

刑法における「社会的相当性」と「公序良俗」に関する一考察-被害者の同意との関連で-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法科大学院 公開日: 2013-05-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 須之内, 克彦 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/14226

〔論 説〕

刑法における「社会的相当性」と 「公序良俗」に関する一考察

— 被害者の同意との関連で —

Zur „Sozialadäquanz“ und „Guten Sitten“ im Strafrecht:
Mit Beziehung auf die Einwilligung des Verletzten

須之内 克彦

一 はじめに

刑法において「社会的相当性」という概念は、周知の通り、歴史的に形成されてきた社会倫理秩序の枠内にある行為は、たとえ法益を侵害したとしても違法ではないということを展開するものとされる。これは、Welzelによって主張された理論で、彼は、社会的相当行為の下で、「全く『通常の』歴史的に形成された社会生活秩序の枠内で」行われる行為態様を把握し、社会的相当行為は、「社会的に模範的な (vorbildlich) 行為では決してなく、社会的な行為自由の枠内での行為」であるとする⁽¹⁾。そしてまた、刑罰構成要件は、行為形式を「歴史的に形成された社会秩序から重大にはずれたもの」を描写するために、社会的相当行為は構成要件に該当しないとして、構成要件阻却説に立つ⁽²⁾。社会的相当性の理論の体系的な位置づけに関しては、ドイツでは構成要件阻却説が通説であるが、他方で、正当化事由説、さらには責任阻却事由説も展開される⁽³⁾。

わが国でも、社会的相当性理論の体系的な位置づけについて、違法性阻却か構成要件不該当かの議論がなされるが、いずれにしても、違法阻却の基本（一般）原理のひとつとして展開され、議論されていることは広く認められる⁽⁴⁾。

一方、「公序良俗」（「公の秩序又は善良の風俗」）という概念も、刑法において判断基準として使われることが少なくない。たとえば、同意傷害に関して、ドイツ刑法 228 条（旧 226 条 a）は、「被害者の同意」という条項において「被害者の同意を得て傷害をした者は、被害者の同意があったにも拘わらず、その行為が善良な風俗に反するときに限り、違法に行為したものとす」としている。わが刑法にはそのような規定はないものの、同条項が参照されることが少なくない。なお、わが民法においては、その 90 条で「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする」として、公序良俗違反の法律行為を無効とし、また、法例 33 条は、準拠法たる外国法を具体的事案に適用した結果が公序良俗に反するときは、その外国法を適用しない旨を規定している。

これら社会的相当性ないし公序良俗という 2 つの概念は、後述するように議論があるものの、社会倫理をその基盤とする点で、きわめて密接な関係があるといえる。

ところで、同意⁽⁵⁾に基づく傷害に関しては、最高裁昭和 55 年 11 月 13 日決定（刑集 34 巻 6 号 396 頁）が、学説において種々の議論の中心的判例となっている（以下、本決定を「55 年決定」と略称する）。これは、過去に業務上過失傷害罪により有罪判決を受け確定していた請求人が、後に当該事件は請求人らが企てた保険金詐取目的の交通事故であったことが明らかとなり詐欺罪で有罪判決を受けたことから、請求人が、被害者の同意がある以上、業務上過失傷害罪が成立しない等の理由で再審請求をした事案の上告審において、即時抗告を棄却した原審を支持し、上告を棄却した事例で、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わ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持って、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」と判断している。

この55年決定は、社会的相当性や公序良俗といった概念を使用せず、一般に総合判断説と呼称されているが、これら概念との接点に関心のあるところである。また、そのような判断基準と被害結果の重大性（特に死亡）とはいかなる関係にあるのであろうか。

そこで、本小稿では、それらの概念の持つ意義ないし方向性につき、学説・判例がどのように位置づけているかを、被害者の同意に基づく傷害のケースを中心に少しく検討してみることにする。

二 学説の議論状況

同意傷害の許容性に関する基本的な立場は、当然のことながら、違法性阻却の実質的原理にその基礎をおく。大きく分類するならば、以下のようになろう。

- ① まず、国家・社会的倫理規範に違反して、法益に侵害または脅威を与え、その点に違法性の実質をみる立場からは、承諾に基づいてなされる行為自体、その方法および程度において、国家・社会的規範に照らして是認されるものでなければならず、行為が正当化されるのは、同意があっても、社会的に相当な行為、つまり善良な風俗に反しない行為に限り正当なのであり、たとえば、やくざの指つめは違法であるが、輸血は正当であると主張される⁽⁶⁾。この立場は、社会的相当性や公序良俗の概念を強調するものであり、これからは、したがって、完全な同意を得た軽微な傷害でも善良な風俗に反する以上処罰するということになりうるし、それは「善良な風俗違反そのものの処罰」に近くなる、との批判がある⁽⁷⁾。

- ② 他方、刑法の機能のひとつである法益保護の目的に反しないことが違法

阻却の一般原理であるとの立場、なかでも要保護性欠如の原則を展開する立場からは、法益の要保護性の欠如・減少でもって、被害者の同意の正当化が主張されることになる⁽⁸⁾。そしてこの立場からは、社会的相当性という判断基準は、判断のプロセスをブラックボックスの中に置いて、ただ結論を述べるに過ぎず、また、行為の反倫理性なども取り込む余地が大きく、それは、間主観的な批判と反批判とを可能とせしめ得ないとされる⁽⁹⁾。社会的相当性に対する同様な批判は、さらに、次のような点にもみられる。つまり、社会的相当性とは、社会生活上の通常性、言い換えれば、社会生活上よく行われる行為であるというだけで許容されることにはならず（自動車の制限速度違反がよく行われるからといって違法性は阻却されない）、また、歴史的に形成された倫理秩序の範囲内の行為であることもない（それでは、過去に例のない行為はおよそ違法阻却の余地がなくなりかねない）とされ、つまるところ、社会生活上の通常性ということを正当化に結びつけるならば、結局、社会生活上「許容される」通常の行為、ということにしなければならなくなり、それは「けしからん」「許し難い」という倫理感情の発露に他ならず、社会倫理性により処罰を基礎づけることになるとされる⁽¹⁰⁾。

以上の①および②は、それぞれ基本的に、行為無価値（一反価値）ないし結果無価値（一反価値）を重視するもので、55年決定に対して、①からは是認され、②からは批判がなされる。

③ ところが、以上のような両者の対立構図に疑問を提起し、両者は両立するとされる見解も有力に展開される。これは、正当化事由の統一的原理に関して、優越的利益説を基本にして目的説の見地を加味するのがもっとも妥当であり、目的説も、法益侵害という結果無価値だけでなく行為無価値をも考慮に入れることができるとするもので、優越的利益の観点を否定するものではないし、社会的相当性は法益侵害の存在を前提とした概念であるから、結果の法益侵害性から独立した行為の無価値を問うものではなく、社会的相当性説は法益衡量説ないし優越的利益説と矛盾するものでは

ないと主張される⁽¹¹⁾。そして、被害者の承諾に関しては、優越的利益説と目的説とは総合されうとする見地から、「目的」が、刑法の目的、すなわち「法益保護」であるなら、目的説は優越的利益説を説明し直したことになる、また法益侵害という観念は、結果無価値と行為無価値の総合であるから、目的説は、行為の面からその有価値性を説明し、優越的利益説は、行為を含めた全体の有価値性、すなわち優越利益を説明することになる、その結果、承諾傷害につき、身体の重要部分は、「処分意思そのもの」を生み出す前提として「意思」を超える価値であり、至上の価値である「人間の尊厳」そのものと考えべきだから、身体に関する承諾は、具体的なばあいには身体を譲り渡すことによって得られる利益の比較衡量をとおして、その正当化の可否が決められることになると展開される⁽¹²⁾。

