HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	被害者の承諾（八）：各論的考察による再構成
Author(s)	佐藤, 陽子
Description	論説
Citation	北大法学論集, 59(6), 137-167
Issue Date	2009-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38364
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-6_p137-167.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

被害者の承諾（八）

――各論的考察による再構成――

佐藤陽子

目　次

序論
第一章　国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第二章　財産に対する罪と被害者の承諾
（以上、五八巻三号）
（以上、五八巻四号）

第一節　はじめに
第二節　領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）（以上、五八巻五号）
第三節　毀棄罪（器物損壊罪）
第四節　盗品等関与罪（以上、五九巻二号）
第五節　小括
第三章　自由に対する罪と被害者の承諾
第一節　はじめに
第二節　住居侵入罪（以上、五九巻三号）
第三節　監禁罪
第四節　小括（以上、五九巻四号）
第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾について
第一節　はじめに
第二節　殺人罪（同意殺人罪）
一　はじめに
二　殺人罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について（以上、五九巻五号）
三　同意の真意性について
四　錯誤・強制に基づく同意
五　その他の要件
六　まとめ（以上、本号）
第三節　傷害罪
第四節　小括
結語　～総論的考察への示唆～

第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾について

第二節　殺人罪（同意殺人罪）

三　同意の真意性について

本稿の立場によれば、被害者の同意は法益侵害性に係る合意とは異なる体系（違法性）に位置している。しかしその違法性減少の基礎にあるのは「自己決定の尊重」であるという点で、また行為態様に係る合意とは異なり同意という「法制度」が問題となっている点で法益侵害性に係る合意と共通の性質を有している。それゆえに、有効な同意のために必要な要件は、法益侵害性に係る合意と多くの点で共通しているということができるだろう。考えられる唯一の差異は同意が正当化事由であるゆえに、その犯罪阻却効果が刑事政策的な考慮から制限されうることである。

そのため、法益侵害性に係る合意と同様に、同意はまず真意でなければならない。なぜなら、被害者の同意は法益放棄に関する自己決定の尊重を根拠としており、そのような根拠を欠く承諾は承諾たりえないからである。ゆえに、あざむれでなされた同意は無効である。しかし、とりわけ「死」という重大な法益を放棄する自己決定は、他罪に比べてデリケートな扱いを要するようである。なぜなら、「死にたい」「殺して欲しい」といった言葉は、生命が、その人の存在そのものを支えるからこそ、比較的容易に表明される傾向にあるからである。それは冗談としてのみならず、ヒロイズム的な精神状態や気の弱み、あるいは同情をひきたいがために真意ではなく表明されうる。それゆえ二〇二条においては、同意の真意性に関する判例が多く存在しているといえよう。参考までに以下ではいくつか真意性が問題となった事

例を紹介していきたい。

たとえば、大審院時代には被害者があざむれに殺して欲しいとのべたり、親元へ勤めが苦しいので殺してくれという冗談の手紙を出したのを真に受けた被告人が、被害者を殺害し自分も死のうと決意し被害者を殺害しようとしたが、被害者が逃げ出したため殺害するにいたらなかったという殺人未遂の事案がある。このような事案において大審院は「被害者曉ノ自己殺害ノ嘱託ハ一時ノ戯言ナルニ拘ハラス被告ハ之ヲ殺害セントシテ遂ケサリシモノナルカ故ニ其所為ハ本来刑法第百九十九条第二百三条ノ適用ヲ受クヘキモノナルモ被告ノ所為タルヤ固ト被害者ノ戯言ヲ以テ真意ノ表白ナリト誤信シタルニ因ルモノナレハ罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサルモノニ該当シ其重キニ従テ処断スルコトヲ得サルカ故ニ同第三十八条第二項第二百二条第二百三条ニ依リ処断スルヲ相当トス」と判示した[17]。ここでは、被害者の嘱託があざむれであったことを根拠に、嘱託の存在が否定されている。確かに当該事案では、あざむれによる承諾は行為者に何の落ち度もなく被害者自身によって表明されているが、同意は客観的に存在すればよいのではなく、それが自己決定の表れとして存在していなければならないので、たとえそれを信じた被告人に何の落ち度がなくとも被害者の承諾は無効ということになるのである。しかし大審院が判示しているように、被告人の同意の存在に関する錯誤は故意の領域で問題となりうる。

また東京高判昭和三三年一月二七日裁特五・一・二一は、脳出血のため左半身不随になり、起居の自由もなく二年余りを経過するも回復の兆しが見えない被告人の義父（被害者）が、しばしば「死にたい」と口走り、あるいは「薬局から毒薬を買って来て飲ませてくれ」といったことから、また本件当日には平常よりも多く「死にたい」と繰り返すのを聞いたことから、嘱託があったと思いこんだ被告人が、被害者に昇汞の水溶液を服用させ殺害したという事案であった。この事案において東京高裁は、被害者には回復の見込みはなかったが尚数年間は生命に異常はない状態であり、本件当

時においても格別悪化の兆候はなく、食欲もあり特に衰弱の状態もみられなかったこと、また同人が死にたいと口にするときは、便を催すときとか食事をするとき又は体を拭かせるなど自分の意のままにならぬのを立腹していうことが多く、毒物の件については冗談めいていう状態であったことをあげて「源吉（被害者・筆者注）が本件当日用便の始末をしていた被告人に対し『死にたい』と云ったと云うのも、これを以て真実被告人に自分を殺してくれることを嘱託した意思表示と認めることはできない。また、源吉が右昇汞の水溶液を服用した後、被告人に毒を飲まされたことを知りながらこれについて被告人に怨み言を述べなかったとしてもこれにより本件行為が遡つて承諾による殺人に当ると解することもできない」として被害者の承諾の存在を否定している。

殺人の承諾の真意性については他にもやくざ社会の不義理を理由として、被害者が複数回制裁を加えられた後に「上からの命令だから死んで貰わねばならぬ、往生してくれ、命日には必ず線香を上げてやる」といわれ「判っております。有難う御座います」などと答えた事例[118]、三角関係に思いあぐねた被害者が「いっそこのまま二人で死んでしまおう」といいだし、それを真意だと信じた被告人が被害者を殺害した事例[119]、シンナーに耽溺し家族に暴力を振るう弟に対して、母親が「あんたが死んでくれれば一番みんなが助かる。シンナーでもかぶって死になさい。火をつけてやるから燃えて死になさい」といったのに対して、弟が反抗的な態度で「よし、シンナーをかぶって死んでやる」などといったりしたため、兄がシンナーをかけて火を放ち火傷を負わせ死亡させた事例[120]などがある。これらの事例ではそれぞれ、被害者の承諾は逃げられないと観念し覚悟のほどを示したにすぎなかった、同棲相手（被告人ではない）に対する義理立てにすぎなかった、いつものうそか冗談であり、いい加減なものであったとして、それぞれ真意性が否定されている[121]。

