

殺人罪の実行行為性

最高裁昭和五九年三月二七日第一小法廷決定（昭和五八年
（あ）第一四七九号殺人被告事件）刑集三八巻五号二〇六四頁

横 瀬 浩 司

〈事実の概要〉

被告人SおよびHは、昭和五五年二月二六日午後一時三〇分ごろ、飲み歩いている途中、江戸川区中葛西三丁目七番四号の洋品店前付近の路上において（第一現場）、酩酊して歩行中のFに出会った。数日前同所付近で同人を含む数名の者と喧嘩し、同人らから一方的に殴打されたことがあったので、その仕返しとして、こもごも同人の頭に頭突きを加え、顔面を殴打し、その場に転倒した同人を足蹴にするなど暴行を加え、人気がない場所ですらに暴行を続けようとして被告人Sの運転する軽自動車にFを押し込み、発進したが、同人の言動から暴力団関係

者ではないかとの危惧を抱き、暴力団関係者について詳しい被告人Mにその関係の有無を確認させようとM方に立ち寄り、同被告人を呼び出してFが顔見知りの者でないことを確認したうえ、同被告人を同乗させて同区南葛西五丁目一番六価クロム再処理工場建設現場脇付近の路上に至り（第二現場）、同所において、Fを車内から引き出し、被告人Hおよび同Sにおいて、こもごも頭突き、手拳による殴打、足蹴などの執拗な暴行を繰り返した。さらに、被告人Sにおいて、付近にあった長さ約一メートルの丸太を拾い、その場に倒れていたFに殴りかかろうとしたところ、被告人Mにおいて「やめろよ。ここでやったらやばいよ。もっといい方法がある。海に沈めちゃおう」などという

ながら、これを制止したので、被告人Sもこれに従い、被告人三名は倒れているFを前記自動車に乗せ、被告人Mの案内で被告人Sが運転し、同月二十七日午前一時すぎごろ、同区南葛西三丁目地先新左近川水門脇の荒川堤防工事現場（第三現場）にFを連行した。被告人三名は前記暴行により抵抗する力を失っている同人を自動車から連れ出して水門脇の荒川堤防高水敷（盛土して台地状になっている部分）の上に引き上げたが、同人を水中に転落させ、そのため同人が死亡するのやむを得ないと決意し、その旨意思を相通じて、同人を取り囲み、主として被告人Sにおいて、「この野郎」「いつまでもふざけるんだ。ぶちめるぞ」「飛び込める根性あるか」などと脅しながらFを新左近川の護岸の際まで追いつめ、さらに、同被告人において付近にあった長さ約一メートルのたる木を手にしてFに殴りかかろうとしたため、ついに逃げ場を失った同人を新左近川の水中に転落せしめ、よって、その頃新左近川と荒川の合流点付近の水中において、同人を溺死するに至らせて殺害した。

第一審（東京地方裁判所）は、右のように事実認定をした上で、殺人罪の共同正犯を認め、Sを懲役八年、Hを懲役六年、Mを懲役六年にそれぞれ処した。被告人側は、被害者Fに対する殺意を否認し、被害者Fが自ら水中に飛び込んだ旨を主張したが、第一審裁判所は、被告人らは、「Fを水中に転落させる意図をもって第三現場に向かい」、そして、「酩酊しているうえに、第一現場及び第二現場における暴行により肉体的に衰弱

している同人を真冬の川の中に転落させるならば、死亡するに至るであろうことは容易に予測できることであるから、被告人らは、同人が死亡するであろうことを認識しながら、それやむを得ないと考えて同人を水中に転落させたものと認めることができ、殺意を認めるに十分である」として、殺人の未必の故意の存在を認めた。

第二審（東京高等裁判所）は、控訴趣意の被害者Fへの殺人の未必の故意の不存在、共謀事実の不存在の主張に対して、「被告人Sらの暴行を制止した被告人MにあつてもFを水中に転落させれば死亡するかもしれないが、それやむを得ない旨意思を通じ合つて右所為に及んだと認めるのが相当である」として、その主張は理由がないとしたが、量刑不当の主張に対しては、原判決当時においては相当であった量刑は、その後、事情の変化があるので、現段階では重きに過ぎ不当であるとして、原判決を破棄し、Sを懲役七年、Hを懲役五年、Mを懲役五年にそれぞれ処した。

これに対して、さらに、被告人S側から、Sに殺意があるとしたのは事実誤認であり、傷害致死罪を適用すべき本件事案に殺人罪を適用するのは法令適用の誤りがあり、また、Sに対する量刑は他の共犯者の量刑と比較して著しく均衡を失っているとの上告がなされた。

