

【判例研究】

保護責任者遺棄罪における 「不保護」とその故意

富高 彩

1. 事実の概要
2. 判旨
3. 研究
 - 3-1 本最高裁判決の意義
 - 3-2 「不保護」の概念
 - (1) 要保護状況の意義
 - (2) 危険性の程度
 - 3-3 不保護の故意
4. 本最高裁判決の妥当性

最高裁平成 30 年 3 月 19 日第二小法廷判決（平成 28 年（あ）第 1549 号 保護責任者遺棄致死（予備的訴因重過失致死）被告事件）刑集 72 卷 1 号 1 頁一
破棄自判（控訴棄却）

1. 事実の概要

被告人は、平成 22 年 8 月 11 日に A を出産し、A は出生時より筋力が弱く、嚥下障害等があり、経鼻チューブを用いて胃に栄養を注入するなどの入院治療を受けていたが、同年 12 月、筋力が弱く、運動能力の発達が遅れる病気「乳児重症型先天性ミオパチー」（以下、先天性ミオパチー、または単にミオパチーという）と診断された。被告人は、平成 25 年 4 月 15 日に B と婚姻し、B は同月 24 日に A と養子縁組をし、B と共に親権者として自宅で A を監護していたものであるが、A は、平成 26 年 6 月 15 日、自宅において、低栄養に基づく衰弱により死亡した。

被告人は、B と共謀の上、平成 26 年 4 月頃、自宅等において、幼年者であ

り、かつ、先天性ミオパチーにより発育が遅れていたAに十分な栄養を与えるとともに、適切な医療措置を受けさせるなどして生存に必要な保護をする必要があったにもかかわらず、その頃までに栄養不良状態に陥っていたAに対して、同年6月中旬頃までの間、十分な栄養を与えることも、適切な医療措置を受けさせるなどのこともせず、もってその生存に必要な保護をせず、よって、同月15日、自宅において、Aを低栄養に基づく衰弱により死亡させた（保護責任者遺棄致死罪、刑法219条・218条）として起訴された。検察官は、後述のように、控訴審において、重過失致死罪（刑法211条後段）の訴因を追加している。

第1審（大阪地判平成27年11月30日刑集72巻1号56頁）は、Aが低栄養に基づく衰弱により死亡したことを認定した上で、被告人において、Aが生存に必要な保護として、より栄養を与えられるなどの保護を必要とする状態であることを認識していたというには合理的な疑いが残るとして、無罪を言い渡した。

検察官が控訴し、事実誤認を主張するほか、第1審裁判所が検察官に対し重過失致死罪に訴因変更するよう促し、またはこれを命じることなく無罪判決を言い渡した点で訴訟手続の法令違反があると主張した。原判決（大阪高判平成28年9月28日刑集72巻1号66頁）は、第1審が、被告人においてAが保護を必要とする状態にあることの認識がなかったとしたことについては事実誤認があるとして、訴訟手続の法令違反の点について判断することなく、これを破棄し、本件を大阪地裁に差し戻した。これに対し、被告人側が上告した。

なお、Bについて、別の裁判体は、保護責任者不保護罪の故意を否定し、予備的訴因であった重過失致死罪（刑法211条後段）で有罪としている（大阪地判平成28年1月28日判時2334号129頁）¹。

2. 判旨

破棄自判，控訴棄却。

「刑法218条の不保護による保護責任者遺棄罪の実行行為は、同条の文言及び趣旨からすると、『老年者、幼年者、身体障害者又は病者』につき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を意味すると解すべきであり、同条が広く保護行為一般（例えば幼年者の親ならば当然に行っているような監護、育児、介護行為等全般）を行うことを刑法上の義務として求めているものでないことは明

¹ 大阪高判平成28年10月19日判例秘書L07120537が控訴を棄却している。

らかである。」

「本件の要保護状況と行うべき保護行為の内容を検討すると、Aは、本件動画が撮影された平成 26 年 5 月 23 日には、客観的に重度の栄養不良状態にあったことが明らかであり、ミオパチーに罹患していることを前提としても、遅くともその時点までには、監護者において、適切な栄養摂取方法について医師等の助言を受けるか又は適切な医療措置をAに受けさせることが、Aの生存に必要な保護行為であったと認められ、Aの監護者である被告人及び夫は、いずれもそのような保護行為（以下「本件保護行為」という。）を行っていなかったと認められる。」

しかしながら、「本件保護行為を行わなかったという不保護による保護責任者遺棄致死罪の故意に関し、Aが本件保護行為を必要とする状態にあることを被告人が認識していたとするには合理的な疑いがあるとして被告人を無罪とした第 1 審判決について、原判決は、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価することができない」として、原判決を破棄し、控訴を棄却し、第 1 審の無罪判決を確定させた。

3. 研究

3-1 本最高裁判決の意義

刑法に規定された犯罪が、「期待される行為をしない」という形態で実行されるのが不作为犯である。不作为犯の中でも、「生存に必要な保護をしない」ときに成立する保護責任者不保護罪（刑法 218 条後段。以下、単に不保護罪ともいう）は、住居等から「退去しなかった」場合に成立する不退去罪（同 130 条後段）と同様、明文で一定の不作为を規定しているので、真正不作为犯と呼ばれる。真正不作为犯においては、不作为による殺人罪（同 199 条）のような不真正不作为犯におけるのとは異なり、「期待される行為」が法文から明らかのように見える。しかし、「生存に必要な保護」が何かは、必ずしも自明ではない。本最高裁判決は、「生存に必要な保護をしないこと＝不保護」の内容を明らかにし、それとともに保護責任者不保護罪の故意の存否を論じたものである。

