

## 遺棄概念に関する若干の考察

原 田 保

- I 序言
- II 遺棄概念の広狭
  - 1 辞書の語義および要扶助者遺棄罪
  - 2 死体遺棄罪
  - 3 愛護動物遺棄罪
- III 各概念の問題点
  - 1 広義遺棄概念
  - 2 狭義遺棄概念
- IV 場所的離隔の意義
  - 1 問題提起
  - 2 原所在場所との離隔
  - 3 行為者との離隔
- V 結語

### I 序言

「遺棄」という文言は、刑法典中では、190条・死体遺棄罪<sup>(1)</sup>および191条・墳墓発掘死体遺棄罪ならびに217条・単純遺棄罪<sup>(2)</sup>および218条前段・保

---

(1) 190条は4種類の客体・3種類の行為を規定しており、刑法典表記の罪名は「死体損壊等」であるが、本稿論題は「遺棄」であるから、論点明示・煩瑣回避の趣旨でこのように表記する。死体以外の客体を排除する趣旨ではない。191条についても同様である。

(2) 刑法典表記の罪名は「遺棄」であるが、保護責任者遺棄との区別を明示する趣

護責任者遺棄罪の4ヶ条で使用され、各々の定義・概念的異同につき218条後段に規定された「不保護」との関係を含めて議論がある。加えて、動物の愛護及び管理に関する法律<sup>(3)</sup>44条3項・愛護動物遺棄罪でも同じく「遺棄」という文言が規定されており、この文言に関する問題も提起されている<sup>(4)</sup>。本稿は、これらの法令に規定された「遺棄」概念につき、共通点・相違点を含めて検討するものである。

## II 遺棄概念の広狭

### 1 辞書の語義および要扶助者遺棄罪

「遺棄」という文言は、遺（のこす）および棄（すてる）の2字から成る。法解釈に際しては、当然にこれらの文字で表示される語義に則した検討を要する。「のこす」とは、客体が現在の場所にある状態を維持してその場所から離去することである。「すてる」とは、客体を使用や保存に適さない場所に移動させ、自分は客体と共に移動した後にその場所から離去し、または元の場所に留まることである。

これが、伝統的に論じられてきた「置き去り」「移置」という2種類の行為態様であり、どちらも客体と行為者との間に場所的離隔を生じさせる行為である。それ故に、この場所的離隔が遺棄概念の要素とされ、刑法

---

旨で、一般的に使用されている用語に従う。

(3) 昭48法105・当初表題「動物の保護及び管理に関する法律」。

(4) 愛知県において、動物管理センターに届けられた捨て猫を、同センター職員が殺処分回避を意図して解放させた事案につき、動物愛護団体が愛護動物遺棄罪に該当するとの判断を以て告発し、警察が同罪として捜査・送検した例がある。中日新聞平26・5・16夕13面、三上正隆「愛護動物遺棄罪（動物愛護管理法44条3項）における「遺棄」概念」愛知学院大学論叢法学研究57巻3・4号（平28）113頁～114頁参照。この事例に関するTVニュースによれば、愛知県知事は、動物管理センター職員の行為に違法性はないとの見解を表明し、同罪における「遺棄」概念の明確化を環境省に要求した由である。

218条の解釈に際して場所的離隔の有無が遺棄と不保護との相違点であると説明されてきた。そして、細分された各概念を移置＝作為（動かした）、置去り＝不作為（同伴しなかった）という趣旨に理解することが、かつての一般的解釈であった。ところが、その後、不作為移置（要扶助者の離去に対する不阻止）および作為置去り（要扶助者の接近に対する阻止）の存在が指摘されることによってこの対応関係が崩壊し、移置・置去りの区別と作為遺棄・不作為遺棄の区別との関係が錯綜した。

しかし、刑法解釈に際して論じる概念は、犯罪成否に関わるものでなければ意味がない。作為・不作為の区別は当然に作為義務の如何に基づく犯罪成否と結び付くが、語義的に導かれる移置・置去りの区別は直ちに犯罪成否と結び付くものではない。移置・置去りが作為・不作為の趣旨で論じられていた経緯に鑑みても、両者が同義でなければ刑法解釈上の意味を持たない。そうすると、両者の同義性に多大な疑義があるなら、刑法解釈に際して移置・置去りという概念を強いて使用する意味はなく、その趣旨として論じられていた作為・不作為を以て遺棄概念の細分とするべきである。

