

作為正犯者の犯罪行為を 阻止しなかった者の刑責

齊 藤 彰 子

- I はじめに
- II 作為関与の有無
- III 作為正犯者の犯行を阻止すべき義務
- IV 作為正犯者の犯行を阻止しなかった不作為者の罪責
- V おわりに

I はじめに

近年、犯罪行為を認識しつつ犯行現場に同席していたものの、実行には加わっていない者について、作為犯としての共謀共同正犯の成立が認められた事例¹⁾と、不作為による共同正犯の成立が認められた事例²⁾、さらに、作為犯として処理されたのか不作為犯として処理されたのか必ず

1) 最決平成15年5月1日(刑集57巻5号507頁)。以下「スワット事件」という。評釈として、芦澤政治・最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度295頁、大久保隆志・平成15年度重要判例解説159頁、亀井源太郎・判例評論554号43頁、同・法学教室280号114頁、島伸一・法律時報78巻3号64頁、島田聡一郎・ジュリスト1288号155頁、末道康之・判例セレクト[2003]29頁、十河太郎・現代刑事法68号85頁、増井敦・産大法学40巻2号94頁、町野朔『刑法判例百選I総論[第6版]』(2008、有斐閣)154頁、山中敬一・関西大学法学論集53巻3号180頁。

2) 東京高判平成20年6月11日(判例タイムズ1291号306頁)、東京高判平成20年10月6日(判例タイムズ1309号292頁)。以下、それぞれ、「児童虐待A事件」、「集団リンチ事件」という。両者の評釈として、中森喜彦・近畿大学法科大学院論集7号125頁、後者の評釈として、岩間康夫・愛知大学法経論集185号29頁、門田成人・法学セミナー666号123頁、西岡正樹・山形大学法政論叢45・55合併号73頁、萩野貴史・獨協ロー・ジャーナル7号183頁、前田雅英・警察学論集64巻4号133頁、丸山嘉代・警察学論集64巻2号173頁。

〈22〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

しも明らかではなく、学説における理解が分かれている事例³⁾があらわれた。

作為正犯者の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は、とりわけ、それが不作為による幫助犯にとどまるのか、それとも、作為との共同正犯たりうるのかについて、従来議論されてきたところであるが、そもそも、作為処罰が原則であると一般に考えられていることからすれば⁴⁾、作為関与が認められる場合には、まず作為犯としての処罰を検討すべきであり⁵⁾、作為正犯の成立が認められれば、不作為犯を問題にする必要はないことから、作為犯罪行為を認識しつつ阻止しなかった者についても、まず、作為関与、すなわち、作為による心理的因果性が認められないかが問われるべきこととなる。

そこで、作為犯罪行為を阻止しなかった者の罪責を検討する前提として、犯罪行為を認識しつつ犯行現場に同席していたものの、実行には加わらなかった者につき、そもそも、作為関与、すなわち、作為による心理的因果性が認められるのはどのような場合か、そしてそのこととも関連して、不作為による心理的因果性というものがあろうのか、ありうるとすれば、それはどのような場合をいうのか、とりわけ、不作為犯の場合には、特別な犯罪成立要件として、作為義務ないしは保障人的地位が必要とされていることから、不作為による心理的因果性と作為による心理的因果性との区別を明らかにする必要がある（Ⅱ）。

そして、作為犯罪行為を阻止しなかった者について作為関与が認められなかった場合（あるいは、その作為関与が（共同）正犯と評価しうるものではなかった場合も）、作為犯罪行為を阻止しなかったという不作為について（も）、その罪責を問題とする（実益がある）こととなるが、不作為を根拠に刑事責任を問うためには、作為正犯者の犯罪行為を阻止すべき義務が認められることが必要である。不作為犯における作為義務の発生根拠については、これまた従来から議論のあるところであるが、本稿では、とりわけ、集団リンチ事件において問題となった事例、すな

3) 大阪高判平成13年6月21日（判例タイムズ1085号292頁）。以下「児童虐待B事件」という。

4) 井田良『講義刑法学・総論』（2008、有斐閣）139頁。

5) 嶋矢貴之・西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第1巻』（2010、有斐閣）924頁。

わち、第三者による作為犯罪行為に対して、先行して何らかの作為寄与を行ったのち、その犯行を認識しつつそれを阻止しなかった者の、当該犯罪行為を阻止すべき義務に焦点を当てて、検討することとしたい(Ⅲ)。

そして、最後に、そのような犯罪阻止義務に反する不作為が、作為との関係でどのように評価されるか、すなわち、幫助犯にとどまるのか、共同正犯たりうるのか、を検討する(Ⅳ)。

Ⅱ 作為関与の有無

1. まず、犯罪行為を認識しつつ、しかし、自分自身はそれに積極的に加担するわけでもなく、かといって、阻止するわけでもなく、同席していた者について、作為関与が認められるのはいかなる場合か、については、作為とは、外界の変動、すなわち、刑法が阻止しようとしている犯罪事実の発生、法益侵害結果の発生との関係において、自然的因果性を有する場合であり、不作為はそれがない場合であると考え⁶⁾。そうすると、犯罪現場に同席しつつそれに積極的に関与しなかった場合であっても、その者の同席それ自体、あるいは、犯行を邪魔しないという態度が、現実には、犯罪実行者の心理に促進的に作用したと認められる場合には、作為関与、作為による心理的因果性を肯定してよいと思われる。

これに対して、作為というためには、何らかの外部的な行為が必要であり、「現場にいた」というのは「状態」であって「行為」ではないという見解⁷⁾、あるいは、行為者が積極的な身体の動きを伴う行為を全く行っていない場合には、不作為にしかならないとする見解⁸⁾も主張されている。これらの見解は、作為犯の成立には、犯罪事実ないしは法益侵害結果の発生に対して因果的に寄与したこと、影響を与えたことに加えて、そのような因果的寄与、影響が、何らかの外部的な行為、積極的な身体の動きによってもたらされたことが必要であるとする点において共通しているといえよう。

6) 林幹人「黙示的・不作為の共謀——最高裁平成21年10月19日判決を契機として」研修748号7頁。

7) 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、成文堂)536、544頁。

8) 島田聡一郎「不作為による共犯について(1)」立教法学64号20頁。

〈24〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

しかし、刑事責任を考えるうえで重要なのは、刑法が防止しようとしている犯罪事実の実現、法益侵害結果の発生に対して及ぼした影響、有した意味であって、外面的な身体の動き自体ではないように思われる。作為犯において禁止されるのも、そのような身体の動きそれ自体ではなく、犯罪事実の実現、法益侵害結果の発生に対して促進的な影響を与えることであって、一定の作為が禁止されるのは、それがそのような促進的作用を有するものであって、そのような作為を行わなければ、当該促進作用が生じることはないからであろう。したがって、たとえば、ある者が犯罪の遂行を容認していることが、実行者にとってその犯行決意を維持・強化する影響力を有するというのであれば、その者が犯行現場に同席して実行者による犯行に異を唱えず黙って成り行きに任せていることによって、その者がその犯行を容認していることが実行者に暗黙裏に伝達され、実行者の犯行決意が強化された場合と、その者が犯行現場で大きくうなずくことによって、その者がその犯行を容認していることが実行者に伝達され、実行者の犯行決意が強化された場合とで、異なった取り扱いをすることに合理的理由があるとは思えない。確かに、内心の心理状態を処罰することは許されないが、そのような内心の状態が実行者に伝達され、それによって現に実行者の犯行決意が強化されるという外部的な作用、因果的寄与、影響力を有する状態を自ら作出、ないしは、維持している以上、それを禁止することは、決して、単なる内心の心理状態の処罰を意味しない。

もっとも、その者が犯行現場にいること自体が、犯罪事実の実現に対して促進的作用を有したと認められる場合、同席者としては、処罰を免れるためには、すなわち、禁止対象たる促進作用を生じさせないようにするためには、犯行現場から立ち去るか、あるいは、自らの同席によって生じる心理的促進作用を打ち消す行為、たとえば、犯行に対する否定的言動を行う等、一定の作為にでることが必要となる。あるいは、犯罪行為者が、同席者に止められるかもしれないと考えて犯行に出ることを躊躇していたが、同席者に邪魔するつもりがないことが分かったので、安心して犯行に及んだという場合、同席者としては、そのような促進作用を生じさせないためには、犯行に出れば阻止するつもりであることを伝える言動を行うことが必要となる。この点に、単に犯行現場に同席し

ていたこと自体をもって、たとえそれが犯罪事実の実現に対して自然的な因果性を有する場合であっても、作為として処罰することに否定的な見解が主張される理由があるように思われる。すなわち、作為犯とは、通常、結果との間に因果性を有する一定の作為を行うことが禁止される場合であり、逆に言えば、当該作為以外の行為は自由に行ってよい場合であるのに対して、先の例においては、行為者には、一定の作為を行うことが要求されることとなることから、これを作為犯とすれば、そのような一定の作為を行うことを法的に義務づけることを可能とする根拠が論じられることなく、実質的には、一定の作為を行わなかったことを根拠に処罰することとなり、妥当ではないとの考慮が、その背後に存在するように思われる。

しかし、そうだとすれば、犯罪事実の実現、法益侵害結果の発生に対して促進的因果性を有するがゆえに作為といわざるをえない寄与がなされた場合であっても、そのような因果性を発生させないためには、一定の作為を行う必要があるため、その処罰が、一定の作為の命令を意味することとなる場合には、そのような一定の作為を義務づけることを正当化する要件を、別途検討すればたりるといえよう。そうすると、結局、これは、不作為犯としての処罰ではないかとの疑問が生じるかもしれない。しかし、不作為犯とは、結果との間に自然的因果性がなく、かつ、一定の作為を行わなかったことを根拠に処罰されるものであるから、不作為犯が成立するためには、後述のように、①自然的因果性の欠如を埋め合わせるための要件と、②一定の作為を義務づけることを正当化するための要件の2つが必要になる。これに対して、結果との間に自然的因果性があり、したがって作為であるが、しかし、そのような自然的因果性を発生させないために一定の作為を行わなかったことを理由に処罰される場合には、①自然的因果性の欠如を埋め合わせるための要件は不要であり、②一定の作為を義務づけることを正当化するための要件があればたりることとなる。

たとえば、甲が、散歩中に、たまたまAがXを殺害しようとしているところに出くわし、Aと目が合った。Aは、甲に見られていることから、殺害行為の遂行を中断し、甲が立ち去るのを待つことにした。甲は、そのような状況を理解したが、立ち去った。Aは、甲が十分に遠ざかっ

〈26〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

たことを確認してから、Xを殺害した。この場合、かりに、甲がその場にとどまり続ける限りAによる殺害行為は行われぬ、すなわち、甲の存在がAにとって、殺害の遂行を妨げる効果を現に有していたのだとすれば、その場を立ち去る甲の行為は、現に存在する抑止力を取り除き、殺害行為に出ることへのAの躊躇を除去する効果を有するものであるから、作為といわざるをえないが、そのような効果、因果性を生じさせないためには、甲がその場にとどまり続けることが必要となる。しかし、偶然自分の存在が犯罪の遂行に対して抑止力を有する状況に遭遇したにすぎない者全てに、そのような抑止力を働かせ続けることを法的に義務づけることはできないであろう。このことは、義務無く法益保護のための行為を開始した者全てに、その継続を法的に義務づけることができないと一般に考えられている⁹⁾ ことから明らかである。

