

I. 事案の概要

5 Xは医師の資格を有しており、昭和54年4月から優生保護法(現在の母体保護法)の指定医師として、人工妊娠中絶等の医療業務に従事している。

昭和55年11月14日11時頃、Xは妊婦A(16歳)から初診時妊娠23週と6日(173日)とみられる胎児の墮胎の囑託を受け、これを承諾した。そこで、Xは14日後の11月28日の午後3時頃にAに対して墮胎措置を施し、その結果、未熟児(100g弱)を母体外に排出させた。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た、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(満23週以前)を過ぎていた。

10 Xは本件未熟児生命保持の可能性があることを認めていたが、診察時のAの様子からAが養育に消極的ないし否定的であると感じていたため、Aに養育の意思を確かめることも、保育器に入れる等未熟児の保育方法を指導することもなく、バスタオルに包み病院の休養室にAと共に寝かせておいた。

同日午後6時頃、Aに「子どものことは心配いらないから。」と言ってAを退院させた。その後、本件未熟児に対し何も措置を施すことなく休養室に放置し、午後10時頃Xは帰宅した。

本件未熟児は11月29日の午前4時頃、未熟による生活力不全によって死亡した。

Xの罪責を検討せよ。

20 参考判例:最高裁昭和63年1月19日第三小法廷判決

II. 問題の所在

1. 本問では、墮胎行為により母体外に未熟児が排出され、放置された上、死に至っている。かかる未熟児が「胎児」と「人」のどちらにあたるのかその区別の判断基準は何か、問題となる。

25 2. そして、本問においてXは未熟児を放置し帰宅しており、不作為により遺棄罪の結果発生をさせている。したがって、217条、218条における「遺棄」に不作為が含まれるか。両罪の「遺棄」の意義が問題となる。

III. 学説の状況

30 1. 「胎児」と「人」の区別について

甲説:母体から一部が露出した時点で「人」となるとする説¹。

乙説:胎児の「生育」可能性に着目し、生育可能性がある場合、その胎児に対する侵害には当然に「人」に対する殺人罪ないし遺棄罪が成立し、それに対して生育可能性が無い場合は胎児を殺す目的で行われた墮胎に続く侵害も含め全体を墮胎とする説²。

¹ 大判大正8年12月13日。

² 西田典之『刑法各論〔第6版〕』(有斐閣,2012年)22頁。

2. 遺棄の意義について

A 説:従来判例・通説

「遺棄」とは場所的離隔を生じさせることにより、要扶助者を保護のない状態に置くことをいい、「不保護」は場所的離隔によらずに要扶助者を保護しないことをいうとして、「場所的離隔の有無」で「遺棄」と「不保護」を区別し、さらに「遺棄」自体を次のように「狭義の遺棄」と「広義の遺棄」に区別してきた。すなわち、「狭義の遺棄」は要扶助者の場所的移転を伴う場合に限られるが、「広義の遺棄」は置き去りのように、要扶助者との場所的離隔を生ぜしめるすべての場合を含むとされる。そして、単純遺棄罪(217条)の「遺棄」は「狭義の遺棄」を意味するが、保護責任者遺棄罪(218条)の「遺棄」は「広義の遺棄」を意味するとする説³。

10 B 説:新たな学説

B-1 説

「移置」と「置き去り」の区別が作為と不作為の区別に対応していないという認識に基づいて、それを217条と218条の遺棄の解釈にそのまま反映させようとする見解である。すなわち、「遺棄」を「被遺棄者とその保護者との間に場所的隔絶を生じさせて、被遺棄者…に危険を現出させること」と解した上で、217条の「遺棄」はもっぱら作為による移置または置き去りを意味し、218条の「遺棄」は作為によるもののほか、一定の不作為によるものを包含するとされる説⁴。

B-2 説

217条と218条に共通して「遺棄」を「作為による移置」に限定し、置き去り行為をはじめとしたその他の不作為形態のものをすべて「不保護」の中に入れて処罰しようとする説⁵。

B-3 説

「遺棄」と「保護をしなかったとき」(不保護)との区別を「時間的離隔の有無」に求める通説的見解を前提に、「移置」と「置き去り」とは、作為と不作為に対応しないという認識に基づいて、217条および218条の「遺棄」には作為によるもののみならず、不作為によるものも含まれると考える説⁶。

IV. 裁判例 熊本地判昭和35年7月1日。下刑集2巻7=8号1031頁。

〈事案の概要〉

医師である被告人はA女による墮胎の依頼を拒絶しているうちにAが病室で出産したので、
30 嬰兒に付着する汚物をとふき取り引き渡したところ、Aは嬰兒を置き去りにして帰ってしまった。被告人はAが立ち戻ることを期待して格別の措置を講じない内に、嬰兒は死亡した。

