

# 不作為による幫助を認めた事例

(大阪地判平成29年10月6日，大阪高判平成30年3月22日)

濱 田 新

## I 事案の概要

Xは、本件犯行当時、夫Y及び、XとYの子V（3歳）を含む4人の子どもと自宅で暮らしていた。Yは、本件暴行の前1週間以内に2回、Vのささいな言動に立腹し、洗面所兼脱衣場に連れて行き、その顔などを平手ではたくなどの暴行を加え、Vの頭にこぶがで、眉間が腫れるなどの怪我をさせたことがあった。計2回の暴行の際、Xは、Yが洗面所兼脱衣場から出てきた後に様子を見に行き、Yに対し「けがしてるで」などと注意していた。Xは、本件犯行当日、洗面所前の4畳半洋間で、子供4人を寝かしつけていたが、Vだけが立ち歩き寝ようとしなかったため、Yに向かって、Vを寝かしつけるよう頼んだ。Yは、いったんは寝かしつけを試みたが失敗したため、腹を立て、Vを抱きかかえて、4畳半洋間を通過して洗面所兼脱衣場に入り、その扉を閉めた上、手でVの頭部を平手で叩くなどの暴行を加え、傷害を負わせ、死亡させた。Xは、YがVを抱きかかえて洗面所兼脱衣場に向かうのを目撃しながら、Yが暴行を加えている途中、暴行を制止する十分な措置をとらなかった。

## II 裁判所の判断

(1) 大阪地判平成29年10月6日（LEX/DB 文献番号25547826）<sup>1</sup>

大阪地裁は、傷害致死罪の共謀共同正犯（主位的訴因）の成否について検

---

<sup>1</sup> 評釈として、成瀬幸典「判批」法学教室452号（2018）137頁。

討し、XがYのVに対する暴行を容認していたことから、Xには暴行の故意が認められるとしたものの、次のように、XとYとの間の意思連絡及び正犯性を否定している。

「そもそもXが依頼したのはVの寝かしつけであり、その手段として暴行を加えるというのは、Xにとって飛躍がある事態といわざるを得ない。また、現に、YはXの依頼を受け、いったんは寝かしつけを試みたというのであり、これに失敗したため、Vに対する苛立ちを抱き、本件暴行に及んだとの経緯を見ても、Yが本件暴行に及んだのは、専ら、Xからの寝かしつけの依頼を受けた後に生じたYの個人的な心理状態に依拠するところが大きいというべきである。そうすると、Xが、YのVへの暴行を受入れる心理状態にあったといっても、その程度はそれほど強いものではなく、検察官主張のような積極的なものと評価することはできないし、Xの発言や存在がYの主観に何らかの影響を与えていたとみることに疑問がある」。したがって、XとYとの間で、Vに対し暴行を加える旨の意思連絡があったとは認められず、Xの正犯性を基礎づける事情も認定できないから、傷害致死罪の共謀共同正犯は成立しないとした。

そして、傷害致死罪の幫助犯（予備的訴因）について検討し、Xは、Yの暴行を阻止する措置をとるべき義務があり、それをとることも可能で、それにより暴行を阻止できた可能性も高かったのに、そのような措置をとることなく、Yの犯行を容易にしたといえ、故意の存在も認められるから、Xには、不作為による幫助犯が成立するとした（Xがとるべきであった措置として、やめるように声をかけるのみならず、扉の前に立ってYが中に入れないようにしたり、Yに近づき洗面所兼脱衣場に行くのを止めるなどの措置をとるか、Yが中に入ってしまった後であっても、扉をノックしながら声をかけ続けたり、Yの体が邪魔になって扉が開きにくいとしても、扉を開けようと押し続けるという措置が挙げられている）。

