HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	自己の殺害を嘱託した者を暴行・傷害の故意で死亡させた場合について、嘱託殺人罪とした原判決を破棄し傷害致死罪の成立を認めた事例
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	AN00228753，50(2)：435-455
発行日	2014-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

資料

〈判例研究〉自己の殺害を嘱託した者を暴行・傷害の故意で死亡させた場合について、嘱託殺人罪とした原判決を破棄し傷害致死罪の成立を認めた事例

札幌高裁平成二五年七月一一日判決

（平成二五年（う）第一九号：傷害致死（原審認定罪名　刑法二〇二条後段）被告事件）

（判例集未登載）

神元隆賢

【事実の概要】

被害者A女（当時三〇歳）は、被告人（当時二二歳）に対し、自身がトップモデルで芸能事務所の副社長も務めているなどとうそを言って被告人に信じさせたうえ、芸能事務所と契約してモデルになることを薦め、演技力のテストという名目で被告人を女装をしておかまバーで働かせるなどし、モデルになるための活動費用を負担させていた。被告人は、それにもかかわらず一向にモデル契約の締結に至らないことに嫌気が差し、A女にモデルになるのを止めたいと伝えたところ、

A女は、海外の会社が被告人のモデルデビューを妨害しようとしており、海外の会社を撤退させるためには被告人とA女が偽装心中したところを撮影し、その写真を関係者に見せるなどして二人が死亡したと思わせる必要があるなどとうその説明したうえで、「自殺ごっこ」と称した偽装心中のため、ホテルにおいてA女の頸部をバスローブの帯で絞め付けて顔面を浴槽の水の中に沈め、さらに腹部と心臓をペティナイフで刺すよう嘱託した。その際、A女は、隣室や廊下などホテル内部にくまなくスタッフが配置され、ホテルの外にも大勢のスタッフがいる、部屋には死角がないようにカメラが設置されており、スタッフが室内の様子を監視している、スタッフの中には救急救命士の資格を有する救命の専門家がおり、生命に危険が及ぶ事態が生じればすぐに助けに入って救命措置を取る手はずとなっている、気絶した被告人とA女を東京へ搬送するためにヘリコプターも待機しているなどとうその説明をし、被告人はその説明を真実であると信じていた。

被告人は、A女の指示に従い、バスローブの帯でA女の首を絞め、A女の顔を口と鼻から気泡が出なくなるまで浴槽に張ったお湯の中に沈めてから、A女が気絶したものと考えて引き上げた。その後、A女がお湯の中に沈み込んで溺れることのないよう浴槽のお湯を減らし、A女に脈があり呼吸もしていることを確認したが、A女が気絶している様子を見て、それで偽装心中の撮影としては十分であると考え、監視スタッフの目を意識してペティナイフで刺すそぶりのみをした。しかし、A女は、頸部圧迫による窒息またはこれと溺水による窒息の複合により死亡した。

A女が残したA女の両親と妹宛ての手紙には、夫との間の子を妊娠し、出産したいと考えたが、夫から中絶するよう求められ、これまで三回中絶した経験があるA女が今回中絶手術を受けると今後妊娠できなくなるおそれが極めて高い状況にあったとの悩みを抱えていたことが、死を決意した原因であるかのようにうかがわれる内容の記載があり、被害者が「死んでも構わない」という気持ちで、被告人にそれを嘱託したものと認められた。

以上の事案について、被告人は傷害致死罪で起訴され、嘱託殺人罪と傷害致死罪のいずれが成立するか、違法性阻却事由の錯誤として故意の阻却を認めうるかが争われた。

第一審（札幌地判平成二四年一二月一四日判タ一三九〇号三六八頁、裁判員裁判）は、まず、構成要件について、嘱託殺人罪の法定刑が六月以上七年以下の懲役又は禁錮であるの

に対し、傷害致死罪の法定刑は三年以上の有期懲役であるから、殺意がない場合の方が殺意がある場合よりもかえって重い法定刑を前提として処罰され、傷害致死罪について酌量減軽をしてもなお法定刑は一年六月以上一〇年以下であるという法定刑の不合理、嘱託傷害致死類型について、検察官が嘱託殺人罪で公訴を提起し、弁護人が被告人の否認に従って殺意を争うと、訴因変更を条件とはするものの、被告人を傷害致死罪として重く処罰される危険にさらすことになるが、殺意を争わないと、弁護人としての真実義務に違反し進退窮まる状況に陥るし、検察官が傷害致死罪で公訴を提起したのに対し、裁判所が被告人には殺意があり、嘱託殺人罪が成立するとの心証を形成した場合に、裁判所は訴因変更を促すか命じたが検察官がこれに応じないと、裁判所は嘱託殺人罪を適用することはできず、かといって、心証形成した嘱託殺人罪よりも法定刑の重い傷害致死罪を適用することもできないから無罪の言渡しをするほかなくなるという、訴訟準備及び訴訟進行における不都合を挙げ、「そもそも、傷害致死罪を定める刑法二〇五条は、その法定刑に照らすと、被害者が自らの殺害行為を嘱託した場合を想定していないと考えられる。すなわち、刑法二〇五条は、『被害者が自らの殺害行為を嘱託していないこと』を書かれざる構成要件要素としていると解される。そして、嘱託傷害致死類型は、文理上、刑法二〇二条後段が定める『人をその嘱託を受け……殺した』場合に該当するから、同条が適用される。『殺した』との文言は、日常用例に照らし、殺意がない場合をも含みうるものであって、同様の文言使用例として、刑法二〇四条が、傷害の故意がある場合のほか、傷害の故意がなく暴行の故意にとどまる場合も含めて『人の身体を傷害した』と規定していることが想起されるべきである。……嘱託傷害致死類型には、傷害致死罪は適用されず、刑法二〇二条後段のみが適用されると解される」としたうえで、「被告人は、重い傷害致死罪の故意で、客観的には軽い刑法二〇二条後段の罪に該当する事実を実現したのであるから、当裁判所は、本件に適用されるべき罰条は、軽い刑法二〇二条後段のみであると解する。なお、この点に関し、人が死に同意しているのに、そのことを知らずに殺意をもってその人を殺害した場合について、嘱託・承諾殺人罪のみならず、重い殺人未遂罪あるいは殺人既遂罪の成否も議論されており、本件でも同様の問題があるが、当裁判所は、刑法二〇二条後段が嘱託を構成要件として取り入れている趣旨に鑑み、本件を重い傷害致死罪の未遂罪にあたる罪ないし傷

