

## 被害者の行為を利用した殺人行為

(最高裁昭和五九年三月二十七日第一小法廷決定、昭和五八年(刑)第一四七九号殺人被告事件、刑集三八卷五号二〇六四頁、判例時報一一一六号一三九頁、判例タイムズ五二六号一四二頁。)

奥村正雄

【事実】 被告人Xは、Yとともに、厳冬の深夜、酩酊して歩行中の被害者Aに偶然出会ったことから、数日前喧嘩して殴られたことへの仕返しとしてかわるがわるAの頭に頭突きを加え、顔面を殴打し、足蹴にするなどの暴行を加えた。さらにZも犯行に加わり、人気のない場所で同様の暴行を続けた。そして、Xが丸太でAに殴りかかろうとしたところ、Zは「やめろよ。ここでやったらやばい。もっといい方法がある。海に沈めちゃおう。」といったので、被告人らはAを自動車で都内荒川河口近くの堤防上に連行した。

同所において、被告人ら三名は、Aを川中に転落させ、その結果Aが死亡するもやむをえない旨意思を相通じ、その上衣、ズボンを無理矢理脱がせたうえ、すでに右暴力により抵抗を失っているAを護岸上に立たせて取り囲み、「この野郎」「いつまでふざけているんだ。ぶっちめるぞ」「飛び込める根性あるか」などと脅しながら護岸際まで追いつめ、さらにたる木で殴りかかろうとしたため、ついに逃げ場を失ったAを約三メートル下の川中に転落させ、そのうえ岸に近づけないようにたる木で水面を突いたり叩いたりして、溺死させた。

被害者の行為を利用した殺人行為

右の事実に対し、一審判決は、殺意がなくAは自ら水中に飛び込んだとする被告人側の主張を退け、殺人罪の共同正犯を認めて、Xを懲役八年、YとZを懲役六年にそれぞれ処した。二審判決は、控訴趣意のうち、A殺害の未必の故意がなく、共謀の事実もないとする主張は理由がないとしたが、量刑不当の主張はこれを認め、原判決を破棄して、Xを懲役七年、YとZを懲役五年にそれぞれ処した。これに対し、X側から、事実誤認、法令適用の誤り、量刑不当を理由に上告がなされた。

【決定要旨】 最高裁は、上告趣意はいずれも刑訴法四〇五条の上告理由にあたらぬとして上告を棄却し、なお書きで次のような判断を示した。

「なお、原判決及びその是認する第一審判決の認定によれば、被告人は、外二名と共に、厳冬の深夜、かなり酩酊しかつ被告人らから暴行を受けて衰弱していた被害者を、都内荒川の河口近くの提防上に連行し、同所において同人を川に転落させて死亡させるのもやむを得ない旨意思を相通じ、上衣、ズボンを無理矢理脱がせたうえ、同を取り囲み、『この野郎、いつまでふざけてるんだ。飛び込める根性あるか。』などと脅しながら護岸際まで追いつめ、さらにはたる木で殴りかかる態度を示すなどして、遂には逃げ場を失った同人を護岸上から約三メートル下の川に転落するのやむなきに至らしめ、そのうえ長さ約三、四メートルのたる木で水面を突いたり叩いたりし、もって同人を溺死させたというのであるから、右被告人の所為は殺人罪にあたるとした原判断は相当である。」

【検討】 一 本件において、被害者Aの溺死の直接的原因は、Aが川中に転落したことにある。被告人等は、Aを直接川に突き落としたのではなく、酩酊や被告人等の暴行によって衰弱しているAに対して、脅迫的言動や殴りかかる態度を示してAを転落に追いつめ、さらに転落後、岸に近づけないようにたる木で水面を突いたり叩いたりしたの

である。本決定は、このような被告人等の行為が殺人罪の実行行為にあたるとしたもので、暴行・脅迫等の心理的・物理的圧迫を加えることにより、被害者の行為・状態を利用した殺人罪の成立を認めた初めての最高裁判例である。問題となるのは、殺人の実行行為性をどのように理論づけるかである。本決定は、この点について具体的説明を加えていないが、被害者の行為を利用する類型における殺人罪の成否のポイントを示した点で注目される。重要判例として取り上げられるゆえんである。

