

### I. 事実の概要

- 5 医師である甲は、日ごろ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、甲に対しても非常に高圧的な態度をとる 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き、甲の頭部を素手で叩くなどした。この A の行為に腹を立てた甲は A を殺してやろうと思い、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。注射した直
- 10 後に、A にはモルヒネ過量投与の副作用により、呼吸困難の症状が現れ、20 分後、A は死亡した。
- なお乙は、甲が、A のことをよく思っていないということを知っており、さらに注射する際、モルヒネの量が多かったことに気付いていた。
- 甲及び乙の罪責を検討せよ。

15

### II. 問題の所在

甲が、看護師である乙をして A に対し適量を超えるモルヒネ入りの注射をさせた行為について、甲に殺人罪の間接正犯が成立するか。

### 20 III. 学説の状況

#### A 説(間接正犯肯定説<sup>1)</sup>)

他人の行為を支配することにより第三者を利用し犯罪を実現した者は直接正犯と同視されるべきであるため間接正犯を認めるとする説。

#### 25 B 説(間接正犯否定説<sup>2)</sup>)

要素従属性において制限従属性説をとり、間接正犯を共犯で罰することで、間接正犯は基本的には不要とする説。

### IV. 判例

- 30 最高裁昭和 25 年 7 月 6 日第一小法廷判決刑集 4 卷 7 号 1178 頁。

#### [事実の概要]

被告人 X は自らが営む運送会社の業務に関し、米 52 石を同会社の使用人 Y の運転する貨物自動車により運搬し不法にこれを輸送したとして、食糧管理法施行規則 23 条の 7 違反

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第 4 版]』(成文堂,2012 年)142 頁以下。

<sup>2</sup> 川端博『刑法総論講義[第 3 版]』(成文堂,2013 年)537 頁以下。

により、同法 33 条を適用処断されたことに対し、X は Y が本件の事情を知っていたのだから間接正犯にあらず、X を有罪とした原判決には理由不備の違法があるとして上告。

[判旨]

5 「原判決の認定事実は、判示会社の代表取締役である X が・・・会社の使用人 Y に命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した趣旨であって・・・Y 等がその情を知ると否とにかかわらず、X の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはないのである。」

[引用の趣旨]

10 強制下でない、事情を知った責任能力者を介して犯罪を実現する場合にも間接正犯が成立しているが、本問においても似たような事実が認められるため本判決を引用した。

## V. 学説の検討

### B 説(間接正犯否定説)

15 正犯が過失犯である場合に共犯として罰すると共犯従属説により、正犯者の過失が承継され、故意を持って指示を出した者も過失犯として罰せられることとなるため不当な結論を導き妥当でない。

よって検察は B 説を採用しない。

### A 説(間接正犯肯定説)

20 間接正犯は利用者が被利用者の動作ないし行為を自己の意思に基づいて支配し、いわば自分の思い通りに動かして自己の目的を実現する点で直接正犯と同視できるためこのような場合に間接正犯を正犯として認めるべきである。

よって検察は A 説を採用する。

## 25 VI. 本問の検討

### 1. 甲の罪責

(1) 甲が乙をして A に適量を超えるモルヒネを注射させた行為(以下、本件行為)に殺人罪(199 条)が成立しないか。

30 (2)ア. 甲は乙をして本件行為をさせているところ、かかる場合にも殺人罪の正犯が成立するかが問題となる。そもそも正犯とは自己の犯罪として犯罪を実行するものをいう。そうだとすれば、他人の行為を介して犯罪を実行する場合でも、①正犯意思②他人を支配利用していれば、利用者自身が犯罪を実行したといえ正犯性が認められる。

本件では甲は乙を殺そうと適量を超えたモルヒネ入り注射を用意しており、自らの犯罪として乙を殺そうとしており、正犯意思が認められる(①充足)。

35 次に、支配利用したかが問題になるところ、これは被利用者における規範的障害がなければ認められる。確かに、本件行為時に乙はモルヒネの量が多いことに気がついており乙

に規範的障害があったとも思える。もともと、甲は医師であり、乙が一般的に医師よりも医学的知識の乏しい看護師であることに鑑みると、その指示に従うのが通常であり、また乙に殺人の故意がなかった以上、支配利用関係にあったといえる(②充足)。

よって、甲に正犯性が認められる。

5 また、モルヒネは医療用麻薬であり、適量を超えた摂取は人を死に至らしめる現実的危険性を有するものであるので本件行為に実行行為性も認められる。

イ.そして、本件行為によってAは死亡している。また、甲はAを殺してやると思っているため故意も問題なく認められる(38条1項本文)。

(3) よって、本件行為について甲に間接正犯が成立し、殺人罪の罪責を負う。

10

## 2. 乙の罪責

(1) 乙のAに対するモルヒネを注射した行為(以下、乙の行為)に業務上過失致死罪(211条1項)が成立するか。

15 (2)ア. 乙は「業務上必要な注意を怠」ったといえるか。過失の意義が問題になる。この点、過失とは行為者と同じ立場にある一般人を基準として予見可能性を前提にした結果回避義務違反をいう。つまり、①結果の発生が予見可能であり②結果回避が可能であったにもかかわらず③結果を回避する義務を懈怠したことをいう。

20 本件では乙は看護師であり、適量を超えたモルヒネは人の死を発生させる予見可能性があると見える(①充足)。そして、注射する前に医師に確認していれば結果回避が可能であったにもかかわらず(②充足)、これを回避する業務上の義務を怠った(③充足)。

よって、乙は「業務上必要な行為を怠」ったといえる。

イ.そして、乙の行為によってAが死亡している。

(3)したがって、乙の行為に業務上過失致死罪が成立する。

## 25 VII. 結論

甲は殺人罪(199条)の罪責を負う。

また、乙は業務上過失致死罪(211条1項)の罪責を負う。

以上