害致死罪に問擬すべきではないと思料する。」とした。

次に、違法性阻却事由の錯誤による故意の阻却の是非について、「刑法二〇二条後段に含まれる嘱託・承諾殺人罪に該当する行為については、被害者の嘱託・承諾は、原則として、違法性を阻却しないと解されている。これは、嘱託・承諾殺人罪に該当する行為は、通常、生命侵害の高度の危険性を具備する行為であり、かつ、他者の生命を否定するという重大な法益侵害を認識した上で行なわれるものであることを理由とする。しかし、嘱託傷害致死類型においては、行為者は被害者が死ぬことを認識しておらず、その行為の生命侵害の危険性の程度も事例により様々であるから、事例ごとに違法性阻却の可否を判断すべきである。」としたうえで、「被害者が死の結果をもたらす行為を嘱託した場合に違法性が阻却されるか否かは、単に嘱託が存在するという事実だけでなく、嘱託した行為の生命侵害の危険性の程度、被害者が行為者を行為に及ばせた経緯など諸般の事情を照らし合せて決すべきものである。……被告人は、A女によって追い詰められた心理状態の中で、A女の嘱託を受けて本件行為に及んでいるのであるから、本件の違法性は相当失われていたというべきである。……他方で、被告人の認識を前提としても、本件行為の危険性は高いといわなければならない。……被告人が本件行為後すぐにA女の脈や呼吸を確認していることや、救命態勢が整っていると信じたからこそ本件行為に及んでいることを併せ考えると、被告人には、本件行為は、上記のような救命態勢が必要となるほどの、一歩間違えればA女の生命を脅かす可能性がある危険性の高い行為であるという認識があったと認められる。」などとして、故意の阻却を認めなかった。

以上のようにして、札幌地裁は嘱託殺人罪（二〇二条後段）の成立を認めた（懲役一年二月執行猶予三年）。

検察官は、第二〇二条後段の「殺した」の文言は殺意のない場合を含まないと解すべきであり、本件行為が懲役一年六月を下回るべき事案でないことは明らかであるから、法定刑の不合理をいう原判決の指摘は理由がなく、第二〇五条を適用すべきであったとして控訴した。

一方、被告人及び弁護人は、第二〇二条後段の「殺した」の文言は殺意のない場合を含まないこと、本件では被害者は殺害を嘱託されており、第二〇五条の構成要件該当性を欠くことから無罪とすべきであったとし、さらに違法性阻却事由の錯誤による故意の阻却の是非について、「被告人の認識を前提とすれば、本件行為の危険性は低く、被害者の積極的関与

があったことからして、社会的相当性の範囲内の行為であるから、故意の阻却を否定して、無罪であるべき」であったとして控訴した。

【判旨】

破棄自判（懲役二年執行猶予四年）

違法性阻却事由の錯誤による故意の阻却の是非については、「本件故意の阻却を否定する原判決の上記認定、判断は、論理則、経験則等に照らし、それ自体には不合理な点はない。すなわち、事後的に救命する態勢が整っていたとしても、そのような救命態勢が必要になるほどの一歩間違えば生命を脅かす危険性が高い行為に及んでよいということにはならない。被害者の嘘により心理的に追い詰められていたとはいえ、『自殺ごっこ』をするという動機、目的でなされた本件行為が、首を絞め、顔を水中に沈めるという行為態様に照らし、社会的相当性の範囲内の行為であるといえないことは明らかである。」として、故意の阻却を認めなかった。

構成要件については、「刑法は、『第二十六章　殺人の罪』に殺人罪と並んで嘱託殺人罪を規定し、同じ『人を殺した』との文言を用いており、他方、傷害致死罪については、『第二十七章　傷害の罪』の中に規定し、『人を死亡させた』との文言を用いているのであって、このような各規定の体系的位置や文言（刑法は、殺意がなく人を死亡させた場合については『人を死亡させた』（刑法二〇五条、二一〇条など）との文言を用い、刑法一九九条及び同法二〇二条後段所定の『人を殺した』との文言と明確に区別している）からみても、刑法二〇二条後段の『人を殺した』との文言は、同法一九九条と同じく、殺意のない場合を含まないと解すべきことが明らかである。

そして、『殺した』との文言は日常用例に照らし、殺意がない場合をも含み得るという原判決の説示部分は、許容される拡張解釈の限界に関し、言葉の可能な意味の範囲に含まれるか否かの検討において考慮される事項であり、仮にこの意味において肯定されたとしても、刑法の解釈として許容される拡張解釈ということにはならない。

また、刑法二〇四条の『人の身体を傷害した』との文言に暴行の故意のみしかなく傷害の故意がない場合を含むと解されていることを解釈根拠に挙げる原判決の説示部分についてみると、……同法二〇八条が『暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは』と規定していることから、同条の

文理解釈として暴行の故意をもって人に暴行を加え人に傷害を負わせた場合は『人の身体を傷害した』との構成要件に該当すると解されているのであるから、同法二〇二条後段の『人を殺した』との文言についての原判決の解釈根拠とすることは妥当でない。

そうすると、刑法二〇二条後段所定の『人を殺した』に殺意のない場合を含むという原判決の法令解釈は同条の体系的位置や文言に反するといわざるを得ず、これと同趣旨の検察官及び弁護人の所論の指摘は是認できる。」とした。

