

論文式試験問題集  
〔刑法 I 〕

## 〔刑法 I〕

事例を読み、甲と乙の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く）。

### 【事例】

1 甲（55歳、男性）は、もともと会社員であり、40歳のころに会社員を退職し、自身の会社を設立した。甲の設立した会社は、自己啓発セミナーの開催を主な業務内容としており、甲は何冊か自己啓発の書籍を出版していた。甲は、その後、会社を辞め、自らを宗教団体の創始者として、「S」と名乗り、自らの手のひらで患者の体内に気を送り込むという治療で、患者の自己治癒力を最大限に高めるといふS治療と称する治療行為を行うようになった。そうしたところ、甲を信奉する者らが増え始め、甲を信奉する団体ができるまでになった。なお、S治療に医学的な根拠はなく、甲もそのことを認識していた。

V（68歳、男性）は、会社員であったが、現在は定年退職している。Vは、以前、甲のセミナーに参加し、甲の著書を読んでから、甲のことを慕うようになっていた。そして、甲がS治療を行うようになってからは、何度か甲のS治療を受けたことがあり、甲のことを信奉していた。

乙（41歳、男性）は、Vの長男であり、Vの影響で、甲の著書を読み、甲のセミナーに参加したこともあった。乙も、甲が「S」と名乗り、S治療を行うようになってからは、甲のことを信奉するようになった。

2 乙は、某月4日、自宅にいたところ、Vが倒れているのを発見し、慌てて自動車でVを病院まで連れて行った。そして、病院で診察をしてもらったところ、Vは脳内に腫瘍ができており、入院が必要となるほどの重篤な状態であることが分かった。Vは、右半身が麻痺しており、意識障害もあるなどの状況で、自力で水分の補給もできない病状であった。Vの生命を維持し、病状を回復させるには、点滴による栄養分及び水分の補給と適切な投薬治療が極めて重要であり、点滴を行わなければ死亡してしまうほどの状況であった。

Vの担当医は、乙に対し、Vの上記の病状を丁寧に説明し、少なくとも2週間は入院して、点滴等の処置を施すことが必要であり、これらの処置を行わなければ、Vが死亡する可能性が極めて高いことを説明した。乙は、担当医の説明を理解し、担当医から言われたことをそのまま甲に伝えた。そうしたところ、甲は、乙に対して、「まことにつらいのですが、Vの病状は現代医学ではほとんどなにもできないでしょう。Vを治すにはS治療しかないですよ。」と告げた。

3 同月5日、乙は、甲を信奉していたことから、甲に言われたことを信じ、担当医に対して、「VにS治療を受けさせたい」と申し出た。ところが、担当医からは「他の治療が併存することは構わないが、2週間は絶対に移動できない。Vの新たな受け入れ先に医療施設がない場合、命の保証がなく、見殺しにするようなものだから、絶対にVを病院から移動することは許可できない」と述べた。この時点では、乙は、2週間の入院はやむを得ないと思い、2週間後にS治療を受けさせようと考えていた。

同日、乙は、甲に対して、今すぐにVを病院から連れ出すことはできない旨を告げた。すると、甲からは「現代医学ではなにもできない。そのままその病院にいてはVは見殺しです。今日、明日が山場です。このまま病院のおもちゃにされてはいけません。すぐにVを私のもとへ連れてくるのです。」などと言われた。乙は、担当医からの説明を聞いていたことから、甲に対して、「最低でも2週間は入院させなければ、Vの命の保証がなくなると言われている。今、病院から連れ出すのは危険ではないか」と言った。これに対して、甲は「担当医もVが治るとは言ってないでしょう。Vを治せるのはS治療だけです。明日までに受けさせなければ、Vに重大な後遺症が残ります。明日までに必ず私のもとに連れてきなさい。」と乙に指示した。乙は、甲の言葉を聞き、Vに甲のS治療をうけさせたいと思い、Vを病院から連れ出すことを決意した。

