

〈判 例 研 究〉

第三者供賄罪と詐欺罪に問われた事案

金 尚 均

第三者供賄罪と詐欺罪に問われた事案

金 尚 均

事実の概要

1 被告人は、医師であり、教授の職にあり、教員であり、研究者でありかつ医局の長である。被告人を長とする医局では被告人の指示に従い、准教授であったS氏らがY大学病院内で稼働していた。本件に係る被告人の意図は、手術における抜管時に生じる頻脈を抑えたり、頻脈の状態を脱することを目的として薬剤Oを使用することであり、かつその使用量を増やすことであった。被告人とS氏らの間での共通の認識は、医療実践、教育そして研究の遂行であった。被告人の医師そして研究者としての職業活動は、研究－研究報告－医療実践のサイクルから成り立っている。特に大学病院における医師としての研究者の職務は、教育、研究そして医療実践の三大柱から成り立っている。これらのうちの一つの柱である研究に関して、医師でもありかつ医学研究者でもある被告人にとって、医局における研究活動と医局の長としての医局の研究体制の組織化は重要な被告人の職務と言える。近年、国立大学の行政法人化や研究費の集中という現象により、旧地方国立大学（現在は、独立行政法人）における研究費獲得は年々困難になっており、研究の継続にとって死活問題となっている。このような大学病院を取り巻く背景事情のもと、多くの大学研究者は研究活動の継続のために民間企業や助成機関との協力関係を築いている。

2 F薬品会社は、平成30年3月20日、臨床麻醉部に対する寄附としてY大学名義の口座に200万円を振込入金した。Y大学病院の手術場における薬剤Oの使用実績は、平成28年度は年間94件、平成29年度も年間103件にとどまっていた。が、上記入金以降、平成30年4月に月間の使用実績が81件に急増し、その後、同年6月には薬剤O・50mgの使用の増加が中心となって使用実績が151件にまで増加した。その後、同年8月は88件、同年9月には101件と減少したが、同年10月には薬剤O・150mgの使用が増え、使用実績が181件（うち薬剤O・150mgの使用量が28箱。なお、1箱5バイアル入り）にまで増加した。その後、使用実績は減少傾向に転じ、平成31年2月に114件まで減少したが、同年3月に176件（うち薬剤O・150mgの使用量が20箱）に、同年4月には257件（うち薬剤O・150mgの使用量が27箱）に増加し、令和元年6月には310件（うち薬剤O・150mgの使用量が29箱）、同年7月には376件（うち薬剤O・150mgの使用量が39箱）に増加した。その後も、令和2年3月まで、使用実績は概ね月250件程度（うち薬剤O・150mgの使用量が30箱前後）で推移した。なお、Y大学病院が薬剤Oの大量廃棄を把握して調査を開始した同年4月以降は使用実績が急減し、同月に54件に、同年5月には23件にまで減少した。

被告人は、平成30年3月22日、S氏及びM氏に宛てて、件名を「内緒の話」とするメールを送信した。同メールの内容には、「F薬品会社が3月に200万いれてくれることになった。」「うちは、研究でのし上がる」「文部省の研究費獲得は、困難で、労力のわりにはバントヒットみたいな額しかあたらな。厚生労働省の方もきびしくなってきた、ほとんど裏で研究班が組織されてからアプライしているできレースみたいなものばかりだ。とくに麻醉科医がアプライできる内容はなくきびしい状況がつづいている。厚生省は事務方への政治的アプローチが必要なので、国循環脈でなんとか開拓しようと試みているところだ。」「というわけで企業からの研究費は極めて貴重」「なんとか、F薬品会社にはうちの主力のひとつになってもら

いたいで、薬剤O使用量全国トップを目指したい。」「4月からは、全身麻酔症例で、抜管時頻脈予防治療でO・50mgを基本に（使わなくても）、目立たないように、増やしていきたい。」「最終的には、上室性不整脈予防と心筋虚血予防ってことで、ICU症例でぶん回したい。」「以上は、公には話づらいんで。とにかく研究でのし上がりたいので、背景を理解してうまくやってくれ。」などと記載されていた。

被告人は、平成30年10月3日、S氏及びM氏に対し「F薬品会社使用数やばいので持続でかいのって。10/20に東海会議あって、来年度の研究費はなしあわれるんだって。9月が1/3におちこんでるので、まきかえし必要。確実に1本きるだけでは間に合わない。」と記載したメールを送信した。これに対してS氏からは「F薬品会社、やばいですね。了解しました。頑張ります。ただ、F薬品会社もあっさり研究費切ってきますかね。向こうが切ってきたらこっちはカートからも外して全く使わなくなるだけです。向こうとしては全く使われなくなるよりか、それなりの付き合いにしてくれるような気が。」と返信されたが、被告人は、同月4日、「F薬品会社たのむな。200万はすでに基盤Cごえ、300万までいけるとおもう。全国1位を本気でめざそう。50をやめて150使用に10月だけいけなかな」と記載したメールを返信した。平成31年3月の段階で、薬剤Oに関するコスト修正の量が増加しており、その修正額も高額となっていた。これを問題と感じた薬剤部は、同月におけるY大学病院の多職種間ミーティングで、臨床麻酔部の担当者として出席していたM氏に対し、その改善を求めた。M氏は、同月15日、被告人を含む臨床麻酔部のメーリングリストに「麻酔記録の麻薬確認がされていない症例が散見されます」などと記載されたメールを送信した。

しかし、その後も手術室で薬剤Oの登録漏れの状況が改善せず、かつ、ほぼ使用していないように見えるシリンジが置かれていることがあったことから、薬剤部は、同年4月4日の多職種間ミーティングにおいて、M氏

に対し、薬剤Oについて溶解しただけで使用していないのではないかと質問するに至った。その後も、薬剤Oの登録漏れの状況は改善せず、令和元年5月9日、同年6月6日、同年7月11日での多職種間ミーティングにおいても同様の指摘が繰り返された。M氏は、同年5月15日及び同年7月17日に、本件メーリングリストに対して、薬剤Oを含む薬品の登録漏れが頻発していることを指摘するメールを送信し、被告人も同メールを開封した。

3 S氏は、令和元年7月17日付けのメールを受けて、遅くとも同年8月8日までに、自身が薬剤Oの術前溶解等を行った症例について、薬剤Oを投与した記録の有無を確認し、記録がない場合、自らが「コスト修正」を行うようになった。もっとも、S氏は、「コスト修正」を単品入力の形で行うことを負担に感じ、普段から使い慣れた麻酔記録画面を確認すれば、薬剤Oを投与した記録の有無がすぐにわかることから、同年の夏か秋頃から、使用薬剤リストや麻酔記録を改ざんすることで「コスト修正」を行うようになった。その結果、実際には投与されていない薬剤O・150mgの薬剤料を含めて診療報酬の請求がなされ、投与されなかった薬剤O・150mgの薬剤使用料（合計81万9840円）を含む金員がY大学病院に支払われた。

