

. 事実の概要

Xは医師免許を有しないにもかかわらず、衛生面における設備を設けずに美容整形手術を行っていた。Aは以前にXの美容整形手術を受けたことのある3名の同僚からXの存在をきき、X本人から医師免許を有しないという説明を受けた上でXに対して隆鼻手術と豊胸手術を依頼した。そこでXはAの承諾に基づき、美容整形手術を行うために、Aの鼻部と左右乳房付近に麻酔薬を注射し、切開し、各部位にシリコンを注入した。そしてその結果、手術侵襲及び麻酔薬注入に基づくアレルギー反応によりAを死にいたらしめた。

. 問題の所在

Xは医師免許を有しないにもかかわらず、美容整形手術の一環としてAに麻酔薬を注射し鼻部と左右乳房下部を切開しシリコンを注入しているの、外形上傷害行為を行っているといえる。しかし本問においてAは、医師免許を有しないという事実をX本人から知らされたうえで、Xに美容整形手術を依頼しているの、Aの同意がXの罪責にいかなる影響をおよぼすかが問題となる。

. 学説の状況

医療行為ないし治療行為が正当業務行為と認められ違法性を阻却される為に次の要件を満たす必要があることは、学説上異論がない。即ち 患者またはその保護者の同意、 医術的正当性（医療行為が医学上承認された医療技術に従って行われること）、 医学的適応性（医療行為が患者の生命・健康の維持・増進にとって必要であること）である。ただしこれに加えて当該行為が治療目的であることを要件とするかについては学説上の対立がある。

次いで、傷害行為における被害者の同意の評価については争いがある。

まず、204条は被害者の真意に反する傷害についての規定であるから同意傷害は204条の構成要件に該当しない、とする立場¹もある。しかしながら、傷害罪は、人の身体に傷害結果を生じせしめる、つまり人の生理機能に障害を与えることにより成立する。したがって、承諾があっても、傷害結果を生じせしめている限り、傷害の構成要件には該当していると解する。よって、傷害行為において被害者の同意がある場合も構成要件は阻却されず、違法性阻却の問題と考える。

そして、被害者の同意ある傷害行為の違法性が常に阻却されるかについて、以下のような説の対立がある。

¹ 齊藤誠二『刑法講義各論』（1979）多賀出版 178頁

- ・ A 説²：身体の安全は個人の処分しうる法益であるから常に違法性を阻却すると解する説。
- ・ B 説³：国家・社会倫理規範に照らして相当と認められる場合にのみ違法性を阻却すると解する説。
- ・ C 説⁴：重大な傷害特に生命に危険のある傷害を除き違法性を阻却すると解する説。

判例

被害者の同意によって違法性が阻却されるかどうかを検討する際に社会的相当性を考慮していると思われる判例

東京高等裁判所平成 9 年 08 月 04 日第一一刑事部判決

< 事実の概要 >

被告人が、医師免許を受けていないにもかかわらず、単独で、D 及び E に対して、美容整形手術を行い、右医行為により、D に対し傷害を負わせて、同女を死亡するに至らしめた。

< 判旨 >

「被告人が D に対して行った医行為は、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き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 D 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であるといわなければならない」

学説の検討

まず、治療目的の必要性についてであるが、当該行為が治療目的で行われることは行為を主観的に正当化する要素であり、治療の目的によらない行為は、偶然的に治療の効果があがっても違法性を阻却するものではない。

次に、傷害行為における被害者の同意の評価についてである。

そもそも、違法性の実質は、社会倫理規範に違反する法益侵害行為と解される(違法二元論⁵)。そうだとすると、法益侵害行為が社会的相当性を有する限りにおいて、違法性が阻却されるといえる。

よって、被害者の同意ある傷害行為のように、たとえ被害者の同意が身体という個人的法益に対する侵害になされた場合であっても、その行為の違法性判断においては行為が社会的相当性を有するかをみる必要がある。

ゆえに、上記 B 説をもって妥当とし、以下の から の要件をもって本事案を検討する。

承諾の内容は被害者にとって処分可能な個人的法益に関するものであること。

承諾自体が有効なものであること。つまり承諾能力を備えた者の真意による承諾であること

² 前田雅英『刑法総論講義〔第四版〕』(2006)東京大学出版会 117 頁

³ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版〕』(1997)有斐閣 400 頁

⁴ 平野龍一『刑法総論』(1972)有斐閣 254 頁

⁵ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版〕』(1997)有斐閣 338 頁

を要する。

要件6との関連から考えて承諾が外部的に表明されることを要する。

承諾は行為の時に存在しなければならない。

承諾による行為は、被害者の承諾があることを認識して行われなければならない。

承諾にもとづいてなされる行為自体、その方法および程度において、国家、社会的倫理規範に照らして是認されるものでなければならない。

以上の要件のうち と については争いがあるが、上記のとおり、そもそも違法性とは社会的相当性を欠く法益侵害であるので違法性が阻却されるためには と の要件が必要であると解する。

