

遺棄概念に関する簡潔なドグマ

江 藤 隆 之

- I 本稿の目的と性格
- II 私見
- III 先行研究
- IV 結語にかわる付け足し

キーワード：遺棄，保護責任者遺棄，保護責任者不保護

I 本稿の目的と性格

姥捨て山の民話には様々なバリエーションがあるが、多くの場合、最終的には捨てられそうになった親が助かる寓話的結末を迎える。そのような寓話から導き出される教訓や、この種の話がいかなる現実を反映したものなのかという問題は、もちろん本稿の扱うところではない。本稿が論述の糸口とするのは、「姥捨て」の「捨て」（あるいは「棄て」）とはどういう意味なのか、である。

姥捨て山の舞台は、なにも山である必要はない。捨てられた高齢者が自力で生還できず、誰からの助けも得られない場所であれば、そこは森でも浜でも良いし、砂漠でも草原でも廃病院でも誰も使わなくなった音楽スタジオでもかまわない。それまでの居住地からの距離も、もちろん重要ではない。家から遠く離れた地に住む親戚に預けられるのは捨てられたことにはならないが、家のすぐ傍の裏山であっても扶助を得られないところに放

置されれば、その老齡者は捨てられたといえる。

結局のところ、姥捨て山における「捨て」は場所的な「捨て」を意味していない。姥捨て山の物語は、扶助的な人的関係からの強制的な離脱・隔離さえあれば成立する。すなわち、扶助すべき者が扶助されるべき者との人的関係を断つこと、つまり「見捨てる」ことが「姥捨て」の「捨て」である。

ひるがえって、刑法学においては、遺棄罪における「遺棄」概念をめぐっていくつかの見解が対立しているが、いずれの見解も場所的離隔をキーワードに遺棄を理解しようとする。これは、不保護概念との対比で遺棄を説明しようとする試みであるが、場所的離隔を遺棄概念理解の中心に据えようというのは、扶助的な人的関係の断絶という遺棄の本質を見失った方法論である。遺棄が人的遺棄すなわち「見捨てる」を意味するのであれば、場所的離隔の有無にかかわらず、扶助的な人的関係の断絶が遺棄と解されるべきことになる。

現代社会においては、コンピュータネットワークを通じた遠隔地医療、遠隔地介護・介助の技術が進んでいる。我々はそのネットワークを切断することで、新たな場所的離隔を創出せずに要介護者を見捨て、その生存を危険に晒すことができる。このような行為もまた遺棄罪の対象になりうるとする解釈を確立することは現実的な要請であるといえよう。

そこで本稿は、刑法217条・218条の「遺棄」および「不保護」をいかに解釈すべきかを、以上の「扶助的な人間関係の断絶としての遺棄」の着想と条文の論理関係からドグマティシュに示すことを目的とする。

本稿では、最初に結論として私見を提示する。私見の提示は、その説明に必要な用語を定義した後に、まず結論、次にその明確化、続いて事案への適用、最後に根拠と、いわば倒叙式に描かれる。主張の根幹部分はそれで終わりである。その後、学術的に必要な先行研究と私見との関係を表示する。この構成は、私見が必ずしも従来の学説の詳細な整理の延長線上にあるものではないことに起因する。ただし、先行研究から私見の着想を得たことは疑いようのない事実であるから、その前提となる先行研究の議論

状況と直接示唆を得た具体的先行研究についてはプライオリティとの関係で明確に表示する。このような構成方法は、学説研究としての刑法学（いわば刑法学学）ではなく、現行法の良く統一された分析的解釈の提示を目的とする分析刑法学（刑法解釈学）を志向するならば肯定されるだろう。本稿は、分析刑法学の方法論の試みでもある。

Ⅱ 私 見

a) 用語の定義

本稿において使用される用語を、次のとおり定義する。

「要扶助者」とは、217条、218条の客体たる「扶助がなければ生命に危険のある老年者、幼年者、身体障害者、病者」をいう。

「具体的扶助者」とは、「要扶助者の生命に危険があり他に助けのないときその者を扶助することが法的または人的に期待される立場にある者⁽¹⁾」をいう。具体的扶助者は要扶助者を現前して知覚している必要はなく、その存在と人的関係を認識していれば足りる。たとえば、扶助が必要な老年者にとって、その状態を知っている離れて暮らす成人の子は具体的扶助者であり、扶助が必要な入院中の病者にとって、当該病院の担当医師・看護師はたとえ病室に同室していなくとも具体的扶助者である。また、ベビーシッターは扶助を必要とする幼年者に対して契約による具体的扶助者である。なお、保護責任者はすべて具体的扶助者だが、具体的扶助者には保護責任者でない者がいる。たとえば、親と同居する幼年者に対する三親等内の親族は、その幼年者の存在を認識しているかぎり具体的扶助者ではあるものの、直ちに保護責任者であるわけではない。⁽²⁾つまり、民事法的関係を基にして認定しうる具体的扶助者の方が範囲が広く、刑事法的概念である保護責任者の方がより厳格な認定が要求される。

「潜在的扶助者」とは、「現在は特定の要扶助者の存在を認識していないが、要扶助者の存在をひとたび認識すれば具体的扶助者となる者」をいう。たとえば、警察官、救急隊員、山岳救助隊などをいう。その根拠は、