〈判旨〉

「被告人を刑法第218条の遺棄罪に問うためには被告人に右嬰兒を保護すべき責任があるこ

³ 山口厚「犯罪各論の基礎2 遺棄罪」『法学教室200号』(有斐閣,1997年)103頁。

⁴ 大塚仁『刑法概説(各論)〔第4版〕』(有斐閣,2005年)59頁。

⁵ 大谷實『刑法講義各論〔第二版〕』(成文堂,2008年)70頁。

⁶ 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』(青林書院,1996年)88頁。

とがその要件であることはいうまでもなく、その責任は法令の規定、契約、慣習、事務管理その他条理によって発生することが考えられる」。

「被告人が…医師を業とし右嬰兒は数時間前に自らとり上げた新生児であつて母親から放置されたままになつている事実、被告人において哺乳保温その他右嬰兒の生存に必要な措置を講じていたらならば、該児の生存を維持し得たかも知れないことしかも右の監護措置を講ずることは被告人にとって一挙手一投足の労でなし得たことなどを考え合わせると…嬰兒を置き去り遺棄するのを黙って見ていたことは…嬰兒の遺棄されている事実を…直ちに通知する義務を懈怠したものであるけれども、被告人に法律上の保護義務を認め遺棄罪に問うことは条理上も相当でない」。

10 (解説)

被告人は、A の行為に困惑しつつも消極的な態度に終始したに過ぎず、A あるいは嬰兒のためをもって生存に必要な監護行為を行っていないことから、契約、事務管理、条理に基づく嬰兒を保護すべき責任は何ら発生していないとし、218 条の遺棄致死の成立を明確に否定した。とすれば本問では、墮胎の囑託を承諾したうえで、未熟児を母体外に排出させ、放置により未熟児を死なせていることから、条理に基づく保護責任が発生することは明らかである。

V. 学説の検討

1. 「胎児」と「人」の区別について

甲説は母体から胎児の体が一部露出した時点で人としての保護の必要があり、母体からの一部露出をもって全ての胎児は「人」にあたるとする。しかし、墮胎において排出される子には生存可能性のない胎児もおり、「人」として保護の対象とすべきか否かについてはさらに検討の余地があると言える。

検察側はその点、乙説に立つ。乙説は、生まれくる胎児が生命機能を有していたとしても「生育」可能性がある場合とない場合とがあり、これらは分かれた判断するべきであるとする説である。この説によると、生育可能性がある場合には、作為であれ不作為であれ「人」としての保護に値するといえ、死亡させた行為につき当然に遺棄罪(ないしは殺人罪)の成立が認められるべきである。一方で、生育可能性が無い場合には、作為の場合にのみ生育可能性を考慮する必要がない点、母体から排出された際に有していた生命機能を客体として殺人罪の成立が認められるといえる。上記乙説の立場に立った判断を行う方が、胎児という性質をより捉えたものであるといえる。

よって、検察側は乙説を採用する。

2. 「遺棄」の意義について

A 説について

A 説は、遺棄を「移置」と「置き去り」に二分し、移置と作為、置き去りと不作為に対応させる。217 条は移置、218 条は移置と置き去りを規定したものだとする。かかる遺棄概念の相対性を、「置き去り」は不真正不作為形態であるから、処罰するためには作為義務が必要となり、

したがってそれは作為義務である「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説明する。しかし、例えば子供が乗った列車が出発しようとするのを放置するといった不作為による移置や、作為による置き去りも存在する。このように、移置と置き去りは作為・不作為と純粋な対応関係にない。移置・置き去りの概念は被遺棄者が移動するか、遺棄者が移動するかによる概念的区別であるが、このような原初的区別を維持する理由はない。

よって検察側は A 説を採用しない。

B 説について

B-1 説

本説は隣り合った条文で用いられている「遺棄」という文言の解釈が違ってよいのか、疑問である。さらに、217条は作為犯を処罰し 218条は不作為犯も含むのであるが、217条のほうが 218条に比べて加重されており、何故不作為犯のほうが科刑上重くなるのか説明しえない。また、作為が存在すれば要扶助者に場所的移転が生じなくても狭義の遺棄が存在することになる。例として、幼児の母親を殺害する行為はもちろん、幼児のそばから立ち去る行為も単純遺棄罪となってしまうこととなり、妥当ではない⁷。

したがって検察側は B-1 説を採用しない。

B-2 説

B-2 説は、218条(保護責任者遺棄罪)が「保護をしなかったとき」(不保護)と「遺棄」とを区別し、「遺棄」とは移置を意味していると解釈をし、そう考えると、218条と同じ文言を用いる 217条の「遺棄」も移置と解するべきであるとする。そうすると、作為か不作為かを問わず、置き去り行為は不保護に当たり、217条の「遺棄」には当たらないとする⁸。しかし、作為による置き去り行為によっても、生命・身体を危険にする行為は可能である。作為による置き去り行為の具体例として、要扶助者が扶助者へ接近するのを妨害する行為が挙げられる。例えば、山中で人が迷っているとき、下山するための唯一の手段である谷川にかけられている吊り橋を切り落とす行為などである⁹。かかる行為が処罰対象とならないのは妥当ではない。

