HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	保護責任者遺棄罪における「保護責任」についての一考察（１）
Author(s)	松原, 和彦
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 57(3), 314[223]-279[258]
Issue Date	2006-09-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/14814
Type	departmental bulletin paper
File Information	hogakuronshu57-3-9.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

保護責任者遺棄罪における「保護責任」についての一考察（１）

松　原　和　彦

目　　次

本稿における問題意識
第１章　旧刑法編纂過程における立法議論
　第１節　歴史的経緯
　第２節　ボアソナード＝鶴田皓の議論と諸草案
　第３節　小括
第２章　旧刑法下における学説の状況
　第１節　起草者と立法関与者の見解―ボアソナードと村田保の見解
　第２節　起草者と立法関与者以外の者の見解（１）
　第３節　起草者と立法関与者以外の者の見解（２）―江木衷と小疇傳の見解
　第４節　小括
第３章　現行刑法編纂過程における改正議論
　第１節　歴史的経緯
　第２節　「明治23年草案」までの議論
　第３節　「明治28年草案」以後の議論
　第４節　小括　（以上、本号）
第４章　現行刑法下における学説・判例の展開（戦前）
第５章　現行刑法下における学説・（裁）判例の展開（戦後）
第６章　検討
本稿における結論
付録：裁判例一覧表

※ 本稿は、修士論文（2006年１月31日提出）を加筆・修正したものである。

本稿における問題意識

本稿は、刑法典第２編第30章「遺棄の罪」に存する諸問題のうち、保護責任者遺棄罪（218条）における「保護する責任（以下、「保護責任」という。）のある者」（以下、「保護責任者」という。）の根拠（範囲）について考察するものである。これは、刑法各論の重要問題の１つとして、古くから理論的な考察の対象とされてきた問題である。以下、本稿における問題意識について述べておきたい。

「保護責任（者）」の根拠（範囲）についての現在の学説には、大きく２つの見解がある。それは、①伝統的な通説[1]の流れを汲む、「保護責任」を不真正不作為犯における作為義務（以下、「作為義務（論）」という。）と同一視する見解（判例もこれに属すると解されている。）と、②作為義務を「保護責任」と関係させながらも、何らかの形で「保護責任」を限定化する見解である（もっとも、これらの見解の背後には、単純遺棄罪〔217条〕の「遺棄」をどのように解するか、すなわち、その「遺棄」に不作為のそれを含めるか否かについての議論があるが、ここではとりあえずその点を除いて考える。）。そして、見解①と見解②との間では、「保護責任」の解釈について、およそ次のような議論がなされている。すなわち、見解①から見解②に対しては、「保護責任」の限定化は成功していない、結局、作為義務と大部分重なっているという批判[2]、反対に、見解②から見解①に対しては、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とで法定刑に差があることを合理的に説明するためには、「保護責任」を作為義務よりも限定化しなければならないのに、見解①はそれをしていないという批判[3]、である。

確かに、どちらの批判にもそれ相応の理由があると思われる。しかし、どちらの見解によっても、１つの限界があると考えている。それはすなわち、いずれにせよ作為義務との関係でしか「保護責任」を論じていないことにある。作

---

[1] 例えば、団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』（1990）454頁以下参照。特徴として、「遺棄」概念を単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とで異なって解する点、そのことと「保護責任」の解釈が関係している点、がある。

[2] 例えば、西田典之『刑法各論〔第３版〕』（2005）29頁参照。

[3] 例えば、山口厚『刑法各論〔補訂版〕』（2005）34、35頁参照。

為義務論の理論的発展は、その形式的理解（法規範的構成）から実質的理解（事実的構成）へと移行し、処罰範囲の限定化をもたらした。それ故、見解②のように、もともと狭く設定されている作為義務を限定化しようとしても、それは困難である[4]。また、見解②は、（保護責任者）遺棄罪の沿革を考慮してか、保護責任者遺棄罪の典型例である親子関係を中心とした家族／親族共同体に主体の範囲を限定しようとする傾向にあるが、その理論的根拠は明らかではない。しかし他方、見解②がこのように限定化に成功していないとしても、それがすなわち見解①の妥当性を基礎づけるものではない。なぜなら、見解①にあっても、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪との間にある法定刑の差を説明しなければならないのであって、それを放棄することは許されないからである。

このような議論状況に鑑み、本稿は、判例・通説に代表される従来の「保護責任」が肯定される範囲を限定する必要があることを前提にしつつ、しかし、「保護責任」を作為義務とは切り離して再構成することはできないかという問題意識の下、いまだ理論的に決着を見ない保護責任者遺棄罪の「保護責任」について理論的考察を行うものである。以下、簡単に本稿の構成について述べておきたい。

まず、（ⅰ）「遺棄」概念はどのように理解されていたのか、（ⅱ）「保護責任」は（それとの関係も含めて）どのように理解されていたのか、（ⅲ）単純遺棄罪との関係、特にそれぞれの主体の具体的な範囲や、重く処罰されていることをどのように理解していたのか、を（特に第１章ないし第５章においては）基本的視点として意識する。というのも、従来（特に通説にあっては）（ⅰ）と（ⅱ）とは密接な関係を有して論じられてきたし、（ⅲ）はまさに保護責任者遺棄罪における問題の核心をなす部分と考えられるからである。それ故、特に立法（改正）議論については、その他の争点には触れないことにする。

以上の基本的視点を前提に、現行刑法の遺棄罪が、どのような議論の末に規定されたのかを整理することにより、保護責任者遺棄罪の原点を確認する。そのためには、日本最初の近代法典である旧刑法（明治13年に制定された刑法。以下同じ。）が編纂されるまでの立法過程における議論をも整理しておかなければならないだろう。現行刑法が制定される際に、旧刑法の存在を無視した形で議論されるはずがないからである。

---

[4] 齊藤彰子「遺棄罪」法教286号（2004）53頁参照。

次に、そのようないわば起草（立法）者意思の探求とは別に、学説や（裁）判例がどのように展開したのかを整理する必要がある。それは、学説や（裁）判例が、「保護責任」を解釈する際に、起草（立法）者とは異なった観点、具体的には作為義務論との関係に着目しているように思われるからである。旧刑法の立法議論は第１章で、旧刑法下の学説の状況は第２章で、現行刑法への改正議論は第３章で、戦前の学説及び判例の展開は第４章の前半で、戦後のそれは第５章の前半で、それぞれ述べる[5]。

更に、ドイツ刑法における学説にも目を向けなければならない。それは、日本の通説が、その影響を受けていると考えるからである。それに加えて、1998年にドイツ刑法の各則が全面改正されたことから、その後の学説の状況を整理し、何らかの示唆を得ることができるか否かについて検討する。改正前のは第４章の後半で、改正後のは第５章の後半で論じる。

最後に第６章で、以上の議論を検討した上で、先に述べた問題意識の下、「保護責任（者）」の根拠（範囲）について、本稿の帰結を提示する。

では、旧刑法における遺棄罪に関する議論から見てみよう。

第１章　旧刑法編纂過程における立法議論[6]

本章及び第２章では、第３章以降で扱う現行刑法に関する議論の前提として、旧刑法における遺棄罪に関する議論（立法議論と学説）を扱う。第３章で見るように、確かに現行刑法は旧刑法を全面的に改正したものではあるが、そこで旧刑法をまったく無視して議論がなされるはずはなく、それ故、旧刑法との異同を明らかにすることで、現行刑法の議論がいっそう明確になると思われるからである。本章では、旧刑法の編纂過程における遺棄罪に関する立法議論を見ていくが、その前に、旧刑法が制定されるまでの歴史的経緯を簡単にまとめておきたい。それはおおむね次のようなものであった。

---

[5] 本稿では、このように古い議論を見ていくが、文献中の片仮名は平仮名に変換し、圏点などは省略した。

[6] 以下の年月日は、吉井蒼生夫ほか編「〔参考〕旧刑法制定過程年表」西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕（１）日本立法資料全集29』（1994）21頁以下（以下、西原ほか『旧刑法（１）』と引用する。）によった。

第１節　歴史的経緯

1875（明治８）年９月15日、司法卿は刑法草案取調掛を設置し、同掛は律型の新律綱領及び改定律例[7]に代わる西欧近代刑法を指向した刑法典の編纂を開始した。日本人のみの編纂委員は、御雇外国人であるボアソナード（Gustave Emile Boissonade）[8]から、当時のフランス刑法典（以下、「フランス刑法」とする。）の講義と刑法典編纂に関する助言を受けて[9]、「日本帝国刑法初案」（但し、総則のみ。）を起草した。その際、主に参考にされたのは、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書刑法』であった[10]。翌1876（明治９）年４月25日、司法卿は「日本帝国刑法初案」を正院に提出し、それは、「改正刑法名例案」として元老院に送付されたが、不完全であることもあって、審議を経ずに返還されてしまったの

---

[7] 新律綱領（「訴訟律　子孫違教」）と改定律例（「訴訟律　子孫違教条例」）には、単純遺棄罪や保護責任者遺棄罪はなく、かつての尊属不保護罪のようなものしか存在しなかった。石井紫郎＝水林彪校注『法と秩序　日本近代思想大系７』（1992）289頁参照。それら以前の「仮律例」（「訴訟　捕亡　五　訴訟　父祖之奉養を欠」）については、同書38頁参照。これらの全体的な特徴などについては、川口由彦『日本近代法制史』（1998）51頁以下参照（以下、川口『法制史』と引用する。）。

[8] ボアソナードと旧刑法との関わりについては、大久保泰甫『日本近代法の父ボアソナアド』(1977) 112頁以下参照（以下、大久保『ボアソナアド』と引用する。）。

[9] つまり、この時点では、ボアソナードは旧刑法の編纂に関して補助的な立場にすぎなかったのである。このことは、次の記述から窺うことができる。すなわち、「一　仏国教師ボアソナード氏をして現今日本に施行すへき刑法見込書を出さしめ今般纂集の草案とを比較して纂集の助となす事」、「一　仏国教師午前日を定め仏国の刑法を講解し其原由を説明して纂集の助となす事」。西原ほか『旧刑法（１）』（「刑法編集日誌〔明治八年九月二〇日～一二月一三日〕明治八年九月廿日」）91頁以下。