法により規定されている場合の他、それに準ずるような職務・業務によって、法的・人的に扶助が期待される場合を含む。学校における教師や警備員等がこれである。そのため、無関係の通りがかりの者は潜在的扶助者⁽³⁾に含まれない。この「無関係な通りがかりの者を含まない」という解釈は、刑法が一般人による単純な不救助をあえて犯罪としなかったこと、つまり日本刑法は——たとえばスペイン刑法などとは異なり——無関係な通りがかりの者には扶助を期待していないという点から正当化される。この正当化は、警察官職務執行法3条1項2号の「迷い子、病人、負傷者等で適当な保護者を伴わず」の文言により一層強化される。警察官が迷い子（幼者）、病人（病者）、負傷者（障害者）等に対して保護責任者となるのは、⁽⁵⁾「適当な保護者」を伴わないときであり、換言すれば「適当な保護者」を伴うときは——当然であるが——警察官ですらこれらの者を保護する必要はない。警察官にあっても、要扶助者が適切な保護者を伴わないときにのみはじめて法定的に保護義務が発生するのである。そうすれば、警察官よりも義務性の低い一般人には、なお一層のこと法律の明文の定めのないかぎり扶助義務は発生しないものと解される。となれば、法は通りがかりの一般人を潜在的扶助者として見ていないことが論理的に帰結される。

「扶助者」とは、⁽⁶⁾「具体的扶助者」と「潜在的扶助者」の総称である。

「潜在的通報者」とは、「要扶助者の存在をひとたび探知すれば、自ら扶助を行うことまでは期待されないが、扶助者に対して通報を行うことが期待される者」をいう。ここでは、一般人すべてが潜在的通報者であるという想定は排除されており、一般人の中に一定の割合で潜在的通報者が含まれていると想定している。たとえば、道に病者が倒れている場合、すべての通りがかりの一般人がこの病者につき119番通報するわけではないが、その中に「潜在的通報者」が含まれる可能性がある（病者への声掛けをした後、119番する者が登場する可能性がある）という状況を想定している。この想定は、現実社会の観察にもとづく。

「扶助アクセスする」とは、「扶助者にとって、要扶助者の扶助が不可能な状態から、扶助が現に可能な状態に移行すること」をいう。たとえば、

訪問介護業者が要介護者宅を訪問すると、介護者が要介護者に扶助アクセスしたということになり、パトロール中の警察官が山奥に放置されている幼児を発見すると、警察官が幼児に扶助アクセスしたということになる。これに関連して「すでに扶助アクセスしている」とは、「扶助者にとって、扶助が現に可能な状態にある」ことをいう。たとえば、同じ家にいる親と乳児はすでに扶助アクセスしており、特別養護老人ホームに勤務中の介護士と入居中の老年者とはすでに扶助アクセスしている。

「扶助アクセス可能性」とは、扶助者が要扶助者に扶助アクセスする可能性をいう。

以下、これらの術語については、「」を使用せずに記述する。

b) 結論

遺棄とは、扶助者の要扶助者に対する扶助アクセスを切断すること、または扶助アクセス可能性を要扶助者の生命に対する危険の増大が認められる程度に低下させることをいう。遺棄の概念につき、217条も218条も概念上の相違はない。

不保護とは、扶助者自身が要扶助者がすでに扶助アクセスしているにもかかわらず扶助しないことをいう。

c) 明確化

遺棄は、扶助者の要扶助者に対する扶助アクセスを切断すること、または扶助アクセス可能性を要扶助者の生命に対する危険の増大が認められる程度に低下させることであるが、これは具体的扶助者と要扶助者との距離をとらせること、その他の方法で具体的扶助者と要扶助者の扶助アクセスを妨害すること、もしくは潜在的通報者の減少する状況を作出すること等によって行われる。

したがって、親権者や契約を結んでいる介護職員（以上、具体的扶助者）や救急隊員や警察官等（以上、潜在的扶助者）による発見が容易な場所への移置は遺棄ではなく、いまだ具体的扶助者のいない路上の患者を通

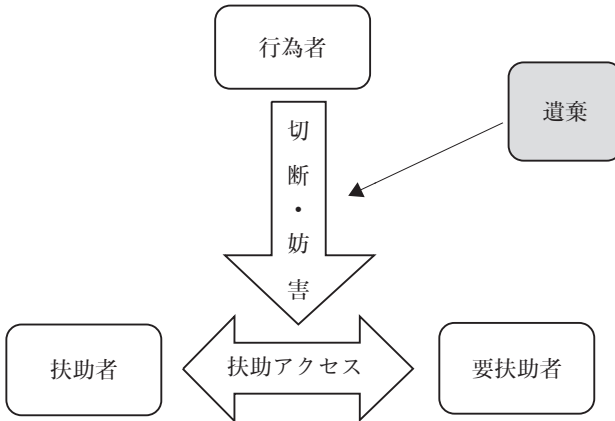
行量のほとんど変わらない場所に移動させるのも遺棄ではない。一般人による行き倒れの者に対する単純な不救助も、潜在的通報者の接近を妨害しているわけではなく、当該要扶助者に対する扶助者の扶助アクセス可能性を減少させていないため遺棄ではない。具体的扶助者が複数いる場合は、そのうち一人以上の扶助アクセスが担保されていれば遺棄ではない。たとえば、母親が父親に乳児を預けて家出したとしても遺棄ではない。

反対に、すでに具体的扶助者のいる病者を具体的扶助者の隙を見て別の場所に移置すること、親権者を嬰兒から遠ざけること、扶助者と要扶助者との間にある一本橋を切り落とすこと、要扶助者を扶助者に救助されるあてのない吹雪く屋外に出すこと、具体的扶助者を追い払い立ち去らせること等は遺棄である。なお、潜在的扶助者への扶助アクセス妨害は、潜在的通報者の登場を阻害することによっても可能であり、人通りの多い道から人通りのきわめて少ない草むらに要扶助者を移転すること、自らの自動車内に要扶助者を扶助するつもりなく運び込むこともまた遺棄である⁽⁷⁾。

