法によれば、風俗営業の名義貸しが明文をもって禁止され、その違反に対して刑罰の制裁が定められている（新法一一條、四九條一項三號）けれども、右に説示した諸事情によって、Xの正犯行為と被告人の右営業許可名義の貸与との間の関連が乏しいと認められる以上、先行行為が可罰的違法性を有することを根拠に法律上の作為義務を導き出すことはできず、換言すれば、本件の場合、被告人の作為義務を、被告人の正犯者に対する関係とは別に、その公法上の義務から根拠付けようとするのは困難であって、むしろ新法も、このような名義貸しによる法益侵害の危険を防止するについては、同法所定の刑事罰を科することをもって足りると考えているものと解される。ちなみに、売春防止法は、売春場所の提供を業とする者に対し、情を知って、その業に要する資金、土地又は建物を提供した者に対し、売春場所の提供を業とする罪の幫助犯より重い法定刑を科する旨規定している（一三条一項）が、情を知らずにそれらの提供行為をした者が、後に提供にかかる資金、土地又は建物が売春場所の提供を業とする罪に使用される又はされていることを知った場合、直ちにそれらの提供者について、自己の行為の予想外の結果である被提供者の売春場所の提供を業とする罪の犯行を、提供にかかる物の使用をやめさせるなどして防止する（中止させる）法的義務まで認めるのは相当でなく、また、その義務の内容、発生時期等は非常に曖昧であって、罪刑法定主義の要請を充たし得るものでなく、刑法上の見地において到底このような法的義務を認めることはできないといわざるを得ないが、この理は、本件のように情を知らずして営業許可名義を貸与した場合にも当てはまるものと考えられる。」

もっとも、このような名義貸し行為は風俗営業法（当時）違反という意味では違法（義務違反）ではあるが、最終的に実現された売春防止法違反11条2項違反（売春場所の営業的提供）とは、ドイツの客観的帰属論にいう「義務違反連関」が否定されうるため、ドイツにおける危険な先行行為に基づく作為義務に関する有力説（もっ

とも、従来の)によっても、先行行為に基づく作為義務を否定できた事案と言える(このような他の特別法違反を先行行為の「義務違反性」の根拠として用いる手法をも駆使して欠陥製造物の回収義務を認めたのが、ドイツ連邦通常裁判所の皮スプレー事件判決である、前掲拙著注(4)9頁以下参照)。もっとも、本件では被告人が名義貸しをした営業場所で売春が行なわれていることを知った後にも、謝礼を受領しながらそれを黙認したという事情があり、その点を新たな(作為による)場所提供と捉える余地はあったように思われる、内田文昭「判批」判タ766号(1991)87頁以下(92頁)参照(但し、作為義務根拠づけの問題として)。

- (10) これはわが国の不真正不作為犯論における作為義務根拠の統一原理の説明において多用される基準でもあるが、不明確に過ぎ、多様な内実をさまざまな論者によって盛られているため、単なる結論の言い換えに過ぎないと言えないように思われる。この点につき、前掲拙著注(4)114頁以下、及び拙稿「わが国における保障人的義務発生根拠の一元的説明に関する諸問題——特に『排他的支配』基準について——」阪学29巻2号(2003)1頁以下も参照。
- (11) 最決平17・7・4刑集59・6・403
- (12) この点、同棲相手による連れ子への暴行を阻止(困難に)しなかった子供の実母について、傷害致死罪の不作為による幫助犯を認めた札幌高判平12・3・16判時1711・170の事件においても、公訴事実(訴因変更後)は、被告人が「Aが本件せつかんを開始しようとしたのを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、これを制止して容易に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の本件傷害致死を容易にしてこれを幫助した」となっており、本件の検察官も究極的には実子(D)の生命を保護すべき作為義務として把握していたことが窺われる。
- (13) 詳しくは、前掲拙著注(4)70頁以下を参照されたい。本文では概要のみ記す。
- (14) BGH StV 1982, 218.
- (15) BGH NSTZ 1985, 24.
- (16) BGH NSTZ 2009, 321.
- (17) BGH NSTZ 2009, 381.
- (18) その他のドイツ連邦通常裁判所の判例については、前掲拙著注(4)77頁注179を参照されたい。
- (19) さもなくば、そもそも殺人の共謀が検討されることすらなかったはずである。
- (20) この点、わが国の裁判例でも、例えば大阪高判昭62・10・2判タ675・246では、暴力団組長である被告人が倒産した会社からの債権回収を企図する他の行為者と共謀の上、被害者たる同社の代表取締役を大阪市北区にて自動車に監禁して阪神間の

