



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（3・完）
Author(s)	松原, 和彦; MATSUBARA, Kazuhiko
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 58(1), 166[325]-129[362]
Issue Date	2007-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22566
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(1)_166-129.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(3・完)

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5章 現行刑法下における学説・(裁)判例の展開(戦後)

(以上、57巻5号)

第6章 検討

第1節 遺棄罪の基本構造

補節 扶助者の「扶助」責任

第2節 「保護責任『者』」理解の再構成

本稿における結論

付録：裁判例一覧

(以上、本号)

第6章 検討

本稿は、第1章ないし第5章において、218条の「保護責任(者)」がどのように理解されてきたのかを、それに関係する争点である、「遺棄」の理解の仕

※ 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が、第6章を大幅に加筆・修正した。

方や218条の（形式的・実質的な）「加重」処罰根拠、更には作為義務論にも注意しながら整理・検討してきた。その概要は次の通りである。

まず、第1章では旧刑法の立法議論、第2章ではその下での学説の状況、第3章では現行刑法への改正議論をそれぞれ扱ったが、ここでは、「加重」遺棄罪（218条と、その前身である旧刑法338条〔有償受託者遺棄罪〕）を中心に、我が国における遺棄罪の規定形態、立法・改正議論、学説を整理することで、「保護責任（者）」解釈論のいわば「原点」を確認した¹。

次に、第4章と第5章では、説明の便宜上、前者を戦前の議論、後者を戦後のそれに充てたが、それぞれの前半では我が国の判例及び学説の展開を辿り、後半ではドイツの学説を整理・検討することで、前者については「遺棄」の理解の仕方や218条の（形式的・実質的な）「加重」処罰根拠、更には作為義務論との関係、そしてそれらの現状を、後者についてはドイツの学説と我が国の通説との関係、ドイツの学説における我が国の解釈論に資し得る視点の存否を明らかにした²。

そして、本章では、以上の整理・検討を前提に、第一に遺棄罪の基本構造を明らかにし（第1節）、第二に本稿の目的である、「保護責任者」理解を作為義務論とは切り離すという意味で再構成する（第2節）。なお、本章では、第1節と第2節の間に補節を設け、第1節の議論を補足する。また、本章では、これまでとは異なり、説明の便宜上項目を設けることとする。

第1節 遺棄罪の基本構造

1. 問題の所在

遺棄罪解釈論上古くから議論があるのは、「遺棄」と「不保護」の各態様及び区別規準についてである。当初、「保護責任」は作為義務であるから217条のそれは移置＝作為、218条のそれは移置と、置き去り＝不作為というように、「遺棄」を相対的に理解し、区別規準を要保護者と「行為者」との「場所的離隔の

¹ 拙稿「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)」北法57巻3号（2006）314 [223] 頁以下参照。

² 拙稿「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)」北法57巻5号（2007）340 [193] 頁以下参照。

有無」に求めるのが通説であった。しかし、その後議論は「進展」し、現在は「遺棄」は統一的に理解されるべきことを前提に、その仕方によって区別規準にもヴァリエーションがある。

他方、近時議論があるのは218条の「加重」処罰根拠についてである。当初、217条において不作為の「遺棄」は処罰されないことを前提に、しかし、それが218条で「重く」処罰されることを通説の議論枠組みでは説明できないと批判され、両罪の関係・構造を解明する必要性が顕在化した。現在、217条において不作為の「遺棄」が処罰されるか否かの議論とは無関係に、その点は共有されている。なお、「加重」処罰根拠の如何は「保護責任（者）」の法的性質に関係していることに注意を要する。

現在の議論状況については、しかし、次のような問題点がある。まず、前者については、単なる「遺棄」・「不保護」の概念規定に留まることが多く³、その、遺棄罪の全体構造上の位置づけが不明確になっているように思われる。一部の有力説を除き、「遺棄」には「場所的離隔」という要素が必要であるとされていたが、まず、誰と要保護者との間のそれなのか、次に、なぜ遺棄罪はそれを処罰するのか、言い換えれば、「場所的離隔」と遺棄罪における「危険」とはどのような関係にあるのか、そして最終的には、特に217条は行為者に何をしよう（しないよう）求める規定なのか、等が不明確なままである。このことは、特定の者の、特定の法益を保護するために、なぜ「遺棄」・「不保護」という行為だけが処罰されているのかを明らかにする必要があるということの意味する。

また、後者についても、遺棄罪の全体構造を視野に入れていないため、相互に批判する以上に議論は進展していないように思われる。「保護責任（者）」を違法要素とする見解と責任要素とする見解（それぞれは、新作為義務説・限定作為義務説と非作為義務説の対立に対応する）の間で交わされている相互の批判の内容は、それ自体必ずしも不当ではないと思われるが、それで議論は停滞してしまっているのである⁴。これは、両説が、「保護責任（者）」の認められるべき具体的な範囲を、ほぼ同様に理解していることに起因していると考えら

³ 齊藤彰子「遺棄罪」法教286号（2004）50頁参照（以下、齊藤「遺棄罪」と引用する）。

⁴ もっとも、後に明らかになるように、非作為義務説の限定作為義務説に対する批判の方がより妥当である。

れるが、このような膠着状態を脱して、いずれの立場（あるいは第三の立場）が妥当であるかを判断するためには、遺棄罪の、上述のような諸問題を解き明かすこと、すなわちその基本構造を明らかにすることが必要である。

このように、遺棄罪の基本構造を明らかにした上でなければ、本稿の検討課題である「保護責任者」の何たるかを論じる前提が整わないように思われる。本節では、以上のような問題意識の下、遺棄罪の基本構造について論じることとする。

2. 遺棄罪の基本構造解明のための起点設定

まず、基本事項を確認すると、217条と218条とに共通の要素は、第一に、保護法益が生命及び身体であること⁵、第二に、罪質が抽象的危険犯であること⁶、第三に、客体が老年、幼年、疾病、身体障害に起因する「扶助を必要とする者」（以下、「要保護者」という）であること、の三点である。他方、異なる要素は、第一に主体（217条＝誰でも〔以下、これを「扶助者」という〕、218条＝「保護責任者」）、第二に行為（217条＝「遺棄」、218条＝「遺棄」と「不保護」）、第三に法定刑（217条＝1年以上1年以下の懲役、218条＝3年以上5年以下の懲役）、の三点である。

異なる要素において明らかなように、両罪においては、共通の要素を前提に、主体（身分の有無）—行為（「不保護」処罰の有無＝「遺棄」に処罰を限定するか否か）—法定刑（「加重」処罰の根拠）は密接不可分・円環構造になって

⁵ 通説はこのように解するが（団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』〔1990〕451頁など）、有力説は生命に限定する（平野龍一「刑法各論の諸問題3」法セ199号〔1972〕74頁など）。判例は前者に与する。大審院大正4・5・21刑録21輯670頁参照。

⁶ 罪質については、抽象的危険犯とする通説（西田典之『刑法各論〔第4版〕』〔2007〕27頁など）、具体的危険犯とする見解（平川宗信『刑法各論』〔1995〕70頁参照〔以下、平川『各論』と引用する〕）、抽象的危険犯+保護義務懈怠犯とする見解（大塚仁「遺棄罪」同『刑法論集(2)』〔1976、初出1953〕106頁〔以下、大塚「遺棄罪」と引用する〕、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』〔1982〕163頁〔以下、日高「遺棄罪」と引用する〕）が対立している。判例は抽象的危険犯説に与する。前掲大審院大正4・5・21参照。

いる⁷。したがって、後者の要素から基本構造を解明することは困難であろう。そこで、本稿では、前者の要素のうち客体に注目して遺棄罪の基本構造の解明を図ることとする。

3. 「遺棄」・「不保護」、「危険」、そして基本構造へ

遺棄罪で保護される客体は、老年等一定の原因による要保護者である。その意義は本罪の保護法益論によって規定されるが⁸、しかし、ここで重要なのは、要保護者には「概念必然的」に「他人」の「助け」が必要だということである⁹。言い換えれば、要保護者には、それがなければ侵害（死亡・傷害）結果（219条）に至る高度の類型的危険性が内在しているということである。そして、遺棄罪とはそのような者に対する「遺棄」・「不保護」という特定の・限定された行為を処罰する犯罪類型である。したがって、本罪の行為・「本質」は要保護者＝「他人」関係によって規定・理解されなければならない¹⁰。

しかし、遺棄罪は規定上要保護者以外に、扶助者と「保護責任者」しか想定していない。とすれば、ここで言う「他人」はそのいずれかでなければならない。この点、本罪は218条においてのみ「不保護」を特別に処罰しており、また、それは、「遺棄」よりも捕捉する行為態様が広いことに見解の一致がある。このことは、本罪において決定的に重要なのが「不保護」、つまり、要保護者を積極的に「保護」することであることを意味する。

したがって、「他人」とは「保護責任者」であり、そうすると、本罪の行為・

⁷ この点を強調するのは、大塚「遺棄罪」106頁、日高「遺棄罪」164頁である。

⁸ 保護法益論において、生命及び身体とする通説・判例（前掲大審院大正4・5・21）によれば「扶助を要すべき者とは老幼不具又は疾病に因りて精神上若くは身体上の缺陷を生し他人の扶持助力を待つに非されは自ら日常生活を営むべき動作を為す能はざる者」となり、生命に限定する有力説によれば「扶助者の扶助によりはじめて生命に対する危険から身を守ることができる状態」にある者（山口厚『刑法各論〔補訂版〕』〔2005〕32頁〔以下、山口『各論』と引用する〕）となる。

⁹ このことは保護法益論に左右されない。それ故、以降、保護法益に言及する際には、「生命・身体」と表記する。

¹⁰ 山口厚「遺棄罪」同『問題探究 刑法各論』（1999、初出1997）20頁、27頁参照（以下、山口「遺棄罪」と引用する）。

「本質」は、要保護者＝「保護責任者」関係（以下、「保護＝被保護関係」という）によって規定・理解されることになる¹¹。そしてその結果、次の四つの基本的な理解が導かれる。

すなわち、第一に、遺棄罪の基本類型（原型＝本来的遺棄罪）は218条であり、217条はその処罰「減輕」類型（非本来的遺棄罪）¹²であること¹³、よって、要保護者の「保護」に関しては、「保護責任者」が第一次的な責任を負うこと、第二に、218条は「保護責任者」による保護＝被保護関係、いわば規範的な「枠」の、「内部」からの（直接的な）破壊行為（「遺棄」・「不保護」）を、また、217条は扶助者によるその、「外部」からの（間接的な）破壊行為（「遺棄」）をそれぞれ処罰する規定であること、第三に、従来の見解の最大公約数的理解を前

