

I. 事実の概要¹

暴力団 A 組の組員 Y は、自らの失態で A 組に損害を与えたことで、同組員の X から「この不義理のケジメをつけろ。」となじられたが、詫料として提供できる資金がなかったため、謝罪のしるしとして指を詰めることを決意し自ら申し出、X がこれを実行することとした。

X は血を洗い流しやすいよう風呂場に行き、Y の小指の根元を止血のため釣り糸で縛って浴槽の縁に置かせて、台所から持ってきた出刃包丁を当てた。X が「覚悟はできたか。」と尋ねたところ、Y は「やってくれ。」と返答し、それを聞いて X は出刃包丁の峰を金づちで二、三回強く叩き、よって Y に左小指切断の重傷を負わせた。

II. 問題の所在

X は Y に小指切断の傷害を負わせているが、これは Y が自ら申し出てなされたものであり、傷害に対し同意していると言える。そこで、被害者の承諾が傷害の罪責にいかなる影響を及ぼすか、違法性の本質と関連して問題となる。

III. 学説の状況

1. 違法性の実質について

甲説：法益侵害説(結果無価値論)

刑法の裁判規範性、法益保護機能を重視し、違法性の実質を法益の侵害及びその危険に尽きるとする見解。

乙説：規範違反説(二元的違法論)

刑法の行為規範性、社会秩序維持機能を重視し、違法性の実質を社会倫理規範に違反する法益侵害およびその危険ないし社会的相当性を逸脱する法益侵害およびその危険と解する見解。

2. 同意傷害の可罰性の限界について

A 説：不可罰説

A-1 説：構成要件不該当説²

法益主体の真摯な同意がある以上、原則として同意傷害行為は構成要件に該当せず不可罰とする見解。

A-2 説：違法性阻却事由説³

法益主体の同意がある場合、形式的に構成要件には該当するが、同意があることを条件として違法性阻却が認められるため、結局実質的違法性が認められず、刑事責任は不成立であるとする見解。

B 説：生命侵害危険説⁴

¹ 題材判例：仙台地裁石巻支判昭和 62 年 2 月 18 日。

² 前田雅英『刑法総論講義〔第 4 版〕』(東京大学出版会,2006 年)316 頁。

³ 須之内克彦『刑法基本講座〔3 巻〕』(法学書院,1994 年)147 頁。

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が、生命に危険が及ぶような重大な傷害については例外的に違法とする見解。

C 説：社会的相当性説⁵

個人の身体という重大な法益を侵害する行為は原則として違法であり、同意を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等の諸般の事情を考慮し、国家・社会倫理規範上相当とみられる傷害行為のみを適法とする見解。

D 説：利益衡量説⁶

自己決定の価値と被侵害法益の価値を比較衡量し、前者が優越するときは違法性が阻却されるとする見解。

IV. 判例

最高裁昭和 55 年 11 月 13 日第 2 小法廷決定

<事実の概要>

保険金詐取の目的のために自動車の追突による傷害に同意した事案

<判旨>

「被害者が身体障害を承諾したばあいに、傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体障害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決すべきものである」

V. 学説の検討

1. 違法性の実質について

(1) 甲説は、違法性の実質を法益の侵害及びその危険に尽きると解し、結果無価値に限定して違法性を判断する。

確かに社会秩序維持にとって法益を保護することは必要条件であり、違法性の内容として法益侵害性を無視することはできない。

しかし、結果無価値が認められても違法とは評価できない場合が存在する。例えば、大工場の経営や鉄道・航空機・自動車といった高速度交通機関の運行は、重大な法益侵害の危険をとまなうものではあるが、これらは社会生活上必要不可欠であり、結果無価値が認められることだけを根拠に違法であるとはできない。

(2) 思うに、このようにいわゆる「許された危険」の行為であっても、行為の種類・方法・主観的要素といった行為無価値的要素をも考慮に入れ、実質的に判断すれば、全体としての法秩序あるいは社会倫理規範に反しているとはいえず、違法とはいえないことがある。

このような観点からすると、社会倫理規範を無視して違法性の実質を把握することは不可能であるため、社会倫理規範と法益侵害を融合した形で違法性の実質を把握する必要がある。

したがって、違法性の実質は社会倫理規範に違反する法益侵害およびその危険であると解すべきで

⁴ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣,1975年）254頁。

⁵ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』（有斐閣,2008年）418頁。

⁶ 曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂,1980年）145頁。

ある⁷。

よって、乙説が妥当である。

2. 同意傷害罪の可罰性の限界について

(1) A 説は、いわば個人主義の考え方を徹底するものであり、刑法 202 条のような同意殺人に関する減輕類型が例外として規定されていないことから、反対解釈として、同意傷害の不可罰性を導いている。