では、促進作用を生じさせないための一定の作為が義務づけられうるのはどのような場合であろうか。まず、その存在が、実行者にとって犯罪遂行に対する抑止力になっており、したがって、その場を立ち去ること、あるいは、犯行の邪魔をするつもりがないことを暗に示すことがそのような抑止力の除去＝促進を意味する場合には、そのような抑止力を働かせ続けることを義務づけることは、要するに、犯行の阻止、法益の保護を義務づけることを意味するので、前記②一定の作為を義務づけることの正当性が肯定される必要があり、具体的には、後述Ⅲ 1.において掲げる要件②を充足することが必要となろう。

これに対して、同席すること自体が、犯罪実行者に対して心理的促進作用を有すると認められる場合であるが、通常、その場にその人がいるという事実だけで、犯罪実行者に対する心理的促進作用が認められるということは考えられず、その場にいること自体が心理的促進作用を有すると認められるのは、まさにその同席が犯罪実行者を心理的に促進する作用を有することとなるような特別の人間関係、背景事情、具体的経緯が存在する場合である。とすれば、同席者が、そのような特別な人間関係、背景事情、具体的経緯を自ら作り出したといえる場合には、自己の同席が偶然そのような作用、影響を有する事態に遭遇してしまったとい

9) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』（1996、成文堂）104頁。

うのではなく、自らの同席がそのような作用、影響を有する状況をまさに自ら作り出した以上、同席自体を禁止するか、さもなければ、同席する際には、そのような作用、影響を生じさせないように振る舞うことを義務づけることが可能であると思われる。したがって、同席者が、その同席が犯罪実行者を心理的に促進する作用を有することとなるような特別の人間関係、背景事情、具体的経緯を自ら作り出したといえる場合には、それにより前記②一定の作為を義務づけることの正当性は肯認されることとなる。これは、過失作為犯において、たとえば、自動車を運転すること自体は禁止されないが、自動車を運転する際には、適切にハンドル操作をしたり、速度調整をするなど、法益侵害結果が発生しないように振る舞うことが義務づけられるのと同じである。

2. 以上の点を、スワット事件¹⁰⁾に当てはめて考えると、確かに、スワットらが組長を警護するために拳銃等を携帯していることについての組長の認識・認容と、そのような組長の認識・認容についてのスワットらの認識が、単に併存していただだけでは、組長のスワットらに対する心理的因果性は認められない。心理的因果性が認められるためには、組長が、同人を警護するために拳銃等を携帯しているスワットらと行動を共にしていることが、上記のような組長の認識・認容をスワットらに暗に表示し、認識させる作用を有していたと認められる必要があるのであって、組長の言動にそのような作用が認められないにもかかわらず、スワットらが勝手に組長の認識・認容があると思い込んでいたという場合には、心理的因果性は認められないのである。すなわち、心理的因果性が認められるためには、まさに実際に組長が有していた認識・認容がスワットに伝達され、認識された結果、その心理に影響を与えたことが必要なのであって、そのためには、被告人の言動が、その有する認識・認容をスワットらに表明、伝達する作用を持っていたと認められるような事情が

10) 暴力団組長である被告人が遊興のため上京した際、スワットと呼ばれる被告人のボディーガードらが、けん銃等を所持していたことにつき、被告人がけん銃の所持につき直接指示を下さなくても、被告人とスワットらとの間には、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、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として、被告人に、共謀共同正犯の成立を認めたもの。

〈28〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

必要である¹¹⁾。

そうすると、組織の中におけるスワットの明確で恒常的な位置づけ、活動と、それに関する組長とスワットとの間の共通理解が存在したスワット事件においては¹²⁾、その受益者であり、かつ、けん銃所持をやめさせることが可能な地位にあった被告人が、けん銃所持や、けん銃を所持したスワットらの同行に否定的な言動を一切とることなく、スワットらと終始行動を共にしていたことは、スワットらによるけん銃の携行を認識・容認していることを暗に表示、伝達する態度といえよう。

もっとも、同行している者が自己の犯罪行為を認識・容認していることを実行者が認識したからといって、常に、実行者に心理的促進作用が生じるわけではない。同行者の犯行に対する態度如何が、実行者にとってほとんど意味を持たない場合には、たとえ、同行者が自己の犯罪行為を認識・容認していること、あるいは、それを邪魔するつもりがないことを実行者が認識したとしても、心理的促進作用、したがって、心理的因果性は認められない。しかし、スワット事件においては、「被告人とスワットらとの間には、スワットたる者は個々の任務の実行に際しては、親分である被告人に指示されて動くのではなく、その気持ちを酌んで自分の器量で自分が責任をとれるやり方で警護の役を果たすものである」という共通の認識があった」のであり、スワットらにとって、組長たる被告人が自分たちによるけん銃所持を容認しているか否かは重大関心事であって、スワットらがけん銃を携行して護衛することを組長が当然のこととして受け入れていることをスワットらが認識していた場合には、自分たちの行動は組長の意に沿うものであるということで、けん銃所持の意思が強化されるといってよいであろう。

そして、組長たる被告人は、終始行動を共にするという自己の行動がスワットらによるけん銃の不法所持に対して心理的因果性を有することとなる上記背景事情の中に意識的に身を置くことによって、自身の同席が心理的促進作用を有する状況を自ら作り出している以上、そのような

11) 松原芳博「共謀共同正犯の現在」法曹時報 63 卷 7 号 16-7 頁、21 頁。

12) 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 日第一小法廷判決を中心に ——」刑事法ジャーナル 3 号 61 頁、橋本正博・平成 22 年度重要判例解説 205 頁。

心理的促進作用を生じさせないように振る舞うこと（外出を控える、外出の際にスワットらにけん銃の携行を禁止する等）が義務づけられることになる。

3. スワット事件と同じく、犯罪行為を認識しつつ、しかし、自分自身はそれに積極的に関与するわけでもなく、かといって、阻止するわけでもなく、同席していた者について、作為犯としての共謀共同正犯の成立を認めた例として東京地判平成10年5月14日（判例タイムズ1015号279頁）¹³⁾がある。これは、オウム真理教の最高幹部の1人であり、教祖の妻でもある被告人が、脱会した元信者の殺害に際して、「自分のまいた種ですからね。」などと発言し、殺害に反対する言動をとることなく、殺害現場にとどまっていたという事例であり、上記の、現場にいたこと自体に作為を肯定することに批判的な見解は、「自分のまいた種ですからね。」などと発言して賛意を表明した点に作為寄与を肯定する¹⁴⁾。

しかし、既述のように、明示的に賛意を表明する発言があったことは、作為関与を認めるために、必ずしも不可欠、決定的な要素ではなく、単にその場において何が行われようとしているのかを認識しつつ異を唱えないことが賛意、認容の黙示的な表明と受け取られるような具体的状況、他の共犯者との関係性が存在する場合には、心理的因果性を肯定することは可能である。そして、教祖の妻であり、教団内では正大師という最高のステージにあった被告人が殺害の遂行に賛成していることを、実行者が認識していた場合には、この殺害行為は実行者が独断でやっているのではなく、被告人の意向を受けて行っているということで、実行者に対して心理的促進関係が認められるとあってよいであろう。

4. 以上に対して、東京地判昭和34年2月18日（下刑集1巻2号401頁）は、その輩下の者が被害者に対し暴行を加え、果てはその場の雰囲気から昂奮した一部の者がナイフで切りつけて被害者に傷害を負わせた際、終始その場において輩下の者による暴行・傷害を黙認し、なすに任

13) 評釈として、安里全勝・山梨学院大学法学論集45号193頁。

14) 島田・前掲論文注8)26頁、松原・前掲論文注7)541頁。

(30) 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

せていた愚連隊の首領につき、傷害の結果を未然に防止する措置をとらなかつたとして、不作為の共同正犯の成立を認めた。

本事例において作為犯ではなく不作為犯の成立が認められた理由は明らかではない。確かに、愚連隊の仲間の一人が別の愚連隊の者に匕首で刺されたことを知った輩下の者たちが、その報復に被害者を拉致して暴行を加える決意を、被告人とは無関係に行い、当該決意に基づいて被害者を拉致して被告人方に連行してきて、暴行を加え傷害を負わせたという事例であるから、このようにすでに犯行を決意していた者の犯行の単なる黙認は、犯行決意の強化等の積極的意味を持つものとは認めがたかつたのかもしれない。しかし、東京地裁の認定によれば、輩下の者は被告人の協力を得て所期の目的を遂げる意図のもとに被害者を被告人方に連行したというのであるから、輩下の者が被害者を被告人方に連れ込み、被告人方において被害者に暴行を加えることを被告人が認識しつつ容認したことは、輩下の者としてはまさに被告人の協力が得られたということで、その犯罪の遂行は、物理的（人目につかない被告人方において暴行を行うことを許されたこと）にも心理的にも、促進、強化されていると認めてよいように思われる¹⁵⁾。さらに、被告人は、途中で輩下の者が被害者を屋外に引き出そうとするのを阻止しており、これは、屋内において人目につくことなく暴行を加えることを可能にする行為であるから¹⁶⁾、この点においても、輩下の者による暴行・傷害に対する物理的因果性のみならず、輩下の者による暴行・傷害の単なる黙認にとどまらない、積極的容認、協力的姿勢の表れと受け取れる言動であり、心理的因果性もまた肯定できるように思われる¹⁷⁾。

5. また、高松高判昭和40年1月12日（下刑集7巻1号1頁）も、暴力団の幹部である被告人が、その弟分であるAから、Xに報復を加えに行くから同行して貰いたい旨の依頼を受け、暴力沙汰になることを

15) 「一般的には両者の間に暗黙の了解があったものと解する余地もあろう」とするものとして、宮澤浩一・法学研究32巻10号75頁。

16) 島田聡一郎「不作為による共犯について（2・完）」立教法学65号280頁。

17) さらに、「このような強い上下関係のあるところでは支配者の沈黙ということは、積極的肯定よりも強い意味を持っているということに注意するべきである」とするものとして、宮澤・前掲論文注15)76頁。

察知しながらこれを承諾し、Aを助勢する意図のもとにAと同行することとなった際、被告人のもとに寄宿し、被告人の輩下と目される立場にあったBおよびCが、暴力沙汰に及んだ場合の用意として、被告人所有の日本刀を携え随伴してきたが、被告人は、その事情を了知しながら、これを容認していたという事例につき、作為犯ではなく、不作為犯が成立するとした。すなわち、被告人に、その輩下組員による日本刀の携帯を阻止すべき法律上の義務を肯定し、その義務に反する不作為によってBおよびCによる日本刀の不法携帯を容易ならしめたとして、不作為による幫助犯の成立を認めた。他方、AらによるXに対する報復行為については、被告人はこれを助勢する意図で同行したこと、Aとしても兄貴分である被告人が同行してくれたことにより、同人の後楯があるものとの安心感を抱いたことを認定し、作為による傷害幫助を認めている。