¹¹ したがって、「遺棄」を「要扶助者と保護責任者又は扶助者との場所的離隔の作出」と理解する（山口『各論』35頁参照）のは妥当でない。

¹² 身分の観点からすれば、217条は処罰「拡張」類型であり、行為の観点からすれば、それは処罰「限定」類型である。立法者は、処罰範囲を非身分者に拡張する代わりに、行為を限定し法定刑を軽くすることで、遺棄罪全体のバランスを図った、と理解することができる。

¹³ 通説も同様に理解していたと評価するのは、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（以下、塩見「遺棄」と引用する）。遺棄罪の基本類型は、ドイツの遺棄罪においては歴史的には、加重遺棄罪（新ドイツ刑法221条2項1号。より明確には、血縁的・法的親子関係にのみ処罰範囲を限定していた旧ドイツ刑法221条2項参照）に求めることができるが、少なくとも我が国の遺棄罪においては、それと同様の理解を採用することはできないように思われる。すなわち、第一に、旧刑法では、明らかに単純遺棄罪（336条、337条）が基本類型であって、加重遺棄罪（有償受託者遺棄罪〔338条〕）は（文字通り）処罰「加重」類型であった。第二に、旧刑法では、親による子供の遺棄は、（現在では考えられないことかもしれないが）単純遺棄罪として軽く処罰されていた。つまり、ドイツの遺棄罪では、親による子供の遺棄＝加重遺棄罪であったが、我が国の旧刑法では、親による子供の遺棄＝単純遺棄罪だったのである。そして、第三に、218条の立法史的原型は、有償受託者遺棄罪であって、親による子供の遺棄ではない。したがって、我が国の遺棄罪は、立法史的には、ドイツのそれと同じではない。本稿は、現行刑法の遺棄罪の理論構造上218条が基本類型であると理解するのであって、（必ずしも妥当ではない）歴史的解釈や「現在の原型」（親による子供の遺棄）によってではない。

提にすると、218条における「不保護」は「枠」を維持した状態での実質的なその破壊行為であり、「遺棄」はまさにそれを（形式的に）破壊する行為であること、第四に、本罪における危険は、場所的・環境的なそれではなく、「枠」が形式的・実質的に破壊されることであること¹⁴、である¹⁵。

以上が遺棄罪の基本構造のうちの基本的事項であるが、次に、これを前提に、本罪の基本構造上最も重要な点、すなわち上記第一の、217条が「減輕」処罰される根拠について検討することとする。

4. 「減輕」処罰根拠について

すでに指摘されているように、従来の「危険」の理解によれば、行為者が「保護責任者」であるか、あるいは扶助者であるかによって、「危険」の程度に類型的な差は生じないため、「減輕」処罰根拠が危険性・違法性の低さにあるとは言えない。例えば、行為者が「保護責任者」であるとしても、自動車に轢過される可能性による、あるいは第三者による救助の可能性の減少による、そのような場所・環境の「危険」の程度は変わらない¹⁶。つまり、「保護責任（者）」を違法要素と理解することはできないのである。そうだとすれば、論者が主張するように、「減輕」処罰根拠は責任の類型的低さにあると言わざるを得ず、したがって、「保護責任（者）」は責任要素ということになる。

¹⁴ 山口「遺棄罪」27頁以下とそれに対する齊藤「遺棄罪」51頁の評価参照。酒井安行は、結論として、「危険」を人的保護環境の悪化と理解するが、これを「保護を免れるという特別の行為無価値的側面を伴う危殆化」と評し、それ故、217条の主体は「概念必然的に」解釈上限定されると主張する。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）85頁以下参照。しかし、前段については必ずしもそのように言う必然性はないし、後者については、本稿のように理解すれば、217条の主体は「概念必然的に」は限定されないのである。したがって、217条を非身分犯とする、現在の通説の理解が妥当である。

¹⁵ このように理解して初めて、行為が「遺棄」と「不保護」に限定されている実質的意義が明らかとなる。従来の見解では場所的な離隔・移動の有無が「遺棄」と「不保護」の中核的要素であったが、これでは、なぜそれが処罰されるのかを明らかにし得ない。要保護者の生命・身体を危殆化する行為は、それ以外にも存在するからである。

¹⁶ 林幹人『刑法各論』（1999）48頁参照。

この点、従来の「危険」とは異なり、それを上記第四のように理解したとしても、確かに218条と217条では危険「結果」に類型的な差はない。しかし、本稿の「危険」の理解については、上記第二、すなわち、その惹起の「態様」において、218条では「内部」からの（直接的な）、217条では「外部」からの（間接的な）惹起というように、危険惹起「結果」ではなく、危険惹起「態様」の異なることが遺棄罪の基本構造上明らかであるから、その点に217条の「減輕」処罰根拠を求めることができる。

もっとも、危険惹起「態様」の相違は結局のところ「行為主体」のそれに基づくものであるから、したがって、「減輕」処罰根拠は217条が非身分犯であること、逆に言えば¹⁷、218条が身分犯であることの理論的意義に求められることになる¹⁸。こうして、「危険」惹起「結果」からその「態様」の相違へ、そして身分のそれへと視点を移すことによって、非作為義務説の論者が主張するようには、直ちに「減輕」処罰根拠を責任の類型的低さに求めなければならない、ということにはならないのである。

そこで、身分犯について検討すると、その理論的意義は、一般的には、生物学的身分（例えば、強姦罪〔177条〕。但し、直接正犯）、法益関係の身分（例

¹⁷ 非身分犯である217条では、それを解明する議論の契機が存在しないためである。「なぜそうである（身分）のか」という問いの方が、「なぜそうでない（非身分）のか」というそれよりも、少なくともここでの問いとしては適切であろう。

¹⁸ 確かに、戦前の段階ですでに、この点は小野清一郎と木村亀二によって主張されており、このことは、従来の「危険」の理解からも、結果的に、本稿のこのような視点到達する可能性が十分であることを意味する（規定形態を素直に見れば明らかであるとは思われるが）。そうだとすれば、本稿の理解の意義は、その遺棄罪の基本構造によればそう理解するのが従来に比して明白かつ自然であるということを示した点、あるいは、遺棄罪の基本構造を明らかにすることによって小野＝木村説を理論的に基礎づけたこと、にあるということになる。しかし、特に平野龍一を除くと、（あまりにも当然であったが故にか）小野＝木村説が（正当に）評価されることなく、現在の議論がまったく別のフィールドで「加重」処罰根拠を論じていることは事実である。もっとも、小野＝木村説はその先の議論、すなわち、どのような意味で行為主体の相違が（違法性として）「加重」処罰根拠に関係するのか、あるいは、なぜ218条は身分犯なのか、その実質的意義は何なのか、を検討しなかったという意味で、やはり形式的な「加重」処罰根拠しか示していなかったのである。

えば、賄賂罪〔197条以下〕、処罰範囲を政策的に限定するためのいわば政策的身分（例えば、秘密漏示罪〔134条〕）、の三つに分類される¹⁹。しかし、「保護責任者」という身分は生物学的身分や政策的身分ではあり得ない。なぜなら、それは男・女とは無関係であるし、また、218条は基本類型であるから、処罰範囲を限定する必要がないからである。むしろそれは、217条において行為が「遺棄」に限定されていることに現れていると言える。

したがって、218条は法益関係の身分犯ということになる。そうすると、218条は、「他の法益」の侵害・危殆化を「通じた」、要保護者の生命・身体に対する危険の惹起であるがゆえに法定刑が重く、217条はその「他の法益」の侵害・危殆化を伴わない、要保護者の生命・身体に対する「単なる」危険の惹起であるがゆえに、「減輕」処罰されるということになる²⁰。とすれば、「保護責任(者)」は違法要素ということにもなる。

補節 扶助者の「扶助」責任

1. はじめに

このように、遺棄罪の基本構造は理解されるが、本節では、本稿のような「遺棄」の理解に対して提起されている、「例えば、扶助者のいない要扶助者を第三者がより危険な場所に運んで放置した場合（例えば、自分の家の玄関先で行き倒れになっている旅人を人気のない山奥に運んで放置した場合）は、……、それによって要扶助者の生命・身体に対する危険が増加する可能性があるのであり、一律に処罰範囲から除外されるのは妥当とは思われない。」²¹という批判

¹⁹ 堀内捷三『不作為犯論—作為義務論の再構成—』（1978）252頁参照（以下、堀内『不作為犯論』と引用する）。なお、西田典之『新版 共犯と身分』（2003、初出1974）328頁参照。

²⁰ その結果、生命・身体に対する危険への被害者の同意が有効であるとするならば（例えば、山口『各論』31頁以下参照。これに反対するのは、例えば、大塚「遺棄罪」111頁参照）、218条においては、その副次的法益のみを放棄した場合には217条の成立可能性が問題となり、それに加えて主位的法益をも放棄した場合にはその成立可能性すら存在しなくなる（したがって、遺棄罪については無罪ということになる）。

²¹ 齊藤「遺棄罪」51頁以下。ここで想定されている「危険」は明らかに、場

について検討することとする。

「遺棄」・「不保護」の各態様を巡っては現在も議論があるが²²、一般的に想定されている行為態様はおよそ次の通りである（以下、T＝行為者、O＝被害者、D＝第三者とする）。

- (1) TがOをより危険な場所に移動させる行為
- (2) TがOを危険な場所に放置する行為
- (3) Tが、Oがより危険な場所に行くのを黙認する行為
- (4) Tが、Oがより危険ではない場所に行くのを阻止する行為
- (5) TがOに十分な食事を与えないなど、実質的に「遺棄」する行為

そして、更に、これらは次のように場合分け可能である。第一に登場人物の数〔(T+O) または (T+D+O)〕、第二に初期の状態（保護＝被保護関係未構築型または保護＝被保護関係既構築型²³）、第三にTまたはDの身分（扶

所的・環境的なそれであり、この点ですでに本稿とはその理解を異にする。しかし、指摘されているような場合は217条で捕捉されるべきであるし、むしろ、このような場合を処罰しなければ、事実上217条の存在意義はなくなってしまうであろう。そして、以下のように、本稿の理解する遺棄罪の基本構造によっても、このような場合は217条で捕捉される。

