

同意傷害致死の擬律と法定刑の不均衡

—札幌地判平成 24 年 12 月 14 日と札幌高判平成 25 年 7 月 11 日を素材に—

田 中 優 輝

- I. はじめに
- II. 202 条を適用する見解
 - 1. 錯誤論の単純な適用
 - 2. 札幌地裁の解釈
- III. 204 条を適用する見解
 - 1. 適法な自殺の「間接正犯」
 - 2. 同意による犯罪成立阻却
- IV. 205 条の適用と法定刑の問題
 - 1. 法定刑の差異の説明可能性
 - 2. 205 条の法定刑の枠内での処理
 - 3. 訴訟準備・進行上の不都合？
- V. おわりに

I. はじめに

従来、傷害致死罪において被害者の同意が問題とされたのは、性交中の行き過ぎた加虐行為 (SM プレイ) など、暴行・傷害を受けることは是認しているものの致死結果の発生までは望んでいない (せいぜいその危険を冒すことを是認しているにすぎない) 事案であった⁽¹⁾。これに対して、近時、被害者が致死結果の発生ままで望んでいたと見られるケースを扱った裁判例が現れた。標記の札幌地裁判決⁽²⁾とその控訴審の札幌高裁判決⁽³⁾がそれである。この事案の被告人 X は、ホテルの一室で、死ぬ意思を有していた A 女から依頼

(1) 東京高判昭和 52 年 11 月 29 日東時 28 卷 11 号 143 頁 [SM]、大阪地判昭和 52 年 12 月 26 日判時 893 号 104 頁 [SM]、東京高判平成 9 年 8 月 4 日高刑集 50 卷 2 号 130 頁 [美容整形手術] など。

されて、Aの首をバスローブの帯で絞めて気絶させ、その顔を浴槽の水中に沈めてAを死亡させたのであるが、ホテル内外にいるスタッフが室内を監視カメラで見ており、危険が生じれば助けに入ってくれる旨述べるAの虚偽の説明を信じていたため、Aが死ぬことはないと思っていた。本事案では、Aは致死結果に同意しているものの、Xに殺意はなく、暴行または傷害の故意を有するにとどまるため⁽⁴⁾、素直に考えれば、適用法条は刑法 205 条であり、Aの同意によってその構成要件該当性ないし違法性が阻却されるかを検討することになりそうである。現に検察官は傷害致死罪で起訴している。

ところが、ここで地裁が問題としたのは、Xに殺意があった場合に適用される 202 条との法定刑の不均衡であった。すなわち、殺意があれば6月以上7年以下の懲役または禁錮であるのに、それより軽い暴行・傷害の故意の場合には 205 条により3年以上20年以下（酌量減輕をしても1年6月以上10年以下）の懲役となるのは不合理だということである⁽⁵⁾。そこで、地裁は、殺害の囑託を受けた者が、暴行または傷害の故意で暴行を加え、結果として人を死亡させる「囑託傷害致死類型」につき、法定刑から見て、205 条は、囑託傷害致死類型を想定しておらず、「被害者が自らの殺害行為を囑託していないこと」を書かれざる構成要件要素とし、他方で、202 条の「殺した」には

(2) 判タ 1390 号 368 頁。評釈として、門田成人「判批」法学セミナー 706 号 (2013 年) 113 頁、田中優輝「判批」判例セレクト 2013[I] (2014 年) 31 頁、若尾岳志「判批」刑事法ジャーナル 39 号 (2014 年) 101 頁、嘉門優「判批」新判例解説 Watch (2014 年 4 月) 159 頁。

(3) 高刑速 178 号 253 頁、LEX/DB 25503243。評釈類として、川瀬雅彦「刑法 202 条後段及び同法 205 条の解釈等が問題となった事例」研修 784 号 (2013 年) 77 頁、久木元伸「判批」研修 786 号 (2013 年) 17 頁、林幹人「囑託による傷害致死」判時 2228 号 (2014 年) 3 頁、神元隆賢「判批」北海学園大学法学研究 50 巻 2 号 (2014 年) 151 頁、菅沼真也子「判批」法学新報 121 巻 5 = 6 号 (2014 年) 425 頁、前田雅英「判批」捜査研究 768 号 (2015 年) 27 頁、安達光治「判批」『平成 26 年度重要判例解説』(有斐閣、2015 年) 163 頁。また、本事案を素材にした事例検討を行うものとして、深町晋也「演習」法学教室 420 号 (2015 年) 158 頁。

殺害がない場合も含まれ、嘱託傷害致死類型は 202 条後段に該当するという、これまでに見られなかった新たな解釈を提示した。その上で、地裁は、X には A の嘱託が殺害の嘱託であることを認識していないという錯誤がある、すなわち X の故意は 205 条のそれであるものの、客観的には 202 条後段の規定する嘱託傷害致死類型を実現したとして、錯誤論の適用により 202 条後段の罪の成立を認め、X を懲役 1 年 2 月（執行猶予 3 年）に処したのである。しかし、地裁のこの解釈には検察官および弁護人の双方から批判が向けられ、

-
- (4) A の同意および X の殺意の有無にかかる事実認定に異論を挟む余地があるかもしれないが、結論的には（もちろん断定的なことはいえないものの）地裁の認定に特段問題はないと思われる。

A の同意に関しては、A の鞆の中に入っていた家族・友人宛ての手紙に、夫の子を妊娠したが中絶するよう求められたことが死を決意した原因であるように窺われる記載があったこと、また、A は以前に 3 回中絶しており、再度中絶手術を受ければ今後妊娠できなくなるおそれが極めて強い状況にあったことが認められ、これを受けて、地裁は、「誠に不確実な方法によって死のうとしたことからすると、A には、確実に死のうという意欲までは認められない」が、「本件行為によって自らが死亡することを認識しており、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」と認定している（判タ・前掲注 2・373 頁）。精確には、致死結果の発生を意欲しているが、確実に発生するとの認識までではない、というべきように思われるが、いずれにしても、同意に結果発生 of 積極的意欲までは不要であり（大阪高判平成 10 年 7 月 16 日判時 1647 号 156 頁参照）、また、結果発生 of 確実性の認識まで要求するのも過大であるため、同意ありとの結論に変わりはない。

X の殺意の有無については、確かに X は本件行為自体の危険性を認識していたと見られるものの、救命態勢が整っているとの A の虚言を信じていた（荒唐無稽ではあるが、X が友人等に話した会話内容やその他の証拠関係から、一概にはこれを排斥しがたかったようである。川瀬・前掲注 3・79 頁）のであり、また、X には A を殺害する動機がなく、A の説明が虚偽であると知っていれば本件行為に出なかったであろうことなどからすれば、（未必の）故意と過失の区別に関するいかなる見解のもとでも、殺意までは認めにくいと思われる。

