

論文式試験問題集
〔刑法Ⅱ〕

〔刑法Ⅱ〕

〔設問1〕

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く）。

- 1 北海道札幌市内にあるX病院は、昭和55年に同市内にて開設された病院であり、当時の病院建物は木造2階建て建築物（以下、「旧館」という。）のみであったが、平成7年、隣接地に鉄筋コンクリート造2階建て建築物（以下、「新館」という。）を新築し、ベッド数は120床とその規模を拡大した。その後、平成10年には病院組織を法人化し、内科・外科・産科・婦人科・整形外科の診療科目を有する医療法人X病院となった。X病院の新館と旧館は廊下で接続されており、旧館には新生児室や産婦人科入院室、ボイラー室、看護師詰所などがあり、新館には内科・外科・整形外科の入院室がある。旧館については、建造時期が古いこともあり、暖房設備は建造当初のままとなっている。

同病院の現在の理事長兼病院長は甲であるところ、同人はX病院の経営および管理部門（有事の際の危機管理を含む）全体を統括し、診療部門全体を監督する職責を担っていた。X病院は、もともと甲の父が開設した病院であり、甲はそれを受け継いで、平成15年4月から同病院の病院長となっている。

- 2 寒さの厳しい平成19年2月6日午前6時20分頃、X病院において、ボイラーマンAが木造の同病院旧館1階第1診療室を巡回した際、暖房用ドレンパイプ内が凍結して蒸気の送風が妨げられたものと考え、ドレンパイプをあたためようとして携帯用のガスバーナーの炎を噴射したところ、誤って炎が第1診察室の壁・柱に燃え移った。その際、X病院と契約をしている警備会社から警備担当として派遣されていた新人の夜警員Bは、同診察室で火災を現認したが、あまりの火の勢いに強い恐怖を感じ、たまたま居合わせた清掃員に消防署に通報するように依頼しただけで退避した。X病院と警備会社との契約においては、火災等が発生した場合には、発生の事実と出火場所等を病院関係者や患者に速やかに通報し、消防への連絡や避難誘導等を行うことが夜警員の職責とされていた。

出火当時、当直看護師Cは旧館2階の看護師詰所にいて、階段から上ってくる煙を認めて火災に気づいたが、極度に狼狽し、旧館2階非常口の鍵を看護師詰所から取り出して非常口を開錠することや、旧館2階の新生児室から同室に備付けられていた新生児搬出用担架で新生児を搬出することについては思い及ばなかった。

なお、新生児6名のうち3名については助産婦Dの精一杯の救出行為によって助かった。しかし、残りの3名の新生児（V1ないしV3）については全く救出行為がなされずに新生児室に放置されて焼死し、また、入院患者であるV4については、前記非常口のすぐそばまでたどり着いたが、非常口が閉鎖されたままであったため脱出することができず焼死した。

X病院では、看護部長Eが、火災の場合における非常口の開錠および新生児の搬出については日頃からCを含む部下看護師に対して口頭で指示をしていた。しかし、病院長である甲は、日々の多忙な診察業務に追われて安全体制の確立を軽視していたため、火災発生の際における従業員らの避難誘導手順や役割分担を示す行動準則を定めたり、これを従業員に周知徹底させ、これに基づく避難誘導訓練を実施したりすることを、病院長になって以降一度も行っていなかった。なお、本件火災により発生した入院患者等の死亡という結果については、当時の当直人員の人数ならびにX病院の物的設備の下で回避不能であったとまでは認められない状況であった。

- 3 X病院の近くに住む乙は、生活に困窮し、何か盗めるものなどはないかと考えて街中をうろついていたところ、偶然X病院の火災現場に居合わせた。乙は、火事場の混乱に乗じて盗みを働き、盗品を売却して現金を得ることを思いつき、火事で騒ぎになっているX病院旧館1階の裏口から建物内に入っていった。

そして、乙は、すでに誰も居ない旧館2階の看護師詰所に入っていく、デスク上に設置されたX病院所有の最新型ノートパソコン1台（時価相当額13万円）を自己のかばんの中に入れ、詰所を立ち去った。

さらに、乙は旧館の出口に向かって歩いていたが、2階廊下に何者かが落とした財布を発見し、中身を確認したところ、現金が約3万円ほど入っていることが分かったため、財布を自己のズボンのポケットに押し込み、旧館から立ち去った。この財布は入院患者であるV4が火事から逃れようとして走っている際に落としたものであった。なお、乙が財布をポケットに押し込み、旧館を立ち去った時点において、V4はすでに火災に巻き込まれて死亡していた。

- 4 乙は、X病院を立ち去った後、その足で友人である丙の家に行き、すべての事情を隠したうえで、同人に対して上記パソコンを渡し、「このパソコンは自分の物であるが、必要なくなったので、中のデータをすべて初期化したうえで、最低でも10万円で買ってくれる買主を探してくれないか。お礼はできなくて申し訳ないんだけど。」と依頼した。丙はこれを了承してパソコンを預かり、自宅へと持ち帰った。

