

Title	〔刑法四〕 刑法二一八條の「病者ヲ保護ス可キ責任アル者」にあたる事例 (昭和三四年七月二四日最高裁第二小法廷判決 上告棄却)
Sub Title	
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.4 (1960. 4) ,p.65- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600415-0065

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔刑法 四〕 刑法二二八條の「病者ヲ保護ス可キ責任アル者」にあたる事例

昭和三四年七月二四日最高裁第二小法廷判決
上告棄却、原審大阪高裁
昭和三十一年(あ)第四五四七號業務上過失傷害、
道路交通取締法違反、要保護者遺棄被告事件
判例時報一九七號、昭和三四年九月二一日所載

【判示事實】 自動車の操縦中に過失によつて通行人に自動車を接觸させて路上に顛倒させ、そのため同人に入院加療を要する重傷を負わせ歩行不能に至らせたときは、右自動車操縦者は法令により「病者ヲ保護ス可キ責任アル者」にあたるから、刑法二二八條の保護者遺棄罪が成立する。

【参照條文】 刑法二二一條前段、同二二八條第一項、道路交通取締法二四條第一項、同法二八條第二項。

【事實】 被告人は昭和三〇年二月一二日午後八時頃大阪市北區曾根崎上三丁目一番地附近道路上を普通乗用自動車大三一七二七三號を運轉して、時速三十料にて通稱御堂筋を北進中、當時右斜面前方約四、五米の距離に同方向に進行するタクシー一臺があり、同所附

近は指定された横斷歩道ではないが、車馬の進行の合間を東西に横斷する通行人が多いことは平常同所を通行している被告人としてはよく知つていたのであるから、かような場合、先行車の動靜に注意し、その死角にあたる範圍の通行人のあることを顧慮し、何時でも事故を未然に防止すべき措置を講ぜられるような速度と方法を以つて運轉を續けなければならぬ注意義務があるのかかわらず、同乗していた長女らの土産物を買うべき店を物色するため、左側店舗の方向に氣を取られて、漫然進行を續けた過失により、前記先行車が前方を右より左へ横斷せんとする宮本定二(當四十歲)を發見して減速したことに氣づかず、同自動車が停車状態になつてからも、これを客を拾うため停車するものと輕率に判斷して、なおも進行を

續け前方約六米の地點に前記宮本定二を發見するに至つたが、狼狽のため非常の措置をとり得ず、遂に同人をベンパー右部に衝突させて路上に顛倒させ、同人に對し、約三箇月の入院加療を要する顔面打撲擦過傷、左下腿開放性骨折の傷害を負わせた。

右のように交通事故により人に傷害を與えた場合においては、運轉手は道路交通取締法第二十四條第一項等の規定により、被害者の救護その他必要な措置を講じなければならない義務があるにかかわらず、これをなさず、同日午後八時三十分頃右傷害により歩行不能となつていた宮本定二を自己の運轉する前記自動車で同市大淀區中津南通四丁目三十九番地附近の降雪中の薄暗い車道上まで運び、同所にて同人に對し、醫者を呼んで來てやると申し欺いて放置して立去り、以つて被害者の救護その他必要の措置を講ぜずして、要保護者を遺棄したものである。

【判旨】 上告棄却

被告人辯護人の上告趣意第一點は判例違反を主張するが、車馬の交通により人の殺傷があつた場合には、當該車馬等の操縦者は、直ちに被害者の救護その他必要な措置を講ずる義務があり、これらの措置を終りかつ警察官の指示を受けてからでなければ車馬等の操縦を繼續し又は現場を立去ることを許されないものであるから（道路交通取締法二四條同法施行令六七條）、本件の如く自動車の操縦中過

失により通行人に自動車を接觸させて同人を路上に顛倒せしめ、約三箇月の入院加療を要する顔面打撲擦過傷及び下腿開放性骨折の重傷を負わせ歩行不能に至らしめたときは、かかる自動車操縦者は法令により「病者ヲ保護ス可キ責任アル者」に該當するものというべく、原審が本件につき刑法二一八條を適用處斷したことはまことに正當であり、且つこの點についての原判決はむしろ論旨引用の判例と同趣旨のものであつて論旨はすべて理由がない。

