

不作為による幫助の処罰範囲の限定について

—児童虐待不阻止事例を題材に

濱 田 新

<目次>

- I はじめに
- II 不作為による幫助の成立要件
 - 1 判例・学説上共有された理解
 - 2 疑問点
- III 作為義務の内容を限定的に解釈する裁判例
 - 1 事案の概要
 - 2 判決要旨
- IV 検討
 - 1 横浜地裁平成23年判決の意義
 - 2 作為義務の内容に関するこれまでの裁判例
 - 3 作為義務の内容について
- V おわりに

I はじめに

近年、幫助の成立要件の見直しが問題になっている。これまで、幫助犯の意義については、「従犯は他人の犯罪に加功する意思をもつて、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるもの」（最判昭和24年10月1日刑集3巻10号1629頁）¹と解されてきた。要するに、幫助故意をもって、犯罪を容易にする行為をし、犯罪を容易にした場合には、幫助犯の成立が認められる、というものである。しかし、このような成立要件を形式

的に解釈すると、犯罪を容易にするあらゆる行為が幫助行為に含まれる危険性がある。また、幫助行為が犯罪を容易にした場合には、幫助の因果関係が認められるという促進関係説が判例・通説であるが、どのような場合に促進関係を認めるかについては学説上幅があり、実務的な判断基準としては物足りないとの指摘もあった²。そこで、我が国では10数年前から、幫助行為性や因果関係といった、幫助の成立要件を精査し、より具体化するという試みが活発化しており、また関連判例も増えつつある³。

犯罪を容易にしたあらゆる行為が幫助にあたるのではなく、処罰に値する程度のものを選別が必要である、という問題意識は、現在広く共有されているといえるが⁴、その議論においては、主として作為による幫助犯の事例が念頭に置かれている。もっとも、不作為による幫助も幫助の一形態であり、一般的に、不作為による幫助は、作為による幫助と対応関係にあると考えられている以上、不作為による幫助についても、処罰に値する程度のもの類型化作業が進められるべきである。不作為による幫助を問題とした裁判例の件数は、作為による幫助と比べると多いものではないが、下級審の裁判例は増えつつあり、事件の内容も多様化してきていると評される⁵。作為

¹ 幫助犯の定義に関する判例とされるが、「当該事案との関連で理解されるべき」であり（大塚仁他編『大コンメンタール刑法第5巻（第2版）』（青林書院・1999）537頁〔堀内信明＝安廣文夫〕）、「この判例の文言のみから幫助の解釈論一般につき多くのことを読み取れるかについては、慎重に考えるべき」ではある（照沼亮介「判例研究」上智法学論集58巻3・4号（2015）159頁参照）。ただ、「実務上、昭和24年判決の『定義』が重みを増しつつある、というべきであろうか」との指摘がなされている（亀井源太郎「判批」平成25年度重要判例解説（2014）167頁）。

² 堀内＝安廣・前掲注(1)576頁。

³ 例えば、価値中立的ソフトの提供が、著作権法違反幫助にあたるかが問題となったウィニー事件の判例（最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁）が挙げられる。ウィニー事件については、拙稿「関与者によって提供される物の利用状況と幫助犯の成否」法学政治学論究96号（2013）211頁以下等参照。

⁴ 前田雅英他編『条解 刑法（第3版）』（弘文堂・2013）235頁参照。

⁵ 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（成文堂・1994）501頁。その理由の分析については、同書502頁。

による幫助と対応関係にあるとされる，不作為による幫助についても，成立要件を精査し，いかなる場合に幫助犯が成立するのか，明確にする必要性は高いといえよう。

我が国の古い裁判例においては，不作為による幫助の処罰範囲を限定的に解するという立場から，保証人的地位や因果関係の存否を検討する裁判例もあったが，近年，他人が，自分の子に虐待するのを目撃しながら，親権者が十分に阻止しなかったという事案に対して，作為義務の内容を限定的に解する裁判例（横浜地判平成23年9月22日。以下，横浜地裁平成23年判決とする）が現れており，注目に値する。不作為の具体的事例を解決する際には，その作為義務の具体的内容を確定することも重要であると指摘されているが⁶，従来，不作為による幫助に関する判例において，作為義務の具体的中味が論じられることは少なかった⁷。この点，横浜地裁平成23年判決は，作為義務の内容を確定する基準を詳細に示しており，不作為による幫助の成立要件を再検討するにあたって，大いに参考になると思われる。以下では，不作為による幫助についても，成立要件を見直し，適切な処罰範囲を確保すべきである，との問題意識のもと，不作為による幫助の成立要件の限定的解釈を試みる裁判例を紹介し，検討を加えることにしたい⁸。

Ⅱ 不作為による幫助の成立要件

1 判例・学説上共有された理解

裁判例の紹介に入る前に，簡単に，不作為による幫助の成立要件に対する判例・通説を確認しておきたい。

不作為による幫助は，正犯の犯罪を防止すべき作為義務のある者が，義務に違背して犯罪の防止を怠ったときに成立すると解されており⁹，通説は，

⁶ 橋爪隆「不作為犯の成立要件について」法学教室421号（2015）88頁。

⁷ 齊藤彰子「不作為による幫助」刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕（2003）167頁。

⁸ なお，脚注に記載されている裁判例の冒頭の丸番号は，本文中の表1の丸番号と対応している。

⁹ 堀内＝安廣・前掲注(1)554頁，①大判昭和3年3月9日（刑集7巻172頁）も参照。

このような不作為による幫助の存在自体は肯定する。不作為による幫助をめぐる問題は、大きく分けて、正犯・共犯の区別の問題と、可罰的幫助・不可罰的関与の区別の問題がある。本稿では、可罰的幫助・不可罰的関与の区別が検討の対象となる。

不作為による幫助の成立にあたっては、被告人が保証人的地位にあること(①)、保証人が一定の犯罪阻止行為に出ることが可能・容易であること(②)、さらに、保証人が一定の犯罪阻止に出れば、犯罪を防止することが可能であるのに、これをせず、これによって正犯の犯罪実行を容易にしたといえることが必要となる(③)¹⁰。

まず、不作為犯である以上、被告人が保証人的地位にあることが求められるところ(上記①)、不作為による共犯の場合、いかなる場合に保証人的地位が肯定されるかという点については、不真正不作為犯の正犯における議論と、基本的に同様である。裁判例においても、不真正不作為犯の正犯の場合と同じく、先行行為・排他的支配等から、関与者が保証人的地位にあることが認められている¹¹。そして、この保証人的地位は、被害者との関係に基づいて発生する場合もあれば、正犯との関係から発生する場合もあるが、いずれも不作為による幫助を構成し得るとするのが多数説である¹²。なお、不作為による幫助は共犯であることから、保証人が負う義務は、犯罪を行おうとする他人に働きかけ、阻止する義務ということになる¹³。

