

平成 29 年予備試験 刑法

問題文

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

1 甲（40歳、男性）は、公務員ではない医師であり、A私立大学附属病院（以下「A病院」という。）の内科部長を務めていたところ、V（35歳、女性）と交際していた。Vの心臓には特異な疾患があり、そのことについて、甲とVは知っていたが、通常の診察では判明し得ないものであった。

2 甲は、Vの浪費癖に嫌気がさし、某年8月上旬頃から、Vに別れ話を持ち掛けたが、Vから頑なに拒否されたため、Vを殺害するしかないと考えた。甲は、Vがワイン好きで、気に入ったワインであれば、2時間から3時間でワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を一人で飲み切ることを知っていたことから、劇薬を混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考えた。

甲は、同月22日、Vが飲みたがっていた高級ワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を購入し、同月23日、甲の自宅において、同ワインの入った瓶に劇薬Xを注入し、同瓶を梱包した上、自宅近くのコンビニエンスストアからVが一人で住むV宅宛てに宅配便で送った。劇薬Xの致死量（以下「致死量」とは、それ以上の量を体内に摂取すると、人の生命に危険を及ぼす量をいう。）は10ミリリットルであるが、甲は、劇薬Xの致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを用意して同瓶に注入した。そのため、甲がV宅宛てに送ったワインに含まれていた劇薬Xの量は致死量に達していなかったが、心臓に特異な疾患があるVが、その全量を数時間以内で摂取した場合、死亡する危険があった。なお、劇薬Xは、体内に摂取してから半日後に効果が現れ、ワインに混入してもワインの味や臭いに変化を生じさせないものであった。

同月25日、宅配業者が同瓶を持ってV宅前まで行ったが、V宅が留守であったため、V宅の郵便受けに不在連絡票を残して同瓶を持ち帰ったところ、Vは、同連絡票に気付かず、同瓶を受け取ることはなかった。

3 同月26日午後1時、Vが熱中症の症状を訴えてA病院を訪れた。公務員ではない医師であり、A病院の内科に勤務する乙（30歳、男性）は、Vを診察し、熱中症と診断した。乙からVの治療方針について相談を受けた甲は、Vが生きていることを知り、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考えた。甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、Vの心臓には特異な疾患があるため、Vに致死量の半分に相当する3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、Vを確実に殺害するため、6ミリリットルの劇薬YをVに注射しようと考えた。そして、甲は、乙のA病院への就職を世話をしたことがあり、乙が甲に恩義を感じていることを知っていたことから、乙であれば、甲の指示に忠実に従うと思い、乙に対し、劇薬Yを熱中症の治療に効果のあるB薬と偽って渡し、Vに注射させようと考えた。

甲は、同日午後 1 時 30 分、乙に対し、「V に B 薬を 6 ミリリットル注射してください。私はこれから出掛けるので、後は任せます。」と指示し、6 ミリリットルの劇薬 Y を入れた容器を渡した。乙は、甲に「分かりました。」と答えた。乙は、甲が出掛けた後、甲から渡された容器を見て、同容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、甲の指示に従い、同容器の中身を確認せずに V に注射することにした。

乙は、同日午後 1 時 40 分、A 病院において、甲から渡された容器内の劇薬 Y を V の左腕に注射したが、V が痛がったため、3 ミリリットルを注射したところで注射をやめた。乙が V に注射した劇薬 Y の量は、それだけでは致死量に達していなかったが、V は、心臓に特異な疾患があったため、劇薬 Y の影響により心臓発作を起こし、同日午後 1 時 45 分、急性心不全により死亡した。乙は、V の心臓に特異な疾患があることを知らず、内科部長である甲の指示に従って熱中症の治療に効果のある B 薬と信じて注射したもの、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたにもかかわらず、その中身を確認しないまま V に劇薬 Y を注射した点において、V の死の結果について刑事上の過失があった。

- 4 乙は、A 病院において、V の死亡を確認し、その後の検査の結果、V に劇薬 Y を注射したことが原因で V が心臓発作を起こして急性心不全により死亡したことが分かったことから、V の死亡について、V に対する劇薬 Y の注射を乙に指示した甲にまで刑事責任の追及がなされると考えた。乙は、A 病院への就職の際、甲の世話をなっていたことから、V に注射した自分はともかく、甲には刑事責任が及ばないようにならうとして、専ら甲のために、V の親族らが V の死亡届に添付して C 市役所に提出する必要がある V の死亡診断書に虚偽の死因を記載しようと考えた。