第二點は刑法二一八條の解釋の誤り、審理不盡の違法及び量刑不當を主張するが、所論はすべて刑訴四〇五條の上告理由に當らない。刑法二一八條にいう遺棄には單なる置去りをも包含すると解すべく、本件の如く、自動車操縦者が過失により通行人に前示のような歩行不能の重傷を負わしめながら道路交通取締法、同法施行令に定むる救護その他必要な措置を講ずることなく、被害者を自動車に乗せて事故現場を離れ、折柄降雪中の薄暗い車道上まで運び、醫者を呼んで來てやる旨申欺いて被害者を自動車から下ろし、同人を同所に放置したまま自動車の操縦を繼續して同所を立去つたときは、正に「病者ヲ遺棄シタルトキ」に該當するものというべく、原判決には所論の如く法令の解釋を誤まつた違法はない。以下略。

【評釋】 判旨の結論には賛成するが、理論構成に若干の疑義があ

る。

いわゆる「ひき逃げ」事件は、道路交通が發達するにつれて、殊に大都市およびその周邊に多くみられるところである。近代交通は、その高速化に伴い必然的に他人の法益に對する高度の危険をも包含する。しかも、これが進行する車道整備の現況は、遺憾ながら

極めて不備であり、加えて、人命に對する意識の比較的稀薄なること、交通法規に對する遵法意識の薄弱さ、加うるに違反に對する制裁の弱さ、殊に被害者に對する賠償の驚くべき低額さ等が因となり果となつて、交通事故は一向に減少しないのみか、更に激化の一途をたどつてゐる。井上教授の御指摘のように、これは單なる運轉者

個人の注意能力といつたミクロ的なものが原因ではなく、自動車企業における勞働加重といつた、社會的なマクロ的現象としてもとらえられなければならぬ大きな社會問題である（井上正治・過失犯の構造・二四頁以下・二七頁以下、日本の自動車交通が如何に粗末極まるものであるかは、廣島高判高刑集七卷一七一―一九頁に「酌訂しているにもかかわらず、時速三〇キロメートルないし四〇キロメートルの超スピード。!!）で運轉する無謀操縦を敢てした」―傍點筆者―という文字からも讀みとることができる）。

しかも、これら近代的交通手段は、大きな危険を内包しているからといつて、これを許さないことは、國家經濟の上からいつて不可

能である。ここに「許された危険」の一場面を見るのである（井上判例にあらわれた過失犯の理論・六六頁以下、藤木・社會的相當行為難考・警察研究二八卷一號四四頁以下、特に四七頁以下、Wetzels: Das deutsche Strafrecht. 6. Aufl. S. 86. S. 115. 開かれた構成要件の理論との關係については後述）。

近代交通手段に従事するものには、従つてこの大きな危険發生を防止すべき義務が課せられ、萬一、事故發生の折には、被害者に對してその生命・身體に對する危険を排除すべき保護義務が課せられてゐるのである。これは危険の伴つた企業を行使する權利に必然的に伴う義務である。

ところで、この交通事故發生に際し、事故を惹起した者には被害者を保護すべき義務の他に、事故内容を報告すべき義務が負わされている。この點については、近來、憲法上の疑義が論争され、實務上も全く異なつた判例が競い合い、注目されるに至つてゐる（神戸地裁尼崎支部―判例時報一八九號六一頁、秋田地裁湯澤支部―判例時報一九八號二〇頁、以上違憲、神戸地裁―判例時報一九五號八頁、鹿兒島簡裁―判例時報一九五號九頁、宇都宮地裁一〇月一七日の判決、東京地裁―判例時報二一一號三頁、大阪高裁―同號二頁、以上合憲と判示）。

