慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	刑法における傷害概念と意識障害
Sub Title	Bewusstlosigkeit und der strafrechtliche Verletzungsbegriff
Author	薮中, 悠(Yabunaka, Yu)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2015
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.106, (2015. 9) ,p.1- 31
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20150915-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

刑法における傷害概念と意識障害

薮中　悠

一　はじめに――本稿の目的と構成
二　律系刑法及び刑法改正事業と意識障害
㈠　律系刑法における意識障害――仮刑律及び改定律例中の「昏絶」について
㈡　刑法改正事業の諸草案における意識障害――催眠術等の施用について
三　判例・裁判例における意識障害と傷害罪・致傷罪
㈠　大審院及び最高裁の事例
㈡　下級審の事例
㈢　小　括
四　学説における議論
㈠　議論の整理・分析の視点
㈡　主な見解の内容及び論拠
五　オーストリアにおける議論の概観
㈠　傷害罪関連規定の構造と基本的な内容
㈡　意識障害に関する議論
六　若干の検討
㈠　主な見解について
㈡　本稿の基本的な考え方
七　おわりに

一　はじめに――本稿の目的と構成

本稿は、刑法における傷害概念と人の意識ないし精神作用の阻止・消失（めまい、気絶、失神、人事不省、意識障害等。[1]以下では、これらをまとめて「意識障害等」ともいう）との関係について、考察するものである。

この問題に関しては比較的最近、被害者に睡眠薬等を摂取させて数時間にわたり意識障害及び筋弛緩作用を伴う急性薬物中毒の症状を生じさせたという事案において、最高裁[2]がそれを傷害と認めて傷害罪の成立を肯定する判断を示している。[3]

刑法における傷害概念と意識障害等との関係、すなわち、意識障害等がいかなる範囲ないし条件で傷害概念に該当するのか、という問題（以下では、この問題を「意識障害等の傷害該当性」ともいう）には、（人の肉体面・器質面への侵害とは区別可能な）人の意識ないし精神作用への侵害という側面がある。[4]この意味において、意識障害等は、最決平成二四年七月二四日[5]において傷害に該当するかが争われた、精神的障害（外傷後ストレス障害〔ＰＴＳＤ〕等）と共通する性格を有している。本稿は、意識障害等の傷害該当性について、人の意識・精神面への侵害という性格に留意しつつ、考察を行うものである。

本稿の構成は、次のとおりである。

まず第二章では、旧刑法成立以前に作成された律系刑法（仮刑律・新律綱領・改定律例）や現行刑法成立後にその全面改正に向けて作成された諸草案における意識障害等に関する規定の内容を確認する。次に第三章では、意識障害等に関する判例・裁判例の状況を、第四章では学説における議論の状況を、それぞれ整理・確認する。これに続く第五章では、オーストリアにおける議論を概観する。オーストリアの議論に着目したのは、本稿の検討課題が人の意識・

精神面に関わることに鑑み、この観点から見た場合に傷害概念の内容が比較的日本刑法のそれに近いといえること、また、睡眠薬の施用や脳震盪の評価について議論が見られることによる。[6] 第六章では、前章までに把握した内容を踏まえて、主な見解について考察を行った後、本稿の基本的な考え方を提示する。最後に第七章では、本稿における結論を改めて示したい。

二　律系刑法及び刑法改正事業と意識障害

本章では、まず傷害罪の沿革的・系譜的検討の一環として、旧刑法成立以前の律系刑法の規定内容を確認する。その後、現行刑法成立後の改正事業で作成された諸草案における人の意識・精神面への侵害に関する規定の内容を確認する。

㈠　律系刑法における意識障害――仮刑律及び改定律例中の「昏絶」について

本節では、旧刑法（明治一三年太政官布告第三六号）の成立前に作成された律系刑法において既に、意識障害等に関係する規定が存在していたことを確認する。

旧刑法の成立以前に作成された律系刑法としては、「仮刑律」[7]（明治元年）、「新律綱領」[8]（明治三年）、「改定律例」[9]（明治六年）がある。これらのうち、仮刑律及び改定律例においては、「人に暴行を加えたり、その結果として殺傷した場合などの罪」[10]に関する内容を定める「闘殴律」中に、「昏絶」という文言が見られる（旧字等は原則として新字に改めた。傍点は筆者による。以下、本稿において同じ）。

【仮刑律[11]】

凡、手足を以人を殴踏、傷を不レ成ものは笞二十、傷を成〈青赤腫るを傷とす〉及び他物〈手足之外皆他物とす。兵器たり共、刃を用ざれば他物也〉を以殴傷を不レ成は笞三十、傷を成は笞四十〈歯疵を附るは他物傷を以論ず〉。髪を抜事方一寸以上は笞五十〈一寸に不レ至は手足傷を以論ず〉。若打殴甚敷即時昏絶に及は笞六十、若血耳目中より出及内損血を吐、且穢物を以頭面を汚し及九竅内に灌入するもの笞八十〈皮破れ血を出且鼻血を出すは手足他物成レ傷を以論ず〉。（以下略）

