

同意傷害の違法性阻却の限界について

判例のいう「社会的相当性」の範囲内とは

赤羽 崇志

(公法専攻・司法専修コース)

- 一 問題の所在
- 二 学説の検討
- 三 生命危険説からみた判例の検討
- 四 おわりに

一 問題の所在

我が国の現行刑法202条は同意殺人、自殺関与罪を処罰する旨を規定しているが「同意傷害罪」については何ら規定を置いていない。そのため、傷害行為において被害者の承諾があった場合に傷害罪が成立するかどうかの判断は解釈に委ねられることになる。

なお、「被害者の承諾」の問題は、最近ますます注目されてきた「自己決定」思想とも深く関係しているといえる。個人法益の処分についてどの範囲まで自己決定権を有するのか明らかにすることは、何かと自己決定権が主張されている現在において、本来あるべき「自己決定」思想を明確にすることにつながるのである。

そこで本論文では、「被害者の承諾」はどの範囲で犯罪を阻却する効果を持ちうるのか、あるいは阻却されないのか諸学説を紹介しつつ、最近の「自己決定」論でよく引き合いに出されるものの、誤った解釈がなされがちなミルの自由論を引用してそれぞれの学説を検討していくことにする。さらに、同意傷害に関する判例をそれぞれ分析していくことによって判例の採用している基準は何なのか明らかにしていきたいと思う。

二 学説の検討

ドイツ刑法228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、例外的に行為が公序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している。

しかし、我が国ではドイツ刑法228条のような「同意傷害罪」に関する規定は存在しないため、承諾の有効範囲は解釈に委ねられることになる。

そこで日本では、「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以下紹介していくことにするが、学説は大きく分けると3つに分類される。1つ目は同意傷害可罰性全面否定説、2つ目は同意傷害可罰性全面肯定説、3つ目は折衷説である。

1. 同意傷害可罰性全面否定説

(1) 構成要件不該当説

これは、被害者が承諾した場合には、その傷害はそもそも傷害罪の構成要件に該当しないので、それが違法であるかどうかを議論するまでもなく、犯罪とはならないと考える説である¹⁾。というのも同意傷害のうちの処罰されるものについては、法律のうえで特別の規定があるのだから(213条, 214条など)、傷害罪の規定は、他人である被害者の真意に反する傷害を意味するものであり、被害者が頼んだり承諾したりしてする傷害を含まないと理解するものである。つまり、日本ではドイツ刑法のように同意傷害罪に関する特別な規定が存在しないのであるから、規定がない以上当然に不可罰であると考えるのである²⁾。

また、この見解からは、もし身体についてのその法益の主体の処分権を認めないか部分的な処分権だけしか認めないとすれば、同意傷害の全部ま

たは一部は、傷害罪として204条によって同意殺人よりも重く処罰されてしまうというアンバランスが出てくる場合もあるという指摘がなされている³⁾。

しかしこの見解に対して、204条では「人の身体を傷害した」場合を傷害罪としているため、現に人の身体を傷害しているのであれば、たとえ承諾があろうとも構成要件に該当していると考えるのが普通ではないかという批判がなされる⁴⁾。条文は「他人を意に反して傷害した」場合とはしていないのである。

確かにこのように書かれざる構成要件要素として解釈していく見解も考えられる。しかし、同意傷害に関する規定がない以上、204条を199条と同じように「他人を意に反して」と解釈することは望ましくない。

ただ、この見解でも「人の身体を傷害した」という法益侵害自体は否定していないものもある。このことは「たしかに、法益侵害があるか否かという判断と、法益侵害はあるが被害者が同意していた場合の処理は、別個である。」という記述からも明らかである⁵⁾。つまり、法益侵害はあるが、「法益侵害の程度が、当該構成要件の予定する程度・質のものであるか」という構成要件判断の中に位置づけた場合、可罰的違法性がないとして、その類型である構成要件に該当しないと考えることも可能である。

なお、この見解が指摘する刑のアンバランスについては、同意傷害の一部を処罰する場合には、刑法204条を用いながら刑法202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できよう⁶⁾。

(2) 違法阻却事由説

これは、被害者が承諾した場合、一応形式的構成要件には該当するけれども、承諾があることを条件として違法性阻却が認められるから、結局実質的違法性が認められず、刑事責任は不成立であるとする説である⁷⁾。被害者の承諾によって違法性が阻却されると考える理由として、構成要件非該当説と同様に、人の身体は個人的に処分することのできる法益であると

捉えていることが挙げられる。

しかし、この見解もミルのいう「自由」(現代では「自己決定」と呼ばれるもの)とは何かよく理解していないといえる。今日の自己決定論は、自由(つまりは自己決定)を生命に優越させる理論として展開しているのであるが、それは誤りである。なぜなら、アメリカ独立時の権利宣言で、自由と並べて生命権がうたわれたことから解かるように生命権は自由権とは明確に区別されているからである。このことは我が日本国憲法13条にも明記されている。つまり、自由と生命は全く別の権利であり、自由は決して生命に優越する権利ではないのである。

また身体についても、身体は生命に次ぐ重要な利益であるため、そのすべてを不処罰とするのは妥当でないと考える。ミルの自由論によれば「自由の原理は、彼が自由でなくなる自由をもつべきだ、と要求することはできない。自己の自由を放棄するのを許されることは、自由ではない」としているため⁹⁾、彼が自由でなくなるような重大な傷害まで個人的に処分してしまうことはもはや自由として認められないといえよう。

なお、同意の効果は「絶対的」であるといえるかどうかだが、この見解と生命危険説もしくは重大傷害説の相違であるが、我が国には同意傷害の規定がない以上、この問題は解釈に委ねるしかない。しかし、規定がないのならば慣習法に従うのが妥当であろう。そして慣習法とは判例に反映されているはずであるため、判例を見れば慣習法が同意の効果は「絶対的」であると考えているかどうか解かるはずである。そして後述するように判例は同意の効果について「絶対的」であるとは考えてはいないのである。

2. 同意傷害可罰性全面肯定説

これは、被害者の承諾には本来正当化の効果がなく、依然として傷害は違法であるとする説である⁹⁾。その理由として、人の身体は単なる個人法益ではなく、公共(社会一般)の利益のためにも保護されているのだから、たとえ承諾があったとしても身体に対する処分権がないため違法性は阻却

されないとする考えが挙げられる¹⁰⁾。

しかし、この見解のように国家、社会法益の側面を強調しすぎると個人の身体は完全に社会的なものになってしまい、独立した個人の私的自治ないし自由という近代思想を後退させてしまう恐れがある。ミルは将来における自由の行使を放棄してしまうことまでは自由として認められないとしながらも「他人に関係する事から他人を邪魔することを慎み、ただ自分自身にのみ関係する事から自己の性向と判断にしたがって行動するだけ」の場合には、「彼は自己の責任で自分の意見を邪魔されることなしに実行に移すことを許されるべきだ」と述べている¹¹⁾。したがって軽微な身体の傷害は自由に個人が処分できると解すべきである。そうでなければピアスの穴を開ける行為も傷害罪になってしまうのではないかという疑問が残る¹²⁾。

なお、今日ではこの見解を主張する論者は見られない。

3. 折衷説

(1) 公序良俗基準説

これは、被害者の承諾があった場合、基本的には違法性は阻却されるが、その承諾が「公の秩序善良の風俗」に反する場合には例外的に違法性は阻却されないとする説である¹³⁾。この見解は、旧西ドイツ刑法226条a（現行228条）が、「被害者の承諾を得て傷害した者の行為は、それが承諾にも関わらず、善良の風俗に反する場合にだけ、違法に行為したものである」としたのを受けて、我が国の刑法にも採り入れようとしたものである。

しかし、この見解に対しては「公序良俗」の内容が曖昧であり、法規の「明確性の原則」に違反するという批判がなされる¹⁴⁾。「公序良俗」という基準の不透明性により、その判断基準が裁判官の恣意に任される恐れがあるため適当な見解であるとはいえない。やはり、判断基準としては客観的、具体的なものが望ましい。

なお、「良俗違反性」が身体法益の処分の自由を制限すると条文で明記

しているドイツでも、刑法228条の規範内容が不明確であって、罪刑法定主義の派生原理の1つで基本法103条2項において規定されている「明確性の原則」に反するのではないかとの批判が存在する。この問題に対して、多くの論者は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ようだ¹⁵⁾。

ただ、この見解のいう「公序良俗」に反するとは、実際には詐欺、脅迫による傷害と生命に対する危険な傷害を意味しているとされる。

(2) 社会的相当性基準説

これは、被害者の承諾が「社会的相当性」の範囲内にある限り同意傷害は違法ではないとする説である¹⁶⁾。判例はこの見解を採用しているといわれる。この見解は、行為の目的、手段、方法、態様等が社会的に相当であるかを総合的に判断して行為の適法性を評価するため、その基準は具体的であり、曖昧ではないとする。

確かに判断基準が明確である客観的事情(傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等)を判断資料に入れることは裁判官の恣意を抑制し、明確性の原則に反しないといえる(後に述べるが社会的相当性説はこれら客観的事情については生命に対する危険性を判断基準としているといえる)。

