
種 別： 論説

タイトル： 被害者を利用した間接正犯をめぐる議論

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第63巻3号（令和1年12月）25-63頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

被害者を利用した間接正犯をめぐる議論

照沼 亮介

- I 問題の所在
- II 承諾の有効性に関する議論
 - 1 議論の状況
 - 2 現状における課題の検討
 - ①承諾の「存在」と「有効性」
 - ②有効性の判断基準
 - ③「法益」と「処分の自由」の関係
- III 間接正犯の正犯性に関する議論
 - 1 「承諾の成否」と「正犯性の有無」の区別
 - 2 具体例における正犯性判断
 - ①承諾の存在が欠ける場合
 - ②承諾の有効性が欠ける場合
 - 3 被害者利用と第三者利用の相違？
- IV 202条の解釈に関する議論
 - 1 「自殺関与」の意義
 - 2 「同意殺人」との関係

I 問題の所在

法益主体に対して暴行や脅迫、欺罔等の手段を用いることにより自身の法益（特に、生命・身体）を自ら侵害させる行為については、生命の場合には殺人罪（199条）と同意殺人・自殺関与罪（202条）のいずれが成立するか、身体の場合には可罰的な傷害罪（204条）が成立するか、という問題が古くから議論されてきた。ここで殺人罪や傷害罪の成立を肯定する場合、そこでは行為者自身は形式的な意味での構成要件該当行為を直接担っていないこ

と、また被害者自身の行為が構成要件に該当しないため行為者には共犯も成立しないことから、講学上、被害者を利用した間接正犯とされるものの成立が認められていることになる。そして従来の議論では、ここでは被害者側の生命・身体に対する侵害への承諾が「有効」といえるか否かにより行為者側における間接正犯の成否が決されるとされてきた。

もっともその後、学説上の議論もより細分化された形でそれぞれの領域において新たに蓄積されつつあり、注目すべき裁判例も出現している。本稿ではこれらを素材としながら、承諾の有効性に関する議論、間接正犯の正犯性に関する議論、202条の解釈に関する議論について検討を加えることにしたい。

II 承諾の有効性に関する議論

1 議論の状況

ここで対象となるのは欺罔や強制手段を用いて得られた承諾の有効性に関する議論であるが、最近ではいわゆる法益関係の錯誤説の内容・射程に関する理解の再検討を出発点として議論が続けられている⁽¹⁾。まずその経緯を

(1) 比較的近時の文献として、近藤和哉「錯誤に基づく同意について」神奈川法学40巻1号(2007年)259頁以下、曲田統「生命・身体に対する罪における『被侵害者の錯誤と同意』」札幌学院法学24巻1号(2007年)27頁以下、北川敦子「錯誤に基づく被害者の承諾」早稲田大学大学院法研論集125号(2008年)109頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻 総論 § 1~72』(2010年)354頁以下(深町晋也執筆)、佐藤陽子『被害者の承諾』(2011年)139頁以下、森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」『理論刑法学の探究④』(2011年)135頁以下、同「法益関係の錯誤説の再検討」刑法雑誌54巻3号(2015年)127頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)200頁以下、戸浦雄史「不完全な同意について—同意論の再検討—」大阪学院大学法学研究41巻1号(2014年)1頁以下、高橋則夫ほか『理論刑法学入門—刑法理論の味わい方』(2014年)129頁以下(杉本一敏執筆)、野村和彦「わが国における法益関係の錯誤説に対する疑問」日本法学80巻4号(2015年)35頁以下、塩見淳「刑法の道しるべ」(2015年)59頁以下、武藤真朗「法益関係の錯誤説と法益の要保護性」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(2015年)31頁以下、菊地一樹「法益関係の錯誤概念の拡張に対する批判的検討」早稲田大学大学院法研論集156号(2015年)107頁以下、同「法益主体の同意

要約して示すことを試みたい。

すなわち、この問題に対する判例の立場については、いわゆる偽装心中事例における最高裁判例⁽²⁾を素材とする形で、「仮にその欺罔・錯誤がなければ法益主体は処分に対して承諾をしなかったであろう」といえる場合には承諾の有効性を否定するもの(条件関係的錯誤説)と解されてきた⁽³⁾。こうした理解によると、例えば動機の錯誤や反対給付の内容に関する錯誤も広く承諾の有効性を阻却することになるが、その結果として行為者を殺人罪や傷害罪で処罰してしまうと、結局はそれらの規定によって一般的な意思決定の自由や財産の所有権等を保護することと変わらなくなり、個々の法益をそれぞれ区別された構成要件によって保護している趣旨(罪刑法定主義の趣旨)を没却してしまうことになる。そこで、例えば殺人罪であればその保護法益は生命である以上、法益主体が自身の生命の処分について正確に認識していたのであれば、それ以外の点についていかに錯誤が存在していたとしても承諾

と規範的自律(1)(2・完)』早稲田大学法学会誌66巻2号(2016年)165頁以下、同67巻1号(2016年)171頁以下、同「刑法における性的自律の保護(1)(2・完)』早稲田大学大学院法研論集158号(2016年)81頁以下、同159号(2016年)149頁以下、同「法益主体の『真の意思』と犯罪の成否』早稲田法学93巻2号(2018年)55頁以下、同「強要の限界づけと規範的自律』早稲田法学94巻1号(2018年)25頁以下、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(2017年)134頁以下、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(2018年)187頁以下など。

- (2) 最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁。
- (3) しかし最高裁自身がそのような基準を定立したわけではなく、あくまでも被害者の死の決意が「真意に添わない重大な瑕疵ある意思」であったことを根拠としてその「有効性」を否定しているのであって、欺罔行為と承諾との間に「条件関係」がありさえすればあらゆる場合に承諾を無効にするとまで述べていたわけではないことには注意が必要と思われる。本件の調査官解説も意思の「決定的な瑕疵」を生じさせる錯誤があったことを重視しており(高橋幹男・最判解刑事事篇昭和33年度726頁)、同様と解される。従来の教科書等ではこの点を特に区別していないものが多いが(例えば山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016年)170頁、西田典之=橋爪隆補訂『刑法総論〔第3版〕』(2019年)205頁)、「条件関係があること」と「決定的な影響を与えたこと」とを慎重に区別しようとする姿勢が窺えるものもある(井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(2018年)352頁以下)。本稿の理解によれば、上記判例の基準は「当該欺罔によって創出された危険性が法益主体の(錯誤に基づく)意思決定の中に実現された」、すなわちその動機付けにおいて極めて重大な影響力を有したことが確認された場合に限りて承諾の有効性が否定されるとする論理であると解する余地もあるように思われる。

の有効性は否定されないのであって、あくまでも対象となる法益処分それ自体の有無・程度についての錯誤＝法益関係の錯誤が存在した場合に限り承諾の有効性が否定される、というのがそもそもの法益関係的錯誤説の主張であった。

しかし、特に生命や身体に関してはその存在それ自体が保護の対象であって「交換価値」や「処分の自由」までもが法益の内容に含まれていないと考えるのであれば(静的な法益観)、「法益関係的錯誤」が認められるのはその範囲に限定されることになる。従って、例えば緊急状態の存否について誤信させた場合⁽⁴⁾や利他的な目的の存否について誤信させた場合⁽⁵⁾などにおいては、法益主体において処分する「法益」の内容につき正確に認識していた以上、法益関係の錯誤は存在せず、承諾は有効となり、行為者は不可罰にとどまることになってしまうが、その結論は不当である。そこで、法益関係的錯誤説の中には、例えば①法益を処分することにより保全される価値に関する錯誤についても法益関係的錯誤であると主張する見解⁽⁶⁾や、②これに加えてさらに「法益処分の自由」に関する錯誤も法益関係的錯誤に含まれると主張する見解⁽⁷⁾が見られる。しかし①については、その「価値」判断の基準を客観的な正当化事由の充足の有無とするのであれば、実際にそれが認められるケースは少ないことになり、逆に、法益主体自身の主観的な価値評価によるとするならば、例えば偽装心中事例のような典型的な「動機の錯誤」の場合にも、被害者は自身の生命の価値を相対的に低く評価していたとして「法益関係的錯誤」の存在が肯定されることとなり、際限なくその範囲が拡張することになる。また②については、「法益処分の自由」一般についても

(4) 例えば、飼っている猛獣が檻から逃げ出して人を襲おうとしている旨の虚偽の事実を電話で告げ、飼主の承諾を得た上で猛獣を殺害した場合(猛獣事例)や、息子を失明から救うために緊急に必要なだと欺いて、母親に角膜を提供させ廃棄した場合(角膜事例)などが挙げられる。

(5) 例えば、献血のキャンペーン期間であると偽って芸能人に献血させ、ネットオークションで売却した場合(献血事例)などが挙げられる。本稿では、先に挙げた緊急状況の存否について偽った場合は法益主体の意思決定に影響を与える度合いが典型的に異なると考えられることから、この種の場合とは区別して取り扱うことにしたい。

(6) 例えば西田・前掲(注3)206頁以下。

(7) 例えば山口・前掲(注3)171頁以下。

法益に含めるということは交換価値等についても一律に「法益」概念に含めるという動的な法益観の採用を意味する。しかしこのような理解は既に同説のそもそもの出発点とは大きくかけ離れることになり、「法益関係の錯誤」それ自体とは区別した上で、独立した検討対象とすべきであるように思われる。また後に検討する通り、そもそも生命について「処分の自由」を承認した上、これを独立した「保護の対象」であると考えることが可能かについても、慎重な判断が求められるよう。

以上のような法益関係錯誤説の限界を意識した上で、近時では、行為者が法益主体の錯誤を利用してはならない地位に立っていたといえる場合＝そうした状況を防ぐことについて「管轄」があるといえる場合に法益侵害結果が客観的に帰属されるとする見解⁽⁸⁾も主張されている。これは行為者側の事情に着目した上で、承諾の有効性に関する議論の意義を相対化し、広義の「帰属」論・答責領域論の一場面として捉えようという試みである⁽⁹⁾と評することができる。この見解が承諾の存否の問題とこれに対する行為者側の行為に対する（正犯性）評価の問題とを意識的に区別している点は、後述する通り正当であると考えられる。もっとも、論者がこれらを「答責領域」「帰属」といった、抽象度が高く、具体的な個々の犯罪成立要件との関連性が明瞭でない概念の下に一括しようとしている（ように映ってしまう）点は、議論の透明性・検証可能性を損ねるものであって賛成できない⁽¹⁰⁾。さらには、これを超えて行為者側の（正犯性判断等に関わる）事情を承諾の有効性判断の内部に混入しようとする見解⁽¹¹⁾すら見られるが、こうした「総合判断」化はカテゴリーミステイクであって議論の混乱を招くものでしかないように思

(8) 森永「欺罔により得られた法益主体の同意」前掲（注1）148頁以下、同「法益関係の錯誤説の再検討」前掲（注1）127頁以下。

(9) 必ずしも明瞭でないが、「自己の答責領域にある」場合に法益主体による判断の自律性を肯定し、行為者が欺罔により選択の可能性を「奪取・支配」した場合に可罰性を認める北川・前掲（注1）127頁もこの発想に近い。

(10) 論者の主張が「少数説として」認知されている（森永「欺罔により得られた法益主体の同意」前掲（注1）150頁）というのであれば、それはまさしくこうした事情に由来しているように思われる。