〈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な^いとしてこれを棄却し、次のように判示した。

「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、厳寒の深夜、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堤防上に連行し、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、同人を取り囲み、『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、遂には逃げ場を失つ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、もつ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。」

〈研究〉

一 問題の所在

本件において實際上、問題となつたのは、第一に、被告人らに被害者Fの殺害の未必の故意が認められるか否かであり、第二に、被告人らの所為が殺人罪の実行行為にあたるか否かである。

第一の問題点である未必の故意の存否に関して、本件の第一審・第二審において認定された事実によれば、被告人S・HおよびMは、一二月の厳寒の深夜に被害者Fの上衣、ズボンを無理矢理脱がせたうえ、Fを川に転落させ、さらに、Sが長さ三、四メートルのたる木で、Fの転落した川の水面を突いたり叩いたりしたというものである。この場合、被告人らは、酩酊し暴行により衰弱しているFを真冬の川に転落させるならば、同人が死亡するであろうことを認識しながら、それも止むを得ないと認容し、同人を水中に転落させたものと考えるのが相当である。本件の未必の故意の認定については、いわゆる認容説および蓋然性説のどちらの立場からも肯定される場合で、法理論上は問題はないであろう。

問題となるのは、第二の被告人らの所為が殺人罪の実行行為にあたるか否かである。つまり、被告人らは、酩酊と暴行により衰弱しているFに脅迫的な言動やたる木で殴りかかろうとする威勢を示すことにより、Fを川に転落せしめ、流されるFを川に沿って移動し水面を突いたり叩いたりしている。このような所為について、本件は殺人罪が成立すると判断を示したのである。ここで、被害者の行為を利用することにより死を惹起させた場合、いわゆる間接正犯の理論により被告人らの行為の実行行為性を説明することが可能であろう。そこで、間接正犯の成立範囲を明確にするため、殺人罪の成否が問題となつた諸判例の分析を通じて本決定の意義を明らかにする。

二 殺人罪の実行行為性

一 被害者の行為を利用することにより、被害者の死を惹起させる場合で、殺人罪の成否が問題とされた判例の事案を分類すると三つの形態に分けられる。第一に、自殺の意味を理解できない愚鈍な者や意思能力を欠く者を言動によりあやつり外見上自殺にみえる行為をとらしめた場合、第二に、偽装心中を図った場合、そして、第三に、暴行・脅迫等により被害者が自殺を決意するに至った場合である。

二 第一の自殺の意味を理解できない愚鈍な者や意思能力を欠く者を言動によりあやつり外見上自殺にみえる行為をとらしめた場合は、間接正犯による殺人の典型的な場合といつてよいであろう。例えば、保険金を騙取する目的で愚鈍な被害者に詐言を用いて、仮死状態に陥る薬品であると欺いてそれを服用させそのまま頸部を縊っても仮死状態に陥るに止まり、さらに他の薬剤を使用して再び蘇生しうるものと誤信させ、自殺する意思の全くない被害者をして自らその頸部を縊って死亡するに至らしめたという事案に対して、大審院昭和八年四月一九日判決（刑集二二卷四七二頁）は、「（被害者）甲ハ被告人ノ詐言ノ為錯誤ニ陥リ全然自殺スルノ意思ナク自ラ其ノ頸部ヲ縊リテ一時仮死状態ニ陥ルモ再ヒ蘇生シ得ヘキモノト信シ原判示ノ如キ方法ニ依リ遂ニ死亡スルニ至リタルモノナルヲ以テ被告人ハ甲ヲ殺害シタルモノト謂フヘク從テ該所為ハ刑法第百九十九条ニ右保険金ヲ騙取セントシテ遂ケサリシ所為ハ刑法第二百四十六

条第一項第二百五十条ニ夫々該当スル犯罪ヲ構成スル」と刑示した。また、被害者が通常の意思能力もなく、自殺の何たるかを理解せず、しかも被告人の命ずることは何でも服従するのを利用して、その被害者に縊首の方法を教えて縊首せしめ死亡するに至らしめたという事案に対して、最高裁昭和二十七年二月二一日決定（刑集六卷二二五頁）は、「第一審判決は、本件被害者が通常の意思能力もなく、自殺の何たるかを理解しない者であると認定したのであるから、判示事実に対し刑法二〇二条を以て間接正犯の形で適用したのは正当である」と判示した。これらの判例は、自殺の意味を理解できない者の外観上の自殺行為をまさに道具として利用し、殺人行為を実現する間接正犯の形態の場合であり問題はないものと思われる。³⁾