そして、行為者が保証人的地位にあるとしても、保証人が一定の犯罪阻止行為に出ることが、可能・容易でなければならず(上記②)、その保証人が、実行可能な、一定の犯罪阻止を行わないことにより、正犯の犯罪実行を容易

¹⁰ 鳥田聡一郎「不作為による共犯について(2・完)」立教法学65巻(2004)285頁以下参照。

¹¹ 西田典之他編『注釈刑法第1巻』(有斐閣・2010)925頁〔嶋矢貴之〕。

¹² 平野龍一『刑法 総論II』(有斐閣・1975)396頁、神山・前掲注(5)503頁、西田典之『共犯理論の展開』(成文堂・2010)196頁。

¹³ 林幹人「不作為による共犯」『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念』(信山社・2003)320頁。

にしたといえることが必要となる（上記③）。ここでは、作為の容易性と、不作為と結果との間の因果関係が存在することが必要となる。不作為による幫助の因果関係は、作為による幫助と同様、犯罪実行を容易にした場合に認められる¹⁴。具体的には、「作為によって犯罪を阻止することが可能であった場合」に、因果関係が認められ、因果関係を肯定するにあたり、確実な阻止可能性があったことは必要ではない（判例・多数説）。不作為単独犯については、「期待された行為がなされたら、ほぼ確実に結果は発生しなかった」場合に因果関係が肯定されるが、共犯の因果関係では、そのような高度のものはないとされている¹⁵。

作為の容易性要件の判断対象であり、因果関係の判断起点となるのは、「保証人に要求される一定の犯罪阻止行為」である。裁判例においては、「保証人に要求される一定の犯罪阻止行為」の内容（作為義務の内容）は、一般に、犯罪を防止する可能性のある作為とされてきた¹⁶。作為義務の内容は、因果関係の内容と対応して、犯罪阻止可能性のある行為が想定されてきたといえる。中には、明示的に、結果阻止との因果性の認められる行為が作為義務の内容であるとする裁判例もある。

2 疑問点

以上が、判例・学説上、おおむね共有されている、不作為による幫助の成立要件である。もっとも、上記のような理解には、いくつかの疑問も生じ得る。

前述の通り、作為義務の内容は、因果関係の内容と対応して理解され、中には、因果関係判断と一体的に判断する裁判例もある。作為義務の内容の判断と、因果関係の存否の判断は、理論的には区別されるので、一体的に判断

¹⁴ 裏を返せば、一定の期待された行為をすれば犯罪実行が困難になった場合に、不作為による幫助の因果関係が肯定される。橋爪隆「不作為と共犯をめぐる問題」法学教室422号（2015）92頁参照。

¹⁵ 林・前掲注⑬322頁。

¹⁶ 齊藤・前掲注⑦167頁参照。

することには疑問があるが、さらに懸念を生じさせるのが、作為義務の内容が、因果関係の内容と対応した形で具体化されているという点である。

作為義務の内容を因果関係の内容と対応させて具体化するならば、保証人には、犯罪を阻止する可能性のある行為が義務付けられる。しかし、これを、形式的に解すると、処罰範囲が過度に広がってしまう危険性があるように思われる。なぜなら、犯罪を阻止する可能性のある行為には、あらゆる行為が想定できるからである。保証人に義務付けられるのは犯罪を阻止する可能性のある行為である、と解釈するならば、(作為が容易であることが前提であるが)保証人が幫助犯の罪責を免れるためには、犯罪を阻止する可能性のある、あらゆる行為をしなければならない、ということにもなりかねない。

処罰範囲の不当な拡大を防ぐためには、「作為義務の内容は、因果関係の内容と対応した形で具体化する」という考えを維持しつつ、不作為による幫助に関しては、因果関係の内容を、より限定的に解釈する方法が考えられる(それによって、作為義務の内容も限定される¹⁷)。しかし、不作為による幫助の因果関係は、作為による幫助と同様、犯罪を容易にした場合に認められると考えており、作為による幫助と異なって、より限定的に解する立場には疑問がある¹⁸。

では、因果関係に関する従来の立場を維持しつつ、いかにして、適切に処罰範囲を画すべきか。この点、次に挙げる横浜地裁平成23年判決は、作為義務の内容について、限定的解釈を示しており、問題解決に資するであろう。以下、事案の概要と判決要旨を紹介する(なお、判決要旨における傍線部分は、執筆者によるものである)。

17 このアプローチは、釧路地判平成11年2月12日(判時1675号148頁)において見られる。

18 詳しくは、拙稿「不作為による幫助の因果関係について」法学政治学論究104号(2015)185頁以下。

Ⅲ 作為義務の内容を限定的に解釈する裁判例

1 事案の概要

(1) 被害児（3歳）の母親であり、唯一の親権者である被告人は、前夫との子である長女と被害児とともに、交際相手A宅で同居していた¹⁹。

(2) 10月15日の夜、Aは居間において、被害児の腕をかむなどの暴行を加えると、被害児は暴行から逃れるために、外に出て行ったが、被告人は、Aの下に連れ戻した。Aは連れ戻された被害児に、さらに何度かかみ付いた（10月15日夜のAの暴行を、暴行①とする）。

(3) 10月17日の午後、Aは居間において、被害児の腕をかむなどの暴行を加えると、被害児は暴行から逃れるために外に出ようとし、被告人が、Aの下に連れ戻すということが繰り返された。被告人は、Aのかみ付き行為が余りに強かったことから「やめて」といったが、結局聞き入れられなかった。また、Aが、被害児に馬乗りになり、何度も往復ビンタをしたところ、Aの指が被害児の目に入り、被告人は「目が見えなくなるからやめて」というと、Aはビンタをやめた。その後も、Aが被害児にかみ付いたり、被害児に重い工具箱を投げたりもしたので、被告人は、このままでは被害児がAに何をされるか分からないと思い、子らにA宅を出るから支度しようなどと言った。これをきっかけに、Aが被害児と話し、被害児が謝ったことから、Aは暴行をやめた（10月17日の午後から開始された一連の暴行を、暴行②とする）。

(4) Aの暴行①、②によって、被害児は加療約3か月を要する皮膚潰瘍等の傷害を負った。被告人は、各暴行を直ちに制止すべきであり、かつ、それらを阻止することは容易であったのに、暴行を阻止せず放置し、それらが継続するのを放置し、また、各暴行の際、逃げようとする被害児をAの下に連れ戻すなどし、Aの犯行を容易にして幫助したとして、傷害の幫助犯として

¹⁹ なお、Aは、被害児がいうことを聞かなかつたり、無視したりする場合に、被害児に暴力を振るうようになり、顔面に怪我をすることもあったことが認定されている。

起訴された。

2 判決要旨²⁰

横浜地裁は、「作為による幫助について」という表題のもと、暴行①・暴行②の際、被告人が被害児をAの下に連れ戻した行為は、傷害幫助罪に該当するとした。

また、「不作為による幫助について」という表題のもと、説得、引き離し、退避等の措置を段階的にとることを怠るという、被告人の不作為については、傷害幫助罪に該当するとした。

