
種 別： 判例研究

タイトル： 保護責任者遺棄罪における「遺棄」に当たらないとされた事例

著 者： 牧 耕太郎

所 収： 『上智法学論集』第 61 卷 1-2 合併号（平成 29 年 10 月）117-131 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

判例研究

保護責任者遺棄罪における「遺棄」に当たらないとされた事例

牧 耕太郎

大阪高判平成 27 年 8 月 6 日裁判所 HP（平成 26 年（う）第 522 号自動車運転過失傷害、保護責任者遺棄被告事件）・LEX/DB25447575——破棄自判

[事 案]

本件被告人は、平成 22 年 12 月 22 日 16 時 40 分頃、自らが教員として勤務する大阪府堺市内の小学校内の駐車場に北向きに駐車していた普通自動車に乗車し、発車した際、自転車左前方にしゃがんでいた同校児童（当時、小学校 2 年生 7 歳）に自転車を衝突させ、よって同児に骨盤部打撲の傷害を負わせた。

被告人は、自転車発車後、「わーん」という悲鳴を聞いたため、降車し様子を見たところ、同児が起立歩行できない状態であることを認識したが、同児を事故現場から約 34.5 メートル離れた校舎西側出入口付近まで、その両脇を抱えて引きずり、同児をそこに放置した。同児はその後同所から数メートル離れた空き教室前まで這って行き、間もなく学童保育施設職員に発見された。なお、同児の傷害は、5 日間の局所安静及び創傷措置が必要な程度の軽傷であった。

被告人は、以上の事実につき、自動車運転過失傷害罪と保護責任者遺棄罪で起訴された。

第一審判決（大阪地堺支判平成 26 年 3 月 5 日 LLI/DB06950188）は、自動車運転過失傷害罪の成立を否定した上で、保護責任者遺棄罪については、本判決のまともるところによれば、大要「先行行為に基づいて、被告人が被害者を保護する責任があるとはいえないし、同じ小学校の教師と児童という関係のみで、面識のない被害者を保護する法的な責任を生じさせるものではなく、被告人が他者の保護を困難ならしめるような状態で引受をしたような事情もない。結局、保護責任者遺棄についても、検察官が合理的な疑いを超える公訴事実の立証を行ったとは認められない」として、保護責任者遺棄罪の成立を否定し、無罪判

決を下したところ、検察官より控訴がなされた。

[判 旨]

本判決は、自動車運転過失傷害罪について有罪としたが、保護責任者遺棄罪については無罪とした。

1. 保護責任について

「被告人については、被害者に対する自動車運転過失傷害の事実が認められるから、自らの過失で負傷させた当時7歳の被害者に対する保護責任を負うことは明らかである。」

2. 遺棄について

「ア まず、事故後の被害者の状況についてみるに、……被害者は、被告人から声を掛けられても立ち上がることができず、被告人に両脇を抱えられて校舎西側出入口付近までの約34.5mを引きずって行かれ、濡れた衣服のまま放置された後、同出入口から前記学童保育施設のある空き教室前まで数m廊下を這っていったと認められるのであり、事故に伴う衝撃により起立・歩行できない状態であったことは明らかである。……被告人は、被害者が衝突に伴う衝撃により起立・歩行できない状態にあったことを認識していたと考えられる。

もっとも、被害者は、堺市内の病院へ搬送された後は、カルテにおいて、『活気あり歩行も可能になる』とされるような状態にあり、……受傷日から約5日間の局所安静及び創傷処置が必要であると診断されるにとどまっている(括弧内略)。このように、被害者の容態は比較的軽微であったといえる。

イ 次に、被告人の行為の危険性についてみると、被告人が被害者を引きずって行って放置した校舎西側出入口は、学童保育施設に利用されていた前記空き教室と運動場との移動経路上にあって、運動場にいた児童らが上記施設に戻ることが予定されていたのは、午後5時10分頃、すなわち、本件の約30分後であり、その間には、教員等の通ることが期待できない状況にあったから、そのような場所に被害者を放置した被告人の行為は、被害者の生命・身体の安全に配慮しない無責任で極めて不適切なものというほかない。

もっとも、被害者が学童保育施設職員に発見された経緯は、被害者が述べるように、『廊下を手で進んで、みんなが遊んでるドアのところまで行って、そしたら、先生が見つけてくれて』というものであったところ、上記出入口から上記空き教室まではわずか数mの距離であり、実際に被害者は放置されてから間もなく学童保育施設職員に発見されて保護されているのである。そうすると、上記出入口付近まで被害者を引きずって行って放置した被告人の行為は、