²² 特に問題なのは、扶助者による「保護責任者」の殺害行為である。なぜなら、それは要保護者と「保護責任者」の間の「場所的」離隔を最大限に（「あの世」と「この世」）作出する行為と言えるからである。もっとも、これが217条で捕捉されるべきとする場合、要保護者と「保護責任者」のいずれも殺害することを前提に後者を先に殺害した場合は、殺人罪と、要保護者との関係で217条が常に成立することになり得る。また、「保護責任者」の自殺行為は、「遺棄」または「不保護」に当たるとして、218条が成立することになり得る。しかし、ドイツの遺棄罪のように一般的・具体的な危険の惹起ではなく、「遺棄」・「不保護」という特定の行為による抽象的危険の惹起のみを処罰する我が国の遺棄罪では、これらの行為の捕捉範囲は相当程度限定されざるを得ない。殺害行為は、「遺棄」あるいは「不保護」の日常用語上含まれないとか、たとえわずかとはいえ、「保護責任者」による「保護」の可能性を残している（「保護責任者」の生存を前提とする）行為に限定されるとか、根拠が当然に問題となる。本稿の検討課題ではないが、重要問題である。山口「遺棄罪」23頁以下、27頁参照。

²³ 但し、これは本来的には、T/D＝「保護責任者」の場合のみに当てはま

助者または「保護責任者」)、第四に、それぞれにおいて問題となり得る行為態様である。以上の場合分けの結果は次の通りである。

I. 登場人物 = 2名:

1. 初期の状態:
 - (1) $T=O$ (保護=被保護関係既構築型)
2. Tの身分:
 - ① 「保護責任者」
 - ② 扶助者
3. Tの想定される行為
 - i) Oから離れる行為
 - ii) OがTから離れるのを黙認する行為
 - iii) Oを実質的に「遺棄」する行為

1. 初期の状態:
 - (2) $T \neq O$ (保護=被保護関係未構築型)
2. Tの身分:
 - ① 「保護責任者」
 - ② 扶助者
3. Tの想定される行為
 - i) Oの接近を妨害する行為
 - ii) Oに接近しない行為

II. 登場人物 = 3名:

1. 初期の状態:
 - (1) $D^{24}=O$ (保護=被保護関係既構築型)

るが、ここでは T/D =扶助者の場合をも含めておく。

²⁴ Dの刑事責任はさしあたり不問とする。TもDも保護責任者である場合は、履行順位または責任内容・範囲が問題となる。この点は、「本稿における結論」で若干触れる。

2. T×Dの身分：

- ① T = 「保護責任者」 × D = 「保護責任者」
- ② T = 「保護責任者」 × D = 扶助者
- ③ T = 扶助者 × D = 「保護責任者」
- ④ T = 扶助者 × D = 扶助者

3. Tの想定される行為

- i) OをDから引き離す行為
- ii) DをOから引き離す行為
- iii) OがDから離れるのを黙認する行為
- iv) DがOから離れるのを黙認する行為

1. 初期の状態：

- (2) D ≠ O（保護＝被保護関係未構築型）

2. T×Dの身分：

- ① T = 「保護責任者」 × D = 「保護責任者」
- ② T = 「保護責任者」 × D = 扶助者
- ③ T = 扶助者 × D = 「保護責任者」
- ④ T = 扶助者 × D = 扶助者

3. Tの想定される行為

- i) OがDに接近するのを妨害する行為
- ii) DがOに接近するのを妨害する行為
- iii) OをDの許へ連れて行かない行為
- iv) DをOの許へ連れて行かない行為

2. 遺棄罪の基本構造：補足

さて、本論に入る前に、本稿が提示した遺棄罪の基本構造について若干補足する。本罪の基本構造は、218条＝基本類型＝関係の内部的（直接的）破壊性、217条＝「減輕」処罰類型＝関係の外部的（間接的）破壊性であるが、これは作為形態を念頭に置いたものである。これに対して、不作為形態の場合、218条＝関係の非構築性、217条＝関係の構築非援助性となる。つまり、後者は、保護＝被保護関係のある場合にはそれを外部から破壊してはならず（作為を処罰）、それが無い場合にはそれを構築するよう（「保護責任者」を）援助しなけ

ればならない（不作為を処罰）のである。なぜなら、扶助者自身は自らの「手」で「保護」することまで法的に要請されていないからである。これに対して前者は、保護＝被保護関係のある場合には内部から破壊してはならず（作為を処罰）、それがない場合にはそれを（とりあえず）構築しなければならない（不作為を処罰）のである²⁵。

これを「遺棄」と「不保護」、それぞれに当てはめると次のようになる。すなわち、218条の「遺棄」は既存の保護＝被保護関係を内部から破壊する作為と、あるべき保護＝被保護関係を（自ら）構築しない不作為を内容とし、「不保護」は既存の保護＝被保護関係を維持しつつ実質的に内部からそれを破壊する不作為を内容とする。これに対して、217条の「遺棄」は既存の保護＝被保護関係を外部から破壊する作為と、あるべき保護＝被保護関係を「保護責任者」を通じて構築しない、つまり「保護責任者」によるその構築を援助しない不作為を内容とする。

²⁵ もっとも、ここでは、本稿の理解する遺棄罪の基本構造を前提に、従来から一般的に想定されている行為態様をそれに当てはめただけであり、217条において不作為による「遺棄」を何らかの形で処罰すべきか否かはひとまず措くこととする。この点は現在も議論があるが（その詳細は、山口「遺棄罪」20頁以下参照）、一つの確認と一つの可能性についてだけ、ここでは述べておきたい。まず、「遺棄」という文言そのものには、いわゆる「置き去り」あるいは不作為形態が含まれるということである。このことは、例えば、死体遺棄罪（190条）と動物遺棄罪（動物の愛護及び管理に関する法律44条3項。なお、動物虐待罪〔同条2項〕も参照）において一般に是認されている（前者については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第9巻』〔2000〕234頁以下〔岩村修二〕参照。後者については、動物愛護論研究会編著『改正動物愛護管理法Q & A』〔2006〕167頁以下参照）。これを前提に、「不保護」との関係が論じられなければならない。次に、「遺棄」と「不保護」の区別規準についてである。218条は「不保護」という真正不作為犯を処罰しているが、このようにそれを処罰するのは刑法典上稀であり、その他には、多衆解散罪（107条）の「解散しなかった」と、不退去罪（130条後段）の「退去しなかった」の、二つしか存在しない。前者は騒乱罪（106条）の「集合して」に、後者は住居侵入罪（130条前段）の「侵入し」に、それぞれ対応するが、いずれも作為犯であることに異論はない。とすれば、遺棄罪においても同様に、「遺棄」は作為犯と理解することが可能ということにもなり得る（なお、先の動物遺棄罪と動物虐待罪、それぞれの条文を参照）。

これを前提にすると、先の場合分けされた事例群は、一応次のような結論を導く。

I(1)①i) ないしiii) では、218条が成立する。他方、I(1)②i) ないしiii) では、217条は成立しない(?)。

I(2)①i) ii) では、218条が成立する。他方、I(2)②i) ii) では、217条は成立しない(?)。

II(1)①i) ないしiv) では、当該行為自体は処罰に値しない（危険が生じていない）が、その後のTの振る舞い如何によっては、218条が成立する余地がある。II(1)②i) ないしiv) では、218条は成立しない。II(1)③i) ないしiv) では、217が成立する典型パターンである。II(1)④i) ないしiv) では、217条は成立しない(?)。

II(2)①i) ないしiv) では、当該行為自体は処罰に値しない（危険が生じていない）が、その後のTの振る舞い如何によっては、218条が成立する余地がある。II(2)②i) ないしiv) では、218条は成立しない。II(2)③i) ないしiv) では、217条が成立する典型パターンである。II(2)④i) ないしiv) では、217条は成立しない(?)。

3. 扶助者の「扶助」責任

ここで問題となるのは、217条が成立しないとされる場合（(?) の場合）である。なぜなら、その場合においては、扶助者が要保護者を引き渡すべき「保護責任者」の存在が明らかではないからである。しかし、これは、次のように理解可能である。

個別具体的な「保護責任者」を想定できないとき（例えば、天涯孤独な人）、あるいは、それを容易に見出せないとき（例えば幼者について、(母) 親の所在がわからない場合）、当該要保護者を保護する責任は誰にも存在しない。当該要保護者を保護する責任は、第一次的には個別具体的な「保護責任者」にあるが、しかし、第二次的には国家にあると考えられる。なぜなら、国家には、国民の生命・身体を保護する最終的・究極的責任があると言えるからである。遺棄罪が、究極的には福祉政策の問題であるという指摘²⁶は、この意味で妥当

²⁶ 例えば、大塚「遺棄罪」120頁。

である。つまり、遺棄罪は単に、要保護者の生命・身体の「保護」に関する、「保護責任者」と扶助者との役割分担だけではなく、国家とのそれでもありと考えるのである。

したがって、個別具体的な「保護責任者」が想定できない場合等の扶助者の責任内容は、典型的には上述の意味での国家的役割を担っている警察という国家機関²⁷の許へ要保護者を連れて行くことであり²⁸ ²⁹、その不履行は217条を成立させることになる³⁰ ³¹。

このように理解することによって、本節冒頭の批判は回避できるし、また、従来必ずしも明確ではなかった217条の責任内容も明確になるのである。

第2節 「保護責任『者』」理解の再構成

1. はじめに

第1節において、遺棄罪の基本構造、特に217条の「減輕」処罰根拠が副次的法益の不存在にあることが明らかにされた。それ故、ここから直ちに「保護責任者」の範囲が明らかになるように思われるかもしれない。しかし、少なくとも、副次的法益の具体的内容は、本稿の理解する遺棄罪の基本構造からは直接的・内在的に導かれ得ないであろう。他方、それが明らかにされたとしても、

²⁷ 警察官職務執行法3条の緊急保護義務がその根拠である。なお、国家＝警察の役割が二次的なものにすぎないという指摘はすでに、田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタル警察官職務執行法』（1993）236頁〔渡辺咲子〕にある。