・本問の検討

1. まず X の医師免許を有しないにも関わらず美容整形手術を行った行為は医師法 17 条違反にあたり 31 条 1 項が適用される。なお、医師法の保護法益は個人的法益ではないので、個人の同意によって医師法違反の成立は妨げられない。
また、A および A の同僚 3 名に対して無免許で行ったそれぞれの美容整形手術は場所、目的、対象など犯行の事情、行為態様、被害法益、犯意などを同一にするから、包括一罪である。
2. 次に X は A の鼻部と左右乳房付近に麻酔薬を注射し、切開し、シリコンを注入しているが、そもそも麻酔薬というものは専門知識を有するものが使用したとしても危険をとまなうものであるのに、それを医師免許を有さず専門的知識もない者が同時に三か所にも注射するということは A の生理的機能を害す蓋然性が高く、また衛生設備の整わない場所で鼻や乳房下部をシリコンを注入することができるほど深くメス等の刃物で切るという行為も十分人の身体の機能を害する危険性のある行為であるといえる。従って X の美容整形手術のための一連の行為に傷害罪（刑法 204 条）の実行行為性が認められる。
3. 衛生設備の整わない場所で専門的知識も資格もない者が麻酔を注射したり身体をメス等で切開したりすることにより、A が手術侵襲及び麻酔薬注入に基づくアレルギー反応により死亡するということは社会通念上相当であるといえるので、X の美容整形手術と A の死という結果との間に因果関係が認められる。
4. X は自らが医師免許を有しないことも当然認識しており、また衛生設備の整わない場所であるにも関わらずこのような美容整形手術を行っていたのであるから、X には、もし自らの美容整形手術を受けたものの身体の健康状態や機能を害するという事態が発生したとしてもかまわないという未必の故意が認められる。
5. 以上より X には傷害致死罪（刑法 205 条）が成立するように思える。しかし本問においては A が X の美容整形手術に、つまり傷害行為に同意をしているので違法性阻却説に立つと、A の同意によって X の傷害致死罪（刑法 205 条）の違法性が阻却される可能性が出てくる。
6. まず X の無免許で行った美容整形手術が刑法 35 条正当業務行為として違法性が阻却されない

かであるが、そもそも美容整形手術は治療行為ではないので刑法 35 条は適用されない。

そこで、B 説（社会的相当性基準説）に立ち、A の同意によって X の傷害致死罪の違法性が阻却されないかを前述の から の要件にあてはめて検討してみる。

7 .

整形手術のために自らの身体を傷害することに同意することは処分可能な個人的法益についての同意であるといえる。

A は承諾能力を備えており、X 本人から無免許であるときいたうえで、誰にも強制されることなく自らの意思で X に美容整形手術を依頼しているのであるから A の承諾は有効なものであるといえる。

A は自ら X に美容整形手術を依頼しているので明示的な承諾の意思表示があったものといえる。

A は依頼というかたちで X が美容整形手術を始める前に同意の意思表示を行ったので、承諾は行為時に存在していたといえる。

X は A の依頼を受けて美容整形手術を行ったのであるから、当然 X は A の承諾があることを認識して美容整形手術を行ったといえる。

医学に関する専門的知識の乏しい X のようなものが麻酔薬を使用し、人の身体を切開すること自体社会的相当性に欠けるものであり、衛生設備の整わない環境でそのような手術を行うことは国家社会的倫理規範に照らしても到底是認されものではない。

よって要件 を満たさないので A の同意によって X の傷害致死罪（刑法 205 条）の違法性は阻却されない。

・ 結論

従って、X には傷害致死罪（刑法 205 条）が成立する。

また、X は A の同僚 3 名に対しても美容整形手術を行っていたので、上記と同様に考えて、X には A の同僚 3 名に対してもそれぞれ傷害罪（刑法 204 条）が成立する。そして人については保護法益はそれぞれ個々人ととらえるべきなので、A の同僚 3 名に対する 3 個の傷害罪（刑法 204 条）と A に対する傷害致死罪（205 条）は併合罪である。従って、X には 3 個の傷害罪（刑法 204 条） 傷害致死罪（刑法 205 条） 医師法 17 条違反の包括一罪が成立し、それらは併合罪（刑法 45 条）となる。

以上