BおよびCによる日本刀の不法携帯についても、被告人には認識・認容があったのであるが、そのような被告人の認識・認容をBおよびCに暗に表示し、認識させるような言動、背景事情の有無、さらに、かりにBおよびCが被告人の認識・認容を認識していたとして、それによってBおよびCが心理的に促進されたと認められる事情が存在したか否か、は認定事実上読み取れない。とすれば、BおよびCによる日本刀の不法携帯については、スワット事件とは異なり、被告人が心理的因果性を及ぼしたと認めることはできない事例であったといわざるをえない。この高松高裁判決は、暴力団という組織における地位が上位の者が、輩下による犯行を黙認しつつ同席していたというだけでは、ただちに心理的因果性、作為関与を肯定することはできないという理解を前提にしていると解され、その限りでは妥当であったと思われる。もっとも、不作為犯の成否を検討するとしても、銃砲刀剣類所持等取締法における刀剣類の所持、携帯等についての規制の趣旨から、被告人の、その輩下組員による日本刀の携帯を阻止すべき義務を基礎づけたことには疑問が残る¹⁸⁾。

18) もっとも、後述(Ⅲ1.)のように、BおよびCによる日本刀の不法携帯につき、被告人に不作為による幫助犯の成立を認めた結論自体は是認しうる。

〈32〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

6. 次に、児童虐待事例においても、自己が養育・監護する児童に対する暴行・傷害行為を阻止しなかった親権者につき、不作為犯の成立を肯定する、また、肯定するかのような書きぶりの裁判例が多く存在するが、なかには、我が子に対する暴行・傷害行為を認識しつつ阻止しなかった者につき、被害者の死傷結果との間に自然的因果性を有する言動が認められるように思われる事例もみられる。

たとえば、児童虐待B事件は、被告人が、1歳2ヶ月の三女Xが泣き止まないことに腹を立て、Xの顔面及び腹部を手拳で殴打するなどの暴行を加えたが、夫甲が一向に制止しようとしないうことから、Xを抱きかかえて隣室のこたつの前に移動し、同児を自分の右肩付近まで持ち上げたまま甲の方を振り返り、「止めへんかったらどうなっても知らんから」と申し向けたが、甲は、被告人の表情等から同人がXをこたつの天板に叩きつけようとしていることに気付きながら、嫌悪していたXを被告人に殺害させる意図から、黙ったまま顔を背けたところ、それを見た被告人は、甲が自分を制止する気がなく、自分にXを殺害させようとしていると理解して、Xをこたつの天板に強打することを決意し、Xをこたつの天板目がけて叩きつけ、殺害した事例につき、「甲においても、被告人と並んでX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、こたつの前に立ってX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Xをこたつ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有していることまでをも熟知しながら、自らもX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X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のであって、以上によれば、Xをこたつ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ついて、この時点において、暗黙の共謀が成立したと認めるのが相当というべきである」として、被告人と甲との殺人罪の共同正犯を肯定した。

判決文中、甲が「X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」ことや、「仮に、この時、甲が制止していれば、Xをこたつの天板に投げるのをやめた可能性が高かったこと」などが指摘されていることからすれば、甲につき、不作為による共同正犯の成立を認めたものとも解しうる。しかし、他方で、「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X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のであって、……同児を殺害することについて、この時点において、暗黙の共謀が成立したと認めるのが相当」と判示しており、作為犯としての共謀共同正犯の成立を認めたものとも受け取れる¹⁹⁾。

甲は、被告人がXに対する暴行を開始するに先立ち、被告人に対して、暴行を加えてでもXを黙らせろという趣旨で、「うるさいじゃ、何でもいいから黙らせ。」などと発言し、被告人においてもそのような甲の発言の趣旨を十分理解したうえで、Xに対して、あやすなどの行動は一切とらないまま、いきなりその腹部を殴打するなどの激しい暴行を加え始めたという経緯があり、甲は、被告人の行為を阻止せず黙ったまま顔を背けるという態度をとった際、嫌悪していたXを被告人に殺害させる意図を有しており、被告人は、このようなXの態度を見て、甲が自分を制止する気がなく、自分にXを殺害させようとしていると理解して、Xをこたつの天板に強打することを決意したとの認定を前提とすれば、被告人の行為を阻止せず黙ったまま顔を背けるという甲の態度は、被告人によるX殺害行為に対して心理的因果性を有する作為といえよう。

19) 学説における理解も分かれている。作為犯として処理したものと解するものとして、松原・前掲論文注7) 541頁、同・前掲論文注11) 37頁注59〔もつとも、本件の解決としてはむしろ不作為犯の成立を問題とすべきであったとする。〕西田典之『共犯理論の展開』(2010、成文堂) 136頁、不作為とするものとして、林・前掲論文注6) 5-6頁、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46頁注50、同・前掲論文注8) 7頁。なお、本判決は、甲を被告人とするものではないことに注意を要する。甲を被告人としてその罪責を判断したのは、大阪高判平成13年9月21日(裁判所ウェブサイト)であり、そこでは、「Y(本判決の被告人〔筆者注〕)において泣きやまない同児を布団に数回叩き付けるなどしたうえ、被告人(本判決の甲〔同〕)と意思を相通じ合い、同児を自己の肩付近まで持ち上げて、こたつの天板に叩き付けて同児の後頭部を強打させて死亡するに至らせた」と簡潔に説示されるにとどまり、甲の犯行を作為と捉えているようにも読める。

〈34〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

もっとも、このような心理的因果性だけでは、共同正犯と評価するにたる作為寄与とは認められないとの見解もありうるが²⁰⁾、本件が、日頃から被告人、甲ともにXを疎ましく思い、十分な食事を与えない、殴打する等の虐待を加え、さらに、周囲に怪しまれることなくXを亡き者にする方法の相談をするなどしていたなかで生じたものであること、上記のような甲の発言を契機に被告人のXに対する暴行が開始され、それがエスカレートした結果、本件殺害行為に及んだという側面もあること、さらに、そのような作為寄与と同時に存在した、被告人の行為を阻止してXの生命を保護すべき義務に反する不作為をも考慮すれば、Xの死亡という結果の発生に対する甲の寄与、果たした役割は、決して小さいとはいえないように思われる。

一見すれば作為の処罰を予定しているように見える規定にも不作為処罰が含まれるとする一般の理解²¹⁾によれば、成立する犯罪は作為犯かそれとも不作為犯かという二者択一で考える必要はなく、作為犯の成立要件を満たしていれば作為犯が成立し、不作為犯の成立要件を満たしていれば不作為犯が成立するというだけのことであって、場合によっては両方の要件を共にみたしていることもありうる。また、作為と不作為が、(共同)正犯と(狭義の)共犯の区別について同じ原理に服するというのであれば²²⁾、結果発生に至る一連の因果経過の中で行為者が行った作為関与の部分と不作為関与の部分の両方を考慮して、全体として、結果発生に対して、他の関与者と同等の重要な寄与、役割を果たしたと評価できれば、共同正犯の成立を肯定するというのも、理論的には可能であろう²³⁾。この場合、作為犯も不作為犯も同じ条文の適用を受けるとする一般的な理解を前提とすれば、成立するのが、作為の共同正犯か不作為の共同正犯か、いずれか一方でなければならぬとする理由はない。罪責の基礎に不作為関与が含まれる場合には、当該不作為が処罰対象たるための要件を充たしている必要があるというだけのことである。その限りで、罪責の基礎に不作為が含まれることを明示する必要はあろうが、行

20) 松原・前掲論文注7) 541頁。

21) 西田・前掲書注19) 163頁、井田・前掲書注4) 141頁。

22) 山口厚『刑法総論[第2版]』(2007、有斐閣) 361頁、島田・前掲論文注19) 42頁、嶋矢前掲書注5) 929頁。

23) 島田・前掲論文注8) 59頁、嶋矢・前掲書注5) 930頁。

為者の作為、不作為を併せた寄与が共同正犯としてのそれと認められる場合には、端的に、共同正犯が成立するとすればたりよう。

7. また、児童虐待 A 事件は、被告人が、その二男 X (当時 3 歳) に暴行を加えたうえ、下半身裸のまま屋外に出し、約 1 時間程して家の中に入れた後、被告人方を訪れた A が、X に対し、その後頭部を床等に打ち付けるなどの暴行を加えて死亡させた際、被告人は、手を出さないでと A に声をかけたのみで、A の暴行を阻止する何らの具体的措置も講じなかった事例において、「被告人が先行する暴行を加えていない……場合……とは異なり、先行行為としてこれだけの暴行等を加えた者については、その暴行により被害者に生じた具体的危険な状況を自ら解消すべき義務があるから、他の者によるさらなる暴行を積極的に阻止すべき義務があ」り、しかも、被告人は、「少なくとも、A が X に手を出すこと自体は認容していたとみるほかな」く、「その後に行われた A の暴行……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、また、「被告人が A の暴行を止めることは、事前はもとより、その途中でも可能であった」ことなどから、「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べきであ」り、「顔を殴らないという A の言葉に対して、被告人がこれを了解した時点において、A 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」とした。

本件では被告人には不作為犯が成立することが明示されているが、作為者と不作為者との間の「共謀」が認められており、ここでいう「共謀」の内実が問題となろう。これが、意思の連絡に基づく心理的因果性を基礎づけるようなものであったとするならば、被告人には、まず作為犯の成立が検討されるべきであったということになる。本件においては、A が被告人方を訪れた際にはすでに A は X に暴行を加える意思を有しており、そのような A に対して被告人は手を出さないでと声をかけ、顔は殴らないからとの A の答えを聞いて、それ以上の阻止行為に出なかったというのであるから、被告人には、A が X に暴行を加えることについての認識・認容があり、他方、A は、上記のような被告人とのやりとりによって、被告人が自己の X に対する暴行を認識・認容して阻止し

〈36〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

ないことを認識したといえよう。問題は、このようなやりとりを通じて、AのXに対する暴行を被告人が認識・認容して阻止しないことをAに認識させることによって、被告人は、AのXに対する暴行およびその結果について自然的因果性を及ぼした、促進作用を及ぼしたといえるかどうかである。本件においては、このようなやりとり以前に、AはXに暴行を加える決意をしており、被告人がAのXに対する暴行を認識・認容して阻止行為に出ないということが、Aの犯行意思を強化する作用を有したと認められるような事情は認定されていない。したがって、ここでの「共謀」は、単に、AのXに対する暴行および被告人によるその不阻止という、各人の行為についての相互認識の存在を意味するにすぎず、それだけでは、Aの暴行およびその結果に対する被告人の作為寄与を認めることはできない。

