

## 只木ゼミ公開ゼミ第1問検察レジュメ

文責：4班

### 1. 事実の概要

- 5 1. 甲は、昭和54年7月から優生保護法(現行の母体保護法)上の指定医師として、産婦人科医を開業し、人工妊娠中絶等の医療業務に従事している者である。
2. 昭和55年9月8日午前10時30分頃、甲は妊婦A(当時16歳)から初診時妊娠第23週と6日(173日)とみられる胎児の墮胎の属託を受けた。そこで、甲はこれを承諾し、12日後の9月20日午後2時頃、Aに対して墮胎措置を施し、その結果、未熟児(1000グラム弱)を母体外
- 10 に排出させた。

本件未熟児は、妊娠満25週を超えており、医学的に相当と考えられる昭和51年1月20日厚生省発衛第252号厚生事務次官通知の基準によれば、生命保持の可能性がある認められる。

3. その後、甲は、Aに養育の意思を確かめることなく、また保育器に收容する等未熟児の保育方法を指導することもなく、新生児の体重も測定しないで、バスタオルに包み病院の休養室に
- 15 Aとともに寝かせておいた。

- そして同日午後5時頃に、「子どもは病院で預かる。」旨言い渡して、Aを退院させた。その後、甲は本件未熟児を保育器に收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同休養室に放置し、午後10時頃甲はそのまま自宅へ帰った。よって9月21日午前3時30分頃、
- 20 本件未熟児を未熟による生活力不全により死亡させた。

### II. 問題の所在

- 本間において、甲は本件未熟児を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、よって甲を死亡させているから、かかる行為に保護責任者遺棄致死罪(219条)が成立するか検討される。
- 25

1. まず、保護責任者遺棄致死罪の客体は「人」であるところ、未熟児は「胎児」と「人」のいずれにあたるかが問題となる。
2. 未熟児が「人」にあたる場合、これが遺棄罪にいう「幼年者」にあたることは明らかであるが、「保護責任」の要件は何であるか。条文上明らかでないことから問題となる。
- 30 3. 本間では未熟児保育に必要な医療措置を施さなかったことにより本件未熟児を死亡させているところ、これは不作為によって結果が発生しているといえる。そこで、不作為によっても遺棄罪が成立するか。遺棄の概念が問題となる。

### III. 学説の状況

- 35 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。

A説：母体外で独立して生命を保続する可能性がない段階で排出された場合は、未熟児はまだ「人」でないとする見解。

B説：成育可能性のある嬰兒はもちろん、成育可能性のない嬰兒についても一律に「人」であるとする見解<sup>1</sup>。

## 2. 保護責任の要件

- 5     $\alpha$ 説：保護義務の発生根拠を、一般の不作为犯における作為義務と同じく、法律、契約、事務管理、慣習、条理、先行行為に求める見解<sup>2</sup>。
- $\beta$ 説：保護義務の発生根拠を、単なる作為義務の場合と区別し、親権者や介護義務者など、より強度の支配関係がある場合に限定する説<sup>3</sup>
- $\gamma$ 説：保護義務の発生根拠を、社会通念上危険の防止が委ねられており、要扶助者の生命の安全を支配できる地位にあることに求め、この支配的地位が行為者の意思に基づいて獲得された場合には保護責任は当然認められるが、行為者の意思に基づかない場合は、行為者と被遺棄者との間に一定の生活共同体から生ずる社会生活上の継続的な保護関係の存することが必要であるとする見解<sup>4</sup>。
- 10

## 15    3. 遺棄の概念

- 甲説：「遺棄」には、「移置」と「置き去り」の二義があり、移置が作為、置き去りは不作为であることを前提に、217条の「遺棄」は「移置」のみを指す狭義の遺棄、218条における「遺棄」は「移置」のみではなく「置き去り」も含む広義の遺棄であるとする説<sup>5</sup>。
- 乙説：不作为による「移置」や作為による「置き去り」もありうるため、217条及び218条の「遺棄」はともに「移置」「置き去り」の両方を含むとした上で、217条の遺棄は、作為による遺棄、218条の遺棄はそれに加えて不作为による遺棄をも含むとする説<sup>6</sup>。
- 20       丙説：217条及び218条の「遺棄」はすべて「移置」を意味し、その他は、218条後段の不保護にあたるとする説<sup>7</sup>。
- 丁説：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、不作为による「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。なお、218条の「保護義務」は、作為義務とは別の加重処罰根拠であるとする説<sup>8</sup>。
- 25       戊説：217条と218条とは罪質上の違いがあることを前提に、217条の「遺棄」は作為によるものを、218条の「遺棄」は不作为によるものを意味するとする説<sup>9</sup>。