法定刑の不合理については、「嘱託殺人罪と傷害致死罪の法定刑の上限を比較すると、嘱託殺人罪のその上限が懲役七年であるのに対し、傷害致死罪のそれは懲役二〇年であり、傷害致死罪の方が格段に重いのであるが、傷害致死罪の構成要件に被害者による殺害行為の嘱託がない傷害致死行為が含まれることは争いのないところであり、その中で特に違法性及び責任が重いものを処罰することを予定して法定刑の上限が定められていると解されるから、傷害致死罪の法定刑の上限が嘱託殺人罪のそれより重いことは何ら不合理とはいえない。……問題は、傷害致死罪については犯罪の情状により酌量減軽をしても処断刑の下限を懲役一年六月までしか下げることができず、懲役又は禁錮六月である嘱託殺人罪の法定刑の下限より重いという点である。……量刑資料(嘱託殺人(既遂))によれば、平成二二年から平成二四年までの三年間における嘱託殺人既遂二七事例において、懲役六年に処せられた事例がある一方、懲役二年の実刑や懲役二年六月、五年間執行猶予に処せられた事例があり、嘱託殺人罪においても事案に応じて量刑に相当の差があり、傷害致死罪と比べて一概に量刑が軽いとはいえない。そして、上記量刑資料によれば、実兄に繰り返し殺害を依頼されてやむなく殺害に及んだ事例や、交際中の女性から強く殺害を依頼されて殺害に及んだ事例であっても、遺族が厳罰を希望しているなどの情状が認められる場合は、懲役三年ないし四年の実刑に処せられており、夫の介護に尽くしてきた妻が、精神的に追い詰められた状況下で、夫からの嘱託を受けて殺害に及んだ事例など動機、経緯に相当酌むべき事情があり、遺族も処罰を望んでいないなど刑を軽減する事情が他に存在するような事例ですら、執行猶予が付されているとはいえ、懲役二年六月ないし三年の刑に処せられていることが認められ、懲役一年六月を下回る量刑がなされた事例は見当たらない。

もとより、上記量刑資料は最近三年間の量刑資料に過ぎな

いが、嘱託殺人既遂の量刑傾向をうかがい知ることはできるのであり、少なくとも嘱託殺人既遂において、懲役一年六月を下回る量刑が相当である行為類型は例外的であるということはできる。

どのような行為類型がこれに当たるかを具体的に述べることは容易ではないが、例えば、……不治の病に冒され耐え難い肉体的苦痛に苦しむ近親者から真意に基づく殺人の嘱託を受け、同人のやむにやまれぬ状況を理解しても対処のしようもなく、その苦痛を除去するために殺害を実行したような事例など真に同情すべき動機、経緯に基づく行為類型が考えられる。このような行為類型においては、殺意があるから違法性が高く責任が重いと単純に評価することはできず、行為の社会的相当性の逸脱の程度が小さく行為者に対する責任非難の程度も相当弱いと評価することができる場合もあり得るから、このような限られた行為類型について、懲役一年六月を下回る量刑が相当とされることもあり得ると考えられる。嘱託殺人罪には、このように、例外的に違法性及び責任が相当軽いと認められる行為類型が含まれており、刑法二〇二条後段は、そのような行為類型をも含む罪の法定刑として、その下限を懲役又は禁錮六月と定めたものと解される。

……他方、……本件行為についてみると、……懲役一年六月未満の刑をもって臨むのが相当であるような嘱託殺人の行為類型と違法性及び責任の程度が同程度か又はそれを下回るとは到底いえない。……被告人が本件行為に及んだ動機には、自己がモデルになりたいとの気持ちから被害者と関わりを持つようになった上、そのことに関連して、これまでにかかった費用を取戻したい、被害者との関係を終わらせたいなどという自己の欲動から出た部分が大きいのであり、被害者の嘱託があるとしても、被害者の生命を脅かす危険性が高い本件行為に及んだ経緯、動機として大きく酌むべきものがあるとはいえない……。……被告人は、……被害者の悩みを知らず、前記のような被害者の嘘の話を信じて本件行為に及んだものであり、その経緯、動機や行為態様等に照らし、本件行為の社会的相当性の逸脱の程度が小さいとはいえず、被告人に対する責任非難の程度が弱いともいえない。……前記の嘱託殺人既遂の量刑傾向を踏まえると、本件行為につき懲役一年六月未満の刑をもって臨まなければ不合理であるとは到底いえない。

したがって、本件行為が懲役一年六月という傷害致死罪の処断刑の下限を更に下回るべき事案でないことは明らかであ

るとの検察官の所論の指摘は是認できる。」とした。

弁護人の真実義務及び訴訟準備及び訴訟進行における不都合については、「嘱託殺人罪で起訴された場合、傷害致死罪が適用されるには、訴因変更の手続を経る必要がある上、仮に傷害致死罪に訴因変更されたとしても、被害者による殺害行為の嘱託が存在することを前提に量刑されるから、最終的な宣告刑が重くなることは通常想定し難いし、弁護人において、被告人に対し、嘱託殺人罪と傷害致死罪の法定刑の違いや訴因変更の可能性を説明した上、被告人と十分に話合いを行い、その上で被告人の意向に従って殺意を争うという弁護方針を選択するのであれば、弁護人の義務に反するとはいえない。逆に、弁護人が嘱託殺人罪と傷害致死罪の法定刑の違いや当該事案の証拠関係に照らして予想される事実認定や量刑など諸般の事情を考慮し、被告人に対し、法律専門家として適切な助言を行い、被告人が納得した上で殺意を争わないという弁護方針を選択する場合も、弁護人の義務に反するというべきものではない。……いずれの弁護方針を採ったとしても弁護人の義務に反するというべきものではないから、弁護人が進退窮まる状況に陥るという原判決の指摘は当たらない。……裁判所が訴因変更を命じた場合、検察官はこれに応じる義務があるところ、検察官がこれに応じないという事態は通常想定し難いが、仮に検察官がこれに応じないというのであれば、それに従って裁判所が対処することになり、……裁判所が無罪の言渡しをする以外にないならば、その言渡しをするほかなくなることが不都合であるという原判決の指摘は当を得ていない。……訴訟準備及び訴訟進行において看過できない不都合をもたらす可能性があるという原判決の理由付けは合理的なものとはいえない。」とした。

以上のようにして、札幌高裁は傷害致死罪の成立を認めた。

【評釈】

一　本件では、まず、本判決及び原判決が言うところの嘱託傷害致死類型、すなわち被害者の嘱託を受けて殺意なしに暴行・傷害をしたところ、被害者が死亡した場合について、同意傷害にかかる違法性阻却事由の錯誤を認めて故意を阻却しうるかが問題となる。本件を、同意傷害として違法性が阻却されるとの認識でかかる行為に出たところ、被害者が実際には死を望んでおり、その通りに死亡した事案として見ると、被害者の同意による違法性阻却にかかる錯誤があると見る余地もなくはない。もっとも、通説は、第二〇二条が死を望む

