

## University Academic Repository

殺人の嘱託に関する錯誤：  
ドイツ刑法16条2項を手がかりに

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2016-11-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 樋笠, 堯士 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/351">https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/351</a>

## 研究論文

### 殺人の囑託に関する錯誤

～ ドイツ刑法 16 条 2 項を手がかりに ～

Der Irrtum über die Tötung auf Verlangen  
aufgrund der StGB§16 II in Deutschland

樋 笠 堯 士  
Takashi HIKASA

#### <要約>

実際には被害者による殺人の囑託・同意がないにもかかわらず、行為者が、殺人の囑託・同意が存在すると誤信し、被害者を殺害するという事案がある。かかる事案の行為者には、刑法 199 条の殺人罪が成立するのか、それとも、同法 202 条の同意・囑託殺人罪が成立するのかという問題について、本稿は、函館地判平成 26・4・30、札幌高判平成 25・7・11 など近年の裁判例を素材に、従来の判例実務を考察する。その中で行為者が明らかに客観的に刑法 199 条を実現していると判断される場合に、我が国の裁判所は刑法 38 条 2 項を適用していることを指摘する。これに対して、被害者の同意・承諾が存する可能性がある場合には、刑法 38 条 2 項によらず、刑法 202 条を直接適用しており、このことから、裁判所は 199 条について、人を「その囑託を受けずかつその承諾も得ずに」殺したという「書かれざる構成要件要素」を用いた上で、「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」という刑法 202 条の客観的構成要件要素が充足され得ない可能性が生じた場合に、緩衝材のように刑法 38 条 2 項を適用して、同法 202 条を適用していると推論する。この限りで、裁判所は客観的構成要件要素である「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」という条文の文言を行為者の主観的構成要件要素と解していると思われる。本稿では、我が国の裁判所が減輕事情を主観的構成要件要素とするドイツ刑法 16 条 2 項と同様の解釈に従って、刑法 38 条 2 項を適用していることを導出する。ドイツ刑法 16 条 2 項と同様の「減輕類型の既遂のみ成立」という効果を刑法 38 条 2 項によって達成する場合には、ドイツ刑法のように、同意殺人の決意を、同意によって決意されたものと解することが必要である。そして、本稿は、刑法 202 条の殺人の故意を、囑託又は承諾のあることにより初めて生じた殺人の故意であると解し、刑法 199 条の殺人の故意と同法 202 条の殺人の故意が別の概念であると解釈した上で、刑法 38 条 2 項を適用して、行為者に同法 202 条の罪を成立させることができると結論づけるものである。

## <キーワード>

殺人の囑託、同意殺人罪、刑法、故意、認識、囑託殺人罪、ドイツ刑法

### 1 はじめに

行為者が、被害者から被害者自身の殺害を依頼され、その者を殺害した場合には、刑法 202 条の同意・囑託殺人罪が成立する。この場合に、実際には被害者による殺人の囑託・同意がないにもかかわらず、行為者が、殺人の囑託・同意が存在すると誤信し、被害者を殺害するという事案がある。かかる事案の行為者には、刑法 199 条の殺人罪が成立するのか、それとも、同法 202 条の同意・囑託殺人罪が成立するのかという問題が存在する<sup>1)</sup>。なぜなら、行為者は主観的には同法 202 条の同意・囑託殺人を行っているものの、同法 199 条の殺人罪は被害者の「意思に反する」ものであるのに対して、同法 202 条は被害者の「意思に反しない」ものであり両者は排他的関係にあるともいえ、実現された犯罪に対応する故意がない、あるいは故意に対応する犯罪が実現されていないように見えるからである。この種の事案につき、近年、我が国において例えば函館地判平成 26・4・30、札幌高判平成 25・7・11 などの裁判例が散見され、目下、殺人の囑託に関する錯誤の解決法が問われる状況にあると考えられる。本稿は、この問題に対し、日本の学説及び裁判例を考察した上で、同様の問題について解決法が定着しているドイツ刑法の議論を検討し、妥当な解釈を得ようと試論するものである。

### 2 日本における同意・囑託殺人罪

#### 2.1 学説

刑法 38 条 2 項は「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に該当することとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」と定める。この規定は、旧刑法 77 条 3 項を継承したものとされており、現行刑法の政府提案理由書（1907 年）によれば、その趣旨は旧刑法 77 条 3 項と同一とされている<sup>2)</sup>。同 38 条 2 項によれば、行為者には重い罪である 199 条の殺人罪は成立しないことになる。なぜなら、行為者は、同意・承諾があると誤信しているのであって、被害者の意思に反した重い殺人罪になる事実（同意・承諾の不存在）を認識してはいなかったからである。実際に行行為者に何の犯罪が成立するのかは同条項からは読み取れない。

これに関して学説には、実際に行行為者が実現した重い方の犯罪が成立するものの、軽い罪の刑の限度で処断される趣旨と理解する合一評価説<sup>3)</sup>、38 条 2 項を重い犯罪の成立を否定する趣旨と理解した上で、罪質に注目する罪質符合説<sup>4)</sup>、構成要件同士の関係を検討する構成要件符合説<sup>5)</sup>、不法と責任の程度を見て軽い罪の成立を検討する不法・責任符合説<sup>6)</sup>、軽い罪・重い罪の両方にまたがる「共通構成要件」を両者の法文解釈により導出し、それが客観的にも主観的にも充足されている際に軽い罪を成立させるという共通構成要件説<sup>7)</sup>、ある犯罪を