²⁸ もっとも、警察だけで十分かは問題である。現在の我が国の法制度上、要保護者のうち老者、病者、身体障害者を「保護」する責任のある国家機関は必ずしも十分に設置されているわけではない。したがって、現時点では、制度上要保護者の適切な「保護」を合理的に期待し得る非国家機関（例えば病院など）も含めて理解せざるを得ないであろう。

²⁹ なお、塩見「遺棄」135頁参照。

³⁰ なお、要保護者を「保護」するのは個別具体的な警察「官」であるが、彼・彼女は「保護責任者」ではない。それによる要保護者の遺棄はたかだか217条しか成立させない。なぜなら、218条「的保護責任」は警察という国家機関にあるからである。

³¹ このように理解した場合、217条はいわゆる不救助罪に極めて近似することになるだろう。堀内『不作為犯論』241頁以下参照。

それによって「保護責任者」の範囲が明確になるとも思われぬ。むしろ、副次的法益の具体的内容は、「保護責任者」の範囲が明確化された後に明らかになるようにも思われる。

いずれにせよ、副次的法益の存在は、「保護責任者」の範囲の抽象的ないわば「外枠」を画すだけであって、「保護責任者」の範囲を具体的かつ明確に確定させるためには、やはり我が国の遺棄罪の「理論的」原型であり、本来的遺棄罪である218条それ自体から導き出されなければならないであろう。そこで、本節では、本稿の検討課題である、作為義務論とは切り離された「保護責任者」解釈論を展開することとする。

「保護責任（者）」の解釈に関する現在の学説は、「保護責任」は作為義務そのものであるとする新（・旧）作為義務説、法定刑の差を強く意識して「保護責任」は作為義務よりも類型的に違法性が高いものであり、限定されなければならないとする限定作為義務説、そもそも「保護責任」と作為義務とはまったく別の要素であり、前者は責任要素であるとする非作為義務説、の三説に分類し得た。また、「保護責任（者）」の法的性質については、新作為義務説及び限定作為義務説が違法要素、非作為義務説が責任要素と理解している。第1節での検討によれば、本稿では、「保護責任（者）」は違法要素であると解することから非作為義務説は採用し得ず³² ³³、したがって、まず、非作為義務説を除く

³² 「保護責任（者）」を責任要素とするのは、本説内面的にも妥当ではない。その根拠が薄弱なのである。例えば、曾根威彦は、「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」からと説明するが（曾根威彦「遺棄罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開一各論』〔1996、初出1992〕30頁。この点は、旧作為義務説の大塚仁の見解〔大塚「遺棄罪」105頁以下参照〕、必ずしも旧作為義務説ではない日高義博〔日高「遺棄罪」163頁参照〕も同旨である）、これが直ちに責任要素であることを導くわけではない。現に、非作為義務説の論者である林幹人の見解に対しては、違法要素性が窺われるとの指摘がある。林美月「保護責任の発生根拠」西田典之＝山口厚『刑法の争点〔第3版〕』（2000）136頁参照。「保護責任（者）」の法的性質は、遺棄罪の基本構造から導き出されなければならない。

³³ もっとも、結論的には、本稿の方向性は、本説と同様である。堀内捷三は、「保護責任者遺棄罪の保護義務は、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により要する形式的な義務であり、作為義務論とは「義務の発生事由、根拠、性質を異にする。」と主

各説に検討を加え、それにより、問題の所在、「保護責任（者）」の解釈論を展開する上での本稿の視点、及びその学説上の位置づけを明らかにすることとする。

なお、各説の検討の前に確認しておくべき点は、(旧作為義務説を除き) いずれの見解も最終的に「保護責任（者）」が(で)あるとして、218条の行為主体として捕捉される範囲に、そして、その理解の仕方に大きな違いはないということである。言い換えれば、旧作為義務説のように、「保護責任（者）」を、第一に、法律的・形式的に理解するのではなく、第二に、比較的広範に認めるのではなく、第三に、条理や慣習といった不明確な根拠で認めるのではない、という点に異論はないとあってよい。また、「保護責任（者）」を事實的・実質的に理解するために、その一般的意義が抽象的になる傾向にあることも共通している。したがって、以下では、「保護責任（者）」の認められる範囲及びその理解の抽象性については、ひとまず措くことにする。

張している(堀内捷三『刑法各論』[2003] 29頁)が、これは基本的に妥当である。しかし、だからといって、「保護責任の根拠については、……(要扶助者と行為者)と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」(同書32頁)というのは、妥当ではない。第一に、共同体的関係にあることと事実上の保護の引き受けの開始とがどのような関係にあるのが明らかでないし、第二に、いわゆる「移転を伴うひき逃げ」などのいわば先行行為+ (排他的) 引き受け型においては、確かに事実上の保護の引き受けの開始はあると言えるが、共同体的関係があるとは言い得ないのではなからうか。そして第三に、確かに、一般論としては、「保護責任」と作為義務とは異なるが、では、実際にどの程度区別できているのか疑問である。また、論者は、「たとえ保護すべき地位、身分を有していても、その責任を果たすことが困難であり、不可能なときには、保護する責任があるとはいえない。」(同書32頁)と主張するが、そこでいう「保護する責任」が作為義務を指すのであれば理解できるものの、そうでなければ、やはり「保護責任者」と作為義務とを混同していることになり妥当ではない。更に、平野龍一は、身分の継続的性質から「保護責任」の理解を導くが(平野龍一「単純遺棄と保護責任者遺棄」警研57巻5号 [1986] 10頁参照)、身分は必ずしも継続的性質を有さず(平野龍一『刑法総論Ⅱ』[1975] 372頁参照)、また、身分の継続的性質から平野のような理解が直ちに導かれるわけではないであろう。

2. 新作為義務説の検討

本説は、現行刑法の制定以来一貫して主張されている最も古い学説である（新作為義務説は、基本的には、旧作為義務説と作為義務論の理解の仕方に違いがあるにすぎない）。その根本的理解は、「保護責任」と作為義務とを同一視する点に尽きるが、この点は、（それを維持しつつ以下の点を一応説明する一部の見解を除き³⁴）218条と217条の法定刑の差を合理的に説明していない、あるいはできないという、かつて平野龍一が批判した点に基本的には尽きていると言えよう。本稿では、この点の重要性を認識しているがゆえに、第1節において遺棄罪の基本構造を論じて明らかにしたのである。

にもかかわらず、近時、遺棄罪について検討した齊藤彰子も結局は本説を妥当とする³⁵。すなわち、齊藤によるその他の見解に対する批判は基本的には妥当であり、「論者〔特に、限定作為義務説のそれ—引用者註〕の提示する限界設定は合理的なものとは思われない」という批判は、限定作為義務説の「保護責任は、不真正不作為犯の作為義務と重なる」という文脈においては（ある意味³⁶）妥当であるが（この点は本説の論者により繰り返し批判されている点である）、しかし、先の平野の批判を真正面から受け止めていない点、つまり、遺棄罪の基本構造中最も重要な点を検討していないという点で妥当でない。また、「保護責任者」という「文言から、その種の制限的解釈を導くことは困難」と批判するが、確かに、これは従来学説に対しては、そのように言うことも可能であるが、218条の制度趣旨等から「保護責任者」を「制限的」に「解釈」することは可能であるように思われる。更に、論者は、「不真正不作為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

³⁴ 大塚「遺棄罪」105頁以下参照。なお、日高「遺棄罪」163頁参照。

³⁵ 以下の引用も含めて、齊藤「遺棄罪」53頁参照。

³⁶ 但し、両者が「重なる」の意味が問題である。「保護責任」と作為義務は、本来的には異なる概念であるから根拠が異なるはずであるのに……、というのであれば、その批判は妥当であるが（もっとも、その可能性は限定作為義務説にはないが）、結果的に「保護責任者」の認められる範囲が「重なる」から……、というのであれば、その批判は妥当ではない。例えば、親はその子供との関係では通常「保護責任者」であり、また作為義務者でもある。つまり、「保護責任者」である範囲と、（通常）作為義務の認められるそれとが「重なる」ことはあり得るのである。

罪の成立範囲を限定する必要もない」というが、「保護責任者」の範囲が狭いであろうことは、「制限する必要」性のためではなく、218条の趣旨上本来的には「制限されるべき」だからであるし、(後に述べるように)なぜそもそも「保護責任」と作為義務とを同一視することができるのかがまったく論証されていない。

3. 限定作為義務説の検討

本説は、新作為義務説を基本的に継承しつつ、しかし、それとは(大きく)異なり、平野の批判を真正面から受け止め、218条と217条の法定刑の差を、作為義務を限定することで説明しようとする。

しかし、第一に、論者の提示する「保護責任」概念に問題がある。例えば、山口厚のそれは、218条の「現在の典型」である、親による子供の遺棄を強く意識したものであるが(「継続的保護関係を中心とした……」にそのことは現れている)³⁷、なぜそのように限定できるのか、その理論的根拠が明らかではない(「保護の引き受け」というが、作為義務とは異なり、この場合にのみなぜ「事実上の引き受け」では十分ではないのだろうか。いわゆる「移転を伴うひき逃げ」を排除する趣旨以上に、根拠が必要である)³⁸。

第二に、作為義務論との関係に問題がある。論者は、「保護責任」の違法性の類型的高さを、要保護者の「保護責任者」への依存性と、「保護責任者」による他者の保護可能性の減殺を挙げるが、前者は作為義務においても見られるし、後者はそもそもそれを考慮すべきか疑問である。(後者は新作為義務説にも当てはまるが)218条は扶助者に保護することを要求していない以上、その者による「保護」の可能性を問題とすることには意味がないようにも思われるし、他方、「保護責任者」による「保護」の可能性を減殺したとしても、行為者が「保護責任者」であれば単に自身が保護すればよく、他の「保護責任者」の存在は行為者の「保護責任者」の確定如何に何ら必要ないと思われる。「保護責任者」の範囲を確定するに際して、作為義務論の要素は本当に必要であるのか、疑問である。

³⁷ 山口『各論』36頁以下参照。

³⁸ 齊藤「遺棄罪」52頁以下参照。

4. 「保護責任（者）」の作為義務的構成から純粋身分犯的構成へ

しかし、従来の学説（但し、非作為義務説を除く）の最も批判されるべき点は、「保護責任」を作為義務的に構成する点である（以下、これを「作為義務的構成」という）。確かに、作為義務論の理論的發展によって、不真正不作為犯の成立範囲は、従来に比して格段に限定された。それ故、それ以上に限定することは、事実の上に事実を積み上げるという方法論とも相まって非常に困難であり、その意味で、近時再び新作為義務説を採用する論者が登場したことは（議論の文脈としては）理解することができる³⁹。しかし、その新（・旧）作為義務説も（そして当然、限定作為義務説も）、そもそもなぜ作為義務的構成が理論的に可能なのか、その論証を一切していないのである。

