

保護責任者不保護罪における 「要保護状況」について

濱 田 新

< 目次 >

- I はじめに
- II 不保護罪に関する大審院の判断
- III 客体の要扶助性
- IV 要保護状況
- V おわりに

I はじめに

従来、保護責任者不保護罪（刑法218条後段）にいう不保護については、「場所的離隔を伴わずに、要扶助者に対し生存に必要な保護をしない不作為である」といった説明がされてきた。このような説明は、主に遺棄との区別を念頭においたものであったところ、近年、最判平成30年3月19日（刑集72巻1号1頁）¹が、不保護の意義を、次のように明らかにした。

最高裁平成30年判決は、「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

¹ 本判例について、詳しくは、拙稿「保護責任者遺棄罪における『不保護』の意義」松原芳博編『続・刑法の判例（各論）』（成文堂・2022）17頁以下。

務として求めているものでないことは明らかである」と判示した。

本判示については、「場所的離隔の概念を用いず、『生存に必要な保護をしなかった』との刑法218条の文言を『要保護状況』や『刑法上期待される特定の行為』の概念を用いて分析的に定義した」と評価されている²。本判決は、不保護罪の実行行為性判断の前提として、「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）」を必要とする点に、特徴がある。既に、下級審においては、不保護罪の実行行為性判断の際、被害者が「要保護状態」（被害者の容態が生存に必要な保護を要する状態）にあったか否かを争点としていたものは見受けられた³。また、「要保護状況」の存在が否定されたと評価することが可能な裁判例もあった⁴。本判決は、最高裁として、はじめて、「要保護状況」という概念を用いて、それを前提に、不保護罪の実行行為性を判断している（なお、最高裁は、実行行為性を認めた上で、故意を否定した第1審判決を是認した）。

本判決の調査官解説は、実行行為性の判断の際、「どのような行為が『生存に必要な保護』行為に当たるのかについては、まずは、要扶助者（老年者、幼年者、身体障害者又は病者）の生存のために、どのような保護行為を必要とする状況にあるのか（＝要保護状況）を具体的に検討した上で、これを前提とした上で決せられるべきであることは、当然のことと思われる」と指摘する⁵。そして、最高裁平成30年判決以後は、下級審では、「要保護状況」が争点となった裁判例⁶や、「要保護状況」に関する認識が争点となった裁判例⁷が現れている。このような実務の状況に鑑みると、不保護罪の実行

² 池田直人「判批」論究ジュリスト30号（2019）195頁。

³ 東京高判平成28年11月24日（LEX/DB 25544760）、東京地判平成29年12月6日（LEX/DB 25549242）等。

⁴ 東京高判昭和60年12月10日（判タ617号172頁）。泥酔した内妻を水風呂に追いやり放置したため、寒冷下に基づく心衰弱により死亡するに至らせた事案で、不保護罪の成立が否定された。本判決については、自宅内での泥酔者に対する遺棄が成立するには、「かなり緊迫した要保護状況が存しなければならないであろう」という指摘がなされていた（判タ617号172頁〔匿名コメント〕参照。傍点は筆者による）。

⁵ 向井香津子「判解」最判解刑事編平成30年度（2021）18頁。

行為性判断の前提状況としての「要保護状況」の内容について、整理を試みることには意味があると考え⁸。

以下では、まずは、従来の判例・学説が、不保護罪の実行行為性判断の前提として、どのような状況の存在を必要としてきたのか整理した上で、「要保護状況」要件の内容を明らかにすることを試みたい。

II 不保護罪に関する大審院の判断

まずは、不保護罪の実行行為性判断の前提状況に関する手がかりを得るために、不保護罪に関する大審院の判断を確認する。

胃癩の持病のある母親A（54歳）に対して、何等の手当もせず、寝所に火気なく、畳を敷かなかったという事案について、大判大正3年1月26日（法律新聞922号28頁）は「本案に関しては病者の生存に必要な保護を缺きたるや否病者の状態及病気の程度を詳かにするに非ざれば之を判断するを得べからず」と判示し、本件では「病者たるAの当時における状態及其病気の程度を認むるに足るべきもの豪もあることな」と判示した。

上記判示からすれば、大審院は、保護責任者に対して、病者の状況を問わずに保護行為一般を義務付けるというのではなく、客体の状況に応じた、特定の保護を義務付けるという考えをとっている。学説においても、保護責任者の義務は、事案を離れた保護行為全般ではなく、保護を受けるべき者の状況に応じた特定の保護行為であるということは、当然のものとして共有されていたと考えられる⁹。このような考えによると、本件のように、客体の状

⁶ 札幌地判令和2年11月20日（LEX/DB 25571254）、岡山地判令和4年1月14日（LEX/DB 25592000）、さいたま地判令和4年2月24日（LEX/DB 25572074）等。

