

I. 事実の概要

- 5 C大学病院の医師である甲は、日頃から同じ病室の患者らに嫌がらせをして頻繁にトラブルを起こしたり、甲に対しても常に高圧的な態度を取る患者Aを不快に思っていた。そしてある日、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。このAの行為に腹をたてた甲はAを殺してやろうと思ひ、看護師である乙に適量を超えるモルヒネ入りの注射をさせた。(なお乙は、Aが頻
- 10 繁にトラブルを起こしていることについて甲が快く思っていなかったことを認識しており、また、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付くことができた。)注射をした直後に、Aにはモルヒネ過量投与の副作用により呼吸困難の症状がみられたが、甲は当初これを静観していた。しかし甲は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
- 15 ることを決めた。
- だが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」と言って丙を呼び、Aを見た丙はすぐさまAの治療に取り掛かった。治療行為に取り掛かったのが比較的早かったことから、その後A
- 20 は一命をとりとめた。
- 本件での甲・乙の罪責を検討せよ。

参考判例:福岡高裁昭和61年3月6日判決

25 II. 問題の所在

- 1 乙の注射行為について甲に間接正犯が成立するか。
- 2 甲の中止行為について中止犯が成立するか。

III. 学説の状況

30 他人の過失行為の利用と間接正犯

A説(間接正犯肯定説)

他人の過失行為を利用する行為は、他人を道具として利用するものであるから、間接正犯であるとする説¹。

35 B説(間接正犯否定説)

犯罪の本質・処罰根拠は、規範に違反した点に求められるとする規範的障害説²の見地から間接正犯を否定する説³。

¹ 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)872頁。

² 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2015年)31頁。

³ 前掲・山中872頁。

中止犯の任意性の基準について

甲説(主観説)

5 外部的障害が行為者の表象を通じて、内部的動機に強制影響を与えた場合に任意性を認める説。

乙説(限定的主観説)

10 何らかの意味における規範的感情のあらわれとしての意思、すなわち悔悟・憐憫・同情・悪かったと考えるなど、広義の自らの行為価値否定的意思に基づく行為である場合に任意性を認める説。

丙説(客観説)

15 行為者の表象(さらにそれに基づく動機形成)が一般人にとって通常犯罪の完成を妨げない場合に任意性を認める説⁴。

IV. 判例(裁判例)

ア 横浜地方裁判所昭和 51 年 11 月 25 日判決。判例時報 842 卷 127 頁。

[事実の概要]

20 覚せい剤譲渡の交渉を専ら行い、かつ、譲渡の実行を担当した者につき、自己が取引当事者であると認識していなかったこと、代金支払方法等はいちいち背後者の指示を仰いでいたこと、譲渡後も同人から一銭の分け前ももらわなかったこと等から、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、幫助する意思のみを有したにすぎないとして、故意ある幫助的道具であるとされた事案である。

25 [判旨]

「被告人は、Y から 1 グラム 1 万円の覚せい剤 50 グラムの世話を依頼されて X に連絡し、取引の日時場所も X に知らせたが、同人から自身で取引するためホテルに赴く旨を聞いたため、相手と引き合わせるため同ホテルに行き、被告人に次いで同所付近に来た X が取引相手が快くないことを見聞了知して、被告人に覚せい剤を手渡すや、同人も本件覚せい剤の取引当事者は X と Y であることを認識しながら、これを Y に渡したもので、同人からその代金 50 万円を受け取ると、そのままこれを X に渡し、同人からは 1 円の分配も受けていないものであるから、被告人が単独で X から覚せい剤 50 グラムを購入して Y に売却したとは到底認め得ないのであって、本位的訴因は採用の限りではなく、さりとて被告人が X が Y と共謀して右覚せい剤を譲り渡したことを認むべき証拠は存しないから、予備的訴因そのものは認定することができない。

35 しかし、被告人が覚せい剤 50 グラムを Y に手渡した客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為における被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、X の Y に対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の

⁴ 前田雅英『刑法総論講義[第 5 版]』(東京大学出版会,2011 年)168 頁。

犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべく、これを正犯に間擬することはできない。」

イ 大阪高等裁判所昭和 44 年 10 月 17 日判決。判例集未掲載。

5 [事実の概要]

被告人 X は、犯行直前に未必の殺意を生じて刺包丁を持ち出し、被害者 A の左腹部を 1 回突き刺して、肝臓に達する 12cm の刺し傷を負わせた。

その後、X は A と包丁の取り合いになったが、A が腹部の激痛に耐え兼ね「病院へ連れて行ってくれ」と哀願したので、A を自動車に抱き入れて自ら運転し、ただちに近くの病院へ連れて行き、医師に引き渡した。

