

遺棄罪の諸概念の内容について（3・完）

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、70巻6号）
- IV. 「遺棄」および「不保護」について
 - 1. 消極的義務・積極的義務と「保護責任者」・「遺棄」
 - 2. 従来の学説の「遺棄」・「不保護」概念に対する批判的検討
 - (1) C説の「遺棄」概念について
 - (2) A説、B説およびD説の「遺棄」・「不保護」概念について
 - (3) 小 括
 - 3. 積極的侵害行為としての「遺棄」
 - (1) 場所的離隔について
 - (2) 監禁罪と「遺棄」

4. 218条における「遺棄」と「不保護」
 5. 「遺棄」および「不保護」の概念内容
- V. おわりに
1. ま と め
 - (1) 「遺棄」・「不保護」
 - (2) 「保護責任者」
 2. 残された課題（以上本号）

——承前——

IV. 「遺棄」および「不保護」について

1. 消極的義務・積極的義務と「保護責任者」・「遺棄」

上述のように、消極的義務・積極的義務という観点から考察し、217条の主体には——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いる一方で、「保護責任者」には、侵害の禁止だけでなく一定の給付命令も向けられていると理解する場合、さしあたり、217条の「遺棄」は侵害の禁止に抵触する行為、すなわち、他者を積極的に侵害する行為、より詳細に言えば、それ自体が消極的義務に違反する組織化行為に限定され、これに対して、218条の「遺棄」は、——確かに「遺棄」の内容は「不保護」の内容理解に左右されるのではあるが——さしあたり、そのような積極的侵害行為に限られないと言いうる。217条の「遺棄」に該当する積極的侵害行為のみならず、一定の給付行為をなすことも218条の「遺棄」に含まれると解しうるからである¹³²⁾。

132) これに対して、217条の「遺棄」と218条の「遺棄」は重ならないとする理解もありうる。例えば、山中敬一『刑法各論』（成文堂、第3版、2016年）114頁以下は、217条の「遺棄」を作為による危険状態創出行為だとしつつ、218条の「遺棄」を危険状態の不解消という不作為だとする（同様に、218条の本質を不作為犯に見るものとして、井田良『講義刑法学・各論』[有斐閣、第2版、2020年] 100頁以下）。ただし、このような理解の場合、不作為犯は継続犯であるとの一般的な理解を前提とすれば、保護責任者の作為義務違反が継続する限り犯罪は終了しないことになり、刑法218条が成立する場合には公訴時効は完成しえないことになる。

いずれにせよ、消極的義務・積極的義務という観点からすれば、218条においては、「保護責任者」による（消極的義務違反としての）侵害の禁止、あるいは（消極的義務違反もしくは積極的義務違反としての）給付の命令に反する行為があれば、保護責任者遺棄・不保護罪が成立するとは言える¹³³⁾。ここにおいて、従来のように、禁止に違反する態度を作為、命令に違反する態度を不作為と捉えるならば¹³⁴⁾、不作為犯は218条でのみ成立すると言える。この意味においてであれば、217条の「遺棄」には作為しか含まれず¹³⁵⁾、218条の「遺棄」には、作為の他に不作為も含まれるとするA説およびB説は支持しうる。ただし、218条の「遺棄」に、消極的義務あるいは積極的義務に基づく給付命令の不履行（とりわけ、置き去り）が含まれるか否かは、更なる検討を要する。

133) 「保護責任者」による消極的義務違反あるいは積極的義務違反の点を強調しているように見えるため、本論文の理解に対しては、「法益侵害の危険性とは無関係な義務違反という違法性のメルクマールを認めることになり、いきおい人的不法論者の説くように違法論において行為無価値を強調することにならざるをえない」（野村稔『未遂犯の研究』[成文堂、1984年] 261頁）とか、「違法の本質を法益侵害に求める見地からは、遺棄罪の義務違反罪としての性格を認めることはできない」（曾根〔前掲注16〕19頁）という批判が向けられよう。しかし、このような批判は的を射ていないと思われる。消極的義務や積極的義務という観点では、「むしろ、……全ての者（*der quivis ex populo*）は義務を負わせられ、一定の更なる要件の下での義務違反の場合に、対応する形で処罰される」（MK²-*Freund*, § 13 Rn. 176）と理解するのが適切であるから、法益侵害の危険性も、当然に義務違反性判断において考慮されるからである。なお、桜木（前掲注9）248頁、牧野（前掲注3・刑法研究）296頁以下も参照。

134) もっとも、侵害の禁止に反する行為は、同時に給付の命令に反することもあるという本稿の理解からは、こうした対応関係によって一義的に作為と不作為が定義づけられる訳ではない。これについては、前掲注24の拙稿を参照。

135) もっとも、217条の「遺棄」にも、実は、従来から不作為形態と呼んできたものは存在していると言いうる。例えば、保護責任者以外の者が、要扶助者を山に棄て、要扶助者を山に置き去りにする行為の置き去りの部分である。ただし、山に棄てたという事実（先行行為）が明らかでない場合、当該「行為者」は、あくまでも被害者にとって赤の他人として存在することになるのであるから、我が国に一般的不救助罪が規定されていない以上、たとえ被害者を置き去りにしたとしても、この者に刑法上の犯罪が成立することはない。

2. 従来の学説の「遺棄」概念に対する批判的検討

(1) C説の「遺棄」概念について

消極的義務・積極的義務という観点から考察した場合、C説のように、他者を積極的に侵害するような態様ではない置き去りを217条の「遺棄」に含めてよいとする理解には、賛同できないことになる。加えて、C説は、とりわけ単純なひき逃げ事案において、217条における「遺棄」の不真正不作為犯を認める理由として、車で轢くという先行行為に基づく作為義務を考慮しようとするが、すでに見たように、この点についても賛同できない。というのも、先行行為責任の本質は損害の原状回復であるとする本稿の理解からすれば、先行行為に基づいて生じる中和命令の違反と先行行為それ自体による消極的義務違反は、同一の消極的義務違反を問題とするものであるから、——先行行為それ自体が消極的義務違反を構成する場合には——その先行行為に基づく中和命令が他の犯罪を構成する義務を生じさせることはないからである¹³⁶⁾。言い換えれば、車で轢くという先行行為が過失運転致死傷罪を成立させる場合には、この先行行為に基づいて行為者に作為義務が生じることはなく、それゆえに、単純なひき逃げ事案において、217条の不真正不作為犯としての遺棄罪が成立することはないのである¹³⁷⁾。

もっとも、C説に依拠し、「保護責任者」は刑を加重する責任身分であり、これは長期的かつ全面的な人間関係の存在する場合にのみ認められるとすれば、「保護責任者」を作為義務と切り離して狭く限定できるから、217条において先行行為以外の作為義務の発生根拠も考慮できることになり、217条の「遺棄」に不真正不作為犯を認めるということとはできるかもしれない¹³⁸⁾。しかし、事実をカズイスティックに列挙するやり方は、そこに規範的な基準が無い以上、恣意的な判断に陥るか、「保護責任者」を限定できないことにつながり、ひい

136) より詳細には、上述のⅢ.(2)を見よ。

137) それゆえ、先行行為後の置き去りの部分を、不可罰的あるいは共罰的事後行為としての遺棄罪と理解することもできない。

138) 松原（前掲注5）39頁以下。

ては、「保護責任者」を作為義務よりも狭く限定するという事に成功しえないことになる。加えて、旧刑法において、有償契約に基づいて要扶助者の保護を引き受けた者が「保護責任者」に該当するとされていたことも考慮するならば、長期的かつ全面的な人間関係の存在する場合に「保護責任者」を限定することには疑問もあろう。「保護責任者」を狭く限定して作為義務者と区別できなくなればなるほど、217条の不真正不作為犯を認める余地はなくなるから、217条の「遺棄」に不作為形態は含まれえないことになってくるのである。

