

同意傷害について

塩谷毅

目次

- 一 はじめに
- 二 ドイツの刑法二二八条「同意傷害罪」
 - 1 刑法二二八条の憲法上の問題と立法史
 - 2 問題類型と重要判例
 - 3 学説の展開
- 三 我が国の同意傷害に関する議論
 - 1 主要判例
 - 2 学説の展開
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

一 身体傷害に対して「被害者の承諾」ほどの範囲で犯罪を阻却する効果を持ちうるものであろうか。この問題については、我が国ではドイツにおける刑法二二八条「同意傷害罪」のような特別な各則上の規定は存在しない。これ

が、たとえば「生命」に対する承諾の場合ならば、我が国では刑法二〇二条で「同意殺人・自殺関与罪」の規定がある。原則として「生命処分」は被害者の完全な自由ではないのだということが立法上明白であるといえよう。¹⁾しかし、「身体法益」の場合には、我が国では手がかりとなる規定が存在しないので、承諾の有効範囲は解釈にゆだねられている。

二 「同意傷害」に関する解釈の論理的可能性としては、①「同意傷害罪」という特別な減刑規定がない以上、傷害罪における被害者の承諾はいさい考慮されないので通常の傷害罪が成立するという見解があり得ないではない。しかし、今日ではこのような主張をする論者は見られない。また、その反対に②「身体法益」に対する個人の処分権を無制限に認めて、「同意傷害」はそれが被害者の自由な意思に基づくものであるならどのような場合にも完全に犯罪が阻却されるとする見解があり得る。³⁾しかし、今日では、そのような極端な二つの見解の間で、一定の範囲で被害者の身体法益に対する処分権を認め、何らかの観点から限界を設けようとする考え方が一般的である。

すなわち、「結果無価値」を重視する論者は、「傷害の強度(重さ)」に着目して、身体法益に対する被害者の処分は原則として認められるが、ただそれが③「生命に危険なほどの重大な傷害」の場合には処分権が制限されるとし、⁴⁾あるいは、端的に④「重大な傷害」の場合には処分権が制限されるとする。⁵⁾

処分権の限界としての「生命に危険なほどの重大な傷害説」と単なる「重大な傷害説」は、我が国では結果無価値を重視する論者からひとまとめにして主張されることが多いのでその差違はあまり重視されていないのかもしれないが、厳密にいえばこの両者は「処分権の範囲」が異なるものである。後述するように、ドイツでは「重大な傷害説」が有力であるが、そのような論者の一人であるゲーベルは、たとえば断種や去勢、人体実験などにおいて、特に生命に危険というわけではないが重大な身体法益の侵害といえる場合にも被害者の「処分権」はすでに制限されているのであり、従って行為者の正当化は「固有の被害者の承諾論」の領域では達成することができず、「正当化

的緊急避難」の類推としての利益衡量によって初めて到達することができるとしている。⁶⁾

しかし、この二つの見解は、いずれにせよ「法益侵害の重さ」に直接着目する見解であるといえる。これらの見解において最も重要なことは、それぞれの論者がどのような理由から「生命に危険な傷害」あるいは「重大な傷害」の場合に処分権が制限されると説明したかである。この点については、日独の代表的な論者の見解を後に検討する。

これに対して、「行為無価値」を重視する論者は、被害者の処分権の限界として「行為目的」や「行為態様」を重視し、⑤「行為の社会的相当性」や⑥「行為の良俗違反性」⁷⁾によって限界を設定しようとしている。

「行為の社会的相当性」や「行為の良俗違反性」を重視する見解は、「暴力団の指つめ」の事例や「犯罪目的」といえば「保険金詐取目的」の同意傷害のような場合に、傷害行為が「生命に危険なほどの重大な傷害」あるいは「重大な傷害」とまではいえない場合になお被害者の承諾を無効とし、傷害罪成立を肯定しようとする点に独自の意義を持っているといえる。

三 なお、「同意傷害」における「承諾の有効性」に関しては、他の論点、つまり「承諾能力」の問題と「意思の欠缺」の問題も重要である。

まず、前者の「承諾能力」の問題に関して、フリッシュはこの問題の限界はまだ十分に明らかにされていないとする。⁸⁾たとえば、被害者が「ひどく屈折した性格であること」や「ひどく頑固であること」が傷害を承諾したことに影響を与えた場合は「承諾無能力」ということになるのだろうか。あるいは、何かの理由で「陶酔したような心理状態」で与えた承諾の場合にはどうか。さらには、「アルコール摂取による承諾無能力」は、「どれくらいの程度」から発生するのか。これらの問題については、十分に議論が尽くされているとはいえない。

さらに、後者の「意思の欠缺」は、承諾が錯誤・欺罔・強迫に基づくものであった場合にその承諾は有効かという問題である。ここでは、特に「錯誤」の場合に関して、①「錯誤がなければ承諾しなかったであろう場合には、

承諾は無効」とする見解と②「動機の錯誤に過ぎない場合には承諾は有効」とする見解、③「法益関係的錯誤」か否かによって承諾の有効・無効を判断する見解などが特に注目に値する。¹⁰⁾

しかし、この問題領域においても、フリッツシュは以下のような問題についてはどのように扱うべきなのか十分な見解の一致はないとする。¹¹⁾ 被害者が「ある一定の事柄は正確に認識していたが、決断するときに視野が狭くなっていたことから考慮に入れていなかった事情」は、「意思の欠缺」の問題にとって重要なのか。さらには、被害者が「自分の価値観に基づいて行った決断が、他人からは異なって判断されるであろう、または一般的には誤った判断だとされるであろう」と正確に認識していた場合」はどうか。後者は特に、いわゆる「意味の認識」で承諾も十分なのかという問題に関連する。

これら「承諾能力」や「意思の欠缺」の問題も、同意傷害における承諾の有効性を定めるにあたって、しばしば判例でも重要となった観点である。しかし、これらの問題は「同意傷害」に固有の議論ではなく、他の法益の場合も考慮に入れて議論が組み立てられなければならない。

四 また、同意傷害の問題を考える際に、「治療行為」ならびに「専断的治療行為」の問題をどのように扱うかは非常に重要な問題である。現に、後述するように、ドイツの同意傷害罪の改正提案は「専断的治療行為」の問題を強く意識して展開されてきた。しかしながら、治療行為における「患者の同意」の問題と、一般的な「同意傷害」の問題は区別して考えなければならぬ点がある。治療行為に関しては、「被害者(患者)の承諾」の問題のみならず、「医師の正当業務行為」や「医学的適応性」「医術的正当性」など他の観点にも十分注意が払われなければならないからである。

五 そこで、これらの問題に関する詳細な検討は別稿に譲り、本稿では「承諾能力」や「意思の欠缺」、ならびに「専断的治療行為論」の問題とは独立した「同意傷害固有の処分の客観的限界」について、判例および学説を中心に

検討する。以下では、まずはじめにドイツの刑法二二八条に関する憲法上の問題、立法史と改正提案、問題となる事例群、主要学説を概観し、次いで我が国の重要判例と主要学説を検討することにする。

- (1) もっとも、「臨死介助(安楽死・尊厳死)状況など特別な場合に、「被害者の法益処分意思」とあわせて何らかの要件を併用して、たとえば「緊急避難」の法理の助けを借りるなどして、「正当化」できないだろうかという問題は残されている。
- (2) 学説においては、「同意墮胎罪(刑法二二三条)」は「同意傷害」の一種であり、これが同意傷害のうち可罰的な類型であると説明する見解が存在する。佐伯千仞『三訂刑法講義(総論)』(一九七七)二二二頁を参照。
- (3) 斉藤誠二『刑法講義各論(新訂版)』(一九七九)一七五頁、前田雅英『刑法総論講義第三版』(一九九八)一一七頁など。
- (4) 平野龍一『刑法総論II』(一九七五)二五四頁。
- (5) 山中敬一『刑法総論I』(一九九九)一九九頁以下、内藤謙『刑法総論(中)』(一九八六)五八八頁。
- (6) Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 58f.
- (7) 牧野英一『日本刑法』三三三頁、『刑法総論上巻(全訂版)』(一九五八)四八九頁。
- (8) 福田平『全訂刑法総論(三訂版)』(一九九六)一七六頁。
- (9) Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung, in Hirsch-FS, 1999, S. 485ff., S. 493.
- (10) 「錯誤に基づく承諾」の問題に関する重要な文献として、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関大法学論集第三卷三・四・五合併号二七一頁以下、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第一号五一頁以下、林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』(一九九四)二二頁以下、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(一九九八)二二三頁以下。
- (11) Wolfgang Frisch, a. a. O. (9), S. 493f.
- (12) 「治療行為」「専断的治療行為」の問題に関する重要な文献として、町野朔「患者の自己決定権と法」(一九八六)、金沢文雄「医療と刑法」『現代刑法講座第一卷』(一九七九)一一五頁以下、大谷実「医療行為と法」(一九八〇)、西山雅明「治療行為と刑法」法学論集(西南学院大学)第二卷第三号二七一頁以下、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪」法学(一)第五五卷第三号八七頁以下、(二)第五五卷第四号八八頁以下など。

二 ドイツの刑法二二八条「同意傷害罪」

1 刑法二二八条の憲法上の問題と立法史

一 ドイツ刑法二二八条(同意傷害罪)は、「行為が、同意にも関わらず善良な風俗に反する場合には、被害者の同意に基づく傷害は違法である」旨を規定し、被害者の承諾のある身体傷害は、原則的に適法であるが、例外的に「行為が良俗違反」であれば承諾の効力が否定され、行為は違法とされるところとしている。

ところで、ドイツの基本法二条一項は、「各人は他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序又は道德律に違反しない限りで、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」と規定し、「道德律」が行動の自由を制限する理由であることを認めている。その限りでは、「良俗違反性」が身体法益の処分の自由を制限する刑法二二八条と整合性があるように見える。しかしながら、ドイツでは刑法二二八条に対してまさにその憲法(基本法)を盾にとって活発な批判が繰り返されてきた。刑法二二八条に対する批判は、主に以下の二点が挙げられている。

批判の第一は、刑法二二八条の規範内容が不明確であつて、罪刑法定主義の派生原理の一つで基本法一〇三条二項において規定されている「明確性の原則」に違反するといふものである。フリッツシュは、例えば性道德の領域において多様な考え方があることから分かるように、「良俗違反とはいったい何か」ということについて人々が抱くイメージがバラバラであることから、このような批判がなされることとしている。この問題に対して、多くの論者は刑法二二八条が明確性の要請との関係で緊張をはらんでいることを記憶しておき、この緊張を可能な限り和らげるように処罰範囲を限られた範囲にとどめておかなければならないと考えている。しかしながら、少数の論者は刑法二二八条と憲法上の明確性の要請とは決して両立し得ず、従つて刑法二二八条は憲法違反であると考えている。

