



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（2）
Author(s)	松原, 和彦; MATSUBARA, Kazuhiko
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 57(5), 340[193]-293[240]
Issue Date	2007-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/20523
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(5)_340-193.pdf



保護責任者遺棄罪における 「保護責任」についての一考察(2)

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2章 旧刑法下における学説の状況

第3章 現行刑法編纂過程における改正議論 (以上、57巻3号)

第4章 現行刑法下における学説・判例の展開 (戦前)

第1節 通説の形成

第2節 判例における「保護責任(者)」の理解の変遷(1)

第3節 通説と旧ドイツ刑法下における学説の状況

第4節 小括

第5章 現行刑法下における学説・ (裁) 判例の展開 (戦後)

第1節 通説への批判と現在の議論状況

第2節 (裁) 判例における「保護責任(者)」の理解の変遷(2)

第3節 新ドイツ刑法下における学説の状況

第4節 小括 (以上、本号)

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)に加筆・修正したものである。

第4章 現行刑法下における学説・判例の展開（戦前）

ここまで、現行刑法に関する議論の前提として、旧刑法に関する議論、すなわち、第1章では立法議論、第2章では学説の状況、について、そして第3章では、それらを承けて現行刑法への改正議論について、①「遺棄」の捉え方、②それと「保護責任（者）」の関係と（具体的）根拠（範囲）、③保護責任者遺棄罪の加重処罰根拠、の3点を軸に整理してきた。本章は、現行刑法に関する議論のうち、戦前の学説と判例のそれぞれの展開と、当時のドイツにおける学説の状況、の整理等を目的とするが、その前に、第1章ないし第3章の内容を簡単に振り返っておく。

まず、第1章では、①'普通遺棄罪（336条ないし338条）では「遺棄」のみが、尊属遺棄罪（363条、364条）ではそれに加えて「不奉養」が、処罰されており、「遺棄」では作爲的形態が念頭に置かれていたこと、②'保護責任者遺棄罪の前身である有償受託者遺棄罪（338条）では、主体の範囲が①'とは無関係に、「有償受託者」に明確かつ限定されており、他方、単純遺棄罪（336条、337条）では、その主体には親が含まれ、また、その範囲が解釈上限定される可能性があったこと、③'有償受託者遺棄罪の形式的加重処罰根拠は「有償性」にあるが、その実質的意義が不明瞭であったこと、が示された。

これを承けて第2章では、学説を論者の立場などに従って整理した結果、①'「遺棄」が義務懈怠行為として理解され、それには作爲的形態と不作爲的形態があると一般的に理解されていたこと、後者の形態には、作爲義務が必要であるとする見解があったこと、②'①'の影響から、単純遺棄罪の主体の範囲が解釈上限定されていたこと（判例も同様。）、①'において不作爲的形態の場合に作爲義務を必要とする見解も、そのことと「有償受託者」の理解を関係づけてはいなかったこと、③'「有償性」の実質的意義は、信任／信用／信賴関係の破壊に求められていたこと、が示された。

そして、第3章では、①と③に関しての直接的な議論は存在しなかったこと、②「保護責任者」は「扶養の義務のある者」とされていたが、それは、第一義的には民法上の扶養義務者であると解釈することができ、また、旧刑法との関係を考慮すると、その者から委託された者も含むと理解し得たこと、つまり、通説よりも極めて限定された主体が想定されていたこと、が示された。加えて、旧刑法の単純遺棄罪の主体に該当していた者の多くが「保護責任者」に吸収さ

れたため、単純遺棄罪の適用範囲が極めて限定されたことも示された（但し、これまで不処罰とされていた者、すなわち、「保護義務者」ではない者を新たに処罰することになった可能性は十分にある。）。

以上を承けて本章は、戦前の、学説のみならず判例の展開、更には、学説の背景にあった当時のドイツにおける学説の状況、の歴史的叙述／整理等を目的とする。具体的には、先に述べた①ないし③を軸に通説の形成過程を描き出し（第1節）、大審院判決を時系列的に整理して、②に関する理解の変遷を学説との関係に注意しながら辿り（第2節）、通説の形成に大きな影響を与えた当時のドイツにおける学説を、①と②を軸に整理し、通説との関係に検討を加える（第3節）。そして最後に、これらをまとめる（第4節）。

第1節 通説の形成¹

まず、「遺棄」に関する通説の形成過程を辿ってみよう。

現行刑法は1907（明治40）年に公布、1908（明治41）年に施行、されたが、改正議論に重要な立場で関与した磯部四郎の著書『改正刑法正解』ではすでに、「遺棄」には2つの態様があると説明されていた。「遺棄は扶助を要すべき者を置去りにしたる場合（以下、「置き去り」という。）と之を他所に移す場合（以下、「移置」という。）とを共に包含す」²のである。確かに、「遺棄」の概念上、これらの態様のあることは容易に想定され得るが、しかし、磯部は、そこから更に進んで（?）、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とでそれを異なって理解（以下、「遺棄の相対化」という³。）しなかった。

これに対して、神谷健夫＝神原甚造はその著書『刑法詳論』で、遺棄の相対化に言及した。「遺棄の観念並に其範囲は刑法学上至難なる問題の一に属すると前置した上で、「遺棄の意義は如何に之を定むべきか独逸の学説に於て遺棄の所為を広狭の二義に別つを通例とす我刑法の解釈に於ても亦之に倣ふを

¹ 第1節で参照する文献は、できる限り初版を用いることとする。

² 磯部四郎『改正刑法正解』（1907〔明治40〕）433頁（以下、磯部『正解』と引用する。）。なお、筆者が参照したのは、『日本立法資料全集 別巻34』（1995）として復刊されたものである。

³ 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―」早稲田大学法研論集28号（1983）72頁参照。

便とす」として、「遺棄」を狭義の遺棄（移置）と広義の遺棄（移置と置き去り）とに分類し、単純遺棄罪の「遺棄」は前者を意味する⁴、と説明したのである⁵。

このように、「遺棄」に関する通説の淵源が当時のドイツ刑法学にあったことは明らかである⁶。では、これと「保護責任（者）」とは、どのように関係づけられたのだろうか。

当初、この点は明確には意識されていなかったようである。例えば、泉二新熊はその著書『改正日本刑法論』で、「保護責任なき者は單純に保護を与へずとの事實に因て刑責を負担せず而して保護せすと云ふのみにては遺棄に非ず従て例は道路に棄児あり通行者之を扶助せすして通過する（以下、「棄児不救助事例」という。）も遺棄罪を以て論することを得ず」⁷と説明したのである。

これに対して、大場茂馬はその著書『刑法各論 上巻』で、次のようにその点について明確に言及した。「狭義の遺棄は積極的の所為即ち行為にのみ因りて成立するものにして消極的の所為即ち不行為に因りて成立するものに非ず。消極的の所為即ち不行為を罰するは、常に行為者に何等かの義務ある場合に限る。故に、一般遺棄罪を規定したる第二百十七条の所謂遺棄は、單に狭義の遺棄のみを指称するものにして広義の遺棄を包含せすと解すべきなり。」⁸と⁹ ¹⁰。大場

⁴ 神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（1913〔大正2〕）944頁以下参照（以下、神谷＝神原『詳論』と引用する。）。
⁵ もっとも、神谷＝神原以前に、大場茂馬が、ドイツの学説を参照していたようだが、神谷＝神原とは異なり、狭義の遺棄を移置、広義のそれを移置と広義の「不保護」、広義のそれを置き去りと狭義のそれ、と説明した。大場茂馬『刑法各論 上巻』（1909〔明治42〕）123頁以下参照（以下、大場『各論』と引用する。）。これは現在の有力説の1つである。

⁶ もっとも、山岡萬之助は、単純遺棄罪でも「被害者を転置若くは抛置し扶助の可能を阻碍するを以て犯罪を構成す」と主張していた。山岡萬之助『刑法原理』（1912〔大正1〕）364頁（以下、山岡『原理』と引用する。）。同書363頁も参照。これも現在の有力説の1つである。

⁷ 泉二新熊『改正日本刑法論（訂正十版）』（1910〔明治43〕、初版1908〔明治41〕）761頁（以下、泉二『日本刑法論』と引用する。）。
⁸ 大場『各論』132頁。

⁹ もっとも、移置を作為形態、置き去りを不作為形態とする理解に対しては、その後、木村亀二によって批判される。木村亀二『刑法各論』（1939〔昭和14〕）42頁以下参照（以下、木村『各論』と引用する。）。なお、筆者が参照したのは、

北法57(5・337)2343

の「遺棄」の理解が、当時のドイツ刑法学の影響を一応受けていたようであることと併せ考えたとき、この点もその影響があったと推測される。

では、「保護責任（者）」それ自体は、どのように理解されていたのだろうか¹¹。例えば、磯部は、保護「責任の原因は法令に基くと特別の契約に因るとを問は」ない¹²と説明していたが、このように、法令と契約が「保護責任」を生じさせる基本類型であることに異を唱える見解はその後まったく存在せず、議論は、具体的な適用事例を想定して、「保護責任（者）」の根拠（範囲）を拡大する方向にのみ進んでいったのである。

法文社（1957）から復刊されたものである。

¹⁰ 神谷＝神原は、単純遺棄罪において「通説は狭義の遺棄のみを指示すると云ふに一致す」として、「棄児不救助事例」と親による子供の「遺棄」とを比較して、後者の場合に置き去りが含まれるのは、「置去る者と置去らるる者との間には何等かの法律関係存することを要するや自ら明にして斯る関係は即ち次条に所謂『保護すべき責任』の関係」であり、そのような関係がなければ、「絶対に『置去』に因る遺棄行為を想像するを得」ないと、より明確に説明していた。神谷＝神原『詳論』946頁参照。

¹¹ 戦前の「保護責任（者）」の解釈論について論じる際には、単純遺棄罪の主体との関係に若干の注意が必要である。単純遺棄罪の主体は、現在の学説においては解釈上限定されていないが、戦前は、旧刑法下の学説と同様の見解が有力であった。ここでは特に、島田武夫の見解を紹介しておく。島田は、単純遺棄罪を「事実上保護責任ある者の遺棄罪」と理解し、後述する「同居同行事例」や「旅店其他客の来集を目的とする場屋の管理者」がこれに当たると主張していた。島田武夫『日本刑法新論 各論』（1925〔大正14〕）176頁以下参照（以下、島田『各論』と引用する。）。これに対する批判として、木村『各論』47頁、小野清一郎『刑法講義各論』（1928〔昭和3〕）191頁註（三）参照（以下、小野『各論』と引用する。）。「保護責任（者）」の根拠（範囲）が拡大するに伴い、島田の挙げるこの2つの場合は、それに取り込まれる。この意味で、「保護責任（者）」の解釈論と微妙に関係があったのである。なお、以下では、註において、各論者の作為義務論にも言及する。それは、「保護責任（者）」との関係を明確にするためである。

¹² 磯部『正解』435頁。もっとも、この段階ですでに「保護責任（者）」の根拠（範囲）の拡大が見られると言えなくもない。というのも、民法上の扶養義務と解し得た「扶養の義務」が法令一般におけるそれまで抽象化／一般化されてしまっているからである。その後、法令は、私法のみならず公法（含刑法）も含むとされるに至る。

泉二は、「法律上の義務を負担せざる者が任意に特別の扶助関係を設定したるときは尚ほ法律上の保護責任を生ずる」と主張して、「保護責任（者）」の根拠（範囲）の拡大への第一歩を踏み出した。これは、具体的には、「棄児発見者か養育の意思を以て自家に引取りたる後之を遺棄する」場合（以下、「棄児拾上事例」という。）を想定したものであった（なお、ドイツの学説を参照していた。）¹³。

これに対して、大場は、泉二の見解を法律的に構成した。「棄児拾上事例」と「幼者、不具者等を同行したる」場合（以下、「同行事例」という。）においては、「扶助を要すべき者の保護若くは扶助を事実上引受」けることにより「保護責任」が生じるが、それは「義務なくして他人の為め事務の管理を始めたる者は、本人其相続人又は法定代理人が管理を為すことを得るに至るまで其管理を継続するを要す（民法六九七条一項、七〇〇条）との民法上の原則」の「準用」であると説明したのである（なお、ドイツの学説を参照していた。）¹⁴。この法的構成は以後、「棄児拾上事例」については学説上受け入れられていった¹⁵。しかし、「同行事例」の法的構成については、次のような異論も存在したのである。

神谷＝神原は、「同行事例」（なお、神谷＝神原の場合、「同居」を含めるため、以下、「同居同行事例」という。）や「旅店其他客の来集を目的とする場屋の管理者」の場合について、特に「同居同行其自体は必ずしも事務管理にあらず事

¹³ 泉二『日本刑法論』761頁以下参照。作為義務は、(i)「法令か明示若くは黙示に依り或作為を命ずるとき」（例：扶養義務者と公務員の職務上の〔「行政命令」に基づく〕義務）、(ii)「合意上特に或作為の義務を引受けたるとき」（例：病人の看護を引き受けた者、手術する医師〔黙示の引き受け〕）、に生ずるとする。同書169頁以下参照。

¹⁴ 大場『各論』133頁以下参照。作為義務として、(i)「法律上の規定より生ずる作為義務」（例：刑法上の義務として218条の保護義務など、行政法規上の公務員の義務、契約）、(ii)「既に行ひたる行為より生ずる作為義務」（例：「棄児拾上事例」、手術する医師など）、を挙げる。大場茂馬『刑法総論 下巻〔再版〕』（1918〔大正7〕、初版1917〔大正6〕）597頁以下参照。

¹⁵ これに対して、山岡萬之助は、「遺棄に先だつ行為」として処理することを主張していた。山岡『原理』365頁参照。作為義務として、(i)「刑法其他の法規に於ける明示黙示の義務」、(ii)「先に為したる行為より生ずる違法の結果を其行為者に於て防止する義務ある場合」、を挙げる。同書135頁以下参照。

務管理と看得る場合は問題なきも斯る関係存在せざるときは何故に法律上の保護責任を生ずるか問題」となるところ、その場合は、「公序良俗又は国民の法的確信」により「保護責任」が生ずる、と主張したのである（なお、ドイツの学説を参照していた。）¹⁶。

