

嘱託殺人罪における殺害の態様と嘱託の真意性

古川原 明 子

はじめに

刑法202条は、その前段で自殺関与罪を処罰し、後段で嘱託殺人罪とあわせて承諾殺人罪を処罰している(いわゆる同意殺人罪)。本条に関するこれまでの議論としては、第一に本条の処罰根拠をどう解するかを挙げるのが適当であろう。この議論は、自殺自体の違法性如何という、刑法におさまりきらない問題の複雑さを反映して、様々な見解を生むに至っている。極々単純に言えば、自殺者本人が処罰されないにもかかわらず、それに関与した人間が処罰されることを、現代の法理論に整合する形で説明することが必要なのであるが、生命、自己決定、人間の尊厳、個人の尊厳という法の根幹に関わる事柄をどう捉えるかについて、一つの態度決定をせざるをえないことがこの問題の大きさにつながっているであろう¹。

刑法202条に関する刑法上の議論のもう一つは、自殺者の自殺意思や、被殺者の同意の真意性に関わるものである。被害者の同意という、一般に違法性を阻却するとされる事由につき²、被害者が瑕疵ある同意をした場合、その同意は有効なのかという議論がある。これは言い換えると、被害者が瑕疵ある同意をした場合でもなお、行為の違法性を阻却することができるか、あるいは違法性を減少させることができるかという問題でもある。そうした瑕疵ある同意の中でも、欺罔による錯誤に基づいた同意について、住居侵入、監禁と並んで同意殺人のケースがよく議論されるところであ

る。たとえば、被害者の女性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、追死する意思がないのに追死するものの如く装い、その旨誤信させ、青化ソーダの中毒により死亡させた事例がある³。判例は、被告人の欺罔の結果として得られた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ることが明らかであり、被告人の所為は、普通殺人罪に該当するとした。欺罔により得られた同意に重大な瑕疵がある場合はその同意は無効だとしたのである。

このような判例の考え方に対し、欺罔による錯誤に基づく同意の有効性を、錯誤が重大だからといってすべからく否定することに疑問を呈する説がある。それによれば、問題となるのは侵害の対象となる法益に関わる錯誤のみであって、それ以外の動機の錯誤のような場合にはなお同意は有効であり、上述の偽装心中の事例でも被害者の同意は無効とならないということになる(いわゆる法益関係の錯誤説)。法的関係的錯誤説のもたらした影響は大きく、学説上一定の支持を得るに至っているが、対象となる錯誤とはどのようなものかについてなお検討すべき点を残している。この点が曖昧であるならば、同意を無効たらしめるような欺罔がある(違法性を阻却するに適当ではないと思われる)という結論を前提に、そのような錯誤は法益に重要な関係を有すると説明することも可能である。法益関係の錯誤説の支持者が、「(何らかの錯誤があった場合の)同意をすべて無効とすることは、やり方が卑劣だから処罰するというこ

とであって、妥当ではない⁴⁾と述べる以上は、同意が無効とされる範囲については明確さが求められよう⁵⁾。そうした議論がまだ十分ではないと思われるものの一つが、法益が侵害される態様についての錯誤である。本稿では、以下にあげる自殺サイト連続殺人事件、およびその対極にあると思われる終末期医療の場면을素材に、この問題を刑法202条の嘱託殺人罪において、「殺害の態様についての錯誤が嘱託を無効たらしめるか」という問題として検討し、生命放棄の嘱託の特殊性について考える。

1. 自殺サイト連続殺人事件

2007年3月28日、大阪地方裁判所にて死刑判決が言渡された。これは、人が窒息して苦悶する表情を見ることで性的快感を得るという性嗜好障害を有する被告人が、インターネットのいわゆる自殺サイトで知り合った自殺志願者を次々に誘い出して、鼻や口を手で塞ぐなどして窒息死させてから、その死体を山中に遺棄し、その間、未成年被害者の父親に対して脅迫電話を掛けたという事件で、インターネットのうち特に近年社会問題化している自殺サイトを悪用した犯罪である点、動機の異常性、殺害方法の残虐性などから、「自殺サイト連続殺人事件」などと報道され、大きな注目を集めた。

判旨は、被告人の責任能力の有無と詳細な量刑の理由により構成されており、弁護人が、本件各犯行当時、被告人は精神の障害により、事理弁識に従って自己の行動を制御する能力が失われていたため刑事責任能力を欠いていたと主張したことをうけて、被告人の責任能力に判示の多くをさいている。概要は以下の通りである。

まず、被告人が死体処理の適当な方法を見つけるまで犯行を思いとどまっていたこと、合法的な範囲内で欲望を解消しようとしていたこと、人を襲いたいという衝動を医師に相談していたことから、窒息行為を繰り返した挙句に窒息死させるという行為の違法性を十分に認識していたと認められる。次に、仕事を含めた日常生活を送りつつ犯

行に及び、かつその犯行は用意周到に計画されたもので、罪証湮滅行為も十分に行われていたことから、自らが計画した目的に沿った合目的な行動をする能力を有していたと認められる。この二点から、被告人には事理弁識能力及び行動制御能力が備わっていたと強く推認されるものである。

この推認を前提とした上で、被告人に特有の性的サディズムが責任能力に影響を及ぼしているかについての検討に入り、「性衝動に基づく行動については、行動制御能力が喪失ないし著しく減退するものではない」という鑑定の意見を採用して、被告人の性癖は推認された責任能力にいささかも影響を及ぼすものではなく、被告人は完全なる責任能力を有していたとの結論に至っている。そこで、被告人が本件各犯行当時、完全責任能力を有していたことは明らかというべきであるとして、死刑を言渡したのである⁶⁾。

上述のような責任能力の認定と、死刑選択の理由として詳細に述べられた犯行の悪質性・計画性・被害の甚大性に比べて、被害者の自殺意思、自首による減刑の有無についての判示はあまりにも少ない。