(11) 曲田・前掲（注1）36頁以下。

われる。まずは、承諾の有効性、間接正犯の正犯性といった個々の論点毎に区分した上で、その各々の構造理解に照らして理論的な解決を図っていくべきであろう⁽¹²⁾。

2 現状における課題の検討

①承諾の「存在」と「有効性」

以上のような経緯を経て、本稿の見るところ、概ね以下のような点についてはコンセンサスが形成されつつあるように思われる。

第1に、承諾が成立するための前提として、法益主体は自己のいかなる法益が処分されるのかをそれ自体として正確に認識していなければならない。「法益関係的錯誤」とはまさしくこの認識自体が欠ける場合を示すものであるが、それにとどまる。ここで問題とされているのは、承諾の「存在」の有無である⁽¹³⁾。従って、法益の「相対的価値」や「処分の自由」に関する錯誤までも「法益関係的錯誤」であるとするのは混乱を招き、適切でない⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

(12) この点で、戸浦・前掲(注1)が「同意」ないし「不完全な同意」がどのような効果を生じさせるのかを犯罪論全体にわたって個別の領域毎に検討しようとしているのは適切な態度であると思われる。

(13) 最近、この点を最も明瞭に示した見解として、菊地「法益関係的錯誤概念の拡張に対する批判的検討」前掲(注1)120頁以下、同「法益主体の同意と規範的自律(1)」前掲(注1)172頁以下、183頁以下、同「法益主体の同意と規範的自律(2・完)」前掲(注1)188頁以下、209頁以下。結論的に同様の理解を示すものとして、齊藤誠二「欺罔にもとづく承諾」『吉川経夫先生古稀祝賀 刑事法学の歴史と課題』(1994年)176頁、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(1998年)239頁、山口厚『刑法各論[第2版]』(2010年)15頁、佐藤・前掲(注1)191頁、森永「法益関係的錯誤説の再検討」前掲(注1)130頁以下(佐藤陽子発言、深町晋也発言、杉本一敏発言)、三代川邦夫『被害者の危険の引受けと個人の自律』(2017年)77頁注200、松原・前掲(注1)138頁以下、高橋則夫『刑法総論[第4版]』(2018年)336頁など。

(14) この点につき、西田ほか編・前掲(注1)357頁以下(深町執筆)も参照。

(15) このように理解するとき、詐欺罪における被欺罔者は、(一定のレベルでの処分意思・交付意思を必要とする多数説によるならば)通常、自己が処分する客体それ自体についての認識自体は有しているため、そこでは「法益関係的錯誤」は存在しないことになる(例えば、菊地「法益主体の同意と規範的自律(2・完)」前掲(注1)207頁以下)。従っ

第2に、例えば緊急状況の存否や利他的な目的の存否についての錯誤を生じさせたような場合には、処分される法益の内容については正確に認識されており、従って承諾の「存在」は否定されない。ここでは、法益主体がそのような意思決定を成すに至ったプロセスに瑕疵があることから、むしろ承諾の「有効性」の有無が問題となっている⁽¹⁶⁾。なお一部には、このような理由から承諾の有効性が否定されると解した場合、緊急状況が実際に存在していた場合にも意思が抑圧されて承諾の有効性が否定されることになってしまうとする批判がある⁽¹⁷⁾。しかし、仮に法益主体がパニック状態に陥るなどして判断能力を失っていたのであればそのような結論が導かれる余地があるが、逆に判断の前提となる状況を正確に認識した上で法益処分がなされたのであれば、意思決定過程の自律性が否定されることにはならないであろう。逆に、緊急状況の存在について誤信させられていた場合には、その状況における判断の前提となる事実をそもそも認識できていないのであるから、そこでの意思決定には自律性が欠落しているといえるのではないだろうか。

以上のような区別は、本稿の理解によれば故意と責任要素の区別と対比して説明することが可能である。すなわち、①故意が対象となる事実の認識・認容／実現意思を内容とする犯罪成立要件であるのに対し、②個々の責任要素はそうした事実認識・意思を形成するに至った過程の自律性の有無・程度にかかわる成立要件である。被害者の承諾についてもこうした図式を用いてみるならば、①自ら処分する法益の内容や程度に関する認識（・消極的甘受）と、②そうした認識を踏まえて法益処分に至った意思決定過程の自律性とを

て、詐欺罪の法益侵害性の一般的内容を説明する際に、交換価値に関する錯誤も無条件に「法益関係的錯誤」であるとする見解は、少なくとも法益関係的錯誤の定義や処分意思の要否に関する特定少数の立場を前提としていることを明確にしておかない限り、誤解を招くものであるといえるだろう。同様の前提理解から、窃盗罪には処分意思（＝同意）が不存在の場合と無効である場合とが含まれるのに対し、詐欺罪は同意が無効である場合を念頭に置いた犯罪類型であると整理するのは、山内竜太「詐欺罪と窃盗罪における法益侵害の基本構造」法学政治学論究 121号（2019年）18頁以下。

(16) 菊地「法益主体の同意と規範的自律（2・完）」前掲（注1）189頁以下、194頁以下、210頁以下。

(17) 山口厚「欺罔に基づく『被害者』の同意」『田宮裕博士追悼論集上巻』（2001年）328頁。

区別して把握することが構造理解及び検証プロセスの可視化に資すると解される。そして、①を欠く場合には承諾の存在が欠けるのに対し、②のみを欠く場合には、承諾それ自体は存在しているとしても、(例えば暴行・脅迫・欺罔などが加えられることにより)意思決定の自律性が損なわれた結果、承諾の有効性が否定されると考えることができる。

②有効性の判断基準

このような理解を前提としつつ、なお未だに決着を見ていないのは、主として上記の有効性判断に関する位置付けと基準であるように思われる。すなわち、承諾は自己決定権の保障に由来する概念であるから、その有効性を判断するには個々の法益主体本人の主観的な基準・価値尺度に即してなされることになると思われる⁽¹⁸⁾。もっとも、ありとあらゆる主観的選好が刑法による要保護性を有しているわけではない⁽¹⁹⁾とする問題意識から、ここでは規範的に一定の重要性が認められる錯誤があった場合に限り承諾の有効性が否定されるべきだとする主張⁽²⁰⁾も有力になされている。ここでは、客観

(18) 林(幹)・前掲(注13)249頁以下、上畠一高「被害者の承諾(下)」法学教室272号(2003年)82頁、曲田・前掲(注1)34頁以下、佐藤・前掲(注1)193頁以下、208頁、井田・前掲(注3)353頁以下、同『講義刑法学・各論』(2016年)37頁以下、高橋ほか・前掲(注1)134頁以下、138頁以下(杉本執筆)、松原・前掲(注1)141頁以下など。

(19) この点を強調する見解として、塩谷毅「被害者の承諾と自己答責性」(2004年)28頁、森永「欺罔により得られた法益主体の同意」前掲(注1)137頁以下。

(20) 林美月「錯誤に基づく同意」『内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況』(1994年)34頁以下、51頁(緊急状況の存否に関する錯誤が存在した場合に、誤信されていた内容が「緊急避難を構成して違法阻却が認められる場合であるか」を承諾の有効性の判断基準とする)、近藤・前掲(注1)262頁以下(錯誤に陥ったことにつき法益主体に「落ち度が認められるか否か」を有効性の判断基準とする)、塩見・前掲(注1)68頁以下(「著しく違法な動機」に関する錯誤や「見栄や虚勢、単なる好き嫌いといったものにたらない動機」に関する錯誤があっても、承諾はなお有効とする)、菊池「法益主体の同意と規範的自律(2・完)」前掲(注1)181頁以下、189頁、194頁以下(自己決定過程を現実的に保障するという見地からは、法益主体本人が判断に必要なとみなす情報の全てを完全に保障することは不可能であり、一般化可能な客観的に「重要な情報」のみが保障される。また自律性の保障は合理的判断の「条件」のみを提供するものであるから、その重要な情報の「到達」までは保障されず、「到達可能性」のみが保障されるとする)

的評価により承諾が無効とされて犯罪の成立範囲が拡張されることになる。

確かに、(特に軽微なものまで含め)ありとあらゆる「好き嫌い」に由来する勘違いを理由に逐一承諾の有効性が否定されるものではないという点はその通りであろう。また、承諾の有効性も法的判断の対象となるものであり、裁判所による「評価」を経て認められるものであるから、そのためには何らかの「客観的」な評価指針が存在していることが望ましいといえる。さらに、もともと人間は不十分・不正確な情報の中で生きざるを得ない存在であり、自律性の保障には限界があるのであって、国家による過剰な保護を追求することはかえって自律性の否定につながり得るという指摘⁽²¹⁾にも傾聴に値するものがある。

しかし、そもそも主観的な基準を採用している見解においても無制限に承諾の有効性が否定され、行為者が処罰されるとはしていないのであって、いかなる程度の瑕疵があれば自律性が損ねられたといえるのかは各犯罪類型毎に検討が必要だとされている⁽²²⁾のである。その結果、錯誤が本人の動機付けにとって決定的に重要な意義を有していたと「真に」⁽²³⁾認められる場合に承諾の有効性が否定されるとしているに過ぎない。他方で、論者の主張するところの「客観的評価」の意義と内容については掘り下げた検討が必要と思われる。仮に客観的評価の内容が、「落ち度」の有無や「違法な動機」の有無、「社会的関心に照らして保護に値する」重要な情報についての認識の

など。

(21) 菊池「法益主体の同意と規範的自律 (1)」前掲(注1)188頁、200頁以下、同「法益主体の同意と規範的自律 (2・完)」前掲(注1)181頁以下。

(22) 林(幹)・前掲(注13)252頁以下。

(23) 例えば塩谷・前掲(注19)28頁は、患者が手術の条件として「非常に縁起を担ぐ人」であり、設定された手術日を大安と誤解して承諾したが現実には凶滅であったような場合に承諾を無効にするのは不当であるとする。しかし、その患者が意思決定に際して真にそのような事情を決定的に重視していたという事情が認められるのであれば、その錯誤が意思決定の際に影響を与えた度合いを慎重に検討すべきであって、錯誤に陥っていた事情の客観的性質のみを理由にそうした検討の余地を一律に排斥すべきではない。また、このような場合に患者の身体を侵襲した側の罪責については、通常は故意・過失の認定に際してのハードルが相当に高くなるため、安易に過酷な責任が問われることにはならないように思われる。

有無を問うということであるとすれば、全法秩序に照らした総合考慮により違法性判断を行い、自己決定権の行使=承諾はその一要素に過ぎないとする見解⁽²⁴⁾との差は事実上紙一重となるおそれがある。また、「重要な情報」それ自体が直接に刑法上の「保護の対象」となるとする説明は、当初の法益関係の錯誤説が問題視していたように、当該処罰規定の保護法益とは関係のないものを当該規定を用いて保護するということにもなりかねない。

以上のような問題を回避すべく、当該法益主体が(A)判断の前提となる事実を正確に認識していたか、その上で、(B)意思決定過程の自律性が「有意に」⁽²⁵⁾損ねられていたかを判断する際に、判断能力、判断の前提となる認識への到達可能性、心理的強制の不存在といったツール⁽²⁶⁾を用いるということであれば、それは主観的な基準を用いるとする見解からも採用可能であって、この限りで実質的な対立は存在しないように思われる。

③「法益」と「処分の自由」の関係

また、これらの議論と関連して、動的な法益観を全面的に採用するかということも問題となろう。具体的には、(A)特に最も重要な利益である生命についても「処分の自由」を観念できるか、また、(B)それは「保護の対象」として法益の内容に組み込まれるのか、という点が問われることになる。このうち少なくとも(A)に関しては従来の学説ではこれを認めない見解⁽²⁷⁾が支配的であったように思われるが、近年ではごく限られた範囲にお