たしかに、多くの場合において、両者の対立はそれほど大きくはないともいえるが、両者は常に対立関係にあるのであろうか。両者が両立し得ないばあいは、その結論・判断を放棄することはできないのであるから、それをどのように結論づけるかが課題となる。現に55年決定に関しては、①と②とで評価が明確に分かれている⁽¹³⁾。やはり最終的には、そのいずれかの観点を重視せざるを得ないのではなからうか⁽¹⁴⁾。

- ④ また、行為無価値論（ないし違法二元論）を支持しつつ、他方で刑法と道徳・倫理とを分離する立場に基づき、その混同を引き起こすおそれや、刑法の存在理由である法益保護の視点が見失われるおそれのある社会的相当性の問題性を認める見解も主張される⁽¹⁵⁾。これによれば、同意傷害の場合、自己決定権の尊重から、結果の重大性に対する無視ないし軽視という55年決定の問題点が指摘されつつ、自己決定権の内在的制約としてのパターンリズムの余地を認め、重大な（取り返しのつかない）傷害の場合に限り処罰が肯定される⁽¹⁶⁾。

ただ、この見解は、個々の違法性阻却事由を支える基本的原理をより多元的に明らかにするという手法により、違法阻却の一般原理に対する実質的な意義を断念ないし疑問視するものであるが⁽¹⁷⁾、それは、実質的に刑法典の規定す

る違法阻却事由についてしか考察しない、まさしく形式的違法論であって、多
 元的な基本原理に通底する一般原理を提示し得てはじめて実質的違法論と呼び
 うるのではないかとの批判がなされる⁽¹⁸⁾。また、生命に危険が及ぶ傷害でな
 ければ刑法的干渉は許されないと厳格に考える必要はなく、取り返しのつかない
 重大な侵害行為がその境界となるとされる基準設定は、やや曖昧さを残すも
 のではないかとも思われる。たとえば小指の切断はどのように判断すべきか。
 因みに55年決定に対する批判的論評があるのに対して、後述の「指つめ事件」
 判決（三、判例の対応における判例(7)）に関しては、まったく論評なしにたんに
 引用されるだけである⁽¹⁹⁾。もしこれを肯定されるならば、それは、この見
 解の行為無価値論ないし法益の後見的保護という観点からのパターンリズムの
 重視ということに基づくものであろう。さらに、行為無価値論（ないし違法二
 元論）に立ちつつ、倫理的色彩を有する社会的相当性の観点を完全に排除する
 ことがそもそも実際に可能か、疑問なしとしない。

- ⑤ さらに、社会的相当性の原理を重視しつつも、同意傷害に関して傷害罪
 が肯定されるのは、生命に危険を与える程度・態様の重大な傷害のばあい
 であるとの見解がある⁽²⁰⁾。それによれば、違法の実質は社会倫理規範に
 違反する法益侵害行為であり、法益侵害行為が社会的相当性を有する限り
 違法性を阻却すべきであり、基本的には社会的相当性が妥当である、また
 一方で、社会的相当性とは行為が社会倫理秩序の枠内にあるという性質を
 いい、具体的には、結果の法益侵害性を含めて当該行為が個々の生活領域
 において日常性または通常性を有しているため、健全な社会通念によって
 許容されるという性質をいうように、社会的相当性は法益侵害の存在を前
 提とした観念であるから、結果の法益侵害性から独立した行為の無価値を
 問うものではないとされ⁽²¹⁾、他方、法益侵害の結果を惹起していないと
 きは違法ではないから、被害者の同意のような場合は「法益侵害なければ
 違法性なし」、すなわち法益侵害不可欠の原則によって、社会的相当性の
 有無を問うまでもなく違法性が阻却されると主張される⁽²²⁾。

この見解は、④とは異なり、社会的相当性概念を違法阻却の一般原理として

全面に押し出し、また、社会倫理（規範）の観点を刑法の機能としての社会秩序維持機能などとして強調されるのが特徴的である⁽²³⁾。その点から、正当化根拠論の捉え方は、むしろ③とほぼ同一といえよう。しかし、違法阻却の一般原理から、一方で、自招侵害、緊急避難行為の相当性、推定的同意などに関して最終的にも社会的相当性をもって決定する展開⁽²⁴⁾と、他方で、ひとりただ被害者の同意のばあいのみ法益不可欠の原則によって決する判断との間に整合性、統一性は問題とならないのであろうか。たしかに、同意のばあいだけは法益侵害がなく社会的相当性の有無を問うまでもなく、傷害罪成立の基準としては、生命に危険を与える程度・態様の重大な傷害のばあいとされる。しかし、重大な傷害に至らない傷害は全て、社会的相当性の判断以前に法益侵害がないと断定するこの理論は、出発点としての違法阻却の一般原理における社会倫理の影響から、まったく自由ではいられないのではないかと考えざるを得ない。

いずれにしても、これらの議論には、その根底に、違法阻却の一般原理の捉え方（それにほとんど意義を認めない見解も含めて）と、行為無価値と結果無価値のいずれをどの程度重視するかの基本的視座があり、それらが相互に複雑に絡み合っていると見えよう。その点で、③、④および⑤は、行為無価値と結果無価値の統合を目指し、また、③と⑤は社会的相当性と優越的利益の観点を統合させようとの特徴が見られるが、それらの観点がそれほど簡単には両立し得ないことを表しているようにも思われる。

三 判例の対応

次に、これらの論点が判例ではどのように扱われているかを、傷害ないし傷害致死のケースを中心に概略的に検討してみよう⁽²⁵⁾。

- (1) 陰茎等の局部を切断した事案につき、被害者の承諾が真意でないかも知れないと被告人は推知していたとしつつ、「仮りに、被害者の承諾があったとしても、判示局部の切断のごときは、その行為の違法性を阻却するものでないこと多言を要しない」として傷害罪を肯定する⁽²⁶⁾。ここでは、

それ以上の理由付けをしておらず、公序良俗等へのコメントはない。

- (2) 性交中相手方の同意を得て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首を絞め死亡させた事例において、「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」との一般論を前提にしつつ、本件のような暴行行為は、たとえ相手方の囑託ないし承諾に基づくといっても社会通念上許される限度を超えたものというべきであるとしつつ、他方、寝間着の紐で絞めるのは単に手で絞めるのとは異なり、その調節が難しく、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して、傷害致死罪を肯定する⁽²⁷⁾。なお、本件は、殺人の訴因（予備的訴因は重過失致死）を否定するとともに、重過失致死とした原判決をも破棄している。
- (3) 性交中のいわゆる加虐行為において、ナイロン製バンドを首に巻きつけ頸部を絞めつけ死亡させた事案につき、このような「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違法性が阻却されるためには、単にそれが被害者の承諾、囑託にもと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あることを要する」としたうえで、本件絞首行為は、「その客観的態様に照らし、被害者を窒息せしめるおそれが強く、しかも被害者及び被告人において、その危険性の認識、判断を欠如するか、或は希薄にしかもちえないことを通常とする点において、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、かかる絞首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」として、傷害致死罪を成立させる⁽²⁸⁾。
- (4) いわゆる SM プレーと称する加被虐性性行為（全裸の相手をナイロン製ロープで後ろ手に強く緊縛した上アイスピックなどを身体各部に突き当てるなどの暴行）を長時間にわたり連続的に行っているうち、タオルやロープでその首を絞めるなどして遂に窒息死させた事案において、「たしかに、相手方の囑託ないし承諾の下になされた有形力の行使は、一般的には、違