者の殺害を処罰していることを根拠に、被害者は、生命に重大な危険を及ぼす身体法益の放棄について同意をなし得ないと解している。そして原判決も、被告人には「一歩間違えればA女の生命を脅かす可能性がある危険性の高い行為であるという認識」があったとして、生命法益への危険性から被害者の同意による違法性阻却事由の錯誤を否定しているのである。それに加えて、控訴審である本判決は、おそらくは被告人及び弁護人の「被告人の認識を前提とすれば、本件行為の危険性は低く、被害者の積極的関与があったことからして、社会的相当性の範囲内の行為である」との主張に対応し、行為の動機、行為態様に照らし「社会的相当性の範囲内の行為であるといえないことは明らかである」として、社会的相当性の範囲からの逸脱を、違法性阻却事由の錯誤を否定する根拠のひとつに挙げている。以上の原判決、本判決とくに社会的相当性を問題とする本判決の立場からすれば、仮に本件において被害者A女が死亡しなかったとしても、同意傷害としては違法性が阻却されず、傷害罪が成立することとなろう。

二　次に、嘱託傷害致死類型について、軽い嘱託殺人罪と重い傷害致死罪のいずれが成立するかが問題となる。これはすなわち、第二〇二条後段の「殺した」との文言が殺意のない場合を含むかという問題である。本件では、被告人は嘱託されて傷害の故意でA女を死亡させており、行為において傷害致死罪の構成要件に該当することについては原判決、本判決とも争いはない。しかし、結果においては、被告人は殺意を欠いているところ、はたして嘱託殺人罪の構成要件に該当するのであろうか。

これにつき、原判決は結果においても嘱託殺人罪の構成要件に該当すると解し、その根拠として以下の五点を挙げた。第一は、「『殺した』との文言は、日常用例に照らし、殺意がない場合をも含みうる」こと、第二は、第二〇四条の「傷害した」も傷害の故意のない場合を含むことから、「殺した」の文言に殺意のない場合を含みうること、第三は、嘱託殺人罪の成立を認めないならば、殺意のある嘱託殺人類型より殺意のない嘱託傷害致死類型の方が法定刑が重いという不合理を生ずること、第四は、被告人に殺意がないにもかかわらず、嘱託殺人罪を主張するため、弁護人が殺意を争わない選択をすることは、弁護人の真実義務に照らして許されないこと、第五は、殺意のない方が重く処罰されるとすると、訴訟準備及び訴訟進行に不都合を生ずることなどの問題があるとの点

である。

以上のようにして、結果において嘱託殺人罪の構成要件該当性を認めた場合に、重い傷害致死罪の故意で軽い嘱託殺人罪の結果を実現した抽象的事実の錯誤と解して、軽い嘱託殺人罪の成立を認めうるかは問題となる。原判決はこれを肯定し、学説上も原判決を支持するものがある。[1] これに対し、否定説は、殺人と傷害であれば、生命を侵害するために事実上身体も傷害するので、傷害の故意もあると考えられ重なり合いを認めうるが、軽い嘱託殺人罪が重い傷害致死罪を包摂するとは言い難いから、重なり合いを認めることができず、不可罰[2]となるか傷害罪[3]が成立すると主張する。

従来の議論では、嘱託の有無により、嘱託殺人罪と殺人罪の抽象的事実の錯誤が問題となる事例の類型として、以下の三つが挙げられている。

第一は、被害者からの嘱託はないが、行為者がこれをあると誤信して殺害した場合である。判例・通説は、嘱託殺人罪と殺人罪との抽象的事実の錯誤と解して、第三八条二項により軽い嘱託殺人罪の成立を認める。[4]

第二は、被害者からの嘱託はあるが、行為者はこれをないと誤認して殺害した場合である。学説上は、以下の三説が対立している。嘱託殺人罪説は、殺人罪の故意で嘱託殺人罪の結果を実現した抽象的事実の錯誤と解して、軽い嘱託殺人罪の成立を認める。[5] 原判決は、本件事案をこの類型と解したうえで、嘱託殺人罪説を採用したものと思われる。殺人罪説は、当事者間に嘱託・承諾の関係がなく、殺人の故意に影響を及ぼすことがないとして、殺人罪の成立を認める。[6] 殺人未遂罪説は、通常の殺人の故意をもって殺害行為に出たとして、殺人未遂罪の成立を認める。[7] 原判決は「刑法二〇二条後段が嘱託を構成要件として取り入れている趣旨に鑑み、本件を重い傷害致死罪の未遂罪にあたる罪ないし傷害致死罪に問擬すべきではないと思料する。」としたが、「傷害致死罪の未遂罪にあたる罪」がはたしてどの構成要件を指すのかとの疑問はあるものの、おそらくは殺人未遂罪説を念頭においてこのような言及をしたものと思われる。私見としては、被害者の同意の法理に準ずるならば、嘱託により被害者の生命法益の放棄は既になされているから、殺人罪の成立を認めるのは疑問である。被害者の同意は違法性を減少させる要素であるから、違法性の判断基準時について行為時判断を採るならば殺人未遂罪、事後的判断を採るならば嘱託殺人罪の成立を認めるべきであろう。

