九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

刑事判例研究 ： 近時の児童虐待事案に関する判例動向

櫻庭, 総
九州大学大学院法学研究院 ： 助教 ： 刑事法学

https://doi.org/10.15017/18375

出版情報：九大法学. 101, pp.149-178, 2010-09-24. Kyudai Hogakkai
バージョン：
権利関係：

判例研究

刑事判例研究

近時の児童虐待事案に関する判例動向

（三歳の幼児に十分な飲食物を与えなかったことなどによって極度の低栄養により飢餓死させた事案において被害児及び実母と同居していたのみで法律上の身分関係のない被告人について不真正不作為犯による殺人罪における作為義務を条理ないし社会通念から認めた事例（確定）（東京高裁平一九・一・二九、高等裁判所刑事判速報集（平一九）号一〇七頁）

櫻庭　総

Ⅰ．はじめに

近年、ペナル・ポピュリズムによる厳罰化の潮流が指摘されている。[1] 九〇年代からマスメディア等を通じて社会問題化した児童虐待問題も、その例外ではないように思われる。

二〇〇〇年に制定された児童虐待防止法では、児童虐待の定義として、身体的虐待、ネグレクト、性的虐待並びに心理的虐待の四類型が挙げられている。そのうち刑法上の構成要件に関わってくるのは、心理的虐待をのぞいた三類型であるが、先行研究では主として性的虐待に焦点があてられたものが多く、[2] 身体的虐待、ネグレクトに関するまとまった研究は、管見の限り、あまり見当たらない。

そこで本稿では、近時のネグレクト事例を出発点として、児童虐待事案における解釈論上の問題点を不作為による共犯、殺意の認定、並びに量刑事由の三点から整理するとともに、児童虐待事案に関する判例の動向を概観することで、先の問題点が近時の潮流の中で、どのように位置づけられうるかを示してみたい。従って、その問題点には、本判決では必ずしも論点として意識されなかったと思われるものも当然に含まれる。

Ⅱ．事実関係と判旨

（一）事案の概要

原審さいたま地方裁判所平成一八年五月一〇日判決[3]で認定された事実によると、事案の概要はおおよそ次のとおりである。

平成一五年一一月ころYは、アルバイト先のカラオケ店で知り合ったミュージシャン志望の被告人と交際し、平成一六年四月二二日ころからは、Yの前夫Cとの子である幼児Aと共に被告人方居室に同居するようになり（当時YとCの結婚生活は既に破綻しており、Yは実家に帰省していた）、被告人、Y及びAの共同生活が始まった。

生活費については、被告人は当初ほとんど働くことがなく、Yがスナックで働いて三人の生活費を稼ぐほか、被告人の実家からの月額五、六万の仕送りに頼っていた。よって生活費についてはYに依存していたといえるが、同年五月ころから、被告人が、実家からの仕送りはもちろん、Yの日給も全額管理するようになり、Yは被告人から金をもらって買い物するなどしていた。

共同生活を始めて数カ月は円満な関係が続き、YもよくAの世話をし、被告人もまたAを可愛がり、食事を与えたり風呂に入れたりしていた。ところが、同年九月ころから、被告人はAが泣くとうるさがり、Aを疎んじる態度を示すようになった。そのため、Yは、このままではAばかりか自分まで嫌われてしまうのではないかと懸念し、Aを被告人の目に触れない場所に追いやろうと決意し、同年一〇月上旬ころ、Aを被告人方居室のロフトに上げ、入口に段ボールで障壁を設け、その後は週に一度くらい風呂に入れる時を除き、Aをロフトから下ろさなくなった。そして、Yが、被告人に対し「Aの面倒は私が見るから、もう見なくていいよ」と告げたところ、被告人もこれに同意した。

しかし被告人は、その後もAが泣くと「音楽に集中できない」「二人で出て行って生活保護を受ければ」などと嫌味を言うことが何度もあった。そのため、Yは、Aの世話をしていると自分まで嫌われてしまうとの思いから、Aの世話も次第にしなくなっていった。更に同月下旬ころから、Yは、Aを早く泣きやませようとして、平手で顔や手足をたたき、ときには金属製のティッシュケースで手足をたたくこともあった。

同年一一月初めから一七日ころまで、Yは仕事がなく職探しをし、被告人も出張ホストのアルバイトを始めたため、Aを一人残して家を空けるようになった。そのころから、被告人が、Aに全く無関心となったばかりか、Yにも、その話を遮るなど、冷たくあしらうようになった。そのためYは、被告人にAの世話をしている姿を見られたくない思いも手伝い、Aを風呂に入れず、食事も夕食一食に減らし、その量も菓子パン一個とコップ半分程度のジュース類で済ませ、二日に一回程度は食事をやらない日もあった。なお、同月一八日ころからYは昼間の勤めを始めるようになったが、日給を全額被告人に手渡しており、被告人が生活費をすべて管理していることに変わりはなかった。

そのため、Aは同月の途中から、食事を残すようになり、排泄量も減っていき、同月終わりには、手足に次いで胴体部分がやせ、あばら骨が見え始めたほか、元気もなくなって、歌ったり会話することもほとんどなくなり、立ってもすぐにしゃがみこみ、次第に座ることもできなくなった。

Yは、そのようなAの様子をみて、Aが死んでしまうのではないかとも思ったが、Aの実夫であるCにも、家出同然に飛び出した実家の両親にも、Aの状況を知られたくないとの思いから連絡をとらず、Aを病院に連れていったり、食事を改善することもなかった。

他方、被告人は、Yが同年一〇月ころから、Aの世話を意図的に怠るようになり、時に暴力を振るうなど虐待していただけでなく、Aが次第にやせ細り、衰弱していく様子を、概括的には認識しており、しかも、YがAを虐待する原因が、自らの態度や言動にあることも、察知していたのに、あえて口出しすることなく、YのAに対する虐待を黙認していた。

そのような状況の中、同年一二月に入るとAの衰弱は顕著なものとなり、同月六日、被告人はAを久しぶりに風呂に入れた際、Aの姿を見て、そのまま放置すればAが死んでしまうことを明確に認識して驚き、仕事中のYに連絡を入れ、「危ないんじゃないか。病院につれていかなくて大丈夫なのか。髪の毛がすごい抜けてた。すごいやせてる。」などと言って、病院等の医療機関による治療の必要性を指摘した。ところがYは、「X君（被告人）は何も知らなかったことにして。Aの面倒はもう見なくていいから。ロフトには上がらないで。」「私自身がしたことだから、Xには何も関係ないから。」などと強い口調でいい、病院に連れていくことを拒否したところ、被告人もそれ以上言わず、「わかった」という趣旨の返事を

してこれに同意した。なお、その後も、被告人は、Yに対して二度ほど、「Aを実家に連れていった方がいいんじゃないの」などと言ったが、Yが「Xには何も関係ないから。知らなかったことにして。」などとこれに応じる意思のない旨答えると、それ以上は言わなかった。

平成一七年一月に入ってからも、被告人とYは、Aに対して以前と同様の扱いを続けた。もっとも、そのころからYは、Aに朝夕二回の食事を与えるようになったが、Aはおにぎりや菓子パン、ラーメン等はすぐに吐いて受け付けなかったため、平均すると一回にチョコレート数片とコップ四分の一程度の飲み物を与えたのみであった。また、同月一八日ころの夜、Aが夕食を何口か飲み込んでから嘔吐したのを見たYは、とっさに「Aが吐いてしまう。どうしよう。」などと大声をだし、これを心配した被告人がロフトに上がろうとした。しかしYは被告人を座らせ、「X君には何も関係ないから。何も知らなかったことにすればいいから。ロフトには上がらないで。」などと繰り返したところ、被告人も、相槌を打つように返事し、これに同意した。

その後も、それまでと同様の生活が続き、平成一七年一月二二日の朝、Yが、Aにチョコレート一片と飲み物をコップ四分の一程度与えた後、被告人は、Yと共にパチンコに出掛け、午後八時過ぎころ帰宅したところ、Aが死亡しているのを発見した。

（二）原審の判決

原審は、以上のような経緯を踏まえて、「被告人は、同居しているYとAの生活を管理する状況を自ら作出していたところ、Aは、被告人の自室である本件居室のロフト上で動くこともできずに寝たきりの状態にあり、その母親であるYは、Aに十分な食事等を与えないだけではなく、医療機関による治療を受けさせることも明確に拒否していたため、被告人としても、自分以外にはAの生命を救うことのできる者がいないことを理解するに至った。しかも、被告人としては、Aの生命を救う方法として、自ら医療機関に連れていき、一一九番通報し、あるいはYの実家等に連絡をとることについて、特段の支障は存在しなかった。加えて、Aは、同月中［一二月中］であれば、速やかな医療機関による治療により救命できる可能性は高かったのである。こうした状況の下、被告人は、上記のような各種の方法をとることにより、Aに対してその救命のために速やかに医療機関による治療を受けさせる