乙は、同月 27 日午後 1 時、A 病院において、死亡診断書用紙に、V が熱中症に基づく多臓器不全により死亡した旨の虚偽の死因を記載し、乙の署名押印をして V の死亡診断書を作成し、同日、同死亡診断書を V の母親 D に渡した。D は、同月 28 日、同死亡診断書記載の死因が虚偽であることを知らずに、同死亡診断書を V の死亡届に添付して C 市役所に提出した。

第1 出題趣旨(1)の場面について

1 問題となる構成要件

甲は、「劇薬Xを混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考え、劇薬Xをワインの入った瓶に注入し、同瓶をV宅宛に宅配便で送ったが、V宅が留守であったため、Vが同瓶を受け取ることはなかった」(出題趣旨)ため、この行為からはVの死の結果は発生していない。

そのため、殺人未遂罪(203, 199)の成否を検討することになる。

2 「未遂犯と不能犯の区別」(出題趣旨)

甲は、「劇薬Xの致死量は10ミリリットルであり、甲は致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを同瓶に注入したが、Vがその全量を摂取した場合、死亡する危険があった」(出題趣旨)という事情があるから、「未遂犯と不能犯の区別」について論じる必要がある。

学説は、主観的危険説、客観的危険説、具体的危険説等多岐にわたるところ、現在、主観的危険説の立場に立つ学説はなく、客観的危険説と具体的危険説の対立構造となっているが、客観的危険説の中でも学説が分かれている状況にある。

また、判例の立場は必ずしも明らかではない。

本問では、具体的危険説に立てば、Vの心臓に特異な疾患があること及びVがワイン好きで気に入ったワインであれば2時間から3時間で一人で飲み切ることを甲は認識しており、劇薬Xの特性として、半日後に効果が現れ、ワインに混入しても味や臭いに変化がないことは一般人も認識し得たのだから、不能犯にはならない。

一方で、客観的危険説の立場に立ったとしても、客観的な既遂結果発生の危険性は認められるものと思われる。

いずれにしても、不能犯とはならない。

3 「離隔犯における実行の着手時期」(出題趣旨)

上記のように、甲の行為が不能犯として不可罰ではないにしても、Vが劇薬Xの入ったワインの瓶を受け取っていないことから、「実行に着手」(43本文)したといえるか問題となる

大審院判例(大判大7.11.16【百選I 65】)は、毒入り砂糖を郵送した事件について、被害者が郵便を受領した段階で被害者家族の「食用シ得ヘキ状態ノ下ニ置カレタ」として実行の着手を認めており、到達時説を採用していると解されている。

もっとも、現在の郵便・宅配便事情においては、発送した荷物が被害者宅に到着することはほぼ確実である。それにもかかわらず、被害者方に到着して初めて実行の着手を認めるという理解は、客観的危険性の内容として、結果発生の高度の蓋然性だけではなく、さらに結果発生の時間的切迫性を要求していることになる。

このような時間的切迫性がどのような根拠によって要求されるかという点については争いがあり、まだ学説上固まった見解は見られない。

もっとも、本問では、Vが不在であったため、V宅の郵便受けに不在連絡票が残されているにすぎない。そのため、認定次第で、到達時説の立場に立っても結論が分かれ得るだろう。

※ 不能犯と実行の着手時期の問題は、同じく未遂犯の成否にからされているもの、どのような関係にあるのか必ずしも明らかではない。

発送時説からは、不能犯についても発送時の危険を判断対象とすべきであり、しかも、発送時の危険の実質が行為規範違反にあるとすれば、行為時における行為規範の提示という観点から、行為者又は一般人の認識内容を基礎として事前判断を行う抽象的危険説又は具体的危険説を採用するのが一貫していると考えられる。

一方で、到達時説に立つ場合には、不能犯についても到達時（法益侵害に近接した時点）における危険の存否を問題とするとともに、この危険は外界に生じた事態であることから、これを客観的に判断する客観的危険説を採用するのが自然であるといえる。