(1) 不作為による幫助の成立要件

まず、横浜地裁は、不作為による幫助の成否を検討するにあたり、成立要件について、以下のように述べている。

「不作為による幫助犯は、正犯の犯行により侵害されようとしている人の生命、身体、財産等の法益を、法令、契約、先行行為に基づき、保護すべき立場にある者（以下『保護義務者』という。）に、正犯の犯行を容易にする不作為があった場合に成立する。ここで、正犯の犯行を『容易にする』不作為の範囲が問題となる。これは、すなわち、保護義務者にとって、不作為による幫助犯における作為義務の範囲を画するものといえる。

正犯の犯行を防止（阻止ないし妨害）するために保護義務者がなし得る行為は多数想定できるところ、保護義務者が存在している状況で正犯の犯行がなされた場合には、上記の多数想定される行為の不存在によって、正犯の犯行は防止されなかったのであるから、それをもって正犯の犯行が『容易になった』ともいえる。しかし、これでは、保護義務者を幫助犯として処罰する範囲が広過ぎることは明らかであり、幫助犯が成立する不作為の範囲を限定する必要がある。

そこで検討するに、通常であれば行われるであろう正犯の犯行を防止し得

²⁰ ①横浜地判平成23年9月22日（公刊物未登載）。被告人に対して懲役1年2月（執行猶予4年）を言い渡した。

る作為、すなわち、正犯が犯行を行う状況を観察する通常人であれば、保護義務者が当然行うであろうと想定する作為をしなかったため、正犯の犯行が防止されなかった場合にのみ、正犯の犯行を容易にする不作為があったとすべきである。そして、保護義務者が当然行うであろうと通常人が想定する作為であるかどうかについては、保護義務者と侵害されようとする法益を有する者との関係、保護義務者による正犯者の犯行に先立つ関与の有無、程度のほか、保護義務者と正犯との関係、正犯の犯行の性質等、正犯の犯行時の状況、保護義務者の性格、能力、防止行為の性質、特にその難易等、さらには、これらの諸事情に関する保護義務者の認識の有無、程度も含め、個別、具体的な諸事情に基づき、一般的な見地から判断すべきである。このようにして、正犯の犯行を防止し得る多数の作為の中から、保護義務者が当然行うであろうと通常人が想定する一定の作為のみが作為義務の対象となり、その作為をしなかった場合にだけ不作為による幫助犯が成立する。」

(2) 作為義務の内容とその不作為

続いて、横浜地裁は、被告人が被害児の身体の安全について注意を払い、これを保護すべき立場にあったことは明らかであると²¹、また、被告人は、Aが各暴行を始めるに先立ち、Aが被害児に暴行を加えるであろうことを認識していたと認定した上で、「作為義務の内容とその不作為」との表題のもと、以下のように述べている。

「自らの子でわずか3歳の抵抗もできない幼児が、密室内で強度の暴行を受ける切迫した危険があるのを認識したのであるから、このような場合、親権者であり、しかも、自分以外に安全を守る者がいないという被告人の立場においては、Aに対し暴行を行わないよう説得したり、それでも暴行が始ま

²¹ すなわち、「被告人は、犯行当時3歳の被害児の母親であり、唯一の親権者であって、被害児と同居して同児を監護していたものである上、しばしば被害児に暴力を振るうAとの交際を断ち切ることなく、同人との同居を継続させていた。さらに、当時A方居室には被告人以外にはAの暴行を防止し得る者がいなかった。したがって、被告人が、被害児の身体の安全について注意を払い、これを保護すべき立場にあったことは明らかである」と判示している。

りそうなら被害児をAから引き離し、さらには被害児を連れてA宅を出て避難するなどの行為を行うことが考えられる。さらに、暴行が開始された後であれば、尚更危険が現実化しているのであるから、暴行を防止するための上記のような行為を行うことが考えられる」。

「そして、本件では、被告人がそのような行為を行うことは、Aとの関係や被告人の能力のほか、本件における諸事情を勘案しても、格別困難なものであるとはいえない。また、そのような行為を行えば、Aの犯行を防止することは可能であった。すなわち、被告人やAの供述によれば、被告人がAに対し暴行を制止するようなことを言えば、Aはいったん暴行をやめ、話を聞いたりしたというのである。しかも、Aは…暴力を振るうのも一定の方針に基づくしつけであると理解していたのであり…実母である被告人の意向に一定の配慮をしていた。また、一定の方針を持って被害児に対応し…暴行の最中も冷静さを失っていなかった。したがって、Aが被害児への蹴りやかみ付き行為を始める前に、被告人がAに暴行をやめるよう言えば、暴行の歯止めになったであろうし、それでも暴行が収まらなければ、更に被害児の身体をAから遠ざけるなど、より強い態度に出れば、Aの暴行を防止することは十分可能であった」。「そして、被告人が自らそのような行為をすることが容易であり、かつ、そのような行為をすればAの暴行を防止できることを認識していたことも明らかである」²²。

「以上のような諸事情にかんがみると、Aの暴行が始まる前に、Aに暴行を行わないよう説得したり、それでも暴行が始まりそうなら被害児をAから引き離したり、さらには被害児を連れてA宅を出て避難したりすることは、通常人なら誰もが想定する作為といえる。暴行が開始された後にそのような作為を行うことも同様である。したがって、被告人が上記のような作為（説

²² なお、「暴行②の際、被告人がAに『やめて。』と言ったのに、Aが暴行をやめなかったことが認められるが、被害児が泣き叫ぶなどしていた状況もあったのであるから、言葉による制止が有効でなければ、同児をAから遠ざけるなどより強い防止措置をとることでAの暴行を防止することができたし、そのことを被告人も認識していたと認められる」とされている。

得、引き離し、退避等の措置を段階的にとること)を行わないことは、Aによる傷害の犯行を容易にするものであって、言い換えれば、被告人は、上記の作為をすべき義務を負うところ、そのような作為を行わず、Aが暴行を始め、それを継続するのを放置したのであるから、その不作為は傷害幫助罪に該当する」。

IV 検討

1 横浜地裁平成23年判決の意義

本件では、Aからの暴行を受ける可能性が高い場所に、被害児を連れ戻したという被告人の行為と、被害児に対するAの暴行を十分に阻止しなかったという被告人の行為が問題となり、前者に対しては、作為による幫助が肯定され、後者に対しては、不作為による幫助が認められた。

逃げようとする被害者を、正犯のもとに連れ戻したという被告人の行為は、当然作為による物理的幫助にあたる。また、本事件のように、親権者が、(交際相手や同居人による)自分の子への虐待を目撃しながら、十分に阻止しなかったという事案は、不作為による幫助が認められてきた典型例であるが²³、本事案においても、「説得、引き離し、退避等の措置を段階的にとる」ことを怠った被告人に対して、不作為による幫助が認められている。