被告人は逮捕後わずか数時間で一件目の殺人について自白すると同時に、当時捜査機関に発覚していなかった残り二件の殺人についても自供書を作成するなどして、事案の真相を明らかにしている。したがって被告人のこのような行為には刑法42条の自首が成立するのであるが、被告人にとって有利なその他の事情と併せて最大限に考慮しても死刑を言渡さざるを得ないとされており、減刑にはあたらないと判断された。

一方、被害者3名はいずれも自殺サイトに投稿してきた自殺志願者であり、自殺を実行するために被告人と待ち合わせをして、事件に巻き込まれている。すると、自殺志願者を殺害した被告人の行為は刑法199条ではなく、202条に該当するのではないかとも思われる。ところがこの点についても本判決は、「被害者3名は、いずれも苦痛を伴わない死に方である練炭自殺を志向していたものの、本件のような凄まじい苦痛を伴う死に方を強いられるなどとは全く想定していなかったことは

明白であって、被害者らが自殺志願者であったことは、上記結果の重大性を何ら左右するものではない」と述べるのみであり、202条の該当可能性は当然のごとく排除した上で、199条における違法性の程度を結果の重大性と関連して判断しているように思われる⁷。

本判決の射程と問題の所在をまず確認しておこう。嘱託殺人罪における殺害の態様に関する被殺者の意思という本稿のテーマからすると、「自殺サイト連続殺人事件」はあまりにも特殊性が強い。何より、犯行の悪質性と猟奇性が際立ち、このような事件の犠牲となった被害者には無念であったろうと言うほかない。この場合に、ともかくも被害者は死ぬつもりではあったとして、普通殺人罪の最高刑を減じることはおろか、懲役7年が上限である嘱託殺人罪の適用を考えることには抵抗があらう。

しかし、自殺サイト連続殺人事件が「心臓を撃って即死させてくれ」と言う被害者の、心臓ではなく腹を撃って失血死させたというケース（以下、「ピストル事例」と呼ぶ）と本質的な差があるのかと問われた場合、理論的な説明は難しいように思われる。特に法益関係的錯誤説によると、ピストル事例について被害者の同意を有効としたならば、自殺サイト連続殺人事件の被害者の同意もまた有効とし、202条を適用せざるをえないのではないだろうか。かりに、練炭自殺を望む被害者の意思を、「苦痛のない安らかな死を迎えたい」と言い換えるのであれば、両者を区別することは可能かもしれない⁸。だが、(本人でさえ深く定義しなかったかもしれない)法益主体の意思の内実こそまで踏み込み、他者が意味づけを行うことは、他の同意事例と不合理な差をもたらしかねず、慎重であらねばならない⁹。

ところで、被害者が死ぬことについて真摯に同意していたのだとしても、被告人が窒息行為に及んだ時点で、死の意思が撤回されたのだと考えることは可能である。自殺サイト連続殺人事件において、判決によれば、二番目の被害者は被告人により鼻と口をゴム手袋をはめた手で塞がれ失神させられた際に、両足をばたつかせて必死に抵抗し

たとのことであり、「必死に命乞い」をしたと表現されている。このような認定に基づくのであれば、被害者の自殺意思が真意に出たものであったとしても、殺害のまさにその時点では、自殺の意思もしくは被殺に対する嘱託は撤回されていたと考えられる。法益放棄の意思は、その法益が侵害される時点で必要であり、事前に放棄の意思表示をしていたのだとしても、いつでも撤回し、法益に対する保護を回復することができる。従って、被害者が被告人による暴行にさらされてから死に至るまでの間に、死ぬことについての意思を（少なくともその時点では）撤回したのであれば、もちろん被告人の行為は殺人罪に該当する。このような考え方は基本的には妥当であり、自殺サイト連続殺人事件にも当てはめやすい。ただし、最終的な法益放棄の意思をどこまで確認すべきかという点では、検討の余地があり、この点については後述する。

ところで、自殺サイトにおける自殺意思の真意性を肯定したものとして、平成17年6月13日富山地方裁判所の判決がある。被告人はインターネットの自殺サイトを通じて知り合った被害者AとBと共に集団自殺をしようと企て、Bと共謀の上、河川敷にていわゆる練炭自殺を試み、自ら睡眠薬等を服用して自動車に乗り込んだAを一酸化炭素中毒で死亡させたというものである。被害者Aの自殺意思についてはほとんど判示がなく、被告人は自殺幇助罪として懲役2年執行猶予3年に処せられた¹⁰（求刑懲役2年）。

自殺サイト連続殺人事件において、嘱託の真意性との関連でもう一つ問題となりうるのは、未成年による嘱託の真意性である。二番目の被害者は当時14歳の中学生であり、その自殺意思がそもそも有効とされるのかについては、臓器移植法の同意要件の15歳以上という基準に照らしても疑問である。幼児や精神障害者が死について同意していたとしても、その同意は無効であって、これを殺害した場合は同意殺人罪ではなく殺人罪が成立するというのが判例の立場である¹¹。少なくとも、死ぬとはどういうことであるかが理解されていなければならぬが、では15歳になれば死を理解でき

ると一律に考えられるのかと問われると難しく、さらに死を理解できさえすれば何歳でも自殺の意思は有効なのかという問題が生じるだろう。仮に202条の可罰性の前提として、自殺の違法性を国家による後見的介入により基礎づけるとしたら、未成年については後見の必要性を更に増大させることにより、自殺意思が無効であると考えられることもできる。その場合、自殺サイト連続殺人事件における二番目の被害者については、殺害の時点での自殺意思の真意性を確認するまでもなく、その自殺意思を無効とすることになろう。

