

只木ゼミ公開ゼミ第1問弁護レジュメ

文責：1班

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ7頁10行目、戊説の検討において、「そもそも217条と218条とは罪質上の相違があり、217条が危険創出罪、218条は危険状態不解消罪であると解する。」とあるが、その根拠は何か。
- 10 2. 検察レジュメ7頁13行目、戊説の検討において、「218条は、保護責任者という身分をもった者の行為を加重処罰する規定ではなく、保護責任者の保護行為に対する独立の処罰規定であると解する」とあるが、その根拠は何か。
3. 検察レジュメ5頁30行目、戊説の検討において、217条と218条に限って、作為と不作為の内容を危険状態の積極的創出及び不保護状態の不解消と考えるのはなぜか。

II. 学説の検討

- 15 1. 未熟児は保護責任者遺棄致死罪の客体としての「人」といえるか。
検察側と同様の理由により、弁護側もB説を採用する。
2. 保護責任の発生根拠
- (1) α 説について、保護責任の発生根拠を法律、契約、事務管理、慣習、条理、先行行為に求めるが、保護責任と作為義務を同視すると、単なる作為義務によって218条の刑の加重が基礎づけられることになって不当である。よって、弁護側は α 説を採用しない。
- 20 (2) 検察側の採用する γ 説について、検察レジュメにある通り、 γ 説は、保護責任を生命の危険支配によって判断する。しかし、後述のとおり弁護側は218条の保護責任とは作為、不作為による遺棄の刑を加重する責任要素であると考え。すなわち、218条は行為者を、保護責任を有するがゆえに217条より重く処罰するのであるから、保護責任は危険性の有無によって判断されるものではなく、責任を加重するような責任身分としての観点から判断すべきである。よって、弁護側は γ 説を採用しない。
- 25 (3) 最後に β 説について、 β 説は保護義務の発生根拠を、不真正不作為犯における作為義務の場合と区別し、より強度の支配関係がある場合に限定する説¹である。具体的には、保護責任は親権者や介護義務者を典型とする、要保護者に対する継続的保護の特別な義務を負う者に限定される²。
- 30 　　そもそも、218条は行為者に保護責任があることにより、責任非難の重大性を理由に刑が加重される加重的身分犯である。とすれば、単なる作為義務と保護責任は同視すべきではない。そして、責任身分としての保護責任は、生命に対する危険の高さ、切迫性が問題となるのではなく、むしろ、生命保護のための扶助がある程度長期間継続して必要

¹小暮得雄等『刑法講義各論—現代的犯罪の体系的位づけ』(有斐閣,1988年)

²松宮孝明『刑法各論講義[第3版]』(成文堂,2012年)

であることが重視されている。とすれば、保護責任の発生根拠には継続的な扶助を施し続ける責任を原則として要請すべきである。他方、上記 218 条の性格からして、保護責任者の範囲の限定も要請される。したがって、保護責任を親権者や介護義務者を典型とする、要保護者に対する継続的保護の特別な義務を負う者に限定することが妥当である。

5 以上より、弁護側はβ説を採用する。

3. 遺棄の概念

(1) 甲説、乙説、丙説については、検察側と同様の理由により採用しない。

(2) 検察側が採用する戊説について、弁護側は以下の理由により採用しない。

10 第 1 に、戊説は 217 条の「遺棄」は作為によるものを、218 条の「遺棄」は不作為によるものを意味すると解するが、この見解の出発点は 217 条と 218 条の罪質上の違いに着目し、218 条を保護責任者の不保護行為に対する独立の処罰規定であるとする点にある。しかし、217 条を危険創出罪、218 条を危険状態不解消罪(保護義務懈怠罪)とする根拠が不明確であって、説得性を欠く。加えて、危険創出罪よりも危険状態不解消罪を重く処罰する根拠が明らかでない。第 2 に、217 条と 218 条の隣り合う「遺棄」という文言を別異に理解

15 するのは、文言上無理な解釈しているといえ、妥当ではない。

(3) 最後に丁説について検討する。

20 そもそも作為義務は、不作為による遺棄について、作為による遺棄との同価値性を担保するためのものにすぎない。他方で、保護責任に基づく義務は、そうでない遺棄よりも 218 条で加重処罰されているのであるから、保護責任と作為義務を同視すると、単なる作為義務によって刑の加重が基礎づけられることになって不当である。

25 そこで、保護責任を作為義務よりも狭く、刑の加重の基礎となるものに限定して理解すべきである。そのように考えることによって、他方で、保護責任が要件とされない 217 条の「遺棄」を作為に限定する必要はなくなることから、217 条の「遺棄」も 218 条の「遺棄」も、作為・不作為問わず、場所的隔離を生じさせる行為を指すものとする

