

遺棄罪の諸概念の内容について(1)

その他のタイトル	Über den Begriff der "Aussetzung" in den §§ 217 ff. jStGB (1)
著者	山下 裕樹
雑誌名	関西大学法学論集
巻	67
号	5
ページ	1013-1029
発行年	2018-01-18
URL	http://hdl.handle.net/10112/13034

遺棄罪の諸概念の内容について（1）

山下 裕 樹

目 次

- I. はじめに
- II. 問題の所在
 - 1. 学説状況
 - 2. 遺棄罪の諸概念の内容確定におけるポイント（以上本号）
- III. 「保護責任者」について
- IV. 「遺棄」および「不保護」について
- V. おわりに

I. はじめに

刑法典は、その217条および218条に遺棄罪を規定しており、一般的に、217条は単純遺棄罪、218条前段は保護責任者遺棄罪、218条後段は保護責任者不保護罪と呼ばれる¹⁾。217条は、「老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者を遺棄した者は、一年以下の懲役に処する。」と規定し、218条は「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、三月以上五年以下の懲役に処する。」と規定している。217条と218条は、被害者となる客体を共通とし、共に「遺棄」という行為を処罰するものである。「保護をしなかった（以下、「不保護」とする）」という態様は218条でしか処罰されないものの、一般に、218条は「保護する責任のある者（以下、「保護責任者」とする）」の行なう217条の加重類型であると理解されている。

かつては、この「遺棄」・「不保護」・「保護責任者」という遺棄罪の諸概念の内容について、活発な議論がなされていた。それは、とりわけ、ひき逃げ事案

1) 本稿では、特に指定のない限り、217条と218条は刑法典上のそれを指す。

との関係で論じられることが多かったであろう。つまり、被害者を轢いて逃げた運転者を遺棄罪としても処罰できないかという議論である。もっとも、そこには様々な問題点が存在している。例えば、被害者を轢いて逃げた運転者を「保護責任者」と見ることができるか否か、被害者を置いて逃げる行為を「遺棄」と言うのか、あるいは「不保護」と言うのかという問題などである。

ただし、この問題、すなわち遺棄罪の諸概念の内容を解明するのは難しい。なぜなら、217条と218条の関係が複雑だからである。上述のように、刑法典が、217条と218条において、同一の被害客体を想定し、共通して「遺棄」という態様を処罰するとしていることを考慮すると、「不保護」という態様が218条でしか処罰されず、その「不保護」による犯罪は「保護責任者」によるときだけ処罰されるとしても、217条と218条には一定の関連性がある。すなわち、217条と218条は、それぞれ独立して解釈されるべきものではなく、両構成要件の関連性を意識して解釈されなければならないのであり、「遺棄」・「不保護」・「保護責任者」という3つの概念は、相互に影響し合い、一つの概念の内容が決まると別の概念も連動して変更されるような関係にあって、これらは個別に概念規定されるべきものではなく、全体の構造として理解されなければならないのである。

遺棄罪の諸概念の内容に関する検討は、この関連性を意識して行なわれなければならない。もっとも、どのような関連性が存在しているのかが具体的に現れていなければ、どの概念から検討すべきであるのか、検討する上でのポイントがどこにあるのかは分かりにくい。そのため、以下では、遺棄罪の諸概念の内容を確定する上での問題の所在を明らかにするところから始めることにする。

II. 問題の所在

上述したように、遺棄罪の諸概念の内容は、それぞれの概念の間にある相互的な関連性の影響を受ける。もっとも、このことは、以下で見ると、これまでの学説でも意識されてきたことではあるし、その関連性を意識するがゆえ

に、様々な見解が主張されていると言えるであろう。ここでは、これまで主張されてきた各学説を概観し比較検討することで、どのような関連性が存在しているのかを明らかにし、遺棄罪の諸概念の内容を検討する上でのポイントを明らかにする。

1. 学説状況

遺棄罪の諸概念の内容に関する我が国の学説は、——細かく見れば、実に様々な見解が主張されているのではあるが——大きく4つに分けることができるであろう。ここでは、それぞれの見解に名称を与えることは困難であるので、便宜上、A説からD説と呼ぶこととし、それぞれの見解の概要を示すことにする。

- (1) A説（217条は作為による遂行形態のみを捕捉するとし、置去りを不作為形態と見て218条の「遺棄」に含める見解）

A説によれば、「遺棄」と「不保護」は、場所的離隔の有無により区別される²⁾。すなわち、「遺棄」とは、場所的離隔を生じさせることによって要扶助者を危険に晒すことであり、「不保護」とは、場所的離隔を伴わずに要扶助者を危険に晒すことである。その上で、この見解によれば、「遺棄」には狭義の遺棄と広義の遺棄があるとされ、前者は、要扶助者が行為者によって場所的に移転させられること、つまり、場所的離隔を生じさせる移置のみを指し、後者は、この移置以外に、要扶助者自身は場所的に移転せず、もっぱら行為者のみが場所的に移転することにより場所的離隔を生じさせる「置去り」も含むとされる³⁾。このような理解の下で、この見解は、217条における「遺棄」は狭義