これらの判例からも分かるように、様々な理由から殺人についての同意はなされうるものであり、だからこそその真意性については、慎重な判断を要するのである。

また比較的最近の事例であるが、承諾の真意性を取り扱った非常に興味深い判例がある。この事例では、嘱託殺人の事例において原審がその真意性を排除したのに対し、高裁で真意性が認められた。それは以下のようなものであった。長年、殴打プレイ、SMプレイにのめりこんでいた被害者が、約八〇〇万円の現金と引き換えることを約して（ただしこの約束は虚偽であって、被告人が被害者を殺害後、指定されたロッカーに現金を取りに行ったところ、それは入っていなかった）被告人に殺害を依頼したというものであった。しかし被害者は勤務先における成績も良好で上司の評価も高く、また趣味のエアロビクスに熱中するなど健康面においてなんら異常な点もなく、殺害依頼の期日より後にも有効である通勤定期券を所持していたなど、公私にわたって真に死ななければならないような特段の事情はなかったことが確認されている。また本件でなされた殺害の依頼は、被害者があらかじめ購入したサバイバルナイフで下腹部をかききって臓器を全部摘出して殺して欲しいといった通常の殺害の嘱託とは著しく異なった形であり、被害者は右の手法にこだわってこれを期待し興奮している言動をみせていたことから、原審は「被害者がナイフで下腹部を刺されれば死亡する蓋然性があることをまったく認識していなかったとはいえないものの、それ以上に、被害者自身が死亡することの意義を熟慮し、死の結果そのものを受容し、意欲していたものではない」から、「被害者の殺害依頼がその真意に基づいてなされたとは認められず、刑法二〇二条後段の『嘱託』に該当しない」と判断した。それに対して、大阪高裁は、「奇妙な方法に執着したからその依頼は真意に基づくものではないとするのは当を得たものでは」なく、また「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。（中略）以上、要するに、被害者は、死の結果に結びつくことを十分認識しながら、いわば究極

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たものであり、真意に基づいて殺害を嘱託したものと理解する余地が十分にあるといわなければならない」と判示し、被告人に嘱託殺人罪の成立を認めた。[122]

この事案は通常考えられないような動機、そして方法での殺人の嘱託が行われたゆえに、その真意性が問題となったものである。おそらく地裁の判断によれば、被害者は「死」に向かう事前のプロセス、つまりはSMプレイに執着するあまり死の本当の意味を見失っていたと見て同意の真意性を排除したのであろう。それに対して高裁は奇妙な方法に執着したからといって真意性には疑いがないと判断した。この点について佐伯仁志は正当にも、原審の事実認定は、「死の決意が常に一般人に納得できるような動機と態様によってのみ行われるものであることを前提としているようであり、本件のような特殊な事例においては説得的でないように思われる」とし、「いかにその動機・手段が社会常識からはずれたものであっても、被害者本人が死の結果を認識して当該行為を嘱託したのであれば、本人にとっては真意に基づく嘱託とされなければならない」として高裁の判断を支持している。[123]本件において、被害者は、生命をいわば快楽のために犠牲にする決定、あるいは快楽の道具とする決定をしており、彼にとって生命は彼の偏向ゆえにささいな価値しか有していなかったといえるだろう。それはあくまでも尊重すべき彼の価値観であって、被害者が死という現象を理解している以上、死ぬことの意義、生きることの意義といったものは、とりわけ刑法上は本人が決めるべきものである。たとえ一瞬の快楽のために生命を犠牲にさらす決定が不可解なものであっても被害者が死を認識・認容していれば、それは二〇二条における同意の真意性を基礎付けるに十分であろう。

他方で本件において大阪高裁は、「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いうべきである」として、同意においては結果の認識で十分

であるとも表現している。これに対しては「法益保護の『放棄の意思』は、たんに法益侵害を『認識』するだけでは足りず、それに対する何らかの意味における『積極的な是認』が必要である。しかし、同意の意思内容の最小限の要請としては、必ずしも、法益侵害の『意欲』や『受容』が必要なわけではなく、『認識』で足りるという結論は、一定の前提のもとでは正当であると思われる。その前提とは、すでに一定の危険な行為に対する積極的是認が存在する場合である。この場合、そのような危険な行為から一般的に客観的に帰属可能な態様で生じる構成要件的結果については、その『認識』があればよいということである。」として賛意を表する見解もあるが[124]、この点については慎重な議論が必要であろう。そもそも本件においては、「意欲」はなくても「認容」がある（積極的に死にたいわけではなかったが、死んでも構わなかった）ので、大阪高裁はなんの問題もなくこのような表現で被害者の同意の有効性を肯定することができたが、しかし「認識」はあるが「認容」していなかった、いわば認識ある過失の同意型のような状況下でも裁判所が同様の判示でもって同意の有効性を肯定したかは疑問である。危険行為に対する意欲や受容がある場合、その結果として法益侵害が発生する場合は、おそらく結果への「認識・認容」いずれもある場合であろうが、そうではなくて認識はありながらも結果の発生は回避できると思っていた場合においては、やはり同意の存在を認めるべきではないように思われるのである[125]。

なお参考までにドイツでは、要求に基づく殺人罪の成立を認めるためには、同意以上の「要求」が求められており、その上さらにそのような要求が明白で真意であることが条文上必要とされている。ここでいう真意とは、学説によれば、自然的な判断能力・意思能力あるいは年齢的な成熟性を欠いていない者が、一時的な気分（抑うつや麻薬の影響下）ではなく、また強要や偽計（たとえば偽装心中）によって動機付けられていない時に認められる、いわば固い意思とされている[126]。判断能力・意思能力・年齢的な成熟性といったものは、通常被害者の承諾においても要求されるものである

ので特別な要素ではないが、強要や偽計はそのようなものの存在が承諾を無効にするか否かが争われている要素である。それにもかかわらず、要求に基づく殺人罪においてはそれらが要求の真意性を排除することは一致して認められており、この点で本罪では同意に基づく殺人よりも厳しい基準が課されている。また、一時的な気分で軽率に要求が行われた場合にも真意性は否定されるので、この点でも要求は同意よりも厳格な制限がなされているといえるだろう。さらに前記のように、行為者は要求によって殺人を動機付けられなければならないので、同意の不知の場合には二一六条の特権は受けられず、この点でも被害者の承諾とは異なった取り扱いをうけている。

これに対して日本では、殺人に対する同意が被害者の承諾の問題であることに変りはないので、基本的には他の犯罪類型の承諾と同様の取り扱いをすることができると思われる。一時的な衝動からなされた同意であってもそれが同意能力の欠如に基づかない限りでは有効であるし、ドイツの条文とは異なり同意が殺人を動機付ける必要もないので、たとえば遺産を得るために殺害を決意していた行為者に偶然被害者が真意の同意を行った場合はやはり二〇二条の恩恵をうけるべきである。そして理論的には同意が表明されていれば同意を知らない者であっても、同意の不知（法律の錯誤）として取り扱われることになるだろう。とはいえ後述するように同意が条件とともに提示された場合は本質的な部分でそれを満たさなければ同意に基づく行為とはいえないのであり、また殺人の同意の場合は通常同意の名宛人による殺害が条件付けられているものであるから、被害者の予期していなかった第三者による殺人は一般的には二〇二条の範囲外というべきであろう。

四　錯誤・強制に基づく同意

これまでも議論してきたように、被害者の承諾の成立要件の中でもとりわけ問題となるのは錯誤・強制に基づく承諾である。同意の違法性阻却（減少）根拠が法益放棄に関する被害者の自己決定の尊重である以上、本稿の立場でいえば、被害者の自己決定といえる同意のみが有効ということになるのだが、学説では更に、錯誤が決定に重要な影響を及ぼしたか否かを重視する見解、法益関係的錯誤か否かで判断する見解などの説が対立している[127]。