(24) 近年、この種の見解を自覚的に主張するものとして、只木誠『刑事法学における現代的課題』(2009年)19頁以下。

(25) もっとも、この点を説明する上で「自由意思の喪失」という用語法に依る(林・前掲(注13)249頁以下)のは過剰であるばかりか、論者により実際に採用されている帰結とも対応していない(西田典之ほか編『刑法判例百選I総論[第6版]』[2008年]149頁[林幹人執筆]参照)。おそらくは、行為者によって偽装された害悪の絶対値が大きいために法益主体がその回避へと動機付けられ、現実の被害の甘受へと決定付けられてしまった(高橋ほか・前掲(注1)138頁以下[杉本執筆])とか、人為的な自由の縮減により「相対的」に不任意であった(松原・前掲(注1)141頁以下)というような説明の方がより適切であるように思われる。以上に関し、藤井敏明・最判解刑事事篇平成16年度26頁も参照。

(26) 菊地「法益主体の同意と規範的自律(2・完)」前掲(注1)194頁以下。

いては「処分の自由」が問題になるケースもあり得るとして、生命も含めて「処分の自由」を観念した上、これを保護の対象に組み入れる考え方、すなわち動的な法益観を全面的に採用する見解⁽²⁸⁾も主張されている。確かに論者の指摘するような極限的な状況において、事実問題として個人が自覚的に自己の生命を犠牲にして他人の法益を保護するということはある以上、そのような極限状況の存否について誤信させ死亡させたケースについては殺人罪の成立を認めることは可能であるように思われる。しかし、この帰結は果たして法益主体に制限のない「処分の自由」を認め、これを殺人罪の規定で「保護」したことになるのであろうか。

結論からいえば、このようなケースで殺人罪の成立を認めたとしても、それは上述した緊急状況の錯誤を利用した場合と同様、法益主体の判断の自律性が損ねられていた結果としてそう結論付けられたに過ぎないのであって、そのことから直ちに(A)生命処分の法的「自由」を一般論として承認したことにはならないし、まして(B)その「処分の自由」を殺人罪の規定によって(生命と同等の価値を有する「法益」として)「保護」したことにはならないと考えられる。既に指摘されているように⁽²⁹⁾、202条の存在それ自体によって、生命処分についての有効な「承諾」が存在したとしても、それは通常の承諾とは異なり違法性を減少させる効果を有するのみであって⁽³⁰⁾正当化には至らないということが示されている。もちろん部分的なものであつ

(27) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)70頁以下、内藤謙『刑法総論講義(中)』(1986年)588頁以下、林(美)・前掲(注20)44頁以下、塩谷・前掲(注19)41頁、118頁、山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(2003年)136頁(島田聡一郎執筆)、同『クローズアップ刑法各論』(2007年)17頁以下(山口厚執筆)、佐藤・前掲(注1)93頁以下、松宮孝明『刑法総論講義[第5版補訂版]』(2018年)125頁、127頁など。

(28) 森永「欺罔により得られた法益主体の同意」前掲(注1)147頁以下、菊地「法益主体の同意と規範的自律(2・完)」前掲(注1)198頁以下。

(29) 井田・前掲(注18)30頁以下、松原芳博『刑法各論』(2016年)14頁など。

(30) 私見によれば、それは要保護性の減少に伴って保障規範違反の程度が減少するという理由によるものと解される。この点につき、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号(2007年)151頁以下、同「過剰防衛と『行為の一体性』について」『理論刑法学の探究⑦』(2014年)58頁以下も参照。

でも違法減少効果が認められている以上、そこでは自己決定権の行使であることが考慮されているのは確かであろう。しかし、それは自己決定権それ自体を同条で「保護」した結果であるとはいいい難い。むしろ逆に、生命を保護するため完全な「処分権」までは認められておらず、自己決定の効果が制限されていることの帰結であると解する方が自然である。

もし仮に、「処分の自由」の侵害がそれ自体単体で殺傷罪の「法益侵害」を構成するといえるのであれば、事実的基礎としての生命・身体への侵害が欠ける場合にも、これらの「自由」侵害を根拠に当罰性が基礎付けられるということになりかねない⁽³¹⁾。また、こうした処罰を回避するために行業者側に課せられる情報収集義務、告知義務、配慮義務等の程度は格段に上がり、その限界は著しく不明瞭なものとなり得る⁽³²⁾。こうした帰結は自己決定権の過剰な尊重・保護によって逆に社会が窒息しかねないということを意味しており、まさしく論者が回避しようとしている事態にはかならないのではないだろうか。

また、生命という法益を離れてみても、「法益」それ自体と「処分の自由」とを区分した上で並列的に「保護の対象」とするという説明が適切・妥当であるのかには多大な疑問がある。例えば自由に対する罪では、一般論として(近年における個々の犯罪類型固有の解釈論的な問題を捨象した上で)いうなら

(31) このような見地から、専断的治療行為全般を傷害罪で処罰することに疑問を呈するものとして、佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号(2002年)188頁以下、辰井聡子「治療不開始/中止行為の刑法的評価」明治学院大学法学研究86号(2009年)60頁以下。さらに、佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北大法学論集56巻2号(2005年)336頁以下、346頁以下、伊東研祐『「傷害の罪」の法益』日大法学82巻2号(2016年)9頁以下なども参照。

(32) 「自己決定」思想に由来する承諾概念を治療行為の場面に持ち込んだ際に生じる問題として、例えば米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『刑事法・医事法の新たな展開(下) 町野朔先生古稀記念』(2014年)107頁以下、井田良「治療中止をめぐる」判例時報2374号(2018年)108頁以下、天田悠「治療行為と刑法」(2018年)399頁以下、ヘニング・ローゼナウ(天田悠訳)「インフォームド・コンセント」比較法学52巻2号(2018年)66頁以下、キム・フィリップ・リノー(仲道祐樹・天田悠訳)「医事法における推定的承諾」比較法学53巻1号(2019年)167頁以下など参照。さらに、個人情報保護との関係では、樋口範雄『医療と法を考える—救急車と正義』(2007年)180頁以下、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(2017年)193頁以下など参照。

ば、法益の定義内容それ自体が法益主体の意思決定に基づく「処分の自由」を当然に含んでいるばかりか、事実上一体化しているといつてよいであろう。また財産犯についても「所有権」そのものがさまざまな権能の「束」として定義付けられており⁽³³⁾、その中に行使の態様の自由、究極的には処分の自由が含まれていることには疑いの余地がない⁽³⁴⁾。例えば詐欺罪、恐喝罪等について、所有権とは区別された形で「意思決定の自由」にも（副次的な）保護法益としての地位を認めるということは論理的には可能であるのかもしれないが、そこに実益があるかは疑わしいし、仮に財産侵害としての実質が存在しないのに「意思決定の自由」が侵害されたことをもって処罰するということになれば罪刑法定主義に抵触するおそれがある。むしろ保護法益それ自体は共通であるとしても、立法者が行為態様その他の成立要件により、所有権に対するさまざまな攻撃方法の中から特に予防の必要性の高いものを典型的に選別・創設した上で、断片的に個々の財産犯規定を配置したとみる方が一般的な理解に副うものであるといえる。このように見てくると、本来の保護対象との異同を精査しないまま、いわば屋上屋を架す形で区分されたカテゴリを設け、『処分の自由』も保護対象である」とするような説明は、ただでさえ概念が膨張し、ほとんどの立法目的において「何らかの法益」を名指すことが可能であるとまで評されている⁽³⁵⁾法益概念の地位や機能をさらに低下させるおそれもあるように思われる。

いずれにせよ、仮に極限的な状況において法益主体の自律的な意思決定に基づく生命処分の判断がなされたとしても、現行法の立場としては、生命法益の特殊性に由来する制約からこれに対して「一切干渉しない」という選択はできない。しかしその「干渉」の結果として処罰がなされた時に、その帰結は「処分の自由」を保護するためではなく、むしろ多分に政策的な一おそらくは一般予防的な一考慮⁽³⁶⁾を背景とした「生命」保護のために導かれて

(33) この点につき、照沼亮介「預金口座内の金銭の法的性質（4・完）」上智法学論集 58 巻 2 号（2014 年）78 頁以下。

(34) この点につき、山内・前掲（注 15）23 頁以下も参照。

(35) 仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断」比較法学 53 巻 1 号（2019 年）57 頁以下参照。

いるのであって、個別の法益主体の意思内容はその判断過程の自律性の有無・程度を検討する際に参照されるものとして位置付けられるべきであろう。

Ⅲ 間接正犯の正犯性に関する議論

1 「承諾の成否」と「正犯性の有無」の区別

これまでの検討により、承諾の存在が欠ける場合と承諾の有効性が欠ける場合とが存在することが判明した⁽³⁷⁾。しかし、被害者を利用した間接正犯の問題においては、従来いずれにせよ承諾の成否の部分ばかりが重視された結果、行為者側における間接正犯としての正犯性の有無という点については必ずしも十分な検討が加えられてこなかった。この点、学説では遡及禁止論に依拠することで介在者における承諾=自律的決定の有無と背後者における正犯性の有無とは同一に帰着するかのような主張がなされたこともあったが⁽³⁸⁾、のちに論者自身によりそのような趣旨ではないことが明確にされるに至った⁽³⁹⁾。現在ではむしろ、行為者側における正犯性判断は別途行われべきとする理解が一般的である⁽⁴⁰⁾。

(36) この問題に関する論考として、加藤摩耶「刑法における自己決定の意義と射程」*広島法学* 26巻3号(2003年)251頁以下、伊東研祐「『被害者の承諾』論の再検討と犯罪論の再構成」*現代刑事法* 59号(2004年)24頁など。

(37) 事実認識と判断能力の双方が欠落したとして、結論的にこれらの双方が欠落する場合も考えられ得るであろう。

(38) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(2002年)256頁以下。

(39) 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(2006年)447頁以下。この点の評価につき、西田典之ほか編『刑法の争点』(2007年)103頁(亀井源太郎執筆)、杉本一敏「島田聡一郎先生を偲ぶ」*刑事法ジャーナル* 39号(2014年)75頁。

(40) 松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論[第4版]』(1997年)5頁(松尾浩也執筆)、林幹人『刑法各論[第2版]』(2007年)27頁、30頁、伊東研祐『刑法講義各論』(2011年)21頁、佐藤・前掲(注1)211頁以下、山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論[第7版]』(2014年)5頁(佐伯仁志執筆)、大谷實『刑法講義各論[新版第4版補訂版]』(2015年)19頁、橋爪隆「実行行為の意義について」*法学教室* 424号(2016年)106頁、

そして、本稿もこのような理解が正当であると考えている。仮に法益主体の側に有効とされる承諾が認められなかったとしても、その者に対して具体的にどのような働きかけを行い、それが実際にどのように作用したのかを解明しなければ、殺人罪の構成要件＝生命侵害を実現する過程において行為者が支配的な影響力を有したかどうかは判明しない。このことは、第三者を利用する場合においても、当該第三者が単に「故意を欠いた」とか「責任能力を欠いた」というだけでは、利用した側にいかなる関与類型が成立するのかわからない⁽⁴¹⁾という事実からも明らかである。ここではやや単純化して述べるならば、形式的な意味における承諾＝処分される法益内容の認識の存在がそもそも欠如している場合には、その認識の欠如した状態を利用して事象経過をコントロールするような働きかけが必要となるし、他方で形式的な承諾の存在自体は認められるもののその有効性＝意思決定の自律性が損なわれている場合には、その状態を利用して事象経過をコントロールするような働きかけが必要となる。もちろん、後に具体例の検討において示す通り、これらのいわば中間的な状態（例えば、一定程度の軽微な法益処分についての認識は認められるが、他方で意思決定の自律性が相応に失われている場合）も想定され得るので、そうした場合にも、この状態を利用して結果を実現したといえるような性質の働きかけがなされる必要があることになろう。

