慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	欺きによる殺人罪 (刑法199条) 成否の判断 : 法益関係的錯誤説とは何だったのか?
Sub Title	
Author	鈴木, 左斗志(Suzuki, Satoshi)
Publisher	有斐閣
Publication year	2017
Jtitle	西田典之先生献呈論文集 (2017. 3) ,p.91- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BB23288190-20170300-0091

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

欺きによる殺人罪（刑法199条）成否の判断
――法益関係的錯誤説とは何だったのか？

鈴木左斗志

Ⅰ　問題の分析

(1)　被害者の同意・意思[1]が錯誤にもとづいていた場合，それにもかかわらず犯罪の成立が否定されることはありうるか。これはさまざまな犯罪に共通して生じうる問題であり，そのために，統一的な枠組みによる解決を提示するべき問題であるようにも思える。たとえばつぎのような判例を見てみよう。

①　**最高裁昭和33年3月19日決定（刑集12巻4号636頁）**は，行先を欺かれて車に乗せられた被害者が途中で気づいて降車を要求した事案[2]で，その要求以前の乗車時から監禁罪の成立を認めた第2審判決の判断を肯定するにあたり，つぎのように述べている。「刑法220条1項にいう『監禁』とは，人を一定の区域場所から脱出できないようにしてその自由を拘束することをいい，その方法は，必ずしも所論のように暴行又は脅迫による場合のみに限らず，偽計によつて被害者の錯誤を利用する場合をも含むものと解するを相当とする」。

②　**最高裁昭和23年5月20日判決（刑集2巻5号489頁）**は，「被害者において顧客を装い来店した犯人の申出を信じ店内に入ることを許容したからと言

1)「意思」が問題になるのは，被害者みずからが自身の法益を害したという事案で，それに関与した者の罪責が問われる場合。

2)　なお，第1審判決によると，「被告人宅まで直行するようにいいふくめて雇つた〔運転手〕の運転するタクシーに〔被害者を〕乗りこませ」たと認定されている（刑集12巻4号640頁参照）。しかし運転手に対しては，被害者が行先を欺かれていることは秘されていた（最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度152頁［足立勝義］参照）。そのため第2審判決によると，「三叉路を左折しなければならないのに，自動車は〔被告人宅方面〕に向って疾走を続けたため，〔被害者〕が欺罔されたことに気付き運転手に停車を求め，被告人は〔被告人宅〕に直行することを要求し，運転手が措置に迷い自動車の速力を時速約25キロメートルに減じて進行中，右三叉路から約150メートル離れた……派出所前附近で，〔被害者〕が車外に逃げ出した」（同641頁以下参照）。この事実関係が及ぼす影響について，後掲注15）と後掲注19）第2段落を参照。

つて，強盗殺人の目的を以て店内に入ることの承諾を與えたとは言い得ない」と述べて，住居侵入罪（刑130条前段）の成立を肯定した。

③ **最高裁昭和33年11月21日判決（刑集12巻15号3519頁）**は，刑法199条と202条[3]の境界[4]についてつぎのような判断を示した[5]。「被害者は被告人

3) 本文で引用した判決文（＝上告趣意の法令違反の主張に答えた【要旨第2】の一部）が，刑法202条の前段・後段いずれと199条との境界を判断したものであるのかは問題となりうる。

本文で引用した判決文で「被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当するものというべく，原判示は正当」と判断された第2審判決は，「本件被告人の所為は自殺幇助罪に問擬すべき事案である旨主張」する控訴趣意（最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度723頁［高橋幹男］参照。以下では同解説を「最判解刑（昭33）［高橋］」と引用する）に対して，「被告人の所為は殺人罪を以て論ずべきであつて，単に自殺関与罪に過ぎないものということはできない」と判示している（次注を参照）。しかし最高裁によれば，「原判示は正当」という上記判断は上告趣意によるつぎのような主張，「本件被害者は自己の死そのものにつき誤認はなく，それを認識承諾していたものであるが故に刑法上有効な承諾あるものというべく，本件被告人の所為を殺人罪に問擬した原判決は法律の解釈を誤つた違法がある」という主張に対応したものだとされている。さらに，上告趣意の判例違反の主張に応じた【要旨第1】においては，第2審判決の上記判示についてつぎのように述べられている。「原判決の意図するところは，被害者の意思に重大な瑕疵がある場合においては，それが被害者の能力に関するものであると，はたまた犯人の欺罔による錯誤に基くものであるとを問わず，要するに被害者の自由な真意に基かない場合は刑法202条にいう被殺者の嘱託承諾としては認め得られないとの見解の下に，本件被告人の所為を殺人罪に問擬するに当り如上判例を参照として掲記したものというべく，そしてこの点に関する原判断は正当であつて，何ら判例に違反する判断あるものということはできない」（もっとも最高裁のこの判断は，上告趣意の援用する大判昭和9・8・27刑集13巻1086頁〔被告人が「短刀……ヲ以テ……〔5年11月ノ幼児〕ノ……咽喉部ヲ突刺シ……殺害」した事案について，「自殺ノ何タルカヲ理解スルノ能力ヲ有セス従テ自己ヲ殺害スルコトヲ嘱託シ又ハ之ヲ承諾シタルモノトハ到底之ヲ認ムルヲ得ス」と判示した〕との関係で示された判断であるにすぎないと理解することも不可能ではない〔なお，上告趣意では大判昭和8・4・19刑集12巻471頁に対する判例違反も主張されている。この判例の事案は上記大判昭和9・8・27とは異なって「自ラ頸部ヲ縊リテ死亡スルニ至ラシメ」たものであるが，判決では202条についての判断は示されておらず，参照条文にも199条のみがあげられている。殺人罪の成立を認めた原判決に対して，上告趣意が無罪のみを主張して争うものであったためだと思われる。この判例については後掲注35）も参照〕）。

以上から判断すると，本文に引用した【要旨第2】の「自殺させた」という言葉遣いに〈202条後段との境界設定の問題であることの可能性を排除する〉という意味までを読み込むことは難しいと思われ，むしろ最高裁は，本件の事案が202条前段・後段いずれと199条の限界設定の問題であるかという点については立ち入らず（なお，仙台高判昭和27・9・15高刑集5巻11号1820頁は，「〔被害者〕に対し夫……との不倫な関係を絶つよう申入れたところ……拒絶され……，茲において同死を装い……毒薬を嚥下させて同人を殺害せんと決意し……『私も愛し続け，お前も愛し続けると云うがその結果はどうなるか，俺も死ぬからお前もこれをのんで死んで呉れ』と詐言を以て自殺を慫慂したが〔被害者〕は黙して答えないので更にこれを黙つて飲んでくれといつて予て準備して置いた……オブラート包の硝酸ストリキニーネ約0.4瓦を〔被害者〕の口の中に差入れ次いでコップで水を与えこれを嚥下せしめた」という事案について，刑法202条後段を適用した原判決を破棄し，「重大な瑕疵ある意思に基き死を決せしめて死亡するに至らしめたもの」であることを理由に199条の成立を認めている。これに対して，判例③

の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり，その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させ

の第1審・第2審判決は，それぞれ「予め買求め携帯してきた青化ソーダ致死量を同女に与えて之を嚥下させ」「青化ソーダを与えて嚥下せしめ」（刑集12巻15号3527・3529頁参照）と認定するにとどまっており，最高裁もそれ以上の事実関係の詳細には立ち入っていない），上告趣意の「有効な承諾」という主張が成り立たないことのみを判示したものと解される。

4）第2審判決による事実関係の認定と判断はつぎのとおりである。「被告人は〔被害者〕との関係を清算しようと思い苦慮していた際同女より心中を申出でられたのを奇貨とし，これを利用し同女を死亡せしめることが関係断絶の方法であると考え，被告人には心中する意思がないのにこれある如く装い，その結果同女をして被告人が追死してくれるものと誤信したことに因り心中を決意せしめ，被告人がこれに青化ソーダを与えて嚥下せしめ同女を死亡せしめたものであることが認められる。しからば同女の心中の決意実行は正常な自由意思によるものではなく，全く被告人の欺罔に基くものであり，被告人は同女の命を断つ手段としてかかる方法をとつたに過ぎないものであつて，その結果所期の目的を達した被告人の所為は殺人罪を以て論ずべきであつて，単に自殺関与罪に過ぎないものということはできない」（刑集12巻15号3528頁以下参照）。第1審判決の認定によると，青化ソーダは被告人が「予め買求め携帯してきた」（同刑集3527頁参照）ものだった。また第1審判決は被告人・被害者間の関係・経緯についてつぎのように認定している。「被告人は，……昭和28年9月頃から……料理屋A方接客婦〔である被害者〕と馴染となり遊興を重ねる中，同女との間に夫婦約束まで出来たが，他面右Aに対し十数万円，其他数ケ所からも数十万円の借財を負うに至り，両親からは〔被害者〕との交際を絶つよう迫られ最近に至り自らもようやく同女を重荷に感じ始め，同女との関係を断ち過去の放縦な生活を一切清算しようと考えその機会の来るのを待つていたところ遂に同30年5月23日頃同女に対し別れ話を持ち掛けたが同女は之に応ぜず心中を申出でた為め困り果て同女の熱意に釣られて渋々心中の相談に乗つたものの同月26日頃には最早被告人の気が変り心中する気持がなくなつていたに拘らず同日午後3時頃同女を伴つて〔犯行現場〕附近に赴いたが同女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同女をのみ毒殺しようと企て真実は追死する意思がないのに追死するものの如く装い同女をして其旨誤信せしめ〔た〕」（同刑集3526頁以下参照）。以上の経緯について第2審判決はつぎのように判断している。「〔被害者〕の心中の意思は最初同女自ら発議したものではあるが，これは同女が被告人と別れる位なら寧ろ死を選ぶというのであり且これも被告人と共にすると云ふことを前提とした，いはば不確定なものでその後被告人が心中を承諾し追死するものと誤信したから，愈々自殺を決意実行に移したものというべく，しからば最初に同女より心中を申し出た事実があつても，同女の自殺実行の決意は，被告人の欺罔の結果であることに差異はない」（同刑集3530頁参照）。