2) 団藤重光『刑法要綱各論』（創文社、第3版、1990年）454頁。また、中義勝『刑法各論』（有斐閣、1975年）67頁も参照。

3) 団藤（前掲注2）452頁以下。牧野英一「遺棄罪と保護義務」同『刑法研究 第二卷』（有斐閣、1932年）300頁以下、同『重訂 日本刑法 下巻』（有斐閣、1938年）292頁も参照。なお、大場茂馬『刑法各論 上巻』（中央大学、1913年）167頁以下は、広義の遺棄には、狭義の遺棄の他に、生存に必要な保護をしないことも含まれるとし、不保護も広義の遺棄に分類している（これに関して、平野龍一「単純遺棄と保護責任者遺棄——刑事法ノート3」警察研究57巻5号〔1986年〕6頁も参照）。

の遺棄を意味し、218条における「遺棄」は広義の遺棄であるとする⁴⁾。したがって、A説によれば、217条の「遺棄」と218条の「遺棄」は、それらの概念内容が異なるということになる。

この見解は、置去り是不作為による遺棄であり⁵⁾、「遺棄」の不真正不作為形態であるとの理解から、置去りにより218条の罪を犯せるのは作為義務を負う者のみであって、この者は、218条における「保護責任者」と同一であるとする⁶⁾。したがって、この見解によれば、217条における「遺棄」では作為形態のみが捕捉される一方で、置去りのような不作為形態は、218条における「遺棄」にのみ含まれることになり、主体を「保護責任者」=不真正不作為犯における作為義務を負う者（以下、作為義務者とする）に限定している218条でのみ処罰可能となる⁷⁾。判例も、この理解に依拠しているとされ、実際に、「刑法218条にいう遺棄には単なる置去りも包含する」として、不作為形態たる置去りは218条で処罰されると宣言している⁸⁾。

4) 団藤（前掲注2）453頁。なおA説に類似の見解で、広義の遺棄に要扶助者の置去りだけでなく要扶助者が任意に立ち去るのを止めないという「不作為による移置」も含まれると解するものとして、西原春夫「遺棄罪（1）——遺棄の意義」福田平=大塚仁編『演習刑法各論』（青林書院新社、1983年）241頁以下。

5) なお、「置去り」を、行為者が立ち去る点に着目して、不作為による遺棄ではなく作為による遺棄だとするものとして、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）38頁、平野（前掲注3）8頁、酒井安行「ドイツ刑法における遺棄罪規定の改正と遺棄概念」宮沢浩一先生古稀祝賀論文集『第三巻 現代社会と刑事法』（成文堂、2000年）111頁、同「遺棄の概念について——作為・不作為概念との関係を中心として——」早稲田大学大学院法研論集28号（1983年）87頁（ただし、身体運動の有無を基礎としつつ、法的観点を考慮して置去りを作為による遺棄であると理解している）など。また、山口厚「遺棄罪」同『問題探究刑法各論』（有斐閣、1999年）24頁、同『刑法各論』（有斐閣、第2版、2010年）35頁も参照。置去りを作為と理解することに対する批判としては、岡本勝「『不作為による遺棄』に関する覚書」法学54巻3号（1990年）3頁を参照。本稿では、多くの論者の間での共通理解となっていると思われることから、さしあたり、置去りを不作為形態として論じることとする。

6) 中義勝（前掲注2）64頁を参照。

7) 団藤（前掲注2）453頁。

8) 最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁。

- (2) B説（217条は作為による遂行形態のみを捕捉するとし、不作為形態は218条で処罰されるとしつつ、「作為による置去り」や「不作為による移置」を認める見解）

B説は、「遺棄」という文言の理解について、上述のA説が、「移置」を作為形態とし、「置去り」を不作為形態と理解していることを批判し、このような対応関係を否定する⁹⁾。B説によれば、「移置」にも不作為形態が含まれ、これは例えば、要扶助者が離れていくのを止めないというような態様（これは「不作為による移置」と呼ばれる）であるとされ、「置去り」にも作為形態が存在し、これは、要扶助者が保護者に接近することを阻止するという態様（これは「作為による置去り」と呼ばれる）であるとされる。B説のA説に対する批判点は、「移置」・「置去り」と行為態様の対応関係のみであるから、B説は、作為であれ不作為であれ、「遺棄」に「移置」や「置去り」といった場所的離隔を生じさせる態様を想定している点ではA説と同じであり、「遺棄」と「不保護」を場所的離隔の有無により区別している¹⁰⁾。

もっとも、B説も、217条の「遺棄」には作為形態しか含まれないが、218条の「遺棄」には不作為形態も含まれるとしており、A説と同様に、不作為形態は218条でのみ処罰が可能であるとしている¹¹⁾。つまり、B説の立場からして