4 同月6日、乙は、車いすを用意し、自動車で病院に向かい、担当医に対して、Vを帰宅させたい旨告げた。担当医も、これ以上乙に何を言っても無駄だと思い、やむを得ず、Vの一時帰宅を認めた。乙は、Vを車いすに乗せ、病院から連れ出し、自動車で甲の自宅（以下「甲宅」という。）まで向かった。移動中、Vは苦しそうにしており、乙が背中をさすってあげたりしていた。なお、この時点では、Vが死亡する危険性はなかった。

甲宅に着くと、甲は、乙とVに「もう大丈夫ですよ。あのまま病院にいたら死んでたね。S治療を行っていきます。これから超熟睡に入ります。」などと告げた。乙は、甲を信奉していたことから、Vのことは甲に委ねることとした。同日夕方、乙は、Vに熱があり、苦しそうな表情をしていたので、甲に対し、「熱があるようだが大丈夫なのか、水分補給などをしなくてもよいのか」と尋ねた。これに対し、甲は「熱は問題ありません。水分は本人が欲しいと言わない限り補給しなくて大丈夫です」と答え、そのままにしておいた。なお、甲宅は、甲が一人で暮らしており、医療器具等もなく、甲以外の者が出入りすることはなかった。

5 同月7日の早朝、甲は二度目のS治療を行った。Vは相変わらず苦しそうな表情をしていた。乙は、甲を信頼していたものの、Vの様子があまにもくるしそうなので、「本当に大丈夫なんですか」などと尋ねたり、Vの背中をさすったりしていた。それに対して、甲は、「大丈夫です。Vは今、温泉にでも行っている気分ですよ」などと言い、Vをそのままにしておいた。このとき、甲は、このままVに適切な処置を施さなければ死ぬかもしれないと思ったが、この期に及んで自身のS治療に効果がないとは言えず、Vが死んでも構わないと思っていた。一方、乙は、甲のS治療を信じており、Vをなんとか助けたいと思っており、Vが死亡するとは思っていなかった。

翌日の夕方、Vは、ついに呼吸をしなくなり、そのまま死亡してしまった。なお、Vは、7日までに病院に戻り、点滴や投薬治療等の治療（「適切な治療」とする。）を受けていれば、死亡することとはなかった。

2019年1月6日

担当：弁護士 森田悟志

参考答案  
〔刑法 I〕

## 第1 甲の罪責について

1 甲は、乙にVを病院から自身のもとに連れてこさせ、Vに適切な治療を受けさせなかった。甲がVに適切な治療を受けさせなかったという不作為につき、殺人罪（刑法（以下、法名省略）199条）が成立しないか。

(1) ここで、殺人罪の構成要件は、「人を殺した」という作為を規定しているが、人の生命への危険は期待された作為をしない場合にも生じ得る。したがって、構成要件には、命令規範も含まれると解されるので、不作為を処罰することは罪刑法定主義の法律主義には反しない。

もともと、明確性の原則から、不当な処罰範囲の拡大を防ぐため、作為と同価値の法益侵害の危険性を有する不作為のみ、実行行為性が認められるものと解する。そして、作為との同価値性が認められるには、作為義務があることが必要であり、また、法は不可能を強いるものではないので、作為の容易性・可能性が認められることも必要である。この作為義務については、法令や契約、先行行為の存在、結果発生までの因果の経過の排他的支配の有無等を考慮して判断する。

(2) 本件では、甲は、乙に対して、Vを病院から連れ出し、甲宅に連れて来させたことにより、Vの生命に危険を生じさせている。そして、甲は、甲宅内で甲を信奉する乙から、Vの治療を全面的に委ねられた立場にあった。このように甲は、自己の責

めに帰すべき先行行為により、Vの死の結果発生の具体的危険性を生じさせ、甲宅内において治療を委ねられ、Vが死亡するまでの因果の経過についての排他的支配を有していたといえる。

したがって、甲には、Vに適切な治療を受けさせる作為義務があったと認められる。また、Vを病院に連れていくなどして、作為義務を尽くすことは容易かつ可能であった。

よって、甲が、Vに対して、甲宅内で適切な治療を受けさせなかったという不作為は、殺人罪の実行為に該当する。

(3) Vは、甲宅に運び込まれた後であっても、7日までに適切な治療を受けていれば、死亡することはなかったから、甲の不作為とVの死の結果との間に因果関係も認められる。

