



旧刑法における遺棄罪について

佐 藤 輝 幸

目次

はじめに

第1章 旧刑法の遺棄罪の立法過程

第1節 旧刑法の条文の確認

第2節 起草過程の確認

第1項 第1案作成までのボアソナードと鶴田の議論

第2項 確定稿作成までのボアソナードと鶴田の議論

第3項 刑法草案審査局での修正および刑法註解

第3節 若干の検討

第1項 危険犯としての性質

第2項 遺棄罪の危険の内容

第3項 遺棄の行為態様について

第2章 フランス刑法の遺棄罪と旧刑法との対比

第1節 遺棄罪に関する規定

第2節 遺棄罪の性質に関する議論

第3節 行為態様に関する議論

第4節 フランス法と旧刑法との対比

第1項 旧刑法とフランス法との類似点

第2項 遺棄罪の性質論の相違

第3項 行為態様の相違

第4項 保護が確実となる措置による免責

第5項 小括

第3章 旧刑法における遺棄罪の判例・学説

第1節 遺棄罪の性質に関する議論

第1項 保義務免脱を本質とする議論

第2項 遺棄による危険性を本質とする議論

旧刑法における遺棄罪について

- 第3項 第三者による保護が確実となる措置を執った場合の議論
 - 第2節 加重規定の根拠
 - 第1項 寥閔無人の地への遺棄による加重
 - 第2項 有償受託者による遺棄の加重根拠
 - 第3節 遺棄の行為態様
 - 第4節 小括
 - 第4章 旧刑法における議論から見た遺棄罪の考察
 - 第1節 遺棄罪の性質論
 - 第1項 性質論に関する多様な議論
 - 第2項 保護義務懈怠罪としての性質と危険犯としての性質
 - 第3項 旧刑法の遺棄罪における危険のメカニズムに関する議論
 - 第4項 旧刑法の議論と現行刑法の保護責任者遺棄罪との関係
 - 第2節 旧刑法における「遺棄」の概念
 - 第1項 置去りと保護責任の関係
 - 第2項 危険のメカニズムと遺棄の行為態様
 - 第3節 本稿のまとめと残された課題
- 結びに代えて

はじめに

刑法217条、218条の遺棄概念に関しては、古くから置去りを含むかという議論がなされてきた⁽¹⁾。さらに、遺棄の定義とされる「場所的離隔」の発生は、被害者と誰の間での離隔なのかが自覚的に意識されるようになった⁽²⁾。近時では、後者の議論をさらに発展させ、遺棄による「危険」の内容・発生メカニズムの分析を試みる論考も増えている⁽³⁾。

本稿では、特に近時の危険の内容・発生メカニズムに関する議論を踏まえて、我が国の遺棄概念はどのような趣旨で制定・理解されてきたのかを、今一度旧刑法に遡って確認⁽⁴⁾し、そこでの議論を素材とすることで、今後の議論の基礎を提供することを目的としたい⁽⁵⁾。

(1) 例えば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第11巻』(第3版、青林書院、2014)247頁以下〔酒井邦彦＝小島吉晴〕参照。

(2) 例えば、山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣、1999)27頁以下参照。

第1章 旧刑法の遺棄罪の立法過程

第1節 旧刑法の条文の確認

まず、検討の前に、旧刑法の遺棄罪の条文を確認しておきたい。

旧刑法では、第3編「身体財産に対する重罪軽罪」第9節「幼者又は老疾者を遺棄する罪」に3種類の遺棄罪が、第13節「祖父母父母に対する罪」に祖父母父母不奉養罪が規定されていた⁽⁶⁾。条文は以下の通りである。

-
- (3) 先駆的なものとして、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)～(3)」北法57巻3号(2006)1310頁、5号2346頁、58巻1号(以上2007)166頁、和田俊憲「遺棄罪における生命保護の理論的構造」山口厚ほか『クローズアップ刑法各論』(成文堂、2007)43頁が重要である。また、近時の論考として、山下裕樹「遺棄罪の諸概念について(1)～(3・完)」関法67巻5号(2018)73頁、70巻6号232頁、71巻1号(以上、2021)73頁、江藤隆之「遺棄罪に関する簡潔なドクマ」桃山法学33号(2020)121頁、武藤真朗「不作為の本質をもつ行為」高橋則夫古稀下巻(2022)197頁、池田直人「保護責任者遺棄罪の実行行為とその故意(その1)～(その4)」法セ817号118頁、819号120頁、820号111頁、821号(以上、2023)101頁などがある。
- (4) 旧刑法を含めた遺棄罪の沿革に関する重要な先行研究として、酒井安行「遺棄の概念について」早稲田大学大学院法研論集28号(1983)71頁、松原・前掲注(3)がある。
- (5) 本稿の検討対象は、「遺棄」に限定し、「不保護」については対象としない。現行刑法の保護責任者不保護罪に重要な影響を与えたと考えられる祖父母父母不奉養罪については、別稿での研究を予定している。なお、条文、文献等の引用に当たっては、旧字体を改め、カタカナおよび合字をひらがなにし、濁点および句読点を補った。
- (6) 祖父母父母および子孫の定義に関する旧刑法115条の規定は以下の通りである。
- 115条(1) 祖父母父母と称するは、高曾祖父母、外祖父母同じ。父母と称するは、継父母、嫡母同じ。子孫と称するは、庶子、曾玄孫、外孫同じ。兄弟姉妹と称するは、異父異母の兄弟姉妹同じ。
- (2) 養子、其養家に於る親属の例は実子に同じ。

第9節 幼者又は老疾者を遺棄する罪

336条(1) 8歳に満ざる幼者を遺棄したる者は、1月以上1年以下の重禁錮に処す。

(2) 自ら生活すること能はざる老疾病者を遺棄したる者、亦同じ。

337条 8歳に満ざる幼者又は老疾者を寥閭無人の地に遺棄したる者は、4月以上4年以下の重禁錮に処す。

338条 給料を得て人の寄託を受け保養す可き者、前2条の罪を犯したる時は、各1等を加ふ。

339条 幼者老疾者を遺棄し因て癱疾に致したる者は輕懲役に処し、篤疾に致したる者は重懲役に処し、死に致したる者は有期徒刑に処す。

340条(1) 自己の所有地又は看守す可き地内に遺棄せられたる幼者老疾者あることを知て扶助せず、又は官署に申告せざる者は、15日以上6月以下の重禁錮に処す。

(2) 若し疾病に罹り昏倒する者あることを知て扶助せず、又は申告せざる者亦同じ。

第13節 祖父母父母に対する罪

363条 子孫其祖父母父母に対し殴打創傷の罪其他監禁、脅迫、遺棄、誣告、誹毀の罪を犯したる者は、各本条に記載したる凡人の刑に照し2等を加ふ。但癱疾に致したる者は有期徒刑に処し、篤疾に致したる者は無期徒刑に処し、死に致したる者は死刑に処す。

364条(1) 子孫其祖父母父母に対し衣食を供給せず其他必要なる奉養を缺きたる者は15日以上6月以下の重禁錮に処し、2円以上20円以下の罰金を附加す。

(2) 因て疾病又は死に致したる者は亦前条の例に同じ。

本稿では、「遺棄」の關係に限定し、以上の条文のうち、336条から339条および遺棄に関する限度で363条を検討していくこととしたい。

第2節 起草過程の確認

次に、以上の規定の立法意図を調査するため、ボアソナードおよび刑法草案審査局の議論に関連するとされる資料を検討することとしたい。

第1項 第1案作成までのボアソナードと鶴田の議論

- (1) まず、旧刑法の草案起草者であるボアソナードの見解を確認するため、ボアソナードと鶴田皓の議論の記録である『日本刑法草案会議筆記』を参照する。
- (2) 日本刑法草案会議筆記では、遺棄罪については、はじめにフランス刑法の規定を分析したうえで、ボアソナードが草案を起草するという形で進められており、フランス法がモデルとなっている⁽⁷⁾。まず、ボアソナードと鶴田は、フランス法の遺棄罪⁽⁸⁾は、幼児を誘拐する罪および出生証明に関する罪と並んで記載されているが、出生証明に関する罪は「人命律」に置くべきものではないため、遺棄罪と幼児を誘拐する罪を取り上げるとしている⁽⁹⁾。

このことから、ボアソナードと鶴田は、遺棄罪が少なくとも生命に関連性を有すると理解していたことが窺われる。

- (3) 具体的な規定としては、寥閔無人の地とそれ以外の場所への遺棄の区別は、日本法でも採用すること、および、致死傷の加重を定めることについて、ボアソナードと鶴田の間で合意がされた⁽¹⁰⁾。

また、フランス刑法350条および352条の「後見人または教師」が加重され、父母は加重されない理由について検討が加えられた。ボアソナードは、父母は悪意ではなく貧窮のため養育できないために捨てる場合もあるが、後見人や教師は自らの費用ではなく、父母の費用であるから、必ず悪意によるものであると説明した⁽¹¹⁾。そのうえで、養育

(7) 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(3)―Ⅲ』(信山社出版、1997)302頁以下。

(8) フランス法については次章で検討を加える。

(9) 西原ほか・前掲注(7)302頁以下。

(10) 西原ほか・前掲注(7)303頁以下。

(11) 西原ほか・前掲注(7)303頁以下。

料を受け取って養子にする場合や乳母についても加重すべきであるとされ、受託者による遺棄の加重規定が導入されることとなった⁽¹²⁾。

客体に関して、ボアソナードは、2歳以下の者は非常に危険が大きいとして加重するべきと論じた。これに対し、鶴田は、死に至るまでの時間に差異はあっても、親が「子を養育すべき義務を欠き、道徳を害する」点では年齢による違いがないと指摘した。ボアソナードは、ドイツ法⁽¹³⁾も参照しつつ、「2歳以下の幼児を棄つれば、即時にも死に至るべき」であるにもかかわらずこれを顧みないことは、「心実残忍」であり、かつ、幼児が多く死亡すれば公益を害することになるため、道徳を害する点でも区別があると主張し、鶴田もこれに同意した⁽¹⁴⁾。

また鶴田は、老者および癡篤疾者も客体に加えるべきであると主張した。これに対して、ボアソナードは、往来がある場所であれば、言語によって助けを求められるため、寥闊の地に遺棄する場合のみ処罰すべきと主張した。最終的には鶴田の主張に従い幼者と同等に扱うべきとすることになった⁽¹⁵⁾。

- (4) さらに、自宅の門前で棄児を発見した者について、遺棄と同様に処罰するのは苛酷であるとして、官署に届け出ない罪として、1等を減じて処罰することとなった。この規定について、鶴田は、あくまでも自己の管轄地内の棄児を発見した場合だけが処罰され、旅行中に発見した者が「打捨て置く」ことは犯罪としないと主張したが、ボアソナードは、道徳上の観点からは自己の管轄地の内外にかかわらず救助すべきであると指摘した。しかし、鶴田は、自己の管轄地の内外を問わず救助義務を課すことは、實際上「大に迷惑する者」が多いであろうと指摘し、他人の門前で棄児を発見した場合に、その家主ではなく発見者に救助させるべきではないと主張し、ボアソナードもこのような意

(12) 西原ほか・前掲注(7)303頁以下。

(13) しかし、1871年ドイツ刑法の遺棄罪の規定である221条には、そのような区別は見られない。217条の嬰兒殺を指しているのであろうか。

(14) 西原ほか・前掲注(7)303頁以下。

(15) 西原ほか・前掲注(7)304頁。

見を受け入れ、自己の管轄地内の棄児についてのみ、届出義務を課すこととした⁽¹⁶⁾。また、届出義務とあわせて、「扶助せざる罪」も規定することとされた⁽¹⁷⁾。

単に届け出ないだけでなく、他所に遺棄した場合について、遺棄と同様とするか、官署に届け出ない罪とするかが議論されたが、鶴田は、前者だと重すぎ、後者だと軽すぎるが、その中間はないので、重きに失するよりは軽きに失する方が良いとして、官署に届け出ない罪として扱われることになった⁽¹⁸⁾。

- (5) 以上の議論を経て、最初の草案として、第1案が作成された。条文は以下の通りである⁽¹⁹⁾。

第10章 幼児又癡篤疾者を棄る事

第1条(1) 2歳以上7歳以下の幼児を寥閔ならざる場所に棄て、又は棄てしめたる者は、2月より6月に至る重禁錮并に5円より50円に至る罰金に処す。

(2) 自己にて保養し能わざる老者、癡篤疾者又病者を寥閔ならざる場所に棄て、又棄てしめたる者は、前同刑に処す。

(3) 若し2歳以下の幼児を棄てしめたる者は第1項の刑を2倍す。

第2条(1) 前条の第1項、2項に記載したる者を寥閔の場所に棄てたる時は、4月より1年に至る重禁錮并に10円より100円に至る罰金に処す。

(2) 2歳以下の幼児を棄てたる時は第1項の刑を2倍す。

第3条 放置したる犯人、其放置せられたる者を養父母、無給又給料を得て自己にて保養すべき任ある時は前2条に記載したる罪に1等を加重す。

第4条(1) 棄てられたるに因て其棄てられたる者を第2章第2条及び第3条に記載したる癡篤疾に致し又不具に致したる時は、其

(16) 西原ほか・前掲注(7)306頁以下。

(17) 西原ほか・前掲注(7)308頁。

(18) 西原ほか・前掲注(7)307頁以下。

(19) 西原ほか・前掲注(7)308頁以下。

第2条及び第3条に照し刑に処し、若し寥閑なる場所に棄てたる時は、預め謀りて創傷殴撃ををなして癡篤疾に致したる者の刑に照し加重す。

(2) 因て死に致したる時は、前項の區別に照し第2章第1条に従ひ刑に処す。

第5条 自己の所有地又自己の監察すべき地に棄てられたる幼児老者癡篤疾者病者を見出し、之れを扶助し、又之れを官署に届出ざる時は、前数条に記載したる刑に1等を減ず。

第6条 他人の幼児老者癡篤者病者を預りたる者、其引渡を求むべき権ある者又官署より求めを受け之れを引渡さず、且其居らざる原由を証せざる時は、重懲役に処す。

第2項 確定稿作成までのボアソナードと鶴田の議論

- (1) 以上の第1案をもとにさらに議論が重ねられ、第1稿(明治9(1876)年12月上申)、校正第1案、第2稿と修正が施されたのち、ボアソナードと鶴田の議論による最終的な草案として確定日本刑法草案(以下、「確定稿」とする)が作成され、明治10(1877)年11月に司法卿大木喬任に提出された。ここでは、全ての草案を採り上げることはせず、確定稿の条文を示した上で、遺棄罪の性質と危険発生のメカニズムという本稿の問題関心から、第1案からの主な変更点と、その間のボアソナードと鶴田の議論をまとめておくことにしたい⁽²⁰⁾。