べき義務を負うに至った」と、被告人の治療機会提供義務を肯定した。

また、「被告人は、Yの態度が硬く、面倒に巻き込まれたくないとの思いも手伝って、被告人の関与を拒むYの申出に同意することによって、Yとの間で、Aに対し従来どおりの扱いを続けることにより、Aが死んでしまってもやむを得ないとの共通の認識の下、あえてAを放置する意思を相通じた」と殺意及び共謀の成立を認めた。

以上から、罪となるべき事実として、「被告人も、そのYを除けば、自室内で寝たきりの状態にあるAの生命を救うことのできる者はいないなどの状況から、……Aに対してその救命のために速やかに医療機関による治療を受けさせるべき義務を負うに至ったにもかかわらず、Aが死亡してもやむを得ないものと決意し、Yと共謀の上、……Aを同室内のロフト上に隔離したまま放置し、よって、……Aを極度の低栄養により飢餓死させて殺害した」とし、不作為による殺人の共同正犯として被告人に懲役八年の刑を言い渡した。

なお、量刑事由において、本件はYが被告人を巻き込んだものであって、「共犯者［Y］が本件の首謀者としての責任を負うことは明らか」であるが、被告人がAを疎ましく思う態度を露骨に示すことで「共犯者［Y］を本件犯行に駆り立て」たものであり、加えて、被告人が生活費やY及びAの生活も管理していたことから「本件で被告人の果たした役割は極めて重要」であること、更に、「近年、乳幼児虐待の増加は、大きな社会問題となっており、本件についても、実の母親がその交際相手と共に我が子を飢餓死させた事例として、広く社会に報道されたものであって、その社会的影響も軽視できないものがある」一方、被告人の役割は従属的なものであり、その殺意も未必的なものにとどまっていることなどが言及されている。

原審判決に対し被告人は、法令違反及び事実誤認を理由に控訴した。ちなみに、Yに対しては懲役一二年の有罪判決が確定している。[4]

（三）裁判所の判断

東京高裁は、被告人の作為義務について、確かに「被告人は、被害児の実父でもないし、被害者の母親であるYと婚姻しているわけでもないから、被害児を救命することについて、身分関係を基礎とした作為義務が生じることはない」が、「以下の事情を総合考慮すると、条理ないし社会通念から見

て、被告人には、不作為の殺人罪における作為義務となる、被害児を救命すべき作為義務があった」とし、「以下の事情」として次のように判示した。

原審が認定した「治療機会提供義務」は、被告人とYとでは同等のものではなく、被告人が負う治療機会提供義務は、被告人自身がその義務を直接果たす作為に出ることを不可欠の要件とするわけではないが、他方、単に自分の希望を表明したり、相手の意向を打診したりするといった程度では足りず、Yをはじめとする第三者を介して、或いは働きかけるなどして、確実に治療機会提供義務が尽くされるようにする必要はあるものと解される。そのような義務を認める基軸となる事柄は、Yとの合意（被告人は被害児の世話には関与せず、身体状況等について知らなかったことにする旨の合意）にあることは明らかだが、本件では更に、以下の生活実態も、被告人の作為義務を認める根拠の一つとなる。即ち、①被告人はY親子を自室に住まわせ、約九カ月にわたって三人で一緒に生活をしてきた、②当初は被害児も被告人に懐くほど円満な生活を送っていた、③ところがその後、被告人は被害児を疎んじるようになり、結局は被害児を死亡させる契機を作った、④被告人は、収入面からだけみると、Yに依存していたといえるが、一家の金銭を一人で管理して家計を取り仕切り、被告人に行為を寄せているYの心情も考慮すれば、一家の実権を握っていたのは被告人であった、などである。

さらに裁判所は、「生活実態」に関して次のような補足をしている。即ち、もちろん、被告人が、被害児との同居を望んだからといって、事後的な殺人の作為義務の発生根拠と直ちになるものでないことは、明らかである。しかし、本件が、被害児を救命するための行動に出ることのできる者がYを除くと被告人しかいないといった、密室的な環境の中での不作為による殺人事件であることからすれば、前記のような生活実態といったものも、被告人の前記作為義務を認める根拠の一つとなることを肯定して良いと解される。というのも、そのような作為義務を負わないためには、①同居を速やかに解消する、②被害児を疎んじる態度を直ちに改め、Yに対して被害児を適切に養育するように真剣に働きかける、③関係者などに伝えて被害児の苦境の速やかな打開を図る、など比較的容易にとり得る手段が他に複数あり得たから、前記のような作為義務を被告人に認めたとしても特に過大な義務を負わせることにはならないからである。

以上から裁判所は控訴を棄却した（なお、被告人は上告し

たが、平成一九年七月一一日に棄却された[5]。

Ⅲ．研究

（一）不作為による共犯

一　不作為犯については、因果関係の判断において仮定的因果関係を「付加」するという思考が採られるため、現に行われた作為を取り除いて判断するという作為犯の因果関係判断よりも、更にその判断は漠たるものとならざるを得ない。そこで、不作為犯においては保障人説によって作為義務の範囲の限定が試みられる。即ち、作為義務の発生根拠をめぐる議論である。以前は法令・契約・事務管理・条理・慣習等がその根拠として挙げられていたが、条理、慣習等は刑法上の義務を導出するに適切でないとの批判が加えられ、現在は、法令・契約・先行行為の形式的三分説をベースに、更に作為義務発生根拠を実質化する基準が模索されている状況にある。即ち、法益維持行為の開始、その行為の反復・継続及び排他性から成る「事実上の引き受け」を基準とする具体的依存性説、排他的支配および支配領域性を考慮する因果経過支配説、並びに義務類型を法益保護型と危険源管理監督型に分ける機能二分説などが提唱されている。

本件では、A及びYと法律上の身分関係のない被告人に不真正不作為犯による殺人罪の作為義務が認定された点が問題となった。この点に関連して、まず被告人の「保護責任者」としての地位について検討してみれば、確かに、保護責任は単なる保証人としての義務よりも高度の責任であるとされるが、「民法上の扶養義務者にあたらない場合にも、同居などの事実から、実質的に要扶助者と家族的共同体的関係にあり、保護者的立場に立つと解される者については、契約・事務管理・条理などを根拠に保護責任を認めることが可能であろう」との見解もある[6]。また、実際にも、三歳の幼児を連れた母親と、同棲を開始数日とはいえ共同生活を営んだ男性が、母親と共謀の上、幼児を高速道路に置き去りにした事案につき、保護責任を認めた判例も存在する（東京高裁昭四八・三・九判決）。

とはいえ、多少なりとも共同生活の実態が存すれば即座に作為義務が発生すると解すべきでないのも、もちろんである。この点、原審では治療機会提供義務の発生根拠に関する認定は必ずしも明らかでないが、本判決では義務発生根拠となる

生活実態がより詳細に認定されている。しかし、それを踏まえても「本件では、これまで作為義務があるとされた事案と比較して、その発生根拠が薄弱であることは否定できない」との評価もある。[7] 加えて、原審の認定にもあるように、本件犯行の主たる責任は母親であるYに帰されている。このように見てみれば、被告人に作為義務が認められるべきか、仮に認められるとしても従犯としての責にとどまるのではないか、といった点は、依然として問題となりうる。これは、不作為による共犯に関わる問題であり、児童虐待事案における解釈論上の論点として、これまでも論及されてきた。[8]

二　不作為による正犯と共犯の区別基準

ついては、保証人的地位にある以上、不作為の関与を原則正犯とする説も一部で主張されているが、少数説にとどまっている。他方、前述の機能二分説を手掛かりに、法益保護義務にある者を正犯、犯罪阻止義務にある者を共犯とするなどの説も主張されているが、正犯と共犯で作為義務の根拠を区別することは適切でなく、犯罪阻止義務も結局は法益保護義務に解消して考慮すべきであるといった批判が加えられている。多数説は、不作為犯は作為犯に比べ結果に対する原因力が弱く、間接的な関係にとどまることを理由に、あるいは遡及禁止原理の立場から、作為正犯がいる場合、その他の不作為の関与を原則として幇助とする原則幇助犯説に立つといってよい。

確かに、不作為犯の成立範囲を限定するという目的意識において、また、因果性の程度に着目する点で、原則幇助犯説は首肯しうる方向を示しており、判例も（作為正犯が存在する場合は）基本的にこのような判断枠組みにあるといえよう。しかし、原則幇助犯説においても、不作為による共犯の問題が解決したとは必ずしもいえないように思われる。