⁷ 福岡地判令和2年2月28日（LEX/DB 25565389）、大阪地判令和2年3月12日（裁判所ウェブサイト）等。

⁸ なお、「要保護状況」を前提として、不保護罪の実行行為性を判断するという最高裁判平成30年判決の判断方法から示唆を得て、実務における不作為による殺人の実行行為性判断の実状を分析する論考として、鎮目征樹「不作為犯論における実務と理論の距離—不作為殺人の実行行為該当性の判断手法を中心に—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務4』（成文堂・2022）97頁以下。

況が明らかではない事案については、保護行為を特定可能ではなく、生存に必要な保護が欠けていたのかどうか判断することはできない。大審院は、最高裁平成30年判決のいう「要保護状況」の認定を求めたものといえる¹⁰。ただ、大審院の判示からは、要保護状況としては、保護行為を特定可能な状況があれば足りるのか、それともさらに一定の内容が必要なのかは、明らかではない。

なお、本件では、Aが扶助を要する者かどうかとも問題になっていた。原判決は、Aが自力で生存に必要な日常の動作をなす能力がなかったと認定したところ、被告人側は、被害者は日常動作を行っていたと主張した。このような被告人側の主張は、不保護罪の成立に当たり、客体の要扶助性が必要であるとする考え方（自力で生存に必要な日常の動作が可能であれば、要扶助性が欠けて218条の客体にあたらぬとする）からすれば、当該客体に要扶助性がないことを主張するものと整理することが可能であろう。これに対し、大審院は、当時のAの状態・病気の程度が明らかではないと判示するにとどまり、218条においても、客体の要扶助性が必要であるかどうかについて、判断を明らかにしていない。

もし、客体に要扶助性が存することが、不保護罪の前提となるとすれば、「客体の要扶助性」と「要保護状況」の判断とが、それぞれどのように関係しているのか検討する必要がある。そこで、まずは、不保護罪の実行行為性判断の前提として、要保護状況に加え、客体の要扶助性が必要なのかという点について、従来の学説を参照しながら検討した後に、要保護状況の内容について分析する。

⁹ 保護の方法は、「保護ヲ受クヘキ者ノ状況ニ依リ自ラ異ナラサルヲ得ス病者ハ薬餌ヲ要スヘク飢者ニハ食ヲ給セサルヘカラサルカ如シ」と指摘されていた（神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（清水書店・1913）952頁参照）。

¹⁰ 池田・前掲注（2）195頁。

Ⅲ 客体の要扶助性

1 要扶助性の要否

刑法218条は、「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」を客体として規定し、刑法217条と異なり、条文上、扶助を必要とする者であることは明示されていない。そのため、古い学説の中には、218条の客体については、「扶助を要する」ということは必要ない、とする不要説がある¹¹。218条の場合は、代わりに行為主体に、「保護責任あるもの」との条件がつけられているからである、とする¹²。

一方、218条の客体は、扶助を要する者であることを必要とする見解が多数説である。必要説は、本罪の生命・身体に対する抽象的危険犯としての性格^{13 14}をその論拠として挙げる。すなわち、「元來本罪ハ生命身体ニ危険ヲ及ホス虞アルカ故ニ之ヲ処罰スルモノ」として、扶助を必要としない者を遺棄しても、何ら生命・身体に危険を及ぼす恐れがないので、218条の客体についても、217条の客体と同様とする¹⁵。

¹¹ 安平政吉『改正刑法各論』（弘文堂・1960）69頁。小野清一郎『新訂刑法講義各論（第15版）』（有斐閣・1956）191頁も不要説と評価し得るが、明示的ではないと指摘するものとして、香川達夫『刑法講義各論（第3版）』（成文堂・1996）410頁。

¹² 安平・前掲注（11）69頁。

¹³ 判例・多数説は、遺棄罪を抽象的危険犯と解する（大塚仁『刑法概説各論（第3版増補版）』（有斐閣・2005）60頁、山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣・2010）31頁等、大判大正4年5月21日（刑録21輯670頁）参照）。一方、具体的危険犯と理解する有力説として、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（創文社・1990）452頁、平川宗信『刑法各論』（有斐閣・1995）70頁、浅田和茂『刑法各論』（成文堂・2020）82頁等。

¹⁴ 判例・多数説は、生命・身体に対する危険犯と解する（団藤・前掲注（13）452頁、大塚・前掲注（13）57頁等、大判大正4年5月21日（刑録21輯670頁）参照）が、有力説は、本罪を生命に対する危険犯と捉える（平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977）163頁、山口・前掲注（13）31頁等）。

¹⁵ 岡田庄作『刑法原論各論（第20版）』（明治大学出版部・1929）458頁以下。同じく、木村亀二『刑法各論』（法文社・1957）42、48頁、江家義男『刑法各論（増補）』（青林書院新社・1963）216頁以下、福田平『全訂刑法各論（第3版増補）』（有斐閣・2002）164、166頁等。