もっとも、本判決が、Aの暴行を阻止しなかったという不作為のみをとらえて、Aの作為と被告人の不作為の共同正犯の成立を認めたのだとすれば、そのような処理には疑問が残る。本判決は、Xの暴行に先立って、被告人自身がXに対して、平手でそのほおを数発叩いたうえ、右手けんてでその額を十数回殴り付けるなどの暴行を加え、かつ、厳寒の季節なのに下半身裸のまま約1時間も屋外に出すという行為を行っていたことは、被告人の有する作為義務の程度、内容、ひいては、義務に反する不作為の正犯性に関わる事情として考慮されており、「被告人の責任は、幫助犯のそれに止まるものではなく、不作為の正犯者のそれに当たる」と明確に判示されていることからすれば、Aの暴行を阻止しなかった不作為のみをとらえて、Aの作為と被告人の不作為との共同正犯を認めたものと解するのが素直であろう。

しかし、他方で、Aの暴行によって致命的な傷害が加えられたとの弁護人側の主張を退け、また、罪となるべき事実が、被告人がXに対して暴行を加えた後、被告人方を訪れたAと共謀の上、AにおいてXに暴行を加え、よってXに急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、当該傷害により死亡させたと記述されているところからは、当初被告人の単独作為正犯として始まった暴行に、途中からAが共同正犯者として加わり、相前後する両者の暴行があいまってX死亡の結果が発生したものとして処理されていると読む余地もあるように思われる。さらに、本件にお

いては、AのXに対する暴行の犯意が生じたのは、Xのしつけに関心を持ちこれまでもしつけと称してXにかなりの暴行を加えていたAに、被告人が当日のXの行動を携帯電話で連絡したことによるものであり、加えて、被告人は、これによりAがXに手を出すであろうことを予期しつつ、Aを自宅に招き入れているのであるから、これら被告人の行為は、AのXに対する暴行につき、心理的および物理的因果性を有するものといえよう。そうだとすれば、確かに、被告人の行為は、AのXに対する暴行を阻止しないという不作為の側面をも同時に有していたことは否定できないが、結果と因果性を有する作為が存在する以上、まずは、作為犯の成否を検討すべきであり、しかも、その作為寄与は、幫助に止まるような軽微なものとはとうていいえないように思われる。まさに自ら始めた暴行を甲に引き継いだものであり²⁴⁾、作為者の犯行を阻止しなかった不作為のみが結果帰責対象となる事例とは明らかに異なる。

8. 最後に、第三者による犯罪行為に対して、先行して何らかの作為寄与を行った後、その犯行を認識しつつ阻止することなく同席していた者につき、原審²⁵⁾が作為犯としての共謀共同正犯の成立を認めたのに対し、犯罪阻止義務を肯定して、作為犯に対する不作為の共同正犯が成立するとした集団リンチ事件を検討する。

これは、AらによるXに対する暴行およびその後の殺害の現場に同行したが実行行為は行わなかった甲および乙の罪責が問題となった事例において、甲については、Xに強姦されたという、事実とは異なる甲の発言が契機となってAらの暴行の犯意が発生したこと、甲は、AらがXに暴力を振るう可能性があることを十分認識しながらXを呼び出しており、身体に対する危険の及ぶ可能性のある場所にXを誘い入れたといえること、また、甲以外の者は、甲の発言を信じた結果、Xに対して怒りを持っており、危険が生じた際にXを救うことのできる者は甲のほかにはいなかったことなどから、甲は、本当は強姦などされていないという事実を説明して犯行の阻止に努めるべきであったとし、他方、乙についても、甲の言葉が本当だと信じていた点は甲と異なるが、Xが

24) 中森・前掲論文注2) 126頁。

25) 千葉地判平成20年3月31日(公刊物未登載)。

〈38〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

一度痛い目にあったほうがいいと積極的に思っていたこと、甲から話を聞いて、甲を大声で叱るなどしてAらが聞き付ける素地を作り出したうえ、Aの怒る言動等を認識しながらも、Xの呼び出しを甲に求めるなどして、これを押し進めており、甲と同様、身体に危険の及ぶ可能性のある場所にXを積極的に誘い入れたといえることなどから、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して、兩名につき、殺人の不作为による共同正犯の成立を肯定したものである。

本判決が、甲および乙につき犯罪阻止義務を認める根拠としてあげている、甲および乙の言動は、AらのXに対する暴行の犯意を生じさせ、さらに、その犯意の実現に寄与するものであるから、暴行・傷害の限度では、甲および乙に作為寄与を肯定できよう。

これに対して、殺害との関係においては、作為寄与を肯定することは困難であるように思われる。本件は、児童虐待B事例と異なり、甲および乙の言動が契機となって開始された暴行がエスカレートして殺害に及んだのではなく、Aらは、いったんはXを病院に行かせるために解放したあと、犯行発覚を防ぐ目的で殺害を決意したものであって、このような新たな決意に基づく作為者の犯行についてまで、甲・乙の当初の作為寄与の影響が認められるかは疑問である。また、甲・乙が、殺害についての共謀成立後も犯行の現場に同行し続けたことがAらによる殺害に一定の寄与をしていたとして、作為による共謀共同正犯として処罰することが可能であったとする見解²⁶⁾も存在するが、「一定の寄与」の内実、そのような寄与が認められる根拠は明らかではない。確かに、既述のように、その同行自体が、実行者に対して心理的促進作用を有すると認められる場合もありえ、本件でも、暴行・傷害の限度では、Xに強姦されたと言う甲のためにAらはXに暴行を加えていること、乙自身Xに暴行を加えることを積極的に是認していたことからすれば、そのようなAらの犯行に理由づけを与える甲、あるいは、その犯行を積極的に支持する乙の同行は、Aらの意思を強化する作用を有したと認める余地もあろう。しかし、犯行発覚を防ぐ目的での殺害については、そのような事情は存在せず、単なる同行のみに心理的促進作用を認めることは

26) 島田・前掲論文注19) 46-7頁。

困難であるように思われる。

9. 以上のように、他人の犯罪行為を認識しつつ阻止しなかった者について、その同席自体、あるいは、犯行を邪魔しないという態度が、現実には、犯罪実行者の心理に促進的に作用したと認められる場合には、作為関与が肯定されることとなるが、逆にいえば、犯罪実行者が、その犯行を認識しつつ阻止しなかった者の存在、黙認、不阻止を認識していたとしても、それだけでただちに犯罪実行者に対する心理的促進作用、すなわち、作為関与が認められるわけではないのである²⁷⁾。

そこで、犯罪実行者と、その犯行を認識しつつ阻止しない者とが、相互に、その犯罪行為および不阻止を認識し合っていた場合であっても、犯罪実行者に対する心理的促進作用が認められない場合には、不作為による共犯の成否を検討すべきこととなる。そして、不作為は、既述のように、犯罪事実ないしは法益侵害結果の発生との関係において自然的因果性を有しない場合であるが、物理的因果性については、一般に、期待された作為を行ってれば結果が回避されたであろう場合には、不作為と結果発生との間の因果関係が認められるとされており²⁸⁾、また、作為者による犯行を阻止しないしは困難にする作為を怠ることによって作為者による犯行を容易にしたとして、不作為による幫助が肯定されている²⁹⁾ことからすれば、これと同様に考えて、期待された作為を行ってれば、犯行決意が生じることはなかった、あるいは、すでに存在する作為者の犯行決意が消滅あるいは減弱したであろう場合には、不作為による心理的因果性を肯定することが可能であると思われる³⁰⁾。すなわち、作為者の意思にかかわらず、犯行の遂行を物理的に妨害、阻止することが可能であったにもかかわらずそれを怠った場合は、不作為による物理的因果性が肯定され、これに対して、作為者の心理に働きかけて、犯行決意を消滅あるいは減弱させることが可能であったにもかかわらずそれを怠った場合は、不作為による心理的因果性が肯定される。したがって、

27) 名古屋高判昭和31年2月10日(高刑集9巻4号325頁)、東京高判平成11年1月29日(判例時報1683号153頁)参照。

28) 山口・前掲書注22)78頁、井田・前掲書注4)142頁。

29) 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(2012、成文堂)443頁、

30) 林・前掲論文注6)8頁。

〈40〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

犯行の遂行を物理的に妨害する行為を行うことによって、犯行の遂行に対する物理的障害となるとともに、作為者の犯行決意を殺ぐ効果も有したであろうという場合には、物理的因果性と心理的因果性がともに認められることとなる³¹⁾。

Ⅲ 作為正犯者の犯行を阻止すべき義務

以上のように、犯罪実行者と、その犯行を認識しつつ阻止しない者とは、相互に、その犯罪行為および不阻止を認識し合っており、その意味で、犯行遂行についての（黙示の）意思連絡が両者の間に存在する場合であっても、後者につき、作為関与が認められない場合があり、かつ、不作為犯についても、物理的因果性のみならず心理的因果性を肯定するので、理論的には、作為犯に対する不作為による共同正犯も存在することとなる。実際に、作為者の犯罪行為を阻止しなかった不作為者に作為者との共同正犯の成立を肯定するためには、不作為者が、不作為処罰に必要な作為義務を負っていたことと、不作為者の関与が、作為者と並んで共同正犯と評価しうるものであったことが必要となる。以下、順次検討する。

1. まず、不作為犯の成立要件である作為義務の発生根拠については、様々な見解が主張されているが、作為義務が、不作為が作為と同じ条文中で同等に処罰されることを基礎づけるための要件であることからすれば、まず第1に、①不作為に欠如する、犯罪事実の実現ないしは法益侵害結果の発生との間の自然的因果性を埋め合わせることが必要であり、かつ第2に、②一定の作為を刑罰をもって義務づけることを正当化しうること、まさに当該不作為者こそが作為すべきであったといえる事情³²⁾

31) これに対して、物理的な妨害行為によって、そもそも犯行の遂行が不可能となったために犯行意思が消滅した場合には、心理的因果性は認められない。物理的因果性に加えて心理的因果性も認められるのは、作為者としては、妨害行為によって犯罪遂行に邪魔が入り、所期の目的を達成するためには余計な手間がかかることとなるが、犯罪遂行が物理的に不可能になるとまではいえないものの、邪魔が入ったことによって、犯罪遂行意思が弱められ、あるいは、場合によっては、犯罪遂行意思を放棄することがありうる、という場合である。

32) 橋本正博「不真正不作為犯における作為義務」研修682号6頁、西田・前掲書注19) 179-180頁。

が必要である。①のみでは作為義務が認められないのは、一定の作為を行うことだけが禁止される作為犯に比して、一定の作為を行うことが命じられる不作為犯の方が、国民の行動の自由を制約する程度が強く³³⁾、作為と不作為と同じ条文で同等に処罰するためには、この点における作為との等価値性も必要と考えられるからである³⁴⁾。大雑把に言えば、従来、排他的支配、支配領域性といわれてきたものが前者に該当し³⁵⁾、それプラスアルファの要件として要求されているもの（たとえば、法益維持行為の継続や他人による救助が不可能な状況に被害者を引き込む等によって自ら排他的支配を設定したこと³⁶⁾、保護の必要な法益主体または法益の危険を生じさせている源泉との間に、法益保護のために必要な作為に出ることが前提ないし想定されている社会的関係に、その関係の意味を認識しつつ入ったこと³⁷⁾、その身分関係、社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負う場合³⁸⁾、あるいは、放置すれば法益侵害につながりうるような脆弱な被害者や危険物の管理を委ねられた一定の社会的役割を引き受けた場合³⁹⁾など）が、後者に該当するものといえよう。

