

遺棄罪の諸概念の内容について（2）

山 下 裕 樹

目 次

- I. はじめに
- II. 問題の所在
 - 1. 学 説 状 況
 - 2. 遺棄罪の諸概念の内容確定におけるポイント（以上、67巻5号）
- III. 「保護責任者」について
 - 1. 「保護責任者」と作為義務の発生根拠
 - 2. ひき逃げ事案における従来の作為義務の発生根拠論と「保護責任者」
 - (1) 判例の対応と問題点
 - (2) 学説の対応と問題点
 - (3) 小 括
 - 3. 消極的義務・積極的義務と「保護責任者」
 - (1) 積極的義務と「保護責任者」
 - (2) 消極的義務と「保護責任者」
 - (i) 217条の主体と消極的義務・積極的義務
 - (ii) 消極的義務に基づく中和命令と「保護責任者」
 - ア. 導 入
 - イ. 消極的義務に基づく中和命令を発動させる先行行為と引受け行為の相違
 - ウ. 先行行為と「保護責任者」
 - エ. 刑法以外の法令上の義務と「保護責任者」
 - オ. 引受け行為と「保護責任者」
 - 4. 「保護責任者」と作為義務者（以上、本号）
- IV. 「遺棄」および「不保護」について
- V. おわりに

——承前——

Ⅲ．「保護責任者」について

1. 「保護責任者」と作為義務の発生根拠論

すでに別稿で明らかにしたように³⁹⁾、従来の作為義務の発生根拠に関する議論は、なぜ義務が課せられるのか、いかなる者に義務が課せられるのかを明らかにしているわけではなく、当該不作为を作為による犯罪実現と同等に処罰してもよい場面を、先行行為の存在や支配状況の存在という事実に着目してカズイスティックに挙げていたにすぎない（以下、これを「事実的アプローチ」とする）。つまり、従来の作為義務の発生根拠に関する議論は、そのような事実があれば作為と同等と見てもよいという作為との同価値性の議論にすぎないと言える。そうであるならば、この従来の議論を、保護責任者不保護罪という真正不作为犯の主体でもある「保護責任者」の確定のためにダイレクトに用いることはできないはずである。真正不作为犯の場合には、条文上に明示的に可罰的な不作为（あるいは作為義務）が記載されており、作為との同価値性を考慮する必要はないはずだからである。よって、「保護責任者」＝不真正不作为犯における作為義務者（以下、単に「作為義務者」とする。）のような単純な構造を無批判に採用することには疑問がある。

もっとも、218条の内部で、作為による遺棄罪との比較で作為との同価値性判断が必要であるから、従来の作為義務の発生根拠論は、依然として真正不作为犯の主体でもある「保護責任者」の確定に有用だと考えることはできる。ただし、この場合には、218条の真正不作为犯にだけ特別に同価値性判断や作為義務の発生根拠論を考慮しなければならない理由を示さなければならないであろう⁴⁰⁾。さもないければ、他の真正不作为犯（例えば、130条の不退去罪）につ

39) 拙稿（前掲注24・関法64巻2号）137頁以下（特に、179頁以下）。

40) なお、不真正不作为犯における構成要件の同価値性について詳細に検討するものとして、萩野貴史「不作为犯における構成要件の同価値性について（1）～（4・完）」名古屋学院大学論集社会科学篇50巻3号（2014年）77頁以下、50巻4号（2014年）141頁以下、51巻4号（2015年）215頁以下、56巻4号（2020年）119頁以下。なお、従来の不真正不作为犯における作為義務論は、もっぱら作為犯との同

いても、同様に同価値性判断や作為義務の発生根拠論が必要だと考えなければならぬことになる。

このように「保護責任者」という地位が真正不作為犯の主体でもあることを考慮すると、「保護責任者」と作為義務の発生根拠の理論は切り離して考える方がよいことになる。そうすると、「保護責任者」を違法身分あるいは責任身分と理解し、それは違法性あるいは責任を加重する要素であり、真正不作為犯にも不真正不作為犯にも共通する身分だと考える方が、理論的な破綻が少なくなる。各見解の論者の一部が、「保護責任者」を、構成的身分や加減の身分と考えずに、違法身分や責任身分と理解しようとしているのには理由がある⁴¹⁾。もっとも、このような形の「保護責任者」への特殊性の付与は、理論的に説明できないものを身分という要素で覆い隠しているにすぎないとも言うる。

いずれにせよ、「保護責任者」を違法身分あるいは責任身分として、これに特殊性を付与すれば、いずれの学説に依拠しても、従来の作為義務の発生根拠に関する理論が作為との同価値性のみを志向しているとしても、これを「保護責任者」の確定に用いることは理論的に可能と言える。その場合、問題は、従来の作為義務の発生根拠論から導き出される作為義務者の範囲と「保護責任者」の範囲は一致するのか、従来の作為義務の発生根拠論が「保護責任者」の範囲を適切に画することができるのかという点にある。あるいは、「保護責任者」を作為義務の発生根拠に関する理論と切り離して考えてよいのであるから、従来の作為義務の発生根拠とは異なる観点から「保護責任者」の範囲を確定してもよいことになる。もっとも、そうした形での「保護責任者」の範囲の確定が可能なのかは検討を要する。以下では、まず、ひき逃げ事案を素材に、従来

↘ 価値性を志向するものであるとの本稿の理解からは、不真正不作為犯における構成要件的同価値性に独自の意義は認められない。

41) 例えば、「保護責任者」＝作為義務者とするのを基本とするD説内部でも、大谷（前掲注21）71頁や林（前掲注23）42頁のように、「保護責任者」を責任要素と解して「保護責任者」と作為義務者の範囲を一致させない見解や、小暮ほか編（前掲注21）74頁以下〔町野〕のように、「保護責任者」を違法要素と捉えつつも、「保護義務が作為義務の一種である」（75頁）として、「保護責任者」と作為義務者の範囲が一致しなくてよいとする見解がある。

の作為義務の発生根拠論が「保護責任者」の範囲を適切に確定できているかを検討し、その後、「保護責任者」の基礎づけについて検討する。

2. ひき逃げ事案における従来の作為義務の発生根拠論と「保護責任者」

遺棄罪との関連で、ひき逃げ事案が取り上げられてきた理由は、単純なひき逃げと呼ばれる事案（行為者が車で被害者を轢いた後に、何らの措置も講ずることなく立ち去る場合）と移転を伴うひき逃げと呼ばれる事案（被害者を一旦自転車に引き入れた後に、事故現場とは別の場所に被害者を捨てる場合）で、判例が、前者では保護責任者遺棄罪の成立を否定する一方で、後者では肯定していることを合理的に説明できるかを検討する必要があるという事情にある。加えて、C説のように、217条の「遺棄」にも置去りのような不作为形態が含まれるとする立場からすれば、ひき逃げ事案は、自らの見解の説得性を持たせるための格好の材料であったという事情もあろう。

（1）判例の対応と問題点

判例は、「保護責任者」を不真正不作为犯における作為義務者と同一視し⁴²⁾、かつ、作為義務の発生根拠として、法令の他に先行行為も考慮しているとされる⁴³⁾。それにもかかわらず、判例は、単純なひき逃げの場合には、そこに車で轢くという作為義務を根拠づけうる先行行為が存在し、立ち去るという不作为による遺棄に該当する振る舞いが存在していても、保護責任者遺棄罪の成立を（それどころか単純遺棄罪の成立も）否定し、その一方で、移転を伴うひき逃げの場合には、行為者に「保護責任者」たる地位を認め、保護責任者遺棄罪の成立を肯定している⁴⁴⁾。もっとも、判例は、ひき逃げ事案における「保護責任

42) 遺棄罪の諸概念の判例・通説の理解については、上述のⅡ．1．を参照。

43) 作為義務の発生根拠として、明確に先行行為について言及した判例として、東京高裁判昭和45年5月11日高刑集23巻2号386頁、前橋地裁高崎支部判昭和46年9月17日判時646号5頁。

44) 判例の状況に関しては、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第11巻』（青林書院、第3版、2014年）314頁以下〔半田靖史〕を参照。例えば、東京高裁判昭和37年6月21日判タ135号70頁は、単純なひき逃げの事案であるが、負傷者救護義務違反罪と報告義務違反罪について触れているものの、遺棄罪について何ら言及し

者」に関して、その根拠を道路交通法72条1項前段における負傷者救護義務に求めていると言われており、そうであれば先の判例の立場は了解可能かもしれないが⁴⁵⁾、しかし、道路交通法上の負傷者救護義務は行政犯的性格を有し、刑法上の義務とは異なるとの観点から、道路交通法上の負傷者救護義務に基づく「保護責任者」の根拠づけには批判がある⁴⁶⁾。

(2) 学説の対応と問題点

そのため、各学説は、判例とは異なる「保護責任者」の根拠づけを行ないつつ、各々の遺棄罪の諸概念理解を用いて、ひき逃げ事案における判例の帰結の違いを合理的に説明しようと試みている。しかし、A説やB説、そしてD説のような見解は、判例と同様に「保護責任者」=作為義務者と考え、置き去りのような形態は218条でしか処罰できないとしているにもかかわらず、判例の立場を、事実的アプローチを基礎とし、作為と不作為の同価値性を志向する従来の作為義務の発生根拠論に従うがゆえに、うまく説明できていないと思われる。例えば、先行行為を作為義務の発生根拠とする立場は、単純なひき逃げの場合に、そこに車で轢くという先行行為が存在するにもかかわらず、これが作為義務、すなわち「保護責任者」たる地位を基礎づけないとする理由を提示できていない。この先行行為説に依拠する場合には、先行行為が存在する限りにおいて、単純なひき逃げ事案でも、保護責任者遺棄罪の成立を認めざるをえないはずである⁴⁷⁾。事実上の引受けを作為義務の発生根拠とする見解に依拠するとし

ゝていない。なお、移転を伴うひき逃げの場合にも、保護責任者遺棄罪の成立を否定するものとして、岡野光雄「ひき逃げと遺棄罪」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（第一法規株式会社、2002年）298頁、同（前掲注10）46頁。

45) 道路交通法上の負傷者救護義務から刑法218条の「保護責任者」が認められると明確に判示しているのは、東京高裁判昭和37年6月21日高刑集15巻6号422頁。

46) このように批判するものとして、藤木英雄「ひき逃げと不作為犯」警察研究33巻9号（1962年）8頁以下、福田平「ひき逃げと不作為による遺棄罪・殺人罪」研修354号（1977年）6頁、岡野（前掲注44）288頁。道路交通法上の救護義務が「保護責任者」の根拠となりうるかについては、後述のⅢ. 3. (2) (ii) エ. で検討する。

