

2016年度同志社大学大学院司法研究科
前期日程入学試験問題解説
刑法

第1 解説

第1問は、文書偽造罪における偽造の概念につき基本的理解を問う説明問題である。第2問は、最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁の事案をもとにした事例問題であり、過失、間接正犯などが主な論点である。

【第1問】

（解答例） 有形偽造とは、作成権限のない者が他人名義を冒用して勝手に文書を作成すること、ないしは名義人と作成者との人格の同一性を偽ることをいい、文書の成立の真正を重視する（形式主義）。これに対し、無形偽造とは、作成権限のある者が内容虚偽の文書を作成することをいい、文書の内容的真実を重視する（実質主義）。このように、有形偽造と無形偽造は、文書の作成権限の有無により区別されるが、公文書については形式主義と実質主義が併用され、私文書については形式主義を原則とし、無形偽造が処罰されるのは虚偽診断書等作成罪（160条）のみである。その理由は、文書偽造罪は公文書と私文書に対する公共信用性を保護法益とするが、それを保護するためには、文書の成立及び内容が真正なものでなければならないところ、公文書と私文書とでは、前者の文書の成立や内容につき高度の証明力や社会的信用性を確保する必要があるが、後者の公共信用性は作成者が真実その文書を作成したかどうかにかかっているから無形偽造の処罰は原則的に不要だからである。

（講評） 本問はいわゆる1行問題であるが、その出題の狙いは、法科大学院の既修コースにおける刑法の総論・各論の授業を受ける前提として受講生が当然有しておくべき刑法理論や条文に出てくる用語の定義や、用語と用語の関係などについて理解し知識として正確に表現できるかを試すことにある。ただし、配点が10点であること、第2問の論文式問題を併せて60分以内に解答する必要があることから、上記の解答例のように詳述していなくても、有形偽造と無形偽造が作成権限の相違により区別されていることが最低限書かれておれば、相当の評価をした。

採点雑感としては、上記の解答例のように詳述している答案が散見され、刑法解釈の基本的事項の知識がしっかり身に付いていると評価できる答案がある一方で、第2問に時間と精力が注がれ、第1問は「捨て問」とする白紙答案が多かった。一方、有形偽造と無形偽造の意義を取り違えて反対の意義を書いている答案も少なくなかった。規範の定立とあてはめを適正に行うためには、刑法解釈論がしっかりできる必要がある。そのためにも、日ごろから、刑法の基本的概念・用語の意義・定義等を正確に理解しておく必要がある。

【第2問】

(解説)

1 Xの罪責について

Xは、CをBであると思い込んで麻酔を施し、その結果、Cが誤った手術を受け、胸部切開等の傷害を負ったことから、業務上過失致傷罪（刑法 211 条）の成否が問題となる。

まず、業務上過失致傷罪における業務の意義を踏まえ、麻酔医というXの仕事が業務に当たることを示す必要がある。

次に、過失犯の成立要件について自らの見解を述べた上で、Xには、麻酔医として手術に際して患者に麻酔を施す場合には患者の同一性を確認すべき注意義務が課せられることを指摘し、問題文の中の事実を具体的に示しながら、Cの傷害結果に対する予見可能性、結果回避可能性、結果回避義務違反について検討することが求められる。

Xは身体的な特徴の違いや患者の心臓の状態などから目の前の患者がBであるのか疑問を抱いていること、XがCに「Bさん」などと声を掛け、Cがうなずいているものの、Cは投薬の影響等で意識が鮮明でなかったことなどの事実からすると、Xによる同一性の確認は不十分であったともいえよう。他方、A病院においては患者の同一性を確認するための手段が十分に講じられていなかったこと、YがCを手術室に連れてきた際、Xらに対し、CをBであると断言していること、Xの問いかけに対し、Fが「散髪にでも行ったのではないか」と言った以上には、誰からも明確な返答がなかったこと、主治医であるFが「この胸の感じはBである」と言ったことなどの事実を重視し、Xはこれ以上の確認措置をとることは困難であり、結果回避義務は尽くされていたとの見方もありうる。こうした点に配慮しつつ、Xにおける過失の有無を検討することが求められる。その際には、看護師や他の医師が患者の同一性を確認してくれると信頼することが相当であったかという点について信頼の原則にも触れることが望ましい。