法性を欠き、そもそも『暴行』の定型性を有しないというべきであるが、右の有形力の行使が相手方の生命の危険や身体の重大な損傷の危険を包含しているような場合においては、相手方の囑託ないし承諾により『暴行』の定型性あるいは違法性が阻却されるものではないと解するのを相当とする」とし、また、「本件の場合の有形力の行使の具体的態様は、相手の生命、身体に対する重大な危険をはらんでいたものというほかなく、右所為が暴行の定型性を十分に具備しており、また、違法性をも有するものといわなくてはならない」として、傷害致死の成立を認めた⁽²⁸⁾。ただここでは、直接的に社会的相当性といった表現はない。

- (5) 内妻と性交中、従来からしていたように、同女の承諾の下に手で咽喉部を絞め続け、窒息死させた事案において、傷害致死ではなくて過失致死を認めた唯一ともいえるものがある。判旨は次のように言う。「婦女の首を絞めることはもとより暴行行為であるが、性交中その快感を増さんがため相手方の首を絞めるようなことが行われたとしても、相手方の要求もしくは同意を得ている以上、違法性を阻却するものとして暴行罪成立の余地なきものというべく、ただその場合相手が傷害を受けて死亡したとき、囑託による殺人罪を構成するが如く、たとえ相手方の同意があってもこれを不問に附し得ないのであるが、本件のように被告人が屢々Aとの性交に際し同女の首を絞めたことがあり、いずれも同女が死亡するに到らなかった場合には致死につき不確定犯意又は未必の故意があったということはできず、単に危険の発生を防止すべき義務を尽くさなかった点において過失致死に問擬すべきである」と⁽³⁰⁾。

これは素手で絞めた事案で、同様な他の事案(2)~(4)が紐などすべて何らかの道具を用いた事案でいずれも傷害致死となったものと異なり、唯一の過失致死判決といえる。それ以外の判例は、本判決よりも後のもので、特に(2)などは本判決を意識していることが窺える(なお、(3)にも同様の傾向が見える)。もっとも、本判決はその手段方法による影響力の違いは(ある意味で仕方ない部分があるものの)直接的には問題としていない。

- (6) いわゆる SM プレイ嗜癖のある被害者から強く依頼された下腹部をナイフで刺すという方法で殺害した殺人事件につき、被害者の殺害依頼はその真意に基づくものとは認められないとして殺人罪を認定した原審を破棄し、嘱託殺人罪を認定した事案では、「死の結果を望んでいるか否かは必ずしも嘱託の真意性を決定付けるものではないというべきである。勿論、自己が依頼した行為の結果が死に結びつくことを全く意識していない場合は「殺害」を嘱託したことにはならないだろうが、死の結果に結びつくことを認識している場合には、たとえ死の結果を望んでいなくても、真意に基づく殺害の嘱託と解する妨げとはならないとすべきである」とし、「要するに、被害者は、死の結果に結びつくことを十分認識しながら、いわば究極の SM プレイとして、下腹部をナイフで刺すことを被告人に依頼したものであり、真意に基づいて殺害を嘱託したものと理解する余地が十分にあるといわなければならない」とする⁽³¹⁾。さらに、仮に、被害者が本当に殺されたいと思って頼んでいるのではないことは分かっていたが、その依頼に応ずるかのように装って殺害したという心理状態で本件犯行に及んだものであるとしても、被害者の真意に基づく嘱託が存する以上、嘱託殺人は成立すると解すべきであるとも判断している。

ここでは、社会的相当性などは問題とされていない。他方、破棄された原審では、法益放棄の動機や態様から社会的相当性などを問題とし、真意に基づく嘱託の不存在を根拠に普通殺人罪を肯定しているのが対照的である。本件のばあいも死亡という結果が発生した事例であるが、殺意が認められる事例で、このばあいは 202 条により懲役刑が可能であることから、傷害致死か過失致死かの議論とは異なる側面も影響したという点もないではなかろう。

- (7) 不義理に対するけじめをつけるよう言われたため指をつめることを決意した者からそれを依頼された者が、彼の左小指の根元を釣り糸で縛って血止めした上、風呂の上がり台の上に載せた小指の上に、出刃包丁を当て、金槌で 2、3 回たたいて左小指の末節を切断した事案につき、相手方の自

発的な依頼すなわち承諾が存在したかについては合理的な疑いあるとしつつも、「承諾があったとしても、被告人の行為は、公序良俗に反するしかいいようのない指づめにかかわるものであり、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うえで行われたものではなく、全く野蛮で無惨な方法であり、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、傷害罪を肯定する⁽³²⁾。

これは、そもそも同意の任意性・真意性自体に問題があったといえるであろうが、そうでないとしても、判旨に表現されているとおり、もっぱら行為の社会的相当性の観点から判断されているものといえる。

- (8) 深夜の人通りの少ない路上で被害者と二人で、練習として空手の技を掛け合っていた際、相手の攻撃に対応するうちに興奮して、相手を一方的に数十回手拳で殴打して死亡させた事案に関して、「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認めるに足りる態様のものでなければならないのであるところ」「……これらの事実を徴すると、練習場所としては不相当な場所であつた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」として、傷害致死罪を肯定する⁽³³⁾。

これも、生命の危険性を言下を含む可能性を持ちつつも、(7)と同様に、社会的相当性の観点を展開するものであろう。

- (9) 大学の日本拳法部部員が、後輩の同部員が退部届を出したことに立腹し、体育館内体育室において、スーパーセーブと称する空手用の面を同人に装着させ、パンチンググローブを着用した手拳でその顔面を二回殴打する暴行を加え、傷害を負わせた結果、死亡させた事案において、傷害致死罪を認めるにつき「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、ルールを守つ

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ものと解される。……本件は、被害者が退部届を出したことに憤った被告人が、被害者に退部を思い止まらせ、また他の部員が退部するのを防ぐ見せしめのため、制裁として行ったものと認める外なく、心身の鍛錬に基づき技を競い合うというスポーツの練習を行う目的でなされたものとは到底認められない。……また、日本拳法の試合及び互いに実際に打ち合う練習方法である乱稽古の場合は、鉄製の面、胴布図、胴、金的、日本拳法用グローブを装着して行われるのがルールであるが、本件においては、……互いに防具の着用が全く不十分なままで行われており、外形上も到底日本拳法のルールが守られていた正規の練習とは言えない。……さらに、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、先輩からの申し出を拒絶できない立場にあったため、やむなくこれに応じたものであり、……被害者には本件『稽古』について真意に基づく同意があったものとは認められない」として、本件行為は、目的・方法・同意の真意性などいかなる観点からもスポーツとして是認される練習とはいえず、それに名を借りた制裁行為で到底正当行為と見ることはできないとする⁽³⁴⁾。

(10) 医師免許を有しない者が、豊胸手術にあたり必要とされる措置をとらずに行き被施術者を死亡させた事案について、一般論として、上記55年決定を援用しつつ、その行為は「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・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえ承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しないことは明らかである」とする⁽³⁵⁾。

(11) 長男に狸が取り憑いたとして祈祷師から託宣を聞き、まじないを実行中に、憑きもの払いのため、長男の「ここぼたたけ、ここぼたたけ」との要求に応じて、棒やビニールパイプなどで前後3時間あまりにわたって殴打し続けた結果、くも膜下出血などの傷害を負わせ死亡させた事案において、「被害者の承諾が違法性を阻却するというためには、その承諾が、被害者

