

只木ゼミ前期第6問検察レジュメ

文責：4班（井上、川井田、柴山、田中、西本）

I. 事実の概要

- 5 Xは平成28年1月17日Aほか2名と共謀し、Xが運転する軽自動車をAほか2名が乗車する普通貨物自動車（ライトバン）に追突させ（できれば、一層本物の事故に見せかけるため、両者間に他人の車を入れた玉突き事故にして）これをXの過失により生じた交通事故であるかの如く装って保険金を詐取するとともに、身体障害者であったAに入院治療の機会を得させようと企てた。同日午後6時30分頃、XはAの車を見失わないように追尾しながら岡山県津山市T交差点にさしかかった際、赤信号でA運転の自動車が停止し、続いて
- 10 第三者M運転の軽自動車、その後にXの自動車が相次いで停止したため、Xは直ちに自動車を発進させてM車後部に追突させ、玉突き事故を装って、Mに対して約2か月の入院加療を要する傷害、Aほか2名には長期の入院加療を要しない軽微な傷害を与えた。

XのA、Mに対する傷害結果についての罪責を論ぜよ。

- 15 参考判例：最高裁第二小法廷昭和55年11月11日決定

II. 問題の所在

1. 傷害罪のような、行為態様として被害者の意に反する態様を前提としていない犯罪において、被害者の同意が構成要件該当性を阻却するか、違法性を阻却するか。
- 20 2. 同意傷害につき、傷害罪が成立するか。構成要件該当性、または違法性を阻却する根拠と関連して、同意の有効性をいかに解するか。

III. 学説の状況

1. 傷害罪のような、行為態様として被害者の意に反する態様を前提としていない犯罪において、被害者の同意が構成要件該当性を阻却するか、違法性を阻却するかについて。
- 25

A説：構成要件該当性阻却事由説¹

被害者の承諾によって法的保護が放棄された場合、そもそも構成要件の法益保護機能の意味が失われるので、たとえ法益を侵害するような行為があったとしても構成要件該当性が否定されるとする説。

- 30 B説：違法性阻却事由説

被害者によって法益の法的保護が否定されたとしても構成要件の形式的な類型には該当するのであるから、違法性が阻却されるとする説。

2. 同意傷害における同意の有効性、また傷害罪が成立するかについて。

¹ 山中敬一『刑法総論I』（成文堂、2004年）193頁。

α 説：不可罰説²

被害者の自己決定権を徹底して重視し、法益主体が同意により処分可能な利益を放棄したことで、保護すべき法益が存在しない点(つまり法益性が欠如していること)、また刑法 202 条のような同意殺人罪に関する減軽類型が例外として規定されていない点を根拠に、

5 同意により構成要件該当性が否定されるとする説。

β 説：生命に危険のある重大な傷害説³

法益衡量説、優越的利益説⁴に違法性阻却の根拠を求め、202 条が同意殺人を処罰している点、および生命の重要性に鑑み、同意によって重大な傷害、特に生命の危険のある傷害が生じた場合のみ同意は無効であり、違法性は阻却されないとする説。

10 γ 説：社会的相当性説⁵

被害者の承諾にもとづく法益侵害が社会的に相当である点に違法性阻却の根拠を求め、同意を得て行う傷害行為が社会的相当性を欠く(公序良俗に反する)場合、同意は無効であり、違法性は阻却されないとする説。

15 VI. 判例

仙台地方裁判所石巻支部昭和 62 年 2 月 18 日判決。判例タイムズ 632 号 254 頁。

〔事実の概要〕

被害者 A は同人が交際のあった甲野一家から不義理を理由にケジメをつけるように言われたため、詫料として提供する金もなかったことから謝罪のしるしに指をつめるより仕方がないと決意して被告人に指をつめることを依頼し、有合せの風呂のあがり台、出刃包丁、金づちを用いて、A の左小指の根元を有合せの釣糸でしばって血止めをしたうえ、風呂のあがり台の上にのせた小指の上に出刃包丁を当て金づちで二、三回たたいて左小指の末節を切断した。

