

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 1 頁 33 行目「他人を道具として利用する」とは、比喩的で曖昧な表現であるが、具体的にはどのようにすれば他人を道具として利用し、間接正犯が成立するのか。
2. 検察レジュメ 2 頁 18 行目以下で、判例ア(横浜地判昭和 51 年 11 月 25 日)を引用した趣旨は何か。
3. 検察レジュメ 3 頁 37 行目以下「人を道具にを使って犯罪を実行する場合であっても、それを正犯の一つの態様であると考えことに不自然は無い」ことから、被利用者の過失行為を利用した場合に、利用者に間接正犯が成立するといえるのは何故か。
- 10 4. 検察レジュメ 5 頁 34 行目以下で、間接正犯の正犯性を判断するにあたり、「行為者が被利用者に対して行為支配性を有していること、他人の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有していること」の 2 つを要件とする理由は何か。
- 15 5. 検察レジュメ 6 頁 29 行目以下で、43 条ただし書の「自己の意思により」という文言の乖離した判断基準に依拠するのはなぜか。
6. 検察レジュメ 4 頁 28 行目で、中止犯の任意性の基準について丙説(客観説)を採りながら、同 6 頁 32 行目以下で、判断の考慮要素の多くを行為者の主観としているのは、矛盾しないか。

20

II. 学説の検討

1. 他人の過失行為の利用と間接正犯

A 説(間接正犯肯定説)、B 説(間接正犯否定説)について

- 25 A 説が採られる背景には、正犯と共犯の罪名は一致しなければならないという厳格な罪名従属性説に類する考えがあると思われるが、共犯は他人の犯罪への単なる加担としてではなく、犯罪を自ら遂行しようとする形態の 1 つとして捉えられるべきであるから、正犯と共犯との罪名の一致を絶対の条件としない。

ゆえに、被利用者の道具性への疑問が払拭できない事例については、利用者に科せられる罪名は、被利用者に科せられる罪名の教唆犯である必要は必ずしもない。

- 30 また、過失は通常の注意をもってすれば回避することができるものであり、被利用者によって遮断され、結果の発生は容易に阻止される可能性が大いにあるといえる。

よって、弁護側は A 説を採用せず、B 説を採用する。

35

2. 中止犯の任意性の基準について

甲説(主観説¹⁾)について

- 5 条文の「自己の意思により」という文言との整合性と、外部的刺激の行為者の動機に与える影響の具体的な検討の必要性という点から、外部からの影響が物理的障害、または生理的障害であった場合には障害未遂を認定し、そうでない場合に中止行為の任意性を認める本説が妥当である。

よって、弁護側は甲説を採用する。

乙説(限定的主観説²⁾)について

- 10 そもそも、条文上、中止犯を単なる刑の必要的減免事由として規定しているにすぎず、条文にない要件を加えて成立要件を制限すれば、中止犯の認められる範囲を不当に狭めることとなり、妥当でない。

よって、弁護側は乙説を採用しない。

- 15 丙説(客観説³⁾)について

まず、明文上、「自己の意思により」と規定しており、ここでは自己の意思によって中止に至ったかが問われているのであるから、外部的刺激が当該行為者に与えた影響・行為者の意思を度外視して、客観的性質のみを基準とすることは、上記法文上の文言に反するため、妥当しない。

- 20 よって、弁護側は丙説を採用しない。

Ⅲ. 本問の検討

第1 乙が不注意にも適量を超えるモルヒネをAに注射した行為について業務上過失傷害罪(211条前段)が成立するか。

- 25 1 「業務」とは社会生活上の地位に基づいて反復継続して行う事務であって、他人の生命身体に危害を加えるおそれのあるものをいうところ、医療(看護師業)はこれに当たる。

では「必要な注意を怠つた、すなわち乙に過失があったといえるか。

- 2 過失犯の構造について問題となるも法律上要求される注意義務を果たしたとしても、なお結果が発生したなら、社会的相当性を有する行為として違法性を阻却すべきである。更に構成要件は違法類型であるから、かかる場合には構成要件該当性も否定すべきである。
- 30 かかる観点から、過失とは構成要件要素であり、予見可能性を前提とする予見義務違反のみならず、結果回避可能性を前提とした結果回避義務違反からなるものと考えらるべきである。

3 本件について、まず乙は注射をする際のモルヒネの量が多かったことには注意すれば気

¹ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)430頁。

² 前掲・井田 431頁。

³ 山中敬一『刑法総論[第2版]』(成文堂,2008年)771頁。

付くことができたのであるから予見可能性は認められる。

そして乙は A に過度な量のモルヒネを投与するのを回避する結果回避義務が認められ、それが回避可能であるにもかかわらず、その義務違反し A に過度な量のモルヒネを注射した。よって乙に過失が認められる。

