
論 説

生命・身体に対する犯罪と被害者の同意*

丸 山 雅 夫

はじめに

I 同意殺人とその扱い

II 同意傷害とその扱い

III 同意傷害致死事案とその扱い

(1) 傷害だけに同意していた致死事案の扱い

(2) 生命放棄意思のある同意傷害致死事案の扱い

IV 量刑における内在的制約

むすびに代えて

はじめに

ローマ法には、*volenti non fit injuria* という格言があり、「欲している（同意している）者に対しては、不法は存在しない」ということを意味している。被害者の同意によって行為の不法性が否定されることは、すでにローマ法の時代から自明のこととされており、特に刑法との関係では、被害者の同意に犯罪不成立の効果が認められていた¹⁾。被害者の同意を根拠とする犯罪不成立は、わが国の現行刑法においても認められており、住居への立入行為や 13 歳以上の者に対するわいせつ行為ないし姦淫行為は、被害者の同意がある限りで、住居侵入罪（130 条前段）や強制わいせつ罪（176 条）ないし強姦罪（177 条）の成立が否定される。しかし、その一方では、嘱託または承諾を得て被害者を殺害した場合には、通常の殺人罪（199 条）よりも軽い類型（違法減少にもとづく減軽特別類型）としての同意・嘱託殺人罪（202 条後段）が規定

されている。また、妊娠中の女子の嘱託または承諾を得て堕胎させた場合にも、不同意堕胎罪（215条1項）に対する減軽類型としての同意堕胎罪（213条前段）が規定されている。これらの犯罪類型においては、被害者の同意に犯罪不成立の効果までは認められていないのである。

このように、わが国の刑法は、同意とその効果について、一般的な規定（総則規定）を持たず、いくつかの犯罪構成要件に個別的な規定を置くことにとどまっている。また、それらの規定ぶりやその根拠・効果は、必ずしも統一的なものにはなっておらず、多くの論点が解釈論に委ねられている。たとえば、同意堕胎罪が処罰されるのは、自己堕胎罪が処罰されること（212条）からも明らかなように、妊娠中の女子の個人的法益には還元しえない胎児（の生命）が法益となっているからである。他方、同意・嘱託殺人罪においては、同意堕胎罪とは異なり、生命が一身専属的な個人的法益であるにもかかわらず、被害者の同意が犯罪の不成立をもたらしことがない点において、同意堕胎罪とは異なる考慮が働いていることになる。また、いずれも一身専属的な個人的法益である財産と身体安全については、窃盗罪（235条）では同意が構成要件不該当を導くのに対して、傷害罪（204条）では同意の効果（構成要件不該当ないし違法阻却の有無）について解釈論上の争いが見られる。さらに、13歳未満の者に対する強制わいせつと強姦においては、性的自由に対する被害者の同意能力の不存在が処罰を導くのに対して、被害者の殺害事案における同意能力の扱いは解釈論上の個別問題として扱われている²⁾。また、「正当な理由がない」ことを要件とする住居侵入罪において同意の真意性が問題とされるだけでなく³⁾、同意殺人が問題となる事案においても同様の問題が解釈論上の論点とされている⁴⁾。さらに、より一般的には、同意にもとづく犯罪不成立の効果（構成要件不該当ないし違法阻却）そのものも、多くの場合に個別の解釈に委ねられている⁵⁾。このような事情からすれば、同意論の実質的な場面は、個々の犯罪類型における解釈論にこそあるということもできる⁶⁾。

このような状況のもとで、最近、札幌地裁は、被害者の生命放棄の意思を

知らない行為者が、同意傷害行為によって被害者を死亡させたという事案について、ひとつの興味深い判断を示している⁷⁾。そこで、本稿において、同意論の具体的な展開場面のひとつとして、一身専属的な法益を保護する生命・身体に対する罪における被害者の同意の扱いを検討したうえで、札幌地裁判決の論理（判断構造）を考察することにしたい。なお、本稿では、囑託・承諾を含めて、被害者による法益放棄の意思を一般に「同意」と言うことにする。また、同意能力のある被害者の任意で真摯な同意があることを前提として検討する。

注

- 1) もっとも、ローマ法における *injuria* の概念は、すべての不法行為（刑法上の不法に限定されない）を意味しており、この法諺は、刑法上の同意だけを問題にするものではなかった点に注意を要する。事実、これは、特に私益に関する権利の侵害行為に対する不法性を否定するものとして機能していた。
- 2) たとえば、5歳11カ月の幼児から承諾を得て殺害した事案（大判昭和9年8月27日刑集13巻1086頁）や、重度の精神病で被告人に服従的な者を縊首させた事案（最決昭和27年2月21日刑集6巻2号275頁）においては、同意能力の不存在を理由として、同意殺人罪ではなしに普通殺人罪の成立が認められている。
- 3) いずれも強盗目的を秘して承諾を得た住居への立ち入りについて、錯誤にもとづく承諾を無効であるとし、住居侵入罪の成立を認めた判例として、最判昭和23年5月20日刑集2巻5号489頁、最大判昭和24年7月22日刑集3巻8号1363頁。さらに、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第7巻〔第2版〕』（青林書院、2002年）292頁以下〔毛利晴光〕参照。
- 4) たとえば、最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁は、追死の意思があるように欺罔して被害者を自殺させた事案について、錯誤にもとづく同意を無効であるとして、同意殺人罪ではなしに普通殺人罪の成立を認めている。さらに、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第10巻〔第2版〕』（青林書院、2006年）352頁以下〔金築誠志〕参照。
- 5) この点については、宮野彬「被害者の承諾」中山研一ほか編『現代刑法講座 第2巻』（成文堂、1979年）109頁以下参照。
- 6) この意味で、佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成』（成文堂、2011年）は、多くの示唆に富んでおり、極めて有益な業績である。
- 7) 札幌地判平成24年12月21日判例タイムズ1390号368頁。

I 同意殺人とその扱い

1 わが国の刑法は、自殺を不可罰とするのに対して、自殺関与および同意殺人を普通殺人罪よりも軽い類型の犯罪として処罰することを明示している(202条)。自殺関与罪と同意殺人罪との区別的対応の理由についての説明は一樣でないが、自殺関与・同意殺人罪を普通殺人罪の違法減少類型(普通殺人罪に対する特別減輕類型〔法条競合〕)とする点では広い一致が見られる。可罰類型である同意殺人における解釈論上の論点としては、被害者の同意能力や被害者から同意を獲得する手段(欺罔や強制など)の適否が問題にならない限り、被害者の生命放棄の意思(内心)を知らない行為者が殺意を持って被害者を殺害した場合の扱いが問題となる⁸⁾。そして、この問題については、被害者による同意の外部的表示の要否や同意に対する行為者の認識の要否とも関連して、異なる見解が主張されており、普通殺人罪の既遂を認める立場(殺人既遂罪説)、普通殺人罪の未遂を認める立場(殺人未遂罪説)、端的に同意殺人罪の成立を認める立場(同意殺人罪説)に分かれている。