【新律綱領[12]】

凡闘殴、手足ヲ以テ人ヲ殴チ、傷ヲ成サヾル者ハ、笞二十。傷ヲ成シ、及ビ瓦石・槌棒等ヲ以テ人ヲ殴チ、傷ヲ成サヾル者ハ、笞三十。傷ヲ成ス者ハ、笞四十。血、耳目中ヨリ出デ、及ビ内損シテ吐血スル者ハ、杖八十。人ノ一指・一歯ヲ折リ、一目ヲ眇〈スガメ〉ニシ、耳鼻ヲ抉毀〈クジリ〉シ、若クハ骨ヲ破リ、及ビ湯火ヲ以テ人ヲ傷スル者ハ、杖一百。穢物ヲ以テ口鼻内ニ灌入スル者モ、罪亦同。二指・二歯以上ヲ折リ、及ビ髪ヲ髡〈ヌキツクス〉スル者ハ、徒一年。（以下略）

【改定律例[13]】

第二百八条　凡闘殴―殴―成―傷ト称スルハ、殴ツ所ノ皮膚、色青赤ニシテ、腫起スル者ヲ謂フ。刀ヲ持シ人ヲ傷スト雖モ、其背柄ヲ以テ殴チ、刃ヲ用ヒザレバ、仍ホ槌棒ト同ク論ズ。

第二百九条　凡闘殴、髪、方寸以上ヲ抜ク者ハ、懲役四十日。若シ一時昏絶セシムル者ハ、懲役八十日。（以下略）

これらの規定のうち、まず仮刑律には、殴打が甚だしく被害者が即時に昏絶した場合の規定がある。そして、この「昏絶」の意義については、「人事不省」のことであると説明されている[14]。

次に、新律綱領には意識障害等との関係が窺われる文言は見当たらない。

しかし、改定律例には「昏絶」の文言が見られる（二〇九条）。そして、この「昏絶」の意義については、「気絶ナ

リ」との説明がなされている。[15] なお、改定律例は、「新律綱領の定めた原則を敷衍したり、規則を補充するという性格を持つ」[16]ものである。

このように、旧刑法成立以前の律系刑法において既に、人の意識ないし精神面への侵害結果を捕捉する規定ないし文言が存在したことは注目される。

(二) 刑法改正事業の諸草案における意識障害——催眠術等の施用について

本節では、現行刑法の成立後に刑法の全面改正に向けて作成された「刑法改正予備草案」及び「改正刑法仮案」[17]を取り上げる。これらの草案には、暴行の定義規定が存在し、同条では、無意識の状態に陥らせるために（予備草案）、あるいは、意識を障礙するために（仮案）、催眠術[18]等を施用することが暴行に含まれる旨、規定されている。[19]

【刑法改正予備草案　第七条第四項】

暴行ニハ人ノ健康ヲ害スヘキ物ヲ施用シ、又ハ人ヲ無意識若ハ抗拒不能ノ状態ニ陥ラシムル為催眠術其ノ他ノ手段ヲ施用スル行為ヲモ包含ス

【改正刑法仮案　第七条第四項】

暴行ニハ人ノ健康ヲ害スヘキ物ヲ施用シ又ハ人ノ意識ヲ障礙シ若ハ抗拒ヲ妨クル為催眠術其ノ他ノ手段ヲ施用スル行為ヲ包含ス

改正刑法仮案に関する刑法竝監獄法改正調査委員会の議事速記録[20]によれば、定義規定を設けて催眠術等の施用が暴行に含まれる旨を明らかにした趣旨について、委員の一人である牧野英一が次のような説明を行っている。[21]

「心理的に影響を及ぼす行為が所謂暴行の概念に這入るか。暴行の普通定義は有形的なる力を用ひることになつて居りまするが、催眠術其の他それに類する所の手段は如何なものであろうか。それで之も其の本質に於て矢張り人の意識を障礙し抗拒を妨ぐる性質のものでありまする以上、暴行の概念に含まれて然かるべきものであると云ふ所から暴行という言葉に此の如き定義を設けました次第でございます。[22]」

しかし、刑法改正起草委員会や刑法竝監獄法改正調査委員会において、同条について検討された際に、催眠術等を施用された者が意識障害等の状態に陥った場合の傷害罪の成否あるいは成立範囲について議論がなされた形跡は見当たらない。[23] このため、催眠術等の被施用者に対する傷害罪の成否・成立範囲に関する起草者の理解は判然としない。

三　判例・裁判例における意識障害と傷害罪・致傷罪

本章では、気絶・人事不省・意識障害等に関する判例・裁判例を概観する。

なお、ここでは、当該意識障害等が傷害に該当するのかが争われたわけではない事例も取り上げている。これは、そのような事例からも判例・裁判例が前提とする考え方を窺い知ることができるためであり、また、中には検討を要すると思われる判示をする例もあり、それに言及することは後の考察に資すると考えたためでもある。