47) このように、車で轢くという先行行為が「保護責任者」を基礎づけるとし、単純なひき逃げの場合にも、保護責任者遺棄罪の成立を認めてもよいとするのは、谷口正孝「ひき逃げの刑事責任」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯（2）具体的問題』ノ

でも、この見解も、ひき逃げ事案と遺棄罪の関係をうまく説明できていない。確かに、この見解に依拠すれば、単純なひき逃げの場合における判例の帰結を、自車に被害者を引き入れるという引受け行為の不存在を理由に説明しうる。しかし、この見解の移転を伴うひき逃げの場合の説明には疑問がある。なぜなら、この見解は、本来、継続的な引受け行為を通じた法益の不作为者への排他的依存関係を要求しているにもかかわらず、ひき逃げ事案では、たった一回きりの引受け行為でもって、このような排他的依存関係を認め、作為義務の存在を肯定して、「保護責任者」たる地位を認めようとするからである⁴⁸⁾。また、支配を作為義務の発生根拠とする見解は、支配関係の有無に関する明確な基準を提示できていないから、判例の立場を説明しうるとしても、それは単に結論を先取りしているにすぎず説得的でない⁴⁹⁾。このように考えた場合、従来の作為義務の発生根拠論における事実的アプローチを用いて「保護責任者」を基礎づけようとするには、判例のひき逃げ事案に関する結論を是とする限り、限界があると言わざるをえない。

A説、B説またはD説に依拠しつつ、「保護責任者」を違法身分もしくは責任身分と理解して、「保護責任者」は作為義務者ではあるが、それらの範囲は一致しなくてよいと理解することで理論的整合性を保とうと試みても、従来の作為義務の発生根拠論における事実的アプローチに従う限り、その理論が作為義務者の範囲を明確に画しえないことも相俟って、「保護責任者」の範囲を適切に画することができないという問題は同様に生じる。

これに対して、C説のように、217条の「遺棄」にも置去りのような形態が含まれるとする立場は、「保護責任者」を限定的に理解するために、従来通り

ㄨ(有斐閣、1966年)242頁以下、同「ひき逃げに対する法的規制」ジュリスト237号(1961年)27頁以下、福田(前掲注46)7頁、植松正「ひき逃げの法理と罪責」研修282号(1971年)4頁、下村康正「遺棄罪(2)——轢逃げと遺棄」福田平=大塚仁編『演習刑法各論』(青林書院新社、1983年)248頁以下。

48) 事実上の引受け説に対する批判については、拙稿(前掲注24・関法64巻2号)160頁以下を見よ。

49) 支配説に対する批判については、拙稿(前掲注24・関法64巻2号)167頁以下を見よ。

の事実的アプローチに依拠しつつ、ひき逃げ事案における判例の立場を、一見すると、うまく説明できている。つまり、C説に従えば、単純なひき逃げの場合には、車で轢くという先行行為は、「保護責任者」を基礎づけるのではなく、217条の不真正不作為犯の作為義務のみを基礎づける、あるいは、217条の作為による遺棄との同価値性を担保するものであるとして、217条の不真正不作為犯の成立が認められ⁵⁰⁾、しかしこれは、道路交通法72条1項前段の負傷者救護義務違反罪に罪数論上で吸収される⁵¹⁾ などとして、判例が、単純なひき逃げの場合に、単純遺棄罪すら問題としてこなかったことを説明でき、さらに、移転を伴うひき逃げの場合には、車で轢くという先行行為ではなく、(移転させるために行なった) 自車に被害者を引き入れるという引受け行為が、被害者との密接な保護関係を形成し⁵²⁾、作為義務者よりも限定された「保護責任者」た

50) 例えば、野村(前掲注14) 7頁、曾根=日高(前掲注14) 20頁〔曾根〕。類似の見解として、武藤(前掲注16) 306頁以下(この見解は、「遺棄」の本質を、要扶助者を保護しないという不作為に見て、遺棄罪を不作為犯的性格を持つものと理解することから、単純遺棄罪の主体も限定される必要があるとし、その主体限定を不作為犯の作為義務論を参照して行なう。そのため、単純なひき逃げの場合には、車で轢くという先行行為によって単純遺棄罪の主体性を肯定でき、逃走するという場所の離隔を生じさせつつ要扶助者を保護しないという「遺棄」行為があるから、単純遺棄罪が成立するとする。)

51) 道路交通法上の負傷者救護義務違反罪と単純遺棄罪が法条競合の關係にあり、負傷者救護義務違反罪の成立のみを肯定するものとして、曾根=日高(前掲注14) 20頁以下〔曾根〕、曾根威彦「遺棄罪とひき逃げの罪責」同『刑法の重要問題〔各論〕』(成文堂、第2版、2006年) 51頁。曾根は、被害者が死亡した場合に遺棄致死罪の成立を肯定しようとするが、法条競合の場合には、補充されたり吸収されたり排除されたりする側の犯罪は成立しないはずであり、それゆえ、成立しないはずの単純遺棄罪の結果的加重犯である遺棄致死罪が成立することはないはずである(これに関して、岡上雅美「ひき逃げに関する一考察——量刑事実論からの再構成——」岡野光雄先生古稀記念『交通刑事法の現代的課題』〔成文堂、2007年〕 259頁以下を参照)。なお、現行法上、負傷者救護義務違反罪の法定刑が引き上げられたことを理由に、ひき逃げ事案において遺棄罪を論じる実益がないと述べるのは、中森喜彦『刑法各論』(有斐閣、第4版、2015年) 45頁、松宮(前掲注19) 78頁。

52) 曾根(前掲注51) 52頁、野村(前掲注14) 4頁および7頁(引受け行為により保護共同体が形成されるとする)。もっとも、曾根は、「ひき逃げが単純遺棄罪を構成するとしても、道交法の規定あるいは行為者の過失行為を作為義務の直接の発生」

る地位を基礎づけるとして、保護責任者遺棄罪が成立することも説明できるのである⁵³⁾。

しかし、C説に依拠したとしても、やはり、事実的アプローチによって「保護責任者」を基礎づけたり限定したりしようとする点は疑問となる。すなわち、なぜ、たった一回きりの引受け行為であるにもかかわらず、これが被害者との強度の依存関係、あるいは密接な保護関係を形成するとされるのかは明らかではない。たった一回きりの引受け行為であるという事実に着目するならば、強度の依存関係も密接な保護関係も形成されえないであろう⁵⁴⁾。むしろ、そこでの密接な保護関係や依存関係の存在にとって決定的なのは、被害者法益に対する危険性の大きさである。そうだとすると、結局のところ、すでに自らの法益に対する危険性を孕んでいる要扶助者を引き受けたという事実さえあれば「保護責任者」たる地位が認められることになるが、しかしそれは、「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」⁵⁵⁾として「保護責任者」の範囲を作為義務者の範囲よりも狭く限定するという前提と矛盾することになる。そこで、引受け行為ではなく、車内には被害者と行為者が二人きりであり、他者の救助が期待できず、行為者が被害者の法益を事実的に支配しているという事実に着目して密接な保護関係を肯定するとしても、支配説がトートロジーでしかなく、結論の先取りでしかないことからすれば説得的でないし、論者によっては、二人きりという状況でなくとも行為者の被害者法

ゝ根拠と解するのは妥当でなく、例えば過失で人をひいた後、いったん降車して負傷している被害者を抱きかかえて歩道上まで運び、そのまま放置して立去った場合のように、一応の『引き受け』や『排他的支配』も認め得る場合でなければ、217条の作為義務を肯定できないであろう」（51頁）とも述べており、引受け行為が217条の作為義務の根拠にも218条の「保護責任者」の根拠にもなっているから、いかなる引受け行為が218条の「保護責任者」を認めることになるのかは明らかではない。同様の批判は、大沼（前掲注15）106頁にも当てはまる。

53) これに対して、移転を伴うひき逃げの場合であっても、単純遺棄罪の不真正不作為犯が成立するにすぎないものとして、西田典之「ひき逃げと遺棄罪の成否」研修461号（1986年）10頁以下。

54) 同様の批判として、岡野（前掲注44）299頁。

55) 平野龍一「刑法各論の諸問題3」法セ199号（1972年）75頁。

益に対する支配を認めようとするのであるから⁵⁶⁾、支配説では「保護責任者」の認められる基準が曖昧すぎることになり、「保護責任者」を限定できない⁵⁷⁾。もっとも、それは、従来の作為義務の発生根拠の理論が本来の意味での規範的な基準たりえないことからの当然の帰結である。

(3) 小 括

すなわち、「保護責任者」＝作為義務者と考えるか否か、「保護責任者」の範囲を作為義務者よりも限定的に理解するか否かにかかわらず、「保護責任者」を従来の作為義務の発生根拠論における事実的アプローチによって基礎づけようとする限りでは、その理論が「規範的」な基準だと主張する支配などの概念が不明確であるがゆえに、「保護責任者」の明確な成立範囲を提示することができないのである。したがって、いかなる者が「保護責任者」たる地位に立つのかは、事実的アプローチとは異なる方法によって決せられなければならないであろう。

ここで「保護責任者」について考えてみると、それが作為義務者と同一であるか否か、作為義務者よりも限定されたものであるか否かは措くとしても、刑法218条が「保護責任者」による要扶助者の「不保護」を処罰すると宣言していることからすれば、「保護責任者」には、刑法から、要扶助者保護のための一定の行為が義務づけられていると言えるはずである。つまり、この者は、法的義務を負う者ということになる。そうであるならば、やはり「保護責任者」に関しても、法的な基礎づけを必要とするはずである。したがって、作為義務の発生根拠におけるのと同様に、消極的義務や積極的義務という法的な基礎づけの観点が有用と考えられる。

56) 例えば、結果原因の支配を要求する山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）90頁は、「排他性は必須の要件ではない」としている。さらに、佐伯仁志「不作為犯論」同『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）93頁以下。島田聡一郎「不作為犯」法教263号（2002年）113頁以下も参照。

57) 例えば、山口（前掲注5・各論）36頁は、ひき逃げ事案において、被害者を一旦自車内に収容したことをもって、「保護責任者」たる地位を認めるに必要な「より強度の支配関係」があるとするが、いかなる事情が「より強度の支配」を認めるにつき決定的であるかについては何も述べていない。

3. 消極的義務・積極的義務と「保護責任者」

それでは、消極的義務・積極的義務という観点から見て、「保護責任者」とは、いかなる者なのであろうか。ここでは、積極的義務と消極的義務のそれぞれの観点から「保護責任者」について考察する。