(2) 大阪高判平成30年3月22日（裁判所ホームページ）

被告人側の控訴に対し、大阪高裁は、以下のように傷害致死幫助の成立を

認めた。

「被告人は、母親として被害児童の生命・身体を保護しなければならない立場にあった上に、被告人以外には夫の暴行を止められる者はいなかったのであるから、その要請は一層大きかったといえる。…先述のとおり、被害児童に対し、これまでと同程度の暴行が行われるであろうことも分かっていたのであるから、被告人には、夫が被害児童に暴行に及ぶことを阻止する義務があったといえる。原判決が説示するように、被告人には色々できることがあったのであり、被告人が、これらの措置をとっていれば、夫が本件暴行に及ぶことの大きな障害になったことは間違いないし、その経緯に照らせば、阻止できていた可能性が極めて高いと考えられる。被告人が、夫の行為をある程度容認し、本来とるべき、これらの措置をとらなかったことが、夫による本件暴行を容易にしたことは明らかである。原判決が、このような理由から幫助犯の成立を認めたことは正当である」。

「所論は、被告人は、夫が4畳半洋間から被害児童を抱えて洗面所に向かう際に、これを止めるために言葉を掛け、これまでよりも暴行がエスカレートしていることを察知し、制止の措置をとるなど適切に対処していたもので、夫の犯行を容易にしていない旨主張する。…仮に、所論のような措置がとられたのだとしても、原判決指摘のとおり、不十分あるいは時機を失したものとわざるを得ない。被告人には、原判決が説示するような直接的で効果的な措置をとることが求められ、これをとることが容易であったと認められる。これらの措置が講じられていれば、夫の本件犯行は、阻止もしくは相当困難になっていたと考えられるから、被告人の不作为が夫の犯行を容易にしたことは明らかである」。

### Ⅲ 検討

#### 1 はじめに

増加の一途を辿る児童虐待事件は、現在、わが国において深刻な社会問題となっている。平成29年度の、児童相談所での児童虐待相談対応件数は、

133,778件（速報値）と過去最多であり、そのうち身体的虐待に関する相談内容は、33,223件（速報値）に達する。市町村や児童相談所などに寄せられる児童虐待の通告や相談の中で、見受けられるパターンの一つが、同居の家族や親族などが、子どもの虐待を直接見ているが、独力では解決が困難で、通告や相談をするというタイプである<sup>2</sup>。家庭内で発生している虐待を目の当たりにしながらも、どのように阻止すべきか悩む者は多いということが窺われる。實際上、児童の親が、同居人などによる児童虐待現場に居合わせた<sup>3</sup>が、十分に阻止しないままにいるうちに、子どもが死傷してしまったという事案も増えつつある。

本事案（以下、堺虐待死事件とする）は、犯行に至るまでは日常的な虐待があったわけではなく、頭部を平手で叩くという比較的危険性の低い暴行によって、子どもが死亡したが、その際、十分に阻止しなかった母親につき、傷害致死罪の幫助が認められた。児童に対する暴行に居合わせた者が阻止すべきか、特に悩むものは、配偶者などによるしつけにも見える、軽度の暴行が行われた場合だと思われるが、阻止しなかった場合、刑事責任を負う可能性があるのである。

## 2 作為による共犯の検討

### (1) 共謀共同正犯の成否

作為正犯者の犯行を阻止せず放置した者については、実務上、まずは、（不作為による共同正犯・不作為による幫助の成否ではなく）共謀共同正犯の成否が検討される<sup>3</sup>。阻止しない者と作為正犯者との間の共謀が存在する場合には、作為犯として評価され得ることになるからである。堺虐待死事件でも、検察側は、遅くとも、YがVを抱きかかえて洗面所兼脱衣場に入った

---

<sup>2</sup> 厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課「子ども虐待対応の手引き」（平成25年8月改訂版）第3章1(3)通告・相談のパターン参照。

<sup>3</sup> 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（2011）44頁、本庄武＝山下幸夫「不作為による共犯」刑事弁護74号（2013）161頁。

時点で、XとY間で暴行の意思連絡がなされ、XはYを制止しないことによって犯行に大きな影響を与えたなどとして、Xには、傷害致死罪の共謀共同正犯が成立すると主張した（大阪地裁はこれを否定した）。