(4) 甲は、乙からVの病状についての担当医の説明を聞いており、Vに適切な治療を受けさせなければ死亡する危険性があることを認識していた。また、S治療には、医学的な根拠がないことも自覚しており、Vが苦しみだしてからは、死んでも構わないと思っており、Vの死の結果につき認容していた。したがって、甲には、殺人罪の故意も認められる。

2 よって、甲は、殺人罪の罪責を負い、乙とは保護責任者遺棄致死罪（219条、218条前段）の限度で共同正犯（60条）となる。

## 第2 乙の罪責について

1 乙は、甲の指示を聞き入れ、Vを病院から連れ出すことを決意

し、Vを甲宅に連れてきて、そのままVを死亡させている。乙は、甲とともに、Vに適切な治療を受けさせなかったという不作為を共同して実行している。また、Vを病院から連れ出し、病院での治療を受けさせないことにつき、甲と共通の認識があり、共同実行の意思も認められる。

2 前述のとおり、甲及び乙の適切な治療を受けさせなかったという不作為と、Vの死亡との間に因果関係も認められる。もっとも、乙は、Vに甲のS治療を受けさせることにより、Vの回復を望んでおり、Vの死の結果を認容する意思はなかった。したがって、乙には、殺人罪の故意がなく、殺人罪の罪責は負わない(38条2項)。

3 乙は、Vの治療を甲に委ね、適切な治療を受けさせず、Vを死亡させているので、保護責任者遺棄致死罪の罪責を負わないか検討する。

(1) 乙は、Vの子であり、Vを病院から甲宅に移動させているので、「病者を保護する責任のある者」に該当する。また、乙は、Vを甲宅に移動させた後に、適切な治療を受けさせなかったのであるから、「遺棄」したといえる。

(2) そして、乙は、担当医から、Vを入院させて適切な治療を受けさせなければ死亡する危険がある旨の説明を受けており、Vの病状が重篤であることや必要となる治療を認識していた。したがって、乙は、Vを移動させれば、Vの生命に危険が生じ、

必要となる保護を行わないこととなることの認識が認められ、保護責任者遺棄罪の故意が認められる。

4 そうすると、乙の行為には保護責任者遺棄致死罪が成立することとなるが、この場合でも、甲と共同正犯となるか。「共同」(60条)の意義が問題となる。

(1) この点、共同正犯は構成要件の修正形式であり、構成要件の犯罪個別化機能から、犯罪を共同する場合に共同正犯が成立するものと解する。ただし、構成要件が実質的に重なり合う場合には、重なり合う限度で犯罪を共同して実行したといえるので、その限度で共同正犯が成立するものと解する。また、基本犯たる行為を共同し、その行為と加重結果との間に因果関係がある限り、結果的加重犯の共同正犯も認められると解する。

(2) 不作為の殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は、両者とも人の生命を保護法益としており、生命保護のための作爲をしないという点で、実質的に重なり合っているといえる。したがって、乙は、保護責任者遺棄致死罪の限度で甲と共同正犯となる。

以上

2019年1月6日

担当：弁護士 森田悟志

# 予備試験答案練習会(刑法 I・誤想防衛)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔甲の罪責〕</b>	(20)		
不作為犯の成立要件の論証 ・法律主義の点に触れているか ・明確性の点に触れているか ・考慮要素を挙げているかなど		8	
不作為犯の成立要件に対する当てはめ ・先行行為に触れているか ・治療を委ねられた立場にあることに触れているか ・期待された作為の内容を記載しているかなど		6	
因果関係の指摘		2	
殺意の検討		4	
<b>〔乙の罪責〕</b>	(20)		
甲と共同正犯が成立することの指摘		4	
殺人罪は成立しないことの指摘		3	
保護責任者遺棄罪の客観的構成要件の検討		3	
保護責任者遺棄罪の故意の検討		3	
共同正犯の成立範囲の検討 共同正犯の成立範囲又は共同正犯の錯誤のいずれかを論じていること		4	
共同正犯の成立範囲又は錯誤の要件に対するあてはめ		3	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 刑法 I 解説レジュメ