の真意かつ自由な状態でなされることはもとより、被告人の行為が社会通念上相当と認められる限度を逸脱していない場合でなければならないと解すべきところ、……本件殴打行為は、生命侵害の高度の危険性を有していたものと認めるのが相当であること等の事実を考慮すると、社会的に相当と認められる限度を超えた行為であることは明らかであり、被害者の承諾があっても、違法性は阻却されないと解すべきである」とし、また「違法性阻却事由としての治療行為は、医学上医療行為として一般に承認されている方法によらなければならないところ、被告人の採った前示のような殴打という方法がそれにあたらぬことももちろんであるから、違法性は阻却されない」とする⁽³⁶⁾。

- (12) ダートトライアル用車両を運転していた被告人が、自己の運転技術とコース状況に即応できるよう、適宜速度を調節して安全な進路を保持しつつ進行すべき業務上の注意義務を怠り、急勾配のカーブを曲がり切れず、自転車を暴走させ、コースに設置してあった防護柵に激突・転覆させ、同乗していた A を死亡させたという事案につき、裁判所は、違法性の阻却について、「このような認識、予見等の事情の下で同乗していた者については、運転者が右予見の範囲内にある運転方法をとることを容認した上で（技術と隔絶した運転をしたり、走行上の基本的ルールに反すること——前車との間隔を開けずにスタートして追突、逆走して衝突等——は容認していない）、それに伴う危険（ダートトライアル走行では死亡の危険も含む）を自己の危険として引受けたとみることができ、右危険が現実化した事態については違法性の阻却を認める根拠がある。もっとも、そのような同乗者でも、死亡や重大な傷害についての意識は薄いかもしれないが、それはコースや車両に対する信頼から死亡等には至らないと期待しているにすぎず、直接的な原因となる転倒や衝突を予測しているのであれば、死亡等の結果発生危険をも引き受けたものと認めうる」と判断し、また、社会的相当性の点についても、「ダートトライアル競技は既に社会的に定着したモータースポーツで、JAF が定めた安全確保に関する諸ルールに従って実施

されており、被告人の走行を含む本件走行会も一面右競技の練習過程として、JAF公認のコースにおいて、車両、走行方法及び服装もJAFの定められたルールに準じて行われていたものである。そして、同乗については、競技においては認められておらず、その当否に議論のありうところではあるが、他面、競技においても公道を走るいわゆる『ラリー』では同乗者が存在しており、また、ダートトライアル走行の練習においては、指導としての意味があることから他のコースも含めてかなり一般的に行われ、容認されてきた実情がある。競技に準じた形態でヘルメット着用等をした上で同乗する限り、他のスポーツに比べて格段に危険性が高いものともいえない。また、スポーツ活動においては、引き受けた危険の中に死亡や重大な傷害が含まれていても、必ずしも相当性を否定することはできない。これらの点によれば、被害者を同乗させた本件走行は、社会的相当性を欠くものではないといえる」とする⁽³⁷⁾。

これは、社会的相当性の観点を展開しつつも、特に、倫理的色彩を薄めたかのような行為の通常性を全面に出し、それを肯定的に捉えた点で、他の事案と異なり無罪を導いたところに特徴がある。ただ、危険の引受けと社会的相当性の観点がどのような関係にあるのか、また前者の体系的な位置づけについては議論のあるところである（本稿では省略する）。

さて、以上の判例を大別するならば、表面的には、(イ)社会的相当性（もしくは公序良俗）を問題とするもの（(7), (8), (12)）、(ロ)生命にかかわるなど重大な危険性を問題とするもの(4)、(ハ) (イ)と(ロ)の両者を問題とするもの（(2), (3), (10), (11)）、(ニ)いずれも直接的には問題とはしないもの（(1), (5), (6), (9)）、に分類されよう。ただ、(ハ)のなかには、実質的に(イ)あるいは(ロ)のどちらかに比重をおくものもあり、また、(ニ)は、言下に(イ)あるいは(ロ)の立場に立っているものと分かれ得る。

ところで、一連の性交中の加虐行為の場合（(2)～(5)）では、(5)のみ過失致死罪が成立し、他は全て傷害致死が肯定されている。これについては、一般に、いずれも結果の重大性を重視した判断で、ただ結論が分かれたのは、(2)も判示

しているように、手で締めるのとは異なり、一般的に、何らかの道具を使ったばあいは力加減が難しく、(行為の反良俗性や被害者の自己決定の価値の高低ではなく) 生命に対する危険がいっそう高まるという理由から暴行・傷害への承諾が無効とされることに起因するとされる⁽³⁸⁾。たしかに、約10年後の判断である(2)は、(5)を意識して手による場合との比較をしているが、(5)は(あるいは当然かも知れないが)手によれば力の入れ方の調節が可能であるなどとの考慮は、明示的にはいっさい問題としていない。しかし、このような状況下における心理状態等からして、はたして生命の危険に関して行為者の認識に明確な差異を認め得るであろうか⁽³⁹⁾。そこでは、行為者にとってそれほど冷静な判断が可能といえるであろうか。もし認識可能であれば、(5)の場合、それにも拘わらず死に致しめたのはむしろ重大な過失を認めるべきであったともいえるのではないか。このように考え得るのであれば、(2)や(3)が表面的には(4)に分類されるとしても、一般に、実質的に(4)に近いものとして位置づけられているのとは異なり、明示的には何ら結果の重大性を問題としていない(5)は、むしろ同意傷害に関して全面的な許容説に立つものともいえる余地が生じよう。そうであるならば、このような見解では、同意傷害について、死亡という結果について過失(重過失)致死のみを問題とすることになりえよう⁽⁴⁰⁾。

なお、社会的相当性や侵害の重大性等を明言していない事例のうち、(6)につき、本判決がいわゆる認容の甘受⁽⁴¹⁾を肯定し、また同意の認識を不要とするような表現をとっていることが特筆すべきであるが、ここでの関心事については、本判決により破棄された原審では、態様など行為の価値的側面を重視すると、どうしても承諾の任意性の否定に繋がりうる側面を如実に表していることが見てとれる。そして社会的相当性ないし公序良俗は承諾のそれか行為のそれかに関して不分明になる傾向は、このような視点にも由来するのではないかと思われる。社会の秩序維持という側面を強調しすぎると、(承諾に基づく)行為の違法性からやがて、(たとえ非常軌的な決定であっても、そのことの故をもってその意思決定を否定するのではなく、被害者の主体性のできる限りの尊重を出発点とするはずの)承諾そのものの違法性、無効性へと行き着くのでは

ないであろうか。

また、(9)は、詳細な論証に見られるように、どちらかといえば、行為の目的や方法などを問題としているようであるが、それよりも一方的な「しごき」そのものであるため、むしろ、そもそも真意に基づく同意がなかった点がそのような結論に導いたといえるであろう⁽⁴²⁾。

四 論点に対する検討

以上の学説、判例における社会的相当性ないし公序良俗概念のこの種事案への関連のさせ方を、ドイツの議論状況への瞥見等と併せて検討してみることにした。

(一) 近時、社会的相当性を論じた Dölling は、構成要件の限定のために社会的相当性を招致することに関する不明確性という批判に対して一定の自認を表明しながらも、その他の解決策で明確性の程度が高くなるか、またその解決策が社会的相当性の思考と実質的に異なる基準に依拠しているかどうかは疑わしいとして、社会生活一般において通常の、かつ全般的に承認された行為態様を問題とする社会的相当性論を擁護する⁽⁴³⁾。そしてたとえば、取引慣行や一般的に通常の儀礼上のルールの中での公務担当者に対する微々たる贈与は刑法 331 条（「職務犯罪」の章の「利益收受」）による利益收受の構成要件に当てはまらず、また、家族範囲での侮辱的表現は信頼関係が担保されているばあいには 185 条（侮辱）によって処罰されず、さらにスポーツ、たとえばフットボールにおいて、ルールに反する行為によってなされた軽い身体傷害、したがって重大な身体傷害の危険が存在せず侵害が意図的に加えられていないばあいに傷害罪の構成要件が否定されるのは、社会的に相当な行為と見なすことによるものであるとする⁽⁴⁴⁾。もっとも、法益保護の必要性の観点から社会的相当性原理の一面的な優越性までは認めず、たとえばボクシングのケースのように深刻な侵害が問題となるばあいは、社会的相当性原理によって構成要件を限定することは不可能で、同意による正当化が可能であるにすぎないとする⁽⁴⁵⁾。