30

---

<sup>1</sup> 高橋則夫『刑法各論』（成文堂、2011年）26頁。

<sup>2</sup> 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）29頁参照。

<sup>3</sup> 松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』（成文堂、2012年）76頁。

<sup>4</sup> 西田・前掲 33頁。

<sup>5</sup> 団藤重光『刑法網要各論〔第3版〕』（創文社、1990年）452頁。

<sup>6</sup> 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）59頁。

<sup>7</sup> 西田・前掲 30頁。

<sup>8</sup> 内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院、1996年）88頁。

<sup>9</sup> 山中敬一『刑法各論〔第二版〕』（成文堂、2009年）96頁以下。

遺棄の概念内容		行為態様
○甲説		
217 条	移置（狭義の遺棄）	作為
218 条前段	移置＋置き去り（広義の遺棄）	移置＝作為 置き去り＝不作為
○乙説		
217 条	移置・置き去り	作為
218 条前段	217 条移置・置き去り＋不作為の移置・置き去り	作為＋不作為
○丙説		
217 条＋218 条前段	移置	作為
218 条後段（不保護）	不保護＝保護義務違反	不作為
○丁説		
217 条	作為の遺棄、不作為の遺棄（→作為義務）	作為・不作為
218 条前段	作為の遺棄、不作為の遺棄（→作為義務） ＋保護義務（加重処罰根拠）	作為・不作為
218 条後段（不保護）	保護義務	不作為
○戊説		
217 条	遺棄（＝場所的隔離の発生）	作為
218 条前段	遺棄（＝場所的隔離の発生）	不作為
218 条後段	不保護（＝場所的隔離なき不作為）	不作為

#### IV. 判例

水戸地裁平成 24 年 2 月 9 日判決

##### 5 <事実の概要>

被告人 P1 と被害者 P4 は平成 22 年 8 月頃から同居していた。被告人らは平成 22 年 10 月 14 日頃から P4 の行動を制限するようになり、同日頃から同年 12 月初め頃までの間、P4 の顔や上半身を素手で殴る、背中に熱湯を注ぎかける、頭部を鍋で殴打する等の暴行を加え、さらに数日に 1 度の食事しか与えないなどの虐待行為を断続的に加えたことにより、P4 に傷害を負わせ、低栄養状態、飢餓状態に陥らせた。同月 25 日頃には、損傷感染による敗血症に罹患させ、自力による正常な起居動作が不可能な状態に陥らせた。被告人らは、同日頃、病者である P4 を保護すべき責任があったにもかかわらず、前記虐待行為の発覚を恐れ、同所において、P4 に医師の専門的治療を受けさせることなくこれを放置し、よって、平成 23 年 1 月 3 日頃、同所において、P4 を敗血症性ショックにより死亡させた。

##### 15 <判決の要旨>

判旨は「被告人三名が、P4 らに対し、10 月中旬頃から 12 月初旬頃の間、食事制限や連日

の暴行等をしたことにより、P4は多数の傷を負い、また低栄養状態となって、12月25日頃、敗血症を発症し、眠気や悪寒を訴え、食事も満足に摂ることができず、四つん這いで室内を移動するなどの状態となっていたのであるから、P4は、被告人ら3名の前記行為により他人の助けを必要とする病者となっていたものである。加えて、被告人らによる行動制限により、

5 P4は10月13日以降死亡するまで一度もアパートを出ていないのであって、12月25日頃、被告人ら以外にP4を保護できる者はいなかったのであるから、被告人らにP4を保護する責任があったことは明らかである。」と事実認定の理由において述べている。