20

〔判旨〕

25 右のような A の承諾があったとしても、被告人の行為は、公序良俗に反るとしかいいようのない指つめにかかわるものであり、その方法も医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じたうえで行われたものではなく、全く野蛮で無残な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできない。

30 VII. 学説の検討

1. 傷害罪のような、行為態様として被害者の意に反する態様を前提としていない犯罪にお

² 前田雅英『刑法総論講義〔第 4 版〕』(成文堂,2008 年)316 頁。

³ 山口厚『刑法総論〔第二版〕』(有斐閣,2007)162 頁。大谷實『刑法講義総論(新版第 4 版)』(成文堂,2013 年)254 頁。

⁴ 浅田和茂『刑法総論〔補訂版〕』(成文堂,2007 年)205 頁。

⁵ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第 4 版〕』(有斐閣,2008 年)418 頁。

いて、被害者の同意が構成要件該当性を阻却するか、違法性を阻却するかについて。

被害者の承諾の下に傷害行為が行われたとしても、なお、傷害という観念が完全に消え去るものではないし、傷害罪(204条)はその構成要件において「被害者の意に反して」といった、被害者の不同意を前提にするような文言を用いていない以上、被害者の同意が構成要件該当性を阻却すると考えるのには無理がある。

傷害行為の存在自体は否定されない以上、構成要件には該当するとして、被害者の同意によってもたらされた法益侵害またはその危険のみならず、行為態様が社会的相当性を有するか否かを考慮して、被害者の同意を違法性阻却事由として扱うべきである。

よって、検察側はA説を採用せず、B説(違法性阻却事由説)を採用する。⁶

10

2. 同意傷害における同意の有効性、また傷害罪が成立するかについて。

α説：不可罰説

殺人罪には、同意殺人罪(202条)の規定があるのに、傷害罪には、同意傷害罪という減軽規定がないことから、そもそも同意傷害は、傷害罪(204条)の構成要件に該当せず処罰されないとする。この見解は、同意殺人の未遂罪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疑問である。また、刑法202条のような規定がないという形式的理由に根拠を求めざるを得ないのは説得力に欠ける。⁷

15

したがって、検察側はα説を採用しない。

β説：生命に危険のある重大な傷害説

傷害の程度の重大性を基準とする立場は、傷害行為自体の意味を考慮しない点において妥当でない。またこの説では被害者の同意の適法化の根拠を個人の自己決定権の自己決定権としている。しかし憲法13条は生命と自由とを明確に区別しており、身体は生命に次ぐ重要な法益である。いかに個人が自己決定権を有しており、個人の法益につき自由に処分することができるとしてもこのような重要な法益の侵害について許容しているとはいえない。したがって検察側はβ説を採用しない。⁸

25

γ説：社会的相当性説

我々が社会生活を営むにあたって多くの法益侵害の危険を伴う行為が存在するが、それには我々の社会生活にとって欠かすことのできない場合を多く含む。秩序ある社会生活が正常機能を営むのに必要やむを得ない程度をこえた一定の法益侵害、すなわち社会的相当行為を違法として禁止していると解するべきである。したがって検察側はγ説を採用する。

30

⁶ 大塚・前掲 418 頁。

⁷ 山口厚『刑法総論〔第三版〕』(有斐閣,2016年)162頁。

⁸ 山口厚『刑法総論〔第二版〕』(有斐閣,2007)162頁。

VIII. 本門の検討

第一 XのAに対する傷害行為について負う罪責

1. Xの起こした玉突き事故によりAは傷害を負っていることから「人の身体を傷害し」
たといえ、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。Xはこの玉突き事故を利用してAに入
5 院治療の機会を与えようとしていたことから、傷害の故意(刑法38条1項本文)も認められ
る。

しかし、本件追突行為はXAの共謀のもとなされていることから、XのAに対する法益
侵害についてAには承諾があったということが出来る。かかる被害者の承諾が犯罪の成立
に影響を与えるかが問題となる。