2 被害者の同意が外部に表示されている必要があるとする立場(意思表示説)⁹⁾は、一般に、同意の認識を主観的正当化要素として捉える理解と結びついて、同意に対する行為者の認識を要求することになる(認識必要説)。他方、同意は被害者の内心に存在すれば足り、必ずしも外部に表示されるまでの必要はないとする立場(意思方向説)¹⁰⁾は、同意に対する行為者の認識を不要とすることになる(認識不要説)。もっとも、何の手がかりもなしに人の内心を外部から知ることは不可能であるから、意思方向説においても、被害者の意思が外部に全く表示されていなくてもよいとすることまではできず、何らかの形で同意を外部的に探知しうるものであることが必要となる。他方、意思表示説の立場も、一般に、表示は明示的なものに限らず、黙示的なものであってもよいとしている。したがって、いずれの立場によっても、被害者

の意思は、客観的に存在し、証明が可能なものであればよいとされることになり、具体的な結論においてはほとんど異なるところがない。また、意思表示説と認識必要説ないし意思方向説と認識不要説との結びつきも、必然的というまでのものではない¹¹⁾。

同意の存在を知らない行為者による殺害事例の扱いについては、被害者の同意を主観的正当化要素として扱い、偶然防衛の場合と同様に解決するのが一般的な傾向だと言われている¹²⁾。特に、防衛の意思を不要とする立場からは、殺人未遂罪説¹³⁾ないしは同意殺人罪説¹⁴⁾が主張されている。もっとも、主観的正当化要素の要否（偶然防衛の扱い）とは無関係に、殺人未遂罪説¹⁵⁾ないしは同意殺人罪説¹⁶⁾を主張する立場も有力である。なかでも、同意殺人罪説においては、38条2項の適用がある通常の錯誤事例（被害者の同意の存在を誤信した場合）の処断を前提として、殺人未遂罪説との間に生じうる処断刑の不整合を回避することが特に重視されている¹⁷⁾。その一方で、意思表示説と認識必要説に立脚して、「当事者間で、囑託・合意の関係が存在しない以上、囑託殺人とすることは許されない」とする殺人既遂罪説の立場が、防衛の意思を不要とする前提から主張されてもいる¹⁸⁾。このように、この種の事案の解決は、被害者の同意を主観的正当化要素と解する立場と結びつきやすいものではあるが、主観的正当化要素の典型とされる「防衛の意思」の扱いと同じものであるとまでは言えない。

3 この種の事案については、大阪高判平成10年7月16日判例時報1647号156頁が興味深い判示をしている。事案の概要は、被害者からSMプレイによって下腹部をナイフで刺すことを執拗に依頼された被告人が、殺意を持って、依頼通りに被害者の下腹部をサバイバルナイフで突き刺して死亡させたというものである。この事案で直接的に争われたのは被害者の同意の真意性（とその内容）であり、大阪高裁は、その真意性を否定して普通殺人罪の成立を認めた原判決を破棄し、真意性を肯定して囑託殺人罪の成立を認め、懲役4年の刑で処断した（確定）。

本判決は、同意殺人との関係で同意の真意性が争われた事例判例としての

意義が認められるものである¹⁹⁾。ただ、本稿との関係で重要なのは、「なお、被告人は、捜査段階において、被害者が本当に殺されたいと思って頼んでいるのではないことは分かっていたが、その依頼に応ずるかのように装って殺害した旨の供述をしており、公判段階では極力その点を否定しているが、仮に被告人が捜査段階で述べたような心理状態で本件犯行に及んだものであるとしても、被害者の真意に基づく囑託が存する以上、囑託殺人は成立すると解すべきである」とする傍論部分である。この傍論部分の判示は、その理由づけは必ずしも明らかでないものの、学説における同意殺人罪説と同じ結論を明らかにしたものである。

4 被害者の生命放棄の意思を知らない行為者による殺害事案は、主観的には普通殺人罪が成立している一方で、客観的には同意殺人罪が成立していると見るべきものである。このため、どのような理由づけによって、いずれの犯罪の成立を認めるかで、それぞれ立場が異なりうる。殺人既遂罪説は、行為者の主観を重視するとともに、当事者間の合意（生命放棄についての了解）の存在を要求するものであるが、被害者の生命放棄の意思によって客観的に違法性が減少している事実を無視することになる点で、妥当なものとは思われない。他方、同意殺人罪説は、客観的な違法減少を重視する点は適切であるが、行為者の主観を全く考慮しないことになる点で妥当とは思われない。また、この事案の実態は、抽象的事実の錯誤の問題ではなく、普通殺人罪との関係で不能犯が問題になるものである。したがって、可罰的未遂と不能犯との区別について具体的危険説に立つ限り、殺人未遂罪の成立までを否定することはできない。殺人未遂罪説が基本的に妥当なものである。

しかし、このように解するとしても、それは、殺人未遂罪の刑で行為者を処断すべきことまでを意味するものではない。被害者の生命放棄の意思によって行為の違法性が客観的に減少している以上、行為者に対する処断刑は、同意殺人罪の法定刑の枠内（6月以上7年以下の懲役または禁錮）にとどめるべきである。禁錮刑と6月の刑期を直接的には選択できないとしても、殺人罪の刑の下限（5年の懲役）は同意殺人罪の法定刑の範囲内にあるし、未遂減

軽も可能であり（43条本文）、被害者の同意の存在に着目した酌量減軽も可能である（66条）。この点で、同意殺人罪の法定刑の枠内に処断刑を制限するという運用は、科刑（処断刑）の不均衡を直接的に回避しようとする同意殺人罪説の結論と実質的には異なるところがない。このような運用は、規定上は明示されているわけではないが、実質的な科刑制限として考慮されてよいものとする。

注

- 8) 他方、同意の存在を誤信した行為者が同意殺人の故意で被害者を殺害した場合は、事実の錯誤の問題として扱われる限りで、38条2項の適用により同意殺人罪が成立することに争いはない。大判明治43年4月28日刑録16輯760頁、東京高判昭和33年1月23日高刑裁特5巻1号21頁、東京高判昭和53年11月15日東高刑時報29巻11号188頁、名古屋地判平成7年6月6日判例時報1541号144頁。なお、長井長信「判解」ジュリスト臨時増刊1091号『平成7年度重要判例解説』（1996年）137頁以下参照。
- 9) たとえば、団藤重光責任編集『注釈刑法（2）のI』（有斐閣、1968年）115頁〔福田平〕、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論〔増補版〕』（有斐閣、1978年）286頁、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頁以下〔古田佑紀〕、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）420頁。
- 10) たとえば、宮内裕「違法性の阻却」日本刑法学会編『刑事法講座 第1巻』（有斐閣、1952年）224頁、中野次雄「被害者の承諾」『総合判例研究叢書 刑法（1）』（有斐閣、1956年）104頁、町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第2巻』（有斐閣、1981年）179頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）596頁、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）352頁〔深町晋也〕。
- 11) たとえば、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2008年）208頁は、意思表示説を前提とする認識不要説に立っている。
- 12) 町野・前出注10）180頁、内藤・前出注10）596頁、井田良「被害者の同意」同『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）203頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（1）」同『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）210頁、参照。
- 13) 平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣、1975年）250頁以下。
- 14) 中山研一『刑法各論』（成文堂、1984年）38頁、内藤・前出注10）595頁、佐伯仁志「判解」ジュリスト臨時増刊1157号『平成10年度重要判例解説』（1999年）153頁、須之内克彦「自殺関与罪をめぐる若干の問題」同『刑法における被害者の同意』（成文堂、2004年）144頁。