9) 大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣、第3版増補版、2005年）58頁以下、同「遺棄罪」日本刑法学会編『刑事法講座 第7巻』（有斐閣、1953年）1601頁、福田平『全訂刑法各論』（有斐閣、第3版増補版、2002年）165頁。桜木澄和「遺棄罪の問題点」日本刑法学会編『刑法講座 第5巻』（有斐閣、1964年）258頁も「移置と置き去りとの区別は主体又は客体の移動によって異なるので、作為犯か不作為犯かによってきまるのではない」と述べている。もっとも、この論者がB説に依拠しているとは言い切れない。というのも、A説のような考え方に対して、「その根底には、単純遺棄はその性質上作為犯に属し、置き去りは不作為犯であるから、保護義務者によってのみ犯しようという思考が前提となっているようである。しかし、このような解釈は、現実にはしばしば困難である。」（同258頁）とも批判しており、この批判からすれば、後述するC説のような考え方に依拠しているとも考えられるからである。

10) 大塚（前掲注9・各論）65頁、同（前掲注9・遺棄罪）1605頁、福田（前掲注9）166頁、岡野光雄『刑法要説各論』（成文堂、第5版、2009年）42頁。

11) 大塚（前掲注9・各論）59頁、64頁、同（前掲注9・遺棄罪）1601頁以下、福

も、不作為形態による犯罪を犯せるのは、「保護責任者」＝作為義務者だけだということになる¹²⁾。

以上のことから、B説によれば、217条の「遺棄」は、A説のように、場所的離隔を生じさせる移置のみであると理解されるのではなく、要扶助者と扶助者の間に場所的離隔を生じさせ、要扶助者を危険に晒すような作為であるということになり、218条の「遺棄」は、要扶助者と扶助者の間の場所的離隔を生じさせ、要扶助者を危険に晒すような作為または不作為ということになる¹³⁾。これに対して、「不保護」は、「遺棄」と場所的離隔の有無により区別されるので、場所的離隔を生じさせることなく、要扶助者を危険にさらすことと理解される。

(3) C説(217条の「遺棄」にも不作為形態が含まれるとすることで、「遺棄」を統一的に理解する見解)

C説は、上述のA説やB説が、217条と218条で「遺棄」の概念内容が異なってもよいとする点を批判し、「遺棄」という文言が、217条と218条で共通して用いられていることを考慮して、これらの概念内容は統一的に理解されるべきであると主張する¹⁴⁾。また、C説は、不真正不作為犯とは、作為犯を予定した構成要件を不作為によって実現したと評価されうる場合に成立するものであるとの考えを強調し、217条の「遺棄」にも、当然に不作為形態が含まれるべきであるとしている¹⁵⁾。それゆえに、C説は、217条の「遺棄」にも218条の「遺棄」にも、作為形態と不作為形態が含まれるとして、「遺棄」概念を統一的に

↘田(前掲注9)165頁、岡野(前掲注10)42頁。

12) 大塚(前掲注9・各論)59頁、同(前掲注9・遺棄罪)1602頁、福田(前掲注9)165頁。また、松原(前掲注5)36頁を参照。

13) 大塚(前掲注9・各論)59頁、60頁、福田(前掲注9)165頁。

14) 野村稔『刑法研究 下巻[各論]』(成文堂、2016年)7頁、曾根威彦=日高義博「ひき逃げの罪責」植松正ほか『現代刑法論争Ⅱ』(勁草書房、第2版、1997年)19頁〔曾根威彦〕、岡本(前掲注5)8頁、齊藤金作「遺棄罪における保護責任の根拠」平野龍一ほか編『判例演習(刑法各論)[増補版]』(有斐閣、1969年)156頁。

15) 内田文昭『刑法各論』(青林書院、第3版、1996年)88頁、同『犯罪構成要件該当性の理論』(信山社、1992年)44頁以下、酒井(前掲注5・宮沢古稀)111頁。大沼邦弘「ひき逃げと遺棄罪・殺人罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座(第6巻)——各論の諸問題』(法学書院、1993年)105頁も参照。

遺棄罪の諸概念の内容について（1）

理解しようとする¹⁶⁾。なお、C説においても、「遺棄」は要扶助者との間の場所的離隔を生じさせるものであると理解されているから、「遺棄」と「不保護」の区別は場所的離隔の有無により行なわれる¹⁷⁾。

このようなC説の理解によれば、217条にも不作為による「遺棄」が存在することになり、特に、作為による「遺棄」の場合には、「保護責任者」という要素は刑の加重要件となるはずであるから、A説やB説のように、単純に、「保護責任者」=作為義務者という構造をとれないことになる¹⁸⁾。そのため、