もっとも従来の議論においては、支配の対象が、構成要件該当事実の実現自体、法益侵害結果の発生自体とされていた点⁴⁰⁾に問題があったように思われる。なぜなら、作為犯として処罰される行為の中には、単独正犯のように、結果の発生、不発生自体を支配していると認められる場合のほか、幫助犯のように、犯罪の実現、法益侵害結果の発生を促進す

33) 島田聡一郎「不作為犯」法学教室 263号 116頁、松生光正「救助的因果経過の中断について（三）完」姫路法学 39・40合併号 90頁。

34) 和田俊憲「演習刑法」法学教室 388号 157頁。

35) 西田・前掲書注 19) 178頁。

36) 井田良「不真正不作為犯」現代刑事法 3号 93頁、林幹人「共犯と作為義務」上智法學論集 49巻 3・4号 59頁、63頁。

37) 橋本・前掲論文注 32) 8-9頁。

38) 西田・前掲書注 19) 180頁。

39) 島田・前掲論文注 33) 117頁。

40) 西田・前掲書注 19) 178頁、佐伯・前掲論文注 9) 110頁。また、「危険源の支配」、「法益の（脆弱性の）支配」という言い方をする見解（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、判例タイムズ社）31頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008、東京大学出版会）156-7頁）も、結局は、それらの支配を有する者に法益の維持存続、危険の回避が依存する状態を自ら生じさせたことを作為義務の根拠としており、従来の見解との実質的な相違は必ずしも明らかではない。

〈42〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

る作用、因果性のみを支配しているにすぎない場合、すなわち、結果発生に至る経過の一部分のみを支配しているにすぎない場合も存在するからである。そうすると、作為と不作為の同価値性を基礎づけるためには、結果発生自体を支配していたことまでは必要なく、犯罪事実の実現、法益侵害結果の発生との関係で因果性を有する何らかの経過を排他的に支配していたと認められれば、そのような経過の不阻止は、当該経過を積極的に作出する作為（当該経過が犯罪事実の実現にとって有する重大性如何によって、（共同）正犯、共犯、場合によっては（著しい軽微性ゆえの）不可罰に分けられることになるのは別論である。後述Ⅳ参照。）と等価値とっていいということになるかと思われる。

たとえば、自己の排他的管理下にある毒物を、それを用いて殺人を実行する意思を有する者が持ち出すのを阻止しなかった者は、通常、殺人の実現、被害者の死亡結果の発生まで支配しているとはいえないが、当該毒物が殺人を決意している者の手に渡るか否かという限りでは、因果経過を排他的に支配しており、したがって、当該毒物が殺人を決意している者の手に渡ることを阻止することが可能であったにもかかわらず阻止しない不作為は、殺人を決意している者に当該毒物を手渡す作為と等価値とってよいということになる⁴¹⁾。

もっとも、事実として、殺人を決意している者による毒物の持ち出しの阻止がその管理者に排他的に依存していたとしても、そのことからただちに、持ち出しを阻止すべき義務が肯定されるわけではない。作為義務が認められるためには、既述のように、第2の要件として、まさにその管理者こそが持ち出しを阻止すべきであったというための事情が存在したことが必要なのであって、たとえば、散歩中に、周囲に誰もいない池で人が溺れているところに出くわした場合のように、法益の保護が自己に排他的に依存する状態が、その意思に基づかずに偶然生じたような場合には、事実としてその人しか助けることができる人はいなかったというだけでは、法的に作為を義務づけることはできないのであって、ま

41) なお、毒物の管理者に排他的支配が認められるのは、原則として、当該薬物が殺人を決意している者の手に渡るか否かという限度においてであるから、持ち出された後、それを用いて行われる殺人行為を阻止すべき義務を認めるためには、殺人行為の阻止、被害者の生命の保護がその者に排他的に依存していたといえる事情が存在したことが必要になる。

さに当該不作為者こそが作為すべきであったというためには、自ら排他的支配を設定したこと、法益の保護が排他的に依存する地位に自ら就いたことが必要であると解されている⁴²⁾。

そうすると、毒物や日本刀など、犯行に用いられる道具は、それ自体が結果発生に至る過程の一部を発生させるわけではないので、犯罪の手段となりうる物を入手し、自己の排他的管理下に置いていたとしても、それだけでは、結果発生に至る経過の一部に対する排他的支配を自ら設定したとはいえない。当該物が犯行に用いる目的で持ち出されそうになった段階ではじめて、結果発生に向かう因果の流れの一部が自己の排他的支配下に入ってくることになる。しかし、そのような排他的支配状態を生じさせたのは、当該物を犯行に用いる目的で持ち出そうとしている者である。すなわち、犯行を決意した者が、不作為者の排他的管理下にある物を持ちだして犯行に用いることにしたために、その阻止が当該物の管理者に排他的に依存する状況が生じたのであって、物の管理者からすれば、たとえば、自宅内に嬰兒が置き去りにされたために、その保護が自己に排他的に依存する状態が発生した場合と実質的に同じである。このことは、当該物が、日本刀や毒物、劇薬物のように、その所持、保管に特別の許可等が必要である物であった場合と、包丁やハサミ、バットのよう、特別の許可や資格を要しないような物であった場合とで異なる。

したがって、持ち出しを阻止すべき義務が認められるためには、①持ち出しの阻止が自らに排他的に依存している状態を物の管理者が自ら発生させた、自ら設定したといえる場合であるか、あるいは、②自己の管理下にある物の持ち出しを阻止すべき社会的地位が認められることが必要である。②に該当するためには、自己の管理下にある物が犯行の手段として持ち出されるという事態を、管理者自らが作り出したといえる事情が存在したことが必要である。そして、そのような事態をまさに「自ら」作り出したというのは、どういうことかといえば、自己の排他的管理下にある物が犯行の手段として持ち出されるという事態の発生に対するその因果的寄与が、(共同)正犯的であるということである。そうす

42) 林・前掲論文注36) 63頁。

〈44〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

ると、いわば実行行為ともいうべき持ち出し行為自体を行うのは、管理者ではなく、犯行の手段として使用する目的で日本刀、毒物等を持ち出す者であるから、その者が、当該管理者が保管している日本刀、毒物等を犯行に使用する目的で持ち出すことを決意し、実際に持ち出す行為を行うことに対して、管理者が、いわば共同正犯的な寄与を行ったことが必要になる。他方、⑥が肯定しうるかといえ、それ自体から法益侵害結果が発生するわけではなく、その意味で、それ自体としては危険源とはいえない物については、かりに、それが日本刀や一定の毒物、薬品のように、その所持に特別の許可等が必要な物であっても、それが適切に管理されていたという限り、そのような管理を破って持ち出そうとする者を阻止すべき社会的地位、役割が、その管理者に認められるとは思われない。特別に許可を得て日本刀や毒物等を所持、保管している者に求められるのは、あくまでも、それを適切に管理することであって⁴³⁾、許可のない者による持ち出しや不法所持、ましてや、それをを用いた犯罪の阻止までは想定されていない。

たとえば、前出（Ⅱ 5）高松高判昭和 40 年 1 月 12 日の事例においては、全く見ず知らずの者が被告人宅に侵入して被告人の管理下にあった日本刀を持ちだしたというのではなく、暴力団の幹部である被告人が、その弟分である A から、X に報復を加えに行くから同行して貰いたい旨の依頼を受け、暴力沙汰になることを察知しながらこれを承諾し、A を助勢する意図のもとに A と同行することとなった際、被告人のもとに寄宿し、被告人の輩下と目される立場にあった B および C が、暴力沙汰に及んだ場合の用意として携帯してきたものであることからすれば、当該日本刀は、必要な場合には輩下の者が自由に持ち出すことを許された状況にあったことがうかがわれ、そのような状況は、まさに当該日本刀の所有者であり、かつ、B および C の親分である被告人が作り出さない限り存在しえないものであるから、その意味で、被告人は、B および C が被告人所有の日本刀を持ち出す事態、したがって、その持ち出しの阻止が自己に排他的に依存する状況を自ら作り出しているとい

43) したがって、当該物を適切に管理、保管してさえいれば持ち出しが阻止されていたであろうという場合には、適切な管理、保管を怠った不作為を根拠に、処罰される可能性はあるであろう。

えよう⁴⁴⁾。したがって、被告人には、BおよびCが自己の管理下にある日本刀を持ち出すのを阻止すべき義務が認められる。そして、そのような義務に反する不作為は、BおよびCに日本刀を手渡す作為と等価値であるので、被告人は、その寄与を共同正犯と評価すべき特段の事情がない限り⁴⁵⁾、BおよびCによる日本刀の不法携帯に対する不作為による幫助として処罰されることとなろう。

ここで注意すべきであるのは、以上のような根拠から被告人に認められるのは、あくまでも、BおよびCによる日本刀を持ち出す行為を阻止すべき義務であり、携帯する行為を阻止すべき義務ではない。したがって、かりに、持ち出しの段階では、被告人はそれに気づかず、阻止しえなかったという場合には、別途、持ち出し後の日本刀を不法に携帯する行為自体について、それを阻止すべき義務が被告人に認められるかを検討する必要がある。

いずれの義務を問題にするにせよ、高松高裁のように、銃砲刀剣類所持等取締法における刀剣類の所持、携帯等についての規制の趣旨を根拠に、BおよびCによる日本刀の不法携帯についての被告人の不作為責任を肯定するのは、妥当とは思われない。これらの規制は、許可を受けた者自身による携帯や使用に関するものであり、ここから、第三者による持ち出しや携帯に関する何らかの作為義務を導き出すことは不可能であろう。

なお、ここでいう排他的支配としては、事実として不作為者以外に阻止することができる者がいなかったことは必ずしも要しないというべき

44) もっとも、本事例においては、既述のように、スワット事件とは異なり、暴力沙汰になりそうな場合には、常に、輩下の者が被告人所有の日本刀を携帯して被告人に同行するという行動基準と、それに関する被告人と輩下の者との間の共通了解が存在したとは、認定事実上、認められないので、Xに報復を加える目的のAを助勢する意図でこれに同行するという被告人の言動は、BおよびCによる日本刀の不法携帯の犯意を生じさせ、あるいは、その意思を強化促進する作用を有するものとははいえず、それゆえ、BおよびCによる日本刀の不法携帯に対する作為関与は肯定できない。

45) 被告人と実行正犯者であるBおよびCが、暴力団組織における親分と輩下という関係にあったというだけでは、被告人を共同正犯とすることはできず、そのような地位にあった被告人が、日本刀の不法携帯を決意しているBおよびCに自己所有の日本刀を手渡したとすれば、その寄与が、BおよびCによる日本刀の不法携帯という犯罪事実の実現に対して実際にどのような意味、影響を有したのかが重要である(島田聡一郎・西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第1巻』(2010、有斐閣)830頁参照。)