例えば、原則幇助犯説のなかでも「不作為による幇助」の成立要件を比較的厳格に解する曽根威彦は、「不作為による正犯」との区別基準を、「不作為の単独正犯におけるように、他に正犯者が存在しない場合、すなわち排他的支配が認められる場合は結果を防止しない不作為者が正犯」であるとし、さらに「不作為犯に正犯に不可欠な一部実行が認められないことから、共同正犯性が否定されて従犯が認められるに過ぎないにもかかわらず、……そこに一旦『共謀』が認定されると、突如として、正犯行為を阻止しないという不作為が共同正犯性を獲得することになる」と、共謀共同正犯論による「格上げ」の論理を批判している。[9] しかし、この批判が正当

であるだけに、その批判自身に対しても次のような疑問が向けられ得るように思われる。即ち、一人でも作為正犯がいれば他の不作為関与が幇助となる一方、不作為関与者のみで犯罪が構成されている場合は、全員が正犯に「格上げ」される危険はないのであろうか。[10] そして、本判決は、まさに不作為のみが関与した事案である。この問題をより具体的に明らかにするため、以下で、児童虐待において複数人が児童の死に関与している事案につき、近時の判例の展開を概観する。

三　不作為による幇助犯が問題となった事例

児童虐待事例での幇助が問題になったものとして著名なのが、「被告人が、内縁の夫による当時三歳の子供に対するせっかんを放置して、内縁の夫による傷害致死を容易にさせたとの事実で起訴された事案」であり、幇助を認めず無罪とした①釧路地裁平一一・二・一二判決[1]と、原審を破棄自判して幇助を認めた②札幌高裁平一二・三・一六判決[2]にわかれる。

地裁と高裁では事実認定に若干の相違がみられる。地裁では、被告人の供述に基づき、被告人自身もこれまで内縁の夫Yから暴行を受け、逆らうと自分がひどい暴行を受けるのではないかという恐怖心があったことから、Yの暴行を阻止することが著しく困難な状況にあり、また、Yに対する愛情ももはや抱いておらず、逃げ出したいと考えていたが実際には逃げ出すことができないでいた、と認定したのに対し、高裁では、そのような被告人供述は信用できず、むしろ被告人は、当時もYに対して愛情を抱いていて肉体的執着もあり、妊娠していることもあって、Yの暴行に目をつぶっていたと認めるのが相当とした。

また、不作為による幇助の成立要件についても両判決は異なる。地裁が、「他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務を有する者が、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置しており、要求される作為義務の程度及び要求される行為を行うことの容易性等の観点からみて、その不作為を作為による幇助と同視し得ること」を要求し、被告人に具体的に要求される作為内容は、Yの暴行をほぼ確実に阻止し得た行為（実力阻止）を想定するのが相当であり、それを要求するには著しく困難な状況であるため被告人の不作為を作為による幇助と同視することはできないと判示したのに対し、高裁では、「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、

右一定の行為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合」でよく、「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」ことは必要でないとし、被告人はYの暴行を監視したり言葉で制止することで阻止することが相当程度可能であり、また実力での阻止も著しく困難な状況にあったとは認められないとし、被告人に傷害致死幇助の成立を認めた（懲役二年六月、執行猶予四年（原審における求刑三年）。なお、Yについては、懲役六年の刑が確定している）。

その後、児童虐待で幇助が認定されたものとしては、③広島地裁平一六・四・七判決[13]がある。この事案は、被告人が同居していた男性Yと、被告人の実子Aをビニール袋及びスポーツバックに閉じ込め窒息死させたという第一犯行と、Yが被告人の実子Bの顔面等を殴打していた際、制止措置をとらず、失血多量によりBを死亡させたという第二犯行、並びに両名の死体遺棄から成る。大きな争点となった第一犯行における故意の問題は後述するとし、ここでは被告人の傷害致死幇助が問題となった第二犯行の認定に焦点をあてる。

被告人は、上記第一犯行の後、いったんYから離れ、Bと二人でウィークリーマンションで生活していたが、帰ってきてほしいと懇願するYに同情し、再び同居するようになった。Yはそれまで Bに対しては暴行を加えていなかったが、Bが駄々をこねたことに怒って平成一四年一〇月一〇日朝から翌一一日にかけて断続的に暴行を加えたが、被告人が制止することはなかった。一一日夜、YはBが「Y君たたくけえ嫌い」と言ったことに激怒し、再び殴打するなどの暴行を加えた。その際、被告人は当初黙って見ていたが、Bの鳴き声が止まってウーというめき声に変わると異変を感じて、「もう止めて。」と言った。Yはさらに Bの腹部を四、五発殴ったが、被告人が、もう一度、「もう止めて。Bが死んでしまう。」と言ったところ、Yは殴るのをやめてBを離した。その後、被告人とYは就寝し、翌朝目を覚ましてから、Bが死亡していることに気付いた。

以上の事実から地裁は次のように判示認定した。不作為による幇助犯成立の一般的要件については、「正犯者の犯罪を防止すべき義務のある者が、一定の作為によって正犯者による犯罪の実現を防止又は困難にすることが可能であるのに、そのことを認識しながらその一定の作為をせず、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、それが、作為による幇助犯の場合と同視できることが必要であると解される」とし、本件については、被告人がBと同居していた

唯一の親権者であること、YのBに対する暴行を何度も間近で見ていたこと、他にYの暴行を止め得る者はいなかったことなどに鑑みて被告人には、YがBに対して暴行に及ぶことを防止すべき強度の作為義務があったとし、そして、「被告人がYの暴行からBをかばったりYの暴行の支障となるような措置をとることが不可能あるいは困難であったような状況は認めがたく、このことは、本件暴行が始まってしばらくして、被告人が言葉によって制止したところ、Yは二度目の制止で暴行をやめていることなどからも明らかである。そうすると、被告人がYの暴行開始後Bの様子に変調が見られるまで何らの制止措置をとらなかったことは、YのBに対する一連の暴行を容易ならしめたものというべきであって、Yの暴行を幇助したものと評価することができる」とした。

ここでは、上記②札幌高裁判決と同様に、不作為の幇助の成立要件について、正犯の犯行を容易にする程度でよいとする一方、実際に口頭による制止行為をしているにもかかわらず、むしろその行為を理由に作為可能性が肯定されている。[14]

さらに、④名古屋高裁平一七・一一・七判決では、未成年の男子Yと交際していた被告人が、実子Aに対するYの暴行によりAが死亡したことにつき、以下の理由から傷害致死幇助の罪が認められている。被告人は、「性的欲望の赴くままにまだ未成年の男子高校生であったYと交際を始め、被告人自身とAの生活の本拠であった自宅にYを引き入れ、……同人がAに繰り返し暴行を加えるようになって、同児の安全が脅かされる事態となり、そのことを察知した保育園関係者から、AのためにYを遠ざけるよう忠告されていたことが認められる。そうすると、被告人は、Aの親権者として同児を保護すべき立場にありながら、自らの意思で同児の生活圏内にYの存在という危険な因子を持ち込んだのであり、自らの責めにより同児を危険に陥れた以上、Y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」。その意味で、例えば赤の他人の強盗犯人の襲撃に対して幼児を守らなかった場合とは異なるため、「社会通念上、被告人にYのAに対する暴行を阻止すべき義務が課せられていると解するのが相当である」。もっとも、Yは被告人と親密な関係にある一方、ささいなことで被告人にも暴行を加えていたことが認められ、YのAに対する暴行の際、被告人が口頭でこれを制止したり、監視するだけでこれを確実に阻止できたとは考えがたい。そうすると、「あえてYとの関係を継続しながらAを手元に置こうとするのであれば」、

「保護すべき幼児を自らYの行為による危険の及ぶ状態に置いている以上、ある程度の犠牲を払うべきことが社会通念上当然に要請されるべきである」から、「被告人のYの暴行を阻止すべき義務は、自らがY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る」。従って、被告人は、YがAを蹴っている最中に「やめてよ」などといい左肘をつかんで止めに入ったものの、振り払われた後は少なくとも身体的な制止行為はしていないため、上記の作為義務を果たしているとはいえない。

また、不作為の幇助の成立要件については、「幇助行為は、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、不作為による幇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はない」とした。（公訴棄却）

ここでも、幇助であれば、作為、不作為を問わず、正犯の行為を容易にする程度でよいとされている。加えて、「Yの存在という危険な因子」を引き入れたという先行行為の存在を重視し、肘をつかんで制止するだけでは足りず、自ら犠牲を払ってでも体を張って幼児を保護する義務があるとしており、上記③広島地裁判決よりも、具体的に要求される作為内容の程度はさらに高度なものとなっているように思われる。