被害者の当時の容態が比較的軽微であったことも考慮すると、それだけでは、被害者の生命・身体に直ちに具体的な危険を生じさせ得るものとは認め難いというべきである。

(3) そして、遺棄罪における『遺棄』とは、対象者の生命・身体に具体的な危険を生じさせるに足りる行為であることを要すると解すべきところ、被告人が被害者を前記校舎西側出入口付近まで引きずって行って放置した行為は、前判示のように、被害者の傷害の程度や、被害者が放置されたのが学童保育施設職員から容易に見えられて保護され得る場所であったことにも照らすと、それだけでは、被害者の生命・身体に直ちに具体的な危険を生じさせ得るものとは認め難く、保護責任者遺棄罪にいう『遺棄』には当たらないというべきである。したがって、保護責任者遺棄罪の成立を否定した原判決の前記判断は、結論において正当である。』

[研究]

1. 論点

本判決は、保護責任者遺棄罪の成立を否定した稀有な事例の1つである⁽¹⁾。本件については、「身体に対する危険が認められるかどうかの限界事例」という評もあり⁽²⁾、その意味でも参照する価値があるものと思われる。

本判決では、保護責任者遺棄罪については2つの点が判示されている。すなわち、「自らの過失で負傷させた当時7歳の被害者に対する保護責任を負うことは明らか」という、被告人の保護責任についての判断と、「遺棄罪における『遺棄』とは、対象者の生命・身体に具体的な危険を生じさせるに足りる行為であることを要する」という理解を基礎に、本件の事情の下では、「保護責任者遺棄罪にいう『遺棄』には当たらない」と判示した点である。本稿においては、この2点と、その前提となる遺棄行為の理解についての、計3点について検討を施すこととする⁽³⁾。

(1) 他に著名なものとしては、東京高判昭和60年12月10日判時1201号148頁がある。この事案は、泥酔した内妻を風呂場に放置した被告人について、被害者の衰弱状態についての証明がなく、かつ被告人に故意もないとして、重過失致死罪のみを認めたというものである。

(2) 齊藤彰子「判批」平成27年重要判例解説（以下、齊藤「判批」とする）156頁。

(3) なお、本件についての裁判所HPでは、控訴審における検察官からの事実取調べ請求について、原審検察官の主張や立証及び検察官の控訴趣意等から逸脱しており、これを許せば、審理の更なる長期化を招き、弁護人に新たな防御のための弁護活動を強い、被告

2. 保護責任

(1) 前提となる理解

保護責任の法的性格は、それ自体1つの論点を形成している⁽⁴⁾。通説的理解によれば、保護責任者遺棄致死罪と不作為による殺人罪は、行為主体は同一の法的地位＝保障人的地位（＝保護責任者）を持つのであって、その区別は故意によるとする⁽⁵⁾⁽⁶⁾。したがって、保護責任者遺棄罪における保護責任者は、不作為による殺人罪における保障人的地位を持つ者と同一であり、その検討の基準・方法は保障人的地位のそれと同一だということになる。他方で、学説上では、保護責任は、保障人的地位よりも重いものでなければならないという有力な批判がある⁽⁷⁾。

ところが、通説的な理解を前提としたとしても、本判決のいう「自らの過失で負傷させた当時7歳の被害者に対する保護責任を負うことは明らか」との理解は、本判決がいうほどには自明ではない。

(2) 本判決とこれまでの理解との比較

本判決では、判文上は、自動車事故による年少者への傷害ということが被告人の保護責任を基礎づけている。すなわち、先行行為のみで保護責任を基礎づけているように見えるのである。第一審においては、「自動車運転過失傷害の

人にも無用な負担を課することになるとして、信義則に反して許されないという部分も判示事項・裁判要旨にされており、この点は刑事手続法上の問題である。

- (4) なお、保護責任についての法制史的な検討として、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)・(2)・(3・完)」北大法学論集 57巻3号(2006) 1310頁、同5号(2007) 2346頁、58巻1号(2007) 166頁がある。
- (5) さらに、不作為による保護責任者遺棄罪（置き去り）と要扶助者不保護罪の主体となる作為義務者と同一であるということとなる。
- (6) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社・1990）453頁。判例理論としては、大判大正8年8月30日刑録25輯963頁などが、保護責任の発生根拠として、法令・契約・事務管理・条理・慣習を指摘していることを理由に、作為義務と保護責任が同一であると考えられているようである。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第11巻』（青林書院・2014）（以下、大コンと略す）295頁〔半田靖史〕。もっとも、遺棄と不保護との関係では、この内部でまた争いがある。通説は、不作為による遺棄（置き去り）と不保護を区別するが、例えば西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂・2012）30頁では、遺棄を作為に限定することで刑法217条の単純遺棄罪の遺棄概念と平仄が合うことを理由に、不作為はすべて不保護とする。
- (7) 伝統的なものとしては、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977）164頁、同「単純遺棄と保護責任者遺棄」警察研究 57巻5号（1986）3頁以下。なお、現在の学説の状況については、大コン 283頁以下〔半田靖史〕を参照。