その3日後、丙は自宅で上記パソコンの初期化作業をしようとしていたところ、保存されているデータから、それが数日前に火災が発生したX病院で使われていたものであると気づいた。丙は、パソコンを乙から預かった日とX病院の火災の日が同じ日であったことから、当該パソコンは乙がX病院から盗んできたものかもしれないと考えた。

被害者に売った方が高値で売れるのではないかと思いついた丙は、2日後、匿名で甲に電話をかけ、「あなたの病院で使われていた、患者のデータが入ったパソコンを火事に乗じて盗んだ者を知っている。私がその者と交渉してパソコンをあなたが買い取ることができるようにしてあげてもよいがどうか。」と持ちかけた。甲は、火事で入院患者等に死傷者が出たのみならず、万が一患者の個人情報まで流出するようなことがあっては病院の評判も回復できないほど地に堕ちてしまうと考え、「40万円をお支払いするので、なんとかパソコンを買い戻したい。」と交渉に応じた。

4日後、丙は事前に聞いていた甲の家にパソコンを持って直接出向き、パソコンを渡すのと引き換えに甲から現金40万円の交付を受け、約束通りこれを乙に渡した。

2019年3月17日

担当：弁護士 佐藤栄晃

参考答案 〔刑法Ⅱ〕

第1 甲の罪責（以下、刑法の法令名は省略する） 1 V1ないしV4に対する業務上過失致死罪（211条）の成否 (1) 本件では、甲が火災発生の際の安全体制確立を怠った点につき、不作為の監督過失が問題となる。では、そもそも甲は結果回避に向けた作為を行う義務の主体となりうる保障人的地位を有するか。 甲は平成15年からX病院の病院長となり、有事の際の危機管理を含む管理部門全体を統括していたところ、病院は多数の者が出入りし、入院しており、火災発生の危険を常にはらんでいる施設である。甲はかかる危険源を管理しているのであるから、外来及び入院患者等の生命身体安全は甲に依存しているものといえ、甲は病院長となることでそれを自ら引き受けたといえ、保障人的地位にあるといえる。 よって、甲は結果回避に向けた作為を行う義務の主体となりうる。 (2) 「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復継続して従事する事務をいう。甲は上述のとおりX病院の病院長としての地位に基づき、平成15年以降、同病院の管理部門を全体として統括するという事務に反復継続して従事していたのであるから、「業務」性を充足する。 (3) 「必要な注意を怠」ったこと、すなわち過失とは、予見可能性及び結果回避可能性を前提とする結果回避義務違反をいう。 ア 予見可能性は、一般人の注意能力を基準に、特定の構成要件の結果及び結果発生に至る因果関係の基本部分についての予見を要する。	X病院は多数の者が出入りするうえに火災発生の危険もあり、一旦火災が発生すると入通院患者等に多数の死傷者がでる可能性のある施設である。したがって、火災発生に備えた安全体制の確立を怠れば、実際に火災が発生した場合に従業員が適切な救助・避難活動を行えずに死者が出るという因果関係の基本部分及び人の死と結果が生じることにつき一般人の注意力をもってすれば予見が可能であったといえる。 イ 甲は平成15年に病院長となって以降、長期にわたり安全対策の確立を行っておらず、これを行えなかった事情は特に存在しない。また、当時の当直人員の人数ならびにX病院の物的設備の下では、V1らの死亡の結果を回避することが不可能であったとまでは認められないから、甲は、X病院の病院長として結果回避義務を履行することが可能であり、かつ履行していれば結果発生を防ぐことが可能であったといえ、結果回避可能性も認められる。 ウ 甲には、火災によりV1らが死亡するという結果を回避すべく、火災発生時の従業員らの行動準則を定めてこれを周知徹底させ、避難誘導訓練を行うべき義務があつたにもかかわらず、漫然とこれを怠っていた結果回避義務違反が認められるようにも思える。 しかしながら、Bは避難誘導等を行わずに火災現場から退避し、Cも看護師長Eからの指示を忘れ、非常口扉の開閉や新生児の救出を失念するなど、夜警員・当直看護師としての基本的職務を全うしていない。かかる両人の異常な行動を甲が予測するのは難しく、
--	---