実行行為を共同していない共謀共同正犯の成立にあたっては、意思連絡による心理的因果性の存在が不可欠である。意思連絡には、共謀者の、意思の伝達行為が必要であり<sup>4</sup>、通常は、明示的な言動や身体的動作といった意思伝達行為を通じて、心理的因果性が認められる。しかし、身体的動作が乏しい場合であったとしても、外部的な行為によって意思を伝達し、相手に心理的影響を与えることも可能である。それゆえ、外部的な意思連絡が黙示的な形で行われた場合にも、共謀共同正犯は成立し得ると解されている<sup>5</sup>。本事案では、虐待を加えることに関する明確なやりとりは無いが、暴行を加えることについて、黙示の意思連絡を肯定できるかが問題となる。

## (2) 関連判例

虐待を加えることに関する明確なやりとりは無いが、黙示の意思連絡を認め、共謀共同正犯を肯定したと解される児童虐待関与事案として、以下の裁判例がある。

### ①こたつ投げつけ事件（大阪高判平成13年6月21日判タ1085号292頁）

妻が、以前から夫とともに虐待を加えてきた自身の子どもを、こたつの上に持ち上げて、「止めへんかったらどうなっても知らんから」と言って夫の様子を窺ったところ、夫は顔だけを向けて目を合わせた後、すぐ、黙ったまま顔を反対側に背けたことから、妻が子どもをこたつに叩きつけて殺害したという事案である。

大阪高裁は、妻と夫との間に、子を殺害することについての共謀が認められるか否かにつき検討する際、夫が妻の発言の意味するところも知悉し、し

<sup>4</sup> 林幹人「共謀共同正犯と『謀議』」判時1886号（2005）5頁参照。

<sup>5</sup> 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究84巻9号（2011）90頁。なお、明示的な意思の連絡がない事案において、危険運転致死傷罪の共同正犯を認めた近時の判例として、最決平成30年10月23日（裁判所ホームページ）。

かも、妻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も熟知しながら、子に死んで欲しいという気持ちから、妻といったん合った目を逸らし、あえて制止しないという行動に出ることによって、子どもをこたつ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、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た。

本判決は、夫婦で虐待を続けてきたなどの経緯に加え、言葉による相談を経た共謀ではなく、妻の発言に背を向けて、その行動を制止しなかったという夫の不作為的態度を主たる根拠として、夫婦間での共謀の成立を認めたものとして注目されている<sup>6</sup>。

## ②広島長男虐待死事件（広島地判平成16年4月7日裁判所ホームページ）

被害児童の母親は、同棲中の男性が、ビニール袋の中に子どもを閉じこめて密封状態にしている様子を間近で見ながら制止せず、助けを求める子どもの叫びに対しても、男性の指示どおり部屋にいないかのごとく振る舞い、子どもが窒息死したという事案である。「静かにしとけよ」と言う男性の指示どおり、声を出さないようにして、被害児童を入れたバックの傍に寝ころび、部屋にいないかのごとく振る舞った児童の母親につき、傷害致死の共同正犯が成立するかが問題となった。

広島地裁は、共謀を肯定する際、児童の母親が男性の指示どおり部屋にいないかのごとく振る舞って、子どもに死の恐怖を味わわせることに協力したという点に着目している。広島地裁は、被告人が男性の指示どおりに部屋にいないかのごとく振る舞うという態度を、作為と捉えて、共謀の成立を認めたものと解される<sup>7</sup>。

## (3) 黙示の意思連絡について

堺虐待死事件では、Xは、Yに被害児童の寝かしつけを依頼する趣旨の発言をし、その後、Vを抱きかかえて洗面所兼脱衣場に向かうYを制止しな

---

<sup>6</sup> 判タ1085号293頁〔匿名コメント〕。

<sup>7</sup> なお、控訴審では、殺人の共同正犯の成立が認められた（広島高判平成17年4月19日高刑速（平17）号312頁）。

かった。意思を伝達し得る外部的な行為としては、Xの「発言」や、その後のXの「態度」が考えられる。そこで、Xの発言や、その後のXの態度を通じて黙示の意思連絡が認められるかが問題となると解される。