## 第 1. 総論

予備試験の過去の出題を見ていくと、これまでにほとんど不作為犯が出題されていなかった。そこで、今回は、不作為犯を中心に出题することとした。本問については、不作為犯で有名な判例である最判平成17年7月4日（シャクティパット事件）の第一審（千葉地判平成14年2月3日）を参考にした。同最判は、不作為犯を論じる上で大変参考になる上、不作為犯の共同正犯や、共同正犯の成立する範囲を論ずる際にも参考になるので、ぜひこれを機に復習してほしいところである。

## 第 2. 甲の罪責について

1 甲は、Vが入院して重症であることを乙から聞き、乙に対して、Vを自身のもとへ連れてくるように言っている。甲は、Vの病状を乙から聞いており、重篤であることを認識しながらも、自らのS治療を施すのみで、病院へ戻すなどして適切な治療を受けさせようとしなかった。その結果、甲のもとに来て3日後にVは死亡している。そこで、甲は殺人罪の罪責を負わないか検討することとなる。

2 まず、甲が乙に対し、Vを病院から連れ出すように指示し、実際に乙がVを病院から連れ出しているが、この時点では、まだVの生命には現実的な危険性はなかった。したがって、甲及び乙がVを病院から連れ出したという作為については、殺人罪の実行行為に当たらないこととなる。

3 そこで、Vを病院から連れ出し、甲の自宅である甲宅に運び入れた後の甲の行為に殺人罪が成立しないか検討することになる。ここで、甲は、S治療なるものをVに施しているが、この行為自体には、死亡結果を発生させるような危険性のある行為ではない。そうすると、必然的に、甲がVに対して、S治療なるものを行っているのみで、それ以外にVに対して必要となる作為をしなかったという不作為が実行行為に当たらないかを検討していくこととなる。

一般的に、不作為犯については、罪刑法定主義の法律主義の点と明確性の原則の点が問題となると言われている。罪刑法定主義の法律主義については、刑罰法規が「～するな」という禁止規範の形で規定されているが（真正不作為犯を除く）、それを「～せよ」という命令規範も含むものと解釈してよいかという問題がある。学説によっては、刑罰法規の類推適用であり許されないと主張するものもあった。しかし、多数説及び判例では、不真正不作為犯を認めている。法律主義に反しない理由として、刑罰法規において、作為の形で定められている構成要件も、単に作為を標準として定めているにすぎず、禁止も命令もともに法益保護の目的に向けられた規範であるから、法益侵害ないし構成要件的结果発生の現実的な危険において同じであると解し得る以上は、作為も不作為も同一構成要件に含まれていると解されており（刑法講義総論 新版第3版、144、大谷、参照）、文理解釈上、不作為も含まれていると解しているのである。

4 法律主義の点には反しないとしても、どのような不作為が実行行為となるのかが不明確であってはならず、罪刑法定主義から要求される明確性の原則が問題となってくる。なお、明確性の原則とは、刑罰法規は国民に行動の予測可能性を与えるため、また、国家の刑罰権の濫用を防止するために罪刑法定主義から要求される原則である。

不真正不作為犯では、本来、作為が実行行為として規定されているのであるから、結果との因果関係のある全ての不作為を実行行為とすることはできず、作為犯と同視できる程度の法益侵害の危



険性を有する不作為のみ、実行行為として認めることとなる（同価値性の原則などとも言われることがある）。そして、不真正不作為犯が成立するためには、作為義務に違反している必要があるが、この作為義務の根拠については、諸説あり、事前に自身の立場を決めておく必要がある。作為義務の根拠については、法令、契約・事務管理、慣習・条理に求める三分説、法益侵害に向かう因果の流れを設定する先行行為が必要であるとする説、社会生活上の依存関係から結果発生の防止を保障すべき地位を必要とする保障人説などがある。