[10] このことは、次の記述から窺うことができる。すなわち、「一　……尤も欧州諸国の刑法中仏国の刑法翻訳先成り各員目能く慣れ且仏国教師雇中に付質問に便なるにより先仏国の刑法を以て基礎と為し其他各国の刑法に及ふへきこと」。西原ほか『旧刑法（１）』（「刑法編集日誌〔明治八年九月二〇日～一二月一三日〕明治八年九月廿日」）91頁。他に参考にされたのは、ドイツ、ベルギー、オランダ、イギリスなどである。同書（「刑法編集日誌〔明治八年九月二〇日～一二月一三日〕同二十二日」）92頁参照。

である[11]。

その後、編纂方針は180度転換し、ボアソナードが主導的立場に就いて刑法典を編纂することになった。具体的には、ボアソナードが、草案を起草し、それに対する自説を陳述、その後、名村泰蔵を通訳として鶴田と議論、それを基礎にボアソナードが修正案を起草、そして再び鶴田と議論（以下、この繰り返し。）という編纂方法であった。その結果、「確定日本刑法草案　完」（以下、「確定稿」とする。）が起草されたのである。この作業は、１年半かけて行われた。

なお、「確定稿」が起草されるまでには、２つの大きな節目があった。その１つは「日本刑法草按　第一稿」（以下、「第一稿」とする。）完成時であり、もう１つは「日本刑法草案　第二稿」（以下、「第二稿」とする。）完成時である。「第一稿」は1876（明治９）年12月28日に正院へ提出され、「第二稿」は、刑法草案取調掛から旧刑法の編纂作業を委ねられた刑法編纂課による「第一稿」の校正作業により、翌1877（明治10）年６月に完成したが、正院には提出されなかった。その後、「第二稿」を校正したものが「確定稿」であり、11月に「確定稿」は、鶴田から司法卿へ、そして、司法卿から太政官へ提出された。もっとも、フランス刑法を刑法典編纂の出発点とした議論から「第一稿」が起草されるまでの間、そして「第一稿」と「第二稿」が起草されるまでの間にも、いくつかの修正案（以下、「第ｎ案」とする。）が存在した[12]。

その後「確定稿」は、太政官に設置された刑法草案審査局で審議され、１年半後、その審議は終了し、「刑法審査局修正案」として太政大臣へ提出された。1880（明治13）年３月１日、「刑法審査局修正案」は元老院で審議され、１月半後「元老院修正案」として上奏された。「元老院修正案」は太政官で承認され、旧刑法が成立したのである[13]。

以上のような経緯で、日本で最初の近代法典である旧刑法が編纂されたが、第２節では、旧刑法が編纂されるまでに、ボアソナードと鶴田との間でなされ

---

[11] 以上の記述は、西原ほか『旧刑法（１）』３頁以下に大きくよった。

[12] 以上の記述は、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕（２）－Ⅰ日本立法資料全集30』（1995）３頁以下、同『旧刑法〔明治13年〕（３）－Ⅰ日本立法資料全集32』（1996）3頁以下、に大きくよった。

[13] 以上の記述は、大久保『ボアソナアド』115頁以下に大きくよった（但し、年月日に齟齬がある。）。刑法草案審査局及び元老院における審議内容については、川口『法制史』171頁以下参照。

た議論を、「本稿における問題意識」で述べた視点、すなわち、①「遺棄」概念はどのように理解されていたのか、②「保護責任」は（①との関係を含めて）どのように理解されていたのか、③単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪との関係、特に各々の主体の具体的な範囲や重く処罰される根拠をどのように理解していたのか、という視点からまとめたいと思う。もっとも、後に見るように、旧刑法と現行刑法とでは、遺棄罪の規定形態が大きく異なることから、より正確に言えば、①'「遺棄」／「放棄」／「棄てる」といった概念がどのように理解されていたのか、②'軽く処罰される遺棄罪と重く処罰されるそれとでは、それぞれどのような主体が想定されていたのか、③'重く処罰される根拠がどのように理解されていたのか、という視点からまとめることになる。

加えて、以下での論述の順序について簡単に述べておきたい。旧刑法の遺棄罪は、（ⅰ）「第一案」が起草されるまで、（ⅱ）「第一稿」が起草されるで、（ⅲ）「第二稿」が起草されるまで、（ⅳ）「確定稿」が起草されるまで、（ⅴ）旧刑法が制定されるまで、の５段階を経ているが、そのうち（ⅴ）については明らかではない。そのため、以下では（ⅰ）ないし（ⅳ）の議論を時系列的に扱うことにする。

第２節　ボアソナード＝鶴田皓の議論と諸草案

では、「第一案」が起草されるまでに、ボアソナードと鶴田との間でなされた議論を見ていくが、先に述べた歴史的経緯から明らかなように、旧刑法の編纂に係る議論の出発点はフランス刑法にあった。その遺棄罪規定の特徴を簡単に述べておきたい。

＜フランス刑法＞[14]
第三編　重罪軽罪及ひ其刑
　第二巻　平民に対する重罪及ひ軽罪
　　第一章　人に対する重罪及ひ軽罪
　　　第六款　……又は其性命を危うする軽重罪、……
　　　　第一節　小児に対して犯したる軽重罪

[14] 西原ほか『旧刑法（１）』（「仏蘭西法律書刑法〔箕作麟祥訳〕」）397頁以下。

第三百四十五条ないし第三百四十八条　省略
第三百四十九条　満七歳以下の児を寥闃[15]の地に棄てし者又は其児を棄つ可きの命を為して現に其命の行はれし者は其所行のみを以て六月より少からす二年より多からさる時間禁錮の刑に処せられ且十六「フランク」（フラン―引用者註。以下同じ。）より少からす二百「フランク」より多からさる罰金の言渡を受く可し
第三百五十条　児の後見人又は其授業師[16]自から其児を棄て又は棄つ可きの命を為〔し〕[17]たる時は二年より少からす五年より多からさる時間禁錮の刑に処せられ且五十「フランク」より少からす四百「フランク」より多からさる罰金の言渡を受く可し
第三百五十一条　省略
〔第〕三百五十二条　満七歳以下の児を寥闃ならさる地に棄てし者は三月より少からす一年より多からさる時間禁錮の刑に処せられ且十六「フランク」より少からす百「フランク」より多からさる罰金の言渡を受く可し
第三百五十三条　若し児の後見人又は其授業師前条に記したる罪を犯せし時は六月より少からす二年より多からさる時間禁錮の刑に処せられ且二十五「フランク」より少からす二百「フランク」より多からさる罰金の言渡を受く可し

349条と352条は、誰もが犯し得る遺棄罪であるが（以下、「単純遺棄罪」という。もっとも、解釈上主体が限定される可能性がある。）、客体（「七歳以下の児」）の遺棄（上記邦訳では「棄てる」となっているが、以下では便宜的に、「遺棄」という用語を用いることにしたい。）された場所によって、すなわち、「寥闃の地」か否かによって、349条と352条とでは法定刑が異なる（「寥闃の地」の場合〔349条〕の方が、法定刑が重い。もっとも、行為に差がある。）。他方、350条と353条では主体が限定され（「児の後見人又は其授業師」）、かつ法定刑が単純遺棄罪よりも重くなっている（なお、単純遺棄罪と同様に、行為に差が

15　「リョウゲキ」と読む。「寥」は「寂しい、静か、むなしい」など、「闃」は「静か、ひっそり」などの意味である。上田万年ほか編著『講談社　新大字典〔普及版〕』（1993）641頁、2447頁参照。
16　「授業師」は「教師」のことである。牧野英一「遺棄罪と保護義務」同『刑法研究　第二巻〔第四版〕』（1932〔昭和7〕、初出1919〔大正8〕）303頁参照。
17　〔　〕は編者が付したものである。

ある。)。また、客体の遺棄された場所によって、法定刑を異にする（以下、「加重遺棄罪」という。)。

さて、「第一案」が起草されるまでは、フランス刑法の遺棄罪がどのような内容なのか、そして、それとの関係で、日本ではどのように遺棄罪を規定すべきか、について議論がなされた。

先に述べたように、加重遺棄罪は法定刑が重くなっているが、ボアソナードによれば、それは、「児の後見人又は其授業師」が「父母より教養生育の委托を受け其責めを負ふへき者」だからである。このことは反対に、保護責任者遺棄罪の典型例とされる、親が子供を遺棄する場合が単純遺棄罪で軽く処罰されることを意味する。次に、しかし、フランス刑法ではなぜ、親が子供を遺棄する場合を重く処罰しないのかが問題となった。それは、ボアソナードによれば、親の場合は自己の費用で子供を養育するため、貧窮によりやむを得ず子供を遺棄することも考えられ、それには「少し恕すへき処」があるが、「後見人」や「授業師」の場合には、それとは異なり、自己の費用で子供を養育しない、つまり通常親から養育料等その他子供の面倒に必要な費用が交付されるため、子供を遺棄するのは「必す悪意」であると見なさざるを得ないからである。このような理解は、フランス刑法の遺棄罪が刑事学上のいわゆる無力的困窮犯という側面[18]を有していたことを窺わせるように思われる[19]。

以上を前提に、日本では、親が子供を遺棄する場合をどのように処理すべきかが問題となった。鶴田は、「父母は実際已むを得さる事情に依て自ら棄るこ

---

[18] 大塚仁「遺棄罪」同『刑法論集(2)』（1976、初出1953）120頁参照。これに対して、児童虐待（特に「ネグレクト」）を念頭に置いた「親の養育義務観の希薄化」やいわゆる「ひき逃げ」を念頭に置いた「犯跡を暗まし逮捕を免れる」ことによる遺棄事案など、古典的遺棄罪観とは離れた現象が現代に見られるという指摘がある。日髙義博「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』（1982）160頁参照。なお、無力的困窮犯という性格から、政策的に適法な遺棄の場合を認めるべきとの主張については、勝本勘三郎「堕胎罪と遺棄罪とに就て」『刑法の理論及び刑事政策』（1925〔大正14〕、初出1906〔明治37〕）407頁以下（特に、413頁以下）参照。

[19] フランス刑法の遺棄罪の変遷及び特徴については、酒井安行「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）82頁参照（以下、酒井「遺棄概念」と引用する。)。