なお、大阪地裁は、Xの「発言」に加え、Xの「存在」から発生する心理的因果性の有無についても指摘している。しかし、共犯の因果性というものは、「存在」ではなく、意思の伝達をも含めた「行為」によって発せられたものでなければならぬと解される<sup>8</sup>。存在そのものというよりも、犯行を阻止しない被告人の態度が、意思の伝達行為といえ、暴行の意思連絡を基礎づけるかどうかが重要である。

#### (i) Xの発言

堺虐待死事件では、Xの寝かしつけを依頼する発言により、Yは寝かしつけを試み、Vに対する苛立ちを抱き、暴行に及んでいる。本事案のように、Xの発言自体が、暴行に関するやりとりではない場合、意思連絡の成否を判断する際には、当該発言（寝かしつけの依頼）が、通常意味するところ以上の内容（暴行を加えることの指示や容認）を伝達するものであるか否かを検討することとなろう。もし、家庭内において、それまでの経緯などから共有されていた「暗黙のルール」があれば<sup>9</sup>、当該発言は、言葉通り以上の内容を有する可能性がある。

例えば、これまで、子どもが寝なかった場合には頻繁に暴行が加えられていたが、もう一方の親もそれを助長・容認する言動をとっていたなどの事情があった場合には、「児童が寝なければせっかんをする」ということについて相互に了解関係があったと考えられる。そのような共通の理解が存在するならば、Xの発言（寝かしつけの依頼）が暗に意味するところは、もし子どもが寝なければ、せっかんすることを指示する趣旨や容認する趣旨と解され

<sup>8</sup> 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義」三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂・2007）544頁。

<sup>9</sup> 暴力団組織内に関するものであるが、暗黙のルールの存在から、黙示の意思連絡を肯定し得ることについては、朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雑誌53巻2号（2014）192頁。

る余地がある<sup>10</sup>。被告人の発言が、暗に、寝かしつけに失敗すれば暴行を加える旨の指示や容認をも含んでおり、そのような暗黙の意思伝達がYに受け取られ、強い心理的影響を与えたのであれば、Xには、共謀共同正犯が成立し得るといえよう。

しかし、本事案では、Xが過去に寝かしつけを依頼した際に、Yが被害児童に対し暴行を加えたという事情は見受けられず、また、過去2回のYによる暴行の際（Yが被害児童の言動に腹を立てたことがきっかけである）、Xは、その都度Yに注意をしていたという経緯が存在する。これらの経緯からすれば、Xによる寝かしつけの依頼の発言は、暴行を加えることの指示や容認の意思を伝達するものと解することは困難であると思われる。大阪地裁は、寝かしつけを依頼したXにとって暴行を加えるというのは「飛躍がある事態といわざるを得ない」と指摘しており、当該発言自体は、寝かしつけの依頼を超えるものではないことを示しているように思われる。

#### (ii) Xの態度

寝かしつけの依頼に基づいた意思連絡は肯定し得ないとしても、YがVを抱きかかえて洗面所兼脱衣場に入った時点でのXの態度から、暴行の意思連絡が認められるかどうかの問題となる。

言動を伴わない、黙示的かつ不作為的態度であっても、意思連絡は形成され、因果性が生じ得る（例えば親分が子分から殺害の可否を尋ねられ、親分が黙っていたために、子分に殺害の意思が生じ、殺害を実行した場合には、作為による共謀を認めてよいと解される<sup>11</sup>）。ただし、態度が、意思の伝達行為であることの判断は、しばしば困難を伴う。関与に至る経緯、周囲の状況などから慎重に検討する必要がある。

虐待を阻止しなかった事案に即していえば、これまで頻繁に虐待が行わ

---

<sup>10</sup> スワット事件（最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁）に関し、松原・前掲注(8)547頁は、「組長たる被告人が秘書見習いに対して『上京する』と告げることが、両者にとって『けん銃を用意して警護せよ』という意味で了解されるものであれば、この指示をもって組員のけん銃所持に対する作為の行為寄与と見ることができる」と指摘する。