事実が認定できない以上、先行行為に基づいて、被告人が被害者を保護する責任があるとはいえないし、同じ小学校の教師と児童という関係のみで、面識のない被害者を保護する法的な責任を生じさせるものではな」と、本件被告人の保護責任を否定していた。両者の判断を見比べると、第一審においても、もし先行行為であるところの自動車運転過失傷害罪が肯定されていたのならば、被告人の保護責任者該当性が肯定される余地がある。

この点について、先行する判例等としては、例えば、最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁がある。これは、自動車を運転中に過失によって通行人に歩行不能の重傷を負わせたところ、被害者を自車に運び入れて現場から離れたが、途中で「医者を呼んでくる」と嘘をついて、被害者を車道中に降車させ逃走したというものである。最高裁は、これに対して、「本件の如く自動車の操縦中過失に因り通行人に自動車を接触させて同人を路上に顛倒せしめ、約三箇月の入院加療を要する顔面打撲擦傷及び左下腿開放性骨折の重傷を負わせ歩行不能に至らしめたときは、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」（圈点引用者）と判示し、保護責任の発生根拠を法令（具体的には、当時の道路交通法24条、同法施行令67条の救護義務）に求めていた。

その他、下級審ではあるが、東京高判昭和37年6月21日高刑集15巻6号422頁では、過失運転で被害者を跳ね飛ばして重傷を負わせたところ、被害者が意識を失っており、歩道上まで運んで放置し、逃走した事案について、「自動車の操縦中過失により人に傷害を与えた者は、道路交通法第七二条第一項前段の規定により、直ちにその運転を停止し、負傷者を救護する義務が定められているから、右は正に刑法第二一八条第一項に言う病者を保護すべき責任ある者に該当すると言うべきである」とし、上掲の昭和34年最判を参照する⁽⁸⁾。

他方で、厳密にはひき逃げの事例ではないが、被害者が面識のない被告人の運転する自動車に同乗し、被害者の降車要求に応じなかった結果、被害者がやむを得ず同車から飛び降り、瀕死の重傷を負ったところ、被告人は被害者を道路端から3メートル入った畑内の窪みに移し、逃走したという事案である東京高判昭和45年5月11日高刑集23巻2号386頁では、「刑法第二一八条第一項

(8) さらに、同東京高判は、続けて、「刑法第二一八条の規定によつては、同条の保護責任が継続的に保護する責任ある場合に限定される趣旨であるとは認められず、応急的に保護責任の発生した者についても、なお適用のあるものと解するのが相当である」として、いるところが目を引く。

の保護責任の根拠は、法令、契約、慣習、条理などのいずれであるかを問わないのであつて、……条理を除外すべき理由はない。したがつて、本件のように、自動車運転者が歩行者を誘つて助手席に同乗せしめて走行中、しきりに下車を求められたにもかかわらず走行を継続したため、同乗者が路上に飛び降り重傷を負つた場合に、その救護を要する事態を確認した運転者としては、いわゆる自己の先行行為に基き、刑法第二一八条第一項の保護責任を有するものというべく、このことは右運転者が道路交通法第七二条第一項前段の救護義務を有すると否とを問わないと解すべきである」と、先行行為に基づく保護責任を認めている。

もっとも、理論上、先行行為の存在は、不作為犯における作為義務を基礎づける主要な要素の1つだとされてきた⁽⁹⁾が、判例上、実際に単なるひき逃げだけで作為義務が肯定されたものはないと見られてもいる⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。すなわち、いずれの事案も、判文上はともかく、被害者に対して支配状態を形成するなどしており、これらの点が看過し得ないというのである⁽¹²⁾。この点を考慮しても、さらに前掲東京高判昭和37年6月21日が、本件と異なり公道上のものであるとしても、本件と同様に、過失による事故後被害者を歩道という比較的安全な場所に運んだ事例で保護責任を肯定していたことを考えると、本件においても被告人の保護責任を肯定することに妨げはなかったものと考えことは十分に可能であろう⁽¹³⁾。すなわち、先行行為を理由に保護責任者性(=保障人的

