

論文式試験問題集
[刑法Ⅱ]

[刑法Ⅱ]

甲の罪責について答えよ。

- 1 甲は、新興宗教の代表であり、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより難病を治癒させる特別の能力を持つなどとして信奉者を集め、信奉者から治療と称する行為を行って1回ごとに100万円の金銭を取得していた。
- 2 Vは、甲の信奉者であったが、脳内出血で倒れて都内の病院に緊急入院した。同病院の医師による懸命な治療により、生命に危険のない状態ではあるが、意識障害が残ったため、Vの生命維持のために常に痰の除去や水分の点滴等の医療措置を要し、継続して数週間の治療が必要であった。Vの息子Aは、やはり甲の信奉者であったが、Vに後遺障害の快癒を願ってすぎる思いで、Vの治療を甲に依頼した。
- 3 甲は、脳内出血等の重篤な患者につき治療を施したことはなかったが、Aの依頼を受け、滞在中の都内のホテルで同治療を行うことを引き受けた。Aは、Vの主治医にVを退院させて甲による治療を行う旨の提案をしたところ、主治医からVを退院させることはしばらく無理であるとの警告を受けた。Aは主治医から警告を受けたことを甲に相談すると、甲は「病院での治療は危険である。今日、明日が山場である。病院の治療を中止させて明日中にVを私のいるホテルまで連れてくるように。」などとAに指示した。Aは甲の指示を信じて、病院が行っているすべての医療措置を外して、未だに生命維持のために医療措置が必要な状態にあるVを入院中の病院から運び出させた。なお、甲はAに指示をした時点ではVが上記のような重篤な状態にあることを認識していなかった。
- 4 甲は、運び込まれたVの容態を見て、医療措置を受けなければVが死亡する危険があることを認識したが、自らの誤りをAに悟らせないために、Vが死亡してもやむを得ないと考え、治療を始めると言ってAをホテルの別の部屋に行くように指示し、部屋の中に甲とVの二人しかいない状態を作った。そして、甲は、治療と称して約1日かけてVの体に自らの手の平をかざす施術を行った。甲は、治療と称する施術を行っている間、Vに痰の除去や水分の点滴等の生命維持のために必要な医療措置を受けさせなかった。Aは、同じホテルの別室で待機していたが、甲の信奉者であったため甲のことを信頼しており、甲の治療と称する施術を中止して必要な医療措置を受けさせようとする考えを持つことができなかった。そのため、Vは、翌朝、痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡した。
- 5 甲が治療と称する施術を行ったホテルは、駅前にあり常時タクシーなどの公共交通機関の車両が停泊する場所であり、自動車で10分の場所にVの生命維持のために必要な医療措置を行える総合病院があった。
- 6 甲は、Vが死亡したことを確認し、ホテルの別室で待機していたAを呼び寄せた。Aに「残念だが、Vを病院から運んでくる時期が遅かったためにVは助からなかった。しかし、私が治療をしたおかげで、Vの病気がAに伝染することを防ぐことができた。しかし、常に私の力が及ぶわけではない。私の持つ特別な水を1週間ほど飲めばAの命は助かるだろう。100万円をお布施として納めれば特別な水を分けてやろう。」と言って、そして、甲は、Aに対して100万円で特別な水を買うように求めた。ちなみに、甲が持つ水は何の効用もない単なる水であったが、貴重な天然水であるため市場で100万円の価格で取引されるものであった。
- 7 Aは、甲の言葉を信じ、甲が持つ水を飲まなければ自分がVと同じ病気になり死亡してしまうと誤信して、甲に100万円を支払い、水を購入した。なお、Aは、甲の持つ水が何の効用もない水であれば、100万円を支払うことはなかった。

- 8 後日、Aは、Vが死亡したことに不信感を抱き、Vの遺体を受け取ると再度病院に依頼して、Vの死因を調べてもらったところ、Vが適切な医療措置を受けていれば生存していた可能性があり、かつ、甲の治療によって適切な医療措置を受けていなかったために死亡したことが判明し、甲の治療や言動が嘘であることを悟った。

2020年1月12日

担当：弁護士 横山賢司

参考答案 [刑法Ⅱ]