批判の第二は、刑法二二八条における「法と倫理の混同」を問題にする。すなわち、この規定によれば承諾が無効とされ傷害罪として処罰されるかどうかを、直接に行為の倫理的評価に依存させてしまい、「可罰性を根拠づける文脈において倫理的カテゴリーを引き合いに出す」ことになってしまいが、それは望ましくないというのである。⁵⁾そこで、この批判をかわすためには、刑法二二八条の適用を例えば行為が法的に客観化可能な場合に限定する必要があるというような提案がなされるのである。⁶⁾

二 では、そもそもこのような刑法二二八条は、どのような議論を経て制定され、その後どのような改正提案がなされているのであろうか。ここで、一九三三年に刑法旧二二六条 a (現行二二八条) が制定されるまでの刑法草案と、その後の改正提案を概観する。⁷⁾

二〇世紀初頭から刑法改正についての審議の中で、身体傷害罪に関する問題も関心が払われてきたが、そこでは何よりも「治療行為」の取扱の問題が重要であると思われていた。多数説は、手術など治療侵襲は「治療目的」があることを根拠に、既に故意の身体傷害の構成要件に該当しない(治療行為非傷害説)と考えていたが、少数説は治療行為も傷害罪の構成要件には該当し、ただ医師の「業務権」などが正当化根拠になる(治療行為傷害説)としていた。議論の中で、治療行為の他には、人体実験や輸血、皮膚移植、去勢や断種、さらにはスポーツ傷害や保険金詐欺目的での傷害の取扱に関心が払われていた。

そのような状況の中で、まず「一九一三年委員会案」が、総則に一般的な「被害者の承諾」の規定はおかなかつたものの、各則に身体傷害に対して以下のような特別規定をおいた。その二九三条は「被害者の承諾を得て身体を傷害する者は、違法に行為するものではない。ただし、これは行為が承諾にも関わらず善良の風俗に反するときは適用されない」と規定していた。ここでは、レーゲアルティス(医療準則)に則って行われた治療行為は、「被害者の同意」によって正当化される(治療行為傷害説)という立場が前提と考えられていた。

続いて、「一九一九年草案」は、一九一三年委員会案二九三条は医師の治療行為が不可罰であることを示そうとしたものであるが、そもそも医師の治療行為はどんな場合でも傷害ではないので、傷害の可罰性を阻却するために被害者の承諾は必要ではないと考え、二九三条を削除した。しかし、専断的治疗行為は「意思の自由」を侵害するもので処罰されなければならないと考え、その立場から三二三条に「他人に対し、その意思に反して治療行為をした者」を処罰する規定を設けた。このように一九一九年草案は、治療行為はそもそも「傷害罪」の構成要件に該当せず、いわゆる専断的治疗行為も「身体傷害」が問題ではなく、せいぜい「自由に対する罪」の問題であると考え、「治療行為非傷害説」の立場に立っていたのである。

さらに、一九二二年の「ラートブルフ草案」から生まれた「一九二五年草案」は、「同意傷害罪」規定をもう一度復活させた。その二二九条は、「被害者の承諾を伴って身体傷害を為した者は、行為が承諾にも関わらず善良の風俗に反したときに限り罰せられる」と規定していた。なお、二三八条には「治療侵襲」の不可罰を定める規定がおかれ、治療侵襲の許容性は「医師の倫理」の観点からも決定されうるとしていた。このように二二九条の他に治療行為に関しては二三八条があったので、二二九条の適用領域は「スポーツ傷害」と「医学的な人体実験」のみの限られた適用領域が想定されていた。

その後、「一九二七年草案」は、「一九二五年草案」をほぼそのまま踏襲し、二六三条が治療行為に関する規定、二六四条が同意傷害に関する規定であった。

三 このような経過を経て、一九三三年五月二六日に刑法旧二二六条a「同意傷害罪」が規定された。⁸⁾ その文言としては、「罰せられる」が「違法に行為したものとする」に変更された。なお、学説の間では既に「治療行為はそもそも身体傷害の構成要件に該当しない」という見解（治療行為非傷害説）が圧倒的に優勢になっていたので、一九二七年草案の二六三条に相当するようない「治療行為」に関する特別な規定は設けられなかった。

四 なお、その後の改正提案は、以下の通りである。

まず、「一九六二年草案」はその一五二条に以下のような「同意傷害罪」規定を設けることを提案した。「行為は、以下のような諸事情、とりわけ行為者と被害者の動機と目標、並びに利用された手段と予見可能な侵害の範囲によれば、同意にも関わらず非難されるべき(いまわしい)(verwerflich)ものとされる場合には、違法である」。そして、一六一条に「治療行為」に関する規定をおき、病気や身体の苦痛等の予防や治療などの目的にふさわしいものであり、この目的で行われた治療行為は「傷害罪」に該当しないとし、専断的治療行為の処罰のために特別な規定を設けることを提案した。すなわち、一六二条で「専断的治療行為罪」を設け、その第一項は被害者の承諾なく病気等の予防や治療などのため治療行為を行った者は三年以下の軽懲役、拘留又は罰金に処すとしていた。第二項は、いわゆる「遅れると危険」な場合(同意が治療の延期によってのみ得られるが、延期すると死亡等の危険がある場合)には、第一項で処罰されないことを規定した。また、第三項は、患者が同意にとって本質的な事情に関して完全な説明を受けなかったため第一項の意味での同意があつたといえない場合でも、医師が患者に何らかの治療を行うことについて患者が同意しており、その治療行為は必要なもので、完全な説明を行うことがかえって患者に精神的な負担をかけるであろうことが予想され、患者が拒絶するであろう事情が特にない場合には、第一項によって処罰されないとした。

これに対して、「対案」(各論は性犯罪以外一九七〇年)は、その一二二条一項で「身体傷害は、被害者が同意していた場合には、違法でない」と規定した。ここでは、行為の「良俗違反性(Sittenwidrigkeit)」や「いまわしさ(Verwerflichkeit)」による承諾の有効性制限が取り除かれている点が特に注目される。そして、対案は一二三条で「専断的治療行為罪」の規定を設けた。第一項は被害者の承諾がなく治療行為を行った者は一年以下の懲役に処すとされた。第二項は親告罪の規定であり、第三項は「遅れると危険」な場合には同意はいらぬことを規定し、

第四項は治療の態様やあり得る結果などについて説明を受けた同意のみが有効であるが、説明することがかえって危険な場合には説明しなくことができると規定していた。

最後に、一九九八年の第六次刑法改正法で条文番号が二二六条 a から二二八条に変更され、「被害者」という言葉が Verletzte から verletzte Person に変更された。このときには、「専断的治療行為罪」という新たな犯罪類型が新設されることはなかった。

- (1) 樋口陽一／古田善明編『解説世界憲法集（改訂版）』（一九九二）一六五頁。
- (2) Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228 StGB), in Hirsch-FS, 1999, S. 485ff., S. 486.
- (3) Vgl. Schönke/Schröder/Stree 25. Aufl., 1997, §226a, Rn. 6.
- (4) Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 136ff, S. 140ff, S. 147ff, S. 156f, S. 161.
- (5) Wolfgang Frisch, a. a. O (2), S. 486f.
- (6) Claus Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtfertigende Merkmale im Strafrecht, Jus 1964, S. 379.
- (7) ドイツ刑法旧二二六条 a（現二二八条）の立法史と改正提案については、特に以下の文献を参照。Harald Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, S. 2ff. なお、木村亀二「被害者の承諾と違法性」『刑法解釈の諸問題第一巻』（一九三九）三二四頁以下もあわせて参照。
- (8) 町野教授によれば、一九三三年に刑法旧二二六条 a（現二二八条）が実定法化された主目的は、任意的な断種・去勢の合法性に関する疑問をのぞくことにあったことである。町野朔「同意傷害」堀内・町野・西田『判例によるドイツ刑法（総論）』（一九八七）三八頁参照。
- (9) 一九三三年制定後の状況については、特に以下の文献を参照。Hans Joachim Hirsch, LK 10. Aufl. 1989, §226a, Rn. 52.

2 問題類型と重要判例

一 さて、同意傷害の問題性を検討する際に、ドイツではどのような「事例群及び判例」が念頭におかれているであろうか。ロクシン¹⁾やゲーベル²⁾らの研究を参考にすると、おおむね以下のように整理できるであろう。

- ① 被害者の犯罪目的追求に役立つ傷害
- ② アブノーマルな性的欲求の満足のための傷害（サド・マゾ傷害など）
- ③ 生命に危険な喧嘩闘争と学生間の決闘
- ④ スポーツ傷害（特に格闘技やボクシング）
- ⑤ 去勢
- ⑥ 断種
- ⑦ 医学的適応性のない治療行為
- ⑧ 臓器移植目的での臓器摘出
- ⑨ 人体実験
- ⑩ （医学的適応性のある）治療行為と専断的治疗行為

二 まず、①「被害者の犯罪目的追求に役立つ傷害」における承諾の有効性が問題になる。このような事例の典型的なものには「保険金詐欺」である。被害者が誰かに頼んで自らの身体を傷つけて、保険金をだまし取ろうとした場合（詐欺罪）、情を知って被害者に協力した加害者は、被害者の承諾があるにもかかわらず「傷害罪」として可罰的なであろうか。

ここで、承諾の有効性に関して「行為の目的」を重視する論者は、行為の良俗違反性と承諾の無効、従って行為者の傷害罪による処罰に賛成する。その理由のもっとも大きなものは、「良俗違反性」は多義的な概念なのですべて

の人が明白に良俗違反とするものに処罰は限定されなければならないが、「犯罪目的追求に役立つ行為」が良俗違反であることは誰も異論なく認めるだろう³⁾ということである。

なるほど、罪刑法定主義上の「明確性原則」との関連だけでいえば、この類型は良俗違反性を肯定しやすいであろう。単なる「倫理、道徳」からでなく、まさに「法的に」その行為が「否認」されるのは明白だからである。しかし、問題はそのような行為は本当に「傷害罪」として可罰的なのであるかという点にある。ベルツも指摘するように、本来被害者の犯罪（詐欺罪）に対する「幫助犯」としてのみ処罰されるべきものを、被害者の承諾を無効とすることによって「傷害罪」として処罰することになってしまふのではないかが問題なのである。

三 次の②「アブノーマルな性的欲求の満足のための傷害」は、①に比べて行為が「法的に否認」されるというより「倫理的に否認」されるという点が前面に出てくる類型である。ここで、注意すべき点は、ドイツでは我が国と異なり、この類型は後述する判例がそうであったことから、もっぱら「重大な後遺症のない」性的行為を念頭において議論されているということである。

この類型に属する判例として、まず、ライヒスゲリヒトの一九二八年の「サド・マゾ傷害事件」では、被告人は被害者である娘をサディスティックな態様で、すなわち痛みを加えることによって性的に興奮するために、ひっきり、つねり、切り傷をつけ、殴った⁴⁾。この事件は、一九三三年に刑法旧二二六条a（現二二八条）が導入される以前のものであるにもかかわらず、既にこのような行為は良俗違反であると判断されていた。