また、Xの行為とCの傷害結果との間にはFらの行為が介在していることから、Xの過失行為を肯定したときには、因果関係も問題となりうる。

本問と類似の事案において、前記最高裁平成 19 年決定の第一審は、業務上過失致傷罪の成立を否定したのに対し、控訴審および最高裁は、同罪の成立を肯定した。

なお、治療行為による身体的侵襲は、医学的適応性および医療技術的正当性を有していたとしても傷害罪（刑法 204 条）の構成要件に該当するという立場から、Xには傷害罪の構成要件の故意があるとして、傷害罪の成否を検討するという見解もありうる。これによると、Xの行為が医療行為として違法性を阻却するかどうか、違法性に関する事実の錯誤により故意を阻却するかどうかなどが問題となる。

2 Yの罪責について

Yは、Cが誤った心臓の手術を受けることを認識しながらCを手術室に運んでおり、この行為については傷害罪の成否が問題となる。

特にYは事情を知らないXらを利用してのことから、間接正犯について検討する必要

がある。この点については、間接正犯の成立要件を踏まえつつ、Yが「Bさんを連れてきました。本人確認も済ませました」とXらに積極的に虚偽の事実を申し向けていること、Xらは誤った手術が行われることを認識していなかったこと、Xらには患者の同一性の確認について過失があったとも考えられることなどの事実と言及し、結論を導き出すことが求められる。

間接正犯の成立を否定した場合は、教唆犯や幫助犯の成否を検討することになる。

(講評)

Xの罪責に関しては、多くの答案が業務上過失致傷罪の成否を検討していたが、過失の定義が不正確な答案や、過失の有無について、「確認が十分でなかったから過失が認められる」といった程度の抽象的な記述にとどまっている答案が少なくなかった。過失の意義を正確に述べた上で、上記のような事実を具体的に示しながら、Cの傷害結果に対する予見可能性、結果回避可能性、結果回避義務違反について検討する必要がある。そのような検討をしている答案には、高評価を与えた。

また、業務の検討を忘れている答案も散見された。さらに、本問においてどの事実が「傷害」に当たるのかの検討が不明確な答案もあったが、具体的に事実を示す必要がある。

Yの罪責に関しては、一定数の答案が間接正犯について全く触れていなかった。Yは、自らの行為ではなく他人の行為を利用して傷害の事実を発生させているので、その点について何らかの検討が必要となるはずである。なお、XとYを共同正犯とする答案もあったが、両者の間に傷害についての意思疎通はないので、判例・通説を前提とすると、共同正犯は成立しない。

第2 評価のポイント

試験問題の難易度は、法学部の期末試験程度である。したがって、高度な理論的問題や最新の判例・学説を知っている必要はない。むしろ、刑法に関する基本的な事項について正確に理解することが重要である。

事例問題に関しては、①構成要件該当性→違法性阻却→責任阻却という犯罪論の体系を踏まえ（ただし、違法性阻却事由や責任阻却事由の存在しないことが明らかな場合には、そのことに触れる必要はないであろう）、構成要件該当性（実行行為、因果関係、故意・過失、未遂、共犯など）、違法性阻却（正当行為、正当防衛など）、責任阻却（責任能力、違法性の意識など）について、それぞれ基本的な内容を理解していること、②刑法の各則に規定されている主な犯罪の成立要件やその内容を理解していること、③事案における行為者の罪責を確定する上で、見解によって結論が分かれるような点や解決方法が複雑な点については、自説を示し、それを事案に当てはめて結論を出すこと、などが求められる。