〈46〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

であろう。なぜなら、排他的支配は、既述のように、不作為に欠如する、犯罪事実の実現ないしは法益侵害結果の発生との間の自然的因果性を埋め合わせるものとして要求されるものであるが、自らの行為によって一定の因果経過を作出する作為と、そのような因果経過の阻止が排他的に依存していた者の不阻止が等価値であるというのは、規範的、法的評価としてそうであるというにすぎないのであるから、事実として、犯罪事実の実現、法益侵害結果の発生との関係で因果性を有する一定の経過を阻止することができる者が複数存在したとしても、その複数の者の中でもまさに当該不作為者こそが、それを阻止すべく作為に出ることが社会的、一般的に期待され、想定されているといえる地位、関係が存在する場合には、まさに規範的、法的には、当該不作為者にその阻止が排他的に期待され、依存しているといってよく、事実として当該不作為者のみが犯罪事実の実現、法益侵害結果の発生との関係で因果性を有する一定の経過を阻止することができたという場合と同じく、その不作為は当該一定の経過を積極的に作出する作為と等価値といってよいのである。

また、「排他性」を要求することに対しては、同時犯の可能性と矛盾するとの指摘がある⁴⁶⁾。しかし、同時犯においても、各同時正犯者は、自己の行為から結果発生までの因果経過を自ら作出し、その意味で、その経過を排他的に支配している。また、幫助犯においても、幫助者は、正犯者による犯行を促進する作用を自ら作出し、その意味で、その促進経過を排他的に支配している。したがって、不作為正犯、共犯に共通する作為義務の要件として、排他性は必要であると思われる。このように解しても、不作為犯における同時犯の可能性が否定されるわけではない。溺れている子供の両親のように、まさに当該不作為者こそが作為に出ることが社会的、一般的に期待され、想定されているといえる地位、関係にある者が複数存在する場合には、特別の事情がない限り、それら複数の者全てに対して、同等に、作為への期待が寄せられるのであって、そのような地位にある者が一人しか存在しなかった場合と、作為への期待において違いはない。作為への排他的期待は、一定の地位、関係に結びつけられているのであって、そのような地位にある者が複数存在したか

46) 山口・前掲論文注40) 29-30頁。

らといって、排他性が否定されることにはならないのである。これは、作為犯において、致死量の毒をXのマグカップに入れた者が一人であった場合と、複数人いた場合とで、その単独正犯としての罪責に相違がないのと同じである。作為犯において結果について、独立の因果性を有する者が複数同時に存在しうるのと同じように、不作為犯においても、単独で結果を阻止しうる者が正犯として同時に複数存在することはありうるのである。

2. 以上のような考え方を、集団リンチ事件において問題となった、第三者による作為犯罪行為に対して、先行して何らかの作為寄与を行ったのち、その犯行を認識しつつそれを阻止しなかった者の、当該犯罪行為を阻止すべき義務に当てはめれば、以下のようになる。すなわち、そのような者に、犯罪の阻止ないしは困難化のための作為を義務づけるためには、まず第1に、犯罪の阻止ないしは困難化がその者に排他的に依存する状況が存在したことが必要である。たとえば、他の人による阻止が期待できない室内や、人気のない山中に被害者を連れ込んで犯行が行われたような場合がそうである。さらに第2に、まさに当該不作為者こそが犯行を阻止ないしは困難化する作為に出るべきであったというために、同人と作為行為者あるいは被害者との間に特別な関係が存在したとか、あるいは、犯罪の阻止が当該不作為者に依存する状況を当該不作為者自らが作り出したことが必要である。

犯罪の阻止が自己に依存する状況に偶然出くわしたのではなく、まさに「自ら」そのような状況を作り出したというためには、既述のように、自分しか犯罪を阻止しうる者がいない状況下において犯罪行為が行われるという事態の発生に対して、不作為者が、いわば（共同）正犯的な因果的寄与を行ったことが必要である。具体的には、既に犯行を決意している者が被害者を人目につかない場所に連れ込む際に、その連れ込みを共同して行ったといえること、あるいは、既に他人が手出しできない状況にある場面で、犯行が決意され、遂行されることとなった際に、そのような犯行決意の発生および遂行に対して（共同）正犯的に寄与したことが必要になる。もっとも、このような場合には、通常、不阻止に先立つ寄与について、作為（共同）正犯が成立することとなるので、不作為

〈48〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

犯を問題にする実際上の意味はないこととなろう。

また、作為犯に教唆あるいは幫助として関与した者が、その後犯行を阻止することが可能であったにもかかわらず阻止しなかった場合、犯行計画を知っているのは当該教唆者、幫助者のみであり、したがって、犯行を阻止しえたのは同人のみであったことから犯罪阻止義務が認められ、しかも、作為義務に反する不作為を原則として正犯とする見解によれば、作為犯を教唆、幫助した者は、その後犯行を阻止することが可能であれば、不作為正犯として処罰されることになってしまうという批判⁴⁷⁾は、妥当しない。なぜなら、作為犯に単に教唆、幫助として関与したにすぎない者は、かりに犯行を阻止しえたのは当該教唆者、幫助者のみであったという場合であっても⁴⁸⁾、その犯行の阻止が自己に排他的に依存する状況を自ら作り出したとはいえず、したがって、（作為正犯者あるいは被害法益との特別な関係に基づいて第2の要件が充足される場合でもない限り）第2の要件を充たさないがゆえに、作為義務が否定されることとなるからである。

3. 以上のような考え方から、実際に、第三者による作為犯罪行為に対して、先行して何らかの作為寄与を行ったのち、その犯行を認識しつつそれを阻止しなかった者の罪責が争われた裁判例をみてみると、犯罪阻止義務が認められた例としては、前出（Ⅱ 4.）東京地判昭和34年2月18日、大阪地判昭和44年4月8日（判例時報575号96頁）⁴⁹⁾、大阪高判昭和62年10月2日（判例タイムズ675号246頁）⁵⁰⁾、集団リンチ事件などがあり、否定された例としては、大阪高判平成2年1月23日（高刑集43巻1号1頁）⁵¹⁾がある。

まず、東京地判昭和34年2月18日で問題となった事例においては、

47) 松原・前掲論文注11) 26頁。

48) 犯行に教唆あるいは幫助として関わったにすぎない者は、犯行計画の詳細について知らされていないのがむしろ通常であるから、そもそも、教唆者あるいは幫助者のみに、犯行の阻止が排他的に依存しているという状況が認められること自体、多くないように思われる。

49) 評釈として、阿部純二・判例評論138号38頁。

50) 評釈として、堀内捷三『刑法判例百選Ⅰ総論[第4版]』168頁、同・同誌第3版172頁。

51) 評釈として、内田文昭・判例タイムズ766号87頁、曾根威彦・法学セミナー433号124頁。

愚連隊の首領たる被告人は、その輩下の者が被害者に暴行を加える意図であることを知りながら、自宅内という他人が手出しできない空間に被害者を連れ込むことを容認し、さらにその後、途中で輩下の者が被害者を屋外に引き出そうとするのを阻止しており、犯行が行われたのが被告人宅であったこと、愚連隊の首領たる被告人と、その輩下たる実行者の地位の上下関係等をも考慮すると、被告人は、自分しか犯罪を阻止しよう者がいない状況下において犯罪行為が行われるという事態の発生に、(共同)正犯的に寄与したといえるので、犯罪阻止義務を肯定しようと思われる。もっとも、そうだとすれば、作為による共同正犯の成立を認められた方が、事案の解決としては、妥当であったように思われる。

4. 次に、大阪地判昭和44年4月8日において問題となったのは以下のような事例である。被告人は、自宅に隣接し永く空地のままになっているX所有の宅地につき、Xから、家庭菜園等に一時的に使用することを黙認され、また買手や借手から問い合わせがあったときには通知してほしいと依頼されていたところ、自動車修理業を営むAから、当該土地をトタン板の塀で囲み、その一部に柱を建て屋根をトタン板で覆い雨露をしのぐ程度の小屋を建て、材料置場と自動車置場として使用させてほしいという申入れを受けて、これを承諾し、謝礼の名目で金8万円を受領した。ところが、その後、Aは、自動車修理工場を建設しなければならない緊急の必要に迫られていたため、被告人に何ら貸与権がないことを知りながら、またXの承諾も受けず、当該土地に木造亜鉛銅板葺鉄骨2階建住宅付自動車修理工場1棟を建てた。被告人は、Aが右建築に着手した直後に、前記承諾の範囲を超えて工場の建築を始めた事実を知ったが、Aより、Xから請求があればすぐ撤去するから黙認してほしいと懇願され、Aより謝礼金を受取っていたこともあって、Aの行為を容認し、遅滞なくその行為をXに通知し、あるいは警察に通報するなど措置をとらなかった。

大阪地裁は、「被告人とXとの間には、被告が本件土地に隣接して居住し、Xから本件土地の一時的自己使用を黙認され、また、買手、借手の問い合わせにつき通知を依頼されていたという信頼関係があり、しかも、被告人は、一時的使用を目的とするにしろ、何らの権限もなく、Aに対

〈50〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

して本件土地の使用を許可したのであり、これは、条理上許されない行為である上、前記 A の犯行を誘発しやすい危険な状態を作り出したという意味で、右 A の犯行の重大な原因をなした行為であると考えられる。右のような被告人と X との間の信頼関係、被告人のいわゆる先行々為を考え合わせ、更に前記 X への通知、警察への通報が僅かの労力で容易になしうることであることを考慮すると、被告人は、前記のとおり A が本件工場を建築し始めたことを発見した際、これを阻止するため、右 A の行為を遅滞なく X に通知し、あるいは警察に通報する措置をとるべき法律上の義務があった」とし、当該義務に反する不作為は、「不動産侵奪罪の構成要件が予定する作為（侵奪行為）とその構成要件の評価を同じくするものとは考えられず、前記 A の不動産侵奪行為を容易にした行為すなわち幫助犯として評価されるにとどまる」として、被告人に不作為による幫助犯の成立を認めた。

しかし、被告人は、単に、本件土地に隣接して居住していたことから、同土地を家庭菜園等に一時的に使用することを黙認され、また買手や借手から問い合わせがあったときには通知してほしいと依頼されていたにすぎず、それを超えて、X から同土地の管理を委ねられていたと認められる事実は存在しない。とすれば、被告人は、事実的にも、規範的、法的にも、本件土地を排他的に支配・管理していたとはいえず、その保護が被告人に排他的に依存していたとはいえない。したがって、被告人には A による本件土地の侵奪を阻止すべき義務は認められない。

本件については、A が自動車修理工場の建設を開始したことを知った被告人が、いったんは A に抗議したものの、A より、X から請求があればすぐ撤去するから黙認して欲しいと懇願されて A の行為を容認したことが、A に対して心理的促進作用を及ぼしたと認められる限りで、作為幫助犯が成立する余地があるにすぎないように思われる。

5. 大阪高判昭和 62 年 10 月 2 日の事実関係は以下のとおりである。暴力団組長であった被告人は、破産した O 建設の経営者 X を追及して、隠し資産の所在を明らかにさせ、知人から取立てを依頼された当社に対する債権を回収しようと企て、同じく債権回収の意図を有する A 兄弟らと共謀のうえ、X を自動車に連れ込み、場所を変えながら、こもごも