甲はBやCが救助避難のための最低限の措置をとることを信頼してしかるべきである。 よって、信頼の原則により甲は結果回避義務が免除され、過失は認められない以上、甲には業務上過失致死罪は成立しない。	領得の意思も認められるから、同人には窃盗罪が成立する (③)。 4 以上の罪責につき、①と②は手段と結果の関係にあるものとして牽連犯 (5 4 条 1 項) となり、③とは併合罪 (4 5 条) となる。
第 2 乙の罪責 1 建造物侵入罪 (1 3 0 条前段) の成否 乙は、「建造物」たるX病院旧館に1階裏口から入っているとこ ろ、窃盗目的での立ち入りは管理権者たる病院長甲の意思に反す る立ち入りであり、「侵入」にあたる。したがって、建造物侵入罪 が成立する (①)。 2 占有離脱物横領罪 (2 5 4 条) の成否 (1) 既に死亡している乙が生前に落とした財布及びその中身は「占有を離れた他人の物」にあたる。占有とは財物に対する事実上の支配・管理をいうところ、X病院では不特定多数者が自由に出入りし、管理者である甲の事実上の支配が十分に及んでいるとは言い難いからである。 (2) そして、財布及び現金3万円をポケットに押し込む行為は、不法領得の意思の発現に他ならず、「横領」にあたるから、乙には占有離脱物横領罪が成立する (②)。 3 窃盗罪 (2 3 5 条) の成否 乙は、「他人の物」であるX病院所有のノートパソコンを自己のかばんに入れて占有を移転することで「窃取」しており、かつ不法	第 3 丙の罪責 1 盗品保管罪 (2 5 6 条 2 項) の成否 丙は、「盗品」である本件パソコンの売却を乙に依頼され、「保管」すなわち委託を受けた占有・管理を開始したが、この時点では盗品であることを認識しておらず故意を欠くため、盗品保管罪は成立しない。 もっとも、丙は3日後に当該パソコンは乙がX病院から盗んできた物であると考え、盗品性を認識するに至っている。盗品等罪の本質は被害者の正常な回復追求権の侵害と本犯助長犯的性格にあるところ、盗品性認識後に「保管」を継続した場合も、被害者の回復追求権は害され、本犯を助長することになるのであるから、同日以降の保管行為につき、盗品保管罪が成立する。 2 盗品有償あっせん罪 (2 5 6 条 2 項) の成否 (1) 「有償の処分のあっせん」とは、売買等の有償処分の仲介をいい、本罪の本犯助長犯的性格を重視し、「あっせん」すなわち仲介行為がなされた時点で既遂となると解する。本件で丙が「盗品」たる本件パソコンの買取を電話で甲にもちかける行為は売買の仲介に他ならないから、かかる行為は「有償処分のあっせん」にあたる。 (2) なお、本件では被害者を処分の相手方とするあっせんがなされているものの、本罪の成立を妨げない。盗品等罪の本質は上述のと

おりであるところ、処分の相手方が被害者であっても、有償である以上「正常な」回復追求権行使は害され、盗品等罪を助長し誘発するおそれが損じることには変わりはないからである。

したがって、丙には盗品有償処分あっせん罪が成立する。

3 以上の罪責につき、盗品保管罪と盗品有償あっせん罪は1個の追求権を侵害するものとして包括一罪となる。

以 上

2019年3月17日

担当：弁護士 佐藤栄晃

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
甲の罪責	(19)		
業務上過失致死罪の検討			
安全体制確立義務の主体性(保障人的地位の有無)		3	
過失犯の要件定立		2	
業務性	2	14	
予見可能性	4		
結果回避可能性	3		
結果回避義務違反	2		
信頼の原則の適否	3		
(コメント)			
過失犯の要件(因果関係を含む)は、本採点基準通りでなくとも内容に応じて同様の点数を与える場合がある。 信頼の原則の位置付けについても同様である。			
乙の罪責	(9)		
1 建造物侵入罪の検討		2	
2 占有離脱物横領罪の検討			
「占有を離れた他人の物」		2	
「横領」		1	
3 窃盗罪			
「他人の物」		1	
「窃取」		1	
4 罪数		2	
丙の罪責	(12)		
1 盗品保管罪の検討			
「盗品」		1	
「保管」		2	
盗品性の認識(保管後に盗品性を認識した場合の盗品保管罪の成否)		3	
2 盗品有償あっせん罪の検討			
「有償の処分のあっせん」		1	
既遂時期		1	
被害者を処分の相手方とするあっせん罪の成否		3	
3 罪数		1	
裁量点	(10)	10	
合 計	(50)	50	

刑法Ⅱ 解説レジュメ

第1 出題の趣旨

今回の刑法Ⅱにおいては、総論については過失犯のうち監督過失に関わる分野を、各論については主に財産犯（特に盗品関与罪）に関する分野を出題している。

本問は、あくまで各分野の基本的な要件・知識や判例に対する理解が本当に身に付いているのかを再確認してもらうことに主眼をおいている。また、限られた時間の中で最後まで書き切るためにどうすればいいかを考える契機となるよう、いわゆる「論証パターン」をそのまま貼付けていたのでは時間的にも分量的にも書ききれないように作っている（本番でも、いかにメリハリのある答案を書けるかが可否に関わる重要なポイントでもある）。

そういう意味では、予備試験本番も迫っている中で、知識面・理論面のみならず答案作成上の技術面という観点からも、受講生が自己の弱点を再認識するきっかけとなれば幸いである。

第2 甲の罪責

1 ポイント

まず、病院長である甲の罪責については、業務上過失致死罪の成否を検討する中で、いわゆる監督過失が認められるかが問題となる。監督過失の問題であっても、あくまで過失犯の基本的な要件をおさえられており、その要件にしたがって事案を分析できるかが問われている。過失犯は、司法試験においては平成23年に出題されているが、予備試験においては一度も出題がなされておらず、今後も十分に出題が考えられる重要分野である。

また、本問は甲が火災発生に備えて従業員らの避難誘導手順や役割分担を示す行動準則を定め、これを従業員に周知徹底させ、避難誘導訓練を実施することを怠ったという不作為を問題とするものであるから、そもそも前提として甲が作為義務を認めるべき保障人的地位にあるといえるかが検討されるべきである。