この時に當つて、なるほど、これら判例とその對象を異にすると

はいえ、しかもなお、交通事故発生後の被害者に對する運転者の保護義務につき、かなりきびしい態度で臨んだこの最高裁判所の判例は注目に價するといわなければならぬ。

右の判決で、一番問題となる點は、道路交通取締法二四條違反の行爲と刑法二一八條一項違反の行爲との競合關係である。殊にその罰條の點で、前者は同法二八條一項一號で三月以下の懲役、五千圓以下の罰金又は科料であるのに對して、後者は三月以上五年以下の懲役とあり、いちじるしく差異がある。

しかも従來、この種行爲はもっぱら道路交通取締法違反として、行政刑法上の處理を受けてきたものである。これを、あえて刑法上の問題としてとらえ、しかも刑法二一八條一項を操作して、規定の客體とするには、相當慎重なる理論構成を必要とする筈である。殊に、本件の如き「病者ヲ保護ス可キ責任アル者」という構成要件のメルクマールを解釋するに當つては、これを「構成要件の規範的メルクマール」とするか「不文の構成要件メルクマール」とするか、はたまた「保障人義務」と解するか、或は「開かれた構成要件」の法義務のメルクマールと解して理論構成するか等々の極めて多岐にわたる問題と直面するのである。

以下で私はこの問題を扱うものであるが、ドイツ刑法三三〇條の如き、緊急救助義務の規定をもたない我が刑法の解釋論としては、

この二一八條にいわゆる保護責任者を無制限に擴張することは、非常に危険であつて、これを認めて、義務を課すためには裁判官による具體的な判断を必要とし、義務違反が高度であると認定されてはじめて、二一八條違反の問題が出てくるのであるという理論構成をとりたいと思う。

これを要するに、*「開かれた構成要件」の理論の場合と考え、これを充足するため必要ないわゆる法義務のメルクマール (Rechtspflichtmerkmal) の一つとして「保護すべき者」というメルクマールを検討してみたいと考える。*

この理論の詳細な検討は、本稿にひきつづいて發表したいと考えている。

本事実を考察するに當つて、まず遺棄の罪が實定法上いかに把握されているかを論ずることが順序であらう。

遺棄は何故に刑法上罰せられるのであろうか。これを沿革史的にみると古くは洋の東西を問わず習俗上公然とこれが認められていたということである(檜山節考にその文學的表現がみられる。更に刑法史的考察は大塚仁・遺棄罪・刑事法講座第七卷一五八一頁以下、我が國については一五八八頁以下)。

やがてこれが禁止せられることになつたが、當初は特定の親族間の犯罪として限定的に規定せられた。しかし、次第に行爲の主體、

客體の範圍を擴張して、一般的犯罪へと擴大、轉化せられるとともに危険性の點についても觀念の上で變化が見られた。すなわち、そのはじめ、被遺棄者の危険性が法益とされつつも、なお殺人罪の一種として取扱われていたという事實からして明らかのように、問題はむしろ具體的・現實的な死傷の結果を必要とする侵害犯的色彩が濃厚であつた。しかし後には、侵害を離れた抽象的觀念的な危険犯として構成されるに至つたのである（大塚・同一五九〇・一頁）。

罪質的にみても、遺棄罪については、被遺棄者の生命・身體に對する危険犯とする見方、遺棄者の被遺棄者に對する保障義務の懈怠に關する罪とする見方、被遺棄者の身分的地位を曖昧ならしめる罪として獨立に構成される三つの可能性がある。第三の見方は子供にすり代えという別個の構成要件に轉じて、遺棄罪の核心から脱落した（民事上の違法と刑事上の違法が競合する點については Boehmer: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 1, 1950, S. 19）。

第一の見方と第二の見方はカノン法、カロリナ法典、ドイツ・ラント法と變遷する中に、その順序がいろいろと變遷を重ねてきたが、一般には第一の見方、すなわち被遺棄者の生命・身體に對する危険犯とする見方が第一次的なものとされるに至つた（大塚・一九五一頁）。