-
- 16) 内田（前掲注15）88頁、岡本（前掲注5）8頁、山口（前掲注5・各論）35頁、曾根威彦「遺棄罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』（日本評論社、1996年）30頁以下、松原（前掲注5）36頁、野村（前掲注14）7頁以下、高橋則夫『刑法各論』（成文堂、第2版、2014年）34頁、橋本正博『刑法各論』（新世社、2017年）48頁（もっとも、「不保護は、必然的に場所的離隔のない場合に限られるものではなく」と述べており〔53頁〕、不作為による遺棄を不保護と理解しているようにも見える）、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣、2003年）29頁、同『不作為犯論』（青林書院、1978年）262頁、曾根威彦ほか編『重要問題刑法各論』（成文堂、2008年）24頁〔岡上雅美〕、和田俊憲「遺棄罪における生命保護の理論的構造」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）61頁以下、佐伯仁志「遺棄罪」法教359号（2010年）97頁以下、齊藤金作（前掲注14）156頁、高山佳奈子「遺棄の概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）139頁。もっとも、平野（前掲注3）9頁以下は、217条における不作為による遺棄を処罰しないという観点は尊重すべきとする。この他、C説に類似する見解として、酒井（前掲注5・法研論集28号）88頁以下（「遺棄」の本質は、移置した後の置き去りにあるとして、「遺棄」概念を統一的に理解し、217条の主体も218条の主体も要扶助者との間の一定の保護関係を有する者であるが、217条の主体は事実的な保護関係を有する者、218条の主体は家族共同体的保護関係を有する者として、両罪を区別しようとする。）。さらに、武藤真朗「ひき逃げにみる遺棄の概念」岡野光雄先生古稀記念『交通刑事法の現代的課題』（成文堂、2007年）292頁以下（「遺棄」の本質を不保護に見て、場所的離隔を生じさせることによって要扶助者を保護しないことを「遺棄」、それ以外の態様で要扶助を保護しないことを「不保護」と理解する。）。
- 17) 山口（前掲注5・各論）35頁、曾根（前掲注16）27頁以下、野村（前掲注14）7頁。なお、松原（前掲注5）38頁は、「保護責任者による場所的離隔の創出・不解消と不保護とが並存する場合には、218条前段と後段との包括一罪になる」としていることからすれば、理論的には、場所的離隔の有無によって「遺棄」と「不保護」を区別しているわけではないであろう。
- 18) これに関して、松原（前掲注5）36頁は、「保護責任は、作為犯にも妥当する刑の加重要件であって、もっぱら不作為犯を作為犯と同等に処罰することを正当化す

C説は、218条では不作為形態が加重処罰されていることを考慮して、217条の不真正不作為犯で要求される作為義務と、218条における「保護責任者」に要求される義務を区別しようとするか、作為義務の点では同じであるとしても、「保護責任者」たる地位に特別の加重責任を認めようとする¹⁹⁾。つまり、C説によれば、218条における「保護責任者」は、不真正不作為犯における作為義務者とは異なる地位であるとか、異なる義務を負う者であると理解することになる²⁰⁾。

ゝる作為義務ないし保障人的地位とは本質的に異なる機能を有している」と述べる。

また、齊藤彰子「遺棄（217条・218条）」法教407号（2014年）38頁、佐伯（前掲注16）97頁以下、平野（前掲注3）5頁も参照。

- 19) 例えば、通常の作為義務と保護責任者の義務が異なることを、平野龍一『刑法概説』（有斐閣、1977年）164頁は、「保護義務は、作為義務よりも高度のものでなければならぬ」と表現し、松宮孝明『刑法各論講義』（成文堂、第4版、2016年）77頁以下も、「保護責任者は、親権者ないし介護義務者あるいはこれらの者から要扶助者の扶助を包括的に委任された者といった『特別義務者』に限られる」と述べている。217条と218条で行為者への要求が異なる点については、C説の論者の中で一致が見られるものの、218条においては217条と異なる作為義務が要求されていると理解するのか、同一の作為義務が要求されているが、218条では217条と異なる地位が要求されていると理解するのかについては争いがある。前者の見解を主張するものとして、曾根ほか編（前掲注16）25頁〔岡上〕、岡本（前掲注5）39頁以下など。これに対して、後者の見解では、例えば、山口（前掲注5・各論）36頁は、保護責任者を「より強度の支配関係がある場合」に限定すべきであるとし、曾根（前掲注16）30頁以下も、「保護責任は、もともと親子・夫婦などの継続的な保護共同体の地位に基づいて発生する責任要素であって」、「作為義務違反の程度は、第217条の不作為と第218条の不作為とで共通であるべきであり、ただ保護責任の有無によって罪責に差が生ずるに過ぎない」と理解している。
- 20) C説のように、保護責任者と作為義務者は異なると理解する論者の中でも、「保護責任者」が、違法身分（あるいは違法性に属するもの）であるのか、責任身分（あるいは責任に属するもの）であるのかについては見解が分かれている。これを違法身分と理解する論者としては、内田（前掲注15）92頁以下、佐伯（前掲注16）102頁。これを責任身分と理解する論者としては、平野（前掲注3）10頁、山口（前掲注5・各論）37頁、曾根（前掲注16）30頁、松原（前掲注5）40頁以下、堀内（前掲注16・各論）33頁、同（前掲注16・不作為犯論）262頁など。特に、松原（前掲注5）41頁は、保護責任を責任身分であるとの理解を徹底し、「後段に該当する『不保護』についても、その不作為犯としての処罰を正当化するために、保護責任とは別に、作為義務ないし保障人的地位を要求すべきである」とし、作為義務や保障