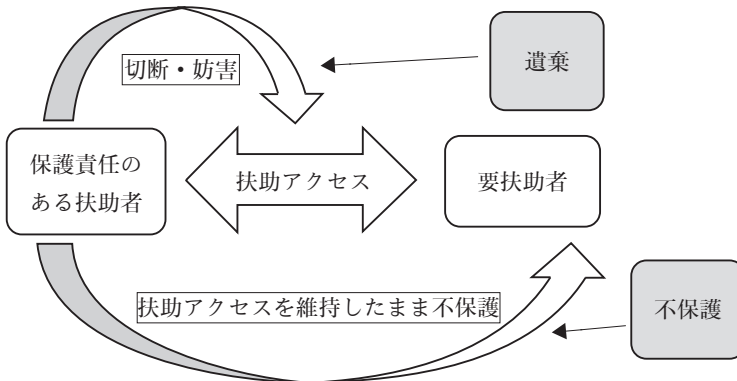
遺棄の概念は、217条と218条とで異ならない。217条においては原則として扶助者以外の者が行為主体であるために、217条の遺棄は、行為者、扶助者、要扶助者の3点関係があることが原則的な事実的前提である。そのため、217条の遺棄は、行為者は扶助者に働きかけること（たとえば、扶助者の追い払い）によっても、要扶助者に働きかけること（たとえば、移置）によっても、扶助者⇔要扶助者の扶助アクセス手段に働きかけること（たとえば、両者間の交通手段の破壊、潜在的通報者を著しく減少させること）によっても可能である。これに対して218条の遺棄は、扶助者自らが要扶助者との扶助アクセスを断ち切り、再扶助アクセス可能性を低下させることによってなされるため、行為者＝扶助者⇔要扶助者の2点関係である。この場合、遺棄は自らのステイタスを変更する（たとえば、在宅から外出）か、要扶助者のステイタスを変更する（たとえば、在宅から追放）か、自らと要扶助者との扶助アクセス手段を切断（たとえば、屋外への放置から施錠）するかによって行われる。217条の典型例たる3点関係および218条の典型例たる2点関係を典型例を図式化すると以下の通りで

【遺棄の典型例を図式化】

217条（単純遺棄）



218条（保護責任者遺棄・不保護）



ある。

なお、217条が例外的に2点関係となる場合、すなわち行為者が保護責任者ではないが具体的扶助者であるケースがある。たとえば、親と同居する幼年者に対する叔父がそれである。行為者が、たとえば自らの妹とその子たる幼年者とが同居する家を訪ねたところ、妹が不在で幼年者のみが家に残されていることを庭の窓越しに発見し、当該幼年者には生命を維持す

る日常活動のためには扶助が必要であると認識したが、扶助を面倒であると感じそのまま帰宅した場合は、扶助者たる自分と要扶助者との扶助アクセスを切断したため217条の遺棄罪が成立する。これに対して、扶助アクセスしたまま保護しなかった場合、たとえば窓越しにずっと見ていただのである場合は単純不保護であり217条の成立要件から外れ、遺棄の罪を構成しない⁽⁸⁾。もちろん、叔父が道にひとりで倒れている病気の姪を発見したような場合も、具体的扶助者たる自身と要扶助者である姪との扶助アクセスを切断する立ち去りが行われれば、2点関係の単純遺棄となる。

従来の見解は、217条と218条の遺棄概念を共通させつつ、217条の不作为の遺棄を不可罰とすることに腐心し、その方法を考察としてきたが、本稿によれば、従来の議論は仮象をめぐるものであった。217条の場合は、「行為者と扶助者と要扶助者」の3点関係を原則的事実的前提として、扶助者と要扶助者との扶助アクセスを不作为で困難ならしめることが不作为の遺棄であるが、そのような状況はほとんど考えられない。従来の遺棄をめぐる不作为議論の多くは行為者自身の「助けない」ということに注目することによって、その不作为があたかも問題となるかのような隘路に陥っていた。ところが、不作为の遺棄は「助けない」ではなく、「扶助者と要扶助者との扶助アクセスを不作为で切断・妨害する」ことにほかならないから、たとえば道端で倒れている病人を救助しないといったような単純な不救助は、扶助者と要扶助者との扶助アクセス切断をするものでないためそもそも遺棄ではない⁽⁹⁾。217条の立ち去り不救助は遺棄ではなく、218条の立ち去り不救助は遺棄（立ち止まり不救助は不保護）であるが、それは遺棄概念が異なるからではなく、217条と218条とで行為者（前者では扶助者ではなく、後者では扶助者⁽¹⁰⁾）と被害者との関係が異なるからである。

不保護は、具体的扶助者が要扶助者に扶助アクセスしているにもかかわらず扶助をしないことをいう。したがって、不保護は、行為者＝扶助者⇔要介護者の2点関係においてのみ生ずるのであり、したがってほとんどの場合3点関係を事実的な前提とする217条には、前述の叔父事例のような一部の場合を除いて、含まれないのである。

このような遺棄・不保護ともに、従来の学説が議論してきたような場所的な座標を問題としない理解は、従来の錯綜した議論を明晰化するだけでなく、これまでの見解が捕捉しきれなかった場所的移転を伴わない遺棄、たとえばコンピュータネットワークを通じて遠隔扶助（遠隔介護や遠隔医療など）が行われている場合に、そのネットワークを遮断することを遺棄として捕捉する実際の意義がある。

d) 事案への適用

【単純不救助の立ち去りの例】

例) 要扶助の病者が道に倒れているのを、通りがかりの者が救助せず立ち去った。

解) 扶助者と要扶助者との扶助アクセスを妨害していないため遺棄ではない（犯罪不成立）。

【単純不救助の立ち止まりの例】

例) 要扶助の病者が道に倒れているのを見て立ち止まった通りがかりの者が、その場で立ったまま救助しなかった。

解) 扶助者と要扶助者との扶助アクセスを妨害していないため遺棄ではなく、当該通りがかりの者は扶助者でもないため扶助アクセスを確立した扶助者が保護しない不保護にも該当しない（犯罪不成立）。