しかし、この二つの見方は兩者が相補うことによつて、全體としての遺棄罪を成立せしめられている。危険罪として徹底しようとする今日の立法上の傾向が認められる一方、なお保護義務懈怠罪的性格が他方では依然として残つている點が我々の注目を強く惹くのである。或はそれはむしろ、規範的構成要件要素の一種として、構成要件的に類型化されているのが通例である。後述するように、この點に注目して、作爲義務を求めようとするものは、この義務を根據とした保障人たるの地位を不真正不作爲犯の中核概念にしようとする（Leipz. Komm. 8. Aufl. 1958, S. 232）。もつとも、グリーンウーレンの正しくも指摘するように（Grünwald: Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, Z. St. W. Bd. 70, Heft. 3, S. 412 ff.）、保障人の地位という名稱を發見しても、これで問題が片附いたわけではなくて、問題はその後にある。これは名稱以上の何物でもないであつて、不作爲者と結果の發生との間に特別な關係が存しなければならぬということの發言にすぎない。この要件は、實定法から論理的にひき出されるのではなくて、専ら判例、學說に委ねられているのである（この點については本誌三三卷三號三一頁以下で詳しく紹介した）。

かくして得られた保障人の地位の内容は、當該構成要件を充足するか否かを論ずるにあつて、裁判官によつて積極的、具體的に確

定されねばならない。すなわち裁判官が、法義務のメルクマールを積極的に指摘することによつてはじめて構成要件該當性が確定し、この構成要件該當性が違法性を徴表するのである（これについては後述）。

我が刑法も、遺棄罪は危険犯としての性格と並んで保護義務懈怠罪としての面を併有している。

前者については、二一七、二一八條の刑法典中の體系上もこれを行うかがうことができる。遺棄罪は、殺人、傷害、過失傷害と並んで規定されている。これらは生命、身體に對する犯罪であつて、侵害性の重さの程度に従つて順次並べられている。

規定の内容からも分るように「扶助ヲ要ス可キ者」が二一七、二一八條を通じての客體であり、「生存ニ必要ナル保護ヲ爲サル」行爲が犯罪とされている點に、遺棄罪が獨立で生活し得ない者の生存を保護している點が明確であり、行爲の結果死傷に至れば加重犯とされている點をみても、行爲自體に多大の危険性ありと認められているとする理由がある。この點で第一義的に危険犯として把握されているとする根據がある。

しかしながら、遺棄罪には保護義務懈怠罪としての性格も存することを忘れてはならない。すなわち刑法は單純遺棄罪と保護責任者の遺棄罪とを區別し、行爲の形態も、一方で「遺棄」を禁じている

が、他方では「生存ニ必要ナル保護ヲ爲サル」ことを罰し、前者では主體は「者」であるのに、「保護ス可キ責任アル者」と規定し、一種の身分犯としている點である。即ち後者は、危険犯の性格に加えて、保護義務懈怠罪の性格がプラスされている。もつとも、前者にも保護義務違反もないことはない。他人を遺棄してはならぬという不作爲義務に違反していることは明らかであるが、これは遺棄罪に特有なものではなくて、例えば殺人罪の前提たる「人ヲ殺ス勿レ」という一般的不作爲義務と同じものであつて、通常、遺棄者の保護義務として論ぜられてきたものとは性格を異にする。

これに對して、二一八條の保護義務は前述の通り、特定の身分そのれの淵源は特定種族間の義務であつたを有する者に認められるものであつて、行爲の範圍も擴大され、刑罰加重の原因も、單に被遺棄者の生命、身體に對して危険が増大するからではなくて、保護責任があるのに、その義務を懈怠して遺棄がなされた點に、より大きな非難が加えられる根據がある。

では現行刑法において保護責任者の遺棄罪は如何に規定されているかを見てもみよう。

行爲者 保護責任を有する者に限られる。この點に注目すれば保護責任を要素とする身分犯であるといえる。ウエルツェルの最近の學說によれば（もつとも不眞正不作爲犯に關して論じられたもので

あるが、本條に關しても示唆に當むものがある、作爲犯において事實行爲をした者が當該犯罪の行爲者であつて、この場合には行爲者は當該特別構成要件にいうところの名宛のない……者である。

