慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔刑法三〕不作爲による障害 (東京地裁昭和三四年二月十八日刑事十九部判決)
Sub Title	
Author	宮澤, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1959
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.32, No.10 (1959. 10) ,p.67- 77
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19591015-0067

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

なく、選擧の告示は、選擧に關する事項を、選擧人全體に周知させ、選擧の運營に關係するのであるから、これについての瑕疵は、選擧無効の原因として、考慮されるべきものである。

しかも、選擧管理委員會は、立候補およびその辭退について、これを告示すべきものとされているから、僞造の屆を誤つて受理し、これによつて告示をおこなうことになれば、これは當然に、選擧人の判斷に影響をおよぼすことになる。すなわち、選擧人は、當該候補者には、立候補辭退者として、投票しないであろうし、また投票したとしても、このような投票は、無効として、取扱われるのであるから、この候補者が當選するということは、およそ不可能なことであつて、選擧の結果に影響することは、いうまでもない。

要するに、本件判示は、選擧管理委員會ないしは選擧長が、立候補辭退に關する屆出について、形式的審査權しか認められていないから、僞造の事實が存在しても、書類の形式が具備していれば、一應これを受理しなければならないという、極めて形式的な見解を排除し、幾分なりとも、實質的な考慮を加味したものと考えられるのであり、判示は、正當なものと認められる。

（田口精一）

〔刑法　三〕　不作爲による傷害（東京地裁昭和三十四年二月十八日刑事十九部判決　逮捕監禁致傷、傷害、强要、傷害幇助、公務執行妨害等被告事件）

【判示事項】不作爲による傷害幇助を認定

【參照條文】刑法二〇四條、六二條一項

【事實】本件は東京都板橋區一帶に勢力を有する愚連隊の林一家の首領以下十名の者が共同被告人となつている、かなり複雜な事案である。

しかし、本評釋にとつては、首領である林泰吉につき、本表題の

〝不作爲による傷害〟を認定した事項が重要であるから、焦點をこれにしぼつて考察を加える。

前述の如く、被告人林泰吉は、板橋區一帶に勢力を持つ林一家の首領である。實弟林勇太郎は、副首領格の幹部であつて、事實上林一家を指導して、輩下を使つてパチンコの景品買等を行つていた。本件には他に數人の乾兒が登場する。

被告人林勇太郎及びその他數人の乾兒は、昭和三十三年五月二十四日午前零時過頃、林一家の輩下である成田某が、赤羽の愚連隊砂岡某一味に匕首で刺されたことを聞知し、憤激し、砂岡に事情をただすと共に、事の次第によつては暴力に訴えても報復しようと決意し、共謀の上、同日午前二時過頃、兇器を携えて東京都北區の砂岡方に到り同人に會つて事情をただしたところ、成田某は單に暴行を受けたに過ぎなかつたとの說明で一たんその場を引き揚げたが、成田と行動を共にした島田某から事の詳細を聽取し、さきの砂岡の言が事實と相違する誠意のない辯解であることを知るに及んで、激昂し、砂岡を拉致して所期の目的を遂げんと企て、

㈠　同日午後三時三十分頃、一同は再び右砂岡方に押しかけ、同家六疊の間において浴衣のままの砂岡を取圍み、「成田を刺したではないか、板橋に來い云々」と申向け、同人をして心ならずも着のみ着のまま卽刻同行を肯んぜざるのやむなきに至らしめ、

㈡　砂岡を板橋區本町にある被告人林泰吉方に連行し、同人の協力を得て所期の目的を遂げる意圖のもとに砂岡をそのまま右泰吉方に拉致し、そこで報復的な傷害を行なつた。

被告人林泰吉はその間、乾兒達の問責、暴行に際し、終始その場にあつて、その情況を現認しながら、その暴行を默認し、傷害の結果を未然に防止することが出來たのに、その防止に十分な措置をとらなかつたものである。

【判旨】　有罪。刑法二〇四條、六二條により被告人林泰吉を懲役一年に處する。被告人林泰吉に對し、この裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶豫する（他の被告については略）。