㈠　大審院及び最高裁の事例

1　傷害罪・致傷罪の成立を認めた事例

まず、大判昭和八年六月五日[24]は、被害者等が飲料等に供する水瓶の水に毒物である硫酸「ニコチン」を混入し、そ

の水を使って炊事した飯及び汁を食べた被害者を「中毒現象ノ発現ニ基ク眩暈ヲ覚エ且数回嘔吐ヲ為ス」状態に至らせたという事案における判断である。飲料浄水毒物混入致傷罪の成立が肯定されている。

次に、大判昭和八年九月六日[25]は、二月下旬の夜半、浜名湖上で密漁中の被告人が逮捕を免れるため、警察官等を船上から湖中へ突き落とし「水中ニ於ケル寒気ト疲労トノ為メ各失神状態ニ陥ラ」せたという事案における判断である。[26]公務執行妨害罪及び傷害罪の成立を肯定した原審の判断に対して上告がなされたが、棄却されている。[27]

また、最決平成二四年一月三〇日[28]は、大学病院の休日当直医として勤務中の被害者に睡眠薬を摂取させて「約六時間にわたる意識障害及び筋弛緩作用を伴う急性薬物中毒」の症状を生じさせ、また、その六日後にも、医学研究中であった被害者に睡眠薬等を摂取させて「約二時間にわたる意識障害及び筋弛緩作用を伴う急性薬物中毒」の症状を生じさせたという事案における判断である。いずれの行為についても傷害罪の成立が肯定されている。なお、本件の第一審の判示によれば、本件の被害者には身体的な後遺障害は残っていないようである。[29]

2　傷害罪・致傷罪の成立を認めていない事案

まず、大決大正一五年七月二〇日[30]は、被告人が、一人で馬を引く被害女性を見て劣情を催し、強姦目的で首を絞めたが、同女が気絶したため目的を遂げず逃走したという事案における判断である。本件の原審は、被害者を約三〇分間人事不省に陥らしめた旨判示して、強姦致傷罪の成立を肯定している。

これに対して、大審院は、結論的に本件被害者が陥った「約三十分間（の）人事不省」は傷害とは認められない旨の判断を示している。[31]本決定は、傷害の意義に関して「刑法ニ所謂人ヲ傷害ストハ他人ノ身体ニ対スル暴行ニ因リ其生活機能ノ毀損ヲ惹起スルノ謂ニシテ汎ク健康状態ニ不良ノ変更アリタル場合ヲ包含ス」と述べた後、「他人ニ対シ暴行ニ因リ其精神身体ニ影響ヲ及ホスヘキ打撃ヲ加ヘ」て「一時人事不省ノ状態ニ陥ラシメタルモ被害者ガ忽チ心身回復シ其ノ精神身体ニ何等ノ障碍ヲ遺ササル場合」は「之ヲ以テ直チニ健康状態ノ不良変更」があったとはいえない

等と判示している。

次に、最判昭和二九年八月二〇日[32]は、被害者の身辺近くで「ブラスバンド用の大太鼓、鉦等を連打し同人等をして頭脳の感覚鈍り意識朦朧たる気分を与え又は脳貧血を起さしめ息詰る如き程度に達せしめた」という事案における判断である。最高裁は「人の身体に対し不法な攻撃を加えたものであって暴行と解すべき」と判示している[33]。

(二) 下級審の事例

1 意識障害等のみを（明示的な）傷害結果として記載している事例

まず、広島高松江支判昭和三八年九月四日[34]は、「被告人長戸等が暴行により松井を一時失神状態に陥らしめたことを以つて、原判決が傷害罪に当ると認めたのは誤りである」とする所論に対して、「被告人長戸は棒で松井の頭部等を数回強打し、被告人田中正雄原審相被告人村上等も松井の背部を蹴りつけ、同人を一時失神状態に陥らしめたことが認められるのであつて、暴行により生理的機能に障碍を生ぜしめたものというべきである」として、傷害罪の成立を肯定している。

次に、福岡地判平成一一年一二月二一日[35]は、被告人が被害者の「顔面等を手拳で複数回殴打するなどの暴行を加え、よって同人に一時失神状態に陥らせる傷害を負わせた」として、傷害罪の成立を肯定している[36]。

このほか、「脳震盪等」により業務上過失傷害罪の成立を肯定した事例として、大阪地判昭和四〇年九月一一日[37]（「治療約三カ月間を要する脳震盪傷等の傷害」）、名古屋地判昭和四〇年九月二五日[38]（被害者一名に「治療約四週間を要する脳震蕩症等の傷害」、別の被害者に「治療約三週間を要する脳震蕩症等の傷害」）等がある[39]。