これに対して、岡田庄作はその著書『刑法原論（各論）』で、「同居同行事例」を「黙示の契約」によって説明した。なぜなら、「同居同行を承諾するときには少くとも暗黙に之（客体—引用者註。）か保護を為す事を承認したものと認めざる」を得ないからである。従来「同居同行事例」では、同居同行の開始時点、つまり、行為者が被害者と関係を構築した時点で、すでに被害者が保護を必要とする状態になっていることが大前提であったと思われるが、同居同行の途中で突然被害者がそうってしまった場合でも「暗黙の契約」で説明できる（する）点に、この法的構成の意義がある。岡田（庄）は、「吾人の身体は常に健全なるものに非ず。時として疾病に侵さるる事あるは何人も熟知」しているから、その場合も同居同行者は「保護責任」を負うというのである¹⁷。この見解は、保護責任者遺棄罪の成立範囲を格段に拡張し、反対に単純遺棄罪のそれを極めて狭くするが、これは、「保護責任（者）」の根拠（範囲）の拡大現象のいわば極地であると言えよう。

ここまでですでに明らかなように、通説は、当時のドイツ刑法学の影響も手伝って、戦前に形成されたのである。ここでは、遺棄の相対化と、それと「保護責任（者）」との関係、註で示した各論者の作為義務論と比較したときおおむね両者が一致しているといつてよいこと、しかももっぱら法律的・形式的な理解が採用されていたこと、が明らかになった。

¹⁶ 神谷＝神原『詳論』950頁以下参照。作為義務は、(i)「法令により作為を命ぜられたるとき」（例：扶養義務）、(ii)「合意上作為を為すべき義務を負担したるとき」（例：看護婦による病人の看護の約諾）、に生ずるとする。同書254頁以下参照。

¹⁷ 岡田庄作『刑法原論（各論）〔再版〕』（1915〔大正4〕、初版1914〔大正3〕）437頁以下参照。作為義務として、(i)「法律上の義務」（例：親の子供に対する保育義務）、(ii)「契約上の義務」（例：看護婦の看護義務）、(iii)「先に行為を為したる場合には当然後の行為を為すべき義務」（例：過失で火鉢を転倒させる行為）、を挙げる。岡田庄作『刑法原論（総論）〔再版〕』（1915〔大正4〕、初版1913〔大正2〕）224頁参照。

これとは対照的に、③保護責任者遺棄罪の加重処罰根拠については、次の論者を除いて、言及されることはなかった。小野清一郎はその著書『刑法講義各論』で、「保護責任ある者は、其の法律上義務づけられたる身分に基き特に加重された処罰を受けるに過ぎない。」「行為の違法とは行為が法律の理念に反すること又は法律秩序一般の要求に反することである。（行為者の法律上責任ある身分と同一に非ざることを注意せよ）。」「行為者の地位又は身分としての『保護責任（義務）』と行為の違法性の一般要件としての『遺棄すべからざる義務』と其の性質を異にすることが、第二一七条と第二一八条との区別される要点である」¹⁸と、木村亀二はその著書『刑法各論』で、「単に、後者（保護責任者遺棄罪—引用者註。）を以つて身分に因り刑を加重する場合なりと為すことを意味するに過ぎない。」¹⁹と、説明したのである。

両見解に共通するのは、「保護責任」と作為義務は異なる、という認識である。前者はある特定の者の特別な責任であるのに対し、後者は「万人の義務」なのである²⁰。また、「保護責任（者）」が（で）あるが故に、保護責任者遺棄罪は加重処罰される、という認識も共有している。さらに、両者の「遺棄」に関する理解を見てみると、いずれも単純遺棄罪における「遺棄」は移置あるいは作為に限定される、としながらも、なお上述の「保護責任（者）」の理解を示している。これはすなわち、両見解が、通説とは異なり、「遺棄」と「保護責任（者）」とは必ずしも論理必然的な関係にはないということを示唆しているということである。もっとも、両者の見解は加重処罰根拠を形式的に説明してるにすぎず、更に進んだ議論は少なくとも戦前の段階には存在しなかったのである。

第2節 判例における「保護責任（者）」の理解の変遷（1）²¹

¹⁸ 小野『各論』190頁、191頁註（三）。

¹⁹ 木村『各論』45頁。

²⁰ この点は重要である。現在この点を強調するのは、松宮孝明である。松宮は、「218条の保護責任は『特別な義務』であり、これは217条の『遺棄』に当たる場合の罪責を加重し、単なる不保護の罪責を根拠づけるが、217条の作為義務は『万人の義務』であり、217条の不真正不作為犯を根拠づけるに過ぎない」と主張する。松宮孝明『刑法各論講義』（2006）71頁（以下、松宮『各論』と引用する。）。

²¹ 先行業績として、時武英男「保護責任者遺棄罪における保護責任」西原春

では、判例は「保護責任（者）」をどのように理解したのだろうか。本節では、この点に関する判例の変遷を、学説との関係に注意を払いつつ、時系列に沿って整理したい。

判例は、学説と同様に、当初から「保護責任」が法令と契約によって生じることを認めていた。元雇用者である被告人が、疾病による業務遂行障害を理由に解雇されたにもかかわらず被告人の住居（お堂）で寝ていた元被雇用者を、道路に遺棄した事案について、明治45年の大審院判決は、「被告等に法令若くは契約に基く扶助の義務なしとするも之を扶助せずして遺棄するか如きは善良の風俗を害すること甚しきものにして刑法第二百七十七条に……該当すること論を俟たす」²²として、「保護責任」が法令と契約により生ずることを当然の前提としていたのである。また、被告人が、第三者から（金17円と共に）貰い受けた幼児を適切に養育しなかったために、同児を死亡させた事案について、大正4年の大審院判決は、「法律に因ると將契約に因るとを問はず養育の義務を負ふ者か……単に義務に違背して食物を給与せ（さる）……ときは生存に必要な保護を為さざるものにして刑法第二百十八条……に該当す」²³としていたのである。

その後、判例は「保護責任（者）」の根拠（範囲）を徐々に、しかし確実に拡大させていった。内縁の夫婦が、養子として貰い受けた幼児を適切に養育しなかったために、同児を栄養障害に陥らせた事案について、大正7年の大審院判決は、「保護すべき責任ある者とは必ずしも所論の如く法令上扶養の義務を負担せる者のみに限るの趣旨にあらすして契約其他の事由に依り之を保護すへ

夫ほか編『判例刑法研究 第5巻』（1980）113頁以下がある（以下、時武「保護責任」と引用する。）。もっとも、本節は、判例理論の探究を目的とするものではない。

²² 大判明45・7・16刑録18輯1083頁。判文上明らかなように、本判決は単純遺棄罪の成立を認めた数少ない例である。その他、大判大4・5・21刑録21輯670頁（乞食の老者を自宅に引き取ったところ、病気に罹患したため、屋外に遺棄した事案）、名古屋地判昭36・5・29裁時332号5頁（泥酔した同居の同僚を厳寒の屋外に遺棄して死亡させた事案）、がある（逆に言えば、この3件しかない。）。これらでは、被告人の「保護責任」の有無は問題とされなかった。

²³ 大判大4・2・10刑録21輯90頁。本判決は契約による「保護責任」を認定した。

き責任ある者を包含す」る²⁴とし、判例上初めて、法令と契約以外にも「保護責任」の生じる可能性に言及したのである。また、雇用者が、疾病中の住み込みの被雇用者を突然解雇して、住居から強制退去させた事案について、大正8年の大審院判決は、「雇主か雇人と同居するの一事に因り当然雇主は同居中疾病に罹りたる雇人を保護す可き法律上の責任ありと云ふことを得ざる」としながらも、「雇主及び同居雇人間の関係にして或は一般慣例に従ひ或は当事者間の默契に依り雇主に於て叙上の保護を加ふべき義務を負ひたる場合に於ては法律上の保護責任を認むべきこと論を俟たざる」²⁵として、新たに「一般慣例」による「保護責任」を認めたのである。そして、大正7年判決の「其他の事由」は「一般に承認せらるる条理」として²⁶、大正8年判決の「一般慣例」はそのまま、その後の学説に影響を与えたのである²⁷。

これとは反対に、判例は学説を採り入れることによっても、「保護責任（者）」の根拠（範囲）を拡大させていった。芸娼妓酌婦の周旋業を営む被告人が、疾病中の芸娼妓酌婦を自宅に引き取ったにもかかわらず、適切に処置しなかったため、同女を死亡させた事案について、大正15年の大審院判決は、法令と契約、そして「慣例」により生ずる「保護責任」は、「病者を引取り自宅に同居せしめたる場合の如き其の引取主は之を引取る義務なかりしときと雖一旦之を引取り自宅に同居せしめたる以上は引取主は病者か其の保護を受くるの要なきに至り又は其の保護を為す者あるに至るまでは法律上継続して保護すべき義務あるものと論定すること民法事務管理の法理に照し正当なり」²⁸としたのである。また、被告人が乞食である妻の実兄を、村長の要請により不本意に自宅に引き取った後、山林内に放置した事案についても、昭和12年の大審院判決は、「保護すべき責任ある者とは……事務管理等により保護すべき責任を負ふに至りたる者をも包含する」²⁹としたのである。

²⁴ 大判大7・3・23刑録24輯235頁。本判決は原判決を、「暗黙の約諾」による「保護責任」を認めたものとした。

²⁵ 大判大8・8・30刑録25輯963頁。

²⁶ 小野『各論』188頁、189頁註（一）参照。なお、先の神谷＝神原の議論（註〔16〕）参照。

²⁷ 島田『各論』178頁以下参照。

²⁸ 大判大15・9・28刑集5巻387頁。

²⁹ 大判昭12・3・24判決全集4巻6号42頁。

以上、「保護責任（者）」の根拠（範囲）に言及した計6つの大審院判決を時系列に沿って整理した結果、それが、①法律的・形式的に理解されていたこと、②判例自体によって、あるいは、学説の影響を受けて、拡大されていったこと³⁰、が明らかになった。

第3節 通説と旧ドイツ刑法下における学説の状況

我が国の通説の形成には、当時のドイツの学説が大きく影響した。そこで本節では、第1節で参照した我が国の文献で頻繁に引用されていたドイツの文献を紐解くことにより、その学説状況を確認し、改めて、我が国の通説との関係を検討する。まず、ライヒ刑法典（以下、「旧ドイツ刑法」あるいは「旧法」

³⁰ 但し、判例と学説が対立する点も存在した。民法上の扶養義務者（主として旧民法954条以下参照。）と「保護責任者」の関係及び「保護責任」の履行順位が問題となった、大判大7・3・23刑録24輯235頁及び大判大8・8・7刑録25輯953頁では、民法上の扶養義務者と「保護責任者」は同一であり、民法上の扶養義務の法定履行順位によれば、先履行順位者がすでにその場から離れることで、あるいは、その場で、扶養義務（「保護責任」）を放棄した場合（但し、その者に保護責任者遺棄罪は成立しているようである。）には、被告人は後履行順位者であっても「保護責任」を負うとされた。これに対して、牧野英一は、①民法上の扶養義務と「保護責任」とは根拠（内容）が異なる、②前者には、抽象的意味（地位）と具体的意味（「現に一定の給付を為す可き義務」）があり、抽象的「義務に反して扶養を為さず」ということは、観念上考へ得られない」と、上記判決を批判した。牧野英一「遺棄罪と保護義務」同『刑法研究第二卷〔第四版〕』（1932〔昭和7〕、初出1919〔大正8〕）284頁以下参照（前掲大判大7・3・23の評釈。以下、牧野「保護義務」と引用する。）。現在の一般的理解は、この牧野の批判に負うところが大きい。もっとも、上記判決が扶養義務者と「保護責任者」を同一に理解していることを前提とすれば、民法の法定履行順位に拘束され、先履行順位者の扶養義務（「保護責任」）の放棄のために、後順位履行者にその履行を求めるのは、当然である。以上2点から、あたかも上記判決が、扶養義務者と「保護責任者」を異なつて解し、それ故法定履行順位に従っていない、という理解（例えば、団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』（1990）454頁、同頁註〔一〕〔以下、団藤『各論』と引用する。〕）は、学説史としても、また、判例の「読み方」としても、妥当でない。なお、註（81）参照。

という。)における当初の遺棄罪規定を見ておく。

<旧ドイツ刑法>³¹

§. 221.

(1) Wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person aussetzt, oder wer eine solche Person, wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat, in hilfloser Lage vorsätzlich verlässt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

(2) Wird die Handlung von leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

(3) Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.³²

³¹ Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. 5. 1871 (RGBl. S. 127). (1) ないし (3) は引用者が付した。なお、ここに至る遺棄罪の歴史的展開については、Konstantin Feloutzis, Das Delikt der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht (§ 221 dStGB, Art. 306 grStGB), 1984, S. 83ff. (zitiert: Feloutzis, Aussetzung, S. ...).

³² 宮澤浩一訳「ドイツ刑法典」法務資料439号(1982)156頁(当訳はいわゆる養子法による改正後のものである。)を参考に、筆者の邦訳を以下に掲載する。

§. 221.

(1) 幼年、身体障害又は疾病のために保護のない状態にある者を遺棄した者、又は、保護のない状態にある者が自己の保護下にあるとき又は宿泊、移動又は宿泊に配慮しなければならないときに、保護のない状態に故意に置き去りにした者は、3月以上の軽懲役に処する。

(2) (両)親が自己と血縁関係にある子供に対してその行為をしたときは、6月以上の軽懲役に処する。

(3) その行為によって、遺棄又は置き去りにされた者に重大な身体傷害を生じさせたときは、10年以下の重懲役に処し、死亡させたときは、3年以上の重懲役に処する。

我が国の遺棄罪と単純に比較したとき、ドイツの遺棄罪の特徴として4つ挙げられる。我が国の単純遺棄罪に対応する1項では、①“aussetzt”（以下、「Aussetzen」という。）と“in hilfloser Lage vorsätzlich verlässt”（以下、「Verlassen」という。）の2つの行為が処罰される点（以下、前者の規定を「Aussetzen条項」、後者のそれを「Verlassen条項」という。）、②Aussetzen条項とは異なり³³、Verlassen条項の主体は明文上限定されている（“wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat”）点、③（それにもかかわらず）両条項は同じ法定刑である点、④我が国の加重（保護責任者）遺棄罪に対応する2項では、明確に「(両) 親」(“Eltern”) が「自己の子供」(“ihr Kind”) をAussetzenまたはVerlassenした場合にのみ、1項よりも重く処罰する点³⁴、である。もっとも「保護責任(者)」の解釈論を展開するときに、本項が参考となり得ないことは明らかである³⁵。

以下では、文献の発行年の古い順に、各論者の遺棄罪に関する見解を見ていく。その際に注目する点として2つ挙げておく。①AussetzenとVerlassenとが、どのように理解されていたのか、②Verlassen条項において法文上限定されている主体が、どのように理解されていたのか、である。②については、作為義務論との関係にも注意する。なお、Aussetzenは狭義の遺棄(Aussetzen / Aussetzung im engeren Sinne)と言われており、以下でも同様とする。

ビンディング(Karl Binding)は³⁶、「救助者との空間的あるいは場所的な隔離³⁷」が遺棄(罪)の特徴であるとする。そして①について、Aussetzenとは、

³³ Aussetzen条項における主体については、Feloutzis, Aussetzung, S. 188.