【判決理由】　被告人林泰吉は、前述（事實㈡）の問責暴行が行なわれている間、終始その場にあつてその情況を現認し、事態の大事に進展すべきを知りながら輩下である他の被告人の右暴行を默認しそのなすに委せ、わずかに他の被告人等が砂岡を屋外に引き出そうとするのを自ら阻止したに止まり、傷害の結果を未然に防止するに足る措置をとらず因つて前記のとおり傷害の結果を惹起するに至らしめた。

【評釋】　本件では反社會的集團の一つの代表である愚連隊の首領の犯罪への關與を、如何に扱うかについて、檢察官、裁判所ともどもに大分苦勞をした形跡がうかがわれる。

たしかに、通常の一般人の場合、敢て無理な論理構成をなして、本件の如き〝不作爲による傷害〟のしかも〝從犯〟を認

めることは避けたかも知れない司法當局が、何故敢てこの擧に出たかといえば、これは取りも直さず、近時良識ある國民層から強い要望のある、「テキ屋」「ヤクザ」「愚連隊」等の前近代的反社會的集團（前田信二郎氏の命名による）への強い取締りの態度を、遲まきながら打ち出していることの證左であるといえよう。

先ず、この前近代的集團と、その中の首領という地位の意義から考察し、更には「不作爲」についての若干の考察、ことに保證人說と作爲義務、作爲可能性に關し、このような「首領」という地位が如何なる意味を有つかの點を考え、最後に、從犯と判斷したことについての批評を加えたいと思う。

愚連隊とその首領について　これに關しては前記、前田信二郎氏が、「犯罪社會學の諸問題」に、反社會的集團論を書いておられる。

今この中から、敎えを受けると、反社會的集團は前近代的形態を持つ不法な行動者の組織であり、この中には本邦に傳統的な集團、博徒、テキ屋、炭坑暴力團と、常習的犯罪青少年團たる愚連隊、ギャングがある。

前者は强固な社會行動の樣式を定め、階級的秩序と掟により統制され、生業の技術と心身の鍛錬が一體として經驗される。後者は前者の如き强い社會の地下組織を持つものではなく年齡的な、生物學的條件および過程が外部に表現した行動であり、それが生活樣式を形成して常習化の傾向をたどる。

いずれにせよ、これら反社會的集團は、一定の集團構造を持ち、生活樣式によつて行動の意義を統一している（同書四・五頁）。

その集團構造においては、親分子分の關係は、この反社會的集團の秩序の精髓をなすものであり、家產制支配形態の重要なる特質であるといわれる（同書一七・八頁）。

しかし、この支配形體には親分たるの地位を絕對的に要請する型（精神的優位者たる親分は、神農と稱するヤクザの神樣の化身とされ、その地位を繼承するには、特殊な儀式を行い、嚴重な掟を以つて子分の行動を律する）と仲間集團の型とがある。

これら集團において、權威による支配關係を秩序を以つて維持するには、子分の間に兄弟の身分を定め、しきたりと掟とによつて身分的段階づけがなされることを要する。しかも兄貴分の行動は、親分からの委任という性格を持ち、掟により命令が保障されている。

仲間制集團では、團員の服從を豫定はしているが、前のような主從の關係ではなく、首領は同僚中の首席であり、仲間でかつ戰友という色彩を保有している（同書二八頁）。

本件の林一家が、如何なる性格の集團であるかは、明らかではない。いずれにせよ、テキ屋と愚連隊との混合型體であろうし、首領の地位は、バク徒、テキ屋等の如き、作法にかなつた傳統的な形を取つているか否かも明らかではないが、とにかく、命知らずな無法を敢て辭さない連中の頭目として幅をきかせていたことは間違いなく、このような事態では、彼の一聲が、平地に波を起すことも、又嵐にあつては一と聲で拾收をつけることも可能であつたと判斷してよいであろう。子分が親分の行爲を諫止するのではなく、親分が子分の行爲を放置したこと、すなわち「惡しき現實を消極的に放置したこと」（中谷瑾子、不作爲犯の問題性に關する一考察、法研三〇卷四號二一頁）こそが、本件の主要なポイントである。