(4) D説（不作為形態を全て「不保護」で捕捉することで、「遺棄」を統一的に理解する見解）

D説もC説と同様、217条の「遺棄」と218条の「遺棄」を、同一の文言が用いられていることを考慮して、統一的に理解すべきであることを強調する²¹⁾。しかしD説は、C説とは異なり、「遺棄」に置去りのような不作為形態を認めようとしない。つまり、D説は、217条の「遺棄」も218条の「遺棄」も、作為形態たる場所的離隔を生じさせる移置とするか²²⁾、作為によって場所的離隔を生じさせる行為として²³⁾、「遺棄」概念を統一的に理解し、不作為形態を全て

ㄨ人的地位は、保護責任とは異なる違法身分であるとしている。つまり、松原の見解によれば、保護責任者が作為義務を有していない場面が生じることになる。しかし、要扶助者を保護する義務のない者は、要扶助者を保護する必要がないのであるから、この者に「保護する責任」があるとは思えない。また、この考え方に従えば、「保護責任者」であるが作為義務を有していない者が、要扶助者の「生存に必要な保護をしなかった」場合には、この者は不可罰となってしまう。例えば、「保護責任者」とそれ以外の他者が居合わせる場面で、「保護責任者」が要扶助者を保護しないような場合には、松原説によれば、この「保護責任者」は、要扶助者に対する排他的な支配を有していないことを理由に、作為義務を有していないことになるが(41頁の注29を参照)、作為義務を有していない点を考慮すれば、217条でも処罰できないことになる。なお、作為義務とは異なるものとしての「保護責任者」を責任要素と理解する場合には、不真正不作為犯における保障人的地位も、これを作為義務と同視しないのであれば、責任要素と解すべきことになろう（これに関しては、中森喜彦『刑法各論』〔有斐閣、第3版、2011年〕38頁の注57、井田良『講義刑法学・各論』〔有斐閣、2016年〕92頁の注39を参照）。

21) 大谷實『刑法講義各論』（成文堂、新版第4版補訂版、2015年）68頁、小暮得雄ほか編『刑法講義各論——現代型犯罪の体系的な位置づけ——』（有斐閣、1998年）68頁〔町野朔〕、西田典之『刑法各論』（弘文堂、第6版、2012年）30頁以下、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）31頁、武田誠「遺棄罪の基本問題」北陸法学9巻2号（2001年）102頁。

22) 大谷（前掲注21）68頁、小暮ほか編（前掲注21）68頁〔町野〕、西田（前掲注21）30頁以下、伊東（前掲注21）31頁、武田誠「危険犯・小論」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）66頁、同（前掲注21）111頁。

23) 日高義博「遺棄罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座 第4巻 刑法各論の諸問題』（成文堂、1982年）168頁、同『不真正不作為犯の理論』（慶應通信、第2版、1983年）152頁、林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、第2版、2007年）

218条における「不保護」によってカバーしようとするのである。それゆえ、D説の理解によれば、「遺棄」と「不保護」は、上述のA説ないしC説のような場所的離隔の有無ではなく、作為による移置か不作為形態か、あるいは作為形態か不作為形態かによって区別されるということになる。また、D説によれば、不作為形態は218条でのみ処罰されるため、この点においてはA説やB説と同様であり、「保護責任者」＝作為義務者という構成になる。

2. 遺棄罪の諸概念の内容確定におけるポイント

(1) 「遺棄」・「不保護」・「保護責任者」の相互関連性

上で見てきたように、遺棄罪の諸概念の内容に関する見解は多岐にわたっている。そのような見解の相違は、217条と218条で同じ「遺棄」という文言が用いられていることから、217条と218条では「遺棄」の概念内容が同一でなければならないのか否かという問題、加えて、218条でのみ「不保護」が処罰されることにも関連して、不作為形態は218条でのみ処罰されるのか、換言すれば、「保護責任者」を不真正不作為犯における作為義務者と同一と考えるべきか否かという問題に起因していると言える。つまり、「遺棄」という文言について、これが217条と218条に共通して用いられていることから、これを両構成要件において統一的に理解すべきであるのか、あるいは、異なる意味内容を有すると理解してもよいのかという問題が存在し、これと関連して、218条における「不保護」と「保護責任者」という概念を、どのように理解すべきであるのかという問題も生じているのである。具体的に言えば、A説、B説あるいはD説のように、217条における「遺棄」には、作為形態（もしくは場所的離隔を伴う移置）しか含まれないとするならば、不作為形態の処罰は218条でのみ可能となり、A説やB説のように、218条における「遺棄」には不真正不作為形態も含まれるとするか、もしくは、D説のように、全ての不作為形態は218条における「不保護」でカバーされるとし、このことに関連して、「保護責任者」は不真正不作為犯における作為義務者と同一であると理解しうることになる一

↘41頁。

遺棄罪の諸概念の内容について（1）

方で、C説のように、217条でも不作為形態が不真正不作為犯として処罰されるとする場合には、不真正不作為犯の作為義務者と「保護責任者」を同一のものと理解できなくなり、また、「不保護」が218条でのみ処罰可能である理由も提示されなければならないことになるのである。

