

〔論 説〕

嘱託傷害致死類型を巡る裁判例の評釈

三代川 邦夫

〈目 次〉

- I. 序
- II. 裁判例の紹介
 - 1 事案の概要
 - 2 第一審判決（札幌地判平成 24 年 12 月 14 日判タ 1390 号 368 頁）
 - （1）V の被殺意思
 - （2）適用される罰条
 - （3）犯罪事実と量刑
 - （4）論旨の整理
 - 3 第二審判決（札幌高判平成 25 年 7 月 11 日高等裁判所刑事裁判速報集（平 25）号 253 頁）
 - （1）法定刑・処断刑の不合理性
 - （2）202 条の「殺した」という文言の解釈
 - 4 最高裁決定（最決平成 27 年 1 月 21 日 LEX/DB25506125）
- III. 評釈
 - 1 問題点の理論的構造
 - 2 法定刑の不合理性
 - （1）不合理性の意味
 - （2）法定刑の上限
 - （3）法定刑の下限
 - （4）小括
 - 3 202 条の適用の可否
 - （1）205 条の適用を排除する根拠
 - （2）202 条を適用する根拠
 - （3）205 条を適用しつつ解決する方途
 - （4）204 条の適用にとどめて解決する方途
 - （5）嘱託傷害致死類型の可罰性
- IV. 跋

I. 序

近時、殺害の嘱託を受けた者が、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た事案につき、刑法 205 条ではなく 202 条後段を適用した裁判例が登場した。

そこでの問題は、殺害の嘱託を受けた者が、殺意をもって殺した場合に嘱託殺人罪（202 条後段）として 6 月以上 7 年以下の懲役となるのに対し、殺意なく殺した場合（以下「嘱託傷害致死」と呼ぶ。）に傷害致死罪（205 条）として 3 年以上の懲役となるのは、不合理ではないか、という点にある。本稿では、当該事件に関する各審級の判断を整理し、その論旨を正確に理解した上で、論評を加えることにしたい。

II. 裁判例の紹介

1 事案の概要

既述のとおり、本裁判例において問題となっているのは法的枠組みであって、具体的な事実関係が結論に影響を及ぼす類のものではない。しかし、本件はかなり特殊な事実関係に基づく事件であり、事実関係を整理しないと事案全体を理解することが困難であるため、事案の概観を得るに際し必要な限度で、本件事実関係を整理することにした。

V は、知り合いの被告人に対し、自己がトップモデルであるとか芸能事務所副社長も務めているなどと嘘を告げ、モデルにならないかと勧誘し、被告人はこれらの嘘を概ね信じて勧誘に応じていた。しかし、デビューに向けた撮影と称して被告人は V に連れ回され、さらにその費用約 70 万円を被告人が負担させられていたこと、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、被告人は V に対しモデルになるのをやめたいと告げた。V はこれに対し、「自殺ごっこ」をしなければ被告人の命に危険が生じること、「自殺ごっこ」をすればこれまでの費用が返還されること

を告げ、やめるにしても「自殺ごっこ」だけは実行してほしいと被告人に強く迫り、被告人は了承した。

この「自殺ごっこ」とは、被告人がモデルになるのをやめたいと告げる1ヶ月ほど前にVが提案した行為である。Vによれば、とある海外の会社Aが被告人のモデルデビューを妨害しようとしており、モデル契約の締結のためにはAを撤退させなければならないが、そのためには被告人とVとが偽装心中したことを撮影し、その写真をAの関係者に見せるなどして、2人が死亡したと思わせる必要があるとのことであり、Vは被告人にこれを告げていた。Vは当初、「自殺ごっこ」の方法として具体的に、(1)被告人がVの腹部をナイフで刺した上、閉め切った自動車内で練炭を燃やす、(2)被告人がVの腹部をナイフで刺した上、高さが100メートル以上ある橋の上から飛び降りる、という2つの方法を提案した。なお、腹部をナイフで刺す理由について、自分は空手の有段者であり、強靱な肉体を持っているため、予め腹部を刺して多少のダメージを与えておかなければ、被告人と同じタイミングで気絶することができないなどと、Vは被告人に対し説明していた。

被告人とVは、「自殺ごっこ」を実行すべく、某ホテルに入室した。Vは、被告人に対し、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態勢が整っているなどと嘘の説明をした上で（被告人もこれを信じた）、「自殺ごっこ」を試みたものの失敗した。被告人はVと相談し、再び「自殺ごっこ」を実行することになり、Vは新たな「自殺ごっこ」の実行方法として、被告人に対し、お湯を張った浴槽内に横たわったVの首をバスローブの帯で絞めて気絶させた上、Vの顔を口や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、さらに、Vの腹部と心臓をベティナイフで刺すようにと指示した（以下「本件指示」という。）。そして、首を絞めて気絶しそうな時点で、Vが左手を挙げて被告人に知らせるなど、「自殺ごっこ」の細部についても具体的な打ち合わせを行なった。