- (5) 上限については、7 年を超える刑を言い渡さなければ實際上問題は生じないが、下限については、酌量減輕をしても裁判所の量刑裁量では対処できない不均衡が生じる。なお、遺棄致死罪（219 条）でも同じ問題が生じる。

高裁も、202条の「殺した」に殺意のない場合は含まれないとした上で、205条を適用して酌量減輕を施し、懲役2年（執行猶予4年）の判決を下した⁽⁶⁾。地裁の解釈はあっさりとは否定されることとなったのである。

結論からいえば、本事案の適用法条はやはり205条と解すべきであり、高裁の判断が是認されてよいと思われる。もっとも、本事案のように、被害者が他人を騙してその他人の手を借りて自らの命を絶つ「自殺の間接正犯」とでもいうべき事例は、これまであまり議論の対象とされてこなかったように見られる。しかし、刑法解釈論的には、錯誤論、同意論、正犯・共犯論にも関わる重要なものであり、また、本事案のほかにも同種事例が報告されていることから⁽⁷⁾、この種の事例の擬律について検討を加えておく必要があると思われる。以下では、法定刑の不合理的を回避すべく202条の適用を認める見解（Ⅱ）、および、204条の適用を認める見解（Ⅲ）を検討した上で、205条により処理する場合に法定刑の不均衡の問題をどう見るべきかを考察する（Ⅳ）。

Ⅱ. 202条を適用する見解

1. 錯誤論の単純な適用

法定刑の不合理的を解消する方策としてまず考えられるのは、被害者は致死結果に同意しているのに行為者はそれを知らなかった点に着目し、「主観的には重い傷害（致死）罪の故意で、客観的には軽い同意殺人罪の事実を実現した」として、錯誤論により202条の適用を導く解釈である。しかし、そのように錯誤論を単純に適用できるかには、次の2点において疑問がある。

(1) 第1に、「客観的には同意殺人罪の事実を実現した」といえるかであ

(6) その後、弁護人が上告したものの、最高裁はいわゆる例文棄却により上告棄却の決定を下した（最決平成27年1月21日 LEX/DB 25506125）。

る。

202 条は故意の殺人行為を対象とする。したがって、被害者の与える「囑託」や「承諾」も、故意の殺害行為の依頼・許諾あることを要するであろう。たとえば、行為者の過失行為によって死ぬのなら構わないが、故意に殺されるのは許容しない（過失致死または傷害致死には同意するが、殺人には同意しない）というように、同意の内容において故意行為と過失行為を区別することは可能である。同意付与に際して、行為の種類や態様を限定することが認められるとすれば⁽⁸⁾、その行為が故意か過失かによる限定を否定する理由はない⁽⁹⁾。法益を処分するか否かだけでなく、法益をどのように処分するかに関する被害者の意思も尊重されてよいと思われるのである⁽¹⁰⁾。このように同

(7) 大阪家決平成 23 年 6 月 3 日（斉藤豊治『原則』逆送類型事件で、『特段の事情』を認めて、保護観察処分とした事例」季刊刑事弁護 71 号（2012 年）98 頁で紹介）は、行為当時 17 歳の少年が、自殺を考えていた父親に指示されて、同人の頭にポリエチレン製ゴミ袋をかぶせその首元をガムテープでとめるなどの暴行を加えた結果、同人を酸欠のため窒息死させた事案につき、少年の殺意を否定した上で、傷害致死罪の成立を認めた。家裁は、囑託殺人罪との刑の不均衡はやむをえないとしたようである。ただし、本件は少年に対する保護処分決定であって、刑の量定をしたものではない。

類似の事案がドイツの裁判例にも見られる。BGH Urt. v. 20.5.2003, NJW 2003, 2326（鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究（一）過失による積極的な死亡介助」名城ロースクール・レビュー 1 号（2005 年）150 頁で紹介）は、重度の筋ジストロフィー患者の看護に従事していた被告人が、同人に依頼されて、裸の同人をビニールのゴミ袋に入れ、口を接着テープで閉じた上で、2 月の外気氷点下にあるゴミコンテナの中に置いた結果、同人を窒息死させた（体温低下も死因となった可能性あり）が、後で他のスタッフに救助されると同人に騙されていたため、被告人に殺意はなかった事案を扱ったものである。本件では過失致死罪（ドイツ刑法 222 条）の成否が問題とされているが、連邦通常裁判所は、原無罪判決（不可罰の自己危殆化関与と等置される合意他者危殆化であるとの理由による）を破棄して差し戻すに当たり、「もし傷害の故意または遺棄の故意が認定されるならば、刑法 221 条・223 条以下の諸規定が問題となる」と判示している。

なお、ドイツ刑法 221 条 3 項（遺棄致死罪）・227 条 1 項（傷害致死罪）の法定刑は、いずれも 3 年以上の自由刑であり、他方、216 条（囑託殺人罪）の法定刑が 6 月以上 5 年以下の自由刑であるため、札幌事案と同様に刑の不均衡を問題としうる。

意の対象において故意と過失の区別がありうることを前提に札幌地裁の事案を見ると、Aは、Xに故意の暴行ないし傷害を依頼し、そこから故意によらない致死結果が生じてもよいと内心で思っていたにすぎない。故意に殺してくれとまでは依頼していないのであり、「人をその囑託を受け……殺した」という囑託殺人罪の要件を充足しないというべきである⁽¹¹⁾。