本判決において注目し得る点は、不作為による幫助の成立要件に関しては、従来からの判例の立場によることを確認した上で²⁴、作為義務の内容を限定的に解釈すべきことを示した点である。

これまでの裁判例では、不作為による幫助の処罰範囲を限定する立場から、保証人的地位の認定を、厳格に判断すべきことを明確に示したものと

²³ ⑨札幌高判平成12年3月16日(判時1711号170頁)、広島高判平成17年4月19日(高刑速(平17)号312頁)、⑩名古屋高判平成17年11月7日高刑速(平17)号292頁等。ただ、本事案は後述のように、被告人が制止を繰り返したという特色がある。

²⁴ 不作為による幫助犯は、「正犯の犯行により侵害されようとしている…法益を、…保護すべき立場にある者…に、正犯の犯行を容易にする不作為があった場合に成立する」とする。

て、大阪高裁平成2年判決があり²⁵、因果関係の要件を限定的に解釈したものであるとして、釧路地裁平成11年判決がある²⁶。しかし横浜地裁平成23年判決は、これらと異なって、作為義務の内容を限定的に解釈するというアプローチをとっている。

横浜地裁の事案は、被告人が保証人的地位にあることが明らかな事案であった。すなわち、被害児の唯一の親権者で、同居し、看護していた者であり、児童虐待の傾向のあるAとの同居を継続させていた。また、事件当時、部屋には被告人以外に犯行を防止する者がいなかった。被告人が保証人的地位にあるかどうかは慎重に判断すべきではあるが、これらの事情からすれば、被告人が保証人的地位にあることは否定できないだろう。もっとも、被告人が、容易になし得る、犯罪を阻止する可能性のある全ての行為を行わなかったことをもって、被告人に幫助犯の成立を認めることも妥当ではない。ただ、因果関係の内容を、従来判例の立場とは異なり、より限定的に解釈し、それによって、作為義務の内容を限定する方法にも疑問がある。この点、横浜地裁平成23年判決は、幫助の因果関係要件に関する従来判例の立場を前提にしつつ、作為義務の内容を限定するというアプローチをとっており、注目に値する。幫助の成立要件に関する従来判例の立場を踏襲しつつ、作為義務の内容を限定するというアプローチをとる裁判例は、現時点では、本裁判例以外には見当たらない。

²⁵ 大阪高判平成2年1月23日（判タ731号244頁）。

²⁶ 釧路地判平成11年2月12日（判時1675号148頁）。釧路地裁は、不作為による幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要であるとし、大阪高裁平成2年判決とはほぼ類いの言い回しをした上で、不作為による幫助の因果関係が認められるには、確実な阻止可能性が必要であるとした。ただ、作為による幫助犯とは異なって、より厳格な因果関係を必要とする釧路地裁の法解釈は、控訴審である札幌高裁において明示的に否定されている（札幌高裁は、「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」とする）。

2 作為義務の内容に関するこれまでの裁判例

横浜地裁平成23年判決は、「通常であれば行われるであろう正犯の犯行を防止し得る作為、すなわち、正犯が犯行を行う状況を観察する通常人であれば、保護義務者が当然行うであろうと想定する作為をしなかったため、正犯の犯行が防止されなかった場合にのみ、正犯の犯行を容易にする不作為があったとすべきである」とし、作為義務の内容は、保護義務者が当然行うであろうと通常人が想定する、犯罪防止行為であるとしている。これに対して、従来、保証人には、どのような行為が義務付けられると考えられてきたのか。以下で裁判例を概観することにした。

(1) 伝統的な裁判例

不作為による幫助の場合、保証人の義務は、抽象的には、犯罪を行おうとする他人に働きかけ、犯罪を阻止する義務である²⁷。犯罪を阻止する義務が、不作為による幫助の場合の作為の内容であることは、大審院の判決において確認することができる。大審院昭和3年判決²⁸は、選挙長たる町長が投票所における投票関渉行為を目撃したが、制止しなかったという投票関渉の幫助事案について、その幫助行為は「町村制第二十條ノ職務ニ背キ投票ノ關渉ヲ排除セサリシ點」に存在するとしている。判示からは、「投票ノ關渉ヲ排除」すること、つまり、他人の犯罪を阻止することが、作為義務の内容となることが分かる²⁹。

これに対し、やや異なったニュアンスで、作為義務の内容について述べる判例として、大審院昭和13年判決³⁰がある。本件は、保険会社の代理店主が

²⁷ 林・前掲注(3)320頁参照。

²⁸ ①大判昭和3年3月9日（刑集7巻172頁）。不作為による幫助を認めた最も古い判例と思われる（中義勝『刑法上の諸問題』（関西大学出版部・1991）383頁、神山・前掲注(5)478頁）。

²⁹ なお、本文中に挙げたもの以外に、他人の犯罪を阻止することが、不作為による幫助の作為義務の内容となることを示すものとして、③大判昭和19年4月30日（刑集23巻81頁）、名古屋高判昭和31年2月10日（高刑9巻4号325頁）、高松高判昭和40年1月12日（下刑7巻1号1頁）、⑦高松高判昭和45年1月13日（判タ246号292頁）等。

保険金詐欺の事情を知りながら、事実を保険会社に報告せず、関係書類を送付して保険金請求手続をとったという詐欺の幫助事案である。大審院昭和13年判決は、被告人には、事実を本店に報告する等、犯行の遂行を未然に阻止するのに「適當ナル措置ヲ講スヘキ法律上ノ義務」があるとしている。判示からすれば、作為義務の内容は、犯行の遂行を未然に阻止するのに適當な措置である。「適當な措置」の意味するところは、判決文から明らかではないが、当該事例では、本店に報告する行為等が、それに該当するとされている。本店への報告義務を怠ることは、本事案の正犯の犯罪を容易にする上で、「決定的な役割」³¹を果たすといえる。(本店への報告という)いわば犯罪を確実に阻止する可能性のある措置が、犯行の遂行を未然に阻止する「適當な措置」として挙げられているといえよう。

なお、大審院昭和13年判決と同様、職務上の義務違反が問題となった高松高裁昭和28年判決³²では、作為義務の内容は、犯罪防止のための適當な措置とされており、大審院昭和13年判決の書きぶりと同様のものとなっている。

また、作為義務の内容は「犯罪を阻止するための有効な措置」であるとする、古い下級審の裁判例もある。福岡高裁昭和27年判決³³は、劇場責任者がわいせつな演技を目撃しながら、微温的な警告を発するに止め、依然その公演を継続させて、犯行遂行を容易にした事案について、「演技の公開を阻止するための有効な措置をとり以て犯罪行為の行われ又は継続して行われるのを防止することは、劇場側責任者又は興業主に科せられた条理上当前の義

