

I. 反対尋問

- 5 1. 『学説の検討』における乙-1-a説の検討で、「医療技術が発達した今、身体を回復不可能とするような傷害は考えにくく」とあるが、このように考える具体的根拠は何か。
2. 『本問の検討』において、5頁4行目以下の「一般的にみて」や10行目以下の「一般人では」のように、一般人を基準として社会的相当性を判断する根拠は何か。

10 II. 学説の検討

(1) 甲説、乙-2説について

検察側と同様の理由により採用しない。

(2) 乙-3説について

- 15 そもそも同意傷害の違法性が阻却される根拠は、法益主体みずから法益を放棄した時には、法益主体の自己決定権を尊重し、刑法がその者のために法益を保護する必要はないというところにある。そうであるとすれば、その身体傷害が本人の意思に合致する限り、その動機・目的がどうであれ、傷害行為の違法性が否定されるのが原則でなければならない。

- 20 しかし、かかる点において検察側が採用する社会的相当性説(乙-3説)は、社会的相当性の内容として、傷害罪の法益である身体以外の利益を考慮するものであり、同意傷害の違法性阻却のために、身体的法益の侵害の埋め合わせとなるような優越的利益の実現を要求するところに根本的な欠陥があるといえよう¹。加えて、社会的相当性という基準は不明確であるのみならず、倫理違反あるいは民法的な違法性でただちに刑法上の違法性を認めてしまうという点にも危険性を秘めている²。これに対して社会的相当性説の内容として、傷害行為の危険性や傷害の程度だけを考慮するのであれば、結局、重大傷害説(乙-1-a説)ないし生命危険説(乙-1-b説)に帰着することになる。

以上の理由から、社会的相当性説(乙-3説)は妥当ではない。

(3) 乙-1説(乙-1-a説、乙-1-b説)について

- 30 前述のように、身体障害が本人の意思に合致する限り、その動機・目的がどうであれ、傷害行為の違法性が否定されるのが原則ではあるが、もちろんそのすべてにおいて違法性が阻却されるわけではない。被害者の同意に基づく行為が適法とされる根拠が専ら個人の自己決定権の尊重に求められるべきであるとする、自己決定権を行う主体そのものを破壊するような結果になる場合にもこれを合理的な意思決定として尊重することは、自己決定権の思想と矛盾することから、そのような場合には刑法による干渉も許さ

¹ 井田良『刑法総論の理論構造〔第3版〕』(成文堂,2006年)195頁。

² 林幹人『刑法総論』(東京大学出版会,2000年)170頁。

れるのである³。さらに具体的に述べると、自己決定の自由は、『意思決定の自由』と『行動の自由』から構成されており、この『行動の自由』を回復不能にするような『重大な傷害』は違法性を阻却しない⁴。なお、『重大な傷害』の範囲については、それが生命に危険を及ぼす程度のものである必要はない。死の危険に至らなくても、身体の重要な部分に回復不可能な損害を与える傷害であれば十分であるからである。例えば、手や足を切断しても生命に危険は及ばないかもしれないが、重大な傷害であることには違いなく、かかる行為の法的保護は完全には放棄できない⁵。したがって生命危険説(乙-1-b 説)は採用しない。

以上の理由から、弁護側は重大傷害説(乙-1-a 説)を採用する。

III. 本問の検討

第 1. X の W への追突行為に対する罪責

1. X が自車を A 車に追突させ傷害を負わせた行為について、傷害罪(204 条)が成立するか。
2. 本問において X は自車を A 車に追突させた行為により、W に傷害を負わせた。これは人の生理的機能に障害を与えたといえ、「傷害した」と認められる。実行行為と結果との因果関係も認められ、故意(38 条 1 項本文)も欠けるところはない。

以上より、同罪の構成要件に該当する。

3. もっとも、本問では自らが傷害を負うことに関して、W は事前に承諾をしていた。かかる場合に X の行為の違法性が阻却されないか問題となる。

(1)かかる場合の判断基準として、弁護側は重大傷害説(乙-1-a 説)を採用する。本問について傷害の程度を検討するに、W の傷害は非常に軽微なものであり、行動の自由を回復不能にするとまでは言えない。

(2)以上より、W の傷害は重大なものとは認められず、W の同意により X の行為の違法性は阻却される。

4. よって、X の上記行為について、傷害罪(204 条)は成立しない。

第 2. X の Y、Z への追突行為に対する罪責

1. X が自車を A 車に追突させ、Y、Z に傷害を負わせた行為について、傷害罪(204 条)が成立するか検討するに、W に対する罪責と同様にして、X の行為の違法性は阻却される。
2. よって、X の上記行為について、傷害罪(204 条)は成立しない。

IV. 結論

X は何ら罪責を負わない。

以上

³ 井田・前掲 191、195 頁。

⁴ 塩谷毅「同意傷害について」『岡山大学法学会雑誌』(岡山大学法学部,2001 年)第 50 巻第 2 号 375 頁。

⁵ 山中敬一『刑法総論 I 〔第 3 版〕』(成文堂,2002 年)200 頁。