しかし、判断基準が不明確である主観的事情(承諾を得た動機、目的等)をも考慮に入れ、その不明確な判断基準でもって社会的相当性の範囲内かどうか決めてしまうことは帰結の恣意性、不透明性という問題点からして妥当でない¹⁷⁾。

また、この見解は承諾そのものだけでなく、行為の目的、手段、方法、態様等の相当性をも総合的に判断しているため、公序良俗基準説とは違い判断基準が曖昧、不透明ではなく、判断の恣意性が排除されると主張しているが¹⁸⁾、そもそも「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照らし合わせて決すべき」とした最高裁決定¹⁹⁾はあくまで判断資料を示したに過ぎず、判断基準までは示していない²⁰⁾。したがって、これを社会的相当性の範囲を決める具体的な判断基準

だと考えるのは誤りである。

判断基準が「社会的相当性」というブラックボックスである以上、いくら具体的な判断資料を示したところで不明確さは否めないだろう²¹⁾。なお、客観的事情（傷害の手段、方法、損傷の部位、程度）の判断基準は社会的相当性説も生命に危険があるような重大な傷害かどうかを判断基準としているといえるため（後述参照）、この説で問題となるのは主観的事情（承諾を得た動機、目的）の判断基準である。

また、この見解は行為の「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点が存在する²²⁾。ミルは「各人の自発性を外的統制に服従させることを正当化するのは、他の人々の利害に関係する各人の行為に関してのみなのだ」と主張している²³⁾。したがって、「直接的、第一義的に」自分自身にだけ関係する行為は、法によって、あるいは世論の非難によって罰せられることは許されないのである。

(3) 利益衡量説

これは、自己決定の価値と被侵害法益の価値を比較衡量し、前者が優越するときは違法性が阻却されるとする説である²⁴⁾。この見解は被害者の承諾における正当化原理を、自己決定の自由、すなわち自律の原理に求めている一方で、被侵害法益が自己決定の自由に優越する場合には、承諾にも関わらず行為は違法となるとしている。そして、その例として承諾殺人や自殺、生命に危険を及ぼすような同意傷害を挙げている。

しかし、この見解に対しては、結果によって同意傷害が違法になったり適法になったりと変化するため妥当でないという批判がなされる。例えば、この見解によると治療行為が成功しなかった場合にはその行為は違法になり、成功した場合には適法になるため、全く同じ行為であったとしても結果によってその行為の違法性阻却が左右されることになる。

また、この見解は自己決定の価値と被侵害法益の価値とを別にして考えているが、法益処分に関する個人の自由は法益の内容そのものであり、法

益と別物ではないという批判も可能である²⁵⁾。

なお、この見解は自殺や生命に危険を及ぼすような同意傷害は違法であるとしているが、自己決定権の及ぶ範囲については誤った理解をしているといえる。なぜなら、これら行為が違法性を阻却しないとする理由は、生命については自己決定権が及ばないと考えているのではなく、生命についてもあくまで自己決定の自由は及ぶものの、生命とは、自己決定の自由の実現によっても補い得ない程重大な利益の侵害を伴うから、両者の利益衡量により被侵害法益が自己決定の自由に優越すると考えているからである。これは「自殺においては、自己の生命を自ら断つことによって『自己決定の自由』が完全に実現されている」と記述されていることから解かる²⁶⁾。しかし、前述したように「自己決定」は決して生命に優越する権利ではないのである。

(4) 重大傷害説

これは、被害者の承諾がある場合、基本的には違法性を阻却するが、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は、たとえ承諾を得たとしても違法性を阻却しないとする説である²⁷⁾。この見解は、主観的事情(承諾を得た動機、目的等)は判断資料として考慮に入れず、同意傷害の限界としては客観的事情である「傷害の程度」に着目したものである。

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「重大な傷害」にまで広げるのかは、特に生命に危険というわけではないが、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ため、やはり区別されるべきであろう²⁸⁾。

なお、この見解によれば「傷害の程度」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く、身体を回復不可能な程度に損傷する程度の重大な傷害で足りとしている。

この見解について、確かにミルは彼自身を奴隷として売るような場合など「将来における自由の行使を、このただ一つの行為ののちには放棄してしまう」ことはもはや自由ではないため許されないと述べている²⁹⁾。そし

て、このことから行動の自由を回復不可能とするような重大な傷害は自己の自由を放棄するものとして認められないことになる。

しかし、そもそも行動の自由を回復不可能とするような重大な傷害とはどのような場合を想定するのであろうか。現代においてはそのような傷害は考えにくいように思われる³⁰⁾。

ミルの時代ならば行動の自由を回復不可能とするような傷害はあったといえるかもしれない。しかし、医療技術が発達した現代においては、たとえ手足を切断されたとしても本物に劣らぬ偽足などは存在するのであり、また傷害により視力を失ったとしても昔に比べて視力障害者のための設備が整っているといえるため、「行動の自由を回復不可能とする」までの傷害とはならないのではないかという疑問が生じる。

このように医療技術の進歩した現代においては、生命に危険を及ぼすような傷害の他、行動の自由を回復不可能とするような重大な傷害は考えにくいといえるだろう。したがって、違法性を阻却しない「傷害の程度」については、次に述べる「生命への危険な傷害」を基準とした説の方が妥当であると考えられる。

(5) 生命危険説

これは、被害者の承諾がある場合、基本的には違法性は阻却されるが、生命に危険を及ぼすような傷害については、たとえ承諾を得たとしても違法性を阻却しないとす説である³¹⁾。先程の重大傷害説と同様、主観的事情（承諾を得た動機、目的等）は判断資料として考慮に入れず、同意傷害の限界としては客観的の事情である「傷害の程度」に着目したものである。なお、この見解は「傷害の程度」について、より明確に判断しやすいよう「生命に対する危険の程度」を基準としている。

「自由」概念の中心は、「他人を害しないすべてのことをなし得る権利」であり、このことはフランス革命期の人権宣言やミルの自由論からも明らかである³²⁾。したがって「身体を傷つけられない自由」は個人的に処分できる法益であって、基本的に同意傷害は違法性を阻却すると考える。

ただ、ミルは自由と生命を区別しており、生命を放棄することは、もはやそれは自由として認められないため違法性を阻却しないと考えている。ミルの自由論では生命権について直接言及されていないが、自己を奴隷として売る行為すら認めていないことからすると³³⁾、生命を放棄する行為については尚更認められないということを窺い知ることができる。

さらに、アメリカ独立時の権利宣言や世界人権宣言(3条)、ボン基本法(2条2項1文)、そして我が日本国憲法(13条)も自由と生命を区別していることから考えると、生命権には「他人によって侵害されない権利」という消極面ばかりでなく、「生き抜く権利」という積極面が存在するといえ、生命を放棄することは生命権の濫用として違法になる³⁴⁾。これが生命に危険を及ぼすような傷害については、承諾が認められない所以である。つまり、生命権は自由権と区別されているため、個人の自由で生命を処分することは許されないことになる。もし、生命の処分が自己決定の自由ということで許されるのであれば、自由と並べて生命をうたう必要はないからである。生命は決して自由に侵食されてはならない権利なのである。

では、被害者は生命まで放棄する気はなかったが、同意した傷害行為には生命を失うような危険性が存在しており、それを承知の上、本人は死なないと思い承諾した場合はどうであろうか。上記したように、生命を放棄することは許されない。しかし、生命に対する「危険性」については日本国憲法やミルの自由論では何ら言及されていない。そこで生命に対する危険ある傷害行為を承諾することも許されないという説明が必要になる。

この問題について、私は生命に対する危険を伴う同意傷害は「危険犯」とであると捉えることによって、生命に対する危険性ある同意傷害についても処罰していく考えに立つ。

確かに204条は「侵害犯」であり、「危険犯」として捉えることは意外なことかもしれない。しかし、法律とは解釈に委ねられるものであるため、規定されていないことを補おうとするならば、生命に対する危険性を伴う

同意傷害のケースについては他の傷害ケースとは異なり、「危険犯」として捉えることも許されよう。誤解や恐喝程度の圧迫など、意思決定の動機について瑕疵がある承諾により、生命を失うことも考えられるため、そのような「危険性」を罰していると解するのである。

以上のことから、私は生命権、そして自己決定権について正しい理解をしているといえるこの生命危険説が最も妥当であると考え。確かに重大危険説もミルのいう「自由」概念を理解した見解であるといえるが、裁判の判断基準としてはより明確な生命危険説の方が適切であろう。

三 生命危険説からみた判例の検討

それでは次に同意傷害に関するこれまでの判例を分析していくことによって、判例は上記した諸学説のうちどの基準を採用しているのか判例の立場を明らかにしていきたいと思う。また、生命危険説からはその判例をどのように評釈するのか以下検討していくことにする。

「同意傷害」に関する判例は数多くみられるが、ケースとしては大きく分けて4つに分類される。第1は、性交時の絞首のケース。第2は、スポーツ・クラブ活動に関するケース。第3は、治療類似行為のケース。第4は致死までの結果が出なかった同意傷害のケースである。ここではその代表的な判例を検討していく。