(9) 大コン299頁〔半田靖史〕。

(10) 大コン299頁〔半田靖史〕、齋藤「判批」156頁も参照。そのため、大コン299頁では「先行行為が行為者と被害者の最初の接点となるような事案では、……先行行為独自の意義は乏しい」と推量している。

(11) ただし、団藤・前掲注(6)454頁は「自動車の操縦をあやまつて歩行者を負傷させたような場合にも、運転者は負傷者を保護する責任がある」とし、前田雅英編集代表『条解刑法〔第3版〕』(弘文堂・2013)637頁も最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1163頁を引いて、「判例は、自動車運転手の負傷者救護義務(道交72①)を根拠として、法令により病者を保護すべき責任のある者に該当すると判断している」とする。しかし、同書も、この判例が被害者を自車に引き入れて、降雪中の薄暗い車道に放置したことに注意を促しており、団藤博士の指摘とはニュアンスを異にしている。

(12) なお、林美月子「保護責任の発生根拠」『刑法の争点〔第3版〕』(2000)137頁は、昭和45年の東京高判を指摘して、「判例が二一七条の作為義務に過ぎないもの、あるいはそれより薄い義務しかない場合にも保護責任を見ていることの証左となる」と、保護責任の認定が実務上は相当緩やかであることを認めている。もっとも、昭和45年東京高判の事案はひき逃げではないため、学説の「単なるひき逃げが保護責任者遺棄罪となつた例はない」との指摘は、文字通りでは正しいのであろう。

地位)を認めるものが、実際には先行行為をトリガーとした+ aが暗黙ないし無意識のうちに必要視されているのだとしても⁽¹⁴⁾、本件では事故に加えて被害児童に手を触れ、運び始めた部分をもって保護責任者性を肯定したと見る余地があるのである⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。確かに、昭和37年東京高判は、公道上のものであるが故に、道交法上の救護義務をもって保護責任を基礎づけているのに対して、本件は現場が公道でないため、道交法によることはできなかった。そこで先行行為を持ち出さざるを得なかったものと考えられるが⁽¹⁷⁾、形式的三分説で用いられたような根拠を用いる限り、法令によるか先行行為によるかは大差を生むものではなかろう⁽¹⁸⁾。加えて、事故現場は被告人の勤務する小学校であり、被告人と被害者の関係は小学校を媒介に、教師と児童という関係にあった⁽¹⁹⁾。しかも、被害児童の傷害は全治5日の軽傷であり、簡易な治療措置を行う障害がほとんどなかったことなども、暗黙あるいは無意識にであれ、影響を与えていないかとも疑われる。

他方で、重症者である信者を病院からその家族(この者も信者)から連れ出させ、シャクティパットなる宗教行為のみを施した教祖に保護責任者遺棄致死

(13) なお、第一審が先行行為を基礎づけた理由が、「交通事故」ではなく、違法性のある「自動車運転過失傷害罪」であることも目を引く。

(14) 前田編・前掲注(11)637頁参照。

(15) 小林充原著・植村立郎監修・園原敏彦改訂『刑法〔第4版〕』(立花書房・2015)39頁以下は、先行行為によって保障人的地位・保護責任者該当性が認められるとしても、ひき逃げの場合には、単に先行行為だというのみならず、その内容、結果発生危険性の程度とその防止に必要な措置の内容、他に結果防止可能な者がいたか、先行行為に引き続く行為の有無・その内容等多元的な考察が必要であるとしている。

(16) もしこのような理に拠るのなら、遺棄の開始時点と保護責任の発生時点が一致することとなるが、このような理解の当否については、なお検討の余地があるように思われる。

(17) 松原和彦「判批」白鷗法学23巻1号(2016)136頁参照。

(18) なお、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂・2003)67頁以下は、先行行為を保障人的地位の発生根拠から外し、逆に法令——より一般的に「法規範」——こそが保障人的地位を基礎づけるとしており、高山教授の理解からすれば、ここには大差があることになる。もっとも、同「遺棄の概念」『刑法の争点』(2007)139頁は、保護責任を限定的に解しており、後述のとおり、本件においても保護責任を否定するものと思われる。

(19) もっとも、本件第一審は、被告人・被害者間に「同じ小学校の教師と児童という関係以上のものはないが、そもそも被告人と被害者は元々面識がなかったことも考えると、上記の関係が、……法的な保護責任を生じさせるようなものではないというほかない」と、児童と教師という関係での保護責任を否定している。