三 第二の偽装心中を図った場合に関しては問題があり、判例評価について争いがあるところである。例えば、被告人は同死を装い毒薬を嚥下させて被害者を殺害しようとして、自ら死ぬ意思がないにもかかわらず、被害者に対して、私も死ぬからお前もこれを飲んで死んでくれ、と詐言を以て自殺を慫慂したが同人は黙っていて答えなかったため、さらに、これを黙って飲んでくれといって予て準備しておいたオブラート包の硝酸ストリキニーネ約〇・四グラムを被害者の小さく開いた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死亡させたという事案に対して、仙台高裁昭和二十七年九月一五日判決（高裁判集

五卷一十一号一八二〇頁）は、「原判決は挙示の証拠により原判示事実を認定し之に対し刑法第二百二条後段を適用している。

しかし刑法第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の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。従つて然らざる場合には本罪は殺人罪に対し特別罪の關係に立つものであるから普通殺人罪のみが成立するものといわなければならない。よつて本件につき是をみるに後記証拠により認定しうるとおり被告人が追死の意思がないのに拘らず被害者を欺罔し其の旨誤信せしめてオブラート包入の硝酸ストリキニーネを嚥下せしめ生を絶つに至らしめたものであるから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と断すべきである。」と判示し、刑法一九九条の殺人罪の成立を認めた。また、被告人はかねてより關係を断とうと思つていた女性から心中を申し出られたのを奇貨として、自己には心中する意思がないのにこれをあるが如く装い、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よ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、という事案に対して、最高裁昭和三年一月二一日判決（刑集一二卷一五号三五一九頁）は、「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ぬ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」もので、被害者の意思に重大な瑕疵がある場合には、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づくものであるを問わず、被害者の自由な意思に基つかない場合は刑法二〇二条にいう被殺者の囑託、承諾としては認められない、と判示した。このように、判例は、自殺の決意が「真意に添わぬ重大な瑕疵ある意思」であることを理由として、殺人罪の成立を認めている。このような判例の態度に対して、中野判事から、「本件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……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にしてこの理論構成が可能なのであろうか。」という批判がある。つまり、自殺の意味を十分了解している被利用者を利用して偽装心中させる行為が、人を殺す行為といえる実行行為として十分な危険性を備えた行為として理論を構成できるであらうか、という疑問である。これに対し、「故意ある道具」の一つとして^⑪、あるいは、「間接正犯」として理論構成が可能であるように思われるが、単に問題は、判例が述べるように被害者の自殺の意思が真意に添わぬ、自由な意思決定に基

づかないものであったか否かにあるだけではなく、やはり、行為者の関与がどのような形態で、どの程度あったかなどの具体的な事案に則して、人を殺す行為といえる実行行為性を備えているかを認定していかなければならないだろう。

四 第三の暴行・脅迫等により被害者が自殺を決定するに至った場合の判例として、広島高判昭和一九年六月三〇日判決（高刑集七卷六号九四四頁）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つて、その方法を問わないと解する。従つて犯人が威迫によつ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横成し進んで自殺者の意思決定の自由を失わしめ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なく殺人罪を以て論ずべきである」として、本件のごとく、被告人の暴行、脅迫の行為は、自殺者の「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」との判断を示した。また暴行等により畏怖している内妻に川へ入るよう命じて溺死させるに至った事案に対して、浦和地裁熊谷支部昭和四十六年一月二六日判決（刑裁月報三卷一三九頁）は、被告人に殺人の未必の故意が認められず、また、「入水時の状況からみて、当時日子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つた、つまり行動の自由

を失つた状態にあつたとは考えられない。」とし、無罪を言い渡した。これらのように判例は、行為者の暴行・脅迫等が、被害者の意思決定の自由や行動の自由を失わしめる程度の強制状態をつくりだすものでなければ、殺人罪は成立しないものと判断していることができる。

三 結語 —— 本決定の意義 ——

本件の場合、被告人らは、酩酊と被告人らの暴行により衰弱しているFに対して脅迫的な言動や殴りかかうとする威勢を示すことにより、Fは進退両難の状態に追い込まれた結果、自ら川に転落したものである。これは、F自身が川に転落せざるをえない状況を作り出し、さらにこれを利用することによりFの死亡の結果を惹起させということが出来る。つまり、被害者Fの意思決定の自由を失わしめる強制状態を作り出したものといえる。この強制状態を、半ば精神的、肉体的に瑕疵ある状態と解するか、完全に意思決定の自由を失わしめた状態と解するかによって、間接正犯の成立範囲が異なってくる可能性があるが、今後の判例の集積を待つしかないだろう。いずれにせよ、本決定は、暴行・脅迫等による強制状態に基づく被害者の行為を利用した殺人罪の間接正犯を認めたことは、妥当であり、今後の強制による間接正犯の成立範囲の認定において大きな意義を有するであろう。