1. 性交時の絞首のケース

(1) 主な判例

)【大阪高裁昭和29年7月14日判決】³⁵⁾

これは、性交の際に相手の同意を得てその首を絞めた結果、相手を窒息死するに至らしめたというケースであり、「過失致死罪」の成立を認めた判例である。

原判決（神戸地裁）摘示の犯罪事実を要約すれば、被告人はA女と内縁

関係を結び同棲し、専らA女のポン引の収入で生活していた者であるが、A女と性交するに際し、従来から時々していたように、同女の承諾の下に被告人の手で同女の咽喉部を絞めたが、この様なことをするには、相手の身体の状態に十分の注意を払い、窒息死亡せしめることがないよう、危険の発生を未然に回避する措置をとるべき義務があるのにもかかわらず、従前のようにA女の顔が紅潮して来ず、また同女の被告人を抱いていた手がだらりと下る等の異常の徴候が現れたことを軽視して絞め続けた過失により、やがて同女を窒息死亡するに至らしめ、その後死体を切断して遺棄したというものである。

検察官は被告人はA女の承諾の下に同女の首を絞めたのではない、むしろ殺意をもってA女の首を絞めたものであると主張し「殺人罪」で起訴したのであるが、原審は、殺意の立証はないとして「過失致死罪」に当たるとしたため、検察官は原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があるとして控訴し、仮に被告人に殺意がなかったとしても害意をもってA女の首を絞め、死に至らしめたものであるから「傷害致死」の認定をなすべきであると主張した。それに答えたのがこの高裁判決である。

)【大阪地判 判決日不明】³⁶⁾

これも、性交の際に相手方の同意の下にその首を絞め窒息死させたケースであるが、第一審は「重過失致死罪」が成立するとした。この第一審判決の内容を直接知ることができないため、控訴審である大阪高裁昭和40年6月7日判決を参照とする。

原審(大阪地裁)が認定した事実によれば、被告人の妻Nは、首を絞めて性交すれば性感覚を増進した妊娠するかもしれないと言って時々被告人に性交時自分の首を絞めてくれるように求めた。被告人はこの求めに応じ、同女の首を自己の寝間着の紐で1回まわして交叉し両手で紐の両端を引っ張って同女の首を絞めながら性交に及んだ。このような場合には性交時の興奮のあまりややもすれば首を絞め過ぎて窒息死に至らしめる危険を非常に伴うのでその危険を避けるため絶えず相手の様子を窺い手の力を加

減する等極めて細心の注意をしなければならないのに、被告人はこれを怠り、同女の首を緊縛し続けていく中、同女が身体的けいれんを起こしたのをかえって性感の極致に達したものと軽信し、なお紐を強く引き締めたため、間もなく同女が鼻血を出し仮死状態に陥ったのであるが、被告人は外聞をはばかり、直ちに医師の手当を求める等の適当な措置をとらず、かえって同女の事故に見せかけるため、偽装工作をして時間を空費し、同女に対する適切な応急措置をとらなかった重大な過失により同女を窒息死するに至らしめたというものである。

この事件についても、検察官は妻の承諾はなく殺人罪に当たるとして起訴したのであるが、第一審の大阪地裁は殺人の本訴因を排斥し、予備的訴因として追加された「重過失致死罪」の成立を認めた。

）【大阪高裁昭和40年6月7日判決】³⁷⁾

これは、上述した) の判決に対する控訴審の判決である。第一審である) の判決は、被告人が妻Nを仮死状態に陥らせ、その後も同女に対する適切な応急措置をとらなかったため「重過失致死罪」に当たるとしたのに対して、本判決は殺意を認めることはできないとしつつも、結論的には原判決を破棄し、「傷害致死罪」が成立すると判示した。

この判決は、「暴行罪においては相手方の囑託ないし承諾は通常、行為を違法ならしめないであろう」としつつも、「法益の公益的なもの或いは被害者の処分し得ない法益は行為の相手方たる個人の囑託ないし承諾があったとしても違法性を阻却しない。又仮令個人の法益であっても行為の態様が善良の風俗に反するとか、社会通念上相当とする方法、手段、法益侵害の限度を超えた場合も亦被害者の囑託ないし承諾は行為の違法性を阻却しないものと解する」と述べている³⁸⁾。このことから本件に関する暴行をみても、寝間着の紐で絞めるとなると単に手で絞める場合に比すると一段とその調節は困難であり、相手方の首に対する力の入り具合を知り難いものといえ、かつ、被害者が真に苦しくなった時、被告人に対し、その意思（ゆるめてくれという）を表示伝達する方法、手段が準備されてい

ない。これは窒息死という生命に対する危険性を強度に含んでいるといえる。よって被告人の本件絞首は違法性を阻却しないとして傷害致死罪にあたるとしたのである。

)【東京地裁昭和52年6月8日判決】³⁹⁾

【東京高裁昭和52年11月29日判決】⁴⁰⁾

これも、性交の際相手方の承諾の下に絞首し、よって窒息死させたケースである。これについては第一審判決、控訴審判決ともに「傷害致死罪」の成立を認めている。その事実と判旨は以下のようなものである。

被告人はAと情交中、同人から、いつものように首を絞めることを求められ、最初ネックチーフ2枚で同人の頸部を絞めたものの、同人がこれに満足せず、「ロープかバンドを持ってきて絞める」と要求したため、スカート用のナイロン製白色バンド1本を同人の首に巻きつけて前頸部で交差させ、両手でバンドの両端を引っ張り同人の頸部を絞め始めたが、同人から「もっと絞める」といわれたため、さらに力を強めて同人の頸部を約15分間にわたり継続して絞めつけた結果、頸部圧迫による遷延性窒息により死亡するに至らしたものである。

第一審判決は、「本件絞頸行為が双方の合意のうえで行われたものであることは明らかである」としつつ、「性交中において双方が合意したうえで行われるいわゆる加虐行為としての暴行や傷害あるいはこれによる致死の結果については、その違法性が阻却されるためには、ただ単にそれが被害者の承諾囑託に基づくというだけでなく、その行為が社会的に相当であると評価されるものでなければならない」とし、「本件に即していえば、同じ絞頸行為でも少なくとも相手方の生命に危害を及ぼす危険の高い絞頸行為によって、性的な満足を高めようとすることは、右社会的相当行為の範囲内に含まれないものと解するのが相当である」と判示した⁴¹⁾。

これに対して、弁護士側は、本件のような承諾に基づく絞頸行為を伴う性行為は社会的に実在するものであり、かつ、かかる絞頸行為が、被絞頸者が正常な判断能力を有し意思表示を行ないうる限り、直ちに被絞頸者の

生命、身体に危害をもたらす具体的危険性があるとはいえないものであると主張し、控訴がなされた。

控訴審判決は、この控訴を棄却して、原審の結論を維持したのであるが、その理由は原審とほぼ同じで、本件のような事案は、「生命侵害の危険性はさらに強まるものと考えられるので、かかる絞頸行為が社会的相当行為として許容されないことは、明らかといわなければならない」と判示した⁴²⁾。

また、本件のような絞頸行為は客観的に生命に対する強度の危険をはらんでいることは否定できないので、仮に同種行為によりたまたま致死の結果が発生しないことがあったとしても、社会的相当性の範囲内に含まれないとした。

(2) 判例評釈

まず、()の判決は他の判決のように「傷害致死罪」ではなく、「過失致死罪」を認めた判例として注目に値する。それでは何故、本件判決は「傷害致死罪」ではなく、「過失致死罪」に当たるとしたのであろうか。

他の性交時の絞首のケースとの違いを調べるに、他の事案は全て紐やバンド等道具を使用し相手方を絞首したのに対し、本件事案は手で相手方を絞首し窒息死させている。これは生命に対する危険を基準とした場合、一般的に紐やバンドを使用する場合に比して、手で相手方を絞首する場合は生命の危険が少ないということができよう⁴³⁾。実際()の判旨でも「寝間着の紐で絞めるとなると単に手で絞める場合に比すると一段とその調節は困難であり、相手方の首に対する力の入り具合を知り難いものである」と述べている⁴⁴⁾。

しかし、このことから直ちに、手で絞首した場合は「過失致死罪」、紐等を使用した場合は「傷害致死罪」と決めてしまうことは妥当ではない。生命に危険を及ぼすような行為であるかどうかは個別具体的に判断されなければならないからである。手で相手方を絞首した場合であっても、生命の危険が強度である場合は考えられるからである。

)のケースでは、被害者の死体右顎下腺の内側組織内に約小指頭大にわたる軽い組織内出血が認められ、また右顎下腺周囲の大豆大のリンパ腺にも米粒大までの赤色斑紋部が認められたが、組織学的には明瞭なリンパ腺出血は認められなかったのであり⁴⁵⁾、他のケースのように、頸部の表皮剥脱、皮下出血、筋肉出血等を伴うような強度の絞首行為ではなかった点が注目されてよいといえる。)のケースは、その絞首行為による生命への危険性が他のケースに比べて低かったといえるため、「過失傷害罪」に当たるとされたのであろう。