以上の第一審（大阪地判令5年1月19日）及び原審（大阪高判令5年10月23日）認定事実によると、被告人は、薬剤Oの使用という請託を受けて、F薬品会社にY大学病院に200万円を交付させたことで、その行為について第三者供賄罪と詐欺罪が成立するとされた。

第三者供賄罪について

1 被告人は、公務員であるものの、大学教授である。被告人の職務には、医師としての側面、医局長としての側面¹、研究者としての側面、そして

1 安達光治「県立医科大学教授兼同大学附属病院診療科部長が医局に属するメ

教員としての側面がある。医師として現場で患者の治療を行い、医局長として医局の医師や研究者に対する教育並び研究基盤を構築し、研究者として医療科学発展のために最先端の医療研究を実践し、そこから得た知見を学生や医師等に教示することで、研究成果を還元している。その職務は、単に公務員として一括りにできない。また、国立と私立の大学のいずれの研究職ポストに就くのかは偶然の要素があり、現実には空席になり、採用募集している研究ポストに研究職を目指す人々が応募する。その採否は、主として研究業績に基づく研究能力の高さと今後の研究推進の将来性を評価して、決定されるのが実際である。その意味で、通常の採用試験を受けて任用される公務員とは大きく異なる。

被告人のように、医師であり、教師であり、かつ研究者である者は、自己の知識と能力に基づいて患者に治療を施し、学生を教育するだけでなく、今までの研究で得た知見を社会に還元する一方、他方で、現在進行中の研究課題を継続し、そこから得た知見・所見と未解決の課題を明らかにすることで、新たな研究領域を開拓する。とりわけ、研究者を目指す者と既にポストを持つ研究者にとって研究を継続することができるか否かは、研究者としてのアイデンティティにかかわる死活問題である。

2 上述のように、旧地方国立大学（現在は、独立行政法人）における研究費獲得は年々困難になっている。特に、学内の資金は大変貧困である。このような大学病院を取り巻く研究事情を背景にして、研究活動の継続と活性化のために学内外の研究助成金を獲得しようと試みることは、むしろ健全であり、推奨されるべきことである。「現状において、産学連携の政策理念のもとに、技術開発・産業発展に貢献すべく、大学教授は、国公立と私立を問わず、民間企業と研究・開発をすることが多く行われていると

ㄨ 医師を他の病院へ派遣する行為と賄賂罪における職務関連性（最高裁二小法廷平成18年1月23日）」速報判例解説4号141頁。

みられる。国立大学等でも、大学教授の専門的知識を民間企業の研究開発・技術指導に振り向けることを、本務との関係で支障を生じない限り、広く容認しているといえ、このことは、大学側にとっても、民間企業の資金を大学における研究の進展と教育の充実のために積極的に活用でき有益²と理解されている。

被告人において、F薬品会社のMRであるT氏と人間関係が作り上げられていくのもまた不思議なことではない。企業側からすれば、自社の商品をなんとか売り込みたい、医療現場で使用してもらいたい、その使用量も増やしてもらいたい、そして当該商品である薬品の有効性を知り、新薬の開発につなげたい等の関心から、企業側にとって直近関係者であり、決定権限を有する研究者に接触しようとするのは当然である。医師である研究者の側も、特定の薬品の患者への投与の有効性、その効能又は医師にとっての使用の難易を検証するために特定の薬品を用いることも当然である。このように今日では、企業と大学そして企業と研究者の関係は密接であり、両者の連携の安定が科学の発展につながる。このことは、社会科学分野も然る事ながら、自然科学や医学分野においてはまさにそうと言える。

研究の開始並び継続のために莫大な研究費が必要となる。とりわけ医学分野における研究費は、社会科学分野のそれとは全く比べものにならない。同じ研究ということで、同列に問題を論じていては研究に必要な費用事情を誤解することになる。

3 本件では、F薬品会社は、平成30年3月20日、臨床麻酔部に対する寄附としてY大学名義の口座に200万円を振込入金した³。F薬品会社からの助成金の振り込みがあって以降、薬剤Oの使用量が増えたとされる。確かに外形だけを見ると、200万円の振り込み以降の薬剤Oの使用量の増大と

2 大阪高判令2年6月17日判時2559号60頁。

3 被告人がまだ准教授であった平成29年度に当たる。

いう因果関係があり、それにより対価性があるように見える⁴。しかしこの一事をもって第三者供賄罪が成立するというべきであろうか。まず、対価性とは別に、本件において不正な報酬を基礎付ける事情が存在するであろうか。つまり賄賂性を認めることができるであろうか。

第三者供賄罪は、本来、第三者を隠れ蓑にして、金員を供与させることにより、脱法的に賄賂を自己のものにする場合を処罰する犯罪類型であるが⁵、本件では、第三者とはY大学である。被告人が本件の200万円を受け取るには、大学内の手続を経なければならず、かつ会計上の処理も行われる。F薬品会社からY大学への本助成金の交付は、Y大学における研究活動の不正行為防止等に関する規程に反していない。そうすると、真に被告人が賄賂として受け取るとするならば、本件第三者は適当な人・法人とはいえない。被告人が大学会計を通じて賄賂を受け取るとは考えがたい。寄付額の10%-30%が間接経費として大学側のものとなり、残額を、支出の都度、領収書と引き換えに後払いされるシステムとなっている。手続の煩雑さから被告人らが交付を受けられない可能性もある。ましてやY大学口座に振り込まれたことは、助成金の意図と内容が研究のためであることを明らかにする事実であり、振り込みの意図を隠蔽又は曖昧にするためではない⁶。本罪の立法理由である脱法的に賄賂を受受することの抑止からすると、Y大学は適当な隠れ蓑とはいいがたい。それゆえ、本助成金は被告人の教授就任のお祝い金ではない。逆に言うと、本人ではなく、大学の口座に振り込まれた、つまり供与された場合には、本罪の成立の有無の問題になるから、当該公務員個人に供与されたのかどうかを確定しなければ

4 井上宜裕「臨床研究における研究代表者への謝礼の賄賂性（大阪地裁令和年2月22日）」速報判例解説31号207頁。

5 大塚仁他編『大コンメンタール刑法第10巻（第3版）』（青林書院、2021年）169頁。

6 最判昭29年8月20日最高裁判所裁判集刑事98号87頁。

ならない⁷

後に詳細を示すことにするが、大学に入金が行われたのは、何よりも本件200万円が研究のための助成金であったからである。本件助成金は、いずれは金員として被告人の占有に移るのではなく、被告人の医局での研究のために供されるわけである。その意味で、本件200万円のY大学口座への振り込みは賄賂とは言えない。

4 また、Y大学口座に振り込まれた金額が、賄賂罪としての処罰を要するほどに当該公務員の職務の公正さやそれに対する社会一般の信頼を損なうほど高額すぎると言えるであろうか。