被告人は、本件指示に従い、Vをお湯に沈めて気絶させたものの、Vの顔

をお湯の中から引き上げた後、V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た上、Vの左胸と頸部に手を当てて脈があることを確認し、また、ぜいぜいと苦しそうであったものの、Vが呼吸をしていることも確認した。そして、本件指示の内容には、Vの腹部と心臓をペティナイフで刺すことも含まれていたが、被告人は、V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り、ペティナイフで刺す必要まではないだろうと考え、ペティナイフを刺すことはしなかった。その後、被告人は、従前の指示どおり、睡眠薬を服用してベッドで眠った。なお、Vは、家族向けの遺書等を数通遺していた。

V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。

2 第一審判決(札幌地判平成24年12月14日判タ1390号368頁)¹⁾

第一審は、本件の争点を、事実関係にかかるもの(Vの被殺意思・嘱託)、適用される罰条および違法性阻却事由の錯誤の存否の3点にあると述べ、判断を下している。このうち、事実関係の争い自体については本稿の関心事ではないため、その結論だけ簡潔に示すことにする。違法性阻却事由の錯誤については、実質的に特に問題となるような事情が本件では見受けられないため²⁾、適用される罰条にかかる判示を要約して紹介する。

1) 評釈として、門田成人「判批」法セミ706号(2013)113頁、田中優輝「判批」判例セレクト2013[J](法教401号[2014]付録)31頁、嘉門優「判批」新・判例解説Watch(法学セミナー増刊)14号(2014)159頁、若尾岳志「判批」刑事法ジャーナル39号(2014)101頁がある。

2) なぜこの点を弁護人側が問題としたのか、いまひとつ判然としないが、(1)特異な経緯を経ており、被告人は精神的に追い詰められた状態で行為を行っている点、(2)救命態勢が整っていると考えていた点が、問題とされているようである。これらは、量刑に影響を及ぼしうる因子であろうし、(2)については自己の行為の危険性の錯誤を捉えて事実の錯誤と考えることも不可能ではないだろうが、いずれにせよ違法性阻却事由の錯誤として定式化できるようなものではなかったと思われる。したがって、実質的

(1) Vの被殺意思

先述のとおり、被害者とVとの間で取り交わされた「自殺ごっこ」の内容において、Vは気絶こそすれども、Vを死に至らしめることはないと言われていた。しかしながら、Vは、実は「自殺ごっこ」により死んでも構わないと考えていた。

したがって、被告人としては、Vから嘱託されたのはあくまで傷害行為であって殺害に関する嘱託はないという認識であったが、現実にはVの殺害の嘱託があったということである。

(2) 適用される罰条

先述のように、嘱託を受け殺意をもって殺した場合の法定刑は6月以上7年以下の懲役であり(202条後段)、殺意なく殺した場合(嘱託傷害致死類型)の法定刑は、傷害致死罪が成立すると考えるならば、3年以上の有期懲役である。嘱託傷害致死類型についてのみ酌量減輕をしても、処断刑は1年6月以上10年以下であるから、なお、殺意がない場合の方が殺意ある場合よりも処断刑が重いという不合理は解消されない。さらに、訴訟準備および訴訟進行の局面における不都合についても指摘されている。要するに、嘱託傷害致死類型の方が重いので、殺意を争う方が不利になるという逆転現象が生じ、また殺意があるという心証を形成したとしても、傷害致死罪の訴因で起訴した検察官側が訴因変更命令に応じなければ、殺意の訴因がない以上は嘱託殺人罪での有罪判決を下すことができず、結局無罪判決を下す他なくなる、というのである。

そこで、これらの不合理を解消するために、「嘱託傷害致死類型には、傷害致死罪は適用されず、刑法202条後段のみが適用されると解される」という。その理由として、「そもそも、傷害致死罪を定める刑法205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

な争点になっているとはやや考え難い。

いと考えられる。すなわち、刑法 205 条は、『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ていると解される。そして、囑託傷害致死類型は、文理上、刑法 202 条後段が定める『人をその囑託を受け…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」と述べ、「本件についてみると、V は、自らの殺害行為を、自らが死に至ることを隠して被告人に囑託し、被告人は、その囑託に基づいて、傷害の故意で V に対して暴行を加え、V を死亡するに至らしめた。V が、その囑託した行為により自らが死に至ることを隠していたため、被告人は、V が自らの殺害行為を囑託していたことを認識していなかったという点で、錯誤があるが、それ以外の点では、本件は囑託傷害致死類型に該当する。」とした。