5）なお，同じく偽装心中の事案について最決平成16・3・10（公刊物未登載。後掲注56）の最決平成16・1・20と同じ第三小法廷による決定）では，「被害者が真実死ぬことを決意するに至ったのは，被告人と出会った後の，被告人の，一緒に死ぬとの言を信じたからにほかならないというべきであり，……被害者は，その誤信に基づき，被告人に殺害を依頼し，被告人は被害者の殺害依頼が誤信に基づくことを知りつつ同女を殺害したものであるから，被告人には普通殺人罪が成立するというべきである」と判示した第2審判決（福岡高判平成15・8・29高刑速〔平15〕153頁）が維持されている（第1審判決〔大分地判平成14・11・22 LLI/DB05751049〕は，「〔被害者〕による殺害の嘱託が真意でなかったことの立証がなされていないから，普通殺人罪ではなく嘱託殺人罪が成立するに止まると判断」していた）。この判例については後掲注79）を参照。

て自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当するものというべく，原判示は正当であ〔る〕」。

これらの判例に対しては，とくにその考え方から導かれうるとされる結論についてつぎのような批判がなげかけられている。まず判例①に対して，「ダイヤの指輪をプレゼントすると女性を騙してデートに誘い，車でドライブに行っ……た場合に，プレゼントをもらえないとわかっていたら……絶対に同意しなかったというのであれば，女性の同意は無効で，車に乗せて走った点については監禁罪が……成立しうることになる。しかし，こ……の結論は，……不当であろう。検察官が，こ……の場合に，監禁罪……で行為者を起訴するとはとても思えないし，たとえ起訴をする検察官が出現したとしても，裁判所が有罪にするとは思えない[6]」。また判例②に対しては，「判例の立場を一貫させれば，詐欺目的のような犯罪目的での立入りはもちろん，借金目的での立入り，下心を持った立入り等々，住居権者が内心の意思を知っていれば立入りを認めなかった場合はすべて住居侵入罪が成立してしまい，そこに理論的限定は存在しないであろう[7]」。さらに判例③に対しては，「例えば，死んだら家族に1億円くれるからというので死ぬことを承諾した（そうでなければ死ぬ意思はなかった）という場合に，被害者の承諾を無効として殺人罪の成立を認めるならば，被害者

6) 佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方（2013）217頁以下（以下では同書を「佐伯・前掲注6）総論」と引用する）。そのため佐伯教授は判例①について，「監禁の成立時期が争われた事例ではないので，判例は，この点については判断を示していないと見るべきであろう」（法教360号〔2010〕106頁）とされる。このように解する根拠として，判例①の後の判断である最決昭和38・4・18刑集17巻3号248頁（被害者の降車要求以降を監禁とした第1審判決が維持された）を援用されている（このような判例の理解については平野龍一「潜在的意思と仮定的意思——監禁罪の保護法益」同・刑事法研究 最終巻〔2005〕31頁以下）。

しかし，上記のような判例の理解はつぎのように批判されている。「〔上記最決昭和38・4・18は，〕検察官がその部分のみに限って起訴したため裁判所もその部分のみを認定したものにほかならず，判例の見解が変わったものではない」（大コンメンタール刑法〔第3版〕(11)〔2014〕349頁［竹花俊徳＝荒井智也］）。さらにいえば最決昭和38・4・18は，佐伯教授の見解（後掲注11）に対応する引用）によってさえ，乗車時点から監禁罪が認められる事案なのではないだろうか（「婦女を姦淫する企図の下に自分の運転する第二種原動機付自転車荷台に当該婦女を乗車せしめ」た〔前掲刑集249頁〕。第2審判決の認定によると，「同女が自ら自転車から飛び降り自宅に逃げ帰るのを追つて更に同女をとらえ押し倒す等の暴行を加え執拗にその目的を遂げようとした」〔同253頁参照〕）。そうだとすると，最決昭和38・4・18については，むしろ上記批判の理解の方が整合的であるように思われる。さらに，現在の佐伯教授の見解については後掲注19）第2段落と後掲注24）を参照。

7) 佐伯仁志・法教362号（2010）103頁以下。

の生命はそれ自体の価値ではなく金銭との交換価値において保護されることになるであろう[8]」。

そこで批判者は，「当該構成要件で保護された法益に関連する錯誤だけを重要な錯誤と解して，そのような錯誤がある場合に限って同意を無効とすべきであるという，いわゆる法益関係的錯誤説[9]」を採用し，統一的な解決をはかるべきだと主張する。これによれば，「被害者が乗った車の運転手が，被害者が降りるつもりになっても……降ろさないつもりだったのかどうかという点が問題である。もし，運転手が降ろさないつもりであったのならば，被害者は知らないうちに〔監禁罪の保護法益である『現存する場所から立ち去る自由[10]』〕の制約を受けていたのであって，その承諾は法益関係的錯誤に基づく無効なものといえるであろう。従って，車が走り始めた時点から監禁罪を認めることができる。しかし，運転手にそのような意図がなかった場合には，……その承諾は有効であり，降ろしてくれるように求める時点まで監禁罪は成立しない[11]」。また，「誰を住居内へ入れ誰を入れないかについて決定する権利を保護法益と考えるならば，ある人物を住居内に入れるということについて承諾していれば，それ以外の事情についての錯誤は法益関係的錯誤ではない。従って，他人を夫と誤信して立入を許可した場合〔＝「人の同一性の錯誤[12]」〕には，法益関係的錯誤であり，錯誤に基づく許可は無効である。これに対して，ある人物の属性，目的に錯誤がある場合，例えばセールスマンだと思って家に入れたら強盗だったという場合には，特定の人を家へ入れること自体には錯誤なく承諾しているので，錯誤は有効ということになる[13]」。さらに，「刑法が殺人罪で保護する被害者の生命と無関係な事情についての錯誤を考慮して，被害者の承諾を無効とするのは妥当でない[14]」。

8）佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985）70頁。
9）佐伯・前掲注6）総論218頁。同所には，法益関係的錯誤説を支持しているとされる文献が多数列挙されている。
10）佐伯・前掲注8）84頁。
11）佐伯・前掲注8）86頁。
12）佐伯・前掲注8）97頁。
13）佐伯・前掲注8）96頁。さらに佐伯仁志「刑法における自由の保護」曹時67巻9号（2015）42頁以下も参照。
14）佐伯・前掲注8）70頁。

(2) (a) 法益関係的錯誤説（以下では「法関錯説」と略する）による以上の主張は，つぎのⓐⓑの当罰性判断から成り立っている。

ⓐ判例①～③の結論に反対する。[15]

ⓑ指輪事例[16]・借金目的立入事例[17]・1億円事例[18]での各該当犯罪の成立を否定する。

法関錯説は，上記ⓑの結論を導き出すためには法関錯説を採用する必要があると主張し，法関錯説が採用されるとすれば上記ⓐの結論が必然的に導き出されるとする。

しかし，指輪事例と借金目的立入事例については，判例①②の結論を維持しながら上記ⓑの結論を導き出すことは可能だと思われる。

(b) まず指輪事例では，かりに途中で（たとえば欺きが発覚して）女性から降車を要求されたとした場合に，運転者にその要求を受け入れるつもりがあったのかが問題になる。要求を受け入れるつもりがなかったのであれば，車が走り始めた時点から監禁罪を成立させるべきことは，法関錯説の支持者も認めている。[19] これに対して，要求を受け入れるつもりだった場合，それはそもそも「監禁」（刑220条）にあたらないと解する余地があるように思われる。[20]

---

15) ただし，判例②③については無条件で反対されているのに対して，判例①については「運転手がどのようなつもりであったのかがはっきりしない」（佐伯・前掲注8）86頁注88)。この点については前掲注2）を参照）ことを理由に（前掲注11）に対応する引用を参照），留保つきで反対されている（佐伯・前掲注8）86頁。前掲注6）も参照)。もっとも，現在の佐伯教授の見解については後掲注19）第2段落を参照。