- 15) 特に理由を明示しないものとして、井上祐司「被害者の同意」日本刑法学会編『刑法講座 2』(有斐閣, 1963 年) 169 頁, 団藤重光責任編集『注釈刑法 (5)』(有斐閣, 1965 年) 68 頁〔大塚仁〕, 大塚ほか編・前出注 4) 357 頁〔金築〕。高橋則夫「同意殺人罪の成立要件」西田典之ほか編『刑法の争点 (第 3 版)』(2007 年) 135 頁, 中森喜彦『刑法各論 [第 3 版]』(有斐閣, 2011 年) 12 頁。他方, 井田・前出注 12) 202 頁以下, 同「被害者の同意をめぐる諸問題」同『入門刑法学・各論』(有斐閣, 2013 年) 60 頁, 山口厚『刑法各論 [第 2 版]』(有斐閣, 2010 年) 17 頁は, 殺人未遂罪と同意殺人罪の成立を認めたとえて, 殺人未遂罪としての処断(包括一罪)を主張する。
- 16) 特に理由を明示しないものとして, 曾根威彦『刑法各論 [第 5 版]』(弘文堂, 2012 年) 15 頁。他方, 大塚仁『刑法概説 (各論) [第 3 版増補版]』(有斐閣, 2005 年) 22 頁以下, 大谷實『刑法講義各論 [新版第 2 版]』(成文堂, 2007 年) 20 頁以下, 前田雅英『刑法各論講義 [第 5 版]』(東京大学出版会, 2011 年) 33 頁は, 抽象的事実の錯誤における法定的符合説を前提としている。
- 17) 大谷實/前田雅英『エキサイティング刑法各論』(有斐閣, 2000 年) 18 頁参照。
- 18) 内田文昭『改訂刑法 I (総論) [補正版]』(青林書院, 2004 年) 165 頁注(6), 195 頁。
- 19) 山中敬一「判批」現代刑事法 6 号 (1999 年) 77 頁以下, 神田宏「判批」近畿大学法学 47 巻 1 号 (1999 年) 174 頁以下。

II 同意傷害とその扱い

1 わが国の刑法は, 同意傷害の扱いを明示するドイツ刑法²⁰⁾と異なり, 傷害(行為)に対する被害者の同意の効果について一般的な規定を置いていない。また, 殺人罪に対する同意殺人罪のような, 違法減少類型としての同意傷害罪も特に規定されていない。こうしたことから, 同意傷害の扱い(効果)は, 結果無価値論と行為無価値論の対立をも背景として, 傷害罪(204 条)の成否をめぐる解釈論上の重要な論点として争われているのである。

近時の学説においては, 同意傷害に傷害罪の構成要件該当性を否定するものが有力になっている²¹⁾。その理由づけは, 必ずしも一様ではないが, 同意による法益保護の必要性の消滅, 個人の自己決定権の尊重, 同意傷害罪規

定の不存在、科刑の不均衡（傷害罪として処断すると同意殺人罪よりも刑が重くなる）の回避、が重視されていると言ってよい。この立場は、法益放棄の意思としての同意にただちに傷害罪の構成要件該当性を否定する効果を認めるもので、行為の態様等を重視するものにはならないことから、結果無価値一元論的アプローチと強い親和性を持つものである。したがって、同意の存在を行為者が認識していない場合であっても、法益保護の必要性が客観的に消滅することを理由として、ただちに傷害罪の成立を否定する（構成要件不該当）という結論を導くことになる²²⁾。もっとも、この立場も、やくざの指詰めや保険金詐取目的の同意傷害の事案を想定したものであり、同意傷害事案のすべてに傷害罪の構成要件該当性を否定するわけではない。同意傷害によって生涯にわたる廃疾状態を生じた場合などでは、同意の範囲や真意性を問題とすることによって、傷害罪の成立を認めることがありうるからである。その限りで、具体的な結論としては、同意傷害を違法性の問題として議論する学説、特に同意傷害を原則的に適法であるとする見解と大きな違いはないものと言えよう。

2 こうした構成要件不該当説に対して、学説の多くは、傷害罪における同意を違法阻却の問題として捉え、結果無価値論と行為無価値論の二元論的考察（それぞれの強調の程度には相違がある）を前提として検討するものであると言ってよい。そのひとつは、いわゆる総合判断説と呼ばれるものであり、個人の身体という重大な法益を侵害する行為は原則として違法なものであり、同意の目的、行為の手段・方法・態様、結果の重大性等を総合的に考慮したうえで、例外的に違法阻却される場合がありうるとする²³⁾。こうした総合判断によれば、同意の存在に対する行為者の認識も重要な要素として考慮することになるため、認識必要説を前提とすることになる。この立場は、後述するように、わが国の実務が採るものでもある。これに対して、個人の自己決定権を重視する立場からは、被害者が自由に法益を放棄している以上は同意傷害は原則的に適法であるとする一方、重大な傷害や生命を危殆化する程度の傷害は例外的に違法である（自己決定の範囲にない）とする見解が主

張されている²⁴⁾。この立場は、被害者の自己決定(権)を重視することから、同意に対する行為者の認識は不要なものとすることになる。

同意傷害を違法阻却の問題として扱う両説は、傷害罪の成否における原則と例外とが逆転している関係にあるが、同意傷害事案に傷害罪の成立がありうることを認める結論では一致している。したがって、傷害罪の成立が認められる同意傷害の事案は、そのすべてが刑法 204 条のもとで処断されることになり、違法減少の有無や程度、さらには同意に対する行為者の認識の有無などは、傷害罪の量刑事情として考慮されるにとどまる。

3 同意傷害そのものの扱いが問題になった事案は必ずしも多くはないが、判例は、いずれも傷害罪の成立を認めている。たとえば、自動車の衝突事故を装って保険金を詐取する目的で被害者の同意を得て自動車を衝突させて傷害を負わせた事案で、業務上過失傷害罪(禁錮8月、執行猶予3年)で確定した第1審判決に対する再審請求事件において、最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁は、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものである」としたうえで、「右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであって、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」としている²⁵⁾。また、被害者である暴力団関係者が不義理のケジメをつける目的で被告人に依頼して、小指に出刃包丁を当てて金づちで叩いて切断してもらったという事案について、仙台地石巻支判昭和62年2月18日判例時報1249号145頁は、たとえ被害者の「承諾があったとしても、被告人の行為は、公序良俗に反するとしかいいようのない指つめにかかわるものであり、その方法も医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じたうえで行われたものではなく、全く野蛮で無残な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできない」としている(懲役2年4月[確定])。これらの事案は、いずれも、同意目

的や傷害方法の不適切さが問題になったものである一方、必ずしも重大な傷害結果を生じたものと言えるものではない。したがって、いずれの判例も、同意傷害を原則的に違法とする総合判断説を前提としたものであり、被害者の自己決定を尊重する立場（同意傷害を原則的に適法とする）とは馴染まないものである。