第1 本件で、甲の行為によりVは死亡しているが、甲に殺人罪が成立しないか。 1 本件では、甲は、ホテルまで運び込まれたVの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、Vに生命維持のために必要な医療措置を受けさせずに死亡させた。 そこで、甲に殺人罪の実行行為が認められるか、甲はVの生命維持のために必要な医療措置を行わなかった不作為により殺人を行っているため、不真正不作為犯による実行行為が認められるか問題となる。 (1) この点、不作為であっても作為犯の実行行為と同視できるほどの実質を備えている場合には、作為との同価値性が認められるので、不作為に実行行為性が認められるべきである。そして、法的な作為義務と作為の容易性・可能性が存在する場合には、不作為に実行行為との同価値性があり、実行行為性が認められる。 (2) では、甲に法的な作為義務が存在するか検討する。 甲は、Aに指示をして、病院が行っているすべての医療措置を中止させて、未だに生命維持のために医療措置が必要な状態にあるVを入院中の病院からホテルまで運び出させて、Vの生命の危険な状態を作出させている。 さらに、甲が治療と称する施術を行っている間、Aは同じホテルにいたが、甲の治療と称する施術を中止して必要な医療措置を受けさせようとする考えをすることができない状況であった。つ	まり、AがVのために必要な医療措置を受けさせる行動を行う可能性は乏しい。 そして、甲は、Aをホテルの部屋から出ていくように指示し、Vとホテルで二人しかいない状態を作出し、甲以外にVの生命を守るべき者がいない状況を作出している。 そうすると、甲は、自らの指示により甲以外にVの生命を守るべき者がいない状況を作出していることから、甲の行為によりVの生命に具体的な危険を生じさせており、Vの生命を守るべき法的な作為義務が発生している。 (3) また、甲がいるホテルから自動車で10分の場所にVの生命維持のために必要な医療措置を行うことができる総合病院がある。 そうすると、甲は、施術を中止して、救急車などの緊急車両を呼ぶか、自らタクシーなどの公共交通機関を使い病院に搬送するなどVの生命を守ることが容易かつ可能な状態にあった。 (4) したがって、甲には、Vの生命を守るべき法的な作為義務があり、かつ、Vの生命を守ることにつき作為が容易かつ可能な状態にあったことから、甲がVに適切な医療措置を受けさせなかった不作為に実行行為性が認められる。 2 そして、甲の不作為によりVは死亡しているので、Vの死亡の結果及び甲の不作為とVの死亡の間に因果関係が認められる。 3 甲は、Vがホテルに運び込まれた時点で、Vの容態を見て、医療措置を受けなければVが死亡する危険があることを認識したが、V
--	--

が死亡することやむを得ないと考えていたことから、Vの死亡につき未必の故意が認められる。 4 甲には違法性阻却事由及び責任阻却事由は認められない。 よって、甲に殺人罪が成立する。 第2 本件で、甲は、水の代金としてAから100万円を受け取っているが、甲に詐欺罪（246条1項）が成立しないか。 1 本件で、甲は、Aに対して、甲が持つ水は何の効用もない単なる水を、Vの病気がAに伝染しないための特別な水であると虚偽の説明を行っており、Aを「欺いて」いる。 Aは、甲の説明を信じて、甲が持つ水を飲まなければ自分がVと同じ病気になる死亡してしまうと錯誤に陥り、右の錯誤に基づき100万円を支払っており、甲はAに「財物を交付させ」ている。 そして、甲の欺いた行為からAの財物交付行為まで因果関係も認められる。 したがって、甲がAに水の代金として100万円を支払わせた行為は、詐欺罪の構成要件に該当する。 2 なお、甲は、Aに売りつけた水は、市場において100万円で購入されており、Aが価格相当の対価を得ている。 そこで、Aに財産的損害が発生せず、詐欺罪が成立しないのではないか検討する。 この点、詐欺罪は欺罔行為により錯誤に陥り個別の財産を失ったことで財産的損害が発生するのである。	したがって、価値相当の対価を得ていたとしても詐欺罪の成立は否定されない。 3 として、甲には詐欺罪についての違法性阻却事由及び責任阻却事由が存在しない。 よって、甲に詐欺罪が成立する。 以 上
--	--

