令４－５肢ウ

第１　肢の結論

誤っている

第２　傷害罪における被害者の同意の取扱い

１．問題の所在

甲は，乙と保険金詐欺を共謀し，過失による自動車事故を装い，甲の運転の自動車を乙の自動車に故意に追突させて乙に傷害罪を押さえた。この時点で傷害罪成立する（２０４条)。もっとも，被害者乙は，傷害について同意している。

したがって，甲を傷害罪で処罰できるか。傷害罪における被害者の同意の取り扱いが問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

傷害罪における被害者の同意は，違法性阻却事由になりうる。もっとも，本件の同意は，違法性阻却事由となる同意ではない。したがって，甲に傷害罪は成立する。

よって，成立しないとする肢は誤り。

（２）理由

ア．傷害罪における被害者の同意（違法性阻却事由とする理由）

まず，被害者の同意について，傷害罪では構成要件にあがっていない（２０２条同意殺人参照)。したがって，同意があっても傷害罪の成否に影響がないとも考えられるが採用できない。仮に同意があっても傷害罪とすると，同意殺人との間に刑の不均衡が生じるからである。一方で，傷害罪が個人法益（身体）であるので，被害者の同意があれば処分できるとして傷害罪が成立しないとの考えもあるが，採用できない。

なぜなら，やくざの指つめなど，不合理な行為を処罰できない結果となるからある。

身体は生命の次に重要な個人法益である，したがって，犯罪そのものは成立させるべきである。そこで，違法性阻却事由として，個別具体的に判断するのが相当である。

すべて傷害罪を成立させるとしても，させないとしても運用上，不都合である。

違法性阻却事由であれば，非類型的要素として妥当性を図れるので，そのように解すべきと考える。

イ．あてはめ

本件の同意は，違法性阻却事由としての被害者の同意ではない。理由は，以下のとおりである。違法性の実質は，社会的相当性を逸脱した法益侵害である。

これが阻却されるには，社会的相当性がある同意である必要がある。

本件の場合，社会的相当性がない。なぜなら，詐欺（２４６条）という犯罪目的と考えられるからである。したがって，違法性阻却事由としての被害者の同意はない。

よって，甲に傷害罪が成立する。

以上