この作為遺棄・不作為遺棄という細分は、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪との相違に則して、広狭2種類の遺棄概念に結び付く。即ち、不作為犯は当然に作為義務の存在を前提とするから、作為義務者を構成要件要素とする保護責任者遺棄罪の遺棄は作為・不作為の双方を含み、非義務者に適用される単純遺棄罪の遺棄は作為のみである、という区別である。いずれにしても場所的離隔を要素とするが、保護責任者の場合には場所的離隔のない不作為も遺棄と区別された不保護として同等の処罰対象とされている。

---

(5) 保護責任と作為義務との関係についても議論の余地があるが、本稿ではこの点に立ち入らず、保護責任を作為義務の一態様と位置付ける伝統的理解を前提として論じる。

## 2 死体遺棄罪

しかし、場所的離隔を要素とする前記の遺棄概念は、各種遺棄罪全般に共通する要素であると解されている訳ではなく、死体遺棄罪の遺棄はこれと異なる概念とされている。殺人犯人が罪証隠滅の目的で死体を土中に埋めて隠匿する行為は死体遺棄罪の典型例とされている<sup>(6)</sup>ところ、この場合には、埋没行為を以て直ちに作為死体遺棄罪が成立すると解されるのであって、その後<sup>(7)</sup>に犯人が現場から離去するか現場に滞留するかは同罪成否と無関係である。また、葬送義務者が死体に対する葬送を遂行せず放置する不作為も死体遺棄罪に該当すると解されてきた<sup>(7)</sup>。

このように、死体遺棄罪の遺棄は、要扶助者遺棄罪の遺棄とは異なり、「隠匿」や「不葬送」を含む概念であって、場所的離隔を必須の要素としていない<sup>(8)</sup>。「死体に対する不葬送」は「要扶助者に対する不保護」に相当する行為であるが、前者は死体遺棄罪の遺棄の一種であり、後者は要扶助者遺棄罪の遺棄と区別された別概念として構成されている。かようにして、死体遺棄罪の遺棄は、場所的離隔のない行為を含む点で保護責任者遺棄罪の遺棄よりも広い概念である。

(6) 団藤重光編『注釈刑法(4)』(有斐閣、昭40)360頁～361頁(板倉宏)、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二版第9巻』(青林書院、平12)233頁～234頁(岩村修二)等参照。

(7) 大三刑判大8・5・31刑録25輯3巻727頁等。場所的離隔のない事案として、名古屋高金沢支判平24・7・12判例集不登載。濱克彦「自宅内で死亡した実母の死体を同女のベッドに置いたままの状態にして生活を続けた行為について不作為の死体遺棄罪の成立を認めた事例」研修776号(平25)21頁、松下裕子「自宅内で死亡した実母の死体を同女のベッドに置いたままの状態にして生活を続けた行為について死体遺棄罪の成立を認めた事例」警察学論集66巻6号(平25)169頁、仲戸川武人「死亡した実母の死体を自宅のベッドに寝かせたまま放置した事案について、死体遺棄罪の成立を認めた事例」警察公論68巻6号(平25)86頁参照。岸洋介「不作為による死体遺棄罪について検討した事例」研修798号(平26)77頁でも、複数の同種事案が紹介・検討されている。

(8) 濱・前掲註7論文28頁参照。

以上により、刑法典における遺棄概念には、

- ①作為による場所的離隔だけ（単純遺棄罪）
  - ②作為・不作為の双方を含めた場所的離隔全部（保護責任者遺棄罪）
  - ③場所的離隔のない行為を含めた法益侵害不保全行為全部（死体遺棄罪）
- の3種類があることになる。以下、番号順に「最狭義」「狭義」「広義」と表現することとする。