また、次のような問題がある。第一に、作為義務的構成はドイツ刑法の影響によるものであることは間違いないが、根本的に、我が国とは規定形態が異なる遺棄罪を前提とするドイツの議論を我が国に「適用」したことは、さまざまな点で妥当ではない。つまり、比較法的に根拠がないのである。

第二に、我が国の近代刑法典における遺棄罪の変遷を概観すると、立法者にも、立法に重要な立場で関与した者（本稿では、磯部四郎の議論を参照した）にも、作為義務的構成は見られなかった。立法者は、「保護責任者」は「扶養の義務ある者」であると説明していたし、磯部四郎も法令と契約によって規定されるとしか述べていなかったのである。つまり、我が国の立法史的にも根拠がないのである。

第三に、作為義務的構成は、その理論的前提として、不作為による「遺棄」を念頭に置いていることになるが、そもそも217条であれ218条であれ、原則的処罰行為態様は、他の犯罪類型と同様に作為による「遺棄」のはずである。しかし、その場合に、作為義務は理論的に必要でないから、作為義務的構成は理論的に不可能である⁴⁰。これは、つまり、戦前に小野清一郎と木村亀二が正当にも主張したように、また、戦後に非作為義務説がそうしたように、更に、規

³⁹ それが、齊藤「遺棄罪」53頁である。

⁴⁰ なお、作為による不作為犯という構成を示唆するものとして、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集編集委員会『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三巻 現代社会と刑事法』（2000）111頁以下参照。また、同稿113頁註（76）も参照。

定上明らかなように、そして、遺棄罪の構造上もそうであるように、「保護責任（者）」は、作為義務的ではなく、作為と不作為の両行為態様に係る「保護責任『者』」という純粋に「身分」として理解されなければならないということの意味する⁴¹（以下、これを「純粋身分犯的構成」という）。

このように、作為義務的構成は、比較法的に、立法史的に、理論的に、妥当でない⁴²。不作為による「遺棄」の場合には、行為者が「保護責任『者』」であることを前提に、作為義務の存否が問題となるのであって、両概念の理論的意義はまったく異なるのである⁴³。

⁴¹ 作為義務者という「身分」と「保護責任者」という身分とを混同しているという批判はすでに、岡本勝「『不作為による遺棄』に関する覚書」法学54巻3号（1990）14頁以下、香川達夫「遺棄罪と共犯（完）」学習院38巻1号（2002）6頁、12頁、13頁、15頁などでなされていた。また、堀内『不作為犯論』231頁以下も参照。判例及び学説上、特に作為義務の存否が問題となる放火罪（108条以下）や殺人罪（199条）では規定上主体は限定されていないが、218条はそうではないという点が決定的に重要なのである。前者と後者を混同してはならない。

⁴² もっとも、作為義務的構成にもそれ相応の理由がある。それは、218条においては、作為にせよ不作為にせよ、あるいは「遺棄」にせよ「不保護」にせよ、「保護責任」を免脱するという意味で、究極的には、不作為犯「的」側面が強いからである（山口「遺棄罪」26頁参照）。また、實際上218条が問題となる事案の多くは、その行為が不作為「的」態様といい得ることから、その場合に、行為者は「保護責任者」ではあるが作為義務はない、というように、「保護責任者」であるか否かを作為義務の存否とは無関係に判断することは「事実上」無意味と言い得るからである。そうだとすれば、遺棄罪の基本構造を、217条＝作為犯、218条＝真正不作為犯、と徹底して理解するのであれば、作為義務的構成はなお可能である。現に山中敬一は、217条を危険創出（作為）型、218条を危険不解消（不作為）型と理解する（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〕）。しかし、刑法典上類似の構造を有する騒乱罪（106条）＝多衆不解散罪（107条）と、住居侵入罪（130条前段）＝不退去罪（同条後段）では、後者の法定刑は、前者と同等かあるいは低いかのいずれであることから、それは少なくとも刑法典の構造からすれば疑問がある。結局、作為による遺棄が218条でも原則的処罰行為態様であることを認めるのであれば、本稿のように理解せざるを得ないように思われる。

⁴³ したがって、行為者が「保護責任者」であるか否かを判断する際に、作為

こうして、「保護責任者」の解釈にあたっては純粹身分犯的構成を採用すべきであるが⁴⁴、これを、遺棄罪の基本構造の理解とも併せて、従来の学説との関係で位置づければ、本稿の理解は次のようになる。すなわち、「保護責任者」を作為義務論から切り離す点で、新旧作為義務説及び限定作為義務説とは距離を置く（反対に、非作為義務説に近づく）が、「保護責任者」を違法身分とする点で、非作為義務説とも距離を置く（反対に、新作為義務説及び限定作為義務説に近づく）ものである。

もっとも、本稿は、そうだとしても、従来の学説のすべてを放棄するわけではない。なぜなら、(旧作為義務説を除く)従来の学説には、あるべき保護責任者の範囲は親子関係を中心とした家族・親族共同体、あるいはそれに類似する者に限定されるべき、という暗黙の共通認識があり、それは同床異夢ならぬ「異床同夢」とでも言い得るが、やはりこれは基本的・最終的には実現されるべきであるからである。とすれば、純粹身分犯的構成の実質的意義は、作為義務や、親による子供の遺棄という218条の「現在の典型」からひとまず切り離して、「保護責任者」を真正面から規定する必要があるという「真の問題」を顕在化させた、あるいは再認識させたことにあることになる。

そして、従来の解釈論的基礎を放棄した結果、「保護責任者」理解の再構成は（あるいは、本来的にはそうあるべきであったのだが）、やはり本来的遺棄罪である218条それ自体によってなされなければならない。そこで、以下では、「保護責任者」を「制度型」と「合意型」に類型化して、その再構成を試みることとする⁴⁵。

義務論におけるような、例えば「依存性」、「排他的支配性」、作為可能性、結果回避可能性(札幌地判平成15・11・27判タ1159号292頁参照)といった要素は、考慮されない。

⁴⁴ (現在なお議論が続いているという意味で) 不安定な作為義務論に依拠しないために(また、作為義務論の態度決定をする必要がないために)、あるいは、親による子供の遺棄という、218条の「現在の典型」を論拠としないために、「保護責任者」の理解が解釈論的に安定するという利点がある。

⁴⁵ 以下では、次の文献を主に参考にした。ロナルド・ドゥオーキン(小林公訳)『法の帝国』(1995)308頁以下及び350頁註(20)、(21)、山岸俊男『安心社会から信頼社会へ』(1999)、ハンス・ヨナス(加藤尚武監訳)『責任という原理—科学技術文明のための倫理学の試み—』(2000)139頁以下(特に162頁以下)。また、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(2005)215頁参照。

5. 制度型の「保護責任者」⁴⁶

遺棄罪は老年等を原因とする要保護者を「保護」する規定である。また、要保護者とは侵害結果（219条）に至る高度の類型的な危険性を内在している者である。要保護者がそのような者であるならば、その生命・身体を手厚く「保護」する必要がある、また、それを最大化するには、その生命・身体に対して抽象的な危険が生じた段階で刑法が介入することになる。

このような立法政策は妥当である。しかし、遺棄罪が「真に」要保護者を「保護」する規定であるならば、それが老年等一定の原因による場合に限定される必然性はないようにも思われるが、それは次のように理解することができる。すなわち、老年等であれば、要保護者になる蓋然性が（老者、幼者、病者、身体障害者のいずれにも該当しない）25歳の健康な青年よりも典型的に高いために、特に保護する必要性があるということである。

したがって、遺棄罪は要保護者ではなく、実は老者等を「保護」する規定である、と理解することができる。そして、すべての人間は老者等（但し、ここでは幼者を除く。この点は後述する）になるという蓋然性を内に秘めているのだから、まず、本罪のような規定をつくる際になすべきこと（あるいは、本罪のような規定を通じた国家の役割）は、25歳の健康な青年が病者・身体障害者になったとき、あるいは彼・彼女が年齢を重ね老者になったとき、そしてそれらのために彼・彼女が要保護者になったときに、（これらが生じる事態は、立法の段階ですでに明らかなことであるから）これらに備えて、かつ誰一人としてその生命・身体を「保護」がなされないという事態を最小限にするために、（国家の責任として）25歳の健康な青年が要保護者になったときのための、その生命・身体を「保護」することに関する最低限の制度的な保障体制を確立することである⁴⁷。しかし、すべての者にそうした責任を負担させるのが過剰であることは明らかである。そうだとすれば、「一定の者」にそうした責任を第一次

⁴⁶ 本類型の基本的な発想は、すでに平川『各論』68頁以下に見られる。すなわち、平川は遺棄罪を「社会的弱者の生命・身体の刑法的保護」と捉えている。但し、以下で述べるように、結論は大きく異なる。

⁴⁷ いわば「セーフティー・ネット」である。なお、このように理解したとしても、生命・身体は国家のために（あるいは、国家によって支配・管理されるように）存在するのではない。

的に委ねることが立法政策として妥当であり、その結果が「保護責任者」（の一部）として具体化されたと理解できるのである。

このような意味での最低限の制度的保障の要請は、乳飲み子により妥当する。乳飲み子は、幼者でありかつその性質上要保護者であるから、出生したら必ず誰かがその生命・身体を「保護」しなければならない（し、加えて、老者等とは異なり、（長期的な観点からは）教育的側面もある）から、最低限の制度的保障の要請がより妥当するのである。しかし、老者等の場合と必要性の点においては何ら異なるところがない。

218条が、第一義的には、国家によって、生命・身体に対する「保護」の、最低限の制度的保障が確立された結果のものであると理解できるのであれば、そうして初めて、同趣旨の他の法制度において「特別の義務」を負担させられている者が「保護責任者」となり得ると理解することができることとなる。そして、それは、民法における広義の⁴⁸扶養義務者の範囲を定める諸規定であると考えられるのである⁴⁹ ⁵⁰。広義の扶養義務者は、そうでない者との関係では、被扶養義務者に対して第一次的な責任を有するが、それが金銭的な給付を典型とするのだとしても、それすら法的に要求されていないような非扶養義務者には、「保護責任者」として振る舞うよう法的に要求できないように思われる。