二 もっとも、本件の直接の争点は、被告人側がAの溺死はAが自ら水中に飛び込んだことによるものであり、被告人等の殺害によって生じたものではないと主張したため、殺意があったかどうかという点であった。

一、二審判決はいずれも、被告人等にAに対する積極的な殺意は認められないが、酩酊しているうえに暴行により肉体的に衰弱しているAを、真冬の川の中に転落させれば死亡するであろうことは容易に予測できるから、被告人等はAが死亡するであろうことを認識しながら、それもやむをえないと考えて水中に転落させたものと認めることができるとして、殺人の未必の故意を認めた。本決定は、直接判示していないが、原審の判断を前提にしていると解される。未必的故意の存否は事実認定の問題であるが、Aの転落前後の本件事実関係のもとでは、A死亡の蓋然性の認識ないし認容があったものと解することに異論はないであろう。<sup>(1)</sup>

三 次に、本決定が被告人等の行為に殺人の実行行為性を認めた理論的根拠について検討しよう。とくに本件のように、被害者の行為がその死因に直接的に関係してくる場合、被告人等が主張したように、仮に被害者自身が積極的に水中に飛び込んで死を惹起させれば、それは自殺行為となるわけであり、殺人罪と自殺関与罪との境界の問題が生じるのである。従来、被害者の行為、状態を利用して死亡の結果を生じさせるにいたった行為について、両罪の境界を

どのような基準に求めるかが、判例・学説上争われてきた。そこで、従来の判例と学説を概観することにしよう。

判例は、およそ三つの類型に分類できる。第一の類型は、自殺の意味を知らない者の行為を利用するケースである。判例は二件ある。初めに昭和八年の大審院判決<sup>(2)</sup>は、被告人が愚鈍な被害者を欺き、ある薬品を飲用して首をつれば一時仮死状態に陥るが再び蘇生しうると詐言を用いて無害の薬品を与え、全く自殺する意思のない被害者自身をして縊死させた行為につき、被告人は被害者を殺害したものと見えるとして殺人罪の成立を認めた。次に、昭和二七年の最高裁判決<sup>(3)</sup>は、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には何でも服従するのを利用して、これに縊首の方法を教えて縊死させた行為につき、被害者が通常の意味能力もなく、自殺の何たるかを理解しない者であることを理由に殺人罪の成立を認めた。これらのケースでは、いずれも被害者の外形的行為としては典型的な自殺であるが、被害者は意思決定能力を欠いているので、自殺関与罪の成否は問題とならない。被害者はもっぱら被告人の殺人の道具として操られたのであるから、被害者の行為を利用した殺人罪の間接正犯とみなすことができ、学説上も異論はみられない。

第二の類型は、いわゆる偽装心中のケースである。この類型は、被害者が自己の死について認識し、自らの意思で自殺しあるいは被告人によって殺害されることを囑託・承諾しているものの、その意思形成の過程に重大な錯誤のある場合である。ここでは、殺人罪と同意殺人罪との限界が問題となる。判例は三件ある。はじめに、被告人が追死の意思がないのにあるように見せかけて被害者に自殺の決意をさせ、オブラート包入の硝酸ストリキニーネを嚥下させて死亡させたという昭和二七年の仙台高裁判決<sup>(4)</sup>の事例がある。裁判所は、「刑法二百二条後段の犯罪が成立するには其の囑託又は承諾が被殺者の任意にして且つ真意に出でたものであることを要すべく、其の囑託又は承諾と殺害行為と

は主要な点において相一致し自殺者又は被殺者において生を絶つことについて責任能力をもち重大なる瑕疵ある意思に基かないものであることを要すると解すべきである。」とし、本件では追死の意思がないのに被害者を欺罔しその旨誤信させたのであり、「重大な瑕疵ある意思に基き死を決意せしめて死亡するに至らせたもの」であるから、殺人罪が成立するとした。

次に、昭和三三年の最高裁判決<sup>(5)</sup>は、追死の意思のない被告人が、被害者を欺罔して被告人も追死するものと誤信させて心中を決意させ、被害者に青化ソーダを与えて嘔下させて死亡させたという事案について殺人罪の成立を認めた。最高裁は、「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づかない場合は刑法二〇二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」した「原判断は正当である」とした。さらに、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があるとする被告人側の主張を斥け、「本件被害者は被告人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て自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」と判示した。