## V. 学説の検討

### 10 1. 未熟児は「人」か

#### (1) A説について

A説について検討する。A説は、母体保護法が適用不可能な時期に母体外で独立して生命を

15 保続する可能性がない段階で排出された未熟児については当然に「人」ではなく、母体保護法が適用可能な時期であっても、母体外で独立して生命を保続する可能性がない段階で排出された未熟児については墮胎罪の保護の対象となるのであり、この類型は墮胎罪により評価され尽くしているということ

を根拠に、生命保続可能性なき胎児について、一律に「人」であることを否定する見解である。

しかし、人の始期は一部露出時であり、それ以降は「胎児」でないのはもちろん、成育・生命保続可能性の如何を問わず、「人」であるのには変わりないのだから、この見解は妥当とはいえない。

20

#### (2) B説について

次にB説について検討する。B説は排出された胎児については、たとえ未熟児であっても一律に「人」であるとする見解である。もっとも、具体的な成育可能性がない場合は、法は不可能を強いるものではないことから、作為義務(救護義務)ないし保護責任は生じず、かかる場合には保護責任者遺棄致死罪や不作為の殺人罪といった不作為犯は問題とならないとする。

25

この点、この見解は具体的な成育可能性を重要な基準としているところ、早期に排出された超未熟児の場合に、成育可能性の判断が非常に困難であるという批判が考えられるが、そもそも一般的な未熟児について成育可能性の有無を判断する際には、当該未熟児の置かれている状況をもとに医療の観点から政策的に判断されるのであり、超未熟児についてはその性質上もはや成育可能性は相当に低いと解されるのであるから、成育可能性なき嬰兒として判断すればよく、この批判は妥当でない。また、超未熟児の成育可能性が低いとしても、これを「人」と解する以上、数日の延命が可能であれば適切な作為を行う義務があるのだから、作為義務の発生は成育可能性ではなく、延命可能性に求めるべきだという批判が考えられるが、超未熟児医療は典型的に困難なものであり、これを刑法的に要求するのは酷であること、また前述のとおり、治療の要否は医療の観点から政策的に判断されるべきものであるところ、医療機関は「人」であれば生存可能性の極めて低い者であっても、延命可能な限り延命措置を続けなければならないとするのは、あまりに現実的でなく、よってかかる批判も妥当しないと考える。

30

35

よって、検察側は B 説を採用する。

## 2. 「保護責任」の要件

### (1) α 説について

5 まず α 説について検討する。

そもそも、217 条の単純遺棄罪よりも 218 条の保護責任者遺棄罪の法定刑が重いことから、218 条の「保護責任」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作為義務よりも重い可罰性を基礎づけるものである必要がある。そのため、「保護責任」は形式的な法令や契約の存在だけで認められるものとするべきではなく、また、他方で条理や社会通念による倫理的義務とも区別されるべきである<sup>10</sup>。

10

よって、保護責任の発生根拠を、法令、契約、事務管理、慣習、条理、先行行為に求めるとする α 説は妥当とは言えない。

### (2) β 説について

15

β 説によれば、保護責任者は親権者や介護義務者など、より強度の支配関係がある場合に限定されることになるが、たとえば自己の意思に基づいて支配的地位を獲得した者と、より強度の支配関係ないし継続的な保護関係を有する者が併存する場合、β 説では、強度の支配関係のある後者に保護責任を負わせるべきだとするが、直接被遺棄者の生命を掌握しているのは前者なのであるから、保護法益の観点から前者に保護責任を負わせるべきである。

よって、検察側は β 説を採用しない。

20

### (3) γ 説について

そもそも遺棄とは、場所的隔離を生じさせることにより、被遺棄者を保護のない場所に置くことで被遺棄者の危険を惹起させることであり、狭義の不保護(218 条後段の不保護)とは、場所的隔離によらずに被遺棄者を保護しないことで被遺棄者の危険を惹起させることである。そのように考えると、保護責任者はすでに存在する被遺棄者の生命の危険を支配しうる地位にある者と解するべきである。この場合、支配的地位の獲得が行為者の意思に基づかない場合には、保護措置を要求しうるだけの社会生活上の継続関係がなければ、保護責任を理由に刑を加重することも不保護について責任を問うことも出来ない<sup>10</sup>と解するのが妥当である。

