

先天性ミオパチーの子に対する保護責任者不保護致死罪の成立を否定した事例

【文献種別】 判決／最高裁判所第二小法廷
【裁判年月日】 平成30年3月19日
【事件番号】 平成28年（あ）第1549号
【事件名】 保護責任者遺棄致死（予備的訴因重過失致死）被告人事件
【裁判結果】 破棄・控訴棄却
【参照法令】 刑法218条・219条、刑事訴訟法382条・397条
【掲載誌】 裁時1696号3頁

LEX/DB 文献番号 25449335

事実の概要

本件の被害者A（女児）は、平成22年8月に生まれ、当初から経鼻チューブで栄養を注入するなどの入院治療を受け、同年12月に乳児重症型先天性ミオパチーと診断された。Aは、23年3月に退院して被告人X（Aの実母）の母（Aの祖母）方に居住し、月1回の通院を続け、25年1月からは経鼻チューブを外して食事するようになった。Xは、25年4月にYと結婚し、祖母方を離れてAおよびY（Aの養父）と暮らすようになり、同月30日にAの弟が生まれ、4人で生活していた。25年8月には主治医から定期的な診断は必要ない旨を告げられ、26年2月に挨拶のため主治医に会わせてしたが、その後は医師の診断を受けさせていなかった。26年6月15日、A（3歳10カ月）は、低栄養に基づく衰弱により死亡した。なお、Aは、25年10月の検査では身長94cm、体重11.4kgであったが、死亡直後の26年6月16日の測定では身長101cm、体重8kgになっていた。

Xは、Yと共謀のうえ、26年4月頃から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死亡させた（訴因変更後の公訴事実）として、保護責任者遺棄（不保護）致死罪に問われた。第一審は、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が、本件はAに対して意図的に食事を与えていなかったとか、意図的に少量の食事しか与えていなかったという事案ではないとしたうえで、Xにおいて、Aが保護を必要とする状態にあることを認識していたというには合理的疑いが残るとして無罪を言

い渡した。検察官の控訴を受けた控訴審は、むしろそのような認識があったと認定できるとして、破棄・差戻しの判決を下し、Xが上告した。

判決の要旨

破棄・控訴棄却（無罪確定）。

「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。）を行っていないと認められる。」「そこで、本件では、本件保護行為を行っていない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被告人が認識していたか否かが検討されるべきところ、第一審判決は、……被告人において、Aが本件保護行為を必要とする状態にあったと認識していたと合理的疑いなく推認することはできないとの判断を示したものと解される。」

「このような判断を示して被告人を無罪とした第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示さなければ、第一審判決に事実誤認があるということではできないから（最高裁判平成……24年2月13日第一小法廷判決・刑集66巻4号482頁参照）、これについて、原判決を検討することとする。」「原判決の判断は、第一審判決とは別の見方もあり得ることを示したにとどまっています、これらを総合考慮しても、原判決は、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た第一審判決の判断が不合理であることを十分に示したものとはいえない。」

判例の解説

一 本判決の論点と解説の範囲

本判決は、第一審の無罪判決を控訴審が事実誤認を理由に破棄するには、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示さなければならないとした平成24年2月23日最高裁判決の基準に従い、「第一審判決とは別の見方もあり得ることを示した」だけでは足りないとした。この点は、第一審無罪判決を破棄した控訴審判決を是認した最決平25・4・16（刑集67巻4号549頁）、最決平26・3・10（刑集68巻3号87頁）等との比較検討を要するところである¹⁾。また、間接事実による故意の立証の点、重過失致死罪という予備的訴因の審理・判断を認めなかった点も参考になるが、いずれも刑事訴訟法上の論点であり、本解説では扱わない。なお、本件のYについては、重過失致死罪で禁錮1年6月執行猶予3年の刑が確定している。

刑法上重要なのは、不保護による保護責任者遺棄罪の実行行為は、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し、広く保護行為一般を行うことを刑法上義務として求めているものでないとした点である。

このように限定的に解釈した場合、とりわけ不作為による殺人との関係が問題になる。以下には、この点を中心に解説する。なお、217条・218条については、作為（移置）と不作為（不保護）の区別、置去りの扱い等を巡って争いがあるが（とりわけ単純遺棄罪の規定はあるが単純不保護罪の規定はない点で保護責任者でない共犯の扱いが問題になる）²⁾、この点もここでは扱わない³⁾。

二 「不保護」の意義

遺棄罪は生命・身体に対する危険犯か、生命に対する危険犯か、危険犯であるとして具体的危険犯か抽象的危険犯かについては、古くから争いがある。生命・身体危険犯説が通説であるが⁴⁾、生命危険犯説も有力である⁵⁾。判例は、たとえば大判大4・5・21（刑録21輯670頁）が「刑法217条の罪は扶助を要すへき……者を遺棄するに因りて直ちに成立し其行為の結果か現実に生命身体に対する危険を発生せしめたるや否やは問う所に非ず」と述べているところに見られるように、生命・身体に対する抽象的危険犯と解している。なお、生命危険犯説は、不保護罪が「生存に必要な保護をしなかった」と規定されていることを論拠の一つとしている。