もう一件は、追死の意思の全くない被告人が被害者を欺罔してその旨誤信させ、被害者が被告人の手によって殺してもらいたい旨申し出たのを幸いに、自己のマフラーで被害者を絞扼して窒息死させ、その所持金を強取したという事案に関する昭和三四年の名古屋高裁判決<sup>(6)</sup>である。裁判所は、この事実関係の下では「その殺害の嘱託は自由な、真

被害者の行為を利用した殺人行為

意な意思にもとづいたものではないのであり、被告人もこのことは充分知りながら機を逸せず殺害の所為に出で、所期の目的を遂げたものである」と判示して、強盗殺人罪の成立を認めたと。

以上の判例は、被害者の死の決意が、被告人が追死すると誤信した点において、「重大な瑕疵ある意思」に基づいたか、「真意に基づかない」場合には、死の嘱託ないし承諾は刑法二〇二条にいう嘱託ないし承諾として無効であるので殺人罪が成立するという論理をとっている。殺人罪の成否は、被害者の意思にポイントがおかれている。

学説は、周知のように、偽装心中の取り扱いに関して見解が分かれている。とくに前記最高裁判決の事案が、同死の申し出と毒物の服用を被害者自身が行ったというものであるだけに、欺罔があってもはたして真意性に欠けるのが問題とされた。判例の結論を支持する説は、行為者の追死することが自殺の決意にとって本質的である場合には、被害者の追死に対する誤信は自殺に対する自由な意思決定を奪うから自殺教唆の範囲を逸脱し、被害者を道具とする殺人罪の間接正犯が成立すると説く。<sup>(7)</sup>これに対し反対説は、「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な理論構成が可能なのであろうか」とする疑問<sup>(8)</sup>や、「だますのは卑劣だ」「自分を信じている者を裏切るのはひどい」というモラルの感覚を取り込むものだとする批判<sup>(9)</sup>を加えている。そして、偽装心中の場合には被害者は死ぬことを認識し意欲していたのであり、死ぬ動機に錯誤があったにすぎないから刑法二〇二条を適用すべきであると主張する。<sup>(10)</sup>このように、従来の学説は、偽装心中の類型における自殺関与罪と殺人罪との限界をもっぱら被害者本人の意思の面に求めることを前提として対立してきた。

一方、最近、被害者の意思によってのみ両罪を限界づけることを疑問視し、学説の対立を解消しようとする見解<sup>(11)</sup>が唱えられている。それによると、「問題の核心は、追死すると欺罔して死なせた場合、本人に意思決定の自由がない

といえるか、行為者の側からは自らの意思にもとづいて相手方を死なせたといえるかにある」とし、「欺罔行為の内容・程度、自殺させる際の器具の準備等、行為者の関与の程度を総合して、当該行為をとれば経験則上一般に行為者の意思にもとづいて本人を死なせることが可能」であるかどうかが基準となるべきだとする。<sup>(12)</sup> この見解によれば、「最高裁が『重大な瑕疵ある意思』とするときの『重大な』の意味は、単に被殺者が完全に意思決定の自由を奪われたときだけ殺人罪が成立するとする考え方を否定したことにあ」るにすぎず、殺人罪が成立するためには、さらに行為者の関与の程度による限定が必要である。<sup>(13)</sup> それゆえ、右の基準を満たす関与行為が行われれば、偽装心中の事例でも、殺人罪の成立する余地が認められることになる。この見解が指摘するように、<sup>(14)</sup> 偽装心中の類型は、その性質上、被害者の意思の面のみでは事態の把握が困難であり、被告人の意思や言動との相関関係において被害者の意思と行為をとらえる必要がある。被害者の自由な意思決定があったか否かは重要な判断資料となろうが、<sup>(15)</sup> それを考慮したうえで、関与者が「死を選ぶ異常な精神心理状態を作出し、これを醒めた立場で利用して、人を殺すという所期の目的を達成したと認められる」<sup>(16)</sup> 場合には、被害者が「死ぬ」ことを認識していたとしても、殺人罪の成立を肯定してよいと考えられる。この論理は、偽装心中の類型にみられる関与形態の性質に焦点を合わせて導かれたものであり、被害者をだましたとか裏切ったというモラルの感覚を取り込むものではない。