さらに、本問では夜警員や当直看護師の不適切な行動があったという事情があるため、いわゆる「信頼の原則」が問題となりうる。本件のような事案でそもそも信頼の原則の適用があるのかという問題はあるが、仮にこれを肯定する場合、過失犯の要件との関係で信頼の原則がどのように位置付けられるのかについても意識した論述が求められる。

2 保障人的地位の有無

(1) 問題の所在

上述のとおり、本問は病院長である甲が火災発生に備えて従業員らの避難誘導手順や役割分担を示す行動準則を定め、これを従業員に周知徹底させ、避難誘導訓練を実施することを怠ったという、防火管理に関する安全体制確立義務違反が問題となる。

そこでまず、安全体制確立義務がいかなる者に課せられるものであるかという義務の主体性が検討されるべきである（これは実行行為者の特定の問題とも言えよう。）。

(2) 保障人的地位の有無

病院長である甲が安全体制確立義務の主体となりうるかというのは、甲が作為義務を負うべき地位にあるかという問題であるから、故意犯の不真正不作為犯におけるのと同様、保障人的地位

の有無が問題となる。

そして、保障人的地位にあるか否かの判断を分けるメルクマールとしては、法令・契約、条理・慣習、事務管理、先行行為、危険の引き受け、排他的支配領域の設定等が挙げられる。問題文の中からこれらに対応する事実を拾って評価し、甲に保障人的地位が認められるか説得力のある論述をすることが求められる。

本問では、甲はX病院の病院長として、病院の経営及び管理部門（有事の際の危機管理を含む）全体を統括しているのであるから、病院の安全管理についての最高責任者であるということができる。病院という施設は、その性質上、不特定多数の者が通院等により出入りし、また入院している建物であるから、火災発生の危険を常にはらんでいる危険源であり、甲はその安全管理の最高責任者となることで入通院患者等の生命・身体の安全は甲に依存しており（排他的支配）、甲は病院長となることで自らそれを引き受けている（危険の引き受け）と評価できる。

したがって、甲は保障人的地位にあるということができよう。

なお、本解説では、甲が保障人的地位にあるか否かという問題を過失犯の要件検討に入るいわば前提として検討しているが、そこで考慮される事情は多くの場合過失犯の各要件（予見可能性、結果回避可能性等）と共通するものと考えられる。もっとも、理論的には甲に具体的な注意義務違反があったか否かという問題と、そもそも甲が管理監督上の責任を問われる可能性のある地位にあるのかという問題とは別問題であるから、先に保障人的地位の有無を検討する方が丁寧であろう。

3 過失犯の各要件の検討

（1）要件の定立

予見義務違反に加えて結果回避義務違反を過失の要件とすることにより、「開かれた構成要件」である過失犯の成立範囲を限定すべきであるという新過失論に立つ場合、そもそも結果を予見することができない場合には結果を回避することも不可能であるから、結果回避義務違反があったかどうかを判断する前提として、まず予見可能性があったかどうかを判断する必要がある。

また、結果を予見できたとしても、行為当時の具体的状況下で行為者がそのような措置を講ずることが不可能であったときには、やはり行為者に結果回避義務を負わせることはできない。そのため、結果回避義務違反の前提として、結果回避可能性が必要となる。

このようにして、新過失論においては、【予見可能性、結果回避可能性、結果回避義務違反】という順序で過失犯の実行行為性を判断することになる。

（2）予見可能性について

予見可能性については、①どの程度の予見可能性が必要か、②どの範囲の事実について予見可能であることが必要か、③誰を基準として予見可能性の有無を判断すべきかが問題となる。

まず、①について、現在の判例・通説は、予見可能性は具体的なものでなければならないとして具体的予見可能性を要求している。例えば、自動車運転の場合、「自動車を運転すれば何か事故が起きるかもしれない」という漠然とした予見可能性では足りず、「このような人通りが多くて道幅が狭い道路を時速 80km で自動車を走行させているのであるから、周囲の人に衝突し、死傷の結果が生じるかもしれない」という程度の具体的な予見可能性が要求されるのである。

また、②について判例は「特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見」を意味するとしている（札幌高判昭和 51 年 3 月 18 日-北大電気メス事件）。

もっとも、結果発生の日時・場所等をすべて具体的に予見することは不可能であるから、錯誤論における法定的符号説に立脚して、例えば「およそ人の死」が生じることの予見可能性で足りると解されている。

さらに、③について、構成要件該当性は一般的・類型的判断であるから、行為者と同じ立場に

ある通常人（一般人）を基準に判断されるべきである。

本件では、上述のとおり病院は火災発生の危険を常にはらんでおり、新生児や自力歩行が困難な患者が入院していることから、火災発生の際に適切な救助・避難活動がなされなければ入通院患者に危険が生じる可能性のある施設である。ましてや、X病院は昭和 55 年から続く木造建築の旧館を有する病院であり、旧館においてはボイラーや暖房施設を当初のまま利用している状況にあったのだから、冬場の北海道であったことも考えると、火気の使用による出火が一層予見できる状況であったとさえいえる。

そのような中で、X病院の安全管理についての最高責任者でもある甲が火災発生の際の救助・避難に向けた安全体制を確立しなければ、火災発生時に職員が適切な行動をとれず、逃げ遅れた入院患者等に死傷者が出ることは一般人を基準にみても予見可能であったといえる。