(2) A説、B説およびD説の「遺棄」・「不保護」概念について

上述の考察からすれば、217条の「遺棄」の理解としては、そこに置去りを含ませず、それを積極的な侵害行為であると見ているA説、B説、あるいはD説が妥当であるように思われる。しかしながら、それぞれの見解の主張する「遺棄」および「不保護」の理解について問題がないわけではない。

例えば、D説を支持する論者が主張するように、置去りも究極的には生存に必要な保護をしないことだと言えは¹³⁹⁾、置去りや立ち去りのような態様を全て「不保護」と理解することもできよう。しかし、究極的に生存に必要な保護をしないことは、置去りや立ち去りだけでなく、要扶助者を移置する場合も同じであると言えることからすれば¹⁴⁰⁾、このことが置去りを「不保護」に位置づける決定的な理由とはならない。217条と218条とで「遺棄」の内容を統一的に理解すべきとの観点から、「遺棄」とは作為により実現されるものであり、不作為によって実現されるものを全て「不保護」に位置づけることも考えられるが、それは、作為および不作為を明確に区別し定義づけて初めて可能となる。しかし、すでに別稿で論じたように¹⁴¹⁾、従来の作為と不作為の区別基準は機能しておらず、かつ、行為のアコーディオン効果により、ある出来事は記述の仕方によっていかようにも表現されうることからすれば、作為と不作為

139) 日高（前掲注23・遺棄罪の問題点）168頁。

140) このように批判するものとして、曾根威彦「遺棄罪」法セ451号（1992年）92頁。

141) 拙稿（前掲注24・関法66巻4号）190頁（特に、219頁以下）。

為を明確に区別することは困難である。したがって、D説に従って、217条と218条で「遺棄」を作為によるものと統一し、不作為形態は全て「不保護」と理解しても、その概念内容を確定させることはほとんど不可能なはずである。

作為・不作為という概念を用いて「遺棄」概念の内容を確定しようとするこの困難さは、「作為による置去り」や「不作為による移置」の存在を指摘することで、自説の正当性を主張するB説に代表される見解にも存在する。この見解は、吊り橋を壊すという態様に代表される「作為による置去り」や、要扶助者が立ち去るのを傍観して止めないという態様に代表される「不作為による移置」という行為形態においては、「壊す」や「傍観する」という態度に着目して、身体的動作の有無によって作為と不作為を区別する一方で、行為者が現場を立ち去って要扶助者を置き去ることについては、そこに「立ち去る」という身体的動作があるにもかかわらず、これを不作為による遺棄だとし、身体的動作の有無という基準以外の基準を用いて作為と不作為を区別しており¹⁴²⁾、作為と不作為を明確に定義づけていないからである。すなわち、ここでは、少なくとも二つの作為と不作為の区別基準が用いられてしまっているのであり、そうである以上、「作為による置去り」や「不作為による移置」という行為態様も正確に定義づけられたものとは言えないのである¹⁴³⁾。したがって、これらの態様の存在を根拠に、217条の「遺棄」とは作為によるものであり、218条の「遺棄」には作為によるものの他に不作為によるものも含まれると主張して

142) 大塚（前掲注9・各論）62頁や福田（前掲注9）166頁以下が、自己の占有する場所内に扶助を必要とする者のあることを知りながら、これを公務員に申し出ない不作為は、軽犯罪法1条18号の適用をうけることがあっても、刑法上の遺棄罪とはならないと述べていることからすれば、これらの見解は、要扶助者を置去るという行為を不作為による遺棄であると理解しているであろう。なお、このように身体的動作に着目することで、遺棄罪においても、通常の不作為とは異なる第三類型なるものを主張するものとして、神山（前掲注107）63頁以下。もっとも、第三類型行為を認めることは、作為か不作為かという二者択一の問題について、区別基準を少なくとも2つ用いることになり不当である。

143) 同様の過ちを犯すものとして、曾根（前掲注51）46頁以下。

も、その説得性は減じられるのである。

(3) 小 活

以上のように考えると、従来の「遺棄」・「不保護」の概念内容の理解は、作為と不作为という行為態様の区別に着目するにもかかわらず、それらを明確に区別できていないがゆえに説得的なものとは言えない。これに対して、本稿のように、消極的義務・積極的義務という観点から遺棄罪の諸概念の内容について考察する場合、従来とは異なる説明が可能となる。すなわち、217条では、消極的義務から要請される侵害の禁止のみが妥当し、したがって、217条の「遺棄」には、この侵害の禁止に抵触する積極的侵害行為（組織化行為）しか含まれず、これに対して、218条では、消極的義務から要請される侵害の禁止に加えて、消極的義務および積極的義務から要請される給付の命令も妥当していることから、侵害の禁止に抵触する積極的侵害行為（組織化行為）に加えて、給付の命令に抵触する態様も含まれるのである。なおかつ、この観点においては、作為と不作为の区別は相対化されることになるから、（特に、218条における）「遺棄」および「不保護」の内容が、作為と不作为によって決定されるわけではない。誤解を恐れずに言えば、そこに作為的な動作が見られるとしても、「不保護」だと言ってもよい可能性はある。

3. 積極的侵害行為としての「遺棄」

(1) 場所的離隔について

上述のように、217条および218条の「遺棄」概念を理解した場合、218条が「生存に必要な保護」を要求していることに鑑みれば、218条における給付命令の内容は明らかであるので、特に問題となるのは、217条の「遺棄」に該当し——218条の「遺棄」にも含まれるとも言える——それ自身が他者の権利領域への侵害の禁止に抵触し、消極的義務違反を構成する積極的侵害行為とは何かということになる。「遺棄」概念の積極的侵害行為としての側面に着目する場合、遺棄罪の保護法益が要扶助者の生命・身体の危険であるという点を強調すれば、当該「遺棄」行為は、要扶助者の生命・身体を危険に晒すような危殆化

行為であれば足りると言えるはずなので、この行為について、従来「遺棄」の成立に必要とされていた場所的離隔という要素は必要ではないという理解も可能となる¹⁴⁴⁾。そうであるならば、「遺棄」とは、およそ生命・身体を危殆化するような行為であれば足り、A説の主張する狭義の遺棄、すなわち、要扶助者を場所的に移転させる移置や、B説の主張するような吊橋を破壊する行為に代表される「作為による置去り」に限られないことになる。

しかしながら、場所的離隔を生じさせないような危殆化行為の全てを「遺棄」と評価してよいのかは疑問であろう。確かに、遺棄罪と傷害罪では被害客体が異なり、遺棄罪の保護の対象となる者が要扶助者で、特に保護を必要とする者であることや、遺棄罪が本来は不可罰である傷害未遂の一類型である¹⁴⁵⁾ことを強調するならば、要扶助者の生命・身体に対する危殆化で十分となるから、場所的離隔は重要ではないと言える。しかし、刑法208条が「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったとき」と規定しており、暴行は傷害の前段階的行為で、暴行罪は傷害罪の未遂段階である、あるいは、一般的に、暴行罪は身体の不可侵性・安全性一般を保護法益とすると理解されていることからすれば、場所的離隔を生じさせることなく被害客体の生命・身体を危険を生じさせる行為は暴行罪に該当するとも言えよう¹⁴⁶⁾。場所的離隔という要素を必要

144) 佐伯（前掲注16）99頁は、「物理的危険の創出を重視する場合には、移置によって要扶助者の生命・身体に対する危険を創出・増加させれば、場所的離隔の有無にかかわらず『遺棄』に該当する」と述べる。同様に、「遺棄」該当性について、場所的離隔という要素は不要であるとするものとして、山口（前掲注5・遺棄罪）27頁、前田（前掲注124）62頁。