先述のように被告人に直接または架空の口座などを利用して振り込まれ、個人として受け取るのであれば別であるが、Y大学の銀行口座に医学研究のための助成金として200万円は必ずしも高額とは言えない。200万円ほどの金額は、日本学術振興会科学研究費助成事業、いわゆる科研費の人文・社会科学分野における助成金と比較としても高額とは言えない。本件では、Y大学口座に振り込まれた200万円とは別に新たに助成金が振り込まれるとの約束もない。問題となっている助成金が200万円ということは、医学研究助成として高額ではない⁸。

F薬品会社とT氏としては、被告人と人的な関係を構築して、将来的に、医薬品について相談し、その際、被告人から専門的知識の提供、助言又は提言を受けることができる環境を整えたいとの思いから、助成金を振り込んだと考えられる。他方、被告人としては、新たに教授の職に就くことから、医局の研究基盤の整備が「長」として喫緊の課題であったことは言うまでもない。大阪地判令4年2月22日判決によれば、「公務は原則として対価なしで行うことが求められるから、通常は、公務の対価として金品が

7 『裁判例コンメンタール刑法（第1巻）』（立花書房、2006年）414頁。

8 名古屋地判平11年3月31日判時1676号155頁。

交付された場合には、そのこと自体から不法な趣旨・目的が推定されるといい得る。しかし、Lや研究所のような事業者が、Aのような、研究を職務のひとつとする公務員に対し、当該公務員の公務としての研究と関係を有する指導や助言等をしてくれたことに対して金品を交付する場合には、事業者側は、研究者個人としての知識、経験、能力、資質、名声、権威等といった個人的属性に対する敬意・評価としての謝礼の趣旨を含めて交付をするのが一般的といえる。それゆえ、事業者の側から公務員に対して当該公務員の公務としての研究と関係を有する指導や助言等に対して金品の交付がされたとしても、交付がされたこと自体から直ちに不法な趣旨・目的が推定されることにはならず、このような場合に、当該金品が賄賂に当たるかどうかは、指導・助言等の内容や、金品が交付された経過、交付額などに照らし、当該金品の交付が賄賂罪としての処罰を要するほどに当該公務員の職務の公正さやそれに対する社会一般の信頼を損なうかどうかという観点から判断すべきであって、指導・助言等自体に不正な点がなく、それに対する金品の交付も当該公務員の個人的属性に対する敬意・評価としての謝礼として社会通念上許容し得る範囲にとどまるなど、理由のある趣旨・目的に基づいて交付されたとみることができ、当該公務員の職務の公正さ等を損なうとはいえないときは、賄賂に当たらないというべき⁹⁾と判示するが、同じことが本件に当てはまる。その際、「当該公務員の地位、職務の内容、専門性の有無、程度、研究活動の内容、方法、職務との関連性の程度、提供された専門知識の内容、その提供の目的及び方法、相手方の地位、対価としての報酬の額、時期及び供与の方法等諸般の事情を総合考慮して、研究活動あるいは提供された専門知識に対する報酬として社会通念に照らして合理性、相当性を有しているか否かによって判断すべ

9 大阪地判令4年2月22日LEX/DB【文献番号】25572073。十河太郎「贈収賄罪の成立が否定された事例」法学教室504号123頁。

き¹⁰」である。

また、大阪高判令2年6月17日によれば、「そのような大学教授の民間企業に対する助言・指導の内容が、教授の本来的な研究テーマの一部をなして、大学における研究の一環として行われるなど、何らかの形で職務との対価性を否定できないと考えられる場合であっても、そのことから直ちに賄賂性を認めるのは問題であろう。」と判示するが、本件では、医師でありかつ大学教授である被告人の研究者としての社会的役割から民間企業からの照会に対して対応し、研究協力することは奨励すべきことである。他方で企業側としては、節度を保ちつつも、能力があり、将来性がある専門家に常日頃から相談を持ちかけることができるのは、経営、商品販売また新薬開発にとって重要である。

本件金員は、研究目的のための研究費としての性格をもつことはあきらかである。本件被告人がごく私的に私腹を肥やすために自由に使ったわけではない。その意味で、本件研究費としての200万円と薬剤Oの使用量の増大とは、一方で、研究継続とその環境の充実目的、他方で、その実践としての患者の治療目的という2つの目的として区分することができるが、これらは、患者の治療と健康増進という一つの目的に収斂するのであり、これは、すこぶる公益性を有する。そのため、密かに本件被告人が私的利益を得るためにF薬品会社から供与されたというには疑いが残る。東京高裁昭41年7月15日判決は¹¹、第三者供賄罪の成否を判断するために、次の基準をあげた。①被告人個人が金員の供与を受けたものか、②正規の予算では不足し或は賄い得ない支出にあてるためその費用を調達しようとしたものか、被告人の個人的立場における支出があったのか、③本件事実の金員はY大学の正規の会計に計上されたものか、④本件金員の受益者は誰なのか。⑤本件被告人が請諾を受けたのか。

10 前掲注(8)155頁。

11 東京高判昭41年7月15日高検裁判速報1499号11頁。

東京高裁昭41年7月15日判決の基準に則して検討すると、①について、本件被告人個人が金員を受け取った事実はない。あくまで研究助成金であり、Y大学口座に振り込まれ、同大学の管理課にあった。大学からの研究費だけでは、到底、研究を継続することは困難であり、研究助成金を獲得することが必要なのは、公知の事実である。②について、上記で縷々説明したように、被告人の目的は、ひとえに研究継続とその環境充実のための研究費獲得の目的である。③について、本件金員はY大学の正規の会計に計上されている。④本件金員の受益者はY大学であり、被告人個人ではない。⑤被告人の方針に基づく薬剤Oの使用の増減の過程で、薬剤Oの使用状況について被告人とM氏が相談することは当然であり、被告人は、少ない助成金の中、薬剤Oの使用を継続したことは、むしろ、対価性とも関係なく、薬剤Oの薬品としての有効性を認めているからこそ使用し続けたと言える¹²。それゆえ本件200万円の助成金がなければ薬剤Oが使用されなかったというわけではない¹³。それゆえ請諾があったとは言えない。研究助成金の獲得と薬剤Oの使用量の増大はあくまで公益目的で貫かれている。また、被告人と医薬品の情報を提供する営業職・MRであるT氏とのやりとりは、薬剤Oに関する処方方針の確認及びその帰結（結果）の詳細な確認であるというのが自然である。

詐欺の故意について

1 令和元年9月9日頃から令和2年3月9日頃までの間、14回にわたり、情を知らない同病院職員をして、社会保険診療報酬支払基金Y支部、社会保険診療報酬支払基金本部及びY県国民健康保険団体連合会に対し、62名