16) 前掲注6）に対応する引用でとりあげられている事例を，以下では「指輪事例」と引用する。

17) 佐伯・前掲注7）に対応する引用でとりあげられている事例のうち「借金目的での立入り」の場合を，以下では「借金目的立入事例」と引用する。

18) 佐伯・前掲注8）に対応する引用でとりあげられている事例を，以下では「1億円事例」と引用する。

19) 佐伯・前掲注11）に対応する引用を参照。

この点について判例①の事案では，運転手は被害者が欺かれていることを知らなかった。しかし，雇主である被告人の要求に直面して，被害者からの停車の求めに簡単には応じることのできない状態となっており，そのために被害者は時速約25キロメートルで走行中の自動車から飛び降りざるをえなかった（以上の事実関係について前掲注2）を参照)。現在の佐伯教授の見解によれば，このような状況を「車外に出ることが著しく困難であった」（佐伯・前掲注13）「刑法における自由の保護」10頁）と評価することが可能であり，かつ，そのような状況がすでに被害者乗車時に被告人によって作出されていたと認定できるのであれば，「被害者を乗せた車が発車した時点から監禁罪の成立を認めた1審の認定は正当である」（佐伯・上掲箇所）と解されている。前掲注15）を参照。前掲注6）も参照。

20) 典型的な監禁の事例に置き換えて説明すると，たとえば，①「部屋に3時間とどまってくれた

(c)　借金目的立入事例と判例②の間にはつぎのような違いがある。すなわち，判例②では，㋐立入りの目的が犯罪実行であり，しかも，㋑それを住居権者等の対応（制止等）にかかわらず遂行するつもりであった。

住居侵入罪は，住居権者の「意思に反して立ち入ること」[21]を処罰対象にする犯罪であるが，上記㋐㋑のような事情が認められる場合には，退去要求（刑130条後段）が有効に機能する状況ではないという判断から，住居侵入罪（同条前段）の成立を認めて刑罰による早期の介入を肯定することにも合理性がありうると考えられる。判例②は，このような考え方からその趣旨を理解することができるように思われる[22]。これに対して借金目的立入事例の場合には，不退去罪による保護を認めれば十分だと解される。

(d)　以上のように指輪事例・借金目的立入事例については，それぞれの犯罪の保護法益の内容[23]をどのように理解するかによっては，判例①②の結論を維持しながら前記ⓑの結論を導き出すことは可能だと思われる（しかも指輪事例についての前記(b)の理解は，現在では法関錯説支持者によっても承認されているように思われる[24]。さらに前掲注19）第2段落も参照）。そうだとすれば，結論に争いのある判例②に対する評価は，正面から，住居侵入罪によってどのような利益が保護されるべきかを問うことによってなされるべきだと思われる。

(3)　(a)　ところで，ここまでの検討を前提にした場合，法関錯説支持者による住居侵入罪についての前記説明（前掲注13）に対応する引用）は，迂遠なもの

ら報酬を約束する」と欺いた事例で，その部屋は無施錠という条件であれば，「監禁」（刑220条）にあたらないことはあきらかであろう。②同じく「部屋に3時間とどまってくれたら報酬を約束する」と欺いた事例で，「その間は施錠するが，もしも途中で出たいと申し出れば，即座に開錠する」という条件が付されていた場合，この条件が遵守されるのであれば「監禁」にはあたらないと解することも可能ではないだろうか。③「施錠した部屋に3時間とどまってくれたら報酬を約束する」と欺いたうえで「途中で開錠することはできない」という条件を付したような場合と上記②を同列に論じることはできないように思われる（もっとも，そもそも③の事例で監禁罪による処罰が認められるべきか否かは別論）。以上については平野・前掲注6）25頁以下を参照。

21）最判昭和58・4・8刑集37巻3号216頁。

22）このような住居侵入罪の理解については，鈴木左斗志「住居侵入等罪（刑法130条）の検討――最近の最高裁判例を手がかりにして」慶應法学35号（2016）173頁以下を参照。

23）あるいは，「監禁」（刑220条）「侵入」（刑130条）の内容。

24）佐伯・前掲注13）「刑法における自由の保護」9頁以下では，前掲注20）に対応する本文が承認されているように思われる。かりにそうだとすると，前掲注6）に対応する本文の批判は，現在では佐伯教授自身によっても維持されていないのかもしれない。

だと感じられるのではないだろうか。住居侵入罪の保護法益の内容こそが問題の焦点だとすれば，端的にそれを問うべきである。「錯誤の法益関係性」として問題を位置づけて論じることは，議論の理路を不明瞭にすると思われる。

具体的に考えてみよう。「意思に反して立ち入[25]」ったといえるのは「誰を住居内へ入れ誰を入れないかについて決定する権利[26]」を侵害した場合だという理解を前提にしたとしても，そのことから直ちに「人の同一性の錯誤[27]」だけが法益関係的だと帰結されるわけではない。上記の「誰」をどのような基準で判断するべきかが先決問題であり，それに従って住居侵入罪の保護法益の内容は定まる[28]。そして，上記の「誰」を決めるにあたっては前記㋐㋑（＝(2)(c)を参照）のような住居内での危険を考慮するべきだという立場を採用した場合[29]，かりに法益関係的錯誤という考え方に従ったとしても，判例②の事案での錯誤は法益関係的だということになる。

結局，「法益関係的錯誤」という考え方を採用するか否かは，理論的には，判例②に対する評価にはかかわらない[30]。問題の焦点は，住居侵入罪の保護法益そのものに対する理解にある[31]。

(b) これに対して，1億円事例で問題になる殺人罪の場合には，その法益侵害の内容が生命の断絶であることは動かしえない[32]。そうだとすれば，すくな

25) 前掲注21)。

26) 前掲注13）に対応する引用を参照。

27) 前掲注12）に対応する本文を参照。

28) なお，住居侵入罪の保護法益については，住居権説と平穏説の対立として論じられることが多い（たとえば大コンメンタール刑法〔第3版〕(7)〔2014〕270頁以下［毛利晴光］を参照。さらに佐伯・前掲注13)「刑法における自由の保護」44頁以下も参照)。しかし，かりに住居権説を支持したとしても，本文で述べたように，「誰」をどのような基準で判断するかに応じて保護法益の内容に違いが生じうる（なお，佐伯・上掲46頁以下も参照)。この点については次注を参照。

29) その具体的な内容については，鈴木・前掲注22）186頁以下を参照。

30) 法関錯説の支持者は，「法益関係的錯誤」という枠組みによる統一的解決を強く志向する。そのために，個別の問題を検討するにあたっても，統一的枠組みによって解決可能となるように問題の焦点が設定されるということが起こりやすいのではないだろうか。しかし，ここでの問題は，すでに定まっている保護法益の内容と錯誤との関係を論じれば済むという（法関錯説が想定している）局面に焦点があるのではなく，そもそも保護法益の内容そのものをどのように理解するべきかにこそ焦点がある。前掲注28）も参照。

31) 鈴木・前掲注22）では，本文で述べた考え方にもとづいて，関係する（裁）判例を包括的に検討した。

32) もっとも，刑法199条の保護法益が〈自殺意思・被殺同意の有効要件を充足していない生命断

くとも判例③に対する関係では，(1)で引用した法関錯説による批判は有効なのではないだろうか（以下での検討のうち，とくにⅡ1における検討は，仮説にもとづいて提起された理論的疑義を解消することが目的であり，提起された疑義に対応する必要から，検討対象もすべて仮想事例とならざるをえなかった。しかし，とくにここでの問題の場合，仮想事例をめぐってあれこれと議論することにそもそも意味があるのかについては，懐疑的にならざるをえないと思われる[33]。そこで，Ⅱ1(4)に結論だけを簡潔にまとめた。本稿における実質的な検討の中心はⅡ2(2)(c)第2段落以降である[34]）。

Ⅱ　欺きによる殺人罪（刑199条）の成否

1　最高裁昭和33年11月21日判決（刑集12巻15号3519頁）をめぐって

(1)　Ⅰ(1)で判例③として引用した最高裁昭和33年11月21日判決（以下では「昭和33年判決」と引用する）に対しては，つぎのような批判が向けられてきた。「この〔事案の被害者〕は，『死』ということの意味は十分理解しているのであり，死ぬこと自体には錯誤はなく，ただその理由に錯誤があるにすぎないから，殺人だとするのは妥当とは思われない[35]」。

絶〉と理解されるべきだとすれば（平野龍一・犯罪論の諸問題(下)各論〔1982〕297頁参照），前掲注30）の内容は殺人罪についてもあてはまることになる。Ⅱ2(2)(c)第2段落を参照。

33）実際上の問題については，主としてⅡ3で検討する。

34）後掲注67）で指摘するように，問題は，結局，平野博士が提起された疑問へと回帰することになる。そのため本稿の以下での検討は，後掲注35）とそれに対応する本文からⅡ2(2)(c)第2段落へとスキップして読まれうる。

35）平野龍一・刑法概説（1977）158頁。つぎのようにも述べられている。「生きるか死ぬかは，他の条件にかけることはできない性質のものだと考えれば，死ということ自体にほんとうに同意した以上，その動機・条件は問題にならない，ということになるだろう。強迫によるような場合は，死ということ自体をいやいやながら，同意しているのだから，同意殺にはならない」（平野・前掲注32）297頁）。この批判は，たとえば大判昭和9・8・27（前掲注3）参照）や大判昭和8・4・19（「愚鈍ニシテ被告人ヲ信スルコト厚キ」被害者について，「被告人ノ詐言ノ爲錯誤ニ陥リ……一時假死状態ニ陥ルモ再ヒ蘇生シ得ヘキモノト信シ」て縊死した事案で殺人罪の成立を認めた。前掲注3）も参照）の事案と昭和33年判決の事案は異なって取り扱われるべきだと主張している。