また、ライヒスゲリヒト時代の判例で、性感を高めるため、性的な刺激のために患部に遠隔作用を引き起こす目的で、同意を得て女性の陰部をマッサージした医師である被告人に傷害罪を成立させたというものがある⁵⁾。アルツトは、この判決は身体の完全性に対する侵害のためにはなく、態度のいかげしさのためにのみ行為者の処罰が行われたと批評した⁷⁾。ゲーベルもアルツトに賛成し、同意限界を侵害の強さに関係づけるならば、侵襲の些事とい

う観点から同意は可能な事案であったとした。^⑧

四 次に、ドイツの判例は、③「決闘」が問題になる場合でも、「学生の決闘」は良俗違反ではなく承諾の効力は否定されないが、敵意を持つ者同士での「喧嘩闘争」は良俗違反であって承諾による正当化は否定され傷害罪になるとしている。

まず、前者の「学生の決闘事件」^⑨は、被告人は一九五一年始めから三件の学生決闘 (Bestimmungsmensur) を行った。その際武器としてサーベルが使用されたが、決闘者は生命に危険な傷害から我が身を守る防具をつけていた。ラントゲリヒトは決闘罪について被告人を無罪としたので、検察官が上告した。BGHは、刑法旧二〇五条決闘罪にいう決闘 (Zweikampf) は「武器による生命に危険な決闘」という意味であるが、それだけを見れば生命に危険な武器を用いた場合でも両者が合意している決闘の規則が十分な安全措施を講じている場合にはこれに該当しないとされた。さらに、刑法旧二三三条 a (現二二四条) 「危険傷害罪」についても、学生決闘による傷害が「危険傷害罪」の構成要件に該当することは確かであるが、被害者の承諾によって違法性が阻却されるかが問題であり、行為の良俗違反性が問題になるが、BGHは以下のように述べて良俗違反性を否定した。刑法旧二二六条 a (現二二八条) は、傷害行為が承諾にも関わらず反道徳的であるときには可罰的であり、そうでないときには不可罰であるとしているが、このような道徳律の援用は法治的観点からは問題がないわけではない。本条のように不明確な規定は、被告人に有利なように、狭く解釈されなければならない。従って、すべての妥当かつ公正に考える人々の礼節の感覚によれば、疑いなく刑事的に「当罰的 (strafwürdig)」な不法であるものだけが良俗違反になりうる。学生決闘はこのような場合でない。

他方、後者の「喧嘩闘争事件」^⑩では、被害者はほろ酔いの状態で被告人に喧嘩を売り、それが拒絶されると臆病者とののしって被告人を挑発した。そこで、被告人は被害者の頭部に拳骨を食らわせ、被害者は脳内出血によって

死亡した。BGHは、敵意から生まれ身体もしくは生命に対する深刻な危険をもつ闘争は、刑法旧二二六条a（現二二八条）において基準となる人間の共同生活の基礎にある人倫秩序（*sittliche Ordnung*）と全く調和しないとして、「被害者の承諾」による正当化を否定した。さらに「義務違反欠落の理論」すなわち、「特別の前提のもとで、誰かがある一定の危険を明確に認識して甘受し、行為者が一般的な注意義務を満たした場合には、態度の義務違反性は否定されうる」と述べ、本件においては、被害者が被告人に喧嘩を売ったという事実が被告人の一般的な注意義務を変更するものではないとした。

なお、④「スポーツ傷害」においても、レスリングやボクシングなど直接故意で相手方を傷害することを内容とする「格闘技スポーツ」は、故意の傷害ないし傷害致死において被害者の承諾は有効であるかという問題を生じる。このような類型は「一定のルールの上での格闘」という点で、「学生の決闘」の事案と類似性があるが、特にスポーツが社会生活の中で有する価値という側面をも考慮して、行為の良俗違反性と承諾の有効性が論じられる。

これらの問題について、ゲibelは、承諾の対象は結果でなければならないことから刑法旧二二六条aにおいては被害者は自己の身体の完全性に対する侵害を望んでいなければならないとし、飲酒運転への好意同乗やスポーツ傷害、そして学生の殴り合いの決闘などでは厳密な意味での「承諾」はないので「真正な被害者の承諾論」が問題になるのではないとする。そして、これらの事例は「被害者の自己答責性」の問題において考慮されるものであるとしている。

五 次に、生殖腺を取り除くか、継続的にその機能を不全にする⑤「去勢（Kastration）」について、ドイツでは、一九六九年に制定された「任意的去勢に関する法律」が「アブノーマルな性行動をとる二五歳以上の男性」に対して以下のような要件のもとで去勢が行えると規定した。すなわち、関係する重い病気を防ぐという医学的な理由もしくは性犯罪を行うおそれを取り除くという刑事学的理由があり、去勢についての説明を受けた上での本人の同意

があり、医学的に認められた方法で去勢が行われることが必要である。それ故、それ以外の去勢だけが刑法二二三条（傷害罪）以下の構成要件に該当しうることになるので、刑法二二八条の適用可能性が問題になりうるのである。¹⁴

また、精索・卵管の中断など生殖腺は取り除かないで単に生殖機能や受胎能力を失わせるだけの優生手術、いわゆる⑥「断種（Sterilisation）」については¹⁵、ドイツでは「任意の断種」が良俗違反であるかは争われている。

一九六四年の「任意の断種事件」¹⁶では、一九四三年に追加された刑法旧二二六条b（生殖能力の破壊）が、一九四六年一月三〇日に管理委員会の法律第一一号によって廃止されたことによって、任意の断種はそもそも構成要件該当性がなくなったとした。これに対して、学説は、断種は刑法旧二二四条（現二二六条）の重傷害の構成要件に該当するとしており、その正当化のためには「被害者の承諾」が必要であると考えている。¹⁷ その際、選択の余地を残す適応性（Gefälligkeitsindikation）¹⁸ が特に問題となるといわれる。

六次に、⑦「医学的適応性のない治療侵襲」が問題になる。性転換手術や豊胸手術などの美容整形手術が考えられる。その他、ドイツではこの類型に属する判例として、以下のものがある。

「抜歯事件」¹⁹では、被害者は原因不明の頭痛に悩まされており、それは虫歯が原因であると思いきんでいた。歯科医である被告人は、歯が頭痛の原因ではないと被害者に説明したのだが、被害者は納得せず執拗に抜歯を要求した。そこで、被告人は、医学的適応性がないにもかかわらず、被害者の求めに応じて歯を抜いた。BGHは、以下のようにして、被害者の同意を無効であるとした。被害者には、抜歯のために必要な判断力がなかった。被害者からすれば、確実な見込みではないにしても全くないとはいえない治療の見込みが問題だったのであり、被害者の同意はこの意味で「治療的侵襲」に対して与えられたのである。これに対して、被告人の抜歯行為は「治療的侵襲」を意味していない。また、被告人が、抜歯には「医学的適応性（必要性）」がないことを説明したことは、法的には重要でない。重要なのは、被告人は「説明義務」を尽くしていなかったということである。

なお、ゲーベルは、このような事案では、「医学的適応性」が全くないので、「優越的利益」がなく、従って「刑法三四条（正当化的緊急避難）の類推による正当化」はあり得ないとし、「被害者の承諾」による正当化を考えるしかないとする。そして、ゲーベルは、たしかに抜歯は重大な傷害なのだが現代の義歯の補装具学によればその影響は取り除かれうるので、刑法旧二二四条（現二二六条）の意味での永続的で修復不可能な傷害とは見なされず承諾は可能なのだとしている。

七 さらに、⑧「臓器移植のための臓器摘出」や⑨「人体実験」、⑩「医学的適応性のある」治療行為」と「専断的治療行為」も問題になるが、これらの問題については事案の特殊性を考慮して「被害者の承諾論」以外の観点からの検討も重要になる。詳細な検討は別稿にて行うことにする。

- (1) Claus Roxin, Verweillichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtfertigende Merkmale im Strafrecht, Jus 1964, S. 373ff.
- (2) Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 56ff.
- (3) Claus Roxin, a. a. O (1), S. 379.
- (4) Ulrich Bertz, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, S. 146f.
- (5) RG JW 1928, 2229. Vgl. Ulrich Bertz, a. a. O (4), S. 147.
- (6) RGSt 74, 91, 94.
- (7) Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 37.
- (8) Alfred A. Göbel, a. a. O (2), S. 57. なお、ゲーベルは「刑法一七四条以下（性的自己決定に対する罪）として処罰できない事例を刑法一八五条以下（侮辱に対する罪）という回り道をして処罰することは妥当でないというBGH判例に賛成して、刑法旧二二六条a（現二二八条）に性的自己決定に対する罪の「代打」の役目を割り当てて「傷害罪」として処罰することがなすべきではない」として（S. 57）。
- (9) BGH Urteil vom 29. 1. 1953, BGHSt 4, 24.
- (10) BGH Urteil vom 22. 1. 1953, BGHSt 4, 88.

- (11) もっとも、前述した「学生決闘事件」では、「学生決闘」を行う動機はスポーツ的などころにだけ求められるのではなく、「身分論理」「身分的特権の復活」という特殊な事情があることが指摘され、「学生決闘」と「スポーツ」との違いが述べられている。(BGHSt 4, 24, 27)。
- (12) 「スポーツ事故」に関する我が国の重要な文献として、須之内克彦「スポーツ事故に対する法的処理の現状」(中山研一先生古稀祝賀論文集第四卷)(一九九七)、三三五頁以下、十河太郎「危険の引受けと過失犯の成否」(同志社法学五〇巻三号三四一頁以下、神山敏雄「危険引受けの法理とスポーツ事故」(宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第三卷)(二〇〇〇)一七頁以下などを参照。
- (13) Alfred A. Göbel, a. a. O (2), S. 56f.
- (14) この点、ゲーベルは「いずれにせよ『侵襲の重大性』という観点から、『去勢』は単に『被害者の承諾』だけで正当化はできないが、刑法三四条(正当化的緊急避難)を類推しての正当化があり得るとし、『生殖器の癌の手術』を例として挙げている。Alfred A. Göbel, a. a. O (2), S. 58.
- (15) ちなみに、わが国の「母体保護法(旧優生保護法)」では、「生殖腺を除去することなしに生殖を不能にする手術で厚生労働省令をもって定める不妊手術」は、妊娠または分娩が母体の生命に危険を及ぼすおそれのあるときか、現に数人の子供を有しかつ分娩ごとに母体の健康度を著しく低下するおそれのある場合、本人および配偶者(事実上の婚姻関係にあるものも含む)の同意を得て行うことができる(同法三条)。そして、「この法律の規定による場合以外に、故なく生殖を不能にすることを目的として手術またはレントゲン照射を行ってはならない(同法二八条)」とし、これに違反した場合は、「一年以下の懲役または五十万円以下の罰金」(死亡させてしまった場合は三年以下の懲役)に処せられる(同法三四条)と規定している。
- (16) BGH Urteil vom 27. 10. 1964, BGHSt 20, 81.
- (17) Vgl. Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1998, S. 113.
- (18) ここでも、ゲーベルは侵襲の重さのために単なる「被害者の承諾」はもはや問題にならず、三四条の類推による正当化が問題になるだけであるとす。医学的適応性のある断種は問題ないが、Gefährdungsindikation の場合には争いがあり、断種は避妊薬の使用など他の避妊方法と同様に、医療準則に則った場合のみ許容されるとす。Alfred A. Göbel, a. a. O (2), S. 59.
- (19) BGH Urteil vom 22. 2. 1978, BGH NJW 1978, 1206 = Jus 1978, 710. のように、本判決の論点は、第二に同意能力(必要判断力)の有無、第二に同意は「治療的侵襲」のみに対して与えられたということ、第三に被告人は、「説明義務」を尽くしていなかったという三点である。これらの問題について山中教授は、第二の点についていえば、抜歯そのものの意義につい