なお、ここで注意しなければならないのは、扶養義務者であれば「保護責任者」となり得るといっただけであって、扶養義務者の範囲内の者の誰かが現に要

⁴⁸ 養子縁組（民法809条）、親権（同820条）、未成年者後見人の場合（同857条）を含む（なお、成年被後見人は、その制度趣旨上財産管理をその任務とすることから〔同858条〕、「保護責任者」とはなり得ない）。

⁴⁹ 旧民法（戦後全面改正される前の家族法）では、現行民法とは異なり、戸主の、家族（旧民法732条以下参照）に対する扶養義務が規定されており（旧民法747条参照）、また、扶養義務者の履行順位が法定されていた（現行民法878条に対応する旧民法955条以下参照）。それ以外の、扶養義務者の範囲には大きな変更はない（現行民法877条1項に対応する旧民法954条1項参照。なお、旧民法954条2項及び現行民法877条2項、3項）。なお、兄弟姉妹に扶養義務を負担させることについては、民法学説上立法論として疑問が提起されている。内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』（2004）302頁参照。

⁵⁰ 民法の起草者が、扶養義務者の範囲を確定する際に考慮した事情については、梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』（1912〔明治45〕）528頁以下参照。なお、筆者が参照したのは、有斐閣（1984）から復刊されたものである。

保護者にならない限り、「保護責任者」とはならないということである。つまり、扶養義務者は「保護責任者」になり得る資格のある者なのである。したがって、旧作為義務説のように、「保護義務は、…（要保護者）…の生活を具体的に保護する義務でなければならない」⁵¹わけではない。例えば、離れて暮らしている53歳の親（北海道）と25歳の健康な青年（東京）の場合、青年は親との関係で扶養義務者であり、本稿の理解によれば、たとえ「具体的」ではないとしても、親が要保護者であれば、ただ自身が扶養義務者だからという理由のみで「保護責任者」である（逆もまたしかり）。但し、このような場合の多くは、作為義務（あるいはその他の要素）が欠けるために、218条が成立しないだけにすぎないのである。本稿も、作為義務と扶養義務とを同一視していないのである。

6. 合意型の「保護責任者」：序説

制度型の「保護責任者」の範囲は、218条の第一義的な趣旨上当事者の任意に委ねるのではなく、国家の責任において制度を確立することによって、要保護者の生命・身体の「保護」を保障するというところに特徴があるのに対し、合意型の「保護責任者」の範囲については、「任意」であるがゆえに不明確な場合が多い。合意型では、制度型よりも画一的な処理が困難である。以下、この点について論じることとする。

合意型の理念型は、登山パーティーを典型例とする危険共同体型と、夫婦をそれとする夫婦型⁵²であり、この二つの類型は、ある意味で対極的な関係にある。もっとも、そうであったとしても、それらが同じ類型に括られる以上、それらに共通の要素は存在する。

例えば、危険共同体型においては、学説上登山パーティーとピクニックは区別されており⁵³、また、夫婦型においては、一般的に（仮に、人間関係の濃淡、あるいは情緒的関係の存否を考慮すれば）、夫婦と、単なる恋人や友人とは区別され得るであろう。この区別をそれなりに妥当とする、つまり、登山パー

⁵¹ 大塚「遺棄罪」114頁。

⁵² なお、夫婦型は、後に明らかになるように、男＝女関係を意識したものではない。

⁵³ 大塚「遺棄罪」115頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』（2007）80頁註8）参照。

ティーと夫婦の場合には218条を成立させるべきであるとするならば、両類型に共通する要素は、ある活動に参加するあるいは関係を構築する際の、他の場合とは比較し得ない、いわば規範的な「高い障壁」の存在である。そして、これが、218条の重い法定刑を基礎づけるように思われる。逆に言えば、「低い障壁」しか存在しない場合には、ただか217条の成立が認められるにすぎないのである。先の「ある意味」というのは、この「高い障壁」を基礎づける事情が、両類型で異なることを意味する。

そうすると、ここでことさら「任意」とする意味も明らかとなる。それは、つまり、行為者に218条の重い法定刑を基礎づける「高い障壁」を乗り越えるか否かの選択の機会を事前に保障し、それを乗り越えたこと、「選択」したことが、行為者の保護責任者となることにかかる「帰責性」を基礎づけるのである⁵⁴。そして、行為者にとってのいわば「不意打ち」を防止するのである⁵⁵。以下では、これを基礎に、危険共同体型と夫婦型について論じることとする。

7. 合意型①：危険共同体型

まず、危険共同体型について、この類型において「高い障壁」を基礎づけるのは、当該活動に必然的に伴う要保護状態に陥る高度の類型的な危険の存在である（以下、「危険な活動」という）。というのも、自身の「身」を、文字通りそのような危険にさらすことになるために、危険な活動に参加するか否かを判断する際に、他と比較し得ない程度の慎重さが要求されるからである。

しかし、積極的（自ら危険な活動を主催するの）であれ、消極的（危険な活動に参加する者からの勧誘によるの）であれ、通常自身の「身」を危険にさらすことの明らかな活動に参加することは、ある意味で「異常」である。逆に言えば、その異常さを「正常さ」に変える、つまり、（自己の身を危険にさらすというある種の）「不利益」を、（少なくとも）補填する（ある種の）「利益」

⁵⁴ 作為義務論においては、鎮日征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号（1999）355頁以下参照。

⁵⁵ 例えば、大塚「遺棄罪」116頁は、218条の成立を認めるべきでない事例において、「偶然に」とか、「たまたま」という事情を考慮しているように思われる。本稿の理解によれば、それは、そもそも行為者が「高い障壁」を越えるか否かの選択をしていないから、と説明されることになる。

があるからこそ、それができるのである。このように理解すれば、あえて「高い障壁」を乗り越えることにも、合理的な理由があるということになる。そして、そこで言う「利益」とは、もちろん自身の趣味等の満喫感ではなく、自身が現に要保護状態に陥った場合に、第一次的な責任において遺棄罪に言う「危険」を回避してくれる「利益」、すなわち、相手方が「保護責任者」として振る舞うことである。

このことは、危険な活動に参加するその他の者にも当然に当てはまることである。なぜなら、危険な活動に参加する以上、自身だけがその危険を回避することなどできないという意味で、危険を「共有」しているからである。

したがって、危険共同体型においては、危険な活動に参加する者の間では、自身の（危険に身をさらすことによって、類型的に要保護状態に陥る危険性が高まるという意味での）「不利益」を補填する（自身が実際に要保護者になったときに、相手方がそれに対して第一次的に責任を負う、つまり、「保護責任者」として振る舞うという意味での）「利益」を、相手方から享受し、他方で、自身も、相手方の「不利益」を補填する「利益」を提供する、端的に言えば、「利益」の享受と「責任」の負担とを「交換・取引」しているのである。相互が対等な立場にあるということは、危険な活動に参加する者は、自身以外の者について、「保護責任者」となり得る地位にあるということである。

8. 合意型②：夫婦型

危険共同体型における「高い障壁」を基礎づける事情は、このように、当該危険活動に必然的に伴う、要保護状態に陥る類型的な危険性であり、これは客観的・外形的に判断し得るため、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（不当に）拡大する可能性は極めて低いと言えよう。

これに対して、夫婦型においては事情が大きく異なると言わざるを得ない⁵⁶。

⁵⁶ なお、法律婚（及びそれとほぼ同じ法的効果を楽しむ内縁）の場合、民法752条があるため、これはむしろ制度型ではないかという疑問があり得る。確かに、その意味では夫婦は、いわば「交錯領域」に位置づけられるとも言えよう。しかし、制度型では、親は子供を選択できないし（その逆もまたしかりである）、兄弟姉妹も同様であるというように、当事者の「意思」の介在する余地がないが、本類型ではそうではない点、また、法律婚等の場合、「事柄の本質上」（但し、これがどのような意味なのかについては、後に明らかにする）

もちろん、それを最も厳格に、つまり法律婚に限定すれば、判断は客観的・外形的に容易になし得、その結果、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（不当に）拡大する可能性はまったくなくなるであろう。しかし、判例はそれに限定しておらず、また、学説も（基本的に）それに反対していないことからすれば、結論においてそれは妥当でないということになる。もっとも、法律婚という客観的・外形的ないわば「枠」を取り外した結果、なし崩し的に、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（不当に）拡大することになる危険性が極めて大きくなる。夫婦型においては、できる限り明確な規準によって、「保護責任者」の、そして（それを通じた）218条の成立範囲が（適切に）限定されなければならないという要請が強いように思われる。

例えば、同じ会社の寮に住む同僚と二人で共に飲食のために外出し、その後帰宅（？）途中で歩道上で、同僚が第三者によって割れたビール瓶で大腿部を刺突されたために要保護状態に陥ったにもかかわらず、その場に放置した事案について、昭和43年の岡山地裁判決⁵⁷は、特に理由を明示することなく、218条の成立を認めた。これに対しては、学説においては、「飲み仲間に期待される倫理的義務をただちに保護義務として」いる⁵⁸と、実務においても、「人的関係、先行行為、保護の引き受けなど、いずれの点においても保護責任を認める根拠は薄弱である」⁵⁹と批判されている⁶⁰。

これに対して、本稿の理解によれば、先行行為や保護の引き受け、「依存性」・「排他的支配」などの要素は、少なくとも行為者が「保護責任者」であるか否

「配偶者」が218条の意味における「保護」する責任を相互に負う点で、制度型とはやはり異なるというべきである。その意味では、同752条は確認規定であり、同818条、877条は創設規定と理解されることになる。

⁵⁷ 岡山地判昭和43・10・8判タ232号230頁。

⁵⁸ 小暮得雄ほか編『刑法講義各論—現代型犯罪の体系的位置づけ—』（1988）73頁〔町野朔〕（以下、町野『各論』と引用する）。

⁵⁹ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第11巻』（2002）191頁〔半田靖史〕。

⁶⁰ これに対して、本判決を妥当と評価するのは、山中『各論Ⅰ』98頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第2巻』（1999）82頁以下〔土屋眞一＝名取俊也〕などである。