これに對して不作爲犯においては、當該構成要件該當の結果を回避しなかつた、行爲支配力ある者は、結果を回避しなかつたということによつて、當該作爲犯の意味での行爲者と看做されるのではなくて、構成要件該當の態度と並んで、獨立に特別な行爲者性のメルクマールによつて基礎づけられる。すなわち、一定の行爲支配力ある者による構成要件該當の結果の回避が、この者を作爲犯の意味での行爲者とするのであり、この點で眞正身分犯である、という(Weizel; Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1958. S. 177 f.)。そして、不作爲行爲者とは、危険にさらされた法益に對して、構成要件上保障人の地位を有し、且つ、この地位にあつて、構成要件該當の結果を回避することが可能であつたにも拘らず、これを回避しなかつた者のみをいう(a. a. O. S. 179 f. この點について中谷・不眞正不作爲犯の問題性に關する一考察・本誌三〇卷四號、一二號、特に一二號五〇頁以下が詳しい。保障人義務については、後にふれる)。

本罪では、かかる身分を有する者が保護義務を怠つて、扶養を要すべき者を遺棄し、その生存に必要な保護をなさないことによつて

成立する。

保護責任者とは、法律上、老者、幼者、不具者または病者を保護すべき責任を負う特別な地位にある者——保障人 [Garant. I. K. 8. Auf. 2. Bd. S. 282. 詳しくは Bd. 1. (1957) S. 34 ff.] をいう。牧野教授は以前この問題を扱われた(刑法研究二卷二八四頁以下)。ここでは通説が、民法上の扶養義務を二一八條の保護義務として直ちに認めることに反對されている。そして保護義務の根據を實質上違法の行爲に置き、公の秩序善良の風俗に反する行爲として把握されようとするものようである。そして法令又は契約に基づける特別の根據なくとも、法令全體の趣旨より保護義務の認められるべき場合は、總て二一八條の適用を受ける(同書三〇九頁)とされる。この點を少し詳しく研究してみたい。

右の保護責任は法律上の責任であるが、その根據は直接法令の規定によらうと、契約によらうと事務管理によると、又條理によるとを問わず、全體として法律の精神から導かれるべきであり、殊にその條理に基づく保護責任は具體的事情に照して、綜合判斷をすべきである(大塚・一六〇四頁参照)。

二一八條は一種の身分犯である點よりして、まずその身分の根據をどこに求めるかを確定し、それが得られた後に、行爲の違法性を具體的に判斷しなければならぬ。

特に保護責任者に加重した責めを負わしめている所以のものは、法秩序が具體の場合において、一定の個人法益の保護を私人の力を借りてより安全なものたらしめようとする意思の表われである。それは一定の要件のもとにおいて私人に自己の生存を自己の力で保持することを許す正當防衛を認める態度と類似したものである。従つて、ここにいる保護責任者、又は保障人はそれ相應の作爲義務、作爲可能性があつてはじめてこれを認めるべき筋合のものである。これはあたかも、行き倒れ人を救助すべき義務がすべての通行人に認められるべきでないのと同じである(團藤・刑法綱要・一〇〇頁)。

社會が、自己の社會的法益を、個人の手になる個人法益救済を通して實現されたいと望む限り、それを保護すべき社會的責任ある者のみが、この規範の名宛人たるべきである。

この點からみて、自動車の運轉手が過失によつて人を轢いた場合には、この者を保護すべき義務があるのは當然である。たとえ、被害者の側に責めある場合といえども、運轉者は立去ることを得ない(ドイツ刑法一四二條はこの場合故意に自己の身元、乗物、事故に對するその關係の仕方の確定されるのを免れるため逃走することを罰している。L.K. 8. Auf. Bd. 1. S. 780 ff.)。

これを先行行爲に基づく保護責任といふ(Niethammer; Besonder Teil. 1950. S. 134 f. 江家、各論・二二六頁、總論八九頁)。

保證人義務發生事由の一つである(L. K. Bd. 1. S. 34 ff. 中谷・前掲一二號四七頁)。

これを構成要件の不文のメルクマールと解する立場も可能であろう(Niethammer; Strafbares Unterleben. Z. St. W. Bd. 57. S. 421 ff. この點について、私は「不眞正不作爲犯と西獨刑法改正草案」本誌三三卷三號四九頁以下でふれた)。