³⁴ その後、1976年のいわゆる養子法(Adoptionsgesetz)による改正で、養子も保護対象となった。法文上は“leiblichen Eltern”から単に“Eltern”となった。Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften (Adoptionsgesetz) vom 2. Juli 1976 (BGBl. I, S. 1749).

³⁵ 註(147)参照。

³⁶ Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl., 1902, § 17 S. 62f (zitiert: Binding, Lehrbuch, S. ...). なお、筆者が参照したのは、Schientia Verlag Aalen (1969)から復刊されたものである。

³⁷ ビンディングの「空間的あるいは場所的な隔離」については、Binding, Lehrbuch, S. 63 Fn. 2.

被害者が「それまでの救助者または第三者による良好な保護のあった場所から危険かつ保護のない場所に連れて行かれ、かつ（行為者に）立ち去られる（verlassen wird）³⁸こと」と定義し、これは「遺棄の通常形態」であるという³⁹。他方、Verlassen とは、行為者が、被害者が「その助力なしにすでに危険かつ保護のない場所にあることを認識あるいは発見し、かつそこから解放（befreien）しないこと」と定義する。被害者自身による離隔行為を黙認することもこれに当たるといふ。

②については、Verlassen は不作为による作為犯であると主張する。それ故、Verlassen 条項の主体は、法文に列挙されている者に限らず、広く不作为による作為犯をなし得る者を含むのである。具体的には、両親、契約による保護者（Hüter）と養育者（Pfleger）、世話する人（Wärter）、保母（Kindermädchen）、病院の経営者（Hospizwirte）、そして「保護のない状態に変更を加えるような介入によって（durch änderndes Eingreifen in ihre Lage）、保護のない者についての保護を事実上引き受けた者」を挙げる。

ビンディングの見解は、我が国の通説との関係では、a）Aussetzen でも「立ち去り」という要素を重視する点、b）被害者自身による離隔行為を黙認することも Verlassen であるとする点、で注目される。ここでは Aussetzen と Verlassen を被害者の移動と行為者の移動とで区別していない。また、c）Verlassen 条項の主体を明確に作為義務者と同一視している。

オルスハウゼン（Justus Olshausen）は⁴⁰、①について、Aussetzen とは、概念上「これまでの状況から別の保護のない状況へと転換されること（vesetzt wird）による、故意による積極的な活動」であると定義する。他方、Verlassen とは、「既存の関係の放棄」が本質であるとして、収容しないこと（Nichtaufnehmen）はこれに当たらないと主張する。そして、行為者と被害者の間に空間的な離隔が必要であるとしても、保護（Obhut）や配慮（Sorge）

³⁸ ビンディングには、遺棄（罪）について、「生命あるいは健康の維持を他人の救助に頼らざるを得ない者は、その者との場所的な離隔によって、生命あるいは身体に関して危殆化されるべきではない。（それ故）重点は Verlassen にある。」という認識を前提にしている。Binding, Lehrbuch, S. 62.

³⁹ Binding, Lehrbuch, S. 63 Fn. 3.

⁴⁰ Justus Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl., 1912, § 221, Rn. 5ff.（但し、本書の最終版は12版〔1942〕である。）。

の履行命令に対する違反行為（真正不作為犯）が問題となるから、行為者による客体の Verlassen というのは必要でなくなり、それ故、空間的な Verlassen のみならず、被害者自身が行為者から離れていくのを黙認するのも、消極的な態度としてそれに該当すると主張する。

また、②については、“Obhut”と“er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat”とを区別して論じる。前者には、174条の“der Obhut Anvertrauen”とは異なり、特別な信頼を獲得するような行動（infolge eines besonderen Vertrauensaktes）によらない、自然発生的な義務によって、行為者の保護（Schutz）の下に被害者がいるという関係も含まれるとする。しかし、オルスハウゼンは、そうであったとしても、なお少なくともそれは法的な保護関係でなければならず、純粋に道徳的な、それ故純粋な事実上のそれでは不十分であると主張した。また、他の見解と同様に、契約の場合を肯定する。後者の場合も、前者と同様に、法的な義務の場合のみと解している。

オルスハウゼンの見解のうち注目されるのは、a) Verlassen において「関係性」を重視している点、b) 被害者自身の立ち去りを黙認するのは Verlassen であるとする点、c) Verlassen 条項の主体を法的な場合に限定する点である。

マイヤー＝アルフェルト（Hugo Meyer / Philipp Allfeld）は⁴¹、「（行為者と被害者の）両者が相対しているというそれまでの空間的な関係の変更、空間的な離隔」が必要であると説く。そして、①について、Aussetzen とは、「人が保護のない状態にある場所へ連れて行くこと」、Verlassen とは、「人が行為者自身の離隔行為によって、早くも保護のない状態にあること」、と定義する。Verlassen については、a) 収容する義務のある者が保護のない者を収容しない場合はそれに当たらないが⁴²、b) 被害者自身による離隔行為をさせるに任

⁴¹ Hugo Meyer / Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922, § 73 S. 351f. (zitiert : Meyer / Allfeld, Lehrbuch, §... S. ...).

⁴² 玄関（入口）の遮断、梯子や橋の破壊（「あらかじめ存在する両者の一体化の可能性を解消する場合」という。）も Verlassen に該当する。そして、Verlassen をあらゆる保護の義務の懈怠と同一視する見解に対しては、「法の趣意が確定的ではない」として、懐疑的である。Meyer / Allfeld, Lehrbuch, § 73 S. 352 Fn. 9).

せることはそれに当たる。

②については、被害者に対して「配慮する法的義務」のある場合にのみ問題となり、次の者がそれに当たる。a) 法律上の義務を負う者（親、後見人〔Vormund〕）、b) 契約上の義務を負う者（教育者〔Erzieher〕、奉公人〔Dienstboten〕、世話をする人）、c) 被害者の「Obhut を事実上引き受けており、かつそれにより事態の成り行きに介入する者」、である。マイヤー＝アルフェルトは、この点を若干詳しく説明している⁴³。1つは、なぜ、事実上の保護の引き受けが法的義務として充分であるかである。それは、174条（2号）のように、人が行為者のObhutに委ねられている必要はないからである。それ故、そのような行為が「必然的にその継続を義務づけているのであれば」、それで充分なのである。もう1つは、なぜ、一時的な保護（迷子を正しい道へと誘う場合）は法的義務として充分ではないかである。それは、「被害者にとって有益な他の効果を排除した事実上の関係」を設定していないからである⁴⁴。

マイヤー＝アルフェルトの見解は、a) Verlassenの捕捉範囲が拡大しており、しかし、b) Verlassenを「不保護」のようなあらゆる世話する義務の放棄とすることには反対して、それと一線を画している点、c) 一時的な保護の場合を法的義務から除外する点、が注目される。

旧刑法以来、我が国の文献において頻繁に引用されたのは、リスト＝シュミット（Franz von Liszt / Eberhard Schmidt）である。リスト＝シュミットは⁴⁵、①について、Aussetzenとは、「従前の状況から他のそれに転換すること、外界

⁴³ なお、その中でマイヤー＝アルフェルトは、作為義務を論じた箇所を参照するよう指定している。作為義務が生じるのは、a) 法の特別な命令によるときに直接規定されている場合（親の子供に対する扶養）、b) そのうち契約的な関係のある場合（看護人〔Krankenwärter〕、ベビーシッター〔Kinderfrau〕、助産師〔Hebamme〕、職務上の義務〔Amtspflicht〕）、c) 「危険な状況を生じさせた先行する行為〔vorangegangenes Tun〕」の場合（現場監督を引き受けた者、手術をした医者、意図せずに水の中に突き落としてしまった者、閉じこめてしまった者）、である。Meyer / Allfeld, Lehrbuch, § 22 S. 116.

⁴⁴ Meyer / Allfeld, Lehrbuch, § 73 S. 351f. Fn. 8)。

⁴⁵ Franz von Liszt / Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 24 Aufl., 1922, § 90 S. 331f. (zitiert : Liszt / Schmidt, Lehrbuch, § ... S. ...)。(但し、本書の最終版は25版〔1927〕である。)

との、それまで被害者が保護を受けていた関係が解消されたこと」、Verlassen とは、空間的な離隔であり、それは、行為者が被害者から離れていくことはもちろん、被害者がそうすることも含まれ、更には、玄関（入口）の施錠や「合義務的な Obsorge の懈怠」（不作為）も Verlassen に当たる、と理解する。

他方、②については、法文上列举されている義務づけ事由は、法律、契約に加えて、遺棄された子供の引き受けのような、「先行する行為（先行行為）」（vorangegangenes Tun）⁴⁶を一応挙げているが⁴⁷、リスト＝シュミット自身はこれには消極的であった。

リスト＝シュミットの見解は、a) Aussetzen においても保護関係の存在と関連づける点、b) Verlassen の捕捉範囲が広い点、c) 引き受けの場合に法的義務を生じさせることに消極的である点、で注目される。

フランク（Reinhard Frank）は⁴⁸、①について、Aussetzen を「他の状態への空間的な転換」と、Verlassen を、第5章第3節で詳述する第6次刑法改正法により使用される Imstichlassen とは同義ではなく、「Aussetzen とは対照的に客体ではなく、行為者の現在地を変更するという空間的な離隔」が必要であると理解する。具体的には、Aussetzen については、救助手段の奪取や保護のない状態での滞留を強制することは Aussetzen ではないと主張する。他方、Verlassen については、a) 通説同様に、「合義務的な Fürsorge の単なる放棄」は Verlassen に当たらないとしつつ、しかし、b) 行為者が被害者の現在地へ行くのを自身で不可能あるいは著しく困難にする行為は、それには当たらないと主張する。c) 保護者や世話をする人などが被害者の立ち去るのを黙認するのは不作為による Aussetzen であると主張する。d) 行為者が被害者との空間的な離隔を反義務的に解消しないのは、不作為による Verlassen であるという。

⁴⁶ 現在でいうところのいわゆる「先行行為」ではないことは明らかである。この点は、第2章、第4章においても注意しなければならない点である。

⁴⁷ リスト＝シュミットは、作為義務について論じた箇所を参照するよう指定している。作為義務が生じるのは、a) 「特別な法秩序の命令」として、刑法のもの、公／私法（明示／黙示）のもの（一定の法的地位〔公務員、契約〕）、b) 「先行する、他人の利益を危殆化する振る舞い」、である。Liszt / Schmidt, Lehrbuch, § 30 S. 134f.

⁴⁸ Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., 1931, § 221 S. 472f..

②についてフランクは、保護または世話の事実上の引き受けが、その継続を法的な義務とするという。しかし、当初からまったくの一時的な救助の履行（Hilfeleistung）である場合には、法的な義務とはならないという。フランクは、法律や契約の場合を特に明示してはいないが、当然の前提にしていたと思われる。

フランクの見解は、a) Aussetzen と Verlassen を明確に被害者の移動と行為者の移動で区別する点、b) 被害者による立ち去り行為の黙認を不作为による Aussetzen とする点、c) 既存の空間的離隔の不解消を不作为による Verlassen とする点、で特徴的である。

以上、主要な論者の見解を概観したが、ここで簡単にまとめる。①については次のように言える。a) 空間的あるいは場所的な離隔、あるいは関係という場合、行為者との離隔／関係なのか、救助者などとのそれなのか、に「対立」があった。しかし、定義の仕方を批判するということは見られない。b) Aussetzen にせよ、Verlassen にせよ、我が国の通説が採用した見解が必ずしも統一的理解ではないように思われる。なお、特に対立のあったのは、被害者が行為者の下から立ち去っていくのを黙認する行為が、不作为による Aussetzen なのか、あるいは Verlassen なのか、である。フランクは前者、ビンディング、オルスハウゼン、マイヤー＝アルフェルト、リスト＝シュミットは後者、を支持していた。この点、フランクとビンディングの対立の根源は明らかであり、それは、Aussetzen あるいは Verlassen の定義による。c) Verlassen において、あらゆる保護の懈怠行為にまで拡大するかに対立があり、マイヤー＝アルフェルト及びフランクは反対、リスト＝シュミットは賛成、という状況であった。フランクの場合、行為者の現在地の変更がないために、そのようになると思われる。d) Verlassen 条項の主体については、オルスハウゼンが唯一、事実上の関係を排除する、つまり法的な関係のみを問題としていた。

以下では、フェロウツイス（Konstantin Feloutzis）の著書を手がかりに、その後の議論状況を加味しながら、我が国の通説とドイツにおける学説とを比較して、我が国の通説の比較法的問題点を指摘する。

第1に、ドイツにおいてはもはや Aussetzen＝移置＝作為という理解は採られていない、言い換えると、Aussetzen にも不作为による場合のあることが承認されていたことである。例えば、幼児の乗っているベビーカーが急な坂道を転げ落ちるのを止めない保母、あるいは、第三者が被害者を保護領域から連れ

出すのを黙認する義務者は、Aussetzenの不真正不作為犯とされるに至り⁴⁹、我が国の通説におけるAussetzen＝移置＝作為という定式はドイツにおいてはもはや成立していなかったのである。この点は、第5章第1節で述べるように、戦後本格的に主張されるに至る。

第2に、Verlassenとの関係においても問題がある⁵⁰。我が国の通説が理解するそれは、AussetzenとVerlassenがいわば表と裏、すなわち作為と不作為というものであったが⁵¹、すでに紹介した論者の中にもいたように、Verlassenを我が国の「不保護」に相当するまで捕捉範囲を拡大する見解がその後有力に主張されるようになったのである。空間的な離隔を要しない、つまり後述する（第5章第3節）第6次刑法改正法後のいわゆるImstichlassenあるいは行為者による保護の放棄とVerlassenを捉える見解は、通説を「現実には則さない自然主義的な概念の限定」と批判し、結局221条は具体的な危険を回避しないことが問題なのだから、空間的に離隔することとそれ以外の行為態様とは違いがないと主張したのである⁵²。

また、ドイツの通説にあっても、そこまでは認めないものの、Verlassenの捕捉範囲についてはその内部で議論があったのである。すなわち、上述のような見解に対して通説は、一貫して空間的な離隔を要求し、①Verlassen概念の可能な語義（Wortsinn）に含まれない、②VerlassenとLassenの歴史的生成過程の違い、③142条との類似性故の特定の行為態様を処罰する趣旨とすること、④法は行為者が被害者の傍に在ることを要求する趣旨であること、⑤テキストに反していること、⑥後述するところと関係するが（第5章第3節）、いわゆる不帰還事例において具体的な場面を想定したとき、不都合な結論に至ること、を批判したが、その内部にあっても、次の4つの場面において争われていた⁵³。①Verlassenの典型例たる（Aussetzenとは対照的に）行為者の空間的移動、②行為者による被害者への物理的な接近可能性の遮断、③行為者によ

⁴⁹ Feloutzis, Aussetzung, S. 147.