かを確定する際に考慮されない要素であるが、そうすると、この場合の実質的な規準として最もあり得るのは、「人的関係」やその濃淡であろう。しかし、人間関係と一口に言っても、個々の場合で事情は異なる。例えば、出会って日は浅いが真に結婚することを臨んでいる、あるいは真に愛し合っている異性・同性間、10年ぶりに再会した旧友、仲の悪いクラスメイト、上司と部下の関係、大学教員と学生の関係などである。仮に、人間関係やその濃淡を規準とするとすれば、それは抽象的にすぎるだろう。

では、どのように考えるべきだろうか。夫婦型における「高い障壁」を基礎づける事情は、まず、典型的な「夫婦」を想定したとき、それが他（典型的には、友人）と圧倒的に異なるのは、その関係を構築するには自己の生活（生命・人生）を賭さなければならないことである。なぜなら、それは、自身の存在のすべてを相手に委ねることを意味し、その意味で自身の「身」を危険にさらすと言えるから、やはり、そのような関係を構築することについての判断は慎重にならざるを得ないからである。そして、危険共同体型と同様に、その「高い障壁」を乗り越えられるのは、結局、相手も自分と同様にその生活（生命・人生）を自分に提供し、自分にその存在のすべてを委ねることになるからである。ここでは、危険共同体型とは異なり、生活を「共有」しており、他方、それと同様に、「交換・取引」が成立しているから、相互に「保護責任者」となり得る基礎付けがなされているのである。

そうすると、判例上218条の認められた事案の多くが「同居」のそれであったこと⁶¹、また、行為者が保護責任者であるか否かの判断において、学説上明示・黙示を問わず、その存在が重視されていること⁶²、がそれなりに理解可能

⁶¹ 大判大正8・8・30刑録25輯963頁と名古屋地判昭和36・5・29裁時332号5頁を対比されたい。なお、幼者の、自宅への引取行為が、一般的に、「保護責任者」であることを基礎づけるとされるのは、大人とは異なり、それには生活を共にすることによって、ある程度長期的に伴う教育という要素が考慮されているためと思われる。また、これまでの人的関係から、生活を共にすることが容易に想定される場合（判例においては、義兄や半雇用関係にある場合がある）だからであろう。もっとも、本稿の理解によれば、引取行為自体が重要なのではなく、生活を共有している（する）ことである。要保護者の性質、要保護者との関係等は、その存否を図る一つの事情にすぎない。

⁶² 町野『各論』71頁参照。

になる。なぜなら、夫婦も同様であるが、他人と生活を共にすることの、典型的・象徴的・客観的・外形的事実が、物理的な意味で「同居」することだからである⁶³。

もっとも、厳密な意味でのそれが要求されるわけではない。なぜなら、ここで言う生活を「共有」することとは、実質的な判断だからである。例えば、単身赴任先の妻と本来的居住地の夫の場合、前者の意味での「同居」は存在しないから218条の成立範囲外であるとするのは、妥当ではない。逆に言えば、物理的な意味での「同居」が存在しても、生活を共にしているとは評価し得ない場合には、218条の成立は認められるべきではない。例えば、その典型として、いわゆるルーム・シェアリングが挙げられよう。

したがって、夫婦型で決定的に重要なのは、人間関係でもその濃淡でもなく、生活を共有しているか否かである。その判断事情としては、例えば、「同居」の期間が長期に亘っている事実、それがなくとも、「同居」時における相互に結婚する意思の存在など、あるいは、それが長期に亘るであろうことを窺わせる客観的な事実があれば、218条の成立を認めるべきである。

なお、制度型と同様に、合意型においても、ある種の「活動」に参加することによって形成された当事者関係が、「保護責任者」となり得る資格を基礎づけるだけであって、その関係当事者の誰かが要保護者にならない限りその他の関係当事者が「保護責任者」であるとは言い得ない⁶⁴。

9. 保護責任者遺棄罪とは何か？

本節の最後に、保護責任者遺棄罪とは何かについて述べておく⁶⁵。

⁶³ 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（1996）93頁、94頁註（10）参照。

⁶⁴ なお、制度型の場合、「保護責任者」となり得る地位から解放されることは余り考えられないが、合意型の場合は、危険や生活を共有していないと評価されれば、それで「保護責任者」となり得る地位から解放されることになる。例えば、登山パーティが、登山終了後に一度解散した場合には、もはや危険を共有していないので、そのメンバーは「保護責任者」となり得る地位から解放され、したがって、例えば、ある日道端にかつてのメンバーが要保護状態に陥っていたにもかかわらず、それを放置したかつてのメンバーは、かつてそうであったことを理由に、218条で処罰されないのである。

⁶⁵ 従来判例及び学説において是認されてきた多くの事案は、このような理

制度型、合意型のいずれにあっても、そこで前提とされているのは217条的世界観、つまり（血も涙もない）一般社会（開かれた世界）である。すなわち、制度型とは、一般社会におけるある一定の関係にある者を、制度設計段階で抽出して「保護責任者」（の一部となり得る者）とする類型であり、他方、合意型とは、一般社会におけるある一定の任意に構築された関係にある者を、「保護責任者」（の一部となり得る者）とするそれである。端的に言えば、218条は、特殊な社会（閉じた世界）における、要保護者の生命・身体を「保護」する規定なのである。

また、両類型に共通するのは、当事者が相互に「保護責任者」となり得る地位にあるということである。刑法は、その意味で、要保護者の「保護」の第一次的な責任を、特殊な社会（閉じた世界）を構成する者に委ねたのである。217

論構成でも捕捉される。しかし、次の二点に注意を要する。第一に、判例及び学説において是認されてきた、「（継続的）保護（事実上）の引き受け」による218条の適用という、いわば「事務管理型」は、本稿の理解によれば、妥当でない。それは、制度型でも合意型でも正当化し得ないからであるが、更に二点を指摘することができる。まず、遺棄罪の基本構造上217条においても「事務管理型」は存在するため、それによって217条と218条とを区別することはできない。したがって、自宅に連れて行こうが、「（継続的）保護の意思」があろうが、たかだか217条の成立しか認められないことになる。次に、「事務管理型」は、歴史的には、218条の適用範囲を拡大する端緒であったため、これを認めることは「保護責任者」の範囲の限定化を実質的に放棄することを意味する。逆に言えば、「保護責任者」の範囲の限定化を指向するのであれば、「事務管理型」を「最初に」放棄しなければならない。第二に、その論理的帰結として、第三者が「保護責任者」となるのは、現に「保護責任者」である者からその責任を引き受けたからであって、要保護者との関係によってではない。制度型（合意型でもよいが）のために、基本的に要保護者にはすでに「保護責任者」は存在するのであるから、一定の関係にないためにそもそも「保護責任者」となり得る地位を獲得していない者は、「保護責任者」からしかその責任を引き受けることはできないのである。したがって、例えば、（本来あってはならないことであるが）緊急搬入された身寄りのない者に対して、手術担当医となった医師が、術後適切な措置を施さなかったという場合には、従来の見解によれば218条の成立が認められ得るが、本稿の理解によれば、上述の条件を満たさないためにたかだか217条しか成立し得ないことになる。なお、当然、医師という身分は、「保護責任者」か否かの判断に何らの影響も及ぼさない。

条は、社会的連帯思想の現れといわれることがあるが⁶⁶、それとあえて対比するならば、218条は、個人的連帯あるいは内部的連帯と言うこともできるだろう。

218条と217条をこのように比較すると、要保護者の視点からは、特殊な社会（閉じた世界）の構成員に対して自身の生命・身体を「保護」してくれるであろうと「期待」することは合理的であり（これを「信頼」ということができる）、他方、一般社会（開かれた世界）のそれに対して同様に「期待」することは単なる「淡い期待」にすぎないといえよう⁶⁷。両者は質的に異なるのである。

もっとも、そのような「信頼」も相手との一定の関係にあることが前提に生じる⁶⁸から、単なる要保護者の信頼「感」ではなく、（生命・身体の「保護」に関する）信頼「関係」というのが正確であろう。そうすると、例えば、親Aに遺棄されたその子供aの場合と、赤の他人Xに遺棄されたaの場合とを比較すると、実は、前者と後者ではそのような「信頼関係」の存否に決定的な差があることとなり、「保護責任者」が218条に存在する副次的法益のために違法身分であることからすれば、副次的法益とは、そのような「信頼関係」と理解することも可能であろう⁶⁹。

⁶⁶ 改正刑法草案282条（単純遺棄罪）の説明によれば、本条は「社会連帯的思想から刑事責任を問うものである」。法制審議会刑事法特別部会編『改正刑法草案 附同説明書』（1972）225頁以下。

⁶⁷ 本稿の理解によれば、前掲岡山地判昭和43・10・8の事案における被害者が抱いたであろう「期待」は、国家＝法制度によって、あるいは「高い障壁」を乗り越えたことを基礎とする当事者の合意によって保障された合理的な理由のある「信頼」ではなく、単なる「淡い期待」にすぎないことになる。

⁶⁸ 合意型の場合、当事者の意思が無から有（「信頼関係」）を生じさせるが、制度型の場合、あえて言えば、国家＝法制度が無から有（「信頼関係」）を生じさせているのである。

⁶⁹ もっとも、試論の域を出ない。本節冒頭で述べたように、副次的法益の具体的な内容は、本稿の議論からは直接的・内在的には導き得ないと思われる。それを明らかにするためには、「不保護」の実質的意義・内容を明らかにしなければならないであろう。身分の有無一行為の広狭—法定刑の軽重は円環構造（「保護責任者」の要件なくして、「不保護」のそれはなく、その逆もまたかりである）だからである。