まず、確定稿の条文は、以下の通りである⁽²¹⁾。

第9節 幼者又は老疾者を遺棄する罪

374条(1) 5歳以下の幼者を遺棄したる者は、2月以上1年以下の重禁錮、5円以上20円以下の罰金に処す。

(20) 第1案以降の作成過程に関しては、松原「保護責任者遺棄罪における『保護責任』についての一考察(2)」前掲注(3)1301頁以下も参照。

(21) 西原春夫ほか編著『旧刑法 [明治13年] (2) - II』(信山社出版、1995)840頁および842頁。

- (2) 自ら生活すること能はざる老者疾病者を遺棄したる者亦同じ。
- 375条 12歳以下の幼者又は老疾者を寥閔無人の地に遺棄したる者は4月以上4年以下の重禁錮、10円以上40円以下の罰金に処す。
- 376条 給料を得て人の寄託を受け保養すべき者、前2条の罪を犯したる時は、各1等を加ふ。
- 377条(1) 幼者老疾者を遺棄して、之を癡疾に致したる者は、軽懲役に処す。因て死に致したる者は、有期徒刑に処す。
- (2) 其寥閔の地に遺棄したる者は、各1等を加ふ。
- 378条 自己の所有地又は管守す可き地内に遺棄せられたる幼者老疾者あることを覚知して、之を扶助せず、又は官署に申告せざる者は、其自ら遺棄したる者の刑に照し各1等を減ず。
- 379条 幼者老疾者を寄託せられたる者、若し其寄託者又は官署より還付の求を受け、仍ほ之を還付せず、且其存在せざる原由を証明せざる時は、軽懲役に処す。

第13節 祖父母父母に対する罪

- 405条 子孫其祖父母父母を殴打創傷し、若くは其健康を害す可き物品を施用し、其他監禁、脅迫及び之を遺棄し、又はその名誉を害する等の罪を犯したる者は、各本条に記載したる凡人の刑に照し1等を加ふ。
- 406条(1) 子孫其祖父母父母に対し、衣食を供給せず、其他必要なる奉養を缺く者は、1.5日以上6月以下の重禁錮、5円以上25円以下の罰金に処す。
- (2) 因て疾病に罹り、及び廢篤疾又は死に致したる者は、豫め謀て殴打創傷したる凡人の刑に照し1等を加ふ。

- (2) 以上の確定稿を第1案と比較し、主要な変更点を確認したい。

まず、第1案では「棄て」となっていたが、確定稿では「遺棄」となっていることを検討したい。この点については、第1案から確定稿までの間に作成された第1稿、校正第1案および第2稿では、「放棄」となっていたが、鶴田が、「妥やかならず」として、「遺棄」という文

言に改めることを提案し、ボアソナードも異論を述べなかった⁽²²⁾。

その際、鶴田が仏文の条文は「寥閔ならざる地に棄て(る)」となっていると指摘しているが、後述するように、フランス刑法の条文は、「exposer」かつ「délaisser」という2つの行為が要件とされるに対し、元老院上呈仏文刑法草案では、「abandonner」となっており⁽²³⁾、日本語の草案は全て1語であること⁽²⁴⁾から、ここでいう「仏文」とは、ボアソナードの作成した仏文の原案という趣旨であると考えられる。このこととボアソナードが異論を述べずに了承していることからすると、この修正は、単に日本語の表現の修正に留まるのではないかと推測される。

- (3) 次に、幼者の年齢について、寥閔無人の地以外への遺棄は5歳以下、寥閔無人の地への遺棄は12歳以下に変更されている。このうち、前者に関しては、第1稿作成後の議論で、鶴田が「7歳位の幼者は、通常自由に進退歩行し得べく、且言語も殆んど分るべき」であるから、遺棄はあまり行われないうとして、5歳以下に上限を下げることを提案し、ボアソナードも了承した⁽²⁵⁾。

他方で、ボアソナードは寥閔の地に遺棄する場合については、生死に関する危険が生じるので別異に解すべきであり、刑事責任年齢と合わせて12歳とすべきと主張した。鶴田も12歳位の幼者は自ら帰ってくる場合もあるため、帰ってこなかった場合のみ処罰すべきであるという条件を付けて、これを承諾した⁽²⁶⁾。

(22) 西原ほか・前掲注(7)328頁以下。

(23) 西原ほか・前掲注(2)516頁。本草案については、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(2)―I』(1995)25頁〔藤田正〕および29頁〔岩谷十郎〕参照。

(24) なお、第1案のように「棄てしめたる」というものがあるが、これは他人に棄てるよう指示する場合であり、「遺棄」自体の行為態様の問題とは異なる。共犯の問題として解決され、日本語上は不要なので、このような使役形の文言は第1稿で削除された(西原ほか・前掲注(7)310頁参照)が、仏文刑法草案では「faire abandonner」という形で残されている。

(25) 西原ほか・前掲注(7)315頁。

(26) 西原ほか・前掲注(7)315頁以下。ただし、次の校正第1案では10歳以下となっているが、そこでの議論で12歳以下へと変更された(同書328頁)。

- (4) このような周囲の者による保護への着目は、寥閔の地への遺棄により死傷結果が生じた場合には、1等を加重していること(確定稿377条)⁽²⁷⁾の理由としても述べられた。その説明として、ボアソナードは、遺棄により、「例へば、馬車に踏まれ、犬に喰ひ付かるる」ことにより死傷結果が生じることがあるが、寥閔でなければ「多くの他人の目に触れ、速に扶助」されるため、癡篤疾等に至ることが少ないのに対し、寥閔の地の場合には、「獸類に喰ひ付かるる等」により癡篤疾や死亡に至ることが多いため、加重すべきとした⁽²⁸⁾。
- (5) また、確定稿374条2項の老若および疾病者について、第1案の「自己にて保養し能わざる」から、「自ら生活すること能はざる」と変更されている。その理由としては、面識のない他人が自宅に來た際に危篤となり、その者を他所に遺棄した場合について、鶴田は、保養すべき任はないが遺棄に当たるのかを確認し、ボアソナードはこれを肯定したことによる⁽²⁹⁾。すなわち、ボアソナードは、保護義務の有無にかかわらず遺棄が可能であると解していたことになる。

保護義務に関係する議論として、尊属に対する遺棄の加重と祖父母父母不奉養罪との関係も注目される。すなわち、第1稿作成時にボアソナードと鶴田は、祖父母父母不奉養罪の孝養を欠く最も甚だしい場合が、親を遺棄する場合であるとして、「自ら生活する能はざる尊属の親を寥閔なる地又は寥閔ならざる地に放棄したる者は、通常の刑に1等を加ふ」という尊属遺棄の加重規定を導入した(第1稿404条。確定稿405条に対応)。その際、ボアソナードは、弟が兄を遺棄する場合に、保養義務がある場合もない場合もあるため、保養義務にかかわらず兄の遺棄も一律に加重すると主張したが、鶴田は、兄弟が養子等により尊属の係にある場合には保養義務も生じるが、加重の対象となるのはそのような場合に限定すると主張し、尊属以外の者の遺棄は保養義務の有無にかかわらず加重しないこととなった⁽³⁰⁾。

(27) この点は第1案から変更はない。

(28) 西原ほか・前掲注(7)311頁以下。

(29) 西原ほか・前掲注(7)310頁および323頁以下。

(30) 西原ほか・前掲注(7)465頁以下。

- (6) 有償受託者による遺棄については、第1案では有償・無償を問わず保養義務を負う者を主体としていたが、第1稿の段階で、給与のない者についても尊属遺棄と同等に加重(いずれも1等の加重)することは不当であるとされ、給与のある場合に限定されることとなった⁽³¹⁾。

第3項 刑法草案審査局での修正および刑法註解

- (1) 司法卿に提出された確定稿は司法省刑法草案審査局および元老院で審査がなされ、明治13(1880)年旧刑法として公布された。遺棄罪に関しては元老院では修正されなかったので、刑法草案審査局での修正点を確認するとともに、刑法草案審査局での議論を旧刑法の註釈の形にまとめたものとされている鶴田皓旧蔵『刑法註解 第3編』(以下、「刑法註解」とする)⁽³²⁾を検討することにした。
- (2) まず、刑法草案審査局での議論により、寥閔の地かどうかによって幼年者の年齢を変えることなく、一律に8歳未満の幼年者および老疾者が遺棄の対象とされることとなった。刑法註解では、幼者の年齢が8歳未満とされている理由について、8歳以上の者であれば、父母等の住所姓名を述べたり、保護を要請したりできることが理由とされる⁽³³⁾。これは、鶴田のボアソナードに対する主張に対応していることから、8歳以上の者が遺棄されることはあまり多くはないと予想されるため、処罰する必要はないという趣旨であると考えられる。
- (3) このような元の保護者の下へ帰ることができることや、第三者によって保護される可能性については、「寥閔無人の地」への遺棄の加重理由の解説にも見られる。すなわち、そのような地以外への遺棄であれば、他人に発見され「収養」を得ることができるのに対して、寥

(31) 西原ほか・前掲注(7)316頁以下。

(32) 早稲田大学図書館のデータベースWINE(https://archive.wul.waseda.ac.jp/kosho/wa13/wa13_06469/)より閲覧した。同書にはページ数が付されていないので、以下の引用の際には、同データベース上でのスライドの枚数による。同書については、松田信男「館蔵法典編纂関係資料目録並解題」早稲田大学図書館紀要2号86頁(1960)も参照。

(33) 刑法註解33枚目。

閑無人の地への遺棄の場合には、人に発見されることがないため、ほとんど被害者の生命を考慮していない残忍な行為であるためであるとする⁽³⁴⁾。

これらの議論は、元の保護された状態に戻ることができないことを被害者に対する危険の本質とし、その中でも特にその可能性が低く、かつ、第三者による保護も期待できないことが「寥閑無人の地」への遺棄を加重事由とする議論であるといえる。

- (4) 確定稿との変更点として、旧刑法339条の遺棄致死傷の規定は、遺棄の場所が寥閑無人の地か否かで区別されていない。この点については刑法註解には説明がないが、同等の死傷結果(299条、300条参照)の殴打創傷罪よりも339条の方が法定刑が重い⁽³⁵⁾ため、寥閑無人の地への遺棄の場合をさらに加重する必要はないと考えられたためではないかと思われる。
- (5) このほか、刑法註解は、有償受託者による遺棄の加重について、有償受託者は、寄託者に対して保養義務があることに加えて、寄託者以上に厚く保養すべき義務があるとする⁽³⁶⁾。

第3節 若干の検討

以上の旧刑法の制定過程の議論を踏まえて、遺棄罪の性質および危険発生メカニズム、遺棄の行為態様について、若干の検討を加えたい。

第1項 危険犯としての性質

- (1) 以上の旧刑法の制定過程では、条文の位置付けに関する議論、「寥閑無人の地」への遺棄の加重根拠論、幼年者の年齢に関する議論などから、遺棄罪の性質として、生命に対する危険が意識されていたことが読み取れる⁽³⁷⁾。もっとも、遺棄罪一般に共通するものとしては、そこまで高度の危険が要求されていたわけではなく、特に「寥閑無人の

(34) 刑法註解34枚目。

(35) 刑法註解34枚目以下。

(36) 刑法註解34枚目。

地」以外への遺棄では、発見・救助されることも想定されていた。

- (2) 有償受託者による遺棄の加重に関しては、危険は前提となっており、特に、次項で見ると保護者による保護された状態の剥奪という危険性が認められるが、それだけでは有償性に限定されていることを説明できない。この有償性は、363条の尊属遺棄罪との法定刑の均衡のために導入されたものであったが、保護すべき義務が重いという以上に説明はなされなかった。

第2項 遺棄罪の危険の内容

- (1) それでは、遺棄罪の危険の内容・危険発生メカニズムとしてどのような場合が想定されていたかを整理したい。その際、大きく分けて、①保護者により保護されていた状態の剥奪、②物理的に危険な場所への遺棄、③行為者以外の者による救助の可能性の低下の3つの視点から分類することにしたい⁽³⁸⁾。
- (2) まず、①の要素については、老疾者については、自ら生活することができない者であることが要求されているため、保護の必要性は前提とされていた。しかしながら、遺棄はそのような保護が従前から行われていた場合に限られていなかった。すなわち、ボアソナードは、他人が自宅に来て、急病を発した場合に遺棄する場合でも遺棄罪の成立を肯定していた⁽³⁹⁾。そのため、行為者自らが保護者として保護してい

(37) V. BOISSONADE, *Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon*, 1886, p. 992(=ボワソナード『刑法草案註釈下巻』(司法省、1886)473頁。仏文・和文とも宗文館書店発行の1988年復刻版を参照した)。なお、両者は旧刑法制定後の明治19年のボアソナードによる改正案とその注釈書およびその翻訳(遺棄罪に関しては、小山田銓太郎訳)である。明治10年(1877)の元老院上呈仏文刑法草案の注釈書である『刑法草按註解』には遺棄罪の解説がないため、これらを参照した。

(38) このような視点の分類については、池田「保護責任者遺棄罪の実行行為とその故意(その3)」・前掲注(3)113頁を参考にしたが、分類方法は異なる。

(39) ただし、旧刑法340条2項(確定稿には対応する規定が存在しない)が司法省の審査で追加されたため、ボアソナードの説明とは異なり、通常の遺棄罪ではなく同条が成立する可能性がある。

たことや保護義務を負っていることを要求しておらず、①の危険を必須の要素とは考えていなかったと考えられる。

もっとも、行為者が保護すべき義務を負っていることは、少なくとも338条の有償寄託者による遺棄や363条の尊属遺棄の加重根拠として考慮されていた。特に、後者については、子孫が扶養義務を懈怠するという点で、祖父母父母不奉養罪との連続性も意識されていた点が重要である。