（1）積極的義務と「保護責任者」

ここで、217条と218条を比較してみると、217条は主体を限定しておらず、218条は「保護責任者」に主体を限定している。刑法の任務が各人の自由の保障にあると考え、このために、各人に対して一次的に妥当しているのが行為自由と結果責任という制度であるとするならば、あらゆる者に、この制度から導き出される消極的義務が課せられていると言えよう。一方で、218条が217条の加重類型であることを考慮すると、218条の主体に関し、これを217条の主体よりも限定する必要があるが出てくる。この点について、217条の主体と218条の主体では課せられている義務が異なると考えることはできる。この点を強調して、消極的義務・積極的義務という観点から217条と218条の関係を考えるならば、217条では、あらゆる者に課せられる消極的義務のルールが妥当し、218条では、諸制度に属する限られた者にのみ課せられる積極的義務のルールが妥当していると考えることができる。特に、積極的義務が消極的義務のルールのための前提であることを強調して、両者の間に特別な関係があるとするならば、消極的義務と積極的義務が競合する場合には、積極的義務のルールが優先的に妥当するとも考えられよう。

しかも、消極的義務・積極的義務という観点から考察する場合、上述したように⁵⁸⁾、作為と不作為の区別は相対化されることになる。そうであるならば、217条の「遺棄」にも、置去りのような不作為形態が含まれるとするのがストレートな理解であろう。このように考えるならば、ますます、218条にいう「保護責任者」は非常に限定された範囲でのみ認められることになる。そうであるならば、「保護責任者」＝積極的義務者とするのが合理的なように思われる。そして、このことは、「保護責任者」を限定する考え方と親和的であり、

58) 上述のⅡ. 2. (3)を見よ。前掲注24における拙稿も参照。

しかも、積極的義務が——誤解を恐れずに言えば——主に行爲者に一定の行爲を命令することに鑑みれば、それは、要扶助者を保護するよう法から命令されていることが明らかな「保護責任者」と、「要扶助者を保護せよ」という義務内容の点で共通すると考えることができる。果たして、このように、「保護責任者」を積極的義務者に限定することは適切なものであろうか。

積極的義務が、一定の者に対してのみ認められることは、上述したように、この義務が、各人の現実的に自由な状態を保障することに資するものであり、この現実的に自由な状態の維持のためには一定のインフラ的な制度が必要であって、積極的義務は、このインフラ的制度から導き出されるということから説明される⁵⁹⁾。つまり、原則的には、インフラ的制度に属する一定の者に対してのみ、積極的義務が課せられるのである。そうしたインフラ的制度の代表は国家であり、国家（の代表者）が、そこに属する市民の現実的自由を保障するために一次的に活動することになるから、これらの者に一定の給付をするよう積極的義務が課せられている⁶⁰⁾。そのため、国家機関による福祉システムに基づいて介護義務を割り当てられている者は、積極的義務を負う者である。もっとも、積極的義務は、そのような国家（の代表者）にのみ課せられるのではない。国家が、市民の生活領域にできる限り関与せず——すなわち、法は家庭に入らず——、その自律性を尊重するがゆえに、積極的義務は市民にも課せられる⁶¹⁾。そのため、各人の現実的に自由な状態を保障する制度の中には、家族という制度も含まれることになり、市民は、各人の生活領域について、教育に関する義務や養育・扶養義務という形で積極的義務を負うことになるのである。このことから、両親は子どもに対して義務を負うとされるのであり、夫婦は相

59) 積極的義務に関しては、上述のⅡ. 2. (2) (ii)も見よ。Vgl. dazu *Jakobs*, *Tun und Unterlassen*, S. 30 ff.

60) もっとも、ここでは保険に類似した構造が想定されており、国家に属する市民にも、国家の代表者を通じた現実的自由の保障の実現のために、積極的義務（例えば、納税義務）が課せられている。この点については、*Pawlik*, *Unrecht*, S. 191. なお、市民の現実的自由を保障するための国家の義務として、警察官の犯罪阻止義務も挙げられる（これに関しては、*Pawlik*, *ZStW* 111 [1999], 335 ff. を参照）。

61) Vgl. *Pawlik*, *Unrecht*, S. 188 f.

互的に扶養する義務を負うのである⁶²⁾。それゆえに、親権者や扶養義務者は積極的義務を負う者である。

積極的義務を負う者が「保護責任者」であるということは、保護責任者遺棄・不保護罪が、その法的性質の歴史的展開を考慮すると、本来的には、一定の地位に立つ者、とりわけ扶養義務者⁶³⁾の保護義務懈怠罪の色彩を強く有していることから示すことができよう⁶⁴⁾。そうした背景もあつてか、現在の学説においても、「保護責任者は、親権者ないし介護義務者あるいはこれらの者から要扶助者の扶助を包括的に委任された者といった『特別義務者』に限られる」⁶⁵⁾というように、家族関係を中心とする限られた人的関係の認められる場合にのみ、具体的には、親権者や扶養義務者にのみ「保護責任者」たる地位は認められるべきだとの主張が見られる⁶⁶⁾。また、近年では、「保護責任者」は

62) 民法上の規定における扶養義務等は、消極的義務や積極的義務が民法の規定として表れたものである。したがって、民法上の扶養義務や監護義務を直接の根拠として「保護責任者」たる地位が認められるのではないということには注意が必要である。例えば、*Jakobs*, AT, 2. Aufl., 29/58 は、法源説について「結果と原因を混同して、制度から親の子に対する義務を導かず、法律から導いていたにすぎない」と批判する。

63) 旧刑法においては、単純遺棄罪の行為主体は「保護の義務のある者」とされ（例えば、大判明治29年12月15日刑集2輯11号47頁）、現行刑法へと改正されてからも、当初は、「保護責任者」には「扶養の義務のある者」が想定されていた。この点に関して、松原和彦「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）」北大法学論集57巻3号（2006年）314頁以下を参照。

64) 遺棄罪の歴史的展開については、大塚（前掲注9・遺棄罪）1581頁以下、桜木澄和（前掲注9）247頁以下を参照。また、野村（前掲注14）11頁以下も参照。なお、218条において「保護責任者」の罪が加重処罰される理由を、この保護義務懈怠の点にも見るものとして、岡野光雄「遺棄罪の諸問題」同『刑法各論25講』（成文堂、1995年）38頁、大塚（前掲注9・各論）57頁など。また、大塚ほか編（前掲注44・大コン11巻）237頁以下および242頁以下〔酒井邦彦＝小島吉晴〕、齊藤（前掲注18）35頁、時武英男「保護責任者遺棄罪における保護責任」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第5巻』（有斐閣、1980年）113頁も参照。

65) 松宮（前掲注19）77頁以下。

66) この他、一定の地位にある者にのみ「保護責任者」を認める見解としては、「家族関係に典型的にみられるような長期的かつ全面的な人的関係に基づいて、要扶助者の生存について強い関心をもつべき者」（松原〔前掲注5〕40頁）や、「長期の」

「恒常的に、あらゆる危険からの保護を期待される、制度的地位を有する必要があるというべき」⁶⁷⁾ とする見解や、国家による制度的保障を「保護責任者」の根拠とする見解⁶⁸⁾ のように、インフラ的制度から導き出される義務が「保護責任者」の基礎にあることを正面から認めているような見解もある。また、判例上も、「保護責任者」として認められる者の大半が親権者であり⁶⁹⁾、このことから、家族関係が「保護責任者」の中心にあることが窺える。218条において要求される「保護責任者」の義務は、同条が要扶助者の「生存に必要な保護」を要求していることからしても、法益を悪化させないということに尽きるのではなく、法益状態の維持ないし改善も要求・命令しているのであり、このことは、積極的義務が、各人のこれまでの安全水準の改善を要求・命令して

ゝ密接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場合に「保護責任者」が認められるとする見解（林〔前掲注23〕43頁）が挙げられるであろう。これらの見解においても、家族関係が「保護責任者」の中心だと考えられていると思われる。

67) 今井猛嘉ほか『刑法各論』（有斐閣、第2版、2013年）24頁〔小林憲太郎〕。

68) 松原和彦「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）」北大法学論集58巻1号（2007年）144頁以下。

69) 下級審判決ではあるが、被告人と被害者の間の親子関係の存在を指摘するのみで保護責任者遺棄（致死）罪を認めたものとして、大分地裁判平成2年12月6日判時1389号161頁、千葉地裁判平成12年2月4日（LEX/DB 28075002）、福岡地裁判平成13年12月6日（LEX/DB 28075111）、さいたま地裁判平成14年2月25日判タ1140号282頁、神戸地裁判平成14年6月21日（LEX/DB 28075605）、神戸地裁判平成14年10月25日（LEX/DB 28085170）、岡山地裁判平成15年4月23日（LEX/DB 28085633）、千葉地裁判平成14年5月24日（LEX/DB 25481709）、広島地裁判平成24年5月22日（LEX/DB 25481768）、名古屋高裁金沢支部判平成24年7月3日（LEX/DB 25481906）、岡山地裁判平成24年8月1日（LEX/DB 25482579）、名古屋地裁岡崎支部判平成25年6月17日（LEX/DB 25501611）、大津地裁判平成25年11月6日（LEX/DB 25502335）、津地裁判平成25年12月18日（LEX/DB 25502702）、奈良地裁判平成26年2月20日（LEX/DB 25503814）、鹿児島地裁判平成26年6月20日（LEX/DB 25504390）、静岡地裁浜松支部判平成30年2月16日（LEX/DB 25560151）、山口地裁判平成30年5月23日（LEX/DB 25560932）、大阪地裁判平成30年7月18日（LEX/DB 25449636）さいたま地裁判平成30年12月14日（LEX/DB 25562340）、仙台地裁判令和元年7月10日（LEX/DB 25563903）、仙台地裁判令和2年3月17日（LEX/DB 15565717）、神戸地裁判令和2年4月17日（LEX/DB 25570895）、大津地裁判令和2年7月22日（LEX/DB 25566764）など。

いる⁷⁰⁾ ことと一致している。

このように見てみると、そして近年、「保護責任者」の範囲を限定すべきだとの見解が有力に主張されていることにも鑑みると、「保護責任者」を、一定の地位に立つ者にのみ認められる積極的義務を負う者であると限定することは説得的であるように見える。このような形での「保護責任者」の限定であれば、とりわけ積極的義務が一定の者にのみ課せられる点に鑑みれば、217条の不真正不作為犯における作為義務者と「保護責任者」を区別できることになるから、C説のように217条の「遺棄」にも置去りのような不作為形態が含まれるとして、217条と218条で「遺棄」概念を統一的に理解することが可能となる。

もっとも、このような「保護責任者」＝積極的義務者との理解では、契約行為により子どもの世話を引き受けたベビーシッターや老人の世話を引き受けた介護士などを「保護責任者」に含めることができなくなる。というのも、契約等によって子どもの世話や保護を引き受けたベビーシッターや、老人の世話を引き受けた介護士のような者は、「幼年者」や「老年者」といった被害客体との関係では、被害客体の権利領域への介入により生じる消極的義務に基づく中和命令を負うにすぎないからである⁷¹⁾。積極的義務は、あくまでも諸制度から導き出される義務なのであるから、この義務を負うのは諸制度に属する者だけであって⁷²⁾、この一身専属的な義務を引き受けることはできないはずである⁷³⁾。ベビーシッターや介護士は、（親権者や扶養義務者との間の）契約行為

70) Vgl. Pawlik, Unrecht, S. 186 ff. (insbesondere 188 ff.); Sánchez-Vera (Fn. 27), S. 31 f.