第三は、嘱託はしたが死の結果は望んでいない被害者を殺害した場合である。大阪高判平成一〇年七月一六日判時一六四七号一五六頁は、被害者が被告人に対し、SMプレイとして「お金出しますから、こんな感じで殺して欲しいんですよ」などとして下腹部をナイフで刺すよう依頼し、被告人はこれに従い被害者をナイフで刺し死亡させたものの、被害者が死の結果を受容し意欲していないことを否定できない事案について、「もしそうだとすると、右のとおり被害者は、究極のSMプレイとして下腹部をナイフで刺すことを被告人に依頼しながら、その結果惹起されるであろう死の結果はこれを望んでいないという心理状態にあったわけである。しかし、死の結果を望んでいるか否かは必ずしも嘱託の真意性を決定付けるものではないというべきである。勿論、自己が依頼した行為の結果が死に結びつくことを全く意識していない場合は『殺害』を嘱託したことにはならないだろうが、死の結果に結びつくことを認識している場合には、たとえ死の結果を望んでいなくても、真意に基づく殺害の嘱託と解する妨げとはならないとすべきである。そして、本件の被害者は、ナイフで下腹部を突き刺す行為が死に結びつくことは十分認識していたと認めるのが相当である。……なお、被告人は、捜査段階において、被害者が本当に殺されたいと思って頼んでいるのではないことは分かっていたが、その依頼に応ずるかのように装って殺害した旨の供述をしており、公判段階では極力その点を否定しているが、仮に被告人が捜査段階で述べたような心理状態で本件犯行に及んだものであるとしても、被害者の真意に基づく嘱託が存する以上、嘱託殺人は成立すると解すべきである。」と判示した。大阪高判平成一〇年七月一六日は、被害者が死の結果を望んでおらず、行為者はそのこと自体を認識しつつ殺意をもって被害者を殺害したとしても、「被害者の真意に基づく嘱託」が存する以上は嘱託殺人罪となるというのである。これに対し、本件は、被害者が死の結果を望み、行為者はそのことを認識しておらず殺意もない事案であるから、両事案の被害者と行為者の主観の内容は真逆というべきである。本件において「被害者の真意に基づく嘱託」があるからといって、大阪高判平成一〇年七月一六日と同様に嘱託殺人罪の成立を認めることは容易ではなかろう。

なお、以上の三類型はいずれも、行為者に殺意のあることを前提としている。従って、本件についても、第二〇二条後段の「殺した」に殺意のない場合を含むとの解釈を前提としなければ、嘱託殺人罪と殺人罪の抽象的事実の錯誤により嘱

託殺人罪の成立を認める、との原判決の結論には到達しない。そして本判決は、原判決が結果において嘱託殺人罪の構成要件に該当する根拠として挙げた上記五点すべてを批判することで、そのような前提を採らず抽象的事実の錯誤を認めなかったのである。以下、上記五点の根拠についてそれぞれ検討する。

（一）　結果において嘱託殺人罪の構成要件に該当するとの第一の根拠、すなわち「『殺した』との文言は、日常用例に照らし、殺意がない場合をも含みうる」との点はどうか。

本判決は、これにつき、言葉の可能な意味の範囲に含まれるとしても、刑法上許容される拡張解釈の限界を超えているとした。さらに学説上も、「この日常用例の取り方は解釈の限定性を切り崩す」との批判がある。(8)

（二）　第二の根拠、すなわち、第二〇四条の「傷害した」も傷害の故意のない場合を含むことから、第二〇二条の「殺した」の文言に殺意のない場合を含みうるとの点はどうか。

本判決は、これにつき、嘱託殺人罪が殺人罪と並んで「第二十六章　殺人の罪」に規定され同じ「人を殺した」との文言を用いていること、「刑法は、殺意がなく人を死亡させた場合については『人を死亡させた』（刑法二〇五条、二一〇条など）との文言を用い、刑法一九九条及び同法二〇二条後段所定の『人を殺した』との文言と明確に区別している」ことから、第二〇二条の「殺した」は殺意がない場合を含まないと解すべきであるとした。さらに、「二〇八条が『暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは』と規定していることから、同条の文理解釈として、暴行の故意をもって人に暴行を加え人に傷害を負わせた場合は『人の身体を傷害した』との構成要件に該当すると解されているのであるから、同法二〇二条後段の『人を殺した』との文言についての原判決の解釈根拠とすることは妥当でない」とした。

一方、学説上は、原判決について「そのような解釈もあり得よう」(9)としたり、「一九九条への派生的影響が問われるという懸念もあり、解釈の安定性という観点からは望ましいものではない。ただし、暴行概念のように各条文の趣旨に応じて異なる解釈がなされている例もあることから、絶対に否定されるべきとまではいえないだろう」(10)などとして、結果における嘱託殺人罪の構成要件該当性を肯定する説と、本判決と同様、第二〇二条の条文の位置、第二〇五条や第二一〇条の規

定の仕方、第二〇四条と第二〇八条の関係からこれを否定し傷害致死罪の成立を認める説[11]が対立している。

思うに、第二〇二条は「嘱託を受け……殺した」と規定するところ、この「嘱託」は通常は被害者からの殺害の依頼を行為者が受託したものと解すべきである。しかし、本件事案のA女は、大阪高判平成一〇年七月一六日の被害者とは真逆で、真意はともかく客観的には傷害の依頼をし、被告人もその限度で受託したにとどまる。そうすると、本件事案は、結果としても、殺害の「嘱託を受け」たとする第二〇二条後段の構成要件に該当しないのではないか。嘱託殺人罪と殺人罪との抽象的事実の錯誤として嘱託殺人罪の成立を認めうる、被害者からの嘱託はないが行為者がこれをあると誤信して殺害した類型も、被害者の嘱託を欠いている。しかし、この場合の行為者は殺害の嘱託があると誤信したからこそ抽象的事実の錯誤となるのであって、結果において嘱託殺人罪の構成要件該当性を認めうるかはここでは問題とならない。「殺した」に殺意のない場合を含むべきというのであれば、「嘱託」についても傷害の依頼を含むと解さなければならないが、そうすると第二〇二条後段は嘱託傷害致死罪の構成要件を含むことになるから、本件事案ではそもそも抽象的事実の錯誤とはならず、単に第二〇二条後段に規定されると解される嘱託傷害致死罪が成立することになる。しかし、原判決は抽象的事実の錯誤により嘱託殺人罪の成立を認めているから、このような解釈を採っていないことは明らかである。

(三) 第三の根拠、すなわち、嘱託殺人罪の法定刑が六月以上七年以下の懲役又は禁錮であるのに対し、傷害致死罪の法定刑は三年以上の有期懲役であるから、殺意がない場合の方が殺意がある場合よりもかえって重い法定刑を前提として処罰され、傷害致死罪について酌量減軽をしてもなお法定刑は一年六月以上一〇年以下であるから法定刑の不合理を生じるとの点はどうか。

本判決は、これにつき、近年の嘱託殺人罪の量刑相場を参照したうえで、「少なくとも嘱託殺人既遂において、懲役一年六月を下回る量刑が相当である行為類型は例外的であるということはできる。」とし、酌量減軽をした傷害致死罪の刑の下限である懲役一年六月を本件が下回る事案でない以上、法定刑の不合理は問題とならないとした。さらに、嘱託殺人既遂において「懲役一年六月を下回る量刑が相当である行為類型」として、「不治の病に冒され耐え難い肉体的苦痛に苦しむ近親