他方、ある法律行為についての無能力がただちに、自殺意思の有効性を否定するのかという問題がある。たとえば医療についてのインフォームド・コンセントが可能だが、生活・金銭の管理ができないということがありうるし、また逆のこともありうる¹²。判例は、個々の医療行為について、精神障害者あるいは未成年者であっても、患者本人において自己の状態、当該医療行為の意義・内容、及びそれに伴う危険性の程度につき認識し得る程度の能力を有する以上は、その本人の承諾を要するとしている¹³。医療契約自体についても、当人の生命・身体を基盤とした人格的利益に深く関わり、一身専属性が強いと見ることができるから、身分上の法律行為とは異なり、たとえ成年被後見人であっても単独で有効に医療契約を締結しうると解する余地はある。また、同様のことは意思能力を有する未成年については有力に主張されているところである¹⁴。生きるか死ぬかについての判断は、医療行為についての判断のように専門知識の理解や高度の精神的能力を必要とするものではなく、よりプリミティブな判断と考えるならば¹⁵、精神障害者や未成年者の自殺意思を一律に否定することは不当であろう。もちろん、精神障害者や未成年者の「死にたい」というメッセージを安易に認めることでその存在を排除するというあり方は断じて容認することができない。しかし、高齢化社会にあって、介護疲れによる同意殺人といったケースが出てきた場合にはこうした問題がますます重要になってくることが予想されるのであり¹⁶、自殺決定の能力に関するより立

ち入った議論の必要はあろう。

2. 嘱託殺人罪と普通殺人罪

嘱託殺人罪において、被殺者が殺害の方法までも含めて指示をしたというケースは多くない。SMプレイが高じ、下腹部を刺すことを懇願した被害者の執拗な依頼に応じて、被害者の指示のままにサバイバルナイフでその腹部を突き刺し、そのまま上方にかき上げて殺害したという事件について、普通殺人罪の成立を認めた原判決を破棄し、被害者の嘱託の真意性を肯定して嘱託殺人罪の成立を認めた判例があるが（以下、「SMプレイ事件」と呼ぶ）¹⁷、被告人は被害者の指示通りの方法で殺害を行っているため上述の点は問題とならなかった。この場合に、被告人がピストルで被害者の頭部を撃ち抜き、被害者は目を閉じていたため殺害方法の変更に関心なく気づかず即死したならば、嘱託殺人罪は認められたのであろうか。

(ア) 嘱託殺人罪と普通殺人罪

殺害の態様における錯誤を検討する前に、まず嘱託殺人罪と普通殺人罪の関係について考える必要がある。嘱託殺人罪は、被害者の嘱託があることにより、普通殺人罪の違法性が減少していると考えられる。被害者は自己の生命が失われることにつき同意をしているのであるから、意思に反して生命を奪う場合よりは、違法性が低く評価されているのだと解釈しうる。しかし、生命は通常個人的法益とされているところ、法益主体がこれを放棄するにもかかわらず、当該法益を他者が侵害した場合に違法性が減少するのみで、ゼロになることがないのはどうしてだろうか。

この問題が、自殺の法的評価と深く関わっていることは先に述べたとおりである。学説は多様であるが、自殺の違法性を認めない立場（自殺適法説）と認める立場（自殺違法説）にまず分けることができる。自殺適法説の論拠は、自分の命は自分のものであり、当然に命の処分権限を本人が有するはずであるという信念に支えられている。すると202条は、適法な行為に加担した人間を処罰する規定となるようだが、他人の死に原因を与える行為

という独立の犯罪を規定したものと解されることになる¹⁸。この点が説得力を有しない¹⁹。適法な行為に加担したにもかかわらず、生命についてのみ刑法が介入する（その限りで、法益保護を厚くする）理由が不明確だからである。「生命が最も重要な法益だから」というのみでは、十分ではない。それほどまでに重要な法益であるならば、自らの手によって当該法益に侵害を加える行為が違法性を帯びると考えることも可能だろう。また、生命法益の重要性が何に由来するのかが明らかにならねば、重大な身体傷害（ロボトミー手術や、両手両足切断など）に対する同意の有効性についての結論と整合性が保たれまい。また、202条という一つの条文の前段と後段に看過しがたい罪質の差が生じるように思われる。

他者の関与を排除することが、規範的に正当であるという説にも与することはできない。自殺が適法である以上、自殺志願者は途中で自殺を阻止しようとする他者の介入を排除しうる（自殺の妨害は違法である）。しかし、適法行為を助けてもらう権利はないというのは不自然ではないか。言い換えれば、権利行使の態様が限定されているということである。

さらに、自殺においては、なお保護に値する生命の侵害があるので結果不法（結果無価値）は認められるものの、法規範により禁じられた行為ではないので行為不法（行為無価値）は欠ける、したがって自殺は適法とする見解があるが²⁰、同様の疑問を禁じえない。

他方、自殺違法説においては、正犯処罰規定がないことについて、いくつかの説明がありうる。一つは、自殺者には期待可能性がなく責任が欠けるというものであり、刑罰の実効性を否定する見解も同様の考え方に基づくものと思われる。あるいは、自殺は違法ではあるが、可罰的な程度に違法であり、ただし関与行為はなお可罰的だとする見解もある²¹。このような説によった場合は、安楽死や尊厳死といった終末期医療における患者の権利行使をいかに認めるかが問題となりうる。終末期という状況の特殊性を単にあげるのみでは、安楽死や尊厳死の正当化を導くことができないこと

はもちろんである。これら自殺違法説によれば、202条は普通殺人罪の違法性減少規定であると²² 統一的に理解されることとなる。

(イ) 嘱託の真意性

202条における法益主体の意思の真意性について、判例は厳格な認定を心がけているようである。たとえば、前妻に復縁を迫ったもののそれが絶望的になったことから、同女を殺害した上自殺しようとして決意し、包丁を同女の首筋につけたまま「もうあかんわ。一緒に死んでくれるか」と申向けたところ、同女が真っ青な顔をして震えながら頭を縦にふったのを見て、殺意をもって同女の首および背中を数回包丁で突き刺し殺害したという事例において、このような状況下で恐怖の只中におかれた被害者が頭を縦にふる動作をしたとしても、これによって殺されることについて任意かつ真意に基づいて承諾をしたものと認めることは到底できないとして、202条の適用を否定したものがあ²³。被告人側は、承諾があったことについて錯誤があったとして更に202条の適用を求めたが、被害者が任意かつ真意な承諾をしていると被告人が誤信するような事情も認められないとして、この点も否定されている。