本稿における結論

まず、本稿の結論をまとめる。

- ① 我が国の遺棄罪の「本質」は、要保護者と「保護責任者」との関係、すなわち保護＝被保護関係によって理解されるため、行為もそれで規定される。
- ② 我が国の遺棄罪の基本類型（原型＝本来的遺棄罪）は218条であり、その処罰「減輕」類型（非本来的遺棄罪）は217条である。
- ③ 218条は保護＝被保護関係を「内部」から（直接的に）破壊する行為を、217条はそれを「外部」から（間接的に）そうする行為を処罰する規定である。
- ④ 「不保護」は保護＝被保護関係を実質的に破壊する行為を、「遺棄」はそれを形式的にそうする行為を意味する。
- ⑤ 我が国の遺棄罪の「危険」は保護＝被保護関係の破壊をその内容とする。
- ⑥ 217条の「減輕」処罰根拠は、218条における副次的法益（国家＝法制度または一定の当事者の合意によって形成された「信頼関係」）の不存在である。
- ⑦ 要保護者の「保護」は、第一次的には「保護責任者」の責任であり、第二次的には扶助者のそれである。そして、扶助者の「扶助」責任は、「保護責任者」、または国家＝警察に要保護者を引き渡すことである。
- ⑧ 制度型の「保護責任者」については、民法における広義の扶養義務者がそれになり得る者となる。
- ⑨ 合意型の「保護責任者」については、(i)危険共同体型においては危険な活動に参加することによって（危険の共有）、(ii)夫婦型においては生活（生命・人生）を共にすることによって（生活の共有）、関係を構築した者がそれになり得る者となる。
- ⑩ 218条はいわば「個人的・内部的連帯」に、217条はいわば「社会的・外部的連帯」によっている。

そして、遺棄罪を通じて、刑法は、要保護者の生命・身体を、以下のような役割分担によって「保護」していることになる。

第一に、国家と扶助者・「保護責任者」との関係では、後者が第一次的責任

を負う。国家は、それらによる「保護」が期待できないとき、例えば、扶助者によって発見され得ない場合、あるいは「保護責任者」の所在が明らかでない場合に、緊急的・一時的に要保護者を「保護」するにすぎない。これは、（警察官職務執行法3条にあるように）典型的には警察によってなされる。そしてその後、警察は「保護責任者」の所在を明らかにして、要保護者を「保護責任者」に引き渡し、あるいは、それが容易には発見できない、または存在しない場合には、（しかるべき手続きによって）しかるべき機関に要保護者を引き渡し、新たに「保護責任者」を決定させる等しなければならない。

第二に、扶助者と「保護責任者」との関係では、後者が第一次的責任を負う。したがって、扶助者は要保護者を発見した場合には、基本的には、「保護責任者」に引き渡さなければならない。それが困難である場合は、国家（基本的には警察）に引き渡さなければならない。

第三に、国家の一般的な責任として、扶助者との関係では、それが要保護者を引き渡せるような、適切な国家機関を設置することが、また、「保護責任者」との関係では、金銭等の給付等による支援体制を構築することが考えられる。

最後に、残された問題点と他の争点について以下述べる。

第一に、本稿の理解によれば、「保護責任者」は複数存在し得るため（むしろそれが通常である）、不作為の「遺棄」や「不保護」の場合には履行順位が問題となる。その決定には、各々の「保護責任」（作為義務）の内容・範囲が重要となるように思われる。例えば、親と保育士の場合を考えてみると、親は子供を保育士から引き取る義務があるという意味で責任が重く、その範囲も広いと言える一方で、保育士は親に子供を引き渡せば、「保護責任者」という地位から解放されると言う意味で責任は軽く、その範囲も狭いと言えるだろう。とすれば、履行順位は、親が保育士に優先するということになり得る。これらはいずれも作為義務論の問題であろう。

第二に、遺棄罪においては、（本稿のような理解を前提としなくとも）「保護責任者」が要保護者の生命・身体の「保護」に関して第一次的責任を負うことは規定形態上窺い得るが、この責任は、本来的には、国家の責任・役割であるように思われる。また、218条は究極的には不作為犯とすら言い得るから、作為義務論において、誰が作為義務を負うべきかを決定する際には、国家の責任・役割の、明文にない形での責任の委譲があるとも考えられる。不真正不作為犯

の場合、218条のように明文がない以上、その委譲のある場合は極めて限られたものになるだろう。もっとも、これは、遺棄罪と理論的に連続的な関係にある不作為による殺人罪（199条）を念頭に置いたものであって、不作為による、放火罪（108条以下）や詐欺罪（246条）との関係では、国家の責任・役割との関係は無関係であるようにも思われる。

こうして本稿は、①遺棄罪の基本構造と、②「保護責任者」の範囲を明確化することによって、③遺棄罪を通じた要保護者の「保護」に関する全体的な役割分担を浮き彫りにしたことになる。しかし、「遺棄」・「不保護」の内容如何の問題は、更に検討すべき重要課題として残っている。

付録：裁判例一覧

※事案：「⇒」の左側を行為者、その右側を被害者とする。その他は適宜「……関係」などで表記する。

※罰条：「+死・傷」は219条の適用を意味する。「→」の左側を起訴時の罰条、その右側を認定された罰条とする。なお、基本的には217条ないし219条以外の罰条を表記しない。

※判断：行為者が「保護責任者」であるか否かを検討している場合を「○」、していない場合を「×」とする。

なお、本一覧表で挙げられている裁判例は当該事案の確定判断である。

判決・決定	事案	罰条	判断
大判明治45・7・16刑録18輯1083頁	元雇用者⇒元被雇用者	§ 217	○
大判大正3・1・26新聞922号28頁	子⇒母親	§ 218	×
大判大正4・2・10刑録21輯90頁	幼者の貰い受け	§ 199	○
大判大正4・5・21刑録21輯670頁	老者の引き取り	§ 217	×
大判大正5・2・12刑録22輯134頁	幼者の貰い受け	§ 218	○

保護責任者遺棄罪における「保護責任」についての一考察（3・完）

大判大正7・3・23刑録24輯235頁	子⇒父親	§218+死	○
大判大正8・8・7刑録25輯953頁	夫婦⇒母親	§218+死	○
大判大正8・8・30刑録25輯963頁	雇用者⇒被雇用者	§218+死	○
大判大正14・12・8刑集4巻739頁	夫婦⇒母親	§218	×
大判大正15・9・28刑集5巻387頁	病者の引き取り	§218+死	○
大判昭和3・4・6刑集7巻291頁	父子⇒妻（母親）	§218+死	×
大判昭和10・10・30刑集14巻1100頁	戸主⇒伯母	§199→§218+死	×
大判昭和12・3・24判決全集4巻6号42頁	義兄の引き取り	§218	○
大判昭和12・9・10刑集16巻1251頁	両親⇒子供	§218+死	×
最判昭和27・12・9裁判集刑70号285頁	父親⇒子供+祖父	§218+死	×
札幌高函館支判昭和28・2・18高刑集6巻1号128頁	養母⇒子供	§218+死	×
札幌高函館支判昭和29・3・16判特32号95頁	子⇒父親	不明	○
最判昭和33・5・24刑集12巻8号1535頁	隊長⇒隊員	§218+死	×
大阪高判昭和30・11・1高刑特2巻22号1152頁	ひき逃げ事犯	§218	○
最判昭和34・7・24刑集13巻8号163頁	ひき逃げ事犯	§218	○
熊本地判昭和35・7・1下刑集2巻7=8号1031頁	医師⇒新生児	§218→不成立	○
名古屋地判昭和36・5・29裁時332号5頁	同僚関係	§217+死	×
横浜地判昭和36・11・27下刑集3巻11=12号1111頁	雇用者+同僚⇒被雇用者（同僚）	§218+死	○
東京高判昭和37・6・21高刑集15巻6号422頁	ひき逃げ事犯	§218+死	○
最決昭和38・5・30裁判集刑147号409頁	親⇒子供	§218	×

大阪地判昭和39・11・5判時390号51頁	夫婦関係	§ 218	×
神戸地判昭和41・5・21判タ194号185頁	ひき逃げ事犯	§ 218	×
大阪高判昭和41・11・14高検速報(昭和42年)5号	ひき逃げ事犯	§ 218	×
岡山地判昭和43・10・8判タ232号230頁	同僚関係	§ 218	×
最決昭和43・11・7判時541号83頁	愛人関係	§ 218+死	○
盛岡地判昭和44・4・16判時582号110頁	ひき逃げ事犯	§ 218	×
仙台高判昭和44・8・19高検速報(昭和44年)14号	父親⇒子供	§ 218	×
東京高判昭和45・5・11高刑集23巻2号386頁	ひき逃げ事犯	§ 218	○
東京地判昭和48・3・9判タ298号349頁	母親の恋人⇒子供	§ 218	○
大阪高判昭和54・3・14判タ396号150頁 ⁷⁰	母親⇒子供	§ 218+死	×
東京高判昭和60・12・10判時1201号148頁	内縁関係	§ 218+死→§ 211 I	×
最決昭和63・1・19刑集42巻1号1頁	医師⇒新生児	§ 218+死	○
東京地判昭和63・10・26判タ690号245頁	母親⇒子供	§ 218 (+傷)	×
最決平成元・12・15刑集43巻13号879頁	薬物注射者⇒被注射者	§ 218+死	×
大分地判平成2・12・6判時1389号161頁	母親⇒子供	§ 218+死	×
千葉地判平成12・2・4判タ1072号257頁	母親⇒子供	§ 218+死	×
甲府地判平成13・10・24公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075415)	夫婦関係	§ 218+死	×
福岡地判平成13・12・6公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075111)	実父+養母⇒子供	§ 218+死	×

⁷⁰ 判タでは大阪高判昭和53・3・14とされているが、原審が大阪地判昭和53・3・29なので、おそらくこのようであろう (TKC-LEX/DB には、いずれにせよ、本判決は未登録である)。

保護責任者遺棄罪における「保護責任」についての一考察（3・完）

さいたま地判平成13・12・26公刊物未登載(TKC-LEX/DB28075240)	父親⇒子供	§ 218+死	×
さいたま地判平成14・2・25判タ1140号282頁	母親⇒子供	§ 218+死	×
神戸地判平成14・6・4公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075607)	兄弟関係	§ 218+死	×
神戸地判平成14・6・21公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28075605)	母親⇒子供	§ 218+死	×
神戸地判平成14・10・25公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28085170)	父親⇒子供	§ 218+死	×
福岡高宮崎支判平成14・12・19判タ1185号338頁	宗教関係者⇒子供	§ 218+死	○
大阪地判平成15・3・13公刊物未登載 (TKC-LEX/DB 未登録) ⁷¹	店長+店員⇒客	§ 218+死	○
札幌地判平成15・11・27判タ1159号292頁	夫婦関係	§ 218+死→§ 218	×
広島高岡山支判平成16・1・28公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28095162)	母親⇒子供	§ 218+死	×
金沢地判平成16・6・24公刊物未登載 (TKC-LEX/DB28095533)	子⇒母親	§ 218+死	×

⁷¹ 山内由光「判解」警公59巻5号（2004）59頁以下参照。