したがって検察側は B-2 説を採用しない。

B-3 説について

そもそも「遺棄」という隣り合う条文の文言を全く異なって読み替えるのは不自然であり、統一的に解釈する必要がある。また、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な理由はなく、両罪の「遺棄」には作為のみならず不作為も含まれると考えるべきである。また本説によれば、作為義務と保護義務は別個のものとなる。

このような立場に対して、現行刑法が 217条・218条の行為主体を別個に規定していることを根拠にして、「作為義務と同一である保護義務を負う保護責任者のみが不作為の遺棄を処

⁷ 山口・前掲論文参照。

⁸ 大谷・前掲 70頁。

⁹ 大塚・前掲 58頁。

罰するものと解すべき」とする批判がある¹⁰。

しかし、その様な批判は当たらない。なぜならば、作為義務と保護義務は別個のものであると考えたとしても、そもそも217条と218条に共通する作為義務は作為に遺棄と同じ危険性を基礎付ける違法要素であり、218条の保護義務は遺棄の刑を加重する責任要素と考えるとともに、不保護の場合には行為の可罰性を基礎付ける構成要件的責任要素として位置づけることで、理論的に両罪の規定を説明しえる。むしろ、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であって本説はその解釈として適切といえる¹¹。

したがって検察側は本説を採用する。

VI. 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の胎児の墮胎の嘱託を受け、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。

2. 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「女子の嘱託」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。

3. また、墮胎時は妊娠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。したがって、優生保護法による違法性阻却もされない。

4. Xに業務上墮胎罪(214条前段)が成立する。

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)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「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。

(2) この点につき、検察側は乙説を採用する。

(3) 本問では、未熟児がAの胎外に出ており、生存していることから、生育可能性がある場といえ、その胎児に対する侵害には当然に「人」の身体に対する侵害行為を受けるおそれがある。よって、本問未熟児は「人」として考えるべきあり、保護責任者遺棄致死罪の客体であるといえる。

3. (1) そもそも、XがAの子を「保護する責任のある者」と言えるか。

(2) この点、Xは本問未熟児の主治医であるから、医療行為をし、両者の生命・身体を守るべき地位にある。さらに、その前にXはAからその子を妊娠26週というかなり早い段階で胎外に排出するところに立ち会っており、先行行為があるといえる。また、本問では、未熟児

¹⁰ 岡野光雄『刑法要説各論〔第5版〕』(成文堂,2009年)42頁。

¹¹ 山口・前掲論文106頁。

がAの管理する病院にいることから、排他的支配がある。

以上のことから、Xは「保護する責任のある者」といえる。

4. (1) ア. もっとも、Xが未熟児であるAの子を病院の救護室に何も処置せず放置し、その場を立ち去った行為が、218条の「遺棄」、すなわち場所的隔離を生じさせることにより要扶助者を保護のない状況におくことであるといえるか。

イ. 本問では、Xが未熟児であるAの子を救護室に放置したまま、その場を立ち去っており、場所的隔離はある。もっとも、Xが積極的にAの子の場所的移転を伴う行為をしていないから、本問におけるXの行為は、不作為による置き去りである。

そして、検察側はB-3説を採用しているから、保護責任者遺棄罪の「遺棄」に含まれる。この見解によれば、仮に、Xに保護責任が認められないとしても、217条における単純遺棄罪の「遺棄」にあてはまる。

- (2) ア. その結果、Aの子は未熟による生活力不全で死亡しているが、Xの放置行為との因果関係も認められるか。

イ. そもそも、因果関係とは実行行為と結果の結びつきであるが、不作為犯においては、因果関係に一定の仮定的要素が入り込まざるを得ない。したがって、「期待した行為がなされたならば、結果が生じなかつただろう」という関係が認められる場合に肯定される。すなわち、不作為者による救命が「合理的な疑いを超える程度に確実であった」場合のみ、条件関係が認められると考える。

ウ. 本件において、未熟児は当時の優生保護法の定める胎児が母体外において生命を保持することのできない期間を3週間も過ぎて墮胎されたのであり、医師であるX自身が診察によって生命保持の可能性を感知する程度に生命力を有していた。さらに、Xは妊娠中絶に従事する医師であり、救命のノウハウも十分に有していた。とすれば、Xが未熟児に適切な医療措置を続けていれば、十中八九未熟児が生存することができたといえる。Xが適切な医療措置を続けていれば、XによってAが救命されたことが合理的な疑いを超えており、因果関係が肯定される。

- (3) 以上より、Xには保護責任者遺棄致死罪(218条)が成立する。

5. なお、業務上墮胎罪(214条前段)と保護責任者遺棄致死罪は併合罪(45条前段)となる。

Ⅶ. 結論

Xの行為には業務上墮胎罪(214条前段)と保護責任者遺棄致死罪(218条)の併合罪が成立し、その罪責を負う。

以上