ともあるへきに付重く処罰するを得さる可し」とした上で、それとの均衡上、継母についても同様に解すべきであると主張した。しかし他方で、フランス刑法のように、「後見人」と「授業師」の場合だけを重く処罰することには反対した。なぜなら、当時の日本においては、「下賤の人民には養子に為す約定にて何年迄の養育料又は持参金として幼児と共に金額を受取り而して其幼児を棄て又は殺す等の弊」[20]があったからである。その結果、養父母、義父母、乳母などの場合には、重く処罰することになった（なお、この段階で、客体の範囲が幼者以外の者、例えば老者などにまで拡大された。）[21]。以上の議論を基礎にして起草された「第一案」は次のようになった。

＜「第一案」＞[22]

第十章　幼児又癈篤疾者を棄る事

第一条　二歳以上七歳以下の幼児を寥闃ならさる場処に棄て又は棄てしめたる者は二月より六月に至る重禁錮並に五円より五十円に至る罰金に処す

自己にて保養し能はさる老者癈篤疾者又病者を寥闃ならさる場処に棄て又は棄てしめたる者は前同刑に処す

若し二歳以下の幼児を棄てしめたる者は第一項の刑を二倍す

第二条　前条の第一項（第一引用者註。）二項に記載したる者を寥闃の場処に棄てたる時は四月より一年に至る重禁錮並に二十円より百円に至る罰金に処す

---

[20] 保護責任者遺棄致死罪と殺人罪との区別が問題となった大判大4・2・10刑録21輯90頁参照。

[21] 以上の議論につき、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕（3）－Ⅲ日本立法資料全集34』（1997）（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）302頁以下参照（以下、西原ほか『旧刑法（3）－Ⅲ』と引用する。）。なお、尊属に対する罪（「不孝の罪」）に対応して、子供に対する罪（「不慈の罪」）を設けること（重く処罰する趣旨か？）を鶴田は提案したが、ボアソナードは、親の子供に対する行為には教育的側面があるため、「不慈の罪」を特別に規定する必要はなく、真にひどい行為であれば、通常の逮捕監禁罪として処罰するだけだとしていることが注目される。同書308頁参照。懲戒権（民法822条）との関係で保護責任者遺棄罪の成否が問題となった唯一の裁判例として、大阪高判昭54・3・14判タ396号150頁参照。

[22] 西原ほか『旧刑法（3）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）308頁以下。

二歳以下の幼児を棄てたる時は第一項の刑を二倍す
第三条　放置したる犯人其放置せられたる者を養父母無給又給料を得て自己にて保養すへき任ある時は前二条に記載したる罪〔刑〕に一等を加重す
第四条ないし第六条　省略

「第一案」は、１条と２条が単純遺棄罪を、３条が加重遺棄罪を規定している。１条と２条とに共通する点は、客体によって法定刑に差を設けている点であり、１条と比較して２条の法定刑が重いのは、客体が遺棄された場所、つまり「寥闃の場処」か否かによるものである。３条は、養父母や無／有給で客体を「保養すへき任」（以下、「保養責任」とする。）にある者（以下、「保養責任者」とする。）が客体を遺棄した場合を、客体が遺棄された場所によって、すなわち、１条か２条かによって、１等重く処罰するのである。基本的な規定形態はフランス刑法と同様であり、客体の範囲と加重遺棄罪の主体の範囲が拡大された点などが異なる。では、「第一案」についての議論を以下で見てみよう。

まず、１条２項で想定されている事例が明らかにされた。それはすなわち、「甲の家へ留守中乙なる一面識もなき他人来り危篤の疾を生し殆んと死せんとす仍て甲は其乙を介抱し又死後の手数を避けんか為め他所へ棄てた」る場合と「貸長屋の独身者あり流行病にて死せんとするを其家主にて棄てたる」場合である。これらの場合、甲や家主は「保養責任者」ではないが、本項で処罰されるのである。このような理解によれば、１条のみならず２条の主体も「保養責任者」に限定されないことになるだろう。なぜなら、１条と２条とは、客体が遺棄された場所によってのみ区別されているからである。

次に、１条２項の「老者」が赤の他人の「老者」を指すため、子が自己の親（「老者」）を遺棄した場合、それはどのように処理されるのか、あるいはされるべきか、が問題となった。ボアソナードは、フランス刑法にはそのような場合を想定した規定が存在せず、そのため、本項で処理するしかないとする一方で、「然し之は宜しからす」として、「尊属親に対する罪の本条中へは子にて親を棄てたる罪の明文をも特書すへ」きであるとした（この罪は「第二案」では、その２条が放棄等罪を、３条が「保養を欠く」罪を定めていた[23]。以下では、

[23] 西原ほか『旧刑法(3)－Ⅲ』（日本刑法草案会議筆記　第一七〔自三九五条至四〇九条〕）462頁参照。

前者を尊属遺棄罪、後者を尊属不保養罪という。）日本人鶴田だけでなく[24]、フランス人ボアソナードにも受け入れられたことは興味深い[25]。

以上の点では、ボアソナードと鶴田との間に激しい意見の対立はなかったが、３条については、「第一案」が起草されるまでになされた議論との関係で、両者の意見が激しく対立した。最初に、鶴田から、養父母を重く処罰すると継父母も同様にならざるを得ないのではないかという問題提起がなされた（もっとも、以前、鶴田は、実父母と継父母は軽く処罰すること、養父母、義父母、乳母は重く処罰することを主張していた。つまり、養父母と継父母とで処罰の程度に差を設けていたのであり、ここでの主張はそれと一貫しないように思われる。）。これに対してボアソナードは、（あ）継父母の場合を重く処罰することになれば、実父母の場合も同様になること、しかし、（い）実父母は「自然の道理上」子供を遺棄することはなく、（う）たとえ、そうした場合であっても、「已むを得さる情状に出てたる者と見做すへき所」があるが、養父母の場合には、「常に利欲上より之れ（子供―引用者註。）を棄つる者多しと見做すへ」きであることを理由に、鶴田の意見に反対した。

しかし、再考したボアソナードは、養父母、継父母も実父母の場合と同一と見なし、３条を、「人の依托を受〔け〕て保養すへき任ある者給料の有無を分たす云々」と修正して、養父母らを本条から除外することを提案した。それは、養父母らは「法律上」の「保養責任者」であり（筆記者岡松撫村は、「法律上云々の一語解し難し」としている。）、他方、それらから子供を引き受けた者は、「約定書」上のそれであり、後者が重く処罰されるべきなのは、「元来約定上にて依托を受けたる者ある以上は夫れか為め父母は安心すへき者なり然るに却て之れを棄つるは其約定上の信義を失ひたる太た悪むへき悪人」だからである。これに鶴田も賛成した[26]。以上の議論を基礎にして起草された「第一稿」は次のようになった。

---

[24] 日本における親子関係の道徳的重視とその制度的保障については、井上茂『法哲学』（1981）164頁、187頁註（４）参照。

[25] ボアソナード、あるいはフランス刑法と家族秩序との関係については、川口『法制史』168頁参照。

[26] 以上の議論につき、西原ほか『旧刑法（３）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）309頁以下参照。なお、「棄る」から「放棄する」に改められた理由は明らかではない。

＜「第一稿」＞[27]

第十章　幼者又は老疾者を放棄するの罪

第四百十三条　二歳以上七歳以下の幼者を寥闃ならさる地に放棄したる者は二月以上六月以下の重禁錮五円以上五十円以下の罰金に処す

自己にて生活する事能はさる老者癈篤疾者又は病者を寥闃ならさる地に放棄したる者も亦同し

若し二歳以下の幼者を放棄したる者は其刑を二倍す

第四百十四条　前条に記載したる幼者又は老疾者を寥闃の地に放棄したる者は四月以上二年以下の重禁錮十円以上百円以下の罰金に処す

若し二歳以下の幼者を放棄したる者は其刑を二倍す

第四百十五条　寄託を受け〔て〕保養すへきの任ある者は其給料の有無を分たす前二条に記載する罪を犯したる時は各本刑に一等を加ふ

第四百十六条ないし第四百十八条　省略

「第一稿」は「第一案」と同じ規定形態であるが、単純遺棄罪（413条、414条）と加重遺棄罪（415条）のそれぞれの主体の範囲に変化が生じた。それ故、「第一稿」では、後者の罪のあり方が尊属遺棄罪との関係で問題となった。それは、415条に１等を加える必要がないという鶴田の主張から始まった。その理由は、（ａ）本条は本刑（単純遺棄罪〔413条、414条〕のこと。以下同じ。）に１等を加え、尊属遺棄罪は凡人の刑（単純遺棄罪〔413条、414条〕のこと。以下同じ。）に１等を加える[28]ことから、両罪は同一の法定刑になるが、しかし、それは不均衡であること、（ｂ）「義務」という観点からは、本条を重く処罰することは「道理あるに似たれとも」、「道徳」という観点からは、本条は、親が子供を遺棄するよりは「少し軽き情状あるに似たり」ということ、（ｃ）例えば、委託を受けた従弟が叔父を遺棄した場合、それは本条に該当して本刑に１等が加えられ、結果、尊属遺棄罪と同一の法定刑となるが、「然らば尊属親に対す

[27] 西原ほか『旧刑法（３）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）314頁。

[28] 「第二稿」直前の「校正第一案」では、加等程度が一等であった。西原ほか『旧刑法（３）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一七〔自三九五条至四〇九条〕」）473頁参照。

る罪の本条に於て之れを凡人の刑に一等を加ふとなしたる詮な」くなり、「少し不権衡」であること、（d）本刑／凡人の刑には、（1）親が子供を遺棄する類型と（2）他人が老者等を遺棄する類型の2つで構成されているが、類型（2）は通常、他人が老者等を引き受けた場合であり、それはつまり、本条は、本刑／凡人の刑に含まれていると解さざるを得なく、その趣旨でなければ、「寄託を受けたる他人又は親族間の老者病者を放棄したる時は常に子にて親を放棄したる罪と同刑にて太た不権衡」なこと、である。結局、重く処罰されるべきなのは、子が親を遺棄した場合、つまり、尊属遺棄罪だけであり、それ以外はすべて、軽く処罰すべきであると鶴田は主張したのである。