犯すつもりで「犯罪」を実現している以上、本来実現した「犯罪」について責任を負い、38条2項の制限のもと軽い罪の既遂と重い罪の過失犯を肯定する抽象的符合説<sup>8)</sup>、等がある。殺人の嘱託・同意が存在すると誤信する事案については、これらのいずれの説を採ろうとも同意・嘱託殺人罪が成立するとの結論で一致している<sup>9)</sup>。

したがって、ここでは結論においていずれの学説が妥当であるかは論じず、各学説において指摘される「成立犯罪」と「38条2項」という検討枠組みの方向性を意識することをもって、次項に進むことにする。次項では、判例及び裁判例を概観する。

## 2.2 判例

以下、日本における判例及び裁判例を概観するが、適用罰条及び判示内容が本稿の主な関心事であるため、個々の事案の詳細は簡略化ないし省略する。

【判例1】大判明治43・4・28（刑録16輯760頁）

「被害者が戯れに自己の殺害を嘱託したところ、加害者が真実の嘱託と誤信し、被害者を殺そうとして手を下したが遂げなかった場合は、刑法第三八条第二項により（傍点筆者）、第二〇二条第二〇三条に則り処断すべきである」

【判例2】最判昭和28・9・30（刑集7巻9号1868頁）

「本件において殺人の起訴に対し原判示の事由により刑法三八条二項を適用し（傍点筆者）同意殺人の責任を認めたからといって訴因、罰条の変更を必要とするものでない。」

【判例3】大阪高判昭和29・7・30（高刑特1巻6号218頁）

「しかし、刑法第二百二条の定める『被殺者ノ嘱託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺ス』いわゆる同意殺人罪たるには犯人の殺意が被殺者本人の嘱託又は承諾のあることに因り初めて生じたときにかぎるものと解すべきであり、本人の嘱託又は承諾に先だち既に犯人においてこれを殺害する決意を有する場合はその意思実行に際して、たとえ本人が嘱託又は承諾に及んだとしても同意殺を以て問うべきでなく、刑法第百九十九条の普通殺人罪の所為が行われたものとして同罪の成立を認定すべきである。（中略）刑法第二百二条にいう被殺者の嘱託又は承諾の有効なるがためには普通の事理弁別の能力を有する状態においてこれがなされることを要し、かかる能力のない者のなした嘱託又は承諾は有効に成立しないものと解すべき」である。

【判例4】札幌地判昭和43・2・22（判タ221号253頁）

「被告人の行為について刑法一九九条の通常の殺人罪の刑責を問うためには、検察官において同法二〇二条にいう被殺者の承諾がなかったことについて立証責任を負わなければならないのであって、右のように、この点が十分に立証されていない本件においては、被告人に対して通常の刑を科することはできず、被告人の行為は承諾殺として、同法二〇二条に規定する限度でのみ（傍点筆者）刑事責任を負うこととなる。」

【判例5】東京高判昭和53・11・15（判時928号121頁）

「刑法二〇二条所定の嘱託殺人罪にいう嘱託は被殺者の自由かつ真意に出た殺害の依頼でなければならないが、その嘱託が真意に基づかない疑がある場合でも嘱託者を殺害するに至った行為者が真意による嘱託と信じ、かつ当時の状況に照らしそのように信ずるについて通常人としても首肯できるときは刑法三八条二項により（傍点筆者）嘱託殺人罪のみの成立を認めるのが相当である。」

【判例 6】名古屋地判平成 7・6・6（判時 1541 号 144 頁）

「被告人は、被害者 A の嘱託がないのにこれあるものと誤信して殺害行為に及んだことが明らかであるから、嘱託殺人の故意で殺人を犯したものとして、平成七年法律第九一号による改正前の刑法三八条二項により（傍点筆者）、同改正前の刑法二〇二条嘱託殺人罪の罪責を負うことになる。」

【判例 7】横浜地判平成 11・10・6（判時 1691 号 158 頁）

「結局、被告人は、承諾殺人罪の限度（傍点筆者）で責任を負うに止まると言うべきである。」

【判例 8】山口地裁下関支判平成 15・11・26（裁判所ウェブサイト）

「被告人の、A から殺害に関し真に承諾はなかったものの、これがあったものと誤認し殺害行為を行った判示所為は、刑法 202 条に該当」する。

【判例 9】札幌地判平成 24・12・14（判タ 1390 号 368 頁）、同第二審・札幌高判平成 25・7・11（高刑速平成 25 年 253 頁）

本事案は以下のようなものであった。V 女は、被告人に「自殺ごっこ」と称し、ホテルの一室において V の頸部をバスローブの帯で締め付けさせた上、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嘱託された。V は、嘱託した行為によって自らが死亡することを認識し、死んでもかまわないと考えていたが、被告人は、その嘱託を傷害の嘱託であると理解し、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 に対し、その頸部を 2 回にわたり、バスローブの帯で合計約 2 分半締め付けた上、浴槽の水中にその顔面を沈める暴行を加え、V を頸部圧迫による窒息または溺水による窒息の複合により死亡させた。

この事案に対し一審裁判所は、「そもそも、傷害致死罪は、その法定刑からみて、嘱託傷害致死類型を想定しておらず、『被害者が自らの殺害行為を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解すべき（傍点筆者）であり、また、嘱託傷害致死類型は、文理上、刑法 202 条後段が定める『人をその嘱託を受け……殺した』場合に該当するから、結局、本件には刑法 202 条後段のみが適用されると解すべきである。」と判示し、被害者による殺害行為の嘱託が存在する場合に、暴行又は傷害の故意で被害者を死亡させたという行為に嘱託殺人罪を成立させた。なお、二審においては、傷害致死罪が認定されている。