³⁰ ②大判昭和13年4月7日(刑集17卷244頁)。本件は、不作為による幫助が問題となる事件と位置付けられている(神山・前掲注(5)470頁。判例集の判示事項には、「不作為ニ因ル詐欺幫助罪ノ成立」と記載されている)。なお、本件は、純然たる不作為による幫助ではないとするものとして、司波実「判批」刑事判例評釈集1巻(1938)128頁以下、西村克彦『共犯の分析』(一粒社・1966)113、118頁。

³¹ 神山・前掲注(5)470頁。

³² ⑤高松高判昭和28年4月4日(判特36号9頁)。なお、神山・前掲注(5)472頁は、本件は、作為と不作為による窃盜幫助として位置づけるのが妥当であるように思われると指摘する。

³³ ④福岡高判昭和27年9月17日(高刑5巻8号1398頁)。

務」であるとする。判示からすれば、作為義務の内容は、犯罪を阻止するための有効な措置であるが、「有効な措置」の意味は明らかではない。ただ、当該事例では、演技者に対して演技内容の修正変更あるいは上演種目の差替を強硬に要求すること、また公演のための劇場の提供を拒絶する等の行為が、有効な措置にあたとされており、これらの例示からすれば、阻止可能性が相当程度高いものや、確実な阻止可能性がある行為が、「有効な措置」の例として、挙げられていると評価できよう。

(2) 近年の裁判例

次に、比較的新しいものも含む、下級審の裁判例を見てみたい（なお、不作為による幫助の作為義務の内容について述べた最高裁の判示は、まだ存在しない³⁴）。近時、作為義務の内容は、因果関係の内容に対応して、犯罪阻止可能性のある行為が想定されてきた。

例えば、大阪地裁昭和44年判決³⁵は、先行行為等を根拠として、不作為による不動産侵奪罪の幫助を認めた裁判例であるが、まず、犯罪を未然に防止し得る行為を想定した上で、それらの行為が被告人に義務付けられるのかを検討している。また、同様に、阻止可能性のある行為を義務付けるものとして、大阪高裁昭和62年判決³⁶がある。

また、札幌高裁平成12年判決は、不作為による幫助の一般的成立要件に関して述べる中で、作為義務の内容としては、正犯の犯罪を防止することが可能であるものを前提としている³⁷。同事件は、内縁の夫が幼児を虐待してい

³⁴ なお、最判昭和29年3月2日（裁集93号59頁）参照（劇場責任者は、猥褻な演技の公開を防止するため有効な措置をとるべき条理上当然の義務があるとして、劇場責任者に公然猥褻の幫助を認めた原判決の判断を、「相当」としてした）。

³⁵ ⑥大阪地判昭和44年4月8日（判タ234号194頁）。

³⁶ ⑧大阪高判昭和62年10月2日（判タ675号246頁）。

³⁷ ⑨札幌高判平成12年3月16日（判時1711号170頁）。「不作為による幫助犯は、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される」とする。

るにも関わらず、別室で無関心を装って、制止しなかった幼児の母親の行為が、傷害致死罪の不作為による幫助に該当するかが問題となった事件（以下、釧路虐待死事件）であるが、札幌高裁は、阻止し得る者は唯一の親権者である被告人以外存在しなかったこと等から、被告人が保証人的地位にあることを認め、結論として不作為による傷害致死の幫助を肯定した。被告人に具体的に要求される作為としては、「暴行を阻止することは可能であった」とされる監視行為、「暴行を阻止することも相当程度可能であった」とされる言葉での制止行為、「暴行をほぼ確実に阻止し得た」とされる実力での阻止行為を挙げ、それぞれ作為の容易性を肯定して、作為義務の対象としている。

札幌高裁と同じく、児童虐待不阻止事案である広島地裁平成16年判決³⁸も、作為義務の内容としては、正犯による犯罪の実現を防止又は困難にすることが可能なものを想定していると解釈できる。

結果阻止との因果性の認められる行為が、作為義務の内容であると明示する裁判例もある。先の釧路虐待死事件の一審判決³⁹は、被告人に対して要求される行為としては、「結果阻止との因果性の認められる行為」を想定するのが相当であるとした。そして、釧路地裁は、不作為による幫助の因果関係が認められるには、確実な阻止可能性が必要であるとの立場を前提とし、当該事例では、暴行を実力で阻止する行為が、被告人に義務付けられるかどうかを検討している⁴⁰。

(3) これまでの裁判例に対する評価

不作為による幫助の場合、保証人の義務は、抽象的には、犯罪を行おうとする他人に働きかけ、犯罪を阻止する義務である。この作為義務の内容を、因果関係の内容と対応させ、具体化するならば（因果的アプローチ）、犯罪阻止可能性のある行為が保証人に義務付けられることになる。裁判例におい

³⁸ 広島地判平成16年4月7日（LEX/DB 28095514）。

³⁹ 釧路地判平成11年2月12日（判時1675号148頁）。

⁴⁰ 実力で阻止する行為については、作為の容易性が否定された。

ても、作為義務の内容としては犯罪阻止可能性のある行為が念頭に置かれてきた。

ただ、古い裁判例の中には、犯罪を阻止するのに「適当な措置」、あるいは、「有効な措置」を作為義務の内容とするものもある。「適当な措置」・「有効な措置」の意味するところは、判決文から明らかではないが、判決文においては、それらの措置の例として、阻止可能性の比較的高い行為が挙げられている点からすれば、「適当な措置」・「有効な措置」とは、阻止可能性の比較的高いものが念頭に置かれておりと解釈することも、不可能ではないだろう。そのような解釈が可能であるとすれば、犯罪を阻止する可能性のある行為の中から、犯罪を阻止するのに「適当な行為」や「有効な行為」を選別し、それを作為義務の対象としているとの見方もできなくはない。少なくとも、犯罪を阻止するための有効な措置、犯行の遂行を未然に阻止するのに適当な措置などといった書きぶりからすれば、これらの裁判例においては、犯罪を阻止し得るあらゆる作為が、直ちに作為義務の内容とされているわけではない、といえそうである。

犯罪を阻止する可能性のある行為の中から、作為義務の対象となる行為を選別するという発想は、横浜地裁平成23年判決において見受けられる。横浜地裁の判決によれば、「正犯が犯行を行う状況を観察する通常人であれば、保護義務者が当然行うであろうと想定する作為」が、作為義務の内容と解されている。判示内容からすれば、作為義務の存否は、事後的な判断である因果関係の判断とは関係なく、事前的に決定されることになるため、因果関係と作為義務の判断は分離されていることが分かる。そして、作為義務の対象となる行為は、保護義務者による正犯の犯行に先立つ関与の有無、程度のほか、保護義務者と正犯との関係、正犯の犯行の性質等によって判断される。このように、横浜地裁は、因果関係の判断と分離して、作為義務の対象となる行為を選別しているといえる。