4 同意傷害を傷害罪の構成要件不該当とする立場は、結果無価値論を一貫するものであり、被害者の自己決定を重視する点でも、理論的に筋が通ったものである。しかし、刑法 203 条が同意殺人の未遂（同意傷害の既遂と実質的に同視できる）をも当罰的なものとして明示していることから明らかなように、わが国の刑法は同意傷害に構成要件不該当の効果を認めるものにはなっていない²⁶⁾。他方、同意殺人罪のような違法減少類型としての同意傷害罪が法定されていない理由は、傷害罪の法定刑そのものの幅が広いうえに（15 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金）、特にその下限が極めて軽い（1 万円の罰金）ことから、傷害罪の法定刑の枠内で量刑すれば足りることに求められる²⁷⁾。同意傷害事案をただちに構成要件不該当とすることは、傷害にわたる廃疾状態を生じた事案を想定すれば明らかなように、それを一貫することは妥当でない。同意傷害の効果は、違法阻却の有無の問題として個別的に検討しなければならないものである。

違法阻却における総合判断説は、結果無価値論的アプローチ（優越利益説）と行為無価値論的アプローチ（目的説、相当性説）のいずれをも考慮するもので、法律上の違法阻却事由（35 条、36 条、37 条）の判断方法と共通の基盤に立つものであり、基本的に妥当なものであると思われる。また、同意傷害を原則的に適法と見る立場も、自己決定にもとづく法益保護の必要性の消滅を特に強調する総合判断説とすることができる。原則として違法と見るか、原則として適法と見るかという結論の相違は、どのような事情に着目して、結果無価値論的アプローチと行為無価値論的アプローチのいずれ（どのような要素）を重視するかに応じて、具体的な結論が異なるだけで、理論的に排他的ないしは対立的な関係に立つわけではない。

いずれの立場によるにしても、違法阻却されない同意傷害事案は、すべて刑法 204 条のもとで処断されることになる。ただ、違法阻却されない同意傷害事案の量刑については、違法性の減少の程度を問わず、同意殺人罪の法定刑の枠内で処断されなければならないものとする（科刑制限）²⁸⁾。身体的侵襲についての同意は、生命そのものの放棄に比べて、典型的に違法性が低いと言わなければならないからである。この限りでは、結果無価値論的アプローチにもとづく法益保護の必要性の低下こそが重視されなければならない。このような実質的な観点からの科刑制限は、同意殺人事案における科刑制限の場合と同じものである。他方、こうした扱いについては、死の結果よりも悲惨な傷害結果がありうることを理由として²⁹⁾、このような科刑制限を一切認めない立場も見られる。そこでは、おそらく、生涯にわたる廃疾状態の実現といった事案が想定されているのであろう。しかし、実際には、後に検討する同意傷害致死事案における量刑からも明らかなように、同意傷害の事案に同意殺人罪の法定刑の上限（7 年の懲役）を超える量刑が行われるような事態の想定は困難である。

注

- 20) ドイツ刑法 228 条は、「被害者の承諾を得て傷害を行った者は、承諾があるにもかかわらず、その所為が善良な風俗に反している場合に限り、違法に行為したものである」と規定し、同意が原則として傷害罪の違法性を阻却することを明らかにしている。
- 21) たとえば、山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣、2007 年）151 頁、山中・前出注 11）205 頁、西田はか編・前出注 10）348 頁〔深町〕、林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2008 年）160 頁、前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』（東京大学出版会、2011 年）105 頁。なお、浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学 34 巻 3 号（2000 年）287 頁以下、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）3 頁以下、佐伯・前出注 12）202 頁以下、参照。
- 22) 内藤・前出注 10）596 頁、山口・前出注 21）『クローズアップ刑法各論』5 頁。
- 23) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』（創文社、1990 年）222 頁以下、大塚・前出注 9）418 頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣、2011 年）182 頁。なお、団藤編・前出注 15）80 頁〔小暮得雄〕。

- 24) たとえば、平野・前出注 13) 254 頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第 3 版〕』（成文堂、2009 年）261 頁、西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂、2010 年）189 頁。なお、井田・前出注 12) 194 頁以下。
- 25) なお、神作良二「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 55 年度』（法曹会、1985 年）235 頁以下参照。
- 26) 井田・前出注 12) 196 頁以下。
- 27) 川崎一夫「傷害罪——傷害の意義・傷害の故意、被害者の承諾・同時傷害の特例」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第 6 巻』（法学書院、1993 年）41 頁、大塚ほか編・前出注 9) 251 頁。
- 28) 同様の結論を認めるものとして、夏目文雄「判批」判例評論 270 号（1981 年）52 頁、武藤真朗「承諾に基づく傷害の許容範囲」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第 3 巻 現代社会と刑事法』（成文堂、2000 年）91 頁、塩谷毅「同意傷害について」岡山大学法学会雑誌 50 巻 2 号（2001 年）379 頁以下、大塚ほか編・前出注 4) 416 頁〔渡辺咲子〕、井田・前出注 15) 53 頁。なお、神作・前出注 25) 239 頁以下参照。
- 29) 古田佑紀「被害者の承諾と傷害罪の成否」法律のひろば 34 巻 3 号（1981 年）55 頁。

III 同意傷害致死事案とその扱い

(1) 傷害だけに同意していた致死事案の扱い

1 実務において同意傷害の扱いが争われているのは、同意にもとづく傷害行為が傷害結果にとどまった場合（本来の同意傷害事案）よりも、傷害行為が致死結果を生じさせてしまった場合（同意傷害致死事案）である。他方、学説においては、同意傷害致死事案については、暗黙のうちに傷害致死罪としての処断が想定されていると言ってよい。同意を構成要件不該当事由とする学説においても、同意傷害によって生命放棄の意味までは持っていない被害者を死に致してしまった場合は、同意の範囲を超えるものとして、傷害致死罪の成立が認められることになる。生命を失わせた部分の暴行・傷害行為については構成要件不該当とすることはできず、それにもとづく致死結果については、傷害致死罪の成立を認めざるを得ないからである。他方、同意傷

害を違法阻却事由の問題として扱う学説においては、同意傷害の原則的扱い（違法と見るか適法と見るか）の違いにもかかわらず、致死結果を招来する同意傷害はいずれにおいても違法とされることになり、傷害致死罪の成立が当然に認められることになる。

2 この種の事案について、興味深い裁判例は、性交時の性感を高めるために相手方の同意を得て首を絞めたうえで窒息死させてしまったという SM 事案に関する大阪高判昭和 29 年 7 月 14 日高刑裁特 1 巻 4 号 133 頁である。過失致死罪の成立を認めた原判決に対して、検察官が傷害致死罪の成立を主張して控訴したが、大阪高裁は、「婦女の首を絞めることはもとより暴行行為であるが、性交中その快感を増さんがため相手方の首を絞めるようなことが行われたとしても、相手方の要求もしくは同意を得ている以上、違法性を阻却するものとして暴行罪成立の余地なきものというべく、ただその場合相手が傷害を受けて死亡したとき、囑託による殺人罪を構成するが如く、たとえ相手方の同意があってもこれを不問に附し得ないのであるが、本件のように……致死につき不確定犯意又は未必の故意があったということができ[ない]」事案においては、「単に危険の発生を防止すべき義務を尽さなかった点において過失致死罪に間擬すべきである」として、控訴を棄却した。本判決は、同意の存在を違法阻却事由と見たうえで、過剰防衛の過剰性について認識を欠く場合と同じように考えたのかもしれない³⁰⁾。また、その結論は、同意傷害を傷害罪の構成要件不該当とする立場とも親和性を持っている。同意の範囲内にある傷害が傷害罪を成立させない以上、行為者との関係で残されるのは、生命侵害に対する過失傷害行為にとどまると考えることもできるからである³¹⁾。