(3) 犯罪事実と量刑

以上のように判断し、犯罪事実として「被告人と V (女) は、2 人の間で『自殺ごっこ』と称していたことを行なうために、後記ホテル『H』に入った。そこで、V は、被告人に、V の頸部をバスローブの帯で絞め付けた上、その顔面を、口や鼻から気泡が出なくなるまで浴槽の水の中に沈めるよう囑託した。V は、囑託した行為によって自らが死亡することを認識し、死んでも構わないと考えていた。被告人は、その囑託を傷害の囑託であると理解し、V が死亡することはないとの認識のもと、……浴室に設置された浴槽内に仰向けに横たわった状態の V (当時 30 歳) に対し、その頸部を 2 回にわたり、備え付けのバスローブの帯で合計約 2 分半絞め付けた上、浴槽の水中にその顔面を沈める暴行を加え、よって、その頃、同所において、V を頸部圧迫による窒息又はこれと溺水による窒息の複合により死亡させた。」を掲げたい

えて、刑法 202 条後段を適用し、懲役 1 年 2 月（未決勾留日数 370 日を算入）、執行猶予 3 年の刑に処した。

（4）論旨の整理

第二審の判決を紹介する前に、第一審の論旨をここで整理することにしよう。

第一審は、上記のような法定刑の問題を解決するために、① 205 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理解することで、205 条の適用を排除し、② 204 条の「人の身体を傷害した」という文言が傷害の故意がない場合をも含むのと同様に、202 条の「殺した」という文言には殺意を有しない場合も含むと理解することで、202 条を適用する。そして、重い 205 条の故意で軽い 202 条を実現したという評価により、202 条が適用されることになる。

3 第二審判決（札幌高判平成 25 年 7 月 11 日高等裁判所刑事裁判速報集（平 25）号 253 頁）³⁾

第二審は、被告人および検察官の双方の控訴を受け、以下のような判断により原判決を破棄し、205 条（傷害致死罪）を適用したうえで、被告人を懲役 2 年（未決勾留日数は原審と同じく 370 日を算入）、執行猶予 4 年の刑に処した。

本判決は、(1) 第一審の判断の基礎をなす法定刑・処断刑の不合理性と、(2) 202 条の「殺した」という解釈の不当性を指摘している。以下では順に、

3) 評釈として、川瀬雅彦「判批」研修 784 号（2013）77 頁、久木元信「判批」研修 786 号（2013）17 頁、林幹人「嘱託による傷害致死」判時 2228 号（2014）3 頁、菅沼真也子「判批」法学新報 121 巻 5=6 号（2014）425 頁、神元隆賢「判批」北海学園大学法学研究 50 巻 2 号（2014）151 頁、前田雅英「判批」捜査研究 768 号（2015）27 頁、安達光治「判批」平成 26 年度重判（2015）163 頁がある。

その論旨を要約して紹介する。

(1) 法定刑・処断刑の不合理性

まず、法定刑の上限については、「傷害致死罪の構成要件に被害者による殺害行為の囑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囑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。」としている。

次に、下限についても、第一審が指摘するような不合理性はないとする。まず、囑託殺人既遂において、懲役1年6月を下回る量刑が相当である行為類型は、量刑傾向に鑑みると例外的であり、そのような例外的事案を勘案して法定刑の下限が低く定められているだけで、202条の方が軽いとは言い切れない。そして、本件は、懲役1年6月未満の刑をもって臨むのが相当であるような囑託殺人の行為類型と比較すると、違法性および有責性の点で、それらと同等ないし下回るということはできない。

また、第一審の想定している行為類型が、非現実的であり、そのような行為類型を措定して、囑託殺人罪との処断刑の不合理を論じるのは相当でないという。つまり、原判決の「被告人は、被害者が自らの殺害行為を囑託していたことを認識していなかったという点で、錯誤があるが、それ以外の点では、本件は囑託傷害致死類型に該当する」という説示からすると、第一審においては、被害者による殺害行為の囑託の存在の認識が、(202条後段が適用される) 囑託傷害致死類型というための要件であると解される。しかしながら、行為者において被害者から殺害行為の囑託を受けたことを認識しつつ被害者に暴行を加え死亡させていながら、殺人の故意が未必的にも認められないという場合は容易に想定し難いため、そのような非現実的な行為類型を念頭に置いて、囑託殺人罪との処断刑の不合理性を説き起こすのは相当でないとしている。

