

2022年度
関西学院大学ロースクール
B日程

一般入試（法学既修者）

刑 法 問 題

《 1 5 : 3 0 ~ 1 6 : 5 0 》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

【刑 法 問 題】

次の文章を読んで、〔設問〕に答えなさい。

X（男性、38歳）は、Y（女性、35歳）と同棲を始め、Yの実子である長男A（10歳）と次男B（7歳）との4人で生活をしていた。

長引く不況のなか、生活苦から、XとYは、AとBに指示し、自宅で飲食するための食料品等を近くのスーパーで万引きさせていた。

Xは、Bが万引きに失敗すると、かならず顔面や頭部を素手で殴打するなどのせっかんに加えていた。Yは、そのせっかんに気づきながら見て見ぬふりをするのが常であった。

某日、Xは、この日も万引きに失敗したBの顔面や頭部を殴打するなどのせっかんに加え始めた。この時、Yは、やはりいつものせっかんが始まったと思ったものの何もせず、また制止しようとするれば、Xから暴力を振るわれるので嫌だと思い、隣室でテレビを視聴し続け、Xの行動に無関心を装っていた。そのXのせっかんが原因で、Bは意識を失い、ほどなくして硬膜下出血等による脳機能障害によって死亡した。

〔設問〕

この事例における、XおよびYの罪責について論じなさい（特別法違反は除く。）。

2022 年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【B 日程：刑法】

《出題趣旨》

本問は、同種事案において、X に傷害致死幫助罪の成立を否定した釧路地裁平成 11 年 2 月 12 日判決と、X に同罪の成立を肯定した控訴審・札幌高裁平成 12 年 3 月 16 日判決（刑法例百選Ⅱ各論 第 7 版 83 事件）を素材として、不作為による幫助犯の成立要件等を検討させる意図で出題した。

《解説》

本問における Y の刑責については、まず X の刑責を確定する必要がある。X は、平手及び手拳で B の頭部等を殴打し、その結果、B が死亡しており、通常、X には殺意が認められない犯行態様であることを考えるならば、X には傷害致死罪（205 条）が成立する。そこで、X が B にこのような暴行行為に及んでいたとき、隣室にいた B の実母 Y は、X の暴行を予測または認識しながら、X を止める行動に出ない。そこで、このような Y の不作為は、X の傷害致死罪を手助けしているので、同罪の幫助犯が成立するか否かを検討することとなる。すなわち、まず、不作為の幫助犯の成否及び成立要件について一般的に検討した後、本問において、Y にはそのような成立要件が備わっているか否かを検討することとなる。なお、本問と同種事例について、前記釧路地裁判決と前記札幌高裁判決の間では、判断が異なっていることにも注意を要する。

なお、事件当日の X の A に対する窃盗（未遂）罪の間接正犯も成立する余地はあるが、以下では B の死亡結果に関する行為に絞って解説しておくこととする。

●不作為による幫助犯の成否・成立要件

不真正不作為犯については、学説・実務はおおむね一致して肯定している。これに対して、不真正不作為犯の一類型である不作為による幫助犯の成否については、不真正不作為犯が書かれざる構成要件として解釈上認められているうえ、幫助犯の成立要件がいわば開かれた構成要件であることから、不作為による幫助犯を認めることは、罪刑法定主義の見地から認めるべきではないとの否定説もある。しかし、通説・実務は、これを肯定している。その根拠は、(1)理論的には、不作為形態による幫助行為であっても規範的・評価的に作為行為と同視できる場合には、その不作為を有意的な犯罪行為と解し得ること、(2)現実的には、不作為の幫助犯を処罰すべき当罰性の高い事例が多数存在することなどである。

不作為の幫助犯の成立要件については、不真正不作為犯の成立要件を考慮して、いわゆる保障人説によることを前提とすれば、①作為義務の存在（不作為と作為

との同価値性にもとづく)、②作為の容易性・可能性、③作為義務違反行為、④不作為と結果との因果関係、となる。要件①にある作為義務の発生根拠としては、法令、契約、事務管理、慣習、条理・先行行為等がある。そして、④に関連して、作為による幫助犯の因果性については、幫助行為がなかったならば正犯者の実行行為は行われなかったという正犯同様の条件関係は必要でなく、幫助行為によって正犯の実行が容易になったと認められれば足りるとされている(大判大正2年7月9日等)。多くの学説も、この解釈を認めている。本問においては、不作為による幫助の因果性についても、このような解釈でよいのか検討する必要がある。

主観的要件としては、作為による幫助の場合と同様に、幫助の意思があればよく、正犯との間に意思の連絡がなくてもよいと解されている(大判昭和3年3月9日、最判昭和29年3月2日等)。