【具体的扶助者の立ち去り不救助の例】

例) 要扶助の病者が道に倒れているのを、具体的扶助者が救助せず立ち去った。

解) 行為者＝扶助者が要救助者との扶助アクセスを切断したため遺棄であり、保護責任の有無により遺棄または保護責任者遺棄に区分される（217条の遺棄ないし218条の保護責任者遺棄）。

【保護責任者の立ち止まり不救助の例】

例) 扶助を必要とする病者が道に倒れているのを見て立ち止まった保護責任者が、その場で立ったまま救助しなかった。

解) 扶助者が扶助アクセスしている要扶助者を扶助しなかったため不保護

であり、保護責任者が不保護を行ったことになる(218条の保護責任者不保護)

【扶助アクセスが著しく困難とならない移転立ち去りの例】

例) 要扶助の病者が道の中央に倒れているのを発見した通りすがりの者が、潜在的扶助者または潜在的通報者による発見が困難になるわけではない道の端に要扶助者を移動させて立ち去った。

解) 扶助者の扶助アクセスを著しく困難にしているわけではないので、遺棄に当たらない(犯罪不成立)。

【扶助アクセスが困難になる移転立ち去り例】

例) 要扶助の病者が道の中央に倒れているのを発見した通りすがりの者が、潜在的扶助者または潜在的通報者による発見が著しく困難になる道の端(たとえば道の端の草むらの中)に移動させて立ち去った。

解) 扶助者の扶助アクセスを著しく困難にしているので、遺棄に当たる(217条の単純遺棄)

【保護責任者による移転立ち去りの例】

例) 要扶助の病者が道の中央に倒れているのを発見した保護責任者が、潜在的扶助者または潜在的通報者による発見が著しく困難になるわけではない位置に要扶助者を移動させて立ち去った。

解) 行為者＝扶助者と要扶助者との扶助アクセスを自らの立ち去りにより断ち切ったので遺棄にあたる(218条の保護責任者遺棄)。

【轢き逃げ】

例) 行為者が被害者を轢き、扶助の必要な障害を負わせたが、その場を立ち去った。

解) 行為者は轢いた段階で道路交通法72条にもとついて保護責任を有する具体的扶助者となる。道路交通法72条の救護義務は事故を起こした運転者の行政的な義務を定めるとどまらず、被害者の生命・身体を積極的に保護する義務を行為者に負わせる趣旨であり、当該義務は刑法上の義務と解すべきである。したがって、その場を立ち去ることは、道路交通法違反(救護義務違反)が成立するのは当然とし、さらに保

護責任者遺棄に当たる。両罪は単純な加重類型ではないので法条競合ではなく、観念的競合となる。ここでは、遺棄罪と救護義務違反とでは客体が異なることに注意が必要である。遺棄罪の客体は扶助を必要とする状態にあることが求められるが、救護義務違反については日常生活において生命を維持するために必ずしも扶助を必要とするほどでもない怪我であっても救護することが求められている。したがって、遺棄罪における要扶助の状態とはいえない程度の怪我を負わせて立ち去るひき逃げについては、なお道路交通法上の救護義務違反罪が単独で成立する。怪我の程度が重く、扶助が必要な状態となったのに救護・扶助をせずに関立ち去った場合にのみ、保護責任者遺棄罪と救護義務違反罪の両方が成立し、観念的競合となる。

【単純扶助アクセス切断の例】

例) 一本橋の一方に要扶助者がいて、他方に扶助者がいるとき、通りすがりの者が当該扶助者が要扶助者に扶助アクセスするために必要な一本橋の道を遺棄の故意をもって栓塞した。

解) 遺棄である（217条の単純遺棄）。

【具体的扶助者を立ち去らせる例】

例) 要扶助の老人宅に訪ねてきた介護士を欺いて立ち去らせた。

解) 扶助者と要扶助者との扶助アクセスを断ち切っているため遺棄である（217条ないし218条の遺棄）。

【駐車場への乳児の置き去り】

例) 保護責任者が、駐車場に停車してある車内に乳児を置きっぱなしにして立ち去った。

解) 扶助者と要扶助者との扶助アクセスを切断しているので遺棄である（218条の保護責任者遺棄）。

【乳児への不授乳】

例) 保護責任者たる親権者が乳児に（殺意なく）授乳しなかった。

解) 立ち去り等の扶助アクセス切断がある場合遺棄であり（218条の保護責任者遺棄）、ずっと同室していたなど扶助アクセス切断のない場合

には不保護である(218条の保護責任者不保護)。ただし、他の扶助者(配偶者、自己の親、ベビーシッター、依頼をした知人など)に引き渡している場合は、扶助者と要扶助者との扶助アクセスは切れないため遺棄ではない。いわゆる赤ちゃんポストもこの類型である(当該場所が安全であることを前提に犯罪不成立)。