それでは、)の判決が「重過失致死罪」を認めた点についてどのように解釈したらよいのであろうか。)のケースは寝間着の紐でもって相手方を絞首し、窒息死させるに至ったのである。さらに、その絞首は表皮剥脱を伴うような相当強く且つ急激なものであることが窺えることから⁴⁶⁾「重過失致死罪」ではなく、「傷害致死罪」が成立するはずなのではないか問題となる。

これについて、そもそも生命に対する危険を基準として「過失致死罪」と「傷害致死罪」を一義的に区別することは困難であるといわざるを得ないという見解がある⁴⁷⁾。つまり、)のケースは先程の)のケースのように絞首の手段の相違によっては説明できないとするのである。

確かに)の判決は生命に対する危険の基準からは導き出されない結論に至っている。しかし、それはあくまで生命に対する危険な行為とは何なのか、その基準が既に確立されていた場合のことである。生命危険説は社会的相当性説や重大傷害説に比べて、その基準は具体的かつ客観的であるといえることができる。しかし、だからといって「生命危険」の程度までもが始めから確立されているとは必ずしもいえない。どのような基準にもグレーゾーンというものは存在するのであり、そのグレーゾーンを解決するため数多くの具体的な判断資料を裁判所が示しているのである。それに、もし最初からグレーゾーンの存在しないはっきりした基準が存在したとしても、おそらくその様な基準は柔軟性が効かず採用できないであろう。

したがって本件判決は昭和40年の判決ということからして（判決日は不明だが控訴審から推測すると少なくとも昭和40年以前である）、未だ生命に対する危険な傷害の程度が確立されていなかったため、本来ならば「傷害致死罪」に当たるケースを「重過失致死罪」として認めてしまったのではないかと考える。 ）の控訴審判決はこの重大な誤りを修正した判決であるといえよう。実際、その後の判決では、紐等の道具を使い且つ表皮剥脱を負わせた場合を全て「傷害致死罪」として処罰している⁴⁸⁾。

なお、生命危険説にもグレーゾーンが存在するのであれば、別に社会的相当性説や重大傷害説でも良いのではないかと考えるかもしれない。しかし、先程も述べたように、グレーゾーンを解決するために裁判所が具体的判断資料を示したとしても、社会的相当性説はその判断基準自体が曖昧であるため、いくら具体的判断資料で周りを固めたところで、その帰結の恣意性、不透明性は避けられないだろう⁴⁹⁾。

また、重大傷害説についても、その判断基準が明確であるとはいえ、生命危険説に比べてグレーゾーンがかなり広がるため、裁判の迅速性という点から問題が生じるため、やはり生命危険説が妥当であるといえる。

以上、性交時の絞首についての判例をみてきたが、判例は果たして生命危険説を採用しているといえるのであろうか。これについて、 ）の判旨では「行為の態様が善良の風俗に反するとか、社会通念上相当とする方法、手段、法益侵害の限度を越えた場合も亦被害者の囑託ないし承諾は行為の違法性を阻却しないものと解する」と判示しており⁵⁰⁾、 ）第一審でも「その違法性が阻却されるためには、ただ単にそれが被害者の承諾囑託に基づくというだけでなく、その行為が社会的に相当であると評価されるものでなければならない」と判示している⁵¹⁾。このことから判例は社会的相当性説の基準でもって同意傷害の違法性が阻却されるかどうかを判断しているといえることができる。

しかし、ここでいう「社会的相当行為」の範囲とはどのような基準でもって決めているのであろうか疑問が残る。 ）で判示された「社会通念

上相当とする方法、手段、法益侵害の限度を越えた場合」というのはあくまで判断資料を示したに過ぎず判断基準ではない。その判断基準は「社会的相当性」という実に曖昧なものなのである。いくら判断資料を具体的に語ったとしても、その判断基準が社会的相当性というブラックボックスである以上、判断基準を明確にしたことにはならないのである。

そこで、社会的相当性説に立つといわれる判例が、実際には「社会的相当行為」をどのように理解しているのか検討してみることにする。つまり、判例は「社会的相当性」の範囲内かどうかを判断するにあたって、必ず具体的な判断基準を設けていると考えるわけである。そうでなければ、その判断は完全に裁判官の心証に任されることになってしまい、同じような事案であっても裁判官によって違う結論に至ってしまう恐れが出てくるからだ。

これについて) 控訴審は、「窒息死という生命に対する危険性を強度に含んでいる」本件暴行行為は社会通念上許される限度を超えたものとして違法性を阻却しないと判示した⁵²⁾。また) 第一審も次のように判示している。「本件絞頸行為は、生命に対する危険を強度に含んでいるものとして、前記社会的相当行為に関する説示に照らし、許容されない行為であることは明らかであり、いかに被害者の承諾があっても、もはやその違法性を阻却しないものといわなければならない」⁵³⁾。

このことから解かるように、社会的相当性説に立つ判例も、実際、客観的事情(傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等)については「生命に対する危険性」を判断基準としており、これによって「社会的相当性」という曖昧な判断基準の問題を解決していたということが出来る⁵⁴⁾。つまり判例は社会的相当性の範囲内でなければ同意傷害の違法性は阻却されないと述べてつも、社会的相当性の範囲内かどうかは生命に対する危険性の度合いを基準として決めていたのである。

以上のことより、性交時の絞首に関する判例は社会的相当性という言葉を用いてはいるが、実際は生命危険説と同じ基準を採用しており、社会的

相当性説との違いもここでは顕著に表われないといえる。

2. スポーツ・クラブ活動に関するケース

(1) 主な判例

)【東京地裁昭和41年6月22日判決】⁵⁵⁾

これは、「ワンダーフォーゲル事件」として知られている、いわば運動部における、実力練成のためのしごきに関するケースであり、「傷害致死罪」の成立を認めた判例である。なお、本判決は第一審判決であって、一審で確定している。以下がその事実と判旨である。

被告人らは、東京農業大学のワンダーフォーゲル部の慣行となっている「新人練成山行」に際して、新入部員の実力練成を目的として、行進中遅れたり、休憩地に遅れて入ってきたりする者や、指示された作業をしない者に対して、叱咤激励し、ザックを押ししたり、手足を引っ張ったりすることはもとより、平手、手拳、紐、木棒により直接身体を殴打し、登山靴のまま蹴りするなどのいわゆるしごきをなして肉体的苦痛感や、精神的屈辱感を与えて、行動に駆り立て、ついには新入部員の一人を全身打撲に基づく外傷性二次性ショックにより死亡するに至らしめたものである。

弁護人は、本件練成山行中、上級生部員が新人に有形力を加えるのは、団体山岳行動に耐えうる体力気力と山岳生活の能力を養成するためであり、新人の気力回復あるいは危険防止のためにも必要なことで、その手段、方法において許容しうる相当な範囲内の行為であるとして、本件しごき行為は刑法第35条により違法性が阻却されるものであると主張した。

しかし、本件判決はたとえ体力、気力を養成するためとはいえ、登山靴で身体を踏みつけあるいは蹴ることや木棒や紐で身体を殴打することは人格蔑視も甚だしく、平手、拳で身体を殴打することも許されるべきではないとして行為の違法性を阻却するものではないと判断した。

)【大阪地裁昭和62年4月21日判決】⁵⁶⁾

これは、空手の練習中に相手を死亡させてしまったケースであり、「傷

害致死罪」の成立を認めた判例である。本件判決も控訴されることなく、第一審で確定している。

「罪となるべき事実」によれば、被告人は深夜路上で、知人Aといわゆる「寸止」(相手の身体に当たる寸前に技を止めるもの)ではなく、相手を現に殴打、足蹴りする方法で、練習として空手の技を掛け合っていた際、同人が攻撃してくるのに対応するうち、興奮のあまり、同人に対し、一方的にその胸部、腹部、背部等を数十回にわたり手拳で殴打したり、皮製ブーツを着用した足で足蹴りして転倒させるなどの暴行を加え、よって同人に対し、頭部、顔面、胸部、背部左右上下肢の皮下出血及び表皮剥脱、胸背部筋肉内出血、多数肋骨骨折等の傷害を負わせ、死亡するに至させたものである。

弁護人は、本件は空手の練習中に起こった事件であり、被告人には暴行の故意がなく、本件は重過失致死をもって論ずべきであると主張したが、本件判決は、この主張を排斥し、傷害致死罪にあたるとした。

その理由として、「そもそも、スポーツの練習中の加害行為が被害者の承諾に基づく行為としてその違法性が阻却されるには、特に『空手』という危険な格闘技においては、単に練習中であつたというだけでは足りず、その危険性に鑑みて、練習の方法、程度が、社会的に相当であると是認するに足りる態様のものでなければならない」とした上で、本件では、「被告人は、練習経験、実力の点からしても被害者を指導すべき立場にありながら、同人に対し、強度の殴打や足蹴りを加えて重傷を負わせたこと、被告人らが空手をしてしたのは、深夜人通りの少ない墓地脇の路上であつたことなどの事実を徴すると、練習場所としては不相当な場所でながら正規のルールに従うことなくかかる危険な方法、態様の練習をすることが右社会的相当行為の範囲内に含まれないことは明らかであつて、被告人の本件行為は違法なものであるといわなければならない」と判示した⁵⁷⁾。