2 意識障害等を傷害結果の一つとして併記している事例

このような事案は比較的多く見られる。たとえば「罪となるべき事実」において、「入院加療約九か月間を要し、

意識障害、右胸廓変型の後遺症を伴う頭部外傷、びまん性軸索損傷等[40]」、「全治不明の左急性硬膜外血腫、左急性硬膜下血腫、右急性硬膜下出血、頭蓋骨骨折、脳挫傷、遷延性意識障害[41]」、「回復の困難な遷延性意識障害の後遺症を伴う急性硬膜下血種、脳挫傷性脳内出血等[42]」のように（遷延性）意識障害を器質的損傷と併記している例や、「加療約二週間を要する顔面挫創兼脳震盪症等[43]」、「加療三か月以上を要する脳震盪、顔面骨骨折、頭部・顔面挫創等[44]」のように脳震盪（症）を器質的損傷と併記している例等がある。

3　判決文全体からは被害者が意識障害等に陥ったことが窺われながら「罪となるべき事実」では傷害結果として記載されていない事例

これまでの事例とは異なり、「量刑の理由」を含む判決文全体からは被害者が気絶・失神・人事不省・意識障害等に陥ったことが窺われながら、「罪となるべき事実」ではそれを傷害結果として扱っていない事例も見られる。

そのような事例としては、①「罪となるべき事実」で、強盗や強姦の被害者の反抗を抑圧したことあるいは反抗を著しく困難にしたことを示す文脈でのみ被害者の気絶や人事不省に言及する例[45]、②「量刑の理由」で、暴行等の犯行態様の激しさや犯罪結果の重大性に言及する文脈でのみ被害者の意識障害等を指摘する例[46]等がある[47]。

㈢　小　括

本章で取り上げた判例・裁判例のうち、まず、大決大正一五年七月二〇日については、これまでは主として「約三〇分の人事不省」を傷害に当たらないとした結論が注目されてきたといえる[48]。もっとも、本稿としては、当該決定には傷害概念を考察する際の理論的な枠組みという点でも注目すべき内容を含んでいるように思われる。この点については、後に第六章で検討を行う[49]。

次に、最決平成二四年一月三〇日については、上告趣意において傷害概念に関する主張がなされており、その中に

は検討を要する内容も含まれている。そこで、次章で当該主張の内容を紹介し、後に第六章で検討を行う。また、同決定に関しては、その事実認定ないし判示の内容・程度に関して、「不十分な事実認定に基づくという意味で問題を有する」[50]と批判的な見方がある一方で、「生活機能の障害の程度が軽微でないことを論証可能な程度に、症状だけでなく、行為当時の被害者の状況を適示しているので同批判は妥当しない」と評価する見解[51]もある。この点に関しては、下級審の事例まで視野に入れた場合には、被害者の「一時的な失神状態」や「脳震盪症等」を傷害として記載している例も見られることを確認しておきたい。

四　学説における議論

㈠　議論の整理・分析の視点

本稿の検討対象である失神・人事不省・意識障害等については、一般的には、傷害に当たるものとして理解・説明されている[52]（そして、このことは傷害の意義に関する生理的機能（生活機能）障害説と完全性毀損説のいずれの見解を支持するかには影響されないため[53]、本稿ではこの対立には立ち入らない）。

もっとも、一口に「失神」、「人事不省」、「意識障害」といっても、その原因、発生状況、程度ないし態様には様々なものがありうる[54]。このうち、①意識障害だけではなく外傷等の器質的損傷も認められる場合、②意識障害が脳損傷や脳出血等の器質的損傷を原因として生じている場合、③意識障害から回復した後に器質的な後遺症が残った場合には、その器質的な損傷・障害を根拠として傷害該当性肯定することができる[55]。問題となるのは、④器質的な変化を伴わない（比較的短時間で回復する）意識障害が生じた場合に、いかなる範囲で傷害該当性が認められるのかという点で

ある。[56]

以下では、このような観点から見た場合に特徴的な三つの見解を取り上げて、その内容及び論拠ないし特色を確認する。

(二) 主な見解の内容及び論拠

1 「ある程度重大な器質的病変」を必要とする見解

この見解は、一時的な失神を念頭に、次のように主張する。すなわち、「精神の健康状態をも傷害罪の保護法益と解すれば、一時的にとはいえ意識を失うことを傷害ではないとはいいにくい」。しかし、「それが短時間かつ一過性のものであって、重大な器質的病変を伴わないとすれば、（その間、脳の循環障害により血流低下があるとしても）傷害罪の成立を認めるまでもない」。したがって、「傷害罪の成立を認め得るのは、それが長時間に及び、ある程度重大な器質的病変を伴った場合である」。[57]

この見解が、一時的な失神が傷害に該当するためには、「ある程度重大な器質的病変」を伴うことが必要であるとしている点は、傷害罪の保護法益ないし傷害概念について、「傷害罪は『身体』に対する罪であって、精神に対する罪ではないから、単に『精神の健康』状態の不良変更や生理的機能とはいいえない『精神的機能』の障害だけで本罪の成立を認めるべきではない」[58]と理解している点と関係しているものと思われる。