なお，中野次雄「殺人罪と自殺関与罪との限界」ひろば12巻2号（1956）16頁では，「〔昭和33年判決〕の事案を殺人罪と解することは，刑法理論上，被害者を道具に使用した一種の間接正犯もしくは間接正犯類似のものと解することになるのであろうが，前述した昭和8年の判例〔＝上記大判昭和8・4・19〕の事案のごとく被害者が自殺ということを全然意識していなかっ

しかし，このような見解によると，たとえば「〔癌のために〕あと3カ月の生命であると欺罔して自殺を教唆し，被害者を死なせた場合[36]」についてまで自殺関与罪にとどまると解さざるをえなくなる。このような結論を回避しつつ，昭和33年判決の事案では刑法202条の罪（前掲注3）参照）の成立にとどめるために主張されたのが法益関係的錯誤説（法関錯説）である。つまり，「刑法が殺人罪で保護する被害者の生命と無関係な事情についての錯誤を考慮して，被害者の承諾を無効とするのは妥当でない[37]」が，「動機の錯誤であっても，被害者自身の生命について死ぬ意思を決定した錯誤があれば，法益関係的錯誤として錯誤に基づく承諾は無効とすべきであろう。殺人罪の保護法益である生命とは，抽象的に有か無のものではなく，具体的な量的広がりを持ったものだからである（このことは，死期の迫った患者を殺害した場合にも，死亡時期を問題にして行為と死亡との間の因果関係を認めることからも明らかであろう）。死ぬことについて錯誤なく承諾していれば，動機の錯誤は考慮しないという学説が，このような場合にも承諾を有効とする趣旨であれば，妥当でないと思われる[38]」。

(2) (a) しかし，そもそも「余命が短い」という（虚偽）事実にもとづいて自殺が決意されるのは，具体的にどのような場合だろうか。たとえば，

事例A　ある事の完遂に生活のすべてを捧げてきた被害者に対して，Xはその余命を欺くことで，完遂が不可能だと思い込ませた。被害者は生きる意味を見失って絶望し，唆されるままに自ら命を絶った。

この事例[39]は，そのような場合だと考えられるかもしれない。しかしこの事例の

た場合はこの理論構成が正面からあてはまるけれども，被害者が自殺を決意してこれを実行した本件の場合についてどのようにしてこの理論構成が可能なのであろうか。そのことはまた，本件のような場合が刑法199条の殺人罪としての定型性を欠くことを物語るものでもあろう」とされている。しかし，この点については後掲注72）第3段落を参照。また，中野判事の見解については後掲注68）第2段落も参照。

36）佐伯・前掲注8）67頁。

37）佐伯・前掲注8）70頁。

38）佐伯・前掲注8）67頁。

39）前掲注36）に対応する本文で引用した「〔癌のために〕あと3カ月の生命であると欺罔して自殺を教唆し，被害者を死なせた場合」という記述では，「癌」という理由と「あと3カ月の生命」という理由の相互関係が明確ではない（たとえば「癌で不治であり残りの生命についてもすぐに激痛に苦しめられるであろうと欺罔する場合」という趣旨に受け取れば，「切迫した非常な苦痛を伴う死を避けるために，自殺」したという理解にもなりうる〔引用部分は林美月子

場合，被害者による決意の直接の原因は，完遂が不可能だと思い込まされたことによって生き続ける意味を見失ったことにある。余命についての欺きは，それが単独・独立に決意の原因となったわけではない。

法関錯説の支持者は，殺人罪において「動機の錯誤」[40]が考慮されるべきではない理由をつぎのように述べている。「刑法〔は,〕人間の生命の価値それ自体を保護しており，生命を『他との関連において持つ価値，重要さ』において保護しているわけではない」[41]。「例えば，死んだら家族に1億円くれるからというので死ぬことを承諾した（そうでなければ死ぬ意思はなかった）という場合に，被害者の承諾を無効として殺人罪の成立を認めるならば，被害者の生命はそれ自体の価値ではなく金銭との交換価値において保護されることになるであろう。そして，このことは追死という相手方の生命の処分を条件に自己の生命を処分した場合にも同様である。刑法は，被害者の生命それ自体を保護しているのであって，自己の生命と他人の生命との交換を保護しているのではない」[42]。「我々は，法益として『意味ある生命』というものを認めるべきでないし，『意味ある死』というものも認めるべきではない。殺人罪にとっては人の生死とその認識だけが重要なのであって，それが心中なのか単なる自殺なのかは重要でない」[43]。

このような考え方[44]によると，前記事例Aはどのように評価されることにな

「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〕46頁〕。林（美）教授は，上記のような理解にもとづいて「自殺の決定は自由な意思によるものとは言えない」とされる。林（美）教授の見解についてはⅡ2(2)(c)での検討を参照）。そのため，余命にだけ焦点を絞ることができる事例状況を取り上げた。

40）佐伯・前掲注8）67頁。

41）佐伯・前掲注8）71頁。

42）佐伯・前掲注8）70頁。

43）佐伯・前掲注8）71頁。

44）なお，法関錯説の支持者の中にはつぎのように述べる見解もある。「それ自体が（他の目的に供されてはならないという意味で）自己目的である生命については，一定の目的のために生命を処分することが事実上あったとしても，そうした処分の自由は刑法上保護の対象とされるべきではない。たとえば，自殺は，それがいかなる理由から行われるにせよ，本人以外との関係では違法であり，自殺の自由は保護対象とならないのである。このことは，自殺を阻止しても強要罪等で処罰されることはないことに現れている。……こうして，生命処分の自由は保護の対象とならないから，生命処分の動機について欺罔された偽装心中事件のような場合には，法益関係的錯誤は認められないのである」（山口厚「法益侵害と法益主体の意思」山口厚編著・クローズアップ刑法各論〔2007〕17頁以下。山口厚・刑法総論〔第3版〕〔2016〕172頁も同旨）。しかし，以上に示されたつぎの2つの論拠，①自殺を阻止しても強要罪等で処罰されないこと，

るのだろうか。「意味ある生命」を全うできないことを理由にする自殺である以上は，自殺関与罪の成立が認められるにとどまるのだろうか。

(b) 以上の指摘は，個別事例での処理の困難さを取り上げているにすぎないと感じられるかもしれない。しかし，つぎの点は確認される必要があると思われる。すなわち，余命が短いことを単独・独立の理由にして自殺を決意するという〈純粋な事例〉は，そもそもどの程度の現実性をもちうるのか。[45] かりにそのような純粋事例が想定できたとして，殺人罪の成立をそのような事例に限定して認めることは適切か。

---

②生命処分の自由は刑法上の保護対象にならないことについては，そのいずれにも疑問がある。

まず上記①の事実は，生命を積極的に処分する方向での自由が保護されていないということを示しているとはいえるだろう。しかし，この事実だけから，生命の処分をおこなわない（思いとどまる）という消極的な方向の自由についてまで，それは欺きによる侵害からの保護対象外だと論理的に帰結されるわけではない（ⓐ自殺を無理矢理止めることに対応する欺きは，たとえば，ⓐ′自殺の誘因であった事実関係がなくなったと欺いて自殺を止めることである。ⓑ欺いて自殺させることに対応する強要は，ⓑ′無理矢理自殺させることである。ⓐが犯罪にならないことから論理的に導き出せるのは，ⓐ′が処罰されるべきではないということにとどまる〔もっとも，欺きの当罰性は強要と同等以下だという評価が前提になる〕。ⓑについての何らかの論理的帰結を導き出すことはできないと思われる）。

つぎに上記②について。偽装心中事件に殺人罪が適用された理由を，被告人が約束通りに追死しなかったからということに求めるとすれば，殺人罪による処罰は「生命処分の自由」を保護しているということになりうるのかもしれない（自殺目的の達成を刑罰によって保証することになり，結果として「一定の目的のために生命を処分する……自由」を促進することになりうるから。なお，同趣旨のことが，すでにRoxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. München 2006, §13 Rn. 99でも主張されているが，以下に指摘する問題はRoxinの見解についてもあてはまると思われる）。しかし，偽装心中事件が殺人罪で処罰されたのは，被害者が本当のことを知っていれば自殺を思いとどまっていただろうからである。その意味で，殺人罪処罰は被害者の生命が欺きによって失われるのを阻止するために科されたものと解される（偽装心中事件における殺人罪処罰は，被告人に対して約束通りに追死しろと命じているのではなく，欺きによって自殺意思を誘発するなと命じている。このように解するからこそ，かりに被害者死亡後に追死意思を生じて被告人が自殺したとしても，そのことを理由にしてすでに成立した殺人罪が否定されることはない。また反対に，本当に追死するつもりであった者が，被害者死亡後に心変わりして生き延びたとしても，そのことを理由にして殺人罪処罰が認められるわけではない〔この点との関係で，松尾浩也・刑法判例百選Ⅱ〔第4版〕〔1997〕5頁参照〕）。