（2） 作為義務の発生根拠および作為と不作為の区別という総論的問題

もっとも、以上のように見てみると、遺棄罪の諸概念の内容を検討する場合には、「遺棄」を217条と218条で統一的に理解すべきか否かという問題および「保護責任者」＝作為義務者と理解してもよいのか否かという問題より以前に、重要な問題が存在していることに気づく。すなわち、不真正不作為犯における作為義務の発生根拠の問題と、作為と不作為の区別という問題である。いかなる場合に作為義務が課されるのが明らかでなければ、そもそも、これを「保護責任者」と同一視してもよいのかは明らかにならないであろう。218条では、「保護責任者」という地位が、作為義務や作為との同価値性を問題としなくてよいはずの真正不作為犯たる不保護罪の場合にも要求されていることに鑑みると、A説やB説やD説のように、これを直ちに作為義務者と同一視することには疑問があるはずである。加えて、A説やB説が、217条の「遺棄」を作為による移置あるいは作為形態に限定し、218条の「遺棄」には作為によるもの他に不作為形態も含まれると理解していることや、D説が「遺棄」と「不保護」の区別を作為と不作為に対応させていること、さらに、例えばB説が、「不作為による移置」や「作為による置去り」という行為形態を認めて「遺棄」という概念の内容を確定しようとしていることを考慮すれば、「遺棄」および「不保護」という概念を理解するためには、作為と不作為を区別する基準を明確にしておかなければならないはずである。それにもかかわらず、従来の見解は、遺棄罪の諸概念の内容確定の問題が各論解釈の問題に属するためか、これらの総論的問題を十分に意識しないまま遺棄罪の問題を取り扱ってきたように思われる。

作為義務の発生根拠の問題および作為と不作為の区別という問題は、私見によれば、消極的義務・積極的義務という観点から考察される。すなわち、従来、

不作為が作為に比して足らざる部分を補完し、とりわけ不真正不作為犯を処罰するための必須条件とされてきた作為義務は、実は、作為犯にも共通するメルクマールである消極的義務あるいは積極的義務のことであり、それは不真正不作為犯処罰のために例外的もしくは特別に要求されるものではなく、さらに、これらの義務の観点から見れば、作為と不作為の区別は原則的には不要となる²⁴⁾。そうだとすると、これまで不真正不作為犯と呼ばれていたものは、ある犯罪の出来事の現象面に着目して表現されたものであるにすぎず、作為犯と同様に、消極的義務あるいは積極的義務に違反するものにすぎないということになる²⁵⁾。

本稿は、上で述べたように、総論的問題が遺棄罪の諸概念の内容理解に影響を及ぼすとの考えから、このような私見を前提として、遺棄罪の諸概念の内容について検討を進めることにする。それゆえ、本稿の議論の前提となるため、ここで改めて、消極的義務と積極的義務の概要を必要な限りで示しておく。

(i) 消極的義務

刑法は、確かに法益を保護するものであるが、その法益保護を通じて、「法、特に刑法の主要な任務は、市民にその生活を自らの洞察に従って送ることを可能にする」²⁶⁾ ところにあると考える場合、刑法は、各人の自由を保障することを任務とし、この自由保障のために、ある行為を禁止したり命令したりしていると理解することになる。

このような自由の保障は、さしあたり、他者の自由領域の不可侵性を尊重すること、より簡単に言えば、他者に迷惑をかけないように振る舞うことによって達成される²⁷⁾。このことが意味するのは、他者を害しない限り、各人は何ら

24) 詳しくは、拙稿「親権者の『刑法的』作為義務」関西大学法学論集64巻2号(2014年)137頁以下、同「特別なものとしての不作為犯？」竹下賢ほか編『法の理論33』(成文堂、2015年)97頁以下、同「作為・不作為の区別と行為記述」関西大学法学論集66巻4号(2016年)190頁以下を参照。

25) より詳細には、拙稿(前掲注24・関法66巻4号)219頁以下。

26) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 174. (以下、Pawlik, Unrecht と略記)

27) Vgl. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 28/14 (以下、Jakobs, ↗

遺棄罪の諸概念の内容について（1）

制限されることなく自由に行動してもよいということである。逆に言えば、他者を害するような行為をすることは許されず、そのような行為には、何らかのペナルティが課せられるということである。すなわち、原則的に、各人は他者を害しない限り自由に行動してもよいが、ひとたび、その行為により何らかの損害が生じたならば、その結果については責任を負わなければならないというルールが妥当しているのである²⁸⁾（行為自由と結果責任という制度）。刑法は、各人の自由を保障するという任務を達成するために、行為自由と結果責任という制度に基づいて、各人に対して一次的に、他者を侵害しないように振る舞う（他者を尊重する）ことを内容とする義務、すなわち消極的義務を課すと考えられるのである。

消極的義務が、他者を害しないように振る舞うという内容であることから、この義務を一定の行為をしないという内容の不作为義務と結びつける理解がある²⁹⁾。つまり、消極的義務は、他者を害してはならないという意味での侵害の禁止のみを内容としているという理解である。しかし、消極的義務の内容はそれに尽きるものではない。というのも、上述したように、消極的義務の基礎をなす行為自由と結果責任という制度は、自らの行為から結果が生じた場合には、その結果について責任を負うということを要請しているからである。つまり、この制度から導き出される消極的義務は、各人に対し、結果を生じさせないように行動することだけでなく、何らかの結果が生じた場合には、当該

↘AT, 2. Aufl. と略記) : *ders.*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 21 f. (以下, *Jakobs*, Tun und Unterlassen と略記) ; *Pawlik*, Unrecht, S. 179 ; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteligung, 1999, S. 60.