しかし、被害者が法益侵害の時点で当該法益を放棄するという意思を堅持していたことについて、被告人側が証明することは難しい。特に生命という重大な法益の放棄については、「本当はそのようなことを望んでいないはず」と一般にその真意性が疑われる傾向にある。自殺は本能に反する行為であり、通常はどのような状況であろうとも「生きたい」と切望するのであって、本当は死にたいはずがないと人々は思いがちである。

古くは、自殺を罪悪視する宗教的倫理観に裏付けられ、自殺しようと思うこと自体がその人間の意思決定が損なわれていることの証明であり、一切自殺意思を認めないという時代もあった。その当時は、末期で苦痛にあえいでいる患者であっても、医学的に不合理な²⁴決定をする患者はすなわち法的無能力であるとして、死を招く決定を排除する見解が有力であった。「安楽死の選択は生きようという強い意思とは反対で、故に能力がないこ

との証明である」というのである²⁵。

時代が変わり、自己決定権の尊重が謳われ、たとえ他の人々が納得しなくとも、本人が最も良いと信じることを決定し遂行することが個人の尊重に資する、と考えられるようになって、死の決定については多くが懐疑的である。その背後には、もしその決定が現実になった場合に取り返しのつかない結果が生じるという重大性や、「死にたい」と思うほどにその人間を追い詰めてしまった責任の一端を社会が有するという問題があるだけでなく、やはり人々の死に対する本能的な恐怖心、抵抗感が大きく働いているのであろう。ともかく、生命放棄の意思の真意性は、ただでさえ慎重に判断されるのである。それに加えて、侵害のまさにその時点での放棄意思の継続性を確認せねばならないとしたら、現実的には生命については同意の効果を相当程度制約することになる。

生命という法益の重大性に鑑みて、そのように厳格な認定をすること自体が不当だというわけではない。一つ考えられる問題としては、終末期医療において、特に尊厳死のような、本人が死の時点で無意識状態の場合、202条を適用することができるのかという点である。尊厳死も安楽死も、患者本人が治療中止や治療差控え、あるいは薬剤投与について真摯に望んでいることが、正当化のために不可欠の要件である。理論的には、そのような患者の意思をもって、医師の行為は199条ではなく202条の問題となり、その上で残った違法性をどう評価するかという段階になるのだから、まずは202条に該当する要件を具備しなくてはならない。終末期以外の一般的な自殺の場面で、自殺志願者の意思を非常に厳格に認定するのであれば、終末期の患者意思も同様に認定しなくてはならないはずである²⁶。事前意思やリビング・ウィルに法的効力を認めることは難しい²⁷。ところが、判例も学説の大勢も、尊厳死や一部の安楽死の場面では、患者本人の意思の認定基準をかなり緩やかなものにしていく。この差は、正当であろうか。一般の自殺志願者の思いはおよそ理解しがたいので疑いの目で最後の最後まで見るが、終末期患者の死への決意は共感しうるので広く認めるという考え方

は、自己決定に合理性を求めるという意味では、およそ自己決定の理念に反するものであるし、合理性の中身がそのような状況下におかれた一般人の多数意見に過ぎないのであれば、危険である²⁸。「自分だったら耐えられない」「あんな状態では死んだ方がマシだ」という今は健康な人間の思い込みが、結果として弱者の切り捨てという事態に陥る可能性があるためだ。無能力になる以前の治療中止の決定に効力を認める際には、そのような決定が合理的であるからという説明に依拠せず²⁹、一般の自殺志願者の自殺意思の認定と矛盾しないことが求められる。

そもそもある法益を放棄する際には、その真意性はある程度維持されれば足りるはずである。たとえ真実を全て知らなくとも、熟考を重ねなくとも、その瞬間に当該法益を不要であると心から思ったのであれば、その法益は保護されない。ここで国家権力が強制的に介入して、「もっと真剣に考えなさい」「この情報もあの情報もしっかり頭に入れた上で、もう一度よく考えなさい」と言うならば、自己決定への不当な干渉ということになるであろう。日常的にも、たとえば衣服を買う際に、その衣服についての知るべき情報を全て理解した上で、自己の金銭を処分しているわけではない。もしかしたら自分の肌に合わない素材が使われているかもしれないし、試着をすればサイズが違ふことが分かったかもしれない。よく考えれば、同じような服がすでに家に何着もあって、買う必要のない一枚だったのかもしれない。しかし、ここでその衣服を買うことを本人が決定したのであれば、後でどれほど悔やもうとも代金は帰ってこないし、十分に説明をしなかった店員が責められることも当然なのである。法益主体の同意が遑って無効となる場合とは、そのような間違った同意が意図的に形成され、それによって形成者が利益を得た場合とするのが原則である（詐欺、恐喝）。従って、基本的には意思変更のリスクは法益主体が負わねばならない。

これに反して、生命に限って自己決定に至る過程や動機を検証することには説明が必要であり、この問題は202条の可罰性根拠に立ち戻らざるを

えないが、検討は後日に譲り、ただ、死の意思の認定の困難さについて、以下の点を指摘するにとどめる。

どれほど死が迫っており、余命いくばくもない状態であっても、「死のまさにその瞬間まで、みんな生きようとしていた、彼らは自分が死ぬとは思っていなかった」と医療関係者は実体験に基づいて言う。自らの死を覚悟し、切望していても、生命が絶たれる瞬間には人間は抵抗してしまうのかもしれない。死への固い決意から実際の死が訪れるまで、どの時点の意思をもって、死についての意思を確認するのか。判例は、被害者の殺害に対する嘱託の有無について、被害者がそれまで自殺に類した行動をしていたか、被害者の事件日以降の予定はどうであったか、被害者が殺害に際して抵抗した跡が認められるか、被害者が死を望むような状況にあるか、などの諸点を総合的に検討している。たとえば、被害者が元交際相手である被告人に執拗に復縁を迫ったがかなわず、千枚通しを被告人に渡して「俺を殺せ」と言ったものの被告人がこれに応じなかったため、「寝たほうが刺しやすいだろう」と被害者が床に自ら寝転がり、さらに「刺せないならこれで絞めるか」と言って自己のベルトを首に巻きつけてその両端を引っ張るように言ったため、被告人はせめて希望どおりに死なせてあげようと両手でベルトの一端を引っ張り、被害者を窒息死させた事例がある³⁰。