71) 消極的義務に基づく中和命令に関しては、上述のⅡ. 2. (2) (i)を見よ。ベビーシッターの例に関して、Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 23 も参照。

72) 平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂、2005年）132頁以下および137頁以下を参照。同書は、制度に由来する「特別な義務」は「一身専属的」なものであると指摘する。Vgl. auch Jakobs, System, S. 84; ders., Beteiligung, S. 61 ff. (insbesondere S. 63.)

73) 例えば、契約により親権者から子どもを養育する義務を引き受けたベビーシッターは、親権者の養育義務を譲渡された訳ではないであろう。契約締結後も、親権者は、引き続き子どもに対する養育義務を負い続けるからである。

という組織化行為（＝客体の保護の引受け行為）を通じて、「幼年者」や「老年者」に対して（中和命令に基づく）義務を負うのである。つまり、「保護責任者」＝積極的義務者と理解する場合には、ベビーシッターによる子どもの「遺棄」や「不保護」は、自らの組織化行為により生じた中和命令の違反、つまり消極的義務の違反にすぎず、積極的義務違反ではないため、この考え方に依拠する限り、この行為に218条の罪は成立しないことになり、せいぜいのところ217条の単純遺棄罪が成立するか、あるいは不可罰という帰結になってしまう。しかし、ベビーシッター等のような保護を包括的に委任された者は、現実にも要扶助者の保護を引き受け、この保護任務を担っているのであるから、この者を「保護責任者」と評価できないことには疑問がある。むしろ、旧刑法では、「給料ヲ得テ人ノ寄託ヲ受け保養ス可キ者」が加重処罰されていたのであり（旧刑法338条）、この旧刑法時代の趣旨も尊重するならば、ベビーシッター等のような有償契約に基づく地位を、加重処罰の根拠となる「保護責任者」に含めない訳にはいかないであろう⁷⁴⁾。また、判例は、ベビーシッターの事案ではないものの、ひき逃げ事案でもそうであるように、事実上保護を引き受けたような場合には、保護を引き受けた者が「保護責任者」となることを認めているのであり⁷⁵⁾、この判例の評価も考慮するならば、「保護責任者」は親権者を中心とする積極的義務を負う者だけであるという限定はできないということになる。

このように、引受け行為に基づいても「保護責任者」が認められうるのであれば、「保護責任者」を——従来の表現を用いて言えば——不真正不作為犯における作為義務よりも狭く限定するというやり方は、事実的アプローチに依拠することはもちろん、消極的義務・積極的義務という観点から見ても支持できないことになる。そうであるならば、「保護責任とは不作為の作為義務よりも、

74) 旧刑法に関連する歴史的経緯および当時の学説については、松原（前掲注63）314頁以下を参照。

75) 例えば、将来の婚姻を前提とした上で、数日間ではあるが、女性の連れ子と同居していたことを理由に「保護責任者」を認めた判例として、東京地裁判昭和48年3月9日判タ467号175頁。

もっと重い責任でなければならない」という考えに基づいて「保護責任者」の成立範囲を限定することは困難であり、それに伴って、217条の「遺棄」を218条の「遺棄」と同様に広く理解するC説のような考え方も疑問となってくる。

（2）消極的義務と「保護責任者」

上述のように、「保護責任者」を積極的義務者という形で限定的に理解できないならば、消極的義務・積極的義務という観点からの「保護責任者」の理解にとって鍵となる問題は、どのような場合に、消極的義務を負う者であっても「保護責任者」と評価されるのかということになる。

ここで、今一度、刑法の任務が各人の自由の保障にあり、この目的のために、各人に一次的に妥当しているルールが、行為自由と結果責任という制度であるということを確認しておく、この制度においては、各人は他者に迷惑をかける限り自由に行動してもよいのであるから、この制度から導き出される消極的義務の原則的な内容は、他者への侵害の禁止であると言える⁷⁶⁾。しかしながら、繰り返し述べるように、消極的義務の内容は、他者への侵害の禁止に尽きるのではない。消極的義務からは、自らの行なった行為の結果を補償すること、つまり、中和命令も導き出される。この中和命令は、他者の権利領域への介入行為（組織化行為）の結果として、当該行為を行なった者にのみ向けられるものである。このことを考慮すると、この中和命令も、いわば一定の者にのみ向けられるものであると言えるであろう。そうであるならば、「保護責任者」を積極的義務者に限定できないとしても、217条の主体よりも限定して理解することになる。すなわち、218条の「保護責任者」は、——他者への侵害の禁止だけでなく——積極的義務からの命令あるいは消極的義務からの中和命令を受けた者であり、217条の主体は、消極的義務からの侵害の禁止のみを向けられた者だとするのである。

76) 以後、本稿では、中和命令が本来的には侵害の禁止から導き出されること、中和命令違反も侵害の禁止への違反であることを認めつつも、議論を分かりやすくするために、「他者の権利領域に介入してはならない」という意味で「侵害の禁止」という言葉を用いる。

(i) 217条の主体と消極的義務・積極的義務

217条と218条の諸概念が相互に関連していることからすれば、218条の「保護責任者」の内容を考察する場合でも、217条が考慮されなければならない。そこで、主体に着目して、217条について、ここで若干考察してみる。

上述のように、消極的義務の枠内では、217条の主体には、あらゆる者に妥当する侵害の禁止だけが向けられ、218条の主体たる「保護責任者」には、侵害の禁止だけでなく、(自らの行為の結果を補償するという)中和命令も向けられていると理解することは、一見すると合理的である。しかし、そのことから直ちに、217条の主体には、侵害の禁止だけが向けられていることは導き出されないであろう。217条の主体に何らの限定がないことに鑑みれば、これに消極的義務から生じる中和命令は向けられないとしても、国家という自由保障制度から、そこに属する市民全員に対して積極的義務が課せられていると理解する可能性、すなわち217条の主体として積極的義務者を考慮する可能性は残されているからである。また、そのように解してよいならば、積極的義務の内容として一定の給付の命令が含まれていることに鑑みると、217条の「遺棄」に置去りのような不作為形態が含まれると理解してもよいことになる。

この点に関連して、最終的に国家による保護が受け皿として存在しているとして、ある者が要扶助者の状態を改善するような積極的な給付措置を取らずに立ち去るような場合、例えば、要扶助者の存在を国家に通報せずに立ち去るような場合には、この立ち去り行為が217条の「遺棄」に該当するという主張がある⁷⁷⁾。つまり、この見解によれば、保護責任者以外の者が、要扶助者の存在を確認したにもかかわらず、何らの措置も取らずに立ち去る場合には、総じて217条の成立が肯定されることになろう。そうであるならば、そこでは、一定の義務、例えば、要扶助者を発見した場合には通報するという義務が存在するはずであり、国家による保護という受け皿の存在を考慮すると、国家から一定の行為が義務づけられ、命じられていると考えることになる。この場合の義務ないし命令は、(行為者は要扶助者に対して何らの働きかけも行っていない

77) 和田(前掲注16) 61頁以下、松原(前掲注68) 153頁以下。

いので）行為者の組織化行為をきっかけにして向けられるものではないから、消極的義務に基づく中和命令ではない。むしろ、それは要扶助者の状態の維持・改善を内容とするものであり、国家による保護の受け皿は、まさに各人の現実的な自由を保障する制度と言えるから、ここでの命令は積極的義務から導き出されたものということになろう。そのように考えるならば、217条の主体にも、積極的義務が課せられているとすることはできる。しかし、その場合には、217条の主体が何ら制限されていないことを考慮すると、あらゆる者に対して要扶助者の存在を通報する義務が課せられていると理解することになるが、その義務違反を単純遺棄罪で補足することは、我が国の刑法典には規定されていない一般的不救助罪を認めるに等しくなってしまうであろう⁷⁸⁾。単純遺棄罪を媒介として、いわゆる一般的不救助罪を認めるという理解がないわけではないが⁷⁹⁾、我が国では、通常、このような要扶助者の存在を通報しない行為は、軽犯罪法1条18号で処罰されることはあっても、刑法上の犯罪を構成するものではないとされており⁸⁰⁾、一般的には承認されていない。

このように考えると、やはり217条は、あらゆる者に妥当する他者の侵害の禁止を含むのみで、（積極的義務あるいは消極的義務から導き出される）一定の行為の命令を含んでいるとは考えられないことになる⁸¹⁾。つまり、217条の主体には、他者を侵害することの禁止のみが向けられるのである。

78) ドイツ刑法323条cの一般的不救助罪において要求される一般的救助義務の正当化根拠については、*Pawlik, Unrecht, S. 190 ff.* を参照。また、松原昌樹「医師の救護義務と遺棄罪」名古屋大学法政論集123号（1988年）243頁も参照。

79) そうした理解を示唆するものとして、松原（前掲注68）154頁の注31。

80) 小野清一郎『新訂 刑法講義各論』（有斐閣、第7版、1952年）192頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）216頁、松宮（前掲注19）79頁、西田（前掲注21）29頁、大野真義「保護責任者遺棄罪」摂南法学（1997年）118頁。また、村越一浩ほか「保護責任者遺棄致死」判タ1409号（2015年）57頁も参照。このことを理由に、いわゆる「不作為による置き去り」と呼ばれる事例、すなわち、要扶助者が立ち去るのを止めないという行為は「遺棄」には該当しない。

81) 松宮（前掲注19）72頁が、217条は「危険を創出してはならない」という「万人の義務」の違反であると述べているのも、同様の趣旨であろう。

(ii) 消極的義務に基づく中和命令と「保護責任者」

ア. 導 入

このように、217条との関係から見ても、218条における「保護責任者」は、積極的義務が課せられている者である他に、消極的義務を基礎に置く中和命令も向けられた者であるということではある。さしあたり、「保護責任者」が積極的義務を負う者、言い換えれば、現実的自由を保障する制度に属する一定の地位にある者であることは、上述したように、歴史的に、遺棄罪が一定の地位に立つ者の保護義務懈怠罪の色彩を帯びていることや、保護責任者遺棄・不保護罪が成立している判例の多くで、「保護責任者」として認められている者が親権者（すなわち、家族という制度から導き出される積極的義務を負う者）であること、また近年、親権者や扶養義務者のような家族関係を中心とする一定の地位に立つ者にのみ「保護責任者」たる地位を認めようとする学説が有力に主張されていることから了解可能だと思われる。それゆえ、ここでの検討対象は、消極的義務に基づく中和命令となる。