●本問への当てはめ

前記釧路地裁判決は、本問と同種事案において、Yに対し、不作為による傷害致死罪の幫助犯の成立を否定した。同判決は、①作為義務者が犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たのにこれを放置し、作為義務を履行する容易性等から、不作為と作為による幫助が同視できなければ、不作為の幫助犯は成立しない旨述べたうえで個々の成立要件を検討し、②Bの生命の安全の確保はYのみに依存していたことや、YがBの生命の安全が害される危険な状況を認識していたことから、YにはXの暴行を阻止すべき作為義務があったこと、③YがXから強度の暴行を受け、子供を連れて逃げ出そうと思案していたことから、作為義務の程度はきわめて強度でないこと、④罪刑法定主義の見地から、不真正不作為犯の拡がりに絞りを掛ける必要があり、これをさら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から、作為義務の内容は、Xの暴行をほぼ確実に阻止し得た行為(すなわち、結果防止との因果性の認められる行為)を想定すべきであり、具体的にはXの暴行を実力をもって阻止し得る行為であること、⑤本件以前にXがBやYに暴行を繰り返しており、YはXの暴力について恐怖心を抱いていたこと、XとYには歴然として体格差・体力差があること、Yが妊娠中であったこと、Yが実力でXを阻止せんとすればXから激しい暴行を受けた可能性があったことなどから、YがXの暴力を実力で阻止することは著しく困難であったこと、⑥以上の状況にかんがみれば、Yの不作為を作為による幫助行為と同視できないことから、Yには、不作為による傷害致死罪の幫助罪が成立しないと判示した。つまり、同判決は、Xに作為義務の存在を肯定しながら、作為可能性が極めて低かったことや、不作為行為と作為行為の同価値性が見出せないことから、Yについて、不作為による傷害致死罪の幫助罪が成立しないと結論付けた。

これに対して、前記札幌高裁判決は、前記釧路地裁判決と異なる事実認定を行ったうえで、Yに対し、不作為による傷害致死罪の幫助罪が成立すると判断した。

同判決は、①不作為による幫助犯は、作為義務者が一定の作為によって正犯者の犯罪防止が可能であるのに、これを認識しながら、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、この不作為が作為による幫助と同視できる必要があると述べたうえ、②YがBの母親であり、XのBに対する折かんを阻止してBの生命・身体の安全を確保すべき立場にあったことから、Yには、XのBに対する暴行を阻止すべき作為義務が存在すること、③作為義務の内容を「Xの暴行をほぼ確実に阻止し得た行為」に限定する必要はなく、Yの作為行為があった場合に比べて、Yの不作為の結果、XのBに対する暴行が容易になったと認められれば足り、Yの言葉による制止行為や監視行為を行うべき義務も、作為義務の一内容となること、④Yによる制止行為や監視行為によって、XのBに対する暴行を阻止できた相当程度の可能性が認められること（具体的状況に応じ、監視ないし制止行為を比較的容易なものから、段階的又は複合して行い、XのBに対する暴行を阻止することは、可能であったこと）、⑤Yは、Xに愛情を抱いており、かつ、Xとの間の子供を懐妊していたので、Bらの母親であるという立場よりXとの内縁関係を優先させたため、XのBに対する暴行に目をつぶっていたことなどから、Yについて、不作為による傷害致死罪の幫助犯が成立すると判示した。

このように両判決において結論がわかれたのは、不作為による幫助犯の成立要件について、法解釈の違い（作為義務の内容・程度、作為可能性・容易性、不作為行為と作為行為の同価値性）のみならず、認定事実の違い（とくに、YがXの暴力を恐れていた程度、YがXの暴力を止めようとしなかった理由、YのXに対する愛情の有無）に由来しているといえる。したがって、本問と前記2判決を単純に比較検証することはできないが、本問で、仮に、YがXからの暴力をそれ程恐れておらず、Xに対する愛情から、XのBに対する折かんに目をつぶっていたというような事情が認められる場合においては、Yについて、不作為による傷害致死罪の幫助犯が成立する余地が大きいであろうと思われる。

《講評》

出題趣旨であげた両判決は、判例百選やどの刑法の教科書でも採り上げられているほど著名な事件であったにもかかわらず、解答は全体的には余りよくなかったと言える。今一度、判例百選や各自の教科書で確認しておいてほしい。

例えば、XとYとの関係について、単に共同正犯の成立を認めており、幫助犯についてはまったく言及していない答案。殺意を認めているにもかかわらず、それと傷害致死罪を直結させている答案もいくつか目に付いた。結果的加重犯について再度確認しておく必要がある。間接正犯を論ずるに当たって、いわゆる道具理論にまったく触れずに論じている答案も少数ながらも目に付いた。

形式面では、段落改行のまったくない答案やきわめて判読が困難な答案もいくつ

か見受けられた。内容以前の問題であるが、答案を作成するにあたって、人に読んでもらうための文章であるとの認識に欠けると言わざるを得ない。