生命・身体危険犯説から、たとえば古く江家説は、「不保護」とは「要扶助者の日常生活における行動に必要な援助」を行わないこととしていた⁶⁾。大塚説は「要保護者の生命・身体の安全のための保護責任を尽くさないこと」とし、山中説は「生命・身体の安全を守るための保護をしないこと」としている⁷⁾。この点につき「生存に必要な扶助を怠ることであり、日常生活に必要な世話を怠る行為がすべてこれに該当するわけではない」という前田説の指摘があり、これを受けてたとえば井田説は「生命侵害および重い健康被害の危険性を有する行為」としている⁸⁾。

他方、生命危険犯説の多くは、「不保護」とは、条文どおり「生存に必要な保護をしないこと」を意味するとして特別の定義を示していないが、「本罪で要求される生命に対する危険の程度は、かな

り低いもので足りよう。生命に対する高度の危険を要求すると、故意の内容を含めて、本罪と殺人未遂罪との区別が困難になってしまう」という松原説の指摘がある⁹⁾。なお、大谷説は、生命危険犯説に立ちつつ、前述の江家説と同様に、「不保護」とは「要扶助者の日常生活における行動に必要な援助・保護をしない不作為」としている¹⁰⁾。

本判決が、保護責任者不保護罪の実行行為は、「生存」のために特定の保護行為を必要とする状況の存在を前提として「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をしなかったことを意味し、広く保護行為一般を行うことを刑法上の義務として求めているものではないとしている点は、不保護を限定的に解する点で、前田説・井田説と共通しており（江家説・大谷説とは異なる）、松原説にいう「生命に対する高度の危険」を要求しているようにも見える。そこに「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のである。

三 不作為による殺人との関係

周知のとおり、最決平 17・7・4（刑集 59 巻 6 号 403 頁）は、いわゆるシャクティパット事件において、不作為による殺人を肯定し、「未必的な殺意を持って、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患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となる」と判示した¹¹⁾。不作為による殺人と保護責任者遺棄（不保護）致死との区別については、学説上争いがあるが、両者の区別は殺意の有無によること、しかも未必的な殺意があれば不作為による殺人が認められるとするのが判例の立場であることが示された。

この決定以前、不作為による殺人を認めた大審院の判例や下級審の判例はあったが¹²⁾、最高裁のものはなく、検察官が起訴するに当たって保護責任者遺棄致死罪を選択したことによると思われるものも見られた。たとえば、最決昭 63・1・19（刑集 42 巻 1 号 1 頁）は、墮胎手術により出生させた未熟児を病院内に放置して死亡させた事件で、保護責任者遺棄致死罪を認めたが、これは殺人の確定的故意が認められるケースであった¹³⁾。また、覚せい剤による幻覚症状・錯乱状態を呈した少女

（13 歳）をホテルに放置して死亡させたという最決平元・12・15（刑集 43 巻 13 号 879 頁）の事案や¹⁴⁾、統合失調症の女性を虐待して極度に衰弱し身動きもできない状態にして死亡させたという最判平 26・3・20（刑集 68 巻 3 号 499 頁）の事案も¹⁵⁾、未必の殺意の有無が問題になりうるケースであったように思われる。

保護責任者不保護罪の「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すれば、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成立の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であろう。しかし、平成 17 年最高裁決定は、未必の殺意があれば不作為による殺人が認められるとし、不保護罪は未必の殺意もない場合であると明言している。この最高裁決定に従うとすれば、遡って「生存」とは「生きるか死ぬか」に関わるものではないと解すべきことになる。すなわち、たとえば前述の江家説・大谷説のように、「不保護」とは「要扶助者の日常生活における行動に必要な援助・保護をしないこと」と解することにより、生存に必要な保護をしなくても人は死なないとしなければならないはずである。

たしかに、古い判例で保護責任者不保護罪を認めたものには、たとえば右足脱臼で起居不能となった養母（73 歳）をトタン屋根の張出し小屋に入れ、適当な食餌を与えず 2 カ月半も放置したため、ひどく痩せたうえ、糞尿堆積浸透し寝具は腐敗し着衣に蛆虫等が生じるなどしたという事案に関する大判大 14・12・8（集 4 巻 739 頁）や、腎臓炎・梅毒症のため大小便を漏らすようになった女性（31 歳）を自宅に引き取ったものの、物置小屋に移して食事を与えるだけで放置したという事案に関する大判大 15・9・28（集 5 巻 387 頁）のように、直接「生きるか死ぬか」に関わるものではなく、殺意までは認められないような事案がある。他方、たとえば養子として男児（2 歳）を貰いけた内縁の夫婦が、不十分な食事を給与するに止まり、屋外土間の犬の側に臥せしめ、甚だしい栄養障害を来さしめたという事案に関する大判大 5・2・12（刑録 22 輯 134 頁）のように、未必の殺意が認められてもおかしくないような事案もある。