他方、承諾の成否と間接正犯の成否が常に連動すると考える見解においては、往々にしてその事案における法益主体の意思決定に際してどのような部分に瑕疵があり、それとの関係で行為者側の働きかけが具体的にいかなる影響力を有していたのかという部分に対する問題意識が乏しく、その検討が不足していることが多い⁽⁴²⁾。例えば、被害者利用の場合に有効な承諾が欠けた場合に直ちに行為者側に「実行行為性」「危険性」が認められるなどと説

豊田兼彦「被害者を利用した間接正犯」刑法雑誌 57 巻 2 号（2018 年）149 頁以下。

(41) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005 年）75 頁以下、88 頁以下、高橋ほか・前掲（注 1）194 頁以下（杉本執筆）、橋爪・前掲（注 40）106 頁、松原・前掲（注 1）364 頁、370 頁。

(42) 山口厚『新判例から見た刑法〔第 3 版〕』（2015 年）24 頁は承諾の有効性と正犯性の有無について独立に検討すべきであることを説いているが、同 29 頁以下では後者の内容としては結局「因果関係」の有無のみが問題になるとしている。

明する見解においては、この点が非常に顕著である。ここでいわれる「実行行為性」や「危険性」という用語は、結局のところ間接正犯としての正犯性を指し示すものであって、特に近年においてはそれのみで未遂犯としての成立を基礎付ける危険性が生じたとまでは考えられていない⁽⁴³⁾。そうだとすると、ここでどのような理由から正犯性が基礎付けられるのかは別途検討されなければならないが、上記のような説明においては結局結論のみが述べられているに過ぎないことになる。

2 具体例における正犯性判断

それでは、被害者利用の事案における間接正犯の正犯性につき具体的にどのような過程を経て判断がなされるのか、場合分けをした上で示していくことにしたい。

①承諾の存在が欠ける場合

承諾の存在それ自体が欠ける場合についても、さらにいくつかは区別することが可能である。まず、精神を病んで通常的意思能力を欠いており「自殺の何たるかを理解せず」、被告人の命ずることは何でも服従する状態にあった被害者に対して縊首の方法を教えた死亡させた最高裁判例⁽⁴⁴⁾の事案のように、およそ生命処分の意味を理解する能力すら欠けている者に対して、その状態を利用してそのまま指示した通りの方法で死亡させた場合には、法益主体がまさに機械的に指示通り行動する状況にあったといえ、特段の問題なく間接正犯の成立を肯定できる。次いで、(本来の意味における)法益関係的錯誤が存在した場合、例えば暑くてのどが渴いたと言っている者に、普通のものであるように装って毒薬の入った麦茶を与えて飲ませて死亡させた場合についても、法益主体が意思決定する上で前提となる事実の認識を欠いている際に、その状況を知りつつまさに利用する形で、外観上法益主体の望んでいる(ものであるかのように見える)選択肢を提供し、意図した通りの法益

(43) 照沼・前掲(注41)63頁以下、同「著作権法上の侵害主体をめぐる議論と刑法学における議論の対比」上智法学論集57巻4号(2014年)81頁以下参照。

(44) 最判昭和27年2月21日刑集6巻2号275頁。

侵害結果を実現したといえるのであるから、間接正犯の成立を認めることができる。

これらに対して、法益主体には生命を処分する意思ではないものの、その危険性の高い行動に出ることの認識が備わっていた場合については、いわば自身の生命を危険にさらす限度での承諾は存在していたとみることもできるため、より掘り下げた検討が必要である。まず、大審院判例⁽⁴⁵⁾の事案には、「少し頭の働きが鈍く」「人の煽に能く乗り何でも遣る質の人」「所謂お人好」である被害者が、自分の言うことを信じ込んで疑わず、「万事意の如くなる」状態にあったことを利用して、実際は無害な薬品を服用した上で縊首すると一時的に仮死状態に陥るが、その後さらに薬剤を服用すれば蘇生する旨欺いて、これにより自殺を偽装して生命保険金の給付を受けられると信じ込ませ、自ら縊首させて死亡させたというものがある。ここでは法益主体が客観的には生命に対する危険性の高い行動に出ているものの、「仮死状態に陥るがその後蘇生する」という認識しかなかったことから、生命処分の承諾までは存在していない。このような場合に決め手になるのは判断の自律性＝承諾の有効性に関わる部分の事実関係である。この事案においては上記の最高裁判例と同様に、もともと被害者が被告人の言うことを何でも信じ込んでその通りに行動してしまうという関係があったため、判断の自律性＝意思決定の有効性が失われた状態にあったとみることができる。そして、実際にこの状態に乗じて被害者を誘導し、自身の計画し提案した通りの行動をさせているのであるから、間接正犯としての正犯性を肯定することができよう。

他方、裁判例の中には、被告人が被害者に対して憤慨し車内で暴行を加えたのち、「川に行って頭を冷やしてこい」などと申し向け、運転手に指示して川岸に赴き、同所で被害者を降車させ、雨のため増水していた川に被害者が膝下辺りまで入った段階で、「じゃあ行ってこいな」と言って振り向かず引き返し、自動車付近で振り返ってみると被害者が流されて助けを求めているのが見えたが、被告人は被害者が流される方向に向かって附近の石を拾

(45) 大判昭和8年4月19日刑集12巻471頁。

って投げ、助けに行かず、被害者はそのまま溺死してしまったという事案について、被告人に殺害の動機がないこと、川岸に到着後被害者が川に入るまでの間に、暴行・脅迫その他「川に入らせるために積極的に行動した事実」が認められないこと、被害者が「死を予見しながらも川に入らざるを得ないような絶対的強制下にあった、つまり行動の自由を失った状態にあったとは考えられない」こと、被害者が死に至るまでの間、投石の際も含めて被告人が殺意を抱いていたとは認められないことなどを認定して、殺人罪の成立を否定し無罪を言い渡した事案⁽⁴⁶⁾がある。もちろん、殺意自体が否定されている事案ではあるものの、客観的な事実関係からすれば、助けを求めている点に照らして被害者に生命放棄の意思までは認められず、しかし客観的には多少なりとも生命に対する危険のある行動に出ていることが窺える。ここでも上述の通り意思決定の自律性に着目してみると、確かに直前に暴行を加えられていた事実は認められるが、被害者はとにかく川に入らなければ被告人が許してくれないと判断したものの溺れるとまでは考えずに入ったところ、「予期に反して足をさらわれ泳ぎができなかったため流されてしまった」とする判示部分⁽⁴⁷⁾が存在していること、被告人にはそうした判断能力の減弱した状況を認識しながらこれを利用して川に入らせたというような行動が認められないことからすれば、間接正犯としての正犯性も否定されるべき事案であったと解される。

そして、この類型に属するものとして多くの議論が重ねられてきたのが最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁である。本件の被害者は周知の通り、真冬の海中に自動車ごと飛び込むという態様の生命に対する危険性が極めて高い行為⁽⁴⁸⁾に出ているものの、自殺する意思は有しておらず、死亡したかのように装ってこの機会に被告人から逃れようと考えていた。すなわち

(46) 浦和地熊谷支判昭和46年1月26日刑月3巻1号39頁。

(47) 刑月3巻1号46頁。

(48) 具体的には飛び込んだ際の衝撃で負傷するなどして車内からの脱出に失敗する危険性が高いこと、仮に脱出に成功したとしても冷水に触れて心臓麻痺を起こしたり、心臓や脳の機能障害、運動機能の低下を来すなどして死亡する危険性が極めて高いことが認定されている。

「面従腹背」の心理状態⁽⁴⁹⁾であり、「自殺したふりを装って生き延びようとする主体的な意思決定があった」⁽⁵⁰⁾といえるのであって、生命処分に対する承諾までは存在しないものの、その危険性が極めて高い行動に出ている⁽⁵¹⁾ということになる。そこで、上述したように、意思決定の自律性がどれだけ失われていたか、また被告人がその点を認識した上で強い影響力を及ぼし、「殺人未遂罪の構成要件」を実現する過程を支配していたと評価できるかという点が問題となる。

学説の中には、本件において被害者は外部と隔絶された状況に置かれていたわけではなく、警察に通報するなどして救助を求める可能性がなかったわけではないとして、被告人に間接正犯の成立を認めることに疑問を呈する見解がある⁽⁵²⁾。これは後述する通り、第三者利用の場合には実務上より厳格な基準のもとでのみ間接正犯の成立が肯定されているのではないかという認識に立った上で、その点と整合しないことを説くものと解される。しかしのちに検討する通り、もともと第三者利用の場合にも論者のような形で間接正犯の成立を限定する理論的根拠は存在しない。またその点を措くとしても、本件において被害者が加えられた強制の程度が相対的に軽いか意思決定の自由が残されていたなどと評価することは、具体的な事実関係に照らしてみればたちまち不当であることが判明する。すなわち1審判決の認定⁽⁵³⁾によれば、もともと被害者は厳しく躰けられ、父親に折檻されたことなどから、「暴力を振るう人には逆らわず、言われるままに行動する性向が見られた」こと、サラ金に手を出して両親が後始末をしたことから勘当同然で実家を出ざるを得なくなり、その後も被告人が実家へ借金の取り立てに行ったことなどから、両親に助けを求めることが非常に難しい状況にあったこと、未

(49) 藤井・前掲(注25)25頁、橋爪・前掲(注40)107頁。

(50) 豊田・前掲(注40)143頁。

(51) 藤井・前掲(注25)11頁は、「自己の生命を危険にさらすという限度で、言わば『部分的に同意』したにとどまる」と表現する。

(52) 橋田久「判批」法学教室289号(2004年)153頁、吉川真理「被害者を利用した間接正犯について」東北学院法学64号(2006年)289頁(同286頁では、「生きる望みをまだ捨てていない者を行為者の道具と見ることはできない」とされている)。

(53) 名古屋地判平成13年5月30日刑集58巻1号15頁以下。

私の飲食代金を支払えないと暴行・脅迫を受けたり家族に迷惑がかかるし、仮に逃げても業界の情報網を使って探し出されて酷い仕打ちを受けるという気持ちから、被告人に指示されるまま約2年間にわたって風俗店で働き、その収入を被告人に拠出していたこと、この間、被告人の指示に反すると暴力を振るわれるため逆らうことができず言われるまま高額の生命保険に加入するなどしていたこと、本件の前々日から被告人方に寝泊まりさせられ、その間執拗に海中に飛び込むことを要求されて暴行を加えられたりしていたため、物理的にも心理的にも逃げ出すことが困難な状況にあったこと、医師や臨床心理士の証言によれば被害者は本件当時海に飛び込む以外に方法がないという精神状態に至っていたとされていること、本件によって被害者がPTSDを患うに至ったことなどが示されている。