ては被害者に明確な知見があったことは否定できず、問題はその副次的効果として頭痛が除去されるかについての錯誤が法益関係的な錯誤といえるか否かであるとする。そして、一般的にはこれも法益関係的な錯誤として同意を無効と考えることができるが、本件ではそもそも被害者に錯誤があったといえるかどうか疑問が残るとしている。また第三の点に関しては、説明義務を尽くしたにもかかわらずなお患者が不合理な願望を抱いて侵襲に同意したとすれば、同意能力が欠けていない限り、その願望を考慮して現実の結果との齟齬を認定することは、むしろ恣意を保護することになるであろうとしている。山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関大法学論集第三三卷二・四・五合併号二七二頁以下。

(20) Alfred A. Göbel, a. a. O. (2), S. 60f.

(21) ドイツの臓器移植法に関して、佐久間修「臓器提供における被害者の意思」『香川達夫博士古稀祝賀』(一九九六)二二頁以下を参照。なお、ゲーベルは、臓器摘出(特に腎臓摘出)の場面では、寄贈者の侵襲の重さ、危険性と獲得された臓器の予期される効用の間で利益衡量がなされるべきであるとしていた。Alfred A. Göbel, a. a. O. (2), S. 60.

(22) ゲーベルは、「人体実験」に関連する重大な傷害が問題になる限りで、被検査者の損害の重大性と実験において期待された利益と具体的な応用可能性が利益衡量されるべきであるとしている。Alfred A. Göbel, a. a. O. (2), S. 59.

(23) 「治療行為」「専断的治療行為」の問題に関する我が国の重要な文献として、町野剛「患者の自己決定権と法」(一九八六)、金沢文雄「医療と刑法」『現代刑法講座第二巻』(一九七九)二二五頁以下などを参照。

3 学説の展開

一 では、これらの事例群に対して、学説はどのような観点から解決を図ることを提案しているのであろうか。ドイツにおける同意傷害の良俗違反性を巡る議論は、①行為目的を重視する見解②分別のある人の承諾といえるかという基準による見解③身体傷害の重大性を重視する見解の三つに大別できる。以下では、それぞれの説の代表的論者の見解を概観する。

二 まず、ロクシンは刑法旧二二六条a(現二二八条)が憲法違反ではないかが争われているが、それはこの規定において確かな価値基準を見つけたことが困難であり、処罰範囲の「明確性の問題」が存在するからであるとす

る。良俗違反性は、判断にとつての制定法上の手がかりがなければ、単なるモラルに対する感覚から導き出されてしまふかもしれない。身体傷害における特別な良俗違反性、すなわち特別な質のモラル違反性を裁判官個々人の評価にゆだねてしまふわけにはいかない。そのようにすることは憲法違反であろう。従つて、可罰性は良俗違反であるとの判断が明確に一義的に客観化可能な状況に限定されなければならぬ¹⁾。

それでは、どのような場合がそれに該当するのであるうか。ロクシンによれば、問題となる事例状況は①犯罪目的のための傷害②生命に危険のある喧嘩闘争③アブノーマルな性欲満足のための傷害④合意による断種⑤学生間の決闘の五つが考えられるが、このうち良俗違反であるのは①から③までの三つであり、④と⑤はそうはいえないとした²⁾。

①の「被害者の犯罪目的に役立つ身体傷害」の具体的な事例としては、保険金詐欺と兵役義務の忌避が挙げられている。そして、「犯罪を可能にするのは良俗違反である」ということは、単なる主観的考への問題ではなく、法秩序の価値基準によれば争いのないところであり、どの裁判官でもみなそう考へるであろうとしている³⁾。

②の「生命に危険な喧嘩闘争」においては、たとえ関与者が自己の具体的な危殆化に同意していたとしても、行為は良俗違反であるとしている。彼は、その理由を刑法二一六条（要求による殺人罪）から引き出されるとする。立法者は、生命を放棄することの出来ない個人的な法益であると見ていた。身体傷害は、それ自体を越えて他の法益、すなわち放棄不可能な生命が脅かされる場合には、同意があつたとしても法秩序からは否認されるのである⁴⁾。

③の「アブノーマルな性欲を満足させる目的での傷害」については、これは刑法田二二六条a（現二二八条）が制定される以前から判例において良俗違反であると見なされてきたものであり、良俗違反であることは十分に明確であるとしていた⁵⁾。

しかし、ロクシンは近年③の領域については、かつての見解を変更するに至つた⁶⁾。サドマゾ的傷害における同意

は有効である。なぜなら、そのような私的な行為は社会侵害性と関連をもたないし、立法者のな否認もこのような態度様式においては明白ではないからであるとした。

三 次に、ベルツは、刑法旧二二六条 a (現二二八条) における行為の良俗違反性は、「行為者の動機と、行為でもって追求された彼の目的」によって決定されるとする。行為が目的や動機を考慮することなく、従って外的な事象経過のみで良俗違反であるとされ得るかどうかは未決定であるかもしれないが、いずれにせよ行為の判断のために行為者によって追求された目的に照準を合わせることは許されなければならない。目的的行為論は、外的な行為は行為者によって設定された目的によってはじめてその意味内容を獲得するとしていた。外的には身体侵襲を意味する行為は、医学的適応性があるのなら社会的に意義を認められるであろうし、反対にサディスティックな動機から実行されたのであれば社会的に否認されるであろう。

被害者の承諾における良俗違反性による制限は、単に「身体傷害に対する罪」の領域においてのみ妥当し、他の法益への侵害に対する承諾へは拡張されない。

しかし、身体傷害の場合においても、良俗違反性が明らかなのは①「犯罪目的のための傷害」と②「アブノーマルな性欲の満足のための傷害」の二つだけであり、しかもそのような良俗違反的な目的が行為の実行の最も重要な根拠であった場合である。そして、このことについて以下のように補足する。

①の場合には確かに良俗違反性をもっとも明確に客観化できる場合であろうが、行為者の処罰のためには実は刑法旧二二六条 a (現二二八条) は必要ではない。なぜなら、犯罪目的が達成された場合には行為者は少なくとも被害者によってなされた犯罪の補助として可罰的であり、達成されなかった場合でも未遂になるからである。

また、②について以下のように述べている。関与者の相互の合意があり、公然と行われたものでなく、未成年者への性的暴行でなく、持続的な身体傷害がなければ、アブノーマルな性欲満足のための傷害行為は良俗違反ではあ

るが当罰的 (strafwürdig) でない。また、ホモセクシャルの場合にも、同様のことが重要である。それら二つの場合は、前述した要件が満たされるならば立法論的には不可罰にすべきである。なぜならその場合には関与者の個人的な利益のみ関係しているからである。⁽¹⁰⁾

重要なことは、彼はロクシンとは異なって、「生命に危険のある傷害」の場合を良俗違反であるとはしていないということである。この場合に良俗違反性を否定する理由としては、「生命に危険のある手術」は刑法二二三条(傷害罪)の構成要件を満たすが、同意によって正当化されるとこれまでの判例は見てきたこと、およびこの場合を良俗違反としてしまうとボクサーは刑法二二三条以下によって処罰されざるを得なくなるからであるとしている。刑法二一六条(要求による殺人)は直接故意の殺人にのみ関係するのであり、たとえ被殺者の要求があっても殺害は禁止されるといふ思想は、身体傷害の良俗違反性判断に移行させることは出来ないとする。⁽¹¹⁾

最後に、正当化根拠としての被害者の承諾の意義にとっては、「承諾自体が良俗違反であったかどうか」は、全く重要性をもたないとしている。⁽¹²⁾

四 さらに、フリッツシュは、「その承諾は分別のある人 (vernünftige Menschen) の自律的な自己決定といえるだろうか」という観点で良俗違反による承諾の有効・無効の区別基準になるとする。彼によれば、その承諾が分別のある人の自己決定とはみなし得ないならば、それはもはや「何らかの誤解や短絡的な考え」の表明にすぎず、その承諾に正当化の効果を持たすことはできない。そして、「被害者がもう一度分別を持ったときに、当時の彼の決断が拒否されたことが喜ばしいことであった場合」に、この判断方法が正しいものであったと分かつている。⁽¹³⁾

それでは、どのような場合が「分別のある人の自律的な自己決定ではない場合(良俗違反として承諾が無効なものとされる場合)」なのであろうか。彼によれば、「被害者の分別のない自己決定(承諾)はかなえられなかったが、そのおかげで彼の財は保持されたという被害者の利益」が、「被害者の財は侵害されてしまったが、彼の決断の分別

のなきには注意が払われずに行為者が被害者の自己決定に従って来たという被害者の利益」よりも明らかに大きい場合がそうであり、それはよほど限られた場合にだけそういえるのだとする¹⁴。具体的には「重大な身体傷害」、とりわけ「明白な、あるいは理解可能な根拠なく要求された、不可逆的な結末を伴う重傷害」がその例であり、分別のある人ならば特別な根拠なく彼の存在の本質を脅かす重大な身体傷害(重要な臓器の摘出や体の一部の切断など)を承諾するはずがないからというのがその理由である。このような承諾は、「大きな誤解のもとで、又は妄想にとらわれて、又は自己破壊的な力に駆り立てられて」なされた決断であり、分別のある者の、分別を持った決断ではなかったのだとしている¹⁵。

一方、「軽い一時的な傷害」に対する承諾の場合には、その承諾が分別のある人の決断の表明として理解可能でないから無効であるという判断はほとんどなされないとする。彼によれば、「軽い一時的な傷害」の場合には、病気の進行を妨げるために治療を受けたり、臓器の提供によって他人の役に立ったり、自分の外見を改良するために美容整形手術を受けたたりすることだけが承諾の有効性の根拠となるのではなく、単なる肝試しやある種の欲求(性的欲求のようなものでも良い)の満足のためというのも、分別のある人の承諾の根拠になりうるものである。このことから、ドイツの古い判例や学説で良俗違反性の典型事例とされた「被害者に軽い傷害を与える」(SM事例)は、たとえ「ある種の倫理」に反していたとしても、なお刑法上は良俗違反とはされないとする¹⁶。