(2) 202 条の「殺した」という文言の解釈

第一審は、202 条にいう「殺した」という文言につき、殺意がなく死に至らしめた場合も含まれると主張したが、これに対し第二審は、「殺した」ということばの文理解釈および 204 条の「傷害した」という文言解釈との関係性につき、各々批判している。

まず前者については、嘱託殺人罪と同じく殺人の罪の章の中にある殺人罪については「殺した」という表現が用いられ、傷害の罪の章にある傷害致死罪においては「人を死亡させた」という表現が用いられていることに鑑みると、殺意がある場合を「殺した」と表記し、殺意がない場合を「死亡させた」と表記していることは明らかであるという。第一審は、日常用例に照らすと「殺した」の中に殺意がない場合をも含みうるということ、解釈の根拠としているが、日常用例は拡張解釈の限界として考慮されるべき要素であって、拡張解釈の根拠として考慮されるべき要素ではない。

次に後者については、204 条の「傷害した」という文言は、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は」という文言との関係で理解されるべきだとする。つまり、208 条が暴行の故意で傷害に至らなかった場合を捕捉している関係で、204 条は暴行の故意で傷害に至った場合を捕捉しており、あくまで 208 条の規定を前提として「傷害した」に傷害の故意のない場合を含ませている。したがって、208 条の規定を前提とした表現を、208 条の規定を前提としていない 202 条の解釈に持ち込むのは、妥当でないとする。

4 最高裁決定（最決平成 27 年 1 月 21 日 LEX/DB25506125）

適法な上告理由にあたらなとして、上告棄却しており、とくに実質的判断は下していない。

III. 評釈

1 問題点の理論的構造

上でみたように、(1) 法定刑の不合理性、(2) 「殺した」(202条) という文言の解釈が、本件における主な争点である。これを、もう少し理論的に整理してみよう。

(1) 法定刑の不合理性は、嘱託傷害致死類型への205条の適用を回避するための根拠である。法定刑が不合理でないとすれば、そもそも205条の適用を回避する必要はなく、問題自体が消失するからである。仮に(1) 法定刑が不合理であるとすれば、少なくとも刑法205条をそのまま適用することは妥当でないことになる。

そこで登場するのが、(2) 「殺した」(202条) という文言の解釈による解決、つまり「殺した」(202条) には、殺意なく人を死に至らしめた場合をも含め、202条を適用すべきだという解決策である。ただし、ここでひとつ注意すべきなのは、205条をそのまま適用すべきでないからといって、(2) の解決策を採るべきだということにはならない点である。202条の適用というのは、あくまで複数存在する問題解決の1つの方途であって、唯一の方途ではない。したがって、(1) の問題があるからといって、(2) の解決策を採るべきだということにもならないし、(2) の解決策が採れないからといって、問題解決ができないわけではない。(2) の点を検討するに際しては、あくまで(1) の問題解決として妥当か否かがポイントである、という点は、留意すべきである。

以下では、この理論的整理に則ったうえで、順に検討を試みることにしたい。

2 法定刑の不合理性

(1) 不合理性の意味

では、法定刑に不合理な点が存在しているといえるだろうか。

具体的な検討に入る前に、そもそもそこでいう「不合理」が何を意味して

いるのかという点を、明らかにする必要があると思われる。

第一審が問題としている不合理性とは、法定刑（および酌量減軽を施した後の処断刑）の不合理性と、それに基づく訴訟準備・訴訟追行の不合理性である。これに対し、第二審が主に問題としている不合理性は、第一審で問題としている不合理性と、微妙にズレがあるように思われる。第二審は、量刑傾向についてつぶさに検討していることから窺えるように、本件における宣告刑を念頭に置いているように思われる。本件は懲役1年6月未満の刑を処すべき事案でなく、205条を適用しても問題ないという点が、かなり強く影響していると窺われる。

たしかに、裁判所はあくまで個別具体的事案との関係で判決を下すべきであり、事案の解決に必要なにもかかわらず法令の不備を指摘するのは、適切でないといえるかもしれない。しかし、刑事裁判において、宣告刑のみが本体で罪名や罰条は飾りである、などということはないだろう⁴⁾。たしかに、法令適用の誤りは、その誤りが判決に影響を及ぼさない限り、控訴理由とはならないが（刑訴法380条）、だからといって、判決に影響を及ぼさなければ法令適用を誤ってよいということにはならない（刑訴法335条1項⁵⁾）。したがって、宣告刑に影響を及ぼさないからといって、適条が適当でよいということにはならないはずである。仮に、本件事案が悪質なものだったとして、「10年の処断刑とするのが相当であるから、上限を7年とする原審の解釈は不当である」などとはいわないだろう。適条および法定刑は、個々の事案において適切と裁判所が考えた宣告刑や処断刑に基づき決せられるのではなく、あくまで違法性および有責性の見地から抽象的な行為類型で比較し、決