⁵⁰ Feloutzis, Aussetzung, S. 161ff..

⁵¹ これに反対するのは、Gustav Radbruch : in Karl Birkmeyer (et al.) (hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. V, 1902, S. 191 Fn. 9) .

⁵² 以下の議論を含めて、Feloutzis, Aussetzung, S. 165ff..

⁵³ Feloutzis, Aussetzung, S. 168ff..

る被害者への援助行為の精神的な不能状態の作出、④いわゆる不帰還事例、である。後の議論との関係では、④が重要である。不帰還事例とは、行為者と被害者との間に存在する空間的な離隔状態を解消しない場合の Verlassen における処理の問題であるが、母親が子供の許へ帰還しない場合とホームドクターが訪問診療を拒否することによる空間的な離隔状態の不解消の場合とは、後者は Verlassen に当たらないとされていた。

このように、有力説であれ、通説であれ、Verlassen をやはり単純に置き去りと理解することはできないのである。

第3に、Aussetzen と Verlassen との関係である。両行為は規定上相互独立である（一方が他方を含むという関係にはない）が、前者が一般的に狭義の遺棄と称されているように、我が国において「遺棄」という語に両行為を含めて解する可能性は充分にあったと思われる⁵⁴。反対に、その後の Verlassen の議論状況からすれば、後者を「不保護」と解する可能性もあった。しかし、我が国の通説のように、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とで「遺棄」の理解を相対化するという方向性は、ドイツの規定あるいは議論からは出てき得ない。また、そもそも、単純遺棄罪は「遺棄」のみを、保護責任者遺棄罪はそれに加えて「不保護」を、それぞれ規定しているのであり、前者が Aussetzen 条項、後者が Verlassen 条項、という対応関係にはないのである。

第4に、Verlassen 条項の主体は作為義務者（保障人的地位にある者）であることにまったく異論はなく⁵⁵、我が国の通説はそれを援用して、「保護責任」を作為義務と同一視したと思われるが、これについては2点指摘できる。1つは、つとに指摘されているように、我が国はドイツとは異なり、主体の違いが法定刑の違いに反映している点である⁵⁶。Aussetzen と Verlassen とが表と裏の

⁵⁴ 牧野英一は「我刑法の解釈としては、遺棄には、Aussetzung と Verlassen とが包括されて居るのである。故に、保護義務なき者の遺棄と保護義務ある者の遺棄との区別には Aussetzung と Verlassen との区別を以て之に対応せしめることは出来ない。従て、Verlassen の成立に必要な保護義務を以て直ちに我刑法第二一八条の保護義務を律することはできないことになる」と指摘していた。牧野「保護義務」300頁。

⁵⁵ Feloutzis, Aussetzung, S. 187.

⁵⁶ 平野龍一「刑法各論の諸問題3」法セ199号（1972）75頁参照（以下、平野「諸問題3」と引用する。）。

関係にあったと理解した場合、Verlassen 条項の主体が作為義務者（保障人的地位にある者）であるとするのは問題がない⁵⁷。しかし、我が国とドイツとで法定刑の設定の仕方に違いのあることは、このような理解を直接に採用することを躊躇させるに充分である。もう 1 つは、たとえ「保護責任」と作為義務を同一視したとしても、我が国の保護責任者遺棄罪において立法者があえて「保護する責任のある者」（平成 7 年の口語化前においては「保護す可き責任ある者」）という表現形態を採用した意味が理解し得なくなる点である。すでに指摘したように、旧刑法下においてもすでに作為義務的観念は存在していた。そうだとすれば、「保護」ではなく、「作為」とする可能性も充分にあったはずだからである。以上の 2 点の指摘は、「保護責任（者）」という概念には、作為義務（者）とは異なった意味が付与されていることを示唆するものであるように思われる。

第 5 に、Verlassen の行為性質と同条項の主体との関係である。ここまで述べたように、Aussetzen、Verlassen ともにその捕捉範囲を拡大させていき、従来の表と裏の関係はなくなったといってよい状況になった。そして、Verlassen は不作為犯であるとする見解が通説であったといってよい。そうだとすれば、作為義務者（保障人的地位にある者）を Verlassen 条項の主体とすることには何らの違和感もないであろう。しかし、例えばエーザー（Albin Eser）のように、Verlassen は作為犯である（但し、不真正不作為犯の可能性は否定しない。）とする見解であっても、なお同条項の主体は作為義務者（保障人的地位にある者）であった⁵⁸。このことは、Verlassen の行為性質と同条項の主体との関係は存在せず、我が国の通説のように、一方で不作為が処罰されているからと言って、他方でそれが処罰されないという論理は、少なくともドイツにおいては採用されていないのである。

以上大きく 5 つの視点から我が国の通説とドイツにおける学説との関係を検討したが、どの局面にせよ、我が国の通説は比較法的に無理があったといわざるを得ないのである。現在の学説が、「保護責任」＝作為義務という定式を超えようとするのは、その意味で正当であろう。

⁵⁷ Verlassen を不作為犯とする傾向にあったようである。Feloutzis, Aussetzung, S. 175ff..

⁵⁸ Adolf Schönke / Horst Schröder / Albin Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 221 Rn. 7f., 9a.

第4節 小括

本章では、現行刑法に関する議論のうち戦前のもの、すなわち、第1節では学説、第2節では判例、第3節では旧ドイツ刑法、をそれぞれ扱った。第1節では、通説の形成過程を辿ることによって、それが当時のドイツの学説の強い影響下にあったことが明らかにされた。第2節では、判例の展開を時系列に沿って整理することにより、「保護責任（者）」の根拠（範囲）が、判例自身によって、あるいは、学説の影響を受けて、拡大されたことが明らかにされた。なお、学説・判例においては、「保護責任（者）」は法律的・形式的に理解されていたことも重要である。第3節では、ドイツにおける主な論者の見解を概観することにより、我が国の通説がそれを参考にしたことにはさまざまな無理があったことが（改めて）明らかにされた。第5章では、これらの戦後版を扱うことにする。

第5章 現行刑法下における学説・（裁）判例の展開（戦後）

本章は、我が国における戦後の学説及び（裁）判例の展開と、1998年に各則の大改正が行われたドイツ刑法（以下、「新ドイツ刑法」あるいは「新法」という。）下における議論状況、の整理等を目的とする。具体的には、まず学説について、現在の議論に大きな影響を与えた2つの通説批判の内容及び意義を明らかにした上で、本稿冒頭の②、③についての現在の議論状況を、対立軸を明確にして整理する（第1節）。次に判例について、基本的には時系列に沿ってその展開を辿るが、その際、判例評釈（判例解説・判例批評。但し、当該判決・決定の出された時期のものに限る。）を参照することで、学説・実務と判例との距離感を明らかにする（第3節）。更に新ドイツ刑法について、その改正趣旨を明らかにした上で、現在の議論状況を紹介し、かつ我が国の解釈論に資し得る視点の存否を検討する（第3節）。最後に、以上をまとめる（第4節）。

第1節 通説への批判と現在の議論状況⁵⁹

⁵⁹ 近時、遺棄罪に関する諸論点を整理したものとして、齊藤彰子「遺棄罪」法教286号（2004）49頁以下がある（以下、齊藤「遺棄罪」と引用する。）。

戦前に形成された通説は、戦後、2つの批判に晒されることになった。そして、それは、その後の遺棄罪解釈論に多大な影響を与えたのである。1つは「遺棄」の理解に関する大塚仁の批判、もう1つは「保護責任（者）」あるいは「遺棄」の理解とそれとの関係に関する平野龍一のそれ、である。

まず大塚は、移置を作為、置き去りを不作為、と理解する通説が、「ドイツ刑法の解釈に無批判的に追従している嫌いがある。」「表面的な行為形態に捉われ」と批判して、移置には「扶助を要すべき者が任意に立去るに任せ」る不作為が、置き去りには「被遺棄者の保護者への接近を遮断し、または困難ならしめるような」作為が、それぞれあり得ると主張した⁶⁰。この批判／主張には、移置／置き去りという感覚的な概念を作為／不作為という刑法的概念によって、より詳細に分析した点に重要な意義があった。

しかし、大塚の見解も通説の枠組みを逸脱するものではなかった。なぜなら、大塚は、「遺棄罪の罪質が上述したとおり（危険犯的性格と保護義務懈怠犯的性格—引用者註。）であるとき、行為者における被遺棄者に対する保護責任の有無は、遺棄行為の可罰的定型性の範囲、すなわち、構成要件的遺棄行為の意味を画する上に、おのずから差等を導くべきこととなる」として、結局「保護責任」は作為義務であることを根拠に、遺棄の相対化を認めた（但し、単純遺棄罪の「遺棄」を作為とする。）からである⁶¹。もっとも、そうだとしてみても、これによって遺棄罪解釈論が飛躍的に発展したことは間違いない。

これに対して、平野は、その通説の枠組みそのものに異を唱えた。平野は、通説の枠組みによれば⁶²、「保護責任者遺棄は、二一七条の不作為としては処罰されないような行為を、二一七条よりも重く処罰するのであるから、この保護責任とは不作為の作為義務よりも、もっと重い責任でなければならない。」と批判したのである⁶³。この批判には、「保護責任（者）」の解釈論と保

⁶⁰ 大塚仁「遺棄罪」同『刑法論集（2）』（1977、初出1953）108頁以下参照（以下、大塚「遺棄罪」と引用する。）。

⁶¹ 大塚「遺棄罪」109頁参照。

⁶² もっとも、平野は、通説を単純遺棄罪では不作為の「遺棄」を処罰しないから「保護責任」はすなわち作為義務であると主張するものと理解しているが（平野「諸問題3」75頁参照）、通説は、「保護責任」はすなわち作為義務であるから単純遺棄罪では不作為の「遺棄」は処罰されない、と主張するものである。

⁶³ 平野「諸問題3」75頁以下参照。林美月子はこの点に学説上見解の一致が

護責任者遺棄罪の加重処罰根拠が関係することを示した点に重要な意義があった。

平野は「保護責任」と作為義務との具体的な関係、つまり、「もっと重い責任」の意味、を明らかにしなかったが⁶⁵、これによって遺棄罪解釈論は新たな段階へと進んだのである。以下、「保護責任（者）」の解釈論に関する学説の現状を整理する。

現在の学説において、「保護責任（者）」の解釈論には2つの対立軸がある。

あるとするが、それが実現されているかは疑問である。林美月「保護責任の発生根拠」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（2000）136頁参照（以下、林〔美〕「保護責任」と引用する。）。

⁶⁴ なお、平野の批判は、遺棄の相対化を前提にしたものであったが、その後の議論状況からすれば、それとは無関係に妥当する。現在、「遺棄」に関する対立軸は2つある。1つは「遺棄」と「不保護」の区別規準、もう1つは単純遺棄罪の「遺棄」に不作為のそれを認めるか否か、である。しかし、遺棄の統一化を志向する近時の有力説、すなわち、日高義博（同「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〕167頁以下参照〔以下、日高「遺棄罪」と引用する。〕）、町野朔（小暮ほか『各論』〔町野〕68頁参照。）、西田典之（同『刑法各論〔第3版〕』〔2005〕29頁以下参照〔以下、西田『各論』と引用する。〕）、林幹人（同『刑法各論』〔1999〕46頁以下〔以下、林『各論』と引用する。〕参照。）に代表される、「遺棄」を作為あるいは移置に限定し、その他を「不保護」に含める見解、あるいは、内田文昭（同「不作為の遺棄」同『犯罪構成要件該当性の理論〔刑法研究第2巻〕』〔1992、初出1982〕44頁以下参照。なお、同書44頁註〔1〕及び〔2〕参照。）、岡本勝（同「『不作為による遺棄』に関する覚書」法学54巻3号〔1990〕8頁以下参照〔以下、岡本「覚書」と引用する。〕）、堀内捷三（同『不作為犯論—作為義務論の再構成—』〔1978〕262頁参照〔以下、堀内『不作為犯論』と引用する。〕）、曾根成彦（同「遺棄罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 各論』〔1996、初出1992〕30頁以下参照〔以下、曾根「遺棄罪」と引用する。〕）に代表される「遺棄」に不作為のそれを含める見解、のいずれにあっても、各論者の「遺棄」の理解と「保護責任（者）」のそれとの関係は存在しないといつてよいと思われる。それ故、以下では「遺棄」に関する議論は省略する。

⁶⁵ その後、平野は、身分の継続性（とすで見たと小野の見解〔註〔18〕参照。〕）を論拠に、「保護責任者」とは「日頃から相手方の生活について配慮すべき地位」（責任身分）と理解するに至る。平野龍一「単純遺棄と保護責任者遺棄」警研57巻5号（1988）10頁（以下、平野「遺棄」と引用する。）。

1つは「保護責任」と作為義務の関係、もう1つは「保護責任」の性質、である。具体的には、まず前者について、作為義務論の理論的發展をそのまま「保護責任（者）」の解釈論に反映させる⁶⁶見解（以下、「新作為義務説」という。これに対して、通説を「旧作為義務説」という⁶⁷。）⁶⁸、作為義務関係的に理解しつつそれよりも限定する見解（以下、「限定作為義務説」という。）、作為義務とは無関係とする見解（以下、「非作為義務説」という。）がある。また、後者については、新作為義務説及び限定作為義務説は違法要素とし、非作為義務説は責任要素とする。