多数説は、本罪の抽象的危険犯としての性格から、客体の要扶助性を必要とするのであるが、不要説も、本罪が抽象的危険犯であることを前提にしている¹⁶。すなわち、ここでは、218条の抽象的危険を認める上で、客体は「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」であれば足りるのか、さらに、扶助を要する者でなければならないと考えるかによって立場が分かれている。

必要説の論者は、生存に必要な保護をしないことが構成要件的行為とされていることから、218条の客体も、当然扶助を要すべき者でなければならないと主張する¹⁷。しかし、「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」（218条）は、抽象的には生存に保護が必要である者と解釈して、不要説を導くこともできる。そのため、条文の文言は、必要説に至る決め手にはならないように思われる。

もっとも、218条における抽象的危険を限定的に解釈すべきであるという観点からは、やはり客体に要扶助性が存在する場合にはじめて、218条の客体足り得ると解するべきである。このような必要説の立場からすれば、「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」であるとしても、直ちに、生存に保護が必要な者にあたるわけではなく、扶助を要する者である場合に、抽象的に生存に保護が必要な者と解することになる。

また、要扶助性を要件とせず、単に「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」を218条の客体とする場合には、218条の客体の範囲を適切に確定しにくいという実際上の問題に直面する。というのは、「老年者」・「幼年者」の年齢的な限界を一律に引くことが難しく、「身体障害者」や「病者」も、一律に定義することが困難であるためである¹⁸。例えば、「病者」とは、病理的症狀を伴うもの全てを含むのだと定義すると、酩酊者が常に客体に含まれ得ることになり妥当ではない。一方で、一時的な症状の場合は「病者」ではな

¹⁶ 安平・前掲注（11）71頁、小野・前掲注（11）193頁。

¹⁷ 大塚・前掲注（13）64頁。

¹⁸ 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）263、264頁〔小島吉晴〕。

いと解釈すると、保護に値する泥酔者を客体に含めることができないという問題が生じる¹⁹。

最高裁は、酩酊者が「病者」にあたるかが争われた事案において、扶助を要する程度を考慮しており²⁰、必要説に親和的といえる²¹。また、「幼年者」の要件に該当するか判断するにあたり、扶助を要する程度を重視している裁判例がある（14歳の子をも「幼者」とした裁判例²²）。裁判所は、14歳の子が学校教育を全く受けておらず、援助を求める社会的適応能力が乏しい者であったこと等を指摘しており、要扶助性を考慮して、「幼者」と認定したと考えられる。218条の抽象的危険を限定的に解釈し、かつ、218条の客体にあたるかどうかの判断を柔軟に行うべきである²³とすれば、要扶助性を必要とする立場が妥当である。

2 要扶助性の内容

要扶助性を必要とする立場を前提に、以下では、要扶助性の内容について整理する。現行刑法成立当初、217条の「扶助ヲ要ス可キ者」は、旧刑法336条「自ら生活スルコト能ハサル者」と差異がないと指摘されていた²⁴（旧刑法336条では、遺棄罪の客体を、8歳未満の幼者または「自ら生活スルコト能ハサル老若疾病者」とする）。旧刑法下では、「自ら生活スルコト能ハサル」とは、自己の生命・身体に対する危険を防止する能力がない者をいうと

¹⁹ 不要説の安平・前掲注（11）69頁は、「疾病」とは、多少継続的なものを意味するとし、泥酔者は含まれないとする。しかし、酩酊によって動作が不自由になった泥酔者を最初から遺棄罪の客体から除外してしまうのは妥当ではない（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）281頁〔半田靖史〕参照）。

²⁰ 最決昭和43年11月7日（裁判集刑169号355頁）は、「高度の酩酊により身体の自由を失い他人の扶助を要する状態にあつたと認められるとき」は、「病者」にあたるとする。

²¹ 半田・前掲注（19）280頁も参照。

²² 東京地判昭和63年10月26日（判タ690号245頁）。

²³ 小島吉晴「保護責任者遺棄罪の客体について」研修521号（1991）44頁は、「要扶助性」の要件を通じて、保護責任者遺棄罪の客体の解釈は、経済的情勢や社会情勢の変動によって変わっていくと指摘する。

²⁴ 牧野英一『刑法各論』（有斐閣書房・1908）160頁。

され²⁵、「自ら生活スルコト能ハサル」者かどうかは、遺棄罪の成否に関する「先決問題」とであるとされていた²⁶。

現行刑法成立後、学説は、要扶助者の解釈について、日常生活上の動作ができない者と解釈する立場²⁷（第一説）と、独立して生活できない者と解する立場²⁸（第二説）が示されていた（両説を含むとする見解も示された²⁹）。このような学説の状況において、判例は第一説の立場を採用した。すなわち、大判大正4年5月21日（刑録21輯670頁）は、「他人ノ扶持助力ヲ待ツニ非サレハ自ら日常生活ヲ営ムヘキ動作ヲ為ス能ハサル者」をいうとし、「其生活資料ヲ自給シ得ルト否トヲ問ハサル」と判示した。