【判例 10】函館地判平成 26・4・30（裁判所ウェブサイト）

本件は、被告人が、妻の B が実際には殺害されることを望んでいなかったにもかかわらず、同人からその殺害を依頼されたものと思ひ込み、殺意をもって、その首を両手で絞め、更に

電気コードをその首に巻いて締め付け、よって同人を頸部圧迫により窒息させて殺害したという事案である。なお、被告人は、本件犯行当時、うつ病の影響のため心神耗弱の状態にあったものの、被告人と妻の関係に問題はなく、また、被害者は事件の前日頃に息子と電話で話をしており、その際、自らの死をほのめかすような発言はなく特に変わった様子も認められていない。さらに、本件犯行当時、被害者が対人関係や健康上の問題を抱えていたとも認められず、加えて、これまで自殺を企図したこともない被害者が、突然、死に駆り立てられ、被告人に自分を殺して欲しいと依頼するような事情も何ら認められなかった。なお、本件犯行当時、被告人が職を失っていたことからすれば、被害者は経済的に不安定な状況に置かれていたとも考えられるが、そのことから、被害者が死を望むほど深刻な精神状態に陥っていたとも認められていない。

この事案に対し裁判所は、「証拠上、被害者の囑託があったとの事実を客観的に認めることはできないものの、被告人において、被害者から囑託を受けたものと思い込んで被害者を殺害したものと認められるから、被告人には囑託殺人罪（刑法 202 条後段）が成立する。」と判示した。

### 2.3 小括

上述の判例においては、それぞれ適用条文が異なっていることに注意したい。とりわけ、被告人が被害者の真摯な囑託・同意を誤信していた事案について、被告人に囑託・同意殺人罪を認定する際に、客観的には被告人の行為が 199 条の殺人罪に該当することを裁判所が判決文において摘示するか否かという問題がある。

これに関し、長井教授は、「被告人の本件所為は刑法 199 条に当たるべき場合であるが、」との文言が [判例 6] においてなくなっていることを指摘されている<sup>10)</sup>。これについて、「199 条に該当するが、38 条 2 項により、202 条が適用される」という論理が否定されたのか、あるいは、その文言の前半部分が当然のことであるとして省略されたのか、その真意は明らかではない。この点を検討するにあたり、上述した判例を三類型に分け、その際に適用された法令を併せて考察する。

第一に、「実際の承諾が全く存在しなかった」ものは、[判例 1：法令適用 38 条 2 項・202 条]、[判例 2：法令適用 38 条 2 項・202 条]、[判例 6：法令適用 38 条 2 項・202 条]、[判例 10：法令適用 202 条] である。

第二に、「実際に被害者の承諾が存する可能性があった」もの、及び、「承諾がないことにつき合理的な疑いが存する」ものは、[判例 4：法令適用 202 条]、[判例 5：法令適用 38 条 2 項・202 条]、[判例 7：法令適用 202 条]、[判例 8：法令適用 202 条] である。

第三に、「実際には被害者の承諾があったものの、行為者がそれを認識していなかったもの」は、[判例 9：法令適用 202 条] である。

このように分類すると、裁判所が 38 条 2 項を適用しているものは、おおむね、実際に被害

者の承諾が存在しない事案である<sup>11)</sup>。つまり、「同意・承諾」という202条の客観的構成要件要素が充足されていない場合に、38条2項が適用されていることになると考えられる。

換言すれば、行為者が明らかに客観的に199条を実現していると判断される場合に刑法38条2項を適用しているのである。これに対して、被害者の同意・承諾が存する可能性がある場合には、刑法38条2項によらず、202条を直接適用している。おそらく、「疑わしきは被告人の有利に」の原則により、事実認定上、「同意が存する」と判断し、適用条文を直接刑法202条にしたのだと思われる。

次に、**【判例9】**において、裁判所が、傷害致死罪は「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したことが特筆すべき点である<sup>12)</sup>。つまり、このことから、保護法益が重なる殺人罪に関しても、「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解することが可能と言えると思われる。以上、日本における学説・判例を考察したが、次項では、ドイツにおける同様の議論を参照し、殺人の同意・囑託に関する錯誤をどのように取り扱っているかを検討する。

### 3 ドイツにおける同意・囑託殺人罪

ドイツ刑法16条1項**【行為事情に関する錯誤】**では、「行為遂行時に法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したものではない。過失による遂行を理由とする処罰の可能性はなお残る」と規定されている。これは、「罪となるべき事実を知らずして犯したる者は其の罪を論ぜず」と規定していた日本の旧刑法77条2項とほとんど同じ内容のものである。松宮教授は「法定構成要件に属する事情」を「罪となるべき事実」と読み替えればよいという<sup>13)</sup>。この16条1項に加えて同条2項では、「行為遂行時に、より軽い法律の構成要件を実現する事情を誤認した者は、より軽い法律によってのみ故意による遂行を理由として罰することができる。」と規定されている。日本の旧刑法77条3項が現行刑法38条2項と同趣旨であることは、上述(2.1学説)した。そして、ドイツ刑法16条1項が旧刑法77条2項とほぼ同趣旨であるならば、ドイツ刑法16条2項は、日本の旧刑法77条3項に対応するといえ、それはすなわち、現行刑法38条2項とも対応すると考えられる。したがって、ドイツ刑法16条2項の趣旨・適用事例等を分析することは、日本の刑法38条2項の研究に資することになるとと思われる。以下、ドイツ刑法16条2項および、同法216条**【要求による殺人】**に関する学説・判例を考察する(なお、次章において挙げる刑法条文は全てドイツ刑法のものである)。