- (3) 次に、②に関しては、野獣に襲われる危険や馬車に轢かれる危険などが具体的に論じられていた。これらの危険は、寥閼無人の地の場合にはより高いと考えられ、加重根拠の1つとされていたが、それ以外の場合にも生じうると考えられていた。ただし、寥閼無人ではない場所から、同様の場所に移動させた場合のように、危険の悪化が生じない場合にも遺棄罪が成立するのかまでは、検討されていなかった。
- (4) ③の要素は、幼年者の年齢の決定や老疾者を含めるか否かの検討の際に、周囲の者の救助を受けられることが指摘された。しかし、最終的には、老疾者も含めることとされ、幼者についても8歳未満という年齢が定められており、言語等により救助を受け得る者であっても保護客体とされている。しかし、このことは全く③の要素を考慮しないという趣旨ではないと考えられ、話すことができる者を人通りのある場所に遺棄した場合でも、常に救助を受けられるとは限らないなどと、危険の観点からの説明も可能である。

また、寥閼無人の地への遺棄かどうかによる法定刑の区別の根拠としては、決定的な要素であると考えられる。

- (5) 以上をまとめると、旧刑法の制定過程においては、②危険な場所への移置や③行為者以外の者による救助の可能性の低下が注目されていた。もっとも、寥閼無人の地への遺棄の場合にはこれらの②③の要素による危険が特に重大であるのに対し、寥閼無人の地でない場合には、必ずしもそこまで高度のものとは考えられていなかったようである。

これに対し、①保護された状態の剥奪は、客体の保護の必要性を脆弱性から基礎付ける点で、要素の一部として考慮されていたが、自宅に來た者が急病を発した場合などでは常に要求されていたわけではな

かった。もっとも、遺棄の事例でそのような場合が典型的であると想定されていたと考えられるし、338条や363条の加重根拠としては考慮されていたといえる。

第3項 遺棄の行為態様について

本稿のもう一つの関心である遺棄の行為態様については、第1案の段階で、340条の場合を除いて扶助や通報を行わないという不保護は含まれないことが明示的に議論されていた。

しかし、どのような行為が含まれるのかについては具体的な議論はない。ただ、「遺棄」という文言は、フランス語の「abandonner」に対応するものと推測される。そこで、このボアソナードの想定していた遺棄の具体的内容については、次章のフランス法の検討を踏まえて、改めて検討することにした。

第2章 フランス刑法の遺棄罪と旧刑法との対比

前章での検討から、旧刑法においては、ボアソナードがはじめにフランス刑法の条文を解説し、それを前提に旧刑法の遺棄罪の規定を作成しており、フランス法の影響が強かったことが分かった。そこで、当時⁽⁴⁰⁾のフランス法の遺棄罪に関する議論を簡単に確認することで、我が国の議論との対比を行いたい。

(40) フランス刑法の遺棄罪は1898年改正によって修正されているため、それ以前の学説を対象とすることにしたい。フランス刑法の体系書・注釈書として以下のものを参照した。引用の際には末尾括弧内の略語を用いる。

BLANCHE, *Études pratiques sur le Code Pénal*, 5^e étude, 1870 (BLANCHE)
CHAUVEAU, HÉLIE et VILLEY, *Théorie du Code Pénal*, tome 4, 6^e éd, 1887 (CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY)

GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 4^e, 1891 (GARRAUD)

また、仏語原典は未見であるが、HÉLIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, 1877の翻訳とされるエリー〔加太邦憲訳〕『仏国刑律実用 下』（司法省、1881）も、参照した（「エリー」と引用）。

第1節 遺棄罪に関する規定

- (1) 1810年フランス刑法典では、遺棄罪は、第3編「重罪、軽罪およびその刑罰」第2章「個人に対する重罪軽罪」第1節「人身に対する重罪軽罪」第6項「子どもの民事的身分の妨害もしくは破壊またはその生存を危険にさらすことに対する重罪軽罪；未成年者の拐取；埋葬に関する法律に対する罪」中の「§ 1 子どもに対する重罪軽罪」において、子どもの偽装および母親の詐称(345条)、出生届の提出懈怠(346条)、新生児発見者の引渡し義務違反(347条)および子どもの孤児院への寄託(348条)と並んで、子どもに対する遺棄罪のみが犯罪として規定されていた。

条文は以下の通りである⁽⁴¹⁾。

349条 7歳以下の子どもを往來のない場所に移置して、置去りにした者、および、移置を命令し、その命令が実行された者は、6月以上2年以下禁錮¹および16フラン以上200フラン以下の罰金に処する。

350条 子どもの後見人または教師自身もしくはその命令による移置および置去りに対しては、前条の刑は2年以上5年以下および50フラン以上400フラン以下の罰金とする。

351条 349条および350条に規定された移置および置去りの結果、子どもに発達の遅れ、身体の欠損または身体不随が生じたときは、移置および置去りした者の行為による傷害とみなす。死亡に至ったときは、行為は故殺と見なされる。第1の場合には犯人に傷害の刑を科し、第2の場合には故殺の刑を科す。

352条 7歳以下の子どもを往來のある場所に移置して、置去りにした者は、3月以上1年以下の禁錮および16フラン以上100フラン以下の罰金に処する。

353条 前条の刑は、子どもの後見人または教師によって行われたときは、6月以上2年以下の禁錮および25フラン以上200フラン以下の罰金とする。

以上の条文から読み取れるフランスの遺棄罪の特徴として、①客体は7歳以下の子どもに限定されていること、②移置(exposer)および置去り(délaisser)が行為として規定されていること、③刑の重さが往來のある(non solitaire)場所への遺棄と往來のない(solitaire)場所への遺棄で区別されていること、④致死傷による加重規定は往來のある場所への遺棄のみに定められていることおよび⑤後見人および教師の身分による加重規定があることが挙げられる。

以下では、学説がこれらの特徴から遺棄罪の性質をどのように理解していたか、および、移置および置去りの概念について検討することにし

(41) 原文は以下の通りである。

Art 349. Ceux qui auront exposé et délaissé, en un lieu solitaire, un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, ceux qui auront donné l'ordre de l'exposer ainsi, si cet ordre a été exécuté, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de six mois à deux ans, et à une amende de seize francs à deux cents francs.

Art 350. Le peine, portée au précédent article, sera de deux ans à cinq ans, et l'amende de cinquante francs à quatre cents francs, contre les tuteurs ou tutrices, instituteurs ou institutrices de l'enfant, exposé et délaissé par eux ou par leur ordre.

Art 351. Si, par suite de l'exposition et du délaissement, prévus par les art. 349 et 350, l'enfant est demeuré mutilé ou estropié, l'action sera considérée comme blessures volontaires, à lui faites par la personne, qui l'a exposé et délaissé; et, si la mort s'en est suivie, l'action sera considérée comme meurtre: au premier cas, les coupables subiront la peine applicable aux blessures volontaires; et au second cas, celle du meurtre.

Art 352. Ceux qui auront exposé et délaissé, en un lieu non solitaire, un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de seize francs à cent francs.

Art 353. Le delit, prévu par le précédent article, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et à une amende de vingt-cinq francs à deux cents francs, s'il a été commis par les tuteurs ou tutrices, instituteurs ou institutrices de l'enfant.

たい。

第2節 遺棄罪の性質に関する議論

- (1) フランスにおける遺棄罪の性質に関して、生命に対する危険の要素に着目しているように思われる議論もある。例えば、客体が7歳以下の子どもに限定されているのは、それ以上の年齢の子どもであれば、一般に遺棄された痕跡をたどることや保護を求めることが容易であり、危険性が低いことが理由とされている⁽⁴²⁾。

また、往来のある場所への遺棄と往来のない場所への遺棄の刑の軽重の区別は、危険性の程度⁽⁴³⁾とそれに対応する行為者の意思を評価するものであるとされる。ここでいう意思とは、往来のない場所への遺棄は、配慮義務を免れるだけでなく、死亡に至る危険も意図していることを表すものであると理解されている⁽⁴⁴⁾。この点で、往来のない場所への遺棄の加重も子どもへの危険性が理由とされている。

さらに、351条の致死傷の場合の加重も同様の危険を前提にしているといえる。

- (2) しかしながら、明文はないが、ガローは、子どもの扶養(*entretenir*)または監護(*garder*)に必要な配慮(*soin(s)*)を免れる意思が必要であるとしていた⁽⁴⁵⁾。また、次節で見るように、移置した後、他人が救助するのを確認してから立ち去った場合には、行為者が負っていた配慮および監督(*surveillance*)の連続性が失われていないとして、置き去り行為が否定されていた。これらのことに加え、(共犯の場合を除けば)第三者による犯行が議論されていないことからすれば、少なくとも、黙示的

(42) CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, p. 477; GARRAUD, pp. 628 et 632 s. エリ－669頁。

(43) CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, pp. 478 s.; GARRAUD, p. 631: V. Cass. crim., 19 juill. 1838, Bull. crim. 1838 N° 234.

(44) CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, pp. 478 s. et 484. エリ－670頁以下、672頁以下。

(45) GARRAUD, p. 633. 前掲注(44)の議論も配慮義務の免脱の意図を前提としている。また、エリ－671頁は、往来のある場所への遺棄は危害がないために刑が軽く、子どもの扶養を免れる意思または子どもの出生の痕跡を抹消する意思が想定されているとする。

ではあるが、行為者は、配慮等の義務を負う者であることが前提とされているものと思われる。

これらの特徴から、往來の多寡を問わない遺棄罪一般に共通する主たる性質は、子どもに対する配慮および監督義務を免れることと考えられ、子どもの生命に対する危険は、副次的なものと捉えられているように思われる。ガローが、遺棄罪と子どもを孤児院に寄託する罪(348条)を共通のグループとして捉えているのも、このような義務の免脱の側面に着目したものといえる⁽⁴⁶⁾。

なお、350条および353条における後見人または教師という加重身分は、一般の遺棄の可罰性に加えて、信頼の濫用の要素を兼ね備えるためであるとされた⁽⁴⁷⁾。

第3節 行為態様に関する議論

- (1) 行為に関しては、「移置(exposer)および置去り(délaisser)」が両方行われなければ遺棄罪に該当しないとされていた⁽⁴⁸⁾。判例では、この理由として、子どもに対する単なる倫理的に非難に値する行為ではなく、子どもに対する危険を有する行為に限定するためであるとする説明も見られる⁽⁴⁹⁾。他方で、この説明を用いる判決を含めて、置去りの判断に際しては、一時的ではあっても、行為者に義務付けられた配慮および監督の中止または中断が存するかという基準が一般的であり⁽⁵⁰⁾、配慮義務等の免脱の観点に着目していると考えられる。

(46) GARRAUD, p. 628.

(47) CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, pp. 483 s.; GARRAUD, p. 637. もっとも、この点には批判があり、後の1898年改正で修正された。

(48) Cass. crim., 27 janv. 1820, Bull. crim. 1820 N° 15; 7 juin 1834, S. 1835. 1. 80; 30 avril 1835, Bull. crim. 1835 N° 160; 19 juill. 1838, Bull. crim. 1838 N° 234; 22 nov. 1838, Bull. crim. 1838 N° 363; 16 déc 1843, Bull. crim. 1843 N° 318; BLANCHE, pp. 329 ss.; CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, p. 479; GARRAUD, pp. 629 ss. エリー670頁以下。

(49) Cass. crim., 19 juill. 1838, Bull. crim. 1838 N° 234. この判決は、本文で述べる子どもの監督の中断の必要性も、移置に引き続き生じうる危険からの救助の不可能性という危険の観点から基礎づける。

ただし、ガローは、立法論としてはこのような二重の行為の必要性を批判しており⁽⁵¹⁾、1898年改正でも、いずれか一方に該当すれば足りるよう「移置または置去り」に修正された⁽⁵²⁾。

- (2) 移置とは、配慮義務者が通常存在する場所から別の場所に移すことであるとされる⁽⁵³⁾。子どもとともに(当初は遺棄の意図なく)森に行った両親が、子どもを置いて帰ったとしても、移置が存在しないため、遺棄罪には該当しないとされる⁽⁵⁴⁾。
- (3) 置去りとは、子どもが救助されたことを確認せず、1人で残すことをいうとされる⁽⁵⁵⁾。この確認は、かなり厳格に要求され、判例では、他人の家の前に子どもを置いてドアを叩き、住民がドアを開ける音を聞いたが、救助されることまでは確認していない事案⁽⁵⁶⁾や、孤児院の回転棚(いわゆる「赤ちゃんポスト」)に子どもを置いた⁽⁵⁷⁾が、ベルを鳴らしただけですぐに逃げ出したため、子どもが孤児院の担当者に受け入れたことを確認していない事案⁽⁵⁸⁾では、置去りに当たるとされた⁽⁵⁹⁾。これに対し、5人の工員のいる工場内で、工員達の目の前に置

(50) Cass. crim., 27 janv. 1820, Bull. crim. 1820 N° 15; 19 juill. 1838, Bull. crim. 1838 N° 234; 22 nov. 1838, Bull. crim. 1838 N° 363; 30 jull. 1868, Bull. crim. 1868 N° 180.

(51) GARRAUD, p. 630 et 631.

(52) 1898年4月14日の法律(D.P 1898. 4. 44参照)。

(53) GARRAUD, p. 630. これに対し、ショボーほかは、公の場所に子供を置くことと定義する(CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, p. 479. エリ-670頁も参照)。

(54) GARRAUD, p. 631.

(55) Cass. crim., 27 janv. 1820, Bull. crim. 1820 N° 15; 19 juill. 1838, Bull. crim. 1838 N° 234; BLANCHE, p. 331; GARRAUD, pp. 630 s. et 635 s.; V. aussi CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, pp. 479 s. エリ-670頁。

(56) Cass. crim., 27 janv. 1820, Bull. crim. 1820 N° 15.

(57) なお、孤児院に入所できる子どもは、(両親と再会できない状態で)発見された子ども、遺棄された子どもおよび孤児に限られるため、父母が自己の子を孤児院に収容させる権限はなく、遺棄罪に当たりうるとされる(Cass. crim., 30 oct. 1812, Bull. crim. 1812 N° 236; BLANCHE, pp. 342 ss.; GARRAUD, pp. 635 s.)。CHAUVEAU/HÉLIE/VILLEY, pp. 481 ss. は反対。

(58) Cass. crim., 30 jull. 1868, Bull. crim. 1868 N° 180.