これらの事情からすれば被害者の意思決定の自律性は著しく奪われており、仮に被害者に自殺する意思が生じていたとしてもその有効性が否定される程度に至っていたと考えられる⁽⁵⁴⁾。他方で被告人がこの間、こうした被害者側の具体的事情を十分に認識した上で、長期間にわたって暴行・脅迫を加えるなどして重大な影響を及ぼし続け、自分の言いなりになっている被害者を利用して死亡させようとした結果、実際に生命侵害の危険性を生じさせたといえることから、間接正犯としての正犯性を肯定するには十分であると解される。そして、被告人の認識していた内容も結局のところ(自殺関与ではなく)殺人を構成する事実であったといえるため、仮に錯誤が存在していたとしても、それは当てはめの錯誤に過ぎないか、せいぜい重要性の認められない因果経過の細部に関する錯誤であって、いずれにせよ故意を阻却するものではないことになろう。

なお以上のほかに、最決昭和59年3月27日刑集38巻5号2064頁もしばしば取り上げられる判例である。本件では、X、Yが既に酩酊していたAと偶然出会い、以前の仕返しのため激しい暴行を加えたのち、さらに人気のない場所で暴行を加えるべく自動車でAを連れ去り、途中で友人Zと合流した上、工事建設現場において再度X、Yの2名がAに激しい暴行を加え、

(54) 橋爪・前掲(注40)107頁。

再び自動車に乗せて河口近くの堤防の上に連行すると、X、Y、Zの3名で殺害する意思を通じ、この時点で衰弱し既に抵抗する力を失っていたAに対して、厳寒の深夜にその衣服を脱がせた上、取り囲んで「飛び込める根性あるか」などと脅しながら護岸際まで追い詰め、さらにたる木を振りかざして殴りかかる態度を示すなどして、逃げ場を失ったAを約3メートル下の川に転落させ、その上Xが長さ約3、4メートルのたる木で水面を突いたり叩いたりし、そのままAを流れさせて溺死させたという事案につき、上告したXに殺人罪の成立が認められている。この事案ではAに自己が死亡することの認識が存在したことすら認められていないし⁽⁵⁵⁾、自ら川に飛び込んだのか誤って転落したのかも明らかでない。しかし、仮に生命に対する危険性を認識しつつ自ら飛び込む行為を選択したのだとしても、事実関係からすれば既に自律的な意思決定がなされたとはいえず、客観的に生命に対する高度の危険性を有する行動に出るようXらによって力づくで強制されたと評価することができ⁽⁵⁶⁾、そうであれば間接正犯としての正犯性を肯定するに十分であったといえよう。

②承諾の有効性が欠ける場合

以上に対して、ともかくも外形的な事実として生命処分の承諾が存在したことが認められる場合には、その意思形成過程における瑕疵の有無・程度を精査することにより、判断の自律性＝承諾の有効性の有無が検討されることになる。次いで正犯性の有無を判断する際には、行為者がその過程に対して重大な影響を及ぼし、結果実現に向けてコントロールしていたと評価できるかが問題となるのである。

まず、しばしば議論の対象とされてきた裁判例として、妻の不倫関係を邪推した被告人が、ほとんど毎日のように同女を詰責し、外出逃避を監視し、時には「死ぬる方法を教えてやる」と言いながら失神するほどに首を絞め、足蹴にし、錐や槍の穂先などで身体を突いたり、不倫を承認する書類や自殺

(55) 藤井・前掲(注25)19頁、佐伯・前掲(注1)215頁注31。

(56) 松浦繁・最判解刑事篇昭和59年度252頁以下。

する旨の書面を作成させるなどの暴行・脅迫を繰り返して、執拗に肉体的・精神的な圧迫を加え、同女をして実家に帰ることもできず、警察の救いも望み得ないと思わせ、これ以上被告人の圧迫を受けるよりもむしろ死を選ぶほかないと決意させて、同女が山林内に赴いて縊首し死亡したという事案につき、同女が自殺の決意をする上で意思の自由を失わせる程度の暴行・脅迫が加えられたと認められるだけの確証がないため(殺人ではなく)自殺教唆に該当するとしたもの⁽⁵⁷⁾がある。もっとも、本件はもともと自殺教唆罪の成否が争われていた事案であり、かつ同罪で有罪とした1審判決に対する被告人からの控訴事案であることから、殺人罪の成否に関する上記の判断は傍論にとどまる点に注意を要する⁽⁵⁸⁾。しかしその点を措いても、自殺するに至る直前の段階(遅くとも前日から死亡推定時である当日昼頃の段階)における暴行・脅迫の有無などの具体的な事実関係が明らかにされていないため、仮に被害者の意思決定の自律性が相当程度失われていたと考えたとしても、意思形成の最終段階における被告人からの影響力の程度が必ずしも明瞭でないことは、正犯性を肯定する上での支障となるものと考えられる。

次いで、この問題に関するリーディングケースである偽装心中事例に関する前掲最判昭和33年11月21日についてみると、既に明らかな通り、被害者には死ぬこと=生命処分の認識は正確に備わっていたし、その上自ら被告人に対して心中を申し出てきたというのであるから、生命処分に対する「意欲」も相応に存在していたとみることができる。そこで検討の対象となるのは、第1に被告人が「追死する意思がないのにあるかのように装った」まま被害者が死亡するに至ったという事実関係から意思決定過程の自律性=承諾の有効性が否定されないか、仮にこれが否定されるのであれば、第2に間接正犯としての正犯性が肯定されないか、ということになる。この点、従来は法益関係の錯誤が存在しないこと=生命処分についての正確な認識が存在していたことのみをもって判例に反対し、自殺関与罪の成立にとどめるべきとする見解⁽⁵⁹⁾が有力であり、逆に判例を支持する側においても承諾が無効で

(57) 広島高判昭和29年6月30日高刑集7巻6号944頁。

(58) 藤井・前掲(注25)20頁。

(59) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)256頁以下、内藤・前掲(注27)592頁、堀内捷三

あるとする主張のみをもってこれに反論する⁽⁶⁰⁾のが一般的であった。しかし、このような対立軸では上述したような本件における論点をカバーできないことは明白であろう。

このような見地から近年の議論をみると、第1の点に関しては、被告人の積極的に追死を装うという欺罔に基づいた意思決定であるから有効性が否定されるとする見解⁽⁶¹⁾と、それ以前に被害者の方が心中を申し出ており、被害者自身の価値判断が大きな比重を占めており、自由な意思決定が存在していたとして有効性を肯定する見解⁽⁶²⁾とが対立している。本件につきこの点を判断することは容易でないが、当初心中を持ち掛けてきた時点から死亡するに至るまでの間、被害者の意思が終始一貫しており、被告人の側から大きな影響を受けたとは認められないのであれば、自律性は損ねられておらず、承諾の有効性が肯定されることになる。これに対して、最終的に服毒する段階において、被害者の価値基準に照らして「二人で死ぬこと」と「一人で死ぬこと」との間に決定的に重大な差が生じていたと評価できるのであれば⁽⁶³⁾、意思決定の自律性が失われていたとみる余地もなおあり得るように思われる。仮にこのように解した場合には第2の点が問題となるが、学説の大勢は、本件程度の働きかけでは正犯性を肯定できないとする理解を示している⁽⁶⁴⁾。この点、被告人が当初心中に応じ（るふりをし）た時点から、そうした被害者の状況を知りながら犯行当日に至るまで一貫して追死するかの

『刑法各論』（2003年）24頁、塩谷・前掲（注19）29頁、山口・前掲（注13）15頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）13頁以下など。

(60) 例えば、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年）420頁など。

(61) 佐藤・前掲（注1）207頁以下。

(62) 林（幹）・前掲（注40）30頁。

(63) この点につき、高橋ほか・前掲（注1）138頁以下（杉本執筆）参照。

(64) 説明の仕方は様々に分かれるが、例えば松尾ほか編・前掲（注40）5頁（松尾執筆）、大谷・前掲（注40）19頁、松原・前掲（注29）18頁、豊田・前掲（注40）152頁以下、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法各論〔第7版〕』（2018年）17頁、松宮孝明「生命に対する罪」法学セミナー778号（2019年）94頁など。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻』（2006年）356頁（金築誠志執筆）は「自殺者の心理を支配し、その行為を支配して、自殺に追い込んだと言えるだけのものがなければ、普通殺人罪は成立しない」とした上で、本件につき「心中を申し込んだのも被害者であり、自殺者の行為支配性という点で、やや弱い場合であったことは否定できない」とする。

ごとく振る舞い続けたことにより、被害者の判断能力が継続的に失われ続け、最終的に上述のような心理状態に至ったといえるのであれば正犯性を肯定する余地もあるかもしれないが、本件においてはそのような事実関係までは認め難いように思われる⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾。いずれにしても本判決は第2の点についての判断を積極的に示したものではないことから⁽⁶⁷⁾、先例としての価値はその意味で限られているということになる⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾。

さらに、この類型におけるもう一つのリーディングケースである福岡高宮崎支判平成元年3月24日高刑集42巻2号103頁の事案について検討する。本判決は周知の通り、「それが物理的強制によるものであるか心理的強制によるものであるかを問わず、それが自殺者の意思決定に重大な瑕疵を生ぜしめ、自殺者の自由な意思に基づくものと認められない場合には、もはや自殺教唆とはいえず、殺人に該当する」という判断基準を示した上で、被告人は

(65) なお本判決と同様に偽装心中の事案で金品をも強取した行為につき強盗殺人罪の成立を認めた名古屋高判昭和34年3月24日下刑集1巻3号529頁においても、本文で述べた第1、第2の双方の点について原判決(名古屋地判昭和33年6月26日一審刑集1巻6号952頁)の認定部分も含めて事実関係が不明瞭であり、間接正犯の成立を肯定するには本判決以上に問題の大きい事案であったように思われる。他方、傷害の事案であるが強制を加えて被害者自身に指をかみ切らせた行為につき間接正犯の成立を肯定した鹿児島地判昭和59年5月31日刑刑16巻5・6号437頁については、被告人らが終始脅迫しながら執拗かつ強力なリンチを2時間以上にわたって継続し、これによって被害者が「肉体的にも精神的にも死という極限に近い状況に追い詰められていたこと」が認められ、「指一本をかみ切れればそれと引き換えに命が助かるという絶対的命題のもとに、自己の自由意思の存立を失い、その限りで自己を被告人の道具と化した」とまでされているのであるから、意思決定の自律性が否定され、間接正犯としての正犯性が肯定されるとすることに支障はないように思われる。

(66) 仮に承諾の有効性を否定した場合、「有効な自殺意思」が存在しないにもかかわらず自殺関与罪の成立を肯定できるかという問題が生じることになる。この点についてはIVで検討する。

(67) 藤井・前掲(注25)18頁。

(68) 伊東・前掲(注40)21頁以下、山口ほか編・前掲(注40)5頁(佐伯執筆)。

(69) なお、検察官が本判決に依拠して殺人罪で訴追したとみられる事案において、多角的な見地から詳細な検討を加えた上で、仮に被告人において自己の追死に関する言動がなされたとしても、そのことが被害者の自殺意思を形成する要因となったとは認め難く、むしろ死亡直前まで被害者の判断能力は維持されており、承諾の有効性は否定されないとして承諾殺人罪の成立を認めるにとどめた裁判例がある(横浜地判平成17年4月7日判タ1192号299頁)。