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

各所へ連れ回し、暴行・脅迫の上隠し財産の所在等を問い質したものの、都合のよい返答が得られないため、さらに兵庫県神崎郡内の土砂採取場に連行し、そこで他の行為者が被害者を殺害したが、当時被告人は「つるはし」とスコップを探しに殺害現場を離れていたという事案につき、不作為による殺人幫助罪の成立が認められたが、その際、本判決は作為の容易性に関する記述に終始し、被告人の作為義務の根拠についてはほとんど述べていない（神山・前掲注(1)『共犯論』489頁、山中「不作為による幫助」齋藤誠二古稀（2003）331頁以下（336頁））。しかしながら、ここでは先行する他の殺人行為者との共同行動という危険な先行行為が少なくとも1つの要因として考慮されていると解さざるをえないであろう。そして、被告人にとって他の行為者による殺害行為は、仮に当初の共謀に被害者の殺害までは含まれていなかったとしても、被告人が現認していたそれまでの各所における当該行為者の行動（被害者への執拗な暴行・脅迫）及び殺害現場における不作為者の行動の意味に鑑みれば、決して過剰な事態とは言えなかったケースと言える。因みに、本件被告人が共謀の存在にもかかわらず幫助犯とされた理由として大阪高裁は、「被告人に課せられる前示のような作為義務の根拠及び性質（他の行為者による被害者殺害を阻止すべき義務を内容としたこと一筆者注）、並びに被告人の意図が前示のように甲の殺害を積極的に意欲したのではなく、単に、これを予測し容認していたに止まるものであること等諸般の事情を総合して考察すると、本件における被告人の行為を、作為によって人を殺害した場合と等価値なものとは評価し難く、これを不作為による殺人罪（正犯）に間擬するのは、相当ではない」と述べている。

- (21) Stratenwerth, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1981, Rn. 1003.
- (22) 但し、AらがVの殺害を決意しなければ、さらには、本件ではAらが直接Vを殺害したわけではなく、AらにVの池への突き落としを命じられたVの先輩Gが同様な決意とその実行に至らなければ、Vに対する生命の危険は実現しなかったわけであり、その意味においては先行行為による近接した（あるいは相当な）危険の作出という、ドイツにおいてはほぼ一致して認められている要件が充足されていたと言いつつよいのか、なお慎重な検討が必要かもしれない。さらに、すぐ後に述べる問題点も参照。
- (23) 上掲札幌高判平12・3・16判時1711・170の事案に代表される、同居人による幼児への虐待を阻止しない実母の例等。
- (24) 神山敏雄「判批」現刑5号（1999）73頁以下（75～6頁）。
- (25) 林幹人「判批」判評475号（1998）54頁以下（判時1643号248頁以下）も、本判決が被害者への先行行為だけから作為義務を導いたことに対しては、「先行行為のみを根拠として作為義務を認めるときには、たとえば、交通事故によって瀕死の重