2 被害者が意識障害等の状態に陥ることが予定されている準強姦罪等（一七八条）や昏酔強盗罪（二三九条）との関係から傷害概念を限定する見解

この見解は、人事不省は「障害の程度が軽微であることによって傷害を否定することは難し」く、むしろ「刑法自体が、失神させる、つまり心神喪失させることについて、傷害概念から除外していると考えるべき」と主張する。そ

して、「一七八条と一八一条とを総合して考える限り、刑法は、心神を喪失させる準強制わいせつや準強姦について、致傷罪が成立するとは考えていないことは明白である」とする。[59] もっとも、「時間単位での失神」については傷害に該当するとしている。[60]

また、同趣旨の主張が前述の最決平成二四年一月三〇日の上告趣意に見られる。その内容は、最高裁によって次のように明快に要約されている。すなわち、「昏酔強盗や女子の心神を喪失させることを手段とする準強姦において刑法二三九条や刑法一七八条二項が予定する程度の昏酔を生じさせたにとどまる場合には強盗致傷罪や強姦致傷罪の成立を認めるべきでないから、その程度の昏酔は刑法二〇四条の傷害にも当たらないと解すべきであ」る。

この見解は、強盗致傷罪や強姦致傷罪の「傷害」に当たるのは、「例えば、一―二日の睡眠行為、その他下痢、嘔吐等の身体生理機能の障害」だと主張しており、先に見た見解よりも傷害概念を大幅に限定することを意図している。[61]

3　（医療行為としてなされる）投薬等によって通常生じる程度の状態は傷害に該当しないとする見解

最決平成二四年一月三〇日の上告趣意では、「通常の医療行為で認められる量の薬物投与、及び、これに伴い生じる副作用」は傷害に該当しないとする主張もなされている。[62] これは、意識障害等を生じさせた行為の性格についても考慮するものといえる。

なお、当該主張については「医療行為との関係も射程に入れ」たものとの評価も見られる。[63] もっとも、本稿の問題意識との関係では、（事案において問題とならなかった）医療行為としての意味合いよりも、人の意識ないし精神に影響を与える薬剤（麻酔薬、クロロホルム）やアルコール等の施用という側面を重視して当該見解を評価し、検討する。

五　オーストリアにおける議論の概観

本章では、まず、オーストリア刑法における傷害罪関連規定の構造と傷害概念に関する基本的な内容を確認する。その後、傷害概念と意識障害等との関係に関する学説の議論や代表的な判例の内容を概観する。

㈠　傷害罪関連規定の構造と基本的な内容

1　傷害罪関連規定の構造

オーストリア刑法における傷害罪関連規定は、八三条以下に規定されている。[64]

傷害概念の理解にとって最も基本となるのは八三条であり、（軽）傷害について規定している。[65]これに続く八四条は重傷害を、八五条は重い持続的な結果を伴う傷害を、八六条は傷害致死を規定している。これらは八三条の加重構成要件であると同時に、強盗罪（一四二条）等の加重構成要件要素（一四三条参照）でもある。八三条の（軽）傷害自体はこのような加重構成要件要素としての位置付けは与えられていない。

【オーストリア刑法】

八三条一項　他人の身体を傷害し又は他人の健康を害した者は、一年以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金に処する。

（二項は省略）

八四条一項　所為の結果、二四日を超えて継続する健康侵害若しくは職業不能を生じさせたとき、又はその傷害若しくは健康侵害自体が重いときは、その者を三年以下の自由刑に処する。（二項以下は省略）

2　傷害概念に関する基本的な内容――「身体傷害」及び「健康侵害」

オーストリアにおける判例[66]及び通説的見解[67]は、精神的な領域についても健康侵害がありうることを認めている。

なお、傷害概念を構成するのは「身体傷害」と「健康侵害」であるが、代表的注釈書等では、八三条一項前段の「身体傷害」の本質的な特徴は器質的な損傷であり、後段の「健康侵害」の本質的な特徴は機能的な障害である旨説明されている[68]。

(二)　意識障害に関する議論

1　八三条との関係――睡眠薬の施用による睡眠について

オーストリアでは、睡眠薬の投与による睡眠状態（Schlafzustand）が「健康侵害」に該当するかが議論されている。この点について、同国の通説的見解は、単なる睡眠状態は未だ健康侵害には該当しないが[69]、（深い）意識障害が生じた場合には「健康侵害」が認められると理解している[70]。

この点に関する判例として、代表的注釈書に引用されているのは、次のような事例である[71]。事案は、被告人が被害者のアルコール飲料に密かに睡眠薬の錠剤を混入したというものである。

判例は、本件の被害者は、単に眠ったというにとどまらず、意識を喪失した状態に陥り、トイレまで引っ張って行き、水を与えたり、平手で打ったりしても意識を取り戻さず、感覚麻痺の状態（Betäubungszustand）にあったとして、八三条の意味における健康侵害に該当することを認めている。

2　八四条一項との関係――脳震盪の評価

次に、オーストリアでは、脳震盪について、それが重傷害に該当するかが論じられている[72]。前述のとおり、重傷害に該当する場合には、強盗等の事案において、加重構成要件の適用可能性が生じることとなる。