【合成麻薬による要扶助者の例】

例) 被害者が自ら合成麻薬を摂取したことにより要扶助状態となったが、唯一の同室者であった行為者はその場を立ち去った。

解) 行為者が保護責任者でない場合、行為者が具体的扶助者であるならば、その立ち去りは遺棄である(217条の単純遺棄)。具体的扶助者でないならば、遺棄ではないため、不処罰である。仮に、立ち去らなかった場合、不保護であるため217条では処罰されない。行為者が要扶助者に対して保護責任者であれば、立ち去りは218条の保護責任者遺棄、立ち去りがなければ同条の保護責任者不保護である。

e) 根拠

私見の根拠は、「遺棄」の語の法益関係的分析解釈にある。「遺棄」とは、「捨てる」という意味の言葉であるから、山奥に捨てるなどの場所的移転が——とりわけ不保護との対比で——従来連想されてきたのかもしれない。ところが、「遺棄」には「社会的に」あるいは「人間関係的に」「捨てる」、すなわち「見捨てる」という意味も存在する。むしろ、要扶助者の生命は扶助者の扶助によって安全が保たれ、扶助者の扶助を失うことで危険に晒されるのだという本罪の基本想定からは、扶助を必要とする者が「遺棄された」というべき状態は、扶助者との関係から疎外された状態であると理解される。扶助者の扶助による要扶助者の生命の安全確保という法益関係的理解からは、本罪の「遺棄」は「場所的に捨てる」よりも「人間関係的に捨てる」と解する方が適切である。たとえば、本稿の冒頭において触れた姥捨て山の話は、まさに「遺棄」の話であるが、これは「山」が危険なのではなく、「扶助関係から外される」ことが危険なのである。そうであ

るから、姥捨て山は山でなくても、野原でも海岸でも家の裏庭でも姥捨て山のエピソードに本質的な変更は加えられない。姥捨て山の話の本質は、「山に捨てられた」ことではなく、「人的に捨てられた」点にある。したがって、要扶助が親族や介護契約相手などの具体的ないし警察官や救急隊員などの潜在的扶助者の扶助を受けられない状態にすることを「遺棄する」と解することには合理的な根拠がある⁽¹¹⁾。このように、遺棄については、場所的離隔にこだわる必要性はない。場所的離隔よりも、扶助する人的関係の離隔にこそ要点があるといえる。

ところで、従来の見解が、遺棄を場所的離隔にこだわっていた理由は、不保護との区別にあったように思われる。となれば、遺棄と不保護とを適切に区別できるのなら、遺棄概念の中核に場所的離隔を持ち込む根拠は霧消する。そこで、私見から不保護概念を遺棄といかにして区別するのかを述べる。

扶助するには、「扶助アクセスして、助ける」必要がある。その扶助アクセスを妨害することを遺棄と理解することがすでに帰結された。ところが、そこになお、遺棄に取り込まれない行為により「要扶助者の生命を危険に晒す」類型が残されている。それは、扶助者による要扶助者への扶助アクセスは達成されているのに、扶助者が助けないというものである。これが「不保護」とであると解される。これも、「不保護」の法益関係的な分析的解釈であるといえるだろう。扶助者が要扶助者にすでに扶助アクセスしているにもかかわらず、扶助者が要扶助者を扶助しないことを「不保護」というのに、解釈上の障壁は存在しない。そればかりか、このような不保護が218条の保護責任者についてだけ問題となり、217条においては問題とならないことも論理的に説明可能となる。すなわち、実定法は、不保護を「すでに扶助アクセスがある場合に保護責任者が自ら保護を行わないこと」を不保護であると想定して定められているといえる。217条は、不保護を処罰範囲からあえて外したのではなく、原則として扶助者以外の者を行為者として想定する217条は、そもそも不保護によって犯す余地のきわめて小さい罪である。このような理解こそ、217条と218条の論理関係を

正面から捉えているといえるだろう。

以上のように、私見は、「遺棄」は人的な扶助関係からの遺棄であるとの着想を基礎にして、217条と218条の文言および論理関係から分析的に導き出されたものである。

Ⅲ 先行研究

a) 先行研究と本稿の関係

私見の導出方法は分析的でありアヒストリカルである。そうであるからといって、本稿の執筆にあたり、先行研究を参照しなかったわけではない。むしろ、「先行研究群」が醸成してきた問題意識——たとえば、遺棄の概念は217条と218条とで共通して理解すべきでないか、217条に単純な不救助を含まないようにすべきではないか、など——には大いに触発されている。また、私見の導出にあたり、大きな示唆を受けた個別文献もいくつか存在する。そのため、先行研究について触れ、とりわけプライオリティの関係を表示する。

本稿を執筆するにあたり、参照した文献は、注に示すとおりである。⁽¹²⁾

b) 従来⁽¹³⁾の学説のまとめ

従来⁽¹³⁾の学説のまとめについてであるが、山下裕樹の詳細なまとめあるいは佐伯仁志⁽¹⁴⁾の簡潔な表を参照すれば足り、私が本稿で屋上屋を架して同じようなまとめをする必要性はないだろう。⁽¹⁵⁾

c) 単純遺棄罪における三点関係の着想

遺棄を扶助者と要扶助者との関係に注目して理解すべきであるという示唆は、まず牧野英一『刑法各論下巻』の単純遺棄に関しての「遺棄は、まず、その老者幼者等をその被保護者⁽¹⁶⁾(ママ)の手から引離すことに困って成立する。そうして、老者幼者等が保護者の保護の下に在るのでない場合においては、その者を他の場所に移し保護を受けることのより困難な地位に

陥らしめることに因って成立する⁽¹⁷⁾」という記述から得た。続いて、山口厚『問題探究・刑法各論』の『『遺棄』とは、扶助者がいなければ自己の生命の危険が生じる要扶助者について、『扶助者と要扶助者との間に場所的離隔をもたらす行為』と解される⁽¹⁸⁾』との記述からも示唆を得た。なお、松原芳博は、人的関係にのみ注目すると「身寄りのない病者を保護義務のない者が山中に移置した場合のように、より危険な場所に被害者を移動させているが、はじめから保護者が存在しないため保護—被保護関係を破壊したとはいえない場合を遺棄罪の処罰対象から除外することには抵抗がある⁽¹⁹⁾」といい、「遺棄の罪は、人的保護環境の悪化と物的環境の悪化の双方から、身体的に脆弱な者の生命を保護しようとするものと解すべき⁽¹⁹⁾」というが、危険な場所であっても人的な扶助が受けられるならば問題ないことに鑑みると、物的環境よりも人的環境が本質的であるといえるだろう。もちろん、松原の想定とは反対に「身寄りのない病者を保護義務のない者が山中に移置した場合」は、潜在的扶助者および潜在的通報者による発見を著しく困難にするのであるから、人的な環境の悪化が認められ、人的扶助関係のみに着目する本稿の立場からも遺棄罪の成立が肯定される。