第二説の立場からすれば、老年のために生活資料を準備する能力のない者に対して保護責任者が食料等の提供を怠れば、生命・身体に対する抽象的危険が認められるということになろう。一方、第一説の立場からすれば、そのような場合、直ちには不保護罪の抽象的危険は認められない。生活資料を準備する能力のない老年者が、実際に困窮し、栄養不良状態等に陥り「病者」となり、起居動作が困難に至った時点で、はじめて、客体にあたり、不保護罪が問題になり得る。

第二説は、比較的早い段階で、不保護の危険性を認める点で、被害者保護には資する。しかし、生活資料を準備する能力がない者が、起居動作が可能であれば、危険な状況を回避するために救助を求めることはできる。自ら危険な状況を回避するための動作ができる者まで、218条の客体に含め、そのような者を放置することについて生命・身体に対する抽象的危険を認めることには疑問がある。218条の客体は、他人の助力なしには起居動作が困難であるがゆえに、生命・身体に対する危険を回避できない者と解するべきであ

²⁵ 小疇傳『刑法各論』（警察監獄学会・1902）435頁、岡田朝太郎『刑法講義案各論（第8版）』（有斐閣書房・1904）76頁等。

²⁶ 岡田・前掲注（25）76頁。

²⁷ 牧野・前掲注（24）160頁等。

²⁸ 森悟一＝木村増太郎『新刑法逐条義解』（帝国法政学会・1911）655頁等。

²⁹ 岡田・前掲注（15）457頁以下。

る。経済的に独立して生活できない老年者等の保護については、社会福祉及び社会保障の分野において解決する方法が望ましい³⁰。現在、学説では、要扶助者については、「他人の助力なしには日常生活に必要な起居動作を行うことができず、自己の生命・身体に対する危険を回避できない者」と解する立場³¹が有力であり、妥当なものとする。

3 小括

以上のように、218条を抽象的危険犯と捉えつつ、客体の要扶助性を不要とする見解も存在したが、現在、学説は、抽象的危険犯としての性格を強調して、要扶助性を要求する。要扶助性を要求する見解は、218条における抽象的危険を、より厳格に解するものだといえる。また、要扶助者の判断については、日常生活に必要な起居動作をなし得ない者と解釈する立場の他、独立して生活できない者とする立場もあったが、218条における抽象的危険を限定的に解釈するならば、前者の立場が妥当である。このような要扶助性に関する議論からすれば、要扶助性の要件は、218条の抽象的危険性を厳格に担保する要件として機能してきた、と整理できよう。

IV 要保護状況

1 要保護状況判断の前提

(1) 必要な保護行為が特定可能な状況であること

要保護状況の内容について検討する前に、まず、「要保護状況」判断の際の前提を整理しておきたい。要保護状況は、義務付けの候補となる保護行為を選別・特定する機能を果たすと解されている³²。それゆえ、必要な保護行為が特定可能ではない場合、要保護状況に関する検討から除外される。特定

³⁰ 小島・前掲注(18)262頁。

³¹ 小島・前掲注(18)267頁。

³² 遠藤聡太「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅱ各論(第8版)』(2020)21頁。

可能な状況といえるためには、(前述の大判大正3年1月26日が、病者の状態及び病気の程度を明らかにすることを求めているように) 客体の心身の状態が明らかになっている必要がある。また、要扶助者の置かれた周囲の環境等も注目する必要がある³³。ただ、義務付けられる保護行為が特定可能な状況であれば良く、なすべき保護行為が事細かく特定された状況までは必要ないと解される³⁴。

(2) 放置していれば生命・身体に対する危険が生じること

生命・身体に対する危険犯と解される不保護罪は、「生存に必要な保護をしない」という不作為が要件になっているから、「そのまま放置していれば客観的に生命・身体に対する危険が存在すること」が必要である³⁵。それゆえ、「放置していれば生命・身体に対する危険が存在する」とは言いえない場合には、要保護状況の検討の対象外である。例えば、こどもが不良化しているといった状況は、精神的・倫理的育成といった保護が必要な状況ではあるが、要保護状況に関する検討から当然に外れることになる。

なお、不保護罪を生命・身体に対する危険犯と捉えるならば、放置したとしても軽微な健康被害があり得るにすぎない場合も要保護状況にあたりと解することが可能ではある。古い判例の中には、軽微な健康被害があり得るにすぎない場合にも、不保護が認められていると解釈し得るものがある³⁶。しかし、「生存に必要な保護」という条文の文言を重視するならば、処罰の対