A女から妄信に等しい信頼を得た上で多額の金員を借受けたのち、虚構の犯罪事実を指摘して、「罪となると3か月か4か月刑務所に入ることになる」などとAを脅迫し、「不安と恐怖におののく」同女を警察の追及から逃がすためという口実で連れ出したのち、17日間にわたり諸所を連れ回し、自宅や空家に一人で住ませ、その間「体力も気力も弱った」Aに対し、身内に迷惑がかかるなどと申し向けて親戚等との接触を断たせ、「もはやどこにも逃げ隠れする場がないという状況にあるとの錯誤」に陥らせて、自殺以外に採るべき道はない旨執拗に懲慥して心理的に追い詰め、犯行当日には、警察の追及が間近に迫っていることを告げてその「恐怖心を煽る」一方、被告人にも捜査が及んでおりこれ以上庇護してやることはできない旨告げて突き放し、Aが最後の隠れ家として一縷の望みを託していた小屋もないことを確認させて、同女をしてこれ以上は逃れる方法はないと誤信させて自殺を決意させたのち、農薬を与えて嚙下させ死亡させたという事実を認定して、Aが被告人の「欺罔」「威迫」の結果として自殺の決意に至ったのであり、「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」であるとして、被告人の行為は単なる自殺教唆に過ぎないものとは到底いえず、「被害者の行為を利用した殺人行為」に該当する⁽⁷⁰⁾と結論付けたものであった。

本件は偽装心中に関する昭和33年判例とは異なり、脅迫的な言辞を執拗に用いながら長期間にわたって連れ回すことで心理的にも物理的にも被害者を強制状況下に置いたといえることから、承諾の有効性を否定し殺人罪の成立を認めるという本判決の結論に異論を唱える見解は見受けられない⁽⁷¹⁾。ただより分析的に見るならば、外形的にはAに生命処分に関する認識が存在していた以上、まずはその「承諾」の有効性判断が問題となる。この点は、本判決が認定している事実関係⁽⁷²⁾からは、従来の学説の評価と同様、

(70) その上で債務の履行を免れたことを根拠に(2項)強盗殺人罪の成立が認められている。

(71) 西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕』(2008年)7頁(甲斐克則執筆)、林(幹)・前掲(注40)29頁、山口・前掲(注13)14頁、佐伯・前掲(注1)220頁以下、山口ほか編・前掲(注40)7頁(安達光治執筆)、大谷・前掲(注40)19頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』(2015年)29頁、松原・前掲(注29)18頁、豊田・前掲(注40)153頁など。

その有効性は否定されることになるかと解されよう。もっとも、その上で間接正犯としての正犯性が肯定されるかは別途検討されなければならない。この点、本件の具体的な行為態様について認定されている箇所を参照すると、被告人がAに対し「もう躊躇していても一緒だから」という趣旨の内容を告げて、左手で農薬を持っていたAの両手を同女の「口元に押し付けるようにして持っていった」とする被告人供述の信用性が肯定されており⁽⁷³⁾、その結果、「農薬を飲もうと瓶を口元近くにもってきた同女の手には被告人が手を添えて押し上げていること」が認定されている⁽⁷⁴⁾。こうした点からすると、202条の解釈論に際して後に検討するように、被告人に直接正犯性が認められる余地もあったように思われ⁽⁷⁵⁾、仮にそうだとすると間接正犯の成否は問題にならないことになる。ただ、本判決も最終的にAが「自ら」嚙下したとしているので、この点を重視して直接殺人の「実行行為」がなされたわけではないと解するのであれば、やはり間接正犯としての正犯性を検討すべきということになろう。そして当初から計画的に、被告人の欺罔によって事態の認識が十分でなかった高齢のAに対し、長期間にわたって脅迫を加えながら連れ回し、物理的・心理的に追い詰められた状況に至らせ、自律的な判断能力を奪って、最終段階においても同女を急き立てるようにして自ら農薬を嚙下させたということからすれば、生命侵害に至る過程を被告人が意識的にコントロールしたと評価することができるので、結論として間接正犯の成立が肯定されることになるかと解される。

最後に、いわゆる尼崎連続不審死事件に関する神戸地判平成27年11月13日判時2337号97頁のうち、首謀者Aの義妹の戸籍上の夫であったVに対する殺人の部分について検討しておきたい。本件の事実関係は以下の通りである。すなわち、XはAらと意思を通じて、Vを事故死に見せかけて殺害し、保険会社から生命保険金をだまし取るため、かねてからAの意のま

(72) 特に、上記要約に際して「」内で引用した箇所が重要と解される。

(73) 高刑集42巻2号114頁。

(74) 高刑集42巻2号118頁。

(75) この場合、弁護人側が主張した自殺教唆罪ではなく、承諾殺人罪の成立する余地があったということになろう。

まに従わざるを得ない状況に置かれていたVに対し、平成17年3月頃、自転車に乗って対向車の前に飛び出し交通事故を装って死ぬように命じて自身も現場に同行したものの、結局Vはこれを実行しなかった。そこでXらはVに飲食をさせなかったり、暴行を加えたり、正座を長時間強制したりするなどして、徐々に死ぬことを拒むことができない状況に追い込んで、Vに高いところから飛び降りて死ぬことならできると言わせて上、沖縄県の指定名勝Hの崖から飛び降りて死ぬように命じた。同年6月中旬頃、X、Aらは観光旅行を装って沖縄県にVを同行させ、同月30日頃、宿泊していたロッジにおいて各人がそれぞれVと死別の挨拶を交わし、翌朝にAがVに対して改めて崖から飛び降りて死ぬよう命じつつ、形見分けと称してVが身につけていたネックレス等を遺品として受け取るなどしたのち、ロッジに居残ったAを除き、XらはVを連れてHに赴いた。Hに到着後、XらはVを高さ約27.5メートルの崖の上の足場の不安定な縁に立たせ、撮影者役の者を除くXらがその付近でVに背を向けて囲むようにして立つなどして記念撮影を装っている最中に、Vは自ら崖から飛び降りて即死した。

以上のような事案につき、本判決はまず一般論として、「意思決定の自由を完全に失わせるに至らない場合であっても、単なる働きかけの域を超え、暴行や脅迫、偽計等を用いて他人を自殺する以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせた結果、その者が自殺行為に及んだ場合は、そのように陥らせた行為自体を、被害者の行為を利用して『人を殺す』行為と評価することができ、刑法199条(203条)の構成要件に該当する」とした。その上で、本件については大要、①Vが長年にわたり自身の給料をAらに提供したり次々に生命保険に加入したりしたのはすべてAらに命じられたからであって自身の自発的な意思や行動は存在せず、Aらに死んでまで報いるほどの恩義等を感じていたとは到底思われないこと、②V自身には自殺の動機などなく、自殺する意思が全くなかったことは、Xらが執拗に虐待を加え続け死ぬように言い聞かせ続けていたという事実それ自体からも裏付けられること、③Xらのこれらの行動によりVが徐々に精神的に追い詰められていき、Xの提案がきっかけでVが高所から飛び降りるという方法が決定されることにより、この時点で死ぬことを拒むことができない精神状態にま

で追い込まれたといえること、④当日Hの崖の上でXらがVに対し早く飛び降りるように指示したという事実までは認定できないが、それ以前にAを残してXらがロッジを出発した時点で、同人らはVを崖から飛び降りて死ぬ以外に選択することができない精神状態に陥らせたといえること、⑤3月上旬にAがVを全員の前で叱責した際に、Xを含めた共犯者全員がVを死亡させて保険金をだまし取る計画であることを理解しており、この時点で殺人の意思連絡が成立したといえ、Xがこれ以降に分担してきた一連の行為は「殺人の実行行為の一部」に該当し、故意も存在していたといえることなどを認めている。これらのうち、①～④はVを利用した殺人の間接正犯の成立にかかわる部分であり、⑤はこの事実についてXにはAらとの間で共同正犯が成立することを述べたものと理解できる⁽⁷⁶⁾。

本件は、Aが「自身の親族らと共に他人の家族に寄生して疑似家族的な共同体を形成する中で相手家族らを虐待・搾取していた」⁽⁷⁷⁾事案であるとされ、その中でもAが絶対的な存在として頂点に位置し、長期間にわたりありとあらゆる虐待を手段として一家を統制し、閉鎖的な環境の中で構成員各人を自己の意のままに動かしていたことが認められる。上記のVとの関係においても、Xらは同人が元来人に逆らえない性格であることを含めて徹底的に利用し尽くしており、形式的にはVは死亡することに同意を示しているものの、最終的には他の選択肢を奪われて死亡するに至らされており、その判断の自律性は著しく奪われていたと評価できる。そして、Xらがこれらの点を正確に把握した上で意のままに利用し、死亡に至らせたといえることから、間接正犯としての正犯性を肯定することができよう。なお、このような事実関係が認められる事案であるにもかかわらず、一般論の部分において「意思決定の自由を完全に失わせるに至らない場合であっても」自殺行為に

(76) なおその後、本判決の判断は控訴審においても是認されており(大阪高判平成29年3月17日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25448635)、さらに弁護人による上告がなされたが棄却されている(最決平成30年3月6日LEX/DB25560448)。控訴審判決においては、Vは「死ぬ場所、方法及び日時までAによって決められたのであるから、自分の意思で自殺したとは到底認められない」とされている。

(77) 判時2337号97頁。

出ること以外の選択ができない精神状態に陥らせてその通りに行動させた場合には間接正犯の成立が認められると明言している部分は興味深く、後述する通り理論的にも正当であると思われる。

3 被害者利用と第三者利用の相違？

被害者利用の間接正犯をめぐる議論については、これを第三者利用の場合と対比してみると、実務的には前者の場合の方が後者の場合よりもより緩やかに間接正犯の成立が認められているという指摘がなされており⁽⁷⁸⁾、進んで近年ではこの「区別」を理論的に基礎付けようとする試みもみられる⁽⁷⁹⁾。確かに、第三者利用の場合には背後者において間接正犯の成立が否定されたとしても、なお第三者の実現した事実につき（広義の）共犯として処罰する余地が残るのに対し、被害者利用の場合、被害者本人に対する自殺関与罪や強要罪・脅迫罪・暴行罪等の成立する余地を除いて行為者を処罰する余地が失われる⁽⁸⁰⁾という点で相違がある⁽⁸¹⁾。しかしこのことは当然ながら、間接

(78) 橋爪・前掲（注40）109頁、豊田・前掲（注40）146頁以下。

(79) 樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）28頁以下。

(80) この点を指摘した上で被害者利用の場合には背後者に間接正犯の成立を認めようとするインセンティブが働くことを説くものとして、亀井源太郎「判批」判例評論570号（2006年）38頁。

(81) もっとも、殺人の成立が否定された場合に自殺関与罪の検討がなされることを除けば、被害者に対するこれらの犯罪の成否が検討されていることは少なく、第三者利用の場合であっても利用された第三者に対するこれらの犯罪を認める余地は当然に存在するのに、第三者の実現した事実とは区別した上でこれらの犯罪の成否が検討されていることはほとんど見かけられない。特に未成年者など立場の弱い者を虐待した上で利用した事案において、このことは行為者の当罰性を十分に評価するという見地からは疑問なしとしないように思われる（例えば窃盗罪の間接正犯の成否のみが問題となった最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁、福岡地判平成29年12月18日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25449180などでは、利用された未成年者に対して被告人がかなりの期間にわたって暴行・脅迫を加えていた事実が認められている）。もちろん検察側が訴追の対象とした内容により犯罪の成立する範囲が制約を受けることは当然であるが、そうであれば「なぜ訴追されないのか」という疑問は残る。第三者の実現した事実により被害がもたらされた内容を適切に評価すべきことは当然であるが、だからといってこの第三者が「背後者の手先であるから、自身に加えられた被害の点は無視されても構わない」ということになるわけではないと思われる。