いた事案⁽⁶⁰⁾や、孤児院の担当者が受け入れたことを確認した事案⁽⁶¹⁾では、置去りが否定され、遺棄罪は成立しないとされた。

第4節 フランス法と旧刑法との対比

以上のフランス法の条文および学説を踏まえて、旧刑法の条文およびボアソナードや鶴田の議論と対比し、旧刑法がフランス法を引き継いでいる部分と、フランス法と旧刑法が異なり、旧刑法独自の部分や旧刑法にはないフランス法の議論を分析することとしたい。

分析の前に、旧刑法とフランス法との類似点と相違点を確認しておきたい。類似点⁽⁶²⁾としては、①幼年者については一律の年齢を定めていること、②遺棄された場所の往来の多寡により刑の重さが基礎付けられていることが挙げられる。これに対し、相違点としては、③犯罪の性質に関する議論および④行為態様が明らかに異なっている。さらに、日本法では存在しなかった議論として、⑤他者による保護が確実となる措置を執った場合の免責がある。

第1項 旧刑法とフランス法との類似点

まず、旧刑法とフランス法の類似点から見ていくこととしたい。

①幼年者の年齢による限定に関しては、フランス法では、自力で元の場所に復帰することや、周囲の者に保護を求めることができることが理

(59) このほか、置去りが認められた例として、孤児院の門前に置いた事案(Cass. crim., 30 oct. 1812, Bull. crim. 1812 N° 236)や誰もいない部屋に子供を移置して立ち去った事案(Cass. crim., 22 nov. 1838, Bull. crim. 1838 N° 363)がある。

(60) Cass. crim., 19 juill. 1838, Bull. crim. 1838 N° 234.

(61) Cass. crim., 7 juin 1834, S. 1835. I. 80; 30 avril 1835, Bull. crim. 1835 N° 160. また、1843年12月16日破棄院判決(Bull. crim. 1843 N° 318)は、確認措置について言及はないが、直ちに必要な配慮が受けられることが確実である孤児院の回転棚に子どもを置いた事案について、置去りを否定した。

(62) 本文中に挙げたもののほか、主体による加重規定は、その身分や有償性などの相違が存在するものの、保護義務の免脱を中心としつつも遺棄罪から直接説明できない要素が含まれることも共通しているといえる。

由とされている。このような議論は、旧刑法制定過程におけるボアソナードと鶴田の議論と同様であり、この点では、危険性に着目した条文構造であることが分かる。

②遺棄された場所による区別についても、往来のない場所への遺棄は死亡に至る危険性が高いことが加重根拠とされている点で、旧刑法と同様である。そして、そこでの危険も、発見・救助される可能性が低いという観点から基礎付けられているようである。

このように、条文の形式およびその考慮要素は、日仏で共通点が多い。もっとも、遺棄の本質にかかわる要素に関して、重要な相違点も見られるので、項を改めて検討していきたい。

第2項 遺棄罪の性質論の相違

- (1) まず、③遺棄罪の性質論に関して、フランス法は、主体を保護責任者に限定し、主観的要件としても配慮・監督義務を免れる意図を要求していたことから、保護義務免脱の性質が主たる要素として理解されていた。

日本法においても、保護義務者による遺棄が典型例と考えられており、有償受託者による遺棄罪や尊属遺棄罪等の加重根拠などでも、このような要素も考慮されていたが、旧刑法の起草過程の議論では、遺棄罪一般に保護責任を要求していたわけではなかったことから、保護義務免脱の要素は、全ての遺棄罪に共通する性質ではなかった。この点は、日仏で大きく異なる点といえる。他方で、次章で検討する旧刑法下の判例・学説においては、フランス法と同様に、主体を保護責任者に限定する見解が現れる。その意味ではフランス法との比較が意味を持つ部分もあると考えられる。

- (2) これに対して、フランス法でも、幼年者の年齢や遺棄の場所に関する議論に関しては、生命に対する危険の要素も考慮されていた。この点で、生命に対する危険も副次的ではあるが遺棄罪の一般的な性質である。

なぜこのような危険の要素も考慮されるかを考えるに、行為者による保護が失われたとしても、第三者により保護を受けられる場合や遺

棄された場所が安全な場所である場合には、危険が生じない場合がある。そこで、遺棄罪に必要な最小限度の危険性としては、そのような危険が存在しない場合ではないという消極的な意味で危険性の確認があれば足り、そのような危険性の確認として年齢要件における危険性の考慮が必要となる。

さらに、必要最小限度の危険性を超えて、第三者による保護が困難な場所や危険な場所を示すのが往來のない場所であって、そのような場所への遺棄が加重事由とされているといえる。

- (3) このようなフランス法の議論と対比すると、旧刑法では、ボアソナードと鶴田は主体を保護責任者に限定しておらず、また、被害者が元々保護された状態にあることを前提としていなかったのも、行為者が保護者に限られず、常に保護された状態の剥奪が認められるとは限らない。そこで、一般的に危険が生じうる幼年者の年齢規定や自ら生活することができない老疾者に客体を限定した上で、個別に保護された状態の剥奪、危険な場所への移置および第三者による保護の排除の各要素から危険性の有無や程度を検討する必要がある、ボアソナードと鶴田の間の議論でも種々の危険性に関する議論がなされていたものと思われる。
- (4) また、フランス法では、客体が7歳以下の子どもに限定されていたのに対し、旧刑法では自ら生活することのできない老疾者も含まれていた。この点で、フランス法は、遺棄罪に子どもの血縁関係や身分を保障する機能も担わせていたといえる。

これに対し、鶴田が主張しボアソナードも受け入れた老疾者の追加は、この要素を排除し、生命の保護に純化していたといえる。

第3項 行為態様の相違

- (1) 次に、④行為態様の違いが挙げられる。すなわち、旧刑法では、「遺棄」とされたのに対し、フランス法では、「移置(exposer)および置去り(délaisser)」の双方が必要とされていた。

フランス法では、この両者が要求されることにより、遺棄する意図なく子どもとともに外出し、その後、子どもの保護を免れる意図で置

去りにして帰宅した場合や、移置した後も第三者による保護が行われるまで立ち去らなかった場合については、処罰できないこととされていた。このうち、後者については、次項で性質論との関係も含めて改めて検討することとしたいが、前者の限定は、フランスにおいても問題視されており、両者を要求する規定は改正されることとなった。この点で、日本法が「遺棄」としていたことは、フランス法とは独自の考慮の上で定められたものだと考えられる。

- (2) そして、この点に日本法の独自性があるとすれば、行為態様の相違の分析は、旧刑法の「遺棄」の立法意図を理解することつながりうる。すなわち、元老院上呈仏文刑法草案の文言からすると、「遺棄」に対応するのは「abandonner」であった。前章で確認したように、旧刑法の制定過程では、フランス法を確認することから開始されたから、意図的にフランス法とは異なる文言を選択したものと考えられる。今回の調査では、旧刑法制定過程以前(1880年以前)に、この点が問題視されていたフランスの文献は見つからなかったが、フランスでは、1891(明治24)年のガローの体系書では移置と置去りの両者が必要とされることの問題点が指摘されており、1898(明治31)年には「移置または置去り(exposer ou délaisser)」へと改正されている。このような問題からすると、ボアソナードが敢えて「abandonner」を用いたのは、移置と置去りの両者を要求することは妥当でないと考え、フランス法とは異なる行為を規定したのではないだろうか。また、その際に「exposer」を用いていないことから、移置に限定する意図ではなかったものと考えられる。

このような推測を裏付ける1つの資料として、ベルナーによる旧刑法に対する批評を翻訳した司法省文書課の職員であった宮嶋鈴吉の注記がある⁽⁶³⁾。すなわち、ベルナーは、旧刑法が「遺置のみを罰して捨

(63) 「ベルネル氏『日本刑法に関する意見書』」内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(1)―I』(信山社出版、1999)490頁以下。なお、この意見書については、吉井蒼生夫「元老院改正儀・刑法改正意見・西欧刑法学者論評」同書24頁以下参照。それによれば、旧刑法施行直前に司法省に提出されたが、明治19年8月に翻訳されたものとされる。

棄は之を罰せざるが如し」とした上で、生命・身体に対する危険の観点からは妥当であるといえるが、「監護扶持の義務を免るの所為をも宥さざらんと欲せば、遺置と云ふのみにては不充分とす」と批判している。その中で、宮嶋は「遺置のみを罰して捨棄は之を罰せざるが如し」の後に、「氏の斯く言へるは例の訳文に誤謬ありしが故歟」との訳注を入れている。宮嶋がベルナーの理解は訳文の「誤謬」に基づくと推測していることからすると、少なくとも司法省内部では、「遺棄」には、被害者の場所を移動させる「遺置」だけでなく、被害者を残して立ち去る「捨棄」を含む⁽⁶⁴⁾、すなわち、フランス語の「exposer」と「délaisser」に対応する行為のいずれも処罰の対象となりうるものが前提とされていたと考えられる。そして、このような前提は、司法省内部の理解であることや旧刑法施行初期という翻訳時期からすると、ボアソナードの意図に反するものではなかったと考えられる。

- (3) 以上のように、フランス法と対比することにより、旧刑法制定過程における明示的な議論が残されていない「遺棄」という行為態様の内実が、遺棄と置去りの両者を含む趣旨であったことを推測することができた。

第4項 保護が確実となる措置による免責

- (1) 旧刑法とフランス法との相違点の検討の最後として、フランス刑法では、⑤他者による保護が確実となる措置を執った場合には、「置去り」に該当しないとして、免責していたことが挙げられる。これは、移置と置去りの両者を要求するフランス刑法の行為態様の解釈論として論じられていた問題はあるが、同様の問題は、我が国の現行刑法においても議論されている⁽⁶⁵⁾ように、むしろ性質論と関係の深い問題といえる。
- (2) フランス法の議論では、実際に被害者が住人や係員に受け入れられ

(64) 「遺置」と「捨棄」は、ドイツ刑法の条文から推測するに、「aussetzen」と「verlassen」のことであると考えられる。

(65) 例えば、大塚ほか・前掲注(1)250頁以下〔酒井＝小島〕。

ることを要求するといったかなり厳格な措置を要求していた。フランス法では主として条文解釈の問題として議論されていたが、子どもに対する危険や配慮・監護の中断という性質論に結び付く議論もなされていた。そして、次章で検討するように、移置と置去りの両者が必須とされていない日本法においても、この問題は学説において議論され、性質論からの分析も行われていた。また、性質論からすると、措置の厳格性は、どの程度保護義務懈怠や危険の要素を考慮するかという程度の問題とも関連するので、フランス法ほど厳格な措置を要求しないこともあり得る。次章では、フランス法や性質論との関連性も意識しつつ旧刑法の判例・学説におけるこの問題の検討していきたい。

第5項 小括

- (1) 以上のように、条文の形式の枠組みやその考慮要素としては、日仏で共通性が見られ、ボアソナードと鶴田がフランス法の議論を出発点とした影響を改めて確認することができた。
- (2) しかしながら、遺棄罪の性質論や行為態様という重要な問題について、日仏で相違点が見られた。すなわち、フランス法では、遺棄の主体は保護責任を負う者に限定したうえで、保護義務の免脱に遺棄の本質を求めていた。もっとも、フランス法でも、年齢要件に保護義務の免脱の結果生じる最低限の危険を確認する機能を認め、また、往來のない場所への遺棄による加重根拠として、発見・救助される可能性が低いという観点からより高い危険性が認められることが指摘されていた。このように、フランス法においても、危険の要素が全く考慮されていないわけではなかった。

これに対して、旧刑法において生命に対する危険の要素が特に問題となったのは、主体を保護義務者に限定しないことが前提とされたためであり、遺棄罪一般において共通する性質としては、危険の要素しがなく、その危険の発生の有無を個別に示す必要が生じたためであると考えられる。

- (3) また、遺棄の行為態様については、フランスでは、「移置(exposer)および置去り(délaisser)」が必要とされていた。後にフランス法でも

旧刑法における遺棄罪について

批判がなされ、「移置または置去り」へと変更されることからすれば、ボアソナードがこの要件を知りつつも、敢えて異なる「遺棄(abandonner)」を選択したことは、意図的なものであると考えられる。そうであれば、旧刑法の「遺棄」は、移置または置去りの一方のみの行為を含む趣旨であったのではないかと推測することができる。

- (4) また、旧刑法の制定過程では議論されていなかったが、フランスでは、第三者による保護を確保する措置を執った場合の免責について、置去り概念の中で議論されていた。これは、旧刑法の学説でも言及されるようになり、また遺棄罪の性質論にもかかわる問題であることから、日本法の理解にも有益であると考えられる。
- (5) 次章では、以上のフランス法と旧刑法の比較も踏まえつつ、旧刑法の遺棄罪の判例・学説を検討することとしたい。

第3章 旧刑法における遺棄罪の判例・学説

本章では、これまでの旧刑法の制定過程およびフランス法における議論を踏まえつつ、旧刑法の遺棄罪に関する判例および学説を検討することとしたい。

第1節 遺棄罪の性質に関する議論

まず、旧刑法における判例・学説⁽⁶⁶⁾について、遺棄罪の性質論の議論から検討したい。前章で見たフランス法は、保護義務免脱の要素が重要な性質と解されていたのに対し、旧刑法の立法過程の議論では必ずしも主体に保護責任を要求していなかったため、基本的には危険犯の要素から理解され、338条の有償受託者による遺棄や363条の尊属遺棄の加重要素として、義務免脱(以下、338条の文言に合わせて、「保養義務」と呼ぶ)の要素が考慮されていた。

旧刑法の学説における性質論では、保養義務免脱と危険犯の両方の議論があるため、それぞれの立場の議論を確認していきたい。

第1項 保養義務免脱を本質とする議論

- (1) まず、保養義務免脱を遺棄罪の本質と捉える見解から確認したい。このような性質論を正面から論じる文献は少ないが、遺棄を保養義務を免脱する行為と定義するものが若干見られる⁽⁶⁷⁾。このような性質論は、前章のフランス法の分析において示したように、主体に関して、保養義務を負っていない第三者も遺棄を行いうるか、および、第三者の保護を確保する措置を執った場合の遺棄の処罰の可否という2つの点で、具体的な事案の解決に影響する⁽⁶⁸⁾。後者の点は第3項で検討するので、本項では、主体に関する点を見ていくこととしたい。
- (2) ボアソナードの議論とは異なり⁽⁶⁹⁾、学説においては、336条および337条について保養義務があることを前提とする見解も有力であった⁽⁷⁰⁾。例えば、宮城浩藏は、「幼者又は老疾者を保養する義務ある者、

(66) 旧刑法の体系書・注釈書として以下のものを参照した。引用の際には末尾括弧内の略語を用いる。

磯部四郎『刑法講義下巻』(八尾書店、1893)(磯部)

江木衷『現行刑法各論全』(第2版、博聞社=有斐閣、1889)(江木)

岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』(有斐閣書房、1895)(岡田刑法論)

岡田朝太郎『刑法講義全』(訂正3版、明治大学出版部、1906)(岡田講義)

勝本勘三郎『刑法析義各論下巻』(再版、講法会=有斐閣書房、1900)(勝本)

亀山貞義『刑法講義卷之2』(講法会、1898)(亀山)

小疇伝『日本刑法論各論』(日本大学、1905)(小疇)

高木豊三『校訂刑法義解』(再版、博聞社、1882)(高木)

松原一雄『新刑法論』(清水書店、1904)(松原)

宮城浩藏『刑法講義2』(4版、明治法律学校、1887)(宮城講義)

宮城浩藏『刑法正義』(復刻版、明治大学、1984〔初出1893〕)(宮城正義)

村田保『刑法註釈 卷6』(1880)(村田)

堀田正忠『刑法釈義 第3篇・第4篇・刑法附則』(1883)(堀田)

(67) 岡田講義261頁、勝本194頁以下。勝本は、この義務免脱の側面を一種の風俗を害する罪と評価する。

(68) 岡田刑法論829頁も参照。

(69) ただし、ボアソナードも、保護義務の免脱の防止のために、被害者に対して法律上の保護義務を負う者は、「特に遺棄罪の適用の必要がある」と論じている(BOISSONADE, *supra* note 37, p. 995)。

換言すれば幼者又は老疾者を遺棄して利益を有する者」が主体となると述べ、具体例として、一般論として甥を養う義務はないが、兄弟および弟の子が「同居して生計を営む」場合には、兄は弟の子である甥を遺棄しうるとする⁽⁷¹⁾。

- (3) また、判例もこの立場を採った。すなわち、まず、大判明治23(1890)年2月18日裁判粹誌5巻14頁は、馬車の乗客が急病により昏睡した事案について、御者に「保護すべき責任」を認めた⁽⁷²⁾。その後、明治25(1892)年8月1日裁判粹誌7巻192頁および大判明治29(1896)年12月15日刑録2輯11巻47頁において明示的に義務を必要とする立場を採り、前者では、被告人が保養を依頼された際に引き受けたかどうかを確認させるために破棄移送し、後者では村内の道路上で発見した病者を別の場所へ遺棄した被告人を無罪とした⁽⁷³⁾。

第2項 遺棄による危険性を本質とする議論

- (1) 次に、遺棄罪の性質を危険犯として理解する見解について、危険の内容や発生メカニズムにも留意しつつ、検討することとしたい。

旧刑法の学説では、遺棄する場所を問わず、純粹に生命ないし身体に対する罪として理解する見解も有力に主張されていた⁽⁷⁴⁾。ただし、

(70) 宮城正義675頁以下、岡田講義261頁。勝本194頁も同旨であろう。

(71) 宮城正義676頁。

(72) ただし、この事案では、馬車から降ろして桑畑に放置したことを置去りと捉えたために保護責任を要求し(この点については後掲第3節参照)、移置の場合は言及していないと解する余地もあった。

(73) このほか、大判明治39(1906)年2月27日刑録12輯289頁は、木賃宿の主人からその不在中、営業の一切の監督を委託された被告人が老病者の宿泊客を路傍に遺棄した事案について、木賃宿の主人は宿泊人に対して「宿泊せしむべき義務」があることを前提に、被告人も「木賃宿の主人と同様の義務を負担」しているとして、遺棄罪を肯定した原判決を是認した。

(74) 高木930頁、磯部957頁以下、小嶋678頁以下。前述の大判明治29(1896)年12月15日刑録2輯11巻47頁の検察官の上告理由もこの立場を基礎にしていた。江木314頁以下および亀山487頁以下も「危険」という文言は用いないが、本文中で検討する解釈論の結論から、この立場を前提としている。

その危険の対象については、生命に限定するもの⁽⁷⁵⁾と、生命および身体に対する危険とするもの⁽⁷⁶⁾があった。この論者の中でも、特に、小嶋伝は、後述する第三者による保護が確実な場所への移置を不可罰とすることとの関係で、遺棄罪を監護責任を免れる行為として理解すること正面から否定していた⁽⁷⁷⁾。この立場は、336条の寥閼無人の地以外への遺棄であっても、必ず救助を得られる保証がないとして、生命・身体への危険を肯定する⁽⁷⁸⁾。

これに対して、岡田朝太郎は、疑問を留保しつつも、保養義務免脱と生命に対する危険のいずれか一方が存在すれば足りるとする⁽⁷⁹⁾。

- (2) これらの見解からは、行為者の保養義務を前提としないから、第三者による遺棄が可能となる⁽⁸⁰⁾。例えば、怨みのある家の子ども⁽⁸¹⁾や相続争いをしている推定相続人⁽⁸²⁾を危険な場所に移転する場合には、遺棄が成立する。その理由として、亀山貞義は、340条が何らの関係のない他人の不作为を処罰していることとの均衡から、積極的な作為による遺棄を不可罰とする⁽⁸³⁾理由はないとする。上記の明治29年大判の検察官も、条文上主体の限定がなされていないこと、遺棄罪は「人身保護の法律」であり、保養義務のない者が他人に害を加えることを許容するものではないことを理由として、「老幼者を掠奪して」遺棄す

(75) 小嶋678頁。磯部958頁も参照。

(76) 高木930頁。

(77) 小嶋680頁。

(78) 高木932頁以下、小嶋680頁。

(79) 岡田刑法論828頁以下。堀田正忠も、保護義務懈怠の性質と生命に対する危険を合わせて考慮(堀田307頁)しつつ、保養義務のない者による遺棄も認めていた(同312頁以下)点で、同様の理解であると思われる。松原354頁も同旨か。

(80) 堀田312頁、江木314頁、磯部957頁、亀山486頁、小嶋680頁以下。

(81) 堀田312頁、亀山486頁。

(82) 亀山486頁。

(83) 旧刑法341条では、略取誘拐後に「自ら藏匿し若くは他人に交付」することが必要なため、単に遺棄する場合は、略取誘拐罪に当たらないことを指摘する(亀山486頁)。

る場合や、当該事案のように、病者が死に瀕することを顧みず自らの煩累を避けるために遺棄する場合には遺棄罪が成立すべきであると主張していた⁽⁸⁴⁾。

また、客体については、自力で自己の生命等に対する危険を回避できないことと理解される⁽⁸⁵⁾。遺棄されても、自力で危険を回避できるのであれば、危険が生じないからである。

- (3) それでは、これらの学説の危険性は、これまでも採り上げてきた、遺棄の危険性の内容や発生のメカニズムの観点⁽⁸⁶⁾からは、どのように整理できるだろうか。

まず、①保護者によって保護された状態の剥奪に関連する議論として、磯部四郎は、幼年者について「遺棄せらるるときは餓死を招き易いとし、老疾者は「他の養護を受けるにあらざれば生活すること能はざる者」に限定されるとしている⁽⁸⁷⁾が、これは保護を受けなければ生活できない者が、元々保護を受けていたにもかかわらず、これを剥奪された場合に初めて危険が生じるため、遺棄に当たると捉えていると理解できる⁽⁸⁸⁾。

また、江木衷は、保養義務者自身が遺棄する場合以外に、第三者による遺棄を認めるが、その際「他人の保養する幼者を掠奪して之を遺棄する」場合が含まれると指摘し、他方で、置去りの場合は保養義務者自身による場合のみ認めている⁽⁸⁹⁾。これらの議論は、①保護された状態の剥奪を遺棄の本質とみた上で、保護された状態が行為者自身による場合と第三者による場合とで、剥奪することができる方法が異なることに着目するものといえる。

さらに、村田は、339条の死傷の原因として、「凍餓に堪へずして自

(84) 刑録2輯11巻48頁。

(85) 小疇678頁。この危険を日常生活ができず、餓死に至る危険と捉えるものとして、後掲注87の磯部の議論も参照。

(86) 前掲第1章第3節も参照。

(87) 磯部960頁。

(88) 堀田307頁以下も参照。

(89) 江木314頁以下。同旨、磯部959頁、亀山488頁、小疇679頁以下。

から死傷した」場合を挙げている⁽⁹⁰⁾が、これは、衣食住が与えられないことによる寒さや飢えによる死傷を指していると考えられるから、基本的には⁽⁹¹⁾①保護された状態の剥奪と関連付けて理解することができる。

- (4) ②危険な場所への遺棄に関しては、正面からはあまり論じられない。村田は、339条の死傷の原因として、「禽獣の為に死傷を受けたるもの」を挙げている。

③第三者による救助の可能性については、救助の可能性の低下を危険を基礎付ける方向に積極的に考慮するのではなく、第三者による救助の可能性が高い場合には、危険を低下ないし打ち消す消極的な要素として言及されることがある。すなわち、336条の寥閔無人ではない地への遺棄について、このような救助の可能性が高いことを法定刑の低さの理由とするものがある。例えば、村田は、主観面に着目した表現ではあるが、「寂寥ならざる所」への遺棄は、「暗に他人に之が救育を依頼せんとするの意にして、敢てこれを害せんとするの意あるに非」ずと論じている⁽⁹²⁾。これは、主観面から危険性の低さを論じたものと評価できる。ただし、このような見解からも、救助の可能性が高いとしても、確実とはいえないため、なお危険は認められることとなる⁽⁹³⁾。

また、第三者による保護が確実となる措置を執った場合について、危険性を否定し、遺棄に該当しないとする議論としても現れる⁽⁹⁴⁾。この点については、次項で検討することとした。

第3項 第三者による保護が確実となる措置を執った場合の議論

- (1) 以上の性質論を前提に、性質論と関連すると考えられる問題とし

(90) 村田38丁裏。

(91) ただし、「凍」に関しては、極寒の屋外などは、②の場所的な危険性から説明される場合もありうるだろう。

(92) 村田36丁表裏。同旨、高木933頁以下、宮城講義553頁、磯部961頁。

(93) 高木392頁以下参照。

(94) 小疇679頁以下。

て、フランス法で議論されていた第三者による保護が確実となる措置を執った場合にも遺棄罪を認めるか、また、その際の理由付けについて、検討したい。

- (2) 遺棄罪を保養義務の免脱と理解する立場からは、孤児院の門前への遺棄や、第三者が救助するのを確認してから立ち去った場合も、自らの義務の免脱はあるとして、遺棄を認めるものがある⁽⁹⁵⁾。すなわち、この類型の事案では、第三者に保護を押しつけているという意味で、保護免脱行為がなお存在すると理解していることになる。
- (3) 遺棄罪の性質論として危険に着目する立場からは、第三者による救助によって危険が発生しない場合には遺棄に当たらないと説明される⁽⁹⁶⁾。特に、小疇は、遺棄罪の目的は「監護の責任を免るる行為」の処罰ではなく、「被遺棄者の生命身体に対する危害を防衛する」ことであることをこのような場合の不可罰の理由としている⁽⁹⁷⁾。

具体例として、小疇は、被害者の親属の集会する場所や警察署への移転・置去りや、行為者が被害者による危険から救助するために近傍で準備している間は、遺棄に当たらないとする⁽⁹⁸⁾。これに対し、公衆の往来する道路に移置した場合は、被害者が救助されるかは保証されておらず、「偶然の出来事」に過ぎないとして、遺棄を肯定する⁽⁹⁹⁾。

さらに、村田は、跡を追いつめることができる場合には、遺棄に該当しないと⁽¹⁰⁰⁾。これは、(元の保護者が行為者であれ、第三者であれ)保護された状態に戻れる場合には、危険が発生しないという観点から説明することができるが、他の文献がこのような指摘をしないのは、場所自体の危険性や道に迷ったりすることにより、確実に帰るこ

⁽⁹⁵⁾ 勝本194頁以下。

⁽⁹⁶⁾ 小疇679頁。また、磯部957頁は、「餓死を免れざらしめたること」を必要とし、養育費を準備した場合や、他人に囑託して失踪したときは、置去りに当たらないとする。

⁽⁹⁷⁾ 小疇680頁。

⁽⁹⁸⁾ 小疇679頁以下。

⁽⁹⁹⁾ 小疇680頁。

⁽¹⁰⁰⁾ 村田36丁表。

とができない場合があることから、なお危険を否定できないことによるものと思われる。

- (4) 以上に対し、亀山貞義は、遺棄の場所に限定がないことから、孤児院の門前に遺棄するような場合であっても336条の遺棄は成立するとする⁽¹⁰¹⁾。生命に対する危険を遺棄罪の処罰根拠とする立場から、孤児院の門前等であっても、なお確実に保護されるとはいえないので、危険が生じていると理解することになろう⁽¹⁰²⁾。
- (5) また、岡田朝太郎は、保護義務免脱または生命に対する危険のいずれか一方があれば遺棄に当たるとする中間的な立場から、保養義務者自身が他人の救助を確かめてから立ち去った場合は保養義務免脱の観点から遺棄となるが、保養の責任のない者による遺棄の場合は生命に対する危険がないとして遺棄罪を否定する⁽¹⁰³⁾。

第2節 加重規定の根拠

次に、以上の遺棄罪の一般的な性質論に対して、337条および338条の加重規定について、それぞれどのような理由で加重が正当化されるのか、検討していきたい。

第1項 寥閼無人の地への遺棄による加重

- (1) 337条の寥閼無人の地への遺棄が加重される理由は、危険性が高いことに求められる。これは、遺棄罪一般について危険性の観点から説明する見解⁽¹⁰⁴⁾からだけでなく、保護義務の免脱に着目する見解からも、行為者によって保護された状態の剥奪に加えて、寥閼無人の地への遺棄によって、さらに危険性が高まると説明することができる⁽¹⁰⁵⁾。前項の危険発生のメカニズムに即していえば、学説には、①ないし③のいずれに求める見解も見られる。

⁽¹⁰¹⁾ 亀山488頁。

⁽¹⁰²⁾ 松原354頁も参照。

⁽¹⁰³⁾ 岡田刑法論825頁および829頁。

⁽¹⁰⁴⁾ 堀田313頁、高木935頁以下、小嶋684頁。

⁽¹⁰⁵⁾ 宮城講義555頁、勝本196頁参照。

- (2) まず、元の場所に帰ることが困難であるという理由が挙げられる⁽¹⁰⁶⁾。これは、元の場所が保護された場所であることを前提としていることから、①保護された状態の剥奪の観点から、その危険性の高さが基礎付けられているといえる。