最後に第三の類型は、脅迫により被害者が自殺を決意するに至ったケースである。判例は二件ある。一つは、昭和二九年の広島高裁判決<sup>(17)</sup>である。事案は、被告人が被害者である妻に対し毎日のように詰問し、同女の外出逃避を監視しつつ、時には「死ぬ方法を教えてやる」と言いながら失神する程に首を締め、足蹴にするなど常軌を逸した虐待、暴行を加えたため、同女が心身ともに疲労して、被告人の圧迫をこれ以上受けるより死を選んだ方がよいと決意して

縊死したというものである。裁判所は、「自殺とは自己の自由な意思決定に基いて自己の死を惹起することであり、自殺の教唆は自殺者をして自殺の決意を生ぜしめる一切の行為であって、その方法を問わないと解する、従って犯人が威迫によって他人を自殺するに至らしめた場合、自殺の決意が自殺者の自由意思によるときは自殺教唆罪を構成し進んで自殺者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、もはや自殺関与罪ではなく殺人罪を以て論ずべきである」としたうえで、本件では被告人の暴行・脅迫が被害者の「決意をなすにつき意思の自由を失わしめる程度のものであったと認むべき確証がないので、結局被告人の本件所為は自殺教唆に該当すると解すべきである」と判示した。他の一件は、昭和四六年の浦和地裁熊谷支部判決<sup>(18)</sup>である。事案は、手拳で顔面を二、三回殴打され、ガラス製の灰皿を後頭部に投げつけられる等の暴行を受けて畏怖している内妻に、川に入るように命じて溺死させたとして殺人罪に問われたものである。同罪成立の根拠は、被告人が増水等による溺死の危険を予め認識していたとして殺人の未必の故意があるとする点に求められた。裁判所は、「自動車で利根川左岸到着後、被告人がHに対し川に入らせるため暴行を加え、あるいは脅迫した事実やその他Hを川に入らせるために積極的に行動した事実を認められない。つまり、Hが川に入った際の被告人の言動には被告人がHに対し未必的にでも殺意をいだいていたことを推測させるようなものは存しない」として殺意を否定し、「入水時の状況からみて、当時Hが死を予見しながらも川に入らざるを得ないような絶対的強制下にあった、つまり行動の自由を失った状態にあったとは考えられない」と判示して、無罪を言い渡した。

これらの判例では、暴行・脅迫の程度が被害者の意思決定の自由ないし行動の自由を失わしめる強制状態のものかどうかという基準によって、自殺関与罪と殺人罪との限界が判断されている。とくに広島高裁判決は、強制の程度が



完全に意思決定の自由を失わしめないかぎり殺人罪は成立しないとする趣旨に理解できる。<sup>(19)</sup> このような基準には些か疑問を感じるが、ともあれ、従来、第三類型の事案について殺人罪の成立を認めた判例はなかった。

一方、学説も、一般に第三類型における自殺関与罪と殺人罪との限界を、被害者の意思決定の自由の制圧いかに求め、暴行・脅迫が完全に意思決定の自由を奪う程度にいたれば、もはや被告人が被害者を道具としてその抗拒不能の状態を利用して死に至らせるのであり、絶対的強制に基づく自殺として、殺人罪の間接正犯が成立するとする。しかし、被害者の意思決定の面に重点をおきすぎると、暴行・脅迫の程度がどれ程強くても、「これ以上圧迫を受けるくらいなら死んだ方がましだ」と思った以上、被害者が自殺する意思で自殺したのであるから意思決定の自由が完全に奪われたことにはならず、殺人罪は成立しないことになる。この結論を避けるためには、第三類型についても、偽装心中の類型と同様に、被害者の意思と行為者の関与の程度の総合的判断が必要のように思われる。すなわち、被害者の自由な意思決定があったかどうかだけではなく、暴行・「脅迫の内容・程度、自殺手段の準備、相手方の心理状態を総合して判断し、経験則上、行為者の意思にもとづいて一般的に本人を死に追い込むことができる」と評価しうる行為が存在したかどうか<sup>(20)</sup>が、殺人罪の成否のポイントになるべきであろう<sup>(21)</sup>。したがって、被害者の意思決定の自由が完全に奪われたとはいえない状況においても、殺人罪の成立が認められる余地があるであろう。

