

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 4 頁 11 行目、C 説において、具体的な判断要素が示されているのは理解できる。しかし、それらは抽象的概念に依拠している以上、それらを違法性の有無という刑罰の基準として用いることは、処罰範囲の予測可能性や限定性との関係で問題があるのではないか。この点を説明していただきたい。
- 10 2. 検察レジュメ 4 頁 7 行目、B 説の検討において「良俗性」を問題とするべき(文言反対解釈により)とあるが、かかる概念は民法上のもの(民法 90 条)である。なぜ、刑法上の議論にかかる概念を持ち出して良いと考えるのか、説明していただきたい。
- 15 3. 被害者の同意がある場合において、法益衡量説及び優越的利益説は違法性阻却の可否の段階を示した学説であるが、社会的相当性説は違法性が阻却されることが前提で、さらに踏み込んでどの程度の被害であれば違法性が阻却されるかを示した学説である。よって、3 説間における学説の次元が違うのではないか。かかる 3 説を呈示した理由を伺いたい。

## II. 学説の検討

### A 説(法益衡量説)

検察側と同様の理由により、弁護側は A 説を採用しない。

20

### B 説(優越的利益説)

被害者の同意による違法阻却については、被害者がその処分可能な法益の事実的基礎としての生活利益をみずから放棄したことにより、刑法が侵害法益を保護する必要がなくなる<sup>1</sup>という意味で「優越的利益の原理」が反映すると考える<sup>2</sup>。被害者の承諾は、被害者の自己決定の価値が禁止命令を一定程度後退させる、つまり法益の要保護性が弱まるからである<sup>3</sup>。

25

構成要件は法益を侵害・危殆化する行為を類型化したものであるが、被害者の同意がある場合、法益の主体が自らその「処分可能な法益の事実的基礎としての生活利益」を放棄している。この場合、外見上は法益侵害(侵害または危殆化)が生じているように見えても、実質的には侵害されるべき法益そのものがもはや存在しない。したがって、保護すべき法益が欠落している以上、違法性を認めることはできない<sup>4</sup>。

30

また、本説は結果無価値論の立場を基本としつつも、法益侵害行為の方法・態様等を具体的な法益衡量の際に取り込んでいる点において、我が国の実質的不法論における多数説たる二元的行為無価値論とも親近性を有している。

よって、弁護側は B 説を採用する。

35

### C 説(社会的相当性説)

刑法は、社会倫理や公序良俗自体を保護するものではない<sup>5</sup>。それゆえ、社会的相当性という概念があまりに漠然としているので、これを違法阻却の一般原理とするときは違法性の限界が不明瞭となり、法治国家思想に反する<sup>6</sup>。また、本説は行為無価値論に基づいており、法益の侵

<sup>1</sup> 前田雅英「実質的違法性阻却事由」法学セミナー410号(1989)94頁。

<sup>2</sup> 塩見淳「違法性・違法性阻却の一般原理(下)」法学教室266号(2002)104頁。

<sup>3</sup> 松宮孝明「被害者の承諾における三元説の意義について-『被害者の承諾』の犯罪論体系上の地位に関する一考察」法律時報(2012)363頁。

<sup>4</sup> 伊東研祐「違法性阻却の原理と事由 その1:正当行為」法学セミナー(2006)105-106頁。

<sup>5</sup> 西田典之(橋爪隆 補訂)『刑法総論[第三版]』(弘文堂,2019年)202頁。

<sup>6</sup> 森下忠「超法規的違法阻却事由」法学セミナー(1969)26頁。

害または衡量とは別個になされる(歴史的・社会的に定まる、その行為に対する)価値判断を違法性阻却の基本的な価値判断とするのは、妥当でない<sup>7</sup>。さらに、同意があるにも関わらず、被害者の利益とは別個の観点である社会的不相当性を理由に違法性を肯定することは、法益侵害のないところに犯罪を認めるものであって、法益保護主義に反するのみならず、行為無価値と結果無価値の双方を違法の必要条件とする二次的行為無価値論の前提とも矛盾する<sup>8</sup>。