これに対してボアソナードは、415条はフランス刑法の加重遺棄罪を範としているため、そうならざるを得ないと反論した。しかし、鶴田は、フランス刑法のように、客体を幼者に限定しているのとは異なり、日本では幼者以外の老者等をも客体としていることから、尊属遺棄罪との関係で問題があると再批判した。そこでボアソナードは、「他人又は親族間にて給料なく寄託を受けたる幼者又は老者病者等を放棄したる罪は前二条（第四一三条、第四一四条）の内に含畜〔蓄〕する者と為」して、本条を「総て給料を得て寄託を受けたる幼者及ひ老者病者等を放棄したる罪而已に係る者と為」したところ、鶴田はそれを、「条理あるに似たり」として受け入れたのである[29]。以上の議論を基礎にして起草された「第二稿」は次のようになった。

＜「第二稿」＞[30]
第十節　幼者又は老疾者を放棄するの罪
第三百八十四条　五歳以下の幼者を放棄したる者は二月以上一年以下の重禁錮五円以上二十円以下の罰金に処す
自ら生活する事能はさる老者疾病者を放棄したる者も亦同し
第三百八十五条　十二〔衍〕歳以下の幼者又は老疾者を寥闃無人の地に放棄したる者は四月以上二年以下の重禁錮十円以上四十円以下の罰金に処す

[29] 以上の議論につき、西原ほか『旧刑法（3）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）315頁以下参照。
[30] 西原ほか『旧刑法（3）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）327頁。

第三百八十六条　給料を得て人の寄託を受け保養すへきの任ある者前二条の罪を犯したる時は各本刑に一等を加ふ
第三百八十七条ないし第三百八十九条　省略

「第二稿」は、「第一稿」と比較して、加重遺棄罪（386条）の主体が、「給料を得て人の寄託を受け保養すへき任ある者」に限定された。さて、この「第二稿」に関しては、「放棄」が「遺棄」に改められたことが注目されるが、その理由は、「放棄の字は妥かならす」というもので、実質的な理由は定かではない。しかし、刑法典中に初めて、「遺棄」という用語が使用されたという意味で注目に値する[31]。以上の議論を基礎にして起草された「確定稿」は次のようになった。

＜「確定稿」＞[32]
第九節　幼者又は老疾者を遺棄する罪
第三百七十四条　五歳以下の幼者を遺棄したる者は二月以上一年以下の重禁錮五円以上二十円以下の罰金に処す
自ら生活すること能はさる老者疾病者を遺棄したる者亦同し
第三百七十五条　十二歳以下の幼者又は老疾者を寥闃無人の地に遺棄したる者は四月以上四年以下の重禁錮十円以上四十円以下の罰金に処す
第三百七十六条　給料を得て人の寄託を受け保養すへき者前二条の罪を犯したる時は各一等を加ふ
第三百七十七条ないし第三百七十九条　省略

第３節　小括

以上が現行刑法の保護責任者遺棄罪に関係し得る「確定稿」が起草されるまでのボアソナードと鶴田との間でなされた議論である。次に問題となるのは、

31 西原ほか『旧刑法（３）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）328頁参照。
32 西原ほか『旧刑法（３）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）302頁。

「確定稿」から旧刑法が制定されるまでの間に、どのような議論がなされたのかである。しかし、先に述べたように、この点についての詳細は不明である。そこで、ここでは、規定から窺い得る「確定稿」と旧刑法との異同を整理しておきたいが、その前に、旧刑法における遺棄罪を見ておこう。

＜旧刑法＞[33]
第三編　身体財産に対する重罪軽罪
　第一章　身体に対する罪
　　第九節　幼者又は老疾者を遺棄する罪
第三三六条　八歳に満さる幼者を遺棄したる者は一月以上一年以下の重禁錮に処す
自ら生活する事能はさる老者疾病者を遺棄したる者亦同し
第三三七条　八歳に満さる幼者又は老疾者を寥闃無人の地に遺棄したる者は四月以上四年以下の重禁錮に処す
第三三八条　給料を得て人の寄託を受け保養す可き者前二条の罪を犯したる時は各一等を加ふ
第三三九条ないし第三四〇条　省略

まず、336条、337条（以下、「単純遺棄罪」という。）について、主体の範囲及び客体が遺棄された場所によって、法定刑に差を設ける点は異ならないが、幼者の年齢の上限が一律に8歳未満に拡大／限定され、罰金刑が削除されるなどして法定刑が重くなった[34]。他方、338条（以下、「有償受託者遺棄罪」という。）は、「確定稿」と旧刑法との間に異なる点はないが、念のため、法定刑がどの程度になるのかについて触れておくと、次のようになる。「禁錮罰金に該る者減軽す可き時は各本条に記載したる刑期金額の四分の一を減するを以て一

[33] 明治13年太政官布告36号。なお、我妻栄編集代表『旧法令集』(1968)（「刑法〔明治一三太告三六〕」）441頁以下を参照した。以下、旧刑法の条文はこれによった。
[34] 村田保『刑法註釈　再版　巻六』(1881〔明治14〕、初版1880〔明治13〕）37頁（以下、村田『註釈』と引用する。）によれば、遺棄罪は元来貧窮が原因で行われるため、罰金刑が存在しないと説明されている。高木豊三『刑法義解』（1881〔明治14〕）914頁以下（以下、高木『義解』と引用する。）でも同様である。

等と為し其加重す可き時は亦四分の一を加ふるを以て一等と為す」との規定(70条１項）によれば、336条の場合、すなわち、客体が「寥闃無人の地」ではない場所に遺棄された場合、１月７日以上１年３月以下の重禁錮に、337条の場合、すなわち、客体が「寥闃無人の地」に遺棄された場合、５月以上５年以下の重禁錮となる。以上が規定から窺い得る「確定稿」と旧刑法との異同であるが、基本的な規定形態に変化は見られないといえよう。

次に、ここまで見てきたボアソナードと鶴田との間でなされた議論を、旧刑法の特徴と両者の議論では不明確であった点についてまとめておきたい。

まず、「遺棄」がどのように理解されていたのかという点については、単純遺棄罪や有償受託者遺棄罪の箇所では議論になっていない。それは実は、その他の規定の箇所で問題となっていたのである。その１つは広義の尊属遺棄罪（363条、364条）であり、もう１つは軽犯罪法１条18号の前身の340条である。

旧刑法は、363条で「子孫其祖父母父母に対し……遺棄……の罪を犯したる者は各本条に記載したる凡人の刑に照し二等を加ふ……（但書省略）」、364条１項で「子孫其祖父母父母に対し衣食を供給せす其他必要なる奉養を欠きたる（以下、「不奉養」とする。）者は十五日以上六月以下の重禁錮に処し二円以上二十円以下の罰金を附加す」と規定し、「遺棄」と「不奉養」とを明確に区別している。そして、「元来子より親に対し衣食を供給せさる類の罪丈けは凡人同志〔士〕の罪と違ひ特別に論せさるを得す何となれは凡人は平生他人に対し衣食を供給すへき義務ある者にあらされとも子は平生親に対し衣食を供給するは勿論其疾病ある時は必す薬物をも供給せさる可からさる義務ある者なれはなり……依て此第二（三―引用者註。）条の衣食を供給せさる罪丈け〔は〕必す爰に特書せんことを要す」との鶴田の主張からも理解できるように、「不奉養」は尊属不奉養罪でのみ可罰的なのである[35]。他方、それとの関係で尊属遺棄罪は、「尤尊属親を放棄するも畢意其孝養を缺きたる内最甚しき者にて……」との鶴田の発言から、「不奉養」のうち特に重いものが「遺棄」だということになる。この点は現行刑法の立場と大きく異なる[36]。しかし、ここからは、「遺棄」

[35] これがおそらく保護責任者不保護（「必要な保護をしな」いこと。以下同じ。）罪の起源である。つまり、「不保護」とは、特別の義務を負う者にのみ認められた行為なのである。

[36] 以上の鶴田の主張は、西原ほか『旧刑法（３）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議

が「不奉養」とは異なるという点しか明らかになっていない。

そこで次に、340条に関する議論を見てみよう。ボアソナードが、「第四百十七条（340条―引用者註。）自己の所有地内に棄児を扶助せす又官署へ届けさる者は即為すへき事を為ささる罪なり又第四百十三条（336条―引用者註。）以下幼者を放棄したる罪は即為すへからさる事を為したる罪なり……」[37]と発言していることから、少なくとも「放棄」については、作為的形態を念頭においていたように思われる。そして、「放棄」から「遺棄」に用語が改められた理由が、形式的なものに過ぎないのであれば、「遺棄」も同様に解していたと推測することができる。しかし、なおこの点は不明であるため、(一)「遺棄」とは何かが、第2章での検討課題となる。

次に単純遺棄罪についてまとめよう。旧刑法はフランス刑法を範として編纂されたことは間違いないところであり、その1つの結果であり、特徴であるのは、親が子供を遺棄する場合が単純遺棄罪として、つまり軽く処罰されるということである。もちろん、単純遺棄罪は主体と客体との間に親子関係のような特別な関係がなくとも成立し得るようだが（先の鶴田の主張を想起されたい。）、そうだとすれば、有償受託者遺棄罪の主体の範囲が極めて狭いこともあいまって、その成立範囲は相当広いことになる。しかし、第4章以降で触れるように、現行刑法制定直後から戦前にかけて存在した有力説、そしてその後も存在する一部の学説のように[38]、法文上主体の限定がないにもかかわらず、一定の範囲の者に主体を限定するという解釈も可能性として残されている。そのため、(二) 単純遺棄罪の主体は解釈上限定されるのかも、第2章での検討課題となる。

更に、有償受託者遺棄罪についてまとめておく。有償受託者遺棄罪は、現行刑法とは異なり、主体の範囲は明確である。当時の日本の事情を考慮して、フランス刑法の加重遺棄罪（350条、352条）よりも主体の範囲を拡大しており、一方で尊属遺棄罪との関係を考慮して、一定程度限定されるに至ったのである。しかし、そのように、主体の範囲を限定する要素を委託関係の「給料」の有無

