

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ2頁20行目について、被害者は侵害について同意をしているのに、「常に不可罰となってしまい、妥当でない」とする根拠はなにか。
2. C説によれば、社会的相当性の内容を具体化するに際して、「同意を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情」を考慮する(検察レジュメ2頁35行目、4頁3行目)とあるが、この事例において検察側は「身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度」をどのように評価するか。
- 10 3. 本件において、自動車事故を装った行為は詐欺罪の準備行為であり、違法性は詐欺罪に吸収されるが、検察側は傷害罪としても違法性を認めており、違法性の二重評価となるのではないか。

## 15 II. 学説の検討

### A説(法益性欠如説)

被害者の同意により法益性が欠如するのが原則であるが、その同意をある範囲で限定するかどうかにつき以下の二つの説がある。

### 20 A-1説(不可罰説)

本説は、被害者の同意がある以上、同意傷害について犯罪の成立を否定する見解である<sup>1</sup>。

- 刑法には、同意殺人罪(202条)や同意堕胎罪(213条)のように、被害者の同意があっても犯罪の成立が認められる特別の規定が設けられている。逆に言えば、傷害罪(204条)や暴行罪(208条)のように、特別の規定がない場合には、被害者の同意があれば不可罰となると解
- 25 される。この解釈は明快であり<sup>2</sup>、罪刑法定主義や自由保障機能の観点からみても妥当なものである。

そもそも刑法は法益保護主義を掲げているところ、法益は法益主体のために保護されているのであるから、法益主体がそれを自由に処分できるはずであり、憲法13条に規定される幸福追求権の内容の一つとしての「自己決定権」も憲法上の具体的な権利だと解される<sup>3</sup>。

- 30 ゆえに、刑法が法益主体の意思に反してまでその法益を保護する必要性はない<sup>4</sup>。

したがって、弁護側はA-1説を採用する。

---

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣,2016年)175頁参照。

<sup>2</sup> 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(2)」『法学教室〔第296号〕』(有斐閣,2005年)86頁。

<sup>3</sup> 芦部信喜『憲法〔第6版〕』(岩波書店,2015年)126頁。

<sup>4</sup> 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」『法学教室〔第295号〕』(有斐閣,2005年)109頁。

## A-2 説(生命に危険のある重大な傷害説)

本説は、被害者の同意があれば原則として傷害罪は成立しないが、生命に危険のある重大な傷害については、同意があっても、傷害罪として可罰的であるという見解である<sup>5</sup>。

- 5 この説によれば、同意傷害の中でも可罰的なものと不可罰的なものの両方が存在することになるが、204条の文言からそのように読み取ることには無理があり、罪刑法定主義や自由保障機能の観点から問題がある。また、被害者を植物状態にする場合や被害者の右足を切断する場合のように、「生命に危険のある重大な傷害」にあたるかどうか微妙な場合もあり、判断基準として不適當である。
- 10 したがって、弁護側はA-2説を採用しない。

## B 説(利益衡量説)

検察側と同様の理由により採用しない。

## 15 C 説(社会的相当性説)

本説は、被害者の同意があったとしても、社会的相当性を逸脱した法益侵害である場合には違法性は阻却されないとし、社会的相当性の内容は、動機・目的等の諸般の事情を広く考慮して具体化するというものである。

- 20 しかし、これでは社会的相当性の内容を具体化する際に、保護法益や処罰根拠と合理的な関連性をもたない考慮を混入させるおそれがある<sup>6</sup>。また、前提として、社会的相当性という、法益とは別個で構成要件外の要素が処罰を基礎づけているものとして援用されていること自体が妥当でない<sup>7</sup>。

したがって、弁護側はC説を採用しない。

## 25 III. 本問の検討

第1. 甲が丙の車に自己の車を衝突させ、丙に打撲傷を負わせた行為について、

1. 傷害罪(204条)が成立しないか。

2(1) 「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であり、打撲傷は「傷害」に該当する。

- 30 (2) 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、甲は丙の車に自己の車を衝突させ、傷害を負わせる認識・認容があったため、故意が認められる。

3. よって、甲の当該行為につき傷害罪(204条)が成立する。

<sup>5</sup> 山口厚『刑法〔第3版〕』(有斐閣,2015年)88頁。

<sup>6</sup> 井田良「被害者の同意をめぐる諸問題」『法学教室〔第345号〕』(有斐閣,2009年)68頁。

<sup>7</sup> 山口・前掲(注1)174頁。

第2. 甲が乙と計画し、保険会社から保険金を騙取した行為について、

1. 甲に乙との間で詐欺罪の共同正犯(246条1項、60条)が成立しないか。

2(1)ア 共同正犯の成立要件は(a)共謀、(b)共謀に基づく実行行為である。

5 イ また、詐欺罪は①欺罔行為、②①に基づく錯誤、③錯誤による処分行為、④財物の移転、⑤財産上の損害を要し、それらが因果関係で結ばれ、故意が認められる場合に成立する。欺罔行為とは、相手方がその事実を知っていれば処分行為を行わなかったと認められる重要な事実を偽ることである。

10 (2) 共謀とは、2人以上の者が犯罪を共同して遂行しようという合意のことであり、本問では甲と乙が自動車事故を装った保険金を騙取する計画しており、共謀に当たる((a)充足)。

15 (3)ア さらに甲は共謀に基づき、自動車事故を装って乙に入院加入を要しない程度の打撲傷を負わせ、長期間加療を要しないにもかかわらず、これが必要であるかのように装い長期間の入院加療を受けている。このような事実を保険会社が知っていれば保険金を乙に給付するといった処分行為を行わなかったといえるので、重大な事実を偽っているといえる(①充足)。そして、この欺罔行為に基づく錯誤によって給付された保険金は甲らに移転し、保険会社は財産上の損害を負っており(②③④⑤充足)、これら一連の流れは、因果関係で結ばれている。また、故意も問題なく認められる。

20 イ したがって、上記行為は詐欺罪(246条1項)の構成要件に該当するため、共謀に基づく実行行為があったといえる((b)充足)。

(4) 以上より、甲の上記行為に詐欺罪の共同正犯(246条1項、60条)が成立する。

第3. 甲が自己の車を丙の車に衝突させ、丙の車が乙に追突したことで乙に打撲傷を負わせた行為について

25 1. 傷害罪(204条)が成立しないか。

2. 弁護側はA-1説を採用するので、被害者の同意があれば傷害罪は不可罰となる。本件において、被害者たる乙は自己に傷害を負わせることについて同意しているから、甲による上記行為は不可罰となる。

3. よって、甲の上記行為について傷害罪(204条)は成立しない。

30 (なお、上記行為は不可罰であるはずの詐欺罪の準備行為であって、その違法性は第2で検討している詐欺罪に吸収されるので、上記行為の違法性は既に評価し尽している。そのため、上記行為につき傷害罪が成立するかを検討すること自体疑問である。)

#### IV. 結論

35 甲の行為には丙に対する傷害罪(204条)と詐欺罪の共同正犯(246条1項、60条)が成立し、両者は併合罪(45条前段)として処理される。