罪を肯定した最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁が、旧来の形式的三分説を想起させる文言を一切用いずに具体的事実を摘示して、判断をしたところからすれば、このような先行行為という一種の条理をその他の説明を何も加えずに用いたことは、判断としては少々拙速との感が否めない⁽²⁰⁾。

本判決を検討した齋藤彰子教授は、法益に対する支配がない事例における先行行為のみの不作為犯処罰が判例上見られないという前提や学説上の排他的支配説などを前提にすると、不作為犯における保障人と保護責任者を等置する立場によると「本件において保護責任を肯定することは困難」とされ、保護責任者を保障人よりも重い責任を負う者であるとする見解⁽²¹⁾からは「本件において保護責任を肯定することは一層困難」とされている⁽²²⁾。本件をこれまでの裁判例から逸れたものだと見るのであれば、このような齋藤教授の見立ては至極当然だということになる。

なお、本件で保護責任者該当性が否定されることは、直ちに不可罰を導くものではない。むしろ、基本類型であるところの単純遺棄罪(刑法217条)の検討可能性が湧き上がることとなる。

3. 遺棄について

(1) 遺棄についての基本的理解

保護責任者遺棄罪における遺棄の態様については、その基本類型である単純遺棄罪における遺棄概念との関係で、議論がある。通説的な理解によれば、単純遺棄罪における遺棄は作為によるものであるが、保護責任者遺棄罪における遺棄には不作為による場合も含むとされる。それは、前述した、保護責任者と保障人的地位が一致するという理解と連動している⁽²³⁾。もっとも、この点には、前述した保護責任者と保障人的地位との差異を肯定する立場から批判を受け、単純遺棄罪においても不作為による場合を肯定するものがある⁽²⁴⁾。本稿においては、判例研究であることから、基本的に通説的立場を前提とする。

(20) もっとも、遺棄該当性が否定されることを理由に、ここの判断は簡単に済ませたのかもしれない。

(21) 前掲注(7)参照。

(22) 齋藤「判批」156頁。

(23) 典型例として、団藤・前掲注(6)453頁。

(24) 岡本勝「『不作為による遺棄』に関する覚書」法学(東北大学)54巻3号(1990)9頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣・2010)34頁など。

(2) 不作為による遺棄の可能性と妥当性

齋藤教授は、作為による遺棄を検討し、その後被告人の保護責任者該当性を検討し、さらに不作為による遺棄の検討を行っている。確かに、とりわけ保護責任者と保障人的地位とを同一視する立場からは、保護責任者該当性を肯定したのであれば、この点についての検討も可能になってこよう⁽²⁵⁾。だが、これは本判決が明示するところではない。本判決の基本的な理解としては、本件はあくまで作為による遺棄の事案であり、不作為による遺棄を論ずるような事案ではなかったとみているのではないかと思われる⁽²⁶⁾。

この点について、齋藤教授は、本判決が被害児童の移置については生命・身体に直ちには具体的な危険はないとしていることから、それによって生じた放置も、ケガの軽微性や学童保育施設職員による保護の可能性故に、上記の危険がなかったのだということを含意しているのだとすれば、そもそも被告人には作為義務はないという。

今少し不作為による遺棄を検討する意味について考えてみると、不作為が作為に後続する場合には、基本的には先行する作為によって判断すべきという立場⁽²⁷⁾と、切り離して考えることができるという立場⁽²⁸⁾の2つの立場がある。前者の理解を基礎づけているのは、先行する作為についての刑法的評価はその後の事情を包摂してなされるものであるというものである⁽²⁹⁾。対して、後者は作為と不作為は両立し得る概念であることを前提に、論理的にはその優先劣後は存在しないものの、不作為犯であれば作為義務の存否の検討という加重的

(25) 保護責任者と保障人的地位とは異なるという立場に立ち、かつ単純遺棄罪において不作為犯の成立を肯定する立場に立つとしても、本件において不作為による単純遺棄罪が肯定されるかどうかは別問題である。山口・前掲注(24)35頁及び同頁注(39)参照。

(26) 本件においては、判文を読む限り、不作為による遺棄について検察官が訴因設定したというような事情や、それについて裁判所が何らかの釈明をしたというようなことはなかったようである。

また、齋藤教授も本件を不作為犯として処罰すべきとはしておらず、不作為犯構成は一応の検討にとどまっているものと思われる。

(27) 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）468頁。

(28) 例えば、橋爪隆「不作為と共犯をめぐる問題」法教422号（2015）86頁。

(29) 金澤・前掲注(27)468頁。「既遂（結果）の発生が、作為による行為が通常外界にもたらす変化の中に織り込まれている限りで、その後の不作為を考慮する必要はな」く、それにもかかわらず「不作為犯が問題となるのは、既遂を実現させる危険が、刑法上行為者による作為によって発生したものと解されない、即ち、危険発生の原因が、（作為を想定した）構成要件に該当せず、たかだか先行行為と認められる場合に限ってである」。