		2020 年 1 月 12 日 担当：弁護士 横山賢司
--	--	--------------------------------

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
〔殺人罪の成否〕	(30)		
甲による不作為につき殺人罪の実行行為が認められかの指摘		2	
不真正不作為犯に実行行為が認められるかについての規範		8	
法的な作為義務のあてはめ(次の①から③の言及があれば満点とする。) ①甲がAに指示をしてVの生命に具体的な危険を生じさせていること(4点) ②AにはVの生命を守る行動をとる可能性が乏しいこと(2点) ③甲以外にVの生命を守るべき状況を作出していること(4点)		10	
作為の容易性・可能性についての検討がされていること		4	
甲の不作為とV死亡の結果について因果関係が認められることの指摘		2	
甲の殺人の未必の故意についての指摘		2	
その余の犯罪成立要件の成否に関する言及があること		2	
〔1項詐欺罪の成否〕	(10)		
詐欺罪の客観的構成要件についての検討がされていること		5	
価値相当の反対給付がなされていることが詐欺罪の成否に影響があるか検討していること		3	
その余の犯罪成立要件の成否に関する言及があること		2	
裁量点	(10)	10	
合 計	(50)	50	

刑法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 刑法の「基本的理解」とは

刑法の「基本的理解」とは、「構成要件→違法性→責任」という犯罪成立要件の検討方法の順序を意識して事案処理が行うことを理解していることである。

特に、構成要件の該当性について

「**実行行為→結果→因果関係→構成要件の故意→主観的超過要素**」

という順序で事案処理を行うことを理解し表現できていることが重要である。

実行行為は実行の着手により始まる場所、いつの時点で実行の着手が始まっているのか、事案処理を行うときには常に意識する必要がある。

今回は、刑法総論及び各論の問題をそれぞれ出題することで、事案処理における刑法の基本的理解が身についているかを問う問題である。

第2. 出題の趣旨

本問は、甲がVを死亡させたこと、Aに特別な水と虚偽の説明をして水を販売し100万円を得たことについて甲の罪責に関する論述を求めるものである。

Vを死亡させたことについては、甲はVに適切な医療措置を受けさせなかったという不作為に実行行為性が認められるか検討し、また、Aに特別な水と虚偽の説明をして水を販売し100万円を得たことについては、詐欺罪の構成要件該当性につき丁寧な論述をした後に、価値相当の対価を得ている場合に詐欺罪の成立が認められるかを検討する必要がある。

それぞれの罪責について事実を的確に分析するとともに、構成要件成否等に関する刑法の事案処理の理解と具体的事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われていることが求められる。

第3. 甲の殺人罪（199条）の成否

1 事案の概要

本問では、甲は、AからVに対する治療をゆだねられたところ、Aに、病院が行っているすべての医療措置を外して、未だに生命維持のために医療措置が必要な状態にあるVを入院中の病院から甲のいるホテルに運び出すよう指示した。

甲は、ホテルに運び込まれたVの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識し、このまま放置すればVが死亡することもやむを得ないと考えていたが、自らの誤りをAに悟らせないために、部屋の中に甲とVの二人しかいない状態を作った。

そして、甲は、治療と称して約1日かけてVの体に自らの手の平をかざす施術を行ったが、甲が治療と称する施術を行っている間、甲はVに痰の除去や水分の点滴等の生命維持のために必要な医療措置を受けさせなかった。そのため、Vは、翌朝、痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡した。

2 争点～不作為による実行行為性の要件～

(1) 問題の所在

本件では、甲が本件ホテルに運び込まれたVの容態を認識し、殺人の未必的故意を持ってその生命維持のために必要な医療措置を受けさせないまま、同人を放置した、として不作為による殺人罪の成否が問題となる。

特に、甲に不作為による実行行為性が認められるとして、どのような事実に基づき法的な作為義務が認められるか、丁寧な論述が求められる。

(2) 不作為による実行行為性の成立要件

不真正不作為犯の実行行為性を肯定するかについて、判例は法的な作為義務と作為の容易性・可能性の二つの要件を要求していると解されている。

そして、法的な作為義務が認められる類型としては次の3つに分けることができる。

ア 保護者的地位にある者の作為義務

他者の法益の保護をなすべき地位を、要保護者との近親関係等により当然に負うか、自ら引き受けた場合である。

イ 先行行為に基づく作為義務

自己の行為により結果発生危険を生じさせた者は、その発生を防止すべき義務を負う。

ウ 管理者の作為義務

物の管理者は、自己の管理する物から他人の法益を侵害する危険が生じた場合にはその危険を除去すべき義務を負う。

(3) 本問の検討その1（法的な作為義務）

甲は、AからVに対する治療を依頼されているが、その依頼の内容はあくまで甲が自称する特別な能力に基づく施術を行うことであって、適切な医療措置を行うことではない。そうすると、Aから依頼のみでは、甲に対してVに適切な医療措置を受けさせることについての法的な作為義務を発生することはできない。