(2) 判例評釈

まず、()の判決について、東京地裁は「傷害致死罪」の成立を認めた

のであるが、これは結論的にみて妥当であるといえる。スポーツ傷害の場合には、刑法35条の「正当行為」として認められるかどうかポイントであり⁵⁸⁾、これを意識して本件でも弁護人は「山岳行動は生命の危険度の高いスポーツであり」、したがって「たとえ外形上暴行罪の構成要件に該当する行為であっても、それは刑法第35条により違法性が阻却されるものである」と主張している⁵⁹⁾。これについては、判旨でも「ワンダーフォーゲル運動もそれが大学のクラブ活動の一環として採り上げられれば、単なる親睦団体の活動とはその趣を異に」するとして、山岳行動のスポーツ性を認めている⁶⁰⁾。しかし、東京地裁は、本件事案を「正当行為」として認めなかったのである。その理由は、本件しごき行為が行われた「新人練成山行」は他の合宿山行と性質を異にするため、生命の危険度の高い山岳行動であるとはいえず、よって正当化されるスポーツ性は認められないと判断したからである。

確かに、しごき行為であってもそれが正規のルールに従ったスポーツの一環として行われるのであれば、刑法35条の「正当行為」として違法性が阻却されるといえよう。しかし、本件の「新人練成山行」は生命に対する強度の危険を伴うぎりぎりの行動が要求される山岳行動ではなく、あくまで訓練行為としての慣行であるため、そこでなされたしごき行為はたとえスポーツの一環として行われたとしても「正当行為」としては認められないのである。スポーツ傷害だからといって全てが正当化されるわけではない⁶¹⁾。正当化されるかどうかは個別具体的な事情を把握してから決められるべきである。したがって、本件しごき行為は「正当行為」として認められないと解した判決は妥当であるといえる。

また、判旨では「体力、気力の養成に逸するのあまり、あたかも人間性を軽視するが如きことがあってはならない」とし、たとえ実力練成のためのしごき行為であったとしても、人間性を喪失するようなしごき行為は憲法13条や教育基本法、教育の目的からして堅く禁じられていると判示した⁶²⁾。つまり、しごき行為の限界として「個人の尊厳」に着目したのであ

る。判例のこの見解は、ミルが自己を奴隷として売る行為は認められないとしたことに適うように思われる。しかし、自己を奴隷として売る行為とはまさに「人格の全面放棄」であるのに対し、しごき行為を許容することは「人格の全面放棄」とまではいえないため、事情を異にするといえよう。ミルはあくまで「将来にわたる自由を放棄すること」は、もはや自由として認められないとしたのであり、しごき行為のような一時的な自由の放棄についてまで禁止していたとは思われない。しごき行為を受けることによって自己を鍛え上げることは個人の自由であろう。ただ、本件の場合、しごき行為といえども生命に対する危険を伴ったものであったため、たとえ本人の承諾があろうとも違法性は阻却されないと考えるのが相当であろう。

なお、本件判決は、被害者の立場も被告人らとは対等ではなかったことから、その同意が真意に基づいてなされたとは考えられないという理由により、本件しごき行為の違法性は阻却されないと判断した特別な事情のあるケースであるといえる。したがって「被害者の同意」の限界については正面から言及していない⁶³⁾。

しかし、判例は客観的事情(傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等)が社会的に相当であるといえるかどうかを判断するのに生命に対する危険を基準としていると思わせる記述がこの判旨からも窺える。

それは被害者の一人が「すでに疲労して眠そうな様子をしており、出発に際しては自己のザックと他人のザックの区別がつかずまごつくような有様で、同休憩地出発5分後で早くも倒れ始めたことが認められ」たにも関わらず、「激励する等他にとるべき方法が考えられるに拘らず、何のためらいもなく、被告人寺岡、同森が時を接して殴打したことは、悲愴感すら感ぜられるところであって、決して正当化されるものではない」と判示した点である⁶⁴⁾。つまり、被害者の気力を回復させる方法が他にあったにも関わらず、自己のザックと他人のザックの区別すらつかない程疲労していた被害者に暴行を加えたため(このような減弱した相手に暴行を加えるこ

とは生命に危険を及ぼすような行為であるといえる）、違法性は阻却されないと判断したことから、判例は客観的事情の判断基準については生命危険説の基準を採用していると考えられるわけである。

次に（ ）の判決について、これも（ ）と同様、スポーツの練習中の加虐行為としては認められず、よって「正当行為」にはあたらないとされたのであるが、空手をしていた場所が墓地脇であることや、稽古自体正規のルールに従っていなかったことから考えると「正当行為」にはあたらないとした判決は妥当であろう。

また、お互いに身体を殴打、足蹴りすることについて同意していたとしても、これも先程のケース同様、被害者は被告人と同等の立場であったとはいえないため、同意が真意に基づくものであったとは考えられない⁶⁵⁾。よって同意そのものに瑕疵があったといえる。

もし仮に同意が真意に基づくものであったとしても、このようなケースでは生命に対する危険があるといえるため、たとえ被害者の承諾を得ていたとしても、違法性は阻却されないと解する。

この点については判例も違法性が阻却されるには、「練習の方法、程度が、社会的に相当であると是認するに足りる態様のものでなければならぬのであるところ、前掲各証拠によると、被害者の主たる受傷は、頭部、顔面、胸部、背部、左右上下肢の皮下出血及び表皮剥脱、胸背部筋肉内出血、多数肋骨骨折（前面右側7本、同左側9本、背面右側7本、同左側2本）、左右胸腔内に約700ミリリットルの出血血液貯留、諸臓器乏血状であり、死因は右肋骨骨折による出血失血であること」からして「右社会的相当行為の範囲内に含まれないことは明らかであって、被告人の本件行為は違法なものであるといわなければならない」と判示している⁶⁶⁾。つまり、判例はここでも客観的事情（傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等）が社会的に相当であるといえるかどうかについては、生命に対する危険の程度を判断基準としたのである（なお生命に対する危険が強度といえるかどうかについては表皮剥脱や皮下出血等の損傷に着目しているようである）。

以上のことから、スポーツ・クラブ活動に関するケースでも判例は結局のところ「社会的相当性」の範囲内かどうかについては生命危険説の基準を採用しており、したがってここでも社会的相当性説との顕著な違いは表われないといえる⁶⁷⁾。なお、ここでも判例は主観的事情(承諾を得た動機、目的等)の社会的相当性判断基準については明言しておらず、被害者の同意の限界については客観的事情の社会的相当性を重視したといえる。ただ、このケースの判例はどちらも特別な事情が存在していたため、あえて被害者の同意の限界について言及する必要はなかったため、これについては明記していないのかもしれない。

3. 治療類似行為のケース

(1) 主な判例

)【浦和地裁熊谷支部昭和30年9月22日判決】⁶⁸⁾

これは、いわゆる「狐落し」治療術により、病気で衰弱した女性を死亡するに至らしめたケースであり、第一審である本件判決は「傷害致死罪」ではなく、「業務上過失致死罪」の共同正犯の成立を認めた注目すべきものである。

「罪となるべき事実」によれば、吉凶判断、加持祈祷を業とする被告人らは、被害者の夫から妻Kが予めから原因不明の病気のため身体衰弱し精神に以上を呈して不可解な言動をするのでこれが平癒のため加持祈祷されたい旨の依頼を受けて、祈祷を始めたのであるが、同女の病気はその体内にいわゆる「オトサキ狐」が憑いているためであり、同女の腹部に玉のような塊があるのが、その憑物であって病気を平癒させるためにはこれを体外に追い出さねばならないが、それには、これを体外から捉えて腹部から胸部に押し上げ更に咽喉部に追い詰め捻り潰して憑物を退散させなければならないという迷信を信じ、被害者の近親者の協力の下に、長期にわたる病気のため身体衰弱して仰臥している同女の両手両足を押さえさせ、憑物を追い出す方法と称して、交々手拳、手指をもって同女の腹部、胸部、脇

下、頸部等を強圧し続けた結果、同女を呼吸困難に陥らしめ遂に頸部扼圧による窒息死に至らしめたというものである。

第一審である本件判決は、被害者は病気のため身体が衰弱していたのであるから、祈祷業者たるものは、このような病気の人のために祈祷をなすにあたっては、その心身の状態に細心の注意を払い、異常な力を加え、そのため病者の生理的機能を害するが如きことのない様になすべき業務上の義務があるに関わらず、これを怠り、よって同女を死亡するに至らしめたとして「業務上過失致死罪」にあたるとした。

）【東京高裁昭和31年11月28日判決】⁶⁹⁾

これは、上述した) の控訴審判決である。「業務上過失致死罪」としていた原判決を破棄し、「傷害致死罪」の成立を認めたものである。

その理由として、本件判決は、「いやしくも他人の身体に暴行（違法な有形力）を加える認識のもとに暴行の所為に出て、よってこれを死に致した場合には、たとえ犯人が錯誤によりその行為を法律上許されたものと信じていたとしても傷害致死罪の成立あるを免れない」とした⁷⁰⁾。