12 参照、西田典之・橋爪隆（補訂）『刑法各論（第7版）』（弘文堂、2018年）517頁。

13 大阪高判令5年3月9日刊行物未登載。

に対して薬剤O・150mgを投与した旨の内容虚偽の診療報酬明細書を電気通信回線に接続した電子計算機を使用して提出させて診療報酬の支払を請求させ、令和元年9月25日頃から令和2年3月25日頃までの間、同支払基金Y支部、支払基金本部及び健康保険団体連合会において、前記支払基金Y支部、前記支払基金本部又は前記連合会の職員らをして、前記診療報酬明細書記載のとおり薬剤O・150mgが投与されたものと誤信させ、よって、令和元年10月21日頃から令和2年4月21日頃までの間、前記支払基金本部及び前記連合会から、投与していない前記薬剤O・150mgの薬材料分合計81万9840円を含む合計8539万1158円をH銀行V支店に開設されたY大病院名義の普通預金口座に振込入金させ、もって人を欺いて財物を交付させたことが客観的詐欺構成要件該当行為である。

これに対して、犯罪の故意とは、個々の刑罰規定が定める客観的な犯罪構成要件該当事実に関する認識、認容である。被告人は、薬剤Oの使用頻度及び使用量を増やすようにS氏などに指示を出していた。被告人による指示に基づいて、薬剤Oの使用量の増大とその普及がS氏らによって行われていた中、被告人は、薬剤部からの改善指示（薬剤Oに関するコスト修正の量が増加しており、その修正額も高額となっていたこと、そして薬剤Oを含む薬品の登録漏れが頻発していること）に関するM氏から臨床麻酔部のメーリングリストに送られたメールを閲覧したわけであるが、この事実をもって、被告人に詐欺の故意があると認定できるであろうか。

2 M氏は、令和元年5月15日及び同年7月17日に、臨床麻酔部メーリングリストに対して、薬剤Oを含む薬品の登録漏れが頻発していることを指摘するメールを送信し、被告人も同メールを開封した7月17日のメールの後、S氏は、遅くとも同年8月8日までに、薬剤Oの術前溶解等を行った症例について、薬剤Oを投与した記録の有無を確認し、記録がない場合、自らが「コスト修正」を行うようになった。S氏による「コスト修正」作

業により、令和元年9月までに、薬剤部において薬剤Oについてのコスト修正を行うことはなくなり、同月5日の多職種間ミーティングでは、S氏が対応していることが確認され、コスト漏れの問題は解決したと整理されたのである。

その後もS氏が術前溶解し、配布したものの使用されなかった薬剤Oが薬剤トレイに戻され、全部残した状態で薬剤部に返却されるという問題は残されていたとされるが、薬剤部は、令和元年9月の多職種間ミーティングで、溶解した薬剤Oについては、廃棄してほしい旨をM氏に伝え、M氏は、同月10日、臨床麻酔部メーリングリストに対して、「薬剤Oを準備して使用しなかった際、薬剤トレイに戻してくれている先生方がおられるようですが、廃棄していただいて構いません」などと記載したメールを送信し、被告人もそのメールを開封した。しかし、その後も使用されなかった薬剤Oが薬剤トレイに戻されることが続き、薬剤部から、同様の指摘が繰り返された。M氏は、同年10月及び同年11月に、本件メーリングリストに対して、「薬剤Oのシリンジは使用しなかった場合も捨ててもらって構いません。トレイに戻す必要はありません」「薬剤Oを使用しなかった場合、トレイに戻さず、破棄してもらって構いません」などと注意喚起するメールを送信している。これらのメールも被告人は開封しているわけであるが、これらの事実をもって被告人が詐欺の規範に直面する事実認識があったと言えるだろうか。

薬剤部からのクレーム後も被告人からS氏らに指示を出していないことからすると、被告人において、薬剤Oを含む薬品の登録漏れが、本件で認定された意図的な薬剤O・150mgの不使用とその大量廃棄に起因するものであることを認識させたと言えるであろうか。

犯罪の故意とは、個々の刑罰規定の構成要件が規定する事実の認識、認容であるとする、構成要件該当事実を認識したとき、通常、犯罪をしてはいけないとの反対動機が生じ、特定の犯罪行為をすることを差し控える

ことができたにもかかわらず、敢えて、当該行為をした場合に故意が認められる。本件では、薬剤Oの大量廃棄の事実から被告人が「他人を騙して、他人の財物を取ってはならない」との詐欺の規範に直面したと言えるであろうか。もっと言うと、会計システムに関する認識を前提にして、薬剤Oの大量破棄とS氏からのコスト修正の報告の事実から詐欺の規範に直面したと言えるであろうか。なお、その際、薬剤Oの大量廃棄の事実、麻酔記録改ざんの事実そして電子会計システムに関する認識を一連の事実として一括りにして故意を理解することは妥当であろうか。

確かに、薬剤部は、平成31年4月4日の多職種間ミーティングにおいて、M氏に対し、薬剤Oについて溶解しただけで使用していないのではないかと質問するに至ったが、S氏が、令和元年7月17日付けのメールを受けて、同年8月8日までに、自分で薬剤Oの術前溶解等を行った症例について、薬剤Oを投与した記録の有無を確認し、記録がない場合、自らが「コスト修正」を行うようになり、コスト漏れの問題は解決したとされている。そうすると被告人からすれば、S氏が違法な手段を用いて、薬剤Oの使用量を増やしているとはおおよそ考えにくい。

3 薬剤Oが使用されていないことの認識を持ち出して、また被告人の計画からいわゆる「歪み」を生み出しかねない危険をはらんでいたことを根拠に、薬剤Oの使用量増大の指示から、S氏が迅速に詐欺行為に及ぶとの認識・認容があったと言うことはできない。被告人とS氏らは教授と准教授という上下関係にあるものの、暴力団における絶対的な上意下達の関係にはない。子分が、黙示の連絡により親分の一挙手一投足を観察して忖度又は配慮し、親分のために時と場合によっては犯罪行為も辞さないと決意を持って常日頃から行動し、これに対して親分は、子分との黙示の連絡により、確実に子分が自分を守り、いざとなれば犯罪にも及ぶことを確実に又は強く認識できるような関係ではない。現に、臨床麻酔部のメーリング

リストで、被告人に対して、S氏は「F薬品会社、やばいですね。了解しました。頑張ります。ただ、F薬品会社もあっさり研究費切ってきますかね。向こうが切ってきたらこっちはカートからも外して全く使わなくなるだけです。向こうとしては全く使われなくなるよりか、それなりの付き合いにしてくれるような気が。」などと、自己の考えと推測を述べることができる関係であった。被告人とS氏らとの間には、確かに職務上の上下関係はあるものの、部下であるS氏らは、上司である被告人の指示を受けて如何なることにとも従わなければならない掟などはない。それゆえ、上司は、部下の行動を概括的であるが確定的に認識でき、かつ認容できる関係にはなかった。例えば、①被告人が詐欺の故意をもつに至るためには、薬剤Oの使用量を増やすことを至上命令として客観的な目標値を定め、達成しなければペナルティも定める、②被告人の助成金獲得の手法として、かつてから違法な手段を用いることもやむなしとの態度などがあった、③被告人がS氏をパワハラで追い詰めるようなことをしていた、等の事情がある場合は、詐欺の未必の故意の認定に影響を及ぼすと言える。しかし、このような被告人とS氏の関係からすると、S氏が被告人の意図を勝手に憶測することはできても、被告人がS氏を絶対的に統率する関係にない以上、S氏の麻酔記録の改ざんによるコスト修正、つまり詐欺の実行を確定的に認識していたわけではなく（その意味で、未必的）、それゆえS氏の行動を確実に又は強く認識できるような関係にはない。