四 それでは、以上の考察をもとにして本決定について検討しよう。

本件事案では、被害者Aは被告人等に直接突き落されたのではなく、自ら川中に転落した。もっとも、Aが追いつめられて積極的に飛び込んだのか、それとも恐怖心から後ずさりして過って転落したのかは明らかでない。いずれにせよ、本決定は、被告人等が暴行・脅迫によりA自身が川に転落せざるをえない状況を作り出し、これを利用するこ

とによってAの溺死を惹起したと判断したのである。このように、本決定は、第三類型にあたる事案について初めて殺人罪の成立を認めた。

では、本件行為の殺人の実行行為性を理論的にどのように説明すべきであるか。この点について、本決定の評釈は<sup>(22)</sup>一般に、いわば心理的・物理的圧迫を加え、被害者の行為を利用して川に転落させ死亡の結果を生じさせた間接正犯形態の殺人行為であると理解している<sup>(23)</sup>。問題となるのは、いわば道具としての地位にあるAの転落について、Aの行為・状態が被告人等からの程度の支配を受けたと理解するかである。この点については、被害者が絶対的強制下にあったとする見解<sup>(24)</sup>が多いが、半ば精神的・肉体的瑕疵ある状態にあったとする見解<sup>(25)</sup>もあり、評価が分かれている。絶対的強制説の根拠は、被害者がかなり斟酌していたこと、激しい暴行を受けて衰弱し逃げ場を失っていたこと、暴行・脅迫により心理的にかなり動揺し怯えていたこと、強制者が現場にいたことなどの事実により、被害者は絶対的強制下におかれ、転落以外の行為の可能性がなかったという点に求められている。この説によれば、本決定は暴行・脅迫が被害者の意思決定の自由を完全に失わしめる程度にいたったことを殺人罪の成立を認める根拠としているという理解になる。

これに対し、瑕疵説は、被告人等は「強制して被害者自ら川に飛び込ませたというものでもなく、身体の保持もままならない被害者に脅迫的言動と動作によって心理的、物理的圧迫を加え、完全に意思、身体の自由を奪ったものでなく、いわば半ば精神的、肉体的に瑕疵ある状態を利用して、被害者を川に転落させて死亡の結果を生ぜしめたものといえる<sup>(26)</sup>」という評価を行う。この説は、本決定が暴行・脅迫による瑕疵が強制の程度にいたらない場合でも殺人罪の成立を認める余地があるとする趣旨であると理解しているように思われる。ところが、この見解に対しては、絶対

的強制説の立場から、「被害者が完全に意志ならびに行動の自由を失うに至らなくとも道具たりうることを肯定する」ものであり、「いわゆる道具概念をゆるやかに解することになり、間接正犯の成立範囲を拡張することになる」とする批判が加えられている。<sup>(27)</sup>しかし、すでに検討したように、被害者の意思決定の自由が完全に奪われたときだけに殺人罪の成立を限定する必要はないわけである。問題は、前述したように、被害者の意思や行為と被告人の言動との相関関係のなかで、被告人の意のままに被害者の意思を支配し死に追い込んだと評価できる行為が存在したかどうかなのである。本件では、被告人等が未必的な殺意にもとづいて、暴行・脅迫等により進退兩難の状態に追い込まれたAの状態を利用して、川中に転落させ死亡させたと評価できる行為が存在したかどうか問題となる。この点が積極的に答えられるならば、Aが追いつめられ、さらなる暴行を逃れるために自らの意思で川中に飛び込んだという場合でも、すなわち意思決定の自由が完全に奪われていないといえる場合でも、殺人罪の成立を認めてよいのである。このような解釈が、別段間接正犯の成立範囲の不当な拡大につながるわけではない。反対に、絶対的強制説が、被害者が意思決定の自由を完全に奪われた場合にのみ殺人罪の成立を限定すべきであると説くのであれば、被害者が自らの意思で飛び込んだといえるかぎり、被告人に殺意があつて威迫が相当程度強いと認められる場合であっても、殺人罪は成立しないという結論にならざるをえないであろう。