なお、不作為による幫助を認めたこれまでの裁判例では、犯罪阻止の可能性が比較的高い行為や、ほぼ確実に阻止可能な行為が、作為義務の対象とさ

不作為による幫助の処罰範囲の限定について

れている場合が多く、阻止可能性のあるあらゆる行為が、義務の対象として列挙されているわけではない（表1参照）。また、前述のように、裁判例の中には、犯罪を阻止するのに「適当な」、あるいは、「有効な」行為を作為義務の内容とするものも見受けられる。それゆえ、現時点では、処罰範囲の拡大は顕在化していないようにも見える。

表 1

番号	正犯	事案	作為義務の内容
①	投票関渉	選挙長たる町長が、投票所における投票関渉行為を目撃したが、放置した	投票の関渉の排除
②	詐欺	保険会社の代理店主が、保険金詐欺の事情を知りながら、保険会社に報告せず、保険金請求手続をとった	本店への報告
③	詐欺	町内会長が、世帯人員の異動の事実を知りながら放置した	自ら直ちに異動訂正を施す／当該世帯主に対して異動届出を督促した上で、異動訂正を施す
④	公然猥褻	劇場責任者がわいせつな演技を目撃しながら、微温的な警告を発するに止め、公演を継続させた	演技者に対して演技内容の修正変更あるいは上演種目の差替を強硬に要求すること／公演のための劇場の提供を拒絶する
⑤	窃盗	倉庫係が、同僚らが倉庫内からチーズを盗み出すことを予知してきたのに放置した	制する／会社の係の者に連絡する
⑥	不動産侵奪	地主から土地の一時使用を黙認され、買手・借手の問い合わせにつき通知を依頼された者が、第三者の侵奪行為を放置した	不動産の侵奪行為を地主に遅滞なく通知する／警察に通報する
⑦	業務上横領	預金の払戻業務に従事する者が、業務上横領の情を知りながら払戻請求に応じた	払い戻し請求の拒絶
⑧	殺人	暴力団組長が、約10分間現場を離れ、元組員による被害者の殺害を防止しなかった	同席を続け殺害を阻止する

⑨	傷害致死	被害児の母親が、内縁の夫による幼児虐待を制止しなかった	監視行為／言葉による制止 ／実力による阻止
⑩	傷害致死	被害児の母親が、交際相手による幼児虐待を制止しなかった	不断に警戒し、機先を制して正犯の体を抑制する／被害児の体に覆いかぶさる
⑪	傷害致死	被害児の母親が、交際相手による幼児虐待を制止しなかった	説得／引き離し／退避

3 作為義務の内容について

(1) 幫助行為を選別する必要性

しかし、作為義務の内容を、因果関係の内容と対応させる形で具体化するという因果的アプローチには、不当な処罰範囲拡大の危険性が内包されている。作為義務の内容を、因果関係の内容と対応させる形で具体化するならば、(各行為につき、作為の容易性が認められることが前提ではあるが) 犯罪を阻止し得るあらゆる行為が保証人に義務付けられることになるだろう。保証人が、実行の容易な、犯罪を防止し得る行為を全て行わない場合、そのような不作為を理由に、不作為による幫助犯が成立するということにもなりかねない。保証人の作為義務に違反する行為は、不作為による幫助犯における幫助行為であるが、この幫助行為の内容を因果関係の内容と対応させてしまうと、処罰範囲が不当に広がってしまうであろう⁴¹。

横浜地裁平成23年判決は、作為義務の範囲を限定する必要性について、「正犯の犯行を防止（阻止ないし妨害）するために保護義務者がなし得る行為は多数想定できるところ、保護義務者が存在している状況で正犯の犯行が

⁴¹ 幫助行為の内容を因果関係の内容と対応させてしまうと、処罰範囲が不当に広がってしまうという問題は、作為による幫助において生じる問題と、全く同じである。従来、作為による幫助の場合、幫助行為は「犯罪を容易にする行為」であるとされてきたが、これは因果関係の内容と対応させて、幫助行為性を把握するものである。しかし、このように幫助行為の内容を因果関係と対応させてしまうと、ありとあらゆる行為が幫助行為に当たり得る以上、幫助の処罰範囲が広がってしまう危険性がある。それゆえ、作為による幫助に関しては、幫助行為の類型化作業が進められているのであるが、全く同じことが、不作為による幫助の場合にも求められる。

なされた場合には、上記の多数想定される行為の不存在によって、正犯の犯行は防止されなかったのであるから、それをもって正犯の犯行が『容易になった』ともいえる。しかし、これでは、保護義務者を幫助犯として処罰する範囲が広過ぎることは明らかであり、幫助犯が成立する不作為の範囲を限定する必要がある」と述べているが、まさに的確な指摘といえよう。

作為義務の内容を、因果関係の内容と対応させる形で具体化するという因果的アプローチには、処罰範囲拡大の危険性が内包されているため、理論的に、「実行の容易な、阻止可能性のあるあらゆる行為が、作為義務の内容となるわけではない」ことを説明する必要がある。具体的には、作為義務の内容を再検討し、犯罪を阻止する可能性のある行為の中から、作為義務の対象となる行為を選別するというアプローチで、作為義務の内容を具体化していくべきであるが、このアプローチは幫助行為（保証人の作為義務違反行為）を選別するアプローチといえる。横浜地裁平成23年判決は、犯罪を阻止する可能性のある行為の中から、保護義務者と正犯との関係、正犯の犯行の性質等といった判断要素によって、作為義務の対象となる行為を確定しており、幫助行為を選別するというアプローチをとっているといえる。

学説においては、既に、「作為の容易性」判断を精査し、作為義務の対象となる行為を選別するというアプローチが主張されている。同見解によれば、行為時に危険を減少させる行為をいくつか想定し、その作為の容易性を判断するにあたっては、「法秩序の立場から見て、そのような作為を刑罰によって強制することが、将来同じ状況におかれた一般人に対する行動指針の観点から見て適切か、という観点から」⁴²判断すべきであるとする。そして、考慮されるべき事情として、被害者に生じることが予測される法益侵害の質・量・程度や、作為義務の履行に伴って不作為者が被ることが予想される正当な法益の侵害の質・量・程度、不作為者と正犯との力関係、両者の人間関係、正犯の犯意の強固性等の心理的事情、救助行為によって結果を回避で

⁴² 鳥田・前掲注(10)289頁。

きる見込みの程度等を挙げている⁴³。

この見解によれば、確実な救助が見込まれるのであれば、多少の犠牲は払うべきことになると思われる。一方で、救助可能性がごくわずかしかなければ、不作為者があまり犠牲は払えないと考えるのもやむを得ないことだといえらるゝとされており⁴⁴、犯罪阻止可能性がごくわずかである際には、多くの犠牲を伴う作為は義務付けられないことになる。

