

児童虐待の処罰に関する考察

2016年4月入学

池田直人

はじめに——問題意識

- 1 児童虐待への法的介入の関心の高まり
- 2 外国の処罰規定の分析の必要性
- 3 量刑事情としての児童虐待の分析の必要性
- 4 本稿の取り組み

I. ドイツ刑法 225 条における「保護を委ねられた者の虐待罪」

1 総説

- (1) 条文構造
- (2) 沿革
- (3) 保護法益および罪質

2 基本犯の構成要件（1 項）

- (1) 客体の属性
- (2) 保護関係
 - a 行為者の配慮または監護に服する者
 - b 行為者の世帯に属する者
 - c 配慮義務者から支配を委ねられた者
 - d 職務関係または労使関係の枠内で行為者に従属的である者
 - e 「単なる好意による関係」の除外

- (a) 事案の概要
- (b) 判旨
- (c) 分析
- (3) 行為態様 1 —— 苦痛の付与

- a 意義
- b 近時の適用例
 - (a) 事案の概要
 - (b) 判旨

(4) 行為態様 2 —— 粗暴な虐待

- a 意義

b 近時の適用例

- (a) 赤ん坊を泣き止ますための揺さぶり
 - ・ 事案の概要
 - ・ 判旨
- (b) 恋人による虐待の事後処理
 - ・ 事案の概要
 - ・ 判旨

(5) 行為態様 3 —— 悪意の配慮義務懈怠による健康侵害

- a 意義
- b 近時の適用例

3 加重的構成要件（3 項）

- (1) 法的性格
- (2) 3 項各号の危険

4 罪数論に関する判例

5 小括

II. アメリカ模範刑法典 230.4 条における「子供の福祉を危うくする罪」

1 模範刑法典 230.4 条の基礎知識

- (1) 条文
- (2) 模範刑法典前の状況——非行寄与罪による処罰
- (3) 主体の限定という態度決定

2 ペンシルバニア州における運用

- (1) 子供の福祉を監督する者
 - a 訪問客—— Com. v. Halye
 - (a) 事案の概要
 - (b) 多数意見
 - (c) Joyce 反対意見
 - b 子供と同居する大人①—— Com. v. Kellam

- (a) 事案の概要
 - (b) 判旨
 - c 子供と同居する大人②—— Com. v. Brown
 - (a) 事案の概要
 - (b) 判旨
 - d 小括
 - (2) 福祉の危殆化
 - a 暴行罪と併存する事例—— Com. v. Ogin
 - (a) 事案の概要
 - (b) 判旨
 - b 福祉危殆化罪単独の事例
 - (a) 配偶者による性的虐待の放置—— Com. v. Cardwell
 - ・ 事案の概要
 - ・ 法廷意見
 - ・ Wieand 補足意見
 - (b) 子供の生活環境の荒廃—— Com. v. Wallace
 - ・ 事案の概要
 - ・ 多数意見
 - 3 補論——「特別な責任を負う者による実力の行使」の正当化
 - (1) 模範刑法典 3.08 条 1 項
 - (2) ペンシルバニア州での運用—— Com. v. Ogin
 - 4 小括
- b 危険の内実を区別する実益
 - (3) 行為主体の限定
 - a 主体限定の非自明性と合理性
 - b 行為主体の諸相
 - c 問題点
 - (4) 常習的虐待
 - a 常習的虐待による加重の根拠
 - b 常習的虐待の内実の諸相
 - c 余罪処罰禁止原則との関係
 - d 行為者の心情による区別
 - (5) 小括
- ## 2 寝屋川事件第 1 審判決の理論的分析
- (1) 罪となるべき事実
 - (2) 量刑理由の分析
 - a 保護法益の理解
 - b 行為の危険性
 - c 行為主体
 - d 常習的虐待
 - (3) 小括

IV. おわりに

はじめに——問題意識

1 児童虐待への法的介入の関心の高まり

いわゆる児童虐待への法的介入が学説や実務において重視されるようになって久しい。刑事法の学説としては、昭和 59 年の中谷瑾子教授の論稿¹⁾を嚆矢として²⁾児童虐待への刑事法的介入が盛んに論じられるようになった³⁾。立法では、平成 12 年に議員立法として「児童虐待の防止等に関する法律」(以下、児童虐待防止法という)が制定された。また、周知の通り、我が国には児童虐待自体

III. 我が国の量刑事情としての児童虐待の理論的分析

- 1 量刑事情としての児童虐待の理論的分析
 - (1) 前提問題
 - a 保護法益
 - b 量刑事情としての考慮の可能性
 - (2) 行為態様の危険性
 - a 危険性の内実の諸相

1) 中谷瑾子「児童虐待と刑事規制の限界」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第三巻』209 頁(有斐閣, 1984)(中谷瑾子『児童虐待を考える』117 頁(信山社, 2003)に再録)(以下では、再録版の頁数を示す)。

2) 林弘正『児童虐待——その現況と刑事法的介入(改訂版)』112 頁(成文堂, 2006)。

3) 昭和 59 年以降の児童虐待に対する刑事法分野の文献については、吉田恒雄編著『日本の児童虐待防止・法的対応資料集成——児童虐待に関する法令・判例・法学研究の動向』42-44 頁, 122-124 頁, 404-407 頁〔初川愛美〕, 599-602 頁, 759-761 頁〔岩下雅充〕(明石書店, 2015)が網羅的に紹介を行っている。同書は、1984 年から 2012 年における児童虐待に関する法令, 裁判例, 法学界の文献を紹介した労作である。

に対する刑罰規定は存在しないもの⁴⁾⁵⁾、裁判においては、現行規定の適用に際して児童虐待の存在を考慮するという形で対処がなされてきたとされる。このように、実務上も学説上も、児童虐待に対する法的介入の関心は高まってきたといえる⁶⁾。

2 外国の処罰規定の分析の必要性

もともと、我が国では、外国における児童虐待への処罰規定の分析が十分になされてきたわけではないように思われる⁷⁾。児童虐待防止法の制定過程における議論では、このことが端的に示された。ここでは、児童虐待を加重処罰する立法例として、ドイツ刑法 225

条の「保護を委ねられた者の虐待罪」の存在が指摘されていた⁸⁾。また、児童虐待を犯罪として明記することと厳罰化は直結しないという観点から、アメリカ法への言及も見られた⁹⁾。しかし、これらの規定が立法過程において詳細に議論されることはなかったのである¹⁰⁾。

児童虐待防止法の制定過程において外国における処罰規定の議論が重視されなかった原因としては、一方では、児童虐待防止法が児童虐待の防止に関する行政上の手続を主として規定する法律であって（1条参照）、児童虐待への刑罰による対処を予定しているものではないということがあると思われる。しかし、他方において、これらの外国法について

4) 児童虐待それ自体の処罰規定を創設する動きはすでに戦前から見られた。例えば、昭和 15 年改正刑法仮案 366 条ないし 368 条や、昭和 36 年改正刑法準備草案 295 条は、児童虐待それ自体を処罰しているといえる規定の新設を提案していた。もともと、昭和 48 年改正刑法草案の段階では、①特別法による諸罰則の活用で足り、②虐待という概念は不明確であるとの理由から、虐待罪の新設が見送られている（法制審議会刑事法特別部会編『改正刑法草案附同説明書』225 頁（1972））。

改正刑法草案の審議過程をある程度明らかにする資料として、法務省「法制審議会刑事法特別部会第五小委員会議事要録」（1964-1970）がある。もともと、第 9 回の議事で虐待罪の創設の必要性には異論がないとされ、第 63 回までは具体的な条文の定め方が議論されているにもかかわらず、第 143 回で虐待罪の規定が削除されており、虐待罪の創設をめぐる議論の詳細は不明である。

昭和 36 年改正刑法準備草案 295 条の解釈方針については、法務省刑事局編『改正刑法準備草案附同理由書』274-275 頁（1962）を参照。

5) 学説においては、児童虐待に対する処罰規定の新設についての議論がすでに相当蓄積されている。例えば、安部哲夫「児童虐待の刑事法的対応について」北陸法学 7 巻 1 号 1 頁、15-17 頁（1999）は、「親権者または監護責任者による児童への虐待傷害罪および虐待致死罪」「親権者または監護責任者による児童への性的虐待罪」の新設を主張する。また、林・前掲注 2)151 頁以下も具体的な条文を提言している。

6) 児童に対する性犯罪については実務的に重要な動向が見られる。すなわち、司法においては児童福祉法 34 条 1 項 6 号に関して最決平成 28 年 6 月 21 日刑集 70 巻 5 号 369 頁が出され、立法においてはいわゆる監護者性交等罪を刑法典に導入する旨の刑法改正案が 2017 年 3 月 7 日に閣議決定された。さらに、長野県においていわゆる青少年保護育成条例が制定されるに至った。これらの動向を分析する論稿として、深町晋也「児童に対する性犯罪規定を巡る現状と課題」法時 88 巻 11 号 73 頁（2016）。

*本稿脱稿後、平成 29 年 6 月 16 日に、「刑法の一部を改正する法律」が第 193 回国会にて可決され、同年 7 月 13 日より施行されている。監護者性交等罪は刑法の新 179 条に定められている。本改正については、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」ひろば 2017 年 8 月号 52 頁（2017）、今井将人『刑法の一部を改正する法律』の概要 研修 830 頁 39 頁（2017）、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法時 89 巻 11 号（予定）（2017）を参照。

*最決平成 28 年 6 月 21 日については、脱稿後、佐野文彦「判批」論ジュリ 22 号 229 頁（2017）に接した。

7) 各国の児童虐待防止制度については、すでに我が国にも詳細な紹介がなされている。例えば、岩井直子編著『児童虐待防止法——わが国の法的課題と各国の対応策』（尚学社、2002）、町野朔ほか編『児童虐待と児童保護——国際的視点で考える——』（上智大学出版、2012）参照。もともと、これらの著作においても、児童虐待を処罰する規定そのものを分析する試みは十分ではなかったように思われる。

8) 太田誠一ほか『きこえますか子どもからの SOS～児童虐待防止法の解説』139 頁 [平湯参考人発言]（ぎょうせい、2001）。同書は議員立法である児童虐待防止法の立法に携わった衆議院議員により執筆されており、制定当初の児童虐待防止法の逐条解説のほか、国会・委員会での議事録や、関係する行政規則が収録されている。児童虐待防止法の国会での審議録については 127 頁以下。

9) 太田ほか・前掲注 8) 143 頁 [平湯参考人発言]。

10) なお、改正刑法準備草案の段階では、諸外国の立法例が考慮されていた（法務省刑事局・前掲注 4) 274 頁）。具体的に紹介されていたのは、当時のドイツ刑法 170 条 d、同 223 条 b 第 1 項、ニューヨーク刑法 1123 条第 2 号である。

の分析の蓄積が乏しかったこともこのような経緯の遠因となったことは疑いがないだろう。立法論を含めた今後の充実した議論のためには、外国における児童虐待への処罰規定の分析を深めていく必要がある¹¹⁾。

3 量刑事情としての児童虐待の分析の必要性

児童虐待への量刑上の対処については、最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁(以下、寝屋川事件という)が示されるに至っている¹²⁾。寝屋川事件は、検察官の求刑の1.5倍の量刑を行った裁判員裁判による第1審判決およびこれを是認した控訴審判決を、量刑不当を理由に破棄した事例であり¹³⁾、裁判員裁判における量刑傾向の意義について判断を示したものとして著名である¹⁴⁾。もっとも、本件自体は、両親からの児童虐待による傷害致死が問題となった事案であった¹⁵⁾。そして、本判決の第1審判決¹⁶⁾は、量刑理由中の犯情に関する部分において¹⁷⁾、次のような指摘を行っている。

「親権者たる親は、児童の生命・身体等を保護すべき重い責務を負っている。特に幼児の生存は親に全面的に依存しており、幼児が親に抵抗したり逆らったり逃げて助けを求めたりすることはほぼ不可能と考えられ、親が幼児を支配することは容易である。それにも

かかわらず、親が、幼児に対し、理不尽な暴行などの虐待を繰り返した場合、幼児は虐待から逃れられないまま肉体的にも精神的にも苦痛を甘え続けなければならず、その場合、幼児の心身の成長や人格形成に重大な影響を及ぼすことが懸念される上、虐待の程度によっては、その生命の安全までも脅かされることとなる。

もとより児童・幼児であってもその生命の尊さが成人に比して劣るものでないことは明らかである。児童・幼児には生きて幸福を追求する権利があり、親であっても虐待によりその権利を侵害することは絶対に許されない。このような観点から考えると、児童虐待を犯す親は、厳しい非難を免れないし、特に幼児虐待については、極めて厳しい非難を免れないものと考えられる。

虐待を犯す親の中には、虐待に当たると考えず軽い気持ちで行っている場合もあり得ると思われ、被告人兩名もこれに当たる可能性がうかがえる。しかし、それは倫理観の欠如と評価すべきものにすぎず、自らに置き換えて考えれば虐待された児童・幼児の苦しみを容易に推知することができるはずである。したがって、たとえ虐待を犯した親が、自らの行いについて虐待であると評価していなかったとしても、これをもって厳しい非難を免れることは許されない。

さらに、近時、児童虐待が社会的にも大き

11) 児童虐待罪立法の検討に際しては諸外国の立法例が大いに参考になるとするものとして、岩井宜子・渡邊一弘「立法論としての『児童虐待罪』」町野朔＝岩瀬徹編『児童虐待の防止——児童と家庭、児童相談所と家庭裁判所』289頁、301頁(有斐閣、2012)。

12) 本判決の評釈としては例えば、楡井英夫「判解」最判解刑事事篇平成26年度297頁(2014)、原田國男「裁判員裁判の量刑の在り方——最高裁平成26年7月24日判決をめぐって——」刑事法ジャーナル42号43頁(2014)、小池信太郎「裁判員裁判における量刑傾向——最高裁平成26年7月24日判決の意義」法時1078号1頁(2014)、松宮孝明「判批」法セミ719号111頁(2014)等がある。

13) 楡井・前掲注12)297頁。

14) 本判決の評釈においては、裁判員裁判における量刑の公平性ないし量刑傾向の意義という観点から分析がなされるのが一般的である。例えば、原田・前掲注12)43頁以下、および、小池・前掲注12)1頁。

15) 児童虐待という観点から寝屋川事件の判決を取り上げた論稿として、林弘正「裁判実務における児童虐待事案の刑事法的一考察」法学新報121巻11・12号599頁、609-618頁(2015)。

16) 大阪地判平成24年3月21日刑集68巻6号948頁。

17) 判決においては「1 犯した罪に見合った刑を定めるという観点から特に重視した事情」という表現が用いられている(刑集68巻6号949頁)。この部分がいわゆる犯情を指摘しているものと考えられることについて、波床昌則「判批」刑事法ジャーナル43号173頁(2014)、楡井・前掲注12)298頁。他方で、間光洋「判批」季刊刑事弁護80号73頁(2015)は、幼児虐待を犯情事実ではないと位置づける(なお、間は被告人Yの弁護人である)。また、不保護を伴う虐待を「犯罪事実そのもの(審判の対象となっている犯罪行為に直接かかわる事実)でない事実」と位置づける評釈として、伊藤博路「判批」名城大学ロースクール・レビュー33号109頁(2015)。

な問題と認識されており、児童虐待を防止してその生命等を守るために、いわゆる児童虐待防止法等の改正が重ねられるとともに、親権停止制度を新設するなどの民法等の改正が図られており、このような社会情勢も行為責任を検討するに当たっては考慮すべきである。

以上によると、本件のように保護すべき立場にある親が、児童、特に幼児を理不尽な暴行などで虐待することによって死亡するに至らした傷害致死の事案では、その行為責任は重大なものと評価すべきである¹⁸⁾。

この第1審判決は量刑事情としての児童虐待の意義を一般的かつ詳細に論じているものの、上告審で破棄されている。破棄の直接の理由は、従来の量刑傾向から大幅に逸脱することについての具体的説得的論拠が示されていると言ひ難いというものであるが¹⁹⁾、結果的には量刑事情として児童虐待を考慮することに対して、一定の限界が示されたともいえる。また、いみじくも本件の上告審判決は、「量刑が裁判の判断として是認されるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められる」と述べている²⁰⁾。このような観点からは、量刑事情としての児童虐待についての検討が深められるべき段階に至っていると思われる²¹⁾。

裁判例を検討するという試みについては、すでに林弘正教授が、児童虐待が現れた裁判例を広く紹介するというアプローチをとられている²²⁾。林教授のアプローチは個別の事案について検討を加えていくというものであり、このようなアプローチが有意義であることには疑いが無い。もっとも、寝屋川事件上告審判決のいう量刑要素の客観的評価という要請を満たすためには、各裁判例の個性からやや距離を置いた理論的分析も必要であろう。現状、そのような理論的分析が十分になされていると言ひ難い²³⁾。かくして、量刑事情としての児童虐待を理論的に分析するという課題が立ち現れる。

4 本稿の取り組み

本稿では、以上で述べたように、外国における児童虐待への処罰規定の分析が必要であり、また、量刑事情としての児童虐待の検討が必要であるという問題意識を念頭に置いて、次の2つのテーマに取り組む。第1に、外国における児童虐待への処罰規定の分析として、ドイツ刑法225条およびアメリカ模範刑法典230.4条について検討する（IおよびII）。これらの規定については昭和59年に中谷教授がその存在をすでに指摘されており²⁴⁾、また、特にドイツ刑法225条は児童

18) これに引き続く犯情の部分においては、「(2) 態様が甚だ危険で悪質であること」「(3) 結果の重大性」「(4) 身勝手な動機・不保護を伴う常習的幼児虐待」「(5) 被告人兩名の間で刑事責任に差異がないこと」という4つの項目を列挙している。各項目の中で用いられている表現に鑑みると、これらの項目はいずれも親による幼児虐待に関係する事柄を論じているものと考えられる。

19) 第1審判決の犯情の評価自体は上告審においても是認されているものと解される。最高裁は、「第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価について、これらが誤っているとまではいえないとした原判断は正当である」と述べている（刑集68巻6号928頁）。なお、楡井・前掲注12）315頁。

20) 刑集68巻6号928頁。

21) 幼児虐待の果ての傷害致死事案が現在では1つの社会的類型となっており、同種事案における量刑傾向を前提とした争点整理を念頭に置く必要があると指摘するものとして、山崎学『公判前整理手続の実務』162頁以下（弘文堂、2016）。また、同163頁注20は、本件被告人の弁護人としては、実行行為内容、主体、危険性等に着目すべきとする。

22) 林・前掲注2）126-150頁、林弘正『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法学的アプローチ（増補版）』125-216頁、301-358頁（成文堂、2011）、林弘正「児童虐待をめぐる現況と課題」刑事法ジャーナル12号2頁、8-11頁（2008）、林・前掲注15）609-627頁。

23) 児童虐待について裁判所の量刑の中で重視されている要素に言及するものとして、佐伯仁志ほか「座談会（刑事政策研究会（新連載・1）児童虐待）」ジュリ1426号141頁以下〔金発言および岩佐発言〕（2011）参照。また、岩瀬徹「ある虐待事件を通じてみた児童虐待への法的介入の問題点」町野ほか編・前掲注11）313頁、331-332頁も参照。

24) ドイツ刑法225条の前身規定たるドイツ刑法223条bについては、中谷・前掲注1）129頁。また、アメリ

虐待防止法の制定過程で言及されているからである²⁵⁾。第2に、主に傷害（致死）罪を念頭に置いて、量刑事情としての児童虐待の考慮に関連して問題となる論点を外国法の分析から得られる視点も踏まえつつ検討し、最後に、寢屋川事件第1審判決の理論的分析を行う（Ⅲ）。

ドイツ刑法 225 条における I. 「保護を委ねられた者の虐待罪」

本章では、ドイツ刑法 225 条の「保護を委ねられた者の虐待罪」（以下、被保護者虐待罪と呼ぶこともある）を検討する。

1 総説

(1) 条文構造

被保護者虐待罪は、単純傷害罪（223 条）を基本条文とする刑法典第 17 章の「身体の完全性に対する罪」の中に規定されている²⁶⁾。本罪を規定するドイツ刑法 225 条は、以下の通りである。

225 条 保護を委ねられた者の虐待²⁷⁾

第 1 項 18 歳未満の者、もしくは、虚弱もしくは疾病のため抵抗不能の者であつて、

1. 自己の配慮もしくは監護に服する者、
2. 自己の世帯に属する者、
3. 配慮義務者から自己の支配に委ねられた者、もしくは、
4. 職務関係もしくは労使関係の枠内で自己に従属的である者

に苦痛を与え、もしくは粗暴に虐待した者、または、これらの者を配慮する自己の義務を悪意で怠ることによりこれらの者の健康を害した者は、6 月以上 10 年以下の自由刑に処する。

第 2 項 本罪の未遂は処罰する。

第 3 項 行為者が、行為により、保護を委ねられた者を、

1. 死亡もしくは重い健康侵害の危険、または
2. 身体もしくは精神の発達に対する相当な侵害の危険

にさらしたときは、1 年以上の自由刑

カ模範刑法典 230.4 条については、中谷・前掲注 1) 165 頁。

25) なお、児童虐待防止法制定時の議論ではフランス刑法についても言及があった（太田・前掲注 8) 140 頁 [平湯参考人発言]。また、岩井＝渡邊・前掲注 11) 301 頁は、日常的な虐待行為を適切に評価しうる構成要件の立法方法という観点から、常習的な虐待行為を加重処罰類型とするフランス法の立法経緯および運用の分析が有効であるとす。しかし、本稿ではフランス刑法は取り扱わない。これはひとえに筆者の語学力に起因するものであり、今後の検討課題としておきたい。

26) 同章の他の規定として、危険傷害罪（224 条）、重傷害罪（226 条）、傷害致死罪（227 条）等がある。

27) BGBl. 1998 Teil 1, S. 175. 条文の翻訳については、法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料第 461 号 142 頁（2007）を参照したものの、適宜修正を施している。原文は以下の通りである。

§ 225. Mißhandlung von Schutzbefohlenen.