者から真意に基づく殺人の嘱託を受け、同人のやむにやまれぬ状況を理解しても対処のしようもなく、その苦痛を除去するために殺害を実行したような事例」が挙げられている。これは、許容されない安楽死事例を指すように思われるが、確かに、このような事例で嘱託殺人罪の量刑が懲役一年六月を下回った判例は、以下のように多数ある。

東京地判昭和二五年四月一四日裁判所時報五八号四頁は、脳溢血で下半身不随となったものの激烈な肉体的苦痛を欠いていた母親から嘱託された被告人が、青酸カリを母親に飲ませて死亡させた事案について、量刑を懲役一年執行猶予二年とした。

名古屋高判昭和三七年一二月二二日高刑集一五巻九号六七四頁は、脳溢血で全身不随となった父親から嘱託された被告人が、有機燐殺虫剤を混入した牛乳を、事情を知らない母親を介して父親に飲ませて死亡させた事案について、量刑を懲役一年執行猶予三年とした。

鹿児島地判昭和五〇年一〇月一日判時八〇八号一一二頁は、肺結核、自律神経失調症ないし座骨神経痛で療養中であるものの死期の切迫性を欠いていた妻から嘱託された被告人が、ロープを用いて妻を窒息死させた事案について、量刑を懲役一年執行猶予二年とした。

大阪地判昭和五二年一一月三〇日判タ三五七号二一〇頁は、胃癌で余命一週間程度の妻から嘱託された被告人が、妻の左胸部を二回突き刺して死亡させた事案について、量刑を懲役一年執行猶予二年とした。

高知地判平成二年九月一七日判時一二六三号一六〇頁は、軟骨肉腫の末期症状で自殺を図ったが失敗した妻から嘱託された被告人が、妻の頸部を両手で締め付けて扼死させた事案について、量刑を懲役一年執行猶予三年とした。

もっとも、本判決の言う「不治の病に冒され耐え難い肉体的苦痛に苦しむ近親者から真意に基づく殺人の嘱託を受け、同人のやむにやまれぬ状況を理解しても対処のしようもなく、その苦痛を除去するために殺害を実行したような事例」は、横浜地判平成七年三月二八日判時一五三〇号二八頁（東海大事件）において示された安楽死適法化四要件、すなわち（イ）患者が耐え難い肉体的苦痛に苦しんでいること、（ロ）患者の死が避けられず、死期が迫っていること、（ハ）患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、（ニ）積極的安楽死の場合には生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示が、間接的安楽死の場合には推

定的意思があること、と完全に一致しており、これが妥当かは問題となろう。

横浜地判平成七年三月二八日以前、名古屋高判昭和三七年一二月二二日高刑集一五巻九号六七四頁は、安楽死適法化六要件として、(イ)病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、死が目前に迫っていること、(ロ)病者の苦痛が甚だしく、何人も真にこれを見るに忍びないこと、(ハ)もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、(ニ)病者の意識がなお明瞭で意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託または承諾のあること、(ホ)医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師により得ないと首肯するに足る特別の事情があること、(ヘ)その方法が倫理的にも妥当なものとして許容しうるものであること、を挙げている。

上記横浜地裁四要件と名古屋高裁六要件には、以下のような差異がある。すなわち、六要件(ロ)は患者の苦痛を単に「苦痛」としているのに対し、四要件(イ)は「肉体的苦痛」に限定している。六要件(ホ)(ヘ)に相当する要件は四要件にはないから、四要件では主体と殺害方法は限定されない。六要件(ニ)は積極的安楽死について推定的意思の余地を残しているのに対し、四要件(ニ)は「患者の明示の意思表示」を要求している。六要件(ニ)は「真摯」な嘱託・承諾を要求しているのに対し、四要件(ニ)は「真摯」とまで要求していない。一方、学説上は、安楽死適用化要件を巡る議論では名古屋高裁六要件説[12]、横浜地裁四要件説[13]、いずれの要件を満たしても適法化はされないが責任阻却がありうるとする説[14]などが激しく対立しており、議論は一様ではない。

以上のいずれの説を採るかはともかくとして、本判決の挙げる「行為類型」の内容は、明らかに横浜地裁四要件に沿うものである。しかし、四要件説によればこのような事例は安楽死として不可罰となるはずであるから、懲役一年六月を下回るが有罪となる具体例としては、必ずしも適切とは言えないように思われる。あるいは、六要件説を採用するのであれば、本判決に言う具体例は六要件のうち(ホ)(ヘ)の要件を欠く許容されない安楽死事例となるから、懲役一年六月を下回る具体例としては適切と言える。しかし、本判決がはたして、六要件説を念頭に置いて上記の「行為類型」を挙げたかは、大いに疑問である。

ところで、学説上は、嘱託傷害致死類型における法定刑の不合理について古くから指摘がなされていた。例えば、大場博士は、嘱託傷害は違法性が阻却され不可罰となるとしたう

えで、嘱託傷害により被害者に重大な傷害が発生しまたは死亡した場合であっても「同一ニ論結セサルヲ得ス」とし、このように解さなければ、嘱託傷害致死類型において法定刑の不均衡を生ずることになるとする。[15] 同意傷害、同意傷害致死について、被害者の同意の法理による違法性阻却を認める論者は、この法定刑の不合理を回避すべきことを自説の根拠として用いる。もっとも、今日では、同意傷害についてはともかく、同意傷害致死についてまで違法性阻却を認め不可罰とすべきとする主張はあまり見られない。理論的には、同意傷害致死類型について、傷害罪については違法性阻却を認めたうえで、過失致死罪ないし重過失致死罪の成立を認める余地はあるかもしれない。しかし、通説は、たとえ同意があったとしても、生命に危険が及ぶ傷害や、四肢の切断、臓器摘出など取り返しのつかない重大な傷害については、例外的に違法性が阻却されないとしている。[16] これに照らせば、同意傷害致死類型において傷害罪についてのみ違法性が阻却されると解するのは困難となろう。