脳震盪に関して、オーストリアでは、単にそれが惹き起こされたというだけでは（軽）傷害と評価されるにとどまり、重傷害には該当しないが、それが（比較的長い）意識障害（や、数度の嘔吐、逆行性の記憶障害）を伴う場合には、重傷害に該当すると理解されている。[73] ここでは、意識障害は、被害者が脳震盪を起こした事案において、その症状・状態が重傷害であることを基礎づける考慮要素としての意味を有している。

また、この点に関連してオーストリアでは、脳震盪とだけ認定するのでは重傷害罪の適用に十分ではないとされている。[74] 日本とは事情は異なるものの、具体的な状態の認定が要求されている点は示唆的である。

六　若干の検討

本章では、まず第四章において内容及び論拠を確認した各見解について検討を行う。その後、意識障害等の傷害該当性に関する本稿の基本的な考え方を提示する。

なお、第三章で見たとおり意識障害等に関しては大正時代あるいは昭和初期に大審院の重要な判断が散見される。そのためもあってか、当時の体系書の中には、意識障害等に関して比較的詳しい記述がなされているものがある。そこで、本章では当時の体系書についても適宜参照する形で検討を行うこととする。

㈠　主な見解について

1　「ある程度重大な器質的病変」を必要とする見解について

この見解は、傷害罪の保護法益ないし傷害概念の理解について、身体的な内容に限られるとする理解を前提としている。

しかし、その前提に関しては、律系刑法における規定について本稿において確認した内容や、旧刑法の成立過程から現行刑法の成立に至るまでの沿革的・系譜的検討によっても、また、関連判例・裁判例の状況や学説の議論に鑑みても、日本においては、少なくとも一定の態様ないし限度では人の精神も傷害罪の保護法益である（精神的障害も傷害概念に含まれる）と理解されてきたのではないかと思われる。[75]

このため、本稿としては、器質的な病変が認められない（あるいは、証明ができない）失神・人事不省・意識障害等であっても、人の意識ないし精神作用への侵害という見地から直截に傷害と評価する可能性を否定しない立場から検討を行う。

2　被害者が意識障害等の状態に陥ることが予定されている準強姦罪等（一七八条）や昏酔強盗罪（二三九条）との関係から傷害概念を限定する見解について

「心神喪失」を成立要件とする準強姦罪等（一七八条）や「昏酔」を成立要件とする昏酔強盗罪（二三九条）については、いずれも条文上、被害者が意識障害の状態に陥ることが予定されている。[76]そのため、「心神喪失」や「昏酔」が直ちに強姦致傷罪（一八一条）や強盗致傷罪（二四〇条前段）の「傷害」に当たるとするのは不当である。[77]

しかし、「心神喪失」や「昏酔」がそれぞれの結果的加重犯である致傷罪の「傷害」には該当しないと解されるのは、「基本犯の手段から通常生じる程度の意識障害等は、基本犯の構成要件において評価済みであることを根拠とする」ものであり、基本犯の成立要件が既に傷害の「定義に当てはまる行為のうち一部（結果としての昏酔、心神喪失）を捕捉していると解される」ため、「その部分を『加重結果としての傷害』として再度評価することはできない」ことによるものである。[78]そうだとすれば、「心神喪失」や「昏酔」がそれぞれの結果的加重犯である致傷罪を構成しないとしても、そのことから直ちに、他の犯罪における傷害概念からも「心神喪失」・「昏酔」として通常予定されている状態は排斥されるという結論が導かれるわけではない。[79]

なお、ここで、心神喪失や昏酔とそれぞれの致傷罪の「傷害」との関係に関して、現行刑法成立以前の関連規定の理解を概観すると、まず、準強姦罪等（一七八条）の前身規定は、旧刑法三四八条（一二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ軽懲役ニ処ス薬酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯乱セシメテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス）である。[80] 当該規定については、旧刑法の制定過程において、「犯人ニテ例ハ麻酔剤ヲ用〔ヒ〕酔迷昏倒セシメ而シテ強姦シタル場合」を想定しているとのボアソナードの発言がある。[81] しかし、管見の限りでは、致傷罪との関係について議論がなされた形跡は発見できなかった。

次に、昏酔強盗罪（二三九条）の前身規定は、旧刑法の三八三条（薬酒等ヲ用ヒ人ヲ酔迷セシメ其財物ヲ盗取シタル者ハ強盗ヲ以テ論シ軽懲役ニ処ス）である。[82] しかし、当該規定は、刑法改正審査局における審査修正で挿入されたものである。[83] ボアソナードと日本人起草委員の議論は経ていない。しかし、旧刑法制定前の仮刑律、[84] 新律綱領、[85] 改定律例[86]には薬や酒で「昏迷」ないし「酔迷」させて財を図った場合の規定があり、このうち仮刑律の「昏迷」については「意識障害。昏睡よりも軽度」と説明されている。[87] なお、旧刑法下の学説では、旧刑法三八三条が規定しているのは死傷には至らないような手段であるとの理解を示すものがあり、注目される。[88]