傷害罪を不作爲によつて犯すことが出來るか　この點については積極に解す。但しこの場合は構成要件的に明確な基準が確立していない點を考慮すれば、行爲者というための要件を愼重に吟味しなければならない。

すなわち不作爲犯においては、結果發生阻止義務者という比較的範圍の狹い行爲者を對象として、そのような者が義務に背いて一定の行爲に出なかつたことを問題とする（青柳文雄、不作爲犯、過失犯における刑法の保障的機能、法研三二卷六號一頁以下、特に三頁參照）。

殊に不眞正不作爲犯は極く限られた犯罪について、狹い生活關係若しくは先行行爲者たる不作爲が、身體動作による法秩序への攻擊と同視するに足るだけの高度の違法性、責任性を備えた場合にはじめて犯罪と認められるのであつて、認容は作爲犯におけるよりもより高度のものでなければならない（青柳、前掲二一頁）。

不作爲の刑法體系における位置づけ、その性格について、學者間に爭いがある。しかし本件の評釋については、餘り實益のない論爭であるから、一應の指摘にとどめておく。

不作爲の行爲性については、これを否定したものに、ラートブルッフ、ウェルツェル（刑法第三版から改說して現在第六版においても說いているところであるが、彼は〃人間の態樣〃という概念に行爲、不行爲を統合する積極的な意味を持たせようとしている。彼は、刑法規範の對象は〃人間の態樣〃すなわち目的的な意思制御に對する能力に從屬する人間の身體的積極性又は消極性であるとする。前者を現實的目的性、後者を潛在的目的性と結びつけ、更に〃人間的態樣〃で總括を試みる。彼も不作爲を行爲ではないとしている。Deutsches Strafrecht 6. Aufl. S. 174)、平場、總論講義四三頁以下がある。これに對して木村、總論一六八頁以下は他行行爲說の助けを借りて、〃人を殺さないという不作爲は、人を殺すということを標準として、これを否定する要素を含んだ作爲例えば人を殺さないで散步するというような一定の作爲、從つて、行爲であるのが普通であつて、必ずしも非行爲ではなく、行爲である〃とする（同書一六八頁）。しかしこの指摘が如何に說得力がないかは證明を要しないであろう。

少しでも日本語のセンスを持ち合わせている者であれば、〃人を殺さないで散步する〃という作爲を直ちに殺人の不作爲と結びつけて、それの行爲性を證明しようとは考えまい。この場合の作爲は散步という動作であつて、散步中に殺人の計畫を考えるならともかく、殺人とは無關係な作爲であつて、散步をするという行爲が殺人と單に殺人をしなかつた理由として直ちに結ひつけられるものではない。散步をすることは、その間晝寢をしない、讀書をしない、食事をしない等あらゆるその他の積極的動作の不作爲と結びつく。

更に指摘をするならば、目的性を說明する本書の中に、構成要件的に重要でない結果を認識した目的（的）行爲があるという點をあげ、「轉轍手が飲酒をしたため失念して轉轍を怠つた場合、飲酒行爲は目的（的）行爲に他ならない」という。しかし、これも通常の用語例からみて、飲酒の目的が列車事故と如何にして結びつくか。過失犯に目的というものを考えること自體に、言葉のあやの亂用がありすぎるとのそしりを免れまい。

これらの說明は、いずれも人を納得せしめるところがない。それはとりも直さず、過失犯をも含めて、これらいわゆる非・行爲が目的的行爲論の泣き所、井上教授のいわゆる〃無情なデッド・ロック〃（同、過失犯の構造、はしがき）である。

問題は、目的行爲論自體に非常な無理があるということであり、無理の上に理論の完結性を要求しようとするところに右のようなリスクを冒さなければならない理由がある。けだし、理論的な正しさを主張した者の理論の正しさを追つて概念の遊戯に終つた姿をここに見るのである。

