

# 只木ゼミ前期第1問弁護レジュメ

文責：2班

## I. 反対尋問

5 1. 検察レジュメ 4 頁 19 行目において「結局前提となる結果発生の認識の程度が依然として問題」となるとしているが、結果が発生するかもしれないと認識した場合であっても、それが続く自己の行為への動機づけとなっていない場合には、前提となる結果発生の認識の程度は問題とならないのではないか。

10 2. 検察レジュメ 3 頁 35 行目において「不作為が作為と構成要件的に同価値であるためには、不作為者がすでに発生している因果の流れを自己の掌中に収める必要がある。すなわち、意思に基づく排他的支配の獲得である」とあるが、その点のみで作為義務を認めるにしては、排他的支配の獲得というの不明確すぎるのではないか。

## II. 学説の検討

### 1. 作為義務(保障人的義務)

α説(形式的三分説)

検察側と同様の理由により、弁護側は α 説を採用しない。

γ説(多元説)

20 検察側と同様の理由により、弁護側は γ 説を採用しない。

β説(限定説)

β-1説(先行行為説)

検察側と同様の理由により、弁護側は β-1 説を採用しない。

25

β-3説(排他的支配領域性説)

本説によれば先行行為に基づく保障人的地位が一切認められることになり、先行行為によって法益侵害の危険を創り出し排他的支配も認められる場合であっても、不作為犯が認められないことになる。また、社会継続的な保護関係が認められる場合は規範的に作為義務が認められるべき場合と同一になり、何ら限定していないことになりかねない<sup>1</sup>。

よって、弁護側は β-3 説を採用しない。

---

<sup>1</sup> 佐伯仁志「論点講座 刑法総論の考え方・楽しみ方(6)不作為犯論」法学教室 288 号 (2004) 59 頁。

## 8-2 説(具体的依存性説)

本説では、①結果の発生を阻害する条件行為の開始、②事実上の引受け行為を不作為者が反復・継続していたという事実の存在、③法益の維持につき他者が干渉できないような排他性の確保という要件を満たす行為が「事実上の引受け行為」として認められるため、明確な判断基準により作為義務の有無を判断できる。

よって、弁護側は8-2説を採用する。

## 2. 構成要件的故意

### ア説(蓋然性説)

10 檢察側と同様の理由により、弁護側はア説を採用しない。

### ウ説(認容説)

認容は情緒的・感情的要素であって、意思とは異なるので、故意の内容にならず、故意と過失を区別する要素として適切でない。また、認容という微妙な心理状態を立証することは困難である。そして、消極的認容になるとその心理的実質はほとんどないため、結果発生の可能性とその認識の程度にかかわらず、行為者の心情や人格態度が不良であるために故意を認めるこことになりかねない<sup>2</sup>。

よって、弁護側はウ説を採用しない。

20 イ説(動機説)

故意とは、「一定の犯罪の構成要件的不法を実現するための行為を遂行する意思を形成すること」であるところ<sup>3</sup>、かかる故意の本質には、行為者が認識を否定しないでそれを自己の行為への動機づけとした場合に故意を認める本説が最も合致する。

また、故意行為と過失行為を限界づける未必の故意と、認識ある過失との区別に関して、両者は「ともに結果発生の可能性に対して認識がある場合であるから、両者の区別は認識的要素でなく意思的要素に求めるべき」である<sup>4</sup>。

そして、犯罪を実現しようとする意思に基づく行為といつても、自己の知識等を用いて結果を実現しようとする意欲がある場合には、法の命令・禁止に反するという意味での規範違反が直接的であるし、法益侵害の危険に結びつきやすい。そうすると、意思的要素を欠くことは許されない<sup>5</sup>。

よって、弁護側はイ説を採用する。

<sup>2</sup> 佐伯仁志「論点講座 刑法総論の考え方・楽しみ方(13)故意論(1)」法学教室 298 号(2005) 46-47 頁。

<sup>3</sup> 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015)312 頁。

<sup>4</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2016)158 頁。

<sup>5</sup> 大谷實=前田雅英「エキサイティング刑法[第6回]故意について」法学教室 198 号(1997) 36 頁以下〔大谷発言〕参照。

### III. 本問の検討

1. 甲は、B をして医療措置が必要な状態にある A を運び出させ、適切な治療を受けさせなかつた。A に適切な治療を受けさせず放置した不作為に、殺人罪(刑法 199 条)が成立しないか。

(1) ア 不作為犯については、不作為が作為と構成要件的に同価値といえる場合、具体的には① 5 作為義務が認められ、②当該作為が可能かつ容易といえる場合に実行行為性が認められる。

10 イ 作為義務の判断につき、弁護側は B-2 説を採用する。同説によれば作為義務の肯定には 10 には保護の引受けが認められる必要があるところ、保護の引受けは i 結果の発生を阻害する条件行為の開始、ii 事実上の引受け行為を不作為者が反復・継続していたという事実の存在、iii 法益の維持につき他者が干渉できないような排他性の確保の 3 要件により認定する。

15 ウ 本件において、甲は A にシャクティ治療を施しているが、これは非科学的な治療法であり死亡結果の発生を阻害する条件行為とはいえないから、i を満たさず、作為義務は認められない(①不充足)。したがって、上記不作為に殺人罪の実行行為性は認められない。

15 (2) 以上より、殺人罪は成立しない。

2. 上記不作為に傷害致死罪(刑法 205 条)が成立しないか。

(1) まず、脳内出血で倒れて病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれるほど重篤な状態にある A を約 1 日の間放置した不作為により、A の容態を悪化させたことにつき、不作為による傷害罪の実行行為性は認められるかが問題となるところ、上述の通り甲に作為義務は認められない。

20 以上より、甲に不作為による傷害罪の実行行為性が認められないため、傷害致死罪は成立しない。

(2) ア 他方、甲の A に対するシャクティ治療は、上記の通り、社会通念上非科学的な治療法であるといえるため、人の身体に対する不法な有形力の行使にあたり、「暴行」(刑法 25 208 条)にあたる。

イ 構成要件的故意(刑法 38 条 1 項)について、弁護側はイ説を採用する。すなわち、構成要件該当事実の認識に加え、行為者が認識を否定しないでそれを自己の行為の動機づけとする意思を有していれば、故意が認められると解する。

30 ウ 本件で甲は、A の容態を見て、そのままでは死亡する危険が高いことを意識したが指示の誤りが露呈するのを避ける必要などから死亡という結果が発生するだろうという認識でもって行為に及んでいる。したがって甲は構成要件該当事実の認識をし、その認識を否定しないで自己の行為の動機づけとしているから故意が認められる。

35 (3) よって、甲の A に対するシャクティ治療行為に暴行罪(刑法 208 条)が成立する。

### IV. 結論

甲の上記治療行為に暴行罪(刑法 208 条)が成立し、甲はその罪責を負う。

以上