新作為義務説の論者である西田典之は、通説が作為義務（「保護責任」）を法律的・形式的に理解することに反対し、「遺棄が積極的に要扶助者の生命の危険を創出する行為だとすれば、不保護の主体である保護責任者も、すでに存在する要扶助者の生命の危険を支配しうる地位にある者に限定されるべきであろう。この支配的地位が行為者の意思に基づいて獲得された場合に保護責任を認めうるのは当然であるが、支配的地位が行為者の意思に基づかない場合には、行為者と要扶助者との間に一定の生活共同体から生ずる生活上の継続的な保護

⁶⁶ すでに、日高は、作為義務論の動向が参考になると指摘していた。日高「遺棄罪」173頁参照。

⁶⁷ なお、旧作為義務説は、新作為義務説と同様と解される見解（団藤『各論』453頁、454頁参照。）と、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪の法定刑の差は後者の責任非難の高さによるとする見解（大塚「遺棄罪」105頁以下参照。）がある。

⁶⁸ なお、岡本は、構成要件の類型的判断、違法性の非類型的・実質的判断という枠組みから、「保護義務懈怠」を類型化して、法令、契約、事実上の引き受け、先行行為、を挙げ、「建物等の所有者・管理者等の地位に」基づく類型を排除する。そして、更に違法性の判断において、さまざまな個別具体的な事情を考慮して、保護責任者遺棄罪に相応しい違法の質・量を備えているか否かを判断するという。岡本「覚書」39頁以下参照。岡本の作為義務論については、同稿22頁以下参照。微妙に「保護責任」と作為義務とが異なる。また、日高も、その作為義務論とは異なり、「保護責任」を法令、契約、事務管理、条理を挙げる。日高「遺棄罪」169頁以下参照（但し、日高の場合、「保護責任」と作為義務の内実が異なるのは当然である。）。更に、単純遺棄罪を危険惹起犯、保護責任者遺棄罪を危険状態不消犯、つまり、前者は作為犯、後者は真正不作為犯、とする見地から、「保護責任（者）」を通説と同様に解する見解がある。山中敬一『刑法各論Ⅰ』（2004）92頁以下参照（以下、山中『各論Ⅰ』と引用する。）。

関係の存することが必要であろう。⁶⁹と主張し、近時、齊藤彰子も、「現在では、不真正不作为犯の成立範囲自体厳密に検討されるようになっており、それ以上に、保護責任者遺棄罪の成立範囲を限定する必要もない」⁷⁰と主張する。平野の批判にかかわらず、本説のように通説が形を変えて未だ主張される根底には、限定作為義務説が提示している「保護責任（者）」の内実が、結局は作為義務と大きく異ならないという認識があるからである⁷¹。

その限定作為義務説の論者である山口厚は、「『保護する責任のある者』は、単純遺棄罪において不作为による遺棄の可罰性を基礎付ける保障人的地位とは異なるものであり、それよりも重い処罰を基礎付けるべきものであるから、より限定されたものでなければならない。」として、「継続的保護関係を中心とする保護の引受けに基づいて保護すべき義務を負う場合に限定するのが妥当である。」「保護責任者は、単なる保障人的地位にある者を越えた作為義務を負担するが、それは排他的支配を前提とした、継続的保護関係を中心とする保護の引き受けが存在する」場合である、と主張する⁷²。そして、「保護責任」は作為義務の一種だから違法要素であり⁷³、しかし、前者が後者よりも重いのは、被害者の行為者に対する依存性、第三者による救助可能性の減少、があるからとする。なお、違法要素性を見出す視点は、新作為義務説と異ならないと言える。

本説は、非作為義務説に対し、単純遺棄罪で不保護が処罰されないことを責任の軽さで説明することは、「遺棄」との関係上疑問である、責任の重さは違

⁶⁹ 西田『各論』32頁。なお、同書33頁註（9）参照。

⁷⁰ 齊藤「遺棄罪」53頁。そして、①「家族のような親密な生活共同体関係にある場合」、②「自己の排他的支配領域内に引き入れる等により、他人による救助が不可能若しくは困難な状況が作り出された結果、要扶助者の安全がその者に排他的に依存しているといったよい場合」、を挙げる。この見解は、中森喜彦のそれである。中森喜彦『刑法各論〔第2版〕』（1996）41頁参照。

⁷¹ 他に、現行法の文言上「保護責任（者）」を限定的に解釈することは困難であるという批判がある。塩見淳「遺棄の概念」西田典之＝山口厚『刑法の争点〔第3版〕』（2000）135頁参照。

⁷² 山口厚『刑法各論〔補訂版〕』（2005）36頁以下参照（以下、山口『各論』と引用する。）。結論において同趣旨なのは、松宮『各論』70頁以下、73頁以下参照。

⁷³ 小暮ほか『各論』75頁〔町野〕参照。

法性のそのの主観的な反映にすぎない⁷⁴、と批判する。

以上の見解とは異なり⁷⁵、非作為義務説を主張するのは林幹人である。もっとも、以前から、遺棄罪の原型性、すなわち、親による子供の遺棄を強く意識した者は存在した。例えば、堀内捷三⁷⁶、日高義博⁷⁷、曾根威彦⁷⁸である。しかし、林（幹）の場合、それらとは異なり、現行刑法上の遺棄罪規定に沿ったより理論的な根拠をもって本説を主張する。林（幹）によれば、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とは、特に作為による遺棄を想定した場合、行為者如何に

⁷⁴ 山口『各論』37頁、同「遺棄罪」同『問題探究 刑法各論』（1999、初出1997）31頁参照。他に、犯罪の本質を法益侵害・危険に求め、義務違反はそれに関係する限度でのみ把握されるべきという批判がある。内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（1996）92頁参照。更に、同書93頁、94頁註（10）も参照。

⁷⁵ 限定作為義務説の「保護責任（者）」の内容は抽象的であるが、具体的にその根拠（範囲）を提示しているのは、町野朔である。町野は、「保護義務の存否は、要扶助者の生命の保護がもつばら行為者に委ねられているという実質的な考慮によって決せられるべき」ことを前提に、①「夫婦・親子を典型とする親族的結合関係」があるとき、①'実質的にみて親子関係があるとき、②そのような関係がない他人の場合であっても、行為者が被害者の「保護を排他的に引き受けたとき」、に「保護責任」があるとする。②の根拠としては、第三者による保護可能性の消失及び「法が行為者に保護の継続を期待することを妥当ならしめる」こと、を挙げる。小暮ほか『各論』70頁以下〔町野〕参照。

⁷⁶ 堀内『不作為犯論』262頁以下及び同『刑法各論』（2003）29頁、32頁参照。後者では次のように主張している。「二一八条は要保護者に対して一定の身分・地位を有する者の遺棄行為に対しその身分の故に刑を加重している場合である。保護責任者とは責任身分である」、「保護義務は、要扶助者を扶養、監護すべき地位、身分を意味するように、保護者と要扶助者との一定の身分関係により要する（ママ）形式的な義務であるのに対して、作為義務は事実上の引き受け行為から生ずるものである。前者は責任要素であるに対して、後者は違法要素である。両者は、義務の発生事由、根拠、性質を異にする。」、「保護責任の根拠については、要扶助者との関係が重要であり、要扶助者を排他的に支配したか、あるいは因果的に支配したかは問題ではない。両者の間に保護に関する一種の共同体的関係が認められれば足りる。それは、事実上保護の引受けの開始があったかにより判断される」。

⁷⁷ 日高「遺棄罪」163頁参照。

⁷⁸ 曾根「遺棄罪」19頁以下、30頁以下参照。「保護責任は、もともと親子・夫婦などの保護共同体の地位に基づいて発生する責任要素で」ある。

よって違法性（危険性）は異ならないと限定作為義務説を批判し、後者が加重処罰されるのは責任が重いからであり、「保護責任（者）」は、「長期の緊密な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機をもつことが強く期待できるばあい」であると主張する⁷⁹。

このように、現在「保護責任（者）」は、戦前とは異って事實的・実質的に理解する傾向にある。これは、作為義務論の理論的發展が強く影響した結果と思われる。他方、「保護責任（者）」の法的性格、言い換えれば、保護責任者遺棄罪の実質的な加重処罰根拠、の理解には争いがあるが、いずれの見解も、「保護責任（者）」が認められる範囲を行為者と被害者との間の極めてコアな関係に限定しようとしている。それ故に、各論者が提示する「保護責任（者）」の理解が他の論者のそれと実質的に同じであるように思われるのである。現在の「保護責任（者）」を巡る解釈論の状況は、極めて混乱していると言えよう。

第２節 （裁）判例における「保護責任（者）」の理解の変遷（２）⁸⁰

次に、本節では、「保護責任（者）」の根拠（範囲）に言及した戦後の（裁）判例の展開を（一部を除き）時系列的に見ていく。その際、第４章第２節とは異なり、本節では、当該判決・決定が下された時期の判例評釈を手がかりに、それに対する評価の変遷にも注意を払うことにする。

戦後も当初は、戦前の判例の特徴である「保護責任（者）」の根拠（範囲）の法律的・形式的な理解は継承された。（事実の詳細は不明であるが）「元来民法の規定により尊属に対し扶養義務を負担する者はすべて刑法第二百十八条にいわゆる尊属たる老者等を保護すべき責任あるものに該当」する、とした昭和29年の札幌高裁函館支部判決⁸¹、医師である被告人が、被告人の医院内におい

⁷⁹ 林『各論』47頁以下参照。もっとも、この見解に対しては、林美月子が、「法益との継続的な関係が重視されているとも言える。」として、違法要素とも解し得ることを示唆している。林（美）「保護責任」136頁。

⁸⁰ より詳細には、時武「保護責任」123頁以下参照。もっとも、本節も、判例理論の探究を目的とするものではない。

⁸¹ 札幌高函館支判昭29・3・16判特32号95頁。判文は次のように続く。「扶養義務者数人ある場合において尊属たる老者等と同居する者は他に扶養義務者があると否とを問わず保護をなす責任があるものと解すべきであつて民法第八百

て、堕胎を希望していた妊婦から予期に反して出生してしまった嬰兒に対し適切な措置を施して妊婦へ引き渡したが、妊婦によって置き去りにされた同児に対して、妊婦が引き取りに戻ってくることを期待して何ら特別な措置を施さず、同児を死亡させた事案について、一般論として、保護「責任は法令の規定、契約、慣習、事務管理その他条理によつて発生する」、とした昭和35年の熊本地裁判決⁸²、雇用者が被雇用者2名を自宅での酒宴に招いたところ、被雇用者の1人が泥酔したために、一方の被雇用者が、同人の帰宅に付き添い、その後別用で同人らに追いついた雇用者と共に同人を「保護誘導」したところ、同人と踏切上で口論となり、雇用者と被雇用者がその場に泥酔している同人を置き去りにして、同人を列車の轢過により死亡させた事案について、一般論として、「刑法第二百十八条第一項に規定する保護責任は単に法令に基くもののみならず契約に因ると、事務管理に因ると、はた又社会一般通念に因るとを問わ」ない、とした昭和36年の横浜地裁判決⁸³、が存在したのである。但し、これらはあくまで「保護責任（者）」の解釈論の一般論にすぎず、熊本地裁判決では、条理による「保護責任」を否定し、横浜地裁判決では、「一般社会通念」をも併せてそれを認めたことから、いずれにおいても、徐々に一般条項（事実）を介して「保護責任」の有無を判断する傾向になってきた⁸⁴。

七十八条より扶養の順序を定めた上で、扶養義務を尽くさない場合において刑事責任を負うべきものと解することはできない。」。戦前にも類似の判決があったことはすでに言及した。註（30）参照。それとの関係を考えると、戦後、法定履行順位規定がなくなったことを考慮しても、当初判例はやはり、民法上の扶養義務者は「保護責任者」であり、そのうち扶養義務（「保護責任」）を履行できる状況にある者が履行すべきである、つまり「保護責任」を負うと理解していたようである。本判決は尊属と「同居」している扶養義務者に絶対的先履行義務があるとするが、これは、旧民法956条の影響と、扶養義務（「保護責任」）の履行可能状況の1つの類型的判断であると解されるのである。もっとも、「同居」がどのような意味でそのような判断を導くのかは、問題となる。

⁸² 熊本地判昭35・7・1下刑集2巻7＝8号1031頁。但し、本判決は、事務管理あるいは条理により「保護責任」があるとする検察官の主張を排斥し、被告人を無罪とした。

⁸³ 横浜地判昭36・11・27下刑集3巻11＝12号1111頁。社会一般通念、暗黙の保護の承諾、事務管理の法理、により「保護責任」を肯定した。

⁸⁴ 註（25）参照。

「保護責任（者）」の法律的・形式的な理解は、現代型犯罪である交通事犯（「（移転を伴う）ひき逃げ」）に関する、保護責任者遺棄罪の成否が問題とされた（裁）判例にも見られた。「道路交通取締法第二四条第一項は自動車の交通に因り負傷した者があつた場合には当該自動車の操縦者又は乗務員等に対し被害者を救護すべき義務を課している、右の操縦者等は刑法二一八条第一項にいわゆる『保護すべき責任ある者』に該当する」、とした昭和30年の大阪高裁判決⁸⁵を皮切りに、道路交通取締法24条、同法施行令67条を括弧で引用して、「かかる自動車操縦者は法令により『病者を保護すべき責任ある者』に該当する」と大阪高裁判決と同様の論理で「保護責任」を導き出した昭和34年の最高裁判決⁸⁶、そして、その後の昭和37年の東京高裁判決⁸⁷、昭和41年の大阪高裁判決⁸⁸、が存在したのである。

昭和34年の最高裁判決の担当調査官であった栗田正が、本判決は「保護責任」の根拠を法令に求めたものであるが、そうでなくても、被告人による自動車への収容が「民法上の事務管理の法理に照らし保護責任を負うに至るべきことは、（前掲大判大15・9・28—引用者註。）の趣旨に徴し明白である。」⁸⁹、と説明したことからも明らかなように、ここでも戦前の特徴を継承していたのである。

しかし、その後、一般条項の活用が前面に出て、「保護責任（者）」の事實的・実質的理解へと移行することになった。被告人が、顔見知りと称して自己の自動車に乗せた女性から降車を申し入れられたにもかかわらず、走行を継続したために、同女の飛び降りによる保護すべき状態を生じさせた事案について、昭和45年の東京高裁判決は、一般論として、「刑法第二一八条第一項の保護責任の根拠は、法令、契約、慣習、条理などのいずれであるかを問わない」とした