②の説明をする論者として、村田は、「鳥獣の蹴踏を念はずその生命の危難を顧み」ない行為であるとしている⁽¹⁰⁷⁾。

- (3) ③に関連する説明として、宮城は、「人の来ること稀れに従ひて、救助を受くるに由なきを以て殆ど死地に陥りたる者」⁽¹⁰⁸⁾として、救助が行われないことによって、高度の危険性を前提としている⁽¹⁰⁹⁾。

もっとも、③の危険性は、「救助されない」という消極的なものに過ぎないので、単体では高度の危険に至らないように思われる。すなわち、自ら生活ができない者に対して①保護が剥奪されているから、そのままでは生活できず、あるいは、②その場所の危険性のために、死に至るという危険性が前提となっており、それらの状態から「救助されない」ことにより危険が解消されないことを把握するものであるといえる。そのため、この③の危険性は、他の①や②の危険性を前提とした加重事由であると理解することができる。

第2項 有償受託者による遺棄の加重根拠

- (1) 次に338条の有償受託者による遺棄の加重根拠について、学説において具体的な議論をしているものとしては、給料を得たことについての利欲的な動機⁽¹¹⁰⁾や給料を自己の物とすること⁽¹¹¹⁾が根拠とするものがある。また、この立場に立つ村田は、利欲的な動機のために、さらに保養を受託する危険性にも言及している⁽¹¹²⁾。

これに対し、寄託者の信用に背くことを根拠とするもの⁽¹¹³⁾もあるが、これだけでは有償に限定される理由とはならないように思われる。

以上の議論は、いずれにせよ遺棄罪とは無関係の要素を追加する事

⁽¹⁰⁶⁾ 亀山489頁。

⁽¹⁰⁷⁾ 村田37丁表。

⁽¹⁰⁸⁾ 宮城正義676頁以下。宮城講義555頁も参照。

⁽¹⁰⁹⁾ 同旨、高木935頁、岡田刑法論830頁、磯部961頁、亀山489頁。

で、加重したものと理解する立場である。

- (2) これに対して、有償の寄託を受けた場合には、親子関係のように自然的関係とは異なる保養上特別の関係があるとするものもある⁽¹¹⁴⁾。これは、保養義務の免脱の関係から加重を基礎付けようとするものと思われるが、その特別の関係の内実は不明である。また、親子関係のうち、尊属に対する遺棄は加重されるのであるから、自然的関係ではないことは、特別の加重には結び付かないように思われる。

第3節 遺棄の行為態様

- (1) 次に「遺棄」の意義について検討する。旧刑法の学説においては、被害者を元いた場所から移転すること(移置)は、遺棄の一般的な形態として論じられる⁽¹¹⁵⁾。被害者を移動させる方法として、自ら被害者を連れて行く以外にも、「詐欺を以て之を他所に誘い出し、其儘方擲し去る」場合⁽¹¹⁶⁾、「被監護者が自ら危険なる場所に移転する」ときに監護義務者が故意にこれを防止しない場合⁽¹¹⁷⁾にも遺棄該当性を認める論者もいた。

他方で、小嘯は、救助の方法を排除するだけでは不十分であるとする⁽¹¹⁸⁾。

(110) 村田37丁裏以下。BOISSONADE, supra note 37, p. 995(=ボワソナード477頁)も同旨である。また、高木936頁以下が、給料を辞して寄託を終了させるべきとし、これをしないで敢えて遺棄をすることについて、「敢てこれを為す其意知る可きなり」とするものも同旨であろうか。また、磯部が無償の場合には受寄者はいつでも寄託者に返還することが可能なので、敢えて遺棄する必要がないとするのも、動機の欠如を裏面から述べたものであろうか。

(111) 堀田319頁。

(112) 村田38丁表。

(113) 高木936頁以下、岡田刑法論831頁、勝本196頁。

(114) 亀山490頁。

(115) 高木930頁、亀山487頁、岡田刑法論823頁、勝本194頁、松原354頁、小嘯679頁以下、岡田講義261頁参照。

(116) 亀山487頁。

(117) 小嘯680頁以下。小嘯はこれを不作為であるとする。

- (2) 以上の移置に加えて、被害者を置去りにすることを明示的に「遺棄」に含める文献もある⁽¹¹⁹⁾。自宅に子を残したまま転居する場合が典型例として挙げられていた⁽¹²⁰⁾が、亀山は「群衆の中で偶然子を見失った後、遺棄の故意を生じて立ち去る場合」⁽¹²¹⁾にも言及する。また、小疇は、「両者の間に牆壁を設けて往来を絶つ」ことも例示している⁽¹²²⁾。
- もっとも、この場合、移置の主体を限定しない論者も、置去りには常に遺棄を認めるのではなく、保養義務を要求していた⁽¹²³⁾。亀山は、このような置去りを「有形的の行為なきも無形的に之を見れば亦一の遺棄」であると論じている⁽¹²⁴⁾ので、不作為犯として理解しているようにも思われるが、その他の論者は、作為・不作為の区別に言及していない⁽¹²⁵⁾。むしろ、第1節第2項でも触れたように、①保護者により保護されていた状態を剥奪することが可能な方法が、行為者によって異なると理解すべきであると考えられる。
- (3) 以上の遺棄に含まれる行為に対し、保護者が、被害者との場所的離隔を伴わず、衣食の提供等の必要な保護をしない場合は、旧刑法の学

(118) 小疇679頁。

(119) 村田35丁裏、堀田309頁以下、江木315頁、磯部957頁、岡田刑法論823頁、亀山487頁以下、勝本194頁、松原354頁、小疇681頁以下、岡田講義261頁。

(120) 村田35丁裏、堀田309頁以下、亀山488頁。

(121) 亀山488頁。

(122) 小疇682頁。

(123) 江木315頁、磯部957頁、亀山488頁、小疇681頁以下。

(124) 亀山487頁。

(125) ただし、小疇681頁以下は、「被放任者を監護する法律上の義務」を要求し、その発生根拠として、法律の規定と先行行為とを問わないとしていた。具体例としては、「子孫が祖父母父母を監護する義務」、「親が子を監護する義務」、「保姆が契約によって嬰兒を監護する義務」および「捨子を拾い上げたりと云ふ行為」を挙げるが、これは、不真正不作為犯の作為義務と類似するようにも見える。しかし、置去りを不作為と明示する訳ではなく、他方で不作為による移置については明示的に認めていた(前掲注⁽¹¹⁷⁾参照)。この点につき、松原「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) 前掲注(3)1287頁以下も参照。

説では祖父母父母不奉養罪(364条)を除いて、処罰されないと指摘するものがあつた⁽¹²⁶⁾。とりわけ、宮城は、立法論として、この点を強く批判した⁽¹²⁷⁾。

このように遺棄と祖父母父母不奉養罪によってのみ処罰される不保護の区別としては、場所的離隔の有無が基準とされていたといえる⁽¹²⁸⁾。

第4節 小括

- (1) 以上の本章を簡単にまとめておきたい。まず、旧刑法の学説においては、遺棄罪の本質に関して、保養義務の免脱に求める見解と、生命ないし身体に対する危険に求める見解があつた。また、両者のいずれかが存在すれば遺棄を認める中間的な見解もあつた。

これらの見解の対立は、具体的解釈論としては、主体の限定と第三者による保護を確保する措置を行った場合の可罰性に影響する。すなわち、保護義務懈怠罪として理解する立場からは、主体は保養義務者に限られ、第三者による保護を確保した場合も、自らの保養義務を尽くしていないため遺棄に該当する。判例は、主体を保養義務者に限定していた。

これに対して、危険犯として理解する立場からは、保養義務のない者であっても、怨恨等の動機から他人に保養されている者を掠奪して遺棄することが可能である。また、第三者による保護を確保した場合には、危険がないとして遺棄を否定する。ただし、どこまでの措置を執れば、確実に危険がないと評価されるかは、論者によって異なり、孤児院の門前に遺棄するような場合でもなお危険が存在するという立場もあり得る。

(126) 宮城正義675頁以下、岡田刑法論824頁、亀山488頁、松原354頁、小嶋682頁。

(127) 宮城浩藏「現行刑法改正論」内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(1)―Ⅲ』(信山社出版、2009)260頁以下〔初出1890〕、宮城正義675頁以下。岡田刑法論824頁も、「明文なきを以て寔に已む事を得ず」としており、否定的であるように思われる。

(128) 小嶋682頁も参照。

中間的な見解からは、主体は保養義務者に限定されず、そのような者が第三者による保護を確保した場合には危険も保養義務免脱もないため、遺棄が否定される。他方で、保養義務者が第三者による保護を確保して遺棄した場合は、保養義務の免脱があるため、危険がなくても遺棄が肯定されることになる。

- (2) 遺棄の危険の内容・メカニズムに関しては、①保護者により保護された状態の剥奪が様々な角度から触れられていた。保養義務の免脱を重視する立場からは、実質的にこの危険が問題とされている事になる。危険犯として理解する立場からも、幼年者の年齢制限や置き去りの場合のみに保護責任が要求される理由など、遺棄罪の理解の中核にかかわるものといえる。この点は、立法過程でのボアソナードが、面識のない者が自宅で急病を発した場合に遺棄を認めていたことは異なり、また、そのような場合についての議論もなされていなかった。これは、このような事例は340条2項の対象となり、通常の遺棄として考慮する必要がなかったためであると考えられる。この点で、旧刑法の判例・学説は、①保護者により保護された状態の剥奪を遺棄罪一般の基礎とすることができたと考えられる。

これに対し、②危険な場所への遺棄に言及する文献は少数であり、この危険単独で遺棄罪を基礎付けるような議論がなされていたとはいえない。もっとも、①の危険を補完する要素として考慮する可能性が排除されていたわけではない。

③第三者による救助可能性については、これを積極的に低下させることにより遺棄を基礎付けるという議論は見られず、第三者による救助の可能性が高い場合には、危険を低下ないし打ち消す消極的な要素として考慮されていた。

加重類型である337条については、生命に対する危険に基づく加重であることを前提とされていた。この危険については、元の保護されていた場所への復帰がより困難であるという意味で、①保護された状態からの剥奪の程度が高いという位置付け、野獣等に襲われるといった②遺棄された場所自体の危険性を考慮するものおよび③第三者に保護される可能性が低いことによる餓死等の危険に着目するものがあった。

このような構造からすると、旧刑法の学説において遺棄罪の中核的な危険は、①保護者により保護された状態の剥奪であると理解されており、②および③の要素は、副次的に考慮されていたといえる。

- (3) 以上に対し、有償受託者による遺棄(旧刑338条)の加重について、いくつかの理解があったものの、ほとんどは、遺棄罪の性質論とは結び付かない別の観点からの追加的要素であり、特別の保護義務と結び付ける見解も成功しているようには思われなかった。いずれにせよ、有償性を加重根拠と結び付けることが必要とされる点で、どの見解も現行刑法の保護責任の加重根拠との直接の関連性は認められない。
- (4) 遺棄の行為態様については、移置がその中心とされていたが、多くの見解は置去りも認めていた。ただし、置去りが認められるのは、保養義務者に限られていた。この点について、確かに、置去りを不作為犯として理解していると思われる論者もいた。しかし、そのような考えは一般的であったとはいえないし、不作為である事と保養義務の必要性や内容を結び付けて論じられてもいなかった。むしろ、上記①保護者により保護された状態からの剥奪による危険について、保護者と行為者が一致するかどうかによって、単なる置去りによっても危険が肯定されるかが問題にされていたと考える。

また、場所的離隔を伴わない不保護については、遺棄からは除外されていた。もっとも、この点に対しては批判もあり、祖父母父母不奉養罪の拡張という形で立法へ影響を与え、現行刑法の保護責任者不保護罪へとつながることとなる。

第4章 旧刑法における議論から見た遺棄罪の考察

最後に、ここまでの検討を踏まえ、旧刑法における遺棄罪の性質論および行為態様に関する議論を整理し、現行刑法の解釈論につながる示唆を得ることを試みたい。

第1節 遺棄罪の性質論

第1項 性質論に関する多様な議論

まず、旧刑法における遺棄罪の性質論を整理したい。旧刑法では、極めて多様な観点から遺棄罪の性質論が捉えられてきた。これは、各人が持つ遺棄に対するイメージが異なっていたことを率直に表すものであると思われる。現行刑法における従来の議論が、場所的離隔と生命・身体に対する危険に純化していたのは、このある意味で雑多ともいえる議論を一つの方向に統一したといえることができるのかもしれない。

他方で、そのような議論は、旧刑法における多様な観点の中にあった、考慮に値するイメージを抽象化しすぎていたり、取りこぼしたりした可能性もある。また、同じ表現でも論者によって処罰範囲のイメージが、無自覚のまま異なってしまうおそれもある。この意味で、近時の遺棄罪の危険の内容やメカニズムに着目する議論は、かつてあった遺棄に対するイメージを理論的に言語化し、取捨選択することにつながるものとも考えられる。

そこで、以下では、遺棄罪の危険の内容やメカニズムの観点から、ここまで見てきた旧刑法における遺棄罪の性質論に関する議論を整理することを試みたい。

第2項 保護義務懈怠罪としての性質と危険犯としての性質

- (1) 旧刑法では、大きく分けて、保護義務懈怠の要素を主とする理解と、生命(ないし身体)に対する危険犯としての要素を主とする理解の2つに分けることができた。

もっとも、両者は、相互排他的なものではないから、副次的な要素や加重要素として、他方の要素を遺棄罪の考慮に含めることは否定されない。両者の違いは、主たる要素が欠けた場合には、他の要素があったとしても、遺棄罪の成立を否定するところにある。

また、これらに対して、いずれか一方の要素があれば、遺棄罪を認めるという中間的な見解もあった。

- (2) 具体的な解釈論としては、まず、主体の問題に影響する。すなわち、保護義務懈怠罪として理解する立場からは主体が保護義務を負う

者に限定されることになるのに対し、危険犯として理解する立場および中間的な見解からは保護義務を負わない者でも遺棄が可能となる。

- また、第三者による保護を確実にする措置を執った場合の遺棄について、保護義務懈怠罪としての理解からは、基本的に保護義務を尽くしたとはいえないから遺棄は肯定される。ただし、フランス法のように、第三者による受領まで確認した場合には、その者に保護責任を引き継いだとして義務を尽くしたと評価する余地はあるだろう。これに対して、危険犯としての理解からは、第三者による保護によって、危険が存在しないので、遺棄が否定される。ただし、危険を否定するための措置をどこまで厳格に要求するかは問題となる。中間的な見解からは、行為者自身が保護義務者の場合は、保護義務懈怠が認められるので、遺棄に当たるが、保護義務者でない者の場合は、保護義務懈怠も生命に対する危険も存在しないので、遺棄に当たらないことになる。
- (3) そこで、次項では、この保護義務懈怠罪としての性質と危険犯としての性質の関係および危険性の内実を分析し、整理することとしたい。