不作爲とは、絶對的の無爲ではなくして、期待された作爲をしないことである。從つてここでは生じた結果と、若し行なわれたならばという假定の上に立つた作爲を規準として非難される不作爲的態度との間に、價値關係的な因果關係が存在すれば、不作爲の構成要件該當性が肯定出來よう（小野、刑法講義一〇〇頁以下、團藤、刑法綱要九八頁以下）。

結局問題は、團藤教授の指摘されるように、不作爲の態樣が構成要件の豫定している特徴を示しているかどうか、本件にあつては、「人ノ身體ヲ傷害シタル者」という定型性に當るかどうかについての解釋の問題といえるであろう。不作爲が實行行爲としての定型性を具備するか否かを判斷するにあたつて、まず違法性の判斷を加えるという前提問題を解決しておかなければならない。何故なら、不作爲犯は定型性にとぼしく、かつ通常は社會生活上みのがされる場合が多い結果、特に違法な場合でない限り、犯罪定型に當らないとみるべきであるから（團藤、前掲九九頁）。

本件の場合は、例えば隣家の一般人が事の成行きを傍觀していたのとは本質的に異なる性質があると考える。この點につき順次分説してみたい。

作爲義務　前にも指摘したように、不眞正不作爲犯の場合、或る態度が〝人ノ身體ヲ傷害シタル〟行爲といえるか否かという行爲の定型性の判斷、構成要件の解釋、適用が問題となる點こそが、本事案の中心的課題であるが、作爲義務の存在――その核心は保證人たるの地位にある――と作爲の可能性が、解釋の基準として考慮せられるべきである（中谷、前掲五九頁）。

作爲義務に關して考えるならば、我が刑法上は、この義務はわずかに輕犯罪法一條八號、醫師法一九條一項、齒科醫師法一九條一項等に規定あるのみ。これに對し、例えばフランス刑法六三條一項には、犯罪阻止のために介入することを拒否す

る罪と、二項に救助を提供しない罪が規定されている。特に前者ではすべての人がその面前で行われ、準備されている犯罪を阻止しなければならない義務をもつ犯罪が列擧されている。ここではすべての重罪、傷害のような輕罪を指す（Faustin Hélié; Pratique criminelle des cours et tribunaux, p. 277-279. 青柳、前掲一五頁以下が詳細である）。ドイツ刑法においても三三〇條Cに緊急救助義務を怠る罪の規定を置いているが、不眞正不作爲犯の場合のいわゆる作爲義務者（結果發生阻止義務者）の範圍等は學說、判例に委ねている。

これはドイツでナーグラーにより提唱され、通說となつている保障人說によつて說明される（これについては中谷、前掲三〇頁以下が詳しい）。かいつまんでいえば、この說は不作爲に出た者を、彼に認められる作爲義務により、結果不發生に對する保證人たる地位に置き、彼に對する非難は結果發生を防止すべき義務があり、かつ發生阻止が可能であるのに義務に違反して結果を發生せしめた場合に存すると主張する。

この場合の義務は法的義務たることを要するというのが通說であるが、それの根據は多岐である。ナーグラーの表現をかりれば、「結果回避のための法的義務によつて、個人に、獨得な法律上の地位が歸せられる。彼は、社會的關係において、保護せられている法的價値の保護者となる。……彼は一定の法的價値に對して、いかなる違法な結果をも生じせしめないことを法秩序のために保障する」（Leipziger Komm. 8. Aufl. S. 35）。

この保障義務は、1.法（實定法、法秩序、社會倫理的慣行に見出される義務）。2.社會倫理的に基礎づけられた法的義務。3.民族共同體に對する義務を公法が結びつけ、公法上の保障義務を結びつける事實狀態を招來する限り、法律行爲によつて媒介される（中谷、前掲一二號四九頁以下參照）。

本件にひるがえつて考えてみよう。一體、愚連隊の親分たるの地位は右の保障人の地位に置かれるべきであるか。私はこれを積極に解す。すなわち、愚連隊等の反社會的集團は、それ自體でも違法の性格を有する。すなわちその存在自體が健全なる秩序にとつて望ましいものではない。それは一つの完結したものであるべき秩序の中での異分子である。しかしともあ