- 傷を負わせたにもかかわらず逃走したような場合には、すべて不作為による殺人罪が成立してしまうことになりかねない……。……故意で暴行傷害を負わせた者にはすべて被害者を救助する法的な義務があり、それを怠った結果として被害者が死亡したときにはすべて不作為による殺人罪の成立を認めるのは明らかに行きすぎであろう。ところが、本判決の判示を一般化すればそのような結論すら正当化されかねない。ここに本判決の問題の一つがある」と批判している。もっとも、林教授は引き続き、「先行行為も、それだけで作為義務を認めてはならないもの、作為義務を基礎づける一つの要素とはなりうると考えることは可能と思われる」との見解を示している（以上、林・前掲本注「判批」55頁）。なお、先行行為に基づく作為義務否定論については、前掲拙著注(4)34頁以下（ドイツ）、182頁注114（わが国）参照。
- 26) 判タ 1309号 294頁の匿名コメント参照。
- 27) 但し、前掲注26)のコメントによれば、「懲役2年8月以上懲役4年以下という宣告刑の軽さからみれば、被告人らの関与は従属的なものと評価されているのであり、不作為による共犯は原則的に従犯とする多数説からは共同正犯を認めたことについて批判があると思われる。」なお、妻による幼児の殺害的虐待を阻止しなかった夫に妻との殺人罪の共謀共同正犯を認めた裁判例として、大阪地判平13・6・21判タ1085・292がある。
- 28) 例えば、神山・前掲注(1)『共犯論』328頁以下、内田文昭『改訂刑法I（総論）〔補正版〕』（1997）310頁以下、同・前掲注(9)「判批」判タ766号93頁（但し、作為行為者が現場を立ち去った後について不作為の単独正犯の余地を認める）、内藤謙『刑法講義総論（下）II』（2002）1443～4頁、山口・前掲注(1)『総論』361～2頁、今井＝小林＝島田＝橋爪『刑法総論』（2009）389～90頁（島田聡一郎）。他に、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とするのは、西田・前掲注(1)『総論』362頁。また、作為義務が他者への働きかけによる結果阻止によってしか履行できない場合に幫助犯とする見解として、齋藤彰子「不作為の共同正犯（二・完）」論叢149巻5号（2001）25頁以下（特に44～5頁。その場合は、たとえ共謀が存在しても当該作為義務者は幫助犯にとどまるとする）、曾根威彦「不作為犯と共同正犯」神山古稀1巻（2006）405頁以下（419頁）。この説と部分的に類似するが、作為行為者への働きかけを通じて結果を阻止しうる場合であれば、自ら結果を防止できるのであっても幫助犯であるが、事象経過が作為行為者の支配を離れた後の時点における不作為は正犯となると解するのは、山中・前掲注20齋藤（誠）古稀355頁以下（なお、山中教授は原則として、保護者の保障人は正犯、監視者の保障人は共犯という区別を前提とした上で、上記基準による補正を図っている。これは作為行為者

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

が併存しない場合の不都合を解消しようという意図に出たものかと思われるが、自説の理論的精密化という教授の意図〔山中・前掲注²⁰齋藤（彰）古稀 347 頁注 36 参照〕とは逆に、結局は上記修正基準によって、作為義務の種別（いわゆる機能説）による正犯・共犯区別という従来の山中説〔同旨・中義勝「不作為による共犯」刑法 27 卷 4 号（1987）1 頁以下（45～6 頁）、高橋則夫『刑法総論』（2010）473 頁〕の意義が大幅に薄れる—つまり、全面的正犯説への接近—ことになり、むしろ同説の根本的正当性を疑問に曝しかねないことから、さらに慎重な検討を要するようになる。なお、作為義務者の不作為は原則としてすべて単独正犯（意思の連絡等が肯定できれば共同正犯）とするわが国の論者として、例えば井田良『講義刑法学・総論』（2008）493 頁。

- (29) 即ち、不作為には故意や実行行為が認められないため、共同の行為決意や実行行為の分担がありえないからとされる、Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 189. 否定説として他にも、Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 206; Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S. 110ff.（不作為には事象への現実的影響が欠ける）; Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 182ff., 184f.; Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl., 1996, S. 68. このような否定説に対する批判を含め、詳しい紹介として、齋藤（彰）「不作為による共同正犯（一）」論叢 147 卷 6 号（2000）102 頁以下（119 頁以下）参照。
- (30) わが国の裁判例で不作為の共同正犯を認めた（と解される）ものとして、例えば、東京地判昭 57・12・22 判タ 494・142 では、経営する飲食店の従業員を死亡させる切迫した危険を生じさせる共同の先行行為及び支配領域性にに基づく作為義務を負う夫婦に不作為による殺人罪（被害者放置時に未必の殺意あり）が肯定されている。また、広島高岡山支判平 7・8・10 LEX/DB 28105462, さいたま地判平 18・5・10 LEX/DB 28115252, 東京高判平 19・1・29 公刊物未登載（中村秀次・熊本ロージャーナル 3 号（2010）110 頁参照）は、共に幼児の生命を保護すべき作為義務を負う者同士に不作為による殺人罪の（広島高裁岡山支部は実行、さいたま地裁は共謀）共同正犯を認めている（ドイツの古い判例においても、同種事案について不作為の共同正犯を認めたものがある、RGSt. 66, 71—神山・前掲注¹）『共犯論』30～31 頁、齋藤（彰）・前掲論文（一）注²⁹ 115 頁以下等参照）。また、最高裁もシャクティ事件決定（前掲注³）において、作為義務者同士の共同正犯を認めている（但し、一方には殺人罪、他方には保護責任者遺棄致死罪が認められ、両者の共同正犯が保護責任者遺棄致死罪の限度で肯定された。また、後者である被害者の息子については、元々医療施設から連れ出したという作為による遺棄行為も後の医療措置の不招来と共に訴

