

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側レジュメ 3 頁 5 行目、「被害者の同意の真摯性については、『ある』か『ない』かを二者択一的に決することは必ずしも容易ではなく」とあるが、なぜ「必ずしも容易ではなく」と言えるのか。
- 10 2. 検察側レジュメ 3 頁 11 行目、「社会倫理規範に違反した法益侵害行為」とあるが、そもそも社会倫理規範とは何か。また、違反しているか否かはどのようにして判断しているのか。
- 15 3. 検察側レジュメ 3 頁 13 行目、「行為の目的、手段、方法、態様などが社会的に相当であるかを総合的に判断して」とあるが、社会的に相当であるか否かの判断基準はどこにあるのか。
- 20 4. 検察側レジュメ 3 頁 19 行目、「生命危険説につき、生命に対する危険がない限り、腕や足を切断しても被害者の同意があれば違法性が阻却されるという結論は、妥当でない」とあるが、どうして妥当でないと言い得るのか。
5. 検察側レジュメ 3 頁 23 行目、「親指 1 本の切断でも生活に支障をきたすことから、重大な傷害といい得る」とあるが、生活に支障をきたす障害=重大な障害なのか。

II. 学説の検討

25 α 説(全面的不可罰説)について

この説は同意殺人罪の規定の反対解釈から同意傷害の不可罰性を導くことはできない。そもそも同意殺人は代表的な犯罪類型であり、また殺人罪の刑の下限の重さを考慮して、これを下回る量刑を可能にするために設けられたと考えられる。他方、刑法が同意殺人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、生命に危険の及ぶような重大な

30 傷害は自己決定権によりカバーされないとする考え方を導き出すことができる。以上のことから、上述のようなことがいえる。そうするとこの説の理論的妥当性はどのように導かれるのか 不明である¹。

以上のことから弁護側はα説を採用しない。

35 β 説(社会的相当性説)について

¹ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2012年)323頁。

この説は違法性を阻却するか否かを、行為が社会的に相当か否かで判断を下す。しかしながら、違法性の検討の際にいきなり社会的相当性を判断することには同意できない。なぜなら違法性の本質が、刑法典が保護する利益(法益)を侵害することにあると解すれば、各条文の保護法益から違法性を阻却するかを判断すべきである。

- 5 また、本説によると社会的相当性を判断するための要素として、被害者の承諾だけでなく、行為者の行為の目的、手段、方法、態様等を考慮するとあるが、どの要素がどのように判断されれば社会的に相当なのかそうでないのかは判然としない。

以上のことから弁護側はβ説を採用しない。

10 γ-1 説(重傷害説)について

この説に則って考えようとするとき、どの程度の傷害が重傷害に当たるのかについての明確な基準が定まっていなければ、違法性が阻却されるか否かの判断が曖昧なものになってしまうおそれがある。というのも、今日において重傷害の基準は明確ではないからである。

- 15 したがって弁護側はγ-1 説を採用しない。

γ-2 説(生命危険説)について

この説は、同意があるうえで傷害行為に及んだ場合、傷害結果が生命に危険を及ぼしうるか否かを基準に違法性を阻却するか否かを考えるものである。これは生命侵害への同意を無効とする 202 条の延長線上において、生命侵害の危険性の高い傷害行為への同意を無効とすることに他ならないものであり、刑法典との整合性に鑑み、妥当であると言える²。

よって弁護側はγ-2 説を採用する。

III. 本問の検討

- 25 第一 X と Y が保険金を騙取した行為について詐欺罪の共同正犯(246 条 1 項、60 条)が成立しないか。

1 共同正犯の成立要件は a 共謀、b それに基づく実行行為である。

そして、詐欺罪の構成要件は、①欺罔行為、②錯誤、③処分行為、④財産上の損害、これらが因果関係で結ばれており、故意が認められることである。

- 30 2 本問において、X は Y と共謀の上(a)、自動車事故を装って Y に軽度の傷害を与え、その後 Y は、自身の傷害が軽微で長期間加療の必要がないにも関わらずこれが必要であるかのように装って長期間の入院加療を受けている。欺罔行為とは、取引の相手方が真実を知っていれば財産的処分行為を行わないような重大な事実を偽ることであるところ、これは通常保険会社がその真実を知っていれば保険金給付という財産的処分行為を行わないと考えられ、重大な事実を偽ったといえる(①)。そして保険金を騙取しており、
- 35

² 西田典之『刑法総論[第 2 版]』(弘文堂, 2013 年)189 頁。

②、③および④が認められ、①から④までは因果関係で結ばれており、その故意も認められる。よって詐欺罪の構成要件に該当する(b)。

3 よって上記行為に詐欺罪の共同正犯が成立し、Xは同罪の罪責を負う。

第二 Xの自己の車をZ運転の車に衝突させ、Z及びYに打撲傷を負わせた行為について

5 1 Xの上記行為にZに対する傷害罪(204条)が成立しないか。

「傷害」とは人の生理機能を侵害することまたは健康状態を不良に変更することをいうところ、打撲傷は「傷害」にあたる。

また故意(38条1項本文)とは客観的構成要件に該当する事実の認識認容をいうところ、XはZの車に衝突する認識があったため、これも認められる。

10 よって、Zに対してのXの上記行為に傷害罪が成立する。

2 Yに対してXの上記行為に傷害罪が成立しないか。

(1) 上述よりYに「傷害」が認められ、Xにはその故意もあるのでXの上記行為は同罪の構成要件に該当する。

15 (2) では違法性が阻却されないか。本件では傷害に対してYの同意があるため問題となる。

ア 弁護側はγ-2説を採用するため、同意があるうえで傷害行為に及んだ場合、傷害結果が生命に危険を及ぼしているか否かを基準に違法性を阻却するか否かを考える。

20 イ 本件についてみると、Xは過失による自動車運転事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、Yの承諾を得て故意に自己の運転する自動車を衝突させてYに傷害を負わせている。しかし、XはYに軽度の傷害を与えることを計画しており、その上、Yが負ったのは入院加療を要しない程度の打撲傷であり、生命に危険を及ぼすほどのものであるとは言えない。よってXの上記行為の違法性は阻却され、傷害罪は成立しない。

25 3 罪数

XはZに対しての傷害罪の罪責を負う。

IV. 結論

30 XのYとの行為に詐欺罪の共同正犯(246条1項、60条)が成立し、XのZへの行為に傷害罪(204条)が成立する。

以上