このように解した場合、甲の予見可能性を肯定することができる。もっとも、後述の信頼の原則について、予見可能性の中で判断する見解に立ち、夜警員や当直看護師の異常な行動まで予測することは不可能であったとして予見可能性を否定することも可能であろう。

（３）結果回避可能性について

結果回避可能性については、①行為者がその結果回避義務を履行することが可能であったか、②その結果回避義務を履行すれば結果発生を防ぐことができたかを検討することになる。

本件で、甲は平成 15 年 4 月にX病院の病院長となって以降、長年にわたり日々の多忙な診療業務に追われて安全体制の確立を軽視していたことにより安全体制確立を怠っていたのであり、これを行えない客観的・合理的な理由は存しないため、安全体制確立義務の履行は可能であったといえる。また、火災により発生した入院患者等の死亡という結果については、当時の当直人員の人数ならびにX病院の物的設備の下で回避不能ではなかったのであるから、甲が安全体制確立義務を履行していればV 1 らの死亡という結果を防ぐことができたといえる。

したがって、甲に結果回避義務も認められる。

なお、行為者が適切な行為をとっていてもやはり結果が発生したであろう場合には、結果回避可能性を欠くことになるが、別の行為をしていたとしても同じ結果が発生したであろうときには条件関係がなく因果関係も否定されることになる。その意味では、結果回避可能性は因果関係の問題でもあるといえる。もっとも、因果関係の問題の前に、そもそも過失が認められるか否かが問題となるのであるから、判断の順序としては、理論的にはまずは結果回避可能性からとなろう。

（４）結果回避義務違反

以上より、甲には予見可能性と結果回避可能性が認められることから、本件においては安全体制確立義務、すなわち火災発生の際における従業員らの避難誘導手順や役割分担を示す行動準則を定めたり、これを従業員に周知徹底させ、これに基づく避難誘導訓練を実施する義務があったとして、これを怠った甲には結果回避義務違反があるといえるようにも思える。しかし、本件では次のとおり、信頼の原則が問題となりうる。

4 信頼の原則

（１）信頼の原則の過失犯構造における位置付け

信頼の原則とは、行為者がある行為を行うにあたって、被害者あるいは第三者が適切な行動を信頼するのが相当な場合、その不適切な行動により結果が生じたとしても過失犯は成立しないとする考え方をいう。

信頼の原則の過失構造論における位置付けについては争いがあるが、大まかに分けるならば、①結果回避義務を免除する基準（予見可能性→結果回避可能性→結果回避義務違反という過失犯

成立要件の例外として外部から修正するもの)であるとするものと、②一般の過失犯成立要件の判断方法の一つ(特に予見可能性を認定する基準)であるとするものとに分かれる。両説はそれぞれ、行為者に法規違反がある場合に、①からは信頼の原則の適用が否定されるとの見解(クリーン・ハンズの原則)に結びつきやすいのに対し、②からは法規違反の点は他者の行動の予見可能性には影響しないとして信頼の原則が肯定されるという見解に結びつきやすいとされる。

(2) 管理・監督過失と信頼の原則

信頼の原則は、もともと自動車運転者相互のように、危険を合理的に分配することによって、道路交通における交通関与者の事故防止のための協力関係を推進することを期待して組み立てられた法理である。

それに対し、本件火災のような管理・監督過失事案に信頼の原則を適用することは、被害者(本件でいう新生児や入院患者)を犠牲にし、責任を末端の従業員に押し付ける結果になると批判的な立場もある。もっとも、判例は「安全教育又は指示を徹底しておきさえすれば、通常、熟練技術員らの側においてこれを遵守するものと信用することが許される」と判示して信頼の原則の適用の余地を認めている。

(3) 本件における信頼の原則の適否

本件では、夜警員Bは避難誘導等を行わずに火災現場から退避し、当直看護師Cも看護師長Eからの指示を忘れ、非常口扉の開閉や新生児の救出を失念するなど、夜警員・当直看護師としての基本的職務を全うしていない。かかる両人の異常な行動を甲が予測するのは難しく、甲はBやCが救助避難のための最低限の措置をとることを信頼してしかるべきと解するのであれば、①の見解によれば予見可能性が否定され、②の見解によれば結果回避義務なしとして過失犯は不成立ということになる。

第3 乙の罪責

1 建造物侵入罪の検討

生活に困窮し、何か盗めるものなどはないかと考えて街中をうろついていた乙が、偶然X病院の火災現場に居合わせ、火事場の混乱に乗じて盗みを働く目的でX病院旧館1階の裏口から建物内に立ち入った点について、建造物侵入罪の成否を検討する必要がある。

この点について、「侵入」とは管理権者の意思に反して住居等に立ち入ることをいうところ、乙が火事場泥棒をする目的でX病院に立ち入ることは、管理権者である病院長甲の意思に反する立ち入りといえ、「侵入」にあたる。

また、X病院が「住居」「邸宅」「建造物」のいずれに該当するかも一応問題となる。「住居」とは人が起臥寝食の用に供する建物をいうから、病院は「住居」に該当するようにも思える。もっとも、多くの裁判例は病院を「住居」ではなく「建造物」とであると解しているようである。