四　共謀共同正犯が問題となった事例

共謀共同正犯が問題になった事案としては、⑤大阪高裁平一三・六・二一判決[15]がある。本件は、被告人が、夫であるYと共謀して長女Aに十分な飲食物を与えず餓死させた第一犯行、三女Bをこたつの天板にたたきつけて強打させ、頭部外傷等による急性硬膜下血腫により死亡させて殺害した第二犯行、並びにBが事故死したように装って、保険金約九〇万円を騙し取った第三犯行からなる。この事案では故意の認定も問題となったが、この点は後述し、ここでは第二犯行について、被告人の意図を知りながらこれを制止しなかったYとの間に共謀共同正犯を認定した点をとりあげる。

高裁は、被告人およびYの供述を総合し、次のように暗黙の共謀を認定した。「被告人において、こたつの前に立って、Bを右肩付近に抱え上げた状態で、Yの方を振り向き、わざわざYに対して『止めへんかったらどうなっても知らんから。』と警告的な言葉を発することによって、Yがいかなる態度に出るかを問いただした際、被告人と一旦は目を合わせたYが、

ベランダの方を向いて自分を制止しようとしない態度を示したことを確認したこと、その際、被告人自身に、Yに制止してほしいという気持ちがあり、仮に、この時、Yが制止していれば、Bをこたつの天板に投げるのを止めた可能性が高かったこと、しかるに、Yが制止することもなく、前記のような態度を示したことによって、Bをこたつの天板に投げつけることによって殺害することを容認したものと理解したということができるのであり、他方、Yにおいても、被告人と並んでB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B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B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B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B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、B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」。

黙示の共謀が認められた背景には、本件犯行を実質的に主導したのが実行犯の被告人ではなくその夫Yであり、被告人はむしろそのような立場に追い詰められていた側面もあるという裁判所ないし検察官の判断が伏在しているようにも思われる。しかし、児童虐待事案においてDVを理由とした心神耗弱等が認められることはほとんどなく、[16] もしそのような「心理的因果性」[17] が共謀を認定する場合にのみ考慮されているのだとすれば、処罰範囲の拡大にのみ寄与していることになろう。

五　同時犯的な処理がなされた事例

両親ともに育児を放棄したことにつき、それぞれに保護責任者遺棄致死を認めたものとしては、⑥神戸地裁平一四・六・二一判決[18]（母親Xに対する判決）および⑦神戸地裁平一四・一〇・二五判決[19]（父親Yに対する判決）がある。

⑥は、Yが育児に関わろうとせず、身近な相談相手もいなかったことなどからA及びBの育児について悩んでいたXが、

Yとの間で言い争いになり、Yが同児らの面倒をみないことをなじったところ、逆にYから暴行を受けたことを契機に、いっそう家事や育児への意欲を失い、同児らに対する必要な保護を怠るようになり、Aが極度の栄養失調に陥っても漫然とその状態を継続して放置し、死亡させたという事案である（Xにつき懲役二年の実刑（求刑四年））。

⑦では、Yの弁護人は、確かに妻XはA、Bと同居していたが、YはAが死亡する四日ほど前から車内で寝泊まりするなどして自宅にほとんど寄りつかず、被害児らの健康状態の確認すらしていなかったため、Yには故意がないこと、また、Yはコンビニ等で買った出来あいの食料をXに渡していたので、必要な保護を与えていたことを主張した。これに対し裁判所は、少なくともA死亡五日前にはXやAらと過ごしていたのであるから、遅くとも同日ころからは被害児らの生命、健康に危険な状態が生じる可能性を認識していた、また、食料についても、現にXが被害児らの保護を果たしていなかった状況の下では、こうした食料が被害児らに与えられる保障はなく、その確認もしていなかったことから、必要な保護をしていたと評価することもできないとした（Yにつき懲役二年の実刑（求刑五年））。

ちなみに、⑥判決では「夫が育児に関心を示さない状況においては、被害児らの面倒を見ることのできるほぼ唯一の存在」がXであるから、Xの保護責任は最も重いものであるとされる一方、⑦判決では「妻Xが育児ノイローゼから被害児らの育児を放棄していた状況にあっては、Yこそ被害児らの面倒を見ることができるまさに唯一の存在」であるから、Yの保護責任は極めて重いとされている。排他的支配に関わるこのような認定方法は、児童虐待事案において多く見いだすことが出来る。

六　まとめ

幇助が問題になった事案については、②→③→④と進むにつれ、幇助の成立要件は引き続き広範に認定する一方、具体的に要求される作為内容のハードルは徐々に高くなっているように思われる。④名古屋高裁判決に至っては、自ら危険な男をひきいれた以上、体をはってでも阻止しなければならないと判示されているが、このような認定方向が進められる場合、作為可能性の判断が形骸化するおそれはないだろうか。[20]

そもそも、①②の事案は、「被告人が、虐待の実行行為者である同棲相手の身代わりとなり、正犯者として公訴提起さ

れた後、幇助犯に訴因変更がされたという特異な経緯を辿ったもの」だとされる。[21] この事案の被告人のような立場の者を処罰することの是非が、今一度問い返される必要があるように思われる。[22] 例外的な事案が過度に一般化したという側面があるとすれば、その後の判例の方向性に対する疑義もより強まることになろう。

他方、複数人が正犯として処理された事案については、作為＋不作為の場合は共謀共同正犯（⑤）、不作為＋不作為の場合は同時犯（⑥、⑦）ないし共同正犯（本件）として処理されていることが窺える。問題は、原則幇助犯説が、もっぱら作為＋不作為のケース（②、③、④、⑤）を念頭においたものであり、不作為＋不作為のケース（⑥、⑦）について幇助を認定する論理、つまり正犯への「格上げ」を限定する論理が不明であるという点にある。⑥⑦判決から明らかなように、排他的支配もこの点に関しては判例に対する限定となりえていないように思われる。本件もこの延長線上に位置づけられよう。原則幇助犯説の射程が及ばないだけに、共謀正犯による「格上げ」以上に、共同正犯による「格上げ」は深刻な問題を孕むのではないだろうか。

その根底には、因果性の程度に応じて正犯と共犯を区別するという思考が、作為＋不作為の事案では（多数説である原則幇助犯説によって）承認されている一方、不作為が競合する場合には考慮の枠から外れてしまうという問題があるように思われる。このような整理が可能であれば、因果性に関する再検討はなお意義を失っていないというべきだろう。[23]

これは、不作為正犯が問題となるネグレクト事例における、不作為と死との結果との因果関係がどの程度証明されているかという点にも関わってくる。本件をはじめ、多くの場合、「遅くとも○月○日には、速やかに医療機関等に連絡し、医療等を受けさせる義務があったが、これを怠り…」といった認定がなされるが、その日時以降も、被告人は（不十分ではあっても）何らかの被害者の世話をしている場合がほとんどである。しかし、そのような事情が因果関係の認定にどのような影響を及ぼすのは、何ら明らかにされていない。[24] そればかりか、死の直前まで（不十分ながら）世話をしながらも、保護責任者遺棄致死罪ではなく殺人罪として構成されるようになっていく。そこで、次は殺意の判断を中心に、児童虐待事案の判例を概観してみたい。

（二）故意（とりわけ殺意）の認定との関係

一　傷害致死、保護責任者遺棄等が問題となった事例

児童虐待が社会問題化し、児童虐待防止法が制定された翌年、判例タイムズ一〇七二号では児童虐待に関する刑事裁判例がまとめて紹介されている。そこでは、母親、養父及び母親の友人が当時六歳の女児に対し、約六時間もの間、金属製のモップの柄などで数百回殴打し、両腕をライターの火であぶり、両手足をスチール製ラックに縛り付けるなどの暴行で死亡させた傷害致死の事案につき懲役六年（求刑八年）から四年六月（求刑七年）の刑を言い渡した⑧水戸地裁平一二・三・二三判決、養父が当時五歳の男児に対し、同児が勝手にレトルト食品を食べたことに立腹し、顔面を平手で数回殴打し、浴槽内に放り投げその頭部等を浴槽内壁面等に打ち付け、全裸にしてその肩付近まで水を溜めるなどの暴行を加え死亡させた傷害致死の事案につき懲役六年（求刑通り）の刑を言い渡した⑨水戸地裁土浦支部平一二・二・一八判決、母親が、いまだ寝返りもできない乳児を放置し、浮気相手とホテルに泊まるため外泊したことで乳児が窒息死した保護責任者遺棄致死の事案につき、懲役三年（求刑四年）の実刑判決を言い渡した⑩千葉地裁平一二・二・四判決などが紹介されている。