(1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren oder eine wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die

1. seiner Fürsorge oder Obhut untersteht,
2. seinem Hausstand angehört,
3. von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen worden oder
4. ihm im Rahmen eines Dienst— oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist,

quält oder roh mißhandelt, oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter die schutzbefohlene Person durch die Tat in die Gefahr

1. des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung oder
2. einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

を言い渡すものとする。

第4項 第1項のうち比較的重くない事案では、3月以上5年以下の自由刑を、第3項のうち比較的重くない事案では、6月以上5年以下の自由刑を言い渡すものとする。

本罪は、一定の客体への「苦痛の付与(Quälen)」、「粗暴な虐待(rohe Mißhandeln)」、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害(Gesundheitsschädigung durch eine böswillige Vernachlässigung der Solgepflicht)」を基本犯として処罰している(1項)。本罪の未遂は処罰される(2項)。死亡の危険、重大な健康侵害の危険、または、身体的もしくは精神的発達に対する相当な危険を惹起した場合には、基本犯より重く処罰される(3

項)。軽微な事案における減軽規定も設けられている(4項)。

児童虐待に対する処罰規定の分析という問題意識に鑑みて、本稿では1項および3項(特に2号)を主たる検討対象としたい。

(2) 沿革

被保護者虐待罪の前身となる規定は、1912年の刑法改正時に、刑法223条a第2項として創設された²⁸⁾。そして、ナチス政権下の1933年の刑法改正時に、刑法223条bとして独立の条文となった²⁹⁾³⁰⁾。この際に、現在の225条1項とほぼ同様の構成要件が規定されている。その後、数度の技術的改正を経て³¹⁾、1998年の第6次刑法改正により、現行の規定となった。この改正により、条文は223条bから225条へと移された³²⁾。1998年の改正内容を表にまとめると以下の通りに

28) 具体的な規定は以下の通りである (RGBl. 1912, S. 396)。

223条 a

第2項 18歳未満の者、または、虚弱もしくは疾病のため抗拒不能の者であつて、自己の配慮もしくは監護に服する者、自己の世帯に属する者、配慮義務者から自己の支配に委ねられた者を、残虐 (grausam) に、または、悪意をもって (boshaft) 取り扱うことにより傷害罪が犯されたときも、同様の刑 [2月以上の軽懲役——筆者注] とする。

なお、第1項はいわゆる危険傷害罪 (現行刑法224条) を規定していた。

本条の概観については、Leif Seeger, Die Misshandlung von Schutzbefohlenen nach §225 StGB, 2014, S. 12 ff. 参照。同書は、ドイツ刑法225条に関して網羅的に検討を行ったモノグラフである。

29) 具体的な規定は以下の通りである (RGBl. 1933 Teil 1 S. 296 f.)。

223条 b

第1項 児童、少年、または、虚弱もしくは疾病のため抗拒不能の者であつて、自己の配慮もしくは監護に服する者、自己の世帯に属する者、配慮義務者から自己の支配に委ねられた者、または、職務関係もしくは労使関係の枠内で自己に依存的 (abhängig) である者に苦痛を与え、もしくは粗暴に虐待した者、または、これらの者を配慮する自己の義務を悪意で怠ることによりこれらの者の健康を害した者は、3月以上の軽懲役に処する。

第2項 刑は、特に重い事案では5年以下の懲役とする。

本条の概観については、Seeger, a.a.O. (Anm.28), S. 24 ff. を参照。

30) 1933年改正については、我が国においても、ナチスによる立法活動の重要なものとして認識されていた。改正当時のドイツ刑法223条bについて紹介した邦語文献として、不破武夫「ナチス刑事立法の概観」法時6巻3号18頁、20頁 (1934)。

31) 以下、簡単に改正の内容を記しておく。まず、刑の種類の変更が行われた1969改正では、①基本犯の法定刑が、3月以上5年以下の自由刑に改められ、②特に重大な事案についての法定刑が1年以上5年以下の自由刑に改められた (BGBl. 1969 Teil 1, S. 657)。1973年改正では、客体について「児童または少年」とされていたのが「18歳未満の者」に改められた (BGBl. 1973 Teil 1, S. 1730)。1974年改正では、比較的軽微な事案についての減軽規定が初めて創設された (法定刑は3年以下の自由刑または罰金) (BGBl. 1974 Teil 1, S. 488)。現行規定への改正直前の改正である1994年改正では、①基本犯の法定刑が6月以上5年以下の自由刑に引き上げられ、②比較的軽微な事案の法定刑が5年以下の自由刑または罰金に引き上げられ、③特に重大な事案についての法定刑が1年以上10年以下の自由刑に引き上げられ、④特に重大な事案について、(ア)死亡もしくは重大な健康侵害の危険、または、(イ)身体もしくは精神的発達への相当な侵害の危険を惹起した場合には、通常は特に重大な事案とするという規定が設けられた (BGBl. 1994 Teil 1, S. 3187)。

1969年改正については Seeger, a.a.O. (Anm.28), S. 33, 1973年改正については Seeger, a.a.O. (Anm.28), S. 33f., 1974年改正については Seeger, a.a.O. (Anm.28), S. 34, 1994年改正については Seeger, a.a.O. (Anm.28), S. 35f. をそれぞれ参照。

32) Vgl., Schlücher (Hrsg.), Bochumer Erläuterung zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998 S. 37 ff.

なる。

(表 1)

改正内容	改正前	現行規定
1項4号部分の文言	依存的 (abhängig)	従属的 (untergeordnet)
基本犯の法定刑	6月以上5年以下の自由刑	6月以上10年以下の自由刑
未遂処罰	なし	新設
加重の枠組み	特に重大な事案+推定	加重的構成要件
比較的重くない事案の処理	①罰金刑あり ②基本犯と加重を分けない	①罰金刑の削除 ②基本犯と加重を分ける

基本犯の法定刑の上限が倍に引き上げられていることや、罰金刑が法定刑から削除されたことから、本罪が厳罰化の方向で改正されていることがうかがえる。

(3) 保護法益および罪質

本罪の基本犯における保護法益は、列挙された客体の身体の完全性 (körperliche Unversehrtheit) および精神の完全性 (psychische Integrität) である³³⁾。そして、加重的構成要件ではさらに、客体の生命、および、身体的あるいは精神的な発達が保護法益である³⁴⁾。人の身体の完全性を保護法益としている単純傷害罪とは、保護法益の点で共通する面と共通しない面があることがわかる³⁵⁾。

通説によれば、身体の完全性という観点からは、本罪は単純傷害罪の加重的構成要件という性格を有しており、他方で、精神の完全性という観点からは独自の構成要件という性

格を有している³⁶⁾。

単純傷害罪と本罪の基本犯の条文の文言を比較すると³⁷⁾、次の3点を指摘することができる。第1に、本罪の1つ目の行為態様である「苦痛の付与」は、単純傷害罪には存在しない行為態様である。第2に、本罪の2つ目の行為態様である「粗暴な虐待」については、「虐待」という文言は両者で共通している一方で、本罪では「粗暴な」という文言が追加され、「身体的に」という文言が削除されている。第3に、本罪の3つ目の行為態様である「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」については、「健康を害する」という文言は共通している一方で、本罪では「自己の義務を悪意で怠ることにより」という文言が追加されている。

以下では、1項および3項の解釈論を概観したうえで、罪数論に関する判例も取り上げる。

2 基本犯の構成要件 (1項)

ここでは、基本犯の構成要件を検討する。被保護者虐待罪の構成要件は複雑であるから、念のため、本罪の概観図を掲げておく。

(図 1)

I 客体 (1) 客体自身の属性：「18歳未満の者」または「虚弱もしくは疾病のため抵抗不能の者」 かつ

33) BGH NJW 2015, 3047 (2015年8月4日判決), Rn. 30; Joecks/Miebach/Hardtung, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch/Strafgesetzbuch, Band 4, 2. Aufl., 2012, §225 Rn. 1; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch/Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, §225 Rn. 1; Lachner/Kühl, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, §225 Rn. 1.

なお、後者3つにおいては、Integritätという単語に代えて、Unversehrtheitという単語が用いられているが、BGH NJW 2015, 3047の判旨ではJoecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225が引用されているため、これらは同一の内容を指しているものと考えてよいだろう。ここでは、判例の表現に従っておく。

34) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn.1.

35) Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §223 Rn. 1. 単純傷害罪について一般的には精神的侵害は捕捉されていない。藪中悠「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」法学政治学論究99号38頁(2013)参照。

36) 以上、Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 1/2; Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 2000, §225 Rn.1; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 3; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 7. Aufl., 2003, §225 Rn. 2; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 1; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl., 2016, §17 Rn. 1.

37) 単純傷害罪の実行行為は、①他人を身体的に虐待すること、または、②他人の健康を害することである(223条1項)。法定刑は5年以下の自由刑または罰金である。

(2) 行為者と客体との関係性：1項各号列挙 II 行為 (1) 苦痛の付与 または (2) 粗暴な虐待 または (3) 悪意の配慮義務懈怠による健康侵害 III 加重規定 (3項) (1) 死亡の危険もしくは重大な健康侵害の危険の惹起 (1号) または (2) 身体もしくは精神の発達に対する相当な侵害の危険の惹起 (2号) IV 未遂処罰 (2項) V 法定刑 (1) 基本犯：6月以上10年以下の自由刑 (1項) (2) 加重規定：1年以上の自由刑 (3項) (3) 比較的軽くない事案の減輕 ①基本犯：3月以上5年以下の自由刑 (4項) ②加重規定：6月以上5年以下の自由刑 (4項)

(1) 客体の属性

被保護者虐待罪の客体は、「18歳未満の者」または「虚弱もしくは疾病のため抵抗不能の

者」でなければならない (1項)。

「18歳未満の者」とは、児童 (19条) および少年 (少年裁判所法 1条 2項) であるとされている³⁸⁾。

次に、抵抗不能 (wehrlos) とは、行為者の実行行為に抵抗することが一般的または一時的にできない、あるいは、不十分にしかできないことをいう³⁹⁾。抵抗不能性は、無力性 (hilflos) よりも緩やかな概念であるとされており⁴⁰⁾、実行行為から逃走することができる者は無力ではないが抵抗不能ではありうる⁴¹⁾。

虚弱 (Gebrechlichkeit) とは、運動能力の障害に表れる身体の健康上の障害をいう⁴²⁾。該当例としては、身体上の欠損のほか、年齢による弱さや聾啞が挙げられている⁴³⁾。

疾病 (Krankheit) とは、あらゆる病的状態をいい、人為的に惹起されたかどうかは問わない⁴⁴⁾。意識不明状態⁴⁵⁾や強度のアルコール酩酊⁴⁶⁾は疾病に含まれるとされている。

「虚弱または疾病のために抵抗不能の者」

38) Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 3; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 3; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Aufl., 2010, §225 Rn. 9.

なお、児童とは14歳未満の者をいい、少年とは14歳以上18歳未満の者をいう。

39) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 11. 抗拒不能性の定式化にはいくつかのバリエーションがある。例えば、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4は、「虐待に対して、一般的に、または、相当な方法で抵抗することができる能力がない」とする。また、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4は、「行為者の実行行為に抵抗する可能性が相当に低下させられている」場合には抗拒不能であるとする。さらに、Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5は、実行行為から身を守ることができない者、としている。

40) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 11. 抵抗不能は無力とは同じではないとするものとして、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 2.

41) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn.4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 11.

42) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.3.

43) Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 2; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.3. なお、身体上の欠損と年齢のみを挙げるものとして、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.4.

44) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 2; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 10. なお、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4は、疾病を223条の健康侵害と同じ意味 (健康性の負の方向への逸脱) として解する。

45) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5.

46) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33),

への該当が否定される例として、通常の妊娠や、被害者の拘束状態（Fesselung）が挙げられている⁴⁷⁾。

(2) 保護関係

被保護者虐待罪が成立するためには、行為者と被害者との間に一定の関係性が必要である。1項はそのような関係性を4つ列挙している。この関係性は、一般に「保護関係」と称されている⁴⁸⁾。

a 行為者の配慮または監護に服する者

1号が定めるのは、行為者の「配慮（Fürsorge）または監護（Obhut）に服する者」である。

配慮関係とは、行為者が被保護者の身体的または精神的健康を世話すべき関係性であって、比較的長い継続性を念頭に置くもの、と

されている⁴⁹⁾。このような関係性の発生根拠としては、法令（民法1626条による親、民法1793条による後見人など）、契約、当局による委託が挙げられている⁵⁰⁾。単なる好意による関係は、ここにいる配慮関係には当たらないとされている⁵¹⁾。

監護関係とは、狭い空間的關係において短期間、被害者の身体を直接に監督することを義務付けられた関係をいう、とされている⁵²⁾。この関係性は先行行為によって発生しうる⁵³⁾。

b 行為者の世帯に属する者

2号における行為者の「世帯に属する者」とは、世帯主としての行為者と共に家族的共同体で生活している者をいう⁵⁴⁾。この関係は事実上のもので足りる⁵⁵⁾。

§225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 10; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 4/5; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 2.

47) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 11; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 3; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 4/5. 通常の妊娠についてのみ言及するものとして, Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 4.

48) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 4; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn.4; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 3; Rengier, a.a.O. (Anm.36), §17 Rn. 3.

49) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7. なお, 身体的または精神的健康を世話することを求める法的請求権を行為者に対して持っている関係性と定式化するものとして, Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5.

50) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 3. なお, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5 は, 重要であるのは委託や契約の有効性ではなく, 保障の事実上の引受けであると指摘する。

51) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 3; Rengier, a.a.O. (Anm.28), §17 Rn. 3; BGH NJW 1982, 2390. この判例については, e で改めて取り扱う。

52) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 7; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7.

53) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7.

54) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 8. Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7. は, 「長期的または一時的にすぎなくとも家族的な生活に迎えられる者」とする。刑罰を基礎づけるという観点から, 該当範囲を狭くすべきとする見解として, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 6. 自身が世帯を持つ者を除外する見解として, Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 8.

55) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 8; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6.

○ 配慮義務者から支配を委ねられた者

3号は、行為者が配慮義務者から被害者の支配を委ねられた場合を定める⁵⁶⁾。本号については、事実上の関係があれば足りるとされており⁵⁷⁾、具体例として、親が子供を隣人に短時間預ける場合が該当するとされている⁵⁸⁾。他方で、元の配慮義務者と支配を委ねられる者の両者の意思に基づく引渡しが要求されている⁵⁹⁾。したがって、親の知らない間に行行為者により支配が設定される場合は本号には当たらない⁶⁰⁾。なお、条文の文言は「配慮」となっているが、これは、3号から「監護」を除外するという趣旨ではない⁶¹⁾。

○ 職務関係または労使関係の枠内で行為者に従属的である者

4号は、「職務関係または労使関係の枠内で（行為者に）従属的である者」と定めてい

る。すなわち、被害者は加害者と、職務関係または労使関係の枠内で従属的な関係でなければならない。

職務関係の典型例は、公務員法上の関係や軍法上の関係とされる⁶²⁾。また、労使関係については、純然たる雇用契約以外に、雇用契約に準じる関係性も含むとされている⁶³⁾。これらの関係性を基礎づける法律関係の適法性や有効性は重要ではなく⁶⁴⁾、上司の指示への拘束性が重要であるとされている⁶⁵⁾。したがって、使用者には、いわゆる中間職も含まれる⁶⁶⁾。

勤務外に行われた行為者による攻撃は、本号では捕捉されない⁶⁷⁾。もっとも、その理由づけの表現は論者によって微妙に異なっている。例えば、勤務時間外においては行為者に義務違反が存在しないという理由づけを採用する見解⁶⁸⁾や、仕事関係外においては行

56) このような関係性が重い処罰を基礎づける理由として、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9は、「行為者に引き渡された地位の濫用」という点を指摘する。

57) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 7; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 3.

58) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

59) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 7; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7.

60) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

61) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 8; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7.

62) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 8.

63) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 8; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10.

64) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

65) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 9; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10。「行為者と被害者のヒエラルキー」という点を指摘する見解として、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

66) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 8; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10.

67) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 8; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10.

68) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9の次の指摘が示唆的である。すなわち、「徒弟は自由時間においても親方の虐待に抵抗することへの高度のためらいを有していることがありうるということは、以上

為者の攻撃は依存関係を濫用しているわけではないという理由づけを採用する見解⁶⁹⁾がある。

「従属的」という文言は、刑法174条1項2号（保護を委ねられた者の性的虐待罪）および刑法180条3項（未成年者性行為援助罪）と平仄を合わせたものである⁷⁰⁾。

e 「単なる好意による関係」の除外

第1項で見た通り、単なる好意による関係では行為者が「配慮……する者」（1号）には該当しない。ここでは、このことを判示した連邦通常裁判所の判例⁷¹⁾を取り上げる。本判決は、保護関係の意義について、興味深い判示を行っている。

(a) 事案の概要

本件の被告人の女性は、40歳の時に、当時79歳であった被害者の老婦人と知り合った。2人は一緒に海外へ休暇旅行に行くほどに交際を深めた。2人が知り合ってから約7年後、被害者がかなり進行した癌に罹患していることが発覚した。被害者は世話を必要とする状況だったが、晩年を社会福祉施設ではなく、住み慣れた環境で過ごすことを希望した。被害者は、自分の姪が所有する建物に3室からなる住居を有していた。この姪は、別の親族と同様に、自分には被害者の世話を引き受けることができないと思った。そこで、被告人が被害者を無償で世話しようと申し出た。被告人は、被害者の住居の1部屋を利用して、被害者の世話を手伝っていた。もっとも、被告人自身の住居は別に維持しており、被告人は自身の住居がある地域で電話交換手として勤務しつつ、出勤前と帰宅後に被害者の住居で被害者の世話をしていた⁷²⁾。

以上の事実認定に基づいて、原審は、本罪

の当時の規定である1975年刑法223条b第2項（特に重い事案の加重規定）の充足を認めて、被告人を有罪とした⁷³⁾。連邦通常裁判所は、本件の被害者が「自己の配慮……に服する者」（1項1号）に当たるどうかを問題とした。

(b) 判旨

連邦通常裁判所は、本件において223条b第1項の意味における保護関係が認められるのは、行為者が被害者を配慮する義務を法的義務として引き受けていた場合に限られるとし、「単なる好意による関係（*bloß Gefälligkeitverhältnis*）である場合」には、223条b第1項の意味における保護関係には当たらないと結論を述べたうえで、以下のように述べている。

「そのような関係の場合に刑法223b条を適用することは、（配慮義務者による委託の場合がありうるがこれは別として）本条に規定されている他の保護関係に合致しない。本条に規定されている他の保護関係が示すのは、刑法223条bにおける特別な規律の根拠は、とりわけ、権威関係（*Autoritätsverhältnis*）および依存関係（*Abhängigkeitsverhältnis*）にある被害者は、行為者への恐怖（*Furcht*）あるいは尊敬の念（*Respekt*）ゆえに、あえて行為者に抵抗しようとしないう点、および、この行為者は自らに課せられた義務に自らの行為によって違反しており、あるいは、この行為者は自らに与えられている権限を濫用しているという点に見いださるうということである……」。

そして、連邦通常裁判所は原審が認定した上記事実関係を述べたうえで、「被告人はいつでもこういった世話を辞めることができた

のこと（職務時間外での攻撃が本条から除外されること——筆者注）を妨げない；なぜならば、法は、支配への服従性やそれに通常伴う抵抗態勢の低下を、可罰性を基礎づける観点、あるいは、可罰性を高める観点としているわけではなく、被保護性およびそれに伴う行為者の特別な義務違反をそのような観点としているからである。

69) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10.

70) Schlücher (Hrsg.), a.a.O.(Anm.32), S. 39 Rn. 3. ここでは、この文言により行為者と被害者との間に序列関係が要求されることが指摘されている。現行規定へと改正された1998年以前の条文においては、「依存的（*Abhängig*）」という文言が用いられていた。

71) BGH NJW 1982, 2390 (1982年5月5日判決)。

72) 以上、BGH NJW 1982, 2390 (1982年5月5日判決) Rn. 4.

73) 判決文からは、被告人が具体的にいかなる行為を行ったかは明らかではない。これは、本件の争点があくまでも、本文に挙げた事実関係から「自己の配慮もしくは監護に服する」といえるかどうかからであろう。

はずなのであるから、以上の……認定は、被告人によって法的義務が引き受けられていたことを示しているというよりもむしろ、被告人によっては法的義務が引き受けられていなかったことを示している。少なくとも、原審は、以上の事実に入り込んで取り組むことを放棄してはならなかった」と述べ、被告人にとって、被害者は「自己の配慮……に服する者」に当たらないとした。

(c) 分析

本判決からは、保護関係の趣旨について示唆的なくつかのポイントが読み取れる。

第1に、保護関係の基本的な趣旨は、①行為者と権威関係や依存関係にある被害者は、恐怖や尊敬の念ゆえにあえて抵抗しようしない点、②行為者が自己の義務違反ないし権限濫用をしている点、という2つの観点を捕捉することにあると解される。

第2に、この①②という観点は、配慮義務者による委託(3号)の場合には妥当しないとされている。学説には、「単なる好意による関係」であっても3号には該当するという見解がある⁷⁴⁾。もっとも、この学説の理解においても、3号の場合に、①②のいずれかの方の観点は妥当すると考えているのか、それとも、①②以外の観点から処罰を基礎づけているのかは、必ずしも明らかではない。

第3に、本判決は「単なる好意による関係」

が1号には当たらないという結論を採用したものの、事実関係の評価に当たっては、「いつでも世話を辞めることができた」ということが重視されているように思われる。

(3) 行為態様1——苦痛の付与

a 意義

被保護虐待罪の第1の行為態様は「苦痛の付与」である。

判例によれば、「苦痛の付与」とは、「比較的長く持続もしくは反復する、身体的または精神的な性質の(相当な)痛みまたは苦しみを惹起すること」と定義される⁷⁵⁾。通説も同様の定義を採用している⁷⁶⁾。

通説および判例によれば、本罪の保護法益には精神の完全性も含まれるという理由から、純然たる精神的苦痛の惹起も「苦痛の付与」に当たるとされる⁷⁷⁾。精神的苦痛が認定された場合の「苦痛の付与」による被保護者虐待罪は、単純傷害罪を超えた独自の不法内容を有する構成要件であると解されている⁷⁸⁾。純然たる精神的苦痛を与える場合の典型例としてしばしば挙げられるのは、子供を長時間暗い地下室に閉じ込めるという例である⁷⁹⁾。

「苦痛の付与」の定義のうち、「比較的長く持続する」苦痛の惹起は、1回の攻撃によって、通常よりも長引く苦痛が与えられる場面を念頭に置いている⁸⁰⁾。

74) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 5.

75) BGH NSTZ——RR 2015, 369 (2015年7月23日判決) Rn. 18; BGH NJW 2015, 3047 (2015年8月4日判決) Rn. 30.

76) Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 12; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 11; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 13; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 10; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 12; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 4; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 5.

77) BGH NJW 2015, 3047 (2015年8月4日判決) Rn. 30. Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 12; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 12; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 13; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 11; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 12; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 5. もっとも、Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 13は、身体的症状と結びつくことを要求する。

78) Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 1; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 3; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 1; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 1.

79) Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 12; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 11; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 12; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 5.

80) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 13.

「反復する」苦痛の惹起は、複数回の攻撃が積み重なることで苦痛が与えられる場面を念頭に置いている⁸¹⁾。反復性を基礎づける事情として、虐待行為の同質性や時間的・場所的近接性は必須ではない⁸²⁾。その一方で、新旧の攻撃の間の関係性の十分な変化や、行為者の感情的状態の変化によって、反復性が失われうるとされている⁸³⁾。行為が「反復する」に当たる場合、行為者の故意の内容として、①最初の攻撃の段階で、反復的に被害者に苦痛を与えることについての未必の故意、および、②反復されている各攻撃のたびに、最初の攻撃を意識していることを要求する見解がある⁸⁴⁾⁸⁵⁾。

b 近時の適用例

苦痛の付与への該当が認められた近時の判例として、2015年8月4日の連邦通常裁判所判決⁸⁶⁾がある。

(a) 事案の概要

被害者はごく幼い頃から、遺伝性疾患である腭線維症に罹患していた子供であり、この疾患のために、継続的に様々な医療的処置を受けなければならない状況にあった。被害者は12歳の時、母親(共同被告人)と共に、「導師」と称される被告人男性の世帯に移り住んだ。被害者への処置の必要性を認識していた両被告人は、転居時まで実施されていた医療的処置を継続しようとせず、処置を継続するかどうかの決断を被害者に委ねていた。両被告人は、必要な医薬品や器具類の使用を全くないし不十分にしか認めなかった。また、被害者が実父に連絡をすることは両被告人によって徹底的に阻止されていた。自分の判断の影響を十分に認識していなかった被害者は、煩わしい医療的処置をしなくて済むことを嬉しく思い、処置を要求しなかった。男性

被告人は被害者に対して、被害者が毎日何度も自分と一緒に瞑想すれば被害者の(原因が治療可能でない)病気が18歳までに治療されると約束し、この約束を被害者は信じた。

このような経緯を経て、被害者の容態は急激に悪化した。具体的には、肺の機能が部分的に回復不能なほどに喪失したために、ほんの少し体を動かしても呼吸困難が始まり、絶え間ない頭痛に悩まされた。遅くとも引越してから一年半後には痛みが生じていた。両気管支はひどく痰詰まりになり、3年間成長したにもかかわらず体重が増えず、その結果、ひどい栄養失調になった。被害者の容態は生命を脅かすほどになり、処置をしなければほんの数週間のうち死に至るような状況になった。

(b) 判旨

このような事実関係の下で、連邦通常裁判所は、不作為による「苦痛の付与」を認めた原審の認定を、以下のように述べて支持した⁸⁷⁾。

「地裁が法的瑕疵なく認定したところによれば、公訴参加人(被害者のこと——筆者注)に対して必要とされる薬剤による処置、療養上の処置、および、医師による処置の不作為は、進行性の能力低下、肺機能の相当な衰弱、深刻な栄養失調、絶え間ない頭痛、および、ついにはさらに、酸素欠乏のために指先が青くなるに至り、その際に、遅くとも2001年の中ごろ(転居の1年半後——筆者注)には苦痛(Beschwerden)および痛みが生じ、持続的に高まった。酸素の飽和量がどんどん遁減することを伴う気管支への痰詰まりの進行、深刻な栄養失調、および、これによりもたらされた被害者の能力の低下は公訴参加人に対する相当な苦しみを具現化した。さら

81) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

82) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

83) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

84) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

85) 「苦痛の付与」に関する主要な論点として、故意以上に特別な主観的要素が必要か、というものがある。学説においては必要説と不要説が対立していたところ、近時、連邦通常裁判所は、①沿革的な理由、および、②実際の苦痛の付加という制限的な構成要件要素が存在するという理由に基づいて、不要説に立つことを明言した。Vgl., BGH NStZ-RR 2015, 3047 (2015年8月14日判決)。

86) BGH NStZ-RR 2015, 3047 (2015年8月14日判決)。

87) Rn. 37, 38.

に、酸素の飽和量が不十分であったために、被害者は絶え間なく頭痛に悩まされ、それゆえ、上述の定義の意味における相当な痛みを受けた；結局、地裁の認定によれば、身体への負荷のそれぞれが、被害者に相当な痛みをもたらした。

法的評価および量刑の範囲においては、地裁は正当に以下のことを考慮した。すなわち、必要とされる医療上の処置および療養の不作为の犯行の期間は約3年であるということ、健康状態の悪化およびそれにより生み出された公訴参加人への痛みはこの期間中継続的に積み重なって強まっていたということ、ならびに、犯行結果——公訴参加人が苦しんだ時点——は遅くとも2001年の中ごろには始まっていたということである。

(4) 行為態様2——粗暴な虐待

a 意義

被保護者虐待罪の第2の行為態様は「粗暴な虐待」である。

「虐待」⁸⁸⁾という文言は、単純傷害罪と同じものである⁸⁹⁾。「虐待」という概念の下で論じられる論点として、身体的症状に至らないような精神的な侵害がここでいう「虐待」に当たるか、というものがある。単純傷害罪

においては「身体的虐待」という文言が用いられている一方で、被保護者虐待罪においては「身体的」という文言が用いられていない。このことから、被保護者虐待罪においては単なる精神的侵害も含まれるのと解する余地が生じるのである。この点について、多数説⁹⁰⁾は、「虐待」という文言の共通性という観点から、身体的虐待に限定するという理解を採用している⁹¹⁾が、精神的虐待をも含むとする有力な見解⁹²⁾もある。

「粗暴な(roh)」とは、判例によれば、「犯人が他人に無感情な心情(gefühllose Gesinnung)から傷害を与え、かつ、その心情が行為の相当な結果に表れている場合」に認められる⁹³⁾。そして、判例によれば、無感情な心情が認められるのは、「犯人が虐待の際に、人間的かつ了解可能に思考する者であれば誰にでも生じるはずの——必ずためらいとして作用するような——被虐待者の苦しみへの感受性を失ってしまっている場合である」⁹⁴⁾。

また、判例によれば、痛みを他人に伝えることができない被害者に対する保護という観点から、「粗暴な虐待」には実際に被害者に苦痛を与えたことの立証は不要である⁹⁵⁾。

88) Misshandeln については、本来は「不当な取扱い」と訳出することが正確と思われるが、ここでは、慣例に従って「虐待」という訳語を当てておく。

89) 単純傷害罪における身体的虐待とは、些細なものにすぎないとはいえない程度に身体の健全性が侵害される不快で不当な取扱いであるとされている。Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl §223 Rn. 4. 藪中・前掲注35) 42頁参照。また、事実上、健康侵害も「虐待」に当たるとする見解として、Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16.

90) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 13; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 13; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 6.

91) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 13 は、このことを述べる箇所では BGH St 25, 277 (1974年1月23日判決)を参照しているが、この判例は精神的虐待が排斥されるか否かについて論じたものではないため、参照には疑義がある。

92) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 5. Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17 においては、次のような議論が展開されている。すなわち、① 225条1項の「苦痛の付与」においては精神的苦痛を捕捉しており、かつ、3項2号が「精神の発達」を規定していることから、225条は精神的的事象に関心を寄せているといえる。② 1993年の立法者が精神的虐待を「粗暴な虐待」から除外する意図であったことはその通りであるが、後に制定された動物愛護法(被保護者虐待罪と同様の構成要件を規定)では精神的苦しみも捕捉されているところ、今日の立法者意思として、セキツイ動物が被保護者よりも刑法上包括的に保護されていると解すべきいわれはない、という議論である。もっとも、この見解は、単純傷害罪においても精神的苦しみも捕捉されているとしている点で、一般的な見解とはやや前提を異にしている。

93) BGH NStZ-RR 2015, 369 (2015年7月23日判決) Rn. 19; BGH NStZ 2007, 405 (2007年2月28日決定)。

94) BGH NStZ-RR 2015, 369 (2015年7月23日判決) Rn. 19; BGH NStZ 2007, 405 (2007年2月28日決定)。

95) BGH St 25, 277 (1974年1月23日判決)。本判決では、粗暴性を客観的に把握する必要という観点から、「粗暴な虐待」には被害者が実際に痛みを感じたことが必要なのではないかが問題とされた。この点について、同判

b 近時の適用例

「粗暴な虐待」の適用が否定された近時の判例として、赤ん坊を泣き止ますための揺さぶりが問題となった判例⁹⁶⁾と、恋人による虐待の事後処理が問題となった判例⁹⁷⁾を紹介する。いずれの事案でも無感情な心情の有無が問題となった。

(a) 赤ん坊を泣き止ますための揺さぶり

赤ん坊を泣き止ますための揺さぶりが「粗暴な虐待」に当たらないとされたのが、2007年2月28日の連邦通常裁判所決定である。

・事案の概要

本件は、被告人の「神経がまいってしまいそうなほどに」約20分間泣き続けていた生後約4カ月の息子（被害者）を泣き止ませるために、被告人が息子を1分ほど持ち上げて息子が黙るまで揺さぶり、その結果、被害者は回復不能な脳の損傷を受け、そのため精神的な能力のさらなる発達が妨げられ、視力が低下し、脳の損傷により引き起こされるてんかんに対する処置が必要になった、という事案である。

原審は、重傷害罪（226条）と本罪の一罪として被告人を有罪とした。連邦通常裁判所は、重傷害罪の成立を正当としつつ、「無感情な心情」の認定について、以下のように述べて、本罪での有罪を破棄した。

・判旨

連邦通常裁判所は概要以下のように述べる。すなわち、「被告人が『手加減なく、かつ、自分の乳児の苦しみを慮ることなく、自分の静かに休みたいという欲求を押し通した』という事情から、粗暴な心情を推論」する原審の認定は、「その乳児がやかましくかつ長時間続けて泣いていたことによって被告人が一杯一杯になっていたという認定と相容れない」。また、原審は、「被告人が自分の行為がもたらす重大な帰結に関して故意に振舞っていたというわけではないということを看過している」。そして、以上の事実関係は、「被告

人が犯罪実行の際にためらいとして作用するようなものであって自分の息子の苦しみへの感受性を失ってしまった可能性があるということ裏付けない。

(b) 恋人による虐待の事後処理

恋人が連れ子に対して虐待を加えた後に、実母が一定の時間医療的な処置を施さなかった場合に、「粗暴な虐待」への該当を否定したのは、2015年7月23日の連邦通常裁判所の判決である。

・事案の概要

本件の被告人は女性である。被告人の恋人が、被告人不在の間に、生後約5カ月になる被告人の実子（恋人とは血縁関係なし）を鉄製の警棒で殴打した。被害者は、重大な頭蓋外傷、外傷性脳障害、脳硬膜下血腫、脳組織深部の出血、右頭皮および額部への血腫を被り、その結果、朦朧状態になるか、あるいは、比較的長時間意識を喪失していた。帰宅した被告人は、帰宅直後には被害者の異変に気づかなかつたが、翌朝には異変に気づいた。被告人は被害者には医療的処置が必要であることを認識していたにもかかわらず、被害者を病院に連れて行けば子供を奪われるという不安と、被害者の怪我に関与していると推察される恋人を守りたいという気持ちから、直ちには被害者を病院に連れて行かなかつた。そこで、被告人は、自分の母親に怪我の原因を偽って相談し、相談を受けた被告人の母親が、被告人と被害者の2人を病院へ連れて行った。この時点で、被害者は腫れのせいで痛みを苦しんでおり、動いておらず、朦朧状態にあった。被害者の額部はひどく腫れ上がって変色しており、両目は一部閉じて腫れていた。

原審は、不作為による225条1項を認定して被告人を有罪とした。

・判旨

連邦通常裁判所は、225条1項のいずれの行為態様も認定されていないとして原審の判

決は、痛みがある場合には通常は粗暴性すなわち無感情な心情が現れているといえるが、それは唯一の発現の仕方ではない、としている。もっとも、本判例は、「通常人が相当な痛みを与えるようなものと感じられる性質を持ったものでなければならない」ともしている。

96) BGH NStZ 2007, 405 (2007年2月28日決定)。

97) BGH NStZ-RR 2015, 369 (2015年7月23日判決)。

断を破棄した。ここでは、「粗暴な虐待」に関する部分を紹介する。

連邦通常裁判所は、原審の事実認定によれば、「乳児に対する義務に違反した振舞いの理由は、無感情ではなく、病院に行くと子供を失うという恐怖 (Furcht) であり、あるいは、[恋人] が子供の重大な負傷に関与していると被告人は想像したので、[恋人] ……を守るという意志であったかもしれない」と述べて、「被告人が、自己の義務に違反する不作為によってもたらした子供の傷害を、かかる心情 (無感情な心情——筆者注) からもたらしたということは、判決理由からは読み取れない」と結論し、「粗暴な虐待」に該当することを認めなかった。

(5) 行為態様 3 —— 悪意の配慮義務懈怠による健康侵害

a 意義

被保護者虐待罪の第 3 の行為態様は、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」である。この行為態様は、真正不作為犯である⁹⁸⁾。

条文の文言は「配慮する……義務」とされているが、これは、1号の意味における配慮義務に限定する趣旨ではなく、1号ないし4号において行為者に課された義務のことをいう⁹⁹⁾。

「健康を害し」は、単純傷害罪と同じ文言である。これについては、「粗暴な虐待」に精神的虐待を含むとするか否かにかかわらず、単純な精神的侵害は含まれない、とするのが一般的である¹⁰⁰⁾。

判例によれば、悪意があるのは、「他人を配慮する自己の義務を非難すべき動機ゆえに

懈怠する」場合であり、「意地悪さ、他人の苦しみへの快楽、憎悪、および、例えば吝嗇やエゴイズムその他の非難すべき動機からの敵意のある (feindselig) 振舞い」が悪意性を特徴づけ、他方で、「無関心、鈍感さ、あるいは、弱さならびに成熟不足ゆえの要求の過大性は、通常は十分ではない」とされる¹⁰¹⁾¹⁰²⁾。

b 近時の適用例

I 2(4) b(b)で紹介した 2015 年 7 月 23 日の連邦通常裁判所の判決¹⁰³⁾は、悪意の配慮義務懈怠による健康侵害への該当性も否定した。事案の概要については I 2(4) b(b)を参照されたい。具体的なあてはめとして、子供を奪われるという不安 (Angst) および自分の恋人を守るという動機は、ただちには悪意性の要素にあてはまらないという判断が示されている。

3 加重的構成要件 (3 項)

(1) 法的性格

3 項は、「行為者が、行為により、保護を委ねられた者を、1. 死亡もしくは重い健康侵害の危険、または、2. 身体もしくは精神の発達に対する相当な侵害の危険にさらしたときは、1年以上の自由刑を言い渡すものとする」と定めている。この規定は、具体的危険犯を定めた加重的構成要件であり、結果的加重犯 (18 条) ではない¹⁰⁴⁾。したがって、3 項の成立には、具体的危険に対する故意が必要である¹⁰⁵⁾。

98) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 17; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn.23; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 17; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 11; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 7.

99) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 20; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

100) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 22; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

101) BGH NStZ——RR 2015, 369 (2015 年 7 月 23 日判決) Rn. 20.

102) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 28 は、中立的な動機では足りないとする。

103) BGH NStZ——RR 2015, 369.

104) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 22; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 37; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 19; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 9; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 9.

105) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 22; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33),

(2) 3項各号の危険

225条3項各号の意義を明らかにしたのは、I 2で紹介した2015年7月23日の連邦通常裁判所の判決である¹⁰⁶⁾。連邦通常裁判所は、まず、一般論として、「225条1項に限定された構成要件該当行為の1つが、刑法225条3項の選択肢に規定された結果に至るべき当然の可能性を基礎づけている」ことが重要であるとする。そして、1号の重大な健康侵害とは、「身体的もしくは精神的な作業能力 (Leistungsfähigkeit) の継続的かつ残存的な侵害と結びつけられる健康侵害、または、生命を脅かし、苦痛が多く、もしくは、重大かつ長期的な疾病に存在する健康侵害」であるとする。さらに、2号の発達の相当な侵害とは、「身体的もしくは精神的な発育プロセスの正常な進展が持続的かつ残存的に阻害されること」であるとする¹⁰⁷⁾。

上記判決は、1号の死亡の危険については述べていない。学説の中には、この危険を、行為者によってもはやコントロールできないままに状況が進展する場合に被害者が生命を失う可能性に直接さらされていること、または、死亡の危険の発生が偶然に依存しているにすぎないこと、と定式化するものがある¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾。学説では、被害者が自殺をする

危険も問題となりうるとされている¹¹⁰⁾。

4 罪数論に関する判例

ここまでは、225条の構成要件を概観してきたが、本章の最後に、罪数論に関する判例を1件取り上げる。ドイツの罪数論では、観念的競合における明示機能という観点¹¹¹⁾や、法条競合の基準という観点¹¹²⁾から、問題となる罪に固有の不法内容は何かという点が重視される。したがって、被保護者虐待罪の不法内容を明らかにするという見地からは、被保護者虐待罪と他の罪との罪数論を検討することが極めて有益なのである¹¹³⁾。

ここで取り上げるのは1995年3月30日の連邦通常裁判所の判例である¹¹⁴⁾。この判例は、被保護者虐待罪と傷害致死罪の罪数関係について、法条競合としてきた従来判例を変更し、観念的競合とした。その理由づけにおいて、被保護者虐待罪の不法内容が端的に述べられている。

本件は、被告人たる母親が娘に対して約8カ月間暴行を加えて虐待していたところ、ある日、被告人の平手打ちによって転倒した娘が家具に頭部をぶつけて数日後に死亡した、という事案である。本件では、現行規定への

§225 Rn. 37; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 23; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225ühl Rn. 9; Rengier, a.a.O. (Anm.36), §17 Rn. 9; BGH NSZ 2015, 369.

106) BGH NSZ 2015, 369.

107) また、本判決は、犯行前にすでに刑法225条3項における侵害または侵害の危険が存在する場合であっても、「既に存在する侵害もしくは危惧される侵害を相当程度増大させる危険、または、個人の既存の障害的素因ゆえに存在する危険をある程度上昇させる危険を、犯行が惹起した」場合には、構成要件は実現されうるとしている。

108) Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 20.

109) さらに虐待への恐怖を理由として行為者の領域から逃走する際に被害者が死亡の危険が生じた場合が3項に捕捉されているかについては、争いがある(3項の危険は1項の基本犯自体の結果から生じたものでなければならぬという観点から否定する見解として、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 24. 3項は精神的な侵害に起因する自己危殆化を防止しているという観点から、この場合にも3項に当たりうるとする見解として、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 36)。

110) Vgl., Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 36; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 26; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 20.

111) 只木誠「観念的競合における明示機能」研修754号3頁(2011)。

112) 判例によれば、「ある行為の不法内容が文言上適用可能な複数の構成要件のうちの1つによって評価し尽くされている場合」には法条競合となる。また、「1つの犯罪構成要件によって保護される法益の侵害は——常に必要のものではないとしても、通常は——他の構成要件の発現形態でなければならない」とされている(BGHSt 39, 100 (1992年10月20日決定) Rn.24.)。

113) ドイツ刑法における罪数論を一般的に紹介した近時の論考として、仲道祐樹「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑事法ジャーナル48号17頁(2016)。

114) BGHSt 41, 113 (1995年3月30日判決)。本判決の我が国における紹介論文として、山本光英「保護を命じられた者の虐待罪と傷害致死罪との所為単一」山口経済学雑誌50巻5号123頁(2002)。

改正前の1994年刑法223条bが適用された。原審は、被告人の行為が本罪における「苦痛の付与」に該当する(223条b第1項)と認定しつつも、先例を援用して本罪と傷害致死罪は法条競合の関係に立つと判断し、被告人を傷害致死罪(226条)で有罪とした¹¹⁵⁾。

連邦通常裁判所は以下のように述べて、傷害致死罪のみを認めた原審を破棄した。

「苦痛の付与は、通常、刑法226条の構成要件の前提である傷害によって惹起される。しかし、刑法223条(単純傷害罪——筆者注)を超える保護を委ねられた者の虐待罪の不法内容は、1つには行為者に対する被害者の依存的立場からもたらされ、1つには——苦痛の付与および粗暴な虐待という構成要件要素の場合には——被害者に特殊な負荷をかける傷害罪の形式であることからたらされるのであるが、傷害致死罪の構成要件によっては把握されていない；傷害致死罪の構成要件は、行為者と被害者との間の関係性にも、傷害罪の犯行態様にも結びついておらず、もっぱら惹起された死亡結果を顧慮している。同一の構成要件によって把握される1つの犯行の不法を言語化する……という有罪宣告の明示機能は、この場面においては、刑法223条bと刑法226条を観念的競合と考えることによってのみ十分に顧慮される」。

本判決が指摘する被保護者虐待罪に固有の不法内容は、①行為者に対する被害者の依存的立場と、②被害者への特殊な負荷である。本判決は、直接には「苦痛の付与」および「粗

暴な虐待」についてのみ言及しているが、行為者と被害者の関係性という理由づけは、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」にも妥当するという指摘がある¹¹⁶⁾。また、判旨が用いる「依存的立場」という表現は、当時の条文の文言との平仄を合わせたものと考えられる。したがって、現行規定の文言の下では「従属的立場」という表現がより適切であるということになる¹¹⁷⁾。

5 小括

以上、本章では、ドイツ刑法225条の被保護者虐待罪について概観してきた。ここまでの検討を簡単に振り返っておく。

被保護者虐待罪は、「身体の完全性に対する罪」の章に規定されつつも、身体の完全性に加えて精神の完全性も保護法益としている。精神の完全性に関しては、単純傷害罪の加重類型ではなく独自の構成要件とされている。

基本犯の第1の要件は、客体が18歳未満の者、または、虚弱もしくは疾病のために抵抗不能な者であることである。

基本犯の第2の要件は、客体と行為者の間に一定の保護関係があることである。特に、1号の配慮関係は継続性を念頭に置く一方で、監護関係は短時間の関係性を念頭に置いていた。判例上、単なる好意による関係は基本的に保護関係に当たらないとされており、この判例においては、①行為者と権威関係や依存関係にある被害者が恐怖や尊敬の念ゆえに

115) 本判決当時の刑法223条b第2項は「特に重い事案」について加重規定を設けていたが、そこでは、「死亡……の危険」の惹起をもって「特に重い事案」であることを推定するという規定となっていた。したがって、死亡結果そのものは本罪において加重類型とはされていなかった。死亡結果そのものが加重規定の構成要件とされていない点は、現行225条においても同様である(3項参照)。

116) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 40. また、Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17は、被保護者虐待罪の「多様な独自の不法内容」を顧慮するという観点から、特に行為態様を区別することなく、被保護者虐待罪と傷害致死罪が観念的競合になるとしている。

117) 刑法典第17章(身体の完全性に対する罪)中の他の規定との罪数関係については、危険傷害罪(224条)、重傷害罪(226条)と本罪とは観念的競合になるとされている。また、単純傷害罪(223条)に関しては、身体に対する苦痛の付与という行為態様によって本罪が犯された場合には、単純傷害罪は本罪に劣後するという理解が一般的である。Vgl. Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 29; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 40; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 23; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 21; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17. なお、BGH 1 StR 606/11(2011年12月21日決定)では、「当該事案に関して」という留保は付されているものの、223条は225条1項に劣後する旨が判示されている。

あえて抵抗しようとしないう点、および、②行為者の義務違反ないし権限濫用という点に保護関係の基本的な趣旨があるとされていた。

基本犯の第3の要件は、「苦痛の付与」である。ここには純然たる精神的苦痛の付加も捕捉されている。そして、この行為態様は、一回的な行為により苦痛が持続するタイプと、反復的な行為により苦痛が蓄積されるタイプを念頭に置いている。特に後者にあつては、比較的厳格な内容の故意が要求されている。

基本犯の第4の要件は、「粗暴な虐待」である。判例・多数説によれば「虐待」には精神的侵害は含まれない。また、粗暴性は、無感情な心情から傷害を行い、その心情が結果に顕出されている場合に認められる。「粗暴な虐待」が問題となる判例においては、無感情な心情の存否が重要である。

基本犯の第5の要件は、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」である。これは真正不作為犯であり、精神的侵害は含まれないと解されている。悪意性については、非難されるべき動機であるとされる。

加重的構成要件においては、基本犯に基礎づけられた結果の発生が重視される。

そして、被保護者虐待罪と傷害致死罪との罪数関係をめぐる判例においては、①行為者に対する被害者の依存的立場と、②被害者への特殊な負荷という観点から、被保護者虐待罪独自の不法内容とされていた。

アメリカ模範刑法典 230.4 条 II. における「子供の福祉を危うくする罪」

本章では、アメリカ模範刑法典 230.4 条における「子供の福祉を危うくする罪」(以下、

福祉危殆化罪という) について、特にペンシルバニア州の運用に則して検討する。ペンシルバニア州に着目するのは、同州では模範刑法典の規定がほぼそのまま条文化されているという理由による。

1 模範刑法典 230.4 条の基礎知識

ここでは、検討のための基礎知識として、模範刑法典 230.4 条の条文と、本条が規定された背景を確認しておく。

(1) 条文

模範刑法典 230.4 条は、以下のように定めている¹¹⁸⁾。

230.4 条 子供の福祉の危殆化

親、後見人、その他 18 歳未満の子供の福祉を監督する者が、世話、保護、または支援の義務に違反することによって、知りつつ、その子供の福祉を危うくした場合は、軽罪を犯している。

(2) 模範刑法典前の状況——非行寄与罪による処罰

アメリカ法律協会による模範刑法典の注釈書によれば、模範刑法典前には、ほぼすべての法圏において、未成年の「非行に寄与する (contribute to the delinquency) 罪」ないし「道徳を墮落させる (corrupt the morals) 罪」が規定されていた (以下、非行寄与罪という)¹¹⁹⁾。非行寄与罪では、子供の非行に寄与するあらゆる行為が処罰対象とされていた¹²⁰⁾。非行寄与罪における非行は、通常、次の 3 つのタイプの振舞いを含む形で定義されていたとされる。すなわち、①子供による法令の違反、②子供により行われる、自身または他人の健康または道徳を損なう傾向のあ

118) 訳語は、法務省刑事局編「アメリカ法律協会模範刑法典 (一九六二年) / 藤木英雄訳」刑事基本法令改正資料第 8 号 132 頁 (1964) を参照したが、適宜修正を施している。

条文の原文は次の通りである。

§230.4 Endangering Welfare of Child

A parent, guardian, or other person supervising the welfare of a child under 18 commits a misdemeanor if he knowingly endangers the child's welfare by violating a duty of care, protection or support.

119) See, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS) PART II DEFINITION OF SPECIFIC CRIMES §§220.1 to 230.5, 444 (1980).

120) See, *id.* at 445.

るあらゆる行動、および、③その子供が成長して無為または犯罪に至り、または、自堕落もしくは不道徳な生活に至るというリスクを有する振舞いまたは交際、の3つである¹²¹⁾。

非行寄与罪に対しては、様々な問題点が指摘されていた。第1に、非行の定義の仕方からもうかがえるように、非行寄与罪はあまりにその文言が漠然としており、明確性の原則に反しているという問題がある¹²²⁾。第2に、非行寄与罪に該当する行為は、強姦罪や盗品買受罪、未成年へのアルコール提供罪等の非行寄与罪以外の罪にも該当しうるところ、非行寄与罪が存在するために、同時に成立すべき非行寄与罪以外の犯罪の犯罪学的な特性を無に帰してしまうという問題がある¹²³⁾¹²⁴⁾。

模範刑法典の福祉危殆化罪は、非行寄与罪へのこのような問題を踏まえて、自覚的に非行への寄与というコンセプトを採用していない¹²⁵⁾。

(3) 主体の限定という態度決定

福祉危殆化罪では、行為者が「親、後見人、その他18歳未満の子供の福祉を監督する者」に限定されている。また、注釈書によれば、

「世話、保護、または支援」の義務に違反していなければならないと明記されている趣旨は、「親、後見人、または、子供の福祉を監督するその他の者」としての行為者の地位を理由として生じた法的義務のみが問題となることを明らかにすることにあるとされている¹²⁶⁾。すなわち、「すべての市民が互いに対して負う法的義務や、第三者が未成年に対して負う法的義務」に違反して子供の福祉を危うくしたとしても、本条では処罰されない¹²⁷⁾。ここからは、模範刑法典が、福祉危殆化罪の成立する主体を、親、後見人その他子供の福祉を監督する者に限定するという態度決定を自覚的かつ明示的に行っていることがわかる。

以上の基礎知識を踏まえて、次に、模範刑法典をほぼそのまま条文化しているペンシルバニア州における福祉危殆化罪の運用を概観したい。

2 ペンシルバニア州における運用

ペンシルバニア州法 Title18 の 4304 条は、以下のように定めている¹²⁸⁾。

121) *See, id.*

122) *See, id.* at 449.

123) *See, id.* at 449-450. ここでは、「子供への強姦、少年からの盗品の買受け、10代へのアルコールの提供、両親の支配から逃れるよう青年に説得するといった本質的に異なる振舞いを同一の犯罪として扱うような広く余裕のある犯罪という文脈においては、上記の争点（メンズレアや犯罪の等級付け等を指す——筆者注）は目的にかなう形で取り組まれえない」と厳しく批判されている。

124) このほかにも、非行寄与罪が親に適用される場合について、①未成年への親の監督不行き届きという側面しか評価していないことになるが、非行の原因は親の監督不行き届きには限られないから、非行寄与罪があったとしても非行は減少しないという批判、②非行寄与罪によって親に罰金や実刑を科すことは、生活資源ないし親の存在を子供の生活から奪うことになって非行防止には逆効果であるという批判が加えられている。*See, K. J. Parsley, Constitutional Limitations On State Power To Hold Parents Criminally Liable For The Delinquent Acts Of Their Children*, 44 VANDERBILT L. REV. 441 (1991), IV D.

125) *See, supra* note 119, at 449.

126) *See, id.* at 450.

127) *See, id.*

128) 原文は以下の通りである。

Title18 Pa.C.S.A. §4304 Endangering welfare of children

(a) Offense defined.—

(1) A parent, guardian or other person supervising the welfare of a child under 18 years of age, or a person that employs or supervises such a person, commits an offense if he knowingly endangers the welfare of the child by violating a duty of care, protection or support.

(2)...

(3) As used in this subsection, the term “person supervising the welfare of a child” means a person other than a parent or guardian that provides care, education, training or control of a child.

Title18 Pa.C.S.A. § 4304 子供の福祉の危殆化

(a) 定義された犯罪

- (1) 親、後見人、その他 18 歳未満の子供の福祉を監督する者、または、そのような者を雇用もしくは監督する者が、世話、保護、または支援の義務に違反することによって、その子供の福祉を知りつつ危殆化したときは、罪を犯している。
- (2) 略¹²⁹⁾
- (3) 本項で用いられている場合には、「子供の福祉を監督する者」という語は、親または後見人を除いて、子供の世話、教育、訓育、または管理を提供する者を意味する。

(b) 等級付け

本条の罪は、第 1 級軽罪を構成する。もつとも、子供の福祉を危殆化する一連の行為がある場合には、本条の罪は第 3 級重罪を構成する。

a 項 1 号の文言からも明らかであるが、本条は模範刑法典に由来している¹³⁰⁾。模範刑法典との規定上の違いは、第 1 に、ペンシルバニア州法では行為者が「そのような者を雇用もしくは監督する者」まで拡張されていること、第 2 に、同 3 号において「子供の福祉を監督する者」の定義規定を設けていること、第 3 に、b 項において「子供の福祉を危殆化する一連の行為」が重罪とされていることである。

4304 条 a 項 1 号は、厳密には、子供の福祉を監督する者、義務の違反、義務違反による福祉の危殆化、認識 (knowingly) という

(b) Grading.—An offense under this section constitutes a misdemeanor of the first degree. However, where there is a course of conduct of endangering the welfare of a child, the offence constitutes a felony of the third degree.

*脱稿後、本条は 2017 年 6 月 29 日に一部改正された (同年 8 月 28 日施行) (Act of Jun. 29, 2017, P.L. 246, No. 12)。改正の内容は、① (b) 従来から存在した一連の行為の場合の加重に加えて、死亡または重大な身体の傷害の危険を創出した場合の加重規定を設けた点、② (c) カウンセリングの受講に関する規定が新たに追加された点である。本改正の意義についての検討は今後の課題としておきたい。以下、条文の和訳と原文を掲げておく。

(b) 等級付け

(1)(2) に規定されている場合を除いて、以下が適用される。

(i) 本条の罪は、第 1 級軽罪を構成する

(ii) 行為者が子供の福祉を危殆化する一連の行為に従事した場合は、本罪は第 3 級重罪を構成する。

(iii) (a) (1) の罪の遂行において、行為者が死亡または重大な身体の傷害の実質的危険を創出した場合は、本罪は第 3 級重罪を構成する。

(iv) (a) (1) における行為者の行為が、死亡または重大な身体の傷害の実質的危険を創出し、かつ、その行為が一連の行為の一部であった場合には、本罪は第 2 級重罪を構成する。

(2) 犯罪遂行の時点で当該子供が 6 歳以下であった場合には、本条の罪の等級は一段階増加するものとする。

(c) カウンセリング

裁判所は、本条により有罪である者にカウンセリングを受けることを命じることを考慮するものとする。

(b) Grading.

(1) Except as provided under paragraph (2), the following apply:

(i) An offense under this section constitutes a misdemeanor of the first degree.

(ii) If the actor engaged in a course of conduct of endangering the welfare of a child, the offense constitutes a felony of the third degree.

(iii) If, in the commission of the offense under subsection (a) (1), the actor created a substantial risk of death or serious bodily injury, the offense constitutes a felony of the third degree.

(iv) If the actor's conduct under subsection (a) (1) created a substantial risk of death or serious bodily injury and was part of a course of conduct, the offense constitutes a felony of the second degree.

(2) The grading of an offense under this section shall be increased one grade if, at the time of the commission of the offense, the child was under six years of age.

(c) Counseling.