このように、彼の見解においては「重い傷害」か「軽い傷害」かの区別が決定的なように見えるが、彼によればそのような分類さえも判断の一応の大きな枠組みを与えるだけである。分別のある人の自己決定として承諾の合理的な根拠とされるものは、変更不能なものとして確定しているのではなく、時代や文化に影響され変化しうるものなのである。このことは、例えば「重い傷害」の事例であっても、敵を傷害することを競うある種の「格闘技スポーツ」などの場合に、競技者の一定の「展開可能性(行動の自由)」を承認して、そのようなイベント(行事)の

枠内であれば、身体傷害・危殆化にも有効に承諾できることを思い浮かべれば明らかであるとしている。¹⁷⁾

五 これらの見解に対して、ヒルシュは「重大な傷害」かどうかを区別基準に掲げている。

まず、彼は身体傷害においては殺人が問題になる場合と異なり、被害者の意思を尊重するかしないかの二者択一の問題ではなく、限定的に尊重するか無限定に尊重するかであるとする。¹⁸⁾

無限定に尊重する説すなわち同意傷害において承諾の有効性に全く制限を付けない考え方は以下の二つがある。一つは「一九七〇年対案の一二二条一項」が同意傷害を規定して身体傷害においては法益処分に一切の制約がないとしていることであり、もう一つはルドルフ・シュミットが刑法旧二二六条a（現二二八条）は「合意による断種」が不可罰なることを防ぐというナチス第三帝国の人口政策の産物として設けられた規定であるから今日ではこの条項は妥当なものでなく、身体傷害において「良俗違反性」による処分権制限を行う必要はないとしたことである。¹⁹⁾

しかし、「良俗違反性」による法益処分の制約を「ナチスの思想的産物」と見たシュミットの見解は誤りである。それは刑法旧二二六条a（現二二八条）の立法史を見れば分かる。すでに一九一三年委員会案二九三条、一九二五年草案二二九条、一九二七年草案二六四条にも同意傷害において「良俗違反性」が処分権を制限することが規定されているからである。²⁰⁾

身体傷害において、被害者の意思は限定された範囲で尊重すべきであり、その制約は「重大な傷害」ということである。「成年者は原則として自己の身体の完全性を自由に処分できる」というのは、自損行為と他害行為の区別を行わないもので不当である。自傷行為は不可罰であるが、他方、合意のある他人の身体の重大な傷害は可罰的であるとするに矛盾はない。要求による殺人の場合と同様に、同意傷害の場合であっても、同胞の身体の完全性の尊重ということに対して、社会は責任を持つ。故意の殺人の場合には、同意による正当化は全く排除されるが、身体傷害の場合には、侵害の程度は様々であり得るのであり、不可罰の領域も存在する。「身体の完全性の中核領域」

への侵害だけを「タブー視」する必要があるので、それ以外ならば同意によって身体傷害は不可罰になりうるのである。²¹

六 最後に、ゲーベルは「良俗違反性概念」の意味内容を考えるために、以下のような事例を挙げている。「Aは、医師Cの妻Bの愛人である。Cを「やっかい払い」するために、AとBは、以下のような計画を練った。それは、Bに対してCが殺人未遂を行ったと見せかけようとして、AがBに少量のモルヒネを注射するというものである。計画通り、AはBにモルヒネを注射した。ところが、そのあと警察に訴え出る前に、BはCと和解してしまった。Bが少量のモルヒネ注射には承諾していたにもかかわらず、Aは傷害罪として可罰的であろうか。」²²

この問題において、行為の良俗違反の基準に関して「行為の目的」を重視する説は、Bの承諾は行為によって追求しようとした目的が許容しがたいものであるから無効であり、Aは傷害罪として可罰的であるとするのである。同様に、この説からすれば、「行為の目的」が「犯罪目的」や「アブノーマルな性的欲求の満足という目的」の場合にも、承諾は無効なものとされ、行為は傷害罪として可罰的とされる。²³

他方、行為の良俗違反性の基準として「身体傷害（法益侵害）の重さ」に着目する見解は、「傷害の目的」自体はさしあたり二次的なものに過ぎないとする。そして、良俗違反性は「軽い傷害」の場合にはア・プリアリに排除されるのに対し、「重い傷害」の場合には通常肯定される。この見解によれば、上述した事例はBの承諾はなお有効とされ、Aは不可罰とされるであろう。²⁴

そして、ゲーベル自身は後者の見解を妥当とし、刑法旧二二六条a（現二二八条）の良俗違反性は「身体の完全性に対する侵襲の重さ」が基準とされるとして、その理由を以下のように説明する。「被害者の単なる意思に基づいて実行される殺害は許されない。要求による殺人を不可罰にすることは、社会の平穏を著しく危険にする」という価値観がドイツ連邦共和国の社会に深く根を下ろしている。この価値観は一般の人にとって精神的な財であり、そ

れが刑法二一六条（要求による殺人罪）の処罰根拠である。この思想は、刑法旧二二六条a（現二二八条）にも援用される。生命だけでなく、身体の完全性の中核領域も人の自己決定の基礎である。現在の社会においては、重い取り返しのつかない傷害は、たとえ被害者の意思に合致していたものであっても、一般に許されないと考えられている。従って、少なくとも刑法旧二二四条（現二二六条、重傷害）の意味における傷害は良俗違反であり、その承諾は無効である。もし仮に社会が「身体の完全性に対する些細な侵襲でも重要である」というように価値観が変化すれば、それに伴って良俗違反性（従って承諾の有効性）も変化する。その限りでは、限界は流動的である。²⁵⁾

このように、承諾の有効性の範囲が決定されるので、例えば被害者が家族の命を救うために自分の腎臓を提供するような臓器移植（のための臓器摘出）などで、被害者の承諾はそれ単独では犯罪を阻却する効果を持たない。なぜなら、身体の完全性に対する重い侵襲が存在するので、被害者は有効に承諾し得ないからである。しかし、被害者の承諾に、行為者の不可罰を導くための付加的な根拠を付け加えることは出来る。家族の命を救うという目的や医学的適応性などである。このような判断は、刑法三四条（正当化的緊急避難）の類推による正当化であり、ここでは侵害された財とそれによって追求された目的とが衡量される。しかし、いずれにせよ「被害者の承諾」の直接的な適用領域からははずれる。なぜなら、「被害者の承諾論」の特徴は「個人の意思がそのみで行為者の犯罪阻却を導く」ということだからである。それ故、重大な身体傷害の場合には、殺人の場合と同様に、「被害者の承諾」は無効とされるのである。²⁶⁾

(1) Claus Roxin, *Verweilichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtfertigende Merkmale im Strafrecht*, Jus 1964, S. 373ff., S. 379.

(2) Claus Roxin, a. a. O (1), S. 379.

- (3) Claus Roxin, a. a. O (1), S. 379.
- (4) Claus Roxin, a. a. O (1), S. 379.
- (5) Claus Roxin, a. a. O (1), S. 379.
- (6) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 3. Aufl. (1997), S. 475. (§13, Rn. 38.)
- (7) Ulrich Berz, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, S. 145f.
- (8) Ulrich Berz, a. a. O (7), S. 149f.
- (9) Ulrich Berz, a. a. O (7), S. 146f.
- (10) Ulrich Berz, a. a. O (7), S. 147.
- (11) Ulrich Berz, a. a. O (7), S. 148f.
- (12) Ulrich Berz, a. a. O (7), S. 150f.
- (13) Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung, in Hirsch-FS, 1999, S. 485ff., S. 495.
- (14) Wolfgang Frisch, a. a. O (13), S. 496f.
- (15) Wolfgang Frisch, a. a. O (13), S. 499f.
- (16) Wolfgang Frisch, a. a. O (13), S. 500f.
- (17) Wolfgang Frisch, a. a. O (13), S. 502f.
- (18) Hans Joachim Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in Welzel-FS, 1974, S. 775ff., S. 797.
- (19) Hans Joachim Hirsch, a. a. O (18), S. 797f.
- (20) Hans Joachim Hirsch, a. a. O (18), S. 798.
- (21) Hans Joachim Hirsch, a. a. O (18), S. 798f.
- (22) Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 48.
- (23) Alfred A. Göbel, a. a. O (22), S. 49.
- (24) Alfred A. Göbel, a. a. O (22), S. 50.
- (25) Alfred A. Göbel, a. a. O (22), S. 54f.
- (26) Alfred A. Göbel, a. a. O (22), S. 55.

三 我が国の同意傷害に関する議論

1 主要判例

一 さて、日本では同意傷害に関して、どのような判例が存在するのであろうか。我が国の同意傷害に関する判例は、性的倒錯事例、スポーツ傷害事例、医学的適応性のない手術事例、軽度の傷害事例の四つに大別できる。

二 まず、「性的倒錯（SM行為）事例」としては、以下のものがある。

① 「性交中の手による絞殺事件」¹では、被告人は内縁の妻で被害者である女性と性交中に快感を増大させる目的で彼女の承諾を得て首を手で絞めて誤って窒息死させてしまった。裁判所は「婦女の首を絞める」のは「暴行行為」であるが、首を絞めることについて「相手方の要求もしくは同意を得ている」ので暴行罪は成立しないと、また被告人が被害者との性交においてしばしば彼女の首を絞めたことがあり、その時はいずれも彼女が死亡するに至らなかったから致死につき「不確定犯意又は未必の故意」があったとはいえないとして「過失致死罪」で処罰した。ところが、② 「性交中の紐による絞殺事件」²は、①とほぼ同種の事案で、紐で首を絞めて死なせてしまったのだが、裁判所は「たとえ首を絞めることについて被害者の承諾があっても、行為態様が善良な風俗に反するか、社会通念上相当な方法・手段、法益侵害の限度を超えた場合には違法性は阻却されない」とした上で、本件のように「紐で首を絞めるのは、手で絞めるのとは異なり、生命に対する高度の危険を含んでいるから暴行の違法性は阻却されない」として、「傷害致死罪」で処罰した。さらに、③ 「性交中のナイロンバンドによる絞殺事件」³も、これらとほぼ同種の事案で、ナイロン製バンドで首を絞めて死なせてしまったのだが、「違法性が阻却されるためには、被害者の承諾だけでなく、その行為が社会的に相当と評価されることを要する」とした上で、「本件絞頸行為の