検察側は、被害者が被告人以外に対しては死にたいと漏らしていたことはなかったと認められること、被害者が友人に対して「今夜泊まりに来る。」と言っていたこと、被害者が本件当時求人雑誌を携えていたこと、犯行現場で被告人に対して三〇〇万円を返せと要求していること等の事実が認められることから、被害者の嘱託は真意に基づくものではないと主張した。

これに対して裁判所は、自殺企図は何回かあったと認められること及び将来に絶望していた被害者の心境を嘱託の存在についての積極要因とし、求人雑誌を持っていたことなどの前記事実は、本件犯行の時点に至る以前の段階では、自殺を考えつつもやり直す希望を完全には失っていなかった

ことを示すに止まり、本件犯行の時点における被害者の嘱託が真意に出たものであったとの認定と矛盾するものではないと、検察側の主張を否定している。また、被告人がベルトの両端を引っ張り被害者がむせたときも抵抗しなかったばかりか、さらに進んで、力が入りやすいようにとベルトの一端を手すりに固定して他方の一端を被告人に持たせて両手で引っ張らせるという段取りを自ら行っているものであり、また、それを受けて被告人が両手でベルトを引っ張った際も、死に至るまでの二ないし三分間の間全く抵抗していないと認められるのであり（このことはAの死体に抵抗の跡が認められないこと及び死体の下に敷いてあった求人情報誌に乱れがないことから裏付けられる。）、これらの態度は、被害者の嘱託が虚言ではなく真意に基づくものであることの明らかな証左であるというべきであるとして、殺害の時点の抵抗の有無を重視している。これらの事情から、被害者は犯行当時、自らの命を絶つべく被告人に対し真摯に殺害を嘱託したものと見るのが相当であるとの結論に至ったものである³¹。

一方、被害者の嘱託が真意に基づくものではなかったとされたものとして、「刺してもいいよ」と言った交際相手を殺害して自らも後を追って死のうと決意し、被害者の腹部及び背部等を突き刺して失血死させた事例がある³²。被害者の死の意思を認める方向に働く要因としては、被告人に多額の負債（被害者との交際費による）を相談された被害者が死を仄めかすような発言を繰り返す、犯行前日に睡眠薬とナイフを買っておくよう被告人に指示した上、購入を催促する電話をし、犯行直前には「刺してもいいよ」と言って、腹部から下を自ら露出させたことが認められた。しかし、これを打ち消す要因としては、被害者が負債に充てることが可能な経済状態であったにもかかわらず、具体的な手段を講じなかった点、犯行前月に妻と旅行に行くなど夫婦仲は悪くなかった点、翌日午後の仕事の打ち合わせを犯行直前に行った点、睡眠薬を購入することはたびたびあったという点、服装や遺書など死の準備が全くなかった点に加え、手指や腕にあった防御創の深さを、被害

者が抵抗したことを示すものとして重く見たようである³³。

これらはいずれも妥当な結論であろうが、自殺志願者の最後の瞬間的な抵抗は常に予想されるのであって、心理学的知見なども併せた考察が求められよう³⁴。

(ウ) 動機の錯誤と殺害の態様

次に、殺害の態様の錯誤が、殺人の違法性にどう影響を及ぼすかである。特定の殺害方法を指示した場合、おそらく「その方法以外の方法であれば、殺されるのは嫌だ」という意思表示と受け止めるのが相当であろう。これを動機と解するか、失われる法益に重大な関係のある事実に関する認識と解するかは、難しい区別である。

判例が同意の有効性を否定した偽装心中のケースでは、「この人が一緒に死んでくれるなら私は死ぬ」と自殺者は思ったのであり、相手が追死のつもりがないのであれば、おそらくその時点で自殺することはなかったであろう。「本当のことを知っていたならば同意しなかった」という意味では、偽装心中のケースも自殺サイト連続殺人事件も異なるところはない。重大な錯誤であれば同意は無効となる、という判例の見解は一貫している。一方、ピストル事件について、判例の立場では囑託殺人罪が成立しそうであるが、明らかではない。いずれにしても、偽装心中事例や自殺サイト連続殺人事件に比べると、同意の有効性が比較的認められやすいであろう。

ところで、SMプレイ事件では、法益侵害の態様自体が動機となっていたともいえる。日ごろから下腹部を殴打されることに快感を覚えていた被害者が、その究極の形として下腹部の刺傷を求めたのであり、被害者にとっては態様が目的であって、死はそれに不可欠に伴う副作用であった。この場合に囑託殺人罪が成立しえないのであれば、適法性が一般に認められている間接的安楽死もおよそ202条の射程には入ってこないであろう。激しい肉体的苦痛から解放するために、死期を早める薬剤を投与することを求める患者は、目的は苦痛からの解放であろうが、そのために必然的に生命が短縮されることを認識しているのであり、薬剤

を投与する医師についても同じことがいえる。この場合に、医師は生命の短縮という結果を積極的に意欲しているわけではないから、(たとえ生命が短縮することを認識はしていようと) 普通殺人罪はおろか、同意殺人罪にも一切あたらないという理論構成は不当である。

判例の立場によれば、SMプレイ事件で被害者が指示した方法とは異なる方法で殺害が行われた場合、指定された態様はまさに動機であるから、同意は否定されることになるだろう。

一方の法益関係の錯誤説によると、偽装心中事件では動機に錯誤があったにすぎないため、同意が有効とされる。また、死と密接に結びついている態様についての錯誤であっても、被害者の生命それ自体に関する錯誤がない以上、SMプレイ事件でかりに被害者が別の方法で殺害されたとしても、同意は有効となるというのである³⁵。しかし、死の態様が死亡時期と密接に関連している場合には同意が否定される可能性もあるという。すると、「今日中に死にたい」と言っていたピストル事件の被害者の同意は翌日に決行された場合には否定され、自殺サイト連続殺人事件のような練炭自殺志願者が窒息死させられた場合の同意は有効となりそうであるが、このような結論は妥当とは思われない。「このような形で死にたい」という中に時間(そうすると場所も含まれるのだろうか)を含みつつ、随伴者や死因を排除するという区別は合理的ではないだろう。偽装心中の事例では、自殺者が同意した死は、「好きな人と共の死」と言い換えたならば、死亡時期について特定の条件が付与されているとも解しうるのである。また、態様が異なり、死因が異なるということは、死亡時期が異なることでもある。

