令５－２肢エ

第１　肢の結論

誤り

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

性病を有する者が，性行為を行えば相手方に感染させる危険性があると認識しながら，情を秘して同人と性行為を行い，性病を感染させた。

性病を有する者が，相手方に性病という生理的障害を発生させている。傷害の保護法益は身体であり，生理的障害を発生せることが「傷害」であるから，傷害罪（２０４条）の客観的構成要件にあたる。また，一連の危険性を認識したうえで，性行為を行っているので，故意もある。よって，傷害罪の構成要件に該当する。もっとも，性病が移った相手は性行為に同意をしている。この事情が，傷害罪の成否にどのような影響を与えるか。

傷害罪における，被害者の同意の取扱いが問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

被害者の同意は，違法性阻却事由になりうる。ただし，違法性阻却事由として考慮されるには，真意の同意が必要である。本件の場合，性病について秘しており，相手方の真意による同意はない。よって，違法性阻却事由としての被害者の同意はない。

その結果，傷害罪が成立することはあるので，肢は誤り。

（２）理由

ア．被害者の同意の取扱い

まず，被害者の同意は違法性阻却事由になりうる。理由は以下の通りである。

確かに，２０４条には，被害者の同意の事情は書かれていない。したがって，一切考慮しないと考えることもできる。しかし，同意殺人（２０２条）との関係で刑の不均衡が生じ問題である。また，個人法益であることから，被害者の同意があれば，処分できるので，犯罪が成立しないとも考えられる。しかし，社会的に不相当な傷害事案について処罰できなくなり問題である。身体は生命に次ぐ重要な個人法益である。したがって，違法性阻却事由として，実質的に検討すべきである。ケースバイケースで，考慮することで，法益保護や処罰感情に沿えると考える。

イ．本件同意が違法性阻却事由あたるか

違法性阻却事由にあたるには，社会的相当性がある同意で真意の同意であることが必要である。　なぜなら，違法性とは，社会的相当性を逸脱した法益侵害および危険性にある。したがって，真意による同意であって，社会的相当といえるからである。

そして，本件の場合，性病について，秘しており真意による同意がない。よって，違法性阻却事由としての同意がない。よって，傷害罪が成立する。

以上