要素があるために、一応作為を優先的に検討するというだけで足りると考える⁽³⁰⁾。両者の理解から導かれる帰結にはそれほど差がないものの、その前提とする作為、ひいては行為というものの捉え方には差があり、誤解を恐れずに言えば、前者は行為を線として、後者はこれを点として捉えているということができよう。

裁判例に親和的であるのは、前者であるように見える。例えば、大阪地判平成25年3月22日判タ1413号386頁が、死体を交際相手の部屋から自室に運んで以降の保持や転居の際にも死体と共に転居した事案で、最初の自室への運び込みにおいて違法評価が尽くされていると判断したことなどにもこのような判断が窺える⁽³¹⁾。そうだとすれば、本件において、被告人が被害児童を引きずって行った場所に置き去りにすることでは捕捉し切れなかった危険が特にない限り⁽³²⁾、置き去り後の危険というのはなお置き去り行為によって評価されるべきものというべく、本件において特段置き去り後の部分を独立に取り上げて不作為犯の訴追・判断をしなかったことも十分に首肯し得る。

なお、齋藤教授は、被害児童は「事故の衝撃で水溜まりに転倒し全身ずぶ濡れになっており、本件が発生したのが12月22日の午後4時40分頃であったということからすれば、身体に対する危険がおよそなかったとまで言えるかには疑問もあり」得るとしている⁽³³⁾が、それは本件を不作為犯構成しなければ検討の土俵に上ってこないものではなく、作為犯構成でも十分に考慮すべき要

(30) 橋爪・前掲注(28)87頁。

(31) 判タ1413号387頁の匿名解説も「不真正不作為犯は、作為による形態の行為により当該事象の違法性が評価し尽されていない場合に限り検討すれば足りるという見解が有力であり、実務も大方このような考え方に基づいて処理されているものと思われる」としている。もっとも、橋爪隆「不真正不作為犯における作為義務」警察学論集69巻2号(2016)125頁は、平成25年大阪地判では後行する不作為の部分で不可罰的事後行為だと評価したのだと理解し、本来は包括一罪で処理すべきではなかったかとする。なお、同「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」椎橋隆幸先生古稀記念『新時代の刑事法学(下)』(信山社・2016)267頁以下も参照。

(32) 千葉地判平成24年7月10日LEX/DB25482432では殺人未遂の処罰の基礎となる危険判断について、便器への出産、出産場所にあったゴミ箱の中のビニール袋に同児を入れ、その口を縛り、ゴミ箱へ放置し、立ち去ったというそれぞれの行為からそれぞれ別個独立した危険の発生が認定されていた。これらは、それぞれ同児の死因になり得る危険を異にするという側面を持つものの、見方によっては、これら一連の行為が有する危険を(判決の説得力を持たせるために)数え上げたに過ぎないとも考えることができようか。

(33) 齋藤「判批」156頁。

素である。もっとも、後述するように、本件において不作為犯構成をしたとしても、置き去りによって生じる危険が可罰的違法性をもたないのであれば、結局において不作為犯の成立も否定されることとなる。

(3) 遺棄における危険について

遺棄罪における遺棄の概念については、一般的に「保護を要する者を保護のない状態に置くことによって生命・身体の危険にさらすこと」とされているが、この「危険」については、特段の認定を不要とするのが大審院からの流れである。例えば、大判大正4年5月21日刑録21輯670頁は、「法律は上叙の行為を以て当然老幼不具又は疾病の爲めに扶助を要する者の生命身体に対して危険を発生せしむる処にあることを想定し之を処罰の理由と爲したるものなるを以て遺棄の事実にして判示しある以上は特に危険の発生虞ある状態の存在に付き説示することを要せず」としている。このような理解を基礎に、遺棄罪は抽象的危険犯だと考えられている⁽³⁴⁾。この判示でも遺棄行為は生命・身体に対する危険を発生させることが処罰の理由であると明言されている。したがって、およそ被害者の生命・身体に危険が発生する恐れのない場合には、この判例の射程外にあると見ることは不可能ではないし、これまでの判例・学説の理解もそのようなものであったと思われる。もっとも、その説明の仕方は、とりわけ学説上は必ずしも軌を一にしていない⁽³⁵⁾。