ところで、厚生労働省が発表した「平成 30 年度の児童相談所での児童虐待相談対応件数（速報値）」²によると、平成 30 年度中に、全国 212 か所の児童相談所が児童虐待相談として対応した件数は 159,850 件で、これまでで最多の

² 厚生労働省ホームページに掲載された資料

(<https://www.mhlw.go.jp/content/11901000/000533886.pdf>) を参照。その中でも、ネグレクトは、29,474 件（全体の 18.4%）であった。

件数となっている。こうした虐待事案において、育児放棄（ネグレクト）や介護放棄によって児童を死亡させたとき、いつ「不保護」による保護責任者遺棄致死罪が成立するかは、大きな実体法上の問題である。

このように、近年、児童虐待問題が注目されて社会的非難が高まっている中、本最高裁判決は、ネグレクト死はすべて保護責任者遺棄致死罪となるかのような考え方に反対するともとれる「不保護」の概念を提示しており、今後の実務に与える影響は決して少なくないであろう。本稿では、本最高裁判決が示した不保護の概念と、それを前提とした不保護の故意という実体法上の問題について、検討を行いたい³。

3-2 「不保護」の概念

保護責任者不保護（致死）罪の成否が問われた従来の判例・裁判例において、不保護の概念を具体的に提示したものはなかったといえる⁴。そのような中、本最高裁判決は、保護責任者不保護罪における「不保護」の概念を、(1) 客体（要保護者）において、「生存のために必要な特定の保護行為を必要とする状況（要保護状況）」が存在していることを前提に、(2) 「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、と具体的に提示したものとして、実体法上重要な意義をもつといえる。それでは、(1) (2) の点は、構成要件該当行為としての不保護と、不保護の故意において、それぞれどのような意義をもちうるのだろうか。

(1) 要保護状況の意義

単純遺棄罪（刑法 217 条）と保護責任者遺棄罪の客体は、表現は異なるものの両者は同一であると理解されており、後者にも「扶助を要する」という限定が当然に付されているとされる。そして、「扶助を要する」とは、大判大正 4

³ 本最高裁判決の評釈として、門田成人「判批」法セ 762 号 121 頁（2018）、浅田和茂「判批」新・判例解説 Watch 【2018 年 10 月】183 頁（2018）、岩間康夫「判批」重判平成 30 年度（ジュリ増刊 1531 号）156 頁（2019）がある。なお、主に刑事訴訟法的論点に解説を加えたものとして、三好幹夫「判批」刑ジャ 58 号 127 頁（2018）がある。

⁴ 例えば、大判大正 4 年 2 月 10 日刑録 21 輯 90 頁は、被告人が金員を添えてもらい受けた生後 6 か月の幼児を 5 か月間養育したが、その間、生存に必要な食べ物を十分に与えず餓死させた事案について、「その義務に違背して食物を給与せず因て之を死に致したときは生存に必要な保護を為さざるものにして刑法 218 条第 219 条に該当する」としか述べておらず、「不保護」の概念を提示するものではなかった。

年 5 月 21 日刑録 21 輯 670 頁 (以下、大判大正 4 年とする) によれば、「老幼不具又は疾病に因りて精神上若くは身体上の欠陥を生じ他人の扶助助力を待つに非ざれば自ら日常生活を営むべき動作を為すに能わざる」ことをいうとされていた。

これに対し、本最高裁判決は、不保護の概念を提示する前提として、『「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」につき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」としている。ここでは、「扶助を要する」ことの要件が、大判大正 4 年が示した「日常生活のための動作に他人の扶助助力を要すること」よりも、「生存のために必要な特定の保護行為を要すること」として、限定的に解釈されている。

それでは、本最高裁判決が示す「要保護状況」とは、どのように理解されるのだろうか。この点については、本最高裁判決が「同条の文言及び趣旨からすると」と述べるように、遺棄罪の保護法益・罪質との理解に関連すると考えられる。

遺棄罪の保護法益・罪質について、多数説は、生命・身体に対する危険犯であるとする⁵。判例においてこの問題が正面から取り上げられたものはないが、大審院時代の判例には、大判大正 4 年のように、生命・身体に対する危険に言及するものがあり⁶、その後の下級審裁判例の多くにおいてもそれが踏襲されている。この立場によれば、要保護者の生命だけではなく、広く身体に危険を及ぼしうる場合も「生存」を脅かす危険といえ、要保護状況は比較的緩やかに解されることになる。大判大正 4 年において示された「扶助を要する」ことの意味も、そうした理解を示したものといえるだろう。

一方、学説においては、遺棄罪を生命に対する危険犯として理解する立場が有力となっている⁷。この立場によると、要保護者の範囲は、保護しなければ生

⁵ 現在の学説の状況については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 11 巻』241 頁以下〔酒井邦彦・小島良晴〕（青林書院、第 3 版、2014）を参照。なお、遺棄罪を生命・身体に対する危険犯とする立場が「通説」とされてきたが、後に本文で見るように、遺棄罪を生命に対する危険犯とする立場が有力となっており、「もはや通説とはいえず難しくなったように思われる」との指摘（和田俊憲「遺棄罪における生命保護の理論的構造」山口厚編『クローズアップ刑法各論』46 頁・注 5〔有斐閣、2007〕）もあることから、本稿では多数説とした。