A court shall consider ordering an individual convicted of an offense under this section to undergo counseling.

129) 2 項は、児童虐待が疑われる場合に公的責任を有する者が当局へ通報しないことを犯罪とする規定である。

130) See, John M. Burkoff, *Criminal Offenses and Defenses in PENNSYLVANIA* 6TH ED. —WEST'S PENNSYLVANIA PRACTICE, §1:402. (2016). See, *Com. v. Taylor*, 324 Pa. Super. 420, 471 A.2d 1228 (1984).

4つの要件を規定している。もっとも、実際の適用に当たっては、後者3つがはっきりと区別されているわけでは必ずしもない。したがって、以下では、子供の福祉を監督する者(1)という要件と、福祉の危殆化という要件(2)に大きく分けて検討を行う。

(1) 子供の福祉を監督する者

「子供の福祉を監督する者」の意義に関しては、1998年に3つの判例が出されている。そこで、以下では、この3つの判例を取り上げる¹³¹⁾。第1の判例は、当該事案の訪問客を「子供の福祉を監督する者」に当たらないとした *Com. v. Halye*¹³²⁾ である。第2の判例は、恋人の子供と同居する大人が「子供の福祉を監督する者」に当たると判断した *Com. v. Kellam* である¹³³⁾。第3の判例は、子供と同居する大人が「子供の福祉を監督する者」に当たりうるとした *Com. v. Brown*¹³⁴⁾ である。

a 訪問客—— *Com. v. Halye*

(a) 事案の概要

本件の被害者(V₁)は、被告人(A)のいところ(B)の息子であった。被告人はBの居室を訪れていた。その晩は、Bの夫、V₁、Bの娘(C)も在宅していた。V₁とCが寝室で遊んでおり、大人たちが別の部屋にいたところ、Aは浴室に行かなければならないとほめかした。Aがすぐには戻らず、他方で子供たちは静かになったので、Bは心配になって寝室へ様子を見に行きかけた。すると、Cが寝室で1人で遊んでいた。寝室の押入れのドアが開けられるや否や、AがV₁の露出された秘部に顔を近づけていたのが発見された。原審は福祉危殆化罪の成立を認めた。この判断に対して、Aは、暴行の時点では自分は「子供の福祉を監督する者」ではなかったと主張した。

(b) 多数意見

州最高裁の多数意見は、本件においてはA

が「子供の福祉を監督する者」には当たらないと判断し、福祉危殆化罪での有罪を破棄した。その理由づけは、「Aが子供たちの監督を依頼されたということ、または、そのような役割がAに期待されていたことを示す証言は提出されなかった。むしろ、Aは子供の住居にいた訪問客だった。子供の両親は在宅しており、子供たちを監督していた」というものであった。

(c) Joyce 反対意見

以上の多数意見に対しては、Joyce 判事が反対意見を付している。Joyce 判事は、まず、法は親による明示的な監督の依頼を要件としていないということを指摘する。次に、先例を引用¹³⁵⁾し、「本条は、コミュニティの常識、および、本条が制定された広範な保護目的を参照することによって、意味が与えられるべきである」という一般論を確認する。そして、監督(supervision)という語は、「他人の行為の監視(oversight)および他人の行為を指示する(direct)権力」を含意する、と述べる。そして、次のように述べて、Aは「子供の福祉を監督する者」に当たるとした。

「Aは、子供を監視(oversee)や監督するように特別に依頼されたわけではないけれども、子供たちの寝室に入り、子供たちのゲームに加わることによって、そのような役割を自らに自発的に帰した(arrogate)のである。そしてAは、押し入れに入るようにV₁に指示および強制し、Aによる望まない性的行為に服せしめた。この証拠は、AがV₁を監視ないし監督していたことを証明するのに十分である。V₁の母親がAに子供の監督をするように特に依頼したわけではなかったという理由のみで証拠が不十分であると考えられることは、被害者への権限という地位を引き受けた関係ある大人(an adult relative who assumed a position of authority over the victim)としてのAの身分(status)を無視している」。

131) なお、a項3号によれば、「親または後見人を除いて、子供の世話、教育、訓育、または管理を提供する者」と定義されている。もっとも、判例においては必ずしもこの定義に当たるかという形での議論は行われていない。

132) 719 A.2d 763 (1998).

133) 719 A.2d 792 (1998).

134) 721 A.2d 1105 (1998).

135) *Com. v. Ogin*, 373 Pa. Super. 116, 540 A.2d 549 (1988).

b 子供と同居する大人①—— Com. v. Kellam

(a) 事案の概要

本件の被告人(D)は、ガールフレンド(E)およびその娘である被害者(V₂)と同居していた。EはV₂を世話することが肉体的、経済的、精神的にできなかったため、しばしばV₂を近親者等のところに置いていたが、Dは、Eの公的扶助を増やすため、そして、児童青年局への通報を怖れて、V₂を取り戻すようにEに命じていた。Dは、子供の養育を含めたEの生活すべてを支配していた。EはDに対して公的扶助で得た資金を渡していた。Eが外出する際には、Dが赤ん坊の面倒を見ており、DおよびEは2人とも、V₂のオムツを取り換えたり、食事を与えたりしていた。とある金曜日と土曜日に、Eは一晚中外で飲酒をしており、他方で、Dは子供と家に残っていた。日曜日の朝に帰宅したEがDに対してV₂のことを尋ねたところ、Dは、自分がV₂に食事を与えた、V₂は元気だ、と返答した。そこでEは午後5時まで昼寝をしていたところ、午後9時ごろ、EはV₂が死亡していることに気づいた。V₂は、脱水症状、栄養失調、および、高熱によって死亡したが、24時間ないし48時間飲み食いしていなかったことが判明した。

原審は、以上の事実関係に基づいて、Dを第3級謀殺罪および福祉危殆化罪によって有罪とした。福祉危殆化罪に関するDの主張は次の2つである。①行為の義務は血縁上の親または養親に限定される。②V₂の母親であるEは在宅しており、V₂の死亡時には昼寝をしていたのだから、自分はV₂に対する監督(custody)および管理(control)を有し得ない。

(b) 判旨

州最高裁は、上記の主張①②を両方とも退けた。まず、主張①に対しては、以下のように述べている。

「複雑さを増している家族状況の中で子供が暮らす時代においては、我々は、刑事責任が生物学上の親および養親に厳格に限定され

るべきである理由を理解できない。目下の事案においては、Dは被害者およびその母親と同居しており、その母親のかなりの管理を行使しており、その子供に関する親としての責任を自発的に引き受けていた(voluntarily assumed parental responsibilities with regard to the child)。それゆえ、我々は、ある者が子供の管理および監督(control and supervision)の地位にあるときはいつでも、行為の義務を課す地位の子供との関係を引き受けている、と判示する」。

そして、主張②に対しては、以下のように述べている。

「……幼児の母親が死の瞬間に物理的に存在していたという事実は無関係である。……V₂は24時間ないし48時間何も飲み食いしていなかった。このうちの極めて多くの時間、Dは死にかけの幼児を世話することができる唯一の大人であり、……Dにはそうする義務があった。さらには、Dは単に赤ん坊をネグレクトする以上のことをした。EがV₂の死亡の前の朝に帰宅した際に、Dは、赤ん坊に食事を与えたこと、および、当時の赤ん坊の状況について積極的にEを騙したのである」。

c 子供と同居する大人②—— Com. v. Brown

(a) 事案の概要

本件の被告人(F)は、友人(G)に対して、自分が賃借している2つの寝室付きのアパートに引っ越してくるよう誘った。Gには幼児の息子(V₃)がいた。F宅に居住している間、GはV₃を虐待していた。これをFは目撃していた。Gから受けた虐待のために、V₃は2、3週間にわたって深刻かつ痛々しい傷害を被り、これによってV₃は死亡した。この期間、Fは、V₃が病気であり、医療的補助を必要としていたことに気づいていた。原審は、以上の事実関係に基づいて、福祉危殆化罪によりFを有罪とした¹³⁶⁾。この判断に対して、Fは、自分は「子供の福祉を監督する者」には当たらないと主張した。

136) なお、Fは故殺罪ないし謀殺罪、加重暴行罪でも訴追されたが、陪審はこれらの罪での有罪を認めなかった。

(b) 判旨

州最高裁はFの主張を退けたが、一般論として、まず次のように述べる。

「目下の事案においては、我々は、コミュニティの常識に照らして、本罪の要素としての『その他子供の福祉を監督する者』という語の意味に焦点を当てなければならない。非伝統的な生活様式がありふれている時代においては、コミュニティの常識が、法的監督をしていない子供 (non-custodial child) と同居する大人を、子供の身体的および道徳的福祉を保護する法律から排除するようにはたらくと考えるのは困難だろう。……Fの議論を容れれば、子供を永続的または一時的その他法的監督に準じた監督をする者に本法が制限されるということを含めることになるだろう。本法の文言についての常識的解釈および当裁判所の近時の判例法は、そのような狭い読み方を支持しない¹³⁷⁾。

法的監督にはない子供と住居を共にしている大人にはその子供の福祉に責任がないと判断することは、危険化法の文言と適用のいずれをも掘り崩すだろう。そのような限定的な読み方の下では、継親、祖父母、大人の兄弟姉妹、大人のルームメイト、生涯の伴侶その他の者は、子供の福祉の危険化によっては訴追されえないだろう。当裁判所は、このように広範かつ多様なカテゴリーの者を排除する本法の射程を採用するべきではないし、採用してもこなかった ((Com. v. Kellam) (……))。

そうではなくて、我々は、未成年の子供と自発的に同居し、かつ、「世話、保護、支援の義務に違反する」者が危険化法の射程に含まれていると判断する。このような者が本法の射程に含まれていると述べることによって、我々は、未成年の子供と同居するすべての大人が自動的に本法の下で刑事的に責任を負うと判示しているのではない。むしろ、法の問題として、これらの者が本法の射程外ではないと判示しているのである。本罪の第2の要素を立証するためには、訴追者は、違反したとされる子供を世話、保護、支

援する義務をその大人が有していたことを証明しなければならない」。

そして、州最高裁は、FがV₃の一時的な子守り、おむつの交換、V₃と遊んでいたこと等を指摘して、Fへの有罪を維持した。なお、判旨は脚注6で次のようにも述べている。

「我々は法的問題として、未成年の子供と自発的に同居する大人が自動的に危険化法の射程外にあるわけではないとしている一方で、そのような者が子供を実際に監督していたことの証明には、その大人がその子供に関与していたという証拠が必要である。その大人が子供と遊んでいたこと、入浴していたこと、食事をしてきたこと、子守りをしてきたこと、その他子供と相互に働きかけていたことを示すことによって、訴追者は、大人が子供と同居している時にその子供を監督していたということを証明することができる」。

d 小括

以上、Halve 判決、Kellam 判決、Brown 判決という同一の年に出された3つの裁判例を概観した。そこで、これらの裁判例を整理しておく。

まず、Halve 判決の法廷意見は、子供の監督を親から依頼されていないこと、および、子供の監督が期待されていなかったことを理由に、訪問客であったAは「子供の福祉を監督する者」には当たらないとした。これに対しては、親からの依頼は不要であり、監視 (oversee) ないし監督の役割を自発的に引き受けたこと、および、子供に指示したことをもって、Aは「子供の福祉を監督する者」に当たるとする反対意見が付されていた。Kellam 判決では、生活様式の複雑さを踏まえて、被害者と同居していたこと、被害者の母親を管理 (control) していたこと、および、親としての責任を自発的に引き受けたことをもって、被害者と血縁上ないし法律上の親子関係にないDであっても「子供の福祉を監督する者」に当たるとした。Brown 判決は、Kellam 判決を引用しつつ、被害者と自発的に同居し、子供と相互の働きかけを行う者は

137) 判旨はここで、前述した Com.v. Kellam の判旨の主張①に関する部分を脚注に引いている。

「子供の福祉を監督する者」に当たると判断した。

誤解をおそれずに判例の結論を要約すれば、①単なる訪問客は「福祉を監督する者」には当たらないが、②子供と同居している者については、責任の自発的引受けその他の事情によって「福祉を監督する者」に当たりうる、ということになるだろう。

(2) 福祉の危殆化

ここでは、福祉危殆化罪によって処罰される行為態様についていくつか判例を概観したい。便宜上、aでは、暴行罪と福祉危殆化罪が両方成立する判例を取り上げ、bでは、福祉危殆化罪のみの成否が争われた判例を取り上げる。

暴行罪と併存する事例——Com. v.

a Ogin

本項では、暴行罪と福祉危殆化罪が両方成立するとされたCom. v. Ogin¹³⁸⁾を紹介する。

(a) 事案の概要

本件は、犯行当時2歳に満たなかった被害者（以下V₄とする）に対する3つの行為が問題となった事案であり、そのうち2つの行為についてはV₄の母親（H）が、残りの1つの行為についてはV₄の父親（I）が、それぞれ被告人とされた。

第1の行為は、次のようなものである。すなわち、V₄はHから家の前にいるよう注意されていたところ、V₄がその注意に反して通りで遊んでいたために、Hは、V₄を片手でつかんで引きずり、家の建物に向かって放り投げた。放り投げられたV₄は何分も叫んでいた。

第2の行為は次のようなものである。すなわち、Hはサンタクロースを見るために地元の消防署にV₄を含む自分の子供を連れて行っていたところ、V₄がHにだっこをねだったため、Hは、V₄の顔を手の甲で「過剰な力（extreme force）」をこめて殴り、V₄は転倒してレンガの壁にその背中をぶつけた。V₄の後頭部には跡があった。

第3の行為は次のようなものである。すな

わち、夕食時に目の前に出されたスパゲッティをV₄が食べなかったので、Iが、皿を持ってV₄の顔に対してその熱いスパゲッティを押し付けた。V₄は泣き始め、V₄の顔は腫れ、数日で消えるような小さな火傷の跡を負った。

原審は、以上の事実を認定したうえで、Hを、第1の行為につき、単純暴行罪（simple assault）および福祉危殆化罪で、第2の行為につき、単純暴行罪および福祉危殆化罪で、有罪とした。さらに、Iは、第3の行為につき、単純暴行罪および福祉危殆化罪で有罪とされた。HおよびIは、福祉危殆化罪については、自分たちが知りつつ福祉危殆化法に違反したことの立証がないと主張して上訴した。

(b) 判旨

州最高裁は、福祉危殆化罪の条文を掲げたうえで、次のように一般論を展開する。

「4304条は、子供の世話を信託され（entrust），その子供の福利（well-being）を保護する法的義務に知りつつ違反する者を処罰することが企図されている包括的な規定である。……我々がTaylor判決¹³⁹⁾で述べたように、『州最高裁は、4304条は子供の福祉と安全を保護するために広範な振舞いを広く包含すべく書かれている、と述べてきた。本条は、コミュニティの常識、および、本条が制定された広範な保護目的を参照することによって、意味が与えられるべきである。』……

親は、自分の子供の身体的、精神的（mental）、感情的（emotional）健康を増進させる責任を有しており、子供に逆の影響を与える過剰な行為や重大な不作為は本条の射程に含まれる。……このことは、時として、悪い振舞いを理由に子供を処罰するために親が取ったと主張されるような諸行為を含むだろう」。

そして、州最高裁は、本件の事案においては、HおよびIが娘のV₄を保護する義務に違反したという認定に過誤はないと判断し

138) *Supra* note 135.

139) Com. v. Taylor, 324 Pa. Super. 420, 471 A.2d 1228 (1984).

た。その際に、州最高裁は、次のような事実関係に着目している。

「V₄は、HおよびIらが……V₄を投げつけ、打ち、火傷を負わせた時には、極めて幼い子供であった。これらの出来事はトラウマになるようなものであり、幸運にも深刻な負傷を被らなかつたという事実にかかわらず、継続する身体的危害 (lasting physical harm) の危険を創出した、と結論することができる」。

b 福祉危殆化罪単独の事例

ここでは、福祉危殆化罪のみの成否が問題となった2つの事例を紹介する。1つ目は配偶者による性的虐待を放置したことが問題となった *Com. v. Cardwell*¹⁴⁰⁾ であり、2つ目は子供の生活環境を荒廃したまま放置していたことが問題となった *Com. v. Wallace*¹⁴¹⁾ である。

(a) 配偶者による性的虐待の放置——

Com. v. Cardwell

・ 事案の概要

本件の被告人 (J) は、夫 (K) および娘 (V₅) と同居していた。V₅にとって、Kは継父であった。V₅は、1979年から少なくとも4年間、Kから性的虐待を受けていた。すなわち、V₅が約11歳の時には、KはV₅に性的刺激の強い衣服を買い与え、その服を着て明らかに性的なポーズをさせたV₅の写真を撮影した。このような撮影には、V₅が全裸、あるいは、ストッキングとガーターベルトのみを身に着けているようなものも含まれていた。また、性的なことを示唆するメモをほぼ毎日V₅に渡すのがKの習慣であった。Kは4回V₅と性交し、1回は肛門性交を試みようとした。1983年には、V₅はKによって2回妊娠し、2回とも中絶を行った。最後の性交は、1984年に生じている。

V₅は、1983年10月の2回目の中絶後に母親であるJに話すまで、自分の受けていた性的虐待のことを誰にも話していなかった。1984年1月および2月、Jは、Kに対して2通の長文の手紙を書き、自分はこの忌々しい状況をすべて知っているとのほめかし、自分

には我慢ならないと漠然と警告した。もっとも、KはJに一度手をあげたことがあり、また、Kは家の中で物を投げたり壊したり、壁を殴って穴をいくつも空け、さらには、拳銃も所持していた。1984年2月には、Jは、自分とV₅の一定数の衣服を自分の母親 (V₅の祖母) の家に移したが、Kとの同居自体は継続していた。1984年3月には、Jは母親の家の近くの学校へV₅が移転する申請をした。しかしながら、4月には火事でその祖母の家が焼失してしまった。それ以降、V₅が1984年9月14日に家から逃げ出すまで、Jはさらなる手段を講じなかった。

以上の事実関係の下で、原審はJを福祉危殆化罪で有罪とし、1年のプロベーションを言い渡した。Jが上訴。

・ 法廷意見

法廷意見は、福祉危殆化罪には不作為も含まれ、また、危害を防止するための積極的な振舞いを怠った場合には「子供の福祉を知りつつ危殆化した」に当たりうるとしたうえで、次のように述べて、Jの有罪を維持した。

「目下の事案においては、V₅がKに性的に虐待されていることをJが知った日から、耐えがたい状況から逃れるためにV₅が家逃げの日まで、約10カ月間が経っている。この10カ月間における、自分の娘を守ることに向けられたJの行為は次のようなものだけである：V₅への虐待についての知識と怒りを表明しただけの手紙を2通Kに送った；V₅を転校させるよう申請した；自分とV₅の服をいくらかJの母親の家に移した。我々は、1984年5月 (ママ) に生じた火事による家の損壊によって、Jの母親の家に引っ越すという救済策が悲劇的にも打ち砕かれたということを中心に考えているが、1984年の9月にV₅が家から逃げ出すまで1984年5月以降の4カ月間で、自分の娘の絶望的な状況を緩和するさらなる手段をJが何も講じなかったという事実は残っている。……

…… (JがKにあてた手紙) という証拠が明らかに示すのは、Jは次のような事実を意

140) 357 Pa. Super. 38, 515 A.2d 311 (1986).

141) 2002 Pa. Super 367, 817 A.2d 485 (2002).