もっとも、Aが内心では致死結果の発生を望んでいた点を捉えて、Aの依

-
- (8) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第2巻〔第2版〕』(青林書院、1999年)253頁〔古田佑紀〕、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂、2012年)255頁、渡辺咲子「同意傷害について」研修796号(2014年)12頁、日高義博『刑法総論』(成文堂、2015年)259頁。たとえば、前掲注4・大阪高判において、下腹部を刃物で突き刺すという殺害方法に固執している被害者を毒殺した場合、同意の範囲外となる(葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』(有斐閣、2009年)176頁〔橋田久〕)。これに対して、法益関係的錯誤説の論者は、死ぬこと自体は正しく認識している以上、死亡時期を左右しない限り、死に至る態様に錯誤があっても同意は有効だとする(佐伯仁志「判批」『平成10年度重要判例解説』(有斐閣、1999年)153頁)。しかし、身体傷害ではその部位・程度・範囲の錯誤を考慮し(佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)72頁)、その点では行為態様の錯誤も広く意味を持つと見られるのに、傷害の極まったものともいえる生命侵害に至ると行為態様をほとんど考慮しないというのは、バランスを欠くように思われる。古川原明子「囑託殺人罪における殺害の態様と囑託の真意性」明治学院大学法科大学院ローレビュー7号(2007年)47頁以下も参照。
- (9) 本文に述べたのとは逆に、(現実には想定しがたいが、)故意の殺害につき同意がある場合に、それを認識しながら暴行・傷害の故意で行為に出ることも、同意の範囲外となる。このような場合、「自分のことを殺すつもりがないと分かっていたら同意しなかった」として、同意の有効性が問題となる旨述べるのは、深町・前掲注3・159頁。
- (10) 法益関係的錯誤説に立ちつつ、「当該客体をいかに利用・処分するかという法益処分の自由も法益の内容・構成要素をなす」とする見解もある(山口厚「法益侵害と法益主体の意思」同編著『クローズアップ刑法各論』(成文堂、2007年)16頁)。法益処分の動機・目的に関する錯誤を法益関係的とする文脈で述べられたものであるが、法益処分の方法・態様についても同じことがいえると思われる。
- (11) 神元・前掲注3・447頁。これに対して、囑託殺人罪の客観的構成要件の実現があると述べるのは、林・前掲注3・3頁、安達・前掲注3・164頁。

頼は真実のところは殺害の囑託であったと解する余地もあるかもしれない。しかし、客観的にはあくまで暴行・傷害の（もちろん瑕疵のない任意の）依頼なのであり、Xもその限度でこれを受託して行為に出たにすぎない。依頼に基づいてその通りに現実に行われた所為を離れ、Aの本心では故意の殺害行為でもよかったとして殺人への同意の存在まで認めることには疑問が残る。もちろん、殺意の有無を問わずに特定の行為を依頼する場合もありうるが、故意の殺害の依頼であれば受諾しないと見られるXとの関係では、暴行・傷害の囑託にとどまることが重要なのであり、やはり、Aの囑託（同意）は故意の殺害行為を内容とするものではないというべきように思われる⁽¹²⁾。

(2) 仮に客観的には同意殺人罪の事実が実現されたといえるにしても、第2に、異なる構成要件にまたがる錯誤において、構成要件が（実質的に）重なり合う限度で犯罪の成立を認める判例・通説の立場から、傷害（致死）罪と同意殺人罪が後者の限度で重なり合うといえるかが問題となる。

①傷害（致死）罪と殺人罪であれば、身体の生理的機能を害するにとどまる傷害（致死）罪の限度で重なり合うといえ⁽¹³⁾、また、②殺人罪と同意殺人罪であれば、被害者の意思に反しない同意殺人罪の限度で重なり合いがあるとされる⁽¹⁴⁾。これに対して、傷害（致死）罪と同意殺人罪となると、①の観点からは同意殺人罪の方が大きく、②の観点からは傷害（致死）罪の方が大

(12) これは、同意の内容をいうものであり、同意の表示の要否や行為者の同意認識の要否とは別の問題である。なお、菅沼・前掲注3・430頁、434頁は、認識必要説の立場から、囑託殺人罪は「生命という法益の重要性ゆえに、被殺者と行為者の双方が殺害行為の囑託について正確に認識していて、その認識の間に齟齬がなく全く一致している場合のみが想定されている」との前提に立った上で、札幌地裁の事案では、『殺害行為の囑託に関する両者の齟齬のない合意』が存在しないため、そもそも囑託殺人罪が問題とならない事案である」と述べる。

(13) 傷害の意思で他人の殺人に関与した共犯者は、殺人罪ではなく（38条2項）、傷害致死罪の共犯の限度で処断される（最判昭和25年10月10日刑集4巻10号1965頁、最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁）。

きいため、いかなる範囲で重なり合いが認められるのかは必ずしも明らかでない。というより、単純に両構成要件を対比しても判断のしようがないであろう。(同意の体系的位置づけは度外視して、) 傷害(致死)罪には被害者の同意のない類型とあるタイプの両者が含まれている点を分析的に見るならば、両罪は、同意のあるタイプの範囲内かつ傷害(致死)の範囲内で重なり合うことになり、適用法条は(同意のある類型という限定つきで)傷害(致死)罪のそれになるように思われる⁽¹⁵⁾。結局、法定刑の不合理的は解消されないのである。

2. 札幌地裁の解釈

(1) そこで、札幌地裁は、205条・202条につき新たな解釈を施すことにより、202条を適用する途を開いた。Iで述べたように、殺害の囑託を受けた者が、暴行または傷害の故意で暴行を加え、結果として人を死亡させる「囑託傷害致死類型」は、両条の法定刑からすると、205条ではなく202条で捕捉される、すなわち202条の「殺した」は殺害がない場合をも含む、という

(14) 有効な同意がないのにあると誤信して被害者を殺害した場合、殺人罪ではなく(38条2項)、同意殺人罪により処断される(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日東時29巻11号188頁、名古屋地判平成7年6月6日判時1541号144頁)。

(15) 1審の匿名解説も、「殺意を除いた傷害致死罪の範囲でしか重ならないため、錯誤論を適用しても、結局、傷害致死罪を認めるしかなかろう」としている(判タ・前掲注2・369頁。同旨、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第3巻〔第3版〕』(青林書院、2015年)218頁〔佐久間修〕)。

なお、匿名解説は、「不法・責任符合説によれば囑託殺人罪の成立を認める余地があるかもしれない」と述べる(判タ・前掲注2・369頁。同旨、嘉門・前掲注2・162頁)。しかし、同説は、構成要件の規定する不法・責任内容が符合する範囲で故意犯の成立を認めるものであるところ(町野朔「法定的符合について(下)」警察研究54巻5号(1983年)8頁以下、最決昭和61年6月9日刑集40巻4号269頁の谷口正孝補足意見)、囑託殺人と傷害致死の不法・責任内容の符合範囲は本文で述べたのと同じことになり、結論は変わらないのではないかと思われる。

のである。その上で、地裁は、XにはAの嘱託が殺害の嘱託であることを認識していないという錯誤がある、すなわちXの故意は205条のそれであるものの、客観的には202条後段の規定する嘱託傷害致死類型を実現したとして、錯誤論の適用により、202条後段に規定された嘱託傷害致死罪の成立を認める。ここでは、202条に嘱託傷害致死類型が含まれるとの解釈によって、205条と202条（嘱託傷害致死）との間に、199条と202条（嘱託殺人）の関係と同様の重なり合いが作出されているのである。