### 3 愛護動物遺棄罪

このように、刑法典で場所的離隔および作為・不作為を基準とする3種類の遺棄概念が使用されていることに鑑みれば、愛護動物遺棄罪の遺棄概念については、この3種類のうちのどの概念か、という検討を要することになる。

愛護動物に対する犯罪行為として規定されているのは殺傷・虐待・遺棄の3類型であるところ、この遺棄が要扶助者遺棄と同じく場所的離隔を要素とするなら、場所的離隔を生じることなく飼育を怠る行為は遺棄に該当せず、愛護動物に対する罪を論じるなら虐待に該当すると解する他ない。しかし、飼育懈怠という単純な不作為を常に直ちに虐待と解するのは虐待の語義に照らして過剰評価であるとの批判も可能であり、語義的に直ちに決着させることは困難である。制定当初の動物の保護及び管理に関する法律13条所定の罰則は1項で「虐待し、又は遺棄した者」という単純な構成要件のみを規定していたので、この点は如何様にも解し得た。

ところが、平11法221の改正により、この罰則は13条から27条に繰り下げられ、内容も変更された。即ち、「みだりに殺し、又は傷つけた者」と

---

(9) 一般論として「傷つけた」という文言は「傷害した」と言い換えることが可能であるところ、刑法204条等の「傷害」との異同にも議論の余地がある。「傷害」は外傷と解するのが語義的に自然であるが、刑法では外傷に限らず生理状態不良変更全般と解されているので、病気や衰弱も含まれることになる。「傷つけた」をこれと同義に解すると、衰弱を要素とする「虐待した」が常に「傷つけた」に該当することになり、これは明らかに不合理である。故に、「傷つけた」は衰弱を含まない

いう犯罪構成要件が新設されて1項となり、虐待は2項に繰り下げられて「みだりに給餌又は給水をやめることによつて衰弱させる等」という例示が付され、遺棄は新設の3項に分離された。このように飼育懈怠が虐待の典型例として規定されたことにより、遺棄を広義に解する必然性は失われた。尤も、虐待の例示は飼育懈怠行為だけでなく衰弱結果も要件として規定しているので、衰弱に至らない飼育懈怠は虐待に該当しないことになる。故に、かかる行為は依然として遺棄に含まれるという解釈もあり得ない訳ではない。しかし、虐待・遺棄の法定刑は同一であるから、衰弱に至れば虐待であり衰弱に至らなければ遺棄であると解すると、衰弱結果の有無という侵害程度の差異にも拘わらず同一法定刑の罪であることになり、虐待の例示に衰弱結果を規定する意味が危うくなる。故に、衰弱に至らない飼育懈怠は遺棄にも該当せず不可罰と解するべきである。かようにして、平11法221による改正の結果として、愛護動物に対する遺棄は要扶助者に対する不保護に相当する飼育懈怠を含まない狭義の概念とする解釈が強化されたと認められる。

そして、その後平24法79の改正により虐待の例示に膨大な追加が行われ<sup>(10)</sup>、平17法68の改正により同一内容のまま44条に繰り下げられて現行法になっているところ、その中に占有下の傷病動物に対する不保護も規定されている。要扶助者に対する行為と同じく不保護を遺棄と区別された別概念として規定するものであり、この改正により愛護動物に対する遺棄を要扶助者に対する遺棄と同じく狭義概念とする解釈は必然的なものになったと認め<sup>(11)</sup>ることができる。

---

と解釈する他ないが、そうすると、外傷に限定されるのか、衰弱は含まれないが病気は含まれると解するのか、議論を要することになる。難解な問題であるが、本稿では問題提起に留めておく。

(10) 虐待の語義については児童虐待防止法上の概念との対比も論題になり得るところ、例示の膨大な追加により、この点の議論は一層詳細なものになる。この点も問題提起に留めておく。

(11) 三上・前掲註4論文125頁～127頁参照。

### Ⅲ 各概念の問題点

#### 1 広義遺棄概念

死体遺棄罪で使用される広義遺棄概念には、場所的離隔を生じない原状維持が「遺棄」即ち「遺す」「棄てる」に含まれるか否かという語義上の疑義がある。葬送義務者の葬送不履行という不作為が死体遺棄罪の法益を侵害する行為であることに異論の余地がないとしても、犯罪構成要件の文言に該当しない行為を犯罪として処罰することは罪刑法定主義違反である。