薬剤部からの麻酔記録の登録漏れのクレーム、S氏によるコスト修正そして令和元年11月の臨床麻酔部メーリングリストに対して、「薬剤Oのシリンジは使用しなかった場合も捨ててもらって構いません。トレイに戻す必要はありません」「薬剤Oを使用しなかった場合、トレイに戻さず、破棄してもらって構いません」などと注意喚起するメールのM氏による送信等から、S氏やM氏の努力により他の医師に対して繰り返し連絡や注意喚起するなど、苦心しながらも上司と部下が協力して、現場の医師を教

育・指導しながら薬剤Oの使用に関する理解を浸透させて、その使用量の増加が行われていると認識することは自然であったとしても¹⁴、未使用薬剤Oの廃棄の増加を認識していたとは考えられない。その上、被告人がこの期間中に知った情報からは、S氏による詐欺など何らかの違法な行為が行われていると認識してはいない。

被告人がS氏に対し、事前に架空の名目での薬剤Oの使用をすすんで指示したことはない。逆に、S氏は、麻酔記録改ざんの事実を被告人に伝えたことはない。そのため、被告人との間に少なくとも明示の共謀が存していたとはいえない。この点で、その構成員全員がその違法性を十分認識しながら詐欺をするという典型的な組織ぐるみの詐欺事件と本件では、その様相を異にしている¹⁵。本件における医局の構成員並び手術関係者は組織的な詐欺集団ではない。親分と子分が、黙示の連絡により、確実に子分が自分（＝親分）を守っていることを認識するような関係ではない。

4 最決平19年11月14日は「Bにおいて、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申入れたところ、被告人5名は、Bや実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えてBに処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後Bを介して共犯者により行われた同ドラム缶

14 被告人が薬剤Oの使用量の増大の方針をメールで示したことは、本件大学病院における手術事情をからすると、現状の打開策・改善策として関係者の理解を得ながら普及させることは当然であって、しかし詐欺行為をする者がいても構わないという意味を推認させるものではない。参考、札幌地判令5年4月21日裁判所ウェブサイト。

15 大阪地判平15年10月29日判タ1146号302頁。

の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである¹⁶。」と判示するが、本決定の論理にしたがって、本件で被告人に未必の故意があったと言うためには、被告人が、S氏によって麻酔記録の改ざんによるコスト修正、つまり詐欺の実行を確定的に認識していたわけではないものの、麻酔記録改ざんによるコスト修正に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでも薬剤O・150mgの使用を継続するためにやむを得ないと考えていなければならない。そして被告人とS氏との間で、黙示的であれ、意思の連絡、つまり詐欺の共同遂行の合意が共謀共同正犯を基礎づける。

原判決は、「境との間で、術前溶解して使用されなかった薬剤O・150mgについて、境がコスト修正を行うことにより使用された旨の虚偽情報を記録して診察報酬請求する可能性について認識し」と判示しているが、最決平19年11月14日が判示する「Bの申入れを受け入れてJ運輸に処理を任せた場合には不法投棄されるおそれがあるとして本件までその申入れを受け入れなかった経緯」という共犯者とのやりとりなど共犯者に対する前提知識があった上で、共犯者が行為に及ぶ可能性を強く認識することが求められるのであり、単なる可能性では足りないというべきである。これに対して、被告人とS氏は、犯罪をすることも厭わない絶対的上下関係ではなく、被告人の指示からS氏が積極的に詐欺行為にまで及ぶことが優に想定できる支配関係もない。被告人が、薬剤Oの取り扱いをS氏に委ねるといつか犯罪を引き起こすとは考えていない。両者は目的のためには手段を選ばない等、犯罪行為に親近性のある関係でもない。つまり、被告人は、S氏との間では、薬剤Oの使用とその増大について相談が繰り返されたのであり、メールの記述からは誤解を招く表現が散見されることは確かである。しかし、被告人の指示は、あくまで薬剤Oの使用促進の方針であった。

16 最決平19年11月14日刑集61巻8号757頁。

これを受けて、S氏がこの指示を誤って理解して、薬剤Oを積極的に使用することの意味の中に、薬剤Oを無駄にしてもかまわないということも含意していると考えていたことは、メールの表現内容から被告人は認識可能であったかもしれない。しかし、このことから本件で問擬されている詐欺の故意があるというためには、S氏による麻酔記録改ざんの提案や被告人からの改ざんの指示など、詐欺についての踏み込んだ事実がなければ、到底認めることはできない。例えば、S氏の以前の言動又は行動から、——他の医師に薬剤Oの使用方法などについて教授するのによらず——麻酔記録の改ざんによるコスト修正をしてまでも薬剤Oを使用する可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと認容していなければならない。しかし、原審認定事実によれば、「令和元年8月8日までには、境がコスト修正を担当することになり、その旨被告人に報告したこと、境は、実際には使用していない薬剤Oを使用したと麻酔記録を改ざんしてコスト修正をするようになったことが認められる。被告人は、境から上記改ざんの事実こそ告げられていないものの」と判示しており、原審は、ここでコスト修正の事実と、麻酔記録改ざんの事実を別々の事実として理解していることがわかる。S氏から麻酔記録の改ざんによるコスト修正について知られていないことから、被告人には麻酔記録の改ざんによるコスト修正の事実、つまり詐欺の規範に直面すると言えるような事実を提供されていない。その後、M氏から、使用しなかった薬剤Oの廃棄のお願いのメールがメールリングリストに流れた。これら被告人が認識した諸事実からすると、被告人は薬剤Oの使用増大の方針を出したが、S氏による詐欺の実行について認識、認容していなかった点で、詐欺についての故意がない。

5 あらためて、原判決の「境との間で、術前溶解して使用されなかった薬剤O・150mgについて、境がコスト修正を行うことにより使用された旨の虚偽情報を記録して診察報酬請求する可能性について認識」との判示部

分について言及すると、単なる可能性を認識しただけでは、被告人に故意があったとは認められない。最決平15年5月1日は「組長を警護するために、けん銃等を所持するという犯罪行為を共同して実行する意思は、組織の中で徐々に醸成され、本件犯行当時は、被告人も警護の対象者として、実行行為者が被告人警護のために、けん銃等を携行していることを概括的にではあるが確定的に認識」と判示し、概括的にではあるが「確定的に」認識しているよることを故意の成立の要件とし¹⁷、最決平17年11月29日は「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していた¹⁸」と判示して、「確定的」に認識していることを要件としている。最判平21年10月19日は「Kがけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受入れて認容していたものと推認するのが相当¹⁹」したとして、「当然のこと」ことを認容要件としたのであるが、本判例では、確定的な認識があったとの判示はないものの、「当然のこと」と認容していることから、暴力団における親分と子分の強力な上下関係から形成されている共犯者の関係から見て、拳銃所持の認識は単なる可能性の認識ではなく、確定的なものであることを推定することができる。そうでなければ、本判例における「当然のこと」は、現実には当然ではなく、単なる空想にすぎない。事物の当然性は、対象となる事実の确实性を前提する。