10

X は、病院に到着する直前に凶器の包丁を川に投げ捨て、犯跡を隠そうとした。また、A 手術中の病院でも、自分と A の共通の友人数名や A の母等に対して、犯人は自分ではなく、誰かわからないが A は他の者に刺されていたと嘘をついた。

肝心の A は、一命を取り止めた。

15 [判旨]

被告人が A を刺した行為は、それ自体が殺害の結果を発生させる危険性の高いもので、X は実行行為を終了したと考えた。

また、実行行為終了後、重傷に苦しむ A をそのまま放置すれば、死亡という結果が発生していた危険性が大きいことから、中止未遂認定には、X が「結果防止のため真摯な努力を注いだ」ことも必要とした。

20

つまり、X の内心による、積極的かつ真摯な結果防止への努力を求めると示したわけである。

「内心による」という点に対しては、実行行為時 X に未必の故意があったにせよ、殺意を放棄して A 救命のために活動を開始したのだから、X は、A に対する憐憫の情と、事の重大さに対する恐怖驚愕という内心にしたがい任意に結果発生防止に努めたと評価した。

25

しかし、「真摯な努力」という点に関しては、X が、病院の医師に対し、犯人が自分だと打明け、犯行の時、場所、凶器、態様を説明したり、医師の手術・治療などの経済的負担を申し出るなどしていないので、救助のための万全の行動を採ったものとは言いがたいとした。

30

X は単に A を病院へ運ぶという一応の努力をしたに過ぎず、この程度の行動では、結果発生防止のため X が真摯な努力をしたと認めるには足りない判断した。

V. 学説の検討

他人の過失行為の利用と間接正犯

35 A 説(間接正犯肯定説)

実行行為は器具や動物を道具に使っても認められ、行為者がかならずしもみずから手を下すことを要しない。人を道具に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⁵と考えることに不自然は無い。

⁵ 団藤重光『刑法綱要総論[第 3 版]』(創文社,2012 年)154 頁。

よって検察はA説を採用する。

B説(間接正犯否定説)

5 規範的障害の判断に何を盛り込むかが必ずしも明らかではなく⁶、正犯と共犯の区別をそのようにあいまいな規範的障害の有無に求めることは刑罰法規として基準が不明確であり妥当では無い。

よって検察はB説を採用しない。

中止犯の任意性の基準について

10 甲説(主観説)

まず、客体価値に対する失望によって中止した場合にも中止犯となりうることは妥当ではない。また行為者が行為の続行が不利益であるから中止した場合に続行が不可能でない限り任意の中止となるのも妥当ではない。

よって、検察は甲説を採用しない。

15

乙説(限定主観説)

まず、任意性と倫理性を混同し、動機の倫理性までも要求するのは、刑法の謙抑主義に反する。またこのように道義的動機に基づく中止行為であれば、結果が発生したとしても未遂犯と同じように取り扱いせねばならず、妥当ではない。

20 よって、検察は乙説を採用しない。

丙説(客観説)

25 国民の納得する批難可能性という観点からは、中止犯には政策的考慮が少なからず存在することを踏まえると、やはり一般人を基準として考えるべきであり、任意性の判断にも行為者本人を基準とすべきではない。また、悔悟・憐憫などの倫理的動機は任意性の要件に必須のものとはいえない⁷。

よって、検察は丙説を採用する。

VI. 本問の検討

30 第1 乙の罪責

1(1) 甲の指示通りにAに対して適量を超えるモルヒネ入りの注射をした行為について、殺人未遂罪(203条、199条)が成立しないか。

35 (2) 本罪の成立には、殺意をもって、「人を殺」そうとすることが必要であるところ、モルヒネを適量を超えて注射する行為は、人を殺しうる行為であるから、乙にAに対する殺意が認められるかが問題となる。

(3)ア ここで、殺意が認められる為には、人の死亡という結果発生に対する認識・認容が必要であると解されるが、乙にはかかる認識・認容があるか。

⁶ 高橋則夫『刑法総論[第2版]』(成文堂,2013年)411頁。

⁷ 前掲・前田170頁。

イ 本件において、乙は A に対して甲が快く思っていなかったことを認識していたものの、実際に甲が A を殺害しようとして、適量を超えたモルヒネを注射器に入れていることまでも具体的に認識していたわけではなく、また、実質的にも、医療現場においてモルヒネは麻酔や痛み止めとして利用されるものであるから、看護師である乙は日常的にモルヒネを患者に注射していたと考えられ、本件のようにモルヒネの注射を為すだけで A を死亡せしめることになるとは思わないと考えられることから、乙にかかる認識・認容はあるとは言えず、殺意は認められない。