筆記　巻一七〔自三九五条至四〇九条〕」）464頁以下。また、同書472頁も参照。なお、卑属が尊属に対して「保養責任」のあることは必要ではない。

37 西原ほか『旧刑法（3）－Ⅲ』（「日本刑法草案会議筆記　巻一六〔自三七四条至三九四条〕」）320頁。

38 吉川経夫『刑法各論』（1982）44頁、酒井「遺棄概念」90頁参照。

（以下、「有償性」とする。）に求める実質的な根拠はそれほど明確であるとは言えなかった。そのため、（三）有償受託者遺棄罪における「有償性」は、どのような意味で重く処罰する根拠となるのかも、第２章での検討課題となる。

第２章では、以上の３つの検討課題について、起草者（ボアソナード）と立法関与者（村田保）の見解と、それら以外の者の見解を整理することにより、明らかにする。

第２章　旧刑法下における学説の状況[39]

本章では、旧刑法編纂過程におけるボアソナードと鶴田との間でなされた議論だけでは不明確であった点、すなわち、①「遺棄」概念がどのように理解されていたのか、②単純遺棄罪（336条、337条）の主体は解釈上限定されていたのか、③有償受託者遺棄罪（338条）における「有償性」を、どのような意味で単純遺棄罪よりも重く処罰する根拠と理解していたのか、以上３つの検討課題を、起草者（ボアソナード）と立法関与者（村田保）の見解とそれら以外の者のそれとを整理することで、明らかにすることとしたい。最初に、起草者であったボアソナードの見解と、刑法草案審査局員として立法に関与した村田のそれから見ておこう。

第１節　起草者と立法関与者の見解―ボアソナードと村田保の見解

まず、ボアソナードは、①については述べていないが、②と③については、次のように説明している。すなわち、②について、「法律の効力に因り看守者及ひ担当者たる身分を有しなから自から其看守する人を遺棄せし場合に殊更適用す」ると理解していたのである。また、③について、「法律上の責任を免れん事を探究せしにあらすして脆弱なる人生を妨害し己れに利益を得んと探究したるもの」で、単純遺棄罪の場合よりも「一層悪むへき貪欲心」があるからだと説明していたのである[40]。このように、ボアソナードは、単純遺棄罪の主体

[39] 本章では、通常とは異なり、できる限り初版あるいはそれに近い文献を参照する。

[40] ボアソナード『刑法草案註釈　下巻』（1886〔明治19〕）470頁以下参照。な

の範囲を限定し、有償受託者遺棄罪は「自己の利益の追求」という点に重く処罰すべき実質的な根拠があると理解していたのである。

では他方で、村田はどのように①ないし③を理解していたのであろうか。村田は、ボアソナードとは異なり、①について明確に述べている。すなわち、「遺棄するとは必しも之（客体―引用者註。）を他所に放棄するのみならす其家に置き自から失踪する事」なのである。しかし、②については、ボアソナードとは異なり、意識して述べられてはいない。もっとも、「遺棄」概念中の「其家に置き自から失踪する事」という記述からは、主体と客体とが同じ住居にいることを前提としているようにも解されるため、そのような状況にある（べき）者を主体として念頭に置いていたと推測される。他方、③については、遺棄「罪の多くは給料を受くる為め他人の孩児を受寄して乳育する者其利欲の為めに其児を遺棄して更に他の孩児を受寄せんとする」からだという説明からすると、ボアソナードと同様に、「自己の利益の追求」に重く処罰する実質的な根拠を求めていたと理解できるだろう[41]。

以上、ボアソナードと村田とに共通する遺棄罪の理解については、②'単純遺棄罪の主体は（何らかの形で）限定すること、③'有償受託者遺棄罪を重く処罰する実質的な根拠は、「自己の利益の追求」にあること、の2点に整理できる。

第2節　起草者と立法関与者以外の者の見解（1）

次に、起草者と立法関与者以外の者が、どのように①ないし③を理解していたのかを見てみよう（以下、ここで挙げられている論者の順序は、参照した文献の古い順である。）。

高木豊三は、①について、「遺棄するとは打捨つるの義にして専はら棄児の事」であると理解していた。ここからは、村田のように、②について読み取ることはできないし、その他の箇所でも明確には述べられてはいない。もっとも、高木が、生命に対する罪として遺棄罪を理解していることから、単純遺棄罪の主体の範囲を限定的に解しなかったものと推測される。他方、有償受託者遺棄罪

お、筆者が参照したのは、『ボアソナード文献双書⑲』（1998）として復刊されたものである。

41　村田『註釈』35頁以下参照。

の主体は有償「契約上の義務に依て負担する者」であるが、③について、「人の生命を危くするの外義務を尽くさす又信任に背くの責」があるからだと説明していた。ボアソナードや村田とは異なり、義務懈怠あるいは信任違背という点に重く処罰する実質的な根拠を求めている点が特徴的である[42]。これは、高木が、単純遺棄罪に義務懈怠の要素を認めないことと理論的に整合していると言えよう。

以上のボアソナード、村田、高木の見解とは異なり、宮城浩蔵[43]の見解は、①と②の双方において特徴的である。まず、宮城は、「遺棄」という用語には欠陥があると言う。というのも、「遺棄とは有形的所為を想像したるもの」であるが、「自己の子に衣食を給与せず之を自家に放置するが如きは決して有形的遺棄」ではなく、つまり、そのようないわば「無形的遺棄」が不可罰になってしまうからである。①について、作為的形態、不作為的形態の区別を意識している点が注目される。このことは特に、次のような記述からも強く窺われる。すなわち、「或は法理上遺棄を有形と無形とに区別するの必要なきに似たりと云ひ得べきも法律解釈の上に於て之を混同して論ずるを許さざるなり。」。

②については、客体を「保養する義務ある者」に限定して理解するのであるが、次の言い換えが特徴的である。すなわち、それは客体を「遺棄して利益を有する者」だというのである。この意味について、宮城は次のような具体例を挙げて説明する。それは、兄弟が同居し、それぞれに子供１人がいたが、経済的困窮のため、兄が弟の子供を遺棄した場合、その行為は単純遺棄罪に該当するかという事例である。宮城は、一般論として、兄が弟の子供を養う義務はない（「利害の関係を有せず」）としながらも、この事例では、「同居して生計を営」んでいるため、兄の行為は単純遺棄罪となると説明する。つまり、弟の子供に扶養という名の経済的支援をしない分が浮くという意味（限度）での「利害」あるいは「利益」があると理解していたと推測される。なお、③については、「一読明瞭なり。因て解説せず。」とされている[44]。

---

42 高木『義解』909頁以下参照。

43 澤登俊雄「宮城浩蔵の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』（1994）23頁以下参照（以下、吉川『理論史』と引用する。）。

44 宮城浩蔵『刑法正義』（1893〔明治26〕）675頁以下参照。なお、筆者が参照したのは、『明治大学創立百周年記念学術叢書第四巻』として復刊されたものである。

岡田朝太郎[45]の見解は、①については、宮城と同様に、作為的形態と不作為的形態とを意識しており、②についてより具体的に述べている点、③について従来とは異なる見解である点に特徴を有する。すなわち、①について、「被害者の傍を離れて保護若くは養育を脱する」ことが「遺棄」であるとし、その態様は、「被害者を他に移す（俗に所謂棄てる場合）と加害者自ら他処に遠さかる（俗に所謂置き去りにする場合）との二方」あると説明した。この理解からは、遺棄罪を義務懈怠犯と理解していたように推測される。このことは、②に影響を与えていた。すなわち、単純遺棄罪の「加害者は被害者を保養す可き責任ある者」でなければならなく、具体的には、「其国、成文若くは不文の民法の結果なると加害者自身に他人と結ひたる契約の結果なるとを分たす（此終の場合には給料を受けたると否とに因りて処分を異にす）」と限定的に主体を解釈していたのである。他方、③については、「寄託者の信用に背く罪害を（単純遺棄罪に―引用者註。）加ふれはなり寄託者の信用に背く点」、言い換えれば、「自己の利益の追求」や義務懈怠といった要素は無関係であると主張し、ボアソナードや村田（、高木）とは異なる見解を主張していたのである[46]。

勝本勘三郎[47]も、①について、作為的形態と不作為的形態とを意識していたようである。すなわち、「遺棄とは不正に扶養の義務を免脱する所為を云う」と規定し、それは、「幼者又は老疾者を其従来扶養せられつつある場所以外に置くの所為のみならす幼者、老疾者を置いて扶養しつつある場所を立ち去り其踪跡を隠す」行為も含まれると理解していたのである。勝本も、多くの論者と同様に「遺棄」の定義からは、遺棄罪を義務懈怠を中心に理解していたと言える（「一種の風俗を害する罪」ともいう。）。これを前提にすれば、②について、限定的に解するのであろうが、しかし、そのことは明確に述べられてはいない。他方、③については、「相当の報酬を受けて依頼者の信用に依て扶養の任に在る者」という説明からは、委託者と受託者（行為者）との間の信頼関係を破壊することに重く処罰する実質的な根拠があると理解していたと思われる[48]。この点は、（高木と）岡田（朝）と同様の見解と見ることが可能である。

---

45 小林好信「岡田朝太郎の刑法理論」吉川『理論史』177頁以下参照。
46 岡田朝太郎『日本刑法論各論之部　下巻』（1895〔明治28〕）822頁以下参照。
47 中義勝＝山中敬一「勝本勘三郎の刑法理論」吉川『理論史』140頁以下参照。
48 勝本勘三郎『刑法析義各論　下巻』（1900〔明治33〕）189頁以下参照。

以上４人の論者は、①について、義務懈怠行為と理解した上で、その態様に２つあるという理解が多く、②については、単純遺棄罪の主体を解釈上限定するのであった。もっとも、限定の仕方には、それぞれの論者によって特徴があることは先に見た通りである。また、③については、信任／信用／信頼違背と解する傾向にあったと言うことができるだろう。