#### 3.1 学説

刑法216条**【要求による殺人(Tötung auf Verlangen)】**には、「ある者が、被殺者の明示的かつ真摯な要求から殺害を決意するに至ったときは、六月以上五年以下の自由刑を科する」と規定されている。

日本と異なり、ドイツにおいては法文上、「明示的かつ真摯な」と規定されていることが注目に値する<sup>14)</sup>。「明示的 (ausdrücklich)」とは、誤解のないように述べられなければならないことだとされ、また、「真摯な (ernstlich)」とは、その決断の意義と有効範囲を被害者が意識している場合に有効となるという意味だと解されている<sup>15)</sup>。もちろん、単なる一時的な同意は有効ではない<sup>16)</sup>。たとえば、内心における確固たる意思であるか、あるいは、単に一過性の抑うつ状態から出たにすぎない要求かどうかは、注意深く考察されなければならないとされている<sup>17)</sup>。

この216条が行為者に有利となる減軽構成要件であるのは、212条【故殺罪】・211条【謀殺罪】よりも所為 (Tat) の不法が減少するからであると考えられている<sup>18)</sup>。それゆえ、行為者が、自身の表象においてのみ216条の要件を満たしていたにすぎない場合でも、16条2項に従って、減軽構成要件によって処罰されるべきであるとされている<sup>19)</sup>。つまり、実際には被害者による要求がないにもかかわらず、行為者がこの要求が存在すると誤信して被害者を殺害した場合には16条2項が適用されるのである<sup>20)</sup>。この点では、この16条2項は、「減軽類型の法律」の適用を規定するものと解されている<sup>21)</sup>。もちろん、かかる要求が、強制、錯誤、酩酊状態あるいは若年で未熟であること等に基づいている場合は、「真摯に」なされたものではなくなる<sup>22)</sup>。また、「真摯」であるのは、瑕疵なき意思形成に基づいた要求のみであると解されており<sup>23)</sup>、それゆえ、自己の死を要求する者は、自らのもたらす決断の意義と重大性を理性的 (合理的) に概観し、慎重に検討するために、判断力を有していなければならないことになる<sup>24)</sup>。

このように、16条2項を適用して、殺人の要求を誤信した行為者に216条を成立させる方法については批判もある。それは、16条2項の趣旨を問題にして主張される。

例えば、Roxinは16条2項に関する事例として、BGHSt 24,168を挙げる。これは、行為者が未成年の少女を、本人及びその両親の意思に反して、婚姻外の者と性行為をさせるために誘拐した事案である<sup>25)</sup>。特に重い場合である235条2項【未成年者の奪取】として10年以下の自由刑になる場合もあるが、行為者がその少女が全てに同意していると誤認していた場合には、16条2項により、236条【児童取引】によって5年以下の自由刑で処罰されることになるのである。

ただし、16条2項の文言は、刑を減軽する要素を誤認した場合を補足しているとはいえない。なぜなら、軽い構成要件 (236条) の表象は、同時に充足された基本構成要件 (235条) についての故意を阻却しないからである<sup>26)</sup>。また、16条2項は責任を減少させる要素の領域に適用することはできない<sup>27)</sup>。216条の規定も、責任が軽減される場合として解釈されているからである<sup>28)</sup>。

これに対してKüperは、減軽類型が行為者の責任の小ささを理由とする場合には、その誤想は行為の不法に関する事実の認識を内容とする故意の問題ではないとし、減軽類型は行為者の主観に応じて適用されるべきであると反論する<sup>29)</sup>。もっとも、現在の16条2項は、違法



減少を理由とするか責任減少を理由とするかを区別せずに、減輕事情の誤想に関して同じ効果を認めている。構成要件要素として構成要件の中にあるものは、客観的要素として違法行為類型を客観的に画する意味を有することになり、責任要素としての意味を失うからであるといわれている<sup>30)</sup>。これを支える論拠は、減輕的な構成要件要素は主観的な要素であるから、16条2項は、減輕構成要件が常に主観的にのみ重要であると理解され、その客観的な存在はまったく問題とされないという Maurach の見解である<sup>31)</sup>。

このように、学説上、16条2項の趣旨については争いがあるものの、これらの学説いずれも殺害の要求があると誤信した者について、16条2項を直接適用（あるいは準用ないしは類推適用）して216条を行為者に成立させており、結論に異論はない。それゆえ、これらの議論・条文趣旨を前提としつつ、ドイツにおける判例を参照することとしたい。

### 3.2 判例

要求の存在を誤信した事例について、近年の BGH の判例を概観する。なお、以下で挙げる条文はドイツ刑法のものである。

1981年判決において BGH は、「要求による殺人」の要求とは、瑕疵なき意思形成に基づいたもののみをさすとしている。これは、自己の死を要求する者は、自らの決断の意義と重大性を理性的に概観し、慎重に検討するために、判断力を有していなければならないことを前提としているからである<sup>32)</sup>。そして、2005年判決では、実際の要求は存在したものの、被害者は重度の精神障害によって弁識・意思能力が低減している状態にあり、自身を殺害させるという決断の重大性を合理的に概観していなかったと判示し、要求による殺人を否定している<sup>33)</sup>。このような判例の流れの下で、近年2つの重要な判決が下された。以下、事案を詳述しつつ、検討する。