しかしどの見解に基づいても有効な同意を認めるために、まず必要なことは被害者が「死」の結果について認識していることである。ゆえに被害者が死という結果について錯誤していた場合は、欺罔の如何を問わず同意は存在していない（又は無効である）。

判例には、被害者から自殺を装って保険金を詐取することを持ちかけられた被告人が、被害者が愚鈍で自分を信用し意のままになるのを奇貨として、被告人自ら保険金を詐取しようと企て、被告人と情を通じていた被害者の妻を受取人にした生命保険契約を被害者に締結させたうえで、含糖ペプシンを食塩に混ぜた水溶液を、飲めば仮死状態になるが後に蘇生するものと欺罔して、それを服用せしめた後に、被害者が自縊して仮死状態になった後で、他の薬剤を用いて蘇生してやると欺いて、被害者を自縊死亡せしめた事案がある。この事案において大審院は「健太郎（被害者・筆者注）ハ被告人ノ詐言ノ為錯誤ニ陥リ全然自殺スルノ意思ナク自ラ其ノ頸部ヲ縊リテ一時仮死状態ニ陥ルモ再ヒ蘇生シ得ヘキモノト信シ原判示ノ如キ方法ニ拠リ遂ニ死亡スルニ至リタルモノナルヲ以テ被告人ハ健太郎ヲ殺害シタモノト謂ウヘク・・」として殺人罪の成立を認めた[128]。ここでは被害者が、自らの死について認識していない以上、同意は存在していないのであり、当然のこととして、単なる殺人罪が成立することになる。

このように、被害者が自ら生命を放棄する意思がない場合は、殺人に関する同意はそもそも存在しないのであるが、本罪においては「生命」というものの特殊性（未知性）ゆえに、生命を放棄したといいうるのかが問題となりうるケー

スもある。例えばドイツで起きた「シリウス事件」と呼ばれる事件（BGHSt 32, 38）である。これは被告人が、被害者が自らに精神的に依存しているのを利用して自殺を試みさせたという事例であった。被害者に自殺行為をさせるに先んじて被告人は被害者に対し、自分はシリウス星から、価値ある人間が（その中に被害者も含まれる）その肉体が滅びた後に他の星でさらに生き続けられるように世話をする任務を帯びて地球に遣わされてきたのだと信じさせ、被害者が他の星で生きるためには更なる精神的発展がいるという口実でたくみに金銭を騙し取っていた。それでも被害者の信用が揺るがなかったことから、被告人はさらに被害者の信頼を利用して利益を得ようと考え、被害者の今の体では更なる発展は難しいので、それから解き放たれる必要があると信じさせた。そしてレマン湖のほとりに新しい体を用意しており、肉体を離れた被害者の魂は現在の体からそちらに移るにすぎないと思わせ、また新しい体になった後の生活のために必要だとして被害者に被告人名義の生命保険を契約させて、風呂場で事故に見せかけた感電死を行わせようとした（未遂）。BGHは、欺罔によって自殺を動機付けられた場合には、錯誤の種類と効果によって可罰的な殺人の正犯と不可罰の自殺関与の限界は左右されると述べた上で、被害者がさらにこの世で生き続けられると思っていたことを根拠に被告人に殺人未遂の判決を下した。またBGHは、仮に被害者がレマン湖での目覚めに彼女（被害者）の死が先行していなければならない、つまり彼女がその個性を継続せず、他の性質（Wesen）として行き着くことのできる生に入ることを受け入れた場合であっても被告人は有罪であるとした。BGHはその根拠を以下のように示している。「そのように作られた錯誤の場合であっても、被告人が被害者を『具体的な行為の意味』についてだけ欺罔していたか、『単なる動機の錯誤』を惹起していたか、そしてそのような錯誤が彼の正犯性を基礎付けるのに十分かということは重要ではない。『具体的な行為の意味』についての欺罔は、死が新しい生の開始に他ならないという偽装に内在していた。それに由来する錯誤は、死が発生しないことについての錯誤の重要性をもつ」。つまり、被害者が現在の肉体が滅びることに同意

していたとしても、それが新しい生の開始であると欺罔されていたので、それは「死」について認識していないのと同じであると解したのである。

このようにBGHはシリウス事件で、たとえ被害者が「死」について認識していなくても、それと同じような状況であった本件では、同意は無効だと考えた。思うに、BGHが「たとえ」として付け加えた理論の方が、むしろ説得的であり、なぜなら被害者はあらゆる医学的な死の概念の前提を充足する状況、一般的に刑法が「死」と理解する現象の発生については承諾していたからである。被害者は「死」について認識していた。そして、このように考えれば、もはや本件において法益関係的錯誤はないように思われる。しかしおそらく法益関係的錯誤説の論者はそうは考えないであろうし、結論の不当性に鑑れば、そのように解すべきではないだろう。それではなぜ「死」について認識しているにもかかわらず、ここでの錯誤が法益関係的錯誤となりうるのか。それはBGHが確かに意識しており、またシュミッドホイザーがすでに指摘している通り、彼女にとって当該自殺行為はいわば脱皮であって、本来的な意味での「死」を意味する行為ではなかったということであろう。彼女の行為の目的は、被害者と他の世界で再会することではなく、ほとんどはなれていない、そして誰もその存在を疑わない場所で彼と新たに出会うことであった[129]。通常、死の基準としての身体機能の不全は、同時に人の精神的個性の存在の終わりと結びついているが、彼女はそのようには考えていなかったのである。通常人のイメージする「死」は機能と個性の死であるが、彼女にとってはそうではなく、このようなイメージは体が壊れることと、現世での精神的存在の間に存在する繋がりを壊していたのであり、自らの身体の機能が壊れることについてだけ受け入れていた彼女の同意は、ほとんど構成要件的な錯誤（Quasi-Tatbestandsirrtum）に基づいていたのである[130]。

このように解すれば、確かにシリウス事件においても、法益関係的錯誤を認めることができるかもしれない。もしも

「ほとんど構成要件的錯誤」というあいまいな概念を認めるのであれば。しかし私見によれば、この事案はやはり単なる動機の錯誤の問題として取り扱われるべきものであるように思われる。なぜなら彼女は刑法的な意味における「死」の現象の発生自体は認識していたからである。「死」の定義は確かに人によっても宗教的にも様々なものが考えられるが、刑法にとってそれは肉体的な死である。それゆえ「シリウス事件」でなされた同意は錯誤ゆえに存在しないのではなく、錯誤ゆえに無効であって、欺罔者との関係で無効となるにすぎないものといえよう。その帰結として更に導かれるのは、誰に欺罔されたわけでもなく本件のような錯誤に同意者が勝手に陥っている場合には、そのような同意に基づいて被害者を殺害した行為者は殺人罪ではなく同意殺人罪であるということである。このように解することで「機能の停止＋個性の死」を認識していなければ「死」について認識しているとはいえないとした場合には、「個性の死」を錯誤していた通常の殺人犯に構成要件の錯誤が成立し、故意が阻却されてしまうという考えられる批判を回避することができる[131]し、死後の世界で個性を保ったまま幸せになることを夢みて殺害への同意をした場合との区別に悩まされることがなくなるであろう。やはり刑法上の死は、肉体的にあらわれた死（三兆候）というべきである。