この点につき、和田が「国家による保護から遠ざける行為」と表現することで警察などの潜在的扶助者を考慮することへの道を拓いたのは正当である。これに対して、国家機関まで考慮に入れると考慮要素が広がりすぎるという批判がないではないが、このような批判は妥当ではない。というのも、人通りの多い街中から人通りの少ない山に要扶助者を移置することが遺棄であることに異論はないと思われるが、それは潜在的通報者による発見確率を減少させることにより、潜在的扶助者による扶助を困難ならしめるからであろう。警察などの潜在的扶助者の存在は、従来の見解でも当然に前提とされていたのである。

d) 場所的離隔要件の不要性

遺棄の概念理解として「場所的離隔」の要件にこだわる必要がないことについては、日高義博の記述にヒントを得た。その後、山口厚『問題探⁽²¹⁾

究・刑法各論』の『遺棄』という用語から、要扶助者の場所的移動が絶対に要求されるべきであるようにも思われ⁽²²⁾ないから」との記述に触れた。ただし、山口は「要扶助者の場所的移動」を不要としているだけで、両者の「場所的離隔」を不要としているわけでは⁽²³⁾ない。続けて、高山佳奈子の『場所的離隔』を空間距離そのものとして理解するのは合理的ではない。一般に『遺棄』に必要だとされる『場所的離隔』の発生は、吊り橋の落下など、保護を困難にする物理的状況の作出（時間距離の飛躍的拡大）も考慮して判断されるべきである」との記述に触れ、すでに場所的離隔概念は骨抜きにされていると考えるに至った。というのも、場所・距離の拡大に無関係な要扶助者の隠匿であっても、時間の飛躍的拡大をとまなう「保護を困難にする物理的状況の作出」に違いないので、（高山はそれでも「距離」にこだわる趣旨なのかもしれないが、少なくとも私の理解によれば）遺棄に含めるべきとなり、ここでいう「場所」や「距離」の概念はすでに空虚なものとなっているのではないかと考えるに至ったのである。山下は、場所的離隔を「要扶助者の救助条件を取り除くこと」との意味で解しつつも、「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稀であり、現実的に生じうる事象を考慮すれば」従前の見解の理解でよい⁽²⁵⁾というが、概念は正確に表現するべきであり、山下は「場所的離隔」を主張する従前の見解に賛同する必要はなかっただろう。その意味で山下の結論には賛同できないが、その「要扶助者の救助条件を取り除くこと」との理解そのものは正当であり、本稿の立場に影響を与えていることをここに明言する。また、佐伯仁志の、「要扶助者の生命・身体に対する危険を創出・増加させた場合には、……場所的離隔の有無にかかわらず、遺棄」であり、「要扶助者の生命・身体に対してすでに存在している危険に直接影響を与えない行為の場合には、場所的離隔の有無によって、遺棄（置き去り）と不保護が区別される⁽²⁶⁾」という記述も、場所的離隔の基準は相対化されており、遺棄の決定的な要素とはなりえないということを補強するものだろう。

なお、和田論文に対する議論をまとめた深町晋也による「議論のまと

め」に「保護責任者・扶助者を要扶助者に到達させない一切の行為が遺棄に当たり、必ずしも場所的離隔の作出に拘泥する必要はないのではないかとの指摘がなされた⁽²⁷⁾」という記述があり、その指摘が誰によるものなのかはわからないが、本稿はこの立場に賛同するものである。

e) 217条と218条の「遺棄」を同様に解すべきであるという前提

217条の遺棄と218条の遺棄とを別様ではなく同様に解すべきであるという前提については、通説に疑問を投げかける数多くの先行研究が醸成してきた問題意識によった⁽²⁸⁾。この前提について本稿は、多くの先行研究の肩を借りている。

f) 217条と218条との関係

松原和彦の浩瀚な研究ノートが指摘するところによれば、218条が遺棄罪の基本類型（本来的遺棄罪）であり、217条はその処罰減輕類型（非本来的遺棄罪）であるということであり⁽²⁹⁾、和田は伝統的学説がそのような理解を前提としていたことを指摘する⁽³⁰⁾。本稿は、217条と218条の要件が明確になればそれで足りるとの考えから、どちらが基本でありどちらが補充ないし特別類型であるかについては関心を払わなかった。

g) まとめ

以上のように、先行研究から多くの示唆を得ながらも、本稿が結論から示す倒叙の形を採ったのは、「場所」に拘泥するこれまでの議論を詳細にまとめてもその細部から私見に至ることはない（すなわち私見はいずれかの見解の修正説ではない）からであり、先行諸研究群は、一塊として私見に対して前提を与えたものの、個別の先行研究はいずれも部分的示唆を与えるにとどまっているからである。