(2) 既述のように、地裁のこの解釈は、すぐさま検察官および弁護人の双方から法令解釈を誤ったものと非難され、高裁によって否定される場所となった。学説でも、一部に地裁の解釈を支持する見解があるものの⁽¹⁶⁾、多くは否定的な評価をしている。

地裁は、「『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むうるものであって、同様の文言使用例として、刑法204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」という⁽¹⁷⁾。しかし、高裁が適切に反論するように、日常用例としてはそうだとしても、刑法の解釈としては無理がある。すなわち、刑法は、殺意がある場合については「人を殺した」(199条)、殺意なく人の死を惹起した場合については「人を死亡させた」(205条、210条など)との文言を用いているのであり、199条と同じく第26章「殺人の罪」に規定された202条の「殺した」も、殺意のない場合を含まないと解される。204条の「傷害した」に暴行の結果的加重犯が含まれるとの解釈は、208条の「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったとき」という文言を受けてのものであり、そのような手がかりのない202条に殺意なき場合を含める根拠とはならない⁽¹⁸⁾。体系的な位置や文

(16) 若尾・前掲注2・106頁。

(17) 判タ・前掲注2・373頁。

言からすれば、205条は、204条と同じく被害者の同意のある場合をも含めて、すなわち、被害者が暴行・傷害のみならず致死結果の発生を是認している場合をも包含して、暴行・傷害の故意による行為を捕捉しているとする方が素直であろう⁽¹⁹⁾。

Ⅲ. 204条を適用する見解

学説では、傷害罪(204条)の成立にとどめることにより、205条の定める刑の下限よりも軽い処罰を可能とする見解が主張されている。ここでは、傷害部分から切り離して致死部分だけを不問とする根拠が問題となる。

1. 適法な自殺の「間接正犯」

(1) ある説は、札幌事案の実態を、AがXを「道具」として利用して不可罰の自殺を実現したものと捉え、自殺は適法であるとの前提に立った上で、「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責任を問われない」という⁽²⁰⁾。

(2) しかし、致死部分がAの自殺として適法であるとはどういう意味なのか、また、傷害部分と致死部分を分けて後者への関与だけを不可罰とする

(18) 門田・前掲注2・113頁、菅沼・前掲注3・433頁。1審の匿名解説は、240条の「死亡させた」に殺意のある場合が含まれるとの解釈をも指摘して、文言は決定的でないとして述べるが(判タ・前掲注2・369頁)、その解釈の理由は、同条の法定刑の重さのほか、その立法趣旨、未遂規定(243条)の存在意義、結果的加重犯で用いられる「よって」の文言の不存在などにも求められるのであって、地裁の解釈を正当化するほどの根拠にはならない(久木元・前掲注3・24頁)。

(19) 安達・前掲注3・164頁。

(20) 神元・前掲注3・452頁以下。

区別がいかなる根拠に基づくのかにつき、十分な説明は与えられていない。

論者は、自殺は適法・不可罰だから致死部分もそれを構成するものとして不可罰であるとするようであるが、202 条の存在から明らかなように、仮に生命処分が本人にとっては適法だとしても、それへの他人の関与まで適法になるとは限らない。また、致死部分と同じように、傷害部分も、A の適法・不可罰の自傷として適法であり責任を問われないとの結論にならないのはなぜかとの疑問が生じる。

X が A による自殺の「間接正犯」の「道具」であるにしても、通常の間接正犯においてそうであるように⁽²¹⁾、故意犯であれ過失犯であれ、X に犯罪の成立を否定する理由はない。確かに、所為の実態が A の「自殺」であることを知っている A の方に優越的知識が認められるけれども、X 自身に暴行・傷害の故意があつて、致死結果に対する過失も認められることに変わりはないからである。また、傷害部分は故意正犯として可罰的であるが、致死部分は構成要件該当性のない自殺への過失「共犯」だから不可罰であるというように、X の関与形態の違いに区別の根拠を求めることも、本件行為がすべて X の手により実行された 1 個のものである以上、困難であろう⁽²²⁾。

以上のように、X が A による適法な自殺の「間接正犯」の「道具」であるというだけでは、X の犯罪成立を否定することはできず、ましてや故意の傷害部分と過失の致死部分とで可罰性評価を異にすることは難しいと思われる。

(21) たとえば、医師が事情を知らない看護師に指示して患者に劇薬を注射させる場合、通説は、看護師に過失致死罪が成立しうるとしても、医師に殺人罪の間接正犯の成立を認める（大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法 第5巻〔第2版〕』（青林書院、1999年）74頁〔高窪貞人〕参照）。また、屏風の背後に人がいるの知らない者に指示して屏風を撃たせる場合、被利用者に器物損壊罪・過失致死罪が成立しうるとしても、指示者に殺人の間接正犯を認めるのが多数である（団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）159頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）162頁など）。

2. 同意による犯罪成立阻却

(1) 理論的により明快なものとして注目されるのは、故意・過失の差異を同意の犯罪成立阻却効に反映させる見解である。すなわち、①故意の傷害部分については同意による犯罪成立阻却を否定するが、②過失による致死部分についてはこれを肯定することにより、傷害罪の限度で成立を認めるのである⁽²³⁾。

①は、これまで盛んに議論されてきた同意傷害の処罰範囲の問題であり⁽²⁴⁾、一部の学説は、202条のような明文規定の不存在などを理由として、その可罰性を一律に否定するものの⁽²⁵⁾、判例・通説は、一定の場合に処罰を肯定する。処罰範囲を決する規準について理解は分かれるが、それを行為の社会的相当性からの逸脱に求める⁽²⁶⁾にせよ傷害の重大性に求める⁽²⁷⁾にせよ、同意傷害致死では、現に死亡結果が発生し、その結果は暴行・傷害行為の有する危険の

(22) 自己答責性原理のもと、致死結果は被害者が自己答責的に惹起したものであるとして、被害者に「正犯」的答責性を認め、その反面、行為者の関与を「共犯」にとどめる理解もあるかもしれない。しかし、自殺関与を不可罰とする法状況を前提にしてその範囲を広げていこうとするドイツの議論が、自殺関与をも処罰する日本において妥当するかは疑わしい。また、被害者に自己答責性を認める要件・範囲について、一致があるわけでもない。少なくともドイツの判例は、一般の正犯と共犯の区別規準に従い、行為者が死亡結果発生につき騙されていても、その危険を基礎づける事情を正しく認識して実行した場合には、行為者に行為支配 (Tatherrschaft) ないし危殆化支配 (Gefährdungsherrschaft) があるとして正犯性を認めている (前掲注7・NJW 2003, 2327. ドイツの判例・学説の状況については、さしあたり、鈴木彰雄「過失により他人の自殺に加功した者の刑事責任——ドイツの理論状況について——」名城ロースクール・レビュー9号 (2008年) 61頁、自己答責性原理についてより詳細には、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、2004年) とくに191頁以下を参照)。