3　（医療行為としてなされる）投薬等によって通常生じる程度の状態は傷害に該当しないとする見解について

このような主張自体は、前述のようにオーストリアにおいても見られるところである。また、日本においてもクロロホルムや麻酔薬、酒（アルコール）等を施用して人の意識・精神作用に影響を与えた場合について、次のような見解が存在した。

すなわち、ある見解は、「催眠術ヲ以テ精神ニ異状ヲ起サシメ又ハ酒ヲ以テ精神ヲ興奮セシメ其他モルヒネノ如キモノヲ以テ眠ラセタ」場合については議論があり、「一時的変化」に止まるものは傷害ではないが「治療スルニハ非常ナル手段」を用いる必要があるものは傷害であると解すべきと主張していた。[89] また、別の見解は、「コロロホルム

酒精等ノ施用ニ由リ人ヲ昏睡状態ニ陥ラ」せた場合について、「医学上ヨリ観察スレハ此等薬物中毒」であるが「其作用タルヤ一時的ニシテ速カニ現状ニ回復シ恰カモ頭部ヲ打タレ一時眩暈スル（脳震蕩ノ為メ）ト同一視スヘキモノ」であるため、「単ニ暴行アルニ止リ傷害ニアラストスルヲ正当トスヘシ」と主張していた。[90] もっとも、これに続いて、「昏睡状態ニシテ高度ニ達シ且ツ多少永続スルカ如キ程度ニ」至れば傷害に当たるとしている。[91] この他に、「『アルコール』麻酔薬等ヲ使用シテ酩酊又ハ麻酔セシムルカ如キ場合」は傷害には当たらないとしつつも、アルコール等の施用の結果「身体ノ機能ヲ障碍スルノ程度」に至れば「身体傷害ナリ」とする見解も見られる。[92]

このように見てくると、薬剤等の被施用者が陥った状態が「傷害」に該当するかどうかは程度如何であり、薬剤等の施用の結果であることに決定的な意味があるわけではないものと思われる。[93] もっとも、一定範囲で傷害に当たらないと解している点は注目される。

(二)　本稿の基本的な考え方

本節では、特に器質的な変化を伴わない比較的短時間で回復する意識障害を念頭に置き、意識障害等の傷害該当性に関して、本稿の基本的な考え方ないし視点を提示する。

1　機能の「障害」と「作用の阻止」

別稿において外傷後ストレス障害（PTSD）に代表される精神的障害と傷害概念との関係を考察した際には、人の精神面に何らかの変化・変調・反応が認められたとしても、それが直ちに傷害概念に含まれるわけではなく、「精神的機能自体に障害を与えた」場合とは区別される「精神の本来的作用の範囲内のもの」という領域が観念でき、その範囲に止まるのであればなお傷害概念には当たらないとする考え方による問題解決の可能性を提示した。[94]

意識障害等に関してもこれと同様に、理論的・概念的には、意識ないし精神作用に対して影響があってもなお機能

「障害」とはいえない領域が認められるのではないか、というのが本稿の問題意識であり、基本的な考え方である。すなわち、人の精神についても傷害罪の保護法益であると理解する通説的見解に依っても、人の意識・精神作用に何らかの侵害があれば直ちに「傷害」となるわけではなく、そして、これは生理的機能の障害は認められるが程度が軽微であることを理由とするのではなく、精神作用を（一時的・部分的に）妨げているだけであって未だ機能の「障害」とはいえないためであると考えるのである。

このような発想は、次のような記述に見られる。

「機能障害ハ之ヲ機能ノ作用自体ヲ阻止スルニ止マル場合ト厳ニ区別セザルベカラズ。例ヘバ一指ヲ緊紮シ一時血液ノ循行及ビ知覚作用ヲ害シタル場合ノ如キ暴行罪ヲ成立スル場合アルハ格別傷害罪タラズ」[95]

ここには、「機能障害」と「機能の作用自体の阻止」とは区別すべきであり、機能の作用を阻止したにすぎない場合には、未だ「機能障害」があるとは認められず、「傷害」には当たらない、との理解が示されている。この記述は、大正三年（一九一四年）四月に発行された体系書中のものである。

このような「機能障害」と「機能の作用の阻止」とは区別すべきであるとする発想は、その後の大審院の事例、すなわち約三〇分の人事不省は傷害に該当しないと判断した前述の大決大正一五年七月二〇日[96]の上告趣意にも見出すことができる。そこでは、「人事不省トハ知覚作用ヲ阻止スル精神的一時ノ現象ニシテ刑法ニ所謂傷害ニ非ス」、「人事不省ハ単ニ精神作用自体ヲ一時阻止スルニ止ル現象ニシテ生理的ニモ心理的ニモ其機能ヲ障害シタルモノト云フコトヲ得ス」と主張されている。当該主張は大審院には容れられていないが、ここには前述の体系書に見られた発想と共通する発想が看取できるように思われる[97]。この点において、大決大正一五年は、被害者が約三〇分の人事不省に陥っ