この消極的義務に基づく中和命令を生じさせる事情としては、先行行為と引受け行為——後述するように、これは保護の引受け行為には限られない——が考えられる。すなわち、ここでの問題関心を具体的に言えば、先行行為や引受け行為を契機として生じる中和命令が、「保護責任者」たる地位の根拠となりうるかということになる。この問題において重要になると思われるのは、先行行為と引受け行為の態様の違いであり、先行行為により基礎づけられる中和命令の内容と、引受け行為により基礎づけられる中和命令の内容の違いである。これらの相違点が、「保護責任者」の基礎づけにとって、いかなる影響を与えるのであろうか。

これに加えて、ここでは、先行行為責任とも一部関連することから、他の法令上の義務が「保護責任者」を基礎づけうるのかについても検討する。というのも、特に、ひき逃げ事案において、道路交通法上の負傷者救護義務が「保護責任者」の根拠となるとされるが、この負傷者救護義務の発生根拠として、一部の論者は、車で轢くという先行行為を考慮するからである⁸²⁾。つまり、その

82) 例えば、西田（前掲注53）10頁、藤木（前掲注46）9頁（もっとも、負傷者救

考え方では、負傷者救護義務を媒介として、結局のところ、先行行為により「保護責任者」が基礎づけられると考えられており、そこでは、先行行為を契機とした消極的義務からの中和命令が「保護責任者」を基礎づけるのか否かが問題となっているに等しい。道路交通法上の負傷者救護義務に関しては、判例が、それを「保護責任者」の根拠としていわれているが、このような評価が適切であるのかも検討する必要がある。

さらにここでは、それ自体は先行行為により基礎づけられると考えられていないであろうが、「保護責任者」を基礎づけるとされる医師法上の医師の応召義務についても、他の法令上の義務が「保護責任者」たる地位を基礎づけるかという問題意識から、合わせて考察しておく。

イ．消極的義務に基づく中和命令を発動させる先行行為と引受け行為の相違

上述のように、積極的義務とは異なり、消極的義務は、他者を害しないように尊重するという内容の義務であり、この義務は、他者を侵害するような行為の禁止だけでなく、一定の行為の命令も含んでいる。この一定の行為の命令は、他者の権利領域への介入行為・組織化行為を契機として生じるものであり、そのような命令の契機となる組織化行為としては、さしあたり、何らかの損害を与えるような行為と引受け行為が考えられる⁸³⁾。つまり、何らかの損害を生じさせたり、他者に介入したりする場合には、それによって生じた損害を補償（中和）するよう命令されるのである。損害を生じさせるような行為も引受け行為も、共に、そのような中和の命令のきっかけとなるものであり、この中和命令に先行してなされるものである。そのため、これらを一括りにして、「先行行為」と呼ぶことも可能である⁸⁴⁾。しかし、このように両者を一括りにする

ゝ護義務が「保護責任者」を基礎づけることに反対している。〕。

83) Vgl. Pawlik, Unrecht, S. 178 ff.; Jakobs, System, S. 34 ff.; ders., Tun und Unterlassen, S. 19 ff. いわゆる社会生活上の安全義務も、行為者の組織化行為を契機とする消極的義務であるが、この義務は、例えば、自らの管理する物の有する危険を中和するという内容のものであり (Vgl. dazu Pawlik, Unrecht, S. 183 f.; Jakobs, System, S. 36.)、要扶助者という人の保護を内容とする「保護責任者」とは異なるため、本稿では取り扱わない。

84) 例えば、Jakobs, System, S. 38 は、「引受けは、広義の意味における先行行為」

理解は、誤解を招くものでしかないであろう。確かに、両者は、他者の権利領域に介入するという点と、消極的義務に基づく中和命令のきっかけとなる点では一致しているが、しかし、その本質を全く異にしている。

まず、先行行為と引受け行為では、その行為態様が異なっていると言える。先行行為責任の本質は、本来的な意味では、自らの行なった行為により生じた損害を回復させるという原状回復の要請に反する点にある⁸⁵⁾。したがって、原状回復要請を導き出すような損害的行為だけが、先行行為と称されるべきことになる。誤解を恐れずに言うならば、本来的な意味で先行行為と呼べるものは、積極的損害行為だけだと言える⁸⁶⁾。これに対して、引受け行為は、他者の利益を自らの活動に依存させる行為であり⁸⁷⁾、すでに存在している危険を問題とするものであって、先行行為のような原状回復要請を生じさせるような積極的損害行為ではない⁸⁸⁾。それゆえ以下では、中和命令に先行する行為の中の積極的損害行為を、先行行為と呼ぶことにする。

次に、先行行為と引受け行為は、これらが共に消極的義務に基づく中和命令を生じさせるきっかけであるとしても、その中和命令の内容も異にしている。先行行為により生じる中和命令の内容は、上述したように、生じた損害の原状回復である。これに対して、引受け行為により基礎づけられる中和命令が内容としているのは、そのような損害の原状回復ではなく、自己矛盾した態度の禁止である⁸⁹⁾。つまり、引受け行為によって、行為者は他者の利益を自らに依存させ、この他者は、行為者が自己の財を保護してくれることを信賴するのであ

↘(Ingerenz)である」と述べる。

85) Pawlik, Unrecht, S. 180 ff. Vgl. Jakobs, System, S. 36 ff.; Kubiciel (Fn. 30), S. 175.

86) Vgl. Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 364.

87) すでに, Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. I, 1867 (Neudruck 1971) S. 81 f. が、他者の利益の不可侵性を、自らの活動に帰属可能な方法で依存させた場合にのみ、不作為は答責的であると指摘している。

88) Vgl. Perdomo-Torres, Garantenpflichten aus Vertrautheit, 2006, S. 167 ff. (Siehe auch S. 168 Fn. 82.)

89) Pawlik, Unrecht, S. 185. (強調は原著者による。)

り、ここでは、行為者は、自らが設定した当該事情に反してはならないのであって、相手方の保護の放棄を自らで中和しなければならないのである⁹⁰⁾。この観点からすれば、契約行為や、いわゆる民法上の事務管理のようなもの⁹¹⁾、他者の財を自らに依存させるような態様であることからして、引受け行為のカテゴリーに含めることができよう⁹²⁾。

このように、先行行為と引受け行為は、両者共に、消極的義務を基礎とする一定の行為の命令、すなわち、中和命令を生じさせるとしても、それぞれの介入行為の具体的態様は異なっているし、それにともなって、要請される中和命令の内容も異なっているのである。

ウ．先行行為と「保護責任者」

それでは、上述のような先行行為と引受け行為の相違を考慮した上で、消極的義務、とりわけ、そこから生じる中和命令と「保護責任者」の関係を、どの

90) Vgl. Pawlik, Unrecht, S. 185. Vgl. auch Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 23.

91) 事務管理が適法行為とされる理由として、民法の社会生活における相互扶助の理想が挙げられるため（例えば、我妻榮ほか『我妻・有泉コンメンタール民法——総則・物件・債権——』〔日本評論社、第3版、2013年〕1240頁）、事務管理に基づき生じる義務は、保険に類似したシステムから課せられる積極的義務であるかのようには思われる。しかし、民法典が積極的に事務管理をする義務を規定していないことからすれば、事務管理という制度は、各人が現実的に自由であるという状態の保障を目的としているわけではない。むしろ、この制度は、「自由を促進する法状態という共通の目的のために、行為者には、一度表示した危険引受けの準備から任意に離脱するというオプションは認められない」（Pawlik, Unrecht, S. 185）がゆえに課されるのであり、「積極的な他人の生活関係または法律関係に対する関与として理解すべき」（於保不二雄『財産管理権論序説』〔有信堂、1954年〕237頁）である。したがって、事務管理という制度による義務づけの本質は、自らの組織化行為をきっかけに生じる中和命令なのであり、それは、あくまでも消極的義務のカテゴリーに属する（Vgl. dazu auch Pawlik, Unrecht, S. 185 Fn. 199; Perdomo-Torres [Fn. 88], S. 174.）。

92) 契約に関しては、Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 23 を参照。事務管理を「民法に規定されているという点では広い意味での『法令』に含めてよい」と理解するものとして、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）68頁以下。以下では、相手方の保護を引き受ける行為だけでなく、契約行為や事務管理に該当する行為も、引受け行為に含めて論ずる。

ように理解するべきであろうか。ここでは、まず、先行行為と「保護責任者」の関係について検討する。

上述のように、先行行為責任の本質は、自らの行為によって生じた損害の原状回復要請に反することであり、この原状回復要請は、それが積極的な形で給付を要求する、つまり、補償を命令するにもかかわらず、他者への損害の禁止と、他者を害しないように尊重するという点で一致している⁹³⁾。生じた損害を原状回復することは、「先行行為と一般的に結びつけられた危険の相殺として、……実際の状況がその間に受けた段階的変化の一つの作用でしかない」⁹⁴⁾のである。つまり、相殺としての損害の原状回復は、そもそも損害を生じさせないようにすることと評価としては同じなのである。それゆえ、帰属可能な侵害から生じた原状回復要請（すなわち、先行行為における中和命令）は、行為者によって開始された損害の経過を中断することが、行為者になお可能である限りで存続し続けるのであって、損害を生じさせた先行行為も原状回復要請も、他者に損害を与えないように尊重することを内容とする同一の消極的義務を問題としているのである⁹⁵⁾。

このような理解の下で、先行行為について考えてみると、先行行為それ自体が何らかの犯罪を構成する場合には⁹⁶⁾、この先行行為から生じた中和命令も犯罪を構成すると理解することはできないはずである。なぜなら、中和命令違反

93) Vgl. Pawlik, Unrecht, S. 181.

94) Welp, Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 221.

95) Vgl. Pawlik, Unrecht, S. 184.