結局，上記①②は，動機の錯誤が考慮されるべきではない理由として新たな論拠となりうるものではない。

45) 余命が短いことを告げられたために抑鬱状態となって自殺に至ったという事例でも，その理由が問題となりうる。たとえば迫り来る「死」の恐怖に耐えられなかったという場合，〈「死」の恐怖にさらされていない状態の生命〉だけを全うしたいという選好は保護されるべきかが（佐伯教授の立場からは）問われざるをえないと思われる（かりに上記のような選好の保護を否定したうえで，この場合は「強制」〔**Ⅱ 2**(2)(a)を参照〕にあたりうる限りで殺人罪が成立すると解されるのであれば，**Ⅱ 2**(2)(c)で検討する林（美）教授の見解に帰着する）。

おそらく法関錯説の支持者は，純粋事例以外の事案でも殺人罪成立の余地を認めるのではないかと思われる。しかしその場合，被害者は，一方で，①余命についての錯誤に陥っているものの，他方では，②「意味ある生命」を全うできないからという理由で自殺している。このように①②が競合した場合，どちらの背後にある政策的・理論的考慮が優先されるべきかについて，前記の法関錯説の主張の中には十分な根拠（あるいは基準）を見出すことができないように思われる[46]。しかし，この点こそが問題の核心部分である。

(3) (a)　この点について，法関錯説の支持者からはつぎのような解答が示されている。「『法益関係的錯誤』が認められる場合には，惹起された法益侵害について同意・承諾が存在しないのであり，同意・承諾は存在するが，それが自由に与えられたといえないために無効となるのではない[47]」。「侵害の対象となる法益の価値……について正確な認識がない場合には，当該法益侵害の惹起に対する同意・承諾を認めることはできない。毀損の対象となった物品の価値について錯誤がある場合（贋作だと騙されて絵画の損壊に同意したが，それが真作であった場合等）……には，現実に生じた法益侵害に対する同意・承諾は認められない。……余命の長さについて欺罔して，殺害についての同意を得た場合又は自殺意思を生じさせた場合，……『余命の長さ』について『法益関係性』を肯定してよいと思われる[48]」。つまりこの見解によれば，余命は殺人罪における「法益の価値」であり，その正確な認識を欠いた状態では，そもそも法益侵害に対する同意・承諾の存在そのものを認めることができない（前掲注35）で引用した大判昭和9・8・27や大判昭和8・4・19の事案と同じように取り扱われるべき場合だということになる）。その意味で，同意・承諾の存在自体は前提にしたうえでその効力が問われるにとどまる場合，すなわち，余命以外の事実について

46）　その原因は，そもそもどうして「余命」だけを特別扱いするのか，その根拠があきらかにされていない点にある。この点について佐伯教授は，「死期の迫った患者を殺害した場合にも，死亡時期を問題にして行為と死亡との間の因果関係を認めること」を根拠として援用されていた（前掲注38）に対応する引用を参照）。しかしこれは，むしろ反対に，殺人罪にとっては生命の断絶こそが決定的であって，余命は重要ではないということを示している（この点については後掲注52）65）も参照）。そうだとすると，佐伯教授による法関錯説の主張には，そもそも理論的根拠が存在したのだろうか。**Ⅱ 2**(2)(b)第2・3段落を参照。

47）　山口厚「『法益関係的錯誤説』の解釈論的意義」司研111号（2004）101頁。山口・前掲注44）刑法総論169頁以下も同旨。

48）　山口・前掲注47）101頁以下。

錯誤があるにすぎない場合とは，理論的に明確に区別されるべきだ，と。

この見解によれば，前記事例A（(2)(a)を参照）を含めて，「余命の長さ」について錯誤に陥っている場合は一律に殺人罪の成立が認められることになる。[49]

(b) それでは，この見解による場合，つぎの事例はどのように取り扱われることになるのだろうか。

事例B_1　X_1は，自殺すれば多額の金銭を遺族に与えると被害者に約束した（この点に偽りはない）。被害者は多額の負債をかかえていて，家族に迷惑をかけたくないと強く思っていたため，その額の報酬が得られるのであれば本望だと考えて自殺を決意し，その旨をX_1に伝えた。そこでX_1は，被害者が翻意することのないように，被害者の余命を短く偽って告げた。しかし被害者は，余命についてはまったく関心をもっておらず，（余命にかかわらず）多額の金銭を遺族の手に残すために自殺した。

この事例B_1の被害者には，「法益の価値」[50]についての正確な認識がない。そのため上記の見解によれば，被害者には「法益侵害について同意・承諾が存在しない」ということになり，X_1には殺人罪の成立が認められることになる。しかし，この結論が適切だとは思われない。[51]このような問題が上記の見解に生じてしまうのは，余命を殺人罪の保護法益そのものと同視してしまったことによる。[52]つぎの事例と比較してみよう。

49）なお，山口教授が動機の錯誤を考慮するべきでないとされている理由については前掲注44）での検討を参照。

50）前掲注48）に対応する引用を参照。

51）その理由を本稿の立場から説明すれば，Ⅱ3(1)で検討する条件が充足されていないからということになる。さらにⅡ2(2)(b)第3段落も参照。なお，余命の欺きについて上嶌一高「被害者の同意(下)」法教272号（2003）81頁も参照。

52）そもそも法益とは別に「法益の価値」という新たな概念を持ち出すことにどのような意味があるのかは，必ずしもあきらかではない。つぎのような事例を考えてみよう。

Xが被害者に重大な傷害を与えたところ，その影響で被害者の余命が大幅に縮減された。しかし，死亡するには至らなかった。

山口教授の見解によれば，この事例の被害者は，殺人罪で保護されている「法益の価値」をXによって侵害されたことになる。しかし，そのことから，Xにこの点の認識が認められれば（余命を縮減させた段階で）殺人既遂罪を成立させるべきだ，とまで主張されるわけではないだろう。つまり，殺人罪における「法益の価値」と定義されたものの侵害は，法益そのものの侵害とは独立して殺人罪を成立させるわけではないのである。そうだとすると，「余命の長さ」について錯誤があったにすぎない被害者について，「法益の価値……について正確な認識がない」

事例 B_2　X_2は，薬の治験を装って被害者を毒殺しようと考え，多額の報酬を約束したうえで治験に参加するよう被害者に促した。被害者は多額の負債をかかえていて，家族に迷惑をかけたくないと強く思っていたため，その額の報酬が得られるのであればたとえ死んだとしても本望だと考え，治験への参加を了承した。そこでX_2は，被害者に報酬を支払うとともに，被害者が翻意することのないように「死亡する危険性はありません」と欺いた。しかし被害者は，死亡の危険性についてはまったく関心をもっておらず，（死亡の危険性にかかわらず）指示どおりに服薬して死亡した。

この事例B_2の場合，報酬と引き換えにむしろ死ぬ方が望ましいとすら被害者が考えていたとしても（家族への贖罪の気持ちから），実際には服薬によって死ぬことはないと認識していた以上，X_2の処罰が202条にとどまることはないであろう。

(4)　ここまでの検討結果をまとめてみよう。

法関錯説の礎である「あと3カ月の生命であると欺罔して自殺を教唆し，被害者を死なせた場合[53]」という設例は，より具体的な事情・状況を補ってこそ，はじめて現実性をもった事例として検討の対象となりうる。ところが現実には，余命が短いということを単独・独立の理由にして自殺するといったような事案はあまり想定しがたいとすれば，そもそも法関錯説は，実際の事案を解決するための指針としては必ずしも有用とはいえない「理論」なのではないか。このような疑問が生じざるをえない（(2)(b)を参照）。

以上のような問題状況に直面して，法関錯説の支持者の中には，余命についての欺きに絶対的な意味を認めるという結論を維持するために，余命を法益そのものと同視する理論構成にまで至る見解もあった（(3)(a)を参照）。しかし，ここで問われているのは，〈余命についての欺きは，現実には，他の動機と影響を及ぼし合うことで自殺への決意に結びつくのではないか。そうだとすれば，

と定義することからの帰結として「法益侵害について同意・承諾が存在しない」という結論を導き出されるその主張には，どのような理論的裏づけがあるのだろうか。なお，この点に関係する問題について後掲注65）での検討も参照。また，前掲注46）も参照。

53）　前掲注36）。

余命と他の動機の関係を正面から取り上げて検討することは不可避なのではないか〉という根本的な問題である（(2)(b)末尾を参照。この問題については2(2)(b)で検討する）。このような実質的な問題に取り組まれる代わりに[54]，理論構成の変更によって結論を固定化しようとすると，むしろ既存の問題点がより明確な弊害を生じさせてしまうのではないだろうか。(3)(b)で検討した事例B_1には，まさにこのことが表れているように思われる（その他の弊害については前掲注52）・後掲注65）を参照）。