識していたということである：V₅が虐待されていた状況；そのような状況が子供の福祉を危うくしていたということ；JはV₅を世話あるいは保護する義務を負っていたということ；Jが取った救済手段はKの住む家からV₅を動かす（remove）ことであるということ；家からV₅を動かすこと（その他V₅を保護すること）についてJが不奏功であることは、V₅の福祉が害され続けることを意味するという。このような意識は、合理的な疑いを超えて意図¹⁴²⁾を認定するのに十分である。……」

・Wieand 補足意見

以上の法廷意見については、Wieand 裁判官による補足意見が付されている。

ここでは、V₅が継父であるKによって二度も妊娠させられていること、少なくとも4年間の期間にわたって性的虐待が繰り返されていたこと、それにもかかわらずJが有意な手段を取らなかったこと、という本件の事案の特殊性が強調されている。そして、夫への不合理とはいえない恐怖を抱いていたJの現実的な選択肢は限られており、かつ、困難であったとしつつも、当局へ通報すること、V₅と共に家を出ること、V₅を寄宿学校に入れることは可能であったことが指摘されている。

他方、配偶者による虐待を防止することが奏功しなかったというだけでは刑事責任を問われることはないとも言及されている¹⁴³⁾。

(b) 子供の生活環境の荒廃—— Com. v. Wallace

・事案の概要

本件の被告人（L）は、妻（M）および8人の子供（V₆ら）と同居していた。青少年局の局員によれば、Lの家は居住できる環境ではなかった。具体的には、壁や天井には乾燥した食べ物やその染みがこびりつき、家には害虫やネズミが大量にわき、冷蔵庫の中の食べ物は腐敗して悪臭を放ち、屋根からの深刻な水漏れによって家具は傷み、特に台所の

床と天井には大きな穴が開いていた。屋根からの水漏れは、地下室の電気系統にまで至っていた。L曰く、Lの家は「ゴミ捨て場」といえる有様であった。このような劣悪な生活環境であるにもかかわらず、V₆らが身体的に虐待されているという証拠、あるいは、居住環境を原因として現実受傷しているという証拠はなかった。

Lが原審で証言したところによると、公的扶助が打ち切られたことによって住居が劣悪になり、また、3年も待たされることや大家族であることから公営住宅には居住できないということであった。また、Lは、自分は慢性的な疲労をもたらす病気のために、会社での高度な技術製品の開発者として稼働を再開できなかったと証言していたが、その病気は自分で診断したものであり、Lが医師による治療を受けたことも廃疾保険を受領したこともなかった。さらに、Lは、仕事道具として、PC2台、インクジェットプリンター2台、カラスキャナー2台、ファックス機1台、レーザープリンター1台を有していた。

その一方で、妻のMは、1日に5回も大量に洗濯を行い、家ではV₆らに勉強を教え、料理を行い、3つの仕事を掛け持ちしつつ1週間中働きながら掃除を行っていた。Mは、すべてをこなすために、夜に4時間しか眠れないこともしばしばであった。

以上の事実関係の下で、原審は、Lを福祉危殆化罪で有罪として、3年のプロベーションを言い渡した。他方で、同じく福祉危殆化罪で訴追されていたMには無罪の判決を言い渡した。これに対して、Lが上訴した。福祉危殆化罪に関するLの主張は、要約すると、①福祉を危うくしたことの証明が不十分である、②LとMは類似の状況にあるのに犯罪の成否が変わるのは不当である、というものであった。

・多数意見

州最高裁は、Lの上記の①②の主張を両方も退け、Lの有罪を維持した。

142) 「知りつつ」という要件のことを指すと思われる。

143) 「刑法は、児童虐待に対する公の激しい抗議に応じて手を伸ばすことが許されるべきではないし、虐待された子供および虐待者の双方との家族関係の中で生きていくよう要請されるという恐ろしいジレンマに善意で試みただけでもうまく向き合い損ねた親を処罰するよう許されるべきでもない」と述べられている。

まず、主張①について、州最高裁は、福祉危殆化罪の先例においては、本件とは異なり、身体的虐待もしくは精神的虐待を含む事案、または、これらの虐待や被害者の死亡に至る状況を阻止しなかった事案が問題とされてきたということを認める。しかし、州最高裁は、次のように述べて、Lの主張①を退けた。

「占いの方法でもなければ、いかにして、いつ、そしていかなる方法で、Lの家の状況が子供たちへの危害(harm)を惹起するかを判断することは誰にもできない。しかしながら、問題は、子供の福祉が危うくされたかどうか、すなわち、子供たちが危険(the risk of danger)にさらされたかどうかである。……このような汚れや害獣と一緒に、熱のための暖房路も作動せず、火事の危険を創出している電気系統への水がある状況に子供たちを生活させておくことは許されない。Lの怠惰がその子供たちの福祉を危うくしていることは明らかである。……」

また、Lの主張②については、州最高裁は、「Mの活動は、その活動が子供の福祉を保護すると合理的に期待されえないほどに不十分で貧弱なものではなかった」とする原審の認定を引いたうえで、上記事案の概要に示したMの活動を指摘し、LとMを同様に扱わなかった原審の判断に瑕疵はないとした。

3 補論——「特別な責任を負う者による実力の行使」の正当化

ここまでは、「子供の福祉を危うくする罪」について検討を行ってきたが、アメリカ模範刑法典には、子供の福祉について定めた条文がもう1つ存在する。それは、3.08条の「特

別な責任を負う者による実力の行使」の正当化という条文である。そこで、以下では、この条文についても簡単に検討を加えておく。

(1) 模範刑法典 3.08 条 1 項

模範刑法典 3.08 条 1 項は、以下のよう定めている¹⁴⁴⁾。

3.08 条 他人の世話、訓育、安全についての特別な責任を有する者による実力の行使

他人に対する、または、他人に向けられた実力の行使は、以下の場合には正当化される：

(1) 行為者が、親、後見人、その他未成年の一般的な世話および監督についてこれに類する責任を負う者、または、このような親、後見人、その他責任を負う者の依頼で行為する者であつて、(a) 当該実力が、未成年の不行跡の防止または懲罰を含めて、その未成年の福祉を保護または増進する目的で行使され、かつ、(b) 当該実力が、死亡、重大な身体の傷害、外観の損傷、過剰な痛みもしくは精神的苦しみ、または、重大な墮落を惹起することを企図して、または、これらの実質的危険を創出することを知って行使されたものではないとき。

(2) 以下 略

本条は、他人の世話、訓育、安全について「特別の責任」を負う者による実力行使を正当化する規定である。1項の適用が認められるためには、大きく3つの要件を満たす必要がある。第1に、行為者は、「親、後見人、その他未成年の一般的な世話および監督につ

144) 訳語は、法務省刑事局・前掲注118)46頁を参照したが、適宜修正を施している。

原文は以下の通りである。

Section 3.08 Use of force by persons with special responsibility for care, discipline or safety of others

The use of force upon or toward the person of another is justifiable if:

(1) The actor is the parent or guardian or other person similarly responsible for the general care and supervision of a minor or a person acting at the request of such parent, guardian or other responsible person and:

(a) the force is used for the purpose of safeguarding or promoting the welfare of the minor, including the preventing or punishment of his misconduct; and

(b) the force used is not designed to cause or known to create a substantial risk of causing death, serious bodily injury, disfigurement, extreme pain or mental distress or gross degradation.

いてこれに類する責任を負う者」, または, これらの者から依頼を受けて行為する者でなければならない。第2に, 問題となる実力は, 未成年の福祉を保護または増進する目的で行使されていなければならない。第3に, 問題となる実力は, 所定の結果発生を企図して, あるいは, 結果発生の実質的危険を創出することを知りつつ行使されたものであってはならない。

第2の要件について, 問題となる実力行使が未成年の福祉の保護または増進のために「必要である」ないし「必要であると合理的に信ずる」ことは求められていない。起草者による注釈書によれば, 必要性の信念を要求することは過剰であるという判断がその理由である¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾。

第3の要件について, 模範刑法典の規定は, 問題となる実力の程度を明示的には規定していない。起草者による注釈書は, 「親が許容される目的で節度のある実力を行使する限りは, 刑法は親の判断の合理性についての審査を規定すべきではない」と説明し, さらに, そのような文言の有無は「大きな実践的相違をもたらすものではない」とする¹⁴⁷⁾。それにもかかわらず実力の程度を直接に限定する文言を規定しなかったのは, 「自分の子供にしつけを施す親の判断は現実認められるという態度をより正確に反映する」ためであるとする¹⁴⁸⁾。このような説明に対してRobinson教授は, 模範刑法典のような規定の下では, 過剰な実力行使を過剰ではないと合理的に誤信した場合も正当化されることになるが, このような実力行使は警察が介入すべき不適当な行為であって, 警察の介入の実現という実践的差異をもたらすとの批判を加えている¹⁴⁹⁾。

必要性の信念を要求しない点や, 許される実力の程度を明記しない点からは, 行為者の裁量判断を尊重している姿勢をうかがうことができよう。

(2) ペンシルバニア州での運用—— Com. v. Ogin

福祉危殆化罪の運用例として取り上げたペンシルバニア州は, アメリカ模範刑法典3.08条1項と同一の条文も有している¹⁵⁰⁾。そこで, 同州の判例においてこの条文がどのように適用されているのかを見ておこう。取り上げる判例は, II 2(2)aで取り上げたCom. v. Oginである。事案については先の項目を参照されたい。

州最高裁は, 子供を訓育することを理由に親は通常は訴追されないということを一一般論として認める一方で, 本件ではそのような正当化はなされないと述べたうえで, 以下のよう

に判示した。

「子供が不行跡をした場合に, 親がその子供を体罰 (corporal punishment) に服せしめる特権を有しているということは十分に確立されている。……これは, 我々の社会が, 子供に大人の義務と責任を想起させることについての親の一次的な役割を認めているからであり, そして, 州が刑事司法制度を通じて家族生活というプライベートな領域に不当に干渉しないことを確実ならしめる必要があるからである。そうではあるけれども, 親が課してよい体罰のタイプと厳しさに関しては限界がある。法は, はるか以前に, 子供は本質的に独立した法的権利を持たない親のモノ (chattel) であるという見解を放棄した。……さらには, 児童虐待が深刻かつ広まった問題であるということは今や明らかである……; 州は, 子供への攻撃を防止し抑止する

145) See, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS) PART I, 139 (1985).

146) なお, Robinson教授は, 子供に強制的に水泳を習わせることは「明確には不行跡を防止し」ないが「一般的福祉の増進」にはなるという例を挙げて, 「不行跡の防止」だけでなく「一般的福祉」という射程の広い文言を用いることが望ましいとする。See, PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES, §144 (c).

147) See, *supra* note 145 at 139.

148) See, *id.*

149) See, *supra* note 146, §144 (e). なお, Robinson教授は, 「『合理的な実力』とは合理的に誤信された実力ではなく, 避けられた害または増進されるべき利益に合理的に関連する実力である」と定義する。

150) Title18 Pa.C.S.A. §509.

ことにつき強力な利益を有している。

……509条1項(i)と(ii)(模範刑法典3.08条1項(a)および(b)に相当——筆者注)は独立した要件を含んでおり、被告人ら(HおよびI)は、両方の基準を遵守していない場合には、正当化の抗弁の資格がない。このことは、模範刑法典3.08条の注釈書によって強調されている。……注釈書は次のように述べている：

法は一般に、家庭内の権限の行使への特権を許容してきており、その射程の定義をしばしば欠いてはいたけれども、時として刑法に明記してきた。過剰な手段は善意の意図を反駁するためにももちろん利用されえたいけれども、従来先例は行為者の動機を決定的なものとして扱ってきた傾向があった。現代の判例は、節度(moderation)という、より客観的な判断基準へ向かっている。模範刑法典の定式は、その行使がどれほど善い意図によるものであったとしても過剰な実力を禁じている一方で、真の親らしい目的を要求している¹⁵¹⁾。

かくして、子供の福祉を保護または増進する最善の方法は残虐かつ明らかに過剰な罰を与えることであると誠実に信じたというだけでは、被告人の行為が法的に正当化されるわけではないということは明白である」。

そして、次のように述べて、HおよびIの行為は509条1項によっては正当化されないと結論した。

「裁判所は、正当化法の適用に際しては、親によって行使された実力の程度だけではなく、訓育されている子供の年齢および身体的ならびに精神的状況にも焦点を当てるべきである、ということを我々は注記する¹⁵²⁾。

……母親がV₄を放り投げた時、母親がV₄を大きな力で殴打したためにV₄がレンガの壁へ転倒した時、そして、父親がV₄の顔に熱い食べ物を押し付けた時には、V₄は2歳ないし2歳より幼かった。このような状況の下で、陪審は公正にも、少なくとも509条1項(ii)の意味での『過剰な痛みもしくは精神的苦痛……の実質的危険』を創出すると知られている実力を被告人ら(HおよびI)が用いたと、合理的な疑いを超えて結論することができた。……」

子供に体罰を加える親の特権の根拠として、判旨が、①一次的な親の役割という論拠に加えて、②州による家族生活への不当な介入防止という論拠を挙げていること、他方で、児童虐待の問題化を指摘して、子供の保護に関する州の強力な利益を認めていることが目を引く。また、本条には許容される実力の程度が明記されていないけれども、実際の適用においては、過剰な実力行使の禁止という点が重要視されていることがうかがえる。

4 小括

以上、本章では、ペンシルバニア州の運用に則して、主にアメリカ模範刑法典230.4条の概観を行ってきた。ここでは、本章の検討を振り返っておく。

アメリカ模範刑法典230.4条の福祉危殆化罪は、種々の問題点を抱えた非行寄与罪との決別、そして、主体を限定するという態度決定の下で規定された。

ペンシルバニア州の判例によれば、まず、「子供の福祉を監督する者」について、単なる訪問者は除外される一方で、子供と同居す

151) See, *supra* note 145 at 140.

152) この部分で判旨は、THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS) PART I, 140 n. 2 (1985)を参照するように指示する。参照先の脚注の内容は、次の通りである。「不法行為法リステイトメントは、子供への罰の合理性を判断する際に関連する一連のファクターを特定しているが、その定式は刑法典に含めるにはあまりに技巧的すぎるように思われる。1965年不法行為法第2次リステイトメント150条に列挙されたファクターは以下の通りである：(a) 行為者が親かどうか、(b) 子供の年齢、性別、および、身体的ならびに精神的状況、(c) 行為者の犯罪の性質、および、その明白な動機、(d) 同じ家族または集団の他の子供に対する見せしめの影響、(e) 適切な指示に従わせるためにその実力または拘束が合理的に必要な場合相当(appropriate)かどうか、(f) その実力または拘束が、犯罪に不均衡(disproportionate)であるかどうか、不必要に品位を貶めるかどうか、深刻または永続的な危害を惹起する可能性があるかどうか。この列挙は、1934年不法行為法リステイトメント150条に規定されたファクターのリストの延長である」。

る大人は、責任の自発的引受けやその他の事情によって、これに当たりうる。次に、行為態様については、福祉危殆化罪と暴行罪が両方成立する場面がある。その一方で、極めて重大な性的虐待を配偶者が実娘に加えている場合に実娘を保護する有効な手段を講じない場合や、子供の生活環境を荒廃したままに放置しておく場合にも、福祉危殆化罪の成立が認められる。

子供の福祉について規定する模範刑法典3.08条1項は、子供の一般的な世話や監督に責任を負う者に対して、子供への一定の範囲での実行使を認めている。このような特権の説明として、ペンシルバニア州の判例は、①親の一次的な役割、②州による家族生活への不当な介入防止、③児童虐待からの子供の保護の必要性、という3つの観点を挙げている。

Ⅲ. 我が国の量刑事情としての児童虐待の理論的分析

Ⅲでは、我が国の量刑事情としての児童虐待を理論的に分析したうえで(1)、「はじめに」で掲げた寝屋川事件第1審判決の理論的な分析を行う(2)。1では、傷害(致死)罪の量刑事情として児童虐待の存在を考慮することの可否について確認したうえで(1)、行為態様の危険性(2)、行為主体の限定(3)、常習的な虐待(4)といった各論点について検討する¹⁵³⁾。

1 量刑事情としての児童虐待の理論的分析

(1) 前提問題

そもそも、身体を保護法益とする傷害罪、あるいは、身体および生命を保護法益とする傷害致死罪の量刑事情として児童虐待の存在を考慮することができるのかという点は、一応問題となりうる。ここでは、各論点を検討する前提として、この問題を検討しておく。本稿の理解をあらかじめ示しておく、行為責任主義に反しない程度で考慮は許されるというものである。

a 保護法益

傷害(致死)罪において児童虐待を主に量刑事情として考慮する場合、身体や生命という保護法益に加えて、さらなる保護法益が考慮されていると考えるのが直截的である。このさらなる保護法益の内容については、ドイツやアメリカの議論が参考になる。例えば、ドイツ刑法225条1項は身体の完全性に加えて精神の完全性を保護法益としている¹⁵⁴⁾。また、同3項2号は子供の心身の発達の利益を保護法益としている¹⁵⁵⁾。さらに、アメリカ模範刑法典230.4条においては、子供の福祉が保護される利益とされていることが明らかである。このように、児童虐待を量刑事情とすることによって保護される法益としては、精神の完全性、心身の発達の利益、子供の福祉など、様々なものが想定できる。

153) 児童虐待が量刑事情として考慮される罪名は傷害(致死)罪に限られない(例えば、保護責任者遺棄(致死)罪や不作為の殺人罪が考えられる。太田ほか・前掲注8)243頁[古田政府参考人発言]も参照)のだから、本稿のような検討対象の設定には異論がありうるだろう。それにもかかわらず本稿が検討対象を傷害(致死)罪に限定した理由は、寝屋川事件が傷害致死罪の事案であり、同事件の第1審判決で展開されている議論を検討するにあたっては、さしあたり傷害(致死)罪に限定した分析を行うことが有益であり、かつ、このように限定した検討であっても十分に示唆的な議論を提示できると考えた点にある。保護責任者遺棄(致死)罪や不作為の殺人罪等については今後の検討課題としておきたい。

また、各論部分で検討する論点は、傷害(致死)事案の量刑理由中にしばしば見られる議論を参考に抽出したものであり、量刑事情としての児童虐待について生じる論点がここに掲げたものに尽きるわけではないことをあらかじめお断りしておく。

*脱稿後、龍岡資晃「裁判例の量刑理由から見た児童虐待について」法時89巻6号85頁(2017)に接した。本論考は、「児童虐待が社会的に表面化し、刑事事件として起訴され、有罪とされた事例の中から、主としてどのような事情が量刑上考慮されているかを概観」するものであり、本稿と共通のアプローチをとっているといえよう。

154) I 1(3)参照。

155) I 1(3)参照。

b 量刑事情としての考慮の可能性

児童虐待を量刑事情として扱うことによって保護される法益について上記のように想定したとして、身体を保護法益とする傷害罪、あるいは、身体および生命を保護法益とする傷害致死罪の量刑事情としてこれらの法益を考慮することが許されるのだろうか。ドイツ刑法は、これらの法益を保護すべく単純傷害罪と被保護者虐待罪を別個の条文として規定している。また、アメリカ模範刑法典も、福祉危殆化罪を傷害罪とは別個の条文として規定している。これらの動向に鑑みると、このような問題意識は理由のないものではない。

この問題については、次のように考えるべきである。すなわち、我が国の刑法は、1つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定めている¹⁵⁶⁾。傷害罪や傷害致死罪は、1カ条で種々の犯罪類型をカバーし、具体的な可罰性の段階付けは裁判所に委ねられている¹⁵⁷⁾。そのうえで、裁判所は行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪にふさわしいと考えられる刑を言い渡すことになる¹⁵⁸⁾。そうだとすると、行為責任主義に反しない限度において、量刑加重事情として、精神の完全性や子供の心身の発達の利益を考慮することは許されるといえる。真の問題は、この「行為責任主義に反しない限度」を超えるのはどのような場

合か、ということになるが、傷害罪や傷害致死罪があくまで身体・生命を基本的な保護法益としている以上、身体や生命への被害が極めて軽微であるにもかかわらず、精神の完全性や子供の心身の発達の利益を重視して量刑を加重するような場合には、「行為責任主義に反しない限度」と評価されるべきではないだろう。