- 因として掲げられていた)。
- (31) 大塚仁『犯罪論の基本問題』(1982) 333頁。なお、ここでは「共通した」作為義務が前提とされており、「共通」の意図するところは必ずしも定かではないが(あるいは保護法益の同一性程度で十分なのかもしれない)、例えばそれぞれ独自の根拠から同一法益に対する保障人的義務が課される場合であっても十分ではなからうか(例・甲女宅に遊びに来ていた友人乙が帰り際、甲宅前に駐車していた自分の乗用車を発進させたところ、不注意により、車の近くで遊んでいた甲の息子である幼稚園児のVを轢いてしまい、Vは重傷を負い、生命に危険が生じた〔危険な先行行為〕。それにもかかわらず、甲と乙は相談の上Vが死んでもかまわないとの結論に達し、甲が乙の車に乗り込んで、その場から逃走し、Vは死亡した。直ちに救急車を呼ぶ等すれば、Vは確実に生き存えたであろう)。共同の作為義務を不要と明言するのは、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(2008) 861頁。また、大塚博士の場合、作為義務を負わない者は作為義務者との不作為の共同正犯にはなりえない(刑法65条1項の解釈から)、大塚(仁)『刑法概説(総論)〔第四版〕』(2008) 301頁注24。
- (32) その他、不作為者同士の共同正犯を認める見解として、例えば福田平『全訂刑法総論〔第四版〕』(2004) 275頁注1、齋藤誠二「不作為犯と共犯」Law School 14号(1979) 13頁以下(24頁)、内田・前掲注²⁸『総論』311頁、大谷實『刑法講義総論新版第3版』(2009) 464~5頁、川端博『刑法総論講義第2版』(2006) 559頁、前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』(2006) 477頁、山中・前掲注⁽³¹⁾『総論』861頁、林(幹)・前掲注⁽¹⁾齋藤(誠)古稀 326頁以下、同『刑法総論〔第2版〕』(2008) 439~40頁、井田・前掲注⁽²⁸⁾『講義』478頁、佐久間修『刑法総論』(2009) 375~6頁、今井他(鳥田)・前掲注⁽²⁸⁾ 389頁、齋藤(彰)・前掲論文(一)注⁽²⁹⁾ 104頁以下。なお、作為義務者と非作為義務者とが共同で法益保護を怠った場合にも、刑法65条1項(身分犯の共犯規定)を介して不作為の共同正犯が認められるかという論点もあり、見解が対立している。非保障人については共犯も認めない見解として、内田・前掲注⁽⁹⁾「判批」判タ766号95頁注51、65条の適用は認めるが従犯にとどめる見解として、大塚(仁)・前掲注⁽³¹⁾『概説』301頁注24、山中・前掲注⁽³¹⁾『総論』862頁、65条1項の適用により共同正犯まで可能とする見解として、大谷・前掲本注『総論』460、465頁、川端・前掲本注『総論』559頁。
- (33) 大塚(仁)・前掲注⁽³¹⁾『基本問題』334頁。同旨、福田・前掲注⁽³²⁾『総論』275頁注1。作為犯との間でも不作為の共同正犯を肯定しようとする見解として、さらに例えば、林(幹)・前掲注⁽¹⁾齋藤(誠)古稀 328~9頁。
- (34) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl., 1988, S. 579 u. 630。なお、齋藤(誠)・前掲注⁽³²⁾ LS 14号 25頁の記述によれば、ドイツでも作為と不作為の共同正

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

犯を認めるのが通説とのことである。また、判例としては、飲食店主が店内での4名の男性客による女性の毛髪切除行為を黙認したという事案につき、飲食店主に客との傷害罪の共同正犯を認めたBGH NJW 1966, 1763がある(神山・前掲注(1)『共犯論』305頁以下、山中・前掲注(20)齋藤(誠)古稀353~4頁、拙稿「住居所有者の保障人的義務について——(西)ドイツにおける議論を素材に——」愛媛16巻3号(1990)31頁以下(72頁)等参照)。

