

## I. 反対尋問

1. 検察側は違法性の実質を検討する際に、自説(規範違反説)の根拠としていわゆる「許された危険」の存在を挙げている。しかしながら、過失犯の本質につき新過失論を採る場合、客観的注意義務を尽くしている限りにおいて構成要件該当性が否定されるのであり、過失犯固有の違法性阻却事由としての「許された危険」を認める意義は乏しい。そこで「許された危険」を自説の根拠として挙げている理由は何か。
2. 本問の検討の2(2)でYの小指は「処分可能な個人法益」としているにもかかわらず、2(3)では「小指の切断という重大な傷害」と述べ、社会的に不相当であるとしている。これは矛盾しているのではないか。
3. 社会的相当性を判断する際の「社会」を世間一般という意味で捉え、主観的事情を考慮すると、暴力団という反社会的勢力の中で行われる行為は直ちに社会的に不相当となってしまうのではないか。
4. 社会的相当性のある「指詰め行為」は存在するのか。存在するとして、どのような場合がそれにあたるのか。
5. 社会的相当性を基準とすると、傷害罪の成否が問題となる場面において、「被害者の身体の保護」とは別個の、傷害罪の成否と合理的な関連性のない要素が混入してしまうのではないか。

## II. 学説の検討

### 1. 違法性の実質について

弁護側も、刑法の本質は行為規範を遵守させることにより法益保護を図ることにあると考えるため、検察側と同様、乙説(規範違反説)を採用する。しかしながら、反対尋問1で挙げたように「許された危険」を根拠とするのは妥当でないと考える。

### 2. 同意傷害罪の可罰性の限界について

- (1) まず、A説(不可罰説)は同意傷害を不可罰とするが、後述するように自己決定権の帰属主体そのものを脅かすような傷害まで不可罰とするのは妥当でない。よってA説は採用しえない。
- (2) 次に、D説(比較衡量説)は被害者の同意を自己決定権の適法化根拠とする点では妥当であるものの、自己決定権の価値を比較衡量により測ることができるかは疑問である、よってD説は採用しえない。
- (3) では、検察側の採用するC説(社会的相当性説)は妥当であろうか。

C説は主観面を考慮しているが、実際は行為態様の社会的相当性で違法性の有無を決めており、被害者の同意(自己決定権)を軽視している<sup>1</sup>。また、刑法は社会倫理や公序良俗を保護するものではない<sup>2</sup>。さらに、身体は個人が処分し得る法益であるから、これを社会倫理によって規制し得ると考えるべきではない<sup>3</sup>。よって検察側の採用するC説は妥当でなく、採用しえない。

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版会,2011)349頁。

<sup>2</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)189頁。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009年)261頁。

(4) 弁護側は、B説(生命侵害危険説)を採用する。理由は以下の通りである。

そもそも被害者の同意の適法化根拠は、個人の自己決定権(法益処分の自由)に基づく法益の放棄・処分により、法益の刑法的保護の必要性が否定される点にある。

とすれば、法益の主体が同意により処分可能な利益を放棄している以上、原則として同意傷害は適法であると考ええる。

もっとも、被害者の同意の適法化根拠が個人の自己決定権に基づく以上、自己決定権の帰属主体そのものを破壊するような重大な結果をもたらす場合には、自己決定権の内在的制約として、同意傷害は例外的に違法となると考える<sup>4</sup>。

### Ⅲ. 本問の検討

1. 本問において、Xが、出刃包丁を用いてYの左小指を切断した行為について、Yに対する傷害罪(204条)が成立するかを検討する。

2. まずXは、Yの左小指を出刃包丁という鋭利な道具で切断していることから、Yの身体の生理的機能を害しており、「傷害」したといえる。よってXの行為は傷害罪の構成要件に該当する。

3. (1) もっとも、本問においてXは、Yの指詰め申し出に基づいて切断行為を行っている。そこでYのかかる同意によりXの行為の違法性が阻却されるのではないか。被害者の同意が傷害罪の違法性を阻却するのではないかが問題となる。

(2) この問題に関して、弁護側はB説(生命侵害危険説)を採用する。

(3) これを本問についてみると、法益の主体たるYの同意により、小指という身体の一部が放棄されている以上、Xの切断行為は原則として適法である。

では、Yの小指を切断する行為が、自己決定権の帰属主体そのものを破壊するような重大な結果をもたらす場合に該当するか。

確かに、本問においてXは、Yの小指の根元を止血のため釣り糸で縛るといふ、医学的には相当といえない簡易な処置しか施すことなく、切断行為に及んでいる。

しかしながら、Xが切断した部位は、Yの左小指という身体の一部にすぎず、Yが通常の社会生活を営むために障害となることはあるものの、Yの生命維持のための重要な部位を切除したわけではなく、Yの生命に危険が及んでいるとはいえない。

(4) よって、自己決定権の帰属主体そのものを破壊するような重大な結果をもたらす場合にはあらず、原則どおりXの切断行為は適法である。

4. 以上より、Xの切断行為の違法性は阻却され、Yに対する傷害罪は成立しない。

### Ⅳ. 結論

Xは不可罰となる。

---

<sup>4</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)322頁。