ただ、同見解によれば、犯罪阻止の可能性がごくわずかしかなければ、その作為は容易になし得る場合、作為義務の対象となり得ると思われるが、そうだとすれば、疑問が生じる。作為を刑罰によって強制することが、将来同じ状況におかれた一般人に対する行動指針の観点から見て適切か、という観点から、作為義務の対象となる行為を選別するのであれば、犯罪阻止の可能性がごくわずかしかなければ、(たとえその作為が容易になし得たとしても)そもそも作為義務の選別の対象から外すべきではないだろうか。つまり、保証人の作為義務の対象となる行為の選別にあたっては、その行為が、犯罪阻止可能性が一定程度見込まれる行為であることが、最低限必要だと思われる。

犯罪阻止の可能性がごくわずかしかなければ、該当し得るものとして、例えば、「監視行為」が挙げられる。犯罪阻止可能性が一定程度見込まれる行為であることが最低限必要であるとする私見からすれば、釧路虐待死事件の札幌高裁が「監視行為」を義務付けたことについては、やや疑念がある。確かに、正犯よりも肉体的に優越し、正犯より立場が上であるような者については、正犯を監視する行為も犯罪阻止にあたり有用である⁴⁵。しか

⁴³ 鳥田・前掲注(0)289頁以下。

⁴⁴ 鳥田・前掲注(0)290頁。同様に、結果回避可能性の程度・当該作為の容易性・それを行った場合に予想される不作為者に生じる法益侵害の程度を考慮して、作為義務の内容を確定すべきことを主張する見解として、松原芳博編『刑法の判例 総論』(成文堂・2011) 288頁〔齊藤彰子〕。

⁴⁵ 例えば、大柄な暴力団組長が、小柄で格下の者の犯罪行為を阻止しなかった場合(⑧大阪高判昭和62年10月2日判タ675号246頁)等。

し、親権者（女性）の目前で、交際相手（男性）による幼児虐待がたびたび行われていたというような事情がある場合には、正犯を監視する行為による心理的な犯罪阻止効果はかなり低いと思われる。

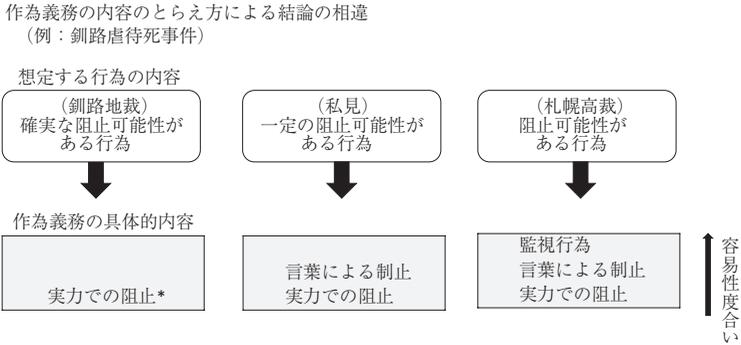
札幌高裁の判決においては、正犯は被告人がせっかんの様子を見ているとせっかんがやりにくいとの態度を露わにしていた上、本件せっかんの途中でも、後ろを振り返り、被告人がいないかどうかを確かめているとの事実を前提に、監視するだけでも心理的抑制になったものと考えられるとして、被告人に監視行為を義務付けている。確かに、このような事実からすれば、監視行為は阻止可能性がある行為といえる。しかし、本件では、被告人は、これまで激しいせっかんを見ても、助けるための行動には出ず、被害児らが助けを求める視線を向けても無関心な態度を示していたとの事実も認められており、このような経緯からすれば、被告人の監視行為が、果たしてどれほど犯罪阻止効果を有するのか、疑問があるといえる。釧路虐待死事件において、監視行為による阻止効果がわずかであるといえるなら、（作為が容易になし得るとしても）監視行為は作為義務の対象とされるべきではない。言葉による制止・実力での阻止等が、義務付けられるべきである（表2参照）。

(2) 横浜地裁平成23年判決における作為義務の内容

横浜地裁平成23年判決の事例で、作為義務の対象となる行為とされたのは、説得、引き離し、退避等の措置を段階的にとることである。これらの行為の選別にあたっては、作為の容易性だけでなく、正犯が親権者である被告人の意向も配慮していたという関係や、正犯が、暴行の最中に冷静さを失っていないことが考慮されている。

同種事案である釧路虐待死事件では、札幌高裁は、「暴行を阻止することも相当程度可能であった」とされる言葉での制止行為だけでなく、「暴行を阻止することは可能であった」とされる監視行為や、「暴行をほぼ確実に阻止し得た」とされる、実力をもって阻止する行為も、作為義務の対象となる行為として挙げている。一方、横浜地裁の判決文を見る限りでは、監視行為や、実力をもって阻止する行為が作為義務の対象となるのかどうかという点

表 2



*ただし、作為の容易性が否定された

については、言及されていない。

この点、横浜地裁平成23年判決の事案において、実力で阻止する行為をも義務の対象とすることに対しては、疑問の余地がある。確かに、釧路虐待死事件では、正犯が短気な性格であり、暴力的な行動傾向があったため、正犯の激しい虐待行為を阻止するためには、身をもってかばう等、実力をもって阻止することも要求されるべきである。ただ、横浜地裁平成23年判決の事案では、正犯が親権者である被告人の意向も配慮しており、正犯が暴行の最中に冷静さを失っていなかったとされており、正犯に心理的に働きかけ、阻止するという方法が適当な事案だったといえる。

このように、横浜地裁平成23年判決の事案における作為義務の内容については、心理的な介入行為に重点がおかれるべきであるが、監視行為の義務付けについては、慎重な検討を要する。監視行為は、容易になし得る作為ではあるが、これまで虐待が繰り返されている事案に関しては、親権者（女性）の監視行為が、どれほど犯罪阻止効果を有するのか、疑問が生じ得るためである。

(3) 不作為による幫助の限界事例

なお、横浜地裁平成23年判決で、作為義務の内容の限定的解釈が示された理由は明らかではないが、被告人が制止を繰り返して試みていたという事情は、一定の影響を与えたのではないかと思われる（作為による幫助の処罰範囲を限定しようとする、近時の学説・判例の動向が、ある程度の影響を与えたと考えられなくもないが）。

本件では、被告人は、正犯Aのかみ付きが余りにも強かったことから、「やめて」といって制止したとの事実が認められている（ただ、結局Aに聞き入れられなかったとされている）。また、被告人が、何度も往復ビンタをする正犯に対して、「目が見えなくなるからやめて」というと、正犯はビンタをいったんやめたという事実や、被告人が、さらに正犯宅を出るから支度しようなどと言ったことをきっかけに、正犯が最終的に暴行をやめた、という事実が認められており、被告人は、繰り返し、直接的に正犯の心理面に働きかけることで、犯罪を制止しようとしている。また、被告人は、被害児に対し、正犯に怒られないよう、謝り方を教える等しており⁴⁶、被害児を介して、間接的に正犯の心理面に働きかけることによって、犯罪実行を防止しようとしている。このように、被告人は、状況に応じて、繰り返し犯罪阻止を試みていることは、本事案の特色といえる。