そこで、Aからの依頼以外の事情に基づき、甲に対してVの生存のために適切な医療措置を受けさせる法的な作為義務を発生させることが必要となる。

本問で甲に法的な作為義務を発生させる事情は以下のとおり。

ア 甲は、Aに指示をして、病院が行っているすべての医療措置を中止させて、未だに生命維持のために医療措置が必要な状態にあるVを入院中の病院からホテルまで運び出させている。

イ 甲が治療と称する施術を行っている間、Aは同じホテルの別室で待機していたが、甲の信奉者であったため甲のことを信頼しており、甲の治療と称する施術を中止して必要な医療措置を受けさせようとする考えをすることができていない。

ウ 甲は、Aをホテルの部屋から出ていくように指示し、Vとホテルで二人しかいない状態を作出している

以上の事情から検討すると、甲は、Aに指示をして未だ医療措置が必要なVを病院から運び出させ、かつ、Aを含めた第三者に甲の施術を邪魔させない環境を作り出して甲以外にVの生命を救えることができない状況、つまり、Vの生殺与奪の権を握った状況を作り出してVの生命に対する具体的な危険を発生させている。

そうすると、甲は自らの指示行為によってVの結果発生を生じさせているのであり、先行行為に基づく作為義務が発生しているといえる。

※ 参考裁判(最判平成17年7月4日(刑集59巻6号403頁)〈シャクティ治療事件〉)

「被告人は、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、患者が運び込まれたホテルにおいて、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てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作为による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。」

(4) 本件の検討その2 (作為の容易性・可能性)

甲が治療と称する施術を行ったホテルは、駅前にあり常時タクシーなどの公共交通機関の車両が停泊する場所であり、自動車で10分の場所にVの生命維持のために必要な医療措置を行える総合病院があった。

甲は、救急車を呼んだり、自らタクシーで病院に搬送するなどしてVの生命を守ることが容易に可能な状況であるから作為の容易性・可能性も認められる。

第4. 甲の殺人罪(199条)の成否

1 問題の所在

甲は、Aに対して100万円で特別な水を買うように求めた。ちなみに、甲が持つ水は何の効用もない単なる水であったが、貴重な天然水であるため市場で100万円の価格で取引されるものであった。

そこで、詐欺の実行行為者から相手方が相当価格の反対給付を得ている場合に詐欺罪の成立が認められるか問題となる。

2 詐欺罪の成立と財産的損害

詐欺罪の成立には被害者に財産上の損害が生じたことが必要となる

そして、通説は、財産上の損害の発生の内容について、1項詐欺の場合、錯誤に基づき財物を交付したこと自体が損害であり、被害者の全体財産の減少は不要であると解する。

これに対して、錯誤に基づき財物を交付したことに加えて、被害者の全体財産の減少も必要であると主張する説も有力となっている。ただし、この説をとっても単純に相手方が失った財産と得た財産の金銭的・市場的価値を比較するのではなく、相手方のおかれた状況・関心と言った個別的事情を考慮して財産的損害の有無を判断することになる。たとえば、相当価格の反対給付を得る取引であっても、相手方の錯誤が当該取引の経済的評価にとって重要な意味を有する場合には、財産的損害を認めることになる。

3 本問の検討

本問では、通説に立てば、甲は、単なる水を特別な効用を持つ水であると虚偽の説明をして、それを誤信したAが100万円をAに支払っているのであるから、財産的損害が認められ、詐欺罪が成立する。

また、有力説に立っていたとしても、Aは、甲の持つ水が何の効用もない単なる水であれば、100万円を支払うことはなかったのであるから、甲の持つ水について特別な効用があるか否か

について、Aの経済的評価にとって重要な意味を持つ場合になる。したがって、有力説でもAに財産的損害が認められ、詐欺罪が成立する。

※ 参考裁判（最決昭和34年9月28日（刑集13巻11号2993頁）＜ドル・パイプレーター事件＞）

「たとえ相当価格の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する。」

以 上

2020年1月12日

担当：弁護士 横山賢司