あるいは、行為主体を指定した上で、殺害に同意する者もいるだろう。これは、同意傷害であれば、ありうる場面である。治療行為への承諾において、患者が「A医師であれば、外科手術をお願いしたい」、つまりA医師以外による身体への傷害は拒否するという意思決定をすることは、珍しいものではない。このような指示があるにもかかわらず、B医師が執刀を行い、手術は無事に成功し

たという場合に、B医師の行為は傷害罪となるのであろうか。このような場合、B医師が執刀したことを許さない患者は少ないであろうが、B医師の行為の法的評価はなかなか厄介な問題である。法益侵害に対する同意は、侵害の時点で存在しなければならぬのであり、同意が無効であったのならば侵害行為は違法となる。たとえ事後的な同意が得られたとしても、さかのぼって当該侵害行為の違法性を否定することはできない³⁶。同じ医学的知識と技量をもつ医師であれば、同意が有効な場合があるとする見解もあるが、一方で財産や性行為³⁷の場合は行為者の同一性が同意を無効とするとしており³⁸、不十分である。性的自由や財産については、侵害者の属性が法益関係的であるが、それよりも一身専属性の強い法益である身体の場合には侵害者の属性は法益に関係しないというのではバランスを欠くからだ。

このような条件付同意の問題の一つとして、殺害の態様がどこまで含まれるだろうか。

法益関係的錯誤説は、何が法益関係的なのかが不明確なことが最も大きな問題点である。そこで判断されている内容によっては、判例のいう「重大な錯誤」という基準とあまり差がないということになりかねない。むろん同説においてもこの点の深化は試みられているのであり、たとえば錯誤による効果を類型化するものがある。そこでは、(a)法益の意義・範囲の錯誤（同意の効果を含む）、(b)具体的客体の錯誤、(c)行為者の同一性の錯誤、(f)緊急常態の錯誤は同意を無効とする一方、(d)反対給付の錯誤、(e)目的・縁由の錯誤の場合は同意は有効であり、このような区別は、自由な自己決定の所産とみなされるかどうかという基準によるとされている³⁹。あるいは、法益関係的錯誤説の問題点が、法益処分の自由に関する理解に疑問があることだという見解においては、法益処分の自由は実は法益の構成要素にほかならないとの指摘がなされているところである⁴⁰。

このような指摘が、具体的な個々のケースにおいてどのような結論を導くのは一概に明らかではない。しかし、法益関係的か否かの判断は「法益に関係するか否か」という合理的で無味乾燥な判

断ではありえず、法益処分に対する決定者の主観的評価が関わるもので、自由という観点がある程度入れ込まざるをえないということが、示唆されているものと考えられる⁴¹。決定者の目的が、処分自体よりもむしろ、処分の経緯にある時には一層そうである。

3. 関連する問題点 殺害の態様と安楽死

生命法益を処分しようという決定がある場合、すなわち「死にたい」と本人が思っている場合は、まさに処分自体よりも、処分の経緯や処分の効果が目的になっていると考えられることが多い。たとえば、借金に苦しむ人間が自殺するという場合、その者は死を希望しているのではなく、借金返済からの解放を欲していると思われるし⁴²、人間関係に疲れ果てて死を選ぶ者は、死によって苦悩から解放されることを望んだのだらうと思われる。

(財物のように)単に不要であるとか、(暴行や監禁のように)相手によってはおよそ法益処分と感じることがないという場合は少ない。したがって、処分による効果が得られなかった場合には、本当のことを知っていれば処分しなかったであろうと考えられる傾向が強い。

一方、「死ぬ」という決定の中には、「安らかに」という願望や「苦しみに」という制限が必然的に伴っているという暗黙の了解がある。特に、安楽死の場合には、まさに激しい肉体的苦痛からの解放のため、唯一の手段として生命の短縮が選択されているのだと考えられる。そこで、死ぬことによって現在進行形の激痛から解放されることはむろん、死に際して別の苦痛が生じることはできる限り避けられるべきであろう。また、激痛からの一刻も早い解放を望んでいるのであるから、死に至るまでの時間は速やかなものであることも期待されるであろう。

判例においては、許容されうる安楽死の中に、積極的安楽死が含まれている⁴³。しかし学説上は、積極的安楽死の許容には批判が多く、治療中止や治療差控えという形態での消極的安楽死と、副作

用のある鎮痛剤投与という形態での間接的安楽死を限度に許容するという見解が有力である。このうち治療中止については、尊厳死とあわせて、医師にはもうそれ以上の治療を施す義務はないという治療義務の限界を根拠に正当化されるとする立場もあるが、終末期患者の自己決定を正当化のために（程度の差はあれ）要求する立場においては（つまり安楽死が何らかの形で生命を短縮するということを認めるのであれば）⁴⁴、安楽死の態様と患者の決定の真意性は無関係なものとはならないであろう。死を選ぶほどに自分を苦しめている耐え難い激痛から解放されるに際して、患者はそれが治療の中止により緩慢にもたらされることで十分なのだろうか。あるいは栄養や水分補給の中止によって、徐々に餓死や脱水死に至ることを望むだろうか。また、人工呼吸器を撤去すること（治療中止）に伴う呼吸困難の悶絶に際して、筋弛緩剤を多量に投与すること（積極的安楽死）を拒否するだろうか⁴⁵。