このように「死」を認識せずに行われた承諾はそもそも承諾自体が存在せず、それに対して「死」を認識していたが第三者によって不当に導かれた承諾は、存在はするが（欺罔者などとの関係で）無効である。

その他に第三者によって不当に導かれた承諾として同様に問題となるのは、偽装心中の事例である。裁判所は、最高裁レベルにおいても、下級審レベルにおいても、偽装心中を二〇二条ではなく一九九条との関係で処理している。

たとえば最判昭和三三年一一月二一日刑集一二・一五・三五一九は、被害者に心中を申し出られた被告人が、心中する気がないにもかかわらず被害者が自己を熱愛し追死してくれるものと信じているのを奇貨として被害者のみを毒殺しようと企て、真実は追死する意思がないのに追死するものの如く装い、被害者をそのように誤信させて、被告人があら

かじめ買い求めた青化ソーダ致死量を被害者に与えて嚥下せしめ、よって被害者を死亡させたという事例である。このような事例において最高裁は、「被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」と判示している。また、仙台高判昭和二七年九月一五日高刑集五・一一・一八二〇と名古屋高判昭和三四年三月二四日下刑集一・三・五二九は双方とも追死する意図がないにもかかわらず被告人から心中を提案した事例であり、前者はあらかじめ被告人が用意していた硝酸ストリキニーネを被害者の口に差し入れ、ついでコップで水を与えこれを嚥下せしめ、後者は被告人のマフラーを二つに裂き、その半片を被害者の頸部に巻いて絞扼し、もって被害者を死亡させたものである。仙台高裁は「刑法第二百二条後段の犯罪が成立するには其の嘱託又は承諾か被殺者の任意にして且真意に出でたものであることを要すると解すべく、其の嘱託又は承諾と殺害行為とは主要の点において相一致し自殺者又は被殺者において生を絶つことについて責任能力をもち重大なる瑕疵ある意思に基かないものであることを要すると解すべきである。従って然らざる場合には本罪は殺人罪に対し特別罪の関係に立つものであるから普通殺人罪のみが成立するものといわなければならない。よって本件につき是をみるに（中略）被告人が追死の意思がないのに拘らず被害者を欺罔し其の旨誤信せしめてオブラート包入の硝酸ストリキニーネを嚥下せしめ生を絶つに至らしめたものであるから重大な瑕疵ある意思に基き死を決せしめて死亡するに至らしめたものと断ずべきである。従って同意殺人の罪が成立する余地なく殺人罪のみが成立するものと認むべきである」として、また名古屋高裁は「被告人が被害者を殺害しようと決意し、その手段として自分自身自殺する意思が毛頭ないのに、恰かもあるように装い、ことさら自殺する旨虚言を弄したものであること、しかも被告人は右被害者を殺害し、よって同女との関係を清算するとともに、借金の返済その他の用途に費消、利用するた

め、同女の携帯着用している金品を奪取しようとあらかじめ企図していたものであること、右礼子（被害者・筆者注）は本来自殺の意思は全くなかったけれども、原判示のように被告人から方々引きまわされて、気も弱く被告人のいいなりになりかかっていたところへ、被告人から将来の見込みがないからこのまま自殺するといわれたため、その虚言を真実と信じて同死を決意し被告人の手で先に殺してほしい旨申し出たもので、従ってその殺害の嘱託は自由な、真実の意思にもとずいたものではないのであり、被告人もこのことは充分知りながら機を逸せず殺害の所為に出で、所期の目的を遂げたものであることいずれも明らかである。（中略）殺害の嘱託が右認定のとおりのものである以上、これを真実の嘱託ということはできないから、被告人が本件につき強盗殺人罪の刑責を負うべきことやむをえない」として、それぞれ被害者の承諾が無効であることを認めた。

以上のように、判例は、他の犯罪における錯誤に基づく承諾の解決と同様に、決定に重要な影響を与えた錯誤に基づく同意の有効性を否定している。[132] しかし、多くの学説はこのような判例に否定的である。[133] 偽装心中を殺人罪として評価する判例に対しては、追死の有無は周辺的事情に関する錯誤であるとして、あるいは「生きるか死ぬかは、他の条件にかけることはできない性質のものだと考えれば、死ということ自体にほんとうに同意した以上、その動機・条件は問題にならない」[134]として、あるいは「このようなもっぱら『被害者側の事情』に着目し、それが『真意に沿わないものであったかどうか』という基準によるのならば、『通常の心中未遂』の場合であっても追死するはずであった被告人は心変わりして生き延びたのであって、被害者から見れば事象経過に関する錯誤のために、死の決意は『真意に沿わない』ものであったことになるのではないだろうか」[135]というような疑問でもって、また自殺関与罪においては「教唆・幇助」の方法になんら限定をつけていないから、同じく二〇二条の嘱託・同意にもある程度真意に沿わないものまで含む幅の広い概念であるとして批判が向けられている。[136] とりわけ法益関係的錯誤説に依拠すれば、同意の有効性は当然

認められることになるだろう。[137] ここでは、被害者は「死」の意味を理解し、自ら死を選んだ以上、死ぬこと自体に錯誤はないからである。

それに対して最高裁の事案のように、被害者が心中を提案しており被告人の欺罔が与えた影響はわずかであるような場合には二〇二条の成立を認めることができるが、同じ心中の欺罔でも、被害者の意思に決定的な影響を与えた場合には一九九条が問題となりうると解する立場[138]、あるいはもし意思決定に強い影響を与える動機の錯誤を生じさせて死に至らせようとする場合でも同意は有効であると解するのであれば、そのような巧妙な方法による法益侵害をより推奨することになりかねないとして[139]、部分的に又は全面的に判例の見解を肯定する立場もある[140]。

本稿の立場によれば、被害者の死の決定に欺罔が重要な役割を果たしている限りで（そして欺罔者もそれを意図している限りで）当該欺罔者との関係では、同意は無効というべきだろう。最高裁の判決においても、たしかに心中は被害者自身が言い出したことであるが、被告人は積極的に追死を装っており、そのような行為は欺罔として評価されるべきものである。つまり、心中を提案したこと自体は確かに被害者の自己決定によって行われたものであるが、最終的に心中の実行行為は被告人の追死を装うという欺罔によって行われたのであり、被害者の心中の意思はこの段階ではすでに自己決定ではなく他者決定になっているというべきだろう。ゆえにここでの被害者の同意は無効である。

確かに、生命というのはもっとも重大な法益であって、生命は誰にとってもかけがえのない価値をもつのであるから、また生命は「それ自体が自己目的である」[141]から、それは「他の条件にかけることはできない性質」のものであるという反対説の理論はもっともである。しかし、このような生命の性質はあくまでも規範上の話である。つまり刑法上生命は自己目的であるので、あるいはかけがえのない性質を持つので、被害者の意思にかかわりなく「生命」それだけで保護法益となりうる価値を有しているが、それを有する本人にとっては（つまり、自己決定との関係では）それが自己目