Xに暴行・脅迫を加えつつ隠し資産の所在を追及したが、同人がその所在を明らかにしなかったため、その態度にいらだったA1がXを殺害すると言い出した。被告人は、A1がXを殺害すれば債権回収の目的が達成されないばかりでなく、殺人罪の前科を有する自分が不利益な立場に立たされるおそれがあることを恐れ、A1にX殺害を思い止まらせ、もしX殺害の挙に出るときは同人を制止しようとの意図のもとに、同人と行動を共にしていたところ、A1から、Xを山林内に連れ込んで脅すので協力してほしいと求められてこれを了承し、共同して、同人を山林内へ運び込んだ。その直後、A1から、Xを脅すための道具（スコップとつるはし）を車から取ってきてくれるよう依頼された被告人は、その頃には、被告人としても、本件一連の犯行の発覚を阻止する必要がある、そのためにはA1がXを殺害することがあっても、自分と直接共同してではなく、あるいは自分の目で行うのであれば、これを放置するのもしやむを得ないとの考えに至っていたことから、前記A1の依頼を奇貨とし、自己の不在中にA1がXを殺害するであろうことを予測、認容しながら、約10分間兩名のそばを離れ、その間に、A1は、Xの頸部に布製ベルトを一回巻きつけて強く絞めつけて窒息死させた。

大阪高裁は、上記のような事実関係、および、「(1) 山林内には、つるはし等の兇器は存在しなかったが、被告人の制止さえなければ、A1において、すでに抵抗の気力を失っているXを殺害することは容易であったこと、(2) しかし、被告人が同席して殺害を阻止する構えを崩さない限り、体力的にもはるかに劣るA1において……X殺害の挙に出ることはまず考えられず……、また、万一A1が右殺害を図ったとしても、特段の兇器を有しないA1の行動を被告人は容易に阻止し得たと認められること、(3) 右山林内には、他に、A1の甲殺害を阻止し得る者はいなかったこと」から、「被告人は、A1からスコップやつるはしの持参を依頼されても、これに応ずることなく同席を続け、A1による甲殺害を阻止すべき義務を有していた」が、被告人に課せられるこのような「作為義務の根拠及び性質、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、作為によつて人を殺害した場合と等価値なものとは評

〈52〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

値し難く、被告人は、前記のようにA1によるX殺害を予測、認容しつつ、「約10分間その場を離れることにより、A1の甲殺害を容易ならしめたものであるから、不作為による殺人幫助罪の刑責を免れない」とした。

しかし、大阪高裁は、「A1は、Xを山林内に連れ込む直前まで被告人から殴打を制止されていたものであるから、山林内で三たびX殺害を図れば、当然また被告人から阻止されると予想し、それであるからこそ、口実を構えて被告人に席を外させ、そのすきに素早く甲を殺害してしまつたと認めるのが相当である。」と認定しており、このように、被告人の同席が、現実には、A1にとって、殺害行為に出ることの心理的な障害、抑制となっていたのだとすれば、その側を離れる被告人の行為は、そのようなA1の心理的障害、抑制を取り除き、A1が殺害行為に出ることを可能にする行為、すなわち、A1による殺害行為を心理的に促進する作用を有する行為であるから、IIにおいて述べたところからすれば、作為というべきであろう⁵²⁾。

もっとも、作為であるとしても、この場合、処罰されないために被告人がなすべきことは、A1の側に居続けることによって、同人が殺害行為に出ないように、その障害となり続けることであるから、そうすることを被告人に義務づけることを正当化する事情が必要となる。確かに、被告人は、A1と共謀して、Xを車に監禁して連れ回し、暴行、脅迫を加える等の犯行を行っていたものであるが、A1のXに対する殺意は、被告人との当初の共謀に基づくものではなく、隠し資産の在処を明らかにしようとするXの態度にいらだつたA1が独自に抱いたものである。このように、被告人と行動を共にしていたA1が独自に殺意を抱き、そのために、被告人の同席が、A1にとって殺意を実行に移すことの障害になっているという事態が生じたという場合においては、被告人は、偶然に、そのような事態に遭遇したというにすぎない。そこで、引きつづき同席して、A1が殺害行為に出ないように、その障害となり続けることを被告人に義務づけるためには、既述（II 1.、III 1.）のように、法益

52) 本件の被告人につき作為による幫助犯の成立を認めるべきとする見解として、山中敬一「不作為による幫助」『刑事法学の現実と展開 齊藤誠二先生古稀記念』（2003、信山社）337頁、344頁注26。

維持行為の継続や他人による救助が不可能な状況に被害者を引き込む等によって、さもなければ存在した可能性のある他の者による法益保護、犯罪阻止の可能性を排除したこと、あるいは、作為行為者ないしは被害法益と被告人との間に特別な関係が存在したことが必要となる。本件においては、被告人は、A1のXに対する殺意が生じたあと、A1と共同して、Xを、人目につかない山林内に運び込んでおり、これにより、さもなければ存在した可能性のある他の者による犯罪阻止の可能性が排除されたとすれば、A1が殺害行為に出ないように、同席を続けることを被告人に義務づけることが可能であろう⁵³⁾。

これに対して、被告人が同席を続けていたがA1が殺害行為に出たという場合には、同席しつつA1の殺害行為を阻止しないという態度は、それによって、A1の犯行決意が強化されたと認められるなどの事情が存在しない限り、A1による殺害行為ないしはその結果に対して、自然的因果性は認められず、不作為犯の成否を検討すべきこととなる。

6. 集団リンチ事件は、既述(Ⅱ8.)の通り、甲および乙について、AらによるX殺害を阻止すべき義務を認め、それに反する不作為を、殺人の不作為による共同正犯とした。しかし、AらがXを殺害した現場は人目がなく、甲および乙しかその犯行を阻止しうる者はおらず、それゆえ、甲および乙には、犯行の阻止ないしはXの生命の保護が排他的に依存していたと、かりにいうことができたとしても、甲および乙は、殺意を生じたAらが車でXを人気のない殺害現場まで運ぶのに単に同行したにすぎず、犯行の阻止ないしはXの生命の保護が排他的に自己に依存する状況を自ら作り出したに過ぎない。したがって、本件の甲および乙について、Aらの犯行を阻止すべき義務を肯定することは困難であるように思われる。

7. 最後に、作為義務を否定した例として、大阪高判平成2年1月23日を検討する。事実関係は、以下のようなものであった。被告人は、A

53) そして、そのような義務に反して立ち去った被告人の作為は、既述のように、A1の殺害行為を心理的に促進する作用を有するものであったのであるから、被告人には幫助犯が成立することになる。

〈54〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

が料理店「よしの」を開店するにあたり、Aの依頼によって、被告人名義で、同店に関する料理店営業の許可および飲食店営業の許可をそれぞれ取得してAに貸与したところ、Aは、そこで業として売春の場所提供をなすに至った。被告人は、Aに各営業許可名義を貸与する時点では、Aが「よしの」において業として売春の場所提供をなす意図であることを知らず、また、「よしの」の開店および営業に一切関与していなかったが、その後薄々その実態を知るに至ったものの、何らの措置もとらず、そのまま自己名義の各営業許可の使用を許容し、Aが持参するまま、毎月2万円の名義料等を受領していた。

原審が、「各営業許可使用の黙認自体Aの本件犯行を容易ならしめるものであるうえ（右各営業許可を受け許可証を掲示しなければ、料理店名目で「よしの」を営業することができず、ひいては同所で売春を行わせることも困難になる）、被告人が、自己名義の各営業許可の利用をAに許し、いわゆる名義貸しを行っていた行為自体違法なものであり、右各営業許可の利用により売春の場所提供が行われているのを知った以上は、……少なくとも条理（自己の先行行為）に基づき自己名義の各営業許可を使用させないようにすべき法的作為義務が存する」と判示し、被告人に不作為による幫助犯の成立を肯定したのに対して、大阪高裁は、「正犯者の犯罪を防止する法的作為義務のある者が、この義務に違反してその犯罪の防止を怠るとき、当該作為によって正犯者の犯罪を防止する事実的な可能性がある限り、不作為による幫助犯が成立するものと解されるが」、「なるほどA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示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A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。……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、A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、A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、A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A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、A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」として、被告人に無罪と言い渡した。

確かに、名義を貸した被告人には、Aによる売春場所の提供を阻止すべき義務は認められないであろう。なぜなら、Aが営業する「よしの」において、売春場所の提供が業として行われていることを知っている者は名義を貸した被告人のみであったわけではないであろうから、その阻止が被告人に排他的に依存していたとはいえない。「よしの」において、売春場所の提供が業として行われていることを知った者は誰でも警察に通報することによって容易にそれを阻止することが可能であったのである。また、大阪高裁も判示しているように、確かに、被告人による営業許可名義の貸与が、Aの犯行を容易にする効果を有することは否定できないが、本件は、自律した個人であるAが、被告人とは関係なく独自の判断で、「よしの」において売春場所の提供を業として行うにあたり、情を知らない被告人が貸与した営業名義を使用したというものであり、しかも、当該営業許可は、店内における犯罪行為と直接の関係はなく、せいぜい、料理屋を装うことを可能にし、それゆえ、Aの犯行が容易になるという効果を有するにすぎないのであるから、被告人は、営業名義をAに貸与したとの一事をもって、作為正犯者であるAとの関係においても、売春防止法11条2項の保護法益（善良な風俗）との関係においても、社会的、一般的に、Aによる業としての売春場所の提供の阻止

〈56〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

ないしは法益の保護が排他的に期待され、想定されているというべき地位についたとはいえないであろう。

すなわち、自律的な第三者によって犯罪行為が行われることに対して何らかの寄与を行い、その意味で、犯罪が行われる事態、法益が侵害されそうな事態の発生について責められるべき点があるからといって、そのような寄与自体が処罰対象となる場合がありうることは別論、ただちに、当該犯罪の遂行ないしは法益侵害結果の発生を阻止すべき地位を認めることはできないということである⁵⁴⁾。このことは、たとえ先行して直接的に法益を危険に陥れる振舞いがあったとしても、そのような先行行為のみを根拠に作為義務を肯定することに否定的な立場⁵⁵⁾が多数を占めることも平仄が合うといえよう。

もっとも、大阪高裁は、「A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A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〔圏点筆者〕」と判示しており、具体的な義務内容を、Aによる業としての売春場所の提供の阻止ではなく、名義貸し状態の解消と解しているようである。そこで次に名義貸し状態を解消すべき義務が被告人に認められるかを検討する。名義貸しも違法行為であるから（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律11条、49条3号）、これに気づいた者は皆警察に通報することによって容易にそれを阻止しうるとも考えられる。しかし、客は、当該店の営業許可の名義人が誰であり、実質的な営業主体が誰であるかなど気にも留めていないし、知らないというのが通常であろうから、たとえ名義貸し状態であったとしても、そのことに気づくことはまずないといってよいように思われる。そうすると、名義貸し状態であることを知っているのは、通常、名義を貸した人と借りている人（とその関係者）のみということとなり、名義貸し状態の解消は、名義を貸している人に排他的に依存しているといえよう。そして、名義を貸した者は、名義を貸すことによって、名義を借りる者と共同で名義貸し状態を作り

