

只木ゼミ前期第1問弁護レジュメ

文責:3班

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 4 頁 20 行目以下「VI. 本問の検討」「第二 A の容体が急変するまでの保護引き受けについて」における、保護責任者遺棄致死罪の実行の着手時期はどこか。また急変までの行為で、保護責任者遺棄致死まで認める根拠は何か。
- 10 2. 検察レジュメ 5 頁 21 行目以下において、「本件では A の容体が急変した地点から最も近い距離にあった E 大学病院に搬送されていた場合、救命可能性は 75% であり、救命はともかく、十中八九延命は可能であったと言え、A 死亡の結果回避の高度の蓋然性が認められる」とあるが、なぜ十中八九延命が可能であるといえるのか。
3. 検察レジュメ 4 頁 14 行目以下「VI. 本問の検討」において、A-4 説(排他的支配領域性説)はどのように使われているのか。

15 II. 学説の検討

A 説(限定説)について

個別の具体的な処理の妥当性から作為義務の発生根拠を一元的に理解することは困難であるので、下記の各説を択一的に採用すべきでない。よって弁護側は本説を採用しない。

20 A-2 説(先行行為説)について

この見解では、故意・過失による先行行為がある場合には、それにより保証人的地位が肯定される一方で、それが無い場合は保証人的地位が認められない。すなわち、保障人的地位の認められる範囲が極端に広がり、またある時は極端に限定されることになり、妥当でないため、弁護側は本説を採用しない。

25

A-3 説(保護の引き受け説)について

この説では、救助の意思で事実上の引き受けがなされた場合のみ、保障人的地位が肯定されることになり、遺棄の意図で引き受け行為をしなかった場合は、保障人的地位が否定される。よって、弁護側は本説を採用しない。

30

A-4 説(排他的支配領域性説)について

まず共犯において個別の共犯者に因果経過の排他的支配は認めることはできない。また、過失犯において同時犯が認められているが、故意犯の場合でも認められる場合があり、その場合個別の行為によって生じた結果への因果経過の支配は認められずこの排他的支配を

35 作為義務肯定の要件とすることは、妥当ではない。よって、弁護側は本説を採用しない。

B 説(多元説)について

そもそも作為義務とは不作為犯の行為規範の発生根拠によるもので、行為規範が我々の社会の中で多元的に存在する以上作為義務の発生根拠も多元的に理解せねばならない。また、作為義務の発生根拠はそれぞれ相互排他的ではなく、いずれが比較的安定的かということに過ぎない¹²。よって弁護側は本説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第一 X が A を跳ね飛ばした行為

10 X は車を運転するにつき、前方に注意して運転する義務を負っているにもかかわらず、前方不注意によって、A を跳ね飛ばし、「よって」肋骨四ヶ所の「傷」害を負わせているため、「運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた」といえ、自動車運転死傷行為処罰法 5 条の罪責を負う。

第二 X の A を自動車に乗せ、近くの病院に運び込まなかった行為について

X に殺人罪(199 条)が成立しないか。

15 1(1) そもそも実行行為とは、構成要件の結果発生の実質的危険性を有する行為をいうところ、不作為であってもかかる危険性を惹起することができる。しかし、あらゆる不作為に実行行為性を認めると、処罰範囲が著しく広がってしまい、構成要件の自由保障機能を害するため、妥当でない。そこで、不作為が作為と構成要件的に同価値といえる場合、すなわち、期待された作為につき①作為義務及び②その作為義務の違反が認められる場合

20 には、実行行為性が認められるものとする。

(2)ア では、本件で X に作為義務は認められるか。

25 そもそも我々の社会において行為規範は多元的に発生するところ、作為義務の発生根拠もまた多元的に理解しなければならない。しかし、作為義務の認定の一定の考慮要素を確定しなければ、構成要件の自由保障機能を害しかねない。そこで、作為義務をその機能から法益保護義務と危険管理義務とに二分し、それぞれの義務が認められるか、すなわち法益の保護を社会的に期待しうるかという点から判断すべきである。そして、法令等の形式的要素、排他性・支配性等の実質的要素をその判断材料とする。