⁶ 大判大正 3 年 4 月 6 日刑集 7 巻 291 頁。

⁷ 平野龍一『刑法概説』163 頁（東京大学出版会、1977）、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』65 頁〔町野朔〕（有斐閣、1988）、林幹人『刑法各論』40 頁（東京大学出版会、第 2 版、2007）、西田典之『刑法各論』27 頁（弘文堂、第 5 版、2010）、山口厚『刑法各論』31 頁（有斐閣、第 2 版、2010）など。

命に対する危険が生じるもの、「自分ひとりでは生命に対する危険に対処することができない場合」⁸に限られ、要保護状況は限定的に理解されることになろう。

ところで、本件でAがり患していた先天性ミオパチーとは、骨格筋組織の先天的な構造異常を示す疾患とされ、病理学的所見に基づき 20 以上の病型に分類されている⁹。先天性ミオパチーに共通する臨床的特徴は、①筋力、筋緊張低下、②発育・発達の遅れ、③顔面筋り患（高口蓋）、④頸屈筋の選択的り患、⑤易感染性（呼吸不全）などとされる。乳児重症型ミオパチーは、生下時から呼吸不全、哺乳障害、全身性の著名な筋緊張低下等が認められ、知的発達も遅滞することが多いという。そして、現在までのところ、先天性ミオパチーを根治できる治療法はなく、患者の生活においては、生命予後と QOL を高めるために各種の合併症の管理を行うことが重要とされる。具体的には、筋力低下、関節拘縮、側彎に対するリハビリテーションのほか、呼吸障害に対する呼吸リハビリテーション、咽喉頭筋の筋力低下により嚥下障害を認める例では、誤嚥による肺炎、痰や食物による窒息のリスクが高まるため、誤嚥の評価や栄養管理が必要であり、栄養指導や摂食・嚥下訓練も必要に応じて取り入れられるという¹⁰。

多数説の理解による場合、本件では、ミオパチーにり患していたAが、自ら食事がとれるようになり、独立歩行が可能であった時期があったとしても、まだ幼いAにとって、生命予後と QOL を高めるためには実母である被告人の保護が欠かせないのであるから、要保護状況は比較的緩やかに、時間的に幅をもつものとなるであろう¹¹。

これに対し、有力説による場合、自ら食事や独立歩行ができるようになり、医師の定期的な診察も不要となるほどに状態が良くなった時点でのAは、ミオパチーという難病にり患しているという事情がある（病者である）としても、要保護状況にはないことになろう。そして、本最高裁判決も、Aが幼く、かつ、病者、身体障害者であったという事実だけで直ちに要保護状況にあったとされているのではなく、Aの食事が不規則となり異食が見られ始めた（平成 26 年 4 月）頃から、体格の変化、痩せ方の異常が顕著となった（同年 5 月 23 日）頃

⁸ 山口・前掲注（7）32 頁。

⁹ 清水裕子「先天性ミオパチー」小児科臨床 63 巻 9 号 1899 頁（2010）。

¹⁰ 石山昭彦・小牧宏文「先天性ミオパチー（特集 小児慢性疾患の生活指導—最新の知見から—）」小児科臨床 65 巻 4 号 843 頁（2012）。

¹¹ 楡井英夫「保護責任者遺棄致死罪の事実認定等について」警論 71 巻 10 号 157 頁（2018）は、それに伴い、実行行為についても「内容の面でも時期の面でも幅があり得る」ことになるとする。

に「客観的に重度の栄養不良状態にあった」とされた事実をもって、要保護状況にあったと認定している。

もっとも、こうした理解は、従来の最高裁判例においても示されていたといえる。すなわち、最決平成元年 12 月 15 日刑集 43 卷 13 号 879 頁（以下、最決平成元年とする）が前提とした札幌高裁判決¹²では、被告人に覚せい剤を注射された被害者（当時 13 歳の少女）において、軽微な一過性の症状ではなく、重篤な急性症状（錯乱状態に陥りホテルの窓から飛び降りようとする、床に倒れてもがき呻き声をたてて苦しむなど）が現れた時点をもって、「病者として緊急に適切な医療の措置を施すことが必要な状態にあった」¹³と認定されている。また、最判平成 26 年 3 月 20 日刑録 68 卷 3 号 499 頁（以下、最判平成 26 年とする）も、その第 1 審判決¹⁴において、被害者（当時 21 歳の女性）が重度の統合失調症に患っていた事実だけではなく、被告人らから虐待を受け、それによって極度に衰弱し、歩行するなどの身動きも一人では不自由な状態にあった事実をもって、「医師の診察等の医療措置を内容とする保護を必要とする状態にあった」¹⁵と認定されている。

覚せい剤中毒の重篤な急性症状が現れていること、極度に衰弱し身動きも一人では不自由な状態にあったこと、そして、本件において A が重度の栄養不良状態にあったことは、まさに、「自分ひとりでは生命に対する危険に対処することができない場合」であり、上記の判例を含め本最高裁判決も、有力説の考え方に立つものといえよう¹⁶。

(2) 危険性の程度

大判大正 4 年が示した「扶助を要する」ことの意味によれば、不保護には、「要扶助者の日常生活における行動に必要な援助」¹⁷を行わないことや、「要保

¹² 札幌高判平成元年 1 月 26 日高刑集 42 卷 1 号 1 頁。

¹³ 高刑集 42 卷 1 号 31 頁。

¹⁴ 広島地判平成 23 年 7 月 14 日刑集 68 卷 3 号 543 頁。

¹⁵ 刑集 68 卷 3 号 545 頁。

¹⁶ その他、不保護が認められた多くの判例・裁判例においても、要保護者において「自分ひとりでは生命に対する危険に対処することができない」事実が認められた事案であったといえる。例えば、最決昭和 38 年 5 月 30 日裁判集刑 147 号 409 頁（極度に衰弱し、足先の凍傷で歩行不能となり、腕の骨折で日常動作も不自由になっていた実子に、治療を受けさせず放置した事案）、最決昭和 63 年 1 月 19 日刑集 42 卷 1 号 1 頁（墮胎によって出生した未熟児を、医師が放置した事案）など。