30 ことによって同一用語の概念内容の統一も実現することができる。

以上により、不作為による遺棄における作為義務を 217 条と 218 条に共通するものとし、作為による遺棄と同価値の違法要素と考え、他方で 218 条の保護責任とは作為、不作為による遺棄の刑を加重する責任要素であるとともに、不保護の場合には行為の可罰性を基礎づける構成的責任要素と解することが条文の文言上にも合致し、217 条と 218

35 条の処罰の軽重の観点からも妥当である³。

よって、弁護側は丁説を採用する。

III. 本問の検討

1. 「女子」である A より胎児の墮胎の「囑託」を受けた「医師」甲は、かかる申し出を承諾し、A に対して墮胎措置を施し、よって未熟児を「墮胎させた」。そして、本件行為は

35 正期産の場合に比べて短い妊娠満 25 週の段階で行われたことから、自然の分娩期に先立

³ 和田俊憲「遺棄における生命保護の理論的構造」クローズアップ刑法各論(成文堂, 2007年)56頁。

って人為的に胎児を母体から分離・排出する行為であるといえる。したがって、本件行為は「墮胎」である。以上より、業務上墮胎罪(214条)の構成要件該当性が認められる。

もともと、本件行為は「法令又は正当な業務による行為」(35条)にあたるため、違法性が阻却される。

5 よって、本件行為につき業務上墮胎罪は成立しない。

2. では、甲はAに「子供は病院で預かる。」旨言い渡し、Aを退院させた後、未熟児を保育器に収容するなどの未熟児保育に必要な医療措置を施すことなく休養室に放置し、死亡させた行為につき、保護責任者遺棄致死罪(218条、219条)が成立するか。

10 (1) まず、本件未熟児は「幼年者」にあたるかが問題となるが、検察側と同様、弁護側はB説を採用するため、本件未熟児は「人」であるといえ、本件未熟児は「幼年者」にあたる。

(2) 次に、本件行為を行った医師甲は「保護する責任のある者」にあたるか。保護責任の発生根拠が条文上明らかでないことから問題となる。

15 この点について、弁護側はβ説を採用する。β説によれば、保護責任は作為義務より強度の支配関係がある場合に限定する。具体的には、親権者や介護義務者を典型とする、要保護者に対する継続的保護の特別な義務を負う者に保護責任が認められる。

本問において、甲はあくまでAの人工妊娠中絶を担当した医師であるにすぎず、このような身分によって本件未熟児に対する継続的保護の義務を負うではない。このような義務を負うのはあくまで親権を有するAである。また、甲は「子どもは病院で預かる。」旨言い渡しているが、この発言により中絶を担当した医師にすぎない甲が親権者と同等の地位に立つとはいえない。したがって、甲は「保護する責任のある者」にあたらぬ。

以上より、構成要件該当性を欠き、保護責任者遺棄致死罪は成立しない。

3. では、甲の上記行為について、単純遺棄致死罪(217条、219条)が成立しないか。

25 (1) まず、本件未熟児は前述のとおり「人」にあたることを前提として、未熟児は十分な生育環境がなければ生命維持できない存在であり、具体的に扶助を必要とする状況にあったのであるから、「幼年」にあたる。

(2) 次に、甲は本件未熟児を「遺棄した」といえるか。遺棄の概念が問題となる。

30 これについて、弁護側は丁説を採用する。丁説は217条及び218条は、保障人的地位にある者の「作為義務」においては共通であるため、「遺棄」概念を統一しなければならず、不作為による「遺棄」であっても、「作為義務違反」があれば処罰対象になるとする説である。

ここで、「作為義務」の発生根拠が問題となるが、弁護側は、作為義務は法令、契約、事務管理、慣習、条理により、作為義務が発生すると考える。

35 本問において、甲はAの囑託に基づいて墮胎行為を行っており、Aに「子どもは病院で預かる。」と言って生命維持困難な未熟児の保護を引き受けている。よって、条理上本

件未熟児を保育器に収容するなどの未熟児保育に必要な医療措置を施し、放置しない義務が生じているといえる。

したがって、甲に作為義務違反が認められ、不作為により甲は本件未熟児を「遺棄」したといえる。

- 5 (3) そして、本件行為に「よって」本件未熟児は未熟による生活力不全を引き起こし、「死亡したといえる。また、甲は本件未熟児のおかれた状況について認識認容しており、故意(38条1項本文)も認められる。

(4) 以上より、甲の上記行為について、単純遺棄致死罪(217条、219条)が成立する。

10 IV. 結論

甲の上記行為につき、単純遺棄致死罪(217条、219条)が成立し、甲はかかる罪責を負う。

以上