また、本件「狐落し」治療術についても、「医学上一般に承認された手段方法により患者の身体に有形力を行使または傷害を加えること、すなわち治療行為は、その性質上、暴行もしくは傷害に該当しないか、または違法性がないものとして罪とならないといえるが、本件の様な治療行為は、同じく疾病治療の目的に出たとしても、行為者は暴行ないし傷害に該当する外形的事実を認識しながら、ただ錯誤によりこの評価を誤りこれを適法な治療行為であると信じたため、行為の違法性の認識を欠いて行動したに過ぎないのであって、事実の認識を欠いたのではないから、暴行ないし傷害の犯意ありとするに妨げはなく、よって生じた結果につき、傷害ないしは傷害致死の罪責を負わねばならない」と判示した⁷¹⁾。

(2) 判例評釈

先程のスポーツ傷害同様、医療行為による身体への侵襲は、一般的に刑法35条の「正当行為」にあたるとされている⁷²⁾。その正当化根拠について

は、様々な見解があるが(患者の同意説,治療目的説,優越的利益説等)⁷³⁾,ここでは触れないことにする。ここで論じたいのは医療行為の正当化根拠ではなく,被害者の同意の限界を判例がどう捉えているのかについてであるからだ。

まず,)の第一審判決について,本件判決は「業務上過失致死罪」にあたるとしたのであるが,この判決は結論的にみて誤っているということができよう。本件のような加持祈祷による治療行為は,レーゲ・アルティス(医療準則)に適った治療であるとはいえないし,また,この治療行為によって生命への危険を除去できる可能性も,治療行為自体の危険より大きなものであるとはいえないため(むしろ迷信とされる本件治療行為では生命への危険を除去できる可能性は皆無であるといえよう),優越的利益があるともいえない。したがって本件の如き治療行為は正当化されないと考えられ,そこでなされた暴行,傷害行為は違法性を阻却しないということになる。

なお,本件判決もこの点については,本件治療行為が「正当行為」にあたるとはしていない。一般的見解でも迷信的な治療術が治療行為として正当化されないと捉えることは異論のないところである⁷⁴⁾。

本件判決は,被告人らが「狐落し」治療術は治療効果があるものと信じて行為していたという点で,暴行,傷害の故意を欠くとし「業務上過失致死罪」が成立するとしたわけである。つまり,ここで正面から問題となったのは,同意の違法性阻却の限界ではなく,錯誤についてである⁷⁵⁾。

これに対して,)控訴審判決では一転して「傷害致死罪」の成立を認めた。その理由は前述した通りである。つまり,控訴審はたとえ犯人が錯誤によりその行為を法律上許されたものと信じていたとしても,それは事実の錯誤ではなく,法律の錯誤に過ぎず,暴行の故意を阻却するものではないと判示したのである。

このように本件控訴審判決は,「傷害致死罪」にあたるとした理由として主に,「違法性の錯誤」は暴行,傷害の故意を阻却しないとしたことを

挙げており、同意の違法性阻却の限界を決定的な理由としたケースではないといえる。

しかし、前2ケース同様、このケースでも判例は被害者の承諾の違法性阻却の限界についてどのような基準を採用しているのかについてその判旨において言及している。

本件控訴審判決はその判旨で「屈強の男子数名が協力して病気のため身体衰弱した女性の身体の重要部分に対し同時に且つ長時間継続して強圧または強扼を加えるが如きは患者の健康増進ないしは疾病治療のため有効な手段方法であるどころか、却ってその生理的機能を障害し、病勢を悪化せしめ、延いてはこれを死に致す危険のある有害無益な行為であり」、刑法上暴行に該当することは避けられないと判示した⁷⁶⁾。また、生命に対する危険が強度であるかどうかの目安としては先に述べた判例同様「表皮剥脱、皮下出血等」の損傷を負わせたかどうかに着目しているようである⁷⁷⁾。

以上のことから、治療類似行為のケースでも、判例は被害者の承諾の限界について言及しなくても「傷害致死罪」の成立が認められたのであるから、社会的相当性説のいう「社会的相当性」の範囲については言及する必要がなかったといえる（判旨でも社会的に相当な行為であったといえるかどうかについての記述は全くない）。しかし、その判旨から生命に対する危険の程度をその限界の判断基準として捉えているのではないかと窺い知ることができるといえよう⁷⁸⁾。したがって、ここでも社会的相当性説を採用しているとされる判例と生命危険説の間には顕著な相違はみられないといえる。

4. 致死までの結果が出なかった同意傷害のケース

(1) 主な判例

）【最高裁昭和55年11月13日決定】⁷⁹⁾

これは、保険金等の詐欺を目的として、被害者らとの共謀の上、業務上過失傷害を装って行われた自動車の衝突事故のケースであり、最高裁はこ

のような保険金詐欺目的での承諾は違法性を阻却しないと判示した。このケースは死亡までには至らなかったという点で、今までのケースとは事情を異にする。

原決定(広島高裁)の認定によれば、請求人Xは、K、T、Sと共謀し、X運転の軽自動車を、Kが運転しT、Sが同乗するライトバンに(本物の事故に見せかけるため両車両の間に他の車を挟んだ玉突き事故にして)故意に追突させ、これをXの過失による交通事故であるかのように装って、保険金を騙し取ると同時に、身体障害者であったTに入院治療の機会を得させようと企てた。そして実際、交差点の赤信号でK運転の車が停止し、続いて第三者A運転の軽乗用車が停止した際、自車をA車の後部に追突させた。その結果、A、K、T、Sは負傷した。

Xはこの4人に対する「業務上過失傷害罪」により、有罪判決を受け、その判決は確定した。しかし、後になって、この事故はXとK、T、Sとが共謀して、保険金詐欺の目的で行なったものであることが明らかになり、X、K、T、S、は保険金詐欺の罪で有罪となった。そこで、Xは「業務上過失傷害罪」の確定判決に対して、K、T、Sに対する傷害はその同意によるものであるから犯罪は成立しないととして、再審の請求をした。

原原決定(岡山地裁津山支部)は、K、T、Sの傷害は軽微で、承諾により違法性が阻却される余地があるとしても、Aに対する故意の傷害罪が成立するから再審請求の理由にあたらぬとして請求を棄却した。

原決定も、K、T、Sに対しては暴行罪が成立するに過ぎず、承諾により違法性が阻却される余地はあるが、Aに対する故意の傷害罪が成立するとして、即時抗告を棄却した。

これに対する特別抗告を棄却したのが本決定であり、最高裁は抗告理由にあたらぬとした上、「被害者が身体傷害を承諾したばい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照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、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をもって、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ばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであって、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」と判示した⁸⁰⁾。

）【仙台地裁石巻支部昭和62年2月18日判決】⁸¹⁾

これは、被告人が被害者の承諾の下に、その指をつめた行為につき「傷害罪」の成立が認められた事例である。このケースも（1）同様、死亡にまでは至らなかったにも関わらず、本件判決は、たとえ承諾があったとしても、違法性は阻却されないとした点で注目すべき判決であるといえる。

「罪となるべき事実」によれば、被告人は被害者Kから指をつめることを依頼されて、有合せの風呂のあがり台、出刃包丁、金づちを用い、Kの左小指の根元を有合せの釣糸でしばって血止めをした上、風呂のあがり台の上に出刃包丁を当て金づちで2、3回たたいて左小指の末節を切断したというものである。

弁護人は、この被告人の所為は、被害者の承諾があるために犯罪は成立しないと主張したのであるが、本件判決は、「被告人が強いて指をつめるよう命じて（すなわち瑕疵のある承諾のもとに）判示所為に及んだのではないかという疑いも濃厚である」として、傷害罪は成立するといわざるを得ないと判示し⁸²⁾、弁護人の主張を退けた。

さらに本件判決は、たとえ「K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いいようのない指つ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、全く野蛮で無残な方法であり、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」と判示したのである⁸³⁾。

（2）判例評釈

今までのケースとは違い、致死までの結果が出なかった同意傷害のケー

スでは、判例と生命危険説との間で、その結論解釈に顕著な違いが表われる。これは「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我が国の判例の基本的な流れと異なった傾向にあるといえよう⁸⁴⁾。そのため、生命危険説からは、このケースの判例が出した結論解釈には批判的な評価が多い⁸⁵⁾。

まず、()の決定について、最高裁は「被害者が身体傷害を承諾したばあい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照らし合せて決すべきものである」と判示したのであるが⁸⁶⁾、最高裁もAに対する関係で傷害罪が成立することは認めているのであるから、原原審や原審のようにK、T、Sに対する関係の傷害罪の成否の判断を回避しても再審請求棄却の結論を導き出すことはできたはずである。それにも関わらず、あえてその点の判断を示したのは、本件を契機に傷害罪における被害者の承諾の法理の一般的適用基準を樹立しようとしたからであると思われ、そこに最高裁の意欲が窺われる⁸⁷⁾。

そして、この最高裁決定で最も注目すべき点は、「承諾を得た動機、目的」までもが、違法性を阻却するかどうかの判断資料とされたことである。先に挙げた「性交時の絞首のケース」の()控訴審判決では「方法、手段、法益侵害の程度」という客観的事情については、違法性阻却の判断資料としていたのであるが、「動機、目的」という主観的事情については全く触れていない。それが本決定ではこれら主観的事情までも違法性阻却の判断資料とすると判示したのである。