本問の題材とした最高裁判例では、作為義務について検討を加えており、その中で、「自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上」、「被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当を全面的に委ねられた立場にあった」と認定し、被告人の作為義務を肯定している。作為義務については、定説といわれるほどの多数説がないため、この最高裁判例を参照し、先行行為の存在や排他的支配の設定などを考慮して判断すればよいだろう。

なお、不作為の行為性が問題とされたこともあった。つまり、不作為は、「無」であるから行為ではないといった見解もあった。しかし、行為は、人の意思による身体の外部的態度（動または静）と考えられており、不作為に行為性を認めることについては、今では特に争いがない。したがって、この点が問題視されることはないので、論じなくてもよい。

- 5 本問では、Vは、重篤な状態であり、病院での点滴や投薬治療をしなければ、死亡する可能性が高い状態であった。甲は、乙を介して、Vの担当医の説明を聞いており、Vが病院での治療を受け続けなければ危険な状態であることを認識していた。そうした中で、甲は、VにS治療を施すため、乙に指示を出し、Vを自身のもとに運び込ませている。そうすると、甲は、自身の責めに帰すべき事由によりVの生命に具体的な危険を生じさせている（先行行為の存在）。

また、甲宅には、甲と乙しかおらず、Vは自分で病院に行けるような状態ではなかった。そして、甲は、甲を信奉する乙から、Vの治療を委ねられた立場にあった（排他的支配の設定）。こうした事情から、甲には、Vに対して、Vの生命を維持させるために必要な適切な治療をうけさせる義務（作為義務）を負っていたと認めることができる。そして、かかる作為義務を履行することは、容易かつ可能であった。したがって、甲がVに適切な治療を受けさせなかったという不作為は、作為義務に違反するものであり、殺人の実行行為に該当することとなる。

- 6 不真正不作為犯においても、構成要件的结果との因果関係は必要である。なお、不作為犯の因果関係とは、期待された作為をしていれば、結果は生じなかったというものである。本問では、7日までに適切な治療を受けさせていれば、Vが死亡することはなかったのであるから、甲の不作為とVの死亡との間に因果関係が認められる。

- 7 甲は、自身のS治療に医学的根拠がないことを自覚しており、Vが重篤な病状であることも認識していた。そして、6日には、このままではVが死亡するかもしれないと思いつつも、死んでも構わないと思っており、Vの死亡結果についての認識、認容も認められる。したがって、甲に、殺人罪の故意も認められる。

- 8 よって、甲の行為には、不作為の殺人罪が成立し、乙とは保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立する。

### 第3. 乙の罪責について

- 1 乙は、甲の指示を聞き、Vを病院から連れ出すことを決意し、Vを甲のもとに移動させている。そして、そのまま甲にVの治療を委ね、Vを死亡させている。本問では、甲と乙は実行共同正犯と

なるが、甲が主犯的な立場で、Vへの行為（不作為）を行っていたのであるから、乙の罪責を検討するにあたっては、まず甲との共謀ないし共同正犯の成立を検討すべきである。

甲と乙は、Vに適切な治療を受けさせていないという不作為の実行行為を共同して実行している。また、乙は、VにS治療を受けさせるのみで、病院等での治療を受けさせる意思はなく、甲もそのことを認識しており、共同実行の意思も認められる。

なお、題材として判例の第一審では、甲と乙との間で、乙がVを病院から連れ出すことを決意した時点で、共謀が成立したと認定している。

2 前述のとおり、本問では、甲には不作為の殺人罪が成立する。しかし、乙は、Vを助けようと思っており、Vの死亡結果の認容はしていなかった。そうすると、乙には、殺人罪の故意を認めることができず、殺人罪は成立しないこととなる。