4) 山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号（2009）81頁参照。

5) 司法研修所〔編〕『刑事判決書起案の手引（平成19年度版）』（法曹会・2007）48頁以下が示すように、そこでは単に「適用した法令」を示せばたりするというわけではなく、「法令の適用を示す」ことが必要であり、いかなる犯罪を構成し、それに基づくどのような処断刑が形成されたかを、法条を示すことが必要である。

せられなければならない。

さらに、以上の問題は、実際上の結論にも影響を及ぼしうる。たとえば、法定刑に基づきその期間が定められている公訴時効の成否などが、あげられるだろう。

このように考えると、宣告刑との関係で懲役1年6月未満の刑を言い渡す必要がないとしても、なお法定刑との関係で問題はあるのだから、この点を考慮せずに第一審の考えを斥けたのは、早計であると思われる。つまり、ここで問題となっているのは、宣告刑との関係で嘱託傷害致死類型に205条を適用することの当否ではなく、法定刑（およびそこから導かれる処断刑）との関係で嘱託傷害致死類型に205条を適用することの類型的な当否である⁶⁾。嘱託傷害致死類型に205条を適用することが類型的に不当なのであれば、たとえ宣告刑としては問題がなかったとしても、不適切な罰条を掲げていることになる。当該事案において問題がなければ法令解釈・適用の誤りは差し支えないと解するならともかく、そうでないならば、嘱託傷害致死類型に205条を適用することの可否を正面から問題とすべきであろう。ここで問題となっているのは、あくまで法定刑の次元であって、宣告刑の次元ではない。

（2）法定刑の上限

具体的な検討に入ると、まず上限に関しては、傷害致死罪には、殺害の嘱託・承諾がある場合とない場合とが含まれており、殺害行為の嘱託・承諾がある場合のみを規定している嘱託殺人罪よりも法定刑の上限が重いことは、不合理とはいえない。つまり、205条は、傷害致死類型と嘱託傷害致死類型とが規定されており、嘱託傷害致死類型が嘱託殺人罪よりも法定刑が重いのであれば不当であるが、傷害致死類型が嘱託殺人罪よりも法定刑が重いことは不

6) 念のためいうが、ここでいう「類型的」というのは、統計的な数の問題ではない。したがって、問題が発生することが稀であるからといって、類型的な問題が消失するわけではない。

当でない。この点は、第二審判決において指摘されているが、その以前から既に学説において指摘されていたところである⁷⁾。

しかし、逆にいえば、傷害致死罪は嘱託のない場合をも想定して法定刑の上限が重くなっている以上、嘱託がある場合にその部分を適用することは、不当であるということになる。したがって、傷害致死罪の規定自体は不合理でないとしても、これを漫然と嘱託傷害致死類型に適用すると、不合理な事態が生じうることは否定できない。

(3) 法定刑の下限

次に、下限に関しては、学説において、202条は死亡結果への寄与が小さい自殺教唆・幫助をも併せて規定しており、それゆえ法定刑が低く定められていると指摘されていた⁸⁾。第二審は、このような発想は採用していないが、202条の法定刑の下限が低いのは、「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」を想定しているからであり、本件はそれに該当しないと指摘している。

たしかに、本件では宣告刑の問題は生じず、問題が生じることは稀といえるかもしれない。しかし、そうであっても、205条は嘱託傷害致死類型をも含んでいるにもかかわらず、法定刑の下限が3年以上の有期懲役に固定されている以上は、法定刑の下限に関しても、205条に不合理性があること自体は否定し難いと考えられる。

そもそも、「本件において問題がない」というのは、結論の先取りではないかと思われる。つまり、裁判例や学説は、「本件事情に鑑み、205条の下限をもとにしても、適切な宣告刑を形成できる」という結論から、「205条

7) 田中・前掲注1)31頁参照。

8) 田中・前掲注1)31頁参照。

を適用してよい」という解釈を導き出しているが、あくまで法定刑が確定したことを前提として、量刑事情に鑑み宣告刑が導かれるのだから、本件においてあるべき宣告刑から法定刑の無問題性を論証するのは、論理が逆転している。したがって、このような論法自体、適用条文から法定刑を導き出し、それを前提として処断刑、宣告刑を形成するという現行法に合致しないものではないかと思われる。