的である必要はないのである。人によっては、それは一瞬の快楽のための道具でありうるし、生命保険を入手するための道具でもありうる。規範にとってかけがえのない生命も人によってはささいな仕事上の失敗ゆえに価値がないと思えるものかもしれないし、博打の対象にできるほど卑小なものかもしれない。緊急避難における法益衡量を基準にすれば生命よりも価値が低いものであっても、本人にとってはそうではないかもしれない。自己決定との関係においては、それは「他の条件にかけること」のできるものなのである。そして被害者の同意の違法性減少根拠は、「自己決定」である。被害者の生命を侵害する目的を有した行為者（欺罔者）に大きく狂わされた被害者の決定は、たとえ法益に関係していなくとも、もはや「自己決定」の基盤を失い無効というべきだろう。それは行為者による唐突の侵害と同価値である。確かに刑法は人間の生命の価値それ自体を保護していて、生命を他との連関において持つ価値、重要さにおいて保護しているわけではないが、それは同意殺人罪の法益が「生命」そのものであると解される根拠であって、そのようなものの錯誤が重要でないことを意味しない。さもなければ最も重要な価値をもつ生命は、それが何にも替えられない重要性を持つがゆえに欺罔・強制に対して最もささやかな保護しか受けられない法益になってしまうだろう。

また片方だけ失敗した心中の際に生き残った者が殺人罪として処罰されないのは、行為時では「心中」という状況は欺罔されていないからである。結果として心中は失敗に終わったが、それは行為時の同意になんら影響を及ぼさないであろう。行為者の行為は唐突の侵害と同視することはできず、また被害者の承諾も将来の出来事は常に不確定であるので、それが行為者によって法益侵害に向けて操作された承諾でない限り、結果としてそれに齟齬が生じたとしても全知全能でない人間の自己決定の一部であると解することができるのである。

なお本稿は法益関係的錯誤説に依拠しないが、本稿が各論における被害者の承諾を詳細に検討する性質のものである以上、本罪においても法益関係的錯誤説が何を「法益関係的錯誤」であると解しているのかを理解・検討しておく必要

があるだろう。

殺人罪の「法益関係的」なものは論者ごとに様々であるが、中でも有力なのは、①生命の喪失自体についての欺罔と②余命についての欺罔をあげる立場である。[142] また、他罪と同様に法益関係的錯誤の外でそれを補充する要素として③緊急状況の欺罔も同意を無効とする要素として取り上げられる。上記①～③のうち、①は、なんら問題がないが、疑問視されているのは②である。②においては、被害者は生命を喪失すること自体についてはなんら錯誤していないからである。[143] しかし生命というのは抽象的に有か無かのものではなく、具体的な量的広がりをもったものであると観念されているので、ここでは法益関係的錯誤が認められることになる。このような法益関係的錯誤説の見解に対しては、残りの生命についての錯誤・欺罔を法益関係的錯誤・欺罔とすることは同一人物の中ではあっても生命のあいだに差を認めることであるとの批判がなされているが、[144] これに対しては「人の生命の長短により、人の取扱いに区別・差別を認めることには問題が生じるが、ここではそうしたことが問題になっているわけではなく、差別禁止という規範的考慮は妥当しないから、『余命の長さ』について『法益関係性』を肯定してよいと思われる」という反論がなされている。[145]

しかしこのような反論は、法益関係的錯誤説からの主張としては、説得力を欠くもののように思われる。というのも、そもそも法益関係的錯誤説というのは「法益」という規範的なものとの関係で錯誤に基づく承諾の有効性を通説よりも広く認めようとする見解だからである。確かに本人にとっては寿命の長短は生命の価値を左右するものでありうるが、刑法の「法益」にとってそれは価値を左右する要素ではないのである。余命一日の者も余命一〇〇年の者も、殺人罪の法益としては同じ価値を有するものと考えるべきである。「法益」としての生命は余命にかかわらず絶対的な価値を有するものであり、法益関係的錯誤説が「法益」を重視するものである以上、余命の錯誤には法益関係的錯誤はないというべきであろう。

最後に③に関係しては、福岡高裁宮崎支部判平成元年三月二四日高刑集四二・二・一〇三が例として挙げられている。この事例は、当時六六歳の一人暮らしの女性（被害者）から金員を借り受けていた被告人が、その返済の目途がたたなかったことから、同女をして自殺するよう仕向けることを企て、同女が第三者に金員を貸していたことを種にして、それが出資法という法律に違反しており、罪になると三、四ヵ月は刑務所に入ることになるなどと虚偽の事実を述べて脅迫し、不安と恐怖におののく被害者を警察の追求から逃がすためという口実で連れ出して、一七日間にわたり諸所を連れまわるなどして、またもはや逃げ隠れする場所がないという状況にあるとの錯覚に陥らせたうえで、身内に迷惑がかかるのを避けるためにも自殺する以外に方法はないと執拗に慫通して同女を心理的に追い詰め、犯行当日には、警察の追求が間近に迫っていることを告げて恐怖心を煽り、被告人もこれ以上庇護することはできないと突き放すことによって、被害者をしてもはやこれ以上逃れる方途はないと誤信させて自殺を決意させ、被害者自ら農薬を嚥下させて死亡させたという事案であった。福岡高裁宮崎支部はこのような事実につき「出資法違反の犯人として厳しい追求を受ける旨の被告人の作出した虚構の事実に基づく欺罔威迫の結果、被害者ミキは警察に追われているとの錯誤に陥り、更に、被告人によって諸所を連れ回られて長期間の逃避行をしたあげく、その間に被告人から執拗な自殺慫慂を受けるなどして、更に状況認識についての錯誤を重ねたすえ、もはやどこにも逃れる場所はなく、現状から逃れるためには自殺する以外途はないと誤信して、死を決したものであり、同女が自己の客観的状況について正しい認識を持つことができたのならば、およそ自殺の決定をする事情にあったものは認められないのであるから、その自殺の決意は真意に添わない重大な瑕疵のある意思であるというべきであって、それが同女の自由な意思に基づくものとは到底いえない。したがって、被害者を右のように誤信させて自殺させた被告人の本件所為は、単なる自殺教唆行為に過ぎないものということは到底できないのであって、被害者の行為を利用した殺人罪に該当するものである」と判示した。法益関係的錯誤説によれば、

ここで重要なのは錯誤の性質ではなく意思の抑圧の程度であるので[146]、本件のように被害者が心理的に追い詰められているような場合には同意の無効は十分に認められることになる[147]。

③に関しては、法益関係的錯誤説の立場からも（法益関係的錯誤の例外ではあるが）十分に説明することができる。また私見においてもこの判決には賛成である。なお、確かに本稿の議論は、同意の有効性を同意が第三者によって導かれたか否かで判断するものであるが、とりわけ自殺関与の類型においては、自殺関与者の殺人間接正犯を認めるためには欺罔だけではなく意思の抑圧が必要であると解する。なぜならば同意殺人の場合とは異なって[148]、ここで行為者が間接正犯として正犯的な地位を獲得するために、殺人罪としての定型性が必要となるからである。

たとえば、脅迫による自殺教唆の事例において、一九九条ではなく二〇二条を認めた判例に以下のようなものがある。被告人は、妻である被害者が、被告人の姉婿と不倫な関係をもったと邪推し、三ヶ月以上にわたり連日のように被害者を詰問し、外出逃避を監視しつつ、「死ぬる方法を教えてやる」といいながら首を絞めるなどの虐待を行い、また被害者を強要して姦通の事実を承認する書類や「自殺します」といった書面をつくらせるなどしていた。被害者は、被告人からの肉体的・精神的圧迫に心身ともに疲労させられ、実家にも帰れず、また警察署に保護を求めても取り上げてもらえなかったために、これ以上被告人の圧迫をうけるよりは死んだ方がよいと決意し、山林の中で縊死を遂げた。このような事例に対して広島高裁は「自殺とは自己の自由な意思決定に基いて自己の死を惹起することであり、自殺の教唆は自殺者をして自殺の決意を生ぜしめる一切の行為であって、その方法を問わないと解する、従って犯人が威迫によって他人を自殺するに至らしめた場合、自殺の決意が自殺者の自由意思によるときは自殺教唆罪を構成し進んで自殺者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、もはや自殺関与罪ではなく殺人罪を以て論ずべきである」と判断したうえで、本件においては、被告人の暴行、脅迫が被害者の自殺の決意をなすにつき「意思の自由を失