行為責任主義に反しない限度において、精神の完全性や子供の心身の発達の利益といった保護法益を傷害（致死）罪の量刑加重事情として考慮することは許されるというべきである¹⁵⁹⁾¹⁶⁰⁾。

(2) 行為態様の危険性

a 危険性の内実の諸相

児童虐待が問題となる傷害（致死）事案においては、行為態様の危険性に言及する裁判例が多く存在する¹⁶¹⁾。特に、乳児を激しく揺さぶることによって「乳幼児揺さぶられ症候群」を発症させたような事例では、行為態様が極めて危険であることに言及されるのが一般的である¹⁶²⁾。

行為態様の危険性に言及される場合、従前は、重大な傷害ないし死亡に至る危険が念頭に置かれていたように思われる¹⁶³⁾。もっとも、児童虐待を量刑事情として扱うことによって保護される利益を精神の完全性や子供の心身の発達の利益と考える場合、このよう

156) 最判平成26年7月24日刑集68巻6号928頁。

157) 楡井・前掲注12)302頁。

158) 刑集68巻6号928頁。

159) この問題を分析する視点としては、構成要件外結果の考慮の可否というアプローチもありうる（司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』40頁以下（法曹会，2012））。もっとも、本文に述べたように、我が国の傷害罪や傷害致死罪は1カ条で種々の犯罪類型をカバーしていること、および、精神の完全性や子供の心身の発達の利益は、傷害罪や傷害致死罪が保護しようとしている生命や身体という利益と関係のある利益であることに鑑みると、やはりこれらの法益を考慮することも許されるだろう。伊藤寿「構成要件的结果以外の実質的被害の発生と量刑」『量刑実務大系第2巻犯情等に関する諸問題』244頁（大阪刑事実務研究会，2011）を参照。

160) もっとも、精神の完全性や子供の心身の発達の利益は身体や生命という利益とはやはり質的に異なる法益であることは否定できない。将来的には、これらの法益を独立に保護する立法を行うことも十分に考えられる選択肢であると思われる。その際には、特に児童福祉法34条1項各号に違反する罪（児童福祉法60条）の法定刑が、我が国の法体系におけるこれらの法益の重みを考える際の参考になるように思われる。

161) 例えば、静岡地浜松支判平成27年2月27日LEX/DB25506185、静岡地沼津支判平成27年9月16日LEX/DB25541389。暴行の強度に言及する裁判例も多い。例えば、札幌地判平成28年4月22日LEX/DB25542945参照。

162) 近時の例としては、鹿児島地判平成26年9月18日LEX/DB25505037、鹿児島地判平成26年9月19日LEX/DB25505042、大阪地判平成28年2月12日LEX/DB25542519がある。

163) 前注、前前注の判旨。

な法益に対する危険は、重大な傷害や死亡に至る危険とは質的に異なる危険であると考えることができる。このことは、ドイツ刑法の罪数論の議論からも示唆される¹⁶⁴⁾。

b 危険の内実を区別する実益

多くの場合、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険は、重大な傷害や死亡に至る危険と重複するだろう。しかし、このような危険を独立に想定する実益が生じる場面として、行為時の発言内容を量刑事情として考慮する場合が考えられる¹⁶⁵⁾。

すなわち、同じ強度で子供を暴行する場合でも、その際に行者が子供に対して投げかける発言如何によっては、子供の精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険を惹起しうる。平たくいえば、親が子供を暴行する場合に、同じく素手で平手打ちをすとしても、「そんなことやってはダメ！」と言いながら殴ると、「お前なんて生まれてこなければよかった」「あんたを産んだのは失敗だった」などと言いながら殴るとでは、子供に与える悪影響という観点からは無視できない差異があるように思われるということである。このような差異は、重大な傷害や死亡に至る危険という観点から十分に汲み取ることは困難であるが、子供の精神の完全性や子

供の心身の発達の利益への危険という観点からは無理なく説明することが可能である¹⁶⁶⁾。

このように、重大な傷害や死亡に至る危険と、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険とを区別する実益はある。すでに、性的虐待が問題となる場面では、犯行が被害者の心身の発達へ与える悪影響について量刑の理由中で言及する裁判例がみられる¹⁶⁷⁾。発言内容が精神の完全性や子供の心身の発達の利益へ危険を生じさせるメカニズムについては発達心理学等の実証的研究の成果を慎重に吟味して判断すべき事柄ではあるが、傷害（致死）事案においてもこのような危険の検討を導入することが意識されてよいであろう¹⁶⁸⁾。

また、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険に関する論点として、被害者に兄弟姉妹が存在した場合に、ある子供への虐待を被害者以外の子供が目撃し、その被害者以外の子供の精神の完全性や心身の発達の利益を危険にさらしたことをもって、量刑を加重することができるか、という問題がありうる。行為責任主義という観点からは、被害者以外の子供の精神の完全性や心身の発達の利益は副次的にのみ考慮されるべきだろ

164) I 4 参照。

165) 行為時の発言内容が立証される場面が頻繁にあるとは思われないが、①配偶者による暴行を他方の配偶者が証言する場合や、②公衆のいる場所で怒鳴りながら暴行する場合などには、そのような立証がなお可能であろう。

166) 旭川地判平成 27 年 4 月 2 日 LEX/DB25447213 は、「父親が、乳児の唯一のコミュニケーション手段ともいえる泣き声がうるさいなどと腹を立てて……日常的に暴力を振るう」という現象を、「身勝手極まりない動機」、「経緯に酌むべき点が全くな」とい、「行為は非常に卑劣かつ無慈悲」と評価している。子供からのコミュニケーション手段を拒絶する行為態様に関しては、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険という観点からも評価が可能であるように思われる。

167) 例えば、津地判平成 26 年 11 月 6 日 LEX/DB25505512 は、「数年が経っても、感情をうまく表現できずに手首や腕を刃物で傷つける自傷行為をしたり、自分の体が汚されていると感じて裸体を見ることができなかつたりするなど、強姦被害による精神的悪影響も相当に深刻」という判示をしている。また、福岡地判平成 28 年 3 月 28 日 LEX/DB25542684 は、「心的外傷後ストレス障害を専門とする医師によれば、一般的に 3、4 歳頃からの記憶は大人になっても残っているところ、幼少期の性的虐待に起因する症状が出始めるのは、成長して自分のされた行為の意味を理解できるようになってからであり、具体的な症状としては、人間不信に陥って感情をコントロールできなくなったり、自傷行為に及んだりするおそれがあるという。今後、被害児童らが成長する中で、物心がつく前から被告人にされてきたことの意味を理解して、自分を責め、否定して、深く傷つくことが懸念される。また、被害児童の中には、泣きながら被告人にされた行為を両親に告白した者や、当初は否定していたが後から告白した者もあり、今後、被害児童らが被告人から口止めされて抱え込み、押さえ込んでいる精神的ストレスが一気に爆発する可能性がある。」と判示している。

168) 行為時の発言内容を問題とする場合、各家庭の教育方針に対する国家の過度の介入になり、家庭での教育を萎縮させてしまうのではないかと、という点は別途問題となりうる（発言の揚げ足取り）。

う 169)170)。

(3) 行為主体の限定

a 主体限定の非自明性と合理性

児童虐待が問題となる傷害(致死)事案においては、行為主体の属性が明示されるのが一般的である。明示の仕方としては、例えば、親権者¹⁷¹⁾であることを指摘するもの、愛情を注ぐべき者¹⁷²⁾であることを指摘するものが存在する。

児童虐待に関して行為主体の属性に着目することは決して自明のことではない¹⁷³⁾。このことを端的に示しているのは児童虐待防止法である。同法2条は、「保護者(親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するものをいう。……)がその監護する児童……について行う」行為を同法における「児童虐待」と定義しており、ここでは明示的に児童虐待の主体が限定されている。他方で、同3条では、「何人も、児童に対し、虐待をしてはならない」と定められており、ここではすべての者の児童に対する虐待が禁止されている¹⁷⁴⁾。同一の制定法の内部ですら、主体を限定する場面と限定しない場面が混在しているのである。

諸外国の動向としては、行為主体を一切限定しないという考え方は採用されていない。すなわち、ドイツ刑法225条1項においては、行為者と被害者の間に一定の保護関係が要求されており、アメリカ模範刑法典230.4条においても、子供の福祉を監督する者に主

体が限定されている。重い刑事責任を基礎づけるという観点からは、行為主体をある程度限定することに合理性はあるように思われる。問題は、いかなる事実関係があれば重い刑事責任が認められるのかである。

b 行為主体の諸相

ライフスタイルの多様化が進む現代においては、重い刑事責任を負うべき事実関係も多様なものが認められるべきであろう¹⁷⁵⁾。その具体的内容については、ドイツやアメリカの議論が参考になる。ドイツ刑法の被保護者虐待罪の保護関係においては、民法上の親の権限の規定、契約、比較的長期の継続性、世帯への帰属、権限者からの委任、職務関係ないし労使関係における指示命令関係といった関係があれば行為主体として認められる一方で、好意による関係は基本的に除外されている¹⁷⁶⁾。他方で、アメリカの福祉危殆化罪については、単純な訪問客は除外されるが、責任の自発的引受けに加えて他の権限者への欺罔や被害者への相互的働きかけがあれば行為主体として認められている¹⁷⁷⁾。法令、契約、継続的な関わり合い、責任の自発的引受けといった観点は、我が国の量刑においても考慮に値するだろう。

また、いずれの国においても、親は行為主体として認められている。このこと自体には異論はないと思われるが、その実質的根拠については、アメリカ模範刑法典3.08条1項における親による実行使の正当化に関する

169) なお、児童虐待防止法2条4号は、「……児童が同居する家庭における配偶者に対する暴力(配偶者(……事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。)の身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすもの及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動をいう。)その他の児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うこと」を児童虐待の定義として規定しており、配偶者へのいわゆる面前DVは児童虐待に当たる。配偶者間暴力と児童虐待の問題については、柑本美和「配偶者間暴力と児童虐待——DVを目撃した子どもたち」町野朔=岩瀬徹編『児童虐待の防止——児童と家庭、児童相談所と家庭裁判所』159頁(有斐閣、2012)参照。

170) 寝屋川事件第1審判決は、被告人兩名が、被害者の傷害について公開法廷で次女に責任の一端をなすりつけるような虚偽の供述を繰り返していることを捉えて、「その名誉はもとより将来次女の情緒が害される危険性も意に介さない問題性の高い態度を示している」と指摘し、被害者以外の子供への悪影響を被告人に不利な一般情状として考慮している(刑集68巻6号953頁)。

171) 寝屋川事件第1審判決(刑集68巻6号949頁)。

172) 例えば、札幌地判平成27年6月19日LEX/DB25540831。

173) 岩井=渡邊・前掲注11)298頁参照。

174) 福祉危殆化罪以前のアメリカ法では、非行寄与罪の主体が限定されていなかったことについて、II 1(2)参照。

175) II 2(1)b参照。

176) I 2(2)参照。

177) 以上、II 2(1)d参照。

議論から、次のような発想を得ることができよう。すなわち、裁判例においては、親による実力行使が正当化される論拠として、子供を養育する一次的な責任が親にあること、および、国家による家族生活への不当な介入を回避することが挙げられていると同時に、政府には児童虐待を防止する強力な利益があるとされる。ここからは、国家による家庭への不当な介入防止という制度を維持するために、親に対して、子供を虐待しないという重い責任を伴う強力な権限が与えられるという発想を看取することができる。子供を虐待する親は、この強力な権限を濫用していると評価される点、および、家庭への不当な介入防止という制度を危殆化する点で、重い刑事責任を課されるという説明がありうるのである。

c 問題点

多様な事実関係に基づいて重い刑事責任にふさわしい行為主体を判断するとしても、次のような問題点がなお残されているように思われる。

第1に、親に重い刑事責任を課す実質的根

拠として上記のような理解を採用する場合、子供を持った親はいわば強制的に重大な責任を負わされることになる。しかし、親の境遇によっては、このような責任の履行を求めることが過酷になりうる。過大な責任の回避という観点からは、重大な責任を課す国家や社会の側が最低限のサポートを親に対して行っていたかどうかが重要な事実関係とされるべきである。すなわち、国家や社会の側が最低限のサポートを怠っていたというような場合には、親に有利な量刑事情として考慮されるべきである。

第2に、責任の自発的引受けを根拠に重い刑事責任を基礎づける場合、「子供に接することで重大な責任を問われかねない」との危惧から、社会の中で子供に接したいと考える人間が減少していく懸念がある¹⁷⁸⁾。このような観点からは、ドイツのように、好意による関係を基本的に除外するといった発想を取り入れることには十分に合理性がある。他方で、事務管理（民法697条）の発想のように¹⁷⁹⁾、一度責任を引き受けた場合には子供の利益を最優先すべきであると考えすることに

178) 不作為犯に関する文脈ではあるが、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』88頁（有斐閣、2013）参照。

179) 不作為犯に関する文脈ではあるが、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』67頁（成文堂、2003）も参照。

この点については、いわゆる「風の学園」事件に関する広島地福山支判平成7年5月17日LEX/DB28025087の以下の判旨が興味深い。すなわち、「本件の場合、被告人自身においていわゆる『登校拒否児童』や『情緒障害児』あるいは『非行児童』等の指導、矯正についての専門家を自負し、各地で講演などして自己の体験や実績を吹聴して入園を勧誘し、近隣各地の学校や教育委員会の関係者らと積極的に接触して入園者の斡旋を依頼していたことが証拠上明らかである。してみれば、被告人は、児童、生徒らの非行、不登校、情緒障害等の問題を抱えて、その対策、対応に苦慮する親や教師、学校等の不安と困惑を十分に承知し、かつその問題解決の困難さを十二分に認識しながら、敢えて自らこのような児童・生徒等を受入れていたものと言えるから、前述のような事情（いわゆる不登校や非行等の問題を抱えた児童、生徒らの親や、これらの児童、生徒の指導にあたる学校や教師が、その責任を放棄して被告人ら民間の篤志家に頼り、これに問題を押しつけるという風潮が本件各犯行の原因ないし背景となっており、親や学校その他教育関係者らの軽率な、あるいはその場しのぎ的な態度や対応が被告人をして徒に慢心、増長させ、自己の能力や設備の限界を超えた受け入れ態勢や指導方法を安易に取らせ、ひいては本件各犯行のような行為を容易ならしめたという事情——筆者注）をもって被告人に有利な情状と考えることができるとしても、そこにはそれなりの限度があると言わなければならない。これを過大に評価することは相当でない」。

また、里親による里子への傷害致死が問題となった宇都宮地判平成15年10月7日LEX/DB28095023は、「被告人は、既に被害児の実兄を里子として迎え入れていたばかりでなく、被害児は聞き分けを期待するのが土台無理な僅か3歳の幼子に過ぎず、しかも、発達の遅れがあり、出生以来3年余も乳児院等生活を送っている一方、被告人夫婦との関係は約4か月の間における断続的な面会や一時外泊に止まり、その際の言動からは必ずしも十分懐いていたとまでは断定できないなど、養育上障害となる事情が少なからず横たわっていることを覚悟しながら、敢えて被害児を里子として引受けたからには、忍耐力と寛容の精神をもって養育に努め、適切な養育に不安や疑問を感じた場合には、夫ないしはその親族はもちろんのこと、特に委託を受けた児童相談所に包み隠さず相談を持ち掛けて解決策を探り、打開困難と判断した場合は、速やかに児童相談所に連絡し、被害児を戻す対応を含め、指示を仰いでそれに従うことが、里親としての責任ある対応として求められていたといわなければならない」と述べている。

も合理性はあるだろう。難問であるが、いずれにせよ、このような問題点があることが自覚されるべきである。

(4) 常習的虐待

a 常習的虐待による加重の根拠

我が国の裁判例においては、常習的虐待の存在は量刑を加重する事情であると一般的に解されている¹⁸⁰⁾。

常習的虐待が存在する場合に量刑が加重される根拠としては、様々なものが想定できる。例えば、①常習的な虐待が存在する場合には、被害者に与える苦痛が蓄積されて被侵害法益が増大するので違法性が高いという説明、②常習的な虐待は被害者を軽視する行為者の悪性の発露であって責任非難が増大するという説明がありうる。他方で、寝屋川事件第1審判決が述べるように¹⁸¹⁾、③虐待を繰り返した場合、児童は虐待から逃れられないまま肉体的にも精神的にも苦痛を甘受し続けなければならない、児童の心身の成長や人格形成に重大な影響を及ぼす懸念があり、児童の心身の発達の利益を高度に侵害するから違法性が高いという説明も可能である。

①と②は児童に限らず妥当する説明の仕方である¹⁸²⁾が、③は児童の特性に着目する説明の仕方である。これらの説明は排他的なものではなく、児童虐待の場面で常習的虐待が量刑加重事情として考慮される根拠は、この①②③の説明の組み合わせに求められるだろう。

b 常習的虐待の内実の諸相

ここまでは常習的虐待の内実を特に限定していなかったが、常習的虐待と一口にいても、そこには多様なものが含まれている。例えば、積極的な暴行が反復継続する場合も、不保護が常態化している場合も、両者ともに

常習的虐待という表現が妥当する。

しかし、積極的な暴行が反復継続する場合と、不保護が常態化している場合とは区別されるべきである。なぜなら、この2つでは、量刑事情としての考慮のされ方に差異があると考えられるからである。先に述べたように、児童虐待を傷害（致死）罪の量刑事情として考慮することが許されるのは、行為責任主義に反しない限度であると解される¹⁸³⁾。積極的な暴行の反復継続性が問題となる場合、各暴行を一連のものとして評価することで、暴行や傷害に関連付けた説明を比較的容易に行うことが可能であり、重い刑事責任を基礎づける事情として評価したとしても行為責任主義に反するとはいえないだろう（もっとも、後述の通り、余罪処罰禁止原則との関係で問題はあろう）。他方で、常態的な不保護が問題となる場合には、行為責任主義という観点からは、積極的な暴行が反復継続する場合よりも説明に工夫が必要であろう。

c 余罪処罰禁止原則との関係

周知の通り、我が国では、「起訴された犯罪事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することは許されない」ものとされている（余罪処罰禁止原則）¹⁸⁴⁾。他方で、「刑事裁判における量刑は、被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものであるから、その量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない」とされている¹⁸⁵⁾。1回の暴行行為が起訴されている場合に、量刑事情として背後の常習的虐待を考

180) 「被害者に対する暴行は相当程度常習的なものであったといえ、その行為の悪質性はより高い」とする裁判例として、前掲注162)・鹿児島地判平成26年9月19日。常習的な虐待の不在を指摘して最も重い事案とまではいえないなどとする裁判例として、宇都宮地判平成26年12月11日 LEX/DB25505545、和歌山地判平成26年12月15日 LEX/DB25505735、札幌地判平成27年3月2日 LEX/DB25506072 等がある。

181) 刑集68巻6号949頁。

182) ドイツの被保護者虐待罪における「苦痛の付与」は、児童以外の客体に対しても適用がある。このことから、特に225条1項は、本文でいう①②のような説明になじむだろう。

183) Ⅲ1(1)参照。

184) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁、最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁。

185) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁。

慮することができるのか、余罪処罰禁止原則への抵触が問題となる¹⁸⁶⁾。

昭和41年判決の調査官解説は、「余罪は、量刑事情を推知するための間接的資料であり、「量刑に及ぼす影響は概して高くない」のであって、「余罪事実の内容は、その詳細にまで明らかになっていなくてもよ」く、証拠調べは必要な限度にとどめられるべきとする¹⁸⁷⁾。したがって、背後の常習的虐待について詳細な証拠調べを行わず、「被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等」を推認させるための資料としての限度で考慮するのであれば、余罪処罰禁止原則への抵触は免れることになる。ただし、この場合、背後の常習的虐待の存否は量刑事情としてあまり重みを持たないだろう。