いずれの判例も、共犯者が実行行為をすることの単なる可能性では足りず、これを超えた認識、認容を要件としている。最決平19年11月14日は、暴力団関係事案とは一線を画しつつも、未必の共謀があったとする根拠として、単なる可能性の認識だけでは未だ犯罪の規範に直面するには至らな

17 最決平15年5月1日判時1832号174頁。

18 最決平17年11月29日最高裁判所裁判集刑事288号543頁。

19 最判平21年10月19日判時2063号155頁。

いと解し、それゆえ、強い認識があったことを理由にして未必の故意を認めたと言える。

6 しかし、原審及び原原審も、被告人が、薬剤O・150mgの術前溶解が行われて現実に投与されないままに終わった症例が存在していると認識していたこと、そうした症例の中に、そもそも投与を予定することなく術前溶解が行われたものが含まれていると認識していたこと、そして大学病院の部長という職にあった被告人が、術前溶解した薬剤O・150mgが健康保険に診療報酬請求されることを認識していなかったとは考えられないとして、詐欺の故意を認めている。

薬剤部からのクレームがあったことは確かであるから、S氏が本来の用法に従って薬剤Oを使用せず、最終的に廃棄していることを認識し得たとするならば、被告人が認識し得たのは、薬剤Oの取り扱いに関する事実であり、ここでは大量廃棄の事実である。薬剤Oの使用の増大の方針を出したのは被告人であることからすると、薬剤Oの取り扱いに関する被告人の監督不行き届きが問題となる可能性がある。

あえて言うならば、重大な過失による器物損壊があったということができるにとどまる。

詐欺の共謀について

1 共謀とは、犯罪の共同遂行の合意である²⁰。これを前提とする共謀共同正犯論とは、客観的な実行行為は分担しないが、共謀に加わった者を共同正犯とする理論である。判例は、日本の伝統的な共犯・正犯概念を土台

20 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）56頁。裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案（第4訂版）』（司法協会、2016年）352頁以下。

に²¹、犯罪を計画したり謀議に参加するなどして犯罪遂行の重要な役割を果たしたが、実行行為を分担しなかった者を、形式的に教唆犯とするのではなく、黒幕として規範的に評価して共同正犯に包摂した。その場合にも、共謀共同正犯が成立するためには、あくまでも、「実行した」と同視するだけの共謀「関係」が認定されなければならない。ここにおいて「共同実行性」が認められるだけの重要な役割を果たしたことが重要となる。重要な役割とは、謀議の際の発言内容、その後の行為などを総合して判断される。全く実行を分担しない以上、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りず、共同して犯罪を行う意思を形成するだけの共謀が主観面および客観面の両面において認定されなければならない。ここでは、実行行為に加担しなくても、一緒に犯罪を行うことを相談しただけの者、つまり、自己の犯罪として謀議に参加した者も刑法第60条という共同正犯と解釈することが可能なか否かが問われる。具体的には、共同の謀議の内容と、他の共犯者の中での自分の地位や役割が決定的に問題となる。とりわけ本件では、薬剤Oの使用量の増大の明示的指示の中に詐欺の指示をも含み、これを本件共謀とするという意味で、包括的共謀があったとされているわけである。包括的共謀とは、一般には、関与者間で犯行内容が具体的に特定されず、包括的な合意が形成される形でなされる共謀のことをいう²²。一般に「共謀」と「それに基づく実行」が必要であると解されているところ、実務上は、「共謀」と不可分一体の要件として、単なる意思の連絡に加えて、自己の犯罪を行う意思（正犯意思）を要すると考えられている²³。包括的共謀について当てはめると、行為の本質的部分について

21 前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東大出版会、2019年）325頁参照。

22 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）135頁以下参照。

23 裁判例の主流は、主観説の立場から、自己の犯罪を行う意思か他人の犯罪に加功する意思かによって共同正犯と狭義の共犯とを区別する。小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号14頁、松本時夫「共謀共同正犯と」

意思の連絡があること、かつ、個々の犯行に関する謀議がなくても、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという共同実行の意識（＝正犯意思）が認められることが、包括的共謀を認めるためには必要であると解される²⁴。

共謀共同正犯は、共謀者中のある者が共同目的実現のために犯罪の実行に出た場合、相談・打ち合わせである共謀に参加した全員が共同正犯としての責任を負うことをいう。練馬事件判決では、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」とされ、そこでの「『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし「『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない²⁵。」と判示した。

2 確かに、被告人とS氏の関係からして、被告人の薬剤Oの使用量増大の方針とS氏の行動との間に客観的な条件関係を認めることができる。被告人の方針がなければS氏の行動もなかったという条件関係だけで見れば、両者の行為は密接な連関を有している。しかし、客観的な条件関係だけで

ㄨ 判例・実務」刑法雑誌31巻3号44頁。

24 十河太郎「包括的共謀の意義と包括的共謀の射程」同志社法学72巻7号384頁以下。

25 最判昭33年5月28日判時150号6頁。

詐欺の共謀があるとまで言えるであろうか。つまり、客観的な条件関係を有するとの理由だけで、被告人が、S氏と共謀して、自己の犯罪として包括的に詐欺について被告人の正犯性を肯定することが出来るのであろうか。

共同正犯の成立要件については様々な見解が主張されているが、①共謀が存在すること、②共謀に基づいて共謀者の全部または一部が実行行為を行うことを共同正犯の成立要件の中核とするのが伝統的な理解といえる²⁶。因果性を軸に共同正犯の成立要件を構成する見解が有力である²⁷。共同正犯において、関与者が、別の関与者の惹起した結果について責任を負う根拠は、別の関与者を介した間接的因果性、つまり心理的因果性に求められる²⁸。判例は片面的共同正犯を認めていないことからして、関与者間の共謀の存在を共同正犯の成立要件としている。黙示的であれ、共謀により、関与者間の心理的な繋がりができる²⁹。この繋がりは、客観的共働のための主観的前提としての心理的因果連関である³⁰。

因果的連関があったというためには、共犯者相互に物理的・心理的影響を互いに強く与え合いながら彼らの行動が一体であったことが証明されなければならない。客観的な条件関係だけを理由に共同正犯を規範的に基礎づけることはできない。なぜなら、客観的な条件関係の存在と共謀の存在とは別問題だからである。「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意

26 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第5巻（第3版）』（青林書院、2019年）143頁以下〔村上光瑠〕参照。

27 島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』（成文堂、2010年）51頁以下、橋爪隆『刑法の悩みどころ』（有斐閣、2020年）311頁。杉田宗久ほか「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件（上）」判タ1355号75頁以下、同ほか「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件（下）」判タ1356号50頁以下参照。