しかし、このような判断基準の曖昧な主観的事情までも違法性阻却の判断資料とされることは帰結の恣意性、不透明性という問題点からして妥当でないというのは前述した通りである。前3ケースの判例は、社会的相当性説に立脚しながらも判断資料としては客観的事情を重視していたといえるため、この問題には直面しなかったのである。だが、本決定では、まさ

にこの主観的事情の社会的相当性が違法性阻却の判断として重視されたため、この帰結の恣意性、不透明性が問題となり、生命危険説や重大傷害説から批判を浴びることになったのである。

確かに、同意傷害が違法性を阻却するかどうか判断する際、不明確な判断基準を用いることは許されないといえよう。その意味で「承諾を得た動機、目的」までも違法性阻却の判断資料とした本決定は妥当であったとはいえない。しかも、本決定は「右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであって、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」と判示していることから⁸⁸⁾、保険金詐欺という「目的の違法性」のみを重視したようにも思われる⁸⁹⁾。

しかし、この保険金詐欺という動機、目的は、身体の保護の必要性の問題とは関係がなく、他の法益を保護しようとする犯罪と関係があるだけである。それにも関わらず、これらの場合、傷害罪の成立を認めると、実はその目的とされた行為を、傷害の名で処罰することになってしまう。これはまさに「江戸の仇を長崎で討つ」ようなものであって妥当とは思われない⁹⁰⁾。やはり、違法性阻却の判断としては、生命に対する危険の程度が重要な要素となるべきであろう。

ただ、K、T、Sの承諾があるとしても当該傷害行為の違法性を阻却するものではなく、傷害罪が成立すると解した結論自体は、必ずしも誤った結論であるとはいえない。それは客観的事情である「方法、手段」が生命に対する危険をはらんでいた場合を想定している。つまり、K、T、Sに傷害を負わせた方法、手段が「自動車による」衝突であったことがポイントなのである。これがもし、「自転車による」衝突であったとしたら生命に対する危険が強度な方法、手段であったとはいえないため、損傷の部位、程度も生命に対する危険がない場合、傷害罪は成立しないと考える。しかし、本件のように自動車の衝突事故を装って相手を傷害させたのであれば、それは一般的には生命に対する危険が高い方法、手段であったといえるた

め⁹¹⁾、同意傷害の違法性は阻却されず、傷害罪が成立すると考えられる。したがって、このような場合、結論的には本決定と変わらないことになる。

判例も本件事案がもし、自動車による衝突ではなく、自転車による衝突であったとしたら、同じく傷害罪の成立を認めていたのであるうかは疑問であり、相手に傷害を負わせた手段が自動車による衝突であったという事実も少なからず傷害罪の成立を認めた理由として考慮されていたのではないかと思われる⁹²⁾。

しかし、自動車による衝突だからといって必ずしも生命に対する危険が強度の方法、手段であるとは限らない。その判断はやはり個別具体的な事情を考慮してから決せられるべきであろう。したがって、衝突した時の衝撃や箇所によっては自動車による衝突であっても生命に危険を及ぼすような方法であったとはいえない場合もあると考える。

このように、生命に対する危険がほとんどない場合であるならば、傷害罪の成立を認めることは許されないであろう。

ただ、この場合、傷害罪は成立しないととしても、当該傷害行為の違法性については依然として阻却されないと考える。なぜなら、確かに、詐欺の準備行為として行われた同意傷害行為は、詐欺罪の準備行為が処罰されないとしても、その一般的違法性を根拠づける事情であり、「詐欺の予備行為として違法」であるといえるからである。その意味で、この傷害行為に同意があったとしても、「これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではない」ことは当然であろう。しかし、それは、この「傷害行為」が「傷害罪として違法」であることを意味しない。あくまで「詐欺の予備行為として違法」であるに過ぎないのだ。これを誤解して傷害罪を肯定することは、禁止されるべき「違法性の二重評価」にあたる⁹³⁾。

以上のように、法益侵害の程度が比較的軽微な同意傷害のケースでは、生命に危険を及ぼすような「方法、手段」であったのかに着目することが重要であると解する。判例のように「目的が違法」であることを理由として、客観的事情を判断資料とせず、傷害罪の成立を認めてしまうことは許

されない。

なお、上述したように保険金詐欺のような場合では、生命に対する危険があろうがなかろうが、同意傷害行為は違法性が阻却されることはない。たとえ傷害罪が成立しないとしても、詐欺の準備行為にあたる承諾は詐欺既遂罪の中で吸収評価され、重く処罰されることになるのである。もし、この「詐欺の予備行為としての違法」を「違法阻却されないのは傷害罪にあたるからだ」と誤解するようなことがあったのならば、それは「違法性の二重評価」にあたる。また、これは「江戸の仇を長崎で討つ」ようなものであって妥当ではないだろう。ただ、このように考えるのであれば、傷害罪の可罰的違法性がないということで、その類型とされる構成要件にも該当しないという結論になる。このように、) のようなケースでは構成要件非該当説でも説明は可能である。

ところで、本件自動車による衝突行為が生命に対する危険を強度にはらんでいたかどうかは微妙なところであり、K、T、Sに対しても本来ならば傷害罪が成立するとした判例には疑問が残る⁹⁴⁾。しかし、Aに対しては本来ならば傷害罪が成立することは明らかであるので、再審請求棄却の結論については異論のないところであろう。

次に) の判決について、これは) の最高裁決定の決定要旨を意識した判決を下しているが、やはり「目的の違法性」をもって違法性阻却の判断資料とするのは妥当でない。したがって、暴力団による指づめ事例であったとしても、生命に対する危険がない方法、手段でもって、かつ法益侵害の程度も軽微であるならば、その承諾は違法性を阻却すると解すべきであろう⁹⁵⁾。

なお、本件判決は客観的事情である「方法、手段」についても、不明確な基準でもってその「社会的相当性」の範囲内かどうかを判断しているので、その点についても、他の判例とは異なっているといえる⁹⁶⁾。それまでは、客観的事情については生命危険説と同じ基準で「社会的相当性」の範囲内かどうかを判断していたのであるが、) の最高裁決定に影響されて

か、客観的事情についてまでも、主観的事情と同様に判断基準が曖昧なものになってしまったようである。

もっとも、本件では被害者の承諾が真意によるものだとはいえ、判旨でも「瑕疵ある承諾のもとに」指詰め行為がなされた疑いが濃厚だと判示しているため⁹⁷⁾、結局は傷害罪が成立することになるろう。

四 おわりに

本論文は判例評釈に重きをおいたのであるが、その解釈は私なりに感じたことを綴っている。したがって、多少強引なところもあるが、それなりの根拠は示しているつもりであるためご容赦願いたい。

また、同意傷害に関する判例をケースごとに分けてみていくことによって、判例の採る立場が違っていることに気付くことができた。それは、時代の違いということもあるが、私を感じたところでは、性交時の絞首のケース、スポーツ・クラブ活動に関するケース、治療類似行為のケースでは、判例も客観的事情（傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等）を同意傷害の違法性阻却のための重要な判断資料としていることが窺われ、その判断基準は生命危険説と同じ基準を採用しているのではないかと思われる。つまり、判例はこれらケースでは、「社会的相当性」の範囲内といえるかどうかの判断基準として「生命に対する危険の程度」を実際には基準としていたといえる。

しかし、致死までの結果が出なかった同意傷害のケースにおいては、昭和55年11月13日の最高裁決定を始め、その他の判例も主観的事情（承諾を得た動機、目的等）をも同意傷害の違法性阻却のための判断資料としたため、その「社会的相当性」の範囲内かどうかの判断基準が実に曖昧なものになってしまった。つまり、判例はこのケースでは完全に具体的基準を持たない社会的相当性説に立脚しているといえる。ただ、このケースの判例はいずれも特別な事情が存在していたため、生命危険説からも同じ結論に

至ったのであるから、今後は特別な事情のない純粋なケースを判例がどう判断を下すかが注目される。

そして最後に、最近よく主張される「自己決定権」について、今回の研究を通じて「自己決定権」には限界があるということを学ぶことができた。それはフランス革命期から現在に至るまで変わることのない、「生命権」と「自由権」の区別から導き出される限界であるといえよう。また、ミルの自由論から「将来にわたる自由の行使を放棄すること」も自己決定の自由として認められないことが分かった。近年、自己責任の下「自己決定権」が頻繁に謳われているのであるが、この限界を軽視して、これを主張することはとても危うさを感じるものであると今回の研究を通じてしみじみと実感することができた。

