

2016年度同志社大学大学院司法研究科
後期日程入学試験問題解説
刑法

I 解説

本問は、文書偽造罪、特に私文書偽造罪の成否に係る名義人の承諾等の解釈論上の問題と異なる構成要件間の共同正犯、共犯の中止の要件等について問う事例問題であり、替え玉受験に関する最決平成6・11・29刑集48巻7号453頁を参考判例としている。

《解答例》

1 XとYの罪責について

Xは、Xの子Aを替え玉受験により甲大学医学部に合格させるべく、同医学部事務長のYに相談を持ち掛けたところ、YはXの計画に乗ることになり、自ら替え玉となる者を選定して交渉役を引き受けた。これらの事実関係により、XとYとの間には、替え玉受験に関する一連の犯行について各自が相互に利用し補充し合う関係を事前に形成しているといえるので、共謀共同正犯が成立する。

ZをAの替え玉として甲大学医学部入学試験を受験させた行為について、有印私文書偽造罪(刑159条1項)の成否が問われる。まず、入学試験は当該大学の入学志願者の学力を調べ合否を判定する重要な資料となるから、答案用紙の作成名義人は入学を希望する志願者であり、その性質上、私文書である。問題は、入試答案が「事実証明に関する文書」であるといえるかである。この点につき前掲最決平成6は、入試答案が「採点されて、その結果が志願者の学力を示す資料となり、これを基に合否の判定が行われ、合格の判定を受けた志願者が入学を許可されるのであるから、志願者の学力の証明に関するものであって、「社会生活に交渉を有する事項」を証明する文書であると判示した。したがって、本問の入学試験の答案は、志願者の合否判定資料となる学力の証明に関するもので「事実証明に関する文書」である。

ところで、「偽造」とは、作成権限がないのに他人名義の文書を作成すること(有形偽造)であるが、形式主義の観点からは、名義人と作成者との人格の同一性を偽ることともいえる。本問では名義人はAであるから、本件答案の名義人も作成者もAでなければならないところ、Zが替え玉となって受験したのであるから、Aの承諾によりZが答案を作成したことになり、名義人の承諾と私文書偽造罪の成否の問題がある。この作成者の意義について、①文書を事実として物理的に作成した者と解する行為説(事実説、物体化説)、②文書作成の意思主体が文書に表示する意思・観念が名義人の事実上の意思に従っている者と解する事実的意思説、③文書に表示された意思・観念の内容について名義人に帰責できることを要すると解する規範的意思説などが対立しているが、③説が通説・判例の立場である。②説によれば、名義人が承諾を与えておればその文書は名義人の意思表示に基づき事実上作成されたことになり、人格の同一性があり有形偽造とならない。これに対し、③説によれば、文書の性質上、作成名義人以外の者が作成した文書の意思・観念の法的効果を名義人に及ぼし得ない場合には有形偽造を構成すると解することになり、文書の性質によって名義人の承諾が無効となると解される。なお、最決昭和56・4・8刑集35巻3号57頁は、交通事件原票中の供述書は、「文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されない」として名義人の承諾は無効であるとしている。こうして、本問でも、入学試験

の答案は、文書の性質上、学力を評価し合否判定するためには作成名義人たる志願者以外の者による作成は認められない。それゆえ、「行使の目的」で志願者Aの承諾に基づき替え玉のZが作成した答案は、名義人と作成者との人格の同一性を害するため有形偽造にあたり、有印私文書偽造罪を構成する。

試験終了後、Zは、答案用紙を試験監督に提出したことにより、偽造私文書等行使罪（刑 161 条 1 項）を実行した。有印私文書偽造罪と偽造私文書等行使罪は牽連犯の関係である。これらの実行行為は、X、Y、A及びZの事前共謀に基づいて行われた。したがって、XとYには、これら 2 罪の共謀共同正犯が成立する。

Xは、Zが成功報酬額の大幅引き上げを要求し恐喝したことに腹を立て、Yに相談したところ、Zに傷害を負わせる旨共謀が成立したが、Xは殺害の意図であった。その数日後Xが毒殺の意図でZに毒物を投与したところ、Zが苦しみ出した。そこへ遅れて到着したYが事情を知り犯行を停止し救命措置をとることにより結果防止をするようXに命じた。以上の事実関係から、Xに殺意があり致死性の毒物をZに投与しているが、Yには殺意はみられない。そこで、理論的には、共謀の射程、共同正犯における抽象的事実の錯誤、異なる構成要件間の共同正犯、共犯の中止犯が問題になる。

