

I. 反対尋問

1. 刑法の条文に同意傷害を罰する規定が無い理由をどう考えるか。
2. 「V.学説の検討 2.(3)」において(生命に危険のある)重大な傷害説(β説)は『傷害行為自体の意味を考慮しない』としているが、その根拠は何か。
3. 「III.学説の状況 2.」の被害者の同意の有効性について、公序良俗説(α説)に立った場合、『同意を得て行う傷害』で『公序良俗に反』しない傷害にはどのようなものがあるか。

II. 学説の検討

1. 傷害罪における被害者の同意の体系的地位

弁護側は検察側同様、A説(構成要件該当性阻却事由説)を採用せず、B説(違法性阻却事由説)を採用する。

2. 被害者の同意の有効性

- (1) α説(公序良俗説)は、公序良俗違反という身体的利益とは別の、構成要件外の反倫理性という要素が、違法性阻却の限定という形で処罰の基礎付けに用いられており、妥当ではない。¹
- (2) γ説(不可罰説)は、同意殺人の未遂が処罰されていることとの均衡上、すべての同意傷害を不可罰とすることは妥当でない。²
- (3) 生命の危険を生じるような重大な傷害についての同意は無効とするβ説(生命に危険のある重大な傷害説)は、生命については、法益主体の当座の意思に反する保護が肯定されていることと整合性を有する。すなわち、202条が生命侵害への同意を無効としている以上、生命侵害の高い重大な傷害行為への同意があったとしても、無効となると解すべきである。また、傷害の危険性・重大性という構成要件内にとどまる法益侵害性を処罰の基礎付けとして援用するものともいえる。³

以上から、弁護側はβ説(生命に危険のある重大な傷害説)を採用する。

III. 本問の検討

1. Xが故意に自車をA車後部に追突させ、それによりYおよびZに傷害を負わせた行為には傷害罪(204条)が成立しそうにも思える。
しかし、X・Y・Z間には共謀があり、Y・Zは傷害結果について同意していたため、被害者の承諾が犯罪の成否に影響を及ぼさないかが問題となる。
- 2.(1) 弁護側はB説(違法性阻却事由説)を採用するため、被害者の承諾は違法性阻却事由であり、被害者の承諾があった場合にも傷害罪(204条)の構成要件に該当すると解す

¹ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2007年)163頁。

² 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(法律学講座双書、2010年)

³ 山口 前掲 162頁。

る。

(2) では、違法性を阻却するか。

この点、弁護側はβ説（生命に危険のある重大な傷害説）を採用するところ、生命に危険のある傷害がある場合には違法性は阻却しないと解する。

3. 本問でXが自車を追突させY・Zに傷害を負わせた行為は、被害者たるY・Zの承諾がある以上、保護すべき法益は存在しない。そして、Y・Zに生じた傷害もいずれも軽微なものであり、生命に危険のある傷害とはいえない。

よって、傷害行為の違法性が阻却されるから、傷害罪は成立しない。

IV. 結論

Xに犯罪は成立しない。

以上