⁸⁵ 大阪高判昭30・11・1 高刑特2巻22号1152頁。

⁸⁶ 最判昭34・7・24刑集13巻8号1163頁。なお、本判決は、「刑法二一八条にいう遺棄には単なる置き去りをも包含すと解すべ」きとした。

⁸⁷ 東京高判昭37・6・21高刑集15巻6号422頁。なお、「移転を伴うひき逃げ」と言えるか微妙な事案であった。

⁸⁸ 大阪高判昭41・11・14高検速報（昭和42年）5号。なお、本判決は、移置は作為であり、置き去り是不作為である、と（裁）判例中唯一明言した。

⁸⁹ 栗田正「判解」昭和34年度最判解刑事篇280頁以下（特に、283頁以下）参照。なお、同書286頁註（三）参照。

上で、「自動車運転者が歩行者を誘つて助手席に同乗せしめて走行中、しきりに下車を求められたにもかかわらず、走行を継続したため、同乗者が路上に飛び降り重傷を負った場合に、その救護を要する事態を確認した運転者としては、いわゆる自己の先行行為に基き、刑法第二一八条第一項の保護責任を有する」⁹⁰、そして、この場合、道交法上の救護義務を負うか否かは関係ないとして、「自己の先行行為」という条理を介して判断したのである⁹¹。

本判決が、これまでの（裁）判例とは異なり、「いわゆる自己の先行行為」によって「保護責任」を認めた背景には、昭和34年の最高裁判決に対する学説及び実務からの厳しい批判があったためと思われる⁹²。学説においては、例えば、藤本英雄が、「ひき逃げの刑事責任の問題は、結局、不真正不作為犯の理論が、当該の場合に、いかなる役割を演ずるかに帰着する。」とした上で、道交法上の救護義務と「保護責任」とはその性質・目的が異なると批判し、結論として、「自己の責めに帰すべき事由により、他人を生命の危険におとし入れた以上、そこに偶然的な事情によるものではあるが、親族関係、契約等の当事者間の関係に比すべき密接な生活関係を見出しうる」ことを理由に、先行行為による「保護責任」を主張し⁹³、実務においても、例えば、谷口正孝が、救護義務と「保護責任」との違いを指摘した後、『先行行為に対する保護責任』（Obhutspflicht durch vorausgegangenen Tun）を肯定するのが正当であると

⁹⁰ 東京高判昭45・5・11高刑集23巻2号386頁。後に本判決に対しては、「女性を車に乗せることはその死を惹起する危険のある先行行為でもない」と批判された。小暮ほか『各論』〔町野〕73頁。しかし、女性からの降車の申し入れを拒否したため、女性が身の危険を感じやむなく走行中の自動車から飛び降りたのであるから、そのような状況での走行行為それ自体が「先行行為」であると理解し得なくもない。

⁹¹ なお、これ以前の岡山地判昭43・10・8判タ232号230頁（住み込み労働者の同僚が第三者の刺突行為により重傷を負ったにもかかわらず、その場に放置した事案）は、一般的に、条理による「保護責任」を認めたものと理解されている。他方、東京高裁判決後の最決昭43・11・7判時541号83頁（愛人で泥酔していた女性を裸にして厳寒の田んぼに放置した事案）では、弁護人が上告趣意で、原審が事務管理による「保護責任」を認めたことは不当と主張したが、本決定は直接それに答えることなく上告を棄却した。

⁹² 時武「保護責任」125頁以下、135頁以下も同趣旨である。

⁹³ 藤本英雄「ひき逃げと不作為犯」警研33巻9号（1962）3頁以下参照。

主張していたのである⁹⁴。

古典的遺棄罪観に合致する事案でも、同様の傾向が見られ始めた。被告人が、婚姻目的で同棲していた女性と共謀して、同棲開始6日後に同女の女兒を高速道路路肩外側に遺棄した事案について、昭和48年の東京地裁判決は、なお書き、括弧書きで、「判示のような事実関係のもとにおいて被告人東條と同棲関係に入つてすでに数日とはいへ共同生活を営んでいる同黒木は、右東條の連れ子である秀子に対し、条理上ないし社会通念上これを保護すべき責任を有するに至つた」としつつ、①被告人らの（将来的な）永続的關係の存在（予定）、②幼児を適切な施設等に預けるなどせずに、「幼児を含めて新たな共同生活を始めた場合においては、社会的にも、右夫婦と子供を含めた全体が一個の家族として扱われ、右幼児と男性との間の関係は、いわゆるまふ・まふ子との関係として正規の親子関係に準じた者と見るのが一般的であること」、などの具体的な事情から「保護責任」を導き出したのである⁹⁵。

本判決に対して鈴木義男は、「黙示の契約あるいは事務管理を問題とすることも可能」としながらも、「契約あるいは事務管理が根拠とされた事例においても、はたして民法上の概念としての契約ないし事務管理にそのままあてはまるかどうかはかなり疑問であり、むしろ、暗黙の承諾あるいは自発的な挙動によっていったんは事実上の保護を開始したという事実が法律上の保護義務を基礎づける重要な事情の一つとされ、これを説明するための方法として契約ないし事務管理の観念が援用されたにすぎない」⁹⁶と指摘し⁹⁷、実務においても、法

⁹⁴ 谷口正孝「ひき逃げに対する法的規整」ジュリ237号（1961）27頁参照。なお、同稿28頁註（12）、（19）、（20）も参照。これに対して、そもそもこの種の事案に保護責任者遺棄罪を成立させること自体に疑問を呈したものとして、前田宏「いわゆる『ひき逃げ』と遺棄罪の成否」臼井滋夫ほか『刑事判例研究Ⅱ』（1968、初出1961）311頁以下参照。

⁹⁵ 東京地判昭和48・3・9判タ298号349頁。もっとも、被告人は自己の「保護責任」を認めていた。

⁹⁶ 鈴木義男「保護責任者遺棄罪における保護責任の根拠」臼井滋夫ほか『刑法判例研究Ⅲ』（1975、初出1973）533頁（同種の指摘としてすでに、長島敦「轢き逃げと遺棄罪」同『刑事判例研究Ⅰ』（1966、初出1963）280頁以下〔前掲最判昭34・7・24の評釈〕、臼井滋夫「泥酔者に対する保護責任者遺棄致死罪の成否」同ほか『刑法判例研究Ⅲ』（1975、初出1969）523頁以下参照〔前掲最決昭43・10・8の評釈〕。）。鈴木は、「条理」あるいは「社会通念」による解決を

律的・形式的な理解に距離が取られ始めたのである。

そして、この東京地裁判決を最後に、一般論としても「保護責任（者）」を、法律的・形式的には理解せず事實的・実質的に検討する（裁）判例が現れるに至り、大審院以来の伝統的な理解に完全に幕が下ろされた。昭和63年の最高裁決定は、「被告人は、産婦人科医師として、妊婦の依頼を受け、自ら開業する医院で妊娠第二六週に入つた胎児の堕胎を行つたものであるところ、右堕胎により出生した未熟児（推定一〇〇〇グラム弱）に保育器等の未熟児医療設備の整つた病院の医療を受けさせれば、同児が短期間に死亡することなく、むしろ生育する可能性のあることを認識し、かつ、右の医療を受けさせるための措置をとることが迅速容易にできたにもかかわらず、同児を保育器もない自己の医院内に放置したまま、生存に必要な処置を何らとらなかつた結果、出生の約五四時間後に同児を死亡するに至らしめた」という事実関係においては、保護責任者遺棄致死罪が成立する、としたのである⁹⁸。

本決定の担当調査官であつた原田國男は、「判例・学説上従来保護責任の根拠として考えられてきた諸事情」として、①保護の継続性、②引き受け、③先行行為、④独占的地位、の4つの要素を列挙し、本件ではそれらがいずれも認められると論じ⁹⁹、学説においても、先行行為と事実上の引き受けの両要素が認められると主張され¹⁰⁰、いずれせよ、完全に「保護責任」の伝統的な理解

是としながらも、①行為者と被害者との永続的關係、②行為者による被害者に対する保護の事実上の開始、③行為者による要保護状態惹起への関与、④保護の緊急性、保護可能者の唯一性、保護の容易性、の4つの考慮事情を列挙した。

⁹⁷ これに対して、条理ではなく、「同居した事実そのものが母と共同してその連れ子である養女を監護することであると評価」して、事務管理による「保護責任」を認めるべきとの主張は、山火正則「判批」判タ303号（1974）106頁以下参照。

⁹⁸ 最決昭63・1・19刑集42巻1号1頁。

⁹⁹ 原田國男「判解」昭和63年度最判解刑事篇1頁以下参照。加えて、最決平1・12・15刑集43巻13号879頁（ホテルの一室で覚醒剤を注射したために、少女を重篤な状態に陥らせた事案）に関する、原田國男「判解」平成元年度最判解刑事篇394頁註（二〇）、林陽一「判批」法教118号（1990）99頁、内田文昭「判批」平成2年度重判解（1991）145頁、町野朔「判批」警研62巻9号（1991）26頁など参照。

¹⁰⁰ 佐伯仁志「判批」判例セレクト'88（1989）34頁参照。その他、大谷實「判

は見られなくなったのである。

平成14年の福岡高裁宮崎支部判決も、事案からすれば、契約あるいは事務管理による「保護責任」を認めることができたにもかかわらず、詳細に事実を認定した後、被告人が「加江田塾において、三郎を迎えて生活させることにした時点で、親権者である夏子から、三郎の養育監護を委託されて引き受けたものと認め」られる¹⁰¹、として、「保護責任」を認めたのである。

ここまで、判例評釈による当該判決・決定に対する評価を含めて、「保護責任（者）」の根拠（範囲）に関する戦後の（裁）判例の歴史的展開を叙述してきたが、当初戦前と同様の傾向を示していた（裁）判例は、しかしその中でも一般条項を介して「保護責任」の存否を判断し出し、その後、それが前面に押し出され、最終的には、それを事實的・実質的に判断するに至ったのである¹⁰²。

第3節 新ドイツ刑法下における学説の状況

1998年の第6次刑法改正法（6. StrRG）による改正¹⁰³は、旧ドイツ刑法定（1871〔明治4〕年）以来初めての各則における包括的改正であり、特に221条にあっては、規定形態の変更にとどまらず、実質的な改正がなされた。本節では、同改正法後の新ドイツ刑法221条に関する学説の状況を紹介等するが、最初に、同改正法によって旧ドイツ刑法221条がどのように改正されたのかを簡単にまとめ、次に、本節の具体的な目的を設定し、そして、学説を紹介等する。

批」判タ670号（1988）61頁、金沢文雄「判批」法教92号（1988）108頁、中谷瑾子「判批」昭和63年度重判解（1989）148頁など参照。

¹⁰¹ 福岡高宮崎支判平14・12・19判タ1185号338頁。

¹⁰² 学説における作為義務論は、大まかに言えば、その法律的・形式的理解から事實的・実質的それへと展開したが、判例の場合は、この点微妙である。なぜなら、判例上不作為犯が認められた主要な犯罪は、放火、殺人、保護責任者遺棄、詐欺であるが、放火と詐欺では、作為義務の法律的・形式的理解は採られていないからである。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第2巻』（1999）67頁以下〔土屋眞一＝名取俊也〕参照。なお、近時、不作為による殺人を認めた最高裁判例については、最決平17・7・4刑集59巻6号403頁参照。

¹⁰³ Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts（6. StrRG）vom 26. Januar 1998（BGBl. I, S. 164）。

<新ドイツ刑法>

§ 221

Aussetzung

(1) Wer einen Menschen

1. in eine hilflose Lage versetzt oder

2. in einer hilflosen Lage im Stich läßt, obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist,

und ihn dadurch der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung aussetzt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. die Tat gegen sein Kind oder eine Person begeht, die ihm zur Erziehung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist, oder

2. durch die Tat eine schwere Gesundheitsbeschädigung des Opfers verursacht.

(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 2 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.¹⁰⁴

¹⁰⁴ 以下、筆者の訳文を掲載しておく。なお、川口浩一「ドイツ刑法各則の改正—対照表と新条文の試訳（1）」奈良産11巻1号（1998）3頁参照。

<新ドイツ刑法>

第221条

遺棄

(1) 人を

1. 保護のない状態に誘い又は

2. 自己の保護下にあるか又は自己にその他の援助する義務のあるにもかかわらず、保護のない状態にさらして、

死または重大な健康毀損の危険を惹起した者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。

(2) 次の者は1年以上10年以下の自由刑に処する。

1. 自己の子供または教育もしくは生活全般の世話を受け負っている者に対

旧法からの主な改正点は、次の通りである¹⁰⁵。①旧法における本罪の保護法益を巡っては学説上、生命及び身体とする多数説と生命とする少数説が対立していたところ、新法では、明文で前者の見解が採用された（“der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung”）。②旧法1項では、第1選択肢で Aussetzen を、第2選択肢で Verlassen を処罰していたところ、新法1項では、前者を1号に、後者を2号に、というように条文構造が明確化された（但し④）。③旧法では1項の客体は限定されていたが（“wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit”）、新法ではそれが削除され、その結果、「孤島事例」や「登山事例」が処罰されるようになった¹⁰⁶。④新法1項では、旧法1項における Aussetzen が “in eine hilflose Lage versetzt” に（以下、「Versetzen」とする。）、Verlassen が “in einer hilflosen Lage im Stich läßt” に（以下、「Imstichlassen」とする。）¹⁰⁷、それぞれ置き換えられた（以下、前者を

して、その行為をした者

2. その結果、被害者に重大な健康毀損を惹起した者。

(3) 被害者を死亡させた場合、3年以上の自由刑に処する。

(4) 2項において、さほど重大ではないときは、6月以上5年以下の懲役に、3項において、さほど重大ではないときは、1年以上10年以下の懲役に、処する。

¹⁰⁵ 遺棄罪の改正点を簡潔にまとめたものとして、Tatjana Hörnle, Jura 1998, S. 177; Claus Kreß, NJW 1998, S. 641; Hans Kudlich, JuS 1998, S. 469f.; Heiko H. Lesch, JA 1998, S. 474f.; Markus Nolte: in Ellen Schlüchter (hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, S. 29ff. (zitiert: Nolte, Erläuterungen, S. ... Rn. ...); Günther M. Sander / Olaf Hohmann, NStW 1998, S. 275. 但し、ヘルンレとノルテの論攷は、若干の解釈論を展開している。また、改正趣旨については、BT-Dr 13 / 7164, S. 34f.; BT-Dr 13 / 8587, S. 34f., 60; BT-Dr 13 / 9064, S. 14f..