本件では X は、X の追突と運搬という先行行為に端を発した A の死亡への因果経過を排他的に支配していたといえ、作為義務が認められるようにも思える。

30 イ しかし、X の本件不作為と A 死亡との間に因果関係が認められなければ、X には結果回避可能性が認められず、作為義務も認められないと考えるべきである。何故なら、救命可能性が証明できないということは、作為を命じる必要がなかったということの意味し、そもそも作為義務は発生していなかったと考えるべきだからである。

したがって、X の本件不作為と A 死亡との間に因果関係があるかが問題となる。

¹ 山中敬一『刑法総論[第 3 版]』(成文堂,2015 年)243 頁以下。

² 高橋則夫『刑法総論[第 3 版]』(成文堂,2016 年)158 頁以下。

(ア) まず、作為義務が発生していたとすれば、X の上記行為の実行の着手時期はいつになるか。不作為犯における実行の着手時期は、作為義務違反により具体的危険が生じた時期と考える。

5 殺人罪の具体的危険は、人の生命を殺意を持って積極的に侵害する危険である。X に作為義務が発生していたとすると、A の容態が急変した時点で、X に未必の殺意が生じているから、その時点を X の実行の着手時期とすべきである。

(イ) では、X の実行の着手時期が上記の時期であるとするならば、A 死亡との因果関係があるといえるか。

10 A の容態が急変した地点から最も近い E 大学病院に運び込んだ場合の救命可能性は 75% であり、救命の可能性が非常に高くほぼ救命できたとはいえず、A 死亡という結果の防止は、合理的な疑いを超える程度に確実であったとは認められない。

よって、救命可能性が 75% では因果関係は認められない。

ウ したがって、X の本件不作為と A 死亡に因果関係はなく、結果回避可能性もないので、そもそも作為義務は認められない。

15 (3) 以上より、X の上記行為には殺人罪は成立しない。

2 もっとも、X の上記行為には保護責任者遺棄致死罪(219 条、218 条)が成立しないか。

(1) X は「保護する責任のある者」に当たるか。

先述より、X には作為義務が認められないか。

1 と同様に、X の本件不作為と A 死亡との間に因果関係があるかが問題となる。

20 (2)ア(ア) 実行の着手時期はいつになるか。

(イ) この点、保護責任者遺棄致死罪は保護責任者遺棄罪の結果的加重犯であり、重い結果についての故意がある場合は含まれないことから、具体的危険犯とすると、生命に対する具体的危険の認識を要求することとなり、故意の点で殺人との区別が難しくなる。よって、保護責任者遺棄致死は抽象的危険犯である。

25 (ウ) したがって、本件の実行の着手時期は、A を自動車の助手席に乗せた時点である。

イ では、因果関係は認められるか。

この点、事故現場から最も近い D 大学病院に運び込んだ場合の救命可能性は 95% であり、救命の可能性が非常に高くほぼ救命できたといえ、A 死亡という結果の防止は、合理的な疑いを超える程度に確実であり、因果関係は認められる。

30 ウ また、因果関係が認められることから、結果回避可能性もあり、X に作為義務が認められる。

よって、X は「保護する責任のある者」に当たる。

(3) さらに、X は A に直ちに専門医による診察を受けさせるべきところ、事故現場から最も近い D 大学病院ではなく、現場から 1 時間半もかかる B 病院に連れていっているため、
35 「生存に必要な保護をしなかった」といえ、先述より、因果関係も認められる。よって、X には保護責任者遺棄致死罪の客観的構成要件が認められる。また、故意(38 条 1 項)と

は構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、本件で X は、A が全身を強く打ち付ける様子を見て、診療してもらった方がよいと考えていることから、故意も認められる。

(4) 以上より、X の上記行為には保護責任者遺棄致死罪が成立する。

第三 罪数

- 5 X の上記行為に自動車運転死傷行為処罰法 5 条の罪及び保護責任者遺棄致死罪が成立し、これらは同一の客体・法益に向けられたものであるから包括一罪となり、保護責任者遺棄致死罪に吸収され、X は保護責任者遺棄致死罪の罪責を負う。

IV. 結論

- 10 X は保護責任者遺棄致死罪(219 条、218 条)の罪責を負う。

以上