本判決も同様であるが、とりわけ乳幼児の虐待

やネグレクトが問題となる場合には、不保護が「生きるか死ぬか」に直接関わる場合が多く、不保護罪の故意を否定することは同時に未必の殺意を否定することになり、その逆もまた同様になりうる。すなわち、本判決のように「生存に必要な保護」を限定的に解すればするほど、不保護罪の故意と未必の殺意との区別が困難になるのである¹⁶⁾。

四 おわりに

平成17年最高裁決定と本判決とを整合的に解釈するとすれば、218条の「生存」を、「生きるか死ぬか」でも「日常生活における行動の援助」でもなく、その中間的なもの、たとえば「生命に直接の危険はないが健康に重大な危険を及ぼすこと」とでも解することになるであろう。しかし、「生存」という言葉は「生きるか死ぬか」を意味すると解する方が素直な解釈である。

評釈者は、かつて「生存に必要な保護をしなければ、通常、人は死ぬであろうから、この場合に、少なくとも殺人の未必の故意の存在を否定するのは、不可能なように思われる」「不作為形態の殺人も、理論的にはあり得るが、刑法はそれを218条後段に該当するかぎりて処罰することにしているのであり、したがって、199条には不作為形態の殺人は含まれない、と解すべきである」と述べた¹⁷⁾。この立場からは、本判決を徹底して「生存」を「生きるか死ぬか」に関するものとし、不作為による殺人を認めた平成17年最高裁決定の方が変更を要するということになる。死亡事例において未必の殺意も認められない場合は、(重)過失致死罪で処理すべきであろう。

なお、本判決は、真正不作為犯の実行行為を客観的に判断している点、そのうえで、「実行行為に係る故意」を問題にしている点でも注目に値する。実行行為の認識が欠ければ故意は認められないのである¹⁸⁾。

●—注

- 1) 村瀬均・刑事訴訟法判例百選〔第10版〕(2018年)228頁以下、安廣文夫・平成26年度重要判例解説(2015年)196頁以下など参照。
- 2) 浅田『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年)450頁、十河太朗『身分犯の共犯』(成文堂、2009年)257頁など参照。
- 3) 半田靖史『大コンメンタール刑法〔第3版〕』(青林書院、2014年)11巻283頁以下など参照。

- 4) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(創文社、1990年)452頁(具体的危険犯とする)、大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』(有斐閣、2005年)57頁(保護義務懈怠罪としての性格も併せ有するとする)、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂、2012年)40頁(抽象的危険犯とする)、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』(成文堂、2015年)107頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』(東京大学出版会、2011年)100頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』(成文堂、2018年)75頁、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)90頁など。
- 5) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977年)163頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版〕』(成文堂、2013年)71頁、74頁(準抽象的危険犯とする)、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂、2018年)28頁(抽象的危険犯とする)、山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣、2010年)31頁、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016年)33頁など。
- 6) 江家義男『刑法各論』(青林書院、1957年)217頁。
- 7) 大塚・前掲注4)65頁、山中・前掲注4)121頁。
- 8) 前田・前掲注4)101頁、井田・前掲注4)94頁。
- 9) 松原・前掲注5)34頁。
- 10) 大谷・前掲注5)79頁。
- 11) 鎮目征樹・刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕(2014年)14頁など参照。
- 12) 大判大4・2・10刑録21輯90頁(生後2週間の乳児を餓死させたケース)、東京高判昭46・3・4高刑集24巻1号168頁(過失による事故の被害者を自車に乗せ病院に向かったが途中で放置して逃走したケース)、大阪高判平13・6・21判タ1085号292頁(1歳8カ月の女児を餓死させたケース)など。
- 13) 奥村正雄・刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕(2014年)20頁など参照。もっともこの事件では、墮胎した胎児(未熟児)を生存させるという想定し難いことが要求されている。むしろ墮胎を胎児殺害罪と解し、母胎外で死亡した時点で墮胎罪が既遂となるのであって、人に対する罪(保護責任者不保護致死罪・殺人罪)は成立しないものと解すべきであろう。
- 14) 岩間康夫・刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕(2014年)10頁など参照。
- 15) 安廣・前掲注1)196頁参照。
- 16) 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』(成文堂、2018年)97頁は、「未必の故意での不作為による殺人には、原則として、不保護致死罪が予定されている」とする。同・前掲注4)82頁。
- 17) 浅田・前掲注2)151頁。
- 18) 前田・前掲注4)246頁、浅田・前掲注2)316頁、同「因果関係の錯誤」香川達夫博士古稀祝賀(成文堂、1996年)281頁以下、288頁参照。