- 1) 斎藤誠二『刑法講義各論〔新訂版〕』（多賀出版，1979年）178頁，前田雅英『刑法総論講義〔第3版〕』（東京大学出版会，1998年）114頁，山口厚『刑法総論』（有斐閣，1998年）149頁，木村光江『刑法〔第2版〕』（東京大学出版会，2002年）73頁参照。
- 2) 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣，1968年）221頁参照。
- 3) 斎藤誠二・前掲注1)178頁参照。
- 4) 古田佑紀「被害者の承諾と傷害罪の成否」法律のひろば34巻3号55頁参照。
- 5) 前田雅英・前掲注1)114頁参照。
- 6) 塩谷毅「同意傷害について」岡山大学法学会雑誌50巻2号280頁参照。
- 7) 須之内克彦『刑法基本講座〔3巻〕』（法学書院，1994年）147頁以下，深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否 同意の処罰阻却効果の『絶対性』との関係について」岡山大学法学会雑誌51巻4号84頁参照。
- 8) John Stuart Mill「自由論」『中公バックス世界の名著49』（中央公論社，1979年）333頁。
- 9) 岡田朝太郎『日本刑法論（総則之部）』（有斐閣，明治28年3版）311頁以下参照。
- 10) 小嶋伝『新刑法論』（清水書店，1910年）277頁参照。
- 11) John Stuart Mill・前掲注8)279頁。
- 12) 古田佑紀・前掲注4)55頁参照。
- 13) 牧野英一『刑法総論〔上巻〕〔全訂版〕』（有斐閣，1958年）489頁以下参照。
- 14) 夏目文雄「一 被害者の承諾と傷害罪の成否 二 被害者の承諾が傷害行為の違法性を阻却しないとされた事例」判例時報1004号196頁参照。
- 15) 塩谷毅・前掲注6)246頁参照。
- 16) 木村亀二『刑法総論〔増補版〕』（有斐閣，1978年）285頁，団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社，1990年）222頁，大塚仁『刑法要論〔全訂第3版〕』（成文堂，1984

- 年)108頁以下,福田平『刑法総論〔全訂第3版増補〕』(有斐閣,2001年)176頁,佐久間修『刑法講義〔総論〕』(成文堂,1997年)185頁以下参照。
- 17) 深町晋也・前掲注7)86頁参照。
 - 18) 福田平・前掲注16)176頁参照。
 - 19) 最高裁昭和55年11月13日決定・最高裁判所刑事判例集34巻6号396頁以下。
 - 20) 生田勝義「『被害者の承諾』についての一考察」立命館法学228号207頁参照。
 - 21) 深町晋也・前掲注7)85頁参照。
 - 22) 塩谷毅・前掲注6)280頁参照。
 - 23) John Stuart Mill・前掲注8)226頁。
 - 24) 曽根威彦『刑法における正当化の理論』(成文堂,1980年)145頁参照。
 - 25) 深町晋也・前掲注7)83頁参照。
 - 26) 曽根威彦・前掲注24)150頁参照。
 - 27) 山中敬一『刑法総論』(成文堂,1999年)199頁,内藤謙『刑法講義総論〔中〕』(有斐閣,1986年)588頁,大越義久『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣,2001年)93頁,斎藤信治『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣,1998年)170以下等参照。
 - 28) 塩谷毅・前掲注6)274頁参照。
 - 29) John Stuart Mill・前掲注8)333頁参照。
 - 30) 四肢あるいは五官の一部の喪失が重大傷害の例として挙げられるが,これらが果たして本当に生命にまで危険を及ぼす程度ではないと言い切れるのかは疑問である。例えば,町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会,1986年)175頁参照。
 - 31) 平野龍一『刑法総論』(有斐閣,1978年)254頁,大谷實『新版刑法講義総論』(成文堂,2000年)273頁,松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂,1997年)116頁,岡野光雄『刑法要説総論』(成文堂,2001年)137頁,野村稔『刑法総論〔補訂版〕』(成文堂,1998年)261頁,堀内捷三『刑法総論』(有斐閣,2000年)176頁等参照。
 - 32) 生田勝義・前掲注20)174頁以下参照。
 - 33) John Stuart Mill・前掲注8)333頁参照。
 - 34) 生田勝義・前掲注20)199頁参照。
 - 35) 高等裁判所刑事裁判特報1巻4号133頁。
 - 36) 下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1166頁参照。
 - 37) 下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1166頁。
 - 38) 下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1172頁。
 - 39) 判例時報874号103頁。
 - 40) 東京高等裁判所判決時報(刑事)28巻11号143頁。
 - 41) 判例時報874号104頁。
 - 42) 東京高等裁判所判決時報(刑事)28巻11号144頁。
 - 43) 平野龍一「傷害と同意 刑事法ノート1」警察研究57巻3号10頁以下参照。
 - 44) 下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1173頁。
 - 45) 高等裁判所刑事裁判特報1巻4号134頁参照。
 - 46) 下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1170頁参照。

同意傷害の違法性阻却の限界について（赤羽）

- 47) 中山研一「被害者の同意と暴行・傷害の故意（2・完）『同意傷害』に関する判例の分析」北陸法学8巻1号3頁参照。
- 48) 私の知る限りではこれ以後、このようなケースで「過失致死罪」が認められた判例は見当たらなかった。
- 49) 深町晋也・前掲注7) 85頁参照。
- 50) 下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1172頁。
- 51) 判例時報874号104頁。
- 52) 下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1173頁参照。
- 53) 判例時報874号105頁。
- 54) 平野龍一・前掲注43) 11頁参照。
- 55) 下級裁判所刑事裁判例集8巻6号869頁。
- 56) 判例時報1238号160頁。
- 57) 判例時報1238号161頁。
- 58) 但し、生命に危険を伴うスポーツ活動の中で死傷事件が生じた場合、「正当行為」として正当化するわけにはゆかないであろう。このような場合では刑法35条ではなく、「被害者の同意」が問題となる。松宮孝明・前掲注31) 110頁参照。
- 59) 下級裁判所刑事裁判例集8巻6号886頁。
- 60) 下級裁判所刑事裁判例集8巻6号886頁。
- 61) 例えば生命に危険を伴うスポーツ活動の中で死傷事件が生じた場合は正当化されないと考える。
- 62) 下級裁判所刑事裁判例集8巻6号887頁参照。
- 63) これは「同意傷害」のケースではなく一般の傷害事件であるとする見解もある。中山研一・前掲注47) 20頁参照。
- 64) 下級裁判所刑事裁判例集8巻6号888頁以下参照。
- 65) 浅田和茂「被害者の同意」別冊ジュリスト刑法判例百選 総論〔第4版〕47頁参照。
- 66) 判例時報1238号161頁。
- 67) 木村静子「傷害罪と被害者の承諾」昭和56年度重要判例解説（ジュリスト768号）153頁参照。
- 68) 高等裁判所刑事判例集9巻12号1261頁。
- 69) 高等裁判所刑事判例集9巻12号1251頁。
- 70) 高等裁判所刑事判例集9巻12号1253頁。
- 71) 高等裁判所刑事判例集9巻12号1253頁。
- 72) 但し、現在では治療行為の正当化根拠は医師の業務権であるとして解決する見解はあまりみられない。やはり患者の同意ないし「自己決定権」をも考慮に入れて考えるべきであろう。松宮孝明・前掲注31) 118頁参照。
- 73) 古くは、慣習法説、医師の業務権説、形式的な治療行為非傷害説、傷害故意欠如説などが主張された。しかしながら、今日の我が国における理論では、実質的違法性論の展開と即応しつつ、より実質的で個別化された根拠づけがなされている。生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信人社、2002年）230頁参照。

- 74) 中山研一・前掲注47) 16頁。
- 75) 中山研一「被害者の同意と暴行・傷害の故意(1) 『同意傷害』に関する判例の分析」北陸法学7巻4号8頁。
- 76) 高等裁判所刑事判例集9巻12号1254頁参照。
- 77) 高等裁判所刑事判例集9巻12号1254頁参照。
- 78) 塩谷毅・前掲注6) 270頁参照。
- 79) 最高裁判所刑事判例集34巻6号396頁。
- 80) 最高裁判所刑事判例集34巻6号397頁。
- 81) 判例タイムズ632号254頁。
- 82) 判例タイムズ632号255頁参照。
- 83) 判例タイムズ632号255頁。
- 84) 塩谷毅・前掲注6) 270頁参照。
- 85) 例えば、平野龍一・前掲注43) 10頁参照。
- 86) 最高裁判所刑事判例集34巻6号397頁。
- 87) 土本武司「被害者の承諾」警察研究52巻5号9頁、平野龍一・前掲注43) 10頁参照。
- 88) 最高裁判所刑事判例集34巻6号398頁。
- 89) 浅田和茂・前掲注65) 47頁参照。
- 90) 平野龍一・前掲注43) 7頁・12頁、松宮孝明・前掲注31) 117頁参照。
- 91) 但し、本件の場合は玉突きによる衝突事故であったため、K、T、Sの乗っていた自動車は直接衝突されたわけではなく、衝撃は若干和らいていると思われる。また、衝突された箇所も後部であったため、生命に対する危険が高い方法、手段であったといえるかどうかには疑問が残る。
- 92) 土本武司・前掲注87) 24頁参照。
- 93) 松宮孝明・前掲注31) 117頁参照。
- 94) 従来判例の基本的な流れからしても異例な傾向であるため、この最高裁の決定要旨には批判的な見解が多い。なお土本武司・前掲注87) 24頁参照。
- 95) 但し、被害者の真意に基づく承諾が必要である。
- 96) 塩谷毅・前掲注6) 279頁参照。
- 97) 判例タイムズ632号255頁参照。