¹⁰⁶ 前者は、ある船員が1日分だけの食料と一緒に孤島に置き去りにされる事例（少なくとも、置き去りにされた時点では、船員は旧法上の客体ではない。）を、後者は、山登りしている時に、山岳案内人が山に不案内な登山者を、人気がなく道もない標高の高い山脈に一人置き去りにする事例（少なくとも、山に不案内な登山者は、旧法上の客体ではない。）を、指す。後者は、改正趣旨の中で触れられている。BT-Dr 13 / 7164, S. 34; BT-Dr 13 / 8587, S. 34.

¹⁰⁷ この点はすでに紹介／検討されている。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」宮澤浩一先生古稀祝賀論文編集委員会『宮澤浩

「Versetzen 条項」、後者を「Imstichlassen 条項」、という。⑤旧法の Verlassen 条項では、その主体が “wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat” とされていたが、新法の Imstichlassen 条項においては、それが “obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist” となった（以下、前者を「Obhutspflicht」、後者を「Beistandspflicht」、とする。）。⑥旧法 2 項では、主体／客体の範囲が、血縁的／法律的親子関係に限定されていたが（“Wird die Handlung von Eltern gegen ihr Kind begangen”）、新法 2 項 1 号では、それが拡大した（“die Tat gegen sein Kind oder eine Person begeht, die ihm zur Erziehung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist.” 以下、後段のうち、前者を「Erziehung」、後者を「Betreuung」、という。）。

このように旧法から新法へ大きく改正されたが、では、本節においては、何を紹介し、どのように「保護責任（者）」の解釈論への示唆を獲得すべく検討すべきだろうか。まず、我が国の通説が Verlassen 条項に大きな影響を受けたという歴史的経緯から、⑤、そしてその前提として④（但し、Imstichlassen のみ。）に関する学説の状況を紹介する。次に、加重遺棄罪という点で保護責任者遺棄罪と共通する 2 項 1 号（⑥）に関する学説の状況を紹介する。そして、それぞれの点において「保護責任（者）」の解釈論に資し得る視点が存しないかを検討する。つまり、本節の前半では Imstichlassen 条項に関する議論の紹介と検討を、その後半では 2 項 1 号に関するそれらを、目的とする。

なお、これらの紹介と検討に際しては、改正趣旨と、ドイツにおける遺棄罪研究で活躍するキューパー（Wilfried Küper）の論文¹⁰⁸、近時、改正後の学説を整理・検討したルックス（Heidrun Lucks）の著書¹⁰⁹を軸とする。

Imstichlassen 条項の主体に関する改正趣旨は、「Obhut という概念は、すでに事実上存在する保護関係及び世話関係を指し、それは例えば、山歩きしている間の、山岳案内人と、それと契約上つながりのある登山者の関係」であり、

一先生古稀祝賀論文集 第三巻 現代社会と刑事法』（2000）93頁以下参照。

¹⁰⁸ Wilfried Küper, ZStW 111 (1999), S. 31ff..

¹⁰⁹ Heidrun Lucks, Der Aussetzungstatbestand nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - ein allgemeines Lebens- und Gesundheitsgefährdungsdelikt?, 2003 (zitiert : Lucks, Aussetzungstatbestand, S. ...).

「Beistandspflicht」という概念は、旧法上の義務を超えたものであり、……13条の不真正不作為犯の領域における作為義務をも基礎付ける、その他、323c条を除く法令あるいは法律行為に起因する義務」である、と説明される¹¹⁰。これによれば、新法は旧法における主体の範囲を拡大したものと理解し得るが、学説においては、改正によっても旧法と内容上の変化はないという理解が一般的であると言ってよい。キューパーは、「かつてと同様に、保障人犯罪（身分犯）であり、保障人的地位に起因する“Beistandspflicht”の必要性が法律上新たに公式化されたが事実上変更はなく、その上、13条1項の原理・原則がその義務に妥当する」¹¹¹とし、また、ルックスも、「かつてと同様に、行為者が被害者に対して保障人的地位になければならず、つまり、不真正不作為犯の保障人的地位が生じる一般の原理がここに妥当する。」¹¹²と説明しているのである。シュテルンベルク・リーベン＝フィッシュ（Irene Sternberg-Lieben / Christian Fisch）¹¹³、シュトルエンサー（Eberhard Struensee）¹¹⁴、ヘルンレ（Tatjana Hörnle）¹¹⁵、ノルテ（Markus Nolte）¹¹⁶もその旨明言している¹¹⁷。

このように、新法と旧法とで主体の実質的な内容に変化はないという学説の理解からすれば、「保護責任（者）」の解釈論に有益たり得ないように一見思われる（議論の中心は、現在のドイツにおける不真正不作為犯論の議論状況如何に移ることになる）。しかし、少数ではあるがこれに対抗する見解があり、そ

¹¹⁰ BT-Dr 13 / 7164, S. 34 ; BT-Dr 13 / 8587, S. 34 ; BT-Dr 13 / 9064, S. 14. これに対する批判として、Hörnle, Jura 1998, S. 177 Fn. 77 ; Irene Sternberg-Lieben / Christian Fish, Jura 1999, S. 47.

¹¹¹ Küper, ZStW 111 (1999), S. 49.

¹¹² Lucks, Aussetzungstatbestand, SS. 191, 187, 192. Hörnle, Jura 1998, S. 177 ; Christian Jäger, JuS 2000, S. 33 ; Sternberg-Lieben / Fish, Jura 1999, S. 47 ; Eberhard Struensee : in Friedrich Dencker / Eberhard Struensee / Ursula Nelles / Ulrich Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, S. 37 Rn. 34 (zitiert : Struensee, Einführung, S. ... Rn. ...) . これに対し、Betreuungspflicht は広く解されるとの主張は、Nolte, Erläuterungen, S. 30 Rn. 4.

¹¹³ Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999, S. 47.

¹¹⁴ Struensee, Einführung, S. 37 Rn. 34.

¹¹⁵ Hörnle, Jura 1998, S. 177.

¹¹⁶ Nolte, Erläuterungen, S. 30 Rn. 4.

¹¹⁷ Jäger, JuS 2000, S. 33も同趣旨か。

の限度で紹介する価値があると思われる。もっとも、Imstichlassen 条項の主体に関する少数説の見解を紹介する前に、まず Imstichlassen という概念を説明しなければならない。

Verlassen から Imstichlassen へ改正された趣旨は、「Imstichlassen という概念は、この実行の方法 (Ausführungsart) が、空間的な Verlassen のみならず、援助義務者が、援助の実行に向かう状態にあるにもかかわらず、それを故意に放棄することによって、実現され得る、ということを現行法よりも明確に表現した」と説明される¹¹⁸。

では、Imstichlassen へと改正されたことによって、具体的にどのような事例が処罰されるようになったのだろうか。しばしば挙げられるのは、看護師が病室内にいるにもかかわらず、必要な措置を講じないで患者を危険に陥れた場合（「看護師事例」）である。これはつまり、「不保護」が処罰されるようになったということである。その他、故意に寝ることや飲酒することによって、自己の行為能力を奪う行為、鍵を破壊することで連絡ドアを遮断する行為、橋を取り壊す行為が該当し¹¹⁹、更には、13条の適用の可否に関係して、旧法下で行為性質に争いのあった、行為者が時宜を得た帰還をしないで被害者を危険に陥れる場合（「不帰還事例」）、つまり、行為者と被害者との間にある空間的／場所的離隔を解消しない行為が直接（unmittelbar）Imstichlassen に当たるとされているのである^{120 121}。

このように、Imstichlassen が相当広い概念、すなわち、「救助行為の放棄」¹²²、

¹¹⁸ BT-Dr 13 / 8587, S. 34 ; BT-Dr 13 / 7164, S. 34. しかし、この改正は以上の意味にとどまらず、旧法における Verlassen の激しい解釈論争に「立法者の鶴の一声」(legislatorisches Machtwort) で決着をつけるということにもなった、と評価されている。Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 201 ; Küper, ZStW 111 (1999), SS. 49, 51. 旧法下における Verlassen を Imstichlassen と解した学説が採用されたことになる。この見解については、Feloutzis, Aussetzung, S. 156, 161f.

¹¹⁹ Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 203.

¹²⁰ 旧法下での簡単な議論状況を含めて、Küper, ZStW 111 (1999), S. 63f.. キューパーはこれを「解釈論上非典型的な場合」(dogmatisch atypische Fälle) という。

¹²¹ 以上のような行為について、旧法下においても学説上議論があったことについては、Feloutzis, Aussetzung, S. 161ff..

「放棄された援助のあらゆる形態」¹²³として理解された場合、しかし、次のような問題が出てくる。イエーンケ（Burkhard Jähnke）は、「しかしながら、この広い法律上の文言は、遺棄の特殊な性格が存在しないような、単なる刑法外的義務違反の場合をも捕捉するのである。このことは、意図せざる、そして受け入れることのできない可罰性（の範囲）の拡大を阻止するために、Imstichlassenという概念を説明するよう命じるのである。」¹²⁴と述べ、Imstichlassenという概念において、Imstichlassen 条項の適用範囲の限定を図ろうとしたのである。具体的には、一般的な見解によれば、患者からの診療訪問の申し出を拒否した掛かり付け医、あるいは、緊急の呼び出しがあったにもかかわらず応答せず、あるいはそれに大きく遅延した消防士において、その結果、被害者に重大な身体傷害あるいは死亡結果が生じた場合に、Imstichlassen 条項を通じて 2 項 2 号あるいは 3 項が適用されることになってしまいかねないが¹²⁵、そのような法定刑の「飛躍」（Sprung）は説明できないのではないかというのである。

では、どのようにして Imstichlassen 条項の適用範囲を Imstichlassen という概念を通じて限定するのだろうか。イエーンケは、Imstichlassen の「語義上存在する強い否定的な価値判断を正当化する近接関係（Näheverhältnis）」、言い換えると、行為者と被害者との「空間的な対峙関係」（Verhältnis im räumlichen Beieinander）が Imstichlassen という概念上前提になっていると解釈する¹²⁶。このような見解は他に、アルツト＝ヴェーバー（Gunther Arzt / Ulrich Weber）¹²⁷、レンギール（Rudolf Rengier）¹²⁸、マウラッハ＝シュレーダー＝マイ

¹²² Küper, ZStW 111 (1999), S. 52.

¹²³ Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 202.

¹²⁴ Burkhard Jähnke, Leipziger Kommentar, 31. Lfg., 11. Aufl., 1999, § 221 Rn. 29 (zitiert : Jähnke, LK, Rn. ...).

¹²⁵ 同様の批判は、旧法下において、Verlassen を Imstichlassen のように理解する見解に対して向けられていた。Feloutzis, Aussetzung, S. 167.

¹²⁶ Jähnke, LK, Rn. 29.

¹²⁷ Gunther Arzt / Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, § 36 Rn. 7. 親子関係にあっても、この特別な要素がなければならない、と主張する。

¹²⁸ Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 5. Aufl., 2003, § 10 Rn. 11. 医師、消防士、警察官、権限のある救護職員は、救助義務には反しているが、特別な帰還義務はない、と主張する。

ヴァルト (Reinhart Maurach / Friedrich-Christian Schroeder / Manfred Maiwald)¹²⁹によっても主張されている（但し、ニュアンスの差はある。）。

次に問題となるのは、そのような関係がどのような意義を有しているかである。これに関してイエーンケは、空間的な近接／対峙関係の存在は、「存在する保護命令を遵守する特別な期待を基礎づける」と説明するのである。

つまり、イエーンケは、Imstichlassen の概念中には空間的な対峙／近接関係が内在しており、これによって、たとえ Imstichlassen 条項の主体が従来通り保障人的地位に関する発生原理・原則が妥当するとしても¹³⁰、なお先に挙げた場合における「不当」な結論を回避することができるというのである。

しかし、これに対しては、ホルン＝ボルタース (Horn / Wolters) が次のように批判している。そのような文言のある種の限定は、「テキストを誇張するものであり、強制的に (zwingend) 空間的に解釈された Verlassen という概念にもはや合わせないという変更された犯罪規定に矛盾する。」¹³¹というのである。また、ルックスも、a) Imstichlassen という概念から空間的な近接さという要素は出てこない、b) 立法趣旨からしても、そのような限定をするいかなる根拠も提示されてはいない、c) 「不帰還事例」がすべて不可罰になってしまふ、として、難色を示している¹³²。

そこで、このような批判を受けて、イエーンケなどと問題意識を共有しつつ、Imstichlassen 条項の適用範囲を Imstichlassen 概念においてではなく、異なった要件で限定しようとするのがノイマン (Ulfrid Neumann) である。結論から先に述べれば、ノイマンは、「特別な社会的近接さ」と言う要素を見出し、それを Imstichlassen 条項の主体、すなわち保障人的地位にかかる限定要素とす

¹²⁹ Reinhart Maurach / Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1., 9. Aufl., 2003, § 4 II Rn. 12. Imstichlassen には、保護義務者の特別な用意ができていないことの言明の伴う (mit einer besonderen Bereitschaftserklärung des Obhutspflichtigen) 特別な近接関係がなければならぬ、と主張する。なお、親族の場合も否定するようである。

¹³⁰ Jähnke, LK, Rn. 32. 判例等の具体的な場合については、Jähnke, LK, Rn. 33 が詳しい。

¹³¹ Eckhard Horn / Gereon Wolters, Systematischer Kommentar, 54. Lfg., 7. Aufl., § 221 Rn. 6 (zitiert : Horn / Wolters, SK, Rn. ...)。

¹³² Lucks, Aussetzungstatbestand, S. 205.