第3項 旧刑法の遺棄罪における危険のメカニズムに関する議論

次に、旧刑法の遺棄罪を基礎付ける要素を分析・整理するため、まず、保護義務の免脱と危険の発生にどのような関係があるのかについて、旧刑法における遺棄罪の危険性に関する議論を参照しつつ、遺棄罪における危険の内容・メカニズムの観点から整理したい。

検討の前に、第1章第3節第2項で示した危険の内容・メカニズムの分類を再掲しておく。すなわち、①保護者により保護されていた状態の剥奪、②物理的に危険な場所への遺棄、③行為者以外の者による救助の可能性の低下の3つの視点である。

- 1 保護者により保護されていた状態の剥奪としての危険
- (1) 以上の3つの視点のうち、①「保護者により保護されていた状態の剥奪」による危険を生じさせる行為は、「保護者＝行為者」である場合には、実質的に保護義務を免脱する行為と重なり合う。すなわち、保護者たる行為者が被害者の保護を免れる状態を作出することにより、被害者が危険に陥ることになる。したがって、この関係は、行為

者＝保護者の立場から見るか被害者の立場から見るかという、裏表の関係に立つ⁽¹²⁹⁾。そうすると、保護義務懈怠罪として理解する見解は、専らこの意味での危険性によって、遺棄罪を基礎付けようとする見解であると言い換えることもできる⁽¹³⁰⁾。

そうだとすると、ひとまず、遺棄罪の性質の分析に当たっては、保護義務の免脱も、①a「行為者自身により保護されていた状態の剥奪」として一元的に構成し、他の危険のメカニズムと同列に比較することによって、分析を進めることにしたい。そして、①の危険の内部で①aと区別するため、①b「行為者以外の第三者により保護されていた状態の剥奪」を設定することとしたい。

- (2) 立法過程の議論とは異なり、旧刑法の学説では、①「保護者により保護されていた状態の剥奪」が中核的な要素として理解されていたと評価できた。特に、客体について、保護者による保護が必要な脆弱な対象に客体が限定され、遺棄によってその保護が剥奪された場合に危険が発生するという構造が前提となっているからである。
- (3) 旧刑法の制定過程および学説では、このような客体の議論に関連して、元の場所に戻ることができるという議論もなされていた。しかし、このような議論は常に成立するわけではないと考えられる。確かに、保護者以外の第三者が、保護者の下にいた被害者を別の場所に移置する場合には、元の保護者のいる場所に戻ることができる可能性が

(129) このような裏表の関係について、保護関係が被害者の生命・身体の保護のためにあることを指摘するものとして、佐伯仁志「遺棄罪」法教359号(2010)95頁以下。

(130) ただし、現行刑法においても、保護義務懈怠罪としての性質を認めることによって、社会的法益として理解され、被害者の同意を否定したり(例えば、大塚仁『刑法概説(各論)』(第3版増補版、有斐閣、2005)58頁)、同じ社会的法益である死体遺棄罪と構成要件の符合を認めたりする見解(例えば、旭川地判昭和60年8月23日高刑集39巻1号19頁参照)があるように、同じメカニズムだとしても法益としての把握の仕方によって、効果に差異が生じ得る。本稿はあくまで分析の手法として、危険性に一元化して、遺棄罪のメカニズムを分析するという趣旨であり、現行刑法の解釈論としてどちらの構成を採るべきかは、今後の課題である。

高ければ、①bの危険は否定され得る。しかし、元の保護者が行為者自身の場合には、もはや行為者は保護する意思がないと考えられ、たとえ元の場所に戻っても、再び保護を受けられる可能性は高くないから、①aの危険はなお残存する。したがって、被害者が再び元の場所に帰ることが可能であることは、常に①保護されていた状態の剥奪による危険が排除されるとは限らないのである。このような保護者と被害者との間の場所的離隔と①aの危険のズレの認識⁽¹³¹⁾が、現行刑法の保護責任者不保護罪の制定にもつながったと考えられる⁽¹³²⁾。

2 危険な場所への遺棄

- (1) 以上のように、被害者の保護を必要とする脆弱性を前提に、その保護を剥奪することに遺棄罪の危険性の中核があるとする、②物理的に危険な場所への遺棄や③行為者以外の者による救助の可能性の低下の視点は、どのように基礎付けられるだろうか。

②の危険性については、野獣等に襲われる危険性として、旧刑法337条の寥閼無人の地への遺棄の加重根拠として言及されていた。もっとも、交通事故の危険や寒暖による衰弱の危険なども考えられ、人気のない場所で野獣等に襲われる危険だけが重要であるとは考えにくい。そうすると、現行刑法において、このような場所によって一律に法定刑を加重するのではなく、量刑の一要素としたことは妥当であると考えられる。

- (2) それでは、②の危険性の視点は、量刑事情を超えて一般的な性質論として機能するのであろうか。これについては、2つの方向性が考えられる。

1つめの方向性としては、危険な場所である場合には、保護の必要性が生じるという①保護された状態の剥奪の観点を補完する一要素としての機能が考えられる。この考え方からは、被害者の状態によっては、危険がない場所に被害者を一時的に置く場合には、保護者と場所

(131) 前掲注(127)の批判のほか、ボアソナードも、祖父母父母不奉養罪に関しては、このような不保護の処罰の必要性を肯定していた(BOISSONADE, *supra* note 37, p. 1071 = ボワソナード590頁)。

(132) この点については、前掲注(5)記載の別稿で詳しく検討する予定である。

的な離隔が生じて①の危険を認める必要がない場合も考えられる。

- (3) これに対して、①保護された状態の剥奪が認められない場合であっても、②の危険性によって遺棄を肯定するという方向性も考えられる。

例えば、保養義務を要求することにより遺棄罪を否定した大判明治29年12月15日刑録2輯11巻47頁の事例において、検察官が主張したように保養されていない行倒人にも遺棄罪を肯定するのであれば、②の危険性から基礎付けるしかないように思われる。

また、旧刑法の立法過程における議論としては、面識のない者が自宅に来て急病を発した場合に遺棄罪が成立するという議論があった。また、自己の所有地等で遺棄された者を発見した者の報告義務に関する旧刑法340条の立法過程において、ボアソナードは、人命を保護するために通常の遺棄罪により処罰すべきと主張し、鶴田は、最初に遺棄した者の処罰で対応されており、自己の所有地で被遺棄者を発見した者は340条により軽く扱うべきであると論じていたという議論があった⁽¹³³⁾。最終的には鶴田の見解が採用されたが、立法過程の議論では、②のみの危険性によっても、遺棄を基礎付ける可能性もあったということが分かる。

以上のような、旧刑法の判例の立場と検察官の主張の対立や、立法過程のボアソナードと鶴田の主張の違いは、現行刑法の単純遺棄罪の解釈論に関して、①行為者以外の第三者によって保護されていた状態の剥奪の剥奪を要求するか、②場所的な危険性を生じさせることも含めるかという選択肢につながるものであったといえる。

3 行為者以外の者による救助の可能性の低下

- (1) 最後に、行為者以外の者による救助の可能性の低下について検討したい。

⁽¹³³⁾ 西原ほか・前掲注(7)323頁以下。さらに、この議論に関連して、340条の自己の所有地等において発見した者の義務に関する議論として、ボアソナードは、癱瘓疾の結果が生じた場合には加重すべきと論じていたのに対し、鶴田は、最初に遺棄した者の責任であり、その後に発見した者にはそのような加重をすべきでないと論じていたが、340条自体の性質の理解にもかかわる議論であり、遺棄罪一般に及ぼすことはできない。

この点に関して、元々の保護者以外の者が遺棄した場合には、①b 行為者以外の第三者により保護されていた状態の剥奪が生じており、もはや単なる救助可能性の低下を超える危険が生じているから、敢えてこれと区別する必要はない⁽¹³⁴⁾。

- (2) これに対して、第三者の救助可能性が高いことによって、危険を低下させ、または打ち消すという消極方向の議論がある。旧刑法の議論としては、336条と337条の法定刑の違いを基礎付けていた。もっとも、単に救助可能性が高いというだけでは、危険性自体は否定されないから、なお遺棄罪として処罰すべきことも指摘されていた。

そうすると、遺棄罪一般として問題となるのは、第三者による保護を確実にする措置を執った場合に、遺棄罪を否定する議論である。保護者が孤児院や第三者⁽¹³⁵⁾に正式に委託する場合に遺棄を認めるのは明らかに妥当ではないから、問題となるのは、旧刑法の学説やフランス法で議論されていたように、事前の承諾を得ず、発見者が保護をせざるを得ない状況を作成する場合や、発見者が現実には保護を開始したのを見届けて立ち去る場合である。この場合、保護義務懈怠罪罪として理解する場合には、この場合でも自己の義務を免れていると解するか、それとも①aの危険の問題として、保護を引き継いだ・保護を尽くしたと評価できるか、を問題とすることになる。これに対し、危険犯として理解する場合には、①aによって生じた危険を③第三者の救助が確実であることにより消滅させることができたかという形で議論すべきである。この議論の構造の違いにより、一般論としては保護義務懈怠罪として理解する方が、より厳格な措置を必要とすると思われるが、最終的には上記の評価の厳密さによって、判断されることになる。

- (3) これに対し、保護者以外の第三者が元々保護されていない被害者を移置した場合は、①の危険がなくても③の危険単独で遺棄罪を肯定できるのか、また、肯定する場合に③の危険を否定するためには、確実

(134) 第三者が保護者に無断で児童保護施設に委託する場合も考えられないわけではないが、基本的には自己の支配下で世話等を行う場合と同様に、略取誘拐罪で対応すべきであろう。

(135) 例えば、実家の両親に預ける場合。

な措置が必要なのか、発見時よりも救助可能性が高まるのかが問題となるが指摘にとどめ、今後の課題としたい。

4 小括

- (1) 以上の検討から、遺棄罪の中核的危険は、①保護者により保護されていた状態の剥奪による危険にあった。この危険はさらに、遺棄の主体と保護者の関係によって、①a行為者自身により保護されていた状態の剥奪による危険と、①b行為者以外の第三者により保護されていた状態の剥奪による危険に分けられる。

このうち、①aの危険は、行為者の義務違反として捉えるか、被害者に対する危険として捉えるかの違いであり、危険の構造としては裏表の関係にある。したがって、旧刑法の遺棄罪の性質論に対する対立は、①aに限る(保護義務違反罪としての理解)か、①bも認める(危険犯としての理解)かにあった。

- (2) これに対して、②遺棄された場所による危険性や③第三者による救助可能性の低下は、①の危険を補完する要素としてその評価に影響を与えうる。②については、性質論の理解にかかわらず、①の危険の判断要素の1つとして取り込むことができる。これに対して、③については、保護義務懈怠版として理解する場合は、保護義務を尽くしたといえるかが問題となるのに対し、危険犯として理解する立場からは、危険を打ち消す要素として理解することになる。

さらに、路上で倒れている者を発見して、遺棄した場合のように、①の危険が認められない場合に、単純遺棄罪を肯定できるかも問題となるが、これは、専ら②または③による危険性のみで、遺棄罪を基礎付けられるのかという遺棄罪の危険のメカニズムに関わる問題であることが分かった。

第4項 旧刑法の議論と現行刑法の保護責任者遺棄罪との関係

- (1) ここまで、旧刑法における遺棄罪の性質論と危険の内容・メカニズムを分析し、現行刑法にも通じる遺棄罪の構造についても示唆を得ることができた。もっとも、現行刑法の保護責任者遺棄罪に関しては、有償受託者による遺棄罪(旧刑法338条)の拡張と説明されることがあ

る⁽¹³⁶⁾ため、保護責任者遺棄罪についても、ここまでの旧刑法336条および337条の通常の遺棄罪に関する議論をあてはめることができるのか、問題となり得る。そこで、旧刑法の議論が、現行刑法の保護責任者遺棄罪と関連性を持ちうることを示し、保護責任者遺棄罪の議論においても参照価値があることを簡単に確認しておきたい。

- (2) 現行刑法の起草段階の改正案の公式理由書は、現行刑法の保護責任者遺棄罪は、有償受託者による遺棄罪の不備を補い、拡張したものである⁽¹³⁷⁾と説明した。また、明治30年草案の民間理由書も、給料を得て寄託を受けた者以外でも老幼者、疾病者を保護すべき責任がある者が存在することを指摘している⁽¹³⁸⁾。

しかし、旧刑法338条の有償受託者による遺棄罪に関しては、利欲的な動機等の財産犯としての側面や委託者の信頼に違背する点が加重理由とされてきた。いずれの理解も、遺棄罪の本質とは無関係のものであり、付加的な加重要素と理解されるに過ぎない。さらに、ボアソナード、判例・学説とも、遺棄罪の典型が保養義務者による遺棄であることは当然の前提としており、ただ、それ以外の者による遺棄も可能かどうかが争われていたに過ぎない。

したがって、主体を保養義務者に限定する判例・学説からすれば、保護責任者遺棄罪は、有償受託者という加重要件を廃した旧刑法の遺棄罪に対応する規定であり、単純遺棄罪の規定こそが新設規定であるということになる。明治40(1907)年第23回衆議院特別委員会における政府委員である倉富勇三郎も、単純遺棄罪について、旧刑法の判例と異なり、扶養義務を有するものに限定せず、むしろ扶養義務者は保護

(136) 例えば、野村稔「遺棄罪の立法過程について」『刑法研究〔下巻〕』(成文堂、2016)17頁〔初出2006〕。

(137) 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(2)』(信山社出版、1993)576頁(明治33年改正案理由書)、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(信山社出版、1990)2204頁＝内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(6)』(信山社、1995)356頁(明治40年刑法改正案理由書)参照。

(138) 溝淵正気＝藤田次郎〔亀山貞義校閲〕『新旧対照刑法草案理由書完』(1898)291頁以下。

責任者となるとの説明を行った⁽¹³⁹⁾。

これに対し、保養義務者以外の者による遺棄も可能であるとする立場からは、有償性を区別せず、中核となる保養義務者による遺棄を保護責任者遺棄罪にまとめ、異論があった保養義務のない者による遺棄を明文化するとともに、刑を軽くしたと理解する方が自然であろう。