〔注〕

- (1) 川端博「殺人罪にあたる」とされた事例」判例時報一二二九号(判例評論三二〇号) (昭和五九年) 二二三頁(六二頁)参照。
- (2) 日高義博「強制による転落死と殺人の実行為性」ジュリスツ臨時増刊『昭和五九年度重要判例解説』(昭和六〇年) 一七八頁参照。川端・前掲論文二二三頁以下参照。
- (3) 刑集一二卷四八〇頁。
- (4) 刑集六卷二号二七九頁。
- (5) これは、いわゆる「知的支配」の問題である(川端・前掲論文二二三・二二四頁参照)。
- (6) 高裁刑集五卷一十一号一八二二頁。
- (7) 刑集一二卷一五号三五一九頁。
- (8) この「真意に添わない重大な瑕疵ある意思」という判旨の表現は、分析不十分なものである、という指摘がある(所一彦「偽装心中と殺人罪」別冊ジュリスツ八三号平野龍一・松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ各論(第二版)』(昭和五九年)一〇頁参照)つまり、瑕疵のない意思とは、真意であるばかりではなく、自由な意思決定にもとづくものでなければならぬと考えられるのであり、この真意で自由な意思決定にもとづく囑託・承諾が、本来殺人罪の構成要件に該当する行為の違法性・有責性を減少させる、と考えられるのである(岡藤重光『刑法綱要各論』(昭和三九年)三三四頁、谷口正孝「殺人罪の限界」ジュリスツ一七十一号(昭和三四四年)二六頁参照)。なお、承諾が違法性を減少させるのか、有責性を減少させるのかという問題点については、別稿に譲りたい。
- (9) この判例の立場を肯定する学説として、小野清一郎「刑法概論(増訂)』(昭和三五年)二七二頁、岡藤・前掲書三

- 二五頁、安平政吉『刑法各論』(昭和三五年)二五頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(昭和四九年)一〇〇頁、藤木英雄『刑法講義各論』(昭和五一年)一九三頁、谷口・前掲論文二二頁等があげられる。すなわち、偽装心中における自殺者の錯誤が、死ぬことの決意の中で最も本質的な点にかかわっていることを理由に、自殺教唆の枠を起えて殺人罪が成立し、とするのである。これに対して、自殺者は、死をせしめるの意味を十分に理解しており、死ぬことについての錯誤はなく、単にその動機、縁由に錯誤があったにすぎないので、殺人罪は成立せずせいぜい、刑法二〇二条の自殺教唆が成立するにすぎない、という見解がある(平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五五年)二五六頁、植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』(昭和五六年)二四九頁、中山研一『刑法各論』(昭和五九年)三六頁、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(昭和三四年)一六頁等)。この見解の対立は、違法性の本質をどのようにとらえるかに起因していると思われる。すなわち、違法性の本質を行為無価値論的にとらえるのか、あるいは結果無価値論的にとらえるかによって生ずる差異であるが、詳細は、別稿に譲りたい。
- (10) 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(昭和三四年)一六頁。
- (11) 所・前掲論文一一頁参照。
- (12) 川端教授は、「このばあいには間接正犯性を肯定するのであれば、故意ある道具の理論ではなくて、端的に、自殺者の『構成要件に該当しない行為』(定型的に適法な行為)を利用する間接正犯として構成すべきである」(同・前掲論文二二五頁)とされるが、妥当であるように思われる。

(13) 所教授も指摘されるように(同・前掲論文二頁)毒薬は誰が用意したのか、被害者が毒薬を飲む際、行為者がどの程度関与したかなどを考慮する必要がある。

(14) 高刑集七卷六号九四四頁。

(15) 刑裁月報三卷一号四五頁。

(16) 松浦調査官は、「完全に意思、身体の自由を奪ったものでなく、いわば半は精神的、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」(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(昭和五九年)八三頁)とされる。

(17) 日高教授は、「本件での強制の程度は、すでに衰弱していたAにとっては意志決定の自由を全く失わしめる程度のものであったと言えよう。」(同・前掲論文一七八頁)とされる。

(18) むろん、川端教授が指摘されるように、被害者の過失行為を利用する間接正犯と解することも可能であろう(川端・前掲論文二二五頁参照)。