IV 結語にかわる付け足し

なお、218条の遺棄が217条の遺棄より重く処罰されるのは、218条の遺棄は217条の遺棄に比して違法性が重いからである。結果無価値論の立場から責任が重くなるからであると解する立場⁽³¹⁾があるが、不当である。さらに、保護責任者不保護を遺棄罪の基本類型と解し、218条は要扶助者の生命に対する直接的危険、217条はその間接的危険であるために重さが異なるという和田の見解⁽³²⁾もある。このような理解は、218条を基本類型とみる和田の意見に賛同するか否かはおいておいても、基本的に妥当な方向性を示している。私見からの説明を試みれば以下の通りである。217条の遺棄の場合は、扶助アクセスができれば扶助しようとする者が行為者以外に具体的または潜在的に存在するのに対し、218条の遺棄ないし不保護の場合は、具体的扶助者たる保護責任者自身が故意に要扶助者との扶助アクセスを断ち切りあるいは扶助を怠るものであり、この場合、他の扶助者による扶助アクセス可能性も低くなっており、また外形的に保護責任者の領域内にいるとみられる要扶助者に対して積極的に扶助アクセスを試みて扶助しようとする者は通例存在しない（たとえば、一般に山道に一人でいる乳児は通りがかりのハイカーに保護されるが、親という乳児は保護されない）のだから、218条の遺棄を行われた要扶助者の生命は、217条の遺棄を行われた場合に比して典型的に危険であるといえる。したがって、217条より218条の方が禁止ないし命令の程度が強い規範であり、それに反する行為の規範違反性がより強度であると考えられる。

なお、本稿は218条の「生存に必要な保護をしなかった」の文言から、遺棄罪を生命に対する危険犯と解する立場を前提としている。

(了)

注

- (1) 本稿でいう「立場」や「期待」は法的な立場や期待をいい、それには

民事的なものも含む。人的関係の確定は民事規範によるのが通常である。これに対して、刑法上の概念である「保護責任者」については刑事的な保護責任を考えなければならない。

- (2) 親と同居する幼年者にとっての三親等以内の親族は、家庭裁判所が特別な事情があるため扶養義務が存すると審判しなければ扶養義務は発生しない（民法877条2項）ため、保護責任者であるとまではいえないが、仮に親が行方不明になったなど他に当該幼年者を助ける者がいない状況においては、ひとまず当該幼年者を保護すべきことが期待される人的関係者である。
- (3) 教師には安全配慮義務があるとされる。最判昭56年2月6日裁民150号75頁は、「学校の教師は、学校における教育活動により生ずるおそれのある危険から生徒を保護すべき義務を負っており、危険を伴う技術を指導する場合には、事故の発生を防止するために十分な措置を講じるべき注意義務があることはいうまでもない」という。
- (4) スペイン刑法195条1項は「遺棄され、明白かつ重大な危険に晒されている者を救助しなかった者は、行為者または第三者の危険なく救助が可能であったときは、3月以上12月以下の罰金に処する。」と一般的不救助罪を定めている。Cfr. Fátima Flores Mendoza, Omisión del deber de socorro, en Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/ Miguel Ángel boldova Pasamar (Coordinadores), Derecho Penal Parte Especial, 2016, pp. 237 ss.
- (5) 同条2項における「責任ある家族、知人等」も同様の趣旨であると解される。
- (6) 当初は、対比的に「具体的扶助者」と「抽象的扶助者」あるいは「顕在的扶助者」と「潜在的扶助者」の語を使用しようと考えたが、「顕在的」よりも「具体的」の方が、「抽象的」よりも「潜在的」の方が、語感と意味が合致するので、最終的に「具体的扶助者」と「潜在的扶助者」という必ずしも対比的でない表現を用いることにした。
- (7) 救助のために自らの車に要扶助者を引き入れた場合は、扶助者（行為者）との扶助アクセスを創出・維持するものであって遺棄ではない。また、故意や行為の危険によっては殺人罪等の別罪成立の可能性がある。
- (8) もちろん、生命・身体に対する故意が認められるような場合、これらの罪に対する不真正不作為犯が成立することは、保証人的地位・作為義務が認められることを前提に、ありうるだろう。
- (9) 保護責任者でない不作為の遺棄は、たとえば、止めなければ発車して

しまう自動案内軌条式旅客輸送システム（東京のゆりかもめや大阪のニュートラムなど）に親とはぐれた幼年者が乗り込んでしまったことを見た者が、止めなければ親と子が離れ離れになってしまうことを知りながら緊急停止ボタンを押さなかったため、親と子の扶助アクセスが切断されてしまったというような場合などが考えられるが、そのことによりただちに作為義務が認められることはないであろう。また逆に、現に要扶助者の生命への危険発生とそれについての行為者の故意が認められ、作為義務の発生も肯定されるのであれば、遺棄罪の成立を認めればよく、あえて不作為の遺棄を外すという遺棄概念の操作を行う必要はない。

- (10) 不保護においては、潜在的扶助者は主体になりえない。
- (11) 死体遺棄罪における遺棄も、死体を捨てるというよりも、葬祭者と切り離すと考えた方が法益理解にも合致するだろう。
- (12) 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣・2016年）89頁以下、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）27頁以下、大場茂馬『刑法各論（上）』（三書楼、1909年）122頁以下、岡本勝『「不作為による遺棄」に関する覚書』法学54巻3号（1990年）359頁以下、川端博『刑法各論講義』（成文堂、2007年）95頁以下、佐伯仁志「遺棄罪」法学教室359号（2010年）94頁以下、斉藤彰子「遺棄罪」法学教室286号（2004年）49頁以下、斎藤信治『刑法各論』第4版（有斐閣、2014年）40頁以下、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——」法研論集28号（1983年）71頁以下、佐久間修『刑法各論』第2版（成文堂、2012年）57頁以下、桜木澄和「遺棄罪の問題点」『刑法講座5』（有斐閣、1964年）247頁以下、須之内克彦『刑法概説各論』第2版（成文堂、2014年）42頁以下、十河太朗「遺棄の罪」『新基本法コンメンタール刑法』第2版（日本評論社、2017年）468頁以下、曾根威彦『刑法各論』第5版（弘文堂、2012年）40頁以下、高橋則夫『刑法各論』第3版（成文堂、2018年）30頁以下、高山佳奈子「遺棄の概念」『刑法の争点』（有斐閣、2007年）138頁以下、武田誠「遺棄罪の基本問題」北陸法学9巻2号（2001年）91頁以下、同「危険犯・小論——遺棄罪の解釈を出発点として」『自由と安全の刑事法学 生田勝義先生古稀祝賀論文集』（法律文化社・2014年）65頁以下、中森喜彦『刑法各論』第3版（有斐閣、2011年）35頁以下、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論』第7版（弘文堂、2018年）28頁以下、橋爪隆「遺棄罪をめぐる問題について」法学教室444号（2017年）101頁以下、橋本正博『刑法各論』（新世社、2017年）45頁以下、日高義博「遺棄罪の問題点」『現代刑法講座4