そこでは、身体的虐待やネグレクトが、殺人罪ではなく、あくまで傷害致死、保護責任者遺棄致死として処理されていることがわかる。

ちなみに解説記事では「いずれも大きく報道されるなど、社会に衝撃を与えた事件の判決であり、⑧事件及び⑨事件は、傷害致死事件としては重い量刑に属すると考えられ、また、⑩事件は生後間もない乳幼児に対する保護責任者遺棄致死であり、この種事例としては厳しい量刑といえよう。いずれも裁判所の児童虐待に対する厳しい態度を見て取ることができ、後を絶たない同種事例の量刑を考えるにあたって参考になると思われるので紹介する次第である」とコメントが付されており、[25]当時としては決して軽い量刑ではなかったことが窺える。

二　未必的殺意が認定された事例

しかしながら、その後、児童虐待事案を殺人罪として構成するものも散見されるようになる。[26]

母親である被告人が同居男性Yと共謀のうえ、実子Aをビニール袋に入れるなどして窒息死させた事案に関する上記③広島地裁判決は、不作為による殺人の共同正犯という検察官

の起訴事実に対して、殺意を否定し傷害致死の共同正犯を認めた。即ち、検察官は、Yが長期にわたって強度の虐待を加えた結果、Aは本件当時相当衰弱していたこと、犯行当日、Aに暴行を加えたうえビニール袋に密閉するという危険な行為を行ったこと、Aの助けを求める声がいびき音（死の直前に舌根沈下が起こり、そのため気道が閉塞されていびき音が生じた）に変わった後も両名ともAを助けようとしなかったことなどを根拠に、Aを密閉状態に置いて放置した時点で両名に殺意が生じたと主張したが、これに対し地裁は、上記の前提事実を概ね認め、両名において引き続き虐待を繰り返していればいずれAが死に至るであろうとの認識を有していたとし、従前から繰り返されていた虐待の目的はAに恐怖と苦痛を与えることであってAの死を認容して行われたものではなく、本件もそれらの虐待の延長上の行為であること、両名とも密封後Aの近くにいてその様子をうかがっていたこと、いびき音が途絶えるや慌ててバッグ内からAを出して真摯な救命措置を講じていること、医学的に素人である両名において、いびき音が生命の切迫した危機を示す兆候であると認識していなかったとしてもやむを得ない面があることなどから、傷害致死罪にとどまるとした（懲役八年、分離公判されていたYは懲役一五年）。

これに対し検察官が控訴、それをうけた⑪広島高裁平一七・四・一九判決[27]は、原審を破棄自判し、窒息死させた行為につき傷害致死ではなく殺人の共同正犯を認定した。

高裁は、それまでもAに対する虐待が繰り返されており、その結果Aが衰弱状態に陥っていたことを熟知しながら、Aをビニール袋等で密閉し放置したことや、Aの死亡を確認した後も直ちに遺体を山中に遺棄するための準備行動に及んでいることを総合すると、被告人及びYには少なくとも未必の故意があったというべきであるとした。そして、原判決に対しては、被告人らが密閉後もAの近くにいたのは、救助するためではなく苦しむ様子を楽しむためであった、医学的知識のない一般人であっても、密閉状態で放置することが死の結果を招来する蓋然性が極めて高いと判断することは容易であった、バッグから出した後、人工呼吸等を講じているが、他方では発覚をおそれ救急車の派遣を要請するなどはしていないため、真摯な救命措置を講じたともいえず、とっさに人工呼吸をすることは未必の故意の存在と何ら矛盾しないなどとして、原判決の論拠は、未必の殺意を否定するものとはいえないとした。（懲役一二年。Yについてもほぼ同様の認定がな

され、広島高裁平一七・三・一七判決で破棄差戻、後上告棄却。[28]）

ネグレクトに関しては、育児ストレスから家出中の被告人が、ホストクラブでの遊興に熱中して、生後五カ月のAに対して、飲食物を与えるなどの育児を放棄し、同児を衰弱死させ、同児の死体を放置して遺棄した事案で、「被告人は、……同児が次第に痩せ細っていき、その体重が相当軽くなっていたことを認識していたものであるから、……同児の生命に危険が切迫しており、このまま放置すれば餓死するであろうことは、充分予見していたと認められ、従って、それ以降も被害児に飲食物を与えなかった被告人が、未必の故意を有していたことは優に推認できる」とした⑫大阪地裁平一八・三・二八判決[29]がある。

この事案では、検察官は確定的殺意を主張したようであるが、地裁は、「被告人の行為は、飲食物を与えないという不作為であって、絞殺し、あるいは溺死させるといった作為による殺人に比べ、死の結果が生じるかは不確実であり、その実効行為性及び犯意については慎重な吟味を要する」とし、被告人の誘導され易い性格等を踏まえ捜査段階の調書の信用性を否定し、未必の故意にとどまるとした。他方、弁護人は、Aが死亡する数時間前、被告人がAの顔色が青白く、唇が紫に変色しているのを見て驚き、慌てて、Aに授乳させた点を捉え、この行為から被告人に殺意がなかったと主張した。しかし地裁は、「授乳によって被害児の顔色も変らなかったというのであるから、上記授乳によっても、被害児の生命の危険には何ら変化がなく、被告人は、放置すれば同児が死に至る危険が続いていたことを認識しつつ、それ以上の救命措置を採ることなく放置したと認められる」ため、未必の故意を有していたことは否定できないとした。

量刑については、被告人の過去の精神科の受診歴、育児ノイローゼ及び従前の薬物使用の影響による心神耗弱という弁護人の主張に対して、「ホストクラブに通うことにより、ある程度ストレスを発散させていたと認められるのであって、育児のストレスによりうつ病等の病的な精神状態にあったとは到底認められない」などとして退ける一方、検察官の求刑懲役八年に対しては、「幼少期に両親が離婚し、自身も母親の愛情を満足に受けられないなど、恵まれない家庭環境に育った上、被害児についても、望まない妊娠、出産であったため、充分な心構えができないまま母親になってしまったことに加え、育児への夫の協力も十分得られなかったなど、被告人の

生い立ちや本件の背景にはいささか同情の余地もある」などとし、酌量減軽のうえ懲役三年、保護観察付執行猶予五年を言い渡している。温情的な判決と映らなくもないが、上記⑩判決等と比較してみれば、むしろ本来保護責任者遺棄致死に相当するものが、殺人として起訴、認定されていると評価する余地も十分あるように思われる。

ちなみに、未成年者であった被告人が、当時四歳の甥を両手で逆さ吊りにして、その頭部を床に打ち付けて死亡させた行為につき、殺意を認めるには疑問が残るとして傷害致死を認定した事例（⑬大阪地裁平一七・二・四判決）[30]もあり、解説記事では「殺意（未必的殺意）の有無に関する限界事例として実務上参考になると思われるので、紹介する次第である」とされている。[31]しかし、地裁の殺意に関する認定をみてみると、被告人が未成年者であったという点が重視されているように思われる。即ち、「人間は頭が一番弱く、急所だと知っていたので、頭をたたきつけて殺してやろうと思いました」といった警察官調書の内容については、被告人は未熟であり「自己の心情などを語る能力に乏しく、他人の誘導に乗り易い性格であることは否定しがたい」として信用性がないと判断し、「被告人が乳幼児に接する機会は少なかったといえ、被告人は、乳幼児の頭が成人以上に弱いものであり、慎重に扱うべきものであることを実感してはいなかったと思われる。さらに被告人自身、本件犯行時いまだ一八歳の未成年者であり、上記のような頭部への打撃についての危険性に対する認識がやや薄かったということも十分に考えられる」として殺意が否定されている。

この認定それ自体に異論はないが、そこでは判断の要素として未成年者の特殊性が考慮されており、必ずしも児童虐待事案一般における限界事例と評することはできないであろう。

三　確定的殺意が認定された事例

幼児Bをこたつの天板に叩きつけた被告人と、それを制止しなかった父親Yとの間に共謀共同正犯を認めた上記⑤大阪高裁判決では、殺意の認定も問題とされた。即ち、原審の大阪地裁判決では、被告人のBに対する身体的虐待による殺害（第一犯行）およびAに対するネグレクトによる殺害（第二犯行）につき、いずれも未必的殺意の限度で殺意を認め、懲役一三年の刑を言い渡したが、これに対し、検察官は、いずれの犯行も確定的故意で行われたものであり、また第二犯行はBの単独犯行ではなくYとの共謀共同正犯であるとし、弁

護人は、被告人は第一犯行については殺意がなく、保護責任者遺棄致死を適用すべき事案であるとしてそれぞれ控訴した。共謀の認定については前述したので、ここでは殺意に限定してとりあげる。