実務上も、場所的離隔のない不作為死体遺棄罪を肯定する判例があるにも拘らず、親族の死体を居宅内あるいは敷地内に放置した事案で、客体と行為者との場所的離隔が論証困難であるとの理由で死体遺棄罪が起訴されなかった事例がある<sup>(12)</sup>。不起訴という判断の理由としては、原所在場所とも行為者とも場所的離隔がない場合を「遺す」「棄てる」の語義内に含める解釈の妥当性について確信を持てなかったからであると推測される。

このように、葬送義務者の葬送不履行という不作為が死体遺棄罪の実行行為たる「遺棄」に該当するという解釈については、語義上の疑義が払拭されていない。場所的離隔のない葬送義務不履行を疑義なく処罰するためには、「要扶助者に対する不保護」に相当する「死体に対する不葬送」を

---

(12) 前掲註7名古屋高金沢支判平24と同種の事案について、丹崎弘「実母の死体遺棄の罪で逮捕された者を、実母に支給された年金などに関する詐欺罪により起訴した例」捜査研究756号（平26）16頁では、行為者が転居後に毎月3回程度の頻度で死体のある実家に戻っていたことから場所的離隔に疑念があると判断され、これを理由として死体遺棄罪の起訴が断念された事例が紹介されている。また、中日新聞平30・9・6朝27面では、夫を殺害した妻が死体を自宅敷地に駐車したままの自動車内に放置していた事案につき死体遺棄罪を嫌疑不十分により不起訴にした事例が報道されており、やはり場所的離隔に関する疑念の故であると判断される。

葬送義務者の同罪実行行為として追加し、広義遺棄概念を無用のものとする<sup>(13)</sup>ことが望まれる。

## 2 狭義遺棄概念

前述の疑問にも拘らず死体遺棄罪に関して不葬送を含む広義の遺棄概念を使用することが可能であるなら、要扶助者遺棄罪および愛護動物遺棄罪に関しても同様に不保護を含む広義の遺棄概念を使用することも不可能ではない筈である。そうすれば、遺棄とは別の概念として不保護を規定する必要はなくなる。これは、前述したように死体に対する行為についても遺棄と区別された概念として不葬送・隠匿を規定すれば広義遺棄概念は無用となることの裏返しである。

そこで、敢えて要扶助者・愛護動物と死体とで異なる遺棄概念を使用して前者で不保護という別概念を規定する趣旨の検討を要するところ、これは身分の有無が規定上区別されているか否かに基づいて説明する他ない。即ち、死体については葬送義務者も非義務者も同一法条で同一法定刑の対象となるため不作為を含むか否かという処罰対象行為の相違が法文上表示されないが、要扶助者については保護責任者、愛護動物については飼養者・保管者（当然に保護責任者であると解される）、という身分の有無により犯罪構成要件が区別されている。このことから、身分の有無に基づく処罰範囲の相違を明示するため、非身分者の処罰対象行為でない不保護を身分者の処罰対象行為として明記する、という立法政策が考えられる。

このように理解するなら、遺棄・不保護の区別を保護責任の有無と対応させて、要扶助者遺棄罪においても遺棄概念を単純遺棄罪・保護責任者遺棄罪の双方に共通する単一概念とする方が、規定の趣旨に合致することになる。そして、要扶助者遺棄罪・愛護動物遺棄罪においてかかる単一の遺

---

(13) 改正刑法草案242条は死体等に対する損壊・遺棄・領得の他に隠匿・陵辱を追加しているが、遺棄概念の多義性から生じる問題への対応としては、「不葬送」追加の方が優先されるべきである。



棄概念を前提として保護責任＝作為義務と解するなら、場所的離隔の有無と無関係に不作為は全面的に不保護に該当し、遺棄は作為のみになって、「不作為遺棄」という概念は否定されるべきことになる。<sup>(14)</sup>