しかし、次に見る見解は、これらとは趣を異にする。そのような見解を主張していたのは、江木衷[49]と小疇傳[50]である。

第３節　起草者と立法関与者以外の者の見解（２）―江木衷と小疇傳の見解

江木は、①について、次のように述べている。すなわち、「所為」と題して、「遺棄とは物体即ち幼者若くは老疾者を自治する能はさる地位に置くこと」であるとし、「手段」と題して、「通常詐欺脅迫若くは暴行に依るへきものなれとも保養の義務ある者にして此罪（遺棄罪―引用者註。）を犯す場合に在つては必すしも此等の手段あるを要せす何となれは幼者若くは老疾者の現存せる場所より保養者自ら逃走したるときは尚ほ之を遺棄の罪なりとすることを得れはなり」という。他方、②については、客体を「保養するの義務ある者に限らす」と明確に述べているように、限定的に理解していない。もっとも、先の「手段」の説明との関係から、「遺棄」が作為的形態の場合には、主体は限定されないが、反対にそれが不作為的形態の場合には、「保養者」だけが処罰されるというように理解するのが合理的と思われる。なお、③ついては多くを語っていない[51]。

他方、小疇は、①について、「遺棄」には大きく２つの態様があるという。それは、（ⅰ）客体を「現在の状況より生命身体に害を生し得へき危険なる状況（場所）に移転する」ものと、（ⅱ）「生命身体に害を生し得へき危険なる状況に放任する」ものである[52]。（ⅱ）は、主体に客体を「監護する法律上の義務」

---

[49] 木田純一（吉川経夫補訂）「江木衷の刑法理論」吉川『理論史』67頁以下参照。

[50] 宮澤浩一「小疇伝の刑法学」吉川『理論史』214頁以下参照。なお、筆者が参照した小疇の体系書（総論・各論）には刊行年が明記されていなかったが、同書228頁から初版と判断した。

[51] 江木衷『現行刑法各論』（1888〔明治21〕）300頁以下参照。

[52] もっとも、（ⅰ）に、「監護の義務ある者に於て自ら生活する能はさる被監

が必要であり、その義務は、法律の規定や「先に行はれた行為」[53]によって基礎づけられるものであり、具体的には、民法上の監護義務、保母との契約、捨て子を拾い上げる行為などと説明されている。これは、江木と同様に、作為的形態の場合は、単純遺棄罪の主体は限定されないが、不作為的形態の場合は、「監護する法律上の義務」を負う者に限定されるのである。なお、小疇も③については多くを語ってはいない[54]。

両者の見解は、単純遺棄罪において、行為者が客体を危険な状況下に置いたまま立ち去るという態様の遺棄については、行為者に何らかの特別な義務が必要だという点で一致している。遺棄の態様には2つあるとする見解はその他の論者によっても主張されていたが、不作為的形態の場合にのみ、特定の者しか主体たり得ないと主張しているのは、江木と小疇だけであったという意味で特徴的な見解と評することができよう。そうすると、具体的にどのような主体であれば、そのような態様の遺棄が処罰されるのかが問題となるが、この点、すでに見たように、江木は「保養者」とするにとどまる一方で、小疇はいくつかの要素を明示している。この点、作為義務論と関係するように思われ、それを検証するために、小疇の総論（総則）の著書を紐解いてみたい。

小疇は、「第二項　不作為 Das Unterlassung」という項目で、「不純正不作為犯に付て責任を負ふには其不作為か違法の場合に限るへきものにして不作為か違法なりと云ふには或結果の発生を防止すへき（作為）法律上の義務を負ふに拘はらす此義務に違背したる場合ならさるへからす」として、作為義務を大きく2つに分類する。それはすなわち、（あ）法規上の義務、（い）「曩（サキ―引用者註。）に自己か行ひたる作為の結果として発生する所の或る現象を防止

護者か自から危険なる場所に移転するに当り故意に之を防止せさる」不作為的形態をも含めている。しかし、「監護の義務ある者」と（ii）の「監護する法律上の義務」を負う者とを同一に解しているのかは、必ずしも明らかではない。

53　この「先に行はれた行為」は、ドイツ刑法学から取り入れられたものである。そのことは次の記述から明らかである。すなわち、「独逸刑法学者は通説として此の種の義務を認め独逸帝国裁判例亦然りとす但しオールスハウゼン（Justus Olshausen―引用者註。）氏は反対説を採りフランク（Reinhard Frank―引用者註。）氏は単に一時の救助を与ふるの意思を以て捨子を救助したる場合の外は本文の義務を求む」。

54　小疇傳『日本刑法論各論』（1905〔明治38〕）677頁以下参照。

せさることか普通の法律的観念に於て（仮令法律に明示なき場合と雖も）法律上の義務に違背なりと目せられるへき場合」による義務である。

（あ）のうち、まず（a）刑法上の義務として、不救助不申告罪（340条）と尊属不奉養罪（364条）を、（b）刑法外の義務として、官吏公吏の身分に付随する義務、民法上の監護義務、民法上の契約、その他の行政法上の義務を具体例として挙げる。（い）の具体例として、捨て子を拾う行為、自動車運転による侵害行為、外科手術中の過失行為、誤って洋灯を転倒させる行為、誤って監禁する行為、を挙げる[55]。

今日においては、「遺棄」それ自体は作為のみならず、不作為によっても実行可能であり、後者について作為義務が必要だということは当然である。しかし、旧刑法下で小疇のような見解があったこと、そしてこのような議論が、有償受託者遺棄罪では問題となっていないことは重要と思われる。つまり、有償受託者という地位・身分と作為義務（者）とを区別していたと思われるのである。

第4節　小括

本章で明らかになったことを、第1章の検討課題と対応させて、まとめておきたい。

検討課題①、すなわち、「遺棄」がどのように理解されていたのかについては、「遺棄」を義務懈怠行為と捉え、また、その態様には作為的形態と不作為的形態の2つがあるということで大方一致していた。

検討課題②、すなわち、単純遺棄罪（336条、337条）の主体は解釈上限定されていたのかについては、検討課題①の影響により、何らかの形で主体を限定しようとすることで大方の一致を見た。なお、判例も同様であったことをここで付言しておく[56]。

---

[55] 小疇傳『日本刑法論総則之部』（1904〔明治37〕）133頁以下参照。

[56] 大判明29・12・15刑録2輯11号47頁（通し頁ではないため。）は、「刑法第三百三十六条は保養の義務ある者か幼者又は老疾者等を遺棄したる場合に於て適用すへき法条にして保養の義務なき者に当行すへきものにあらす」と判示していた。

検討課題③、すなわち、「有償性」がどのような意味で、有償受託者遺棄罪（338条）を重く処罰する根拠となっていたのかについて、信任／信用／信頼関係を破壊する点に、実質的な根拠を求めていた。

その他に明らかになった事項として、単純遺棄罪の主体を限定する多くの見解とは異なり、「遺棄」の行為態様によってきめ細やかな議論をしていた見解があったことを指摘しておく。すなわち、作為的形態の遺棄の場合は、主体は無限定であるが、不作為的形態のそれの場合は、一定の義務者にのみ主体たり得る資格があるというのである。

第3章　現行刑法編纂過程における改正議論

以上、第1章及び第2章で考察した旧刑法における遺棄罪に関する議論を前提に、本章から第5章までは、現行刑法における遺棄罪に関する議論（改正議論、学説、〔裁〕判例、ドイツ刑法学）を扱う。そのうち、本章では、現行刑法が編纂されるまでに、遺棄罪に関してどのような議論がなされていたのかを見ていきたいと思う。第1章と同様に、まず、現行刑法が制定されるまでの歴史的経緯を簡単に述べておこう。

第1節　歴史的経緯

旧刑法施行前後から、政府部内で、旧刑法には日本の今日の事態に適当でない規定が多く存在するとの認識が広まっていた。そんな中、司法省は、全体的な改正草案[57]を太政官に提出し、参事院の審議に付した。参事院は法制部にそれを調査・修正させ[58]、1883（明治16）年5月18日に、法制部による修正案は鶴田皓や名村泰蔵らによって参事院議長へ提出された[59]。その審議は参事院総

[57] 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（1）－Ⅰ日本立法資料全集20』（1999）（「司法省改正案」）142頁以下参照（以下、内田ほか『刑法（1）－Ⅰ』と引用する。）。

[58] 内田ほか『刑法（1）－Ⅰ』（「明治16年改正議の委員案〔未付参事院〕」）229頁以下参照。

[59] 内田ほか『刑法（1）－Ⅰ』（「第33号参事院総会議議案―刑法改正の件」）254頁参照。

会議によって全部付託修正委員に委ねられ、同委員による修正案は参事院総会議での審議・決議を経て[60]、参事院の修正案が議長から太政大臣に提出された[61]。そして、内閣の回議に供されたのである。その後（の詳細は明らかではないが）、条約改正との関係で外務省に設置されていた法律取調委員会が司法省へ移管され、1890（明治23）年12月、4編414条からなる改正草案（以下、「明治23年草案」という。）が同委員会により起草された。「明治23年草案」は第1回帝国議会に提出されたが、議決に至らないまま会期終了となってしまった[62]。

1892（明治25）年1月13日、司法省は、刑法改正審査委員会を組織して、同委員会に改正草案の立案・審査に当たらせた。1895（明治28）年12月に、同委員会は、2編318条からなる改正草案（以下、「明治28年草案」という。）を起草した。司法大臣は大審院、控訴院、地方裁判所、そして各検事局に対し訓令を発して、「明治28年草案」に対する意見を徴し、1897（明治30）年12月28日、司法省は寄せられた意見を参考に、「明治28年草案」に若干の修正を施した2編322条からなる改正草案（以下、「明治30年草案」という。）を社会一般に公表した。同省はこれを直ちに議会に提出することを企図したが、政府はそれを見合わせ、再編された法典調査会第三部に改正草案の起草を委ねたのであった。

法典調査会第三部では当初、起草・調査方針について「明治30年草案」の起草者と調査会委員との間に意見の対立があったが、議論の末、旧刑法の部分改正ではなく根本的な改正をすることになった。その後起草されたのが2編308条からなる改正草案[63]である。しかし、この草案の第14回帝国議会への提出は見送られた。その後、同部は、その改正草案を修正・整理し、2編300条からなる改正草案[64]を起草して、1901（明治34）年2月8日に第15回帝国議会へ提

---

60 内田ほか『刑法（1）－Ⅰ』（「明治16年『参事院刑法改正案』〔校了〕」）375以下頁参照。

61 内田ほか『刑法（1）－Ⅰ』（「参事院上申案」）422頁参照。

62 以上の記述は、内田ほか『刑法（1）－Ⅰ』3頁以下、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（2）日本立法資料全集21』（1993）3頁以下（以下、内田ほか『刑法（2）』と引用する。）、吉井蒼生夫編「刑法〔明治40年〕（2）別冊付録明治四〇年刑法制定過程略年表」、に大きくよった。