(35) 前掲注(28)参照。

(36) 既に本文で取り上げた名古屋地判平9・3・5判時1611・153では、他の行為者が被害者を最後の暴行現場である木曽川左岸堤防中腹から雑木林に引きずるのを手伝った者が被告人として起訴されていた。検察官はこの行為自体が作為による殺人の実行行為に当たるか、そうでなくても被害者に瀕死の重傷を負わせたことから救護義務があり、それ故他の行為者と共に不作為による殺人罪が成立すると主張したのに対し、名古屋地裁はこの被告人に関しては、以下のように判示し、幫助犯を認めるにとどめている。—「先に指摘したように、Aが堤防上から川側の中腹付近に蹴り落とされる前に被告人がBらと検察官が主張するような共謀を遂げたと認め難いから、Aが木曽川堤防上から蹴り落とされた行為について被告人の刑事責任を問うことはできない。また、Aを堤防中腹付近から堤防下に下ろそうとしたときには、被告人は、BらがAに対して殺意を有していることを認識しており、その上で、Bらに命じられてその遺棄行為を手伝うことにしたのであるから、Aを堤防中腹付近から堤防下に下ろそうとした後の行為は、被告人について、救護義務(不作為による殺人の作為義務)発生の根拠となるものではない。……被告人は、……Bらに随行していたものにすぎない。そして、自らがAを殺害しなければならないような動機はなく、事前の共同謀議にも加わっていないから、被告人には正犯意思を認め難いだけでなく、訴因となっている被告人が関与した行為も、Bらの不作為による殺人行為のうちの遺棄行為にすぎず、しかも、その行為自体、それだけではAの死亡との間に因果関係のないものである。そうすると、このような被告人の行為は、Bらの不作為による殺人行為を容易にしたものとして、その幫助に当たるものと認めるのが相当である。」ここでは、被告人の意思内容や果たした役割の小さいことから幫助犯との評価が導かれており、共同正犯と幫助犯との区別(作為犯の場合)に関する実務上有力な手法が踏襲されている(因みに、林・前掲注(25)「判批」判評475号56頁によれば、「これは、判例の多くが伝統的にとってきたいわゆる主観説に従ったものといってよいであろう。))。もっとも、本判決はこのような被告人の幫助行為が果たして作為なのか不作為なのか、必ずしも明確に述べていないが、被告人の行為態様を素直に捉えれば、結局不作為犯に対する作為による共犯が認められた事

- 例と解するのが自然であろうか（神山・前掲注24「判批」現刑5号77頁参照）。
- (37) 高橋則夫「不作為による幫助犯の成否」現刑14号(2000)101頁以下(105頁)、山中・前掲注20齋藤(誠)古稀355頁、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——」警論53巻12号(2000)61頁以下(68頁)。
- (38) 最決昭54・4・13刑集33・3・179は、暴行傷害に関する共謀を遂げた者のうち、1名が現場で殺意をもって巡査の下腹部を小刀で突き刺し、死亡させてしまったという事件につき、殺意のなかった共謀者には「殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯」を認めた。ここでは、行為共同説からは考えられない処理がなされてはいたものの、最終的には殺人罪の共同正犯とされた者（上告せず原審で罪責が確定した被告人）と傷害致死罪の共同正犯とされた者（上告した被告人）とが併存する状態となってしまったのであるが、近時のシャクティ事件決定（前掲注3）は、「被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当」と判示し、共同正犯の成立が同一罪名の限度にとどまることが確認された。

なお、その結果、殺意を抱いていた被告人には、それを超える不作為による殺人罪の部分につき、単独正犯としての罪責が認められたことになる。しかし、この結論は行為共同説とほとんど径庭ない。何故なら、共同行為者毎に異なる犯罪の成立が認められているからであり、「部分的犯罪共同説」はその中で共同正犯の成立範囲を限定する——これが行為共同説との相違点——に過ぎないからである。むしろ犯罪共同説の根本思想に忠実に判断するならば、この超過した部分〔例・殺人罪中、傷害致死罪より保護責任者遺棄致死罪を超える部分〕については、共同正犯が否定される以上、罪責そのものが否定されるべきではないだろうか。既に行為共同説論者（西田・前掲注(1)『総論』375頁、山口・前掲注(1)『総論』304頁、山中・前掲注(3)『総論』832～3頁）が、死亡結果が他方の行為者の行為から発生した場合には当該行為者の罪責は殺人未遂罪（単独正犯）の限度にとどまるべきではないかという趣旨の疑義を呈しているが、それに対して井田・前掲注28『講義』466頁は、「共同正犯を認めることの本質的意味が一部行為の全部責任の法理の適用を肯定するところにあるとすれば、傷害致死罪の限度で共同正犯が成立する以上、甲も死亡結果につき正犯としての罪責を負うのであり、そして甲には殺意が認められるのであるから……殺人既遂罪（単独正犯）の成立が認められることになる（同時に成立する傷害致死罪〔の共同正犯〕はそこに吸収されることになる）」と判例の結論を正当化している。しかし、死亡結果に関する罪責は共同正犯の限度にとどまるはずである。ま