ところで、本決定が殺人の実行行為性を認定するための判断資料としたのは、犯人の数(三名)、犯行の時期(厳寒の深夜)、Aの状態(酩酊、暴行による衰弱)、被告人等の意思(未必的殺意)、暴行・脅迫の内容(上衣、ズボンが無理矢理脱がせた、「飛び込める根性あるか」などと脅迫した、たる木で殴りかかる態度を示した)、Aを追いつめた状況(Aが逃げ場を失った)、犯行場所の状況(提防の護岸上から約三メートル下の川)、A転落後の被告人等の

行動（たる木で水面を突いたり叩いたりした）などの事情である。本決定は、これらの事情を総合的に判断して結論を導いたのであり、Aの意思の面に大きなウエイトをおいているわけではない。いしかえれば、本決定はAが絶対的強制下におかれていない場合でも殺人罪の成立を認めてよい趣旨であると理解できるのである。それゆえ、瑕疵説のとらえ方に合理性があるように思われる。

なお、本件行為の殺人の実行行為性判断について附言すると、本決定の評釈はAの転落行為に着目して被告人等の行為の刑法的意味を論じている。しかし、本決定は、Aの転落前の被告人等の行動だけでなく、転落後に被告人等が水面をたる木で突いたり叩いたりしてAが岸に近づけないようにした行為も、合わせ考慮して殺人罪にあたりと判断したのである。したがって、本件は単なる間接正犯の事例ではなく、むしろA転落前後の被告人等の各行為を一個の殺人の実行行為ととらえ、直接正犯の事例とみることも可能ではないかと思われる<sup>(29)</sup>。

いずれにせよ、本決定はいわゆる事例判決であり、明確な理論展開こそないが、A転落前後の被告人等の意思や行動、被害者の状態、犯行状況等を総合的に判断して、被告人等の行為は殺人の実行行為にあたりとし、被害者の意思の面にのみ着目した三三年の最高裁判決の基準をより限定したものと考えられる。本件の場合もそうであるが、被害者が直接関与する場合には、被告人側から被害者の意思の任意性が強調され、被告人の行為の正犯性の確定が困難なことが多いと予想される<sup>(31)</sup>。したがって、本決定は、被害者の行為が直接関与するケースで、殺人罪と自殺関与罪の限界が問題となる場合の重要な先例となるであろう<sup>(32)</sup>。

(1) 川端博「殺人罪にあたりとされた事例」判例評論三一〇号（昭五九）六〇―六一頁、日高義博「強制による転落死と殺人の実行行為性」昭和五九年度重要判例解説ジュリスト八三八号（昭六〇）一七七頁も、未必的殺意の認定を妥当とする。

- (2) 大判昭和八年四月一九日刑集一二卷六号四七一頁。
- (3) 最一小決昭和二七年二月二日刑集六卷二七五頁。
- (4) 仙台高判昭和二七年九月一五日高刑集五卷一一号一八二〇頁。
- (5) 最二小決昭和三三年一月二日刑集一二卷一五号三五一九頁。
- (6) 名古屋高判昭和三四年三月二四日下刑集一卷三号五二九頁。
- (7) 谷口正孝「殺人罪の限界」ジュリスト一七一号(昭三四)二二頁以下、団藤重光・刑法綱要各論(昭五一)三二五頁、大塚仁・刑法概説(各論)(昭五一)二二頁、藤木英雄・刑法講義各論(昭五一)一九三頁、但木敬一「囑託・承諾殺人の成否」Law School 四〇号(昭五七)八八頁等。
- (8) 中野次雄「殺人罪と自殺関与罪との限界」法律のひろば一二卷二号(昭三四)一六頁。
- (9) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭五〇)二五六頁。
- (10) 中野・同掲、西原春夫・犯罪各論(昭四九)一二頁、平野・同掲、同・刑法概説(昭五二)一五八頁、平川宗信「承諾殺人罪」西原∥藤木∥森下編・刑法学4(昭五二)八頁、植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論(昭五四)二四九頁、町野朔「被害者の承諾」西原∥宮沢∥阿部∥板倉∥大谷∥芝原編・判例刑法研究2 違法性(昭五六)一九一頁、吉川経夫・刑法各論(昭五七)一九頁、中山研一・刑法各論(昭五九)三六頁等。
- (11) 大谷實・刑法講義各論(昭五八)二四頁注(三)、同・刑法各論の重要問題(昭六二)四七頁以下。原田明夫「殺人行為と被害者の関与」研修四五四号(昭六一)五三頁以下も同旨。なお、井上正治「囑託殺人」平野∥福田∥大塚編・判例演習「刑法各論」(昭四六)一三三頁も、「被害者に自殺の意思があっても、被告人の行為を全体的に考察すると、被害者の自殺の意思を利用した殺人」が認められる場合があるとする。また、所一彦「偽装心中と殺人罪」刑法判例百選Ⅱ各論(昭五三)八九頁も、「自殺の意思決定の自由性自体が決定的に重要なのではなく、被告人の行為が、人の意思決定の自由を奪ってこれを自殺させるに足るだけのものではなかったかどうか問題なのである」とする。
- (12) 大谷・刑法講義各論二四頁注(三)。
- (13) 大谷・刑法各論の重要問題五〇頁。
- (14) 原田・前掲論文五四頁。

