

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 4 頁 23 行目以下において作為による置き去りの具体例として吊り橋事例を挙げているが、それ以外の類型としての作為による置き去りの事例はあるのか。
2. 検察レジュメ 5 頁 6 行目以下 B-3 説の記述において「不真正不作為形態の遺棄を可罰的とするにあたり必要な作為義務と、それらをさらに加重処罰する根拠となる保護義務とは区別すべき」あるが、検察側は作為義務と保護義務をそれぞれいかにして捉えているか。
- 10 3. 検察レジュメ 4 頁 29 行目において「作為義務がある場合の不作為を『遺棄』にあたらな
いとする合理的理由はなく」と記述しているが、検察側が合理的な理由がないと考える理由は何か。

15 II. 学説の検討

「胎児」と「人」の区別について

甲説について

検察側と同様の理由で採用しない。

乙説について

- 20 検察側と同様の理由により、弁護側は乙説を採用する。

「遺棄」の意義について

A 説

検察側と同様の理由で採用しない。

B-1 説

- 25 本説は、217 条と 218 条の「遺棄」という文言を異なるものとして解釈しているが、その理由が不明確である。また、218 条の「遺棄」に不作為を包含させているが、218 条は遺棄と不保護を区別して規定している以上、遺棄は作為によるもの、不保護は不作為によるものと解するのが文理解釈上自然である。さらに「一定の不作為」とあるが、その範囲が曖昧である。

- 30 よって、弁護側は B-1 説を採用しない。

B-3 説

- 35 本説は、場所的離隔を生じない場合のみ不保護にあたるとする。しかしながら、要扶助者と場所的離隔を生じさせていない状況において、その要扶助者を保護しないという場合、扶助者は要扶助者がもはやどうなってもいいと考えているのであり、とすれば、殺人の未必の故意が認められることとなる。したがって、本説によると、218 条の不保護にあたる場合は総じて殺人罪の不作為犯が成立することとなり、かかる規定の意味がなくな

ってしまう。

よって、弁護側は B-3 説を採用しない。

B-2 説

217 条では、不作為の遺棄を処罰しないとする以上、218 条の「遺棄」についても、不作為による遺棄を含まないという解釈の方が文理的に明快である¹。217 条上にも不作為形態のものを入れるとすれば、218 条が不保護と遺棄を分けている理由がなくなり不都合が生じる。また、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別が検察官の起訴した訴因によるという見解があるように、両者の区別は曖昧なものとなっている。とすれば、両者の構成要件は実質的に差異がないと考えられるため、保護責任者遺棄致死罪における保護義務と、不作為の殺人罪における作為義務は同一であると言える。

したがって、弁護側は B-2 説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第 1. X の未熟児を A の母体から排出した行為について

1. X は未熟児を A の胎児の墮胎の囑託を受け、未熟児を A の母体から排出している。かかる行為に業務上墮胎罪(214 条前段)が成立しないか。

(1) X は医師資格を有し、優生保護法の指定医師であり。「医師」にあたる。また、A から依頼され「女子の囑託」も認められる。そして、X は自然な分娩期に先立って胎児を A の母体から排出させており「墮胎」にあたる。

(2) したがって、業務上墮胎罪(214 条)の構成要件を充たす。

2. もっとも、本問において X は医師であるから正当業務行為(35 条)として本件行為の違法性が阻却されないか。

(1) 確かに、本問において A の墮胎時はすでに妊娠 26 週を越えており、厚生省発衛第 252 号厚生事務次官通知の定める満 23 週以前でないことから、優生保護法による違法性阻却が認められないようにも思われる。

(2) しかし、妊娠 23 週を超えているからといって完全に違法性阻却の余地を遮断してしまうことはあまりに形式的で妥当ではないし、そもそも正当業務行為が違法性阻却されるのは、それが正当行為、すなわち社会的に相当と認められる行為であるからであると解すべきである。そうであるとすれば、正当業務行為にあたるか否かの判断に際しては形式的だけでなく社会的、経済的、倫理的見地も十分に考慮されるべきであると考え

(3) 本問についてこれを見るに、まず、墮胎行為というのは囑託を受けてそれに対する承諾をしてからただちに行えるものではないこと、墮胎行為というのはいわば囑託の承諾に基づく遂行行為に過ぎないことを考えると、違法性阻却は X が A からの墮胎の囑託に対し承諾をした時点で判断すべきであるといえる。そして、X が A から墮胎の囑

¹ 西田典之『刑法各論[第 6 版]』(弘文堂,2012 年)30 頁。

託を受けた時点では、まだ A は妊娠満 23 週と 6 日しか経過しておらず、A が 16 歳という若さで、他人に妊娠を言い出しにくい状況にあると言えることを考えると、たった 6 日過ぎたからといってまったく墮胎を認めないのはあまりに A に酷であると言える。また、厚生省発衛第 252 号厚生事務次官通知が妊娠満 23 週を墮胎可否の基準にしているのはあくまで過去の統計を平均した結果であって、妊娠というのは特に母体によって個人差が現れやすいものであると言えるから事案に応じて柔軟に判断すべきであるところ、本問で X が妊娠満 26 週の時点で墮胎を行った結果 1000g 弱という相当未熟な胎児が排出されたことから、X が墮胎を承諾した妊娠満 23 週と 6 日の時点ではさらに胎児が小さかったと推認でき、生命維持機能を有していたかどうかさえ怪しいということができる。