(23) 林・前掲注3・4頁以下。

(24) 詳細は、佐藤陽子『被害者の承諾』(成文堂、2011年) 258頁以下、塩谷・前掲注22・126頁以下などを参照。

(25) 西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』(有斐閣、2010年) 364頁〔深町晋也〕、高山佳奈子「自己決定とその限界 (上)」法学教室284号 (2004年) 61頁など。

現実化したものとして因果関係が肯定される以上、基本的には、傷害行為は死亡という重大な結果を発生させる危険を有していたといわざるをえず、同意に犯罪成立阻却効は認められないであろう。

これに対して、②に関わる、過失致死傷罪において同意があった場合の処理については、①ほど十分に議論されてきたわけではない⁽²⁸⁾。被害者が死傷結果にまで同意している事例を扱った裁判例が見られないこともあろうが⁽²⁹⁾、現実におよそ起こりえないものではない。札幌事案での A の依頼内容を、銃弾が装填されていない旨騙して引き金を引くよう指示するなど、暴行・傷害によらない行為に変形すれば、過失致死罪において同意が存するケースが現れる⁽³⁰⁾。この場合の犯罪成立阻却の肯否につき、故意の傷害の場合と同様の

(26) 大塚・前掲注 21・421 頁、福田平『全訂刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣、2011 年）181 頁など。保険金詐取目的で行われたことを理由に違法阻却を否定した最決昭和 55 年 11 月 13 日刑集 34 卷 6 号 396 頁も、この立場と解される。

(27) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975 年）254 頁、大谷・前掲注 8・254 頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986 年）587 頁以下、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008 年）322 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013 年）224 頁など。

(28) さしあたり、田中優輝「被害者による危険の引受けについて（四）、（五）・完」法学論叢 174 卷 3 号（2013 年）62 頁以下、5 号（2014 年）86 頁以下を参照。

(29) これに対して、危険な行為の遂行は是認しているが、その危険が侵害結果に現実化することまでは望んでいないいわゆる危険の引受けの事例については、裁判例が存在する（千葉地判平成 7 年 12 月 13 日判時 1565 号 144 頁〔ダートトライアル事件〕）。これも被害者の同意の法理により処理されてよいと思われるが（林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2008 年）173 頁、齋野彦弥『刑法総論』（新世社、2007 年）131 頁、田中・前掲注 28・「(四)」58 頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015 年）167 頁など）、侵害結果の発生に同意がないとして、同意論とは別の解決を探る見解も有力である（自己答責性論として塩谷・前掲注 22・369 頁以下、社会的相当性論として十河太朗「危険の引受けと過失犯の成否」同志社法学 50 卷 3 号（1999 年）340 頁以下など）。千葉地裁は、危険の引受けと社会的相当性を違法阻却の理由に挙げている。

(30) 類似事例として OLG Nürnberg Beschl. v. 18.9.2002, NJW 2003, 454（鈴木・前掲注 22・65 頁以下に紹介あり）。このほか、前掲注 7 のドイツの裁判例を参照。

規準で判断する見解もあるが⁽³¹⁾、故意の場合と過失の場合とでは、他人の生命・身体に対する尊重要求に抵触する態様が異なることなどを理由に、故意の殺人・傷害罪の場合には同意の犯罪成立阻却効に制約を認めながら、過失致死傷罪の場合には制約を認めない理解がありうる⁽³²⁾。後者の見解を傷害致死罪の致死部分にも当てはめれば、同意傷害致死について傷害罪の限度で成立を認める帰結が導かれるのである⁽³³⁾。

(2) しかし、同意過失致死傷につき一律に犯罪成立阻却を認める見解に立つとしても、傷害致死罪を故意の傷害部分と過失の致死部分に分断して処理するのが妥当かには疑問が残る。故意の傷害行為が被害者の同意の存在にもかかわらず処罰される理由を生命に対する危険に求める、すなわち、同意殺人未遂も処罰される(203条)ことの延長線上において、傷害と殺人の連続性にかんがみ、傷害の故意にとどまる生命危殆化も処罰されるべきであると見るならば⁽³⁴⁾、他人の身体に対する尊重要求への強度の違反が認められる以上、致死結果まで含めて行為者に帰責してよいはずである。傷害致死罪における致死部分は、故意の傷害行為が有する具体的な危険が現実化したものにはかならないのであり、故意が及んでいないとして致死部分だけを切り離して処罰から排除するのは不自然ではないかと思われる。

IV. 205条の適用と法定刑の問題

以上のように見てくると、同意傷害致死を捕捉するのはやはり205条というべきである。同意による犯罪成立阻却は、Ⅲ2で述べたように、認められ

(31) 塩谷・前掲注22・158頁以下、275頁以下。

(32) 田中・前掲注28・「(五)・完」101頁以下。形式的根拠としては、同意過失致死について故意の場合の202条のような処罰規定がないことも挙げられる。

(33) 林・前掲注3・5頁。

(34) 田中・前掲注28・「(五)・完」100頁。

ないであろう⁽³⁵⁾。問題は、地裁のいう法定刑の不均衡をどう考えるかである。

1. 法定刑の差異の説明可能性

同意殺人と同意傷害致死を比べた場合、法定刑に不均衡があるように見える。しかし、以下に述べる通り、202 条の法定刑が普通殺人を規定する 199 条のそれに比べて大きく引き下げられている根拠を踏まえれば、202 条と 205 条の法定刑の差異は十分に説明可能なものと思われる。

(1) 202 条に規定された各行為類型に共通するのは、被害者が自己の生命を放棄している点である。したがって、減軽根拠は、まずもってその意味での違法減少に求められ、7 年を超える自由刑を科さないこととされているものと解される。

この意味での違法減少は、205 条で捕捉される同意傷害致死にも同じく妥当する。205 条の刑の上限は懲役 15 年であるが、これはいうまでもなく同意のない場合をも含んでいるからであり、202 条との上限の差異は容易に説明可能である。