<sup>11</sup> 林幹人「黙示的・不作為の共謀」研修748号（2010）10頁。



れ、その際、関与者自身も虐待を助長・容認する言動をとっていたなどの事情が存在する場合（前述の広島長男虐待死事件）や、実行犯が事前に犯行の可否を問うなどの事情がある場合（前述のこたつ投げつけ事件）には、犯行を阻止しない関与者の態度は、暴行を加えることの容認の表明と解され、意思連絡を形成し得る。

もっとも、Yが、本件暴行と同程度の暴行（頭部を平手で叩く）を被害者に加えるようになったのは、本件以前に2回にとどまることから、日常的に虐待があったともいえず、XがYの暴行に積極的に関与した事情も見受けられない<sup>12</sup>。また、YからXに対し、その意思を確認するような行動もない。このような経緯からすれば、YがVを抱きかかえて洗面所兼脱衣場に入るYを制止しないというXの態度は、暴行を加えることの容認の「意思を伝達するもの」ということは困難であると思われる。Xが、Yの暴行の意思を認識し、X自身、内心暴行を加えることを容認していたとしても、それだけでは、共謀があったと認めることはできない。

通常、意思連絡と故意とは、実際には相伴っている場合がほとんどであるが<sup>13</sup>、本事案では、暴行の故意を肯定しながら、意思の連絡が否定されている。本事案において意思を伝達し得る外部的な行為としては、Xの発言や、その後の態度が挙げられるが、いずれについても意思の伝達行為といえない。たとえ、犯行を容認する意思であったとしても、その意思が外部に表明されているといえなければ、意思連絡による心理的因果性を肯定することは不可能である。意思連絡の存在を認めず、共謀共同正犯の成立を否定した大阪地裁判決は、妥当なものと評価できる。

---

<sup>12</sup> 大阪地裁は、Yの量刑判断に際して、「Yが、被害者に加えた暴行自体は、単発ではないものの、頭部を平手で叩くという比較的危険性の低いものであったことは否定できない。そして、Yが本件暴行と同程度の暴行を被害者に加えるようになったのは…本件暴行の1週間前頃からであると認められ、本件暴行が3回目の暴行であったことからすると、日常的な虐待があったともいえない。そうすると、本件は、児童虐待事案の中では悪質なものではない」と指摘する。

<sup>13</sup> 朝山・前掲注(9)189頁。

### 3 不作為による共犯の検討

#### (1) 不作為による幫助の成否

児童虐待を阻止しなかったXに対し、作為による共犯が成立する余地がないとすれば<sup>14</sup>、犯罪を阻止しなかったことにより不作為犯が成立するか、検討されることになる。

作為正犯者の犯行を阻止せず放置した場合、不作為による正犯、不作為による共犯（共同正犯あるいは幫助）のいずれが問題となるのかという点について、見解の対立がある<sup>15</sup>。実務上、不作為による幫助が問題とされてきた場合が多いが、作為犯と不作為犯との共同意思の連絡が認められる事例において、共同正犯が肯定された例も見受けられる。例えば、交際相手の「顔は殴らない」という言葉に対して、児童の母親が了解し、交際相手による児童虐待を阻止しなかった事例（東京高判平成20年6月11日判タ1291号306頁）について、児童虐待を行った交際相手と、それを阻止しなかった児童の母親との共謀を認め、共同正犯の成立が肯定された<sup>16</sup>。

ただ、堺虐待死事件については、東京高裁平成20年判決と異なり、意思連絡が存在しないため、不作為による共同正犯を問題とする余地はなく、不作為による幫助犯の成否が問題となる。不作為による幫助は、一般に、正犯の犯罪を防止すべき作為義務のある者が、この義務に違反して犯罪の防止を怠ったときに成立するとされている<sup>17</sup>。すなわち、保障人に義務づけられる措置の不履行（幫助行為）が認められ、その措置を行わないことによって犯行を容易にし（因果関係）、これら客観的要件を認識しているのであれば（故意）、幫助犯が成立することになる。堺虐待死事件の大阪地裁・高裁も、