被害者の行為を利用した殺人行為

(15) 最高裁三三年判決のように、「重大な瑕疵ある意思」という被害者の意思をポイントとすると、殺人罪の成立が容易に認められてしまうおそれがある。

(16) 原田・同掲。

(17) 広島高判昭和二九年六月三〇日高刑集七巻六号九四四頁。

(18) 浦和地裁熊谷支部判昭和四六年一月二六日刑裁月報三巻一号三九頁。

(19) これに対し、浦和地裁熊谷支部判決では、被害者の意思決定の自由よりむしろ、殺意の否定の事情となった「川に入らせるために積極的に行動した事実は認められない」ことなどの被告人の言動や、被害者の入水時の状況から、行動の自由を失わしめたかどうかにポイントがおかれている。なお、大越義久「強制された者を利用した間接正犯」判例タイムズ五八五号(昭六一)三一―三二頁は、広島高裁判決の事案について、「強制者が現場にいなかったので、被害者に他行為の可能性があったといえる事案であり」、裁判所は暴行・脅迫の強さだけでなく、強制者が現場にいたか否か等を考慮していると指摘する。

(20) 大谷・刑法各論の重要問題四九―五〇頁。

(21) 広島高裁判決は、犯罪の成否のポイントを被害者の意思に重点をおきすぎているように思われる。

(22) 判例時報一一一六号一三九頁、判例タイムズ五二六号一四三頁の本件解説、松浦繁「殺人罪にあたる」とされた事例」ジュリスト八一八号(昭五九)八三頁、川端・前掲論文六四頁、日高・前掲論文一七八頁、神山敏雄「被害者を利用した間接正犯」法学セミナー三七五号(昭六一)六三頁、原田・前掲論文五七頁、大越・前掲論文三一頁。なお、谷川恒太「川辺に追いつめ転落させた者の罪」捜査研究三五巻四号(昭六一)五一頁。

(23) 一方、本件行為が不作為と比較的似た要素をもっていると指摘する見解もある。谷川・前掲論文五一頁。なお、松浦・前掲論文八三頁、前掲判例時報、判例タイムズの各解説参照。関連判例として、前橋地判昭和四六年九月一七日判例時報六四六号一〇五頁があげられている。これは、被害者を騙して所持金を奪おうという目的で自動車で山中に連れ込んだ被告人が、川に転落して溺死するかもしれないことを認識しながら、酷暑の深夜、老齢で下半身不随、歩行不能の被害者を山中に放置した行為が殺人行為としての定型性を具備しているとされた事例である。この判例では、被告人が生命に切迫した危険のある場所まで連行したという先行行為によって、被害者をその場所に放置するという不作為が、その場所に放置しないこ

