

I. 反対尋問

- 5 1. 檢察側は、被害者の承諾が違法性を阻却する要件として、「③承諾が外部に表明されていたこと」、「⑤承諾による行為が、被害者の承諾があることを認識して行われたこと」を挙げているが、この理論的根拠は何か。
- 10 2. 檢察レジュメ3頁10行目において、「承諾に基づく行為の違法性には影響を及ぼさないとしても、承諾に基づく行為の適法性を認めるには、これらの意味を考慮する必要があることから、全く承諾を得た動機・目的を無視することは、適当でない」と主張している。これについて、「違法性には影響を及ぼさないとしても」という前提のもので、動機・目的がなお重要視されるのはなぜか。

II. 学説の検討

15 α説(総合考慮説)

検察側は6つの要件を提示しているが、これを総合考慮の枠組みとして位置付け、各要件の重要性を事案に応じて柔軟に調整し得るとするのであれば、弁護側の立場も最終的にはこの総合考慮説に収斂するものと考えられる。実際、検察側の「IV.判例」や「VI.本問の検討」を見る限り、とりわけ要件⑥「承諾に基づいてなされる行為自体が、その方法及び程度において、国家・社会的倫理規範に照らして是認されるものであること」に重きを置いていると解される。

しかし、「V.学説の検討」や「VI.本問の検討」における当てはめ¹を見ると、もっぱら「承諾を得た目的が社会観念上適法なものと評価し得るか否か」が検討されており、要件⑥の射程との関係を含め、一貫した学説構成が採られていないものと考えられる²。

したがって、弁護側としては、「V.学説の検討」において問題とされている「承諾を得た動機・目的」を考慮するか否かに論点を絞り、以下検討を加える。

まず、3頁9行目において、「刑法は犯罪目的のために被害者の身体が危険にさらされるのを黙過できず、干渉せざるを得ないこと」と主張している。しかし、「①承諾の内容が被害者みずから処分しうる個人的法益に関するものである」のであれば、刑法の謙抑性の観点から、個人的法益に対して干渉すべきではない。

30 次に、同頁13行目において、「違法性はより規範的なもの、つまりは法の理念によって判断すべきものである」と主張している。確かに、本件における保険金騙取の目的は違法な目的であり、本件傷害行為は詐欺罪の予備的段階の行為にあたる。しかし、そのことは詐欺罪の問題として評価されるべきであって、身体の生理機能ないし完全性を保護法益とする傷害罪の成否の問題とは直結

¹ 行為自体の方法は、車両の衝突によるものであり、国家・社会的規範に照らして強い非難に値するものではなく、その程度についても軽微な軽傷にとどまることから、強い非難を加えることはできないと考える。

² 確かに、検察側レジュメ3頁15行目において、「承諾の動機を考慮したとしても、承諾の動機自体を問題としているのではなく、承諾を得たことの動機を、承諾に基づく行為の主觀面の問題としてとらえ、それを承諾の要件として具体的に論じている」として、承諾に基づいてなされる行為自体の問題であると位置づけている。しかしながら、「⑥ 承諾に基づいてなされる行為自体が、その方法及び程度において…」という要件文言を見る限り、かかる主觀的因素を含めて解釈するには限界があると考える。

させるべきではない³。

さらに、同頁14行目において、「行為自体が社会観念上適法なものと見られる場合に限って適法であり得る」と主張している。しかし、「社会観念」という基準は極めて曖昧であり、罪刑法定主義に反する。

5 よって、弁護側は α 説(総合考慮説)を採用しない。

γ 説(不可罰説)

不可罰説は、自己決定権を最大限尊重するものであるが、自己決定権それ自体には内在的制約があり、パターナリズムによって法が介入すべき場合がある。その他、 γ 説(不可罰説)に対する批判については検察側と同旨である。そのため、傷害の程度にかかわらず、同意傷害は全て不可罰であるとする見解は不適当である。

よって、弁護側は γ 説(不可罰説)を採用しない。

β 説(生命に危険のある重大な傷害説)

15 検察側は、2頁14行目において、「傷害の程度が重大かどうかは必ずしも一義的ではないし、死の危険のない場合には承諾による傷害が許されるとすると、手足の切断も、承諾だけで違法性が阻却されることとなり、不合理である」と批判する。しかし、生命に危険が及ばない場合であっても、四肢の切断など身体の重要な部分に対する不可逆的な損傷については、傷害の正当化を否定する学説⁴が存在する。そうすると、傷害の重大性の判断が一義的でないとはいはず⁵、検察側が結論の20不合理性を批判する手足の切断についても、承諾があったからといって直ちに違法性が阻却することにはならない。

α 説(総合考慮説)が重視する社会観念や公序良俗といった傷害罪の保護法益とは無関係な観念を排除しつつ、 γ (不可罰説)における自己決定権の内在的制約の限界を修正するものとしては、 β 説(生命に危険ある重大な傷害説)が適当であると考える。

25 よって、弁護側は β 説(生命に危険ある重大な傷害説)を採用する。

³ 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣,2001) 607頁。

⁴ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018) 351頁。

⁵ もっとも、この批判は、あくまで「生命に危険ある重大な傷害説」という学説名に依拠したものであり、仮に「四肢の切断など身体の重要な部分に対する不可逆的な損傷については、傷害の正当化を否定する説」と名付けられていれば、当該批判は当たらないようにも思われる。そもそも、この学説の趣旨は、社会観念や公序良俗といった傷害罪の保護法益とは無関係な概念を違法性判断に持ち込むべきではないとする点にあり、傷害の程度とは必ずしも密接に関係するものではないと考えられる。

III. 本問の検討

1. X の、自ら運転する車を H の車に衝突させて玉突き事故を起こし、A ら 3 名に対して軽微な障害を負わせた行為について、傷害罪(刑法 204 条)が成立するか。

(1) X は自ら運転する車を他人(H)の乗る車に衝突させ、更に H 車が A ら 3 名の乗車する車に追

5 突させ、これによって、A ら 3 名に軽微な傷害を与えていた。

(2) もっとも、かかる傷害は A ら 3 名の承諾があることから、当該法益の要保護性が欠如してい

るといえ、正当化されないか。

この点、弁護側は β 説(生命に危険ある重大な傷害説)を採用する。

本件において、A らが負った傷害は軽微なものであり、A らの承諾によって、当該法益の要保

10 護性は欠如するため、「傷害」にはあたらないと考える。

2. したがって、X のかかる行為は、傷害罪の構成要件に該当せず、同罪は成立しない。

IV. 結論

X のかかる行為には傷害罪(刑法 204 条)は成立しない。