#### ① BGH, Urteil vom 7. 10. 2010 - 3 StR 168/10 (LG Verden)<sup>34)</sup>

被告人と妻は2009年6月3日の朝に起床し、二人は会話を交わした。妻は被告人に自身の下腹部の悪性腫瘍に苦しんでいること、これ以上耐え難いほどの強い痛みが伴うこと、そして死期が近いと感じていることを打ち明けた。妻はこの時、生きる気力を失い、死を望み、被告人に、自分を射殺して欲しいと願いだした。夫婦は長い議論を始めたが、その議論を辿る中で被告人は、「妻がせがむのだからその願いを叶えてやろう」と思い至り、同人を殺害することに最終的に納得した。もっとも被告人はその時、一緒に死ぬつもりであった。そこで被告人は、飼い犬も殺してから自分も死ぬと妻に約束した。妻は正装と装飾品を身に付け、化粧をし、リビングのソファに横になった。被告人は背後から妻に歩み寄り、同人の頭頂部に拳銃を押し当て頭部に発砲した。妻は数分後に死亡した。その後、被告人は飼い犬を殺し、直後に自己の左胸部にピストルを押し当てて発射した。しかし、被告人は重傷を負いながらも生き延びて自殺未遂となった。

この事案に対し BGH は、「216条によると、要求に基づく殺人が減輕を受けるには、行為

者に所為を決意させる被害者の殺害要求が明示的かつ真摯なものであるという前提が必要である。明示性とは要求の内容が明確であることを求めるものであり、真摯性とは規範的観点のもと、法的に認めるべき被害者の殺害要求の動機と、法規範が減輕という効果を認め得ない動機と区別するものである。真摯性を認める範囲に関しては、詳細な態度決定を行う必要は当審にはない。意思の欠缺なく自由に表明された死の願望を最も広く認める見解でさえも、抑うつ状態の一時的な気分での要求が内心における決意の固さと一途さに支えられているのでなければ、いずれにせよそのような要求では足りないとしている。当審は、殺害要求が真摯なものと認められるために少なくとも充足する必要がある要件が改まるという限りにおいて、かかる見解に従うものである。しかしながら、本件被害者の要求が真摯なものであったか否かを判断するためには、かかる基準のあてはめでは既にして認定に不足が生じている。何故なら、その限りで原審判決は本質的には法律の文言を反復しているだけだからである。所為の数日前の会話の内容も、またとりわけ所為の直前に被告人とその妻との間での長時間にわたる議論の内容も、いずれも報告されていない。同様に、とりわけ既に相当長期間にわたり病気に苦しんでいたものの、それは近い将来の具体的な計画を立てることや、所為の直前まで日常的な仕事に専念していたということを妨げるものではないという、内心における決意の固さと一途さに支えられた死の願望を否定する、上述のような証拠の新たな形跡についても、ほとんど争われていないのである。このように、瑕疵ある意思でないことは確かに殺人要求の真摯性の必要条件ではあるが、十分条件であるわけではない。抑うつ状態の一時的な気分での要求は、それが内心における決意の固さと一途さ、即ち所為の被害者が自らの死の願望について一層深く省みているということに支えられているのでなければ、いずれにせよそのような要求では足りない。」と判示した。

② BGH 2 StR 145/11 - Urteil vom 14. September 2011 (LG Wiesbaden)<sup>35)</sup>

被告人は股関節手術に2度も失敗し、2009年以来、車椅子が必須となる生活を送っていた。また、被告人は失明の危険を伴う網膜の病気に罹患し苦しんでいた。このような背景のもと、被告人は、妻に看病されていたが、常に抑うつ状態であった。夫婦生活は和やかなものであったが、二人には飲酒癖があった。2009年のはじめ、妻は職を失ったが、差し当たりそのことを家族内で黙っていた。そして、アルコール依存により脳に障害を負い、そののちてんかんにも罹患し、さらに、喘息も患った。妻の状態はさらに悪化していき、大抵はソファやベッドに寝たきりになり、体重も20kg減少した。被告人は、出来る限り、最善を尽くし妻を看病した。しかし、被告人の片目はもはや見えなくなっており、もう片方の目についても、30%程度のみ視覚能力しか残っていなかった。加えて聴力にも問題が生じていた。この状況は、被告人にとって手の打ちようがないものであったが、彼はそれを誰にも知らせなかった。2010年1月15日の朝、妻がてんかんの発作を起こしたため、被告人が救急医を呼んだ。救急医は、患者(妻)を入院させようとしたが、妻はこれを拒否した。それゆえ、救急医は主治医に、13時に往診に赴いて欲しい旨を伝えた。救急医の訪問後、疲労困憊した被告人は、ソファで

寝ていた。被告人が目を覚ました時、妻が再びてんかんの発作を起こした。しかし、被告人は、救急医ではこの病況を長期的には改善し得ないと考え、今度は救急医を呼ばなかった。妻はこの時初めて「これ以上生きていたくない」と述べた。被告人は、妻を殺して自分も死のうと決心を固め、キッチンでグリーンワインを飲んで自身を勇気づけた。そして、妻の更なるてんかんの発作ののち、被告人は肉用のハンマーとナイフを取りにいき、妻を気絶させて感覚を麻痺させようと妻の額をそのハンマーで殴打し、妻の首筋を7度もナイフで刺した。それによって妻はただちに死亡した。被告人は所為の後、残っていたグリーンワインを飲み、ベッドのふちに腰掛け、自分の首筋をナイフで刺し動脈を切ろうとしたが、その際彼は意識を失い、生き延びて自殺未遂となった。