2　錯誤と「外の行為を選択することができない」（最決平成16・1・20刑集58巻1号1頁）の関係

(1)　被害者に対する暴行・脅迫等によって，自殺（あるいは被殺への同意[55]）「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ていた[56]」と評価される場合には，そうしてなされた決意の有効性は否定され，殺人罪（刑199条）の成立が認められる。この場合の「外の行為を選択することができない」かどうかの判断は，生命を失うこととの関係で問われるのであるから，それに応じた一定の厳格さが求められることになるだろう[57]。

54）なお山口教授は，動機の錯誤を考慮するべきではない理由として前掲注44）で引用した内容を主張されていた。しかし同注で検討したように，その主張内容には疑問があると思われる。その点は措くとしても，余命が他の動機と影響を及ぼし合った場合をどのように考えるべきかという問題の核心部分については，正面から検討されていないように思われる。

55）以下では，主として自殺意思への関与について検討する。

56）最決平成16・1・20刑集58巻1号1頁。ただし，この判例の事案では「被害者には被告人の命令に応じて自殺する気持ちはなかった」（「被害者は，……被告人を殺害して死を免れることも考えたが，それでは家族らに迷惑が掛かる，逃げてもまた探し出されるなど思い悩み，車ごと海に飛び込んで生き残る可能性にかけ，死亡を装って被告人から身を隠そうと考えるに至った」）。最高裁が殺人罪（未遂）の成立を認めたのは，「被害者に対し死亡の現実的危険性の高い行為を強いた」ことによる。しかし，判断基準としては自殺を決意させた場合にも適用可能だと思われる（最高裁判所判例解刑事篇平成16年度31頁以下［藤井敏明］によると，最決平成16・1・20で殺人罪の故意が認められたのは，上記のような行為を強いられた結果として「被害者が自殺する意思を形成して自殺行為に及んだ……場合でも〔殺人罪の〕実行行為性が認められ」るからだとされている。以下では同解説を「最判解刑（平16）［藤井］」と引用する）。

57）ただし，前掲注56）のような事案の内容を踏まえると，「被害者……には，他に手段がないという認識を前提にしつつも，自殺したように装って生き延びようとする主体的な意思決定があることも否定できない。……このような場合に，『被告人の行為によって被害者の意思決定の自由が完全に奪われていた』とするのは，実態にそぐわないように思われる」（最判解刑（平16）25頁［藤井］）。「意思決定の自由は，全か無かという二者択一ではなく，観念的には，①意思決定の自由を完全に欠く状態，②意思決定の自由が制約された状態，③意思決定の自由に対す

学説の中には，欺きによる場合についても上記と同内容の厳格な判断を要求し，「緊急状況[58]」が存在すると欺いた場合や，欺きによって「意思の抑圧[59]」を生じさせた場合に限定して有効性を否定するべきだと主張する見解もある。

(2)　(a)　以上のような意味での厳格な判断が充足される場合を，かりに「強制」された場合と呼ぶことにしよう。上記の見解は，強制された場合以外は「自由な意思決定[60]」にもとづいているからという理由で，刑法202条の成立を認めるにとどめるべきだと主張している。たしかに，このような立場も1つの考え方として成り立ちえないわけではない。

(b)　しかし，上記の見解のうち余命を殺人罪の保護法益と同視する見解（1(3)(a)を参照）は，結論として，余命についての欺きがある場合には一律に殺人罪の成立を認めるべきだという可罰評価を下していた。このような場合の中には，たとえば前出事例A（1(2)(a)参照）のように強制が認められない場合も含まれる。論者はこれを「惹起された法益侵害について同意・承諾が存在しないのであり，同意・承諾は存在するが，それが自由に与えられたといえないために無効となるのではない[61]」と説明していた。しかし，すでに検討したように，ここで問われているのは，余命を理論的にどのように位置づけるかという形式的な問題なのではなく，現実に余命と他の動機が影響を及ぼし合っているという実態をどのように評価するべきか（あるいは，余命が付随的な意味しかもっていないような場合をどのように取り扱うべきか）という実質的な問題である（1(3)(b)・(4)を参照）。

このような観点から余命の欺きがもつ意味について再考してみると，余命は，

る制約が全くない状態，という区分けができようが，……本件は②の範囲内（そして，その制約が強い状態）にある」（最判解刑（平16）26頁（注12）［藤井］）。この点については後掲注70）を参照。

58）林（美）・前掲注39）46頁。具体例として前掲注39）に引用した事例をあげられたうえで，「欺罔は，被害者に，自殺より他にこの葛藤状態の解決方法はないと思わせるようなものでなければならない」とされている。

59）山口・前掲注44）「法益侵害と法益主体の意思」25頁以下。具体例として福岡高宮崎支判平成元・3・24高刑集42巻2号103頁が示されている。

60）林（美）・前掲注39）46頁，山口・前掲注44）「法益侵害と法益主体の意思」26頁（ただし山口・前掲注44）刑法総論167頁では前掲注57）の理解へと変更されている）。もっともこの点については前掲注57），後掲注70）を参照。

61）山口・前掲注47）101頁。

一般に，①被害者の人生・生活全般を覆うものであり，また，②被害者にとっては動かしえない絶対的な限界[62]である。そのために，多くの場合，被害者個人にとっての最重要事項（それが何であれ）をほぼ確実にとらえるものであり（上記①），また，その事項に対して大きな影響を及ぼすものである（上記②）。さらに，このような影響力の強さ・大きさを考慮すると，余命についての欺き（によって上記事項が受ける影響）とは独立に存在していた自殺意思形成要因が「独自のもの[63]」として働く余地も少ないといえるだろう。その意味で，余命についての欺きは，一般的にいえば，被害者の自殺への決意に「重大な瑕疵」（昭和33年判決）を生じさせるものだといえそうである。

余命についての錯誤を「法益関係的錯誤」という名称の下に特別扱いする見解が，その理論的根拠は不明[64]であるにもかかわらず，一定の説得力をもちえたのは，余命に以上のような事実上の影響力が備わっているからだと考えられる（法益は関係ない）。しかし，以上の検討からもあきらかであるように，これはあくまでも「一般的には」認められるというにすぎないものである。個別の事案において上記のような内容の影響力が認められるかについては，当該事案の事実関係に立ち入って具体的に判断される必要がある。その際には，欺かれた余命が被害者の自殺意思形成にどのような影響を与えたのかの具体的検討を回避することはできない。「余命についての欺きがあるから」というだけでカテゴリカルに判断することはできないし（1(2)での検討を参照），まして，余命を法益と同視することで自殺意思形成過程の事実認定から切り離してしまうと，かえって余命を特別扱いすることについての説得力の源泉を失ってしまう（1(3)(b)で検討した事例 B_1 を参照）。

このように検討してくると，〈余命についての欺きがある場合は，強制がなくても殺人罪の成立を認めるべきだ〉という可罰評価は，それを合理化して解釈すれば，被害者の自殺意思形成に対して上記のような影響を現実に与えていた場合には殺人罪の成立を認めるべきだという可罰評価として理解できる。そうだとすれば，余命以外の事情について欺いた場合にも，それが上記と同程度

62) このような前提で議論されているものと解される。
63) 最判解刑（昭33）726頁［高橋］。
64) Ⅱ1は全体としてこのことを検証しているが，とくに前掲注46）とそれに対応する本文を参照。

の影響を与えていたと評価できる場合であれば，殺人罪の成立を否定する理由はないと思われる（なお前掲注44）を参照）。

(c)　強制された場合以外は「自由な意思決定」にもとづいているから刑法202条の成立を認めるにとどめるべきだと主張する立場（前記(a)を参照）の中には，(b)で検討した見解とは異なり，余命を欺いたにすぎない場合には「法益関係的錯誤」と認めない見解[65]もある。この見解によれば，「被害者が死の意味を理解している[66]」以上は，欺きだけを理由に殺人罪の成立が認められることはない[67]。すでに(a)でも確認したように，このような立場も1つの考え方として成り立ちえないわけではない（なお，後掲注70）第2段落も参照）。

しかし，これに対しては，欺きによって自殺への決意が誘発される場合について，そこには強制とは異なる意味で被害者に保護を及ぼすべき根拠があると考えることもできるのではないかと思われる[68]。すなわち，欺きは，被害者のか

65）林（美）・前掲注39）45頁。なお，その理由の1つとしてつぎのように述べられている。「医者が『胃がんで5年の命です』と欺罔して，被害者が自殺したとしても，殺人罪とするのは妥当ではないであろう。残りの生命についての欺罔・錯誤を法益関係的欺罔・錯誤とすることは，同一人物の中ではあっても生命のあいだに差を認めることであり，さらに第三者（他人）の生命についても同様の差を認めることに繋がりかねないように思われる。やはり生命はどのようなものでも同じ価値であると考えるべきであろう」。これに対して山口教授は，「異なった人の間での余命の長短による区別・差別が問題となっているわけではなく，差別禁止という規範的要請は妥当しない」と答えられている（山口・前掲注44）「法益侵害と法益主体の意思」14頁）。この返答は，余命の錯誤をあくまでも「動機の錯誤」と理解したうえで，その法益関係性を問うにとどまる立場からなされたものであるとすれば，有効だと思われる。しかし，余命を法益と同視される山口教授の見解（**Ⅱ 1**(3)(a)を参照）を前提にする以上，余命5年のA氏と余命10年のB氏の「法益の価値」の比較は問われざるをえないと思われる。この点については前掲注52）での検討も参照。

