

## 只木ゼミ前期第5問弁護レジュメ

文責:2班(青山、梅谷、栄多、小林、高木、中山)

### I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 3 頁 23~24 行目において「故意においても現実の因果経過の認識・予見が要求されていない。」とあるが、故意とは、「構成要件該当事実の認識・認容」であり、因果関係の認識も含まれるのではないか。
2. 弁護側は結果の具体的予見性を現実に発生した態様の結果ではなく、特定の構成要件的结果と解しているが検察の理解は弁護側と同様のものであるか。

### 10 II. 学説の検討

#### A 説：旧過失論

この見解では過失犯の本質を予見義務違反としているところ、自動車運転や手術など危険ではあるが社会的に有用な行為において不可抗力で傷害や死亡結果が発生した場合でも過失犯が成立するのは、不当である。

- 15 したがって弁護側は A 説を採用しない。

#### B 説：修正旧過失論

本説は、行為の危険性と危険の現実化を含む「実質的で許されない危険」が、客観的予見可能性概念の別称であるととらえ、それを構成要件要素、そして、最終的に、責任要素たる主観的予見可能性の有無の判断の一つの過程ととらえる点で、体型的位置づけが不明確である<sup>1</sup>。

- 20 したがって弁護側は B 説を採用しない。

#### C-3 説：危惧感説

- この説は、予見可能性を結果発生について漠然とした危惧感を抱く可能性、すなわち抽象的予見可能性をもって足りるとする。この説の立場によれば、技術革新段階における企業災害について結果回避義務違反を認定できるが、事実上一種の結果責任を負わせることになり責任主義に反する。また、予見可能性を余りに抽象化するため刑事過失の成立範囲を無限定にし、不当に拡大するおそれがあるため妥当ではない。

したがって弁護側は C-3 説を採用しない。

#### C-2 説：折衷説

- 30 過失犯が問題となる場面においては、稀有な因果関係をたどり結果発生する場合が存在しうるが、因果関係への認識を考慮しないならば、かかる時において結果回避行動に繋がる予見が認められず、危惧感説同様結果責任の結論に繋がる恐れがある。

したがって弁護側は C-2 説を採用しない。

#### C 説：新過失論

- 35 この見解では過失犯が成立するためには予見義務違反に加えて結果回避義務違反を過失

<sup>1</sup>山中敬一『刑法総論第2版』(2008年,成文堂)375頁

の要件とするものである。結果回避義務を要件とすることで、行為者が適切な結果回避行為を行っているかどうかを判断することにより、曖昧になりがちな過失犯の実行行為の内容を明確にすることができる。

したがって弁護側は C 説を採用する。

5 C-1 説:具体的予見可能性説

結果を予見できなければ、責任非難は不可能であるから、結果に対する予見可能性が必要なのは明らかである。

もっとも、結果が発生するかもしれないといった漠然とした予見可能性だけでは、結果回避意思の形成に役立つとはいえないため、因果関係の基本的部分についても予見が必要である<sup>2</sup>。

10

したがって弁護側は C-1 説を採用する。

### III. 本文の検討

#### 第一 X の罪責について

15

1. X が患者の右足関節直上部に重度の熱傷を負わせた行為について業務上過失致傷罪(211 条) が成立するか。

2. (1) まず、「業務」とは社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為であって、かつ生命身体等に危害を加えるおそれのあるものである。

本問において X は、外科医という地位に基づき反復継続して患者に対して手術を行い、手術という行為はその手段・成否によっては患者の身体に危害を加えるおそれのあるものであるから、X の行為は「業務」にあたる。

20

(2) では、X は「必要な注意を怠」ったといえるか。過失犯の本質が問題となる。

この点、弁護側は D 説を採るところ、注意義務の内容は、結果予見義務のみならず結果回避可能性を前提にした結果回避義務であると考ええる。

25

(3)ア、 それでは、本問においてまず、X が患者の傷害結果について予見することができたといえるか。いかなる場合に予見可能性があったといえるかが問題となる。

この点、検察側は C-1 説を採るところ、結果の予見可能性と因果関係の基本的部分の具体的予見可能性があれば、予見可能性が認められると考える。

イ、 これを本問についてみると、まず、本問における因果関係の基本的部分とは、「看護師 Y によるケーブルの誤接続によって患者に重度の熱傷を負わせること」であるといえる。

30

そして、本件手術で使用された電気メス器は、ケーブルの誤接続により患者の身体にいかなる損害が生じるかについては電気工学的な検討を要しなければ解明は不可能であったのだから、X がそのケーブルの誤接続によって患者に重度の熱傷を負わせることを具体的に予見することができる余地はなかったといえる。

35

3. よって、X は「必要な注意を怠」ったとはいえず、X の当該行為は、業務上過失致傷罪

---

<sup>2</sup>前掲・山中 663 頁

(211条)の構成要件を満たさない。

第二 Yの罪責について

1. Yがケーブルの誤接続をして患者の右足関節直上部に重度の熱傷を負わせた行為について、業務上過失致傷罪(211条)が成立するか。

5 2.(1) 本問においてYは、勤務歴25年というベテランの看護師であり、その地位に基づき反復継続して患者に対する手術のサポートをしていたといえる。そして、手術のサポートという行為も当然その手段・成否によっては患者の身体に危害を加えるおそれのあるものであるから、Yの行為は「業務」にあたる。

10 (2)ア. では、Yは「必要な注意を怠」ったといえるか。まず、Yの結果予見可能性について検討する。

イ. 本問において、因果関係の基本部分とは、「ケーブルの誤接続によって患者に重度の熱傷を負わせること」であるといえる。確かに、Yは電気メス器のケーブルの接続を幾度となく行ってきたベテラン看護師であり、その因果関係の基本部分についても予見が可能であったようにも思える。しかし、前述の通り、本件手術で使用された電気メス器は、ケーブル

15 の誤接続により患者の身体にいかなる損害が生じるかについては電気工学的な検討を要しなければ説明は不可能だったのであり、手術の経験によって電気工学的な因果関係を理解できるようにする訳ではないので、やはりYにもケーブルの誤接続によって患者に重度の熱傷を負わせることを具体的に予見することができる余地はなかったといえる。

20 3. よって、Yは「必要な注意を怠」ったとはいえず、Yの当該行為は、業務上過失致傷罪(211条)の構成要件を満たさない。

#### IV. 結論

X、Yの行為はともに何の構成要件にも該当せず、両者は何ら罪責を負わない。

以上