本判決では、被害児童の容態、行為の態様、被害児童を放置した場所、放置後の児童周辺の事情などに触れ、「それだけでは、被害者の生命・身体に直ちに具体的な危険を生じさせ得るものとは認め難い」として、刑法218条の「遺棄」該当性を否定している。この判断自体は是認し得るものの、そこに至る過程及びこの判断の結論の（些細であり得る）表現には若干の疑義がある。それは、遺棄の認定に生命身体への危険発生についての具体性を要求し、危険発生についてはさらに「直ちに」という時間的切迫性をも要求しているように見える点である。

危険という概念ないし発想は、①何らかの損害が発生する②可能性があることをいうが、時に、それが③切迫していることを指すこともある⁽³⁶⁾。抽象的危険犯というときには、損害発生②可能性の具体性の程度を指すものと考え

(34) もっとも、学説上は、遺棄罪を具体的危険犯に位置づけるものもある。団藤・前掲注(6)452頁参照。

(35) 学説の分布などについては、大コン247頁以下〔酒井邦彦=小島吉晴〕などを参照。

(36) 安田拓人ほか『ひとりて学ふ刑法』(有斐閣・2015)324頁〔安田拓人〕。

られるが、これは、③発生の切迫度とも関係があるといえよう⁽³⁷⁾。すると、抽象的危険犯であるということは、基本的に、損害発生の可能性は必ずしも高くなく、それに伴い、損害発生の切迫性も必ずしも要するものではないと考えられる。このような観点から、上記の「直ちに具体的な危険」という表現は、抽象的危険犯としての遺棄罪についての判示としては必ずしも妥当なものではない。

この点、従来の裁判例においては、遺棄罪においてこの「具体的な危険」とか「具体的危険」が言及されても、これが必要であるという弁護人の主張を排斥するものがほとんどであった⁽³⁸⁾。もっとも、そのような場合でも、具体的な事実に基づいて遺棄該当性が認定されてきたとの指摘もある⁽³⁹⁾ところである。それを前提に本判決を善解すれば、このような裁判所の実際の判断を判文上明示したものだといえるかもしれない。

また、本判決では、「直ちに」という危険発生の切迫性を要求しているように見えるところ、遺棄罪を抽象的危険犯だと考える限り、これも過度の要求である。抽象的危険犯における危険の抽象性というのは、その危険が一般的・類型的であるか、あるいはそれが擬制されているというところ由来している⁽⁴⁰⁾。そうすると、危険実現の切迫性というのは十分条件ではあっても、必要条件ではない。

このように見れば、本判決において、裁判所は本罪を実質的には具体的危険犯だと理解したものとみるのが自然である。だが、抽象的危険犯なのか具体的危険犯なのかは条文の書きぶりの問題であるという伝統的理解⁽⁴¹⁾を基礎とす

(37) 井田良『講義刑法学・総論(第4刷)』(有斐閣・2011)102頁注(40)。

(38) 例えば、名古屋地判昭和36年5月29日裁時332号5頁が「苟も同扶助を要すべき者の生命、身体に対し、危険を生ぜしめる性質の行為が存すれば、本罪は直ちに成立し、必ずしも同生命、身体に対する危険が具体化する必要がないものと解すべく、殊に本件においては所論の具体的危険もこれを優に認定し得る」というように、仮に具体的危険犯だとしても、当該事案においては遺棄があるような事案が散見される。

(39) 大コン253頁〔酒井邦彦=小島吉晴〕など。

(40) 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣・2010)263頁〔西田典之〕、井田・前掲注(37)102頁など。

(41) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社・1990)130頁、平野龍一『刑法総論I』(有斐閣・1972)120頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣・2016)47頁など参照。なお、井田良『入門刑法学各論』(有斐閣・2013)138頁は「構成要件解釈により危険の発生を要件に加えることでその犯罪が具体的危険犯と解されることもあ」という。この立場からは、遺棄罪は具体的危険犯とされることになろう。前掲注(34)参照。

れば、本判決を理由にして保護責任者遺棄罪を具体的危険犯だと理解するのはやはり正解したものとはいえない⁽⁴²⁾。そこで、本判決を肯定するとすれば、条文のつくりとしては抽象的危険犯であるが、その構成要件要素の中で具体的危険を要求するという実務上の判断を明示したに過ぎないというべきである⁽⁴³⁾。

(4) 危険判断の基礎について

ところで、遺棄罪については、その罪質・法益論において、それを生命・身体に対する危険とするか、生命のみに限定するかという争いがある。判例・通説は、生命・身体に対する抽象的危険を惹起することとしている⁽⁴⁴⁾。