同意傷害を違法阻却の問題として扱う本判決は、被害者との「性交に際し同女の首を締めたことがあり、いずれも同女が死亡するに到らなかった」ことに言及していることから、傷害致死罪の成立を認めた一連の判例（後述）と比較して、手段の危険性に差があったこと（本来は致死結果に至らなかったはずのもの）にもとづくものと見られている³²⁾。しかし、問題とすべきなのは、

現実に致死結果を発生させてしまった同意傷害行為であり、それまでの一連の同意傷害行為の態様や結果なのではない。手段の危険性で本判決を他の一連の同意傷害致死事案の判例と区別することはできないように思われる³³⁾。

3 これに対して、同意傷害致死事案に関する一連の判例は、当該事案における同意傷害に違法阻却を認めないことを前提として、端的に傷害致死罪の成立を認めるものである。たとえば、大阪高判昭和29年の事案と類似したSM事案（寝間着の紐で首を絞めて窒息死させた）において、大阪高判昭和40年6月7日下刑集7巻6号116頁は、「個人の法益であっても行為の態様が善良の風俗に反するとか、社会通念上相当とする方法、手段、法益侵害の限度を超えた場合も亦被害者の囑託ないし承諾は行為の違法性を阻却しない」との前提にもとづいて、「寝間着の紐で絞めるとなると単に手で絞める場合に比すると一段とその調節は困難であり、相手方の首に対する力の入り具合を知り難いものである。かつ、被害者が真に苦しくなった時、被告人に対し、その意思（ゆるめてくれという）を表示伝達する方法、手段が準備されておらず、かつ被告人側から見れば性交の激情の亢じた時紐に対する力を制禦する方法、手段が準備されていない。これは窒息死という生命に対する危険性を強度に含んでいるのである。してみると、被告人の本件絞首は違法性を阻却しない暴行というべく、それによって窒息死に到らしめたもので、被告人の所為は傷害致死罪に該るものと解する」と判示している（懲役2年執行猶予4年〔確定〕）。同様の結論は、SM事案に対する地裁の裁判例にも見られるところである³⁴⁾。また、SM事案以外の事案においても、空手の練習中に過度の殴打・足蹴りによって相手を死亡させてしまった事案³⁵⁾、および不適切な豊胸手術により患者を死亡させてしまった事案³⁶⁾で、それぞれ傷害致死罪の成立が認められている。

これらの一連の判例の結論は、いずれも総合判断説にもとづくものであると言ってよい。ただ、どのような事情を重視するかに応じて、結果無価値論的アプローチからも説明できるし³⁷⁾、行為無価値論的アプローチからも説明できるものである³⁸⁾。

4 同意を構成要件不該当事由と解するにせよ、違法阻却事由と解するにせよ、同意の及んでいない致死結果が生じた場合には、致死結果をもたらした暴行（傷害）行為に犯罪の成立を否定することはできず、傷害致死罪の成立を認めなければならない。この意味で、同意傷害致死事案に関する一連の判例（昭和29年の大阪高判を除く）の結論は、妥当である。また、このような同意傷害事案においては、もとより生命放棄に対する被害者の同意は存在しないことから、同意殺人事案ないしは同意傷害事案の場合と異なり、同意殺人罪の法定刑を前提とする科刑制限の必要性は認められない。傷害が同意されていたという事実は、一般的な酌量減輕事由の問題として扱えば足りる。一連の判例の量刑はいずれも同意殺人罪の法定刑の範囲内にとどまっているが、それは、科刑制限的な発想からのものではなく、個々の事案の具体的な評価によるものにすぎない。

（2） 生命放棄意思のある同意傷害致死事案の扱い

1 以上のような、被害者が生命放棄意思までは持っていない場合の同意傷害致死事案に対して、被害者が生命放棄の意思をも持ったうえで傷害に同意している一方で、行為者は被害者の生命放棄の意思を知らずに行為して致死結果を生じたというSM事案について、札幌地裁がはじめての判断を示すに至った。札幌地裁が扱った事案は、被告人が行為に及ぶまでの経緯が特異なものであり、背景事情にも複雑なものがある。ただ、同意との関係で重要な部分は、次のように要約することができる。被害者Aは、被告人Xに対して、偽装心中の様子を写真撮影する「自殺ごっこ」を提案した。その際、Aは、「自殺ごっこ」によって自己が死亡することを認識しながら、Xに対しては、「自殺ごっこ」をする際には万全の救命態勢が整えられており、Aは決して死ぬことがないとの虚偽の説明をしていた。Aの説明を信じたXは、Aが自己の死亡の認識を有している（生命放棄についての同意がある）ことを知らないままに、Aの頸部を締めつけたうえで顔面を水中に沈めるように

との囑託にもとづいて、囑託された内容の行為（同意傷害行為）を実行した。その結果、Aの説明とXの予期に反して、Aは死亡してしまった。検察官は被告人を傷害致死罪で起訴し、本件は裁判員裁判によって審理された。

以上の事実について、札幌地裁は、① 被害者の囑託にもとづいて暴行または傷害の故意で暴行を加え、結果として被害者を死亡させた場合（囑託傷害致死類型）に傷害致死罪の成立を認めると、殺害の囑託を受けて被害者を殺害した場合に成立する囑託殺人罪と比較して、前者の法定刑（3年以上の有期懲役）の方が後者の法定刑（6月以上7年以下の懲役または禁錮）よりも重く、酌量減輕した場合でも殺意のない場合の方が殺意のある場合よりも重い処断刑となり、不合理な結論を導くことになる、② この不合理は訴訟準備および訴訟進行の場面においても、看過できない不都合をもたらす可能性があるとして、「これらの不都合は、囑託傷害致死類型を法定刑に不合理のある傷害致死罪で処断しようとするところから発生している」とする。こうした認識を前提として、「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囑託した場合を想定していないと考えられる。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ものであるとあって、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」とし、「結局、囑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。このように解すると、上記不合理・不都合は解消する」とした。そのうえで、「被告人は、重い傷害致死罪の故意で、客観的には軽い刑法 202 条後段の罪に該当する事実を実現したのであるから、当裁判所は、本件に適用されるべき罰条は、軽い刑法 202 条後段のみであると解する。なお、この点に

関し、人が死に同意しているのに、そのことを知らずに殺意をもってその人を殺害した場合について、嘱託・承諾殺人罪のみならず、重い殺人未遂罪あるいは殺人既遂罪の成否も議論されており、本件でも同様の問題があるが、当裁判所は、刑法 202 条後段が嘱託を構成要件として取り入れている趣旨に鑑み、本件を重い傷害致死罪の未遂罪にあたる罪ないし傷害致死罪に間擬すべきではないと思料する」とした。他方、X が A の説明を誤信したことについては、「被害者が死の結果をもたらす行為を嘱託した場合に違法性が阻却されるか否かは、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。加えて、違法性阻却事由の錯誤が問題となる場合には、上記諸般の事情の存否については、誤信した事実を含め、行為者の認識に従って判断する必要がある」としながらも、X の行為は違法であり、違法性阻却事由の錯誤による故意の阻却は認められないとして、5 年の求刑に対し、懲役 1 年 2 月執行猶予 3 年の判決を言い渡した。