もっとも、到達主義に立ちつつ具体的危険説をとる論者も少なからず見受けられるから、必ずしも、論理的な結びつきはないようにも思われる。

第2 出題趣旨(2)の場面について

1 甲の罪責

(1) 間接正犯の成否

甲は、Vを殺害するために、乙をして、Vに劇薬Yを注射させているから、殺人罪の間接正犯の成否が問題となる。

そこで、どのような場合に間接正犯が成立するのかが問題となるが、この点については学説が入り乱れており、通説と呼べる見解はない。

比較的有力だと思われる見解は、行為者が構成要件の過程について有する支配性を基準として、間接正犯の成立を認めようとする（行為支配説）。

もっとも、どのような説に立つにせよ、重要なのは正犯性の認定そのものである。

本問では、内科部長（甲）と一般の内科医（乙）という上下関係、年齢差（甲が40歳、乙が30歳）、乙が甲に恩義を感じていること、劇薬Yを入れた容器に薬剤名の記載がなかったことなどを考慮することになる。

(2) 因果関係の存否

因果関係の存否について、判例は、実行行為の危険性が結果に現実化したといえるかという判断基準を採用している（危険の現実化説）という評価が一般的である。

もっとも、危険の現実化説は、主に行行為後の介在事情の存在を念頭において発展してきた議論である。これに対して、本問は、行為時の介在事情の問題である。

従来の通説である相当因果関係説の立場は、この問題を判断基底論として取り扱ってきた。そこでは、主に、一般人が認識し得た一般的な事情及び行為の当時、行為者が認識していた特別な事情を考慮に入れるとする折衷説と行為当時における全ての客観的事情を考慮に入れるとする客観説が対立してきた。

危険の現実化説の立場に立った場合に、判断基底論がどのように取り扱われるのかという点については、現段階において必ずしも明示的な議論がなされているわけではない。ただ、少なくとも、判例は、行為時の介在事情のうち、被害者の病変などの特殊事情については、およそ一般人が認識不可能であり、また、行為者本人が認識していなくても、それを判断資料に取り込んで因果関係を肯定している（最判昭 25.3.31, 最判昭 46.6.17【百選 I 8】、最決昭 49.7.5 など）。

この点については、被害者は一人ひとり個性をもった個人として尊重されるべきであり、特殊な素因をもった被害者もそのような人として刑法上扱われるべきであるという考慮や、そのような素因のリスクを回避するための義務を間接的に被害者に課すことになり公平に反するという考慮をしている可能性等が指摘されている。

本問では、Vの特異な心臓疾患という事情を判断基底として取り込むのであれば、因果関係を肯定することはできるだろう。

※ 因果関係の錯誤の問題は、論じなくてもよいだろう。あまりにも軽微な認識のズレにすぎないからである。出題趣旨でも、因果関係の錯誤の問題は指摘されていない。

2 乙の罪責

乙がVに劇薬Yを注射した行為について、業務上過失致死罪（211 前段）の成否が問題となる。

(1) まず、「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復継続して行う事務であるが、他人の生命・身体に危害を加えるおそれがあるものに限定される（最判昭 33.4.18, 最決昭 60.10.21【百選 I 60】）。

乙の内科に勤務する医師という仕事の特性からすれば、「業務」性が認められることは明らかである。

また、問題文から乙が「必要な注意を怠」ったこと、すなわち乙に過失があつたことが明らかにされている。

(2) 因果関係の存否について、上記のとおり、判例は、行為時の介在事情のうち、被害者の病変などの特殊事情については、およそ一般人が認識不可能であり、また、行為者本人が認識していなくても、それを判断資料に取り込んで因果関係を肯定している。

したがって、因果関係が認められる。

※ これに対して、例えば、相当因果関係説の折衷説によれば、Vの特異な心臓疾患を知る甲と乙で因果関係の存否が異なり得ることになろう。

第3 出題趣旨(3)の場面について

1 虚偽診断書作成罪及び同行使罪の成否

乙がVの死亡診断書に虚偽の死因を記載した行為には、虚偽診断書作成罪（160）が成立する。また、Vの母親Dを介して同死亡診断書をC市役所に提出した行為について、同行使罪が成立する（161）。

2 証拠隠滅罪及び犯人隠避罪の成否

この行為は、乙が、甲には刑事責任が及ばないようにと考え行ったものであるから、証拠隠滅罪（出題趣旨は、「証拠隠滅罪」とするが、「証拠偽造罪」も成立し得るだろう。）（104）及び犯人隠避罪（103）の成否が問題となる。