(4) 小括

以上のように考えると、第二審や学説が指摘するように、205条が202条よりも法定刑の上限が重いこと自体は、不合理とはいえない。しかしながら、嘱託傷害致死類型を、傷害致死類型と同様に205条で規律することには、問題がある。つまり、嘱託傷害致死類型は嘱託殺人罪よりも軽微であるにもかかわらず、文理上は202条よりも重い法定刑のものとして処理できてしまうという瑕疵を、205条は孕んでいる⁹⁾。また、法定刑の下限については、嘱託傷害致死類型は嘱託殺人罪(202条)よりも軽くあるべきであり、この点でも瑕疵を孕んでいる。

つまり、法定刑の上限については、嘱託傷害致死類型についても、嘱託殺人罪よりも重くなる可能性がある点で問題を孕んでおり、下限については、嘱託殺人罪よりも常に重くなる点で問題を孕んでいる。

3 202条の適用の可否

以上から、嘱託傷害致死類型に205条をそのまま適用することは、202条との均衡を失うことが分かった。そこで、第一審は205条の適用を排除し、202条を適用することで、解決を試みた。このような解決には、(1)205条の

9) 憲法の用語に擬えるならば、法令違憲や処分違憲ではなく適用違憲というイメージが近い。つまり、205条には瑕疵があるものの(法令に瑕疵がない処分違憲とは異なる)、合理的適用の余地は残されている(合憲的適用の余地がない法令違憲とも異なる)。

適用を排除する根拠は適切なものなのか、(2)202条を適用することはできるのか、(3)それ以外の解決策はないのか、という疑問点が生じうるところである。それでは、以下で順に検討を試みることにしよう。

(1) 205条の適用を排除する根拠

第一審は、205条は「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ていると解することによって、205条の適用を排除している。

しかしながら、205条の適用の不合理性が論証できれば、205条の適用を排除する根拠を改めて提示する必要は、厳密には存在していない。第一審がわざわざこのような技巧的解釈を試みたのは、実質論だけではなく、形式論としても205条の適用が排除されるべきことを示したかったからであろう。

したがって、この論拠は、あまり本質的に重要でないと考えられるため、この点はこれ以上立ち入らないことにしたい¹⁰⁾。

(2) 202条を適用する根拠

第一審は、204条の「人の身体を傷害した」という文言が傷害の故意がない場合をも含むと同様に、202条の「殺した」という文言には殺意を有しない場合も含むと解し、202条を適用した。

この点に関しては、204条の文言の解釈は、あくまで208条の文理解釈を前提として出てきた解釈であって、そのような前提の存在しない202条にお

10) 一点だけ指摘しておく、「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)構成要件要素と呼ぶのは誤用である。これは、占有離脱物横領罪における「占有を離れた」という文言は構成要件要素ではなく、単に他人の財物を領得する場合において占有侵害がある場合(窃盗罪)とない場合(占有離脱物横領罪)とを切り分ける機能しか有していないことと同じである(松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』〔成文堂・2003〕189頁参照)。

いてその類推は成り立たない¹¹⁾。また、刑法は第26章で「殺した」と規定し、第28章で「死亡させた」と規定し、故意の有無で表現を区別している以上、「殺した」に殺意がない場合を含ませるのは解釈として無理がある¹²⁾。これらの点は、第一審判決後から既に学説において指摘されていたところであり、第二審においても採用されている。また、第二審は指摘していないが、このような解釈を一旦認めると、199条にも派生して歯止めが利かなくなるおそれもある¹³⁾。

たしかに、第二審や学説が指摘するように、第一審の論証には無理がある。しかしながら、仮に202条を適用する以外に解決法がないのであれば、無罪の判決を下すか、多少文言上の無理をしてでも、202条を適用せざるをえないだろう¹⁴⁾。

そこで、検討すべきは、202条を適用する以外の方法で、不合理性を回避することができないかという点である。この点を、考えてみよう。

(3) 205条を適用しつつ解決する方途

先に指摘したように、205条をそのまま適用することには問題があるが、205条を適用することが常に問題を惹き起こすという話ではない。技巧的ではあるが、205条を適用しつつ、202条との関係で法定刑を調整するという方法が考えられる。

まず法定刑の上限に関しては、202条が違法減少により上限7年となっている以上、より軽い法益侵害しか実現していない囑託傷害致死の上限が20年というのは無理がある。したがって、法定刑の上限は7年とせざるをえな