- (3) このように考えると、有償・無償にかかわらず、保養義務者による遺棄(判例・有力説によれば旧刑法の全ての遺棄はこれに当たる)が現行刑法の保護責任者遺棄罪に対応⁽¹⁴⁰⁾し、学説上争いのあった保養義務のない者による遺棄が単純遺棄罪に割り当てられることになったと理解することができる⁽¹⁴¹⁾。

したがって、旧刑法の性質論に関する前項までの検討結果は、現行刑法の単純遺棄罪・保護責任者遺棄罪の両者について、性質論および危険の内実を分析する際にも、出発点として参照可能なものといえる。すなわち、現行刑法の保護責任者遺棄罪においては①a行為者自身により保護された状態の剥奪の危険が、単純遺棄罪においては①b行為者以外の第三者により保護された状態の剥奪の危険が、それぞれその中核的な性質であるということができ、この危険を補完する要素として②遺棄された場所の危険性や③第三者による救助の可能性が考慮されうる。また、②や③単独での危険性によって単純遺棄罪を肯定

(139) 松尾・前掲注⁽¹³⁷⁾1974頁＝内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(7)』(信山社出版、1996)209頁。

(140) ただし、保護責任者という主体は、不保護罪との関係では、祖父父母母不奉養罪の拡張という面もある。この点は、前掲注⁽⁵⁾記載の別稿で詳しく検討する予定である。

(141) これに対し、松原・前掲注⁽¹²⁵⁾1275頁は、旧刑法の単純遺棄罪〔引用者注：336条および337条〕の一部が保護責任者遺棄罪に組み込まれ、また残りは判例・通説のように『保養責任者』でなければならない」としつつ、実際には「それがまったくそのような責任のない者による遺棄罪へと実質的に変化してしまったようである」と理解しているが、旧刑法との連続性の観点からは、「まったくそのような責任のない者」が単純遺棄罪の主体となることは想定されていたといえるし、実際に、旧刑法下の判例・学説でもいくつかの事案が想定されて議論が対立していたのである。

する余地があるが、今後の課題である。

第2節 旧刑法における「遺棄」の概念

第1項 置去りと保護責任の関係

- (1) 旧刑法の学説においては、「遺棄」という文言の中に被害者の場所を移動させる「移置」と被害者を残して自分が立ち去る「置去り」を分けた上で、いずれも「遺棄」に当たると一般に解されていた。ボアソナードは、「遺棄」に対応する語として、「abandonner」を用いていたが、これは、「移置(exposer)」と「置去り(délaisser)」の両者を要求するフランス法と取えて異なる語を選び、いずれか単独でも、遺棄罪を肯定できるようにしたのではないかと推測される。そうであるとすれば、学説の理解は、ボアソナードの意図に沿うものであったと考えられる。

これに対して、場所的離隔を伴わない「不保護」については「遺棄」に含まれないとするのが一般的な見解であったといえる。すなわち、移置と置去りが具体的な遺棄の方法である。

- (2) もっとも、学説では、置去りについては、保養義務者であることが要求されていた。

この点に関して、現行刑法の議論では、置去りが不作為であることによる作為義務として保護責任が必要であると理解する見解も有力である⁽¹⁴²⁾。確かに、旧刑法下でも、亀山は置去りを「無形的」としており、不作為の観点から理解していたように思われる。しかし、ほかに不作為としている論者は見当たらず、また、亀山も、不作為犯である事と保養義務の必要性を結び付けてはいなかった。

さらにいえば、フランス刑法では、移置かつ置去りが必要であったのであるから、どちらかを分離して、作為・不作為を区別することや保養義務の要否を論じることは、予定されていなかったといえる。

また、旧刑法においては、遺棄罪を保護義務懈怠罪として理解する見解も有力であり、その立場からは、移置に関しても保養義務を要求

(142) 例えば、団藤重光『刑法綱要各論』(第3版、創文社、1990)452頁以下。

するのであるから、置去りが不作為であるか否かは、保養義務を要求することに何ら関係がない。

また、危険犯として理解する立場からも、①保護者により保護されていた状態の剥奪に危険の中核があるとすれば、①b第三者による保護された状態の剥奪の方法は、保護されていた従来の場所から移動させる事が必要であるために、必然的に移置が必要となるのに対して、保養義務者による遺棄の場合には、自らが保護者なのだから、とにかく自己と被害者の場所的離隔を生じさせれば①a行為者による保護された状態が剥奪できるので、被害者を移動させる位置と自らが離脱する置去りのいずれも可能であるという、危険発生の構造上の問題なのである⁽¹⁴³⁾。

- (3) 以上のような理解からは、現行刑法の解釈においても、217条と218条の遺棄に置去りが含まれるかという問題と、置去りが不作為であるか否かは無関係と考えられる。さらに、同じ条文の中の「遺棄」という文言について、移置と置去りが含まれており、しかも両者で主体の範囲が異なりうることを前提とした議論がなされていたが、これは、①保護者により保護されていた状態の剥奪による危険の有無という共通の問題からの帰結であり、遺棄の内部に異なる解釈があるわけではない。したがって、沿革的に見れば、遺棄を統一的に把握するために移置に限定し、置去りを不保護として理解するという立場⁽¹⁴⁴⁾を採る必然性も必要性もない。

したがって、少なくとも沿革的な観点からは、遺棄の解釈に当たっては、遺棄罪の本質となる危険から、遺棄の定義を導くことが可能かつ妥当であると考えられる。

(143) この点について、酒井前掲注(4)87頁以下も参照。これに対して、②や③の危険単独で遺棄の危険を基礎付け得ると考える立場を前提にすれば、不作為犯としての理解が影響を持つ可能性もあるかも知れない。

(144) 例えば、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論』(第7版、弘文堂、2108)31頁以下。

第2項 危険のメカニズムと遺棄の行為態様

- (1) 前項の検討からすると、現行刑法218条の「遺棄」については、①a 行為者自身により保護されていた状態の剥奪を可能にする方法であることが基本となる。したがって、上述の旧刑法の議論と同様に、移置によってであれ、置去りによってであれ、行為者と被害者の間で場所的離隔を生じさせることが遺棄に当たる。被害者自身が戻ってこれないような場所に出向くのを放置することもこれに当たりうる。

ただし、前節で検討したように、このような行為者と被害者の場所的離隔により、保護ができない状態が作出されたとしても、被害者の状態や能力等に照らして、②の観点から安全な場所である場合には、被害者に対する保護を剥奪したとはいえず、遺棄に当たらないことになる。また、③の観点から、第三者による保護を確実にする措置を執った場合には、①aの保護義務を尽くした、または①aによって生じた危険が救助が確実であることによって解消されたと評価できる場合には、遺棄罪を否定する余地がある。

- (2) このような構造からすると、小嶋が指摘していた「牆壁を設けて往来を絶つ」といった方法も遺棄に含まれるだろうか。文言的に「遺棄」に含まれるかという問題は一旦措き、性質論のみから考えるとすれば、被害者の脆弱性の程度や隔離された場所の危険性、牆壁が永続的であるか、撤去に時間がかかる等を考慮し、保護を受けられないことにより危険が発生すると評価できる場合には、これを遺棄から除外する必要はないと思われる。

このような考え方からは、母親が厳寒期に4歳の幼児をベランダに放置させた大阪高判昭和53年3月14日判タ396号150頁の事案については、単に被害児の「様態を看守していたことはない」だけでなく、②の要素として厳寒期のベランダの危険性と被害児の体力等を考慮して、相当の時間⁽¹⁴⁵⁾にわたって被害児の様態を看守するつもりもなくベランダに移動させ、かつ、ベランダから被害児が寒さから保護され

(145) 裁判例の事案では約14分経過しているが、それで十分な時間といえるかは、事実認定の問題であるのでここでは立ち入らない。

た屋内に戻る事ができない状態を作出したのであれば、①の要素を満たし、牆壁等による保護された状態の剥奪の類型として、遺棄と評価することも可能であると考えられる⁽¹⁴⁶⁾。

- (3) 以上に対して、保護責任者以外者の第三者が行う場合については、①b行為者以外の保護者によって保護された状態の剥奪として、保護者によって保護された状態から場所を移転する場合が典型例であり、この場合は問題なく遺棄が認められる。

しかし、①bの危険の前提となっている行為者以外の保護者によって保護された状態がそもそもない場合、例えば、路上で病者を発見して、さらに場所を移す場合が遺棄に当たるかも問題になる。この場合、②の観点からより危険性の高い場所に移動するか、③の観点から第三者による救助の可能性が低下する場所に移動する場合には遺棄を認める余地があるが、性質論によって定まるため、本稿ではこのような可能性の指摘にとどめる。また、このような場所の移動による②③の危険がない場合には、①から③全ての観点から危険が否定されるので、遺棄を否定すべきであると考えられる。

第3節 本稿のまとめと残された課題

- (1) 以上の旧刑法の遺棄罪の議論の分析から、以下のような成果が得られた。

旧刑法における遺棄罪の性質論としては、保養義務の免脱として理解する見解と、生命ないし身体に対する危険として理解する見解があった。この性質論の対立は、具体的解釈論として、保養義務者以外の第三者による遺棄を認めるか、および、第三者による保護が確実な措置を執った場合にも遺棄となるかという点に影響を与えていた。

また、旧刑法の判例・学説においては多様な観点から遺棄罪の危険

⁽¹⁴⁶⁾ 佐伯・前掲注⁽¹²⁹⁾98頁以下や池田・前掲注38117頁は、場所的距離は重要ではないとして、②の危険から遺棄を認めるが、一緒にベランダに出た場合には遺棄になるわけではない(その後の行為によっては不保護にはなり得る)と思われるから、やはり②の危険単体では保護責任者遺棄罪を基礎付けられないように思われる。

性が指摘されていたが、中核となる危険は、①保護者によって保護された状態の剥奪にあった。これは行為者と保護者の関係によって、①a行為者自身により保護されていた状態の剥奪と①b行為者以外の第三者により保護されていた状態の剥奪に分けられる。保護義務懈怠罪として理解する立場からは、遺棄罪には①aが必須であるとされるのに対し、危険犯として理解する立場からは①bの場合も遺棄罪が認められる。ただし、現行刑法の保護責任者遺棄罪において、保護義務懈怠罪として理解すべきか、危険犯として一元化すべきかについては、本稿では結論を保留した。

②遺棄された場所による危険性や③第三者による救助可能性は、これらによって危険性がないと評価できる場合に、①の危険を補完する要素として考慮されうる。②については、性質論の理解にかかわらず、①の危険の判断要素の1つとして取り込むことができる。これに対して、③については、保護義務懈怠罪として理解する場合は、保護義務を尽くしたといえるかが問題となるのに対し、危険犯として理解する立場からは、危険を打ち消す要素として理解することになる。

これに対し、これらの①の危険が認められない場合に、専ら②または③の危険のみによって積極的に遺棄罪を基礎付けられるかは、立法過程においてボアソナードはそのような場合も想定していたし、判例においても問題となりうる事案があったものの、旧刑法の学説は検討していなかった。現行刑法の解釈論についてどのように扱うべきかについては、今後の課題としたい。

- (2)「遺棄」という行為態様については、旧刑法のかなり初期の段階から、移置と置き去りを区別し、両者の一方があれば、遺棄を認める見解が有力であった。そして、このような立場は、フランス法との比較から、ボアソナードの意思にも沿うものと推測できた。さらに、危険発生メカニズムとの関係で、(②または③の危険のみで遺棄罪を基礎付けられるかについては保留したので、)①保護者によって保護された状態の剥奪による危険性の観点から検討を加えた。すなわち、行為者が保護者である場合には、①a行為者自身により保護されていた状態の剥奪をするためには、行為者と被害者の間に離隔が生じれば良いので、被

害者を移動させる移置、被害者を残したまま自分が移動する置去りおよび自分と行為者の間に牆壁等の障害を設けることのいずれでも遺棄に当たる。

これに対して、行為者が保護者以外である場合には、①b行為者以外の第三者により保護されていた状態の剥奪のためには、保護者と被害者を引き離す必要があるので、移置に限定される。

両者は、いずれも①保護者によって保護された状態の剥奪による危険が生じるかどうかを検討するものであって、構造上このような方法に分けられるだけであって、置去りが不作為であるから主体が限定されているわけではない。

- (3) このように、旧刑法における遺棄罪の議論は、すでに現在の議論にも通ずる多くの視点が示されていることが分かった。もっとも、その後、現行刑法の制定により、単純遺棄罪(217条)と保護責任者遺棄罪(218条)の区別や、遺棄と不保護の区別など、旧刑法の規定の構造からは変化しており、それを踏まえたその後の判例・学説の蓄積がなされ、当然ながら議論には変容が生じている。そのため、旧刑法の視点がそのまま現在でも維持できるかはさらに検討が必要な問題である。本稿では、旧刑法の議論と対比のためにわずかに近時の議論に触れたのみで、これらの点には研究が及んでいない。

また、旧刑法の議論からは直接導くことができない論点については、いくつかの論点を指摘するのみに留まった。

今後は、現行刑法での議論の変遷を調査・検討を加えた上で、これらの点を含め、改めて現行刑法の遺棄罪の解釈について再検討し、さらに研究を深めていきたい。

結びに代えて

林陽一先生と金原恭子先生には、私が千葉大学大学院専門法務研究科の学生であった頃に、ご指導を賜ることとなった。私の専門である刑法学に関しては、林先生の講義の内容が基礎となっていることは言うまでもないところであるが、それにとどまらず、林先生とはリサーチペー

パーの執筆の指導において、また、金原先生とは法律英語の授業において、いずれも1対1の環境で、法学だけでなく語学や教養を含めて大変贅沢な学修をさせていただいた。また、卒業後も両先生からは、折に触れて気にかけていただき、研究内容だけでなく、研究への向き合い方や研究者生活の心構えなど、多方面にわたるご指導をいただいた。本稿で両先生からの教えを生かして少しでも刑法学界における遺棄罪の研究に寄与することができ、御学恩をお返しできていればこれに勝る喜びはない。もっとも、なお未だ未熟であることは自覚するところであり、両先生にはまだまだこれからもご指導を賜りたい。両先生の今後のご健康をお祈りして、結びに代えたい。

*本稿は、JSPS科研費19K13542「社会的実態に即した『危険』概念の個別的検討」の助成を受けた成果の一部である。