態様は窒息死のおそれが強く、加害者被害者ともに危険性の認識を欠如するか希薄なことが通常であるから生命侵害の危険性はさらに強まる」とし、違法性阻却を否定して、「傷害致死罪」で処罰した。最後に、④「性交中のロープによる絞殺事件」も、以上とほぼ同種の事案で、首にかけたロープが強すぎたため被害者を死なせてしまったのだが、「被害者の承諾により違法性が阻却されるには、その行為が社会的相当性の範囲内にあることが必要である」とした上で、「生命の危険や身体の重大な損傷の危険を伴う行為は社会的に相当な行為であるとはいえない」とし、「傷害致死罪」で処罰した。

以上のように、これら「性的倒錯」に関する判例では、手で首を絞めた最初の①の判例だけが「暴行」に対する承諾はなお有効であるとして「過失致死罪」で処断したのに対し、その他の三つは「何らかの道具」を用いた場合には力加減が難しく、それに応じて「生命に対する危険」が高まるということを主な理由として承諾を無効とし、結局「傷害致死罪」で処罰した。

三 また、格闘技スポーツなど「スポーツ傷害事例」においても、被害者の承諾と行為者の傷害致死罪による処罰が肯定されている。まず、⑤「ワンダーフォーゲル部しごき事件」⁵は、東京農大のワンダーフォーゲル部で、しごきによって新入生を死亡させたしまった事案であるが、裁判所は、「仮に被害者の殴ってくださいという言葉が真意であったとしても、激励等そのほかの方法があるのにためらいもなく殴打したものであり、正当化されない」として「傷害致死罪」を認めた。また、⑥「空手練習中の傷害事件」⁶は、深夜、路上で知人と空手の練習中、興奮のあまり一方的に殴打して相手を死亡させたしまったという事案であるが、「不相当な場所で正規のルールに従うことなく、危険な方法、態様で練習したもので、社会的相当行為の範囲に含まれない」として傷害致死罪で処罰した。さらに、⑦「日本拳法部しごき事件」⁷は、大阪経済法科大学の日本拳法部の部員が退部届けを出したところ、上級生の部員が立腹し、稽古の名目で制裁としての暴行を加え、被害者を死亡するに至らしめたという事案であるが、

「スポーツとして行われる格闘技及びその練習が正当行為として違法性を阻却されるためには、スポーツを行う目的でルールを守って行われ、かつ相手方の同意の範囲内で行われることを要する」とした上で、本件はこれらの要件を満たさないもので「正当行為」とは認められず、また、被害者は被告人の「稽古」の申し出を明示的には拒絶していないけれども拒絶できない立場にあったことから被害者に「真意に基づく同意」があったとは認められないとし、「傷害致死罪」で処罰した。

四 さらに、「医学的適応性のない手術事例」としては、以下の二つの判例がある。まず、⑧「豊胸手術事件」では、フィリピン人である被告人が医師免許を有していないのに千葉県内のバブで稼働していたホステスの女性に美容整形手術と称して医行為を行い、豊胸手術を受けた被害者を手術侵襲と麻酔薬注入に基づくアレルギー反応によりショック死させてしまい、医師法違反及び傷害致死罪に問われた。弁護人は、医師法違反の点についてはともかく、手術に対しては「被害者の承諾」があり違法性が阻却されるべきであると主張した。裁判所は「被害者の承諾」について、被害者は、本件豊胸手術を受けるにあたり被告人がフィリピン共和国における医師免許を有している者と受け取って承諾したものであること、一般的に豊胸手術を行う上で必要な検査や問診をしたり医療上必要な措置や準備をしないまま滅菌管理の全くないアパートの一室で手術等を行ったものであること、被害者の鼻部と左右乳房周囲に麻酔薬を注入し、メス等で鼻部及び右乳房下部を皮切し、右各部位にシリコンを注入するという医行為を行ったものであることなどの事実を徴すると、被告人が被害者に対して行った医行為は、身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であって、社会通念上許容される範囲・程度を越えて社会的相当性を欠くものであり、たとえ被害者の承諾があるとしても、違法性を阻却しないことは明らかであるとした。これに対して、⑨「ブルーボーイ事件」⁹⁾では、被告人は産婦人科医であるが、男娼三人から性転換手術を求められてこれに応じ、生殖を不能にすることを目的として睾丸全摘出手術を行った。そのため、旧優生

保護法(現母体保護法)二八条に違反し、同法三四条前段に該当するとして起訴された。この事件にとって、争点は以下の二点であった。第一は、性転換手術が「正当な医療行為」に該当するかということ、第二に、本件のような「去勢」手術は旧優生保護法二八条で禁止される手術であるかということである。第一の点に関して、裁判所は本件手術は「医学的適応性」や「医術的正当性」の点で疑問が残り、正当な医療行為とはいえないとした。また第二の点に関して、旧優生保護法二八条の「手術」は、比較的人身に影響の少ない「優勢手術(断種)」でさえ正当な理由がない限り禁止されていることに鑑みれば、本件のような「去勢」も当然含まれるとした。なお、この事件は、「去勢」という重大な身体傷害結果が発生しているにもかかわらず、「旧優生保護法違反」の点のみが問題とされ、「傷害罪」としての処罰は問題とされなかった。

五 ここまで見たように、我が国の判例は「致死結果」を生じるような故意の暴行・傷害の場合、「致死結果」について被害者の承諾が及ばないことについてはもちろん、「故意の暴行・傷害」の点についても、実質的には「行為が有する生命侵害の危険性」に着目して、承諾の有効性を否定している。このように、同意傷害における承諾の有効性判断において、「社会的相当性」という概念を使用しながら、その内容としては「傷害の重さ」特に「暴行・傷害が有する生命侵害への危険」にまず着目するというのが我が国の判例の基本的な流れであるといえる。ところが、そのような「傷害の重大性」から被害者の承諾の無効と行為者の処罰を肯定してきた判例の流れと異なった傾向にある「軽度の傷害事例」が存在する。

まず、⑩「暴力団の指詰め事件」¹¹⁾は、暴力団の組員の間で不義理を理由とし、被害者の承諾を得て被害者の左手小指第一関節部分に刃包丁をあて峰を金槌で叩いて切断したといういわゆる「やくざの指詰め」に関する事案であるが、裁判所は、「被害者の承諾があったとしても、被告人の行為は公序良俗に反するとしかしいような指詰めに関わるものであり、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上で行われたものでは

なく、全く野蛮で無様な方法であり、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」として、「傷害罪」の成立を認めた。本件は少なくとも「生命侵害の危険を伴う傷害」ではなく比較的「軽い傷害」の範囲でとどまる場合にも、「行為の良俗違反性・社会的相当性」を重視して、被害者の承諾を無効とした点が注目される。最後に、①「保険金詐欺目的の交通事故事件」¹²⁾は、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的で被害者の承諾を得て、その者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせた事案であるが、「被害者が身体侵害を承諾した場合に傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機・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総合して判断すべきである」として「傷害罪」の成立を肯定した。

これら二つの判例では、傷害の程度が比較的軽いものであった場合にも、「行為の良俗違反性・社会的相当性」や「行為目的」を重視して承諾を無効とするという「行為無価値論的」立場が色濃く出ている。結局、判例は最後の①の判例にあるように、いろいろな点を考慮して、「損傷の程度」の観点で承諾を無効にできるようならそうするし、それが出来なくても「行為目的」や「行為の良俗違反性」の観点からだけでも承諾を無効とすることが出来るのだと考えているようである。

- (1) 大阪高裁昭和二年七月一日判決、高刑裁特一巻四号一三三頁。
- (2) 大阪高裁昭和四年六月七日判決、下刑集七巻六号一一六六頁。
- (3) 東京高裁昭和二年一月二十九日判決、東高時報二八巻一一号一四三頁。
- (4) 大阪地裁昭和二年二月二十六日判決、判例時報八九三号一〇四頁。
- (5) 東京地裁昭和四年六月二二日判決、判例時報四五五号一七頁。本判決についての評釈として、植松止「ワンダーフォーゲル暴行事件」時の法令五三六号一四頁以下。

- (6) 大阪地裁昭和六二年四月二二日判決、判例時報二二三八号一六〇頁。
- (7) 大阪地裁平成四年七月二〇日判決、判例時報一四五六号一五九頁。
- (8) 東京高裁平成九年八月四日判決、高刑集五〇卷二号一三〇頁。本判決についての評釈として、三浦守「美容整形手術により死亡した被害者の承諾について」研修六〇八号一五頁以下、橋田久「患者の同意があったとしても豊胸手術の違法性は阻却されないとして傷害致死罪の成立を認めた事例」判例セレクト九八（法学教室）二六頁、前田雅英「被害者の承諾」警察学論集第五一卷第一〇号一八五頁以下。
- (9) 東京高裁昭和四五年十一月一日判決、高刑集二三卷四号七五九頁。本判決についての評釈として、宮野彬「正当な医療行為」『刑法判例百選（第一版）』七六頁、金沢文雄「正当な医療行為にはあたらないとされた事例」判例タイムズ二八〇号八九頁以下。なお、原審は、東京地裁昭和四四年二月一五日判決、判例時報五五〇号二六頁。本判決についての評釈として、植松正「性転換手術の適法限界」判例評論二二九号一二五頁以下、富田孝三「性転換手術と刑事責任」法律のひろば二三卷五号二〇頁以下。
- (10) 同意傷害において承諾が無効とされ「傷害罪」が成立するとした場合、それと「母体保護法（旧優生保護法）違反」がどのような関係に立つかについて、両者は一般法と特別法の関係に立ち、後者が成立する以上傷害罪は成立しないとするとするものとして金沢文雄・前掲評釈（9）九四頁、両者は一般法特別法の法条競合の関係に立たず観念的競合とするものとして富田孝三・前掲評釈（9）二二三頁。
- (11) 仙台地裁行巻支部判決昭和六二年二月一八日判決、判例タイムズ六三二号二五四頁。
- (12) 最高裁昭和五五年十一月一三日決定、刑集三四卷六号二九六頁。本決定についての評釈は非常に多い。代表的なものを以下に挙げる。古田佑紀「被害者の承諾と傷害罪の成否」法律のひろば三四卷第三号五三頁以下、土本武司「被害者の承諾」警察研究第五二巻第五号三頁以下、神崎武法「被害者の承諾と傷害罪の成否」研修三九二号六三頁以下、長井圓「被害者の承諾と傷害罪の成否」法学セミナー一三二四号（一九八二年二月号）一三三頁、宇津呂英雄「違法な目的に利用するために得られた被害者の承諾と傷害罪の成否」警察学論集第三四卷第三号一四九頁以下、夏目文雄「被害者の承諾と傷害罪の成否」判例評論二七〇号四九頁以下、伊東研祐「被害者の承諾があっても傷害行為の違法性が阻却されないとされた事例」警察研究第五三巻第九号五七頁以下、神作良二「被害者の承諾と傷害罪の成否」最高裁判所判例解説刑事篇昭和五五年度二三三五頁以下。