(4) 以上の事から、X の本件行為は社会的に相当な範囲内であるということができ、本件行為は正当業務行為に当たる。

4. よって、X の本件行為に業務上墮胎罪(214 条前段)は成立しない。

第 2. X の未熟児を病院内に放置し死亡させた行為について

1. X は未熟児を A の母体から排出した後、病院内の救護室に放置し、死亡させている。かかる行為に保護責任者遺棄致死(218 条、219 条)が成立しないか。

2. (1) ところで、本問における未熟児は「人」といえるか。保護責任者遺棄致死罪の客体が「幼年者」という「人」であることから、かかる未熟児が「胎児」である場合、本罪の適用外となり、問題となる。この点、弁護側は乙説に立って検討する。

(2) 乙説に立つとすればまず胎児の生育可能性が問題となる。本問において、確かに本件未熟児は墮胎時妊娠 26 週を超えており、当時の厚生省発衛第 252 号厚生事務次官通知により定められている胎児が母体外において生命を保持することができない時期を過ぎているとして、形式的には生命機能は有していると言える。

しかし、生命維持機能があるからといって生育可能性があるとは直接言うことはできず、生命維持機能があつて、なおかつその後自力又は扶助者の保護が望める状態で生命を維持できると言えれば生育可能性があると考ええる。

そこで本問についてこれを見るに、未熟児の基準は 2500g 以下であるところ、本問における胎児は 1000g 弱という未熟児の中でも特に小さい方に部類されることから、生命機能があるといってもそれは著しく低く、母親の養育がない限りこれを維持できないということができる。そして、かかる胎児の母親である A は、墮胎前の診察の時点で既に養育に対し消極的ないし否定的であったことから、扶助者による保護は期待できないと言え、もはや本件胎児の生育可能性はないということができる。

(3) したがって、生育可能性がない場合に放置という不作為で胎児を死亡させた場合は作為義務が欠如することから、不作為犯の実行行為性が認められない。

3. よって、本件行為に保護責任者遺棄致死罪(218 条)は成立しない。

第 3. 予備的検討

1. では、仮に胎児が「人」にあたるとして、X の本件行為に保護責任者遺棄致死罪(218条)が成立するか。X は医師であるところ、「保護する責任のある者」に当たるか問題となる。

5 (1) 「保護する責任のある者」とは、既に存在する要扶助者の生命の危険を支配しうる地位にあるものと解すべきである。そして、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当然これに当たるとし、支配的地位が行為者の意思に基づかない場合には、行為者と要扶助者との間に一定の共同生活から生ずる社会生活上の継続的な保護関係が存することが必要であると考える。

10 (2) 本問において、確かに X は A に「子供のことは心配いらないから」といって A を退院させているため、支配的地位を獲得したといえる。

もともと、通常胎児が未熟児の場合、母親と一緒に胎児を退院させることはなく病院で引き続き保護することから、X が A を退院させたのは、胎児の支配的地位を獲得することを意図していたからではなく、あくまで通常どおりの手続きを踏んだに過ぎない。

15 したがって、本問における X の支配的地位は X の意思に基づいて獲得したものとは言えないことから、支配的地位に加えて行為者と要扶助者の間に一定の共同生活から生ずる社会生活上の継続的な保護関係が存することが必要である。

20 本問においてこれを見るに、X はあくまで医師であり、本問胎児と共同生活を営むものではないし、未熟児であるがために母親と一緒に退院させられない胎児を一旦病院という公的施設で預かっているに過ぎないことから、社会生活上継続的な保護関係を有しているとも言えない。

(3) 以上より、X は既に存在する要扶助者の生命の危険を支配しうる地位にあるものとは言えず、「保護する責任のある者」とは言えない。

2. よって、X の本件行為に保護責任者遺棄致死罪(218条、219条)は成立しない。

25 3. では、保護責任者遺棄致死罪にあたらなくても、本件行為に単純遺棄致死罪(217条、219条)が成立しないか。

(1) まず、本問における胎児は「幼年」のために「扶助を必要とするもの」にあたる。

30 (2) では本件行為は「遺棄」にあたるか。この点、検察側は B-2 説に立つため、217条の「遺棄」を「作為による移置」と解するところ、以下本問においてこれが認められるか検討する。

ア. X は本件墮胎行為の後、胎児を A とともに休養室で寝かせているが、A の退院後もそのまま休養室に放置していたのであり、別室に移動させたり、あえて A のそばから離れた場所に置いたり等はしていないことから、「置き去り」にあたり場所的移転を伴うものとは言えない。

35 イ. また、217条は主体の限定がないことから、「遺棄」とは前提として要扶助者の危険を増加させることが必要であるところ、本問において A は胎児に対してなに

か積極的に行為をしたわけではなくただ放置しただけであるから、もともとあった要扶助者の危険状態に変更を生じさせているとは言えない。

(3) 以上のことから、Xの本件行為は「遺棄」にはあたらない。

4. よって、Xの本件行為に単純遺棄致死罪(217条、219条)は成立しない。

5

IV. 結論

Xは何ら罪責を負わない。

以上