³³ 遠藤・前掲注(32) 21頁。

³⁴ なお、向井・前掲注(5)22頁は、最高裁平成30年判決は、「なすべき保護行為の内容が常に事細かく特定されるよう求めているものではないと考えられる」と指摘する。

³⁵ 一方、生命に対する危険犯と捉える有力説によると、「客観的には、そのまま放置すれば要扶助者の生命に危険の存在すること」が必要とされる(西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論(第7版)』(弘文堂・2018) 33頁参照)。

³⁶ 「幼者ノ食餌トシテ不適當且不充分ナル食物ヲ給與スルニ止リ夏期蚊帳ヲ用ヒシメス屋外土間ニ於ケル犬ノ側ニ臥セシメ」たという不保護の事件(大正5年2月12日刑録22輯134頁)参照。屋外の土間で犬の側で寝かせ、夏期に蚊帳を使用させないことについては、放置したとしても軽微な健康被害があり得るにすぎないと思われる。

象は、生命侵害および重い健康被害の危険性を有する行為に限定されると指摘されている³⁷。このような理解によれば、放置していても、生活に通常伴うような、軽微な健康被害があり得るにすぎない場合には、要保護状況とは認められないと解することが可能であろう。例えば、親が、小学生低学年のこどもの懲罰のために、単発的に、数日間食事量を減らすことにした場合、生活に通常伴うような、ごく軽微な健康被害があり得るにすぎないから、要保護状況の検討の対象外と考えられる。一方で、そのまま放置しておけば、軽い程度の健康被害の危険性を越えた、生命・身体に対する危険性が存在する場合（例えば、親がこどもに対して、長期間にわたって食事を十分に提供するつもりがない場合）には、要保護状況に関する検討を要する。

2 要保護状況の内容

以下では、放置していれば、軽い程度の健康被害の危険性を越えた生命・身体に対する危険が存在する事例を念頭に、どのような内容が認められれば、要保護状況が存在するといえるのか、検討する。要保護状況の意義は、不保護の危険性を担保する点にあるところ³⁸、不保護に要求される危険性の捉え方によって、要保護状況の内容に関する解釈も異なり得る。

本罪を抽象的危険犯と解釈して、具体的危険の発生は不要であるとする場合、要保護状況としては、具体的危険が発生し得る状況であることまでは必要なく、抽象的危険が生じ得る状況があれば足りると解される。これに対して、具体的危険犯説の場合は、より高度の危険性が存在する状況が要求されると考えられる。また、抽象的危険犯と解釈したうえで、「不保護」という実行行為の解釈において、実質的危険性が考慮されるべきとする見解（実質的危険説）³⁹の場合、そのような高度の危険性までは必要ないが、抽象的危

³⁷ 井田良『講義刑法学・各論（第2版）』（有斐閣・2020）96頁以下。

³⁸ 遠藤・前掲注（32）20頁。

³⁹ 和田俊憲「遺棄罪における生命保護の理論的構造」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（成文堂・2007）51頁、橋爪隆「遺棄罪をめぐる問題について」法学教室444号（2017）102頁等。

険が生じ得る以上に、一定の危険性が認められる必要がある。

(1) 抽象的危険が生じ得る状況

それでは、まず、前述の「抽象的危険が生じ得る状況」はどのような場合に認められるのか検討する。

抽象的危険犯説の立場からは、類型的に生命・身体に対する危険を有する行為（不保護）が行われれば、具体的危険の発生を待つまでもなく、直ちに既遂に達することになる（伝統的な抽象的危険犯説）。

この伝統的な抽象的危険犯説の立場からすれば、客体に要扶助性が認められるのであれば、抽象的危険が生じ得る状況＝要保護状況と評価してよいと思われる。前述のとおり、古くは、遺棄罪を生命・身体に対する抽象的危険犯と解した上で、218条について要扶助性要件を不要とする見解や、要扶助性を要求しつつ、その内容を広く捉える見解が見受けられたが、判例・学説は、218条について要扶助性を要求し、要扶助者を「日常生活に必要な起居動作をなし得ない者」に限定する。218条の抽象的危険を担保するために、218条の要扶助性の要否・内容が厳格に解釈されてきたといえる。客体の要扶助性の要件のレベルでは、既に、抽象的には生存に保護が必要である者のみが厳密に選別されていることになる。客体の要扶助性が肯定できるのであれば、抽象的には生存に保護が必要である者にあたり、その者に対する保護の内容が特定可能な状況が存在するならば（上記Ⅳの1参照）、抽象的危険が生じ得る状況＝要保護状況があると評価してよいと考えられる。

例えば、親が、小学校低学年の子に食事を与えることを放棄し、子は学校給食等で栄養を補っている場合（以下、給食事例）、子の体調に未だ異変が生じていなくとも、小学校低学年という幼年者に食事を与えていない状況＝要保護状況といえる（必要な保護行為は、食事の提供である）。また、生命に関わる持病をもち、定期的に医師による診察が必要だが自力で通院できない病者を、保護責任者が通院させていない場合（以下、通院事例）、病者の体調に未だ異変が生じていなくとも、保護責任者が通院させていない状況＝