れ、このような存在が現實にあることは否定出來ない。ヤクザの社會では、一應、素人に手を出さず、ナワバリ（これも法の認めるものではない）の内で、彼らなりの秩序を保ち、他のヤクザ集團のナワバリへの浸透を拒否するものである。前にも述べた如く、彼らのこの私的秩序は權益の擁護を目的として、堅固であり、その維持の力の根元は親分の權力である。ここにおいては、官僚組織の中の上命下服の關係に類似、若くはそれ以上のものがうかがわれる。しかも、命令の根據は多くの場合、非合理的な、暴力的色彩を帶びている。

我々はこのような制度を認めない。しかしその現存在それ自體は否定出來ないから、このような私的秩序の中心人物に、重大な責任を負わせるべく考えなければならない。これは、次に述べる作爲可能性と問題が交叉する。

私的な集團であるこれら愚連隊に、正業につけと期待することは出來ないが、集團の中心人物は、全體的社會秩序のワク内で行動し、いやしくも私的制裁を否定された現代社會の中において、社會秩序を亂す行動に出ないような統制をとるべき義務を負わされると解してさしつかえなかろう。從つて、親分はこの部分社會秩序の中心として、違法な行動に出ないことを社會に對して保證すべき地位にあると斷じてよかろう。これが親分という特權的地位に立つている者の宿命であり、責任者たるの地位に附隨する制約である。

作爲可能性　作爲義務と作爲可能性の二者は構成要件の解釋、適用の基準となるが、前者はいわば構成要件の違法要素に關し、後者はその責任要素に關するものである。

この作爲可能性は一般的可能性を問題とするのであるから、個別具體的、特殊的な事情を考慮した作爲可能性ではない。從つて一應の客觀性を持ち、一般的定型的な判斷以上のものではない。けれども、具體的事情上當事者に作爲が期待出來ない場合には不作爲による構成要件該當の行爲と同等のものを認定することは出來ない。更には不作爲者が結果を回避するために犧牲にしなければならない法益と違法な結果發生の危險にさらされた法益との比較で、作爲の可能性が微弱な場合も、

構成要件該當の實行行爲とは解せられない（中谷、前掲一二號六三・四頁）。

本件の場合、林泰吉に作爲不可能な事情は考えられない。判決の附記の中にも「當時飲酒昂奮していた輩下被告人等の暴擧を制止し結果の發生を未然に防止することは到底能くし得ない」ところであつた旨の辯護人の抗辯に對し、「被告人が當時他の被告人等が再三に亙り砂岡を屋外に連れ出そうとしたのを排して自ら同人を連れ戻している事實に徴しても、被告人泰吉が傷害の結果を未然に防止しうるに拘らず」防止に充分な措置をとらなかつたと認定している。ここに判例が作爲可能性を認めた態度が現われている。前にも指摘したように、子分が親分の行爲を諫止することを怠る場合とは異なり、絶對の權力を有する親分が、結果發生の危險を防止し、淺薄な實力行使を諫止するについて何等の危險、精神的負擔もないのに、それを行なわなかつたという態度は、前項の〃保障人〃たるの地位からみても、失當であり、より強い非難を受けるに價するといわねばならない。

從犯とした點について　これ迄は、本判決に對して、これを全面的に肯定し、かつその理論的な弱さを最近の學說によつて裏づけてみたところであるが、最後に、林泰吉の不作爲による加功を、從犯として扱つたことにつき若干の疑問を提示したいと思う。

私見によれば、本判決は右の事態を從犯と考えることによつて、從犯の概念をいささか擴張して使用しすぎたと思う。この判決が不作爲を從犯の手段と考えたこと自體は正しい（Leipziger Kommentar St. G. B. 8. Aufl., S. 266f. Maurach, Allg. Teil 1954. S. 555ff. Schönke-Schröder, S. 255ff.）。しかし、この泰吉の場合に單なる幇助犯とみるのはどうか。

特に考えなければならないのは、林勇太郎らは、〃同人（泰吉）の協力を得て所期の目的を遂げる意圖のもとに〃泰吉宅まで砂岡を拉致したのである。一般的には兩者の間に暗默の了解があつたものと解する餘地もあろう。ことに當事者等が、一般人ならばともかく、無法を行なうことについて何等良心の痛みを持たず、さらにはそれを自己の價値顯示と考える如き輩