巻』(1982年) 159頁以下, 同「ひき逃げの罪責 II 反対説の展開」『現代刑法論争II』第2版(1997年) 24頁以下, 平野龍一「単純遺棄と保護責任者遺棄」警研57巻5号(1986年) 3頁以下, 前田雅英『刑法各論講義』第6版(東京大学出版会, 2015年) 61頁以下, 牧野英一『刑法各論下巻』第5版(有斐閣, 1955年) 427頁以下, 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)~(3・完)」北大法学論集57巻3号, 57巻5号, 58巻1号(2006年, 2007年, 2007年) 223頁以下, 193頁以下, 325頁以下, 松原芳博『刑法各論』(日本評論社, 2016年) 31頁以下, 松宮孝明『刑法各論講義』第5版(成文堂, 2018年) 75頁以下, 山口厚「遺棄罪」『問題探究刑法各論』(有斐閣, 1999年) 17頁以下, 同『刑法各論』第2版(有斐閣, 2010年) 30頁以下, 山下裕樹「『保護責任者』・『遺棄』・『不保護』, その内容と限界: 二つのアプローチ: 規範と事実」(2017年, 関西大学34416甲第653号), 同「遺棄罪の諸概念の内容について(1)」関西大学法学論集67巻5号(2018年) 73頁以下, 山中敬一『刑法各論』第2版(成文堂, 2009年) 90頁以下, 和田俊憲「遺棄罪における生命保護の理論的構造」『クローズアップ刑法各論』(成文堂, 2007年) 61頁以下。

- (13) 山下「遺棄罪の諸概念の内容について(1)」前掲注(12)75頁以下。同論文は, 217条, 218条の諸概念を関連性の中で理解しようという着眼点をもつ論稿の前半部である。とりわけ不作為犯の義務について分析的な展開が示唆されている。後半部で改めてどのような議論展開がなされるのか, 本稿執筆時(2019年10月)には確定的にはわからないが, 山下の学位論文において示された構想に変更がないのであれば, 217条の遺棄を「要扶助者と扶助者との間の場所的離隔を生じさ〔せ〕, その結果, 要扶助者の生命・身体を危殆化する積極的な侵害行為」と解し, 218条の遺棄については「そのような積極的な行為でなくてもよい」(同「『保護責任者』・『遺棄』・『不保護』, その内容と限界: 二つのアプローチ: 規範と事実」前掲注(12)142頁)と解することになるだろう。それは, 「『保護責任者』という概念の理解が定まれば, 必然的に『遺棄』という概念の内容も確定されることになる」(同「遺棄罪の諸概念の内容について(1)」前掲注(12)89頁)との前提によるものである。私は, 遺棄概念を217条, 218条を通じて同一に解すべきであると考えるし, 保護責任者概念の確定と遺棄・不保護概念の確定とは論理的に無関係であると解するので, 本稿では山下説には賛同しない。しかし, 山下説は説得的でもあるので, これについてはまた別の機会に検討を加えるべきであるか

もしれない。

- (14) 佐伯・前掲注(12)97頁。
- (15) 法制の沿革については、酒井・前掲注(12)81頁以下を参照すれば十分であろう。
- (16) この「被保護者」は「保護者」の誤記であろうと思われる。
- (17) 牧野・前掲注(12)433頁。
- (18) 山口「問題探究刑法総論」前掲注(12)20頁
- (19) 松原(芳)・前掲注(12)37頁以下。
- (20) 和田・前掲注(12)64頁以下。
- (21) とりわけ、日高「ひき逃げの罪責Ⅱ反対説の展開」前掲注(12)27頁の「遺棄と不保護とを場所的離隔を伴うか否かという従来の基準によって区別すべきではな」という記述。
- (22) 山口「問題探究刑法総論」前掲注(12)27頁。
- (23) 山口「刑法各論」前掲注(12)35頁は、「遺棄と不保護とは、従来の学説と同様、要扶助者と保護責任者又は扶助者との場所的離隔の有無で区別するのが妥当である」とする。
- (24) 高山・前掲注(12)139頁。
- (25) 山下「遺棄罪の諸概念の内容について(1)」・前掲注(12)140頁。
- (26) 佐伯・前掲注(12)99頁。
- (27) 和田・前掲注(12)77頁〔深町晋也によるまとめ〕。
- (28) 通説とは異なり、最近の学説は、217条の遺棄と218条の遺棄を同様に理解しようとする傾向にある。この争いについては、高橋・前掲注(12)33頁以下参照。あわせて、伊東・前掲注(12)30頁も参照。
- (29) 松原(和)・前掲注(12)、とりわけ結論部分として「(3・完)」の357頁参照。
- (30) 和田・前掲注(12)59頁。
- (31) 山口「刑法各論」前掲注(12)37頁。
- (32) 和田・前掲注(12)60頁。