145) このように述べるものとして、塩見淳「遺棄の概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、第3版、2000年）134頁。また、佐伯和也「遺棄罪の法益と危険犯の性格——遺棄概念と危険の関係——」関西大学大学院法学ジャーナル64号（1995年）7頁も参照。

146) 暴行罪の保護法益が傷害罪に左右されないとしても、暴行の中核は傷害の結果を発生させるものであることに変わりはない。暴行罪に関しては、清水一成「暴行の概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、第3版、2000年）138頁以下、野村稔「暴行罪・傷害罪——暴行罪と傷害罪の関係を中心にして」同『刑法研究〔下巻〕』（成文堂、2016年）31頁以下、佐久間修「暴行の意義と刑法解釈」夏目文雄先生古稀記念論文集『刑事法学の新展開』（中部日本教育文化会、2000年）89頁以

としない見解の主張する「遺棄」の意味が、要扶助者の生命・身体に向けられた危殆化行為で足りるということであれば、この見解が想定している「遺棄」行為と暴行行為は接近することになるから、遺棄罪と暴行罪を区別することは理論上困難となる。そのように考えてもよいのであろうが、遺棄罪と暴行罪では法定刑が異なることを考慮するならば、両者は区別されるべきであろう。両者の区別を意識するのであれば、場所的離隔を生じさせないで要扶助者の生命・身体を危殆化する行為を「遺棄」と評価せず、それは暴行罪や傷害罪などの他の犯罪の対象となると考える方が望ましい。

それゆえに、「遺棄」とは、場所的離隔を生じさせる行為だと考えられるが、しかし、この場所的離隔という概念の内容そのものが不明確であることは否定できない。なぜなら、そもそも、これが行為者と要扶助者の間の場所的離隔を意味しているのか¹⁴⁷⁾、扶助者と要扶助者の間の場所的離隔を意味しているのか¹⁴⁸⁾は明確でないし、また、「離隔」とは、どの程度の空間的距離を必要とするのかも分からないからである¹⁴⁹⁾。例えば、吊橋を破壊する行為を「遺棄」とするB説に代表される見解は、この行為が一見して明白な空間的距離を作り出すことに着目していると言えるであろう。しかし、他方で、判例が、被告人が厳寒期に幼児を部屋の外のベランダに出した事案において、要扶助者との間の空間的距離が少ない場合にも保護責任者遺棄致死罪の成立を肯定しているこ

↘下、山口厚「暴行・傷害」同『問題探究刑法各論』（有斐閣、1999年）32頁以下、齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊法学28号（1988年）437頁以下、大谷実「暴行と傷害」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第5巻』（有斐閣、1980年）64頁以下を参照。

147) 判例・通説は、一般的に、行為者と要扶助者の間の場所的離隔が生じることを要求しているとされる。これに関しては、和田（前掲注16）53頁を参照。

148) 遺棄罪を、保護関係の破壊を通じて要扶助者の生命・身体に危険を生じさせる罪だと理解して、扶助者と要扶助者の間の場所的離隔を問題とする見解として、酒井（前掲注5・法研論集28号）85頁以下、松原（前掲注68）161頁以下、和田（前掲注16）58頁以下。これらの見解が扶助者として想定しているのは、保護責任者のような具体的に保護任務を担っている者であろうが、このように理解する必要のないことは本文ですぐに述べる。

149) 岡本（前掲注5）5頁の注8。

とを考慮すれば¹⁵⁰⁾、場所的離隔という要素にとって、空間的な距離は重要でないように思えてくる。空間的な距離が重要でないという意味で場所的離隔という要素は不要であると言うのであれば、なお、場所的離隔を生じさせない行為であっても「遺棄」と言いうることになる。

「遺棄」概念にとって場所的離隔という要素が必要であるとしても、そもそも、誰と誰の場所的離隔が要求されるのであろうか。この点に関し、行為者と要扶助者の間の場所的離隔が必要であるということを厳密に要求する場合、「遺棄」という行為には、立ち去りや置き去りしか含まれないことになる¹⁵¹⁾。しかし、通常は、「行為者が要扶助者を扶助されている場所から扶助されていない場所に移動させた場合に、行為者と要扶助者に場所的離隔が生じていないから遺棄にあたらぬとはいわない」¹⁵²⁾。また、本稿の理解のように、217条の「遺棄」を、それ自体が消極的義務違反を構成する積極的侵害行為であると理解するならば、217条における「遺棄」行為は、相手方の権利領域を侵害する行為でなければならないことになるが、置き去りや立ち去りそれ自体は被害者の状態を変更する行為だとは言い難いであろう。つまり、行為者と要扶助者の間の場所的離隔を要

150) 大阪高裁判昭和53年3月14日判タ396号150頁。もっとも、この裁判例では、確かに保護責任者遺棄致死罪が問題となっているが、しかし、抽象的危険の発生が確定的に認められた時点、さらに被告人が被害者をベランダから入室させるべき義務があったと述べられている点に着目すれば、「遺棄」行為ではなく、被告人の「不保護」が問題とされているようにも読める。

151) なお、行為者と要扶助者の間の場所的離隔という観点ではなく、要扶助者と扶助者の間の人的保護関係の破壊という観点から、置き去りが「遺棄」の本質であると理解する見解として、酒井（前掲注5・法研論集28号）85頁以下。この見解に従えば、217条においても、行為者は要扶助者に対して有している「事実上の保護関係」を有している必要があり、それゆえに、「たとえば家の中で寝ている幼児を全く関係ない第三者がやってきて移置する場合……には遺棄とならない」（90頁）ことになるが、行為主体が全く限定されていない217条の解釈としては無理がある。このような「遺棄すべからざる義務」（宮本英脩『宮本英脩著作集 第三巻 刑法大綱 [第4版]』[成文堂、覆刻版、1984年] 298頁）は、「犯罪の一般成立要素として、当然に必要なこと」（江家義男『刑法各論』[青林書院、1956年] 214頁）でしかないものであり、本稿の理解に即して言えば、消極的義務に基づく介入禁止を意味するのである。

152) 和田（前掲注16）54頁。

求する考え方は、立ち去りや置き去りのみを「遺棄」とする点で賛同できない¹⁵³⁾。このように考えると、「遺棄」とは場所的離隔を生じさせる行為であると定義した場合に要求される場所的離隔とは、要扶助者と扶助者との間の場所的離隔ということになる¹⁵⁴⁾。

要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を要求する見解に対しては、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は、要扶助者と扶助者との間の場所的離隔というものが存在しないから遺棄とは言えないというような批判が向けられる¹⁵⁵⁾。この批判は、要扶助者には、具体的に特定された扶助者（つまり、保護責任者や扶助する意思のある者）が付いているということを前提としているように思われる。しかし、刑法217条は、「老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者」として、被害客体の状態のみ規定しているのであり、また、例えば、幼児を警察署などの前に置くといった要扶助者への（誰かしらの）確実な救助が見込まれる場合には「遺棄」に該当しないという理解が一般的になっていることからすれば¹⁵⁶⁾、扶助者は具体的

153) なお、団藤（前掲注2）452頁以下は、狭義の遺棄に関して、厳密に見れば、要扶助者の「場所的移転」を問題にしており、行為者と要扶助者との間の場所的離隔を問題にしていない。

154) 要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を要求する見解として、大塚（前掲注9・各論）59頁、同（前掲注9・遺棄罪）1601頁、和田（前掲注16）61頁。また、山口（前掲注5・遺棄罪）27頁も参照。