このように、ドイツでは社会的相当性が構成要件の問題とされるのが通説である関係上、直接的には正当化、また 228 条の公序良俗とは関わりを持たないが、上述のように社会的相当性による犯罪の限定が及ばないところでは、同意、したがって 228 条との関わりが生じてくるため、ともに社会倫理秩序をその基礎とする社会的相当性が公序良俗概念にも影響を与えるであろう⁽⁴⁶⁾。またわが国では、従来より、社会的相当性の概念を使用して論じられているところのものはドイツ刑法 228 条（旧 226 a 条）の公序良俗の概念とほぼ同じものとされる⁽⁴⁷⁾。

(二) ところで、これらの概念に対する批判は、何よりも一般条項による不明確性という点であろう。もっとも、一般条項それ自体の故をもって許容できないものではなかろう。というのは、一般条項は「開かれた立法」の部分を表すもので、法律は将来的に起こりうるケースの全てを詳細にわたって予見することは不可能であり、事態の変遷を受け入れ、個別的な事例の特殊性を正当に評価することができなければならないため、法規の明確性の要請といえども、構成要件全てをもっぱら正確に捉えうるメルクマールで描写することを要求してはいない⁽⁴⁸⁾。

問題は、いかなる一般条項をもって処罰範囲を適切に画しうるかである。これに関して、Zipf の以下のような主張は示唆的である。つまり、法秩序が公序良俗の概念を使用するばあい、法秩序はその固有の規律を放棄しており、法の適用に際して超法規的な規範を指示する。公序良俗への指示は、法が自己の領域に他の規範を編入することを意味し、そこでは身体の完全性に関する処分権限の法的な境界にとって、社会倫理という規範が決定的であることを意味する、もし統一的な法秩序と同じく社会倫理の統一的な規範体系が存在するなら、そのことは異議を唱えられないであろう、ところが現実には、多元的な国家像は、ただ単にさまざまな個々人の倫理的見地により特徴づけられるのみならず、一般に認められた社会倫理をも欠いており、もはや社会倫理的な規範の共通した体系もないから、公序良俗違反の問題はもはや検証できず、また裁判にもなじまない、したがって、公序良俗への指示によって実現される超法規的な秩序

概念への法規範構造の置換は拒否されなければならない、と⁽⁴⁹⁾。

もっとも、これに対しては、ドイツ基本法2条1項（「憲法的秩序又は道徳律に反しない限り……」）を根拠に道徳律による制限を正当化する見解も根強い⁽⁵⁰⁾。しかし、これに対してはまた、同意傷害の被害者と行為者との間にはただ単に基本法2条1項だけが関係するものではないから、道徳律的な柵から同意の制限の実質的な正当性は決して引き出され得ないとか⁽⁵¹⁾、処分権限の制限は純粹に道徳的理由に由来するのではなく、むしろ2条1項に關係する道徳律は、ただその違反が社会的損害を惹起するところのみ倫理的な根拠が考えられると解すべきである⁽⁵²⁾との再反論が認められる。

（三）他方、公序良俗の概念は民法上の思想（わが民法90条、ドイツ民法138条）の刑法への導入を基礎としているという点から、同意それ自体が公序良俗に反するばあいにも同意は無効であるとの主張も見られる。これは、同意はただそれが刑法によって承認された意思と一致する場合にのみ有効であるのに、公序良俗に反する意思は法によって承認されないからということにあるようである。このことは、民法と刑法の統一性を堅持し、公序良俗性を犯罪の成否の場面にも積極的に押し及ぼそうとする立場からの当然の帰結であろう。

しかし、これに対しては、これら無効性の基礎にある民法と刑法の目標方向の相違（民法138条は、将来に及ぶ法律行為の拘束を妨げるべきものであるのに対し、刑法228条は、すでに発生した身体傷害を、同意にも拘わらず「事後的に適用して」可罰的であると表明するもの）を考慮すれば、両法条を比較するのは何の手助けにもならないとの批判⁽⁵³⁾がなされる。また、同意傷害に関して、行為が反良俗でない限りは、より広範な公共的利益は何ら関係しないのであるから、そこでただ道徳の維持だけを監視することは、社会的に耐え難い行為を阻止したり刑罰を科したりすべき刑法の任務ではないとされる⁽⁵⁴⁾。

さらに、公序良俗の保護は、まさに反良俗的に振る舞っていない者を犠牲にして実現されるばあいが生じる、なぜなら、被害者が反良俗的な動機から行為に同意するばあい、行為者からは同意の正当化事由が奪い去られるのに反して、公序良俗違反が科せられる被害者には、依然、彼の意思に反して刑法的保護が

維持されることになるから、と展開される⁽⁵⁵⁾。このことは、たとえば、唯一達成しうる供血者として、生存に不可欠な輸血の目的での採血に関して、その者が不当なまでに高い代価を要求するばあいにかかわるであろう。このばあいの供血者は同意を反良俗的な条件に結びつけているために、反良俗的な契約が存在することになる。このばあい、同意それ自体を公序良俗違反と無関係に止まるとすべきか⁽⁵⁶⁾、あるいは（民法上の効力判断と同様）反良俗性に関係させるべきかの問題が生じよう。これに対する判断は、たしかに、行為無価値を重視する立場か結果無価値を重視する立場かによって、一律に結論を異にするものでもないであろうが、公序良俗概念を重視すればするほど傷害罪成立の方向へ影響しうると思われる。したがって、たとえ公序良俗が同意傷害の事例の可罰性に影響するという立場に立つとしても、それは少なくとも同意に基づく「行為」のそれにかかわるものといわなければならないであろう。現に、ドイツ刑法 228 条も、反良俗性をあくまで被害者の同意に基づいてなされた「行為」にかかせていることが想起されるべきである⁽⁵⁷⁾。

四 なお、行為目的の重視も社会的相当性説ないし目的説では特徴的な要素であり、周知のように、被害者の承諾があっても、債務免除のため小指を切断する行為が違法であることは疑問の余地はないが、それはこの切断行為が社会的に相当でないからで、同じ小指の切断でも、治療のため患者の承諾の下になされたばあいには、その行為は社会的に相当であるから適法であるとされる⁽⁵⁸⁾。これは、被害者の承諾に基づく同一の行為であっても、その目的いかんで傷害罪の成否が分かれるということである⁽⁵⁹⁾。しかし、それを疑問視する立場からは、そのような目的があろうとも、たとえば侵害結果の程度を重視することによってなお不処罰とすべきではないかということ、あるいは、不処罰となるのは、目的の正当性（もしくは手段・方法の相当性）というよりも、たとえ重大な侵害結果を伴う場合であっても、（同意だけの要素で判断し得ない場面である関係上）それと比較しうる利益の衡量によって少なくともマイナスが生じないということによるものと思われる。