この保護義務がいかなる内容をもつかは、判例、學說によつて具體的内容がよりこまねなければならぬ。他人の權利に對し構成要件に該當するような結果をもたらした場合には、行爲者は原因力を興えたのであるから、その出來事の成り行きを社會秩序の範圍内で許される限度にいとめなければならぬ法的義務が生ずるのである。彼は因果關係の展開について主人なのであるから、あらゆる違法な結果が回避されるよう、自から手をそめることによつて、生じた因果の流れを操縦しなければならぬ。つまり、自己の行爲によつて他人の法益に對する危険を惹起した者は、すべて活動させた力を阻止し、發生のおそれある損害を防止すべき義務を保有するのである(Nagler; Leipz. Komm. 8. Auf. S. 33 ff. bes. S. 35 f.)。

本事案において二一八條にいわゆる「保護責任者」につき、右の理論をとり入れることを私は肯定するが、しかしそれだから直ちに、行爲が實質的に違法であると考えるものではない。次にも項を改め

て説くように行爲の保護義務違反性の程度がいちじるしく大であることを要件とし、この判断が裁判官による確定を待つてゐる意味で右の構成要件は「開かれた構成要件」である(この點は後に述べる)。さて我が刑法は、保護責任の點につき明確な規定を缺いてゐるから、これを研究するに當つては、具體的規定を伴つた外國の立法例を見て參考とされるべきであらう。

スイス刑法二二八條は「自己の傷害した他人又は自己の利用した自動車、乗用動物又は輓引動物によつて傷害を與えた他人を置去りにした者」を禁錮又は罰金で罰している。これは、事故後に逃走する場合にも、又救助が必要であつたのに全く消極的であつた場合にも成立する(Thormann und v. Overbeck; Schweizerisches Strafgesetzbuch, Bes. Teil, 1941, S. 47 F.)。この事故がたとえ自分の側に責任がなくとも、他人に傷害を與えれば、そのものを救ふべき義務が生ずる(Germann; Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 246 F.)。

この點が我が刑法上も充分参照せられるべきであらう。

客體 老者、幼者、不具者、または病者である。病者については廣く肉體的又は精神的に疾患のある者をいう。原因の如何、治療可能性の有無等を問わなう(L. K. 8. Aufl. Bd. 2, S. 231, Schönke-Schröder; 9. Aufl. S. 809)。二二八條には「扶助ヲ要スヘキ

者」との規定がないが、すでに述べた如く、本罪の第一次の性格たる危険犯なる點を考慮して、右の二二七條の文言が當然考へ併せらるべきである。従つて身體の不健全さによつて、自力では必要な動作をなし得ず、他人の救助を要する者を意味するから、事故——運轉者の惹起した——によつて傷を負い、しかも歩行不能なものも當然この中に入ると解される。

行爲 遺棄について通説は二つに分ち、一を狹義の遺棄とする。

即ち移置ニ扶助を要する者を危険な場所に移轉せしめることをいう。他は廣義の遺棄であつて、移置の外に、扶助を要すべき者を危険な場所に遺留して立去るような行爲、すなわち置去りを含むとし、保護責任者の遺棄は廣義を意味するが、單純遺棄罪の遺棄は狹義に解すべきであるとする説が有力である(牧野・日本刑法・八三七頁)。しかし、反對説のいうように(木村・刑法各論・五〇頁、大塚・一六〇一頁)、「狹義の遺棄はその性質上作爲犯に屬し、何人によつても犯しうるが、置去りによる遺棄は不真正不作爲犯であつて、一定の作爲義務、保障人の地位(保護義務)を有する者によつてのみ犯されるとすることは正しくない。」移轉は常に作爲であり、置去りは不真正不作爲犯であると斷することはできない。