96) もっとも、先行行為それ自体が犯罪を構成しないような場合、例えば、先行行為それ自体は許されたものではあるが、それにより生じる潜在的な危険性が、将来において何らかの侵害結果を生じさせるおそれのある場合には、これを除去・中和するよう行為者に要請されることはある。これに関して、詳しくは、Jakobs, AT, 2. Aufl., 29/29 ff.; ders., System, S. 37; Pawlik, Unrecht, S. 182 Fn. 185; Perdomo-Torres (Fn. 88), S. 164 ff. 先行行為それ自体が許されている場合は、先行行為それ自体が犯罪を構成する場合と異なり、当該先行行為による消極的義務違反は未だ存在していないので、それをきっかけに生じた中和命令への違反が消極的義務違反を意味し、犯罪を構成することになる。

を待つまでもなく、当該先行行為によって、すでに消極的義務違反が存在するからである。つまり、先行行為をきっかけに生じる中和命令たる原状回復要請に反したとしても、それは、先行行為それ自体がすでに違反したのと同じ消極的義務に抵触しているにすぎず、新たな（消極的）義務違反が存在するのではなく、したがって新たに犯罪が成立するわけではないのである。それにもかかわらず、中和命令違反がある場合に、この点も捉えて犯罪を成立させるならば、ある出来事を、二重に犯罪として評価することになってしまうであろう⁹⁷⁾。それゆえ、保護責任者遺棄・不保護罪の文脈で言えば、それ自体が他の犯罪を構成するような先行行為においては、保護責任者遺棄・不保護罪が問題になることはないし、さらに言えば、そのような先行行為が、——従来の表現を用いて述べれば——不真正不作為犯における作為義務を根拠づけるということもない。これまで（故意・過失による）先行行為により基礎づけられているように見えていた義務は、実は、（故意・過失による）先行行為それ自体が違反している消極的義務から要求される原状回復を内容とする中和命令なのであり、新たな犯罪の評価を受けるべき別の義務ではない⁹⁸⁾。この原状回復要請に反したとしても、そのことは、先行行為それ自体の犯した消極的義務の違反と共に評価されるのである。

このことを、ひき逃げ事案について考えてみると、C説によって、車で轢くという先行行為により基礎づけられるとされてきた作為義務と、その違反であり単純遺棄罪を構成するとされた要扶助者の置去りという行為は、車で轢くという行為それ自体がすでに違反している消極的義務からの原状回復要請に反するものにすぎないのであるから、車で轢くという行為が抵触する消極的義務、

97) 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（日本評論社、1988年）91頁が、「先行行為は多くの場合、過失犯、結果的加重犯として処罰されているから、これを根拠に、より重い罪責を問うことは、二重評価となり不当である」と述べているのは正当である。

98) したがって、故意・過失による先行行為を作為義務の発生根拠とする見解（代表的なものとして、日高〔前掲注23・不真正不作為犯〕152頁以下）は、私見によれば、不作為犯における作為義務の発生根拠論としても正しくない。

すなわち過失運転致死傷罪で共に評価されるべきことになる⁹⁹⁾。つまり、「ひき逃げの場合、先行行為・過失行為はそれ自体すでに過失犯としての刑法上の評価を受けているのであるから、その後の不作為はそれに一定の事情が加わった場合にのみ刑法的評価の対象となりうる」¹⁰⁰⁾ のであり、車で轢くという行為は、単純遺棄罪であれ保護責任者遺棄罪であれ、置き去りのような不作為による遺棄を処罰するための作為義務や「保護責任者」を基礎づけることはなく¹⁰¹⁾、それ自体が犯罪を構成する先行行為が存在する——より正確に言えば、その存在が分かっている——限りでは、立ち去りという行為が遺棄罪を構成することはないのである¹⁰²⁾。このように考えると、単純なひき逃げと呼ばれる事案では、およそ遺棄罪は成立しえないことになる。

このような先行行為責任の理解と「保護責任者」の関係は、ひき逃げ事案だけでなく、堕胎罪と遺棄罪の関係にも妥当する。一部の論者の間では、最決昭

99) 曾根＝日高（前掲注14）21頁〔曾根〕も、「事故発生後、ただ単に逃走するに止まるひき逃げにおいては、被害者の死亡ないしその危険に対する評価は、先行行為たる業務上過失致死傷罪（211条）によって相当程度カバーされているとみるべき」と述べる。しかし曾根は、先行行為による義務づけを肯定して、置き去りも217条の「遺棄」に含まれるという立場から、単純なひき逃げ事案において被害者が死亡した場合には、単純遺棄致死罪の成立を肯定するから（同書・21頁）、結局のところ、この点の曾根の見解に依拠する限り、死亡結果は遺棄行為に帰属されることになってしまい、被害者の死亡の危険が過失の先行行為により相当程度カバーされていることにはなっていない（この矛盾を指摘するものとして、西田〔前掲注53〕6頁）。曾根説と同様に、単純なひき逃げで被害者が死亡した場合に、不作為による単純遺棄致死罪の成立を認める見解として、野村（前掲注14）4頁。

100) 岡野（前掲注44）291頁。

101) 先行行為による保護義務の基礎づけを否定するものとして、西田（前掲注53）10頁、小暮ほか編（前掲注21）72頁〔町野〕。本稿の立場からは、被告人の自動車運転過失傷害の事実を先行行為と捉え、これに基づき保護責任を認めた大阪高裁判平成27年8月6日（LEX/DB 25447575）の判断は疑問である（この裁判例の評釈として、齊藤彰子「判批」平成27年度重要判例解説〔2016年〕155頁以下、豊田兼彦「判批」法セ733号〔2016年〕97頁を参照）。

102) 丸山雅夫「不真正不作為犯の限定原理について」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014年）64頁、塩見淳「不作為犯の着手時期」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014年）215頁の注9も参照。

和63年1月19日刑集42巻1号1頁における墮胎行為の後に嬰兒を放置した医師の作為義務ないし保護責任は、墮胎行為という先行行為に基づくと考えられている¹⁰³⁾。しかしながら、上述したように、それ自体が犯罪と評価される先行行為から生じる原状回復要請が、先行行為がすでに違反した消極的義務と共に評価されるべきで、それゆえに他の犯罪を構成しないのであれば、それ自体が犯罪行為である墮胎行為を先行行為と見て、そこから、その後の放置行為の可罰性を基礎づける作為義務ないし保護責任が生じ、別罪が成立することはないはずである。そもそも、何らかの犯罪的意味を持つ先行行為によって、常に、作為義務や「保護責任者」が肯定されるのであれば、殺人犯が殺害目的で他者を切りつけて立去った場合にも、保護責任者遺棄致死罪あるいは不作為による単純遺棄致死罪を肯定すべきということになろう¹⁰⁴⁾。しかし、通常は、殺害行為後の放置行為が遺棄罪を構成することではなく、（立ち去り行為に先行する）殺害行為それ自体を殺人罪と評価すれば足りると考えられている¹⁰⁵⁾。そうであるならば、とりわけ、先行行為それ自体が何らかの犯罪を構成する場合——そして、この先行行為の存在が明らかな場合——には、先行行為により他の

103) 例えば、原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和63年度』（1991年）10頁、金沢文雄「判批」法教92号（1988年）108頁。

104) 松宮孝明「判批」甲南法学24巻2号（1984年）192頁、194頁以下、大野眞義「保護責任者遺棄罪」摂南法学（1997年）126頁を参照。また、橋本（前掲注16）52頁も参照。

105) さらに言えば、保護法益が異なる点には注意が必要であるが、（それ自体が犯罪を構成する）先行行為が他の犯罪を構成する義務を生じさせないとする考え方は、古くから、殺人罪と死体遺棄罪の間の関係では認められている。つまり、ある先行行為が他の犯罪を構成する作為義務を生じさせるとするならば、殺害行為後に死体をそのままにして立ち去った行為者には、その殺害行為という先行行為に基づいて葬祭義務が基礎づけられ、不作為による死体遺棄罪が成立するはずであるが、実際には、殺害行為後に死体をそのままに放置して立ち去ったとしても、通常は、そのような葬祭義務は生じないとされ、殺人罪しか成立しないとされている。葬祭義務者が死体を放置して立去った場合には、当然に、不作為による死体遺棄罪が成立すると解されているが、この場合における葬祭義務は、先行する殺害行為以外の理由により基礎づけられていると言わざるをえない（殺害行為後の死体遺棄罪についての判例は、拙稿「判批」関西大学法学論集66巻2号〔2016年〕107頁以下を参照）。

犯罪を成立させる義務が生じるとして、先行行為後の（不作為的）事象を別途評価することは誤りだということになる。詳しくは後述するが、この最高裁決定において、医師が「保護責任者」であるとされた理由は、墮胎行為という先行行為とは別の点にあると考えられる。

エ. 刑法以外の法令上の義務と「保護責任者」

ひき逃げ事案において、道路交通法上の負傷者救護義務が、車で轢くという先行行為から生じるとする見解が存在していることを考慮して、刑法外の法令上の義務と「保護責任者」の関係を、この場で触れることにする。上述のように、それ自体が犯罪を構成する場合ではあるが、先行行為が「保護責任者」たる地位を基礎づけず、「保護責任者」を基礎づける事情につき、作為との同価値性を徴表する事情に注目する事実的アプローチに依拠しない場合には、他の法令上の義務を「保護責任者」の根拠とすることが考えられよう。その場合、遺棄罪との関連で検討すべき義務は、ひき逃げ事案と遺棄罪の問題において取り上げられる道路交通法上の負傷者救護義務と、医師の応招義務と思われる。

まず、道路交通法上の負傷者救護義務について考えてみると、上述のように、先行行為責任の本質が原状回復の要請という中和命令であり、この原状回復要請は、先行行為それ自体が抵触している消極的義務から生じる命令であると考えた場合、原状回復要請は先行行為と共に評価されるべきことになるから、道路交通法上の負傷者救護義務が車で轢くという先行行為から生じるというような一部の論者の主張には賛同できないことになる。もっとも、このことは、負傷者救護義務を規定する道路交通法72条1項が、負傷者救護義務を「当該交通事故に係る車両等の運転者」だけでなく、この先行行為を自ら行なっていない「その他の乗務員」にも課していることや、さらに、ここでの「車両等の運転者」は、人の死傷結果などに関与した者であれば足りるとされること¹⁰⁶⁾、また、負傷者救護義務は「交通事故があったとき」であれば生じるとされていることから明らかではある。負傷者救護義務の発生根拠は、先行行為とは別の