この点に関して、ドイツでは、228 条による行為の反良俗性判断には、一方

で行為目的の招致なくしては適切に判断はなされ得ないとしつつ、他方、それは干涉行為の態様、程度等を考慮せずに唯一の判断基準となるものではないとし、そこでは特に干涉の重大性、取り返しのつかない身体毀損などが考慮要素となるとするのが有力化しつつあるといえる⁽⁶⁰⁾。ただ問題は、公序良俗の概念にかような考慮要素を含ませることがはたして可能か、あるいは妥当かという問題は残るであろう。

(五) そこで、公序良俗という概念と侵害結果の軽重の判断とは両立しうる、あるいは（ドイツにおけるように）後者の基準を中心にして前者の判断を実施しうるかのような有力な展開が、現に可能かまた妥当かどうかを、いまいちど検討してみよう。まず、公序良俗の言語的意味からして、公の秩序と善良の風俗の略称であるそれは、国家・社会の公共の秩序と普遍的道德を意味し、公序良俗に反する内容の法律行為は無効とされ、犯罪の違法性は実質的には公序良俗に反することによって説明され（『広辞苑・第6版』）、あるいは、公の秩序は、国家、社会の秩序ないし一般的利益を指し、善良の風俗は、社会の一般的道德観念を指すが、両者を区別する実益は乏しく、全体として社会的妥当性を意味するものとして用いられ、全法律体系を支配する理念を表したもの（法令用語研究会編『法律用語辞典・第2版』）と位置づけられている。そこには、侵害結果の程度如何は、少なくとも表面的には、いっさい出てこない。

なるほど、公序良俗に反するか否かと侵害結果の軽重とは、現実の事案において対応関係にあることが一般的であろう。しかし、両者による判断がどうしても両立し得ないという事例は生じないであろうか。生じるとすれば、どのように結論を下すべきか。ここで犯罪の成否が問題となる場合、その成立か否定かの二者択一であって、そのほかに第三の選択肢は許されない。そうであれば、最終的にはいずれかの判断要素に重点をおいて結論を出さざるを得ないであろう。

一步譲ってその点はさて措くとしても、それでは、侵害結果の「重大さ」とはいかにして画することができるであろうか。一方で、これを生命に危険が及ぶ程度のものとする考え⁽⁶¹⁾がある反面、（そこまで厳格に考えるべきでなく）

取り返しのつかない重大な侵害行為と捉える考え⁽⁶²⁾が提出される。特に後者の見解は、行為無価値重視論あるいは公序良俗判断と結果の程度判断との両立を展開される論者に見られるが、重要な四肢の部分、眼球、臓器等を特段の理由もなく切除・摘出するような行為は、問題なくそれに該当するとされても、それでは判例(7)のような指つめの事例ではどちらに判断すべきか、明らかではない⁽⁶³⁾。しかし他方で、パターンリズムによる保護を積極的に展開される立場からは、指つめ事例のみならず、55年決定に関しても判例の立場が肯定される⁽⁶⁴⁾。その差異は、結果の程度をその考察のための一材料とするにしても、行為無価値ないし公序良俗違反性をどの程度重視するか、言い換えれば、共同体の利益の擁護の観点から当該者の意思に反してまで介入すべきとするかに影響を受けるものといわざるを得ない。いずれにしても、そこには論者により、かなりの揺れ幅が生じていることは明らかである。

これに対して、結果無価値を重視し、あるいは生命に危険が及ぶ程度のばあいを重大性と捉える側は、55年決定のみならず指つめ事例に関しても、判例に批判的であるといえる。その点ではほぼ統一が認められよう。もっとも、この立場といえども、判断が完全に一律ではあるまい。生命に危険が及ぶ程度は、被害の度合いを数値化して境界線を引くことができるのかどうか、また、その境界線の設定にほとんど異論が生じないかどうか、確実ではない。その点では、(同意の成立要件に問題がなく、殺意が認められない限り)傷害罪、あるいは傷害致死罪は成立せず、致死の事例において、過失致死(もしくは重過失致死)を認めれば足りるとする方が曖昧さ、揺れ幅は生じないであろう⁽⁶⁵⁾。もっとも、それは判例あるいは一般の法感情との隔たりがあまりにも大きいことも事実であろう。

なお、行為無価値と結果無価値の両側面をともに考慮に入れる傾向は、学説と判例とではその背景が必ずしも同一ではないように思われる。つまり、学説のばあいは、一般に行為無価値の立場を基本としつつ、結果の程度に対する考慮を自らの見解の妥当性の中に包摂しようとの展開であるのに対し、判例が両方の観点を考慮して論拠を展開するのは、あるいは法感情論を重視する実務の

当然の性格からか、異なるどちらの立場からも — できるかぎり多くの考え方から — 同じ結論に到りうることを相互に補強的に表現しているように思われる。そのためか、判例では、一般論として（「諸般の事情」といった）総合的な判断方法の傾向が認められ、それが具体的な事例への当てはめにおいては、ばあいによってその一部の強調ということになっているのでもあろう。

（六）ところで、主に社会的相当性を擁護する立場から、以下のような注目すべき主張が展開される。すなわち、傷害罪における被害者の承諾のばあいには、典型的に、自己決定に基づく承諾を有効なものとするための諸条件が充たされていなかったり、承諾の真摯性に疑いが残ることがあったり、あるいはその承諾の程度を予測できなかったりすることから、さらには、「短慮からの保護」を図るという趣旨から、パターンリズムに基づいて、あるいは国家の保護義務に基づいて、承諾に一定の制限を付すことは根拠のあることであり、そこには重大な「価値」が存するため、社会的相当性とは、このような諸事情を包括する総称であるということが出来る⁽⁶⁶⁾、という見解である。

たしかに、現実の事例においては、同意の任意性、真意性などに問題のあるケースが少なくなく、それが原因で犯罪が成立することになる。しかし、それは同意の成立要件に関する問題であって、成立した同意に基づく行為に対する刑法的対応に関する問題とは異なる⁽⁶⁷⁾。両者は截然と区別して考察すべきであって、それを混同すべきではなかろう。これは、筋違いの議論とも思われる。むしろ、社会的相当性の強調が上記のように捉える方向にいくという、その影響の妥当性いかんこそが問題とされるべきであろう。その結果、他の犯罪の（不可罰な）予備段階を同意に基づく行為それ自体の処罰化により、処罰の方向に取り込むという懸念が生じよう。

また、その点に関連して、ドイツでの以下の指摘は、228条に関する実務での取扱いの現状を捉えたものとして、興味深い。つまり、ドイツでの近年の上級審から明らかになるのは、良俗違反という判断は判決を支えるものではなく、むしろ、それがなければ、あるいは確実に立証し得ない同意の不備に取って代わる乗り物として利用されるということで、たとえば①侵害における同意が存

在せず、かつまた同意能力が疑われるもの、②単なる危険への同意は存在したが、侵害における同意が存在しなかったもの、③同意能力ないし同意の自発性が問題となるものなどであり、その限りで、同意の反良俗性を描写することには、証明の困難性を克服するための備蓄機能が帰属させられている⁽⁶⁸⁾、と。ただ、これは、228条の適用の現状を示すものではあるが、そのこととその当否とは、上述のように、別論であろう。

五 おわりに

本小稿では、「社会的相当性」ないし「公序良俗」という概念が、特に同意傷害を中心としたケースにおいてどのように展開されているか、また、それらの判断指標は侵害結果の重大性、軽微性という問題といかなる関係にあるかを検討してきた。きわめて限定された射程での検討であるが、そこで得られた一応の結論は、公序良俗性等を前面に押し出す見解では、法と道徳ないし倫理の峻別に対する曖昧化、判断における循環論法化が危惧されること、また、行為無価値的側面と結果無価値的側面の対等な統合、あるいは、公序良俗性と侵害結果の程度(軽重)の併用という有力な見解も、やはり両側面が両立し得ない場面に遭遇したばあい、結局はどちらかの側面を重視せざるを得ず、その結果、大方は公序良俗性等を強調する見解と同様の方向性を有するということである。その点、結果無価値を重視する見解の方が比較的揺れ幅が少ないが、これとても統一性はとれない難点を残している。