要保護状況といえよう（必要な保護行為は、通院させることである）。

不保護罪の実行行為性判断の前提状況としては、抽象的危険が生じ得る状況で足りると解釈しているといえる最近の裁判例として、福岡地判平成29年2月22日（LEX/DB 25545375）がある。事案は、親が2歳の子に、必要な食事を与えず、かつ、やせ細っていても医師による診察等の医療措置を受けさせず、約2か月を要するくらい瘦の傷害を負わせたというものである。裁判所は、被害者がそれ以前と比べると痩せているように見える状態（11月）より前の時期（9月頃）から、必要な食事を与えないという不保護を認めている。

抽象的危険犯説の立場からすれば、要扶助者に食事を与えていないという状況が存在したのであれば、（要扶助者が、一見して痩せたかどうかにかかわらず）要保護状況の存在を認めることが、一貫していると思われるし、被害者保護に資すると考えられる。しかし、不保護がかなり早い段階で認め得る点が懸念される。例えば、給食事例において、親が子に食事を提供しなくなってから1日経過後の段階で、要保護状況の存在を肯定して、不保護にあたと解することもできなくもない。同様に、通院事例においても、定期的な通院の介助を怠った時点で、直ちに不保護にあたと解することも不可能ではない。しかし、こどもに1日食事を提供しなかった時点⁴⁰や、定期的通院を怠った時点で、不保護にあたとすれば、疑問がある。

最高裁判平成30年判決は、「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」としており、これは、「幼年者の親ならば当然に行っているような育児を怠っているとしても、直ちに不保護にはあたらない」ということをも意味するように思われる⁴¹。そうだとすれば、客体に要扶助性が認められ、幼

⁴⁰ 向井・前掲注(5)24頁は、「単発的に『幼児に1日だけ、ご飯を準備しなかった』程度では、通常は、健常な幼児の生存に実質的危険性を生じさせるとはいえず、この程度の不作為をもって不保護罪の実行行為性を認めることはできないであろう」とする。

⁴¹ 深町晋也『家族と刑法』（有斐閣・2021）184頁は、「ネグレクトが直ちに本罪の成立を基礎付けるものではないことを示したものと言えよう」と指摘する。

年者の親ならば当然に行っているような特定の保護がなされていなくても、直ちに要保護状況があるというわけにはいかないといえる。

(2) 高度の危険性が認められる状況

本罪の成立にあたり、具体的危険が必要であるとする立場をとるならば、要保護状況としては、より高度の危険性が認められる必要があると考えられる。給食事例であれば、子どもが重度の栄養不良状態に陥り、医療措置が必要な場合、要保護状況が認められる。通院事例においては、持病が悪化して衰弱した病的状態にあって医師による治療が必要な場合、要保護状況が認められるということになろう。

最高裁平成30年判決は、乳児重症型先天性ミオパチーにり患している子Aが、低栄養に基づく衰弱により死亡した事案について、被害者の「客観的に重度の栄養不良状態」を要保護状況と認定している（必要な保護行為の内容は、「適切な栄養摂取方法について医師等の助言を受けるか又は適切な医療措置を…受けさせること」であるとする）。要保護状況として、生命に対する高度の危険が要求されているようにもみえるため⁴²、具体的危険犯説の立場になじむようにも思われる。

最高裁平成30年判決以前に、不保護罪の前提として、ある程度具体的な危険を要求しているように解される裁判例として、東京高判昭和60年12月10日（判タ617号172頁）がある⁴³。事案は、泥酔した内妻を水風呂に追いやり放置したため、寒冷下に基づく心衰弱により死亡するに至らせたというものである。裁判所は、「泥酔の状態にあつたとしても、極度に衰弱し切つているとの証明はなく、さらに直に介護しなければ生命身体に危険が差し迫っている客観的状況にあつたとするには疑問のあるところ」と判示したうえで、故

⁴² 浅田和茂「判批」速報判例解説23号（2018）185頁、岩間康夫「判批」重要判例解説平成30年度（2019）157頁も参照。

⁴³ 清水洋雄「泥酔妻水風呂入浴致死事件」秋田経済法科大学法学部法律政治研究所紀要13号（1997）107頁参照。

意について検討し、これを否定した（不保護による保護責任者遺棄致死罪の成立が否定され、重過失致死罪が認められた）。

最高裁判平成30年判決以後、生命に対する高度の危険性がある状況を要保護状況としている裁判例としては、次のものがある。

大阪地判令和2年3月12日（裁判所ウェブサイト）は、実娘を自宅敷地内の小屋に監禁し、小屋の室温を低温に設定する等したため、極度に痩せた状態となっていた被害者を低栄養及び寒冷環境曝露により凍死させた事案について、要保護状況を「重度の低栄養状態で、かつ、室温が概ね摂氏10度ないし12度という低温環境の本件居室内に、衣服を着けず、毛布2枚を与えられた状態で監禁されていた」状況であるとする⁴⁴。