(35) 札幌事案でも、生命に対する高度の危険を理由に、違法阻却は否定されている。なお、地裁判決は、嘱託傷害致死類型の違法阻却の肯否は、「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わせて決すべきものである」と判示する。同意傷害に関する前掲注 26・最決の判示する一般論が意識されていると見られるが、同決定は、「承諾を得た動機、目的」を考慮要素に挙げつつ、これを、違法阻却を否定する方向で考慮していた（その他、不義理のけじめをつけるための指つめを「公序良俗に反する」とした仙台地石巻支判昭和 62 年 2 月 18 日判時 1249 号 145 頁参照）のに対して、地裁判決は、犯行に至る「経緯」を、違法を減少させる方向で考慮している点が注目される。もっとも、その具体的内容は、A がモデルデビューさせてやると偽って X を取り込み、X に多額の金銭的負担をさせ、また、「悪」の組織に狙われているなどと嘘を言ったなどの背景のもと、X は「A によって追い詰められた心理状態の中で」行為に及んだとの点であり、違法減少というより、責任段階あるいは酌量減軽において考慮されるべき事情にすぎないように思われる。

(2) 他方、202条の減軽根拠として、違法減少のほか、責任減少も挙げられることが多い⁽³⁶⁾。確かに、単純な承諾殺人も減軽類型とされているため、責任減少を202条のすべての行為類型に共通する減軽根拠ということはできないが、とりわけ嘱託殺人では、責任非難の程度が相当軽微なケースが(ある程度典型的に)見られることは否定しがたく、そうした場合を想定して、刑の下限が、故意の生命侵害にしては相当に軽い6月に設定されていると考えることにも理由があると思われる⁽³⁷⁾。札幌高裁も、たとえば、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嘱託を受けて、やむにやまねず殺害を実行した場合など、真に同情すべき動機・経緯に基づく行為類型では、「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」と評価でき、このような限られた行為類型では懲役1年6月を下回る量刑が相当とされることもありうると述べている⁽³⁸⁾。また、202条前段に規定されている自殺教唆・幫助罪は、後段の同意殺人罪に比べて行為者の関与の程度が軽微であり、違法性の点で差があるとすれば⁽³⁹⁾、その観点

(36) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(創文社、1990年)399頁、大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』(有斐閣、2005年)19頁など。

(37) ドイツ刑法216条は、「被殺者の明示的かつ真摯な嘱託により殺害に出ることを決意した」行為者に限って減軽処罰を認め、これに当たらない殺人は被害者の同意があっても通常の殺人罪で処罰されるため、一般には、違法減少と並んで責任減少も減軽根拠に挙げられる (*Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* 29. Auflage, 2014, § 216 Rn.1; *Rössner/Wenkel*, in: Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 3. Auflage, 2013, § 216 Rn.1. ただし、違法減少または責任減少のいずれか一方で説明する見解も有力であるほか、論者によってその説明の仕方にも差異がある。Vgl. *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 2*, 4. Auflage, 2013, § 216 Rn.2)。

(38) 現に、そうした安楽死事例にかかる嘱託殺人事件について1年6月を下回る刑を言い渡した裁判例が多数見られるようである(神元・前掲注3・164頁参照)。なお、202条に禁錮刑が定められているのも、本罪が利他的な動機によって行われることがありうることを想定したものと解される(井田良『刑法各論〔第2版〕』(弘文堂、2013年)19頁)。

からも 202 条の刑の下限の低さを説明しうるであろう⁽⁴⁰⁾。

こうした事情は、殺意を持たずに傷害行為に出る同意傷害致死では、通常は見られないとあってよい⁽⁴¹⁾。すなわち、202 条の下限付近には、関与の程度が軽微なケースのほか、生に苦しむ被害者の境遇に同情して、被害者のために殺害行為に出るといふ、同意傷害致死には通常妥当しない事情を抱えたケースが存在するのであり、205 条との下限の差異も合理的に説明可能なのである。

2. 205 条の法定刑の枠内での処理

(1) 以上のように、法定刑の差異を合理的に説明しうるのであれば、裁判所としては、基本的には与えられた法定刑・処断刑の枠内で刑を言い渡せば足りる。刑法が違法・責任の程度あるいは情状において様々ありうる犯罪行為をある程度包括的に類型化して規定し、それを反映して幅のある法定刑を設定している以上、刑に（表面上）若干の不整合が生じることは致し方ないのであって、法定刑・処断刑の枠内で当該行為者の責任に見合った刑を科すことができるのであれば、不合理はないというべきであろう⁽⁴²⁾。札幌地裁のように、形式的に法定刑の不均衡だけを見て、前述のような無理のある解

(39) 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法 第 10 卷〔第 2 版〕』（青林書院、2006 年）347 頁〔金築誠志〕、内田文昭『刑法各論〔第 3 版〕』（青林書院、1996 年）18 頁、中森喜彦『刑法各論〔第 4 版〕』（有斐閣、2015 年）10 頁、井田・前掲注 38・19 頁。

(40) 菅沼・前掲注 3・437 頁。

(41) 深町・前掲注 3・159 頁。

(42) 菅沼・前掲注 3・436 頁。もちろん、犯罪類型を抽象化して法定刑の幅を広くとることの妥当性は問われうるが、現行刑法の立法者は、そうすることによって裁判官の裁量の幅を広げ、刑の範囲を狭くしていたために情状に応じた科刑を妨げていた旧法の弊害を回避することを意図していたのである（松尾浩也増補解題・倉富勇三郎ほか監修『増補 刑法沿革綜覧』（信山社、1990 年）2159 頁〔明治 40 年刑法改正政府提案理由書〕）。

積を行うのは、実質的には裁判所が国会に代わって立法を行うに等しく、罪刑法定主義の観点から問題があるといわざるをえない⁽⁴³⁾。

（２） １で述べたことを踏まえれば、①同意傷害致死の場合、202条の同意殺人罪の違法性との対比から、同条の上限7年を超える刑を科すことは想定されない。また、②同意殺人において、責任非難の程度が極めて小さいないし利他的動機から行為に出たとはいえないケースでは、205条の下限3年（あるいは酌量減輕をした場合の1年6月）を下回る刑を言い渡すことは想定されないことになる⁽⁴⁴⁾。

これを法令解釈の帰結と見て、裁判所の刑の適用を制約することも考えられなくはない。すなわち、それを逸脱した量刑判断は、「法令の適用の誤」（刑訴380条）を理由として控訴されるとの理解である。①については、204条で処罰される同意傷害において既に指摘されている⁽⁴⁵⁾。殺人と傷害の連続性を前提とすれば、そのような解釈に至るのが自然かと思われるが、他方で、殺人とは異なって負傷後も人生が続くことを前提とする傷害の場合、自己の

(43) 川瀬・前掲注3・83頁、久木元・前掲注3・23頁。現在、強盗罪（236条）との比較などから、強姦罪（177条）の法定刑の下限の引上げが検討され、法制審議会に諮問されているように、立法的に法定刑の不均衡を是正すべき場合があることはもちろん否定されない（現行刑法における種々の法定刑不整合を指摘するものとして、大越義久「法定刑について」神奈川法学47巻2号（2015年）1頁）が、法定刑の不均衡に過度にとらわれて新たな解釈論を展開するのは、裁判所の役割を超えていると思われる。

