

## 只木ゼミ前期第1問弁護レジュメ

### I. 反対尋問

1. 検察側は保証人的地位があればすなわち作為義務が発生すると考えているのか。考えているとすればその理由は何か。
2. 『V.学説の検討』のエ.の第一段落において、②の『侵害されやすい法益』とあるが、それはどのような法益か。また、検察側は、本問の事例は①②のどちらに当たると考えているのか。
3. 『V.学説の検討』のエ.の第三段落において『危険の創出・増加の恐れがある操作を行っている段階』『措置を誤って危険を創出させた後の段階』とあるが、それぞれどのような意味か。
4. 『V.学説の検討』のエ.の第四段落において、作為義務の他の要件について『期待される行為を怠ったこと』『危険の創出・増加をもたらした』こと、の2つが挙げられているが、これは『VI.本問の検討』において用いられていないのではないか。
5. D4説で言う『結果原因の支配』とはどのような意味か。
6. VI.本問の検討』の一行目で、傷害罪が成立することは明らかであるとあるが、どのように明らかなのか。

### II. 学説の検討

1. 不真正不作為犯を肯定することが罪刑法定主義に反するか  
弁護側も、検察側と同様の理由で乙説を採用する。
2. 作為義務の発生根拠について
  - (1) A説、B説、C説、D1説、D3説に関しては、検察側と同様の理由で採用しない。
  - (2) 次に、検察側が採用しているD4説について、ここでは不作為犯における作為義務の問題と過失不作為犯における注意義務の問題が同次元の問題として処理されているが、この二つの議論を混同することは妥当でない。また、どのような場合に『結果原因』を『支配』したといえるのかについて一般的な基準は提示されておらず、曖昧であり、妥当でない。<sup>1</sup>  
したがって、弁護側はD4説を採用しない。
  - (3) 作為義務は、単に自然的な因果力の問題でも、因果経過の支配の問題でもない。それは、不作為者と被害者との社会的諸関係より生ずる義務である。このことはたんに両者の人的関係を意味するわけではない。不作為者と結果との関係、すなわち被害者が直面する法益の侵害、あるいはその危険を取り除き法益の維持・発展を図るべき不作為者の役割が問題である。このことは、作為義務は当該法益の保護が不作為者に依存するという関係に基づくことを意味する。そして、このような依存関係は不作為者が法益の保護を事実上引き受けている場合に肯定されるといえる。  
そして、①法益の維持・存続を図る行為の開始、②そのような行為の反復・継続性、③法益に対する排他性の確保、の要件を満たした場合には、事実上の引き受けがあったといえる。<sup>2</sup>  
なお、検察側はひき逃げ事例において救助の意図か遺棄の意図かで結論が異なるのは妥当でない、という理由からD2説を批判しているが、D2説では客観面を重視するため、この2つの場合に保

<sup>1</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂,2010年）125頁。

<sup>2</sup> 堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣,2004年）60頁。

護の引受の存否が異なることはない。

### Ⅲ. 本問の検討

1. 本問において、XはAの顔面、腹部等を繰り返し殴打しているが、この行為によりAは鼻根部創傷等の傷害を負い、生理的機能が害されたといえるので、Xに傷害罪(204条)が成立する。
2. では、その後XがAを病院に連れていくことなく部屋に放置した行為につき、殺人罪(199条)の不真正不作為犯は成立するか。

(1) まず、不真正不作為犯が罪刑法定主義に反するかについて、弁護側も検察側と同様乙説を採用することから、問題とならないと解する。

(2) もっとも、不作為は不定形であるから、全ての不作為に不真正不作為犯の成立を認めると、刑法の自由保障機能を害する。

そこで、作為義務の存在、作為の可能性・容易性、作為と不作為の構成要件的同価値性、が認められた場合に、不真正不作為犯が成立すると解する。

まず、作為義務について弁護側はD2説を採用することから、①法益の維持・存続を図る行為の開始、②そのような行為の反復・継続性、③法益に対する排他性の確保、の基準により作為義務の有無を判断する。

本問では、確かにX宅のAの部屋にはXY以外は入り得なかったであろうから、Aの生命という法益に対する排他性は認められる。したがって要件③は充たす。

もっとも暴行後XはAを部屋に連れて行き就寝させているが、AはもともとX宅に居住していたのであり、Xが部屋にAを連れていった行為は法益の維持・存続を図る行為というよりは、日常生活の一部として行われている行為である。また、Xはその後も救急車を呼んだり、自分なりにAを治療しようとしたり、といったAの生命を維持・存続させる行為もしていない。

したがってXはAの生命という法益の維持・存続を図る行為を開始しているとは言えず、要件①を充たさない。

そして、かかる行為を開始していない以上、反復・継続性も認められず、要件②も充たさない。

以上より、要件①②を充たさず、Xには作為義務は発生していない。

よって、作為義務が存在しないため、Xに殺人罪の不真正不作為犯は成立しない。

3. もっとも、Aの死という結果が発生しており、この死はXの暴行行為の危険が現実化したものであるから、因果関係も認められる。

したがって、Xに傷害致死罪(205条)が成立する。

### Ⅳ. 結論

Xは傷害致死罪の罪責を負う。

以上