わしめる程度のものであったと認むべき確証がない」とし、被告人に自殺教唆罪の成立をみとめた。[149] ここでは、被告人は直接的な殺人行為を行っておらず、それゆえ被害者の「自殺」が被告人の「殺人行為」[150]と評価するためには、被害者の当該自殺行為を被告人が支配していたというに値する事情が必要だったのである。自殺関与罪[151]に際しては単なる脅迫では不十分で、その意思決定の自由を奪うに足りる相当程度の威迫を必要とするのである。

しかし、注意しておかねばならないことは、一定程度の脅迫・欺罔があっても自殺関与罪は成立しないということからは、同意殺人罪においても同じ基準を用いるという帰結にたどり着くことはできない。[152] 確かに、同一条文下で被害者の意思の有効性の要件が異なると解するのは困難であるし、両形態の区別は問題の解決を一層困難にするという批判[153]にも納得がいく。しかしここで問題となっているのは同意の有効性ではなく正犯性の問題であって、同意殺人罪では明らかに行為者が正犯であるが自殺関与罪の場合にはそうではないし、また両者の区別は確かに困難だが、だからといってその本質の差に目をつぶりなかったことにはできないように思われる。むしろ、二〇二条[154]が自発的で完全に任意な意思で死を希望した場合だけを規定したものと考えなければならない理由はないと解した場合に生じる、被害者の承諾論との食い違いの方がとりわけ本稿の立場からは避けなければならないように思われるのである。

なお参考までに外見的には自殺関与という形態であったが、欺罔に基づいて行為がなされており、また行為支配もあったために殺人の間接正犯が認められた例として、BGH, NStZ1987, 474 を挙げることができる。これは、数ヶ月不倫関係を続けていた被告人が被害者である夫から解放されたいと考え毒物を入手し、また被告人はそれを秘密裏にのませるのではなく被害者に心中をもちかけることで自ら飲ませようと計画して被害者に自ら心中を持ちかけ、被害者がこれを承諾したのでその直後人気のない公園まで車を走らせ、被害者をして毒物を嚥下させたという事例であった。BGHはここで、被告人が自ら追死の意思がないにもかかわらずそれを装ったことのみならずに、毒物の入手、被告人が被害者

を現場まで連れて行ったこと、また被害者が死を決意してから決行までの時間が短期間であったことなどを挙げて、被告人は計画した事象の経過についての支配を掌握していたことを理由に、被告人への殺人罪適用を認めた。ドイツにおいては、自殺関与罪は不可罰なので、不当な不可罰の間隙を埋めるために、欺罔に基づく自殺意思でなされた自殺への関与は殺人の間接正犯であると簡単に説明されることが多いが[155]、より詳細な検討の際には、やはり正犯として被害者の行為のコントロールが要請されている[156]。日本においても自殺関与類型に殺人罪の間接正犯を認めるためには、単なる自殺意思が欺罔・脅迫によって生ぜしめられただけではなく、欺罔・脅迫によって被害者の意思が完全に支配されていた、あるいは欺罔・脅迫に基づいて行われた被害者の自殺行為が行為者に支配されていたといった、行為者の実行行為性を肯定する事実が存在しなければならないのである。

以上のことを要するに、本稿の立場によれば錯誤に基づく承諾の有効性は、それが被害者の自己決定の表れといえるかどうかに左右され、それが自己決定の表れでなくなるのは、法益侵害の目的でなされた欺罔により承諾が不正に手にいれられた場合である[157]。しかし自殺関与の類型において殺人罪の間接正犯を認めるためには、自殺意思に瑕疵があったという事実だけでは十分ではなく、さらに行為者の正犯性が必要とされるべきである。

同様のことが、強制状況に基づく同意に関しても言うことができる。つまり実際の強制状況から生じた同意は有効であるが、同意を得るために強制状況が作出された場合、あるいは自然的に発生した強制状況であっても[158]、そのような状況を離脱する手段を有していて、それを被害者に提示する義務があったにもかかわらずそれを怠った場合には[159]、意図的に強制状況を作った者、あるいは義務を怠った者との関係で同意は無効となる。

五　その他の要件

生命侵害への「同意」の際に重要なのは、自己の財を自由に処分するという意味での自己決定である。ゆえに、有効な同意というためには、それに応じた要件が必要である。まず、生命は一身専属的な法益であるので、法益の所有者は生命の所有者たる本人であり、承諾権者は本人のみである。また同意者には放棄する財の重要性・程度を認識する能力と、それに基づき自己の価値観に従って利益得失を判断する能力、その判断により自己をコントロールする能力が必要である。[160] そのような判断は個別具体的になされなければならないが判例によれば、五歳児の承諾、[161] 重度の精神病者の承諾は無効であり、[162] 一六歳のそれは有効でありうる。[163] なお日本ではドイツと異なり殺人罪を減軽する同意殺人罪成立のためには、「要求」でなく「同意」が必要であるにすぎないので、一時的な気分であっても、抑うつ状態であっても、その者が一般の同意能力の要件を満たしている以上は、同意は有効である。[164]

また同意は構成要件メルクマールに該当した行為の不法を排除するための刑法上の制度であるので、社会現象としての表明が必要であるが、それは、明示的にも黙示的にもなされうる。たとえば、新潟地判昭和四六年一一月一二日月報三・一一・一四七五では、母子心中をするために、母（被告人）が用意した殺虫剤を自ら飲んだ娘（被害者）が、その後意識不明のまま苦しんでいる姿を見て、ひと思いに死なせてやろうと被告人がその頸部を両手で締めて窒息死させたという事例において、新潟地裁は被害者がこのように被告人に殺される明示的な嘱託ないし承諾をした証拠はないとしながらも、被害者は「被告人と一緒に死ぬことについては堅い決意があったが、その具体的なやり方については全面的に被告人の為すがままに委ねていたものと認めるのが相当であり、このことからすれば、もし殺虫剤を飲んでも死に切れなかったときには、そこで中止するのではなく、他の適当な方法で（常識的に見て奇異な、あるいは残虐な方法でない限り）被告人の手で殺されることにつき、遅くとも殺虫剤を受け取って、飲んだ時点で、黙示の承諾を与えたものと認めるのが相当である」として、被告人に二〇二条の適用をみとめている。ドイツにおいては、「もしも自殺に失敗し

たら、殺してくれるだろうか」といった条件付あるいは質問といった形でも、さらにジェスチャーであっても明白で真意な要求は受け入れられると解されているので[165]、同意の場合にはなおさらこのような形式は認められるべきであろう[166]。