11) 門田・前掲注1)113頁参照。

12) 田中・前掲注1)31頁参照。

13) 門田・前掲注1)113頁参照。

14) 嘉門・前掲注1)160頁参照。

いだろう¹⁵⁾。

法定刑の下限に関しても、同様に6月とすべきであろう（後述のとおり、202条も併せて適条に掲げる）。既にみたように、202条は自殺幫助・教唆の場合も含んでいるから下限が低いと指摘されているが、仮にそうであるとしても202条は自殺に正犯的に関与した場合も共犯的¹⁶⁾に関与した場合も同一の法定刑に服しているのだから、205条も正犯的に自己傷害致死に関与した場合も共犯的に関与した場合も同一の法定刑に服するというべきであり、そうである以上は下限を6月に揃えざるをえない。つまり、たしかに②自殺に共犯的に関与した場合を想定して下限が6月なのであるが、①自殺に正犯的に関与した場合も同様に法定刑の下限が6月である以上、仮に③自己傷害致死に正犯的に関与した場合に205条を適用するならば、④自己傷害致死に共犯的に関与した場合にも205条が適用されるべきである。そして、④の法定刑を②に合わせて下限6月とすべきなのであれば、④と③の法定刑の下限も揃えなければならない。(1) ①=②、(2) ③=④、(3) ②=④という関係が成り立つのであれば、②=③となるのも仕方ないということである。やや技巧的な側面は否定できないが、器物損壊罪に占有侵害を伴う器物損壊罪と占有離脱物損壊罪の両類型が含まれており、占有離脱物損壊類型に関しては占有離脱物横領罪の法定刑の上限を超えられないという解釈¹⁷⁾と同様に、認めることができるだろう。

ただし、このような解釈には、2つの難点がある。

第一に、被告人には殺意こそ認められないものの、Vの殺害の囑託に関する認識がなく、主観的に超過している側面があるという点である。つまり、客観的に被害者の囑託を受けて殺害し、主観的にも囑託を認識して殺人の認

15) 門田・前掲注1)113頁参照。

16) 念のため付言すると、ここでいう「共犯的」というのは、60条以下における共犯という意味ではなく、当罰性が低いという意味である。

17) 山口厚『問題探究 刑法各論』（有斐閣・1999）123頁参照

識がある場合が、202条の典型的な場面である。本件は、客観的には被害者の囑託を受けて殺害しているが、主観的には被害者の囑託という違法性を減少させる事実の認識が欠けている。したがって、202条が想定する場面よりも、むしろ典型的に有責性が高度であると考えられるのだが、このような有責性の超過部分を適切に評価する条文が存在していない以上は、202条の法定刑の範囲内で、量刑判断により調整するほかないだろう。

第二に、205条の規定は、法定刑の下限が3年以上の有期懲役となっているところ、当該規定のみで法定刑の下限を6月以上の懲役と解することは、不可能である、という点である。この点については、法定刑というものを、他の罰条との関係で修正されることが予定されていると解することができるのであれば、占有離脱物横領罪における解釈と同様に、法定刑の下限を引き下げること理論的には等価であって可能である、ということも考えられる。ただ、そうはいつても、205条単体では、法定刑の下限を6月とする結論を、文理上引き出すことはできない、という疑念も存在しており、おそらく実務上そのような解釈は採り難いのではないかと思われる。そのような疑念を容れるのであれば、202条をも適条に掲げるほかないと解される。202条の要件をみたしていない以上、202条を適条に掲げるのは便宜的だと思われるかもしれないが、既述のとおり、205条の囑託傷害致死類型について、202条よりも法定刑の下限が重いのは規定として瑕疵を孕んでいる。この瑕疵を免れるためには、205条を202条と平仄を合わせるかたちで解釈し、両規定を併せて「囑託傷害致死類型については、202条の法定刑の下限を超えない」と解するほかないと思われる。やや無理のある解釈であることは否定できないが、少なくともこの問題を、「本件では問題が生じない」「問題となる事案は稀である」として解決済みとしてしまうことには問題があり、この問題を解決して205条を瑕疵から救うためには、こうするほかないと思われる¹⁸⁾。

18) 憲法判例で時折みられる、適用合憲のような発想を採るという方途も考えることはできるが、適切とは思えない。適用合憲とは、瑕疵の疑いがある規定であっても、本

以上を整理すれば、205条を適用しつつ、(1)205条の解釈として、202条との均衡上、嘱託傷害致死類型については202条の法定刑の下限を超えることはできない、という命題を導き出す、(2)205条と202条とを併せ読むことで、嘱託傷害致死類型については法定刑の下限を6月にとどめる趣旨を読み取る(いわば修正された構成要件を導き出す)、という方が考えられることになる。