10 2. (1) 被害者の承諾とは、法益の主体たる被害者が、そのものの法益に対する侵害を
承諾することをいうが、被害者の承諾が犯罪の成否におよぼす効果は保護法益により異なる。
すなわち、被害者の承諾が犯罪の成立を否定するのは、承諾、同意の内容が被害者に
とって処分可能な個人的法益に関するものに限られる。また、個人的法益に関する罪の場合
でも、その罪責により効果が異なる。

15 (2) 第一に、窃盗罪(235条)、住居侵入罪(130条)など、被害者の意に反することが構成
要件要素となっている場合においては、承諾は構成要件該当性を阻却する。第二に、13歳
未満の婦女に対する姦淫(177条後段)、未成年者の誘拐(224条)等、構成要件の性質上被害
者の承諾が問題とならない場合には、承諾は構成要件該当性に影響を与えない。第三に、
同意殺人(202条後段)、同意堕胎(213条)等、承諾が構成要件要素となっている場合には、
20 承諾は違法性を減輕する。第四に、承諾が行為の違法性を阻却する場合がある。

(3) 被害者の承諾がある傷害行為がいずれの類型にあたるかについて、傷害罪の構成要
件該当性を欠くとする見解がある。しかし、204条は単に「人の身体を傷害し」と規定
し、「その意思に反して」などの文言を使用しておらず、また、被害者個人の自己決定権
を偏重することになり妥当ではない。被害者の承諾ある傷害行為も傷害罪の構成要件に該
25 当し、被害者の承諾については、違法性において考慮すべきである(B説)。

(4) 被害者の承諾により違法性は阻却されるか。思うに、そもそも刑法の任務は、最低
限度の社会倫理規範を維持しつつ、法益を保護することにある。したがって、違法とは実
質的に全体としての法秩序に違反することであり、法益侵害またはその危険のみならず行
為態様の社会的相当性も考慮されなければならない(行為無価値論)。

30 被害者の承諾ある傷害行為は、その法益との関連において全体としての法秩序によって
是認されうるといえ、違法性が阻却されうるといえる。もっとも、被害者の承諾の存在は
行為態様の社会的相当性判断の一要素であるから、被害者の承諾があったとしてもその動
機、目的、手段、方法、傷害の部位、程度などを考慮して、社会的に不相当な行為と判断
される場合には違法性阻却は認められないと解すべきである(γ説)。

35 3. (1) 本問において、AはXに対して、傷害行為を承諾していると同視でき、傷害罪
(204条)の保護法益は身体の安全であるから、Aにとって承諾可能な個人的法益であ

る。Aは障害者であるが、自動車の運転能力があることや、保険金詐取の共謀をしていること等からAには承諾能力があったといえ、任意性も認められる。また、本件傷害がXAの共謀に基づくものであったことからAの同意についてXは当然に認識していた。しかしその承諾は保険金を詐取するという違法な目的を持ってなされており、社会的に不

5 相当なものであると判断すべきであるから、被害者たるAの承諾によるXの傷害行為の違法性阻却は認められない。

(2)したがって、XはAに対する傷害結果について傷害罪(204条)の罪責を負う。

第二 XのMに対する傷害行為について負う罪責

1. Xの追突行為によりMは約二ヶ月の入院加療を要する傷害を負っていることから、
10 「人の身体を傷害し」といえ、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。また、玉突き事故を起こせば車中の者が何らかの生理的機能を害する結果が発生する蓋然性は非常に高いといえ、Xもそのことを認識、認容があったといえ、故意(38条1項本文)が認められる。

2. よって、XはMに対する傷害結果について傷害罪(204条)の罪責を負う。

15 IX. 結論

XはAに対する傷害結果について傷害罪(204条)の罪責を負い、Mに対する傷害結果についても傷害罪(204条)の罪責を負う。両罪は観念的競合(54条1項)となる。

以上

20

25

30

35