さらに、同意は条件に基づきうる。薬物での安楽な死を望む者を、射殺した場合は、同意に基づく行為ではないし、その逆もありうる。快楽のための死を望んだ者に彼が望まない安楽な死を与えた者は、同意に基づく行為を行っていない。ただし被害者の同意した行為と実際の行為との差異が、同意に付け加えられた条件との根本的な相違ゆえに、もはやその死を選択した本来的な意味が失われるという程度にまで及んでいない場合には、同意は違法性阻却の効果を持ったままである。ゆえに、真意性の項で例として挙げた平成一〇年の大阪高裁判決（究極のSMプレイ事件）において、被告人が故意に下腹部でなく胸部を刺して被害者を死亡させたという場合にも、それが被害者が望んだ快楽の死と認められるような性質であれば、法益関係的錯誤説の危惧に反して[167]、二〇二条の成立は認められる。それに対して、睡眠中に、苦痛なくひっそりと殺すような場合は、同意に基づく行為とはいえないだろう。同様に、同意者が医師や親族に対して特別に殺害を依頼した場合、全く関係のない第三者による殺害は同意に基づく殺害行為ではないが、たとえば安楽死などの場合、家族に自分を殺させるのは不憫だという理由で被害者が医師に殺害を依頼し、しかし彼の意に反して家族が彼を殺したといった場合には、二〇二条の適用範囲内ということができるだろう。なぜなら、ここでは同意の要件は、「死の要件」ではないので、つまり「家族に殺されるくらいならば死を選択しない」というわけではないので、家族に殺されるという事実によっては、彼の「死」の決定は覆されないとみるべきである。

最後に同意殺人罪においても撤回は常時可能であり、引き返せないところまで経過が進んでいた場合は当然別として例外はない。ここでは「死」の契約というものは考えられない。また撤回能力は不要であり、撤回の表明も同じである。

六　まとめ

同意殺人罪における法益は、自己決定とは一線を画した（ヒトとしての）「生命」そのものである。しかし生命はあくまでも個人のものであるし、あらゆる自己決定は近代国家においては尊重に値するものであるので、それを軽視することはできない。それゆえ被害者の同意は、行為者の法益侵害行為に対して違法性減少の効果を持つことになる。ここで被害者の同意が違法性減少の効果しか有さないのは、生命という法益の価値の重要性ゆえであり、また殺人罪における自己決定を犯罪阻却という形で認めてしまうことが公共の利益に反するからである。ここでいう公共の利益とは人の生命を尊重する秩序を維持することで安易な殺人を防止し、結果的に国民の生命を保護することである（他人の生命のタブー化）。なお、このような利益はあくまでも被害者の同意の効果を制限する「利益」であって、「法益」そのものではない。

同意の違法性減少効果の根拠は自己決定であるので、その要件は法益侵害性に係る合意と概ね同じである。同意者は法益の所有者、すなわち今現在その生命を享受している者であって、その者には同意の結果、すなわち「死」の意味を理解し、それに基づいて利益得失を判断し、自らをコントロールする能力が備わっていなければならない。また同意は明示的あるいは黙示的に表明されなければならず、欺罔・脅迫によって自己決定に重大な影響を与えられた場合、それを欺罔者・脅迫者が意図していた場合には承諾はそれらの者との関係で無効である。同意が条件とともに提示されたにもかかわらず、行為と条件の食い違いが同意の本質にかかわる程度にまで及んだ場合には、それは同意に基づく行為ということはできない。また同意殺人罪においては、「死にたい」という言葉がアピール的に用いられることが多いので、同意の真意性はとりわけ慎重に判断しなければならないが、仮に一般人からみれば異常な殺人の同意であったとしても、

それがその者の価値観に合致し、実際に死を認容している場合には、それは真意な同意というべきである。さらに、撤回は常時可能であり、撤回能力、撤回の表明は不要である。

(117) 大判明治四三年四月二八日刑録一六・七六〇。
(118) 広島地判昭和三四年四月七日下刑集一・四・九五四。
(119) 東京高判昭和五三年一一月一五日判時九二八号一二一頁。ただし、本件では被害者の承諾は、同棲相手に対する義理立てから出たもの、つまりは真意ではない疑いがあるとしつつも、これを真意に基づく殺害の依頼と信じたことも通常人の立場から十分ありうるとして、真意性の判断を回避し、行為者の故意の問題として嘱託殺人罪の適用を認めている。
(120) 東京高判昭和六一年五月一日判時一二二一号一四〇頁。
(121) なお東京高判昭和六一年の判例は、被害者が被告人にシンナーをかけられてもみむきもせず逃げようとしなかったことが認められているが、これも死に至る危険を切実に感じなかったものか、又は点火されることはあるまいとたかをくくっていたものであるとして、承諾の真意性を根拠付けないとしている。
(122) 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。評釈として佐伯仁志「判批」ジュリスト一一五七号（一九九九）一五二頁、山中敬一「判批」現代刑事法六号（一九九九）七六頁。
(123) 佐伯・前掲論文（注(122)）一五二頁。
(124) 山中・前掲論文（注(122)）七九頁。
(125) 小林・前掲論文（注(67)）一五四頁以下、前田・前掲書（注(78)）二五頁、佐伯・前掲論文（注(122)）一五二頁参照。
(126) *Fischer*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7 ff.; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 2; *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)) § 216, Rdn. 4 ff.; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 3 ff.; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 8.
Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (4)), § 2, Rdn. 62; *Ricarda Brandts/Horst Schlehofer*, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987, S. 443 ff.

(127) 拙稿「被害者の承諾（四）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五九巻二号（二〇〇八）二三二頁以下参照。
(128) 大判昭和八年四月一九日刑集一二・四七一。
(129) *Schmidhäuser*, JZ 1984, 196.
(130) *Ulfrid Neumann*, Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft-BGH St 32, 38, JuS 1985, 681.
(131) Vgl. *Neumann*, a.a.O. (Anm. (130)), 681.
つまり、肉体の消滅と魂のそれは別物であり、肉体が消滅しても魂は用意した人形（あるいは死体）の中で行き続けると考えていた行為者が、魂を別の器に移し替えようとして殺人行為を行った場合、行為者の価値観によれば法益侵害を意味する「死」は「機能の停止＋個性の死」であり、行為者は自らの行為によって個性の死を生じさせていない、つまり殺人行為（法益侵害）を行っていないと考えているのだから、事実の錯誤であるという主張がなされうるのである。なお、ノイマンは通常の殺人正犯の場合はこのような誤ったイメージは故意の範囲ではなくて責任能力の問題であると解しているが、責任能力が最終的な犯罪阻止事由であることに鑑みれば、先行する構成要件の判断を避けるべきではないように思われる。
(132) 川端博『刑法各論講義』（二〇〇七、成文堂）一七頁以下、木村光江『刑法』（第二版、二〇〇四、東京大学出版会）二〇九頁、曽根威彦『刑法各論』（第三版補正版、二〇〇三、弘文堂）一四頁、山口厚「『法益関係的錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集一一一号（二〇〇三）一〇四頁、林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（一九九四、有斐閣）四四頁以下、木村静子「殺人罪と自殺関与罪の限界」阿部純二ほか編『刑法基本講座第六巻・各論の諸問題』（一九九三、法学書院）二八頁以下、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五）六七頁以下、平野龍一『犯罪論の諸問題（下・各論）』（一九八二、有斐閣）二九六頁以下、塩谷・前掲論文（注（74））一〇〇頁以下、西田・前掲書（注（90））一六頁、町野・前掲書（注（90））一九一頁以下。
(133) 前田雅英「殺人・自殺関与罪と事実の錯誤」警察学論集四七巻一号（一九九四）一一八頁。
(134) 平野・前掲書（注（132））二九七頁。また木村（静）・前掲書（注（132））二八頁参照。
(135) 塩谷・前掲論文（注（74））一〇一頁。また松尾浩也「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』（第四版、一九九七、精興社）五