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

た、大塚裕史・受新 2010 年 3 月号 125 頁は、この井田説を正当に批判しながらも、「事案の適正な評価という観点から」当該ケースに即して言えば、殺意ある者には殺人既遂罪の共同正犯の成立を肯定すべきとしているが、これも行為共同説の結論を言い換えたに過ぎず、部分的犯罪共同説を前提とするのであれば、理由づけになお不備があると言わざるをえない。

本説（最高裁判例等において意図される意味での部分的犯罪共同説）が行なう、共同正犯関係が否定されると逆に単独正犯へと昇格するという推論は誤謬である。何故なら、その超過部分も複数人が共同していなければ実現できなかった「罪責」のはずだからである（事案により、別途単独正犯を認定しうる場合は別として）。さらにそもそも、本来不可分一体であるべき犯罪（ここでは殺人罪）の一部が共同正犯で、残りが単独正犯で実行されたなどという事態も想定しづらい（上記井田説は罪数処理でこの問題を回避できてはいるが。山中・前掲注(31)『総論』833 頁参照）。むしろ、共同正犯者間で異なる犯罪の成立を認める点を真摯に受け止めるのであれば、この見解は部分的「行為」共同説とでも称した方がより適切であろう。もっとも、上記最高裁判例の 2 事件は、殺人罪の成立が認められた被告人についてそれぞれ単独正犯をも認定できた事案であったので、結論自体は必ずしも不当とは言えない、山口・前掲注(1)『総論』304 頁参照）。

(39) 共謀共同正犯を排斥する山中教授（同・前掲注(31)『総論』877 頁以下）は、不作為者が当初から作為者と共同の意思決定により作為者の実行行為に対して心理的因果力を与え、この犯罪行為共同体を不作為により機能的に支えている限りで両者の共同正犯を認めうとしており、また、同じく共謀共同正犯否定論に立つ（曾根『刑法総論 [第四版]』（2008）255 頁）曾根教授は、「共謀共同正犯論は、事実上、その共同正犯性に疑問のある作為と不作為の共働についてこれを実行共同正犯として構成することを断念し、共謀の点に着目してこれを（共謀）共同正犯として再構成するための理論とみることもできよう」と分析の上、仮に共謀共同正犯論を是認するにせよ、「実行共同正犯における作為による実行に代わるものとして、不作為者が作為者に対して圧力を伴って決定的な心理的影響を与えている場合に限られるべき」（曾根・前掲注(28)神山古稀 1 卷 418 頁）と主張していることが示唆的である。

(40) その他、X、Y の A らを道具とする殺人罪の間接正犯の可能性も理論的には検討に値するが、A らに規範的障害が十分存し、彼らの意思が抑圧されていたわけではないこと（最決昭 58・9・21 刑集 37・7・1070、最決平 13・10・25 刑集 55・6・519 等参照。もちろん、故意なき道具、身分あるいは目的なき故意ある道具等の間接正犯類型も一般に認められてはいるが）、そして本件の場合には A らの実行形態がすでに V の先輩 G を介した間接正犯と言えるため、道具が二重に介在する間接正犯と

いうのは極めて技巧的であって認め難いことからすれば、消極の結論を採らざるをえないだろう。

- (41) また、本判決では X・Y における不作為の因果関係について、特に言及はなされていないが、義務づけられた作為の内容に警察等への通報が含まれている以上、その存在に問題はなかろう。
- (42) 前掲注②⑥の匿名コメントは「このような判断方法が学説からどのような評価を受けるかは分からないが、この問題に対するシンプルな判断方法を示したものといえよう」と述べている。「シンプル」の意味するところは必ずしも明らかではないが（手元の英和辞書で調べたところ、“simple”には「無知な」とか「取るに足らない」といった訳語も示されていた）、むしろ本文で提示した手法の方が簡明であろう。なお、本件の評釈として、既に門田成人・法セ 666 号（2010）123 頁がある。