本件で特徴的であるのは、①被害児童の受傷状況が5日間の局所安静及び創傷措置という軽微なものであったこと、②事故現場が校舎から離れた教職員用駐車場から、学童保育の行われている教室まで5メートルほどしかない校舎出入口付近まで（引きずっているとはいえ）移動させたこと、③被害児童は匍匐前進のように這って行くことはできたこと、④必ずしも即座の救助は期待できなかったものの、実際には間もなく発見・救助されたという事情である。これらが、大阪高裁が指摘した④被害児童は事故直後起立・歩行ができない状況であったこと、⑤学童保育中の児童がグラウンドから校舎に戻ってくる予定だったのは、本件の約30分後であったことなどの危険発生を肯定する事情よりも優れていたという判断であった。

これらの事情のうち、本判決では、「もっとも」と断ったのち、被害児童が実際に発見された事実を指摘し、「そうすると、上記出入口付近まで被害者を引きずって行った行為は、被害者の当時の容態が比較的軽微であったことも考慮すると、それだけでは、被害者の生命・身体に直ちに具体的な危険を生じさせ得るものとは認め難い」（圏点引用者）と判示している。この書きぶりを見ると、被害者の受傷状況と実際に被害者が短時間で発見されたことが主要な点として見られているように見える。しかし、被害者が現に発見されたことを過度

(42) 和田俊憲「遺棄罪」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂・2007）50頁、高山・前掲注(18)「遺棄の概念」138頁。

なお、井田・前掲注(41)138頁の記述について一言すると、井田教授が文言に根拠を求めないのは、教授の拠って立つ違法論に強く影響を受けているものと思われる。同130頁参照。

(43) これを準抽象的危険犯というものとして、山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会・1982）251頁。

(44) 以上につき、大コン241頁〔酒井邦彦=小島吉晴〕を参照。

に一般化するのとは妥当ではない。実際に発見されるかどうかというのは、ある種の偶然に左右されるのであり、当該の行為が遺棄として判断できるかどうかは、行為時における救助の「可能性」に止められるべきであるからである。諸般の状況から救助の可能性が高ければ、仮に救助されずとも遺棄とされるべきではないし、救助されたとしても、それが全くの偶然、いわば「万が一」の一回が実現したような場合には、遺棄が肯定されてしかるべき場面は少なくないと思われる。

本件についていえば、被告人が駐車場から校舎出入口付近まで被害児童を引きずって行ったのは、想像するに、自らの起こした事故を隠しつつも、児童を誰かに救助してもらうことを願ったからなのかもしれない。もしそうだとすると、少なくとも、事故現場である小学校の教員であった被告人は、その時間帯の小学校の様子をある程度知り、それを前提にしていたのではないかと疑われる。すなわち、本件の事情の下では、被害児童の短時間での発見可能性は極めて高く、加えて受傷状況が軽微であったため、緊急の救助も必ずしも必要なかったということに、危険性の不存在は収斂するように思われる。

この点、齋藤教授は、本件発生時が冬場の夕方で、被害者がずぶ濡れになっていたことを理由に、遺棄該当性肯定の可能性を示唆する⁽⁴⁵⁾が、それは保護責任者遺棄罪の保護法益の議論において、身体に対する危険を加えるか、また加えたとしてどの程度の危険を要求するかによって結論が左右されるところ、身体については重大なものに限定しようとする近時の立場⁽⁴⁶⁾からは、遺棄該当性を否定することはなお可能であるといえよう。

4. まとめにかえて

本件については、その結論及び判断の基礎となった事実の評価などには基本的に賛成である。ただ、違和感があるのは、被告人の保護責任者該当性を「当然」と片付けた点、及び「それだけでは、被害者の生命・身体に直ちに具体的な危険を生じさせ得るものとは認め難い」と判示している点である。遺棄罪が具体的な危険犯であるかのように理解するのは正解したものとはいえない。もっとも、現実には遺棄行為の認定においては、実際に可罰的といえるほどの生命・身体への危険が生じたかを検討する必要があることには異論がなく、その意味において判示の揚げ足取りに過ぎないのかもしれない。

(45) 齋藤「判批」156頁。

(46) 和田・前掲注(42)50頁。

保護責任者遺棄罪における「遺棄」に当たらないとされた事例〔牧 耕太郎〕

いずれにせよ、本件は当該事案下において遺棄該当性を否定した貴重な事例として参考になるものと考ええる。

[追記]

本稿再校時に、橋爪隆「遺棄罪をめぐる問題について」法教 444 号（2017）101 頁以下に接した。

（本学法学部特別研究員）