2 占有離脱物横領罪の検討

(1) 占有の有無及び所在

乙が旧館2階の廊下で何者かの財布を発見し、中身の現金3万円とともにこれを自己のズボンのポケットに入れた点については、窃盗罪または占有離脱物横領罪が成立することになる。

窃盗罪は他人の占有する財物について成立するものであるところ、財布等を乙がポケットに入れた時点において財布の持ち主であったV4はすでに死亡していたのであるから、乙の占有を観

念することはできない（死者の占有が論点となる事案でもない）。

もっとも、当該財布はX病院の廊下に落ちていたものであるから、同病院の管理者である甲に占有があるのではないかという点は検討されるべきである。ある者が占有を失っても、その財物が建物の管理者など第三者の占有に移る場合には、なお占有が認められるからである。

この点、占有とは財物に対する事実的支配・管理を意味するのであり、例えば、宿泊客が旅館内のトイレに遺失した財布や、旅館内の風呂の脱衣所に置き忘れた時計などについては、旅館主の占有に属するものとされる。他方、電車の座席や網棚のように、一般人の出入りが自由であり管理者の事実的支配が十分に及んでいないような場所に置き忘れられた物については占有が否定される（大判大正 15 年 11 月 2 日刑集 5 巻 491 頁など）。X病院は新館と旧館とで構成される比較的大きな病院であり、また不特定多数者が出入りする場所であることに鑑みれば、管理者である甲の事実的支配が及んでいるとはいいがたく、甲の占有を認めることも難しいであろう。

したがって、当該財布等については、「占有を離れた他人の物」にあたり、占有離脱物横領罪の成否が検討されるべきといえよう。

（２）「横領」

「横領」とは、領得行為すなわち不法領得の意思を実現する一切の行為をいい、不法領得の意思が外部に発現したときに既遂となる。

乙が、「占有を離れた他人の物」である財布及び現金をポケットに押し込む行為は、まさに不法領得の意思が外部に発現したものといえる。

3 窃盗罪の検討

乙が旧館 2 階の看護師詰所のデスク上に置かれたX病院所有の新型ノートパソコンを自己のかばんの中に入れて立ち去った点については、特に大きな論点はない。窃盗罪が成立することをコンパクトに論じる必要がある。

なお、「窃取」とは、他人の占有する他人の財物を、その占有者の意思に反して自己の占有に移転させる行為をいう。本問では論じるべきことが多いため窃盗罪の検討に多くの時間や分量を割くことは適当ではないものの、そのような場合でも「窃取」の意義をふまえた論述を意識すべきである。

4 罪数処理

本問では、建造物侵入罪と窃盗罪、建造物侵入罪と占有離脱物横領罪が牽連犯（54 条 1 項）の関係になるかが問題となる。

ある犯罪どうしが牽連犯となるためには、「犯人が主観的にその一方を他方の手段又は結果の関係において実行したというだけでは足りず、その数罪間にその罪質上通例手段結果の関係が存在すべき」とあると考えられている（最判昭和 32 年 7 月 18 日刑集 11 巻 7 号 1861 頁）。

この点、建造物侵入罪と窃盗罪とは、通常建造物への侵入は窃盗という行為を目的とし、それを実現するための手段として行われるという関係にあるといえるから、牽連犯となる（大判明治 45 年 5 月 23 日刑録 18 輯 658 頁）。

他方、窃盗罪の客体が何者かが占有している物であるのに対し、占有離脱物横領罪の客体は「他人の占有を離れた物」であることに鑑みれば、建造物侵入罪との関係において、通常手段と結果の関係にあるとはいい難く、牽連犯とはならないと考えられる。

そうすると、建造物侵入罪と窃盗罪とは科刑上一罪となり、占有離脱物横領罪とは併合罪（45 条）となる。

第4 丙の罪責

1 盗品保管罪の検討

(1) 保護法益及び罪質

盗品保管罪（256条2項）を含む盗品関与罪の保護法益は、財産罪被害者の被害財物に対する追求権（回復・返還請求権）であり、盗品関与罪の本質は、かかる追求権を侵害すること及び本犯助長的性格であると解されている。

本犯助長的性格とは、財産犯の本犯者による盗品の保持や換金行為を事後的に援助することにより、財産犯罪が制度的に助長されてしまうという性格をいう。

盗品関与罪においては、その犯罪の本質が、各論点を検討する際の重要な視点となる。

(2) 盗品保管罪の検討

盗品保管罪の客体は、「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」である。

そして、「保管」とは、委託を受けて盗品等を占有・管理することをいうところ、盗品関与罪はいずれも原則として各行為の開始時点において盗品等であるという事情を知っていること（盗品性の認識）を要する。なお、盗品性の認識は未必的なもので足り、なんらかの財産罪により領得されたものであることを認識していればよく、本犯者や被害者が誰であるかの認識も不要である。

もっとも、本件で、丙は乙から委託を受けてパソコンの占有を開始した時点ではこれが盗品であることを全く認識しておらず、その3日後に中のデータを確認していた際にはじめて盗品であることを認識するに至っている。