3 そこで、乙の不作為に保護責任者遺棄致死罪が成立しないか検討することになる。本問では、乙についても、不作為の殺人の客観的構成要件要素は充足していると解されるので、保護責任者遺棄罪の構成要件も同時に充足するものと解されるが、一応、保護責任者遺棄罪の構成要件も検討しておいた方がよいだろう。乙は、Vの子であり、Vを病院から連れ出して甲のもとに移動させているので、「保護する責任のある者」に当たることとなる。また、乙は、Vの担当医の説明を受け、病院での治療が不可欠であると言われていたにも関わらず、Vを甲のもとに移動させ、病院等での治療を受けさせていないのであるから、「遺棄」にあたる不作為も行っているといえる。そして、乙は、特に事実に関する錯誤等もなく、故意も認められる。

保護責任者遺棄致死罪は、結果的加重犯であるが、基本犯たる犯罪の故意があれば、重い結果についての過失がなくとも結果的加重犯が成立するとするのが判例の立場である。したがって、乙は、保護責任者遺棄罪の構成要件に該当する。また、Vの死亡との因果関係も認められるので、乙には、保護責任者遺棄致死罪の構成要件該当性が認められることとなる。

4 乙の不作為には、保護責任者遺棄致死罪が成立するとしても、甲との共同正犯の成立の有無や成立範囲が問題として出てくる。そもそも、共同正犯者間で実行している犯罪が異なっても共同正犯が成立するのか、また、お互いの認識（故意）が異なる場合に、どの範囲で共同正犯が成立するのかという問題を検討する必要がある。

共同正犯者間で成立する犯罪が異なる場合であるが、学説上、行為共同説と犯罪共同説があり、さらに、その中で構成要件の重なり合う限度で共同正犯の成立を認める見解に分かれている。近年では、行為共同説が有力になりつつあるらしいが、部分的犯罪共同説（構成要件の重なり合う限度で共同正犯の成立を認める説）を論じ、構成要件の重なり合う限度で共同正犯の成立を認めておけばよいだろう。題材とした最高裁判例でも、どの説に立つかは明確にはなっていないが、重なり合う限度で保護責任者遺棄致死罪の共同正犯を認めている。

また、結果的加重犯の共同正犯が成立するかという点も問題と成り得る。しかし、重い結果につき、過失が不要であるという立場からは、基本犯たる行為を共同し、その行為と重い結果との間に因果関係がある場合、特に問題なく、共同正犯の成立が認められることになる。一方、結果的加重犯の成立につき、重い結果に対する過失が必要とする立場をとる場合は、共犯者間に共同の注意義務が課せられることを論じ、共同してその注意義務に反していること等を論じる必要がある。

なお、乙は、甲と共同しており、一部実行全部責任から、不作為の殺人罪の客観的構成要件要素を満たすと考えられる。そうすると、乙は、軽い罪の故意しか有していない状況で、重い罪の客観的構成要件に該当することになり、抽象的事実の錯誤があることとなる。この場合、丁寧に論じるのであれば、刑法38条2項を指摘した上で、抽象的事実の錯誤の論証を行い、構成要件が実質的に重なり合う限度で故意を認めることとなろう。もっとも、本問のように、共同正犯の本質（ある

いは共同正犯の成立範囲)といわれる論点を論じている場合には、ほぼ同様のことを論じることとなるので、余裕がない場合には省略してもよいと思われる。

5 本問では、乙及び甲の不作為とVの死の結果との間に因果関係が認められることに問題はない。以上より、乙の行為には、保護責任者遺棄致死罪が成立し、甲とはその限度で共同正犯が成立する。

#### 第4. まとめ

本問で、しっかりと身に付けてほしいのは、不作為犯の論証とあてはめのイメージ、共同正犯において、共犯者間の罪名が異なる場合の処理や考え方である。本問は、有名な判例の第一審を題材にしているのだから、結論自体はすぐに分かったかと思う。しかし、実際にそれぞれの罪責を検討してみると、意外と書きづらかったのではないかと、特に乙の罪責については、書きづらかったのではないかと思う。刑法の書き方のセオリーを身に付け、どんな問題が出てもしっかりと対応できるようにしたい。

#### 【参考裁判例等】

最高裁判例平成17年7月4日（シャクティパット事件）

東京高判平成15年6月26日（控訴審）

千葉地判平成14年2月5日（第一審）

以 上

2019年1月6日

担当：弁護士 森田悟志