（1）証拠隠滅罪の成否

証拠隠滅罪は、「他人の刑事事件に関する証拠」について成立する。

劇薬Yは、乙自身の「刑事事件に関する証拠」ともいえるし、甲の「刑事事件に関する証拠」ともいえる。そこで、このような証拠の隠滅について、証拠隠滅罪は成立するかが問題となる。

この点について、最高裁判例の立場は明確ではない。

学説は、他人の刑事事件として本罪の成立を肯定する立場、自己の刑事事件であるとして本罪の成立を否定する立場、専ら他人のために行為した場合に限り本罪の成立を認める立場に別れている。

本問では、乙は、専ら甲のために上記行為に及んでいるから、第2の立場をとらない限り、証拠隠滅罪の成立は認められる。

（2）犯人隠避罪の成否

「隠避」させるとは、蔵匿以外の方法により、官憲の発見・逮捕を免れるべき行為をいうから、上記行為によって、甲の逮捕を免れさせたとして、乙には、犯人隠避罪も成立する。

〔出題の趣旨〕

本問は、（1）医師甲が、劇薬Xを混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考え、劇薬Xをワインの入った瓶に注入し、同瓶をV宅宛に宅配便で送ったが、V宅が留守であったため、Vが同瓶を受け取ることはなかったこと（Vの心臓には特異な疾患があり、そのことを甲は知っていた。また、劇薬Xの致死量は10ミリリットルであり、甲は致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを同瓶に注入したが、Vがその全量を摂取した場合、死亡する危険があった。）、（2）甲が、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考え、医師乙に6ミリリットルの劇薬Yを渡してVに注射させたところ、Vが痛がったため、3ミリリットルを注射したところで注射をやめたが、Vは劇薬Yの影響により心臓発作を起こし、急性心不全により死亡したこと（乙は、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、その中身を確認せずにVに劇薬Yを注射した。また、甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、心臓に特異な疾患があるVに3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、乙は、Vの心臓に特異な疾患があることを知らなかった。）、（3）公務員ではない医師乙が、専ら甲のために虚偽の死因を記載したVの死亡診断書を作成し、Vの母親Dを介して、同死亡診断書をC市役所に提出したことを内容とする事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。

甲の罪責については、殺人未遂罪又は殺人予備罪、殺人罪の成否を、乙の罪責については、業務上過失致死罪、虚偽診断書作成罪及び同行使罪、証拠隠滅

罪、犯人隠避罪の成否を検討する必要があるところ、事実を的確に分析するとともに、各罪の構成要件、離隔犯における実行の着手時期、未遂犯と不能犯の区別又は予備行為の危険性、間接正犯の成否、因果関係の有無等に関する基本的理解と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。

模範答案

- 1 第1 甲が劇薬Xの入ったワインの瓶をV宅宛に送った行為について
1 この行為に、Vに対する殺人未遂罪（203条、199条）が成立しないか。劇薬Xの致死量は10mlであるところ、甲がワインの瓶に注入した劇薬Xは8mlであるから致死量に達していない。そのため、およそVの死の結果発生の危険ではなく、「実行に着手」（43条本文）したといえず、不能犯として不可罰になるのではないか。
「実行」の「着手」は構成要件該当性の問題であり、構成要件は違法有責行為類型である。また、未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の現実的危険性の惹起にあるから、不能犯となるかは、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、行為時において一般人を基準として、結果発生の具体的危険性の有無で決する。
本問では、劇薬Xの特性として、半日後に効果が現れ、ワインに混入しても味や臭いに変化がないことは一般人も認識し得た。また、Vに心臓に特異な疾患があること及びVがワイン好きで気に入ったワインであれば2時間から3時間で一人で飲み切ることを甲は認識していた。
そこで、これら的事情を基礎に、一般人を基準として判断すると、Vが飲みたがっていた高級ワインがV宅に届けられれば、心臓に特異な疾患があるVが、劇薬Xが注入されていることに気がつかずに、それを2、3時間で飲みきり死亡する危険性は十分に認められる。
したがって、甲は不能犯として不可罰となることはない。
2 もっとも、宅配業者は、V宅が留守であったため、V宅の郵便受けに不在連絡票を残して同瓶を持ち帰っており、Vがワインを飲むことはな