---

<sup>14</sup> なお、精神的幫助犯の成立には意思連絡が必要であるとする立場によれば、作為による幫助犯も問題にならない。

<sup>15</sup> 齊藤彰子「作為正犯者による犯罪実現過程への不作為による関与について」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究8号』（成文堂・2015）37頁。

<sup>16</sup> 交際相手の「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」と判示する。

<sup>17</sup> 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）554頁。

このような幫助の成立要件についての理解を前提としていると思われる。

不作為による幫助に関する裁判例は、これまで、必ずしも多いわけではなかったが、近年、児童の親が、配偶者や同居人などの児童虐待を阻止しなかった事案において、不作為による幫助が問題とされる例が増加している。

## (2) 関連判例

児童の親が、配偶者や同居人などの児童虐待を阻止しなかった事案で、児童の親に不作為による幫助が認められた裁判例として、例えば、以下のものがある（いずれも、被害児童の母親が被告人である）<sup>18</sup>。

### ① 釧路虐待死事件（札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁）<sup>19</sup>

被告人と同居の男性が、被告人の子ども（3歳）に対し、寝室で暴行を加えはじめた際、被告人は、また、いつものせっかんが始まったと思ったものの、依然として台所で米をとぎ続け、男性の行動には無関心を装っていたが、今までにない子どもの悲鳴を聞き、慌てて寝室に行ったところ、既に被害児童は身動きしない状態となっており、その後死亡した。被告人に対し、傷害致死幫助の成立が認められた。

### ② 広島長女虐待死事件（広島地判平成16年4月7日裁判所ホームページ）

被告人と同居していた男性が、被告人の子ども（4歳）の言動に激怒して、顔面や腹部を殴打するなどの暴行を始めた。被告人は、暴行を黙って見ていたが、子どもの泣き声が止まってうめき声になると、「もう止めて」と言った。男性はさらに子どもの腹部を複数回殴ったが、被告人が、「もう止めて。死んでしまう」と言ったところ、男性は殴るのをやめた。その後、同居男性と被告人は就寝し、目を覚ましてから、被害児童が死亡しているこ

---

<sup>18</sup> 他に、同棲相手の児童虐待を止めなかった児童の母親に対し、傷害致死の幫助が認められた事例（鳥取地判平成13年3月23日朝日新聞2001年3月24日）、夫の児童虐待を止めなかった児童の母親に対し、殺人の幫助が認められた事例（仙台地判平成17年9月6日朝日新聞2005年9月7日）など。

<sup>19</sup> なお、幫助犯の成立を否定した一審（釧路地判平成11年2月12日判時1675号148頁）については、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頁以下参照。

とに気付いた。被告人に対して、傷害致死幫助の成立が認められた。

③名古屋虐待死事件（名古屋高判平成17年11月7日裁判所ホームページ）

被告人の交際相手の男子高校生が、被告人の子ども（4歳）の態度が面白くないとして激高し、身体を蹴りつけるなどの暴行を始めた。隣室にいた被告人は二人のそばにより、「やめてよ」などと言いながら、交際相手の左肘あたりをつかんで制止したが、振り払われ、被告人は交際相手に肩を手拳で殴打されてその場に倒れ込んだ。その後も男子高校生は被害児童に暴行を加えるなどし、被害児童が死亡した。被告人に対し、傷害致死幫助の成立が認められた。

④横浜虐待事件（横浜地判平成23年9月22日<sup>20</sup>）

被告人の交際相手の男性は、被告人と同居するようになった後、被告人の前夫との間の子ども（3歳）を暴行するようになり、その暴力はしだいに激しくなっていった。犯行時、交際相手が、被害児童の腕をかむなどの暴行を加えたところ、被告人は、「やめて」と言ったが、結局聞き入れられず、交際相手が、被害児童に馬乗りになり、何度もビンタをしたところ、指が被害児童の目に入り、被告人は「目が見えなくなるからやめて」と言う、男性はビンタをやめた。その後被告人は、子らに家を出るから支度しようなどと言った。これをきっかけに、被告人の交際相手が被害児童と話し、被害児童が謝ったことから、暴行をやめたが、被害児童は、暴行により傷害を負った。被告人には、傷害幫助の成立が認められた。