現行刑法上、一二七條と一二八條の遺棄は同一に解されるべきであるか。大塚助教授の正當に指摘されるごとく、まず遺棄の意義を

確定してからなければならぬ。

遺棄とは、被遺棄者とその保護者との間に空間的隔離を生ぜしめることにより、被遺棄者の生命・身體に危険を生ぜしめる行爲であつて、この危険犯の性格は両者に共通のものである。行爲者における保護責任の有無は、その第二の性格たる保護義務懈怠罪の性格を構成要件的行爲に刻印するか否かに導くのであつて、これによつて兩種の行爲に差等を設定する。かくして、保護責任者には、その身分に基づいて一定の作爲義務が認められる結果として、義務に違反する不作爲も犯罪とされるのに對して、保護責任を有しない者については、このような不作爲も犯罪とされない、つまり二一八條の構成要件該當性がないというべきである。

二一八條にいう行爲は扶助を要すべき者を作爲により移置し、またはその保護者に接近することを妨げるような置き去り行爲に加え、作爲義務に違反して「生存ニ必要ナ保護」をなさないことも含む。この點に着目すれば、不作爲が直接構成要件に該當する故に眞正不作爲犯である (Schünke-Schröder; a. a. O. S. 809)。

置き去りにする行爲は持續的なものであつても、一過的なものであつても成立することは勿論である。

行爲の危険性 少なくとも抽象的危険を生ずるものでなければならぬ。保護を必要とする客體をこのような危険にさらすことによ

つて、行爲者の保護義務の懈怠があるとみられるべきであるとされている。以上は二一八條について的一般論であるが、特に本事案との關係で自動車運轉手の保護義務と關係して、今少し立ち入つた考察を加えなければならない。

前項と併せてさらに考察せられるべきことは、行爲の違法性すなわち作爲義務の重大な違反が必要とされるのである。

私見によれば、いわゆるひき逃げに對して、道交法違反の罪に該當する行爲を超えて、二一八條の保護者責任を負わせるには、この行爲の義務侵害性 (行爲の危険性に加えて認められたるもの) を、更に具體的事情に即して積極的に認定しなければならぬと思うのである。

例をあげよう。他人を傷つけた運轉手が、病院の前に負傷者を遺棄した場合と人通りのない道路に遺棄する場合とは義務違反性に差異がある。事故の現場に遺棄する行爲の方が、現場から一たん他の場所に運んで遺棄する行爲より危険性の少ないこと、そして語感としては奇妙に聞えるかも知れないが、かえつて保護責任の點でそれを重大に侵害したことになるかも知れない。すなわち、一たん保護するような顔をして被害者と共に現場をはなれることは、目撃者による救助の可能性をうばい、保護の可能性を自からの支配内に移し、そして他の場所に移して第三者による保護の可能性を奪

い、加えて事故責任を免れようとする二重の犯罪性が認められるのである。このような具體的な作為義務違反が違法性の基準であり、これが大である場合に二一八條の適用があると解されなければならぬ。すなわち、違法性阻却事由がなければ構成要件該當事實が直ちに成立するとする通常の禁止構成要件における消極的操作の代りに裁判官をして積極的にその確定を要求し、それが確定されてはじめて構成要件該當性が肯定され、違法性が認められるとする「開かれた構成要件」がここにみられるのである。ウエルツェルによれば、この開かれた構成要件において裁判官によつて積極的に肯定されることを要するものは、法義務のメルクマールと名付けられている。

例えば強要罪における「強要」「公務執行の適法性」「法律、命令の有効性」「権限」「行為者メルクマール」「官公署、警察の認可、許可のないこと」「隠匿における先行行為」「社會的相當行為」「不作爲犯における法義務」「過失犯における客觀的注意義務」がこれに入る（詳細は間もなく理論的研究において解明する）。

二一八條における「保護不可キ責任」「生存ニ必要ナル保護ヲ爲サル」というメルクマールは、まさに裁判官によつて具體的に求められる法義務のメルクマールにはかならず、これが肯定されてはじめて構成要件に該當する違法な行為たりうるのである。