高裁の認定によれば、第一犯行までの経緯は次のようなものである。被告人は、発育の遅れを見せ始めていたA及び生まれたばかりのCの世話に追われていたのに、Yは麻雀に夢中になるなど育児に協力しようとせず、その給料も生活に十分ではなく借金もあったことなどから、ストレスがたまり、Aに対してしばしば殴打するなどの暴行を加え、さらに、社宅の主婦などから「Aが小さい。」「歩かせる練習をさせているの。」などと言われショックを受け、そういわれるのはAのせいだと立腹し、ますます暴行を振るうようになった。実家にAを連れていった際も成長が遅いことを厳しく注意され、被告人はこのことをいたく気にしたので、医師からも注意されることを嫌い、診察を受けさせることもしなかった。このような中で、被告人とYは、Aを次第に鬱陶しいと思うようになっていった。その後、平成七年一〇月末ころ、被告人らが家族で食事をしていた際、Aの食事が遅いことに立腹したYが、被告人に対して「食わん奴には、もう飯を食わすな。」などと言った。被告人が「そんなんしたら、A死んでしまうで。」などと答えたので、「お前も、Aが死んだらええと思ってるんちゃうんか。」「Aさえおらんかったらええねん。死んだらええねん。」などといった。これに対し被告人は、「そんなことしたら警察に捕まるやん、本当に大丈夫。」「メシ食わさんかったら、二、三か月で自然に死ぬ。殺人事件だといって警察につかまっても、証拠が残らないから大丈夫や。」「お前も、Aが死んでくれたほうがいいんとちゃう。」「ほんまどうなんや。お前もそう思ってんやろ。」と言うと、被告人も、ついに「そらぁ、死んで欲しくないと言うたら嘘やけど。」と言い、最後には、はっきりと「Aには死んで欲しい。」ということを口に出した。そこで、以降はAに対しわずかに菓子類やジュースを与えるだけになり、正規の食事を与えず、Aはさらにやせ衰えていった。そのため、被告人とYは、Aが餓死した場合、拒食症で死亡したことにすることに決め、近隣住民にAの衰弱を気付かれないよう、嘘を言って取り繕っていた。平成八年一月四日、被告人は、Aが全く動かず、心音もかすかになっていることに気づいたので、Yの帰宅を待ち、Aを市内の救急医療休日診療所に搬送したが、医師によりAの死亡が確認された。

高裁は以上の経緯から、平成七年一〇月末以降、共謀の上、Aに対する確定的な殺意をもって、同児の生存に必要な食事を与えずに、同児を栄養不良の状態に陥れて殺害したと認めるのが相当であるとした。そして、原審が未必的故意に留まると認定した理由と思われる、被告人の「もういいやと思ったり、ちゃんとしなくちゃと思ったり、その日によって気持ちはかなり揺れていた」旨の供述や、一〇月末以降もAに菓子やジュースを与え、一応の身の回りの世話はしていたという原審の説示については、一時的にためらいの気持ちを抱いたことがあったとしても、全体的な法的評価を加えると、確定的殺意に該当するとみるのが相当であるとし、更に、「特に、本件のような長期間を要する不作為による態様の殺人の場合には、不作為者の殺意の強さについて、その間に動揺がみられることは、経験則上十分考えられるところであるが、このような場合、その実行期間の全体における不作為者の犯意を総合的に考察して、その殺意の程度について法的評価を加えるのが相当であり、不作為者が殺人に関して一時的に逡巡する場合があったとしても、それが直ちに全体の法的評価として、未必の殺意による犯行になるとは考えられない」とし、被告人が十月末以降もAの身の回りの世話をしていたことについて、「被告人らの本件犯行を周囲の者から隠蔽するための手段の一つであったと推認することも可能である」とした。

また、Bをこたつの天板に叩きつけた第二犯行についても、本件犯行に至る経緯や動機、犯行態様、本件犯行前後の被告人の言動や行動状況等を総合して吟味すれば、「被告人の殺意に関する各供述のうち、確定的殺意を認めた供述の方が、本件の事実関係によく符合しており、明らかに真実を述べたものであると認められる」としている。

以上から、高裁は原審の懲役一三年の有罪判決を破棄自判し、懲役一五年を言い渡した。ちなみに、夫であるYについては、母親との量刑の均衡から、大阪高裁平一三・九・二一判決で懲役一五年（原審一八年）の刑が言い渡され、確定している。

最後に、比較的近時の判例としては、被告人が、自身の交際の邪魔となる当時三歳の長男Aと一歳三カ月のBの存在を疎ましく思うとともにその世話を厭う気持ちが募り、AとBを施錠した自宅に置き去りにしたまま一カ月以上放置し、Aを遺棄するとともに、Bを飢餓で殺害したうえ、その死体を遺棄した事案に対する⑭札幌地裁室蘭支部平一九・一二・一

七判決[32]がある。

地裁の認定によれば、離婚後A及びBと三人で生活することになった被告人は、スナックで深夜まで働くことになった。当初は留守の間、被告人の実母にA及びBの世話を任せていたが、実母から生活態度について注意されたことが原因で喧嘩し、世話を断った。よってその後は被告人が深夜まで働き、明け方に帰宅して寝ようとするところ、子供らが起きだして、その世話をせざるを得ないことで、次第に同人らの世話をしなければならないことに煩わしさを感じるようになった。さらに被告人は、異性関係が上手くいかず、精神的にひどく落ち込むに至ったが、「Aは、この悲しみに沈む被告人の様子を幼いなりに心配して被告人に話しかけ、また、Bは、被告人にかまってもらいたくてその足元にすり寄ってきたが、被告人は、このような子供らの健気な態度をむしろ疎ましく思い、これ以上世話をしたくない、邪魔だ、二人とも死んでしまえ、などと考えた。」もっとも、被告人は、「生活保護の関係で知っていたa市役所保健福祉部保護課の担当者に電話をし、子供を預けたいなどと相談したところ、児童家庭課に相談するように言われ、児童相談員と話し合った結果、平成一八年一一月六日に市役所に相談に行くことになった。ところが、被告人は、上記のような市役所の対応にも不満を覚え、市役所は当てにならない、他に頼れる人もないなどと考え、もはやA及びBを自ら殺害するしかないと思い定めた。そのうえで、被告人は、子供らが苦しむ顔等を見ると殺害を躊躇してしまうため、首を絞めたり包丁で刺すなどして直接A及びBを殺害することはできないが、自宅には食料がほとんど残っていないことから、自宅の鍵をかけて同人らを放置すれば、その苦しむ姿を見ることなく同人らを餓死させることができると考えるに至った」とされる。

以上から地裁はBについて不作為の殺人とし、Aについても「保護責任者遺棄罪に該当するが、被告人の主観面のみを見れば、Aをも死に至らしめる意図があったことは証拠上明らかである」から被告人の刑事責任は極めて重いとして、懲役一五年（求刑二〇年）の刑を言い渡した。

四　まとめ

以上みてきたように、九〇年代当初は、身体的虐待は傷害致死、ネグレクトは保護責任者遺棄として構成されていたが、⑤判決で確定的殺意による殺人が認定されて後は、直接の行為者が未成年者である場合（④、⑬）をのぞき、作為、不作

為を問わず殺人で起訴、有罪とされる事案が多くなっていることが窺える。その結果、事案としてはある程度類似しているように思われる平成一二年の⑩判決と平成一九年の⑭判決では、懲役三年と一五年という開きが生じている。マスメディア等の影響からか、より重い殺人罪として構成する検察官の強気の起訴と、それに伴う量刑相場の顕著な上昇が推測できよう。[33]

児童虐待事案の多くは、例えば⑤判決で認定されているように、被告人は児童の死まで気持ちが揺れ続け、不十分ながらも何らかの世話をしている。しかし⑤判決では、そのようなことは「経験則上」認められるとしながら、「長期間を要する不作為による態様の殺人」という特殊な状況に鑑み、「その実行期間の全体における不作為者の犯意を総合的に考察」して確定的殺意が認定されている。しかし、むしろ母親が児童の殺害に躊躇することが経験則上認められるのであれば、それでもなお殺意を認定する場合、それを破るような積極的事情を詳細に認定する必要があるのではないだろうか。

以上の点は本件でも問題とし得る。例え未必の故意であれ、本件の被告人およびYに殺意があったといえるだろうか。確かに、Aに対して生存に必要な保護は与えられず、それが原因で餓死したことは明白である。しかし、YはAが死亡する当日まで、食事を（Aが衰弱して消化しきれないために僅かな量でしかなかったとはいえ）与え続けていたのであり、被告人も、（結果としてはその都度Yに説得され何もしなかったのだが）一二月の電話以降も何度かAの治療の必要性を指摘していた。これを典型的な不作為の殺人と同視することができるだろうか。殺人ではなく保護責任者遺棄を問題とすべき余地はなかったか、疑問である。