66）林（美）・前掲注39）44頁。

67）前掲注35）で引用した大判昭和8・4・19では，「生命を放棄することについての欺罔・錯誤」（林（美）・前掲注39）44頁）が認められるので，殺人罪が成立するとされる。結局，林（美）教授の見解は，前掲注35）の平野博士の見解と同一に帰することになる。前掲注34）参照。

68）なお，大コンメンタール刑法〔第2版〕⑽（2006）355頁以下［金築誠志］（以下では「大コンメンタール刑法〔2版〕⑽［金築］」と引用する）ではつぎのように述べられている。「威迫による場合は不本意な死であることを意識しているという点で，欺罔の場合との違いはある。しかし，欺罔の場合も，錯誤がなければ不本意な死なのであって，錯誤によってその認識が妨げられているだけなのである。したがって，威迫と欺罔とで決定的に違うともいえないのではないだろうか」。また最判解刑（昭33）726頁［高橋］では，「意思の決定的な瑕疵を生ずる錯誤はすなわち意思内容の錯誤であり，その意思を無効ならしめるものと解したい。蓋し錯誤に基づく意思が真意に適合しないことは，強制の場合と異らないと考える」とされる（同趣旨の指摘として中森喜彦・刑法判例百選Ⅱ〔第6版〕（2008）5頁）。

一方，中野判事は，前掲注35）第2段落で引用した部分につづけて，つぎのように述べられ

かえる個別の事情を知悉する者が，それを利用することで被害者に自殺への決意を生じさせる場合を主たる対象にしている。もちろん，202条に該当するにとどまる行為をおこなう者の場合にも，被害者の個別事情に精通しているということはありうるであろう。しかし，欺きという手段が用いられた場合，個別事情の利用可能性は広がり，またより巧妙に利用されうる。欺きが手段とされる場合にともなうこのような危険性[69]を考慮すると，被害者をより強く保護する余地を認めることにも一定の合理性がありうるのではないかと思われる（以上の結論を強制と共通の観点から説明する場合には，重要な事情について欺かれているという「制約」〔前掲注57〕によって意思決定の有効性が否定されると解されることになるだろう[70]）。

3　欺きによる殺人罪成否の判断

(1)　2(2)(c)の考え方によって欺きを手段とする殺人罪（刑199条）成立の余地を認める場合，その限界を検討するにあたっては，欺きを含む被告人の行為

ている。「もつとも，このことは，現行法の解釈論として本件〔＝昭和33年判決〕のような場合も202条を適用するほかないことを意味するに止まり，それが実質において通例の自殺関与とやや類型を異にする悪質なものであることを否定するものではない。従つて，立法論としてはこのような類型を一般の自殺関与と区別して別個の構成要件とすることは当然考えられるところである。現に，わが改正刑法仮案はその338条2項において，『偽計又ハ威力ヲ用ヒテ嘱託若ハ承諾ヲ為サシメ又ハ自殺ノ決意ヲ為サシメタルトキ』は殺人の例による，と規定した。殺人と法定刑を全く同じとしたところに多少の問題があるかもしれぬが，現行法の解釈として疑義を免れぬ以上，けだし相当な規定だというべきであろう」。ここで指摘されている「現行法の解釈として〔の〕疑義」である，①刑法199条を適用することについての「刑法理論上」の疑義（前掲注35）第2段落を参照）と，②上記①のために「実質において通例の自殺関与とやや類型を異にする悪質なもの」に202条を適用せざるをえないという疑義のうち，①については後掲注72）第3段落のように理解することで解消可能だと思われる。そのことを前提にしたうえで，比較法的にみた199条の特徴（「わが刑法の殺人罪は，嘱託・承諾殺のほかには特別の類型を持たず，極めて幅の広い法定刑をもつ199条だけであらゆる形態の殺人を処罰している点で，比較法的にも特色がある。それだけに，個々の事件における適正な量刑が重要であるといえよう」〔大コンメンタール刑法〔2版〕⑽240頁［金築］〕）も踏まえると，②の疑義の解消のために199条の適用を認めたうえで，量刑において事案の内容にふさわしい解決をはかるのが整合的な解釈なのではないだろうか（なお，上記改正刑法仮案338条2項では「偽計」と「威力」が並列されていることに注意を要する）。

69）　後掲注71）の本文に対応する。

70）　あるいは，意思決定の前提となる重要な事情について欺かれていないことが「自由な意思決定」（前掲注60））の要件だと説明することもできる（ただしこの説明については以下の検討を参照）。

もっとも強制の場合にも，どの程度のものであれば自殺意思の有効性が否定されることにな

が被害者の自殺意思形成に与えた影響について，①それが他の形成要因との関係でどの程度の影響力をもっていたか，②それは前記のような危険性[71]の実現として生じた影響力か（欺いたことが上記①の影響力の大きさにどの程度寄与しているか）といった点について判断することが必要になると思われる。たとえば，被害者はすでに他の要因によって意思を形成しており，被告人の行為はその意思を維持する助けとなったにすぎない場合（上記①），あるいは，被告人の行為は意思形成に決定的な影響を与えていたが，その影響力に欺きが寄与した度合が大きくなかった場合（上記②）には，欺きのみを理由にして殺人罪を成立させることはできないように思われる。

欺きが被害者の自殺意思形成に与えた影響を重視する立場からは，その後の自殺遂行への被告人の関与は殺人罪成立のための必須の条件とはならない[72][73]。し

るのかについては，解釈の余地がある。そして，この点について，たとえば「生命は最も重要な法益であるので，生命を放棄してでも守るべき法益（暴行を避けることによる身体の安全性，脅迫を避けることによる意思決定の自由ないし意思決定の平穏）があるとは考えられない」（林（美）・前掲注39）45頁以下）という見解によると，「自殺の意味について判断が可能であり，その判断に基づいて自殺したのならば」有効性は否定されない（同47頁）と解されることになる。このような立場を前提にすれば，欺きの場合にも「死の意味を理解している」（前掲注66））以上は有効性は否定されないと解されざるをえないだろう（林（美）教授の考え方は首尾一貫している）。これに対して本文で述べた考え方は，強制の場合について，「意思決定の自由を完全に失わせる必要はなく，被害者を自殺に追い込む目的で，被害者が自殺を選択することが無理もないと考えられる程度の暴行・脅迫が加えられた場合は，もはや自殺関与罪ではないと解すべきであろう」（大コンメンタール刑法〔2版〕⑽352頁［金築］）という考え方に従って判断されることを前提にしたものである（前掲注57）も参照）。

71）前掲注69）に対応する本文を参照。

72）このように解さないと，被告人による関与がなくても遂行されるほどの大きな影響を及ぼした（＝被告人の遂行への関与は認められないが，遂行は被告人による欺きの決定的な影響の下に形成された自殺意思にもとづいてなされており，他の形成要因による自殺意思にもとづくものではない）と客観的な証拠・事情から認定できるような場合について，不合理な結論が生じうるように思われる（もっとも本文で後述するように，被告人の遂行への関与が認められない場合には，そのこと自体によって，被告人の〔欺きの〕影響力は大きくなかったのではないかという推認が強く働くと思われる）。

なお，学説の中には，実行行為性の充足を要求するという観点から，殺人罪（刑199条）成立が認められるために必要な被告人の関与内容を限定しようとする提案もある。その内容を大別すると，ⓐ自殺意思形成過程への関与についてのものと，ⓑ自殺行為自体への関与についてのものに分類できる。このうちⓐは，〈被害者の自殺意思形成に対して本文①②の判断を充足する影響を与えたこと〉と理解されるべきだと解される（学説の中には《一般的にそのような影響を与える性質の行為をおこなうこと》と理解する見解もあるが，このような理解が支持できない理由については，「意思の抑圧」の場合を対象にしたつぎの説明の趣旨がパラレルにあてはまると思われる。「被害者の意思を抑圧して自らの生命を失わせる現実的危険性の高い行為に及ばせたことを殺人罪とするためには，現実に被害者の意思が抑圧されていることを要するとい