札幌地裁の判断は、刑法 202 条後段が嘱託傷害致死類型をも含んでいるとの解釈を前提として、錯誤論を適用するという、2 段階の論理にもとづいている。すでに見たように、これまで、同意傷害にもとづいて被害者を死亡させた事案に関する裁判例は少なからず存在するが、本件のような事案（被害者に生命放棄の意思がある場合に、それに気づいていない被告人が同意にもとづく傷害行為によって被害者を死に致した事案）について、その適条に言及する刑事裁判例はこれまで存在しなかった³⁹⁾。ただ、刑法 202 条後段の射程や錯誤論の適否という論点は、これまでの事案においても議論されていたところである。したがって、札幌地裁の事案は、具体的結論においては大きく異なるものの、基本的には、従来の同意傷害致死事案の扱いの延長上で議論できるものであると言ってよい。

2 本判決は、同意の犯罪阻却機能についての基本的な立場（構成要件不該当と見るか、違法阻却と見るか）は必ずしも明らかにしていないが、被害者が生

命放棄の意思を有している場合を同意殺人罪として処断すべきであるとする点から、結果無価値論的アプローチ（法益保護の必要性の低下）に強く傾斜するものであり、同意に対する被害者の認識を不要とするものでもある。この点では、従来の一連の同意傷害致死事案の判例と異なっている。

本判決は、その前提として、本件のような事案に傷害致死罪の成立を認めると、同意殺人事案との間に処断の不整合が生じること（実体法上の不都合）、および検察官の起訴内容に応じて被告人の防御権と弁護人の真実義務との関係で重大な困難を生じること（手続法上の不都合）を指摘している。実体法上の不都合については後に検討するが、手続法上の不都合については、本判決の指摘通りの不都合が生じるかという点⁴⁰⁾を別にしても、それへの対処方法（同意殺人罪の成立を認める以外にないとする）には重大な疑問がある。何よりも問題なのは、もっぱら「手続法上の不都合を回避するための解釈論」とまでは言えないにしても、手続法上の不都合の回避が特に重視され、明確に意識されている点に見られる。手続の運用は、実体法の解釈が前提となるものでなければならず、手続的な困難を回避するために実体法の解釈が左右されるのは本末転倒だからである。たしかに、最高裁判例においても、断続的に行われた数個の公職選挙法違反行為ないしは横領行為の罪数が問題になった事案について、手続法上の不都合の回避に言及したうえで判例を変更したのが見られる⁴¹⁾。しかし、それらは、いずれも、実体法上の罪数判断からも支持しうるものでもあり⁴²⁾、「手続法上の不都合の回避」を直接的な目的としたものではない。したがって、本件においても、実体法における不都合の回避という問題を含めて、実体法との関係で、本判決のような解釈を採ることができるかが重要である。

3 本件事案に同意殺人罪の成立を認める解釈が妥当なものであれば、実体法上の不都合はもちろんのこと、手続法上の不都合も回避されることになる。こうした観点から、本判決は、被害者が生命放棄に同意している以上、同意傷害のつもりで致死結果を生じた行為者には、殺意がないとしても同意殺人罪が成立するとした。そのため、傷害致死罪については、「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要求する一方で、同意殺人罪については、「日常用語に照らし、殺意がない場合をも含みうる」とする、独自の解釈論を展開するものとなっている。こうした解釈は、事案を異にするものの、後述の「故意ある結果的加重犯概念」を認める立場と基本的に通底する考え方でもある。

しかし、本判決における 205 条および 202 条の解釈には重大な疑問がある。何よりも、殺意のない場合にも同意殺人罪の成立を認めてよいとする点は、故意の犯罪個別化機能を否定するものであると同時に、行為者の主観を超えた犯罪の成立を認めるものであり、実体法の解釈として採り得ない。傷害の故意しかない行為者には、同意殺人罪の法定刑を前提とする処断刑で有利に扱われることが保障されるにしても、傷害致死罪を超えた同意「殺人罪」が「成立」することはあり得ないからである。また、「被害者が自らの殺害行為を囑託していないこと」を傷害致死罪の書かれざる構成要件要素として要求する点も、書かれざる構成要件要素を認めることの是非に対する一般的な批判は別にしても、本件に同意殺人罪の成立を認めるための理由づけにすぎない。本判決の論理は、故意ある結果的加重犯概念を認める見解に対して指摘されていたのと同じように、あるいはそれ以上に、具体的な事案における「不都合を回避するためだけのもの」であり、解釈論として採ることはできないものである。想定される処断刑の不都合を回避するためには、同意殺人罪そのものの成立を認める解釈ではなく、それと同じような結論を導く方策を考える以外にはない。そして、それは、被害者が生命放棄に同意しているという事実を根拠として、量刑に際して、同意殺人罪の法定刑にもとづく科刑制限を認める以外にはないように思われる。

もつとも、こうした科刑制限機能については、それを明示する根拠規定が存在しないため、「基準を具体的に読み取ることは不可能であり、現行法解釈としては……大きな問題がある」とされている⁴³⁾。たしかに、この指摘のように、科刑制限を直接的に根拠づけるような条文は存在しない。本判決も、このような問題性を考慮したのかもしれない。しかし、そうであって

も、同意殺人罪に傷害致死事案を含み得るとする解釈は、条文上根拠が明示されていない科刑制限機能を認めること以上に、現行法の解釈としては決定的に不適切であり、採り得ないものである。現行法を前提とする限り、本件のような事案の解決としては、行為者の主観に相応した(同意)傷害致死罪の成立を認めたとえで、同意殺人罪の法定刑を意識した科刑制限的な量刑をする以外にはないと思われる。そして、実務においては、傷害だけに同意している被害者に対する致死事案に見られたように、同意殺人罪の法定刑を上回る量刑はされていない現実があることから、科刑制限機能に条文上の根拠を与えるまでもないと言ってよいように思われる。