正犯の成立要件を区別することの「理論的根拠」を提供するものではない。

他方、理論的な見地からは、第三者利用の場合に間接正犯を広範に肯定すると「正犯の背後の正犯」が成立することになるが、それは問題であるとする指摘がある⁽⁸²⁾。しかし既に指摘されているように、限定責任能力者を利用した場合や、刑事未成年には当たらない未成年者(例えば14歳の中学生)を利用した場合にもなお間接正犯の成立する余地が排斥されるべきではない⁽⁸³⁾とするならば、このことは故意が阻却されない錯誤(例えば違法性の錯誤など)の場合においても異なるのであって、実際上の「認められ易さ」は個々に異なるにしても、少なくとも理論上は間接正犯の成立する余地は排斥されていないと解される。錯誤利用の事案において背後者の正犯性の存否を判断する上で決定的に重要なのは、利用された第三者に対して最終的に問責が可能かどうかという点ではなく、むしろこうした錯誤によって第三者に認識が欠けたり自律性が減少している際に、背後者がまさにその欠損部分を利用することによって意図した方向に事象経過を展開させたと評価し得るかという点である。その意味で、単に因果的な寄与があれば足りるのではなく、働きかけの性質こそが吟味されねばならないことになる⁽⁸⁴⁾。そもそも、責任無能力者を利用する典型的な間接正犯の事案においても、その当該第三者はあくまでも「正犯であるが、単に責任がないだけ」に過ぎないのであるから、単独正犯性の有無という問題に絞るならば、「正犯」である第三者の背後に「正犯」が存在しているということに変わりはないといえる。

遑って、実務的に被害者利用の場合と第三者利用の場合とで間接正犯の成立基準自体が厳格に区別されているとまで言い切れるのかには、なお疑問が残るように思われる。2において見てきた通り、被害者利用の間接正犯の成

(82) 豊田・前掲(注40)146頁以下。

(83) この点を的確に論じるものとして、山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(2001年)165頁以下(佐伯仁志執筆)。

(84) 以上に関し、照沼・前掲(注41)102頁以下、松原・前掲(注1)370頁、高橋・前掲(注13)437頁などを参照。

立が肯定された事案において、そのほとんどは相当に強度の働きかけがなされ、意図した通りに構成要件該当事実を実現したといえるものであり、単純な比較はできないにせよ、仮に第三者利用の場合であっても同様の事実関係が認められれば間接正犯の成立する余地は十分にあったのではないかと考えられる。もっとも偽装心中事例に関する昭和33年判決の結論については先に見た通り疑問があるものの、これも上述した通り同判決は正犯性の点については判断を示していないため、先例としての価値に乏しく、現在の実務においても同様に考えられているのかは明らかでないといえる。

他方、第三者利用の間接正犯の事案においては、緩やかに正犯性が肯定される共同正犯と対比するならば確かにその限りではより厳格な判断基準が設けられているといえる⁽⁸⁵⁾。しかしながら、利用される第三者の側が完全に意思決定の自律性を奪われるまで強制や欺罔を加えることが常に要求されているかといえばそうではなく、むしろその強制や欺罔が一定程度に到達していれば、具体的事案との関係においてたとえ「絶対的強制」や「自由意思の阻却」にまでは至らなかったとしてもなお間接正犯の成立が認められる余地があると解されているように思われ⁽⁸⁶⁾、実際にそうした判断も示されている⁽⁸⁷⁾。

なお、この点につきいわゆる強要緊急避難が問題となった事案において背後者に間接正犯の成立が否定された裁判例⁽⁸⁸⁾を挙げて被害者利用の事案よ

(85) 例えば、最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁、東京高判平成30年4月26日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25449488。

(86) この点につき、藤井・前掲(注25)16頁、安田拓人「判批」法学教室455号(2018年)144頁参照。

(87) いずれも刑事未成年者利用の事案であるが、例えば名古屋高判昭和49年11月20日刑月6巻11号1125頁、大阪高判平成7年11月9日高刑集48巻3号177頁、前掲福岡地判平成29年12月18日(注81参照)などの事案においては、結論的には被利用者が相当程度の強制下に置かれており被告人がこれを利用・統制したとは評価できるものの、「絶対的強制下にあった」とか「自由意思が完全に失われていた」とはいい難い。さらに、前掲東京高判平成30年4月26日(注85参照)では成人の第三者を利用した事案において間接正犯の成立が肯定されているが、やはり同様の指摘が可能であると思われる。

(88) 東京地判平成12年7月17日判タ1091号181頁(オウム真理教による一連の事件のうち、集団リンチ殺人に関する判断の部分)。

りも厳格な判断基準が用いられていることを指摘する見解⁽⁸⁹⁾がある。しかし、もともとこの判示部分が傍論である上に、その検討も非常に簡素であってほぼ結論のみを述べるものにとどまっており、間接正犯の判断基準としての先例性は乏しいものと思われる。むしろ同事案での本質的な問題は、被利用者の側における緊急避難の判断に際して「生命」に対する危難の現在性が否定されていること⁽⁹⁰⁾の当否であり、この点の理論的検討⁽⁹¹⁾及び、この種の場合における責任減少の性質に関する理論的検討⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾いかんによっては、背後者にこうした緊急状況を作成し、文字通りこれを利用する形で不法内容を実現したことを根拠に間接正犯としての正犯性が認められる余地は(少なくとも理論的には)十分に存在するのではないかと考えられる。

IV 202条の解釈に関する議論

1 「自殺関与」の意義

以上のような本稿の理解によれば、承諾の存否・有効性判断とは区別された形で間接正犯の正犯性判断が行われることになる。これに対しては、そのように考えると、殺人罪の成否が問題となる事例において、①承諾の有効性が否定されたのち、②間接正犯としての正犯性も否定された場合には、「有

(89) 豊田・前掲(注40)143頁以下。

(90) 同事案における被利用者の罪責が問題となり、結論として過剰避難の成立が肯定された東京地判平成8年6月26日判時1578号39頁参照。

(91) 例えば深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』(2018年)140頁以下、147頁など参照。

(92) 緊急避難を直接の対象とするものではないが、例えば徳永元「過剰防衛における責任減少に関する判例・学説の分析」法政研究83巻4号(2017年)77頁以下、同「盗犯等ノ防止ニ関スル法律第1条について」九大法学114号(2017年)1頁以下など参照。

(93) 本事案など成人の第三者をかなり極限的な強制状況下に置いて利用した事案では、当該第三者の罪責の検討に際して限定責任能力の主張や期待可能性の欠如の主張などは排斥されつつも、期待可能性が一定程度減少していたこと自体は認められて量刑面で考慮の対象とされる場合が見受けられる。最決平成23年12月12日判時2144号153頁以下(いわゆる北九州連続監禁殺人等事件上告審決定)、大阪高判平成26年10月3日LEX/DB25505292など参照。

効な自殺意思」と呼べるものが存在しない以上、自殺関与罪も成立せず、結局不可罰ということになってしまい不当であるという批判が向けられている⁽⁹⁴⁾。この批判に対しては実際にそのような場合がどれだけ存在するのか疑問だとする評価⁽⁹⁵⁾もあるが、偽装心中事例に関する昭和33年判決の検討に際して示した通り、意思決定の自律性が有意に失われていたと評価され、他方で正犯性が否定されるという場合も十分に考えられ得る。近年の学説ではこの点に配慮し、自殺関与罪では自殺意思が無効である場合も含めて処罰対象としているとする見解が有力化しつつあるが⁽⁹⁶⁾、問題はなぜそのような解釈が可能なのか、その理論的な根拠である。

本稿の理解によればこの点は以下のように考えることができる。ここでは自殺教唆・幫助の成否が問題となっているが、共犯論における教唆行為は他人に犯罪の「決意」をさせることを指し、幫助行為は既に犯罪を「決意」した他人の実行を容易にすることを指している。本稿との関係で重要であるのは、第1に、これらの行為が成立する上では、関与を受ける正犯者の側に責任能力などの要素、すなわち判断の自律性まで備わっている必要はないということであり、第2に、ここでいう「決意」が認められ「教唆行為」「幫助行為」が存在したといえるためには、客観的に不法内容を構成する事実の認識、さらにはそれ以前により抽象的な行為意思の存在だけでも足りると解され、この段階において、その後実際に実現された「故意」と呼べるほどに具体化された内容の認識を有している必要はないということである⁽⁹⁷⁾。以上の理解を自殺関与罪の解釈に応用すると、被害者自身が生命処分それ自体を認識して客観的に危険性を有する行為に出たのであれば、そこではひとまず

(94) 島田・前掲（注38）256頁。

(95) 塩谷・前掲（注19）69頁以下。

(96) 山口ほか編・前掲（注40）5頁（佐伯執筆）、橋爪・前掲（注40）109頁注53、松原・前掲（注29）16頁注19、豊田・前掲（注40）153頁注23。

(97) 詳細は、照沼亮介「間接正犯の正犯性を基礎付ける事情についての誤想」上智法学論集59巻4号（2016年）255頁以下参照。他方、処罰根拠論（混合惹起説）の要請から、正犯者の側においてその後実際に共犯者におけるそれと同質の故意が具備される必要があると解される（同258頁以下）。この点、自殺関与罪の解釈に際してはこうした要請が及ばないことから、被害者において「真に死ぬ意思」まで存在している必要はないと解することができる。

形式的には自殺の「決意」=自殺意思を有していたと評価できるのであって、これに対する自殺教唆・幫助行為が認められるためにはこれで足りると解され、それ以上に被害者の意思決定が自律的になされたこと(自殺意思の有効性)まで備わっている必要はないと解される。すなわち、仮に承諾の有効性が否定されたとしても、「死ぬことの決意」を生じさせたといえるならば自殺教唆が、既に「死ぬことの決意」を有している者の自殺を容易にするような関与が認められれば自殺幫助が、それぞれ成立するということになる。

以上の議論は、共犯論の議論のうち、「教唆」「幫助」の文言解釈という最も基本的な部分のみを202条前段の解釈に際して応用したものである。当然のことながら、自殺者自身は犯罪を行っているわけではないから自殺者本人に「故意」と呼べるものを観念することはできないし、自殺関与罪は自殺者の行為との関係で「要素従属性」が要求されるものではないから、その意味で独立罪としての性格を有する。しかし本罪も生命に対する罪である以上、その危険が切迫する段階、すなわち自殺者の生命に具体的な危険が生じたといえる段階に至って初めて本罪の未遂が成立すると解するのが一般的な理解であるが⁽⁹⁸⁾、この点や本罪の制定過程に照らして⁽⁹⁹⁾上記のような限度で共犯論の知見を応用することは可能であり、また適切であると考えられる。

(98) 堀内・前掲(注59)24頁、大塚仁『刑法概説(各論)[第3版増補版]』(2005年)21頁、林(幹)・前掲(注40)26頁以下、山口・前掲(注13)13頁以下、伊東・前掲(注40)20頁以下、曾根・前掲(注59)15頁、中森喜彦『刑法各論[第4版]』(2015年)12頁、山中・前掲(注71)31頁、松原・前掲(注29)16頁、井田・前掲(注18)40頁以下、西田=橋爪補訂・前掲(注64)15頁、松宮孝明『刑法各論講義[第5版]』(2018年)28頁、高橋則夫『刑法各論[第3版]』(2018年)19頁など。これに対して平野龍一『刑法概説』(1977年)159頁は独立罪としての性格を強調して教唆・幫助行為の時点で未遂成立を認めるべきだとする。また、団藤重光『刑法綱要各論[第3版]』(1990年)408頁は、間接正犯の着手時期に関する自説と同様の前提から、「たんなる教唆・幫助の域をこえて、現実自殺に駆り立てる行為があったとき」に初めて本罪の着手が認められるとする。