- 2 かった。それでも、「実行に着手」したといえるのか。
上記のような未遂犯の処罰根拠に鑑みれば、既遂結果実現の具体的危険が生じた段階で「実行に着手」したと認められると考える。そして、かかる危険性判断に当たっては、結果発生の蓋然性だけでなく、結果発生の時間的切迫性も要求すべきである。
本問では、V宅の郵便受けに不在連絡票が残されているだけでは、結果発生の蓋然性及び時間的切迫性は認められないというべきである。
したがって、「実行」の「着手」は認められず、殺人未遂罪は成立しない。ただし、上記行為に殺人を犯すための準備行為としての危険性は認められるから、①殺人予備罪（201条、199条）が成立する。
第2 甲が、乙をして、Vに劇薬Yを注射させた行為について
1 甲の罪責
(1) 甲は、Vを殺害するために、乙をして、Vに劇薬Yを注射させているから、殺人罪の間接正犯とならないか。
正犯とは結果に対する第一次的な責任主体であり、結果発生に至る因果関係を支配した者をいうから、被利用者の行為を一方的に利用して結果の実現過程を支配したと言えれば、利用者は間接正犯となる。
本問では、確かに、乙は、内科に勤務する医師であるから、甲から渡された容器を見て、同容器に薬剤名の記載がないことに気付き、中身を確認するなどの行為に出ることは考えられる。しかし、内科部長（甲）と一般的な内科医（乙）という上下関係、年齢差（甲が40歳、乙が30歳）、乙が甲に恩義を感じていることを考えれば、乙が中身

3 を確認することなく、甲の指示に忠実に従い V に注射をする蓋然性は高く、実際に乙はそうしている。

以上から、甲は、被利用者たる乙の行為を一方的に利用して結果の実現過程を支配し結果発生に至る因果関係を支配したといえる。また、甲はその旨の認識に欠けるところもないから、間接正犯となる。

(2) しかし、V の死の結果は、特殊な心臓疾患と相まって発生している。このような場合には、因果関係が認められないのではないか。

ア 因果関係の存否は、実行行為の危険性が結果に現実化したといえるか否かで判断する。そして、具体的な事案ごとに妥当な帰責の範囲を画すためには、行為時に存在するあらゆる事情を判断資料に取り込まなければならない。

イ 本問では、特殊な心臓疾患がある V に対して、致死量の半分に相当する 3 ml の劇薬 Y を注射すれば、V が死亡することは十分にあり得る事態であるといえるから、実行行為の危険性が、結果へと現実化したものといえ、因果関係が認められる。

(3) したがって、甲には、②殺人罪の間接正犯が成立する。

2 乙の罪責

乙が V に劇薬 Y を注射した行為について、③業務上過失致死罪（21 条前段）が成立する。

すなわち、「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復継続して行う事務であり、他人の生命・身体に危害を加えるおそれがあるものをいうところ、乙の内科医という仕事の特性からすれば、「業務」性が認め

4 られる。また、乙は、V の死の結果について刑事上の過失が認められるのだから、「必要な注意を怠」っている。最後に、上記のように、乙の劇薬 Y の注射と V の死の結果との間には因果関係が認められる。

第3 乙が V の死亡診断書に虚偽の死因を記載し、V の母親 D を介して同死亡診断書を C 市役所に提出した行為について

1 医師である「乙」が C 市役所に提出する必要がある V の死亡診断書という「公務所に提出すべき診断書」に、「虚偽」の死因を「記載」しているから、④虚偽診断書作成罪が成立する（160 条）。また、V の母親 D を介して同死亡診断書を C 市役所に提出し、「行使した」といえるから、⑤同行使罪が成立する（161 条）。

2 さらに、乙は、専ら甲のために、上記行為を行い、劇薬 Y という証拠の顕出を妨げているから、「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅」したといえ、⑥証拠隠滅罪が成立する（104 条）。また、この行為によって、「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」である甲の逮捕を免れさせたとして、乙には、⑦犯人隠避罪も成立する（103 条）。

第4 罪数

甲には、①及び②が成立し、①は重い②をもって包括して評価される。乙には、③、④、⑤、⑥及び⑦が成立する。④及び⑤は、目的手段の関係にあるから、牽連犯となり（54 条1 項後段）、④、⑥及び⑦は、「一個の行為」としてなされているから観念的競合となる（同項前段）。その結果、④から⑦は全体として一罪として処断され、これと③は併合罪となる（45 条前段）。

以 上