量刑事情としての常習的虐待の重みづけをそのようなものとしてとらえれば足りると考える場合には、以上の検討で足りる¹⁸⁸⁾。もっとも、常習的虐待の存在に十分な重みづけを与えようとする場合には、余罪処罰禁止原則に正面衝突することになるとと思われる。すなわち、反復継続的な苦痛の付与を構成要件とするドイツにおいては、新旧の攻撃の間に被害者と行為者の関係性が十分に变化した

場合や、行為者の感情的状態が变化した場合には、反復性が失われうるとされており、また、行為者の故意の内容として、①最初の攻撃の段階で、反復的に被害者に苦痛を与えることについての未必の故意、および、②反復されている各攻撃のたびに、最初の攻撃を意識していることを要求する見解がある¹⁸⁹⁾。ドイツでは、このような客観面・主観面の十分な吟味を経たうえで、反復継続的な行為に対する厳しい非難が可能となっているのである。ドイツほどの検討を求めることの当否は措くとしても、常習的虐待に重い刑事責任を基礎づけようとする場合には、ある程度詳細な認定が求められざるを得ない。しかし、そのような認定を行うと今度は余罪処罰禁止原則に抵触するのである¹⁹⁰⁾。

1回の暴行行為のみが起訴されている場合には、背後の常習的虐待を量刑加重事情として重視することは理論的には困難である。常習的虐待を量刑加重事情として重視するためには、複数回の暴行行為をそれぞれ別個の公訴事実として起訴するか¹⁹¹⁾、あるいは、時間的・場所的に近接した暴行を一連の行為として構成する¹⁹²⁾といった工夫が必要である。

186) 寝屋川事件の上告趣意では、背景の不保護を本件犯行としてとらえることは実質的に余罪を処罰することであり許されないという主張が展開されていた(刑集68巻6号947-948頁)。

187) 木梨節夫「判解」最判解刑事篇昭和41年度165頁,172頁(1956)。

188) ただし、背景の暴行の日時等と特定する必要がないとする場合、被告人の防御の観点からはなお問題があるように思われる。佐伯ほか・前掲注23)143頁[岩佐発言]参照。

*脱稿後、高木甫「児童虐待致死事案に関する捜査・公判について」捜査研究797号50頁(2017)に接した。同53頁は、「常習的な虐待事案であるが故に、死亡原因となる暴行の受傷時期の特定が困難となる場合もある」と指摘する。

189) I 2(3)参照。

190) *脱稿後、成瀬剛「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選(第10版)』216頁(有斐閣,2017)に接した。この論考は、いわゆる三鷹ストーカー殺人事件に関する東京高判平成27年2月6日東京高等裁判所(刑事)判決時報66巻4頁について評釈を加えるものであるが、同判決が「量刑と余罪」という論点において量刑理論を活用している点を指摘している。児童虐待と余罪の関係についても示唆的であろう。

191) 例えば、札幌高判平成27年11月26日LEX/DB25541862は、①平成26年2月26日頃から同年3月5日頃までの傷害罪、および、②平成26年8月23日頃から同年9月8日頃までの傷害罪を認定したうえで、これらを併合罪とし、量刑の理由の中で、暴行の継続・反復をもって「厳しい非難を免れない」と述べている。静岡地沼津支判平成27年9月16日LEX/DB25541389も参照。他方で、1月上旬頃および1月中旬から下旬頃の2回の暴行行為を認定しながらも「日常的に暴力を振るい続けていたとはいえない」とする裁判例として、前掲注162)・大阪地判平成28年2月12日。

*高木・前掲注188)56頁は、「傷害致死を立証するに当たり、……過去にも虐待をしていた事実は、本件犯行を推認させるほか、量刑上も常習性が考慮されることなどから、安易に傷害を立件せず、又は不起訴とすることは慎まなければならない」とする。

192) 一定の期間内に反復暴行された一連の暴行によって種々の傷害を負わせた事実については、その暴行が、被告人と被害者との一定の人間関係を背景として、共通の動機から繰り返し犯意を生じて行われたものであるこ

d 行為者の心情による区別

先に述べた通り、反復継続的な苦痛の付与を構成要件とするドイツにおいては、行為者の故意の内容として、①最初の攻撃の段階で、反復的に被害者に苦痛を与えることについての未必の故意、および、②反復されている各攻撃のたびに、最初の攻撃を意識していることを要求する見解がある¹⁹³⁾。子供に対して暴行を繰り返す行為者のうち、このような要件を満たすのは、例えば、粗相をした場合には体で覚えさせるという教育方針に基づき、冷静に暴行を繰り返すような者であろう(以下では冷静型と呼ぶ)。

しかし、子供に対して暴行を繰り返す行為者は、必ずしも冷静型には限られない。例えば、子供が粗相をした場合についてカッとやって暴行を加え、暴行直後にその振舞いを反省して「もう二度と手を出さない」と決意するも、自制心が効かずに、「これが最後だ」と思いつつ暴行を繰り返してしまう者が存在するだろう(以下では直情型と呼ぶ)。直情型は「これが最後だ」と思いながら暴行に出るため、ドイツにおける①の要件を欠くことがあるように思われる。このような議論からは、直情型と冷静型との間では刑事責任の重さに差異がありうる事が示唆される。

無論、被害者の視点を重視するという観点から、直情型と冷静型を同列に扱うべきであるという見解には十分な合理性があると思われるが、いずれにせよ、常習的虐待を量刑加重事情として評価するにあたっては、直情型と冷静型を同列に扱うことは決して自明のことではないことが自覚されるべきである。

(5) 小括

以上、量刑事情としての児童虐待に関する様々な論点を取り上げたが、ここで簡単に議論を整理しておきたい。

量刑事情として児童虐待を考慮することに

よって保護される法益としては、精神の完全性、心身の発達の利益、子供の福祉などが想定できる。身体ないし生命を保護法益とする傷害(致死)罪の量刑事情として、これらの法益を考慮することができるかは一応問題となりうるが、我が国の刑法が1つの条文に幅広い法定刑を定めていることに鑑みると、行為責任主義に反しない限度であれば、これらの法益を考慮することは許されると解される。

次に、量刑事情として児童虐待が考慮される場合には、行為態様の危険性に言及されることが多い。従来は重大な傷害や死亡に至る危険が念頭に置かれていたように思われるが、保護法益の理解によっては、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険も考慮に値する。これらの危険を区別する実益がある場面として、行為時の行為者の発言内容を評価するという場合が考えられる。

また、量刑事情として児童虐待が考慮される場合、行為主体の属性が明示されるのが一般的である。重い刑事責任を課するという観点からは、一定の主体に限定することは合理的であり、その重い刑事責任を基礎づける事実関係としては、法令、契約、継続的関わり合い、自発的引受けといったものに注目することになるだろう。親が行為主体になりうることについては異論をみないが、その実質的根拠としては、国家による家庭への不当な介入防止という制度を維持するために、親に対して、子供を虐待しないという重い責任を伴う強力な権限が与えられるという説明が考えられる。このような説明を採用する場合、過大な責任を回避するという観点から、国や社会の側の最低限のサポートの存否を重視すべきである。

問題が多いのは常習的虐待である。常習的虐待には様々な事象が包摂されており、例え

となどの事情に鑑みると、全体を一体のものとして評価して包括一罪と解することができる旨を示した最決平成26年3月17日刑集68巻3号368頁も参照。同事件自体は児童虐待が問題となった事案ではないものの、同事件の調査官解説においては児童虐待事案を念頭に置いた説明がなされている。辻川靖夫「判解」最判解刑事篇平成26年度75頁、90頁以下(2017)。

約1カ月にわたる暴行行為に対して包括して204条一罪を成立させた裁判例として、旭川地判平成27年4月2日LEX/DB25447213。

193) I 2(3)参照。

ば、積極的な暴行が反復継続する場合と、不保護が常態化する場合とは区別されるべきである。不保護の常態化を傷害（致死）罪の量刑事情として考慮する場合には、行為責任主義という観点から、説明に工夫が必要となる。また、1回の暴行行為が起訴された場合には、余罪処罰禁止原則との抵触という観点から、背後の反復継続する暴行を重要な量刑事情として評価することは困難である。そして、同じく暴行が反復継続する場合であっても、行為者の心情によっては刑事責任の重さに差異がありうる。

以上がここまでの議論の概観である¹⁹⁴⁾。次に、この検討を踏まえて、寢屋川事件第1審判決の理論的な分析を行いたい。

2 寢屋川事件第1審判決の理論的分析

(1) 罪となるべき事実

寢屋川事件の罪となるべき事実は次の通りである¹⁹⁵⁾。すなわち、被告人兩名（XおよびY——筆者注）は、かねて三女であるAに、それぞれ継続的に暴行を加え、かつ、これを相互に認識しつつも制止することなく容認することなどにより共謀を遂げた上、被告人Xが、平成22年1月27日午前零時ころ、大阪府寢屋川市……の当時の被告人兩名の自宅において、A（当時1歳8か月）に対し、その顔面を含む頭部分を平手で強打してAの同部分を床に打ち付けさせるなどの暴行を加え、その結果、急性硬膜下血腫などの傷害を負わせ、同年3月7日午後8時59分ころ、同府高槻市……所在の大阪府B救命救急センターにおいて、Aを急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させた。

本件は裁判員裁判の対象事件であった。検察官が被告人兩名につきそれぞれ傷害致死罪により懲役10年の求刑を行ったところ、第

1審判決は、それぞれにつき懲役15年を言い渡した。

(2) 量刑理由の分析

寢屋川事件第1審判決の量刑理由は、児童虐待に関する議論を丁寧論じていることもあって非常に大部となっており、その検討対象も多岐にわたっている。ここでは、先の検討を活用するという観点から、本判決における保護法益の理解、行為の危険性、行為主体、常習的虐待という点に絞って検討を行う。

a 保護法益の理解

まずは、寢屋川事件第1審判決の保護法益の理解を確認しよう。

「はじめに」でも引用した通り、本判決は、「親が、幼児に対し、理不尽な暴行などの虐待を繰り返した場合、幼児は虐待から逃れられないまま肉体的にも精神的にも苦痛を甘受し続けなければならない、その場合、幼児の心身の成長や人格形成に重大な影響を及ぼすことが懸念される上、虐待の程度によっては、その生命の安全までも脅かされることとなる」と述べている。このような記述からは、本判決が、身体や生命に加えて、幼児の心身の発達の利益を保護法益と考えていることが読み取れる。Ⅲ1(1)で検討した通り、このような理解が直ちに行為責任主義に反するとはいえない。

b 行為の危険性

本判決は、「(2) 態様が甚だ危険で悪質であること」という項目の中で、次のように述べている¹⁹⁶⁾。

「本件暴行の態様は、凶器の使用もなく1回手で叩いただけのものである。しかし、被告人兩名の育児放棄に等しい不保護(以下「不保護」という)を原因とする発育不良・低体重状態にあった当時1歳8か月の無抵抗の被害女児に対し、急性硬膜下血腫が生じるほどの勢いをもって右手でその頭部を横殴りに叩いて床に打ち付けさせたものであるから、甚

194) 量刑事情として児童虐待が考慮される場合に、被害者である子供を刑事手続に関与させるには特別な配慮が必要であるように思われる。例えば、子供からの供述獲得方法について専門家が立ち会う必要があるか、公判における証言に際して大人と同じような取扱いで足りるのか、被害者の子供のプライバシーをいかに保護すべきか等である。佐伯ほか・前掲注23) 129頁以下。これらの問題にどう向き合うかは、なお残された課題である。

195) 刑集68巻6号948-949頁。

196) 刑集68巻6号950-951頁。

だ危険で悪質なものである。そして、前記の通り、本件暴行の際、被告人Xは打撲傷の可能性までしか認識していなかったとは認められるものの、被害女兒の発育状態等にかんがみると、そのような態様で打撲傷を生じさせる可能性自体に重い死の結果発生の高い危険性が内在していると評価できる……」。

Ⅲ 1(2)では、重大な傷害や死亡に至る危険と、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険とは区別されるべきである旨を指摘したが、本判決の上記判旨は、重大な傷害や死亡に至る危険に着目するものと分析できる。この項目は、「(1) 親による児童虐待、特に幼児虐待の傷害致死の行為責任が重大であること」という項目と区別されているが、危険の内実の差異を踏まえるという観点からは、本判決の項目立ては理論的に正当であったと思われる。

c 行為主体

本件の被告人XおよびYは、いずれも被害者の親権者である。比較法的に見ても、XおよびYが児童虐待の行為主体として認められることには問題がない。

Ⅲ 1(3)では、親が行為主体として重い処罰に値する実質的な理由として、国家による家庭への不当な介入防止という制度を維持するために、親に対して、子供を虐待しないという重い責任を伴う強力な権限が与えられるという発想を紹介した。このような発想を採用する場合、過酷な責任を回避するという観点から、国や社会の側が最低限のサポートを行っていたかどうかが重要な事実関係となる。

そして、この点に関しては、本判決は次のように述べている¹⁹⁷⁾。

「被告人兩名には公的援助により夫婦で育児に専念できる態勢が整えられていた上、……約9か月の間にも、虐待を疑った寝屋川市の保健師ら専門職が被告人兩名方を訪問するなどの働き掛けをしており、育児に悩みなどがあれば相談することも可能であったし、

虐待を辞める契機にもなり得たと考えられる。それにもかかわらず、被告人兩名はその働き掛けに対して拒絶的ないし消極的な対応に終始し、虐待を継続している。そうすると、本件における被告人兩名の虐待の経緯にも酌むべきものはないと評価すべきである。」

本判決は上記の判旨を犯情として論じている。このような議論は、国や社会による最低限のサポートの有無という観点から無理なく説明することができる。いたずらに親の重大な責任という側面を強調することなく慎重な検討を行っていた点で、本判決は高く評価されるべきであろう。

d 常習的虐待

常習的虐待という観点については、本判決は、「(4) 身勝手な動機・不保護を伴う常習的幼児虐待」という項目の中で次のように判示している¹⁹⁸⁾。

「被告人兩名は、親として被害女兒を保護すべき立場にありながら、幼児であれば当たり前ともいえる些細な出来事に腹を立てるなどの理不尽な理由から、前記の通り長期にわたり、自ら暴行を加えるとともに他方の暴行を容認して感覚が麻痺する中で暴行を激化させ、その延長として本件犯行に至ったものである。その背後には、被告人兩名の被害女兒に対する不保護が存在し、その程度は、無料の健診や予防接種を受けさせないといったことに止まらず、栄養を十分に与えず、体重が証拠上の最大値より1.3キログラム減少し、標準体重より3.1キログラム少ない発育不良状態（コレステロール値も異常に高い）に陥らせるほどのものであった。そうすると、本件は不保護を伴う常習的な幼児虐待の延長としての犯行といえ、その動機は甚だ身勝手なものというほかない」。

Ⅲ 1(4)においては、積極的な暴行が反復継続する場合と、不保護が常態化している場合とは区別されるべきである旨を指摘した。本判決は、その両方の存在を指摘しているものと分析できる。

そして、本稿は、常態化した不保護を傷害

197) 刑集 68 巻 6 号 951-952 頁。

198) 刑集 68 巻 6 号 951 頁。

(致死)罪の量刑事情として考慮する場合には行為責任主義という観点から説明に工夫が必要であると述べた。本判決は、不保護を伴う常習的な幼児虐待の延長上での犯行であることについて、「動機が甚だ身勝手」という評価を行っているが、動機に結び付けた説明は、行為責任主義違反を回避しつつ、常態的な不保護と暴行行為を結びつける巧みな構成であると評価できよう。もっとも、動機という構成は、常習的虐待を量刑加重事情とする根拠のうち、行為者の悪性の発露という観点にはなじむものの、苦痛の累積という観点や子供の心身の発達の利益の保護という観点にはなじまないように思われる。動機という構成によっては、常態的な不保護が本来有している加重根拠を十分に反映することは難しいのである。したがって、動機という構成を取りつつ常態的な不保護の側面を強調することは、理論的にはやや難があったように思われる。

また、本件は1回の暴行行為のみが起訴された事案であったが、このような場合には、余罪処罰禁止原則との抵触という観点から、背後の常習的虐待を量刑加重事情として重視することは理論的には困難である旨を指摘した。そうすると、長期にわたり暴行が繰り返されたことを重視することについても、理論的には難があったように思われる。

(3) 小括

以上、保護法益の理解、行為の危険性、行為主体、常習的虐待という点について、寝屋川事件第1審判決の理論的な分析を行った。本判決は、保護法益の理解、行為の危険性、行為主体という点について、理論的に適切かつ正当な議論を展開していたと評価できる。

他方で、常習的虐待の評価に関しては、理論的にはやや難点が残るとも評価できよう¹⁹⁹⁾²⁰⁰⁾。

IV. おわりに

本稿では、外国における児童虐待への処罰規定の分析が必要であり、また、量刑事情としての児童虐待の検討が必要であるという問題意識の下、ドイツ刑法225条およびアメリカ模範刑法典230.4条の分析を行うとともに、傷害(致死)罪の量刑事情としての児童虐待に関する諸論点の検討を行った。本稿の成果は、ドイツ刑法225条の基本構造についての理解、アメリカ模範刑法典230.4条の基本構造についての理解、そして、量刑事情としての児童虐待に関する様々な問題意識を提供した点にあると考える。

もっとも、本稿では様々な検討を断念している。例えば、ドイツ刑法に関しては他の条文との関係や沿革についての検討が、アメリカについては模範刑法典230.4条を採用しなかった州の動向についての検討が、量刑に関しては傷害(致死)罪以外の検討が、それぞれ断念されている。これらの検討については残された課題としておきたい。

このように課題は山積ながらも、本稿が、児童虐待に対する刑事法的介入というテーマについて、従来あまり注目されてこなかった領域への関心を喚起することができたとすれば、望外の喜びである。

* 謝辞

本稿は、2016年度Aセメスターにおいて筆者が執筆したりサーチペーパー「量刑事情

199) 本件の上告審は、この第1審判決の量刑評価を是認しながらも、破棄自判によって、Xを懲役10年の刑、Yを懲役8年の刑とした。この点については、裁判員裁判に差し戻すべきであったという批判(笹倉香奈「判批」法セミ719号112頁(2014))や、そのような量刑に至った説明が不十分であるとの批判(前田雅英「最新刑事判例研究 第6回 裁判員裁判の導入と量刑」捜査研究763号30頁,41頁(2014)、城下裕二「裁判員裁判と『同種事犯の量刑傾向』——最高裁判平成26年7月24日判決を契機として——」札幌学院法学31巻2号129頁,146-147頁(2015))が加えられている。本文の検討からも明らかな通り、寝屋川事件第1審判決は、傷害致死事案における量刑事情としての児童虐待の意義について、おおむね理論的に十分支持できる議論を展開しているといえる。このような観点からも、上告審に対する上述の批判は正当であると思われる。

200) なお、寝屋川事件上告審判決以降に出された児童虐待に関する傷害罪の事案の中で比較的详细な量刑事情を指摘する裁判例として、前掲注162)・鹿児島地判平成26年9月18日、前掲注162)・鹿児島地判平成26年9月19日、前掲注191)・札幌高判平成27年11月26日がある。

としての児童虐待——ドイツ刑法 225 条を参考に」の着想をもとに全面的に書き直しを行ったものである。

リサーチペーパーの指導教官である佐伯仁志教授には、構想の初期の段階からあたたかく見守っていただき、様々なアドバイスをいただいた。また、樋口亮介准教授には、ドイツ法の判例の読み方からドイツ・アメリカの調査手法に至るまで、本稿執筆の土台となる部分についてご指導をいただいた。お二人のご指導なくしては到底本稿の完成には至らなかったものであり、深く感謝を申し上げます。

本稿執筆にあたっては実に多くのご支援をいただいた。本稿に至らない部分があるとするれば、それらはすべて筆者の責めに負うところである。ご支援に重ねてお礼申し上げますとともに、本稿がいくばくかでも児童虐待と刑法に関する議論に寄与できたことを祈り、筆をおくこととする。

(いけだ・なおと)