

## 刑法 採点基準

### 問題 1

(1) 本設問においては、最低限傷害罪が「生理的機能の侵害（健康状態の不良変更）」を中心的な要素としており、傷害罪が成立するためにはこれが必要であることに関する適切な記述が必要である。一方、いわゆる「丸刈り事例」との関係で「身体の外貌の重大な変更」を加える見解もある。そのような見解に対する言及があることも望ましい。

(2) 本設問においては、最低限①死者の占有とはどのような場面で問題となるか、②判例がどのような見解に立っているか、が記述されていることを求めたい。さらに、占有離脱物横領罪にとどまるとする見解の問題意識と理論構成が適切に記述されていることが望ましい。同時に、設定した事例が論理的に解決されていることが必要である。

(1) (2) とともに 5 点満点であり、以上の基本的概念説明に 3 点、適切な事例の設定に 2 点を配点する。

### 問題 2

本問は、事後的に承諾が得られなかったという事例を通して推定的承諾という刑法総論上の典型論点につき問う事例問題である。ただし、後記の通り本事例の解決方法自体は推定的承諾以外にも存在するので、推定的承諾という問題に関して言及していなくても、事案が論理的に解決されていれば同様に評価する（その場合、解答者が採用した解決方法に関する基本的理解が正しく示されているかを採点する）。

医療行為が——構成要件阻却か違法性阻却かは一定の対立があるものの——不可罰となるためには、一般に①インフォームドコンセントと②医療水準に沿った治療が必要であるとされる。本問では②が満たされていることは前提となっているため①が問題となるところ、緊急を要する手術で A の意識が失われている以上事前のインフォームドコンセントは不可能である。そのため、「事前に説明を受けていたであれば承諾していたであろう」推定的承諾が問題となる。

しかし、本問では結果的に A の承諾は得られなかった。そこで被害者の承諾に関し被害者の自己決定権を重視するなら、A の承諾が得られていない以上 X には傷害罪が成立することになる。しかし、そもそも違法性が阻却されるべき場合とはどのような場合かを考えたときに、a) 結果無価値論からは優越的利益が保全された場合、b) 行為無価値論からは社会的相当性に反しない場合には違法性が阻却されるべきという論理が導かれる。本問でも、a) 結果的に A の意思を侵害したものの A の生命が維持されているのだから優越的利益が保全されている、b) 医療水準に沿っており、通常の間人なら（A のように一見特殊な教義を有しているわけではない者なら）承諾していたであろうと明らかにいえる場合には、社会的相当性が確保されている、と考えることは可能である。このような場合には、結論的に傷害罪が成立しないということになる（なお、特に傷害罪に関し被害者の承諾が構成要件阻却事由か違法性阻却事由かが争われているが、記述を複雑にし得る要素であるため、解答時間 45 分の試験としては特に詳細な記述は求めない）。

また、仮に被害者の承諾により犯罪不成立という結論が導けなかったとしても、緊急避難（刑法 37 条）により不処罰とすることも不可能ではない。その場合は、緊急避難の意義および体系的な位置付けについて言及したうえで、ア) A の生命に「現在の危難」が及んでいること、イ) A の生命を維持する意思、すなわち避難の意思があること、ウ) 他に方法がなかったこと（補充性）、エ) 法益の権衡が保たれていること、など適切にあげてはめをすることが必要である。

なお、厳密にいうと、先述した被害者の承諾の体系的な位置付けに応じて、被害者の承諾と緊急避難のどちら

を先に検討すべきかが変わる可能性もないとはいえない。しかし、前述の通り発展的内容でありこの点については評価上重視しない。そのため、被害者の承諾について一切触れずに緊急避難で事案を解決しようとする答案についても、緊急避難の内容が正しく記載されていれば同様に評価する。

本問は 15 点満点であり、以下のポイントに基づき評価する。

- ① 本問における問題点が指摘されていること ..... 3 点
- ② 論点に関する正しい学問的理解が示されていること ..... 5 点
- ③ 自らの立場が（反対説の批判などを通して）論理的に説明されていること ..... 4 点
- ④ 導かれた結論が③と矛盾なく説明されていること ..... 3 点