本件事案について見ると、学説上は、「嘱託殺人罪の法定刑の上限を超えない限度で二〇五条を適用すべきである」[17] などとして、現実には不合理を生じない以上は、傷害致死罪の成立を認めて良いとする主張が多数説かと思われる。なお、「二〇二条の下限が低いのは、死亡結果への寄与が小さい自殺教唆・幇助をも併せて規定しているからだとの説明も成り立ちうる」[18] として、懲役一年六月以下の量刑は自殺関与罪についてのみ妥当し、嘱託殺人罪を含む同意殺人罪には妥当しないかのような指摘があるが、懲役一年六月を下回った上掲五判例はすべて嘱託殺人罪の事案であるから、この指摘は量刑相場と必ずしも符合していない。

（四）　第四の根拠、すなわち、弁護人が被告人の否認に従って殺意を争うと、訴因変更を条件とはするものの、被告人を傷害致死罪として重く処罰される危険にさらすことになるが、殺意を争わないと、弁護人としての真実義務に違反し進退窮まる状況に陥るとの点はどうか。

本判決は、これにつき、「弁護人において、被告人に対し、嘱託殺人罪と傷害致死罪の法定刑の違いや訴因変更の可能性を説明した上、被告人と十分に話合いを行い、その上で被告人の意向に従って殺意を争うという弁護方針を選択するのであれば、弁護人の義務に反するとはいえない。逆に、弁護人が……被告人に対し、法律専門家として適切な助言を行い、

被告人が納得した上で殺意を争わないという弁護方針を選択する場合も、弁護人の義務に反するというべきものではない。……いずれの弁護方針を採ったとしても弁護人の義務に反するというべきものではない」とした。

弁護人は、許された法律上の権利を行使して被告人の「正当な」利益の保護を図ることをその任務とするところ、被告人に殺意のない事例において、軽い嘱託殺人罪を主張するために殺意を争わない選択をすることは許されるかという問題について、原判決は許されないとし、本判決は許されるとしたのである。刑事訴訟法上は、弁護人が被告人に真実に反して相手方主張の否認を勧めることが許されるかを巡って、否定説[19]と肯定説[20]の対立がある。思うに、本判決が言うように、被告人に対し否認の効果を説明したうえで、否認するか否かを被告人の選択に委ねるのであれば、弁護人の誠実義務、真実義務には必ずしも反しないのではないか[21]。

（五）　第五の根拠、すなわち、検察官が傷害致死罪で公訴を提起したのに対し、裁判所が被告人には殺意があり、嘱託殺人罪が成立するとの心証を形成した場合に、裁判所は訴因変更を促すか命じたが検察官がこれに応じないと、裁判所は嘱託殺人罪を適用することはできず、かといって、心証形成した嘱託殺人罪よりも法定刑の重い傷害致死罪を適用することもできないから無罪の言渡しをするほかなくなるという、訴訟準備及び訴訟進行における不都合を生じるとの点はどうか。

本判決は、これにつき、「嘱託殺人罪で起訴された場合、傷害致死罪が適用されるには、訴因変更の手続を経る必要がある上、仮に傷害致死罪に訴因変更されたとしても、被害者による殺害行為の嘱託が存在することを前提に量刑されるから、最終的な宣告刑が重くなることは通常想定し難いし、……裁判所が訴因変更を命じた場合、検察官はこれに応じる義務があるところ、検察官がこれに応じないという事態は通常想定し難いが、仮に検察官がこれに応じないというのであれば、それに従って裁判所が対処することになり、……裁判所が無罪の言渡しをする以外にないならば、その言渡しをするほかなくなることが不都合であるという原判決の指摘は当を得ていない。」とした。本判決の見解が妥当であろうか。

三　最後に、本件事案のような嘱託傷害致死類型について、原判決のように第二〇二条後段に嘱託傷害致死類型を含むと

する解釈によらずして、傷害致死罪より軽い犯罪の成立、あるいは犯罪成立阻却を認めることははたして可能であろうか。これについては、いくつかの試論を立てることができよう。

第一は、傷害致死罪の構成要件該当性を認めたうえで、被害者の同意の法理による違法性阻却を認めて不可罰とする解釈である。嘱託傷害及び嘱託傷害致死類型について、被害者の同意の法理により違法性を阻却するという前述した大場博士の主張を採るならば、本件事案についても不可罰との結論を容易に採ることができる。もっとも、生命に危険が及ぶ傷害について違法性を阻却し得ないとする通説を前提とするならば、これを採り得ないことも前述したとおりである。

第二は、被告人はA女の生命の具体的危険を惹起する意思で行為に出たが、既遂となる前に必ずスタッフにより阻止されるとの認識であったと見て、嘱託殺人未遂罪の成立を認める解釈である。はじめから未遂に終わらせることを予期して犯罪を教唆した場合、すなわち未遂の教唆（Anstiftung zum Versuch）について、教唆犯の故意に基本的構成要件の実現の認識は不要であるとする立場に立てば、教唆者は未遂罪の教唆犯の罪責に問われる。[22] これに倣えば、被告人自身がはじめから嘱託殺人を未遂に終わらせる意思で行為に出た場合についても、嘱託殺人未遂罪の成立を認める余地があるように思われる。もっとも、このように解するには、被告人には、A女の死の結果惹起が必ず阻止されることの認識を前提としても、やはり生命に対する現実的危険を惹起させる「殺意」の認定が必要となろう。

第三は、A女を嘱託殺人罪の間接正犯、被告人をA女に行為を支配された道具たる被利用者とする解釈である。もっとも、被告人には殺意はないものの傷害の故意はあり、さらにA女の死亡について過失も認めうるであろうから、被告人は単なる道具ではなく、故意及び過失ある道具と解される。そうすると、被告人は結局、傷害致死罪の構成要件に該当することになる。

第四は、A女が被告人を道具として、刑法上は不可罰である自殺をしたとする解釈である。自殺者は何故処罰されず、これに対して自殺関与者は何故処罰されるのかという、いわゆる自殺の不可罰根拠について、学説上は、自殺者という身分が責任阻却原因となるが、自殺関与者はこの原因を欠くとする責任阻却説[23]、自殺者は自己の生命を放棄したことで違法性が阻却されるが、自殺関与罪は第六一・六二条の教唆・幇