¹⁷ 江家義男『刑法各論』217 頁（青林書院、増補版、1967）。例えば、病者に

護者の生命・身体の安全のために保護を尽くさないこと」¹⁸が含まれることになる。しかし、遺棄罪を単なる保護義務懈怠罪として理解する場合は別として¹⁹、単なる監護、育児、介護等の懈怠を不保護罪とすることには問題がある。本最高裁判決が、客体において、日常的な世話を必要とする状況ではなく、「生存に必要な特定の保護」を要する状況を前提としたのには、こうした不作為までもが不保護罪となることを忌避するためなのであろう。

そして、有力説によれば、保護責任者遺棄罪における遺棄・不保護とは、生命に危険をもたらすようなものに限定される。もっとも、ここでいう「危険」とは、法文上、具体的危険の発生が要求されていないことから、抽象的危険でよいとされている（抽象的危険犯）。

判例も、大判大正 4 年が、単純遺棄罪についてではあるが、「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虞あることを想定し之を処罰の理由と為したるもの」であるとし、「遺棄の事実にして判示しある以上は特に危険発生の虞ある状態の存在に付き説示することを要せず」と述べ、生命・身体に対する抽象的危険犯であることを明らかにしている。

しかし、遺棄罪を抽象的危険犯として理解するとしても、法が定める行為がなされれば常に危険があるものとみなし犯罪の成立を認める（擬制説・形式説）ことには批判が向けられている。そこで、たとえ緩やかなものであっても実質的な危険の発生を要求すべきであり、具体的事例における特殊事情のために法益侵害が到底生じえなかったことが明白であるときには犯罪の成立を否定すべきであるとする立場（実質説）²⁰が有力となっている。

山口厚最高裁判事は、「抽象的危険を防止するために設定された刑罰法規において、法文上期待された行為それ自体に抽象的危険が一般的に十分に認めうる

対して適当な薬を与えないことや、身体障害者に対して行動の援助をしないことも、不保護にあたるとされる。

¹⁸ 大塚仁『刑法概説各論』65 頁（有斐閣，第 3 版増補版，2005）。

¹⁹ 遺棄罪の罪質について、身体・生命に対する危険犯に加えて保護義務懈怠罪としての性質も有する立場として、日高義博「遺棄罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座（4）』163 頁（成文堂，1982）など。酒井=小島・前掲注（5）243 頁は、「前近代的な家族制度に連なる特定の親族間（特に母親）の保護義務懈怠罪としてではなく、個人主義的な保護共同体に由来する保護義務懈怠罪として捉えるべき」であるとし、本罪はあくまでも生命・身体に対する危険罪としての性格が基本であり、「保護義務懈怠による危険の招来」という限度で保護義務懈怠罪としての性格を認めるにとどめるべきであるとする。

²⁰ 山口厚『刑法総論』47 頁（有斐閣，第 3 版，2016）。

とは必ずしも言えないという場合もありうる」²¹とされる。例えば、同じく抽象的危険犯である現住建造物等放火罪（刑法 108 条）における「焼損（かつての焼燬）」とは異なり、場所的・空間的離隔を生じさせる遺棄は、それだけでは一般的に十分に危険な行為とはいえないという。「このような場合には、行為それ自体が十分に抽象的危険を示すものではないから、十分な抽象的危険の発生を認めるためには、その他の具体的な事情との関係で危険性が認められることが必要なのである。即ち、この場合には、その行為自体が十分に危険とは必ずしも言い難い面もあり、従って、当該の場合に十分な処罰価値を見出すためには、ある程度具体的な危険が要求されざるをえなくなってくると考えられるのである。」²²

そして、従来抽象的危険犯とされてきたものの中には、法文上「危険」の発生が要求されていないが、処罰の対象となる構成要件に該当する行為が行われたと認めるためには、何らかの結果事態に関する、ある程度の具体的な、実質的危険の発生が必要とされるものがあり、そうしたものを「準抽象的危険犯」とする。遺棄罪も、この「準抽象的危険犯」であるといえ、「客体とされた者に対して危険をもたらすとは言えない行為は、それが行為者と客体との間に場所的・空間的離隔をもたらす行為であったとしても、『遺棄』とは言えず、遺棄罪の成立を肯定しえないことになる」²³という²⁴。

実は、こうした理解は、下級審裁判例においてではあるが、実務においても現れている。保護責任者遺棄罪における遺棄にあたるかが問題となった大阪高判平成 27 年 8 月 6 日²⁵（以下、大阪高判平成 27 年とする）は、被告人が被害

²¹ 山口厚『危険犯の研究』251 頁（東京大学出版会、1982）。

²² 山口・前掲注（21）251 頁。

²³ 山口・前掲注（21）253 頁。

²⁴ 山口・前掲注（21）225 頁は、抽象的危険も「刑法がその発生を防止しようとする『結果』である」とする。このような理解による場合、「遺棄」「不保護」の構成要件には、結果の惹起が含まれ、遺棄罪の構成要件は、実質的な抽象的危険の発生を要求していることになる。例えば、嬰兒を養護施設のベッドに置き去りにする行為は、嬰兒の保護が確実に見込まれるため抽象的危険を発生させるものではないから、遺棄とはいえない（構成要件に該当しない）ことになる。一方、こうした場合でも「遺棄」はあった（構成要件該当性はある）といえるが、被遺棄者の生命に対して危険を及ぼさなかったと認められる場合には、「違法な」遺棄ではない（違法性が阻却される）とする立場（岡本勝『『抽象的危険犯』の問題性』法学 38 巻 2 号 238 頁〔1974〕）もある。参照、曾根威彦「遺棄罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 各論』23-25 頁（日本評論社、1996）。