106) 谷口正孝（前掲注47・ジュリスト）25頁を参照。

点にあると考えられよう¹⁰⁷⁾。したがって、負傷者救護義務を媒介として、先

- 107) 道路交通法上の負傷者救護義務の発生根拠について付言すると、負傷者救護義務は、制度的管轄に基づく積極的義務と言える。負傷者救護義務は、本文でも述べたように、組織化行為（ここでは、車で轢くという行為）を行なっていない「その他の乗務員」に課せられ、事故に関与した者全てに課せられることから、自らの組織化行為を契機として生じるのではない。そのため、消極的義務は、負傷者救護義務について問題とならない。また、道路交通法が、その1条において、「この法律は、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、及び道路の交通に起因する障害の防止に資することを目的とする。」と規定していることからすれば、同法の目的は、交通関与者の安全な状態を確保した上での交通秩序の確立にあると言える（道路交通法研究会編著『注解道路交通法〔第5版〕』[立花書房、2020年] 11頁以下を参照）。そうであれば、道路交通法は、道路交通という共通の世界において、そこに関与する各人の安全状態の維持ないし改善を内容としているのであるから、その内容は積極的義務が要求する内容と類似しているであろう。この道路交通法の目的を考慮するならば、負傷者救護義務も、この目的の達成に資する義務なのであるから、行政犯の性格の強いものと言える。例えば、東京高裁判昭和39年10月13日高刑集17巻6号624頁は、道路交通法72条前段の義務内容を「被害者の救護並に道路における危険防止の前提として、運転車に対し必ず一旦停止して負傷者の救護の要否、或は道路に置ける危険の有無を確認すべき義務と解するのが相当である」としており、負傷者の生命・身体の保護を中心に考えていない（平野龍一ほか編『注解特別刑法第1巻 交通編（1）』[青林書院、1990年] 487頁〔中下晴興〕も参照）。それゆえ、ひき逃げ事案において、傷害罪あるいは不作為による殺人罪と負傷者救護義務違反罪の両方が成立するとする判例の立場は妥当であろう（判例として、例えば、最判昭和50年4月3日刑集29巻4号111頁〔傷害罪と負傷者救護義務違反罪が成立する〕、東京高裁判昭和46年3月4日高刑集24巻1号168頁〔不作為による殺人罪と負傷者救護義務違反罪が成立する〕）。もっとも、負傷者救護義務が行政犯の性格を有しているとはいえ、負傷者救護義務に違反した場合には、少なくとも5年以下の懲役又は50万円以下の罰金が科されるなど（道路交通法117条）、その法定刑が著しく重いこと、さらに、行政犯の性格を強調しすぎると、負傷者を道路脇に移動させるなどの救護義務を尽くしたとは言えないような態様でも、負傷者救護義務が果たされたことになってしまうという矛盾が生じることからすれば、負傷者救護義務違反罪の保護法益には、被害者の生命・身体も含まれており、これが行政犯の性格と危険犯の性格を併せ持つと考えざるをえない（神山敏雄「ひき逃げ」法セ333号〔1982年〕60頁以下を参照。なお、負傷者救護義務違反罪の性格について、杉本一敏「負傷者救護義務違反罪の性質と客観的成立要件」岡野光雄先生古稀記念『交通刑事法の現代的課題』[成文堂、2007年] 371頁以下、谷口〔前掲注47・日沖還暦〕231頁以下も参照。）。被害者の生命・身体という保護法益の点を強調すれば、負傷者救護義務違反罪と遺棄罪は法条競合の関係にある（曾根〔前ノ

行行為から「保護責任者」が基礎づけられることもない。

ただし、負傷者救護義務の発生根拠が何であれ、これを「保護責任者」の根拠とすることは、判例のように「保護責任者」が不真正不作为犯における作為義務者と全く同一であると考え、この作為義務は法令から生じるとする形式的三分説や法源説に依拠すれば可能である¹⁰⁸⁾。しかし、他の法令が刑法上の義務を根拠づけるとすることに対しては、古くから根強い批判が存在しているし¹⁰⁹⁾、また、法源説は、他の法令上の義務が課せられていれば作為義務があると言ってよいということ以上のことを述べていないから¹¹⁰⁾、同説に依拠し

「掲注51」51頁）とか、負傷者救護義務違反罪は保護責任者遺棄罪に吸収される（曾根＝日高〔前掲注14〕25頁以下〔日高義博〕）と主張することも可能であろう。しかし、後で述べるように、移転を伴うひき逃げの場合には、被害者を自車に引き入れるという引受け行為と見られる態様が存在し、これを契機として、行為者には消極的義務に基づく中和命令が向けられることになるから、消極的義務・積極的義務という観点から見れば、行為者が被害者を救護しなかった場合には、中和命令違反による消極的義務違反（保護責任者遺棄罪）と積極的義務違反（負傷者救護義務違反罪）が存在するのであり、一方しか成立しないということはないと思われる。なお、負傷者救護義務の性格に関連するので、ここで述べておくと、松尾誠紀「保護責任者不保護罪における救命可能性の要否とその認識」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2017年）102頁が、「法は不可能を強いない」という原則に基づいて、救命可能性の全く無い場合には行為者に保護責任者遺棄罪の保護義務は課せられないとする見解を、道路交通法上の負傷者救護義務が被害者を救命する可能性の無い場合でも課せられることを引き合いに出して否定するが、その批判は的を射ていないであろう。というのも、それは、上で見たように、道路交通法上の負傷者救護義務は行政犯の性格の強いものであり、生命・身体を保護法益とする刑法上の保護義務とは保護法益の点で異なっているという点を看過しているからである。負傷者救護義務の行政犯の性格を考えれば、被害者を救命する可能性が全くなかったとしても、この義務が行為者に課せられることは当然であり、生命・身体を保護法益とする刑法上の保護義務が、被害者を救命する可能性のない場合には課せられないことも当然である。

108) 近年、この見解を主張する者として、例えば、高山（前掲注92）39頁以下。

109) 例えば、民法上の扶養義務が「保護責任者」を基礎づけることに反対するものとして、牧野（前掲注3・刑法研究）285頁以下。

110) Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 130 は、法源説は可罰的とされるものを寄せ集めたにすぎないと批判する。この他、法源説に対する批判については、拙稿（前掲注24・関法64巻2号）146頁以下を見よ。

でも、なぜ行為者に刑法上の「保護する責任」があるとされるのかは明らかとはならない。さらに、道路交通法上の負傷者救護義務は、運転車の故意・過失に関係なく、事故が生じれば直ちに発生するものであり¹¹¹⁾、事故の被害者が「病者」に該当しない程度の負傷で¹¹²⁾、そのため遺棄罪が問題とならないような場面でも生じることからしても¹¹³⁾、これを遺棄罪の「保護責任者」と同視することは困難であろう¹¹⁴⁾。

-
- 111) 東京高裁判昭和37年10月8日東京高等裁判所（刑事）判決時報13巻10号239頁。大塚鎔子「いわゆる『ひき逃げ犯罪』についての一考察」『司法研修所創立十五周年記念論文集 下巻』（1963年）281頁、宮田正之「道路交通法入門（46）」研修651号（2002年）101頁以下も参照。戦前の自動車取締令25条の届出義務に関するものであるが、運転車の故意・過失の有無を問わず、事故が生じた全ての場合には届出義務が生じるとした判例として、大判大正15年12月23日大審院刑事判例集5巻586頁。
- 112) 道路交通法72条1項前段の「負傷者」の意義については、福原道雄「道路交通法第72条第1項前段の義務違反と『負傷者』の意義について」研修673号（2004年）55頁以下を参照。また、いかなる場合に遺棄罪における「病者」に該当しうるかについて、さしあたり、安西温「ひき逃げの理論とその問題点」警察学論集16巻4号（1963年）21頁、福田（前掲注46）3頁以下を参照。
- 113) 大野真義「遺棄罪と保護義務」法セ229号（1974年）102頁、安西（前掲注112）6頁を参照。
- 114) 大塚（前掲注111）283頁も参照（ただし、本稿の理解からすれば、この見解が、保護義務の根拠として先行行為を考慮している点については賛同しえない。）。これに対して、山火正則「保護責任者遺棄罪における保護責任」判タ303号（1974年）109頁以下は、道路交通法上の負傷者救護義務も遺棄罪における保護義務も、共に負傷者を保護する義務であるという点では異ならないとして、被害客体が軽傷者が要扶助者かにより、負傷者救護義務だけが問題となるのか、遺棄罪における保護義務も問題となるのか（この場合には、負傷者救護義務違反の点は、保護義務違反に包含され評価される）が決まるとする。しかし、この見解によれば、いずれの義務違反罪が成立するのかは、偶然に左右されることになってしまうであろう。また、日高（前掲注23・遺棄罪）170頁以下は、負傷者救護義務の保護法益に生命・身体が含まれるとの考えから、この義務が、同様に生命・身体を保護法益とする遺棄罪の「保護責任者」の根拠となるとし、さらに、ひき逃げ事案では、車で轢くという先行行為も存在することから、「保護責任者」の発生根拠が併存しているとする。しかし、先行行為は「保護責任者」の根拠にはなりえないし、負傷者救護義務は運転車以外の者にも課せられうることからすれば、保護法益を共通にするとしても、負傷者救護義務が直ちに「保護責任者」を基礎づけるとは言い難い。

確かに、判例は、当時の道路交通取締法24条と、そこに規定されている負傷者救護義務を取り上げ、事故を起こした運転者について、「かかる自動車操縦者は法令により『病者ヲ保護ス可キ責任アル者』に該当する」と判示しており¹¹⁵⁾、この言い回しからすれば、負傷者救護義務が「保護責任者」の根拠とされているように見える。しかし、判例が、道路交通法（および旧道路交通取締法）上の負傷者救護義務から「保護責任者」たる地位が認められるという論理を採用しているのであれば、単純なひき逃げの場合でも、負傷者救護義務それ自体は発生している以上、当然に保護責任者遺棄罪が成立することになるはずであるが、そのように判断した判例は存在していないとされている¹¹⁶⁾。このことからすれば、判例が、道路交通法上の負傷者救護義務を「保護責任者」の根拠としているとは断定できないはずである¹¹⁷⁾。

道路交通法上の負傷者救護義務と同様に、他の法令上の義務が「保護責任者」の根拠たりえないことは、医師が関係する場合についても言える。医師法19条1項は、「診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない。」として、医師の応招義務を規定している。一見すると、この応招義務は、医師は原則的に診察を拒否してはならないことを内容とし、医師であることを理由に課せられる特別な救護義務を内容としている¹¹⁸⁾。この点を強調するならば、刑法218条の「保護責任者」

115) 最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁。なお、本判決を車で轢くという先行行為に基づいて「保護責任者」を認めたと評価するものとして、大野（前掲注113）100頁。

116) 岡野（前掲注44）295頁を参照。

117) 栗田正「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和34年度』（1960年）284頁も、「なお本件の場合仮に右道路交通取締法令の規定そのものに保護責任の根拠を求めることができないとしても、……被告人は一旦被害者を自己の自動車に収容して事故現場から離れ更に遠方まで運転を継続したものである以上民法の事務管理の法理に照らし保護責任を負うに至ることは、……明白である」として、事務管理、すなわち、引受け行為が保護責任の根拠となりうることに触れている。

118) このように考えるものとして、金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」法律時報47巻10号（1975年）36頁以下。もっとも金沢は、保護責任者遺棄罪で不作為が問題となる場合には、作為との同価値性を考慮すべきであるとして、医師の応招義務

も、要扶助者を保護するという意味で救護義務を内容としており、その限りで応招義務と義務内容が同一であると言えることになるから、この応招義務が「保護責任者」を直接に基礎づけると言えそうである。しかし、医師の応招義務違反に対する罰則規定が医師法上に存在しない一方で、「保護責任者」の保護義務違反に対しては刑罰が発動されることからすれば、医師法上に規定されている医師の応招義務が、救護義務も内容とするものであることは否定できないとしても¹¹⁹⁾、やはりこれが刑法上の「保護責任者」を直接に基礎づけるとは言い難い¹²⁰⁾。実際、行為者が医師であり、出生した嬰兒に適切な処置を行なわなかったとしても、当該医師に「保護責任者」が認められなかったケースは存在している¹²¹⁾。