28) *Jakobs*, AT, 2. Aufl., 29/29 ff. ; *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 34 ff. (以下, *Jakobs*, System と略記) ; *Pawlik*, Unrecht, S. 179 ff.

29) このように理解するものとして, Feuerbach が挙げられる。Feuerbach は, 犯罪を他者の権利領域への侵害, すなわち消極的義務に違反することであると理解しつつ (*Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 21), 「市民の本来的義務は, もっぱら不作為に向けられる」として, 消極的義務を不作為義務と同視する (a. a. O., § 24)。Vgl. dazu *Pawlik*, Unrecht, S. 168 ff. また, 拙稿 (前掲注24・法の理論33) 106頁以下も参照。

結果を補償することも要請するのである³⁰⁾。消極的義務は、(自らの行為により生じた)結果を補償せよという給付命令(=中和命令)も内容としている³¹⁾。

(ii) 積極的義務

各人の自由を保障するという刑法の任務は、先ほどの行為自由と結果責任という制度および消極的義務だけでは達成できない。というのも、各人が自由に行動できる状態になれば、行為自由と結果責任という制度は空虚なものになってしまうからである。つまり、行為自由と結果責任という制度が成り立つためには、そもそも各人が自由に行動できるという状態が保障されていないのであり、この状態を具体的そして現実的に保障するための制度が必要なのである³²⁾。刑法の任務が各人の自由を保障する点にあるならば、各人が現実に自由な状態を保障するための諸制度から、そのような状態を維持ないし改善するために必要な義務も刑法から課せられることになる³³⁾。

積極的義務は、各人の現実の自由な状態を保障するための諸制度から課せられる義務なので、当該諸制度に属する者にのみ課せられることになる。加えて、この義務の内容は、各人の自由な状態を維持・改善するところにあるから、他者に介入してはならないというものではなく、むしろ積極的な形での扶助を要請するものになる。誤解を恐れずに言うならば、積極的義務は、ある一定の行為(作為)をすることによる給付の命令を内容とするものであると言ってもよ

30) 比較的理解が容易なものとして、*Jakobs*, System, S. 34 ff. (insbesondere S. 36 ff.); *ders.*, Tun und Unterlassen, S. 22 ff.; *Pawlik*, Unrecht, S. 180 ff.; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 175. 拙稿(前掲注24・法の理論33)116頁も参照。

31) このように考えると、従来、作為義務と呼ばれてきた義務の中でも、自己の先行行為により生じるとされてきた作為義務は、消極的義務から導き出される命令、すなわち、中和命令を指しているということになる。

32) Vgl. *Seelmann*, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtdogmatik, GA 1989, 255 f.; *Jakobs*, AT, 2. Aufl., 29/28, 57; *ders.*, System, S. 83 f.; *ders.*, Tun und Unterlassen, S. 30 ff. (insbesondere S. 32); *Pawlik*, Unrecht, S. 186 ff.; *Kubiciel* (Fn. 30), S. 177.

33) 拙稿(前掲注24・関法64卷2号)184頁以下も参照。

い³⁴⁾。

（3）消極的義務・積極的義務と遺棄罪の諸概念

私見のように、作為義務の発生根拠の問題および作為と不作為の区別という問題を、消極的義務・積極的義務という観点から考察した場合、作為義務は（不真正）不作為犯という領域に固有のものではなく、作為・不作為という行為形態の区別も刑法上重要でないということになるから、217条であれ218条であれ、「遺棄」という概念の中には——日常的な用語法に従って言うところの——作為も不作為も含まれると理解するのが素直だということになりそうである。また、不保護罪も、それが条文の規程形式から真正不作為犯と称されているとしても、作為と不作為の区別が相対化されるのであれば、いずれの行為態様でも犯すことが可能だと理解できることになる。そうであるならば、行為形態による区別は無意味となり、218条が217条よりも加重処罰されている点だけが強調され、217条と218条では行為主体が異なる点に着目すべきことになるから、218条の「保護責任者」というメルクマールの有無によって、217条と218条を区別しようとするC説の考え方が妥当であるように見える。

もっとも、消極的義務・積極的義務という観点に立ちつつ遺棄罪の諸概念の内容を検討するとしても、法文解釈としては、我が国の刑法典が217条と218条で共通して「遺棄」という文言を用いているものの、218条でのみ「保護責任者」の「不保護」を処罰すると規定していることは考慮されなければならない³⁵⁾。確かに、C説の論者が述べるように、いわゆる不真正不作為犯を、作為