この点について、情を知った後に保管を継続する行為によっても、本罪の罪質である追求権侵害ないし本犯助長的性格は認められるとして、本罪の成立を肯定する見解が有力であり、判例も本罪の成立を肯定している（最判昭和50年6月12日刑集29巻6号365頁）。

2 盗品有償あっせん罪の検討

(1) あっせん行為と既遂時期

「有償の処分のあっせん」とは、盗品等に関して売買等の有償の処分の仲介をすることをいい、あっせん行為自体が有償か無償かは問わない（最判昭和25年8月9日刑集4巻8号1556頁）。

また、本罪の既遂時期をどの時点とすべきかについては見解が分かれている。あっせんの依頼を受けただけでは本罪は成立しないが、あっせん行為（＝仲介行為）がなされれば本罪が成立し、その後の盗品等の移転はおろか契約の成立も必要でないとするのが判例である。条文の文言や本罪の本犯助長犯的性格を重視すれば、そのような結論になると思われる。他方で、追求権侵害という観点から、現実に移転したことを要するとの見解もある。

本件では、丙は甲と盗品であるパソコンの売買契約を成立させ、実際にこれを甲に手渡しているものであるから、いずれの見解に立っても本罪が成立するものといえよう。

(2) 被害者を相手方とする有償処分あっせん罪の成否

丙は、被害者（側）である甲を相手方として盗品であるパソコンを処分することをあっせんしているため、このように被害者を相手方とする有償処分あっせん罪の成立が認められるかが問題となる。

最判平成14年7月1日は、「盗品等の有償の処分のあっせんをする行為は、盗品等の被害者を処分の相手方とする場合であっても、被害者による盗品等の正常な回復を困難にするばかりでなく、窃盗等の犯罪を助長し誘発するおそれのある行為である」ことを理由に、本罪の成立を肯定している。

本罪の保護法益である被害者の回復追求権は、あくまで「正常な」回復追求権であるといえることができる。被害者は、本来、無償での返還請求をする権利があるのであり、意に反した支出を余儀なくされた場合には、追求権の正常な行使を妨げられているといえることができるから、判例の見解が支持されるべきであると考えられる。

3 罪数処理

盗品保管罪と盗品有償処分あっせん罪は、甲の回復追求権という1個の権利を侵害するものと認められうるから、包括的に評価されて一罪となる。

【参考文献等】

- 1 井田良「講義刑法学・総論」有斐閣 2012/5/20
- 2 大塚裕史ほか「基本刑法Ⅰ-総論（第2版）」2016/3/20
- 3 西田典之「刑法各論（第5版）」弘文堂 2010/3/19
- 4 山口厚「監督過失」法学教室190号40頁
- 5 大塚裕史「過失-監督過失」法学教室202号33頁
- 6 西田典之ほか「刑法の争点」有斐閣 2007/10
- 7 大塚裕史「刑法総論の思考方法（第4版）」早稲田経営出版 2012/4/1
- 8 札幌高判昭和56年1月22日判時994号129頁（白石中央病院事件）
- 9 札幌高判昭和51年3月18日判時820号26頁（北大電気メス事件）

以 上

2019年3月17日

担当：弁護士 佐藤栄晃

最優秀答案

回答者 Y K 36点

第1 甲の罪責

- 1 出火当時、Cが非常口を開錠することや、新生児の搬出を怠った行為につき、甲に業務上過失致死罪（刑法（以下当該法令名省略）211条）が成立するか。
- 2 (1)「業務」とは人が社会生活上の地位に基づいて継続して行う行為のうち、他人の生命侵害の危険を有するものをいう。
(2)甲はX病院の理事長兼病院長であり、管理部門全体を統括しており、当該職業は社会生活上の地位に基づいて行うものであり、患者の生命侵害の危険を有するものである。
(3)よって「業務」にあたる。
- 3 甲に「過失」はあるか
(1)「過失」には監督過失も含まれる。「過失」とは結果予見可能性を前提とした結果回避義務違反をいう。
(2)X病院は接続された新館と旧館で構成されており、旧館は昭和55年に建てられた木造2階建てである。そして旧館は古いこともあり、暖房設備は当初のままであった。また新館には入院室があり旧館には新生児室があった。これらの事情から、甲には暖房設備等の劣化により火災が発生し、火が木造建物に容易に燃え移り、新生児、入院患者に死傷の結果が生じることが予見できたといえる。それにも関わらず、甲は多忙な業務から安全体制の確立を軽視し、避難誘導手順や役割分担を定めたり、これを従業員に周知徹底させ、これに基づく避難誘導訓練を実施することを病院長になって一度も行っていなかった。確かに夜警員のBがその職責に反し被害が拡大し、また看護師長Eは日頃から新生児の搬出等についてCらに口頭で指示していたという事情もある。しかしBの過失はV1ないしV4の死に対し甲を免責するまでのものではなく、またEの指示も口頭に止まり生命という重大な法益を考慮すると注意義務を尽くしたとは言い難い。従って甲に結果回避義務違反は認められ、それがCの上記行為を引き起こしたといえる。
(3)よって甲に「過失」は認められる。