故意 遺棄が成立するには故意が必要である。故意は、二一八條

の場合には、被遺棄者が老幼、不具又は疾病で扶助を要すべきものであることを認識し、遺棄行為によつて被遺棄者の生命又は身體に少なくとも抽象的危険を生ずべきことを表象し認容することに加えて、行為者が被遺棄者と自己との間に保護責任の内容たる事實の存在することを表象し、かつこれに基づく義務を懈怠していることを意識しつゝ行為に出ることを要する。

以上で一般論を終え、以下、本事案につき、辯護人の上告趣意を検討してみよう。

まず被告人が二一八條にいう「保護責任」を有するかについては、すでに述べた如く慎重にこれを判断することを要する。所論の如く、道路交通取締法上要求された緊急措置が、單なる行政の便宜のために取らるべき手段である性質上、別段實體法上の責任の有無を問うものではなく、それだけで二一八條の保護責任者と断することを得ないとするのはまことに一理を有する。最高裁判所の判例はこの關係につき明確な論理上の説明をなしていない。

行政刑法上の處分よりも重い刑罰を以つてのぞむには、それ相應の嚴格なる解釋が必要である。我々は刑法上の構成要件の解釋に當つては、強い法實證主義の態度でのぞまなければならぬ。

我々としても、本事案の如き行為は、刑法二一八條にいわゆる保

護責任ある者と認めるものであるが、それ相應に嚴格な要件を用意しているのである。いわゆるひき逃げ事件のすべてを刑法二一八條によつて處理しようという考えでは全くない。

本事案における被告人の行爲は、全く危険な行爲であつて、彼に負わされた保護義務の侵害は重大である。雪の夜の、暗い車道に歩行不能な被害者を遺棄したことは、それだけでも抽象的な危険ありとするを妨げない。なお、辯護人所論中に、遺棄した後後悔して手當のため引き返えそうとした、として「その途中雪が降つてきたので私のした事が大へん悪かつた、寒いだらうと考えるようになり」とあるが、これは確定の事實に反する。すなわち原審事實は「降雪中の、薄暗い車道にまで運び」放置したとなつてゐる。この矛盾はどう説明されるであらうか。

被告人は、往來の多い道路上で事故を起しその被害者を乗せて他の場所、暗い車道にて欺いて、これを下車せしめ、遺棄したのである。事件發覺後、充分治療費、慰謝料を拂つたといふことであるが、そもそもその行動が極めて遺憾な態度であつたことは否定できない。

事故現場に居合わせた目撃者の目をくらませて、他の場所に遺棄したという行爲は、まさに「保護義務の重大なる侵害」と認定しなければならぬのである。

なお、辯護人は二一八條の遺棄とは、扶養又は保護の責任を盡く

さないという意味で、生命ならびに健康保持の爲に繼續的に必要な保護や扶助を與えないという意味であるとし、乗車中の負傷者を車外に降したというだけで瞬間的に成立するものではないとし、一旦降しても、思いなおしてこれに保護を與えれば必ずしも遺棄が成立するものではない、とする。しかし、これは遺棄を親族間の扶養義務違反の如き特殊な事件にのみ目を向けた、特稱肯定的論理である。もし所論の如くであれば、捨兒をして誰かが拾うのを見守つている者、又は拾わなければ自分が回収しようとする者も遺棄とはいえないことになる。本事案においては、結局のところ被告人のこの思い直した後の努力は實つていない。従つて、辯護人の所論には理由がない。故意についてであるが、いやしくも、自動車運轉につき免許を有しているならば、交通法規を知らないことはあり得ない。従つて、自分が保護義務を有することを知らないことはあり得ず、又、認定した事實もこれを示している。

以上要するに、被告人の行爲は、二一八條に該當し、作爲義務を有するのに、この義務を侵害して他人の生命・身體に危険を生ぜしめ、かつ作爲可能性を否定すべき別段の事情も存せず、作爲能力も有している點からして、二一八條の責任を負わねばならない。

以上の通り、判旨は誠に正當なものであつたといわねばならない。