155) このような批判を展開するものとして、齊藤彰子「遺棄罪」法教286号（2004年）51頁、松原（前掲注5）37頁。

156) 遺棄罪を抽象的危険犯と理解するか、具体的危険犯と理解するかで争いがあるが、両見解の帰結に大差はないことを指摘するものとして、中義勝（前掲注2）62頁以下（63頁の注2も見よ）、中山（前掲注124）85頁など。抽象的危険犯であると理解しても、何らかの具体的な生命・身体に対する危険が必要であるとの理解は定着しているといってもよい（前田雅英ほか編『条解刑法』[弘文堂、第4版、2020年]656頁、大塚ほか編[前掲注44・大コン11巻]253頁〔酒井=小島〕を参照。また、被害者の生命・身体に対する具体的な危険がないために「遺棄」に該当しないとした裁判例として、大阪高裁判平成27年8月6日〔LEX/DB 25447575〕。なお、山口厚「未遂犯の成立要件」同『問題探究刑法総論』[有斐閣、1998年]248頁以下は、抽象的危険犯であっても、ある程度の具体的な危険性を要求するものを「準抽象的危険犯」と称する。）。「遺棄」と評価するために必要な危険について付言してお

に特定された人物である必要はない¹⁵⁷⁾。

もっとも、扶助者が具体的に特定された人物でなくてもよいのであれば、「要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を生じさせる」ことの内容は、判例上、要扶助者が「他人の扶持助力がなければ自ら日常生活を営むべき動作をできない者」と定義されている¹⁵⁸⁾ ことも考慮すると、要扶助者を他者からの助けを期待できないような状態に置くこと、言い換えれば、要扶助者が他者から救助される条件を取り除くことと等しくなる¹⁵⁹⁾。そうすると、この意味において、「要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を生じさせる」行為が「遺棄」であると言えるが、しかし、この理解は、空間的な距離は重要でないという意味で場所的離隔は不要であるとする見解と、実は大きな違いはない¹⁶⁰⁾。

く、この危険が、行為の危険か、それとも結果としての危険かという争いがあり（これに関しては、曾根〔前掲注16〕23頁以下、佐伯〔前掲注145〕18頁以下を参照）、「ある程度の具体的危険が発生しなければ、『遺棄』行為とは言えないとするのであれば、遺棄行為概念が価値化されすぎであり、日常的語義から離れすぎる」から、結果としての危険と理解するべきであると主張されるが（山中敬一「遺棄罪と危険概念」法セ346号〔1983年〕54頁。圏点は原著者による。）、「遺棄罪が全体として危険犯であり、かつ抽象的危険犯だとすれば、作為ないし不作為の結果としての危険も、独立の立証の対象とはならず、行為自体の危険として構成されざるをえない」のではないだろうか（中山〔前掲注124〕92頁の注1）。私見のように、生じた結果も含めた一つの出来事を刑法上の行為として理解する場合には（詳細については、拙稿〔前掲注24・関法66巻4号〕219頁以下を見よ）、結果としての危険は、行為の危険でもあるのは当然である。

157) 国家による扶助がありうることを指摘するものとして、松原（前掲注68）153頁、和田（前掲注16）61頁。もっとも、国家による保護が用意されるべきであり、そこからの場所的離隔も遺棄に含めるとする場合には、場所的離隔という用語から想定される空間的距離は重要でなくなり、場所的離隔を要求しない見解との差はなくなる。そのため、佐伯（前掲注16）99頁は、「潜在的扶助者としての国を想定して場所的離隔を認めることは、迂遠だけでなく、技巧的にすぎる」と批判する。

158) 大判大正4年5月21日刑録21輯670頁。

159) 松原和彦「判批」白鳩法学23巻1号（2016年）132頁は、第三者による保護の可能性の減少が遺棄罪における危険の内実であると指摘する。

160) このように指摘するものとして、大塚ほか編（前掲注44・大コン11巻）246頁以下〔酒井＝小島〕。

(2) 監禁罪と「遺棄」

このように考えた場合、「遺棄」とは、要扶助者を他者からの救助が期待できないような状態に置き（＝要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を生じさせて）、その結果、その生命・身体に新たな危険を生じさせる行為ということになる。このような理解の場合には、一見すると、保護責任者を始めとする扶助者を殺害する行為や、そのような扶助者を監禁する行為、扶助者が要扶助者に接近するのを阻止する行為も、要扶助者を扶助者からの救助が期待されえない状態に置くことにつながるから、「遺棄」に該当するように思える¹⁶¹⁾。しかし、そのように理解する必要はないであろう。確かに、扶助者を殺害したり監禁したりする行為が要扶助者の生命・身体に対する危険を一定程度強めると言えるが、しかし、扶助者が具体的に特定された人物に限られないことからすれば、それらの行為は、（第三者も含めた）他者からの救助が期待できない状態を作り出す行為ではないから「遺棄」に該当しないと云えるからである¹⁶²⁾。すなわち、このような行為は、「要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を生じさせた」訳ではないのである¹⁶³⁾。たとえ、保護責任者のような具体的な扶助者を殺害あるいは監禁したとしても、——当然に、その行為は当該具体的な扶助者に

161) これらの行為を「遺棄」に含めるものとして、山中（前掲注132）112頁、和田（前掲注16）64頁、山口（前掲注5・遺棄罪）27頁など。そのような見解に反対するものとして、小暮ほか（前掲注21）68頁〔町野〕。この点に関して、齊藤（前掲注18）37頁も参照。

162) 保護責任者による救助が期待できなくなるから、要扶助者が救助される可能性が減少したと言えなくもない。しかし、そうであるならば、保護責任者自身が要扶助者を警察署の前などの他者による救助が確実に期待される場所に置いた場合であったとしても、保護する意思のない保護責任者による救助はもはや期待できないはずであるから、その行為は常に「遺棄」に該当すると言わなければならないことになる。しかし、そのような考え方は、要扶助者の生命・身体に対する何らかのある程度の具体的な危険のない場合には「遺棄」には該当しないとする通説的な見解と相容れない。

163) したがって、同様の理由から、雪山の中で要扶助者から衣類を剥ぎ取るような行為も、それが要扶助者の生命・身体を危殆化するものであったとしても、要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を生じさせる行為とは言えないから「遺棄」に該当しない。なお、大塚ほか編（前掲注44・大コン11巻）247頁〔酒井＝小島〕を参照。

対する殺人罪や監禁罪に該当するが——第三者による救助が可能である限り、要扶助者が他者から救助されなくなるような状況を作成したとは評価されえないから、「遺棄」には該当しないと言える¹⁶⁴⁾。要するに、扶助者の殺害や監禁という行為は、確かに、それが要扶助者の救助の可能性を減少させているかもしれないが、しかし、「場所的離隔を生じさせた」訳ではないから「遺棄」には該当せず、それゆえ、これらの行為に遺棄罪は成立しないのである。

扶助者を殺害する行為や監禁する行為を除き、要扶助者を他者からの救助が期待できないような状態に置き、その生命・身体を危殆化する行為は、要扶助者を場所的に移転させる行為であるのが通常であろう。この限りでは、要扶助者を場所的に移転させることを217条における「遺棄」であるとするA説は正しい。しかし、上述のように、「場所的離隔を生じさせる」ことの意味が、要扶助者が他者からの救助を期待できないような状態を作成することや、要扶助者の救助される条件を取り除くことだと解するならば、それは要扶助者自身を場所的に移転させなくとも可能なはずであり、要扶助者が扶助者（すなわち他者）にアクセスできなくなることで足りることになるはずである。このように考えた場合、要扶助者が他者から隔離される状況に置くような行為は「遺棄」だと言ってよいことになる。