(4) したがって、乙に殺人未遂罪(203 条、199 条)は成立しない。

2(1) もっとも、乙は、看護師であり、注射の際に、注意すれば、モルヒネの量が多いことには気づくことができたのであるから、「業務上必要な行為を怠」ったといえ、業務上過失傷害罪(211 条前段)が成立するのではないか。

(2)ア まず、同条にいう「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。

イ(ア) 次に、「必要な注意を怠」ったという要件は、注意義務違反を指すと考えるべきである。なぜなら、法律上要求された注意義務を果たしてなお、結果が発生した場合には、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し、また、構成要件が違法類型として機能している以上、かかる場合には構成要件該当性も否定されるからである。

(イ) 本件では、乙は、看護師として要求される注意義務を果たしていれば、A に適用量以上のモルヒネを注射することはなく、以下詳述する、A に傷害を負わせる結果を回避することができたといえるのであるから、「必要な注意を怠」ったといえる。

ウ そして、乙の当該行為(注意義務違反)によって A を副作用として呼吸困難に陥らせている。これは、A の生理的機能を害しているといえ、かかる傷害結果と乙の注意義務違反との間に因果関係も認められる。

3 したがって、乙の行為には業務上過失傷害罪(211 条前段)が成立する。

第 2 甲の罪責

1(1) 甲が乙に適量を超えるモルヒネ入りの注射を A に対してさせた行為について殺人未遂罪(203 条、199 条)の間接正犯の成立可能性がある。

もっとも、間接正犯の成否・その成立要件について明文規定がないため、問題となる。

(2) ここで正犯とは自らの意思で犯罪を実現し、第一次的な責任を負う者であるから、直接手を下さなくとも被利用者を通して因果経過を実質的に支配し、自己の犯罪事実実現の目的を遂げた者もまた正犯とすることに問題ない。

したがって、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 つの要件を満たす場合には、この者を間接正犯として処罰することができる。と考える。

(3)ア 本問では、甲は C 大学病院の医師であり、乙は同大学病院の看護師であった。故に、乙は基本的に甲の指示に従う立場にあり、乙はあくまで甲の指示通りに注射行為に至ったにすぎないのであるから行為支配性は認められる。

予測・計画も認められる。

それにもかかわらず、「このままだと俺は殺人犯になってしまう」と自己保身が頭にあったもの、「なんて大変なことをしてしまったんだ」と悔悟の念から、丙に治療を依頼しているから、任意性は認められる。

5 (3)ア 次に、「中止」したといえるか。

中止未遂は犯罪の完成を防止したことをその成立要件とするのだから、結果発生の蓋然性を中心に中止行為を考えるべきである。すなわち、結果発生に向けて因果の流れがいまだ進行を開始していない場合は不作為で足りるが、結果発生に向けて因果の流れが既に進行を開始している場合には、結果発生に向けての積極的な措置が必要となると考える。

10 なお、中止未遂における刑の必要的減免の根拠は政策的観点と責任減少に求められるから、中止行為は真摯なものであることを要すると考えるべきである。

イ 本問では、Aの死亡結果への因果の流れが既に進行している中で、甲が為した積極的な中止行為はあくまで、丙に治療を依頼しているにとどまるが、かかる行為に至ったのは、甲自身の力量に自信がなく、A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してもらおうと、純粋にAを助けるために最善の策を考えていたにすぎない。よって、

15

かかる中止行為は真摯なものであるといえるように思える。

しかし、本問では、甲が丙を呼ぶ過程が明らかでない。故に、丙がAの病室に到着するまでの対応がAに付き添い、呼びかけるなど、真摯なものでない限り、43条ただし書のいう「中止」に当たらない。

20

また、中止行為に至ったのは、「このままでは俺は殺人犯になってしまう」とあくまでAの容態を気遣ったわけではなく、あくまで自己保身を図ったものであるから、真摯なものとはいえない。

(4) よって中止犯(43条ただし書)は成立しない。

4 したがって、甲の行為には殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

25

VII. 結論

甲の乙に指示して注射させた行為につき殺人未遂罪(203条、199条)が成立し、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