るのである¹³³。

イエーニケが問題とした事例において、Imstichlassen 条項の適用を排除する理由として、ノイマンがまず挙げるのは、Versetzen 条項との関係である。Versetzen は作為犯であり、また他の犯罪と同様に、その不真正不作為犯は成立するが、そうだとすれば、13条2項が適用され、減輕される可能性がある、他方で、Imstichlassen を真正不作為犯と理解した場合¹³⁴、それには13条2項の適用がないため、危険を積極的に惹起した場合（Versetzen）の方が単にそれを回避しなかった場合（Imstichlassen）よりも「よい」（軽い）ということになる、しかしながら、Versetzen 条項と Imstichlassen 条項とでは、明らかに主体の範囲に広狭がある、そうだとすれば、Imstichlassen 条項において13条2項の適用がないという意味での重い責任を基礎づけるのは、主体が Versetzen 条項よりも限定されているところに求められるから、その差を主体に反映させなければならない、と言うのである。つまり、保障人的地位を何らかの形で限定しなければならないのである¹³⁵。

このようにノイマンは主張して、具体的には、次のように Imstichlassen 条項の主体を限定する。母親が、自己の子供が現実的に苦境にあるにもかかわらず、帰宅しないという場合は、なお「不帰還事例」として Imstichlassen により捕捉されるべきであるという認識の下¹³⁶、親と子どもという関係性に着目して、Imstichlassen 条項の主体（保障人的地位にある者）にかかる限定要素として、「心理的—社会的な」「特別な近接さ」を挙げるのである。つまり、特別な近接さを規範的に理解するのである。より具体的には、制度的に基礎づけられた救助義務を履行すること（警察官、消防隊員、救命医の救助義務）に対する期待を超えた個人的な関係を支えとする信任関係という意味での心理的—社会的な特別な近接さのある場合に、主体を限定するのである¹³⁷。

¹³³ Ulfried Neumann, Nomos Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., 2005, § 221 Rn. 24 (zitiert : Neumann, NK, Rn. ...).

¹³⁴ もっともこれに関しては議論がある。Neumann, NK, Rn. 18ff..

¹³⁵ Neumann, NK, Rn. 28.

¹³⁶ 旧法下においても、母親の場合と掛かり付け医の場合とで結論を異ならしめる見解は存在した。Feloutzis, Aussetzung, S. 172.

¹³⁷ Neumann, NK, Rn. 29. そして、このような関係は、「保護的保障人的地位」に典型的に見られる、と言う。これに対して、Obhutspflicht は、保護的保障

イエーンケを批判したルクスも同様の帰結に至る。「保障人が被害者あるいはその保護のない状態に対して、まさに個人的な責任に基づいて、援助の実行を義務づけられているか否かが決定的である」として、具体的には、行為者と被害者が家族であるような狭い個人的な関係、被害者を援助することを義務づける契約、を挙げるのである¹³⁸。

以上が少数説の概要である。では、これは「保護責任（者）」の解釈論に何か資し得るものを有しているだろうか。この点を若干検討する。

イエーンケなどは、a) Imstichlassen 条項の主体は不真正不作為犯における保障人的地位にある者である、b) Imstichlassen に当たるとされる「不帰還事例（あるいはそれに類する事例）」、すなわち、被害者と空間的に離れた医師、警察官、消防士、権限ある救助職員による不救助は、本条項の適用範囲から除外されるべきである、という2つの前提・根拠をもって論じている。確かに、そのような事例が最悪の場合、結果的加重犯として処罰され得るという結論は不当であろう。しかし、次のように、我が国の解釈論にはなじみにくいと思われるのである。便宜的にb)から述べておこう。

まず、イエーンケなどに対する批判を見てみると、(あ)立法趣旨との関係、(い)「不帰還事例」の処理、を重要な根拠としている。しかし、(あ)は、我が国においては、「遺棄」にせよ、「不保護」にせよ、新ドイツ刑法のように空間的離隔は概念要素として不要である、とは必ずしも言い切れない。現行刑法への改正議論では、遠隔地からの「扶養料」の不送付は、「遺棄」あるいは「不保護」に当たり得ると、政府委員が答弁していたが、それ以外に深い議論はなかったのである。つまり、立法（改正）趣旨が必ずしも明らかではない我が国においては、それを根拠に論じることはいできない。また、(い)については、我が国の場合、特に保護責任者遺棄罪にあっては、「遺棄」と「不保護」という2つの行為が予定されているところ、そもそも「不帰還事例」が判例及び学説において、処罰に値するののか否かすら議論が固まっていない。判例上この種の事案は皆無であるし、また、学説上この点について明確に言及しているのは、

人的地位に、Beistandspflichtは、監督的保障人的地位に、対応するという見解として、Horn / Wolters, SK, Rn. 8 ; Bernhard Hardtung, Münchener Kommentar, Bd. 3, 2003, § 221 Rn. 14f.

¹³⁸ Luck, Aussetzungstatbestand, S. 206f..

例えば、林（幹）が、根拠は明らかではないが、「不保護」との関係で疑問を呈し¹³⁹、他方、山中敬一が「遺棄」との関係で肯定するくらいなのである¹⁴⁰。そしてこの問題は、「遺棄」と「不保護」とを概念上どのようにに区別するのかという前提問題がまずあって、「不帰還事例」の処理はその後の問題である。ドイツ刑法のように、Versetzen と Imstichlassen とが“hilflose Lage”の発生時期によって区別される¹⁴¹のとは異なるのである。我が国において、もし、「不帰還事例」が「遺棄」として処罰され得るのであれば、単純遺棄罪においてもそのようないわば重い責任を行為者に負わせてよいのかが問題となり、他方、「不保護」に当たるとした場合はそれが問題とならないということになるが、これは、「遺棄」や「不保護」という概念の中に、何らかの要素を読み取ると言うよりは、単純遺棄罪の主体と保護責任者遺棄罪のそれとに直結する議論になると思われるのである。

次にa)について述べれば、改正趣旨によれば、Imstichlassen 条項の主体は不真正不作為犯における保障人的地位にある者を意味するとしている以上、特段の事情がない限りこれを覆すことは困難である。そして、イエーンケは、「医師としての身分は、保障人的地位を、そしてそれ故に違法性を基礎づける。」と主張する¹⁴²。しかし、我が国においては大きく事情が異なる。我が国の通説は「保護責任」を作為義務と同一視しているが、古くから「法令」による「保護責任」の具体例として挙げられるのは警察官であり、「契約」によるそれは医師であった。前者は、警察官職務執行法3条を根拠とする「保護責任」であるが、そもそもそのこと自体問題となっているからである。現に判例上そのような事案は皆無であり、圧倒的多数の見解が民法上の扶養義務や道交法上の救護義務が「保護責任」に直結しないことと同様に、警職法上の義務も「保護責任」に直結しないとするのである。

このことは、医師の場合も同様である。医師法23条の診療指導義務を1つの根拠に「保護責任」の有無を判断する判例はあったが¹⁴³、学説上は同法19条

¹³⁹ 林『各論』46頁。

¹⁴⁰ 山中『各論I』90頁註（7）。

¹⁴¹ Herbert Tröndle / Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., 2006, § 221 Rn. 7f (zitiert : Tröndle / Fischer § ... Rn. ...).

¹⁴² Jähnke, LK, Rn. 29.

¹⁴³ 例えば、前掲熊本地判昭35・7・1（消極）、前掲最決昭63・1・19の第

1 項の応召／応招／診療義務との関係が一時問題とされ、そこでは、「保護責任」に直結しないということで見解の一致があった¹⁴⁴。最近でも、同義務違反が犯罪とされることに強い違和感を示す論放が、医事法分野において現れているのである¹⁴⁵。医師という身分が直接「保護責任」を導くのではなく、契約や引き受けなどがそれを導くのである。

このように、我が国の解釈論の状況からすれば、イエーンケの前提それ自体問題とならざるを得ない。では、ノイマンの見解については、どのように評価することができるだろうか。

ノイマンは、イエーンケらと問題意識を共有しつつ、Versetzen 条項と Imstichlassen 条項における行為の性質に由来する13条の適用の有無という観点から、両条項に存在する実質的な違法性の差の存在を顕在化させた上で、両条項の法定刑が同一であることを考慮して、Imstichlassen 条項の実質的な違法性の高さを、保障人的地位にある者という意味での主体の範囲に限定要素として反映させたのであるが、我が国の単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪との間に存在する法定刑の顕著な差を（違法性あるいは責任に関係づけて）「保護責任（者）」の解釈論に反映させようとしているのと、実質的には同じ方向であり、その意味では、我が国の解釈論に資し得る可能性を有しているように思われる。

しかし、そこでいう「心理的—社会的」な「特別な近接さ」という概念が抽象的にすぎるというのはひとまず措くとしても、なぜ個人的な関係に限定されるのか、つまり、制度的にのみ基礎づけられた、成人によって擁護されるべき救助義務（者）が排除されるのか^が、結論の不当にかかわらず明らかではない。親子の場合と医師などの場合を対比することによって導かれた要素は、実は結論の先取りにすぎないようにも思われるのである。また、ノイマンは、「保障人自体によって生じさせられた危険の回避に関する、保障人の特別な（個人的な管轄（besondere persönliche Zuständigkeit）の観点から」、Ingerenz の

1 審判決である那覇地石垣支判昭57・3・15刑月14巻3＝4号259頁（積極）参照。

¹⁴⁴ 中森喜彦「医師の診療引き受け義務違反と刑事責任」法学論叢91巻1号（1972）24頁、金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」法時47巻10号（1975）40頁参照。

¹⁴⁵ 樋口範雄「医師の応召（応招）義務・診療義務」法教312号（2006）112頁以下参照。

場合は Imstichlassen 条項の主体に当たるといふ。その理由として、「危険状態に対する行為者のまさに個人的な責任 (persönliche Verantwortlichkeit) の故に、被害者が行為者による Imstichlassen のないことを信賴する」からと説明される。しかし、先のノイマンの限定要素との関係は必ずしも明確ではないように思われる。

以上、Imstichlassen における一般的な学説とそれに対抗するそれとを紹介及び検討してきたが、特にノイマン以外の見解は、我が国の「保護責任（者）」の解釈論に影響を及ぼし得ないと思われるのである。

では本節の最後に、2 項 1 号の主体に関する議論¹⁴⁶の紹介と、「保護責任（者）」の解釈論に及ぼし得る影響について検討する¹⁴⁷。

まず、改正趣旨から確認する。この改正によって新たに主体／客体に含まれることが明らかなのは、継親／継子と里親／里子である。これは、1 号後段（“Person”）に該当する。そして、後段は、174 条 1 項 1 号を継承しているため¹⁴⁸、

¹⁴⁶ Hörnle, Jura 1998, S. 177 ; Jäger, JuS 2000, S. 34 ; Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999 S. 49f. ; Nolte, Erläuterungen, S. 31 Rn. 5 ; Struensee, Einführung, S. 42f. Rn. 51. 174 条 1 項 1 号の保護目的との関係に言及するのは、Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999, S. 50 Fn. 83. 具体的な主体／客体について述べておくと、ヘルンレは、Betreuung に関して、生徒に対する集団の監督 (Trainer einer Schülermannschaft gegenüber den Schülern) を含める。イエガーは、後見人及び教師を含める（但し、Erziehung か Betreuung かは定かではない。）。シュテルンベルク・リーベン＝フィッシュは、Betreuung に関して、老人ホームあるいは社会福祉施設に居住する者を含める（但し、誰と居住者の関係かは明らかではない。）。ノルテは、Betreuung に関して、単なる労働関係や財産業務の世話は除かれるとする。

¹⁴⁷ 平野は、保護責任者遺棄罪は、「ドイツ刑法は『親』に限っているのを、もう少し広げたものといえるだろう。」と述べていた。平野「遺棄」10頁。なお、岡本勝「覚書」41頁以下も参照。

¹⁴⁸ 下線部分が 2 項 1 号後段に対応する箇所である。

§ 174

Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen.

(1) Wer sexuelle Handlungen

1. an einer Person unter sechzehn Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist, ……

それに関する判例及び学説によって発展してきた解釈原理¹⁴⁹が援用され得るとされる¹⁵⁰。

では、なぜ本号は重く処罰されるのだろうか。この問題は主に、“Kind”に年齢制限が付されていないこととの関係で論じられているが、実質的な根拠を明示するものは少ないと言ってよい。その中で、ホルン＝ボルタースは、加重処罰根拠を子供の特別な保護の必要性に¹⁵¹、シュテルンベルク・リーベン＝フィッシュは、客体の幼年を理由とする特別な親権的世話（besonderen elterlichen Fürsorge）の必要性に¹⁵²、求める。ノイマンは、“Kind”及び“Person”については、ホルン＝ボルタースと同様に、特別な保護の必要性故に、加重処罰すると説明しているのである^{153 154}。

しかし、このような状況は、明らかに我が国の解釈論への影響はないものと評価されるべきである。我が国の遺棄罪においては、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪とで保護されるべき客体の性質に変わりはない。それ故、後者においてのみ、特に保護の必要性を強調することはできないのである。そうだとすれば、やはり、なぜ保護責任者遺棄罪は重く処罰されるのかという問題は依然残るのである。

第4節 小括

本章では、第4章に続いて、現行刑法に関する議論のうち戦後のもの、すなわち、第1節で学説、第2節で（裁）判例、第3節で新ドイツ刑法における遺棄罪解釈論、を扱った。第1節では、現在は、「遺棄」と「保護責任（者）」の関係ではなく、保護責任者遺棄罪の実質的な処罰根拠が「保護責任（者）」の

¹⁴⁹ Karl Lackner / Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 2004, §174 Rn. 5ff., 17 ; Adolf Schönke / Horst Schröder / Theodor Lenckner / Walter Perron/Jörg Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 174 Rn. 5ff., 17 ; Tröndle / Fischer, § 174 Rn. 3ff., 18. .

¹⁵⁰ BT- Dr 13 / 9064, S. 14f..

¹⁵¹ Horn / Wolters, SK, Rn. 14.

¹⁵² Sternberg-Lieben / Fisch, Jura 1999, S. 49, Fn. 77.

¹⁵³ Neumann, NK, Rn. 37f..

¹⁵⁴ これらに反対するのは、Jähnke, LK, Rn. 37.

解釈論にどのように反映されるのが主要な問題となっていることが、第2節では、戦前の判例が採用してきた「保護責任（者）」の法律的・形式的理解が徐々に放棄され、現在はその事實的・実質的理解に落ち着くに至ったことが、それぞれ明らかにされた。第3節では、Imstichlassen 条項の適用範囲を制限する一つの試みであるノイマンの見解が、我が国の「保護責任（者）」の解釈論と同じ方向性を有していること、しかし、それにも未だ不明確な点が残されていること、が明らかにされた。

以上、第1章ないし第5章はその紙幅の多くを歴史的な整理に費やしてきた。第6章では、本稿の検討課題である「保護責任（者）」の理論的解明に向けて、具体的に検討を進め、最終的な帰結を示す。