(4) 204条の適用にとどめて解決する方途

前記最後の問題点に鑑み、205条を適用することを断念し、致死結果の部分を取り落とし、嘱託傷害(同意傷害)として204条を適用し、その法定刑により処断刑・宣告刑を形成する、という解釈もありうる。

おそらく、このような解釈が一番無難ではあろう。ただし、致死結果を罪責として包摂することができないという難点は残る。

(5) 嘱託傷害致死類型の可罰性

嘱託傷害致死類型の当罰性を前提としてここまで議論してきたが、嘱託傷害致死類型といっても、本件のように死の危険性が非常に高い類型もあれば、死の危険性は低いものの、たまたま死亡結果が生じたような類型もありうる。後者のような事案類型においても、傷害致死罪となるのであろうか。

この点は、嘱託傷害致死類型がなぜ当罰的なのか、という問題にかかわる。そもそも嘱託殺人罪が当罰的なのは、たとえ被害者の承諾があったとしても、生命というものが自律的生において必須の物理的基盤をなす点に鑑み、その

件に適用する限りでは合憲とする論理であり、川崎民商事件判決(最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁)における、憲法31条違反の主張に対する「旧所得税法70条10号の刑罰規定の内容をなす同法63条の規定は、それが本件に適用される場合に、その内容になら不明確な点は存しない」という判示が、適用合憲であると評されている(野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』〔有斐閣・2011〕315頁以下参照)。おそらく、「本件では、205条を適用しても問題はない」という第二審および学説の指摘も、同旨のものであろうが、既述のとおり、賛同することはできない。

安易な処分をパターンナリストティックに阻止するためである¹⁹⁾。このような発想に鑑み、死の危険性の高い傷害行為についても、刑法 202 条に準じ、傷害についての被害者の承諾があったとしても、傷害罪が成立するというのが近時の有力な理解である²⁰⁾。そうであれば、死の承諾があったとしても、やはり死の危険性の高い傷害行為を行った場合には傷害罪が成立し、死亡結果が生ずれば傷害致死罪となるはずである。ゆえに、本件において傷害致死罪の成立を認めること自体は問題ない。

しかし、あくまでそれは 202 条に準ずるといいうる限りの死の危険性があることが前提である。そもそも死の危険性があまり高くないのであれば、202 条の趣旨を及ぼすことはできないため、傷害致死罪の成立を認めることはできない²¹⁾。したがって、本件の射程は、本件のように死の危険性が高度である事案についてのみ及び、その危険性が高くない事案については及ばないという点は、確認しておく必要がある。

IV. 跋

以上の分析を要約すると、次のようになる。第一審の問題提起自体は的を

-
- 19) 尊厳死などが 202 条によって処罰されないのは、それが安易な処分ではないからである。
- 20) たとえば、平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣・1975）254 頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣・1986）588 頁、山中敬一『刑法総論〔第 2 版〕』（成文堂・2008）205 頁、西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂・2010）189 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）224 頁等参照。さらに、死の危険性が高くない場合であっても、主要臓器などの身体の枢要部分については、やはり被害者の承諾があったとしても傷害罪の構成要件に該当すると解釈するのが、202 条の趣旨に鑑み自然であり、かつ近時は有力となっている。
- 21) 傷害致死罪の構成要件該当性を認めるために、死亡に至りうる重大な危険性を惹起することが必要であると解するのであれば、そもそもその時点で構成要件をみたさないことになる。

射たものであるが、問題の解決法については第二審が指摘するとおり問題があり、他方で第二審の解決は、処断刑で調整すれば足りると解し、適用法条や法定刑の問題を軽視している点には、疑問がある。この問題を解決するためには、(1)205条の適用を断念し、嘱託傷害として204条を適用する、(2)205条の解釈において、嘱託傷害致死類型については202条の法定刑を超えないという趣旨まで読み込み、205条のみを適用しつつ、刑の下限を202条に合わせる、(3)205条の傷害致死罪の成立を認めつつ、その法定刑の上限および下限を202条に合わせる（下限に関しては、202条も併せて適条に掲げる）、という方途が考えられる。私見としては(3)の解決に魅力を感じるが、他の2つもありうる方途ではあろう。

しかし、この問題は理論的な問題というよりも、端的に条文の不備であり、立法的解決が望まれる。嘱託傷害致死類型を括り出して構成要件化し、202条から微減した法定刑を定めるか、205条の法定刑の下限を引き下げるべきであり、かつそれで問題は解決する。逆にいえば、理論的問題としては、「202条に準じた法定刑にすべき」というだけであって、それ以上の理論的示唆はないと考えられる。

(法学研究科博士後期課程在籍)