しかし、このような反対解釈は必然ではない。同意殺人は、殺人罪の刑の下限の重さを考慮し、これを下回る量刑を可能にするために減輕類型を設けたが、これに対し、傷害罪は、法定刑の下限が十分軽いために、あえて規定を設ける必要がなかったとも解することができるからである⁸。また、203 条で同意殺人罪の未遂を処罰していることは、同意があるにもかかわらず、生命に危険を生じさせることは禁止していることを意味する。とすれば、少なくとも、生命に危険を生じさせる傷害であっても、有効な同意さえあれば不可罰とすることは、203 条に矛盾する。

よって、A-1 説は妥当でない。

(2) A-2 説によれば、同意傷害の規定がないことと、身体の安全は個人的に処分しうる法益であることから、同意によって常に違法性が阻却されるとする。

しかしながら、身体というのは、生命に次ぐ重要な法益であるため、そのすべてを不処罰とするのは妥当でない。

よって、A-2 説は妥当でない。

(3) B 説は、生命に危険が及ばない軽微な傷害については、同意があれば違法性が阻却されるとする。とすれば、四肢切断や角膜摘出等の行為が直ちに許されることになる。

しかし、四肢切断等の傷害は、たとえ生命に危険が及ばないといえども、行動の自由を回復不可能にしてしまう傷害である。同意があるからといって、このような取り返しのつかない傷害が許されてよいのか疑問が残る。

よって、B 説は妥当でない。

(4) D 説は、被害者の承諾における正当化原理を自己決定の自由に求めている一方で、被侵害法益が自己決定の自由に優越する場合には、承諾にも関わらず行為は違法となるとしている。

しかし、この見解でも、生命に危険が及ばない限り行動の自由を回復不可能にしてしまうような傷害が許されるため B 説同様疑問が残る。

よって、D 説は妥当でない。

(5) 思うに、違法性の実質は、社会倫理規範に違反した法益侵害およびその危険である(乙説)。

とすれば、違法性判断とは結果無価値要素だけでなく、行為の方法・態様や行為者の主観といった行為無価値的な要素をも資料として、構成要件該当行為が実質的に全体としての法の秩序あるいは社会倫理規範に違反しているか否かを決すべきである。

とすれば、被害者の承諾がある場合の傷害行為は、客観的事実(傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等)および主観的事実(承諾を得た動機、目的等)を総合的に考慮し、その行為が社会的に相当だと認められる場合に限り、違法性が阻却されると解する。

⁷ 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009年)237頁。

⁸ 中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィオン刑法3』(成文堂,2009年)222頁。

よって、検察側は C 説を採用する。

なお、この場合の同意の有効要件は、①承諾可能な法益であること、②承諾能力があり真意に出た承諾であること、③行為時に承諾が存在すること、④承諾の外部への表示があること、⑤行為者に承諾があることの認識があること、⑥行為の社会的相当性と解する。

VI. 本問の検討

1. 本問 X の、Y の小指を出刃包丁で切断した行為に傷害罪(204 条)が成立しないか。

X は Y の小指を出刃包丁で切断し、小指切断という人の身体の生理的機能を害し、「傷害」結果を発生させていることから、傷害罪の構成要件に該当する。

2. (1) しかし、本問において Y は、自らの不義理に対するケジメとして小指を詰めることを申し出ており、X の傷害行為に対し同意していると考えられる。そこで、被害者の承諾が傷害罪にいかなる影響を及ぼすのか問題となるも、この点につき検察側は C 説に立つ。そこで、以下、X の傷害行為を具体的に検討する。

(2) Y が承諾により処分した法益は自身の身体であり、処分可能な個人法益である(①)。Y はこの承諾により自己の小指が切断されることを理解しており、周囲から強要されることなく自ら申し出ているので、承諾能力ある被害者による真意に基づく承諾である(②)。X は実行直前に Y に「覚悟はできたか。」と確認したのに対して、Y は「やってくれ。」と返答しており、行為時の承諾及び承諾の表示が認められる(③④)。そしてこの返答を受けて X は行為に及んでいることから、X は Y の承諾を認識していることが認められる(⑤)。では⑥はどうか。

(3) まずその行為態様は、台所にあることから普段調理に使用されていると思われる出刃包丁を十分に消毒することもなく、釣り糸で縛るといった簡単な止血しか施していない指に当て、金づちで峰を数回叩いて強引に切断するというものである。これは医学的知識に裏付けられた消毒や止血、麻酔等を施すことなく、金づちで叩き切るという、想像を絶する痛みをとまなう野蛮極まりない方法であって、その結果も小指の切断という重大な傷害である。そして、X が Y の承諾を得た目的は A 組内での不義理に対するケジメをつけさせるためであり、指詰めはその方法の一つとして、暴力団という特殊な組織関係の中で確立してきた制裁とも言うべき行為である。かかる行為は、社会通念から著しく逸脱した行為であるといえる。

以上の客観的事情、主観的事情を総合的に考慮するに、X の行為は社会的に相当であるとは認められない。

したがって⑥の要件を満たさず、Y の承諾は無効である。

(4) よって、X の行為は違法性が阻却されない。

3. 以上より、X の本件行為には傷害罪(204 条)が成立する。

VII. 結論

X は傷害罪(204 条)の罪責を負う。

以上