注

- 30) 町野・前出注 10) 198 頁。
- 31) 島田聡一郎「議論のまとめ」山口編著・前出注 21) 36 頁以下参照。なお、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版, 2002 年) 257 頁。
- 32) たとえば、山口厚「被害者の同意」同『問題探究刑法総論』(有斐閣, 1998 年) 78 頁、武藤・前出注 28) 82 頁。
- 33) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺 (2)」同・前出注 12) 226 頁。
- 34) 性交中にバンドで首を絞めて窒息死させた事案について、東京地判昭和 52 年 6 月 8 日判例時報 874 号 103 頁は、「性交中において双方が合意したうで行われるいわゆる加虐行為としての暴行や傷害あるいはこれによる致死の結果については、その違法性が阻却されるためには、ただ単にそれが被虐者の承諾囑託にもとづくというだけでなく、その行為が社会的に相当であると評価されるものでなければならない」ことを前提として、行為態様(ナイロンバンドによる約 15 分間の強力な絞頸)等を具体的に検討したうえで、「本件絞頸行為は、生命に対する危険性を強度に含んでいるものとして、前記社会的相当行為に関する説示に照らし、許容されない行為であることは明かであり、いかに被害者の承諾があっても、もはやその違法性を阻却しない」として、傷害致死罪の成立を認めている(懲役 1 年 6 月執行猶予 2 年〔控訴〕)。そして、この結論と理由づけは、控訴審においても追認されている(東京高判昭和 52 年 11 月 29 日東高刑時報 28 卷 11 号 143 頁〔控訴棄却〕)。また、性交中に後ろからロープで首を絞めて窒息死させた事案についても、大阪地判昭和 52 年 12 月 26 日判例時報 893 号 104 頁は、「相手方の囑託ないし承諾の下になされた有形力の行使は、一般的には、違法性を欠き、そもそも『暴行』の定型性を有しないというべきであるが、右の有形力の行使が相手方の生命の危険や身体の重大な損傷の危険を包含しているような場合においては、相手方の囑託ないし承諾により『暴

行」の定型性あるいは違法性が阻却されるものではないと解するを相当とする」としたうえで、「少なくとも、全裸の同女の前頸部から後ろに渡したロープでもって後手にとった同女の両手を緊縛した状態でさまざまな加被虐性性行為を行っていたことは明らかな」本件においては、覚せい剤の影響下での危険な行為であることをも考慮して、「右所為が暴行の定型性を十分に具備しており、また、違法性をも有する」として、傷害致死罪の成立を認めている（懲役3年執行猶予5年〔確定〕）。

35) 大阪地判昭和62年4月21日判例時報1238号160頁は、「そもそも、スポーツの練習中の加害行為が被害者の承諾に基づく行為としてその違法性が阻却されるには、特に『空手』という危険な格闘技においては、単に練習中であったというだけでは足りず、その危険性に鑑みて、練習の方法、程度が、社会的に相当であるとは認するに足る態様のものでなければならないのであるところ、前掲各証拠……の事実を徴すると、練習場所としては不相当な場所であんなに正規のルールに従うことなくかかる危険な方法、態様の練習をすることが右社会的相当行為の範囲内に含まれないことは明らかであって、被告人の本件行為は違法なものであるといわなければならない」としている（懲役2年〔確定〕）。

36) 東京高判平成9年8月4日高刑集50巻2号130頁は、「被害者が身体侵害を承諾した場合に、傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段・方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を総合して判断すべきところ……[被告人が]行った医行為は、身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であって、社会通念上許容される範囲・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえ[被害者の]承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しないことは明らかなである」としている（懲役5年〔確定〕）。

37) たとえば、平野龍一「傷害と同意」警察研究57巻3号（1986年）10頁、佐伯・前出注33）224頁、佐藤・前出6）278頁。

38) たとえば、阿部純二「傷害罪と承諾——その一側面」鴨良弼先生古稀祝賀論文集『刑事裁判の理論』（日本評論社、1979年）404頁、宇津呂英雄「判批」警察学論集34巻2号（1981年）152頁、只木誠「被害者の承諾と保護義務論」同『刑事法学における現代的課題』（中央大学出版部、2009年）7頁。

39) 大阪家決平成23年6月3日未公開においては、父親を殺害した17歳の少年に対する少年保護事件において同様の問題が扱われたが、大阪家裁は、法定刑の逆転現象（傷害致死罪と嘱託殺人罪との間に生じる刑の不均衡）については「止むを得ない」ものとしたようである。ただ、この事案は、原則逆送（少年法20条2項）に当たたる事件について、父子関係の特異性等の背景事情をも重視して、10カ月以上にわたる試験観察の後に保護観察処分としたものであり、本稿の論点には直接に関わるものではない。なお、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 頁以下参照。
- 40) この点については、本判決に対する紹介コメント（判例タイムズ 1390 号 369 頁）参照。
- 41) 公職選挙法違反事件に対する最決昭和 59 年 1 月 27 日刑集 38 巻 1 号 136 頁，横領事件に対する最大判平成 15 年 4 月 23 日刑集 57 巻 4 号 467 頁。
- 42) 昭和 59 年決定については，丸山雅夫「罪数論の側面——選挙犯罪における供与罪と(受)交付罪に関する判例を中心として」商学討究 38 巻 2 号（1987 年）27 頁以下参照。平成 15 年判決については，山口厚「罪数論」同『新判例から見た刑法〔第 2 版〕』（有斐閣，2008 年）90 頁以下参照。さらに，丸山雅夫「罪数」町野朔ほか編『プロセス演習 刑法総論・各論』（信山社，2009 年）170 頁以下。
- 43) 西田ほか編・前出注 10) 364 頁〔深町〕。なお，島田・前出注 31) 33 頁。

IV 量刑における内在的制約

1 犯罪の成立とその処断刑の間に不整合が見られる事例は，同意傷害(致死)事案のほかにも見られ，これまで，特に 240 条後段の解釈をめぐって問題にされてきた。240 条後段との関係で見られる刑の不整合は，同意殺人(致死)事案における不整合とは逆の関係にあるが，実質的な問題としては共通したものである。すなわち，240 条後段を結果的加重犯（強盗致死罪）の規定と解すると，強盗が殺人を実行した場合（強盗殺人事案）における併合罪での処断（併合加重）と比べ，殺意のない場合の方が殺意のある場合よりも重く処断されることになり，不都合であるとされていたのである。

この問題について，実務は，大審院以来，240 条は 4 つの犯罪類型（前段に強盗傷人罪と強盗致傷罪，後段に強盗殺人罪と強盗致死罪）を規定するものとして，死傷結果に故意のない場合とある場合のいずれについても，240 条のみを適用すれば足りるとしてきた⁴⁴⁾。こうした理解を前提とする限りは，犯罪の成立と処断刑の間には何らの不整合も生じないことになる。他方，学説の有力説は，240 条を結果的加重犯の規定と見ながらも，加重結果の故意の実現の場合にも結果的加重犯の成立を認めるべき類型があるとして，故意

ある結果的加重犯という概念を認めることによって、強盗殺人の事案にも240条後段を適用すれば足りるとしてきた。こうした発想は、同意傷害致死事案における札幌地裁の論理と通底するものである。しかし、故意ある結果的加重犯を認める見解は、処断刑に不都合が生じるか否かで結果的加重犯一般を2類型に区分するものにすぎないとして、厳しく批判されていた⁴⁵⁾。それは、「不都合を回避するための解釈」でしかないとされていたのである。

これに対して、小暮博士は、小定型説とも言うべき見解から、「通常の犯罪定型の内部に合理的な範囲で小定型の観念を導入し、その各々について法定刑の質または幅員を考えると、構成要件の一態様にただちに法定刑の全範囲を抽象的に対応させることは、その限度で意味を失[う]」との見解を明らかにした⁴⁶⁾。この見解は、小定型の限度で犯罪の「成立」を認めるもののようにも思われるが、強盗殺人の事案について、「殺人罪の構成要件は簡素であり、対するに法定刑の幅はひろいが、そこに強盗殺人という細分化された定型を考え、他方、強盗致死罪の刑に見あう刑罰の定型的な枠を考え……強盗殺人について、無期懲役を下限とする刑罰の枠を設けることは、すぐれて合理的な結論と目すべきであろう。それは妥当な量刑の指標に沿いつつ、関連法条の趣旨ないし実体論理の要請にかなうもの」⁴⁷⁾とするところから明らかなように、量刑における科刑制限機能（科刑の内在的制約）を認める立場である。本稿も、基本的には、このような見解と共通するものである。