判例のように、「保護責任者」は作為義務者と同一であると考えのではなく、「保護責任者」を違法身分あるいは責任身分と考えて、これを作為義務者と区別する立場に立てば、他の法令上の義務が刑法上の作為義務を基礎づけなくとも、これを「保護責任者」の根拠とすることは理論的に可能ではある。その場合には、「保護責任者」の基礎としてよい刑法以外の法令上の義務を取捨選択しなければならなくなるが、しかし、そのための基準を定立することは困難である¹²²⁾。また、「保護責任者」と作為義務者を区別する見解は、「保護責

ゝ以外の要素も必要であるとする（40頁）。

119) これに対して、松原（前掲注78）247頁以下は、医師の応招義務の内容を、免許制度に基づく資格の公認および診療権の独占に対する反射的效果として、国家の持つ保護衛生義務に対する協力義務とする。

120) 中森喜彦「医師の診療引受義務違反と刑事責任」法律論叢91巻1号（1972年）1頁以下を参照。この他、医師の応招義務については、大嶋一泰「末期医療と保護責任者遺棄罪」莊子邦雄先生古稀祝賀『刑事法の思想と理論』（第一法規、1991年）357頁以下も参照。

121) 熊本地裁判昭和35年7月1日下級刑集2巻7・8号1031頁。このケースで医師に保護責任者たる地位が認められなかった理由は、医師が嬰兒を引き受けたと見られる事情が存在していないことにあると思われる。引受け行為と「保護責任者」の関係については、本文ですぐに述べる。

122) 不真正不作為犯の作為義務の根拠として他の法規範を参照することに肯定的な高山（前掲注92）が、「他の法規範がいかなる場合に刑法上の作為義務の根拠として十分であるのかの判断は、一義的に明確であるわけではない」（68頁）と述べてゝ

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」と考えていることが多いと思われるが、刑法上の義務を基礎づけえない他の法令上の義務を「保護責任者」の基礎に置くことは、その基本思想と矛盾することになる。そうであれば、いずれにせよ、他の法令上の義務を参照することで直ちに「保護責任者」たる地位を認めることはできない。

オ．引受け行為と「保護責任者」

上で見てきたように、それ自体が犯罪を構成する積極的損害行為たる先行行為も刑法以外の法令上の義務も、「保護責任者」を基礎づけることはできない。そうであるとすれば、消極的義務に基づく中和命令という観点で、「保護責任者」との関係で検討すべきなのは、引受け行為だけとなる。

上述したように、引受け行為により生じる中和命令も、他人の権利領域への介入行為・組織化行為を契機として基礎づけられるものではある。もっとも、引受け行為を契機として生じる中和命令は、自己矛盾した態度の禁止を内容とするものであり、損害の原状回復を内容とする先行行為により基礎づけられる中和命令とは内容を異にする。加えて、引受け行為は、他者の財を自らに依存させるという行為であり、この組織化行為は、それ自体が損害を生じさせるような行為ではない。それゆえ、先行行為のように、引受け行為それ自体が何らかの消極的義務に違反するということはありません、引受け行為による責任は、先行行為責任とは構造が異なっているのである。すなわち、先行行為により生じる損害の原状回復を内容とする中和命令とは異なり、引受け行為より生じる中和命令に違反することは、引受け行為それ自体による消極的義務違反は存在しないことを理由として、それ自体が独立して消極的義務違反を構成しうるのである。

このように考えた場合、引受け行為により生じる中和命令に対する違反は、それ自体が犯罪としての評価を受けることになる。しかも、引受け行為により生じる中和命令が、すでに存在している危険を対象とするものであり、かつ、

ㄨ いるように、他の法令を参照したからといって、可罰性の範囲が限定されるわけではない。

自らに依存させることによって生じた相手方の保護の放棄を自らで中和するという内容であることを考慮すると、ある者は、「他人の扶助・助力がなければ、日常生活に必要な起居動作ができない」¹²³⁾ 程度の危険をすでに自らに孕んでいる「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」を、引受け行為を通じて自らに依存させることによって、自らの「責任」において「保護する」よう義務づけることになるのである。つまり、引受け行為によって生じる中和命令は、その違反が刑法上の犯罪を構成することになる「保護する責任」、すなわち「保護責任者」たる地位を基礎づけると言えるのである¹²⁴⁾。実際に、判例上も、——親権者による場合を除き——行為者に「保護責任者」が認められている事案では、行為者による引受け行為と見られる態様が存在している。例えば、ひき逃げ事案で「保護責任者」が認められている場合には、行為者は、当初は病院へ搬送するという意思で被害者を自車に引き入れており、被害者の保護を開始した（すなわち、被害者の保護を自らに依存させた）とみられる行為を行っているし¹²⁵⁾、また、墮胎行為後に嬰兒を放置し死亡させたことについて保護責任者遺棄致死罪が認められた最決昭和63年1月19日刑集42巻1号1頁では、その第一審判決によれば、医師は嬰兒の母親に対し、「子供は医院で預かるから、一日一回は見にきなさい」と言い渡しているとされ、ここに、医師が嬰兒の保護を引き受け、保護を開始したと見られる事情が存在している¹²⁶⁾。

123) 大判大正4年5月21日刑録21輯670頁。

124) 結論としては同様に、特にひき逃げ事案を中心にしての検討ではあるが、引受け行為の存在が「保護責任者」を基礎づけるとするものとして、平野（前掲注55）76頁、野村（前掲注14）7頁、岡野（前掲注64）45頁、中山研一『刑法各論』（成文堂、1982年）91頁、同「不作為の遺棄と殺人—判例の批判的検討」判タ881号（1995年）29頁、中森（前掲注51）45頁など多数。この他、前田雅英『刑法各論講義』（東京大学出版会、第6版、2015年）66頁。ただし平野は、後に、引受け行為により保護責任が認められることに懐疑的となる（平野〔前掲注3〕10頁以下）。

125) 最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁。この他、ひき逃げ事案では、大阪高裁判昭和30年11月1日高刑特2巻22号1152頁、東京高裁判昭和37年6月21日高刑集15巻6号422頁。ひき逃げ事案以外で保護の引受けを根拠に「保護責任者」を認めた判例として、福岡高裁宮崎支部判平成14年12月19日判タ1185号338頁。

126) 那覇地裁石垣支部判昭和57年3月15日判タ467号175頁。那覇地裁石垣支部は、

この他にも、当事者の黙示の契約により行為者に「保護責任者」が認められているし¹²⁷⁾、病者を一旦引取り同居した以上、民法上の事務管理の法理に照らし、当該病者を保護する義務があるとして「保護責任者」を認めた判例もある¹²⁸⁾。このように、判例上も、保護の開始や契約行為や事務管理といった行為者の引受け行為をきっかけにして、行為者に消極的義務に基づく中和命令が生じていることが考慮されているのである¹²⁹⁾。行為者は、この中和命令、すなわち「保護する責任」に反することで消極的義務違反を犯し、その結果、保護責任者遺棄罪が成立したのである。

4. 「保護責任者」と作為義務者の関係

これまでの考察から、「保護責任者」とは、まず、各人が現実的に自由な状態を保障する諸制度から導き出される積極的義務を課せられた（あるいは——誤解を恐れずに言えば——積極的義務から給付を命令された）者であると考えられる。このタイプの「保護責任者」の代表的なものは親権者や扶養義務者である。次に、「保護責任者」は、引受け行為という行為者の組織化行為をきっかけとして、消極的義務に基づいて生じる中和命令からも基礎づけられる。こ

「保護責任者」の根拠として、「墮胎を行った結果、前記保護を要する状態の本件嬰兒を出生せしめたこと」を挙げていることから、先行行為を考慮しているようにも思える。しかし、「そもそも医学的にみて本件嬰兒に生存の可能性が全く無ければ、同児の『生存に必要な保護』というものが考えられないし、死に至ったとしても不作為と死の間の因果関係が否定されることになるから、前提として本件新生児に生育可能性が認定されなければならない」とも述べていることからすると、「前記保護を要する状態の本件嬰兒を出生せしめたこと」は、保護責任者遺棄罪が成立するための前提条件だとも言え、先行行為が「保護責任者」を認めるための根拠になっているとは言い切れない。

127) 大判大正8年8月30日刑録25輯963頁。

128) 大判大正15年9月28日刑集5巻387頁、横浜地裁判昭和36年11月27日下刑集3巻11・12号1111頁。東京高裁判昭和45年5月11日高刑集23巻2号386頁も、女性を自車に引き入れたという点を捉え、運転者として乗客の安全を引き受けたとして、引受け行為に基づき「保護責任者」を認めたと考えられる。

129) 引受け行為としての契約行為は有効な契約である必要はない。これに関して、*Jakobs, Tun und Unterlassen*, S. 23 を見よ。

れに対して、先行行為に基づいて生じる中和命令は、先行行為それ自体が犯罪を成立させる限りでは、先行行為によって消極的義務違反の点が評価され尽されるために、「保護責任者」を基礎づけることはないことになる。

また、217条の主体について言えば、この者には、——他者の権利領域に立ち入ってはならないという意味での——侵害の禁止だけが向けられており、消極的義務から生じる中和命令や、積極的義務からの一定の給付の命令は向けられない。なぜなら、我が国の刑法典には、ドイツ刑法323条cのような一般的不救助罪は規定されておらず、そのような全ての者に対して向けられた（「救助・保護せよ」との内容の）給付命令の違反は刑法上処罰されないからである。その給付命令違反は、軽犯罪法1条18号によりカバーされるにすぎない。

このように、消極的義務・積極的義務という観点から見てみると、「保護責任者」は、——従来の言い回しで表現すれば——作為義務者よりも狭く限定されるわけではなく、言い換えれば、不真正不作為犯における作為義務と同一であると考えてよい¹³⁰⁾。つまり、「保護責任者」＝作為義務者である¹³¹⁾。したがって、「保護責任者」の理解について言えば、結論的には、「保護責任者」を作為義務者と同一視していたA説、B説、D説および判例の考え方は正しいということになろう。

〔付記〕 本稿は、JSPS 科研費19K13549の助成を受けたものである。

130) 作為義務の実質が積極的義務ないし消極的義務であることについては、前掲注24の拙稿、および、そこに挙げられている文献を見よ。

131) それゆえ、不作為犯処罰のために必要な作為義務と「保護責任者」は異なると理解する必要はなく、それに伴って、「保護責任者」を、違法性あるいは責任を加重するという特殊な要素だと理解する必要はない。