助とは別個の、他人の生命の否定に関与する行為の処罰を独自に規定した独立の犯罪類型で、他人が自殺に関与することは違法であるとする違法性阻却説[24]ないし可罰的違法性阻却説[25]などが主張されている。このうち、違法性阻却説ないし可罰的違法性阻却説を採り、A女自身の自殺を適法と評価したうえで、被告人は傷害の故意でかかる行為に出たものの、致死についてはA女自身の適法な自殺と評価されるから問題とならないと解して、第二〇四条の傷害罪の成立のみを認めるのである。被告人はA女の故意ある道具として傷害罪の罪責に問われるが、A女の過失ある道具として惹起した加重的結果である致死の部分は、A女の自殺として適法であるから客観的違法性を欠く。従って被告人も、違法性の連帯により致死の部分の罪責を問われない。そうすると、第二〇四条の法定刑は十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金であるから、第二〇五条では不可能であった懲役一年六月を下回る法定刑を酌量減軽なしに選択することができる。このような解釈に対しては、適法な自殺に関与した自殺関与者が処罰されることとの整合性を欠くとの批判が考えられる。しかし、自殺関与罪は他人の自殺に敢えて関与する行為を独立して処罰する犯罪規定と解されるところ、本件事案のような嘱託傷害致死類型では、被利用者たる被告人は他人の自殺に敢えて関与したのではなく、利用者の道具として意図せず自殺に関与させられたのであるから、自殺教唆、自殺幇助と比較して、違法性ないし可罰的違法性を欠いていると解する余地があるのではないか。

（1）若尾岳志「殺害の嘱託を受けた者が、救命態勢が整っているなどと誤信し、暴行又は傷害の故意で暴行を加え、結果として人を死亡させるに至った事例」刑事法ジャーナル三九号（二〇一四年）一〇六頁。

（2）嘉門優「殺害の嘱託を受けた者が、暴行又は傷害の故意で暴行を加え、結果として人を死亡させた事例」新・判例解説Watch刑法七六号（二〇一四年）三頁。

（3）嘉門・前掲論文四頁は、「被害者が殺害に同意をしている場合は、法益性そのものが軽くなると解する見解……によれば、嘱託傷害致死類型に『傷害罪』を肯定するという可能性もありうる」とする。

（4）大判明治四三年四月二八日刑録一六輯七六〇頁、内田文昭『刑法Ⅰ総論』（改訂補正版・一九九七年）一六〇頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版増補版・二〇〇五年）二二頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第四版・二〇一三年）二一頁、川端博『刑法各論講義』（第二版・二〇一〇年）三五頁、須之内

克彦『刑法概説各論』（第二版・二〇一四年）一九頁、前田雅英『刑法各論講義』（第五版・二〇一一年）三二頁、山口厚『刑法各論』（第二版・二〇一〇年）一六頁、曽根威彦『刑法各論』（第五版・二〇一二年）一五頁。

(5) 大塚・各論二三頁、大谷・各論二一頁、川端・各論三六頁、前田・各論三三頁、須之内・前掲書一九頁、曽根・前掲書一五頁。

(6) 内田・前掲書一六五頁注六。

(7) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）二五〇頁、高橋則夫「同意殺人罪の成立要件」西田典之他編『刑法の争点』（二〇〇七年）一三五頁、中森喜彦『刑法各論』（第三版・二〇一一年）一二頁、山口・各論一七頁（殺人未遂罪に嘱託殺人罪が包括評価され包括一罪となるとする）。

(8) 門田成人「殺害の嘱託を受けて傷害の故意で死亡させた場合の擬律」法学セミナー七〇六号（二〇一三年）一一三頁。

(9) 若尾・前掲論文一〇六頁。

(10) 嘉門・前掲論文二頁。

(11) 門田・前掲論文一一三頁、田中優輝「自己の殺害を嘱託した者を暴行・傷害の故意で死に致した場合の擬律」法学教室四〇一号（判例セレクト二〇一三）（二〇一四年）三一頁。

(12) 大塚『刑法概説（総論）』（第四版・二〇〇八年）四二六頁、川端『刑法総論講義』（第二版・二〇〇六年）三三八頁、前田『刑法総論講義』（第五版・二〇一一年）三五二頁。

(13) 大谷『刑法講義総論』（新版第四版・二〇一二年）二六三頁、高橋『刑法総論』（第二版・二〇一三年）三二五頁、山口『刑法総論』（第二版・二〇〇七年）一六六頁。

(14) 浅田和茂『刑法総論』（補正版・二〇〇七年）二一四頁、井田良『講義刑法学・総論』（二〇〇八年）三三二頁。

(15) 大場茂馬『刑法各論上巻』（増訂五版・一九一二年）二二二頁。

(16) 平野・総論二五四頁、大谷・総論二五三頁、山口・総論一六二頁、西田『刑法総論』（第二版・二〇一〇年）一八八頁、林幹人『刑法総論』（第二版・二〇〇八年）一六二頁、松宮孝明『刑法総論講義』（第四版・二〇〇九年）一一五頁。

(17) 門田・前掲論文一一三頁。

(18) 田中・前掲論文三一頁。

(19) 平野『刑事訴訟法』（一九五八年）七九頁。

(20) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（二〇〇七年）二六二頁、上口裕『刑事訴訟法』（第三版・二〇一二年）四八頁。

(21) 上口・前掲書四八頁参照。

(22) 団藤重光『刑法綱要総論』（第三版・一九九一年）四〇七頁、大塚・総論三一二頁、大谷・総論四三五頁。これに対し、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（増補版・一九七八年）四一五頁、西田・総論二三九頁、山中敬一『刑法各論』（第二版・二〇〇九年）八九五頁は、未遂犯における故意には基本的構成要件の実現の認識が必要であるから、未遂の教唆は不可罰であるとする。

(23) 瀧川幸辰『刑法各論』（増補・一九六八年）三〇頁、井上正

治＝江藤孝『刑法学〔各則〕』（新訂・一九九四年）二二頁、林『刑法各論』（第二版・二〇〇七年）二五頁。

(24) 平野『刑法概説』（一九七七年）一五八頁、前田・各論二六頁、西田・各論一三頁（構成要件該当性も阻却されるとする）。

(25) 大谷・各論一七頁。