2 科刑における内在的制約の議論は、誘拐した女性を約9年2カ月にわたって自宅の2階に監禁していた新潟女性監禁事件において、明確に意識されることになった。逮捕時と監禁中に生じた傷害（両下肢筋力低下や骨量減少等）と窃盗（監禁中の女性に着用させるための女性用下着4枚の万引き）について、第1審が懲役14年（併合罪加重）を言い渡した⁴⁸⁾のに対して、控訴審は、「併合罪全体に対する刑を量定するに当たっては、併合罪中の最も重い罪につき定めた法定刑……の長期を1.5倍の限度で超えることはできるが、……再犯加重の場合とは異なり、併合罪を構成する個別の罪について、その法定刑……を超える趣旨のものとすることは許されない」とする前提から、懲役14

年は傷害罪と窃盗罪の量刑を個別に判断して併科する場合よりも不当に重くなってしまうとして、懲役 11 年を言い渡した⁴⁹⁾。これに対して、最高裁は、刑法 47 条は「併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていない」として、科刑における内在的制約を明確に否定し、第 1 審の懲役 14 年を支持したのである⁵⁰⁾。

この事件を契機として、研究者の多くは、併合罪加重の場合の処断刑についても内在的制約が機能すべきことを指摘し、控訴審判決の結論を積極的に支持した⁵¹⁾。他方、(元)実務家からは、現行刑法の解釈論として、科刑の内在的制約を否定する最高裁判決こそが当然のものであるとする見解が主張されている⁵²⁾。たしかに、この事件における科刑の内在的制約は、併合罪加重(制限的加重主義)の「趣旨」から導かれるものであり、必ずしも条文の構造や文理解釈から直接的に導かれるものではない。その点では、最高裁の論理(解釈論)は否定しがたいものである。したがって、この事案に科刑の内在的制約を認めるにしても、それは、個々の事案の具体的な量刑に期待するという、消極的なものにならざるを得ない。

3 これに対して、いずれも生命放棄の意思を知らない殺人事案と同意傷害致死事案における科刑制限(量刑における内在的制約)は、仮定的な量刑を根拠とするものではなく、被害者が生命放棄に同意しているという客観的事実にもとづくものである。また、同意傷害事案における科刑制限は、「生命放棄に同意していた場合」という仮定的事情を考慮するものではあるが、条文相互の論理的関係から導かれるものであり、仮定的な量刑にもとづいているわけではない。したがって、このような科刑制限機能は、現行刑法の「解釈」として認めることができるように思われる。

注

- 44) 大連判大正 11 年 12 月 22 日刑集 1 巻 815 頁。
- 45) 他方、「少なくとも過失による加重結果の発生」を明示しているドイツ刑法 18 条のもとでは、解釈論として、加重結果の故意的実現を排斥する類型（真正結果的加重犯）と排斥しない類型（不真正結果的加重犯）が認められており、後者がわが国で主張される「故意ある結果的加重犯」に相当する。故意ある結果的加重犯をめぐる問題の詳細については、丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂，1990 年）258 頁以下参照。
- 46) 小暮得雄「刑の権衡論について」北大法学論集 14 巻 1 号（1963 年）56 頁以下。
- 47) 小暮得雄「《小定型》序考」植松博士還暦祝賀『刑法と科学 法律編』（有斐閣，1971 年）102 頁。
- 48) 新潟地判平成 14 年 1 月 22 日判例時報 1780 号 150 頁。
- 49) 東京高判平成 14 年 12 月 10 日判例時報 1812 号 152 頁。
- 50) 最判平成 15 年 7 月 10 日刑集 57 巻 7 号 903 頁。なお、一連の経緯の詳細については、丸山雅夫「併合罪加重における内在的制約——『新潟女性監禁事件』控訴審判決の問題提起」小暮得雄先生古稀記念論文集『罪と罰・非情にして人間的なるもの』（信山社，2005 年）163 頁以下参照。
- 51) たとえば、曾根威彦「併合罪加重における罪数処理——新潟少女監禁事件最高裁判決を中心として」現代刑事法 5 巻 10 号（2003 年）46 頁、井田良「併合罪と量刑——『新潟女性監禁事件』最高裁判決をめぐる」ジュリスト 1251 号（2003 年）79 頁、城下裕二「併合罪規定の解釈と量刑理論——新潟女性監禁事件最高裁判決の検討」季刊刑事弁護 36 号（2003 年）15 頁、只木誠「判解」『平成 15 年度重要判例解説』（2004 年）164 頁、丸山・前出注 50）172 頁。
- 52) たとえば、古江頼隆「併合罪における量刑判断の方法（刑法 47 条）について判示した最高裁判決（新潟少女監禁事件）」法律のひろば 56 巻 11 号（2003 年）76 頁以下、井上宏「判解」警察学論集 56 巻 11 号（2003 年）192 頁、永井敏雄「時の判例」ジュリスト 1258 号（2003 年）172 頁以下、土本武司「判批」判例評論 542 号（2004 年）40 頁。

むすびに代えて

以上、一身専属的な個人的法益としての生命・身体に対する犯罪との関係で、被害者の同意の効果について検討したうえで、一定の事案において、量刑の内在的制約（科刑の制限）が機能すべきことを明らかにした。このような

解釈は、条文の文理に直接の根拠を求められるものではないが、条文の構造や相互関係から根拠づけられるものとする。したがって、本稿の結論は、相当に限られた事案に対するものでしかなく、ただちに広く一般化しうるものではない。それは、刑法の規定する犯罪類型が網羅的でないこと（刑法の断片性ないしは非体系性）に由来する限界である。しかし、本稿で提示したような観点をさらに進めるならば、新潟女性監禁事件の控訴審判決が提起し、最高裁によって明示的に拒否された、併合罪加重における内在的制約のようなものについても、罪数の扱いや制度趣旨等からの再検討がなされてよいと思われる。この意味で、札幌地裁判決が扱った特異な事案は、その判断構造と結論の是非を別にして⁵³⁾、大きな広がりをもつものであった。

注

- 53) 本判決に対して、嘉門優「殺害の囑託を受けた者が、暴行又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例」『新・判例解説 Watch』法学セミナー増刊速報判例解説 vol. 14（2014 年）159 頁以下、および若尾岳志「殺害の囑託を受けた者が、救命態勢が整っているなどと誤信し、暴行又は傷害の故意で暴行を加え、結果として人を死亡させるに至った事例」刑事法ジャーナル 39 号（2014 年）101 頁以下は、いずれも、解釈手法や論理に無理があるとしながらも、結論自体は肯定的に評価している。しかし、このような評価については、III (2) 3 で言及したように、重大な疑問がある。

* 本稿は、南山大学 2013 年度パツヘ研究奨励金 I-A-2（特定研究助成・一般：被害者の承諾（同意）と犯罪の成否）にもとづく研究成果の一部である。