そのように「遺棄」を理解した場合、要扶助者が他者から隔離される状況を作成する行為の全てが「遺棄」に該当すると言ってもよいのが問題となろう。具体的に言えば、要扶助者を場所的に移転させる行為の他に、要扶助者との間に壁を作るような行為や、いわゆる「作為による置き去り」の一類型だとされている要扶助者との間にかかっている吊橋を破壊する行為も「遺棄」に該当すると言ふべきなのであろうか。というのも、確かに、これらの行為は、要扶助者

164) もっとも、山口（前掲注5・遺棄罪）27頁が述べるように、通常は、「他の扶助者が見込まれるために危険が生じないことも多い」だけであり、「扶助者の誘拐・殺害も場合によっては『遺棄』になりうる」。すなわち、非常に稀なケースではあるが、ある扶助者が要扶助者を唯一救助するという状況で、この唯一の扶助者を殺害・監禁するような行為は、要扶助者が他者から救助されえない状況を作り出すことになるから「遺棄」に該当すると言いうる。

を他者からの救助が期待できないような状態、言い換えれば、他者が要扶助者にアクセスできない状態を作出しているが、しかし、それ自体は要扶助者を監禁する行為でもあると言え、監禁罪の法的刑が遺棄罪よりも重いことを考慮すれば、当該行為は監禁罪にしか該当しないと考えることもできるからである¹⁶⁵⁾。

監禁罪の保護法益が、一般的に、個人の移動の自由であると考えられていることからすれば、生命・身体の危険を保護法益とする遺棄罪と監禁罪は重なりえない。しかし、刑法221条に、監禁罪の結果的加重犯たる監禁致死傷罪が規定されていること、そして、結果的加重犯の理解につき、それは、基本犯の行為が重い結果を発生させるような類型的な危険を有している場合であるとする見解に立つならば¹⁶⁶⁾、監禁罪の保護法益が移動の自由であるとしても、監禁行為に生命・身体を危殆化する作用のあることは否定できないことになる。この点を強調する場合、吊橋を破壊するなどして要扶助者を隔離する行為も、それ自体、要扶助者の生命・身体を危殆化する行為であると言いうるから、監禁罪と遺棄罪で保護法益が実質的に重なっている部分があると言え、この行為を「監禁」として評価すれば足りると考えることはできよう。しかし、一般的に、

165) 吊橋を破壊する行為も、それによって、要扶助者の行動範囲が一定区域に限定され、そこからの脱出が困難であることを考えれば、その可能的自由を侵害したと言えるから「監禁」に該当すると言いうる。監禁罪については、前田ほか編（前掲注156）662頁以下、団藤重光編『注釈刑法（5）各則（3）』（有斐閣、1965年）225頁以下〔福田平〕、大塚ほか編（前掲注44・大コン11巻）344頁以下〔竹花俊徳＝荒井智也〕、吉田敏雄「行動の自由の保護——逮捕監禁罪・略取誘拐罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座〈第6巻〉——各論の諸問題』（法学書院、1993年）77頁以下、佐伯仁志「逮捕・監禁罪」法教360号（2010年）100頁以下を参照。

166) このような主張をするものとして、榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』（成文堂、2011年）209頁以下、丸山雅夫『結果的加重犯の理論』（成文堂、1990年）224頁以下、同「結果的加重犯の加重根拠」阿部純二ほか編『刑法基本講座〈第2巻〉——構成要件論（錯誤、過失を含む）』（法学書院、1994年）134頁以下、同『刑法の論点と解釈』（成文堂、2014年）54頁以下。さらに、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第2版、2018年）244頁以下も参照。なお、結果的加重犯における基本行為と重い結果との関係について、佐伯和也「結果的加重犯における『基本犯』と『重い結果』との関係について——傷害致死を中心に——」関西大学法学論集52巻3号（2002年）80頁以下も参照。また、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻 総論』（有斐閣、2010年）312頁以下も参照。

任意の行動を全くなしえない生後間もない嬰兒は監禁罪の客体から除外されていること¹⁶⁷⁾、および、遺棄罪の客体たる「幼者」・「幼年者」の中に嬰兒が含まれないとは考え難いことからすると¹⁶⁸⁾、橋を破壊する行為などを総じて「監禁」と評価すれば足りるとすることもできないであろう¹⁶⁹⁾。それにもかかわらず、そのような行為が「遺棄」になるか「監禁」になるかは被害客体に左

167) 大塚ほか編（前掲注44・大コン11巻）346頁〔竹花＝荒井〕を参照。また、日高義博「逮捕監禁、略取誘拐における被害者の行動意思・行動能力」植村正ほか『現代刑法論争Ⅱ』（勁草書房、第2版、1985年）55頁以下も参照。京都地裁判昭和45年10月12日判タ255号227頁も「例えば、生後間もない嬰兒の如きは監禁罪の客体となりえないことは多く異論のないことであろう」と述べる（なお、この裁判例に関する評釈として、佐藤陽子「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔有斐閣、第8版、2020年〕22頁以下、成瀬幸典「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔有斐閣、第6版、2008年〕24頁以下を参照）。

168) 出生直後の嬰兒を「幼者」としたものと、熊本地裁判昭和35年7月1日下刑集2巻7・8号1031頁、最決昭和63年1月19日刑集42巻1号1頁。出生後約2週間の嬰兒を「幼者」としたものと、大判大正4年2月10日刑録21輯90頁。生後約2ヶ月の幼児を「幼者」としたものと、さいたま地裁判平成14年2月25日判タ1140頁282頁。

169) 島田総一郎「監禁罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、第3版、2000年）142頁を参照。これに対して、監禁罪の保護法益を「身体が正当に保護されるべき位置に保持される利益」とする見解（泉二新熊『日本刑法論（下巻）各論』〔有斐閣、訂正44版、1939年〕603頁。同様に、「人の置かれた現在の生活環境」を保護法益とするものとして、杉山博亮「略取・誘拐・人身売買罪の保護法益」岩井直子先生古稀祝賀論文集『刑法・刑事政策と福祉』〔尚学社、2011年〕442頁以下。）や、被害客体の客観的な身体の移動の自由とする見解（平川宗信『刑法各論』〔有斐閣、1995年〕153頁以下、佐藤陽子「被害者の承諾（6）——各論的考察による再構成」北大法学59巻4号〔2008年〕165頁以下）に依拠すれば、生後間もない嬰兒も監禁罪の客体となるから、吊橋を破壊する行為などを、監禁罪としてのみ処理しうるのであろう。これに対して、監禁罪の保護法益を「場所的に拘束されないことによる生命・身体の安全と身体の活動性」（辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益』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〕433頁）と理解する場合には、被害客体が嬰兒であれ成人であれ、吊橋を破壊する行為などは、明確に、監禁罪で処理すればよいことになろう。なお、歩行もできない幼児に対しては、監禁罪ではなく、略取・誘拐罪を認めれば足りるとする見解として、井上正治＝江藤孝『新訂刑法学〔各則〕』（法律文化社、1994年）53頁。

右されると理解することは妨げられない。しかし、その場合には、被害者が嬰兒であれば1年以下の懲役刑となり、それ以外の者であれば3月以上7年以下の懲役刑となってしまうこと、つまり法定刑が極端に変わることを合理的に説明できないであろう。したがって、やはり、監禁罪と遺棄罪の保護法益の違いを強調して、要扶助者との間に壁を作る行為や吊橋を破壊する行為は、要扶助者の行動の自由を制限すると共に、要扶助者を他者からの救助が期待できないような状態に置くもの、他者が要扶助者にアクセスできない状態に置くものであり、要扶助者の生命・身体に新たな危険を生じさせる行為であるから、「遺棄」に該当すると言わざるをえないことになる¹⁷⁰⁾。