この事案に対し BGH は、「要求による殺人の客観的構成要件は問題とはならない。216 条 1 項による減軽は、行為者に所為を決断させるところの被害者の殺人の要求が、明示的かつ真摯なものであることを要件としている。誤りのない意思形成に基づいた要求である場合にのみ、かかる要求は真摯なものといえる。死を要求する者は、その決断の意味および有効範囲を見通し、かつ慎重に吟味するための判断能力を有しているものである。これに対して、被害者において、病気によって、その本来的な洞察・意思能力が減退し、それゆえ、被害者が自分を殺させるという決断の有効範囲を見通していなかった場合には、殺人の要求に対して、行為者にとっての減軽的構成要件という意義を持つ承認は、与えられるべきではない。抑うつ状態の一時的な気分における殺人の要求は、少なくともそれが内心における決意の固さと、目標希求性によって支えられていなければならない、そうでなければ法的に重要ではなくなるのである。この基準に従い、LG は、度重なるてんかんの発作の最中に被告人の妻が最初に述べた死の願いを、正当にも、殺人の真摯な要求としては評価しなかった。その（殺人の）要求の時期や実行方法が不確定のままであったからである。もっとも、行為者は、殺された者が自分の殺人を真摯に要求していたと誤信していたのである。この場合、このことは刑法 16 条 2 項に該当し、それゆえ、刑法 216 条による減軽は結果として、同様に、行為者に有利な適用に至り得るのである。しかしながら、被告人が自分の妻の死の願いを口にするに至った全ての事情を知っていた場合には、この適用は排除される」と判示した。

上述の判例①・②からは、裁判所は、学説と同様、要求による殺人を誤信した場合にも、16 条 2 項を適用できると考えていることが看取される<sup>36)</sup>。この裁判所の判断を根拠づけるため、16 条 2 項は減軽的構成要件の客観面の充足を擬制 (fingieren) するものだと学説において説明がなされている<sup>37)</sup>。そして、これらの判例は、被害者の要求が、抑うつ状態の一時的な気分での要求が内心における決意の固さと一途さに支えられているのでなければ、216 条の「要求」にとって十分でないとしている<sup>38)</sup>。また、「要求」に関して、判例①によって、瑕疵のない意思形成に加えてさらなる条件（決意の固さと一途さ）が必要とされること、判例②によって、殺害の要求を誤信した行為者が被害者の意思形成の過程・背景を全て認識していた場合には 16 条 2 項が適用されないことが明らかとなったのである。

### 3.3 小括

以上、考察してきた通り、学説・判例もともに、抑うつ状態の一時的な気分における殺人の要求は<sup>39)</sup>、少なくともそれが内心における決意の固さと、目標希求性によって支えられていなければならない、そうでなければ法的に重要ではなくなると判断している<sup>40)</sup>。そして、殺された被害者が自分の殺人を真摯に要求していたと行為者が誤信していたならば、16条2項により、216条による減軽は結果として、行為者に有利な適用に至り得るとされているのである<sup>41)</sup>。

また、216条「要求による殺人」罪においては、被害者の要求によって、行為者が殺害へと「動機づけられる」ことが犯罪成立の不可欠の要件とされているのが特徴的である。これは、前述【判例3】大阪高判昭和29・7・30において、「同意殺人罪たるには犯人の殺意が被殺者本人の囑託又は承諾のあることに因り初めて生じたときにかぎる」とされたことと符合する。

また、「要求による殺人」罪においては、被害者の要求が「真摯でかつ明示のもの」であることが「明文上」必要とされているが、我が国では、それは少なくとも「明文で」は要求されていない。ただし、日本でも、同意・囑託殺人罪の成立において被害者の囑託は「真摯」である必要があり、被害者に「判断能力の欠如」や「意思の瑕疵」などが存在し、「不自由な状態」で意思決定が為された場合には、日本刑法202条の構成要件該当性が失われ、通常の殺人罪になるとされている<sup>42)</sup>。これらに鑑みるに、ドイツ刑法216条「要求による殺人」罪を巡る問題点やその理論的前提は日本と同様のものであるといえる。このことを踏まえ、2章で得た知見を併せて、同意・承諾を誤信する錯誤の取り扱いについて総じて検討する。

## 4 検討

行為者が被害者の同意を誤想した場合、202条の同意殺人罪を199条の普通殺人罪の減軽類型と解するならば、行為者の行為は199条の「人を殺した」という基本犯の構成要件に該当し、また、「人を殺した」という限度で199条の「罪を犯す意思(=故意)」(38条1項)もあることになり、減軽類型である202条の要件を充足しない。したがって、「重い罪に該当することとなる事実を知らなかった」場合である38条2項は全く登場せず、行為者は199条で処断されることになる。松宮教授は、ここで202条後段の適用を認めるべきであるなら、一方で、202条後段にいう「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」という文言を同罪の(客観的)構成要件要素から追い出し、他方で、199条の構成要件を、人を「その囑託を受けずかつその承諾も得ずに」殺したという「書かれざる構成要件要素」を含むものと解すべきことになるという<sup>43)</sup>。

しかも、松宮教授は、日本刑法202条の「囑託を受け」という要素は、行為者の主観面に関する要素ではなく、被害者の囑託を客観的構成要件要素と解する限り、「囑託を受け」の文言を「囑託を受けたと思って」と読み変えることは不可能だという。また、仮に読み替えた