よって、弁護側は C 説を採用しない。

### III. 本問の検討

1. 甲が事故の車両を丙車に追突させた行為について、傷害罪(刑法 204 条)が成立する。

10 (1) 本罪は暴行罪(刑法 208 条)の結果的加重犯であり、実行行為は暴行罪のもので足りる。車両を他人の車両に追突させるという行為は、他人の身体に対する不法な有形力の行使である。よって実行行為性が認められる。

(2) 丙は打撲傷という「傷害」を負った。

(3) 因果関係について、丙はこの事故により上記傷害を負った。

15 (4) 結果的加重犯の故意は、基本犯の実行行為が加重結果発生の高度の危険性を有するから、基本犯の故意で足り、加重結果の認識や予見可能性は不要である。甲は「故意に」車両を追突させているので、認められる。

(5) よって、甲の上記行為について傷害罪が成立する。

20 2. 甲が甲車を丙車に衝突させ、丙車が乙車に追突した行為については、なんら罪が成立しない。

(1) 公道上で車両を追突させる行為は、追突された車が押し出されて他者の車にも追突することが容易に想定できるから、実行行為性は認められる。

(2) 乙は打撲傷及び手や足に対する「傷害」を負った。

25 (3) 因果関係は、条件関係を前提に、実行行為に内在する危険が現実化したか否かで判断する。甲車が丙車に追突することがなければ、これが乙車に追突し、乙が首に打撲傷を負うことはなかった。また、いわゆる玉突き事故には、人が打撲傷を負うという危険が内在しており、本件ではそれが現実化したと言える。よって、実行行為に内在する危険が現実化したものであると言えるため、因果関係が認められる。

30 (4) 甲乙間の計画では乙にむちうち程度の「傷害」を負わせるつもりであったから、故意が認められる。

3. もっとも、本件乙の同意により違法性が阻却されないか。

(1) 本件では B 説を採用する。本件において、乙は打撲傷を負うことについて同意している。

35 乙が同意することによって、乙が「軽微な打撲傷」を負うという身体保護の利益よりも、詐欺によって「保険金」という財産を得るとい利益が優越するといえる。よって、侵害法益である乙の身体を保護する利益がなくなり、違法性が阻却されるといえる。

(2) したがって、違法性が阻却される結果、甲の上記行為には何ら罪が成立しない。

4. 乙が保険会社に保険金を請求した行為について、甲と詐欺罪の共謀共同正犯(刑法 60 条、246 条 1 項)が成立する。

40 (1) そもそも共同正犯の処罰根拠は、他者と共同して法益侵害を惹起し、結果に対して重大な因果性を及ぼした点にある。そうだとすれば、①共謀、②①に基づく実行行為が認められれば、共同正犯が永立すると解する。また①では、i 意思連絡、ii 正犯意思について検討する。

<sup>7</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣,1975 年)214 頁。

<sup>8</sup> 松原芳博「法益主体の同意(その 1) 不処罰根拠・体系的地位・不処罰効果の例外・同意傷害(刑法総論の考え方 [10])(ロー・クラス)」法学セミナー(2009)105 頁。

(2) 本件において、甲と乙は、保険金を騙取する目的で、交通事故を装って乙に軽度の傷害を負わせる計画を立てている(i)。また、両者で上記計画を立て実行を分担しているから、自己のためにする犯罪であるということが出来る(ii)。

また、欺罔行為とは相手方の財物交付の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。本件でこれに欠ける点はない。また、相手方の錯誤があり、錯誤に基づく交付として保険金が交付されており、これに伴って財物・利益の移転が認められる(②)。

よって、共謀共同正犯の要件が充足する。

(4) よって、甲は乙と詐欺罪の共謀共同正犯となる。

以上より、甲は丙に対する傷害罪、詐欺罪の共同正犯の罪責を負い、両者は併合罪(刑法 45 条前段)となる。

以上