4. 218条における「遺棄」と「不保護」

217条に該当する「遺棄」、すなわち積極的侵害行為としての「遺棄」を上述のように理解するとしても、218条における「遺棄」の内容は依然として問題となる。「遺棄」という文言が217条と218条に共通して用いられていることを強調して、「遺棄」概念を統一的に理解すべきなのであるか。あるいは、218条と217条では主体が異なることを理由に、218条における「遺棄」は、217条のそれと内容を異にすると理解してもよいのであろうか¹⁷¹⁾。218条が、217条から見れば加重類型であると言えることに鑑みれば、217条の「遺棄」に該当する行為は、いずれにせよ218条でも「遺棄」でもあると考えてもよいことになろう。そうすると、この問題は、要扶助者の生命・身体を直接に危殆化していない行為は「遺棄」に該当するののかという問題になるから、従来から争いのあるように、保護責任者による要扶助者の置去りが「遺棄」に該当するか「不保護」に該当するかの問題が中心となる。ただし、本稿のように、218条の主

170) これに対して、要扶助者「を」場所的に移転させる行為だけを「遺棄」とし、要扶助者「との」場所的離隔を生じさせる行為は「遺棄」ではないとするものとして、塩見（前掲注145）135頁。

171) 例えば、大塚（前掲注9・遺棄罪）1601頁は、「行為者における保護責任の有無が、遺棄行為の可罰的定型性の範囲、すなわち構成要件の遺棄行為を劃する上に、おのずから差異を導くべきことはいふ迄もない」とする。

体たる「保護責任者」は、217条の主体とは異なり、消極的義務における侵害の禁止だけでなく、積極的義務あるいは自らの組織化行為——ここでは、引受け行為——をきっかけにして生じる消極的義務に基づく中和命令も向けられている者だと解するならば、もはや作為・不作為といった遂行形態は重要ではないので、218条において、「遺棄」と「不保護」を明確に区別することの実益はなくなってくる。

もっとも、「遺棄」と「不保護」を区別する実益がないとは言い切れない部分もある。それは、特に、要扶助者を置き去るという行為が、その生命・身体に危険を生じさせるような場所に要扶助者を一人取り残すという事実であることに着目し、かつ、「不保護」の義務懈怠的性格を強調する場合である。というのも、この置き去りという行為において外形的に認識可能な変化である要扶助者が一人取り残されるという事実の存否は、——通説的見解を前提とすれば¹⁷²⁾——いわゆる実行の着手の時点を左右すると言っているのであり、加えて、犯罪の終了時点を左右すると言っているからである。すなわち、保護責任者が立ち去ることによって要扶助者が一人取り残されるという事実に着目すれば、それが行なわれた時点において、客観的に要扶助者の生命・身体に対する危険が生じたと見ることができ、この時点で実行の着手があり¹⁷³⁾、また、当該犯罪が終了したと評価できる一方で、保護責任者が立ち去らないような場合には、要扶助者の近くに保護責任者が存在するために、外形的には、要扶助者が保護責任者によって保護されうる状況が続いているように見えるから、要扶助者の生命・身体が危険に晒されたと評価できるポイントが明確でなく、それゆえに、実行の着手時点を特定し難く¹⁷⁴⁾、また、義務履行が可能な状態が続いている

172) 実行の着手に関する学説状況については、さしあたり、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会、2016年）49頁以下、129頁以下を参照。

173) 佐伯（前掲注16）99頁の注35は、「遺棄は、特定の行為である点で、不保護よりも実行行為性の認定が一般に容易」であると述べる。

174) このことから、「不保護」による犯罪についてのみ、実行の着手時点を明確化するために、「生存に必要な保護」という被害客体の具体的な状態が要求されているとも考えることはできる。これに関しては、斎藤信二『刑法各論』（有斐閣、2014年）43頁を参照。なお、不作為犯における実行の着手時点については、さしあ

点に着目すれば、当該犯罪は終了していないと言いうるのである。このように解する場合、要扶助者が一人取り残されているか否かを基準に218条の「遺棄」と「不保護」を区別する実益はあると言える。

ただし、遺棄罪が抽象的危険犯であるとはいえ、その成立にある程度の生命・身体に対する危険が要求されるのであれば、その危険性判断において、要扶助者が一人取り残されたという事実のみが決定的な訳ではないであろう。また、(真正)不作為犯である「不保護」に該当すれば犯罪の終了時点は到来しないと考えることは¹⁷⁵⁾、保護責任者の立ち去りも究極的には「不保護」であると言えること、および、刑訴法253条1項より、犯罪の終了時点が公訴時効の起算点を意味することに鑑みれば、実質的な公訴時効の撤廃にもつながるおそれがある。とりわけ、後者の問題は、被疑者・被告人を不利に取り扱うものであり、重大な疑義があると思われる。そうした重大な疑義は、事実面を強調するがゆえに生じるのであり、そうであれば、外形的に認識可能な変化

▽り、松澤伸「不真正不作為犯の実行行為と未遂について——作為可能性と結果回避可能性の機能——」早稲田大学大学院法研論集74号（1995年）271頁以下、金澤真理「不真正不作為犯の未遂」福井厚先生古稀祝賀論文集『改革期の刑事法理論』（法律文化社、2013年）459頁以下、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）211頁以下、森住信人「不作為未遂犯の可罰性」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2018年）33頁以下を参照。不保護の意義について判断した最判平成30年3月19日刑集72巻1号1頁は、「その生存のために特定の保護行為を必要とする状況（要保護状況）が存在することを前提として、その者の『生存に必要な保護』行為として行うことが刑法上期待される特定の行為をしなかったこと」が不保護だとし、被害客体の具体的な状態を要求する。

175) 犯罪の終了時点について、さしあたり、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1994年）15頁以下、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学54巻2号（2010年）61頁以下、松原芳博「犯罪の終了時期——公訴時効・告訴期間の起算点をめぐる判例の検討——」早稲田法学95巻4号（2020年）23頁以下を参照。同様の問題は、不作為による死体遺棄罪にも見られる。不作為による死体遺棄罪における犯罪の終了時期に関しては、牧耕太郎「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学59巻3号（2016年）167頁以下、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治68巻1号（2017年）75頁以下を参照。また、拙稿「判批」関西大学法学論集66巻2号（2016年）107頁以下も参照。

にのみ着目して「遺棄」か「不保護」かを区別すべきではないと思われる。

このように考えると、保護責任者による要扶助者の置去りは、たとえ、その行為によって要扶助者が一人取り残されるという事実が存在するとしても、他者による救助が可能である限りにおいては、要扶助者を他者からの救助が期待できない状態に置く行為、言い換えれば、他者が要扶助者にアクセスできない状況を作成したり、要扶助者の救助条件を除去したりする行為ではないから、この意味における「要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を生じさせる」行為とは言えないと解することになろう¹⁷⁶⁾。そうすると、要扶助者の置去りという行為が「遺棄」に該当すべきだとする必然性はない。

このように考えた場合、217条と218条で「遺棄」概念を統一的に理解すべきだという点を強調するならば、置去りを「不保護」に位置づけてもよいと言える。積極的義務・消極的義務という観点から見ても、保護責任者による置去りは、保護責任者が、自らが負う消極的義務あるいは積極的義務からの給付命令に違反することと言え、「不保護」と規範的な評価としては何ら変わらない。置去りのような遂行形態を「不保護」に位置づけようとしたD説は、この点において正当であると評価しうる。

もっとも、消極的義務・積極的義務という観点において、作為か不作為かという遂行形式の区別は重要でないことに鑑みれば、置去りを「不保護」に位置づける必然性もないことになる。そうであるならば、さしあたり積極的侵害行為としての「遺棄」以外の行為形態は、——さらに言えば、積極的侵害行為としての「遺棄」ですら——218条において、「遺棄」に該当してもよく、「不保護」に該当してもよい¹⁷⁷⁾。要するに、218条における「遺棄」と「不保護」の

176) 本稿における理解と同様に、ドイツ刑法221条においても、人を保護のない状況へと置くことを「遺棄 (Verlassen)」とするが、このことは、新たな保護のない状態の創出を意味し、単に、すでに設定された被害客体に対する危険性を強める行為は十分でないというのが一般的な理解である。Vgl. dazu S/S-*Eser*, 29. Aufl., § 221 Rn. 4a; *Sternberg-Lieben/Fisch*, Der neue Tatbestand der (Gefahr-) Aussetzung (§ 221 StGB n. F.), Jura 1999, 46; *Laue*, Die Aussetzung, 2002, S. 84 ff.