2 学説の展開

一 日本では、「同意傷害」の可罰性について、どのような見解が主張されているのであろうか。浅田教授によれば、同意傷害のすべてを処罰すべきとする「全面肯定（処罰）説」は見あたらないが、すべてを不処罰と考える「全面否定（無罪）説」と部分的に処分権に制限を設ける「折衷説」があり、それぞれの内部で理由と基準が異なる諸説が主張されている。それらは、以下のように整理できよう。

身体傷害の場合にも一定の場合に承諾の効力を否定する「折衷説」は大きく二つに分けられる。

まず、「行為目的」や「行為態様」を重視して「行為無価値論」的思考からアプローチする見解は、限界基準として公序良俗に依拠する①「公序良俗説」と社会的相当性に依拠する②「社会的相当性説」がある。

それに対して、「傷害の程度」を重視し、「結果無価値論」的思考からアプローチする見解は、生命に危険な傷害の場合に処分権が制限されるとする③「生命危険説」と生命に危険が及ばなくとも重大な傷害であれば既に処分権が制限されるとする④「重大傷害説」に分けることが出来る。

また、「全面否定説」は、⑤「構成要件該当性阻却説」と⑥「違法性阻却説」に区別できよう。

二 古くは、新派主観主義の論者から①公序良俗説が主張された。牧野博士は、「侵害が被害者の承諾如何に関わらず成立する場合においては違法性に関する一般の原則に従う」とし、侵害が「公の秩序善良の風俗」に反するか否かを標準とした。ここから、例えば病気の子供のために健康体の者の承諾を得て筋肉の一部を得るような場合やスポーツ傷害の場合は違法性が欠けるが、債務履行の延期の代償として（承諾を得て）相手方を傷害する場合は傷害罪が成立するとしていた。

近年では、違法論において「行為無価値」を重視する論者は、同意傷害の限界として「社会的相当性」を基準にすることを主張する②社会的相当性説。例えば、木村博士は、戦前は、「承諾の反良俗性」も「行為の反良俗性」

もともに考慮し、承諾そのもの、行為の動機・目的又は方法、侵害の分量及び行為の客体・法益等の全体を考察し、全体的考察において承諾に基づく行為が「公の秩序善良な風俗」に反しない場合が承諾によって違法性が阻却される場合であるとしていたが、戦後の教科書では、承諾による行為は「社会的に相当」と考えられる方法・手段及び法益侵害の限度内のものでなければならぬとするようになった。また、福田博士は、純粹に個人的法益に対する犯罪であっても被害者の承諾によってすべて違法性を阻却するということはできず、行為が「社会的に相当」といえるものでなければならぬとし、病者に輸血のために健康者からその承諾を得て血液を採取する場合は一応適法であるが、これも給血者の身体を著しく衰弱させる程度まで採血した場合は、社会的に不相当であり、違法であるとしている。さらに、「社会的相当性」という言葉は直接使われないが、ほぼ同様の見解として、団藤博士は、承諾によって違法性が阻却されるのはその内容が「客観的に見て是認されうる」ものであることを要するとし、傷害は治療のための外科手術などの「相当の理由」がない限り違法性を阻却せず、被害者の承諾（及び推定的承諾）は「被害者の主観」の問題ではなく「法の理念そのもの」であるとする。また、大塚博士は、「国家・社会倫理規範」に照らして相当と見られる傷害のみが適法であるとしている。

三 これらの見解に対して、違法論において「結果無価値」を重視する論者は、同意傷害の限界としては「傷害の程度」に着目する。我が国では③生命危険説と④重大傷害説はあまり明確には区別されず、「生命に危険な傷害又は重大な傷害」と並列されることが多い。しかし、武藤助教授も指摘するように、承諾が無効とされる場合が「生命に危険な傷害」に限定されるのか、あるいはより広範囲に「重大な傷害」にまで広がるのかは、特に生命に危険というわけではないが、たとえば手足の切断などの不可逆的帰結を伴う傷害の場合に承諾が制限されるのかどうかの違いが生じるであろう。

この点、平野博士は以下のように述べて、③生命危険説を主張する。ドイツの代案のように（傷害の場合に）同

意があればすべて違法でないと考えることも現行法のもとでは不可能ではない。しかし、一挙にそこまでゆくことが妥当でないとするならば、アメリカの模範刑法典のように傷害の重大性で区別するほかない。もっとも「重大」かどうかの基準はなお不明確であるとすれば、「死の危険」があるかどうかで区別するの¹²も一つの考え方であろう。

これに対し、山中教授は④重大傷害説を主張し、以下のように述べている。重大な傷害の範囲については、生命に危険を及ぼす程度のものである必要はない。身体を回復不可能な程度に損傷する重大な傷害について、法は不合理に自らの自由な生存の基礎を侵害するような侵害に対する同意を有効とは見なしていない。生命の場合と同様、重大な身体の完全性ないし生理的機能は、原則として個人の自己決定権よりは優先される。身体の重要な機能についても、人が社会において自己実現を行っていくための不可欠な基礎であると考えべきだからである。従って、目をくり抜き、耳・鼻を削ぎ、手・足を切断し、臓器などを摘出する行為に対しては、法的保護は完全には放棄できない。しかし、重大な傷害への同意は完全に無効であつて、法的に何の意味もないわけではない。それは構成要件該当性を阻却することはないが、他の衡量すべき利益と相まって、違法阻却事由として作用する場合がある。例えば医師の治療行為として行われた外科手術は、形式的に重大な傷害にあたれば法的保護は完全に放棄できないが、同意の存在と相まって、治療行為という正当業務行為(三五条)である限りで違法阻却の問題となりうるのである。

また、内藤教授も④重大な傷害説を主張する。自己決定の自由は、意思決定の自由と行動の自由から構成される。同意殺人においては両者の自由が絶対的に回復不可能になるので、刑法は原則として生命を保護する必要性をもつ。同意傷害においても、「行動の自由」を回復不可能にするような「重大な傷害」は違法性を阻却しない。さらに、ヴェニスの商人のように債務の代償として胸の肉一ポンドを切り取ることは「生命に危険のある傷害」として違法性を阻却しない。また、生命に危険のない場合も精神を異常にする薬物の使用・外科手術は、「意思決定の自由」を回復不可能にする重大な傷害として違法性を阻却しない。これに対して、やくざの指つめや債務の代償として小指を

切ることは、同意が有効要件を満たせば違法性を阻却する。¹³⁾

四 最後に、全面否定説は同意傷害において被害者の処分権に一切の制限を設けないことを主張する。

その中で、斉藤(誠)教授は、⑤構成要件該当性阻却説を主張し、被害者の承諾があればそもそも傷害罪の構成要件に該当しないとすることの根拠として、以下の点を挙げている。まず第一に、同意傷害のうち処罰されるものについては法律の上で特別の規定があるので(例えば刑法二二三条の同意墮胎罪など)、傷害罪の規定は被害者の真意に反する傷害を意味し、被害者が頼んだり承諾していたりする傷害を含まない¹⁴⁾。第二に、人の身体は個人的な法益であり、誰でもその身体それぞれの部分の所有者であってその法益の主体が自由にその意思で処分することが出来ると考える方が現代の法思想にあう¹⁵⁾。第三に、同意傷害には刑法二〇二条に相当する規定がないので、同意傷害の全部又は一部が傷害罪として刑法二〇四条によって同意殺人よりも重く処罰されるといふアンバランスが生まれない¹⁶⁾。

また、前田教授も⑤構成要件該当性阻却説を主張する¹⁷⁾。教授によれば、生命の危険を認識して実行したのであれば、殺意が認定され、全面的な構成要件不該当説でも刑法二〇二条で処断することになるので、生命危険説との差は大きくない。刑法二〇四条の解釈として、傷害のうち一部は同意のみで不処罰とし、他は通常の傷害罪として扱うことはかなり困難である。現行刑法典の範囲内で基本的には個人の自己決定を最大限重視しようと考えれば、本人が真剣に承諾している以上傷害罪の成立は原則として否定すべきである。

これに対して、須之内教授は⑥違法阻却事由説を主張する¹⁸⁾。ドイツの代案が一方で要求による殺人を処罰し、他方で同意傷害には一切の制約をつけず不可罰にしているのは、生命という法益を身体という法益とは異なつたいわば別格の法益としてとらえているのであるとし、このような立場は妥当で、身体傷害に対する同意はそれが完全なものである限り許容すべきであるとしている。

- (1) 浅田和茂「被害者の承諾」『刑法判例百選Ⅰ総論第四版』(一九九七)四六頁以下。
- (2) 齊藤(誠)教授によると、「人の身体は個人の利益のためばかりではなく公共(社会一般)の利益のためにも保護されているので、承諾があっても傷害は違法である」という見解が過去にはあったが、今このような考え方を主張する者はいなくなったということである。齊藤誠二『刑法講義各論(新訂版)』(一九九七)一七六頁。
- (3) 牧野英一『日本刑法』三二三頁、『刑法総論上巻(全訂版)』(一九五八)四八九頁。
- (4) 木村亀二「被害者の承諾と違法性」『刑法解釈の諸問題(二)』(一九三九)三三三頁。
- (5) 木村亀二『刑法総論』(一九五九)二八五頁。
- (6) 福田平『全訂刑法総論(三訂版)』(一九九六)一七六頁。
- (7) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(一九九〇)二二二頁。
- (8) 大塚仁『刑法概説(総論)第三版』(一九九七)四〇〇頁。同「犯罪論の基本問題」では、行為自体が「社会観念上適法なもの」と見られる場合にのみ違法性が阻却されるとする。なお、浅田教授は、大塚博士が一方で違法には結果無価値とともに行為無価値も必要であるとしつつ、他方で、同意によって結果無価値が欠ける場合に国家社会倫理規範に照らし相当な場合のみ適法であるとするのは矛盾しているとする。浅田・前掲(一)四七頁。
- (9) たとえば中山研一『刑法総論』(一九八二)三二四頁など。
- (10) 武藤真郎「承諾に基づく傷害の許容範囲——ドイツ刑法の規定との比較——」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第三卷』(二〇〇〇)八一頁以下。
- (11) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五)二五四頁。なお、中山研一『口述刑法総論第三版』(一九九二)は、生命危険説をとることを明らかにしつつ、この見解でも限界が曖昧だとする批判があるが、この説は行為の目的や社会的相当性でなく、結果の客観的な重大性と死への危険が問題にされている点で、結果無価値論的なアプローチといえるとしている。
- (12) 山中敬一『刑法総論Ⅰ』(一九九九)一九九頁以下。山中教授は「被害者の承諾一般」を一元的に構成要件阻却事由として位置づけているが、同意傷害においては、このように「被害者の同意は、重大な傷害の場合には構成要件を阻却することはないが、違法性の次元で他の違法阻却事由と競合して、あるいはその前提として、利益衡量において優越すべき「利益」に参入される要素ではある」としている。
- (13) 内藤謙『刑法総論(中)』(一九八六)五八八頁。
- (14) 齊藤誠二・前掲書(2)一七五頁。なお、佐伯千仞『三訂刑法講義(総論)』(一九七七)二一九、二二二頁も参照。
- (15) 齊藤誠二・前掲書(2)一七七頁。