25

よって、検察側は γ 説を採用する。

30

## 3. 遺棄の概念

### (1) 甲説、乙説について

まず、甲説は、遺棄と不保護を場所的隔離の有無により区別した上で、さらに、遺棄を被遺棄者の場所的移転を伴う「移置」とそれを伴わない「置き去り」に区別し、不真正不作為形態である「置き去り」は、処罰のために作為義務が必要であるため、作為義務である「保護責任」を要件とする 218 条においてのみ可罰的であるとする説である。

35

乙説は、217 条における「遺棄」が、もっぱら作為により被遺棄者を場所的に「移置」する

<sup>10</sup> 西田・前掲 33 頁。

行為、または、被遺棄者がその保護者に接近するのを妨げるような置き去り行為を意味し、218条における「遺棄」は、217条の遺棄に加えて、行為者がその位置を動かさないで被遺棄者が立ち去るのに任せておく場合や被遺棄者と行為者との間の隔離を除去しないでおく場合をも含む不作為の遺棄であるとする説である。

- 5 上記二説は、ともに「遺棄」が「移置」と「置き去り」に区別できることを前提としているが、例えば、川の中州に病者が横たわっていたとして、その川の上流にあるダムの放水を開始して、保護者のいない病者を容易に移動できないほどの危険状態におく行為や、故郷で突然病気になる年長いた父親を、都会に出た子どもがそれを知りつつ放置する行為のように、「遺棄」行為ではあるが、「移置」や「置き去り」の概念には適合しない<sup>11</sup>行為も存在する。よって、被遺棄者が移動するか、行為者が移動するかによる概念的な区別である「移置」「置き去り」という概念によって、「遺棄」を区別できることを前提とする甲説、乙説は妥当ではない。
- 10 したがって、検察側は甲説及び乙説を採用しない。

### (3) 丙説について

- 丙説は、217条、218条の「遺棄」が「移置」のみを示すとする説であるが、例えば病人が路地で生き倒れになっているのを見た者が、通行止めの看板を掲げて交通を遮断し、救助され
- 15 なくした場合のような接近の遮断の事例を不可罰とすることとなり不当である<sup>12</sup>。

よって、検察側は丙説を採用しない。

### (4) 丁説について

- 丁説は、作為義務は不作為による遺棄の可罰性を根拠づける要素であり、他方で、保護義務は、218条の加重処罰を根拠づける要素であることから、両者を区別しなければならず、217
- 20 条および218条の「遺棄」概念を統一的に理解しなければならないとする。

- しかし、217条および218条に共通の「作為義務」と区別される218条固有の「保護義務」の内容が明確ではない。また、218条後段の「不保護罪」においては、保護義務から作為義務が導かれるものだとすると、なぜ、前段と後段で、作為義務の根拠が異なるのかが不明である。
- 25 さらに、217条の不作為犯は理論上可能であるが、作為義務は事実上保護責任と重なるため、217条の不作為犯は、218条の不作為犯にあたる程度でしか可罰的ではなく、したがってその場合、事実上は、218条が成立し、意味をもたないものになってしまう。

よって、検察側は丁説を採用しない。

### (5) 戊説について

- 30 戊説は、217条を作為犯、218条を不作為犯の規定であるとし、また、作為か不作為かは、身体的挙動の有無によって区別するのではなく、危険状態を積極的に創出するのが作為であり、不保護状態を解消しないのが不作為であるとする説である。さらに、「危険状態創出」という作為は、移置のみならず、周囲の状況を変化させることによっても行いうるとし、「不保護の
- 35 不解消」という不作為には、①危険状態の創出（作為）を伴う不保護、②危険状態の創出はないが場所的隔離を伴う不保護、③場所的離を伴わない不保護の3つがあり、前者2つは218

<sup>11</sup> 山中・前掲94頁。

<sup>12</sup> 山中・前掲95頁。

条前段の「遺棄」にあたり、場所的隔離を伴わない不保護は 218 条後段の「不保護」にあたりと解する。この「不保護の不解消」という「不作為」に、「作為を伴う不保護」が含まれるのは、保護責任者にあたる者によって、217 条と同様の作為による遺棄行為が行われた場合でも、そこでは作為の側面が重要なのではなく、危険状態において保護しない不作為の責任が問