かし，欺きの影響力の認定という局面で考えた場合，被告人が遂行にまで関与

うべきであろう。いかに被害者の意思を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫等が行われたとしても，実際に意思を……強制されていない限り，被害者の行為はその意思に基づくものであるから，被告人の行為が殺人罪の実行行為性を備えるということができないからである。……反対に，一般人であれば意思を抑圧されないような内容，程度の暴行・脅迫等が加えられた場合でも，具体的事情の下で，その者にとって，現実に意思を著しく抑圧されるようなものであったときには，やはり殺人罪となるといえよう」〔最判解刑（平16）29頁以下（注15）［藤井］〕）。これに対して上記ⓑ（たとえば「服毒行為の際に被告人も現場にいて，毒物を相手に手渡すなど服毒に密接に関連する……ような殺害行為と紙一重の行為が認められるとき」〔最判解刑（平16）12頁（注3）［藤井］〕）は，それが現実に行われれば実行行為の一部を構成することになるものではあるが，殺人罪の実行行為性を認めるために不可欠の要素とはならないと解される（理由は本注冒頭に記した。さらに次注を参照。なお，上記ⓑを殺人罪の実行行為性に不可欠の要素として位置づける見解の背後には，遂行に対するⓑの影響力によって欺きのⓐの影響力を補完しようとする考え方があるのかもしれない。このような考え方をつきつめれば，「同意殺人との限界事案の場合は，……自殺〔との限界事案〕の場合より低い程度の……欺罔でも普通殺人罪の成立が肯定されやすい」〔大コンメンタール刑法〔2版〕⑽356頁［金築］。もっとも，結論としては「共通の考え方で差し支えない」［同所］とされる〕という帰結が認められることになるだろう。たしかに「同意殺人との限界事案」の場合，被告人自身が殺害行為をおこなっているという点にのみ注目すれば，「自殺〔との限界事案〕」の場合と比較して，通常の殺人罪が肯定されやすいといえそうにも思える。しかし，被害者の側に着目してみると，そこでは自らの生命を他人に委ねてしまうという重い決断が下されているのであり，そのような決断が欺きによってこそなされたと合理的に推認されうるためには，「自殺〔との限界事案〕の場合より低い程度の……欺罔」で十分だとは必ずしもいえないのではないだろうか。そして，かりに「同意殺人との限界事案」においてもこのような合理的推認を可能とする程度の欺きが要求されるとした場合，今度は反対に，「自殺〔との限界事案〕」においてはそれと同程度の欺きであったとしても普通殺人罪が否定されるとすれば，被害者の保護としては均衡を失するように思われる。自殺関与・同意殺人が「原則的には共通の考え方」〔大コンメンタール刑法〔2版〕⑽［金築］上掲箇所〕によって規律されるべき理由は，このような均衡に求められるのではないかと思われる〔なお，自殺関与罪と同意殺人罪の法定刑に差を設けるべきか否かということは立法政策として問題になりうるが［そしてこのことは，現行法の下でも量刑において考慮されうるが］，そのような当罰性判断を上記のような欺きの程度の差として反映させることは，以上に述べた理由から適切とはいえないように思われる〕）。

また，学説の中には，問題を「被害者の行為を利用した間接正犯」とカテゴライズすることによって何らかの理論的帰結を導きだそうとする見解もある（この見解の場合には「実行行為性」の代わりに「正犯性」という用語を使うことが多い）。しかし，どのようにカテゴライズしても，検討すべき問題の実質的内容が〈欺きにともなう危険性から被害者をどの範囲で保護するべきか〉であることに変わりはない（複数の者が被害者の殺害に関与した場合について，被害者を殺人罪で保護することを前提にしたうえで，誰を正犯として処罰するべきかを決定する際に問題になる「自律性」と，そもそも被害者を殺人罪で保護すべきか否かを決定する際に問題になる「自律性」とでは考慮されるべき内容に違いがあり，そこが問題の核心部分なのだから，上記のようにカテゴライズしても何かが実質的に解決されるわけではない。前掲注70）第2段落も参照。さらに前掲注68）第2段落も参照）。この点については大コンメンタール刑法〔2版〕⑽263頁［金築］も参照（もっとも同356頁）。

73）前掲注72）のⓑについての検討の中で最判解刑（平16）12頁（注3）［藤井］から引用した具体例は，つぎのような記述の中で用いられていたものである。「『偽装心中』〔の種々の態様の中で〕……，自殺者が自分で服毒したような事案では，殺人罪とされるためには，理論上，実行

していれば，影響力の大きさを推認させる事情[74]として「積極的な要素[75]」になりうると思われる。

(2)　昭和33年判決の事案の場合，そもそも心中を申し出たのが被害者であったことは[76]，欺きの影響力の判断において消極的な事情となる。学説の中には，そこから進んで，殺人罪の成立は「被害者の決意を直接に形成した事実〔を〕行為者自ら作り出した[77]」場合に限定されるべきだと主張する見解もある。たしかに，「死に直面するような状況にある者の心理状態はもともと不安定であることが多い[78]」という点を考慮すると[79]，上記のような限定の提案には説得力があ

行為性と自殺者の意思決定の自由に対する制約の各要素が充足される必要があるが，心中である以上服毒行為の際に被告人も現場にいて，毒物を相手に手渡すなど服毒に密接に関連する行為に及ぶ場合が多いと思われ，そのような殺害行為と紙一重の行為が認められるときには，やはり自殺者の意思（同意）に力点を置いた争いになりやすいのではないかと思われる」。この記述における「実行行為性」の理解は，前掲注72）のⓐについての検討の中で引用した最判解刑（平16）29頁以下（注15）［藤井］における「実行行為性」の理解との間で，その整合性に疑問があるように思われる。なぜなら，かりに「殺害行為と紙一重の行為」と形容されるものが認められたとしても，「自殺者の意思（同意）」形成に決定的な影響を与えた欺きが認められなければ殺人罪の成立は否定されるのであるから（反対にこのような欺きが認められれば，前掲注72）で検討したように，「殺害行為と紙一重の行為」と形容できるほどのものまでは認められなくても殺人罪の成立が肯定されることはありうると解すべきであるから），「実行行為性」を充足するのはこのような欺きを含む行為だと理解されるべきであり，このような理解こそが前掲注72）のⓐについて引用した最判解刑（平16）29頁以下（注15）［藤井］の「実行行為性」の理解と整合すると考えられるからである。

74）他の形成要因が働いたことの推認を妨げるという作用としてだけではなく，欺きの内容によっては，その影響力の大きさを積極的に推認させる場合もありうると思われる。

75）大コンメンタール刑法〔2版〕⑽356頁［金築］。なお，前掲注72）を参照。

76）前掲注4）を参照（とくに同注末尾の第2審判決の判断を参照）。また，後掲注79）の福岡高判平成15・8・29の判断も参照。

77）中森・前掲注68）5頁。

78）中森・前注。さらに松尾・前掲注44）5頁を参照。

79）最決平成16・3・10によって維持された福岡高判平成15・8・29（前掲注5）を参照）は，「被告人のために多数の手形を偽造していた被害者からの嘱託により同女を殺害した事案」についてつぎのような判断を示している。「被害者は，7月2日にA（被害者の勤務先で，偽造手形の振出名義人）を出奔後自殺することをも思い詰めて徘徊し，被告人と出会うまでの間に，自分の手帳に，手形金の支払いに自分の生命保険金を充てる意図であるとして，自殺することをほのめかした上，心残りは被告人を殺したかった旨記載したり，被告人と出会った際にも，もう生きていられないので被告人を捜していた，被告人を見つけられなかったら自分は自殺して被告人を呪い殺すつもりであったなどと告げたり，被告人から本当のことを聞きたかったから死にきれずに待っていた，今日もし会えなかったら自殺するつもりであったなどと告げているところ，このような被害者の残したメモや被告人と出会った際の被害者の言動等からすると，被害者は自殺をも考えるほどに苦悩してはいたものの，他方，未だ自殺するほどには至っていなかったと認められるのであって，かかる被害者が真実死ぬことを決意するに至ったのは，被告人と出会った後の，被告人の，一緒に死ぬとの言を信じたからにほかならないというべきであ

るようにも思える。しかし，欺きの影響力の事実認定を上記の基準によって一律に制限した場合，必ずしも適切な結論へと結びつかないこともありうるのではないだろうか。

Ⅲ 結 語

本稿は，その多くの部分が，1つの理論的疑義の解消に費やされている[80]。しかし，この疑義をどのように取り扱うかについては，西田先生が深く考えておられ，折にふれてそのお話を伺う機会を与えて下さった。本稿の結論は，先生が最終的にその御高著に示されたものとは異なっている[81]。しかし本稿は，西田先生が御高著を執筆される以前から伺わせていただいていた貴重なお話を反芻しながら書かれたものであり，かりに本稿に僅かでも意味のある記述がありうるとすれば，それは先生から伺ったお話に因るものであるにすぎない。

り，被害者が，その後被告人と行動を共にし，被告人に『早く死のう。』などと，共に死ぬことを前提とした言葉を告げていることはその証左と考えられる。そして，被害者は，その誤信に基づき，被告人に殺害を依頼し，被告人は被害者の殺害依頼が誤信に基づくことを知りつつ同女を殺害したものであるから，被告人には普通殺人罪が成立するというべきである」。前掲注5）でも記したように，本件の第1審判決（大分地判平成14・11・22）は「〔被害者〕による殺害の嘱託が真意でなかったことの立証がなされていないから，普通殺人罪ではなく嘱託殺人罪が成立するに止まると判断」していたところ，福岡高判は上記に引用した以外の部分でこのような大分地判の事実認定について立ち入って検討したうえで上記判断を導き出している。さらに被告人の捜査段階の供述の信用性を検討した部分については，小川賢一「判例紹介」研修667号（2004）113頁以下参照。

80） この点についての本稿の結論は前掲注34）。

81） とくに前掲注22）の拙稿191頁以下では，西田先生の御見解を取り上げさせていただいた。私の理解したところでは，先生は，上記で取り上げたような実際上の不都合を回避するための手段として，消去法的な選択により法益関係的錯誤説を採用されたのではないかと思われる。