さらに、上記の両要素を統合するような見解は判例でも有力に見られるが、これは、学説での一見同様な見解とは、上述したように、その実質においてやや異なるものと考えらるべきであろう。判例実務の性格上、それは、ある意味でごく自然のこととも思われる。

そもそも、判例と学説の関係をどのように考えるべきであろうか。当然のことながら、一般的な法感情論を重視する判例をまったく顧慮せず、それに何らのインパクトも与えないような学説は問題である。他方、判例に何ら批判的な

視点も持たず、ただそれに追従するばかりも問題であろう。しかし、現代においてもなお、刑法の第二次法規性や刑法の「謙抑性」理念を常に念頭に置きつつ、その実施に向けて個別問題を考察する姿勢をできるかぎり維持することはなお肝要と考えられる。犯罪として処罰するということは、けっして判断者の立派な信条、信念によって決せられるべきものではない。普通の人ならば当然守るべき、かつ守ることのできることに違反してはじめて、峻厳な刑罰の下におかれることを、いまいちど考えてみたい。刑法の謙抑性という理念も、それが刑法の一大原理であるということは誰も疑わない。ところが、この出発点での一致がみられても、具体的な個別問題となると相当な差異が生じている。その背景はどこにあるのか、どのように考えるのが妥当であろうか。

以上、はなはだ不十分な考察となったが、いわば総論で一致している上記のような出発点を、現代社会における犯罪的な諸現象へ対応させるばあい、各論でいかに実施に移すことができるか、特に正当化論の領域で試行錯誤を今後も重ねてみたい⁽⁶⁹⁾。

〈注〉

- (1) Welzel, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55ff.
- (2) Welzel, a.a.O. (Fn. 1), S. 55ff. 但し、彼は一時期、上記著書の4版から8版まで、正当化事由と位置づけていたが、9版以降再び構成要件阻却説に戻った。
- (3) たとえば、構成要件阻却説としては、Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, S. 252; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Bd. 1, 8. Aufl., 1992, § 17, Rn. 21; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, AT, Bd. 1, 5. Aufl., 2004, § 8, Rn. 31; Otto, H., Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 6, Rn. 67ff. 正当化事由説として、Klug, U., Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Festschrift für E. Schmidt, 1961, S. 261f.; Schmidhäuser, E., Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1975, 9/26. さらに責任阻却説としては、Roeder, H., Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969, S. 67.
- (4) なお、類型的・事実的判断である構成要件該当性判断の場面に、社会通念や日常性・通常性をそのまま持ち込むことは、価値的判断を過度に流入させることになるとの疑問が提起される(内藤謙『刑法講義総論(中)』1986年310頁)。
- (5) 「同意」ないし「承諾」という概念表示について、本稿では、「同意」を基本と

刑法における「社会的相当性」と「公序良俗」に関する一考察

しつつ、判例や文献で「承諾」が使用されているところでは、できるだけそれに従うことにしたい。両概念の使用法につき、なお、拙著『刑法における被害者の同意』（2004年）の「はしがき」参照。

- (6) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』2008年421頁。
- (7) 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』2006年317頁。
- (8) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』2010年135頁。
- (9) 西田・前掲註(8)136頁。
- (10) 山口厚『刑法総論〔第2版〕』2007年105頁および172頁。
- (11) 川端博『刑法総論講義・第2版』2006年292頁以下。
- (12) 川端・前掲註(11)311頁以下。
- (13) もっとも、行為無価値論の立場から55年決定の判断方法を批判しつつも、行為の危険性の高さを重視することにより、55年決定の結論自体を妥当とされるものとして、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』『刑事判例評釈集42・43巻』1993年146頁以下参照。
- (14) この立場からは、55年決定に関して、積極的に是認を明言されてはいないものの、ほぼ肯定的に引用されていると認められよう（川端・前掲註(11)313頁参照）。
- (15) 井田良『講義刑法学・総論』2008年240頁および256頁。
- (16) 井田・前掲註(15)321頁以下。
- (17) 井田『刑法総論の理論構造』2005年138頁以下（およびドイツの議論状況についても同書参照）。
- (18) 西田・前掲註(8)136頁。
- (19) 井田・前掲『講義』註(15)322頁。
- (20) 大谷実『刑法講義総論 新版第3版』2009年259頁以下。
- (21) 大谷・前掲註(20)249頁、こうして、社会的相当性説は、法益衡量説ないし優越的利益説と矛盾するものではなく、刑法の倫理化を目指すものとの批判は当たらないとされる。
- (22) 大谷・前掲註(20)237頁。
- (23) 大谷・前掲註(20)7頁および11頁以下。
- (24) 大谷・前掲註(20)292頁、306頁および265頁。
- (25) この領域に関する判例の詳細な研究としては、既に、中山研一「被害者の同意と暴行・傷害の故意——「同意傷害」に関する判例の分析——」（一）、（二・完）（北陸法学7巻4号1頁以下、8巻1号1頁以下、2000年）がある。ただ、本小稿では、このようなケースにおいて、特に公序良俗ないし社会的相当性の観点から（結果の重大性等との対比において）いかに展開されているかに焦点を当てて考察している。

- (26) 最判昭25・11・16裁判集刑36号45頁。
- (27) 大阪高判昭40・6・7下刑集7巻6号1166頁。
- (28) 東京高判昭52・11・29高裁時報(刑)28巻11号143頁。
- (29) 大阪地判昭52・12・26判時893号104頁。
- (30) 大阪高判昭29・7・14高裁特報1巻4号133頁。
- (31) 大阪高判平10・7・16判時1647号156頁。
- (32) 仙台地石巻支判昭62・2・18判時1249号145頁。
- (33) 大阪地判昭62・4・21判時1238号160頁。
- (34) 大阪地判平4・7・20判時1456号159頁。なお、同様に、大学のクラブ活動(ワンダーフォーゲル部)において、新人錬成のため慣行となっていた山岳行動に伴う有形力の行使による部員の負傷や死亡につき、当該行為の必要性、相当性等においてシゴキ行為になっていた部分があるとして、傷害、傷害致死を肯定したものと、東京地判昭41・6・22下刑集8巻6号869頁参照。
- (35) 東京高判平9・8・4高刑集50巻2号130頁。前田教授は、55年決定と同様のものではあるが、本件では、医師免許を有しているものと思つて手術を依頼しているのであって、同意の前提の重要な部分に錯誤があるといわざるを得ないとされる(前掲註(7)318頁)。なお、非倫理的な性転換手術を傷害罪では処罰していない判例として、東京高判昭45・11・11高刑集23巻4号759頁(但し判旨は、このような去勢手術は正当な医療行為に当たらないとし、また、(当時の)優生保護法28条にいわゆる「手術」とは優生手術(同法2条1項参照)のみに限らず去勢手術をも含むと解するのが相当であるとして優生保護法(28条)違反に当たるとする。さらに傷害罪としては起訴もされていない。)参照。
- (36) 熊本地八代支判昭55・5・23判時995号134頁。なお、祈祷師が精神異常者に対する加持秘法として、親族の了承の下にその者に暴行を加え、失血死させた事案で傷害致死罪を認めた判例として、札幌地判昭36・3・7下刑集3巻3=4号237頁参照。
- (37) 千葉地判平7・12・13判時1565号144頁。
- (38) 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究2 違法性』1981年、199頁以下など。
- (39) なお、過失致死と傷害致死との結論の差を、手段の危険性の差に求めることに疑問を提起されるものとして、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(2)」『法学教室』296号(2005年)87頁参照。
- (40) 中山・前掲註(25)(二・完)23頁参照。
- (41) 同意が行為にではなく結果に関するものでなければならぬかどうかに関連して、認容的甘受の許容性につき、前掲・拙著註(5)247頁以下参照。
- (42) なお判例(1)については、判決が旧刑法300条中の「陰陽ヲ敗毀シ」を引用し