177) 保護責任者不保護罪が問題になる場面であっても、遺棄罪の危険犯的性格を考慮すれば、例えば、他者からの救助が容易に期待しうる場合には、およそ要扶助者

区別をめぐり、特に置去り行為の取り扱いについて展開された従来の学説間での争いは、保護責任者による要扶助者の置去りが、要扶助者が一人取り残されるという状況作出する点を強調して、そうした状況作出する行為を「遺棄」に位置づけるか、「遺棄」概念を217条と218条で統一的に理解すべき点を強調して、置去り行為を「不保護」に位置づけるかという強調点の違いでしかないのである。218条においては、保護責任者が、積極的義務あるいは消極的義務に基づく中和命令に違反したか否かが重要であり、いかなる遂行形式によって当該命令違反が実現されたかは重要でないから、置去りは「遺棄」あるいは「不保護」のいずれに該当しても構わないのである。誤解を恐れずに言い換えれば、従来「不保護」に該当するとされてきた態様が「遺棄」に該当すると言っても何ら問題はないのである¹⁷⁸⁾。

5. 「遺棄」および「不保護」の概念内容

消極的義務・積極的義務という観点から遺棄罪について考察した場合、217条の単純遺棄罪は、他者の権利領域に介入してはならないという侵害の禁止（消極的義務）のみを内容とすることからして、同条における「遺棄」に該当する行為は、それ自体が他者の権利領域を侵害するものでなければならず、積極的な侵害行為でなければならない。

この積極的侵害行為としての「遺棄」とは、「要扶助者と扶助者の間の場所

ㄨの生命・身体に対する危険が観念できないから「不保護」にも該当しないのであり、危険性という観点から見ても、「遺棄」と「不保護」を区別する必要はないと思われる。これに関しては、大塚ほか編（前掲注44・大コン11巻）243頁、277頁〔酒井＝小島〕、松宮（前掲注19）76頁、野村（前掲注133）264頁、佐伯（前掲注16）95頁以下を参照。

178) ただし、通説のように、「遺棄」を実現する「保護責任者」を加減的身分、「不保護」を実現する「保護責任者」を構成的身分と捉える場合には、消極的義務・積極的義務という観点から見て、置去りは「保護責任者」しか実現できないことになるので、これを「不保護」に位置づけるべきだと言えるかもしれない。もっとも、この点は、刑法65条の解釈や身分犯に関する態度決定に左右されるので、今後の課題としたい。

的離隔を生じさせ、その結果、要扶助者の生命・身体を危殆化させる行為」である。第三者を含む他者の救助が確実に期待されるような場所へ要扶助者を置いたとしても、その行為は「遺棄」に該当しないという理解が一般的となっていることからすれば、扶助者は、保護責任者のような具体的に特定された人物に限られない。それゆえ、「要扶助者と扶助者の間の場所的離隔を生じさせる行為」とは、要扶助者を他者から孤立させるような行為であり、他者からの救助が期待できないような状態、あるいは、他者が要扶助者にアクセスできないような状態に置く行為、すなわち、要扶助者から救助条件を取り除く行為を意味することになる。

積極的侵害行為としての「遺棄」に、基本的には、扶助者を殺害するか監禁するという行為は含まれない。なぜなら、扶助者は保護責任者のような具体的に特定された人物である必要はなく、言い換えれば、救助可能な他者であれば足り、扶助者を殺害・監禁しても、別の他者による要扶助者の救助や要扶助者へのアクセスが見込まれる場合には、上述の理解に基づけば、「要扶助者と扶助者の間の場所的離隔を生じさせる」ことにはならないからである。

積極的侵害行為としての「遺棄」に該当する行為、すなわち、「要扶助者と扶助者の間の場所的離隔を生じさせ、その結果、要扶助者の生命・身体に危険を生じさせる行為」には、要扶助者自身を場所的に移転させる行為だけでなく、要扶助者の目前に壁を作るとか、要扶助者との間にかかっている吊橋を破壊するような行為も含まれる。これらの行為は要扶助者を監禁する行為とも評価しうるため、監禁罪として処理すればよいようにも思われるが、出生直後の嬰兒は監禁罪の客体には含まれないとの理解が一般的となっていることに鑑みれば、監禁罪と遺棄罪の保護法益は異なると考えざるをえず、加えて、これらの行為は、他者が要扶助者にアクセスするのを困難にするという要扶助者から救助条件を取り除く行為であるから、「要扶助者と扶助者の間の場所的離隔を生じさせる行為」と言えるからである。

218条が217条の加重類型であるとも言えることに鑑みれば、217条の「遺棄」に該当する積極的侵害行為は、さしあたり、218条の「遺棄」にも該当する。

ただし、218条においては、従来から問題となっていたように、置去りを「遺棄」に含めるか「不保護」に含めるかという問題が残る。もっとも、消極的義務・積極的義務という観点から見て、「保護責任者」が、積極的義務からの給付の命令、あるいは、自身の組織化行為をきっかけにして生じる消極的義務に基づく中和命令を向けられた者だと理解される限りでは、この給付命令に反するか否かだけが重要となり、この命令違反を犯す遂行形式は重要でないと言える。すなわち、218条においては、「遺棄」と「不保護」の区別は相対化されても構わないことになるのである。

V. おわりに

1. ま と め

(1) 「遺棄」・「不保護」

消極的義務・積極的義務という観点から遺棄罪における諸概念の内容を検討した場合、結論的には、A説、B説あるいはD説のいずれの見解も支持しうる。もっとも、「要扶助者と扶助者の間の場所的離隔を生じさせる」ことを、要扶助者の救助条件を取り除くことであると理解し、そこに空間的な場所的離隔を要求しない本稿の立場からすると、217条における「遺棄」に該当する行為を、空間的な場所的離隔を生じさせるような場所的移転を伴う移置に限定している点で、A説は「遺棄」概念の内容を狭く理解しすぎている。ただし、要扶助者の目前に壁を作るとか、要扶助者との間にかかっている吊橋を破壊するというような行為は実際ほとんど行なわれないであろうから、現実的に生じうる事象を念頭に置くのであれば、A説のように217条の「遺棄」を限定的に理解しても、結論的にそれほどの不都合は生じないと思われる。

218条における「遺棄」と「不保護」の関係、とりわけ、置去りを「遺棄」に位置づけるか「不保護」に位置づけるかという問題は、置去り行為が空間的な離隔を作出する点を強調するか、217条と218条で「遺棄」概念の内容を統一的に理解すべき点を強調するかに左右される問題にすぎない。むしろ、本稿におけるように、消極的義務・積極的義務という観点から見る場合、置去り行為