安楽死の正当化を自己決定に関わらせる見解に対しては、消極的安楽死と間接的安楽死を許容する一方で、積極的安楽死を否定することが、患者の選択肢を不当に制限する可能性があるのではないかと疑問を提起したい。正当化は、安楽死の態様（治療との類似性）によってではなく、死期の切迫性や患者の決定によって限界付けられるべきではないだろうか⁴⁶。この点を曖昧にしては、治療義務の限界説を克服できまい⁴⁷。

殺害の態様についての錯誤が被害者の囑託を無効にしないのであれば、「こんな苦痛はもういやだ、殺してくれ」と言った終末期患者を殺害するにあたって、殺害の態様により根本的な結論の差をもうけることには説明が必要であろう。苦痛から解放されるべく、人工呼吸器の撤去を求めた終末期患者に対し、「それではかえって苦しいだろう」と独断により筋弛緩剤を投与した医師は許されず、積極的安楽死を求めている終末期患者に対し、「そこまでは出来ない」として独断で治療中止に留めた医師は許されるというのであれば、法益関係的錯誤説の適用は難しい。逆に、殺害の態様についての錯誤が同意の有効性を否定するという

見解によれば、後者の例においては202条ではなく、199条が成立するはずであるが、そのような結論の合理性についても検討が必要である⁴⁸。

おわりに

法益関係的錯誤説における同意の真意性の基準については今後の議論が注目されるが、その際には202条の可罰性根拠と限界の問題を視野に入れることが必要であり、終末期における問題と、それ以外の場面での自殺志願者の問題を両極端の事例として想定することは無益ではないと思われる。

これは、終末期医療問題に関する議論において、同意の観点を再度持ち込み、事が被害者の自己決定の問題であるべきことを確認することにつながるであろう。治療義務の限界による治療中止の許容という、近年有力になりつつある見解は、安楽死や尊厳死の意義を封殺するものである。202条の存在により本来であれば許されない死への関与行為が（許されない自殺も）、ある特定の状況下で許されるのではないかという議論が生じたのは、それを当の患者自身が望み、おそらく同様の場面では自分もそれを望むだろうと多くの人が信じたからではなかったか⁴⁹。ところが、治療中止にあたって治療義務の限界のみを問題とする見解では、患者の意思は影響力を排除されており、最後の自己決定に対する尊重は認めがたい。「死にたいのであれば一人で死ななければならない」という制約が、法政策的に合理的であり⁵⁰、その限りで正当化されるというのであれば、終末期患者は、一人で死ぬような状態にないのであるから、終末期に限ってその制約を解除することもまた法政策的に可能ではないだろうか。

法益関係的錯誤説がこうした場面で具体的に妥当な結論を導きえるかは、同説の合理性を問う試金石の一つとなろう。法益侵害の態様を法益関係的要素の中でいかに位置づけるかを再検討する、あるいは生命法益の例外性を明らかにするといった展開が予想されるが、生命侵害をめぐっては加害者・被害者双方の現実を踏まえた議論の必要性

を感じる。

注

- (1) これに関して、樋口陽一『国法学』補訂版(有斐閣, 2007) I-2, II-3が重要である。
- (2) 被害者の同意について、そもそも構成要件に該当しないことを理由に、構成要件不該当事由として考える場合もあるが、本稿ではこの点に立ち入らない。
- (3) 最決昭和33.11.21刑集12巻15号3519頁。
- (4) 西田典之『刑法総論』(弘文堂, 2006) 178-179頁。
- (5) (特に日本における) 法益関係の錯誤説の基準が不明確であることについては、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社, 2004) 36頁以下に詳しい。
- (6) 弁護側が即日控訴したが、被告人は後に控訴を取り下げた。
- (7) 弁護側がこの点につきどのような主張をしたのかは公刊物からは明らかにならない。
- (8) ただし三番目の被害者については、判決文によれば「このまま死ぬのはいいから、薬で眠っている間に楽に殺してください。」と懇願したとのことである。
- (9) (財産や身体とは異なる) 生命独自の制約があるという見解は、202条の処罰根拠について生命法益の独自性に立脚する見解と関連するのであれば、むしろ全体として一貫性を保てるのかもしれない。しかし現時点では試論の域を出ない。生命法益の重大性、特殊性についてより明確な議論が必要である。
- (10) 首謀者とされたBは、懲役2年6月、3年間執行猶予とのことである。
- (11) 5歳11ヶ月の子どもを刺殺した際に承諾を得たとして争われたところ、自殺の何たるかを理解する能力のないものは、自己を殺害することを嘱託または承諾する能力を有しないと、殺人罪の成立が認められた事例(大判昭和9.8.27刑集13巻1086頁)。精神障害者である被害者が通常の意味能力もなく自殺の何たるかを理解せず、しかも被告人の命ずることは何でも服従するのを利用して縊首の方法を教えて縊首させ死亡するに至らせた行為は、殺人罪であって自殺関与罪ではないとした事例(最決昭和27.2.21刑集6巻2号275頁)。
- (12) 箕岡真子「バイオエシックスの視点よりみた認知症高齢者の医療における「自己決定」と「代理判断」」新井誠編『成年後見と医療行為』第8章(日本評論社, 2007)。
- (13) 札幌地裁昭和53.9.29判時914号85頁。
- (14) 岩志和一郎「医療契約・医療行為の法的諸問題」前掲・新井編, 第4章。また、未成年者や精神障

害者の承諾能力について、町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会, 1986) 174, 181頁も参照。