また、さいたま地判令和4年2月24日（LEX/DB 25572074）は、両親が、親族から食べすぎとの指摘を受けて、4歳の子の食事の量を減らし、その後、こどもが重度の低栄養状態に陥って、ほとんど食べられない状態に陥った事案について、要保護状況が生じた時期を、「重度の低栄養状態」にあった時点と認定する⁴⁵。

ただ、本罪を抽象的危険犯と解釈したうえで、不保護の実行行為の解釈において、実質的危険性が考慮されるべきとする実質的危険説は、高度の危険性がある場合に限って、要保護状況を認めることに疑問を提起する。すなわち、「このような切迫した危険を要求し、かつ、その点に関する認識を要求した場合、行為者に未必の殺意が認められる場合がほとんどであろうから、結果的に保護責任者不保護罪の成立範囲が限定されすぎてしまい、妥当ではないように思われる⁴⁶」と指摘する。

また、実質的危険説の論者は、最高裁判平成30年判決については、「本判決が、より軽度の栄養不良状態の段階における十分な食事提供や食生活の改善

⁴⁴ 必要な保護行為は、居室内の室温を適切に管理し、かつ、医師による治療を受けさせ、十分な栄養を摂取させることとする。

⁴⁵ 必要な保護行為は、医師による診察等適切な医療措置を受けることとする。

⁴⁶ 橋爪隆「保護責任者遺棄罪・不保護罪について」警察学論集73巻1号（2020）136頁。

について不保護を認めなかったのは、食事の不提供という不作為やAの特性に応じた食生活の改善に要する知識の具備が立証されなかったためであり、要保護状況が欠けるからではない」と分析する⁴⁷。そして、「殺人（未遂）罪等と区別される本罪固有の意義を維持する観点からは、より低度の危険性にとどまる場合でも要保護状況を認める必要があろう」と指摘する⁴⁸。このような確かな指摘を踏まえると、前述の大阪地判令和2年3月12日や、さいたま地判令和4年2月24日については、「重度の低栄養状態」に陥る前の、より早い時点で、要保護状況を検討する余地があったのではないかという疑問も生じる⁴⁹。

(3) 高度の危険性に発展し得る状況

実質的危険説の場合、要保護状況としては、「抽象的危険が生じ得る状況」では足りないが、生命に対する高度の危険性までは要求されず、「高度の危険性に発展しうる状況（潜在的な危険性）があれば十分」⁵⁰であるとする。例えば、健康状態において悪変の兆しがある⁵¹等、高度の危険性に発展し得る状況があれば、要保護状況の存在を認めることになる。

実質的危険説の立場と解される裁判例として、岡山地判令和4年1月14日（LEX/DB 25592000）がある。事案は、被告人は、脳疾患を抱え、歩行能力や認知機能が低下し、自力で通院することが現実的には困難となって心不全の徴候も現れていた夫（55歳）について、被害者を受診させることなく放置し、同人を慢性両心不全により死亡させたというものであった。

岡山地裁は、被害者には多発性脳梗塞等の入院治療から退院した後、ふら

⁴⁷ 遠藤・前掲注（32）21頁。

⁴⁸ 遠藤・前掲注（32）21頁。

⁴⁹ ただ、要保護状況に関する認識を確実に認定するためには、要保護状況の認定を、被害者の状態が深刻になるまで繰り返し下げる要請が働くことになると指摘されている（橋爪・前掲注（46）140頁）。

⁵⁰ 橋爪・前掲注（46）136頁。

⁵¹ 門田成人「判批」法学セミナー762号（2018）121頁。

つき、尿失禁等があり、歩行能力等の身体機能や認知機能の低下が認められ、他人の助力なしには通院等が困難な状態であったことに加え、本件では、心不全等の徴候となり得る浮腫が見られており、「病院の受診が一刻を争うというほどの高度の緊急性まではなかったものの、できるだけ早く病院で医師の診察を受け、従前より処方を受けていた降圧剤や利尿剤の投与を受けるほか…適切な医療措置を受けなければ、命の危険がある状態」にあり、要保護状況にあったと判示した⁵²。

岡山地裁が要保護状況を認定するにあたり、「自力で通院することも現実的ではない状態にあった」ことを指摘する点は、客体の要扶助性に関する判断といえる。その上で、被害者に浮腫が見られていたことを、要保護状況を基礎づける事情として挙げる点が、注目に値する。