を218条内部で「遺棄」と位置づけても「不保護」と位置づけても構わないことになる。

C説のように、217条の「遺棄」にも置去りが含まれるとする理解には、本稿の立場からは、賛同できないことになる。なぜなら、そのような理解は、我が国で規定されていない一般的不救助罪を實際上認めることになってしまうからである。加えて、いわゆる単純なひき逃げと呼ばれる事案で、車で轢くというそれ自体が犯罪を構成する先行行為から217条の作為義務を認めようとする点についても、本稿の立場からは、C説の理解に賛同できない。なぜなら、行為自由と結果責任という制度、および、そこから導き出される消極的義務の観点からすれば、先行行為から導き出されるのは原状回復要請という内容の中和命令であり、これは先行行為それ自体が抵触する消極的義務と同一の義務を問題とするものであって、別の犯罪を構成しえないからである。言い換えれば、先行行為それ自体が犯罪を構成する場合には、当該先行行為から作為義務が導き出されることはないので、車で轢くという行為から、217条の不真正不作為犯を認めるための作為義務は生じえず、それに伴って、置去りが217条の「遺棄」に該当することもないと考えられるのである。

(2) 「保護責任者」

「保護責任者」を不真正不作為犯における作為義務者と同一であると考えても、違法身分あるいは責任身分と考えても、「保護責任者」たる地位が認められる範囲を、作為と同価値だと言える事実をカズイスティックに列挙する従来の作為義務の発生根拠論を参照する限り、明確に画定できない。「保護責任者」の内容を理解するには、別の観点が必要である。

「保護責任者」も刑法上の義務を負う者であることに変わりなく、この点に着目するならば、法的義務の発生根拠を消極的義務・積極的義務に見る考え方は有用だと考えられる。この観点から「保護責任者」を捉えると、「保護責任者」とは、積極的義務を負う者、あるいは、自らの組織化行為をきっかけに生じる消極的義務からの中和命令を向けられた者となる。

消極的義務のカテゴリーに関して、従来、先行行為により「保護責任者」た

る地位が基礎づけられうるとされてきたが、先行行為責任の本質が原状回復要請にあり、この要請に反することは、先行行為それ自体が犯した消極的義務に反することと同義であることからすると、それ自体が犯罪を構成する先行行為から、「保護責任者」のような別の犯罪を基礎づける地位が導き出されることはないことになる。これに対して、引受け行為は、他者の財を自らに依存させる行為であり、それ自体が犯罪を構成するような行為ではないから、先行行為の場合とは異なり、引き受け行為に基づく中和命令は別罪を構成しうる。したがって、引受け行為以後の事象につき、何らかの犯罪が成立することはありうるから、引受け行為は（より正確には、引受け行為により生じる中和命令は）「保護責任者」たる地位を基礎づけると言える。このような理解、すなわち、それ自体が犯罪を構成する先行行為は「保護責任者」を基礎づけず、それ自体が犯罪を構成するわけではない引受け行為からは「保護責任者」が基礎づけられるとする理解は、これまでの判例の立場にも合致しているであろう。

2. 残された課題

本稿では、消極的義務・積極的義務という観点から、刑法217条および218条における「遺棄」・「不保護」・「保護責任者」という諸概念の内容を取り扱った。すなわち、ここでは、刑法の任務は各人の自由を保障することであるとの理解を出発点とし、この観点からすれば、刑法上重要なのは消極的義務あるいは積極的義務に違反しているか否かであり、作為か不作為かという遂行形式の区別は重要でないとする理解を前提に、遺棄罪の諸概念の内容について考察を試みている。

もっとも、作為か不作為かという遂行形式の区別は重要でないとしても、遺棄罪の諸概念の内容理解においては、とりわけ217条における「遺棄」の内容に関しては、それが積極的な侵害行為か否かという点で、本稿の理解からしても、遂行形式を重視しているように見える。しかし、それは、我が国の刑法典が一般的不救助罪に関する規定を設けていないこと、および、217条と218条の間に特殊な関係を設けていることに起因するものである。すなわち、一般的不救助罪が刑法典上に存在しないことを考慮すれば、給付命令は218条の主体た

る「保護責任者」にのみ向けられることになり、これに伴って、他者の権利領域への介入禁止のみが、217条の主体に向けられることになるからである。作為と不作為の区別の相対化を認めつつ、遺棄罪の諸概念の内容理解において、積極的な行為であるか否かを考慮することに疑問があるかもしれない。しかし、そのような理解は、我が国の刑法典における遺棄罪の規定の仕方が特殊なことに起因するのであって、消極的義務・積極的義務という観点から見ても、条文解釈としても否定されるものではない¹⁷⁹⁾。

本稿は、遺棄罪の諸概念の内容の理解を中心とする議論であったため、残された課題も多い。まず思い浮かぶのは、保護責任者遺棄・不保護致死罪と不作為による殺人罪の区別の問題であろう。判例は、両者を故意によって区別している¹⁸⁰⁾。本稿におけるように、作為義務や保護責任者を消極的義務・積極的義務という観点から捉え直す場合であっても、保護責任者遺棄・不保護致死罪も不作為による殺人罪も、共に消極的義務違反あるいは積極的義務違反である点に変わりはなく、そのために、両者の間には、故意による区別しか残っていないように思われる。しかし、行為者の主観的事情が究極的に追求不可能である点を考慮すると、故意という行為者の主観的事情によってのみ、両者を区別することには抵抗があろう。両者を明確に区別するために、何らかの客観的基準を定立するか、故意による区別でよいとしても、この主観的事情を客観化することはできないかを検討する必要があると思われる¹⁸¹⁾。

この他、「保護責任者」は身分であるとも捉えられることから、これに関する身分犯と共犯の関係も問題となる。例えば、「保護責任者」を「特別義務者」であるとする見解では¹⁸²⁾、「保護責任者」が一身専属的な義務を負う者であ

179) Vgl. Kubiciel (Fn. 30), S. 11.

180) 最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁。

181) 故意の客観化につき、さしあたり、杉本一敏「故意はどこまで客観化されるべきか」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）161頁以下を参照。また、玄守道『刑法における未必の故意——日・独比較法史研究』（法律文化社、2021年）191頁以下、237頁以下も参照。

182) 松宮（前掲注19）77頁以下、81頁。

るという点に鑑みれば、「保護責任者」という身分者による犯罪は正犯でしかありえないことになろう¹⁸³⁾。この理解の場合には、身分の有無が正犯たりうるか否かを左右するので、身分者と非身分者との明確な相違が強調されることになるから、「不法といえども、関与者相互にその評価は異なりうるものであって、身分者が関与した場合は、やはり非身分者よりはその侵害は重いものと捉えるべき」とされ、「保護責任者」による「不保護」に加担した非身分者に対して、量刑による減軽を認めるべきだとされうる¹⁸⁴⁾。しかし、本稿の理解のように、引受け行為に基づいても「保護責任者」が認められる場合には、「保護責任者」は一身専属的義務を負う「特別義務者」に限られないことになるから、このことを理由に非身分者に対する減軽は基礎づけられえないことになる。もっとも、身分犯と共犯という問題領域においては、そもそも、65条1項および2項の解釈と関連して、身分の捉え方に争いがある。65条における身分を、さしあたり、構成的身分（真正身分）と加減的身分（不真正身分）という区分で理解するのか、それとも違法身分と責任身分と捉えるのかによってでさえ¹⁸⁵⁾、保護責任者遺棄・不保護罪に対する共犯の理解についても結論が分かればよい。この問題は、今後の課題として、収賄罪のような他の身分犯との関連も含め、身分犯と共犯の問題として取り扱い、別の機会に論じたいと思う。

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

183) 平山（前掲注72）137頁以下。Vgl. *Jakobs, Beteiligung*, S. 7, 61 ff.; *ders.*, AT, 2. Aufl., 21/115 ff.

184) 佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（4・完）」立命館法学320号（2008年）67頁。

185) 身分犯と共犯に関するドイツおよび我が国の学説状況については、さしあたり、前掲注184)の文献および佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（2）」立命館法学317号（2008年）53頁以下を参照した。