4 V1ないしV4は死亡しており、その結果は当時の当直人員の人数ならびにX病院の物的設備の下で回避不能であったとまでは認められず、因果関係も認められる。

5 よって甲に業務上過失致死罪が認められる。

第2 乙の罪責

1 X病院に立ち入った行為

乙は盗みのためにX病院に立ち入っており、X病院を管理する甲の合理的意思に反する立ち入りをしたといえ、「侵入」したといえる。

よって住居侵入罪（130条）が成立する。

2 ノートパソコン1台をカバンの中に入れた行為

(1)ノートパソコンはX病院所有であるため「他人の財物」にあたる。

(2)乙はX病院の意思に反しノートパソコンを自己の占有化に置いているといえ、「窃取」したといえる。

(3)乙はノートパソコンをその財産的価値に目を付け売却しようとしており、権利者排除意思及び利用処分意思が認められ、不法領得の意思がある。また自身の行為を認識認容しているため故意もある。

(4)よって「窃盗罪」（235条）が成立する。

3 財布を自己のズボンのポケットに押し込んだ行為

(1)財布につきV4の占有は行為時に及んでいるか。窃盗罪の成否の観点から問題となる。

本件で乙が財布をポケットに押し込んだ時点においてV4は既に死亡していた。またV4の死因は焼死であり乙が殺した訳ではない。従って死者に占有は認められないところ、財布にV4の占有が及んでいるとはいえない。

よって窃盗罪は成立せず遺失物横領（254条）が問題となる。

(2)「遺失物」とは意図せず占有を離れた他人の物をいうところ、財布はV4が走ってる際に落としたものであるから、「遺失物」にあたる。

(3)「横領」は不法領得の意思を発現させる一切の行為をいう。ここでいう不法領得の意思とは、委託信任関係に背きその物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

本件で乙は財布の中身を確認し3万円が入っていることが分かったためポケットに押し込んでいる。これは3万円を自己のために消費しようという意思のあらわれであり、当該行為は不法領得の意思を発現させる行為といえる。

よって、乙は「横領」したといえる。

(4)乙には前述のように不法領得の意思があり、また自身の行為を認識認容していることから、故意もある。

(5)よって遺失物横領罪が成立する。

4 罪数

住居侵入と窃盗は類型的に手段・結果の関係にあるので牽連犯(54条1項)となり、遺失物横領とは併合罪(45条前段)となる。

第3 丙の罪責

1 パソコンを甲に引き渡した行為につき、盗品等有償処分あっせん罪が成立するか(256条2項)

2 パソコンは「盗品」であり「前項に規定する物」にあたる(256条1項)

3 「有償」といえるか。丙が乙から何ら見返りを受けていないため問題となる。「有償」とはあっせん行為自体が有償であることを意味し、行為者がそれにつき報酬を受けることを要しない。なぜならあっせん行為を処罰する趣旨が本犯助長性及び所有者の追求権の保護にあるからである。

よって「有償」といえる。

4 被害者に対するあっせん行為は「あっせん」に該当するか。

前述の通り保護法益が被害者の追求権にあるところ、正当な追求権の行使を阻害されたとして、被害者に対する「あっせん」も認められる。

よって本件で被害者甲にあっせんしているものの、「あっせん」行為は成立する。

5 丙はあっせんのために保管している途中に盗品であることに気付いているが、このような場合でも故意は認められる。

6 よって盗品等有償処分あっせん罪が成立する。

以 上

採点講評

(2019年3月17日 刑法Ⅱ)

第1 全体について

- ・本問で出題した論点自体は基本的なものばかりでしたが、論証が曖昧不明確な答案や基本的な概念・要件が不正確な答案が散見された点は残念でした。
- ・本問は論じるべき点も多く、時間的にも分量的にもやや厳しかったとは思いますが、その中でも最後まで書ききっている答案もあり、実力がうかがわれました。時間が足りなかった方は、普段からメリハリのある答案を書く練習をするようにしてみてください。

第2 甲の罪責について

- ・ほとんどの答案が過失犯（監督過失）について触れられていました。
甲の保障人的地位について言及できていた答案はほぼ皆無でしたが、本問の狙いはあくまでそのような論点があることを知ってもらう点にあったので、今回書けなかったことはあまり気にしないでよいと思います。
他方、信頼の原則について触れていた答案もほとんどなく、これは気づいて欲しい論点でした。
- ・過失犯を検討するに当たり、①予見可能性の議論と、②結果回避可能性の議論とが区別できていない答案が散見されました。過失犯の成立要件については、これを機会に一度整理しておくとう良いと思います。

第3 乙の罪責について

- ・乙の罪責については、比較的よくできていました。
もっとも、構成要件の意義（定義）を明示しつつコンパクトに論じられている答案とそうでない答案とで実力の差が分かれる部分でもありました。

第4 丙の罪責について

- ・盗品関与罪の故意（盗品性の認識）は、原則として各関与行為の開始時において存在することが必要であり、かつそれで足りる。丙が途中で盗品

であることを認識した点については、保管罪との関係では問題となりますが、あつせん罪との関係では問題になりません。この点は再度確認しておくとういかに思われます。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2019年3月17日分 得点分布表

刑法Ⅱ

出席者 24名 平均点 19.9点