54) 山口・前掲論文注40) 25頁参照。

55) 井田・前掲論文注36) 94-5頁、佐伯仁志「不作為犯論」法学教室288号58頁、塩見淳「不作為犯論」『刑法の争点〔第3版〕』（2000、有斐閣）19頁、林幹人・判例評論475号55頁、山中・前掲論文注52) 351-2頁。

出すとともに、その解消が自己に排他的に依存する状態も自ら作り出しているといえるので、その解消が義務づけられるといつてよい⁵⁶⁾。

Ⅳ 作為正犯者の犯行を阻止しなかった不作為者の罪責

作為者による犯行を阻止すべき義務が認められる場合、その義務に違反した不作為者が、作為者といかなる共犯関係に立つかが問題となるが、既述のように、作為者と不作為者が、相互に、その犯罪行為および不阻止を認識し合っていた場合であっても、心理的促進作用が認められない場合があること、犯罪行為を阻止すべく物理的あるいは心理的に働きかけることによって作為正犯者の犯行決意が減殺される可能性があった場合には、不作為による心理的因果性が認められることからすれば、作為犯に対する不作為による幫助のみならず、作為と不作為の共同正犯も理論的にありうることとなる。そして、前述のように、不作為による自然的因果性の欠如が作為義務の存在によって埋め合わせられ、一定の経過の積極的作出である作為と、当該経過の不阻止である不作為とが等価値であると評価されるのだとすれば、その阻止が義務づけられていた経過をかりに積極的に作出したとするならば、それが、幫助的寄与と評価されるものか、共同正犯的寄与と評価されるものかによって、作為犯に対する不作為の関与形態が決定されることとなる。作為関与と不作為関与がともに認められる事例においては、作為による寄与と、その阻止が義務づけられていた経過を併せ考慮し、それが、結果発生、犯罪事実の実現にとって、共同正犯といえる程度の重要性を有するものか否かによって、関与形態が決定されることとなる。

これに対しては、二つのものを対比する場合には、その二つを同じ基準によって選別しておかねばならず、不作為者についても現実に果たした役割が問題とされなければならないという批判が存在する⁵⁷⁾。しかし、

56) そして、かりに、被告人が、Aが「よしの」において業として売春場所の提供を行う意図であることを知りつつ、Aに名義を貸し、名義貸し状態を作出したとすれば、被告人には、Aの正犯行為に対する幫助犯が成立することとなると思われ、そうだとすれば、名義貸し状態を解消すべき義務に反する不作為もまた、Aの正犯行為に対する不作為による幫助と評価されることとなる。

57) 島田・前掲論文注8) 58頁。

〈58〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

既述のように、不作為を自然的因果性が欠如する場合と解する立場を前提とすれば、不作為者については、そもそも、作為犯と同じ意味での現実に果たした役割を観念することはできない。さらに、不作為者については、作為犯と同じ意味での現実に果たした役割を根拠に処罰されるのではなく、一定の作為を怠り、一定の経過を阻止しなかったことを根拠に処罰されるのであるから、処罰対象ではない、作為犯と同じ意味での現実に果たした役割如何によって、その罪責が決まるとするのは、妥当でないように思われる。

1. 裁判例の中には、作為者の犯罪行為を阻止しなかった者の不作為につき、不作為による幫助犯の成立を認めたものと、共同正犯の成立を認めたものが存在する。前者の例としては、名古屋高判平成17年11月7日（高等最判所刑事裁判速報集（平17）292頁）がある。これは、被告人の実子Xが被告人の交際相手の男性Aからの暴行が原因で死亡したことにつき、被告人は、Xに対するAの暴行を認識しながら十分な阻止行為に出なかったとして不作為による傷害致死幫助犯の成立が認められたものである。

名古屋高裁は、被告人はXの実母であり、唯一の親権者としてXを保護すべき立場にありながら、自らの意思でXの生活圏内にAの存在という危険な因子を持ち込み、自らの責めによりXを危険に陥れた以上、Aとの関係においてはその危険を自らの責任で排除すべき義務をも負担するに至ったと解されること、Aは、被告人と親密な関係にある一方で、ささいなことであっても気にくわないことがあるたびに被告人に反発し、被告人にも暴行を加えていたことが認められるが、その暴行は被告人に重大な危害を及ぼすようなものではなかったことから、「被告人のAの暴行を阻止すべき義務は、自らがAからの暴行を引受け、いわば体を張ってでも果たすべき程度に達していたとみるのが相当であり、このように、「被告人に課せられた作為義務はおのずから高度なものであったと考えられることに照らすと、正犯者との関係における被告人の作為義務の違反は強い違法性を帯び、その義務を尽くさない不作為が作為による積極的な幫助と同視できるといえることは明らかである」と判示した。

かりに、本件において、名古屋高裁が要求するような、Aの暴行を不断に警戒し、機先を制してAの体を抑制したり、Xの体に覆いかぶさるなどの行為に出ているならば、Aの暴行ないしはX死亡の結果を確実に阻止することが可能であったのであれば、幫助犯ではなくむしろ共同正犯の成立が認められてしかるべきであったように思われる。もっとも、不作為による幫助犯が成立するためには、犯罪の実行をほぼ確実に阻止できたのに放置したことが必要であるとの弁護側の主張に対して、名古屋高裁は、「幫助行為は、正犯の行為を容易にする行為をすべて包含するものであり、正犯者の行為を通じて結果に寄与するものであれば足りるのであって、不作為による幫助を認める場合にのみ、所論のように『犯罪の実行をほぼ確実に阻止できたのに放置した』との要件を必要とするものでない」と応えており、本件では、被告人が上述のような行為に出ているとしても、Aの暴行を確実に阻止できたとまではいえなかったとも考えられる。しかし、そうだとすると、共同正犯の成立が認められるためには、単独正犯とは異なり、結果の発生を確実に阻止できたことまでは不要であり、作為が犯罪の遂行、結果の発生に与えたであろう影響が重大といえる場合には、なお、共同正犯たりうる。したがって、被告人が身を挺して阻止行為に出たとしても、Aにとって、暴行を行ううえで、物理的にも心理的にも、それほどの障害とはならなかったであろう場合は、幫助にとどまるが、被告人が身を挺して阻止行為に出ているならば、Aの犯行意思が大幅に弱まったか⁵⁸⁾、あるいは、物理的に暴行の遂行にとって相当の障害となったであろうという場合には、共同正犯の成立を認めてよいであろう。

2. 不作為による共同正犯の成立を認めた例として、(1) 前出東京地判昭和34年2月18日、(2) 児童虐待B事件、(3) 児童虐待A事件、および、(4) 集団リンチ事件があるが、これらで問題となったのは、既述のように、不作為責任を問われた者は、単純に作為者の犯行を阻止しなかったに止まるものではなく、作為者の犯行に対する作為寄与が(も併せて)認められる事例であった。

58) 林・前掲論文注36) 65頁。

〈60〉 作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責（齊藤）

もっとも、これらのうち（1）～（3）については、かりに、不作為犯として処理するとしても、やはり、共同正犯を認めてよかったと思われる。（1）においては、「被告人が傷害の結果を未然に防止しうるにかかわらずこれを防止するに足る十全の措置に出なかった」と認定されており、（2）においては、被告人は、Xを殺害する行為に出ることを制止して欲しいという意向を有して、わざわざ甲に声を掛けたのであるから、甲が制止する言動に出れば、確實かつ容易に被告人によるX殺害行為を阻止することは可能であったといえ、（3）においても、被告人は、これまでも、Aが目前でXに手を出した際には止めさせていたのであるから、「被告人の目撃状況、Aの暴行の態様と回数、想定される時間等からは、被告人がAの暴行を止めることは、事前はもとより、その途中でも可能であったというべきである」と認定されている。それゆえ、その不作為は、作為者による殺害ないしは暴行行為と等価値と評価されることとなる。

これに対して、（4）については、そもそも、殺害行為との関係においては、甲および乙に犯罪阻止義務を肯定することは困難であるうえ、かりに肯定できたとしても、Aらは犯行発覚を防ぐ目的でXの殺害を決意しているのであるから、甲および乙自身がAらに心理的あるいは物理的に働きかけることによって、Aらの犯行意思が大幅に弱まったであろうとか、物理的に殺害行為の継続にとって相当の障害となったであろうといえるかは疑問であり、また、警察や知人への通報も、Aらに妨害されることなくしえたか、なしえたとして、それがAらによる殺害行為の遂行にどの程度障害となりえたのかは、明らかではなく、さらに、前述（Ⅱ 8.）のように、殺害との関係では、甲および乙には作為寄与も認め難いことからすれば、甲および乙を、殺人の共同正犯と評価するには疑問が残るといわざるをえない。

V おわりに

本稿の主張をまとめると、以下のとおりである。

（1）作為とは、外界の変動、すなわち、刑法が阻止しようとしている犯罪事実の発生、法益侵害結果の発生との関係において、自然的因果性

を有する場合であるのに対して、不作為はそれがない場合であり⁵⁹⁾、外部的な行為の有無は、作為と不作為の区別にとって決定的な意味を持たない。もっとも、自然的因果性を生じさせないためには一定の作為を行うことが必要である場合には、作為犯であっても、当該一定の作為を行うことを法的に義務づけることを正当化する要件の充足が犯罪の成立に必要なとなる。

(2) 作為義務は、同じ条文で同等に処罰される作為と不作為の等価値性を基礎づける要件であるから、①不作為に欠如する自然的因果性を埋め合わせるための要件、および、②一定の作為を刑罰をもって義務づけることを正当化するための要件の両方を充たしてはじめて、肯定される。したがって、第三者による犯罪行為に対して、先行して何らかの作為寄与を行ったのち、その犯行を認識しつつそれを阻止しなかった者に、当該犯行を阻止すべき義務が認められるのは、当該犯罪行為の阻止が自己に排他的に依存している状況が存在し(①)、かつ、そのような状況を不作為者自らが作出したといえるか、あるいは、作為正犯者ないしは法益主体と不作為者の間に特別な関係が存在する(②)場合である。

(3) 上記①によって、不作為に欠如する自然的因果性が埋め合わせられ、法益侵害結果の発生、犯罪事実の実現に寄与する一定の経過を阻止しない不作為と、当該経過を自ら積極的に作出する作為が等価値ということになるので、不作為者が阻止することを義務づけられていた経過をかりに積極的に作出したとすれば、(場合によっては、併せて存在する作為関与も考慮することによって、)それ(ら)が、法益侵害結果の発生、犯罪事実の実現に対する重大な寄与、他の関与者と同等の寄与といえる場合には、共同正犯が成立することとなる。

59) このような見解によれば、他人による救助を暴力によって阻止する行為については、法益侵害結果の発生に対する自然的因果性が認められないので、作為犯が成立しないこととなるとの問題点が指摘されている(中森喜彦「作為と不作為の区別」『現代の刑事法学(上)平場安治博士還暦祝賀』(1977、有斐閣)131頁)。この点については、その他の、救助的因果経過の妨害、中断の事例も含めて、別に検討する機会をもちたい。