共謀の時点では、YにはXに殺意があったことは不明であるから、Xが殺害行為に出ることは共謀の射程外であり、現にYはXの殺害行為を阻止している。Xは殺人罪の実行行為に着手しているが、Yは傷害罪の限度で故意を認めざるを得ない。最決平成 17・7・4 刑集 59 卷 6 号 403 頁は、瀕死状態の病者に対して共謀して生存に必要な措置をとらなかったため死亡させるに至ったが、死亡の恐れを認容していた者としていなかった者との間で、前者には殺人罪が成立し、保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立するとし、いわゆるやわらかい部分的犯罪共同説の立場をとっていると理解されている。本問では、Xには殺人未遂罪が成立し、傷害罪の限度でYと共同正犯が成立するということになる。最後に、YがXに犯行を阻止させ結果を防止している点について、中止犯の効果が適用されるかが問われる。Yは、Xに殺害を思い止まらせXをして解毒剤をZに投与させ結果を防止している。しかし、中止犯の刑の必要的減免効果は、未遂罪の場合にのみ及ぼされるところ、傷害罪が成立するYには適用されない。では、殺人未遂罪の成立するXはどうか。この場合、①「自己の意思により」、②「犯罪を中止した」という中止犯の要件を満たせば、中止犯規定の適用を受けることになる。本問の場合、自ら解毒剤を飲ませてZの死亡結果を防止しているので②の要件は満たす。問題は①の要件である。判例の立場は必ずしも明確ではないが、任意性につき、行為者と同じ状況に置かれた一般人であれば中止するかどうかという客観説を基本としていると一般に評価されているが、折衷説的な判断を示したものも見られ（最決昭和 32・9・10 刑集 11 卷 10 号）一概に言えない。また、悔悟、憐み、反省、同情等の広義の後悔の要素を加味して判断する限定主観説に立つものも少なくない（前掲最決昭和 32・9・10）。本問の場合、①については、Yから命じられて止めたこと、憐憫や反省の要素がないことから、任意性に欠けるといえる。

以上から、Xには、①有印私文書偽造罪の共謀共同正犯、②偽造私文書等行使罪の共謀共同正犯、③殺人未遂罪の単独正犯、④傷害罪の共謀共同正犯が成立する。①と②は牽連犯、③と④の罪数関係は判例・学説とも必ずしも明確にしていけないが、包括一罪または法条競合と解されている。①・②と③・④は併合罪の関係になる。

Yには、上記のXと同様の①、②、④が成立する。①と②は牽連犯、これと④は併合罪の関係となる。

II 評価のポイント

事例問題をとおして行為者の罪責を明らかにすることが求められる刑法解釈論では、法的三段論法によって解決を導く作業が必要である。すなわち、大前提として条文に書かれた犯罪の成立要件を明記すること、次に小前提として問題文の事実を条文にあてはめる、そして最後に、前提としてのこれらの要点に従い、合理的妥当な結論を導く必要があるが、この作業が全くできていない答案が一定数みられた。

本問では、前半が文書偽造罪にかかわる基本的な解釈問題、後半は生命・身体犯の共同正犯に関する基本的な解釈問題である。前者では、私文書偽造罪の客体は「権利・義務」または「事実証明」に関する文書であるが、入試答案が事実証明に関する文書であることは、上掲の最高裁判例を知らなくても志願者の学力を調べ合否判定の基礎とする文書になることは察しがつくであろう。名義人の事前承諾の論点は些か難しかったかもしれないが、文書の性質上作成名義人である志願者のみが作成可能であり、名義人の承諾があっても、他の者が作成した答案は名義人との間の人格の同一性を偽ることになることを導けているかをみている。行使罪について言及しない答案も少なくなかったが、留意すべきであろう。

共犯論では、共謀の射程、共謀共同正犯における抽象的事実の錯誤、異なる構成要件間の共同正犯、共犯の中止犯等の基本的概念、理論的問題の解明等が求められる。