34) しかし、実際には、禁止と命令は相互的な関係にあるため、積極的義務は侵害の禁止も内容とする。これについては、拙稿（前掲注24・法の理論33）112頁以下（特に114頁以下）も見よ。

35) なお、ドイツ刑法典も221条に遺棄罪を規定しているが、我が国でいう「不保護」に該当する類型についてのみ行為主体が限定され、この不保護罪には、主体が限定されていない「遺棄」による犯罪と同じ法定刑が設定されており、我が国の単純遺棄罪と保護責任者遺棄・不保護罪の関係とは大きく異なっている。すなわち、「保護責任者」の「遺棄」が加重処罰され、「保護責任者」の「不保護」が単純遺棄よりも重いとされているのは、我が国の刑法典に独特のことであり、ドイツ法上の議論と単純に比較できない。

の形式で規定されている犯罪を不作為で犯すことだと考えるならば、このことは217条の文言にも当然に妥当し、217条と218条で「遺棄」概念を異なって理解すべきでないように思える³⁶⁾。しかし、遺棄罪においては、上述したように、「遺棄」・「不保護」・「保護責任者」という諸概念の内容が、それぞれの概念の影響を受けて決まることからすれば、217条にのみ着目したり、もっぱら「遺棄」という概念だけに着目したりして、それらの諸概念の内容を決めることはできないはずであり、安直に、217条にも不真正不作為犯が存在すべきであるとか、217条の「遺棄」の内容は218条のそれと同一とすべきであると言うべきではないであろう。218条でのみ「保護責任者」の「不保護」が処罰されること、言い換えれば、主体の限定されていない217条では「不保護」に該当する行為が処罰されないことは考慮されるべきであるし、これに関連する形で、217条および218条における「遺棄」の概念内容も決められなければならないのである。

このような考え方に対しては、「遺棄」と「不保護」は場所的離隔の有無により区別されるのであり、刑法は、217条で場所的離隔の生じない態様を処罰しないと規定しているのであるから、C説に依拠しても構わないという反論がありうる。確かに、D説を除けば、「遺棄」と「不保護」は伝統的に場所的離隔という要件の有無によって区別されている。しかし、場所的離隔を生じさせないような態様であっても「遺棄」に該当する場合があるとする見解³⁷⁾が主張されていること、また、そもそも場所的離隔という要件の内容が不明確なことに鑑みれば³⁸⁾、この要件でもって「遺棄」と「不保護」が区別できるという主張の説得力は減じられる。そうだとすると、C説も「遺棄」と「不保護」を分けるポイントが場所的離隔の有無にしかないから、説得的とは言い切れないことになろう。

36) このように217条にのみ着目して「遺棄」概念を理解すべきであると主張するものとして、曾根（前掲注16）30頁。

37) 佐伯（前掲注16）99頁。

38) 場所的離隔という要件については、後述IV.で詳しく検討する。

遺棄罪の諸概念の内容について（1）

以上のことからすると、消極的義務・積極的義務という観点から考察し、作為と不作為の区別は相対化されるという前提に立ったとしても、置去りのような不作為形態を217条における「遺棄」の中に含ませてよいとするC説は、未だ妥当な見解であるとは言い切れない。そうであるならば、217条の「遺棄」を限定的に理解することは、なお可能であろうし、それに伴って、「保護責任者」をC説のような形で限定的に理解する必要もないことになる。

このように考えると、消極的義務と積極的義務という観点に立ち、遺棄罪の諸概念の相互関連性を考慮しつつ、遺棄罪の諸概念の内容を確定するためのポイントは、さしあたり、「保護責任者」の「不保護」だけが刑法典上処罰されることを踏まえれば、主体の限定されていない217条で「不保護」が処罰されない理由、言い換えれば、あらゆる者が処罰の対象となる217条における「遺棄」の内容と、これと関連して、218条における「保護責任者」の理解の仕方にあると言える。遺棄罪の諸概念が相互的な関連性を有していることからすれば、「保護責任者」という概念の理解が定まれば、必然的に「遺棄」という概念の内容も確定されることになる。上で見たように、A説ないしD説において、「遺棄」の理解が多岐に渡っている一方で、「保護責任者」の理解については、これを——従来の議論に従って表現すれば——不真正不作為犯における作為義務者の範囲と一致させるか否かにしか違いがない。そうであれば、「保護責任者」という概念の内容を先に確定する方が得策であろう。

それゆえ、以下では、「保護責任者」という概念の内容を考察することから始める。いかなる者が「保護責任者」たりうるのかは、従来から遺棄罪との関係で議論が活発に行なわれてきた、ひき逃げ事案を素材に、従来の見解を批判的に検討しつつ、消極的義務・積極的義務という観点からも考察する（III）。その場合、特に、消極的義務という枠組みにおける先行行為責任と引受け行為による責任の相違が重要になると考えられる。「保護責任者」という概念の内容について検討した後、「遺棄」および「不保護」の概念内容について考察を進めるが（IV.）、特に、217条における「遺棄」の内容を検討するに際しても、消極的義務という枠組みにおける先行行為責任の理解が重要となる。