以上のような、児童虐待の親が、同居人などによる児童虐待に居合わせた事例において、児童の親達は、様子を見に行くなど、子どもを気にかけて行動をとっている。そして、言葉で制止する、腕をつかむといったように、阻止を試みるものも見受けられる。一定の阻止行為が存在する場合、児童の親は、作為義務を果たしているかのようにも見える。堺虐待死事件の弁護士側も、「Xは洗面所兼脱衣場にいるYの右肘をつかむという制止行為を行って

---

<sup>20</sup> 公刊物未登載。事案の概要と判決要旨については、拙稿「不作為による幫助の処罰範囲の限定について」信州大学経法論集2号（2017）145頁以下。

おり、Xは作為義務を十分に果たしている」と主張した。しかし、たとえ、一定程度阻止行為を行っていたとしても、保障人に義務づけられる措置の不履行が認められるのであれば、不作為による幫助犯が成立し得ることになる。

### (3) 保障人に義務づけられる措置の不履行

そこで、保障人に義務づけられる措置の不履行が認められるのかどうか、検討することになる。そもそも現場に居合わせた親が保障人といえる必要があるが、家庭内で行われることの多い児童虐待に関して言えば、現場に居合わせた親が保障人の地位にあるということは、通常、認めやすいと思われる。なぜなら、居合わせた者が、親として子を保護すべき立場にあるということに加え、その者以外に虐待を止めることができる者がいない場合が多いからである。堺虐待死事件においても、地裁・高裁ともに、Xが実母であり、Vを監護・保護する立場の者であったことに加え、犯行現場である自宅には、XYVの他には、幼い子ども達しかいなかったことなどを指摘している。

Xにおいて、義務づけられている措置の不履行があったかを判断するためには、保障人に義務づけられている措置が何か、明らかにする必要がある。幫助者に、正犯の場合以上の負担を課すことは妥当ではないという考慮を働かせるとすれば<sup>21</sup>、正犯と同様の作為義務の内容が課されることになろう。裁判例の中には、作為義務の内容として、正犯の犯行を確実に阻止し得た行為を想定するものもあるが（前述の釧路虐待死事件の釧路地裁判決）、多くの裁判例は、作為義務の内容をそのように高度のものに限定しておらず、犯罪の実現を防止することが可能な行為、あるいは、犯罪の実現を困難にすることが可能な行為を作為義務の内容としている<sup>22</sup>。堺虐待死事件の大阪地

<sup>21</sup> 中森喜彦「傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例」現代刑事法 3巻9号（2001）97頁。

<sup>22</sup> 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。なお、広島地判平成16年4月7日（裁判所ホームページ）は、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される。

裁・高裁も、正犯の犯行を確実に阻止し得た行為のみを義務づけるものではなく、これまでの裁判例の流れに沿うものといえる。

これまで、児童虐待不阻止事案における具体的な作為義務の内容として、①監視や言葉による制止，実力による阻止（釧路虐待死事件），②暴行から子をかばったり，暴行の支障となるような措置（広島長女虐待死事件），③不断に警戒し，機先を制して正犯の体を抑制する，被害児童の体に覆いかぶさる（名古屋虐待死事件），④暴行を行わないよう説得する，正犯から被害児童を引き離す，被害児童を連れて避難する措置（横浜虐待事件）などが挙げられてきた。