## IV 場所的離隔の意義

### 1 問題提起

II 1で述べた語義から導かれる場所的離隔は客体と「行為者」との離隔であり、学説も一般的にそのような理解の下で場所的離隔を論じてきた。しかし、その当否には少なからず疑問の余地がある。

例えば、自力移動できない要扶助者を居宅から搬出して危険な山中に移置した場合、その後に行為者が単独で下山すれば疑問の余地なく遺棄罪であるが、行為者がその場に滞留して要扶助者の苦悶を観察し続けた場合には、客体と行為者との場所的離隔がないので遺棄には該当しない。この行為は遺棄と区別された不保護に該当するが、行為者が保護責任者でなければ不保護罪は成立しない。元々の保護責任を負わない者でも要扶助者を山中に移置したことによって保護責任者になると解すれば同罪成立可能になるが、そうすると単純遺棄罪成立場面の消滅または消滅に近い縮小という結論がもたらされ、現行刑法解釈としては甚だ不合理である。

また、保護責任者に対して非身分者が教唆を行った場合、教唆・実行の内容が不真正身分犯たる作為遺棄であれば非身分者は65条2項により身分者よりも軽い単純遺棄教唆罪となるが、教唆・実行の内容が真正身分犯たる不作為遺棄・不保護であれば65条1項により身分者と同等の保護責任者遺棄教唆罪・不保護教唆罪となる。しかし、「山の中に捨てろ」と言った場合に1年以下、「家の中で放置しろ」と言った場合に3月以上5年以下、

---

(14) 大谷實『刑法講義各論』新版4版補訂版（成文堂、平27）68頁参照。

という結論は、明らかに刑の均衡を失する。

前記設例 2 件における結論の不合理性は、山中が居宅内より危険であることが遺棄罪の範疇で評価されないことから生じる。行為者との離隔を遺棄概念の必須要素とすることは、語義的には当然視されるとしても、法益に対する侵害・危殆化という観点からは合理性を認め難い。場所の危険については、例えば病児の親権者が病児の近傍から離去しても病児の所在場所が完全看護の病院であれば遺棄罪不成立は明白であり、要扶助者の移動先の如何による遺棄罪成否の区別は従来から承認されているが、従来からの議論は最初に行為者との離隔を指摘した上で次に場所の危険がないことを以て遺棄罪成立範囲を縮小するものである。このように行為者との離隔を遺棄概念の絶対的必須要素として最初に論じると、行為者との離隔がない場合に場所の危険を遺棄罪の範疇で論じることが不可能になり、苦悶観察設例や非身分者共犯設例の不合理な結論が不可避になるのである。このような点を考慮するなら、「原所在場所との離隔」「行為者との離隔」の各々を遺棄概念の中で如何に位置付けるべきか、両者の相互関係を検討しなければならない。

そこで、原所在場所が法益保全に適する場所であることを前提として、客体と「原所在場所」「行為者」との各離隔の有無に基づく状態を分類すると、

- ①行為者が客体と共にその場所にいる状態（原状）
- ②行為者が客体と共に原所在場所から離去した状態
- ③行為者のみが原所在場所から離去した状態
- ④客体のみが原所在場所から離去した状態

の 4 種類を挙げるができる。

この②③④のうち、客体と「原所在場所」との離隔は②④であり、客体と「行為者」との離隔は③④である。④は「原所在場所および行為者」の双方との離隔である。伝統的な遺棄の分類によれば、直接または②を経由して④になるのが移置であり、③が「置き去り」である。①から④への直

接的变化はかなり例外的であり、不作為移置として指摘された客体単独離去の不阻止はこの類型に属する。作為置き去りとして指摘された接近阻止は④を原状とするものであるから、ここでの検討対象としない。以下、①から②③④への変化に対する評価について検討する。