不作為の殺人と保護責任者遺棄致死との境界問題は、不真性不作為犯と罪刑法定原則との関連において従来から指摘されていたところだが、[34] この点は裁判員制度下でさらに深刻化するおそれがある。[35]

判例も認めるように、児童虐待（とりわけネグレクト）事案において、虐待親の気持ちは往々にして流動的であり、まして一貫した殺意をもって犯行に及ぶことは稀であろう。そうであるならば、結果的にはなぜ子どもの死という不幸な事態にまで至ってしまったのかを、当該家庭を取り巻く環境及び社会的支援との関係から検討することが不可欠であろう。そこで本稿では、判例研究という性質上、さしあたり判決において言及されるそれらの要因について確認しておきたい。

（三）その他、被告人を取り巻く社会環境について

一　家庭環境など

これまで紹介してきた事案では、裁判所の認定から窺えるだけでも、次のような特徴がほぼ共通して見られる。即ち、離婚、一人親家庭、不安定な就労状況、借金、親類との疎遠な関係、同棲相手においてもほぼ同様の境遇、などである。これらは判決において評価の対象となる場合でも、主として量刑において被告人の「だらしなさ」、人格の未熟性を示すものとして言及されることが多いように思われる。

一方、経済状況が被告人の酌むべき事情として比較的考慮されたものとしては、⑮広島高裁岡山支部平一六・一・二八判決[36]がある。

昭和二六年生まれの被告人は、数度の離婚を経て、平成五年ころ、平成三年に出産したAを連れて神奈川県の母子寮に入寮したが、生活に不満を抱き、Aの養育費の入金先銀行通帳を残し（通帳はその後、実母の手に渡った）出奔し、岐阜市内の風俗店に勤務するようになったが、最終的に平成一四年に岡山市内の当時七八歳のBと知り合い、一人暮らしのB宅で生活するようになった。しかし、その一ヶ月後にBが入院したことから、被告人はAと二人きりで過ごすようになったため、所持金も乏しく二人とも衰弱し、とりわけAは固形物を受け付けず蜂蜜をなめたり氷をかじったり水を飲んで過ごしていた。近隣住民から米をもらったり、民生委員の訪問を受け、Bに対する敬老の祝い品である海苔茶漬けの詰め合わせをもらったりもしたが、結局、Aは前記海苔茶漬けを湯で溶いたもの等を口にしたのを最後に餓死するに至った。被告人は自らも死んでも構わないと考え、引き続きその場に横たわったままで過ごし、Aの遺体もそのまま腐乱するに任せた。

被告人に対して懲役二年四月（求刑四年）の実刑判決を言い渡した一審判決に対する弁護人の控訴について、心神耗弱の主張は認めなかったものの、量刑不当の主張に対して、食料が少なくなった後も、当初は自分が食べることよりもAに食べさせることを優先し、そのため、次第に自らも衰弱し、生きる気力を減退させるなかで、自己の死を覚悟した結果本件に至ったもので、「本件はいわゆる虐待死とは全く異なる事案である」とし、次のように判示した。即ち、原審段階においても、被告人自身が飢餓状態に陥った結果、車いすで移動しなければならない身体になっていることなどが認められ、加えて当審における事実取り調べの結果、被告人が置いてき

た銀行通帳を手にすることは、実母等と激しい対立関係にあることなどから、極めて困難な状況にあったこと、過去に生活保護の受給申請をしようとした際、担当者から、肉親がいる以上まずは肉親を頼るようにと言われて申請できなかったこともあり、それ以来公的機関は頼りにならないという強い不信感があって、これが社会資源の利用を妨げる一因となっていたことなどが認められる。従って、「本件は、いわば種々の悪条件が重なった消極的な遺棄致死という側面が認められ、本件により生じた結果の全責任を被告人のみに帰するのはいささか酷な面がある」とし、原判決を破棄、懲役二年四月、保護観察付執行猶予四年を言い渡している。

二　社会的支援など

児童相談所等の社会的支援を受けていなかったことは、むしろ親類や児童相談所等へ幼児を預けることが容易にできたはずであった（が、しなかった）、と被告人の責任加重の論理に用いられる場合もある。

例えば、極度の貧困状況にあった上記⑮判決の原審である、⑯岡山地裁平一五・四・二三判決[37]では、被告人は、確かに経済的に困窮していたが、なんらかの方法で肉親に連絡することも可能であったこと、近隣住民に助けを求めることもできたのに敢えてこれを怠ったこと、行政機関に援助を求めることもできたのにこれを怠ったこと、救急車を呼ぶ努力すら怠っていたことなど「被告人が被害者の死亡を回避するのにさほど大きな困難があったとは言えないにもかかわらず、被告人の頑迷な性格と独特な視野の狭さから援助を求めなかったものであると認められる」とされ、さらに「今日の我が国の生活環境、豊かな経済状態、教育水準、生活保護、児童支援等の行政の生活援助体制、児童監護体制等を考えると、本件は異常な事件であり、わずか一一歳にして緩慢な死においやられた被害者の無念は察するに余りある」とされている。そこでは⑮判決とは真逆の世界が示されている。

一方、児童相談所等の支援を拒絶した事実は強調され、やはり被告人の責任加重に用いられている。

例えば、被告人が育児ノイローゼになったという上記⑥判決では、量刑理由において、「被告人は、育児を含め家庭をあまり顧みない夫から二人の子の育児を押しつけられたことに疎外感、無力感を覚え、自己の生活に嫌気がさし、自殺すら考える中で本件犯行に及んだものであるが、前述した被告人が負っている保護責任の重大さに照らすと、このような動

機・経緯を被告人のために酌むべき事情として過大に評価することはできない。むしろ、被告人は、幾度も児童相談所等から差し伸べられた支援の手を、ことごとく拒絶し、家族を含め他人に相談することなく被害児らへの不保護を続け……、その経緯は、身勝手で非情なものと言わざるを得ない」と断じられている。

また、被告人がいったんは市役所に相談した⑭判決の量刑理由では、「確かに、本件各犯行の背景として、単に被告人が年齢的に若くして母親となったことにとどまらず、子供のころからの被告人と母親との葛藤と信頼関係の欠如や、性的被害の経験によるトラウマ等をも要因とする被告人の人格的な未成熟さが影を落としていることは窺われる。しかし、前記犯行に至る経緯のとおり、被告人は、実母と喧嘩して自ら子供らの世話を断ったのであるし、行政機関の保護を受ける機会も十分あったにもかかわらず、短絡的な思考からこれを自ら放棄したものである。まして経済的困窮から本件各犯行に及んだわけではないことは証拠上明らかである。」とされている。

そのほか、聴覚障害者である被告人の身体的虐待が問題となった事案において、弁護人が、被告人がしつけとして暴行に出ることについては聴覚障害による育児情報の不足等が影響しており、同情すべき点がある旨主張したことに対し、保育園や社会福祉関係者から虐待を疑われ、姉や母親からも注意をされたのに、これを受け入れ、あるいは活かすことをしていないことなどから、育児情報の不足というよりも、被告人の性格特性が強く反映しているとし、その刑事責任は重大だとした⑰横浜地裁平一四・一・二四判決[38]もある。

三　まとめ

以上みてきたように、判例では社会的要因が主として責任加重に用いられてる傾向が看取できるように思われる。[39]これに対して、上記⑮判決を引用し、「『周囲の援助を拒み続けた身勝手な親』ではなく、さまざまな悪条件の連鎖と積み重ねが虐待に至るとしたそのメカニズムは、正鵠を射たものとして評価することができる」として、虐待親個人の責任のみを非難するのではない、「非道な親とは異なる加害者像」を描くことの重要性を説く見解もある。[40]

また、九〇年代以降、児童虐待問題は「豊かな社会の家庭病理」、「こころ」の問題として語られるようになったが、そのような心理に追い込まれる社会的、経済的状況をこそ問題

とすべきとの指摘も見逃せない。[41]

児童虐待事案を正しく評価するためには、社会的要因をこのような文脈から捉え直し、刑法解釈論上の論点でいえば、例えば期待可能性の問題等として再構築することが必要ではないだろうか。

Ⅳ．むすびにかえて

これまで身体的虐待、ネグレクトを中心に児童虐待事案に関する近時の判例動向を概観してきたが、その特徴をまとめると次の通りである。不作為による共犯の問題については、幇助犯の成立範囲拡大や、作為犯が存在しない場合の共同正犯による処理が見られるようになったが、これに対して現在の学説では必ずしも十分な対応が可能とはいえない状況にある。殺意の問題については、傷害致死、保護責任者遺棄致死ではなく殺人として構成される傾向が強まり、重罰化が懸念される。更に、被告人を取り巻く社会的要因も、多くが被告人の責任追及の範囲で言及されていることが窺える。これらは、児童虐待が社会問題化したことに対して、裁判所が一般予防効果を考慮した結果といえようか。