(16) 齊藤誠二・前掲書(2)一七八頁。

(17) 前田雅英『刑法総論講義第三版』(一九九八)一一七頁。

(18) 須之内克彦「刑法における「自己決定」に関する一考」『愛媛法学会雑誌』三卷二号九二頁。

四 むすびにかえて

一 以上、ドイツと我が国における同意傷害に関する主要判例と学説を概観してきて、その傾向を以下のように整理することが出来るであろう。

まず、ドイツでは刑法二二八条(旧二二六条a)が同意傷害の処罰の限界を「行為の良俗違反性」というそのままでは処罰限界が不明確な概念に依拠させていることから、憲法(基本法)上「法と道徳の混同」と「明確性原則への違反」という二つの批判にさらされており、多くの学説はこの批判をかわすために限定的にのみ処罰範囲を考えるようになってきている。判例においても、かつては「良俗違反」の典型的なものと考えられていた「アブノーマルな性欲満足のための同意傷害(SM事例など)」は、ここ五〇年以上一件も処罰がなされていない。しかし、一九七〇年対案のように、何の限定も設けず「同意傷害」をすべて不可罰にしようという見解はやはり少数で、学説は承諾の限界として「良俗違反性」の具体的な中身の探求に向かっており、「行為の目的」を重視する論者と「傷害の重大性」を重視する論者にほぼ大別できる。なお、後者は、我が国と異なり「生命への危険」を限界にするのではなく、刑法二二六条(旧二二四条)の意味における「重傷害」の程度を限界に設定する者が多い。

これに対して、我が国では「同意傷害罪」という特別な各則上の規定がないにも関わらず、同意傷害はすべて不

可罰であると考える見解は少数で、学説の多くは被害者の身体法益の処分に何らかの限界があるものと考え、判例もまた多くの事例で承諾の無効と行為者の処罰を行っている。判例についていえば、「性的倒錯事例」や「スポーツ傷害事例」など、多くの判例は被害者の「死」という重大な結果を生じた事例において、「傷害致死罪」との関連で、「死」という結果のみならず、故意の「暴行・傷害」についても承諾の効力を否定している。そこでは、「社会的相当性」という観点も承諾の効力を否定する論拠とされてはいるが、むしろ「結果の重大性」と「行為の危険性」が行為態様と行為が行われた状況の中でクローズアップされ、承諾の無効を引き出す最も重要な観点になっているように思われる。そのような判例のうち、「結果の重大性」と「行為の危険性」が比較的小さいにも関わらず、「傷害罪」としての処罰を行った「暴力団の指詰め事件」と「保険金詐取目的の交通事故事件」が注目される。

二 このような状況の中で、身体傷害については一切の制限を設けず法益処分は自由であるという説は未だ少数にとどまっている。この見解は、特に以下の二点をその論拠に挙げる。第一に、同意堕胎罪などのように、同意傷害のうち処罰すべきものについては特別な規定があるのだから、それ以外の同意傷害はおよそ不可罰であると考えべきである。第二に、我が国の刑法には刑法二〇二条（同意殺人・自殺関与罪）に相当する「同意傷害罪」の規定がないので、同意傷害を処罰しようとすれば刑法二〇四条（傷害罪）で処罰するしかないが、そうすると同意殺人よりも同意傷害の方が重く処罰されるという刑のアンバランスが生じる。

しかし、第一の点についていえば、「同意堕胎罪」を「同意傷害」の一種と考えることは問題があるように思われる。そもそも堕胎罪の保護法益は第一に「胎児の生命」が問題になっているのであって、「母親の身体法益」はせいぜい副次的に保護されているにすぎない。「同意堕胎」を「同意傷害の一種」とみなすのは、母親から独立した人間の「萌芽」としての「胎児」をあまりにも軽視するものであり、いわゆる「胎児傷害」の問題において提出された「胎児は母親の体の一部」という割り切った考え方は問題が多いように思われる。「同意堕胎罪」の処罰は、もっ

ばら「被害者の身体法益の処分」のみが問題になっている「同意傷害」とはやや次元が異なるものであるといわざるを得ない。また、第二の点については、同意傷害の一部を処罰する場合には、刑法二〇四条を用いながら刑法二〇二条とのバランスから刑の上限を「七年以下の懲役」に止めるとすることによって対処することが出来よう。

そもそも、この見解は「人の自己決定権」をもっとも広い範囲で尊重するものであるが、「生命処分についてもおよそ自由である」とする考え方の延長線上にあるのではないだろうか。しかし、そのように考えることには疑問がある。生命は個人主義的世界観のもとでもっとも尊重されるべき個人の存立基盤である。被害者の承諾を支える実質的な根本思想は、個人の個性が尊重されること、つまり個人の自己決定の尊重の思想であるが、それは日本国憲法一三条の「個人の尊重」に由来するものである。生命処分という「個人の毀滅」が「個人の尊重」を意味しているとはいえない。生命処分の自由の否定は、個人の自己決定尊重の思想の内在的制約であると考えらるべきであろう。

三 では、同意傷害においてどのような観点から一定の処分の制約を設けるべきなのであろうか。この点、「行為目的」などを重視する「公序良俗説」や「社会的相当性説」には、まずその前提とする「行為無価値」を重視する「違法観」に賛成できない。違法性を規範的・倫理的に考えることは、価値観が多元的な現代においては判断者の直感に左右されるおそれ大きい。「公序良俗」という概念も「社会的相当性」という概念も、それ自体はいろいろな意味で用いることが出来そうな概念であって、論者によってその内容とするところがかなり異なり、処罰の限界基準としてはやや不明確である。また、この見解によれば、その代表的論者が明言しているように、被害者の承諾の問題は被害者の主観の問題でなく法の理念の問題と考えられ、その結果、行為の「社会倫理的」な判断が決定的に重要なものとされ、結局「個人の自己決定権」を十分に尊重しないという問題がある。

四 このようにして、「傷害の程度」つまり「結果の重大性」や「行為の危険性」の観点から身体法益の処分の制限を考える見解が残される。そのうち、生命に危険が及ばなくとも「重大な傷害」の場合には既に処分権が制限され

るとする見解は、どのような実質的思想に基づいて処分の限界を根拠づけているかが重要である。その実質的根拠は、「殺害」への承諾の制限と「重大な傷害」への承諾の制限がパラレルに考えられている。

この点、まずヒルシユは、「生命」も「身体の中核部分」もその「他人による侵害」は、たとえ被害者の承諾があつても「タブー視」すべきであるとし、ゲールはそれらはたとえ承諾があつても「社会に根ざした価値観及び一般人の安心感」に反するとする。また、我が国では、「パターナリズム」の観点から「生命」並びに「身体」の重要部分¹⁰は放棄できないと説明される。しかし、「同意殺人」や「同意傷害」の処罰において、「生命」や「身体」そのものから離れて、「タブー」や「社会に根ざした価値観、一般人の安心感」という「精神的・抽象的な法益」を想定することは説得的でないといわざるを得ない。そのように考えることは、法益侵害思想を空洞化し、刑法の自由保障機能を危うくするものであり、また従来個人的法益に対する罪と考えられてきた「同意殺人」や「同意傷害」を「社会的法益に対する罪」に位置づけることになり、体系矛盾でもあるからである。また、「パターナリズム」の観点から法益処分の限界を説明する見解に対しては、「パターナリズム」そのものが処罰を根拠づけることにより説得的な論証がなされなければならないであろう。

さらに、そもそも、「生命」の場合と「身体の中核部分」の場合をパラレルに説明することの妥当性自体が問われなければならない。自己決定の存立基盤である個人の抹殺を意味する生命処分と、生命そのものには危険が及ばない身体の重要部分の処分との間には、質的な差違が存在するように思われる。後者の場合には、未だ自己決定の可能な主体が存続するのであり、自己の身体への処分は、それがたとえ重大なものであれ、その人の生き方、価値観の問題として許容し得るように思われるからである。

五 従って、身体法益の処分は「生命に危険な傷害」に限りその処分権が制限されると解すべきである。行為の目的や行為の社会的相当性は、身体法益に対する被害者の処分の限界にはならず、また、たとえそれが身体の重要部

分(例えば腎臓などの臓器)であっても、その傷害が生命に危険を及ぼすものでなければその処分は「個人の自己決定」の範疇にある。ただそれが、「生命に危険な故意の暴行・傷害」である場合には、それへの承諾を認めることは個人の自己決定の存立基盤である生命そのものを脅かすことになりかねないので、その場合にだけ処分の限界が設けられる。

生命に危険をもつ故意の暴行・傷害において、行為者に常に「殺意」を認定できるとは限らないので、刑法二〇二条以外に被害者の法益処分に制限を設けておくことの意義は否定できないであろう。もちろん、最終的に死亡結果を生じた傷害の全てが「生命に危険な傷害」とされるわけではなく、よほど偶然な因果経過を経て死に至った場合には、行為のもつ生命の危険性は非常に小さいとしてなお承諾が可能ということは考えられる。

以上のことから、生命に危険な難手術などは、「被害者の承諾」のみで正当化されるところとはできない。この場合には「被害者(患者)の承諾」が必要なことはもちろん、その他に「医学的適応性」や「医術的相当性」、他に有効な方法がないという意味での「補充性」などの要件も満たされることによってはじめて、身体法益の侵害という無価値に優越する価値が作られ正当化されるといえるであろう。しかし、それはもはや「固有の被害者の承諾論」の問題ではないのである。

- (1) Harald Niedemaier, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, S. 184.
- (2) ドイツ刑法二二六条(旧二二四条)にいう「重傷害」とは、以下のような場合である。すなわち、傷害により、被害者が身体の重要な部分、一方もしくは双方の視力、聴力、発言能力、もしくは生殖能力を失い、または永続的に著しく形態を損じさせられ、または病弱、麻痺、もしくは精神病に陥る結果を生じた場合である。
- (3) 仙台地裁石巻支部昭和六二年二月一八日判決、判例タイムズ六三二二号二五四頁。
- (4) 最高裁昭和五五年一月二三日決定、刑集三四卷六号三九六頁。

- (5) 佐伯千仞『三訂刑法講義総論』(一九七七)二二二頁。
- (6) 齊藤誠二『刑法講義各論(新訂版)』(一九七九)一七八頁。
- (7) 平野龍一『刑法総論II』(一九七五)二二二頁参照。
- (8) 岡藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇)三二二頁。
- (9) Hans Joachim Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, in *Welzel-FS*, 1974, S. 798f.
- (10) Alfred A. Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, 1992, S. 54f.
- (11) 内藤謙『刑法総論(中)』(一九八六)五八九頁。
- (12) 生田勝義「被害者の承諾」についての「考察」立命館法学第二二八号二八八頁。