## 2 原所在場所との離隔

客体が行為者と離隔することなく原所在場所との離隔のみを生じる②の場合、処罰の実質的根拠という観点からすれば、法益保全の点で客体の移動先が原所在場所よりも劣悪であることが、違法評価の条件となる筈である<sup>(15)</sup>。逆に言えば、移動先が原所在場所と同等以上に法益保全に適した場所であるなら、移動自体に対する違法評価はあり得ない。この場合、法益保全のために行為者の滞留を要する事情がない限り、行為者が客体の近傍に滞留しても離去しても法益への影響はないから、②と④との間に相違はなく、客体と行為者との離隔を論じる意味はない。病児を完全看護の病院に移動させる行為や死体を受入準備のある葬儀会場に移動させる行為が遺棄罪に該当しないことは明白であって、この場合に行為者が単独で帰宅して客体との離隔を生じても遺棄罪不成立という結論は不動である。

前記の苦悶観察設例は、通常は④に至る行為の中間事象である②の状態での罪責如何という問題である。法益保全の点で移動先が原所在場所より不適切である場合には、当該移動が法益に対する危険の惹起・増大であるから違法評価が可能である。故に、これを以て遺棄と認めるなら、苦悶観察設例では、保護責任者でも非義務者でも、当然に遺棄罪成立が肯定できることになる。

しかし、危険な場所への移動を以て常に直ちに遺棄罪成立が肯定できる訳ではない。例えば親に同伴されて山歩きを行う小児の場合、入山すれば居宅より危険な状態に置かれることは明白であり、その限りでは法益危殆

---

(15) 大谷・前掲註14書67頁、68頁では、要扶助者遺棄罪につき、「危険な他の場所」への移転が移置であると説明されている。

化を否定することができない。しかし、少なくとも運動や娯楽といった適法行為の意図で十分な衣服・飲食物を装備した上で小児の体力に相応する行程である限り、山中到達を以て遺棄罪成立という結論を支持する論者はいないと推測される。この山歩き設例のように、危険を冒して所在場所を変更する合理的理由があって行為者において要扶助者の生命身体に対する適切な扶助を予定している場合には、居宅から山中への移動に伴う危険増大に対応できるだけの準備を理由として当罰的評価に値する実質的危険増大はないと解する余地があり、そのように解すれば、当該行為は遺棄ではないと評価して同罪構成要件該当性を否定することが可能である。

このように分析すると、遺棄罪の予定する法益に対する侵害・危険は、客体の置かれた環境が法益保全に適合するか否かによって判断されるべきであり、場所の如何は、例えば病院の職員・設備や山歩きの際の衣服・飲食物と並んで、環境の良化・悪化という法益侵害性判断の一要素と位置付けられることになる。

そして、第三者による法益保全行為が期待できる状況であるか否かも、かかる環境の一部である。死体隠匿について死体発見を妨害して適時の葬送を不可能にする行為として死体遺棄罪<sup>(16)</sup>の成立を肯定する解釈は、その一例である。隠匿を遺棄概念に含める解釈を要扶助者遺棄罪でも採用するならば、例えば公園で意識不明状態の要扶助者を落葉で覆って視認不可能にする行為は要扶助者遺棄罪であることになる。そのような判例は見当たらないが、かかる行為が要扶助者の発見を困難にして生命身体への危険を増大させることは明白であり、法益侵害性は肯定可能である。私見としては語義上の違和感を払拭できないが、死体隠匿を死体遺棄罪とする解釈を採用するならば、要扶助者隠匿を要扶助者遺棄罪から排除する理由はない。検討を要するところである。

---

(16) 大三判刑昭11・1・29刑集15巻1号30頁。処罰根拠につき、川端博「死体遺棄罪における遺棄」若原茂編『宗教判例百選』2版（有斐閣、平3）214頁、215頁参照。

### 3 行為者との離隔

客体が原所在場所から離隔することなく行為者との離隔のみを生じる③の場合、行為者との離隔を法益に対する侵害・危険と認める論理は、行為者による法益保全行為を前提とする。要扶助者や愛護動物の生命・身体に対する危険は、扶助されない状態によって生じ、扶助されない状態から扶助される状態への変更が法益保全である。死体に対する公衆感情は、葬送されることなく放置されることによって侵害され、葬送されることによって保全される。