確かに近年、児童虐待に関する児童相談所に対する相談件数が激増し、マスメディアでもセンセーショナルな報道が行われることが少なくない。しかし、児童虐待防止における刑事法の役割、とりわけ厳罰化による予防効果の有無については、慎重に判断されねばならない。児童虐待問題の最前線に立つ児童相談所等の実務では、近年の介入型アプローチへの方向転換がもたらす矛盾、即ち相談件数の激増からバーンアウトする職員の存在や、「右手で子どもを取り上げておいて、左手で親に握手を求めるようなやり方」の矛盾が喫緊の問題とされている。[42] これに対して、厳罰化は何をもたらすのであろうか。

刑事法の領域では、そのような実務を補完するものとして刑罰に何らかの意義を付与する見解も少なくないが、[43] 他方で、児童虐待問題において「親への刑罰は、家庭を崩壊させることはあっても、親子関係を修復することはまずあり得ない」という指摘もつとになされている。[44] 厳罰化がマスメディアのセンセーショナルな報道と相俟って、潜在的なスティグマ効果を生じさせ、親の態度を硬化させることも十分考えられる。もし、刑事裁判における児童虐待事案の厳罰化、重罰化が、

児童虐待防止に補完的ではなく、むしろ逆機能にしか作用しないのであれば、そして現場の矛盾を深めることにしかならないのであれば、本稿が明らかにした現在の判例動向は即刻見直されるべきであろう。

以上の点は児童虐待防止における刑事法の役割という論点として、刑事政策的な観点も含めたより詳細な検討を必要とするが、紙幅の関係もあり、別稿に委ねる。

注

（1）日本犯罪社会学会編『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』（現代人文社、二〇〇九年）など参照。

（2）林弘正『児童虐待　その現況と刑事法的介入』（成文堂、二〇〇〇年）、同『児童虐待Ⅱ　問題解決への刑事法的アプローチ』（成文堂、二〇〇七年）、中谷瑾子「児童虐待と刑事規制の限界」『団藤重光博士古稀祝賀論文集　第三巻』（有斐閣、一九八四年）二〇九頁以下など。

（3）LEX/DB（文献番号）28115252.

（4）中川深雪「刑事判例研究」警察学論集六一巻九号（二〇〇八年）一九一頁。

（5）中川・前掲一九一頁。

（6）平川宗信『刑法各論』（有斐閣、一九九五年）七三頁。

（7）中川・前掲一八八頁。

（8）日高義博「児童虐待と不作為犯――札幌高裁平成一二年三月一六日判決を契機として――」警察学論集五三巻一二号（二〇〇〇年）六一頁以下、保条成宏「児童虐待に対する刑事処罰とその限界（一）――『不作為による幇助』の事案をめぐって――」中京法学三八巻二号（二〇〇三年）四三頁以下、曽根威彦「児童虐待と刑法理論――不作為犯における共犯を中心として――」現代刑事法六巻九号（二〇〇四年）六九頁以下、平山幹子「児童虐待と刑法理論――不作為による共犯を中心として」刑事法ジャーナル一二号（二〇〇八年）二三頁以下など。

（9）曽根、前掲七一頁以下。

（10）また、次の指摘も参照。「原則幇助説が犯罪不阻止を幇助の範疇に包摂することは、その処罰根拠を不明確にしたまま正犯に代わるより穏当で至便な『受け皿』を創出し、安易な処罰のためのいわば『免罪符』へと堕することにもなりかねないようにもおもわれる。」（保条・前掲八六頁）。

（11）LEX/DB（文献番号）28045242.

（12）判例時報一七一一号一七〇頁。

（13）判例タイムズ一一八六号三三二頁。

（14）LEX/DB（文献番号）28115095.

（15）判例タイムズ一〇八五号二九二頁。

（16）この問題については、森川恭剛「DV被害者の反撃と正当防衛」琉大法学八〇号（二〇〇八年）一頁以下も参照。

（17）西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌一二二巻四号（二〇〇五年）四三六頁。
（18）LEX/DB（文献番号）28075605.
（19）LEX/DB（文献番号）28085170.
（20）作為可能性判断には「容易さ」も考慮されるとしながら、「結局、作為義務の強さと作為の容易さとが総合されて、不作為犯成立の有無が決まる」とする見解がある（平野龍一『刑法総論Ⅰ』一五四頁以下）。従って、先行行為や排他的支配などを指摘し作為義務の強さを強調することで、「容易さ」が相対化されることになるが、例えば、交際相手との同居ないし婚姻に合意することは、その相手が暴力を振るう危険の引き受けをも意味することにはならないというべきである。
（21）村越一浩「新判例解説」研修六二四号（二〇〇〇年）二三頁。
（22）即ち、仮に、最初から実行行為者である内縁の夫が正犯として起訴されていた場合、はたして被告人は（たとえ幇助としてであれ）起訴されていたのだろうかという問題である。
（23）この点については、梅崎進哉・宗岡嗣郎『刑法学原論』（成文堂、一九九八年）一四六頁以下参照。
（24）その意味で、不作為の因果関係のリーディング・ケースとされる最決平一・一二・一四と同様の問題を有しているともいえよう。この点については、内田博文「刑法における因果関係の証明」『誤判の防止と救済　竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集』（現代人文社、一九九八年）二三九頁以下参照。
（25）判例タイムズ一〇七二号二五七頁。
（26）もちろん古くは、不作為による殺人のケースとして、養育義務者が生後二週間の幼児を貰い受けて、五カ月ほど養育したが、その間食物をろくに与えず餓死させた事案（大判大四・二・一〇）や、実父が内縁関係の女性との間の嬰児を分娩六日後に引き取ったが授乳せず餓死させた事案（大判大一五・一〇・二三）が存在する。
（27）LEX/DB（文献番号）28105296.
（28）判例タイムズ一二〇〇号二九七頁。
（29）LEX/DB（文献番号）28115220.
（30）LEX/DB（文献番号）28105210.
（31）判例タイムズ一一七六号三〇五頁。
（32）LEX/DB（文献番号）28145116.
（33）事例集積の限界から、児童虐待事案全体の量刑相場の上昇はなお「推測」に留まらざるを得ないが、ちなみに、近年の刑務所人口の増加と検察官の関係については、浜井浩一編『刑事司法統計入門』（日本評論社、二〇一〇年）五八頁以下［浜井執筆］も参照。
（34）もっとも、罪刑法定原則からの疑義を払拭するために、各則に真性不作為犯規定を創設するという対処方法も考えられよう。さらに、児童虐待問題領域では加重類型を新設すべきとの見解も確かに存在する。しかし、安易に立法化を主張する前に、虐待防止における刑事法の役割

を精査すべきことは言うまでもない。

（35）二〇〇九年の司法研究報告書『難解な法律概念と裁判員裁判』でも、「殺意」の認定について言及されている。同書の基準によるとほとんどの傷害致死が殺人既遂とされる危険があると指摘するものとして、浅田和茂「裁判員裁判と刑法」立命館法学三二七・三二八号（二〇〇九年）六頁以下。

（36）LEX/DB（文献番号）28095162.

（37）LEX/DB（文献番号）28085633.

（38）LEX/DB（文献番号）28075139.

（39）「消極的な遺棄致死」とした上記⑮判例においても、医師の治療を受けさせることは可能であったなどとして、作為義務違反は認定している。医療費を払える見込みがなくとも、作為義務は果たさねばならないということであろうか。仮に作為義務は認められるとしても、前述したように、被害者の死亡に対して、どの時点でどの程度の作為可能性が存在したか、十分な証明が必要であろう。

（40）前田忠弘「児童虐待の刑事対応」『刑事政策学の体系前野育三先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、二〇〇八年）四〇九頁。もっとも、⑮裁判所はこの事案をあくまで「悪条件が重なった」偶発的例外であり、社会システム自体の問題として焦点化していない点で問題があるようにも思われる。

（41）山野良一「児童虐待は「こころ」の問題か」上野加代子編著『児童虐待のポリティクス』（明石書店、二〇〇六年）五三頁以下。

（42）例えば、津崎哲郎／橋本和明『児童虐待はいま　連携システムの構築に向けて』（ミネルヴァ書房、二〇〇八年）など参照。もちろん、介入型アプローチによる「福祉警察」化の問題は、別途批判の対象とすべき事柄である。

（43）岩井宣子「児童虐待問題への刑事規制のあり方」ジュリスト一一八八号（二〇〇〇年）二六頁、後藤弘子「児童虐待防止法の改正とその問題点」現代刑事法六巻九号（二〇〇四年）六〇頁など。

（44）保条・前掲（四六）頁など参照。