²⁵ LEX/DB25447575。

者（当時 7 歳）を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について、「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発見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』には当たらないと言うべきである」とした。判例実務では、「具体的危険を惹起し得る行為を『遺棄』とする理解」が底流にあり、大阪高判平成 27 年は、「これを明示的に採用したもの」であるとの学説からの評価もある²⁶。ここでは、「被害者の生命・身体に直ちに具体的危険を生じさせ得る」行為が遺棄とされており、客体とされた者に対する危険が時間的に切迫する具体的なものか、あるいは、準抽象的なものかの違いはあるが、法益侵害の危険がおおよそ認められない場合には、抽象的危険犯の構成要件を適用すべきでないとする「限定解釈」の志向には、一致を見ることができであろう。

不保護罪における不保護においても、遺棄と同様に理解すべきであろう。すなわち、「不保護」という構成要件に該当する不作為が行われたと認めるためには、単に生存に必要な保護をしなかったというだけではなく、それによってある程度の生命に対する危険の発生が必要である。本最高裁判決も、不保護罪が、「広く保護一般（例えば幼年者の親ならば当然に行っているような監護、育児、介護行為等全般）を行うことを刑法上の義務として求めるものではない」として、監護、育児、介護等の懈怠が行われれば、直ちに不保護にあたるとするものではないとの考えを示している。そして、不作為犯である不保護の場合、それ自体に構成要件的结果を惹起する能力がないため、「具体的事情との関係で危険性が認められること」が必要である。生命に対する危険発生の判断には、要保護者の身体状況や、その置かれた（放置された）環境を考慮することになる。例えば、生存に必要な保護といっても、食事を与えることや薬を飲ませることなど、幅広いものが考えられ、それを行わないことが直ちに危険な不保護となるわけではない。高齢ではあるが身の回りのことはある程度できるという老年者に、雇われている介護ヘルパーが十分な食事を与えなかったとしても不保護にはあたらないであろうが、認知症の症状が進み自力では食事を取れなくなった場合に十分な食事を与えないことは、要保護者の生命に対し実質的な危険を発生させる不保護である。

すでに見たように、本最高裁判決も、不保護の構成要件に該当するか否かを判断するにあたり、客体に「生存のために特定の保護を必要とする状況」の存在を前提としているし、作為である遺棄に関するものではあるが、大阪高判平

²⁶ 豊田兼彦「判批」法セ 733 号 97 頁（2016）、牧耕太郎「判批」上法 61 巻 1・2 号 129 頁（2017）。

成 27 年も、客体における身体状況（低学年の小学生ではあったが、傷害の程度は軽かったこと）や、その置かれた環境（学童保育施設職員から容易に発見されて保護されうる場所だったこと）等を、遺棄にあたるかにおいて考慮していた。このように、不保護についても、遺棄と同様、限定解釈する本最高裁判決の姿勢は、基本的に妥当であるといえよう。

3-3 不保護の故意

本最高裁判決は、上記のように不保護の概念を提示した上で、「本件保護行為を行っていないかったという実行行為に係る故意の問題として、A が生存に必要な保護として本件保護行為を必要とする状態にあることを認識していたか否かが検討されるべき」としている。

ところで、保護責任者遺棄罪の故意には、客体、遺棄・不保護、そして保護責任に関する認識が必要であるが、さらに、遺棄・不保護によって客体（要保護者）の生命（・身体）に危険が生じることの認識まで必要なのであろうか。この点、遺棄罪を具体的危険犯として理解する場合には、客体（要保護者）の生命（・身体）に対する危険の発生が構成要件の結果として要求されるから、それについての認識（危険故意）も要求されることになる。これに対し、遺棄罪を抽象的危険犯として理解する従来の通説的立場（擬制説・形式説）によれば、危険の発生は構成要件要素ではないため、客体（要保護者）の生命（・身体）に対する危険が生じることの認識は不要ということになる²⁷。

この問題について、下級審裁判例ではあるが、大阪高判昭和 53 年 3 月 14 日判タ 396 号 150 頁（以下、大阪高判昭和 53 年とする）は、4 歳 3 か月の男児（被告人の息子）を厳冬期に薄着のままベランダに放置して凍死させた事案について、「遺棄罪の故意としては、抽象的危険の発生を基礎づける事実を認識する以上、更に右の危険自体を認識することは必要でなく、右のような事実を認識しながら右危険を認識しないのは正しく違法性の錯誤であり、それがため故意が阻却されることはない」とした。そして、被告人は、厳冬期であったという当時の気象条件、ベランダの場所的条件、薄着であったという服装など、「同児の生命、身体に対する抽象的危険を基礎づける事実を十分に認識していたのであるから、その故意に欠けるところはないといわなければならない」²⁸として、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。

また、宮崎地判平成 14 年 3 月 26 日判タ 1115 号 284 頁（加江田塾ミイラ化遺体事件。以下、宮崎地判平成 14 年とする）も、難病（ネフローゼ症候群）