下と、それを知つて默認した親分であり、乾兒等が復讐の言葉を口にしないで暴行をなすとは考えられない。復讐、殊に「指をつめろ」等の言葉を聞いて事を成行に委せたならば、傷害の結果を未必的にも認めていなかつたと斷ずることは出來ない。若し單なる幇助であると解するなら、そこにいう幇助とは、實行行爲以外の行爲を以つて――不作爲でも實行行爲たりうることについては前に詳述した――正犯の行爲を容易ならしめたということになる（團藤、前掲三一五頁）。親分の見ている前だという雰圍氣で志氣を鼓舞したことについての責任というのであろうか。そうではあるまい。この場合、默つていたということが實は實行行爲の一つの型である。共同正犯と言うためには、意思の合致と行爲の共同を要する立場に立つと、沈默によると共同正犯というものを認めることにためらいがあるかも知れない。しかし、このような強い上下關係のあるところでは支配者の沈默ということは、積極的肯定よりも強い意味を持つているということに注意するべきである。これは、日本の特殊な社會的モラルに對する法的評價の一例である。

しかしながらたしかに、共同正犯であると積極的に認定するには、判斷の資料が或は少なすぎたかも知れない。ことに實際の裁判に當つては、子分は親分に不利な證言をなすことを潔しとはしないであろう。

從つて、證言を得ることの困難さという制約の中で、親分に積極的な正犯性を認めることの至難さを考えに入れながら、なお次の點を今少し强調し得なかつたかと思うのである。

すなわち判決附記の中でも認めている泰吉の行爲、すなわち、「砂岡を屋外に連れ出そうとしたのを排して、自ら同人を連れ戻している」事實をもう少し掘り下げれば、或は屋外での騷ぎによつて他からの干涉を受けないように、屋内にて一層のリンチを加えることを容易にしたのではないかを疑う。若し然らば、彼の行爲を積極的に正犯性肯定のために援用し得たのではないか。

ヤクザ同志の爭いの場合に、「指をつめる」という蕃行が横行している。これを單なる暴行ではなく、傷害としてきびしく

罰すべきである。いやしくも親分である以上、子分が身内外の者にリンチを加えようとし、しかも自分に協力をせしめるために自宅に連行して來た場合、事の成行を豫見出來ないものかどうか。その場の雰圍氣でどんな危險な事態にたち至るかを豫測出來ないかどうか。狀況は紳士の社交クラブで進行しているのではないのである。屋外でならばともかく、秘密が保たれ易い自宅の内での事件の進展を默認したとなれば、傷害についての未必の故意は少なくとも認定出來るのではあるまいか。

若しこれが肯定されるならば、强盜の共同者が被害者に對し脅迫している時に、その傍に佇立する行爲を共同正犯とする判例と同じ論理で以つて、親分の行爲に對する反價値判斷を加えうるものと解す。

終りに、この種暴力事件で、執行猶豫が多用されてはならない。そして假釋放等も出來るだけ認めないことが望ましいのである。

何故なら、この種暴力犯にとつて一番怖れているものは、時の經過である。ヤクザの縄張などは、非合法なものであるだけに、二年なり三年なりの刑務所生活で送つた時間的ブランクは大きな打擊である。社會をこのような前近代的な、利不盡な粗暴犯から守るためにも、これらのものを社會から出來るだけ長く隔離することが望ましい。數年を經て、空しく老いた自分と、空しくも消え去つた權益の地を見れば、彼等粗暴なる愚連隊といえども、生き方を深刻に反省せざるを得ないであろう。ここにおいて、强力な社會政策の裏づけがクローズ・アップされて來る。

以上、要するに本評釋は、本事案に對する判決を適切なるものと認める。ただし、從犯とした點について、若干の疑問を提出した。

しかしこれには、實際事件を知らない評者としては、これ以上立ち入る筋合いのものではないという反省もないわけではない。

（宮澤浩一）