(99) この点に関し、福山好典「自殺関与罪・同意殺人罪の制定過程」早稲田法学会誌63巻2号(2013年)245頁以下参照。

2 「同意殺人」との関係

仮に 202 条前段における以上のような理解が適切であるならば、これが同条後段の同意殺人罪の解釈に影響するかが問題となるが、同罪においては直接実行行為に出ること、すなわち殺人罪のそれと客観的に変わらない行為に出ることが想定されている。ここで承諾の有効性が否定されるのであれば通常の殺人罪で対処されるべきと解されるから⁽¹⁰⁰⁾、結論的に同意殺人罪が成立するためには、承諾の形式的な存在に止まらずその有効性も必要となると解される。すなわち、202 条の前段・後段においては承諾の存在が必要であるという点で共通性が認められるが、共犯形式である教唆・幫助の態様を規定した前段では上述のような理由から承諾の有効性までは必要ないと解されるのに対し、直接正犯の態様を規定した後段では承諾の有効性も必要であると解されるのである⁽¹⁰¹⁾。条文の文言との関係では、後段では「同意」（承諾・囑託）がそのまま要求されている以上、生命処分との関係で完全な違法「阻却」効までは認められないとしても、客観的態様の共通している殺人罪と比較した場合の違法「減少」というこれに準じた効果が認められるためには有効性まで備わっている必要があると解されるのに対し、前段ではこれが要求されておらず、また刑法における「自殺」概念についても日常用語的な理解とは必ずしも共通せず、「他殺」ではないと評価できる程度のものであれば足りるのであって、その内容には一定の幅があると考えられ、上述した通り、被害者において生命に対する危険な行為に出ることの「決意」が存在した上で実際にそのような行為に出たのであればそれで足りると解されるこ

(100) 判例においても、形式的には承諾の存在が認められるとしてもその有効性が否定される場合には殺人罪の成立が認められているし（例えば広島高判昭和 34 年 4 月 7 日下刑集 1 卷 4 号 954 頁、東京高判昭和 61 年 5 月 1 日判時 1221 号 140 頁）、このことを前提として被告人が有効な承諾がなされたと誤信していた場合には抽象的事実の錯誤の問題とされ、38 条 2 項が適用されて軽い同意殺人罪によって処断されている（例えば大判明治 43 年 4 月 28 日刑録 16 輯 760 頁、東京高判昭和 53 年 11 月 15 日判時 928 号 121 頁、名古屋地判平成 7 年 6 月 6 日判時 1541 号 144 頁、大阪地判平成 31 年 2 月 26 日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25570130）。

(101) 従来はおそらく前段と後段とで統一的に理解する見解が一般的だったのではないかとと思われる。例えば、団藤・前掲（注 98）400 頁、平野・前掲（注 98）158 頁など。

とになろう。

この点、近年の学説では、202条では前段と後段が同一の法定刑で規定されており、かつ両者の区別が難しい場合も存在していることから、現行法は両者の区別を回避している⁽¹⁰²⁾とか、直接に生命を侵害する行為の実行の有無は両者の区別基準とはなり得ず、後段の同意殺人罪はいわば共同正犯的な関与を規定したものである⁽¹⁰³⁾とする見解が主張されている。このような見解からは、前段と後段との要件を区別するような解釈論には批判が向けられるかもしれない。しかしいかなる見解に立つにせよ、少なくとも行為者が自ら生命侵害行為を担ってこれにより被害者を死亡させた場合には、いかに被害者の側に主体的・自律的な意思決定が存在しており、かつ行為者に継続的に働きかけ、強く煽って自らを死亡させたという事情が認められるとしても(そして、このことが被害者の意思に適っており、本人にとって多大な「利益」ですらあるといえるとしても)、この場合の行為者が前段の自殺関与に止まるということはありません。後段の同意殺人として評価される⁽¹⁰⁴⁾ということに異論はない。この意味で、殺人罪の観点から評価した場合に直接的な規範違反行為といえる行為を担ったということは、202条の解釈に際しても後段の同意「殺人」行為として評価されることを基礎付けるものと解すべきであろう。

近年の裁判例では、駐車中の自動車内で練炭自殺を図った合意による心中の事例において、着火した練炭コンロを車内に置いてドアを閉める行為が殺害の実行行為にあたり、これを行ったのは被告人のみで被害者は行っていなかったことを根拠に202条後段の承諾殺人罪が成立するとした原判決を

(102) 山口編著『クローズアップ刑法総論』前掲(注27)177頁以下(高山佳奈子執筆)。

(103) 島田・前掲(注38)257頁。

(104) その典型的な事例として、いわゆる三島事件に関する東京地判昭和47年4月27日刑月4巻4号857頁参照。大判大正11年4月27日刑集1巻239頁は囑託殺人につき受託者が「自ら手を下して」被害者を死亡させる行為であると定義しており、千葉地判平成28年10月12日LEX/DB25544267もこの基準に依拠した上で、被害者側に自律的な意思決定が存在した事案において、被告人が直接「生命に対する現実的な危険を発生させる行為」を行っており、被害者側にはそうした行為の分担が認められないことを理由に承諾殺人罪の成立を認めている。

破棄し、被害者がコンロへの着火作業を一部分担していたことを指摘し、これは「コンロを車内に置いてドアを閉めるという直接的な生命侵害行為と密接不可分の行為」であって、単なる準備行為に過ぎないとする原判決の評価は形式的に過ぎると批判した上で、被告人の行為は被害者と共同して自殺行為を行うことによって被害者の自殺行為の実行を容易にしたものであるから前段の自殺幫助罪が成立するとしたものがあり⁽¹⁰⁵⁾、注目されている。この点、後段を共同正犯的な関与と理解する見解からは、被害者が担った着火行為は「実行行為」それ自体とはいえないのであるから、被害者自身が自律的に意思決定したことを根拠に「重要な役割」を果たしたと解し、その反面において被告人の寄与は（相対的に見れば）「軽微なもの」であったとする自説に依拠することで初めて正当化し得るとする見方が示されている⁽¹⁰⁶⁾。しかし上述の通り、自殺者本人にいくら自律的な意思決定の存在が認められたとしても、それだけで反射的・自動的に被告人の寄与の程度が低く見積もられ「正犯性」（正確には同意殺人罪としての直接正犯性）が否定されると解することはできないし、逆に被告人が積極的な働きかけをして「重要な役割を果たした」からといって、それだけで同意殺人罪の成立を認めることもできないと思われる⁽¹⁰⁷⁾。むしろ本判決において重要なのは、上述の通り「直接的な生命侵害行為と密接不可分の行為」を担ったのであればそれは「自殺行為」を担ったと評価して差し支えないと解している部分であり⁽¹⁰⁸⁾、これは理論

(105) 東京高判平成25年11月6日判タ1419号230頁。この判断は、(被告人と共に)被害者自身も自殺行為を実行している場合には被告人の行為は自殺関与にとどまるとする前掲大判大正11年4月27日(注104参照)を参照した上で導かれている。

(106) 小林憲太郎「判批」ジュリスト平成28年度重要判例解説171頁。

(107) 例えば東京地判平成30年9月14日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25449805では、かねてより自殺を公言しており、その意思が非常に強固でありながら、病気のため細かな作業や重量のあるものを持つことができなかった被害者が、事前に被告人らに具体的な計画を打ち明けて協力を求め、これに応じた被告人らと共に綿密な打ち合わせを繰り返し、被告人らの手助けを受けて入水自殺したという事案において、被告人らの行為が心理的にも物理的にも自殺行為を容易にするものであり、かつその果たした役割が大きいことも指摘されているものの、前掲大判大正11年4月27日(注104参照)の基準により、被告人らには自殺幫助罪の成立が認められるにとどまっている。

(108) この点を的確に指摘するものとして、秋山紘範「自殺関与と同意殺人罪の区別に関する一考察」中央大学大学院研究年報48号法学研究科篇(2019年)210頁以下。

的には、(仮に未遂犯としての危険性までは認められないとしても)直接的に規範違反行為を開始したと評価できる場合には「直接正犯としての行為」を担ったと評価するものと解することが可能である。このように、規範違反を志向する意思の下、不可分一体としてその内容を客観的に構成する行為の一部に取り掛かったと評価できれば後段の同意殺人罪としての直接正犯性を基礎付ける行為を担ったということができ(109)、逆に被害者側が自殺意思の下にこのような行為を担ったのであれば、被告人の行為は前段の自殺関与罪にとどまると考えられる。

もちろん、区別が困難な限界事例も存在することは否定できないが、そうした場合にも基本的にはこのような基準を用いて解決すべきであろう(110)。確かに前段と後段は同一の法定刑で規定されているが、その構造に照らして上述のように相違点が存在していることは否定し難く(111)、また通常は量刑上も差異が生じるものとして扱われていること(112)にも照らすならば、本稿

(109) 近時、実行共同正犯の成立要件に関して同旨の議論を展開するものとして、樋口亮介「実行共同正犯について」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(2019年)161頁以下参照。もっとも、仮に正犯性が充足されると同時に常に未遂犯としての可罰性も肯定されると解するのであれば(樋口・前掲(注79)34頁以下、同「詐欺罪における実行の着手時点」法学セミナー759号〔2018年〕54頁以下などを参照)、そのように考える必然性は存在しないように思われる。前掲注43のほか、君塚貴久「未遂犯の実行の着手と処罰時期について」明治大学大学院法学研究論集49号(2018年)79頁以下、同「予備罪の独立性と未遂犯の実行の着手」同50号(2019年)103頁以下も参照。

(110) 例えば、被害者の口に毒薬を入れる行為やガス自殺の際にガスの元栓を開く行為などを行ったというのであれば当然に後段の同意殺人罪を構成するだろうし、自殺の直前に毒薬の入った瓶を開けて被害者に手交したような場合においても、被害者の状態や被告人との関係性などの事実関係によってはなお同罪の正犯性が充足される余地が残されているように思われる。他方、事案の詳細には定かでない点もあるが、被告人らの側が燃焼している練炭を入れた七輪を駐車中の車内に持ち込み、被害者は睡眠薬を服用して後部座席に乗り込んだという事案において、自殺幫助罪の成立が肯定されるにとどまっている富山地判平成17年6月13日裁判所ウェブサイト・LEX/DB28105257の結論には疑問が残る(この点につき、秋山・前掲(注108)218頁注34参照)。本件については、被告人と共に首謀者とされる人物についても同罪(の共同正犯)として扱われているが、仮に同意殺人罪の「共同正犯」性を強調する見解に立脚したとしても、被告人らに積極的な関与・重要な役割を果たしたことが認められる以上、やはり後段の同意殺人罪の成立が認められるはずであるように思われる。

(111) この点につき、中森・前掲(注98)10頁、井田・前掲(注18)29頁、32頁以下。

の理解にも一定の合理性が存在しているといつてよいように思われる。

(本学法科大学院教授)

※校正段階で、承諾の有効性を肯定して嘱託殺人罪の成立を認めるにとどめた千葉地判平成 30 年 12 月 21 日判タ 1463 号 247 頁に接した。

(112) 例えば、前掲千葉地判平成 28 年 10 月 12 日 (注 104 参照)。