刑法における「社会的相当性」と「公序良俗」に関する一考察

ていることから、結果の重大性を考慮したのではないかとの指摘がある（中山・前掲註(25)(一)16頁）。たしかに旧刑法は基本的に創傷の重さの程度により具体的に列挙しているが、しかし、それでは当時、価値観の多様性等に関して、現在よりももっと寛容であったとはいいい切れるか、疑問が残る。

- (43) Dölling, D., Soziale Adäquanz und soziale Systeme, Festschrift für H. Otto, 2007, S. 220.
- (44) Dölling, a.a.O. (Fn. 43), S. 220 u. S. 223f.
- (45) Dölling, a.a.O. (Fn. 43), S. 226. スポーツ上の傷害に関する彼の刑法的対応の詳細については、Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW Bd. 96, 1984, S. 36ff. なお、前掲拙著註(5)201頁以下参照。
- (46) ちなみに、社会的相当性は、それを正当化事由と捉える見解を配慮して、同意などその他の正当化事由とともに、一般に正当化事由の箇所においても若干のコメントがなされているようである。vgl., Schönke/Schröder/Lenckner, StGB Kommentar 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32ff., Rdn. 107a.
- (47) 福田平「被害者の承諾による行為」団藤重光編『注釈刑法(2)のI』1968年115頁。なお、只木誠『刑事法学における現代的課題』2009年19頁参照。
- (48) Sternberg-Lieben, D., § 228 StGB: eine nicht nur überflüssige Regelung, Gedächtnisschrift für R. Keller, 2003, S. 295f. なお、本論文は、228条に関して、これまでそれが余計な条項であるとした Schmitt の批判的論考 (Schmitt, R., § 226a StGB ist überflüssig, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, S. 263ff.) を超えて、法適用者たる裁判官に対する立法者の優位性を基に、228条が一般条項の問題性を多く孕んでおり、罪刑法定主義原則の要請に反しているとする点に特徴があるといえる。
- (49) Zipf, H., Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 33ff.
- (50) 只木・前掲註(47)14頁以下による Duttge 論文 (Duttge, G., Abschied des Strafrechts von den »guten Sitten«?, Gedächtnisschrift für E. Schlüchter, 2002, S. 775ff.) の引用など参照。
- (51) Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 48), S. 297f.
- (52) Roxin, C., Strafrecht, AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 13, Rdn. 38.
- (53) Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 48), S. 304.
- (54) vgl., Geppert, K., Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW Bd. 83, 1971, S. 957.
- (55) Berz, U., Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, S. 145f.
- (56) Schönke/Schröder/Stree, StGB kommentar 27. Aufl., 2006, § 228, Rdn. 9.

なお、移植のための身体器官の金銭による売却に関しても、同様の議論がなされている。

- (57) なお、現行規定 228 条に関して Jakobs は、個人に対する犯罪は他人の自由を不法に奪うことであるとする立場より、本条は、公共の利益（抽象的に自由を脅かすものとしての禁止）に向いており、結論的に、介入行為の重大さに従ってその限界を引こうとするが、将来的には、同意傷害の不処罰化を提唱する（Jakobs, G., Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, Festschrift für F. C. Schroeder, 2006, S. 507ff.）。それに対し、Hirsch は、傷害で問題なのは単に自由の処分度ではなく、それ自体としての価値を具体化する財であり、他人の生命および身体は社会の共同生活の基礎であって、身体に対する同意による過度の侵害または危害化をタブー視することによって保護すべきは不可避であるとして、本条の維持を主張する（Hirsch, H. J., Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, Festschrift für K. Amelung, 2009, S. 189ff.）。またこの際、同意傷害の不許容性が依拠するのは、故意の傷害結果の重さではなく、故意の傷害行為から発する生命の危険であるとしている（Hirsch, a.a.O., S. 200f.）。
- (58) 福田・前掲註(47)113頁。
- (59) 同意が問題となる事例において犯罪の成否への行為「目的」の重視は、判例のひとつの特徴ともいえるであろう。55年決定は表面的には（被追突者の）同意そのものに保険金の詐取目的をかからせているが、それは同時に（行為者である）追突者の側の保険金詐取目的でもある。なお、その他の犯罪についても、強盗目的を秘しての住居侵入の事例（最判昭 23・5・20 刑集 2 巻 5 号 489 頁）などに関しても同様の傾向が見られる。
- (60) Schönke/Schröder/Stree, a.a.O. (Fn. 56), § 228, Rdn. 7f. また BGH St49, 166 も、身体傷害行為によって、同意者が具体的な殺害の危険に陥らされるばあいには、行為は公序良俗に反するとしつつ、他方で、身体傷害を招来する、合意によってなされたサド・マゾの行為は、それ自体としては刑法 228 条の意味における「公序良俗」には反しないとす（BGH, Urteil v. 26. 5. 2004-2 StR 505/03 LG Kassel）。なお参照、BGH St49, 34. このような結果の重大性を中心とした判例の判断傾向に対しては、Arzt 等による支持がある一方で、国家保護義務論（これについては、只木・前掲註(47)11 頁以下参照）を展開する Duttge は、その判例は確立した法哲学的基礎を放棄したもので、驚くべき不合理性と重大な欠陥を持つと痛烈に批判する。vgl., Arzt, G., JZ 2005, S. 103ff., Duttge, NJW 2005, S. 260ff. ここで Duttge は、憲法上保障された「人間の尊厳」違反が決定的な基準になるとするが、これでは反良俗性以上に不明瞭さが生じ得るのではなかろうか。
- (61) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』1975年 249 頁など。
- (62) 井田・前掲『講義』註(15)322 頁など。

- (63) 井田・前掲『講義』註(15)321頁以下参照。
- (64) 只木・前掲註(47)20頁以下。
- (65) 中山・前掲(二・完)註(25)23頁。なお、その他の前提を満たす限り、基本的に同意傷害を全面的に許容することにつき、前掲拙著・註(5)73頁以下参照。
- (66) 只木・前掲註(47)19頁など参照。
- (67) 他方、これとは別の視点から、Frischは、228条による処罰の限定は、同意者の自律性の欠損、すなわち意思欠缺のばあいに考慮されるべきであるとし、良俗違反の解釈として、同意がもはや理性的な人間の自律的な決定とは捉えられないということに代替させようとする(Frisch, W., Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228), Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, S. 490ff.)。しかし、これに対しては、(228条にとって顧慮されない)同意の単なる良俗違反と、(顧慮すべき)傷害行為の反良俗性との間の境界が破壊される危険が指摘されていることに注意しなければならない(vgl., Hirsch, a.a.O. (Fn. 57), S. 192)。
- (68) Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 48), S. 301f. もっとも、彼の立場からは、228条に實際上担わされているこのような機能があるべき姿として是認しているのではない。
- (69) 諸般の事情から、本小稿の脱稿後、本誌の発刊までにかかなりの期間を要したが、脱稿後に Stegmüller, U., Die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung des Verletzten § 228 StGB, 2009 を入手した。これに関しては、いずれ検討を試みたい。