としても、行為者が被殺者の同意を誤信した場合、ドイツ刑法 16 条 2 項のような、減軽類型の既遂のみで処罰するという特別な規定を持たない日本刑法では、202 条と同時に 199 条の既遂も成立してしまうと指摘されている<sup>44)</sup>。

ここでは、現行 38 条 2 項にドイツ刑法 16 条 2 項に類する規定を追加し、さらに、各則にも適切な改正をすべきとする立法解決も考えられるが、その前に<sup>45)</sup>、まずは法文・判例の解釈による解決を試論したい。

まず、書かれざる構成要件要素については、ドイツでも、例えば、自殺の可罰性を論じる文脈において、Schmidhäuser が、「殺人罪における『人を殺害した者は』という文言には、『自分自身もしくは他人を殺害した者は』という書かれざる意味が含まれていると解すべきである」と述べており、この見解は有力なものとなっている<sup>46)</sup>。このように、書かれざる構成要件要素の議論と同様の思考方法が、ドイツにおいても用いられていることを前提として指摘しておく。

そして、前述 (2.3 小括) で得られた分析に基づくと、行為者が明らかに客観的に刑法 199 条を実現していると判断される場合に、我が国の裁判所は刑法 38 条 2 項を適用する一方、被害者の同意・承諾が存する可能性がある場合には、刑法 38 条 2 項によらず、刑法 202 条を直接適用している。このことから、199 条について、人を「その嘱託を受けずかつその承諾も得ずに」殺したという「書かれざる構成要件要素」を用い解釈した上で、刑法 202 条の「その嘱託を受け若しくはその承諾を得て」という客観的構成要件要素が充足され得ない可能性が生じた場合に、緩衝材のように刑法 38 条 2 項を適用して、同法 202 条を適用していると思われるのである。

つまり、この限りでは、客観的構成要件要素であった「その嘱託を受け若しくはその承諾を得て」の文言を行為者の主観的構成要素と解しているのである。この点について、松宮教授は、かかる文言を「同罪の (客観的) 構成要件要素から追い出し」と表現しているが、まさにその通りである。そして、裁判所は、同文言を客観的構成要件要素から追い出すだけでなく、主観的構成要件要素として読み替えているようにも思われる。だからこそ、減軽事情を主観的構成要件要素とするドイツ刑法 16 条 2 項の解釈と同様に、刑法 38 条 2 項を適用していると考えられる。この限りでは、刑法 38 条 2 項とドイツ刑法 16 条 2 項のもたらす効果は同一であると思われる。

ただし、ドイツ刑法 16 条 2 項の「減軽類型の既遂のみ成立」という効果を刑法 38 条 2 項によって達成する場合には、ドイツ刑法のように、同意殺人の決意は同意によって決意されたものである必要があると解すべきことに留意すべきである。このことは、下級審ではあるが、[判例 3] 大阪高判昭和 29・7・30 によって、「いわゆる同意殺人罪たるには犯人の殺意が被殺者本人の嘱託又は承諾のあることに因り初めて生じたときにかぎるもの」と示されている。この文言からは、裁判所が、同意殺人の決意を同意によって決意されたものであると解していると読み取れる。これを前提として、202 条の殺人の故意は、嘱託又は承諾のあるこ

とにより初めて生じた殺人の故意であると解し、刑法 199 条の殺人の故意と 202 条の殺人の故意を別の概念と解釈すればよいと思われる。

この解釈によれば、刑法 199 条と 202 条における「人を殺した」という部分の符合も、故意が異なることから、ドイツ刑法 16 条 2 項の効果（＝刑法 38 条 2 項）を日本で用いた場合に、「刑法 202 条と同時に、199 条の既遂（あるいは未遂）が成立してしまう」との批判は当たらなくなると考えられる。同意殺人の故意を、「殺意が被殺者本人の囑託又は承諾のあることによって生じたもの」とするこの解釈も、言うならば、「書かれざる（主観的）構成要件要素」といえよう。

## 5 おわりに

実際には被害者による殺人の囑託・同意がないにもかかわらず、行為者が、殺人の囑託・同意が存在すると誤信し、被害者を殺害するという事案において、行為者には、刑法 199 条の殺人罪が成立するのか、それとも、同法 202 条の同意・囑託殺人罪が成立するのかという問題について、本稿は、函館地判平成 26・4・30、札幌高判平成 25・7・11 など近年の裁判例を素材に、従来の判例実務を考察してきた。行為者が明らかに客観的に刑法 199 条を実現していると判断される場合に、我が国の裁判所は刑法 38 条 2 項を適用していること、これに対して、被害者の同意・承諾が存する可能性がある場合には、刑法 38 条 2 項によらず、刑法 202 条を直接適用していることを指摘した。このことから、裁判所は 199 条について、人を「その囑託を受けずかつその承諾も得ずに」殺したという「書かれざる構成要件要素」を用いて解釈した上で、刑法 202 条の「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」という客観的構成要件要素が充足され得ない可能性が生じた場合には、緩衝材のように刑法 38 条 2 項を適用して、同法 202 条を適用していると推論した。つまり、この限りで、裁判所は客観的構成要件要素である「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」という条文の文言を行為者の主観的構成要件と解していると思われる。このように本稿は、裁判所が減輕事情を主観的構成要件要素とするドイツ刑法 16 条 2 項と同様の解釈に従って、刑法 38 条 2 項を適用していることを導出した。ドイツ刑法 16 条 2 項と同様に「減輕類型の既遂のみ成立」という効果を刑法 38 条 2 項によって達成する場合には、ドイツ刑法のように、同意殺人の決意を、同意によって決意されたものと解することが必要であると解した。そして、本稿は、202 条の殺人の故意を、囑託又は承諾のあることにより初めて生じた殺人の故意であると解し、刑法 199 条の殺人の故意と 202 条の殺人の故意を別の概念と解釈した上で、刑法 38 条 2 項を適用して、行為者に同法 202 条の罪を成立させることができると結論づけるものである。