頁参照。

(136) 須之内克彦『刑法における被害者の同意』（二〇〇四、成文堂）一四七頁、塩谷・前掲論文（注（74））一〇六頁、町野・前掲書（注（90））一九二頁。

(137) 西田・前掲書（注（90））一六頁、山口・前掲論文（注（132））一〇四頁、林（美）・前掲書（注（132））四五頁、佐伯・前掲論文（注（132））六七頁。また、山口厚『新判例から見た刑法』（第二版、二〇〇八、有斐閣）二三頁以下も参照。

(138) 上嶌一高「被害者の同意（下）」法学教室二七二号（二〇〇三）八一頁、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（一九九八、有斐閣）二五三頁。

(139) 井田・前掲論文（注（83））一四一頁。

(140) また判例を肯定する立場としては、大塚仁『刑法概説各論』（第三版補訂版、二〇〇五、有斐閣）二〇頁、岡野光雄『刑法要説各論』（第四版、二〇〇三、成文堂）一一頁、斎藤信治『刑法各論』（第二版、二〇〇三、有斐閣）一四頁、平川宗信『刑法各論』（一九九五、有斐閣）四九頁、斉藤誠二「欺罔にもとづく承諾」『吉川経夫先生古稀祝賀論文集・刑事法学の歴史と課題』（一九九四、法律文化社）一八二頁、谷口正孝「最高裁判所の裁判について」刑法雑誌三三巻一号（一九九三）四一頁、団藤重光『刑法綱要各論』（第三版、一九九〇、創文社）四〇〇頁以下、但木敬一「嘱託・承諾殺人の成否」Law School 四〇号（一九八二）八八頁がある。

(141) 山口・前掲論文（注（132））一〇四頁。

(142) 佐伯・前掲論文（注（132））六七頁。また、山口・前掲論文（注（132））一〇二頁参照。

(143) 佐伯・前掲論文（注（132））六七頁。

(144) 林（美）・前掲書（注（132））四六頁。なお、林（美）説によれば、癌で不治であり残りの生命についてもすぐに激痛に苦しめられるであろうと欺罔する場合は、死が前提とされ、被害者の存在を危険にする事実が偽られているので、このような場合は同意の無効性が認められることになる。

(145) 山口・前掲論文（注（132））一〇二頁。

(146) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（二）」法学教室二九六号（二〇〇五）八五頁。

(147) また前田・前掲論文（注（133））一二〇頁、上嶌・前掲論文（注（138））八一頁、林（幹）・前掲書（注（138））二五三

頁参照。なお林（美）・前掲書（注（132））四七頁は、「本件では、欺罔の内容が真実であったとしても、取調べと公判の後、三、四ヶ月刑務所に入るだけである。生命を犠牲にするのがやむを得ない状況とは考えにくい」として、本判決の理論に疑問を呈している。また、塩谷・前掲論文（注（74））一〇八頁も参照。

(148) 曽根威彦『刑法の重要問題各論』（補訂版、一九九六、成文堂）二五頁、角田正紀「殺人と自殺関与との限界」研修四九五号（一九八八）五六頁、中野次雄「殺人罪と自殺関与罪との限界」法律のひろば一二巻二号（一九五九）一六頁、前田・前掲書（注（78））二六頁、町野・前掲書（注（90））一八八頁以下、松尾・前掲論文（注（135））五頁、平川・前掲書（注（140））四九頁。また前田・前掲論文（注（133））一二〇頁参照。

(149) 広島高判昭和二九年六月三〇日高刑集七・六・九四四。

(150) 井田・前掲論文（注（83））一三八頁以下、木村（静）・前掲書（注（132））二八頁。反対は、平川・前掲書（注（140））二頁以下。

(151) 振津隆行「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』（第四版、一九九七、精興社）七頁、曽根・前掲書（注（148））二〇頁。

(152) 町野・前掲書（注（90））一八九頁。

(153) 木村（静）・前掲書（注（132））二八頁。

(154) 町野・前掲書（注（90））一九一頁以下、木村（静）・前掲書（注（132））二九頁、曽根・前掲書（注（148））二五頁。また中野・前掲論文（注（148））一六頁参照。

(155) *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (4)), § 1, Rdn. 20; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (4)), § 3, Rdn. 29; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 212, Rdn. 10; *Brandts/Schlehofer*, a.a.O. (Anm. (126)), 445 ff.

(156) *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)), Vor§ 211 ff., Rdn. 37; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), Vor§ 211, Rdn. 25; *Bottke*, a.a.O. (Anm. (18)), 32. Abw. *Brandts/Schlehofer*, a.a.O. (Anm. (126)), 443.

(157) ただし当然のことながら、そのような欺罔は意思決定に重要な役割を果たしていなければならない（横浜地判平成一七年四月七日判例タイムズ一一九二号（二〇〇六）二九九頁以下参照）。

(158) たとえばある人がアフリカ滞在中にウィルスに感染し、それは血清を注射しなければ苦しみやがて死にいたる病気であった場合、その者の自殺意思あるいは殺人の嘱託は、その血清を持っている人にとっても無効ではない。しかし行為者

が医師であり、あるいはウィルス感染自体が彼の被害者を自殺せしめるための計画だった場合には、行為者には血清を被告人に渡すべき義務があり、ゆえにこのような人に対しては承諾は無効であるというべきである。

(159) Vgl. *Mitsch*, Grundfälle zu den Tötungsdelikten, JuS 1996, 313.

(160) 塩谷・前掲論文（注（74））九八頁以下参照。Vgl. *Fischer*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 8.

自殺に関しては *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), Vor§ 211, Rdn. 26.

(161) 大判昭和九年八月二七日刑集一三・一〇八六。

(162) 大阪高判昭和二九年七月三〇日裁特一・六・二一八。また最決昭和二七年二月二一日刑集六・二・二七五頁参照。

(163) BGHSt19, 135. いわゆる「ギーゼラ（Gisela）事件」と呼ばれ、一方だけ失敗に終わった心中事件において、正犯的に心中行為を行った行為者に要求に基づく殺人罪が認められた。

(164) なお *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7 は、要求の場合においても、同意能力に影響を及ぼさない抑うつ状態は顧慮する必要はないと解しているようである。

(165) Vgl. BGH, NJW 1987, 1092 ff.; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 2; *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 6; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7.

(166) *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 6.

(167) 佐伯・前掲論文（注（122））一五三頁。なお、法益関係的錯誤説の中にも、承諾に付けられた条件は有効とする見解はある（*Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (30)), S. 531 ff.）。さもなければ被害者の承諾は法益を放棄するか否か、どの程度放棄するかといったことしか決定できなくなり、非常に空虚な法制度となってしまうだろう。このような見解に基づけば、たとえ法益関係的錯誤説であっても殺人罪の成立は問題となりうる。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）「被害者の承諾～各論論的考察」に補筆したも

のである。なお、補筆にあたっては、平成一九年・二〇年度日本学術振興会科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））による研究成果の一部を取り入れている。