28 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）381頁。

29 これを主観的謀議説と呼ぶ。上野智「共謀の認定」判例タイムズ254号15頁、小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（判例タイムズ社、1992年）〔石井一正＝片岡博〕343頁等。

30 西田典之・橋爪隆補訂『刑法総論（第3版）』（弘文堂、2019年）371頁以下。

思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」との上記練馬事件判決判示部分は、単なる意思連絡又は共同犯行の認識といわれるものとは異にする。謀議又は通謀が共同正犯者相互間に成立したことを要する³¹。たとえ、これらがなかったとしても、各関与者の意思が合致していれば足り、それ以上の何も要求されないと考えるべきではなく、連絡の形式は問わないし、また暗黙のもので足りるが、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものでない外部的な意思の連絡がなければ、共同正犯における心理的因果性は生じない³²。単なる片面的ないし偶然の意思の合致ではない。いわゆる共謀共同正犯の要件である共謀が成立したといい得るためには、単に他人が犯罪を行うことを認識していたというだけでは足りず、二人以上の者の間において、互いに他の行為を利用して各自の犯意を実行しようとする共同意思が存在していなければならない³³。被告人は、S氏から詐欺に関する事実については何も聞かされず、薬剤Oの使用増大のほかは事後報告もうけていない³⁴。

3 共謀共同正犯において、実行者以外の背後者などが共同正犯として処罰されるには、構成要件該当結果実現の意思が強固であること、すなわち、心理的因果性が強力であることに求められる。心理的因果性がどれほど強力に及んでいるか、例えば、合意が形成されていたのかが重要となる³⁵。

被告人は、医局長として、薬剤Oの使用に関する指示を出すことで、S

31 亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学31号167頁。

32 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法學研究：法律・政治・社会84巻9号115頁以下。

33 最判昭33年5月28日刑集12巻8号1718頁、最判43年3月21日刑集22巻3号95頁。

34 東京高判昭57年12月21日判時1085号150頁。

35 松澤伸「裁判官の思考と共犯理論」（2014年）9頁。（<https://www.waseda.jp/prj-genkeiken/pdf/vol.1/matsuzawa1-1.pdf>）。

氏らと共に稼働していたわけで、S氏は指示に従って行動していたと言える。しかし、詐欺の「本質的部分」である欺罔行為について、被告人が許容するようなことはなかった。詐欺罪の成否を問擬する以上、欺罔行為の具体的内容全てを知る必要はなくても、少なくとも詐欺の本質的部分についての認識が必要である。麻酔記録の改ざんや保険請求という欺罔行為の本質部分についての認識が必要である。これがなければ、被告人はS氏の行動の内容を概括的であれ認識することはできない。S氏の行動の内容の認識、認容は、詐欺の故意を意味する。本件では、この詐欺についての故意がなければ、いわゆる詐欺に該当する麻酔記録改ざん行為部分について被告人との関係では心理的な因果連関があるとは言えない。

そもそも被告人においてS氏と詐欺を共同して行うとの認識はあったのであろうか。その上、単にコスト修正についての意思の連絡ではなく、本件詐欺の実行行為である使用薬剤リストや麻酔記録の「改ざんによるコスト修正」をするための意思の連絡はあったのであろうか。

共同正犯が成立するためには、関与者間における意思連絡又は合意が必要とされる³⁶。共同正犯において各関与者の寄与が犯罪結果の発生へ向けて実効性を有するのは、各関与者が、意思連絡を通して、それぞれの役割を果たし、その目的へ向けて各自が行為を遂行するからにほかならない³⁷。実行行為が共謀に基づいて行われる必要があるところ、その内容は、共謀としての意思の連絡が実行行為に対して心理的な因果性を有していること、および、共謀によって形成された相互利用補充関係ないし共同性が保たれた状態で実行行為が行われることにある。相互利用補充関係ないし共同性

36 大判大11年2月25日刑集1巻79頁。内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣、1973年）8頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）283頁以下、団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990年）391頁、大塚仁『刑法概説（総論）（第4版）』（有斐閣、2008年）292頁以下、福田平『全訂刑法総論（第5版）』（有斐閣、2011年）270頁。

37 阿部力也「黙示の意思連絡について」法論70巻2・3号119頁。

は、物理的にも心理的にも各人が協力し合って構成要件を実現することを内容とするから、共謀の射程が実行行為に及んでいるかどうか、客観的な事情および主観的な事情の両面から判断されることになる³⁸。

4 本件は共謀共同正犯の成立を問擬しており、麻酔記録改ざんにおけるコスト修正が、共謀に基づいているのか否かが重要となる。共謀は、一部実行全部責任を基礎づける実体であるから、抽象的なものであってはならず、具体的な内容を有するものでなければならない³⁹。

被告人は、薬剤Oの普及と使用増大についてS氏らに相談し、指示したことから、麻酔記録の改ざんによるコスト修正が行われたと結果的に言えるかもしれないが、しかし、詐欺の実行行為に該当する改ざんについては、薬剤Oの使用とその増大に関して被告人が持っていた認識の射程に含まれていない。つまり、S氏の行動による麻酔記録の改ざんによるコスト修正は、被告人の認識の及ぶところではなかった。被告人の目的とその認識は、手術における抜管時に生じる頻脈を抑え、頻脈の状態を脱することを目的として薬剤Oを使用することであり、かつこれを普及させることであった。これにより、手術において患者に痛みを感じさせずかつその容体を安定させるためであった。S氏の行動が被告人の方針に基づいて行われたことから、確かに前者と後者との間には条件関係があるといえるが、被告人のS氏との共同作業による薬剤O使用に関する認識の射程はあくまで手術において患者に痛みを感じさせずかつその容体を安定させることに尽きるのであり、そのための薬剤Oの使用とその増大であった。このことから想定される事実は、薬剤Oの大量廃棄の可能性であったとしても、詐欺に該当する「使用薬剤リストや麻酔記録の改ざんによるコスト修正」は想定範囲外であることから、S氏によって行われていた詐欺について被告人の認識

38 十河太郎「共謀の射程の意義」同志社法学72巻4号865頁。

39 高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂、2022年）489頁。

は及んでいない。ここで詐欺についても「想定範囲内」と言うためには、コスト修正が、麻酔記録改ざんによるコスト修正のことであるとの意思の連絡があったことで詐欺の共謀があったと言える⁴⁰。たとえ詐欺行為が行われていることの未必的な認識があったとしても、それだけでは、被告人が詐欺に関わったと言えるだけの共謀があったとは認められない⁴¹。なぜなら、共謀共同正犯における共謀は、契約に類似する義務、すなわち拘束力を伴うものであって、共謀共同正犯が相互に負う義務の内容とは、共犯者のうちのいずれかが一定の無価値な結果の実現を志向する直接行為の遂行であり、共謀であれ、合意の場合であれ、「一定の時点における具体的状況の下で遂行された行為から生じるであろう具体的結果」という程度にまで、特定構成要件結果が具体化されている必要があるからである⁴²。それゆえ、共謀の射程内か外かは、一部実行全部責任を前提にした共謀共同正犯における共犯者の処罰範囲を画する。