このように、本稿では、日本・ドイツ両国の判例及び学説並びに条文の分析を駆使し、殺人の承諾に関する錯誤の非立法的解決を試論した。しかしながら、抽象的事実の錯誤に関する他の類型（放火罪、薬物事犯等）の検討は残された課題である。これについては別稿に期したいと思う。

## 注

- 1) 玄守道「判批」法セ増(新判例解説 Watch) 18号(2016年)147頁以下。
- 2) 富勇三郎ほか監修・松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(信山社出版、1990年)2144頁参照。
- 3) 日高義博『刑法における錯誤論の新展開』(成文堂、1991年)36頁。
- 4) 西原春夫『刑法総論』(成文堂、1990年)198頁。
- 5) 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、1984年)276頁。
- 6) 町野朔「法定的符合説について(上)」警察研究54巻4号(1983年)3頁。
- 7) 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣、2007年)222頁。
- 8) 牧野英一『増訂 日本刑法』(有斐閣、1928年)180頁。
- 9) もっとも、被害者の同意・承諾が存在し、行為者がそれを知らずに被害者を殺害するような事案(本稿の対象事案とは逆のケース)については、学説上争いがある。大谷實『刑法講義各論新版[第3版]』(成文堂、2009年)21頁、内田文昭『刑法I総論[改訂版]』(青林書院、1997年)165頁。
- 10) 長井長信「判批」ジュリ臨増1091号(平7重判解)138頁。
- 11) もっとも、判例5については、被害者の承諾が真意ではない疑いが相当に高かった事案であるので、「承諾が存在しない事案」に含まれる可能性があることを前提とする。また、判例10においては、①殺意の有無、②責任能力の有無及び程度、③被害者の真意に基づく殺害依頼の有無が争点とされており、「囑託殺人罪が成立するか」否かが中心となっており、被告人自体の「被害者の真摯な囑託があった」という認識自体は全く争われていない事案であったので、199条と202条の重なり合いが判決文において現れていないものと考えられる。
- 12) 判タ1390号368頁。
- 13) その限りでは、日本刑法の「罪」とドイツ刑法の「法定構成要件」(gesetzlicher Tatbestand)は、よく似た概念であるとされる。松宮孝明「みせかけの構成要件要素と刑法38条2項」立命館法學5・6号下巻(2009年)2298頁以下。これについては、筆者も同主旨の見解である。詳しくは、拙稿「各構成要件における行為事情の錯誤～特別法およびドイツにおける租税違脱罪の判例を手がかりに～」嘉悦大学研究論集58巻1号(2015年)73頁以下。
- 14) 各要件について詳しいものとして、Steinhilber, JA 2010, 430ff.
- 15) BGH NJW 1981, 932.
- 16) RGSt 68, 306.
- 17) StV 2012, 90.
- 18) Schneider, in: MK-StGB, 2003, §216 Rn.1.
- 19) Kindhäuser, NK StGB, 5. Aufl. 2013, §16 Rn.2.
- 20) Küper, Jura 2007, 260ff.
- 21) Mitsch, JuS 1996, 309.
- 22) Kühl, Jura 2010, 81.
- 23) NJW 1981, 932.
- 24) BGHSt 50, 80, Rn.5,37.
- 25) Warda, Jura 1979, 113f.
- 26) Franke, JuS 1980, 174f.
- 27) Cramer in Schönke/Schröder StGB24, §16, Rn.26f.
- 28) 学説上の争いについて詳しいものとして、LK11-Roxin, §30, Rn.43.
- 29) Küper, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, S. 322ff.
- 30) 山口厚・前掲注(7)32頁。
- 31) Maurach/Zipf, Strafrecht AT Tb. 1. 1992 Rn. 23/19f. S. 325f.
- 32) NJW 1981, 932; MDR 1981, 416.
- 33) NSTZ 2005, 505.
- 34) NSTZ 2011, 340.
- 35) NSTZ 2012, 85.
- 36) Fischer, StGB 58 § 216 Rn. 11.
- 37) Rengier, Strafrecht BT II, 2016, §16 Rn.10.
- 38) Schneider in MK StGB, Band 4, 2012, Aufl., § 216 Rn.17.
- 39) 抑うつ状態の一時的な気分における要求について詳述するものとして、Gierhake, GA 2012, 291.
- 40) BGH, Urteil vom 7. Oktober 2010 - 3 StR 168/10 が同趣旨の判示をした先例である。

- 41) Eser in Schönke/Schröder, StGB28, § 216 Rn. 14.
- 42) 我が国でこれを分析する先行研究として、町野朔「被害者の承諾」『判例刑法研究 2 違法性』（有斐閣、1981 年）185 頁以下。
- 43) 中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジョン刑法 2 未遂犯論・罪数論』（成文堂、2002 年）190 頁以下。
- 44) 松宮・前掲注（13）2283 頁以下。
- 45) 松宮・前掲注（13）2303 頁以下。
- 46) Schmidhäuser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für H. Welzel, 1974, S. 801ff.

（平成 28 年 5 月 6 日受付、平成 28 年 6 月 29 日再受付）