63 内田ほか『刑法（2）』（「明治三三年『刑法改正案』」）490頁参照。

64 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（3）－Ⅰ日本立法資料全集22』（1994）（「明治三四年『刑法改正案』」）56頁参照（以下、内田ほか『刑法（3）－Ⅰ』

出したが、貴族院刑法改正案特別委員会での審議中に会期が尽き、議会は閉会となってしまった。

司法大臣は草案を全国の裁判所、検事局、弁護士会に送付して意見を求めた。寄せられた意見の結果の１つが「刑法及刑事訴訟法意見書追加」[65]である。法典調査会第三部は、それも参考にして起草作業を進めた結果、1901（明治34）年11月、「刑法再整理案」[66]を作成した。そして、同部は、この修正を加えた２編299条からなる改正草案[67]を起草し、第16回帝国議会へ提出した。この草案は、貴族院→同刑法改正案特別委員会→貴族院→衆議院→同刑法改正案委員会→同中調査委員会という流れで審議されたが、調査委員会での審議中に会期が尽きてしまい可決されなかった。その後、法典調査会第三部は、貴族院での修正案[68]を基礎に２編298条からなる改正草案[69]を起草し、第17回帝国議会へ提出したが、貴族院刑法改正案特別委員会での審議中に衆議院の解散があったため可決されなかった。

政府は第17回帝国議会の後、時局の関係上（日露戦争か？）、改正草案の議会への提出を見合わせていたが、1906（明治39）年６月８日、司法省内に法律取調委員会を設置し、同委員会は同中主査委員会に調査させた。そして法律取調委員会委員総会でその調査結果の審議がなされ、同中起草委員会が起草作業

と引用する。）。同書（「明治三四年第一五回帝国議会提出『刑法改正案参考書』」）146頁以下も参照。

65 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（３）－Ⅱ日本立法資料全集23』（1994）（以下、内田ほか『刑法（３）－Ⅱ』と引用する。）（「刑法及刑事訴訟法意見書追加刑法の部」）206頁参照。

66 内田ほか『刑法（３）－Ⅰ』（「明治三四年『刑法再整理案』」）387頁参照。

67 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（４）日本立法資料全集24』（1995）（「明治三五年『刑法改正案』〔二編二九九条、第一六回帝国議会〕」）54頁参照（以下、内田ほか『刑法（４）』と引用する。）。同書（「明治三五年第一六回帝国議会提出『刑法改正案』理由書」）141頁以下も参照。

68 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（５）日本立法資料全集25』（1995）（「明治三五年『刑法改正案』〔貴族院修正可決案＝衆議院送付〕」）48頁参照（以下、内田ほか『刑法（５）』と引用する。）。

69 内田ほか『刑法（５）』（「明治三五年『刑法改正案』〔二編二九八条、第一七回帝国議会〕」）344頁参照。同書（「明治三五年第一七回帝国議会提出『刑法改正案』理由書」）431頁以下も参照。

を行った結果、10月24日に２編289条からなる改正草案（以下、「起草委員会草案」という。）[70]が起草された。その後、法律取調委員会委員総会で「起草委員会草案」が[71]、そして「整理案」が審議され、２編265条からなる改正草案[72]が完成、第23回帝国議会に提出された。その後、紆余曲折を経て、現行刑法が成立した[73]。

第２節　「明治23年草案」までの議論

以上が、現行刑法の編纂に関する簡単な歴史的経緯である。これによれば、現行刑法の編纂過程には大きく２つの段階がある。１つは、「明治23年草案」が起草されるまで、もう１つは「明治30年草案」起草以後である。もっとも、少なくとも遺棄罪に関しては、「明治30年草案」は「明治28年草案」と同一であるので、その意味では「明治28年草案」起草以後ということになる。本節では、「明治23年草案」について若干検討する。まず、「明治23年草案」における遺棄罪がどのようなものであったのかを見てみよう。

＜「明治23年草案」＞[74]

---

[70] 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（６）日本立法資料全集26』（1995）（「明治三九年『刑法改正案』〔二編二八九条〕」）145頁参照（以下、内田ほか『刑法（６）』と引用する。）。

[71] 内田ほか『刑法（６）』（「法律取調委員会委員総会日誌第二六回〔明治三九年一二月二五日〕」）238頁以下（特に、239頁以下）参照。一連の審議のまとめとして、同書（「刑法取調委員総会議決修正条項〔一〕～〔五〕」）103頁以下（特に、106頁）参照。

[72] 内田ほか『刑法（６）』（「明治三九年『刑法改正案』〔二編二六五条〕」）277頁参照。同書（「明治四〇年第二三回帝国議会提出『刑法改正案』理由書」）355頁以下も参照。

[73] 以上の記述は、内田ほか『刑法（２）』３頁以下、同『刑法（３）－Ⅰ』３頁以下、同『刑法（３）－Ⅱ』３頁以下、同『刑法（４）』３頁以下、同『刑法（５）』３頁以下、同『刑法（６）』３頁以下、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（７）日本立法資料全集27』（1996）３頁以下（以下、内田ほか『刑法（７）』と引用する。）、に大きくよった。

[74] 松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧　日本立法資料全集別巻２』（1990）

第三編　私益に関する重罪及ひ軽罪
　第一章　身体に対する罪
　　第七節　幼者、老者又は病者を遺棄する罪
第三百十一条　自ら生活すること能はさる幼者、老者又は病者を遺棄したる者は三月以上三年以下の有役禁錮に処す
其幼者、老者、病者の保護を為す可き責任ある者之に必要の保養を与へさる（以下、「不保養」という。）とき亦同し
第三百十二条　給料を得て人の寄託を受け保養す可き者前条の罪を犯したるときは一等を加ふ
第三百十三条　省略
第三百十四条　幼者の父母、祖父母一家の恥辱を蔽ふか為め又は養育すること能はさる為め幼者を遺棄したるときは其罪を宥恕して本刑に二等又は三等を減す

「明治23年草案」が法律取調委員会においてどのような議論の末に起草されたのかはまったく不明であり、第1回帝国議会での審議状況からも、遺棄罪に関係する議論を窺うことはできない[75]。そこで、ここでは簡単に「明治23年草案」と旧刑法との異同を明らかにしておく。

まず、311条においては、幼者の年齢や客体が遺棄された場所によって、法定刑に差が設けられていない。そして、主体については、同条2項が「保護を為す可き責任ある者」、1項がそのような責任のない者とされている。もっとも、「保護を為す可き責任ある者」とはどういう者を指すのか、旧刑法でそうだったように、同条1項の主体を解釈上限定するのか、が問題となり得る。

また、新しい行為が加えられた。すなわち、311条1項は「遺棄」を処罰し、同条2項は「不保養」を処罰するのである。旧刑法では「不保養」に類似の「不奉養」が尊属不奉養罪においてのみ処罰されていたが、「明治23年草案」では、「保護を為す可き責任ある者」による場合にまで処罰範囲が拡張されたと言えるだろう。「不保養」の処罰が特別な責任のある者のみであることから、「遺棄」も含めてあらゆる責任を全うしないという意味での「不保養」と推測される（有

（「明治二十三年改正刑法草案」）120頁以下（以下、松尾『綜覧』と引用する。）。

75 松尾『綜覧』（「第一回衆議院会議録」）139頁以下参照。

償受託者不保養罪〔312条〕。但し、尊属遺棄等罪〔344条〕[76]参照。)。

以上とは異なり、旧刑法と異なるのは、314条の存在である。これは、旧刑法の「親による子供の遺棄は宥恕されるべき」という趣旨をより徹底したものと解することができる。適用事由として、家制度との関係で、「一家の恥辱を蔽うか為め」の場合、これは幼者が精神障害児、奇形児などを想定していると推測される。もう１つは、「養育すること能はさる為め」の場合、これは遺棄罪の無力的困窮犯としての側面に由来するものであろう。

このように、「明治23年草案」には現行刑法の萌芽が見られるものの、なお一部ではあるが旧刑法の趣旨を継承している面があることは否めない。しかし、この「明治23年草案」を境に、その後の改正草案の様相が一変するのである。その変化が明らかになるのは「明治28年草案」であった。

第３節　「明治28年草案」以後の議論

先に述べたように、一般論として「明治30年草案」が現行刑法の原案に相当するが、少なくとも遺棄罪に関しては、その前の「明治28年草案」と規定形態が異ならないため、これが現行刑法の遺棄罪の原案ということになる。ということは、「明治23年草案」から、どのような議論を経て「明治28年草案」に至ったのかが明らかになれば、現行刑法を解釈する際の１つの指針が得られ、有益と思われるが、残念ながら資料上確認できない[77]。外国法との関係についても、ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、ベルギー、フランス、オランダの刑法典や草案が一般的に幅広く参照されていたが、遺棄罪が規定されるに際し、どの法典や草案が重視されたのかも確認できない[78]。なお、以下に「明治28年草案」における遺棄罪規定を掲載しておく。現行刑法と規定形態が異ならないことは明らかであろう。

76　「子孫其父母、祖父母に対し前三章に記載したる重罪軽罪を犯したる者は各本刑に一等を加ふ」。松尾『綜覧』(〔「明治二十三年改正刑法草案」〕) 126頁。

77　内田ほか『刑法（２）』(「刑法改正審査委員会決議録第一回～第七六回」) 45頁以下参照。

78　内田ほか『刑法（２）』(「刑法草案総則　各国刑法参照」) 31頁以下参照。

＜「明治28年草案」＞[79]

第二編　罪名

第十一章　生命、身体に対する罪

第五節　老幼者、疾病者の保護を缺く罪

第二百七十二条　老幼又は疾病の為め扶助を要す可き者を遺棄したる者は三年以下の懲役に処す

第二百七十三条　老者、幼者又は疾病者を保護す可き責任ある者之を遺棄し又は其生存に必要なる保護を為さざる者は五年以下の懲役に処す

直系の尊属親に対し前項の罪を犯したる者は七年以下の懲役に処す

第二百七十四条ないし第二百七十五条　省略

このように、「明治28年草案」が起草されるまでの起草過程からは遺棄罪に関しては何も得ることはできない。しかし、「明治30年草案」以降の公式改正理由書、帝国議会（委員会）での議論などから、遺棄罪に関する議論を見出すことは可能である。それを以下で時系列的に整理していきたい。