²⁷ 井田良『入門刑法学・各論』138 頁（有斐閣，2013）。

²⁸ 判タ 396 号 151 頁。

にり患している男児の治療を親から引き受けた上、祈祷類似行為などを繰り返すのみで、その生存に必要な医療措置を施さなかったため死亡させたという事案について、被告人らがネフローゼ症候群について放置すれば死に至る危険性のある病気であるとの認識があったと認定した上で、「生命に対する抽象的危険を基礎づける事実を認識している以上、その危険を認識していなかったからとして、これによって故意が阻却されることはない」²⁹として、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めている。

他方、故意が否定されたものとして、東京高判昭和 60 年 12 月 10 日判時 1201 号 148 頁（以下、東京高判昭和 60 年とする）は、水風呂に入っている泥酔状態の内妻をそのまま放置して死亡させた事案において、「同女が極度に衰弱しているとの認識もなく、また直ちに介護しなければその生命身体に危険が生ずるであろうとの認識も全くなかったことが認められる」とし、被告人には、「保護責任者遺棄致死罪にいうところの、保護者として A 子を風呂場に放置しかつ遺棄したとの故意責任を問うことはできない」³⁰としている。

東京高判昭和 60 年では、その判示において、「生命身体に危険が生ずるであろうとの認識」についての言及があることから、遺棄罪としての故意を認めるためには、当該遺棄・不保護によって、生命・身体に対する危険が生じることの認識が必要であることを示すものといえよう。もっとも、大阪高判昭和 53 年、宮崎地判平成 14 年においても、結局のところ、生命・身体に対する危険の認識まであったとも認定されているため、実質的には、危険性の認識も必要であるとの立場であったといえるかもしれない。

そして、先に見た最判平成 26 年においても、「被告人兩名において、被害者の生命身体に危険があり、その生存に必要な保護として、医師の診察等の医療措置を受けさせる必要があるとの認識を判断するためには」と述べられており、故意の成否において、要保護者の生命・身体に対する危険の認識が影響するような判断が示されていた。

本件では、幼年者・病者・身体障害者であった A が、重度の栄養失調状態にあることをもって「扶助を要する」状態であるとされ、そうした状態の A にとって「生存のために必要な特定の保護行為」とは、適切な栄養摂取方法について医師等の助言を受けるか、または、適切な医療措置を A に受けさせることと認定されている。嚥下障害のあるミオパチー患者にとって、適切な栄養摂取方法や医療措置が必要であるということは、生命に対し危険が生じている状態であろうから、不保護の故意の問題として「生存に必要な保護として本件保護行

²⁹ 判タ 1115 号 294 頁。

³⁰ 判時 1201 号 151 頁。

為を必要とする状態にあることを認識していたか」というのは、生命に対する危険性の認識をも必要とする趣旨にも読めるであろう。したがって、本最高裁判決も、従来の下級審裁判例、および最判平成 26 年と同様の理解を示すものと位置づけられるであろう³¹。

4. 本最高裁判決の妥当性

以上、見てきたように、本最高裁判決は、「扶助を要する」ことの要件について、「生存に必要な特定の保護行為を必要とする状況」と解し、そうした要保護状況を前提として、不保護を限定的に解釈した。その理由は、単なる監護、育児、介護等の懈怠を不保護罪から除外することにあると考えられる。「生存に必要な保護をしない」ことのすべてが不保護罪となるわけではなく、法益侵害の危険がおよそ認められない場合には、不保護罪の構成要件を適用すべきでない限定解釈する点では、準抽象的危険犯説的理解を示すものであり、妥当である。

そして、重度の栄養失調状態にある A に必要とされる「生存のために必要な特定の保護行為」とは、「適切な栄養摂取方法について医師等の助言を受ける」「適切な医療措置を受けさせる」行為とされ、保護責任者の地位にありながらそうした特定の保護行為をしなかった不作為が、不保護罪における不保護とされた。ここでは、まさに、「生きるか死ぬか」の状態にある A において、「生存」すなわち「生命を存続するため」の保護行為をとらなかった不作為が不保護とされているといえる。

こうした本最高裁判決の結論には、遺棄罪を「具体的危険犯と捉えなければ言いえない結論」³²であるとの指摘がある。確かに、「生存」の意味が「生きるか死ぬか」という意味であるならば³³、こうした指摘も首肯しうるであろう。そして、抽象的危険犯と具体的危険犯とが、「解釈論上の移行可能性をもつ犯罪類型」であり、「明確に抽象的危険犯として規定され、そのようなものとして解釈されてきた罪であっても、解釈・適用時における社会状況が許すのであれば、具体的危険犯として扱うべき」³⁴であるとの指摘には、傾聴すべきものがある。

³¹ 三好・前掲注 (3) 130 頁。

³² 岩間・前掲注 (3) 157 頁。

³³ 浅田・前掲注 (3) 185 頁は、「『生存』とは、まさに生命の存否（生きるか死ぬか）に関わることを意味しているように思われる」とする。

³⁴ 伊東研祐「危険犯（特に、抽象的危険犯）」法セ 690 号 5 頁 (2012)。同・3 頁以下は、抽象的危険犯も「『結果犯』の下位範疇」であり、「法益の侵害また

しかし、遺棄罪について、具体的な状況下において行為から現実には保護法益に対する侵害の結果を要求することは、やはり妥当ではないように思われる。というのも、不保護罪でいえば、要保護者に対する不保護が継続されているものの、生命に対する高度の危険がない以上、構成要件該当性を認められないとするのは、その既遂時期を遅らせることにもつながりうるからである。育児放棄（ネグレクト）や介護放棄の事案において、刑法による介入が遅きに失し、致死という最悪の結果に至る危険性を高めることにもなりかねない³⁵。