本事案と異なり、生命に対する高度の緊急性が既に存在するならば、健康状態に異変が生じていなくとも、要保護状況自体は当然に肯定される⁵³。しかし、生命に対する高度の緊急性が未だ存在しない場合には、要保護状況の存在、すなわち高度の危険性に発展し得る状況が存在するかどうか、慎重に判断すべきである。自力通院能力が乏しく、客体の要扶助性が存在するとしても、不保護の実質的危険を担保し得る要保護状況としては、十分ではない可能性があり得る。しかし、本件では、心不全等の徴候となり得る浮腫が存在することからすれば、「高度の危険性に発展し得る状況」があると評価することが可能であろう。このように、岡山地裁が、客体の要扶助性に加え

⁵² 控訴審である広島高判令和4年9月21日（LEX/DB 25593626）は、「この原判決の判断は、不保護による保護責任者遺棄罪の要件である要保護状況にあるかどうかの判断において、要扶助者の生命に対する実質的な危険性をも考慮したものとして相当である」と判示している。

⁵³ 参考となる判例として、福岡地判令和2年2月28日（LEX/DB 25565389）。医師である被告人が同居の妻に対し、過量投与により中毒症状が現れ得るキシロカインを投与した後、被害者を放置して死亡させた事案において、裁判所は、キシロカインを基準最高用量の3倍に相当する量（被告人が日頃被害者に投与していた量の約35ミリリットルよりもかなり多量）を投与した時点で、要保護状況を認めている（加藤摩耶「判批」甲斐克則＝手嶋豊編『医事法判例百選（第3版）』（2022）61頁参照）。

て、健康状態において悪変の徴候があったことを指摘して要保護状況を認定した点は、要保護状況の判断の参考になるとと思われる。

要保護状況の判断において、健康状態において悪変の徴候があるかどうかを重視するならば、給食事例においては、こどもが軽度の栄養不良状態に陥り痩せてきた場合、食事提供を必要とする要保護状況が認められると考えられる。通院事例においては、定期的に通院していた時には見られなかった病状の変化が表れた場合には、通院が必要な要保護状況が認められることになる。

もっとも、どの程度の外部的徴候が必要なのかは、要扶助性の程度によって異なり得る。乳幼児のように、要扶助性の程度が高い者ほど、当初の「抽象的危険が生じ得る状況」が「高度の危険性が認められる状況」へと推移しやすい。要扶助性が高い場合には、外部的徴候が小さくとも、「高度の危険性に発展し得る状況」を肯定することは可能と考えられる。例えば、給食事例のこどもが、未就学児である場合には、体重が増加していないことを、悪変の兆しと捉える余地があると思われる。

V おわりに

最後に、本稿の内容を簡単に整理する。

1 判例・多数説は、不保護罪の実行行為性判断の先決問題として、218条の客体に要扶助性が存在するか検討する。かつては、218条を抽象的危険犯と解釈しつつ、要扶助性を不要とする見解もあったが、多数説は本罪の抽象的危険犯としての性格を強調して、要扶助性を要求している。要扶助性の内容について、経済的な要扶助性を含むとする見解も存在したが、判例・多数説は、日常生活上の起居動作ができない場合に限定する。議論の経緯からすれば、218条の抽象的危険を担保するために、218条の要扶助性の要否・内容が厳格に解釈されてきたといえる。

2 実行行為性判断の前提としての要保護状況は、義務付けの候補となる保護行為を選別・特定する機能を果たすから、必要な保護行為が特定可能な状

況ではない場合は、要保護状況の検討の対象外である。また、不保護罪は、生存に必要な保護をしないという不作為が要件になっているから、「そのまま放置していれば客観的に生命・身体に対する危険が存在すること」が必要である。それゆえ、「そのまま放置していれば客観的に生命・身体に対する危険が存在する」とはいえない場合は、要保護状況の検討の対象外である。

3 そのまま放置していれば、生命・身体に対する危険が存在する事例において、要保護状況に関する判断が必要となる。不保護に要求される危険性の捉え方によって、要保護状況の内容に関する解釈も異なり得る。

伝統的な抽象的危険犯説によれば、抽象的危険が発生し得る状況があれば、要保護状況があると解される。要扶助者に関する保護が特定可能な状況が存在する場合、抽象的危険が発生し得る状況が存在すると考えられる。上記1のとおり、客体の要扶助性の要件のレベルで、抽象的に生存に保護が必要な者のみが、客体として選別されているからである。

しかし、実行行為性判断において実質的危険性を要求するならば、そのような抽象的危険が発生し得る状況以上の、高度の危険性に発展し得る状況においてはじめて、要保護状況を認めるべきである。高度の危険性に発展し得る状況の判断においては、被害者の身体の不調が外部に表れているかどうかに着目する必要がある。どの程度の外部的徴候が必要なのかは、要扶助性の程度によって異なり得ると考えられる。要扶助性の存在は不保護の抽象的危険を担保し、要扶助性の高さは、不保護の実質的危険性を担保する上で重要な考慮要素になる、と整理することが可能である。

以上