(44) 高裁で取り調べられた捜査報告書によると、平成22年から24年の3年間における嘱託殺人既遂27件において、介護疲れなどの被告人に相当酌むべき事情が認められる事案でも執行猶予付きとはいえ2年6月ないし3年に処せられており、1年6月を下回った事例は見当たらないとのことである。

(45) 内藤・前掲注27・601頁、井田・前掲注27・323頁、佐伯・前掲注27・224頁、塩谷・前掲注22・158頁、葛原ほか・前掲注8・181頁〔橋田〕。同意傷害致死に関して、門田・前掲注2・113頁、菅沼・前掲注3・435頁、安達・前掲注3・164頁。もっとも、法令解釈としての主張なのか、量刑不当の事由になるという趣旨なのかは明らかでない。島田聡一郎「議論のまとめ」山口編著・前掲注10・34頁は、典型的に量刑不当になると述べている。

傷害と引き換えに得る意味・利益が社会的に容認できるか否かを問うことは決して不当でなく、公序良俗の維持の観点から違法性が大きい場合があるとして、7年を超える量刑も直ちに違法となるものではないとの見解もある⁽⁴⁶⁾。その是非はともかくそうした理解もありうること、また、法定刑の範囲を制限することは、被告人に有利な方向とはいえ、裁判所が刑罰法規の一部を無効にする立法を行うに等しいことからすると、7年を超える宣告刑は「刑の量定が不当」(刑訴 381 条)として控訴理由となるにすぎないと解するべきであろう⁽⁴⁷⁾。ましてや、②のように刑の下限を制約することは、被告人に不利なものであるため、罪刑法定主義の点で、上限の制約よりも一層問題が大きい。しかも、承諾殺人だからといっておよそ責任減少等の事情が認められないわけでもないであろうから、そのような解釈は妥当でないと思われる⁽⁴⁸⁾。

(46) 渡辺・前掲注 8・10 - 11 頁、13 頁。この理解によれば、同意傷害の違法阻却の肯否に関して行為の動機・目的を考慮する前掲注 26 の判例の立場も支持されると述べられている。

(47) 法定刑の上限の制約が問題となった裁判例として、道路運送法の自家用自動車有償運送の罪に関する東京高判平成 11 年 3 月 12 日判タ 999 号 297 頁がある。本判決は、貨物軽自動車の有償運送については、法令の相互関係上、罰金 20 万円を超える部分を適用することは許されないとし、これを超える刑を言い渡した原判決を、法令適用の誤りを理由として破棄しているが、本文に述べたのと同趣旨の批判がある(松宮孝明「判批」『平成 11 年度重要判例解説』(有斐閣、2000 年) 146 頁)。

(48) 処断刑の下限の制約が議論される例として、強盗を遂げたが強姦は未遂にとどまった場合の強盗強姦未遂罪がある。未遂減輕するに際しては、強盗が既遂に達してその法益侵害が惹起されていることから、(法条競合として適用が排除された)強盗罪の法定刑の下限 5 年を下回ることは許されないとの見解もある(宮崎地判昭和 53 年 2 月 16 日判時 900 号 118 頁、町野朔「法条競合論」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣、1990 年) 434 頁、西田ほか編・前掲注 25・714 頁〔山口厚〕)が、これに対しては、結合犯規定の意義を無視するものである、あるいは、法律上は十分可能な解釈の余地を被告人に不利益な方向で限定する点で問題がある、といった批判が向けられている(東京高判平成 5 年 12 月 13 日判タ 853 号 277 頁、中森喜彦「判批」判例評論 440 号 (1995 年) 256 頁)。

(3) もちろん、法定刑に差があること自体には合理的理由があるとしても、かつての尊属殺人罪のように、その差が看過できないほど大きい場合には、憲法上の問題を生じさせる⁽⁴⁹⁾。しかし、同意傷害致死の場合、そこまで刑の不均衡があるとはいえないであろう。酌量減輕を行えば、205条の下限は懲役1年6月まで引き下げられる。202条の下限6月との間には1年の開きがあるものの、前述1のように、202条は、利他的動機から出た、責任非難の程度の大きく減退した事案をも含んでいる。同意傷害致死でそのような事情がおよそ認められないわけではないが⁽⁵⁰⁾、同意殺人の場合ほど責任減少の程度が大きいといえるかは疑問であるほか、そうした事案では執行猶予が付されるであろうことを踏まえれば、決定的な不都合が生じるわけではない⁽⁵¹⁾。

札幌事案を見ても、地裁はXを懲役1年2月(執行猶予3年)に処しているが、その量刑の理由では、AがXを騙し精神的・経済的に追い詰めて本件行為に及ばせた点が指摘されているだけであり、前述のような無理のある解釈をしてまで1年6月を下回る刑に処する必要性は、少なくとも判決文の上

(49) 旧200条は、法律上の減輕および酌量減輕を行っても執行猶予を付けられない点で加重の程度が大きすぎるとして、憲法14条1項に違反すると判断された(最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁)。

(50) たとえば、前掲注7で紹介したドイツの裁判例の被告人は、数本の指と口・舌を動かせるだけの重度の身体障害を抱える患者をできる限り援助してやりたいとの思いのもと、性的興奮を得るためという患者の嘘を真に受け、要求された行為に出た旨認定されている(NJW 2003, 2326)。

(51) ドイツ刑法227条の傷害致死罪も、注7で述べたように下限を3年としており、嘱託殺人罪(216条)の下限6月より重い。同意がある場合には、227条2項の規定する犯情の重くない事案として、1年以上10年以下の自由刑に処せられるが(*Stree/Sternberg-Lieben*, a.a.O.(Anm.37, Schönke/Schröder), § 227 Rn.10; *Paeffgen*, a.a.O.(Anm.37, Nomos Kommentar), § 227 Rn.20)、それでも216条との間で下限につき6月の開きがある。しかし、216条の場合とは異なって、傷害(致死)罪では、利他的動機が欠如するのみならず、行為者自身の利益のために行為に出ることが多いなどと説明され(*Hirsch*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky*, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 11. Auflage, 2001, § 228 Rn.52)、刑の差は問題視されていない。