- (15) たとえば、「AとBという二つの治療法のメリット, デメリットを衡量して、自分の将来に最も利益と思われる治療法を選択する」ことよりも、「死を理解する」ことの方が、特別な知識や能力を必要としないであろう。
- (16) 「精神障害者など無能力者にも、能力者と同じ自己決定を認めることが、彼らの尊厳を尊重することである」など、誤った平等主義と結びついた時の危険性は高い。アメリカの生命維持治療拒否判例については、古川原明子「生命維持治療と患者の自己決定権—米判例を素材に一—」一橋法学第2巻第1号(2003) 145頁以下参照。
- (17) 大阪高判平成10.7.16判時1647号156頁。
- (18) 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣, 1975) 250頁。
- (19) 実行の着手時期に関する問題については、伊東研祐『現代社会と刑法各論 [第2版]』(成文堂, 2002) 65頁など。
- (20) 井田良「自殺関与罪と同意殺人罪」刑事法ジャーナルNo.4, 133頁以下(2006), 134頁。
- (21) 井田・前掲注133頁注(2)参照。
- (22) 被害者の同意を構成要件要素と解した場合の問題について、松宮孝明『刑法各論講義』(成文堂, 2006) 30-31頁。
- (23) 大阪地判昭和56.3.19判タ453号172頁。
- (24) 後には自殺意思=無能力という図式が否定されただけではなく、医学的に何が「不合理」かという点についても考え方が異なるようになった。
- (25) Delgado, Euthanasia Reconsidered, 17 Arizona L. Rev. 474 (1975), 485.
- (26) 病床で激痛に苦しむ患者であれば、通常の自殺志願者よりも一層、冷静な判断が不可能であると考えられることもできる。
- (27) たとえば浅田和茂『刑法総論』(成文堂, 2005) 216-217頁は、リヴィング・ウィルは意思表示できない場合に、治療方法選択にあたって参考にされる程度とすべきという。これは、推定的同意の違法性阻却効果を否定することとも関係するであろう。
- (28) たとえば「重篤な苦痛の存在、死期が間近であるなどの状況から、本人の死ぬ意思が真意からのものと推定されることにはかならず」自殺意思が尊重されるという見解など参照。秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集第32巻第2=3号, 137頁以下(1989) 190頁。
- (29) このような考え方は、まさに「治療はおよそ優越的な利益をもたらすものであるから、治療における身体的侵襲に対する患者の同意は推定される」という考え方の延長上にある。これは専断的治療行為の範囲を狭めるもので、治療提供側には使い勝手の良い理論である。

- (30) 浦和地判平成4.12.25判時1505号159頁。
- (31) なお、検察側が「被害者を殺さなければ自分の家庭が崩壊させられると恐れたことが殺害の主たる動機となっているのであり、被告人が被害者に対する同情、憐憫から本件犯行に及んだものではなく」と主張したのに対し、「そもそも嘱託殺人における被害者の真摯な嘱託の存否と、犯人がいかなる感情を抱いて右嘱託に応じたかは別の事柄なのであり、被害者の真摯な嘱託に基づき犯人が被害者に対する憎悪、怒りの感情からこれに応ずるということも十分にありうるということのべきである。」と述べている点も注目される。この点につき、西田・前掲注16頁は、最判昭和33.11.21などを挙げて、判例は202条の減刑理由を責任減少的に理解し、自殺者に同情して手を貸した行為者でなければ、かような責任減少を認めない立場であるとしている。
- (32) 名古屋地裁平成7.6.6判時1541号144頁。
- (33) ただし被告人は心身共に疲労困憊した状況下で被害者の「刺してもいいよ」との言葉に突き動かされて殺害に出たものであり、被害者が真摯に殺害に同意しているものと誤信した上で犯行に及んだと認められるとして、38条2項により202条が適用されている。
- (34) ただし後掲注42も参照。
- (35) 佐伯仁志「嘱託殺人罪における嘱託の真意性とその認識」『平成10年度重要判例解説』152頁以下(1999)、153頁。
- (36) 町野・前掲175、183頁は医師違いの場合でも承諾の有効性は否定されないと考えるようである。佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985)67頁も参照。また、山口厚・後掲注157頁は、同意は結果発生時に存在する必要がある、行為後に同意が与えられた場合、同意の予見を欠く行為者について、未遂犯成立の可能性があるとする。
- (37) 仙台高判昭和32.4.18高刑集10.6.491。
- (38) 山中敬一、『刑法総論I』(成文堂、1999)208頁。
- (39) 山中敬一・前掲注207頁以下。ただしこのような被害者の自律性に着目する説は、本来の法益関係的錯誤説とは異なっていると指摘は、塩谷・前掲注36頁以下。
- (40) 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣、2007)159-160頁。
- (41) 井田良「被害者の同意」現代刑事法No.14(2000)93頁も参照。
- (42) 社会的な問題が自殺の原因となっている場合、果たしてそれは「自殺」といえるのか、「他殺」ではないのかという問題はあるだろうが、そのような場合を全て排除するのであれば、202条の存在意義はなくなるであろう。
- (43) 横浜地裁平成7.3.28判時1530号28頁(東海大学安楽死事件判決)。
- (44) 古川原明子「末期医療における治療中止の許容性」明治学院大学法科大学院ローレビュー第6号133頁以下(2007)、同「終末期医療と刑法」日本の科学者Vol.42, No.11(2007)参照。
- (45) 呼吸器撤去という治療中止の効果を促進するための薬剤投与が必ずしも別に積極的安楽死を構成しないという可能性については、古川原・前掲注「終末期医療と刑法」参照。
- (46) 医師が致死薬を処方して患者に渡すという方法(PAS=physician assisted suicide)が、自殺補助にすぎず、患者の死に対する支配力という点では、治療中止という同意殺人形態よりも低いにもかかわらず、「治療中止は許されるがPASは許されない」というねじれ現象を生じていることの要因はここにある。
- (47) 私見では、そもそも「治療義務の限界が到来したら」というテーゼは、そのままであれば万人に限界まで適切な治療が施されるとの前提がなければ無意味であり、危険である。本稿の対象ではないが、治療義務の限界説が内包する致命的な問題点であると感じる。なお、中島みち『「尊厳死」に尊厳はあるか』(岩波新書、2007)も参照。
- (48) 意図しなかった死苦を与えたことにつき刑法上は問責せずとも、民法上の責任を問うる。
- (49) ここでいう「ある特定の状況」は、治療義務の限界を含む死期の切迫した時点である。死期の切迫性により、202条の違法性がさらに阻却される、もしくは緊急避難の要件を満たすなどの構成が考えられるが、自己決定権による死の選択が制約されない時点とすると、199条の違法性を完全に阻却する(つまり202条を経由しない)という理解もありうるだろう。
- (50) 井田・前掲(注)参照。