被告人がS氏に対し、事前に架空の名目での薬剤Oの使用をすすんで指示したことはない。逆に、S氏は、麻酔記録改ざんの事実を被告人に伝えたことはない。そのため、被告人との間に少なくとも明示の共謀が存していたとはいえない。この点で、その構成員全員がその違法性を十分認識しながら詐欺をするという典型的な組織ぐるみの詐欺事件と本件では、その様相を異にしている⁴³。本件における医局の構成員並び手術関係者は組織的な詐欺集団ではない。いわゆる共謀共同正犯の要件である共謀が成立したといえるためには、単に他人が犯罪を行うことを認識していたというだけでは足りず、二人以上の者の間において、互いに他の行為を利用して各自の犯意を実行しようとする共同意思が存在していなければならないと

40 共謀の前後又は同時に、詐欺に関する事実を認識、認容したことが必要である。

41 東京地判令3年12月7日判時2542号88頁。

42 小島秀夫「共謀概念の比較法的考察」明治学院法学研究114号48頁。

43 大阪地判平15年10月29日判タ1146号302頁。

解される⁴⁴。

薬剤Oが術前溶解されていたことで、薬剤Oの積極的利用という被告人の方針を他の医師らが推知することができたとしても、同時に他の医師らが薬剤Oを使用するものと被告人が認識できたとしても、そのことから通常、他の構成員が詐欺行為の実行に及ぶことはおよそあり得ない。そもそも被告人とS氏との関係は、暴力団のような絶対的な関係ではなく、また組織的な詐欺集団のような関係でもないので、特定の犯罪の実行に関する具体的内容の決定を各実行者の便宜に委ねただけで、犯罪の共謀が成立するとは考えられない⁴⁵。そうだとすると、共謀が成立するためには、明示的に麻醉記録の改ざんによるコスト修正の謀議があった場合、又は黙示的であれ、合意が認められる場合でなければ、本件において共謀共同正犯が成立するとは言えない。原審認定事実によれば、令和元年8月8日までには、境がコスト修正することを被告人に報告したとされる。その際、コスト修正の報告をしたが、麻醉記録改ざんの事実は告げられていない。その後、M氏から、使用しなかった薬剤Oの廃棄のお願いのメールがメーリングリストに流れた。これら被告人が認識した諸事実からすると、S氏との間に詐欺に関する共謀があったとは言えない。

5 薬剤Oの大量廃棄の事実と麻醉記録改ざんの事実は、一連の事実ではない。後者は、前者の処理のためにとられた対応であるが、コスト修正と麻醉記録の改ざんが別々の事柄であることからすると、麻醉記録の改ざんの認識、認容に基づき、被告人とS氏との間で麻醉記録の改ざんによるコスト修正の謀議又は合意が必要である。S氏から麻醉記録の改ざんについ

44 最判昭33年5月28日刑集12巻8号1718頁、最判43年3月21刑集22巻3号95頁。

45 品田智史「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法律時報92巻12号23頁。樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定」法律時報91巻11号61頁以下。

て伝えられていたとすれば、その段階ではじめて被告人は薬剤Oの処理の問題に直面し、麻酔記録の改ざんによるコスト修正の可否や手段の合理性など含めて詐欺に関する謀議が行われ、詐欺に関する共謀が成立することになるものの、S氏から被告人に改ざんの報告がない以上、被告人が麻酔記録改ざんを認識していたことを証明する事実はなく、詐欺の共謀は成立し得ない。

整理すると、本件詐欺罪の成立との関連で、共謀とは、詐欺の共同遂行の合意である。詐欺の故意は、他人の財物を詐取することの認識、認容である。そして詐欺の共同正犯における故意とは、詐欺の共謀により、共犯者の全部又は一部が詐欺の実行行為を行うことの認識、認容である。例えば、被告人がS氏から麻酔記録改ざんの事実を告げられ、被告人が、S氏の過去の行動から見て、S氏に薬剤Oの取り扱いを任せ続ければ、実際にするかどうかわからないけども、詐欺行為に及ぶことを強く認識していたと言える場合に、詐欺に関する故意があったと言える。そして、故意の発生と同時に又は事後に、麻酔記録改ざんの事実を告げられた被告人が「あなたにまかせるよ」「うまくやってくれ」「なんとかしてくれ」などとS氏に申し向けて、明示的に共謀するか、または支配関係の中で両者において黙示的な共謀があった場合に、共謀が成立したと言える。

本件では、S氏は、被告人に対して、コスト修正の報告をしたが、麻酔記録改ざんの事実を告げられていないわけであるから、被告人は詐欺に関する事実直面しておらず、被告人とS氏との間に、詐欺に関して共同遂行の合意はない。

本件被告人とS氏との間には上記のような共謀はなかった。被告人が直面する可能性があった事実は、薬剤Oの使用量の増大の指示に関連する薬剤Oの廃棄の問題である。

以上、未必的であれ、詐欺の故意が生じたとは言いがたく、かつ詐欺の共謀もない。

6 被告人は、S氏との間で、暴力団の親分子分のような強固結びつきをもった上下関係の中でS氏の行動を、概括的であれ、確定的に認識できる関係にあったわけではない。また、共犯者間での包括的共謀が認められるためには、行為の手段や方法、被害者などを特定しないものの、当初より犯行の内容について包括的な合意が形成され、これに基づき、結果を発生させる直接行為が行われたと言えなければならない。しかし、本件ではどうであろうか。本件被告人は、手術中の患者の容体の安定のため薬剤Oの使用が有効と考え、その利用促進の方針を医局長として出して、これをS氏らに伝えた。医療的見地からの有効性に照らした薬剤Oの使用促進という意味の限りで包括的な取り決めをしていたにすぎない。被告人とS氏との間での取り決めの範囲とは、医療的見地からの有効性に照らした薬剤Oの使用促進の限りである。S氏が改ざんをしていたことについて、薬剤O使用促進の方針を出したとと麻酔記録の改ざんの事実の外形的な一連性だけを理由に被告人に対して正犯としての帰責の根拠として位置づけてしまうと、詐欺に関して、被告人個人の果たした役割とその影響の度合い、つまり寄与度を明確にしたうえで犯罪成否の判断及び量刑判断の基礎にするという共犯論の任務を最初から放棄し、連座・縁座と変わらない思考法に墮するおそれがある。

原審及び原原審は、被告人とS氏の行動に関する共謀関係の認定が困難であることから、S氏による改ざん行為と条件関係のある「端緒」と目される被告人の薬剤Oの使用増大方針の発出と被告人の医局長としての地位を理由に、S氏による詐欺の実行の可能性だけで故意を認定し、かつ、違法な事実を告げられていない状況で詐欺の規範に直面する事実を認識できていなかったにもかかわらず、共謀関係を認めるという、共謀の射程を不当に拡張した無理な解釈をしてしまった。