これまで不作為による幫助が問題とされた裁判例では、何ら制止が認められない事案⁴⁷だけでなく、被告人が一定の制止を試みたという事案も存在している。ただ、その制止は、阻止の程度の弱いものであったり⁴⁸、また、被告人がはじめは制止を試みたものの、途中から介入を諦めたというもので

⁴⁶ この点は、幫助故意の存否を判断するにあたり、言及されている。そして、「それだけでは、Aの暴行を阻止するのに不十分であり、この点も故意の存在を妨げるものではない」とされている。

⁴⁷ 例えば、⑤高松高判昭和28年4月4日（判特36号9頁）。

⁴⁸ 劇場責任者が、その劇場で公演されているストリップショーを目撃し、その演技の内容が猥褻であると知りながら、微温的な警告を発するに止め、劇場を引き続き使用させた事案（最判昭和29年3月2日裁集93号59頁）。

あったり⁴⁹、最終的に制止はしたが、被害者の異変を感じるまでは放置していた⁵⁰、といったものであった。これらの事案に関しては、犯罪を阻止しなかったという不作為を処罰する必要性が高いと思われる。

しかし、本事案では、被告人が、「やめて」との声掛けによる制止や、被害児に対し、正犯に怒られないよう、謝り方を教える等して犯行の防止を試み、また、暴行が止まなければ、家を出る支度をしよう等と言って、被害者と正犯とを物理的に引き離すことも計算にしている（そして、被告人の言動によって、実際に正犯が暴行をやめている）。被告人が、有益なものも含む阻止行為を、繰り返し試みている本事案は、これまでの典型的な幫助事例と異なって、より限界事例に近いものだったといえる。

このような被告人に対して、正犯の犯行を防止し得る他の多数の行為の不存在を理由として、幫助の成立を認めるとすれば、いかにも酷であろう。本事案は、被告人が果たすべきであった行為を慎重に選別することが、特に求められていた事案といえよう。学説においては、「不作為者がある程度危険減少が見込まれる行為を行っていた場合には、たとえ、それが事後的に見れば誤った選択であったり、さらなる作為が必要であった場合でも、それを要求することには慎重であるべきだと思われる」⁵¹との指摘があるが、本事案は、この指摘がまさに該当するケースといえる。

本事案では、被告人が、有益なものも含む阻止行為を、繰り返し試みしており、限界事例に近いものだったため、被告人に要求される行為の内容について

⁴⁹ 被害者殺害の直前まで、殴打を制止する態度に出たが、途中から介入を諦めた者に対して、不作為による殺人幫助罪が成立するとされた事例（⑧大阪高判昭和62年10月2日判タ675号246頁）、不動産侵奪行為を発見し、いったんは抗議したが、正犯から黙認してくれと懇願されて、その後は阻止しなかった事案（⑥大阪地判昭和44年4月8日判タ234号194頁）、交際相手の子虐待するのを目撃した親権者が、「やめてよ。」などと言いながら、交際相手の肘あたりをつかんで制止したが、振り払われ、正犯に肩を手拳で殴打されてその場に倒れ込み、その後は何ら制止をしなかったという事案（⑩名古屋高判平成17年11月7日高刑速（平17）号292頁）など。

⁵⁰ 広島地判平成16年4月7日（LEX/DB 28095514）。

⁵¹ 鳥田・前掲注00290頁。なお、「作為の容易性」要件に関連した記述である。

ては、慎重な検討が必要であったといえる。それゆえ、「正犯の犯行を防止し得る多数の作為の中から、保護義務者が当然行うであろうと通常人が想定する一定の作為のみが作為義務の対象となり、その作為をしなかった場合にだけ不作為による幫助犯が成立する」と判示されたのではないだろうか。

V おわりに

以上、不作為による幫助についても、成立要件を見直し、適切な処罰範囲を確保すべきである、との問題意識のもと、不作為による幫助の成立要件について検討した。本稿の内容を要約するならば、以下のようになる。

不作為による幫助は、正犯の犯罪を防止すべき作為義務のある者が、義務に違背して犯罪の防止を怠ったときに成立するとされてきた。不作為による幫助の因果関係については、「作為によって犯罪を阻止することが可能であった場合」に認められ、因果関係を肯定するには、確実な阻止可能性があったことまでは必要でないとされてきたところ、作為義務の内容は、この因果関係の内容と対応して、犯罪阻止可能性のある行為と解されてきた。

作為義務の内容を因果関係の内容と対応させて具体化するならば、保証人には、犯罪を阻止する可能性のある行為が義務付けられることになるが、これを形式的に解すると、処罰範囲が過度に広がってしまう危険性があるように思われる。なぜなら、犯罪を阻止する可能性のある行為には、あらゆる行為が想定できるからである。保証人に義務付けられるのは犯罪を阻止する可能性のある行為であると解釈するならば、保証人が幫助犯の罪責を免れるためには、実行の容易な、犯罪を阻止する可能性のある、あらゆる行為をしなければならぬ、ということにもなりかねない。

実際の裁判例において作為義務の対象とされているのは、犯罪阻止可能性の比較的高いものが多く、阻止可能性のあるあらゆる行為が、義務の対象として列挙されているわけではないから、現時点では、処罰範囲は不当に拡大していないようにも見える。ただ、作為義務の内容を因果関係の内容と対応させて具体化するアプローチには、処罰範囲の拡大の危険性が内在してい

る。この点、犯罪を阻止する可能性のある行為の中から、作為義務の対象となる行為を選別するというアプローチをとった横浜地裁平成23年判決は、理論的に処罰範囲を限定するという立場を示すものといえ、注目に値する。犯罪を阻止する可能性のある行為の中から、作為義務の対象となる行為を選別するというアプローチは、幫助行為（保証人の作為義務違反行為）を選別するアプローチといえる。

これまで、不作為による幫助をめぐる議論では、「誰が犯罪を阻止すべきか」（保証人的地位の判断）という検討が中心であり、その検討は、処罰範囲を適切に確保することに資する。ただ、「その保証人がすべきことは具体的には何か」（作為義務の内容）という点について吟味することも、適切な処罰範囲を確保するにあたって重要であるといえる。幫助行為性の限定的解釈については、現在、主に作為による幫助をめぐる活発な議論がなされている。不作為による幫助は、作為による幫助と対応関係にあると解されており、近年の作為による幫助犯の幫助行為性の限定的解釈をめぐる議論は、不作為による幫助の幫助行為性の具体化にも資すると思われる。

〔付記〕本稿は、科学研究費若手研究 B（課題番号16K17008）の助成を受けた研究の成果の一部である。