5 また A には「傷害」が認められる。

4 以上より乙の上記行為に業務上過失傷害罪が成立する。

第 2 甲が乙を利用して A に適量を超えるモルヒネを注射させた行為について殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立しないか。

10 1 (1) 本件において甲は自らモルヒネ注射という行為を行わず、乙を利用している。ここで、甲に正犯性が認められるか。間接正犯の成否が問題となる。

(2) 実行行為とは当該構成要件の結果を惹起する現実的危険を有する行為をいい、これは他人の行為を利用することでも可能である。

15 したがって間接正犯の成立には、直接正犯と同様に自ら実行行為を行ったと評価できること、すなわち①主観的に被利用者を一方的に支配利用して特定の犯罪を自ら行う意思があり、②客観的に被利用者をあたかも道具のごとく一方的に支配利用し、被利用者の行為を通じて一定の構成要件を実現することが必要である。

20 (3) 本件についてみるに、弁護側は B 説を採用するので、過失行為者乙は通常の注意をすれば結果を回避することができたし、またそうすることを法によって期待されているので、甲の思いどおりにはならないはずであり、甲が乙を一方的に支配利用しているとはいえないことから、甲には間接正犯が成立せず、殺人未遂罪の教唆犯(61 条 1 項、203 条、199 条)が成立するにとどまる。

25 2 もっとも本件では甲が A に嫌味を言うなど軽く挑発したところ、逆上した A は甲に向かって唾を吐いたり、甲を強く叩くなどしたところ、甲が上記行為に及んだという経緯があり自招侵害が問題となる。しかし、そもそも甲はモルヒネ注射を用意できるほどの余裕があったのであり、「急迫」性(36 条 1 項)が否定されるため、甲の上記行為に正当防衛が成立する余地はない。

3(1) では本件で甲に中止犯(43 条ただし書)が認められ、刑の必要的減免がなされないか。要件は①「自己の意思により」犯罪を②「中止した」ことである。

30 (2) まず要件②が認められるか。

ア この点、本件のように被害者である A を放置すれば結果が発生する危険性がある場合には結果を防止するための作為にすることが必要であるが、この作為は単独でなされる必要はないものの、少なくとも犯人自身が防止にあたったのと同視できるだけの努力が必要である。

35 イ 本件では甲は自らの力量では A を助けられるか自信がなかったことから、C 大学病院の院長であり、技量についても信頼のおける丙に治療をしてもらおうと考えた。そして甲

は「Aの様子がおかしいため今すぐ見に来てほしい」と丙に依頼をしている。たしかに甲自身も医者であるが、自己の力量に自身がなかったことから他の医者に治療を頼むことは結果防止の観点からも合理的である。よって甲自身が防止にあたったのと同視できるといえる(②)。

5 ウ なお、問題文からは明らかでないが、仮に甲が犯人は自分であると名乗り出る等の行為をせず、犯行を秘匿する行為を行っていたとしても②は満たすと考える。なぜなら真摯な努力の名の下に結果発生防止と無関係の行為を要求するのは法秩序に対する全面的な恭順の意を示すことまで要求するもので、倫理主義であると考えられるからである。

(3) では①は認められるか。

10 ア この点弁護側は甲説を採用するため、行為者本人がどう思って中止したかを基準とする。すなわち行為者自身が「やろうと思えばやれる」と思ったのに中止した場合は任意性があるが、「やろうと思ってもやれない」と考えて中止した場合は任意性がないと考える。

イ 本件についてみると、甲はそれまでAの症状が悪化するのを静観していたのに、段々と症状の悪化するAを見て、「このままでは俺は殺人犯になってしまう、なんて大変なことをしてしまったんだ」と我に返り、Aを助けることを決めたのである。甲としてはAがこのまま死亡することに対する障害もないにもかかわらず、本件中止行為を行っているの
15 であるから「やろうと思えばやれる」と思っているといえ、任意性が認められる(①)。

(4) 以上より甲に中止犯が成立し、刑の必要的減免が認められる。

4 したがって、甲の上記行為に殺人未遂罪の教唆犯が成立し、中止犯の成立により刑の必
20 要的減免がなされる。

IV. 結論

甲の乙を利用してAに適量を超えるモルヒネを注射させた行為につき、殺人未遂罪の教唆犯(61条1項、203条、199条)が成立するが、刑の任意的減免がなされる。

25 乙の注射行為につき、業務上過失傷害罪(211条前段)が成立する。

両者はその罪責を負う。

以上