裁判例の中には、関与者自ら体を張って阻止することが必要とされているものもある（①釧路虐待死事件，③名古屋虐待死事件など）が<sup>23</sup>，作為正犯者と不作為者との関係性や児童虐待の程度が影響しているように思われる。関与者自ら体を張って阻止することが必要とされている事案では、そもそも児童虐待の程度が激しく、また、阻止すべき者に対しても、日常的にDVが加えられているという事情があった。そのような場合には、正犯者の心理面に働きかけたとしても、十分な効果がないことから、関与者自ら体を張って阻止する行為も、具体的な作為義務の内容として挙げられているのではないかと思われる。

堺虐待死事件の大阪地裁は、Xがとるべきであった措置として、やめるように声をかけるのみならず、扉の前に立ってYが中に入れないようにしたり、Yに近づき洗面所兼脱衣場に行くのを止めるなどの措置をとるか、Yが中に入ってしまった後であっても、扉をノックしながら声をかけ続けたり、Yの体が邪魔になって扉が開きにくいとしても、扉を開けようと押し続けるという措置を挙げている。これらの措置は、もっぱら、Yに対する心理面に

---

<sup>23</sup> 櫻庭総「近時の児童虐待事案に関する判例動向」九大法学101号（2010）162頁は、①釧路虐待死事件→②広島長女虐待死事件→③名古屋虐待死事件と進むにつれ、「幫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」と指摘する。

働きかける行為であり、また、比較的容易に行い得るものである。これまで X や V に対し、暴行を頻繁に行っていたわけでもない Y に対しては、「直接的で効果的な措置」であり、犯行において「大きな障害になった」措置（高裁判決参照）といえるであろう。そして、そのような措置をしていれば、「阻止できていた可能性が極めて高い」（高裁判決参照）のであれば、幫助の因果性は肯定できるのであるから、X について、不作為による幫助が成立するといえる。ただし、X に対して義務づけられる作為が、Y の苛立ちのほこ先を、被害児童ではなく、X 自身に向けることによって、犯罪を阻止するという措置を含むとすれば<sup>24</sup>、はたしてそのような行為が、不作為者に対して義務づけられるべきなのか、さらに議論する余地があろう。

#### 4 おわりに

堺虐待死事件は、子の父親による児童虐待を、子の母親が十分に阻止しなかったというものであったが、大阪地裁は、母親について、共謀共同正犯の成立を否定した上で、不作為による幫助を肯定し、大阪高裁も、不作為による幫助の成立を認めている。大阪地裁・高裁は、これまでの裁判例において前提とされてきた幫助の成立要件に基づいて、幫助犯の成否を判断していると解される。

これまで、阻止しなかった児童の親が不作為による幫助に問われた事案は、日ごろから強度の虐待が、子どもに加えられていたというものであった。堺虐待死事件は、犯行に至るまでは、子の父親は日常的に虐待をしていたわけではなく、また、頭部を平手で叩くという比較的危険性の低い暴行によって、子どもが死亡したという事案であり、これまでの児童虐待不阻止事案とは異なっている。児童虐待に居合わせた者が阻止すべきか、特に悩むも

---

<sup>24</sup> 大阪地裁判決は、「仮に、このような措置をとっていたとすれば…Xのそれまでとは違う思いが伝わることで、Yが冷静さを取り戻したり、Yの苛立ちのほこ先がXに向かうなどして、Vに対する暴行につながらなかった可能性が十分にあったと認められる」とする。

のは、配偶者などによるしつけにも見える、軽度の暴行が行われた場合だと思われるところ、堺虐待死事件は、現代社会で問題となりやすい事案に近いと思われる。大阪地裁・高裁は、本事案の母親に対し、もっぱら、正犯の心理面に働きかける措置（いずれも容易になすことが可能な行為）を義務づけている。社会において潜在的に問題となっている児童虐待事案における作為義務の内容を検討するにあたり、参考になるとと思われる。

また、裁判所は、「直接的で効果的な措置」（高裁判決参照）の不履行を問題としている点も注目に値する。作為が容易で犯罪を阻止可能な行為は無数に存在するが、大阪地裁・高裁は、犯罪を阻止し得るあらゆる行為を義務づけているわけではないように思われ、その点では、裁判所の判断は支持できると考えられる。