

## 一、 反対尋問

- V. 治療目的の必要性については、主観説を採る立場なのか。
- V. 「社会的倫理規範に照らして是認されるもの」とは具体的に何にか。
- . 2. Xを「専門的知識もない者」と認定しているが、いかなる事情からそのように認定しているのか。

## 二、 立論

### 1, 学説の状況

#### (1)被害者の同意の性質について

この点、検察側は被害者の同意は違法性阻却の問題として捉えている。そして、違法性阻却の判断に関して国家社会的倫理規範に照らして判断している。

しかし、そもそも傷害罪(204条)の保護法益は個人の身体の安全である。にもかかわらず、国家社会的倫理規範に照らし判断することは、被害者の身体の保護のために処罰するのではなく、倫理・道徳に違反するから処罰することになりかねないものであり、刑法の機能である法益保護機能を没却し妥当ではない。

思うに、身体の安全は個人の処分可能な法益である。さらに、自殺が処罰されないことから、個人の生命も処分可能な法益であると解する。そして、個人の自己決定を尊重する個人主義の社会においては、個人の意思ないし自己決定を尊重し、被害者が利益を放棄している場合には、できる限り刑法的評価を加えるべきではない。したがって、個人法益に対する罪については同意を構成要件該当性阻却事由として位置づけるべきであると解する。

よって、処分可能な個人法益に対する罪である傷害罪(204条)ないし傷害致死罪(205条)において、同意がある場合には構成要件該当性が阻却されるものであると解する。

#### (2)被害者の同意の要件について<sup>1</sup>

この点、検察側は被害者の同意は外部に表示されなければならないとしている(意思表示説)。

しかし、被害者の同意が存在する以上、保護する法益がないので、法益侵害はないといえ、構成要件該当性が阻却される。したがって、同意が外部に表示されることを要しないと解する(意思方向説)。つまり、被害者の同意の要件は 処分可能な法益であること 同意能力があり、真意に出た同意であること 行為時に同意が存在することにとどまると解する。

### 2, 本問の検討

が美容整形手術の一環として、Aおよび同僚3名に行った行為につき、検討する。

この点、XはAおよび同僚3名に対し美容整形手術を行い、Aは死亡しているので、傷害罪(204条)ないし傷害致死罪(205条)の構成要件に該当するようにも思える。

しかし、Aおよび同僚3名はXの手術につき、同意を与えている。さらに、AはXが医師免許を持っていないことを知っていたこと、また手術がXのアパートで行われていることから、A自身、衛生面において問題があり、手術が失敗し自らの生命に危険があることを認識し、手術の同意をしたといえる。そして、その同意は自己の身体、生命という処分可能な法益であり( ) Aおよび同僚3名ともに、錯誤なく法益侵害の結果を認識し( ) その同意は行為時に存在していたといえ、上述の ~ の要件を満たすと考えられる。

よって、Xの行為は構成要件該当性が阻却され、犯罪不成立となる。

### 3, 結論

以上より、Xに犯罪は成立しない。

以上

<sup>1</sup> 山中敬一『刑法総論[第2版]』(2008)成文堂207項