からは窺われないように思われる。むしろ、高裁が指摘するように、Xは、これまでにかかった費用を取り戻したい、Aとの関係を終わらせたいといった自己の欲動から、かつ、Aが抱える悩みを知らずに本件行為に出たのであり、責任非難の程度が小さいとはいえない。205 条を適用した上で酌量減輕を行い、懲役 2 年（執行猶予 4 年）を宣告した高裁判決の結論が不合理とは思われないのである⁽⁵²⁾。

ただし、2004 年の刑法改正により、205 条の法定刑の下限が 2 年から 3 年に引き上げられ、202 条との差が大きくなったことには留意を要する。立案担当者の説明では、傷害致死罪は故意の犯罪行為によって人の死という重大な法益侵害を惹起する罪の典型であり、殺人罪の下限引上げと同じく、刑の下限の持つ規範的意味・メッセージ性を考えて重く評価するといったことが述べられているだけである⁽⁵³⁾。199 条の下限付近には見られない行為類型が 205 条の下限付近に含まれていることが十分に意識されていたかは疑わしく、この下限引上げを問題視する指摘⁽⁵⁴⁾には理由があると思われる⁽⁵⁵⁾。

(52) 高裁の結論を妥当とするのは、菅沼・前掲注 3・436 頁、安達・前掲注 3・164 頁。なお、外国ニ於テ流通スル貨幣紙幣銀行券証券偽造変造及模造ニ関スル法律（明 38 法 66）1 条 1 項の刑の下限につき、刑法 149 条との不均衡が問題となった事案で、下限を刑法 149 条のそれにまで引き下げた 1 審判決の解釈を否定し、酌量減輕により対処すれば足りるとしたものとして、最判昭和 30 年 7 月 7 日刑集 9 卷 9 号 1816 頁がある。

(53) 法制審議会刑事法（凶悪・重大犯罪関係）部会第 3 回・第 4 回会議議事録（法務省ホームページ）。

(54) 安達・前掲注 3・164 頁、「2014 判例回顧と展望 刑法」法律時報臨時増刊（2015 年）65 頁〔本田稔〕。

(55) この下限引上げは、改正前であれば酌量減輕を経ることにより可能であった再度の執行猶予（25 条 2 項）を不可能にする意味を持つ。もちろん、故意の犯罪行為により人を死亡させる重大な罪については再度の執行猶予を付すに値しないとの判断もありうる、あるいは「情状に特に酌量すべきものがある」といえる場合はほとんどないかもしれないが、同意傷害致死を想定してこうした議論がなされた形跡はない。

3. 訴訟準備・進行上の不都合？

こうして、裁判所が、202条は違法・責任の程度のかなり小さい場合をも捕捉していることを踏まえつつ、事案を適切に評価して処断するならば、同意傷害致死に205条を適用しても不合理は生じないと解される。もっとも、殺意のない205条の方が形式的には刑の下限が低いため、訴訟準備・進行上の不都合が生じると地裁がいうのも理解できなくはない。すなわち、202条で起訴された場合、弁護人としては、被告人の否認に従って殺意を争うと、被告人を205条による重い処罰の危険にさらすことになり、だからといって殺意を争わないのは真実義務に反するというのである。

しかし、これも高裁の判示するように、最終的な宣告刑が重くなることは通常は想定しがたいことなどを被告人に説明した上で殺意を争うのであれば、問題はないというべきである⁽⁵⁶⁾。むしろ、殺意を否認する被告人にとっては、いくら法定刑の下限が軽いからといって、同意「殺人」犯人として扱われる方が耐え難いこともあるように思われる⁽⁵⁷⁾。逆に、適切な助言を受けた被告人が、予想される事実認定や量刑などを考慮して殺意を争わないという場合も、それに沿った弁護方針を選択することが弁護人の義務に反するとはいえないであろう⁽⁵⁸⁾。

V. おわりに

本稿の結論をまとめると、以下の通りである。同意傷害致死の適用罰条は

(56) ただし、同意殺人罪とは異なり法定合議事件(裁判所法26条2項2号)である傷害致死罪に訴因変更された場合は、裁判員裁判になる(裁判員法2条1項2号。参照、辻裕教『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)』法曹時報59巻11号(2007年)89頁。傷害致死罪で起訴された札幌事案も裁判員裁判である。)。この点も不均衡な感を生じさせるが、法定刑を基準にして対象事件が決められている以上、やむをえない。

(57) 齊藤・前掲注7・101頁参照。

205 条である。そこでいう同意の内容は、故意の暴行・傷害行為を許諾し、かつ、致死結果が生じても構わないというものであり、故意の殺害にまで同意していると見るべきではない。202 条後段を適用する解釈には無理がある (Ⅱ)。現に死亡結果が生じている以上、同意の存在のみを理由として犯罪の成立が阻却されることはほとんど考えられない。204 条にとどめることも難しい (Ⅲ)。205 条と 202 条との間に見られる法定刑の差異は合理的に説明可能であり、205 条によって処断しても不合理は生じない。札幌事案についても、205 条の法定刑・処断刑の範囲内で適切な解決が可能であり、地裁判決のように形式的な法定刑の不均衡を過度に重視して無理のある解釈論を展開するのは、罪刑法定主義の観点から妥当でない (Ⅳ)。

もともと、地裁判決の提起した問題意識は、全く意味のなかったものではない。現行法には (少なくとも形式的・表面的には) 法定刑の不整合などところがあることを改めて認識させたほか、安易に刑の下限を引き上げたことの問題性を浮かび上がらせたといえる。しかし、法解釈・事案解決としては、高裁の判示するところが支持されるべきである。本稿は、とくに目新しい主張を提示しているわけではないが、札幌事案のような「自殺の間接正犯」事例は、実際に起こりえないものでは決してなく、また、理論的にも錯誤論、同意論、正犯・共犯論に関わる重要なものであり、これらに一通り検討を加えたことには何某かの意味はあろうと考える。論点が多岐にわたったこともあって、考察の不十分なところもあると思われるが、今後さらに検討を深め

(58) 弁護人は、被告人の正当な利益のために誠実を尽くすべき立場にあり、真実義務を負うとしても、それは積極的に真実を歪める行為をしてはならないという消極的なものにとどまる。その具体的理解にも様々なものがあるが、身代わり犯人のように無実の者があえて処罰を求めるケースであればともかく、本文のような場合にまで真実義務に反するという見解は多くはないのではないかと思われる。弁護人の誠実義務・真実義務については、さしあたり、佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理』(有斐閣、2007 年) 19 頁以下、森際康友編『法曹の倫理 [第 2.1 版]』(名古屋大学出版会、2015 年) 157 頁以下〔笠井治〕を参照。

ていきたい。

*本稿は、科研費若手研究（B）（課題番号 25780047）の助成を受けた研究成果の一部を含むものである。