そこで、期待される法益保全行為を行為者が遂行しないなら、この不作為が作為による危険惹起と同等に評価される限り、原所在場所とも行為者とも離隔のない①の場合でも法益に対する侵害と評価でき、その後に行為者が滞留して①の状態を維持しても離去して③の状態になっても、更には客体が原所在場所から離隔して④の状態になっても、法益保全行為が遂行されない状況に変わりはない。このように、行為者が法益保全行為不遂行という不作為を維持する限り、客体と行為者との場所的離隔の有無は法益に対する保全・危険化と無関係であり、この点で①②③④の間に違いはない。この場合に客体と行為者との離隔を法益侵害に結び付けるためには、場所的離隔を生じれば翻意して法益保全行為の意思を生じても即時の遂行が不可能になることを指摘する他ない。即ち、行為者と客体との場所的離隔は、法益保全行為不遂行状態の固定・確実化としてのみ、論じる意味がある。

法益保全行為が遂行されない状況で適用される犯罪構成要件は、①②の状態では、要扶助者や愛護動物に対してなら不保護罪であり、死体に対してなら不作為遺棄罪である。要扶助者・愛護動物については、客体と行為者との場所的離隔を生じた③の状態では保護不可能の故に不保護罪の前提を欠くので不保護と区別された遺棄として論じる他ないが、いずれにしても、違法評価の根拠は法益保全行為不遂行という不作為であり、離隔自体

が違法評価を根拠付ける訳ではない。

違法評価の根拠が不作為であるなら、客体と行為者との場所的離隔について遺棄罪を論じることができるのは、保護責任者・葬送義務者だけであることになる。単純遺棄罪において客体と行為者との場所的離隔を論じることが無意味であり、法益保全義務を負わない者が客体の近傍から離去することが遺棄罪になり得る筈はない。

それ故に、作為・不作為の区別に関する不可解な論理が採用される。それは、①から③に変化する「置き去り」が、行為者の離去という作為を内容とするにも拘わらず、従来から不作為と理解されてきたことである。例(17)えば他人宅に不法侵入した者が屋内で放置された要扶助者や死体を発見しながらその場に放置したまま屋外に出た場合に、遺棄罪成立を認める見解は見当たらない。かかる行為が違法評価を受けるのは保護責任者や葬送義務者だけであるから、①から③への変化は真正身分犯としてのみ処罰可能であり、故に不作為犯として構成せざるを得ないのである。

しかし、遺棄の概念が客体と行為者との場所的離隔を要素とする限り、不作為遺棄に係る行為者の義務は滞留または同伴・携行であることになるが、滞留や同伴・携行が行われても扶助・葬送が行われぬ限り法益侵害状態は解消されない。故に、滞留や同伴・携行を義務付けても、法益保全行為の義務付けにはならない。

このように、遺棄概念の要素として客体と行為者との場所的離隔を論じることが、法益侵害性の根拠付けと齟齬している。苦悶観察設例における不合理な遺棄罪不成立も、住居侵入設例で遺棄罪不成立にするための不作為犯構成も、客体と「行為者」との場所的離隔を以て遺棄を論じることからの帰結である。

これに対して、客体と「原所在場所」との離隔を遺棄の要素とすれば、苦悶観察設例では居宅からの搬出あるいは遅くとも山中への到着を以て作

---

(17) 大谷・前掲註14書67頁では、この態様が作為に分類されている。

為遺棄行為があったと認定することが可能になり、住居侵入犯人設例では客体が原所在場所に滞留しているので作為遺棄行為はないと認めることが可能になる。客体と行為者との場所的離隔を論じることの意義については、改めて検討することが必要である。

## V 結語

以上の通り、従前の通説的論理に対する異論を唱えたが、諸般の事情により諸賢の研究成果を十分に参照することもなく、粗雑なものに留まっている。また、保護責任者が要扶助者を山中に遺棄する行為と居宅内で不保護状態に置く行為とが同一法定刑の罪であることの合理性如何や、語義的に行為者との離隔を想起させる「遺棄」という文言の妥当性も、検討を要すると思料されるが、論及の余裕がなかった。立法論も含めて、優れた研究者による検討を期待したい。

（令2・10・31稿）