また、「生存に必要な保護」も、本件のAのように病児である場合には、日常的な世話（幼年者の親ならば当然に行っているような保護行為一般）が、生命を存続させるために必要な保護行為となることもありうる³⁶。すでに指摘がなされているように、難病をもつ幼児への保護行為について、「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」と、「幼年者の親ならば当然に行っているような監護、育児、介護行為等全般」との区別は容易ではない³⁷と思われる。

さらに、本最高裁判決は、限定解釈された不保護の概念を前提に、不保護の故意として、抽象的危険を基礎づける事実の認識だけではなく、要保護者の生命に対する危険発生の認識をも必要であるとする判断を示した。遺棄罪を生命に対する準抽象的危険犯とする理解によるならば、遺棄・不保護は、それぞれ「生命に危険のある場所への移転」「生命に危険のある状態にある要保護者を保護しない」とことと限定解釈されるから、当該遺棄・不保護（構成要件的行為）の認識によって、すでに要保護者の生命に危険が及ぶことを認識していること

は危険化が罪である、法益の保護が刑法の機能である”という視座が妥当する範囲内において」は、抽象的危険犯を『『結果犯』として構成することが論理的に妥当であるとする。

³⁵ 岩間・前掲注（3）157頁は、「初期段階のネグレクトこそ、不保護致死の所為の多くが通過する重要な関門」であると指摘する。

³⁶ 佐伯仁志「遺棄罪」法教359号95頁（2010）は、不保護罪も遺棄罪と同様「生命・身体に対する危険犯」と解すべきであるとした上で、「このような解釈が『生存に必要な保護』という言葉の意味の限界を超えているかどうか」が問題であるとする。そして、「視力や聴力のように人が生きていくのに（不可欠とまではいえなくとも）極めて重要な機能を損なわないようにすることを『生存に必要な保護』と呼ぶことは、なお日常用語の範囲内にある解釈であると思われる」とする。一方、三好・前掲注（3）127頁は、幼児に対する虐待のような場合には、「保護責任者に課される法的義務の具体的内容は広範であり、その義務違反も広い範囲に及び、解釈次第では際限なく広がる可能性がないとはいえない」と指摘する。

³⁷ 岩間・前掲注（3）157頁。

になり、故意の内容に「生命に危険のある状態」の認識も含まれることになるであろう³⁸。本最高裁判決は、こうした理解を示したものであるといえるかもしれない。

しかし、大阪高判平成 26 年が示すように、要保護者の生命・身体に対する危険が、切迫した具体的な危険の発生を意味するとなると、本罪を具体的危険犯と捉えることと変わらないことになる。また、そうした高度の危険の発生の認識が必要となれば、それは殺人の故意と実質的に重なりうるものとなり、不作為による殺人罪との区別が困難になるとの指摘がある³⁹。この点、判例では、遺棄・不保護によって要保護者の生命に現実的な危害を加えるものと認識があるときには、殺人罪の故意が肯定されている。例えば、最決平成 17 年 7 月 4 日刑集 59 卷 6 号 403 頁（シャクティパット事件）は、重篤な状態にある病気の被害者を引き受け、このままでは死亡する危険があることを認識しつつシャクティパットを施したのみで、未必的殺意をもち必要な医療措置を受けさせないまま放置した行為について、不作為による殺人罪を肯定している⁴⁰。

しかしながら、単純遺棄罪の法定刑の低さにも鑑みれば、「遺棄罪の成立を基礎づける生命に対する危険は比較的軽度の、直接死亡に直結するものでなくてもよい」⁴¹と思われる⁴²。保護責任者による不保護が不作為による殺人と同価値とされるためには、生命に対する具体的危険を回避する義務を負っているとき

³⁸ 小島良晴・前掲注（5）271 頁。

³⁹ 浅田・前掲注（3）186 頁は、不保護罪における「生存に必要な保護」の「生存」が、「生きるか死ぬか」に関わるものであるとしたら、「客観的に生命に関わる不保護を行い、そのことを認識していたことが、故意犯である不保護罪の成立要件となるはずであり、それは通常、殺人の少なくとも未必の故意を意味することになる」とする。同旨、井田良『入門刑法学・各論』140 頁（有斐閣，2013）、松原芳博『刑法各論』34 頁（日本評論社，2016）。

⁴⁰ なお、殺意のなかった被害者の親族との間では、保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立するとされた。その他、高度の危険とその認識がある場合に殺人罪が肯定された判例・裁判例として、大判大正 4 年 2 月 10 日刑録 21 輯 90 頁、東京地判昭和 40 年 9 月 30 日下刑集 7 卷 9 号 1828 頁、浦和地判昭和 45 年 10 月 22 日刑月 2 卷 10 号 1107 頁などがある。

⁴¹ 山口・前掲注（7）38 頁。

⁴² 佐伯・前掲注（36）95 頁・注 8 も、217 条の法定刑の低さからすれば、遺棄罪で予定されている生命の危険はかなり低いものと解さざるをえないとし、「そのような低い生命に対する危険と身体の重大な侵害の危険との間にはほとんど違いがないといえる」とする。遺棄罪を生命・身体に対する危険犯とし、身体に対する場合には「重い健康被害の危険性」に限定する立場として、井田良『講義刑法学・各論』90 頁（有斐閣，2016）。