とが可能であった以上は、作為によって人を殺す行為と構成要件的に同価値と評価しうると判断されている。たしかに本件の場合でも、被告人等は被害者を生命の切迫した危険のある場所に連行し、未必的な殺意をもって、川中に転落した被害者を救出しなかったのであるから、不作為犯との類似性があるといえるし、被告人等には、被害者を救出する作為義務があったともいえよう。ただし本件では、落下した被害者の状態を漫然放置したというのならばともかく、落下後も岸に近づけないようにたる木で水面を叩くなどの積極的な作為がみられるので、本件を純然たる不作為犯の事例として解決するのは困難であろう。

(24) 川端・前掲論文六四頁、日高・前掲論文一七八頁、神山・前掲論文六三頁、原田・前掲論文五七頁。

(25) 松浦・前掲論文八三頁。

(26) 松浦・同掲。

(27) 日高・前掲論文一七八頁。

(28) 川端・前掲論文六三頁、日高・前掲論文一七八頁は、絶対的強制下の場合にのみ殺人罪の成立を限定しようという考え方をとる。

(29) 前掲の松浦論文、判例時報、判例タイムズの各解説は、本件行為を「一種の間接正犯の形態の殺人行為」と表現している。

(30) 谷川・前掲論文五〇―五二頁も同趣旨か。

(31) 原田・前掲論文四七頁、谷川・前掲論文五一頁。

(32) 本決定の出た直後に、被害者の行為を利用した傷害罪の事例が出ている。鹿児島地判昭和五九年五月三十一日刑事裁判月報一六卷五二六号四三七頁。事案は、暴力団の組員である被告人等四名が被害者に対し、二時間以上にわたってリンチを加え、「今日だけは命を助けてやる。そのかわり指を詰めろ、歯でかんで詰めろ」、「指を詰めんかったら、殺すぞ」などと申し向けて、同人に右手第五指をかみ切らせたというものである。裁判所は、被害者が被告人の命令に従って自己の指を歯でかみ切ったのは、指一本かみ切れれば、それと引き替えに命が助かるという絶対的命題のもとに、自己の自由意思の存立を失い、その限りで自己を被告人の道具と化したからにはほかならず、反面、被告人の側からしてみれば、自己の脅迫等により生か死かの選択を迫られ抗拒不能の状態に陥っている被害者を利用してその指をかみ切らせたことと認めるのが相当であるとして、傷害罪の成立を認めた。被害者は、指をかみ切らないと殺されると思ってかみ切った。裁判所は、このような瑕疵ある被害者

被害者の行為を利用した殺人行為

被害者の行為を利用した殺人行為

同志社法学 三八巻四・五号 一九〇（六二六）

の状態を利用した被告人等の行為を総合的に判断して、傷害の実行行為にあたりと判断した。なお、判例時報一一三九号一五七頁参照。評釈として、馬場俊行「被害者を利用した間接正犯の成立を認めた一事例」警察学論集三七巻九号（昭五九）一四頁以下。

〔本決定の評釈として、松浦繁「殺人罪にあたりとされた事例」ジュリスト八一八号（昭五九）八三頁、川端博「殺人罪にあたりとされた事例」判例評論三一〇号（昭五九）六〇頁、日高義博「強制による転落死と殺人の実行行為性」昭和五九年重要判例解説ジュリスト八三八号（昭六〇）一七七頁、神山敏雄「被害者を利用した間接正犯」法学セミナー三七五号（昭六一）六二頁、谷川恒太「川辺に追いつめ転落死させた者の罪」捜査研究三五巻四号（昭六一）四五頁、原田明夫「殺人行為と被害者の関与」研修四五四号（昭六一）四七頁、大越義久「強制された者を利用した間接正犯」判例タイムズ五八五号（昭六一）三〇頁。〕

〔付記〕 なお、校正段階で得た松浦繁「殺人罪にあたりとされた事例」法曹時報三九巻一〇号（昭六二）一八九頁以下では、絶対的強制があったとする理解が示されている。

本稿脱稿後に、被害者を欺罔・威迫して自殺の決意をさせ、自ら毒を飲ませて自殺させた行為が、（強盗）殺人罪にあたりとした下級審判例が出ている。鹿児島地判昭和六二年二月一〇日（判例集未登載）山本輝之「自殺関与罪と殺人罪の間接正犯との限界」法学教室八一号（昭六二）一〇五頁以下参照。