まず、改正草案の最初の公式改正理由書[80]によれば、次の３点が確認される[81]。①章名に関して、旧刑法がそれを「幼者又は老疾者を遺棄する罪」としていたが、「遺棄なる文字に往々語弊あるを以て本案は改めて老幼、疾病の保護を缺く罪」と改めた。旧刑法下においては、単純遺棄罪の場合にも、その主体を解釈上限定するのが判例・通説であったことをも併せ考えると、遺棄罪は特別な義務を負う者にだけ成立する犯罪であるという理解が、この章名の変更から窺える[82]。

---

79 内田ほか『刑法（２）』（「明治二八年・三〇年『刑法草案』」）174頁以下参照。

80 これ以前に、「明治30年草案」の非公式改正理由書として、中島晋治『現行刑法対比改正刑法草案理由（罪名編）』（1899〔明治32〕）が存在する。同書232頁以下参照。

81 内田ほか『刑法（２）』（「明治三三年『刑法改正案』理由書」）575頁以下参照。

82 その後、最終的に章名が「遺棄の罪」となった理由については、必ずしも明らかではない。「起草委員会草案」では、「保護を缺く罪」であったが、その後、「整理案」に関する法律取調委員会委員総会での審議において、「遺棄の罪」に修正することが起草委員から述べられている。内田ほか『刑法（６）』（「法

②単純遺棄罪は、「現行法（旧刑法―引用者註。以下同じ。）第三百三十六条及ひ第三百三十七条を合し之に修正を加へたるもの」である。しかし、幼者の年齢や客体が遺棄された場所によって法定刑に差を設けなくなったこと以外には何ら述べられていない。

③保護責任者遺棄罪は、「現行法第三百三十八条を修正したる規定にして……修正案は之を拡張し広く保護の責任ある者か此等の者を遺棄し其他生存に必要なる保護を為ささる場合の規定を設け以て現行法の不備を補修した」ものである。しかし、主体の範囲や「遺棄」、「不保護」について具体的に述べられてはいない。

次に、第16回帝国議会の貴族院刑法改正案特別委員会での審議では、保護責任者遺棄罪について、次の３点について議論がなされていた[83]。（ⅰ）扶養料を送付・送金しないことも、「若し扶養料が生存に必要なるものであったならば此中に迄入」るということである。しかし、それが、「遺棄」と「不保護」のいずれの行為に該当するのかは、はっきりしない[84]。

（ⅱ）主体に関して、「其扶助すべき責任ある者と云ふのは特別なる一の義務を持った者が〔で〕ある、それを二百五十五条（保護責任者遺棄罪―引用者註。）で入れて論ずるのであ」るとしていることである。しかし、ここでも「特別なる一の義務を持った者」が具体的に誰を指すのかは、明らかではない。

（ⅲ）「不保護」を「不扶助」に修正する意見が出されていた。「解し様に依っては余り広くなる虞がある」というのがその理由である。主張者は、「前条（単純遺棄罪―引用者註。）よりは特に其責任者が為すべき行為の範囲を広めると云ふ御主意であれば」自分の修正意見は適当ではないとも発言しており、結局この修正意見が可決されなかったことから、「不保護」が相当程度広い概念であることを承認するものと解することが可能である。

最後に、第23回帝国議会の衆議院刑法改正案委員（特別調査委員）会で、次

律取調委員会委員総会日誌第二八回〔明治三九年一二月二九日〕」）254頁参照。しかし、それに対応するはずの「整理案」には、「保護を缺く罪」と修正する旨記述されており（内田ほか『刑法（６）』〔「整理案」〕94頁参照。）、齟齬がある。

83 内田ほか『刑法（４）』（「明治三五年二月一七日貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第一一号」）532頁以下参照。

84 なお、現在に至るまで、（裁）判例で類似の事案が問題となったことはない。

のような一連の議論がなされていた[85]。まず、単純遺棄罪の主体を「扶養の義務ある者のみに限ると云ふ説、……扶養の義務者にして老幼不具又は疾病のため扶養を要すべき者を遺棄した者」に限定する意見が出された。これに関連して、「今迄の現行法では是（扶養の義務のある者が主体であること―引用者註。）が明らかになつて居ないので、漸く裁判例で扶養の責任ある者のみを罰すると云ふことになつて、今日はそれを例として居る、所が二百十八条（単純遺棄罪―引用者註。）は政府の考は扶養の責任ある者のみを罰すると云ふことでありますか、……」という旧刑法と当時の判例との関係について質問があった。これに対して、「二百十八条は扶養の義務者でない者の積りであります、其以外の者であります、扶養の義務のある者は二百十九条（保護責任者遺棄罪―引用者註。）の方になる……」との答弁があり、単純遺棄罪の主体は、「扶養の責任のある者」でなければならいないという旧刑法と当時の判例とは異なることが明言された。

しかし、「さうすると総て懲役と云ふことは少しく重き場合がありませぬか、……懲役にする方が至当であると云ふ何か根拠ある御考がありますか」という質問が出された。これに対して、扶養の義務のない者が遺棄する場合であっても「随分残酷の場合もある」として、「内の雇人が病気して動けない、遺棄すると云ふ場合を想像すれば、決してそんなに恕すべき点はなかろう」という答弁がなされ、「自分の家に置いた其人が最も恐るべき病気に罹る、例へば、結核性の如きものがある、所がさう云ふ者に居られては困る、そこで遺棄すると云ふ場合」についても、同様だとされた。

更にこれに対しては、単純遺棄罪を削除する意見が出された。その理由は、刑罰が重すぎるという点のみならず、次のような「遺棄」の理解が背景にあったからである。すなわち、「遺棄と云ふ文字の中に放任と云ふことも包含しますから、手当てしなければ罰せらるる」という理解である[86]。しかし、結局この意見は否決されてしまった。

---

[85] 内田ほか『刑法（7）』（「明治四〇年三月四日衆議院刑法改正案委員〔特別調査委員〕会議録〔速記〕第七回」）207頁以下参照。

[86] 内田ほか『刑法（7）』（「明治四〇年三月一一日衆議院刑法改正案委員会議録〔速記〕第一〇回」）287頁でも、同様の意見が出されている。

第４節　小括

以上の議論について、いくつかの点を指摘しておきたい。

（あ）「遺棄」をどのように理解するのか、また、保護責任者遺棄罪が重く処罰される実質的根拠は何か、を直接問題とする議論は存在しなかったことである。

（い）保護責任者遺棄罪の主体を「扶養の義務」のある者とすることである。この点、「扶養の義務」を「民法上の扶養義務」（明治民法954条）と解して、主体の範囲を極端に限定するということも考えられなくもないが、旧刑法との関係を重視して、それに加えて、その者から客体を受託した者まで拡大するというように考えるのが妥当である（理論的には、行為者と被害者との間の契約もあり得る。）。改正議論においては、いずれにせよ「保護責任（者）」を極めて限定していたことになる。このことは、単純遺棄罪に該当すると述べられている具体例からも導かれる。すなわち、（ａ）「内の雇人が病気して動けない、遺棄すると云ふ場合」と（ｂ）「自分の家に置いた其人が最も恐るべき病気に罹る、例へば、結核性の如きものがある、所がさう云ふ者に居られては困る、そこで遺棄すると云ふ場合」である。現在の通説によれば、これらの場合に「保護責任」を認めることにもなり得、判例も、雇用者が要保護者となった被雇用者を遺棄した事案[87]や、自宅への連れ込み行為が保護責任を基礎づけたと解されている事案[88]のような、上記例と類似の事案で「保護責任」を肯定しているのである[89]。つまり、現在の通説あるいは判例のように、「保護責任（者）」を広く解することは、あまりにも改正議論からかけ離れているのである。また、改正の議論では、「保護責任」と作為義務（論）との関係については言及され

87　大判大８・８・30刑録25輯963頁。平川宗信は、この大審院判例に対して、「現在は、労使関係や使用者の義務が戦前とは基本的に異なっているから、この判例は再検討の必要がある。現在、使用者には労働者の安全・健康に関して各種の責任が負わされている（労働基準法19条・75条、労働安全衛生法等参照）ことを考えると、業務に起因する」場合は、使用者に労働者に対する「保護責任」があると主張する。平川宗信『刑法各論』（1995）74頁参照。

88　大判大５・２・12刑録22輯134頁。

89　もっとも、前者については、大判明45・７・16刑録18輯1083頁を、後者については、大判大４・５・21刑録21輯670頁を参照。

ていなかったことから、現在の通説における「保護責任（者）」の根拠（範囲）の拡大傾向が、作為義務（論）に強く影響された結果であることが推測される。

（う）旧刑法と現行刑法との間に埋まらない溝として、旧刑法では親による子供の遺棄が単純遺棄罪で処罰されていたが、現行刑法ではそれが保護責任者遺棄罪で処罰されるということである。先に述べたように、公式の改正理由書では、旧刑法の単純遺棄罪は現行刑法のそれに、旧刑法の有償受託者遺棄罪は現行刑法の保護責任者遺棄罪に一対一の対応関係で説明されていたが、実質的には旧刑法の単純遺棄罪の一部が保護責任者遺棄罪に組み込まれ、また残りは判例・通説のように「保養責任者」でなければならないところ、それがまったくそのような責任のない者による遺棄罪へと実質的に変化してしまったようである[90]。しかし、単純遺棄罪の主体の問題について、このように解することは早計かもしれない。なぜなら、旧刑法の場合と同様に、明文で主体を限定していないからといって、解釈上限定を許さないというわけではないからである。

[90] このような旧刑法と現行刑法の実質的な変更があった結果、「217条の単純遺棄罪の典型例を想像するのは、意外に難しい」、「このグループ（旧刑法336条、337条の「保養責任者」のこと―引用者註。）が現行218条の『保護責任者』に格上げされた後に、217条に残る事例がどれだけあるかは、かなり怪しい」という指摘がある。松宮孝明『刑法各論講義』（2006）75頁、76頁。