れる必要がある⁴³。例えば、医師が堕胎して出生させた未熟児を放置して死亡させた事案に関する最決昭和 63 年 1 月 19 日刑集 42 卷 1 号 1 頁では、出生児に対する高度の危険性があり、殺人の故意を認めうる事案であったとの評価もあるが⁴⁴、不作為による殺人罪ではなく、保護責任者遺棄致死罪の成立が肯定されたのは、不作為による殺人罪に必要な作為義務を肯定することができなかったからである⁴⁵。

また、不保護の故意として、抽象的危険を基礎づける事実の認識だけではなく、生命に対し高度の危険が生じることの認識をも要求することは、そのような認識がなかったとき、ネグレクト死は（故意犯としての）保護責任者不保護致死罪とならないということを認めるものとなりかねない。「少子高齢化の進む社会において、児童に対する社会的な保護の重要性がますます高まっていくとともに、……遺棄罪の解釈にも、これらの社会の変化の影響が及ぶと思われるだけでなく、遺棄罪の構成要件のあり方にまで、影響を及ぼすことになるのではないか」⁴⁶との指摘がある中、本最高裁判決は、ネグレクトによる児童虐待

⁴³ 町野朔上智大学名誉教授は、「保護義務者に要求される『生存に必要な保護』はありうる生命の危険を回避する広く浅い義務に過ぎず、個別的・具体的な生命の危険が存在しているときにそれを回避すべき殺人罪における作為義務とは異なっている」とされる（町野・前掲注〔7〕73頁）。判例は、本文で見たように、遺棄罪を生命・身体に対する抽象的危険犯としているから、「保護責任を負うものが同時に不作為の殺人罪に必要な、生命に対する具体的危険の回避と同一の義務を負っているとまでは論定し難い」との指摘もある（成瀬幸則ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』60頁〔金澤真理〕〔信山社、2012〕）。これに対し、高山佳奈子「遺棄の概念」西田典之ほか編『刑法の争点』139頁（有斐閣、2007）は、「抽象的危険を除去する義務は負っているが、生命は救助しなくてよい」という状態を認めるべきかは疑問であるとする。

⁴⁴ 半田靖史・前掲注（5）323頁は、保護責任者遺棄（致死）罪として起訴・裁判に至っている多くの事件では、生命に対するかなりの危険性が認められ、検察官は殺意の有無によって両罪の起訴を振り分けているように見えるという。

⁴⁵ 町野・前掲注（7）73頁。これに対し、辰井聡子「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』23頁（有斐閣、第6版、2008年）は、「遺棄罪を日々の継続的な保護から切り離されることによって生じる特殊な危険を想定した犯罪と解するなら、保護責任と199条の保障人的地位の間には質的な相違を認めなければならず」、「保護責任は、抽象的な危険に対する継続的な保護を要求するものである」とする。そして、最決昭和63年の事案では、「引き受け（ないし先行行為）に基づく排他的支配がある事案であるから、継続的保護関係に基づくものとしての保護責任は認められない」が、「不作為による殺人が認められてもおかしくない事案」であるとする。

⁴⁶ 酒井・小島・前掲注（5）245頁。

が保護責任者遺棄罪を成立させる範囲を極めて限定してしまうものといえよう。

そして、客観的に生命に危険のある不保護が存在する以上（本件もそのような場合であった）、行為者には、不保護が生命に対する危険をもつことについての認識は必要ではない、という見解もあるかもしれない。というのも、抽象的危険犯の理解において擬制説・形式説を採るならば、法益侵害の危険の発生・存在は構成要件要素とならない以上、故意の認識対象ではないからである⁴⁷。しかし、抽象的危険犯においても、実質的な危険の発生が構成要件要素とされていることには変わりがなく⁴⁸、それに対応する故意が必要である。もっとも、上述したように、遺棄罪を基礎づける危険の内容は、要保護者の生命に対する高度の危険と理解する必要はないのであるから、行為者の認識もこのようなもので十分である。本件では、Aの身体的状況を考慮すればなおさら、体重減少という生命に対する抽象的危険を基礎づける事実の認識をもって故意としては足り、十分な栄養を与えられていない状態（より栄養を与えられるなどの保護を必要とする、生命に対して高度の危険のある状態）の認識までは不要であったと思われ、不保護の故意を肯定すべき場合であったようにも思われる。

とみたか あや（本学法学部専任講師）

⁴⁷ 井田・前掲注（39）138頁。伊東・前掲注（34）5頁は、抽象的危険犯について形式説を採る場合、「法益侵害の危険・存在は、……構成要件の客観的な要素として捉える必要がない」から、「法益侵害の危険の発生・存在及びその行為との因果関係の存在は故意の認識対象に含まれる必要がないことになり、責任主義によって、その危険の発生・存在について行為者は責任を問われ得ないこととなる」と指摘する。

⁴⁸ 山口・前掲注（20）47頁は、抽象的危険犯について、「一般的・抽象的に危険な行為の遂行が要件として規定され、それにより結果である危険の内容が示されている」とする。これに対し、井田・前掲注（39）130頁、137頁は、抽象的危険犯の処罰は、「個別事例において可視的な実害の発生（すなわち、結果不法）が認められないところで、刑罰権の発動を許すもの」であり、「抽象的危険犯の処罰の理由は行為無価値に求めることができ」、「ここでは結果無価値が付け加わることなく、ただ行為無価値のみで犯罪の違法性が肯定される」とする。もっとも、抽象的危険犯であっても、「その行為が法益を害するのに適した性質をもつこと……は要求されなければならない」から、通説的理解（擬制説・形式説）と実質説との間の距離は決して大きくないという。