5 われると解するからである。例えば、幼児を森に捨てた者は、作為によって要保護者を森に移置したが、それが 218 条の本質ではなく、森に移置した要保護者を保護せずに遺棄し、危険状態にさらしたことが本質である。また、保護責任者の保護義務が作為による保護を要求するのであり、それ以外に作為義務を根拠づけるものはないため、保護責任者によらない 217 条は、不作為犯の作為義務を根拠づけられない不作為であるので、不可罰<sup>13</sup>となる。

10 この点、検察側は、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。また、218 条は基本的に「不保護」を処罰する規定であるが、場所的隔離をもたらす遺棄行為をも、不保護の一態様として特に規定しているのであり、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。

15 そうだとすれば、217 条は、作為犯であり、危険創出状態をいうが、218 条は、その中核は、不作為であり、危険状態の不解消であって、「遺棄」の概念は、217 条と 218 条によってまったくその内容を異にすると考える戊説が妥当である。つまり、「遺棄」概念の本質的要素を、場所的隔離を発生させることであると捉え、不保護のうちでも場所的隔離を伴うものは遺棄という概念で表すのである。

20 よって、検察側は戊説を採用する。

## VI. 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。

25

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。よって、本件行為につき業務上墮胎罪は成立しない。

30 2. では、甲は A に「子どもは病院で預かる。」旨言い渡し、A を退院させた後、未熟児を保育器に收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。

(1) まず、本件未熟児は「幼年者」にあたるか。そもそも本罪の客体が「人」であるところ、本件未熟児が「人」として保護される段階に至っているといえるかが問題となる。

35 これについて検察側は B 説を採用する。すなわち、成育可能性のある嬰兒はもちろん、成育可能性のない嬰兒についても一律に「人」とであると考える。

<sup>13</sup> 山中・前掲 96 頁以下。

本問において、本件行為によって本件未熟児が妊娠満 25 週を超えて出生しており、厚生事務次官通知の基準によれば生命保持可能性が認められることから、成育可能性があるといえる。したがって、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。

- 5 (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。

この点について、検察側は乙説を採用するところ、保護責任の発生根拠は被遺棄者の生命の安全を支配できる地位にあることに求め、この支配的地位が行為者の意思に基づいて獲得された場合には保護責任は当然認められるが、行為者の意思に基づかない場合は、行為者と被遺棄者との間に一定の生活共同体から生ずる社会生活上の継続的な保護関係の存することが必要であると考える。

10 本問において、甲は自ら「子どもは病院で預かる」旨言い渡して母親である A を退院させ、本件未熟児を自己の勤務場所である病院内に残している。とすれば、甲は本件未熟児の生命の安全を自己の意思に基づいて支配しているといえるので、甲に保護責任があると認められる。したがって、甲は「保護する責任のある者」にあたる。

- 15 (3) さらに、未熟児保育に必要な医療措置を施さなかったことにより甲は本件未熟児を死亡させているところ、このような不作为によっても遺棄罪が成立するか。218 条の「遺棄」の概念が 217 条の「遺棄」と関連して問題となる。

20 この点について、検察側は戊説を採用するところ、217 条の「遺棄」は作為によるものを、218 条の「遺棄」は不作为によるものを意味するものと考えられる。218 条の不作为による「遺棄」とは、具体的には①危険状態の創出（作為）を伴う不保護、②危険状態の創出はないが場所的隔離を伴う不保護、の 2 つと解する。

25 本問において、甲は自ら母親 A に対して、「子どもは病院で預かる」旨言い渡し、A を退院させたにもかかわらず、本件未熟児を保育器に收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同休養室にそのまま放置したことから、危険状態の創出はない。しかし、その後、甲は帰宅していることから、場所的隔離が生じたといえる。よって、上記②の危険状態の創出はないが場所的隔離を伴う不保護の類型にあたるといえるため、甲の本件行為は 218 条の「遺棄」にあたる。

- 30 (4) 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。

- (5) 以上より、構成要件を満たすので、甲の本件行為につき保護責任者遺棄致死罪が成立する。

## VII. 結論

- 35 甲の行為につき、保護責任者遺棄致死罪(218 条、219 条)が成立し、甲はかかる罪責を負う。

以上