た事案で強姦致傷の成立を認めなかったというその結論においてのみならず、傷害概念に関する理論的な枠組みを考察する上でも、注目すべき内容を含んでいるものといえる。[98]

ただ、このように機能の「障害」とその「作用の阻止」とを区別したとしても、直ちに三〇分もの人事不省が「作用の阻止」に止まり傷害概念には該当しないという結論に至るわけではない。前述の体系書に例として挙げられている「一本の指の血流を妨げること」と「三〇分間、意識を失わせること」とを同列に扱うことはできないものと思われる。[99] 理論的・概念的には、機能の「障害」とその「作用の阻止」と区別するとしても、「作用の阻止」と認められる範囲は決して広いものではない。これは、人の精神は常に同じ状態を保っているわけではないものの、継続的に意識が影響を受けることや意識を喪失することについてまで本来的作用ないし正常な状態であるとは言えないためである。もっとも、「瞬間的な目まい」[100]や「睡眠導入剤を少量飲ませて少し眠気が生じた場合」[101]等については、生理的機能の「障害」には至っていないということができるものと考える。

2　機能「障害」と軽微性及び「障害」の判断要素

次に、理論的・概念的に機能の「障害」と「作用の阻止」とを区別する場合にも別途、程度による限定は問題となる。

この点に関しては、これまでに「軽微な傷害」の問題として議論されてきた内容が基本的に妥当する。すなわち、一定程度の継続性ないし持続性は重要な判断要素となり、また、名古屋高金沢支判昭和四〇年一〇月一四日[102]が示した①日常生活に支障を来さないか、②傷害として意識されない程度か、日常生活上看過される程度か、③医療行為を特別に必要としないか等が参考となる。[103]

なお、最後に、意識障害等の傷害該当性が問題となる場面では特に意識障害の「深さ」（少しめまいがしただけなのか、短時分とはいえ意識を失ったのか等）及び継続時間が重要な意味を持つことを確認しておきたい。

この点に関連して、第三章で指摘した評価の分かれている最決平成二四年一月三〇日の事実認定ないし判示の内容・程度について言及する。当該決定に関しては、「不十分な事実認定」という評価[104]と、そのような「批判は妥当しない」とする評価[105]が存在する。筆者には、両者で決定文中の「意識障害」の文言からイメージする内容が異なっており、このことが評価を分けた一つの要因なのではないかと思われる[106]。

確かに、傷害の程度については詳述しなくても違法ではないとされている[107]。そして、先に見た裁判例の中には、（犯行の状況は示されているものの）被害者が陥った一時的な「失神状態」を傷害として傷害罪の成立を肯定した例もある。失神については本稿の立場からも「深さ」の点で傷害概念には含まれると考えられる。これに対して、意識の喪失に至っていない意識障害等については（最決平成二四年の事案の結論に異論はないものの）傷害概念に含まれるかの判断に重要な継続時間及び深さ等について配慮された判示が望ましいと思われる[108]。

七　おわりに

最後に、本稿が意識障害等の傷害該当性に関して、基本的な考え方として提示した内容をまとめると次のとおりである。

①機能の「障害」と「作用の阻止」とは理論的・概念的に区別されるべきである。そして、②意識・精神作用に何らかの影響が及んだとしても、それがなお「作用の阻止」にとどまり、機能の「障害」とは認められない場合には、刑法上の傷害概念には当たらない。そして、③「作用の阻止」にとどまるか否かの判断にあたっては、侵害・影響を受けた状態の継続性・持続性のみならず、受けた影響・侵害の大きさ（意識障害の「深さ」）も重要な判断要素となる。

なお、今後は、外傷後ストレス障害（ＰＴＳＤ）等の精神的障害と、本稿の検討対象である失神・人事不省・意識障害等との共通点・相違点に留意しつつ、人の精神と刑法における傷害概念との関係について、更に検討を行いたい。

（1）　脳震盪も「頭部外傷時に即時性、一過性の意識障害を特徴とする」ものであり（『南山堂医学大辞典〔第二〇版〕』（二〇一五年）一九〇〇頁）、本稿の対象に含まれる。

（2）　最決平成二四年一月三〇日刑集六六巻一号三六頁。

（3）　本決定に関する評釈等として、前田雅英「概念の相対性―『傷害』と『運転困難』」警論六五巻四号（二〇一二年）一三八頁以下（同『刑事法最新判例分析』（二〇一四年）一三四頁以下に加筆されて収録）、豊田兼彦「判批」法セ六八九号（二〇一二年）一二九頁、岡本章「判批」研修七六九号（二〇一二年）一九頁以下、嘉門優「判批」刑ジャ三三号（二〇一二年）一一六頁以下、仲戸川武人「判批」警察公論六七巻一一号（二〇一二年）八八頁以下、小林憲太郎「判批」セレクト二〇一二［Ⅰ］（法教三八九号（二〇一三年）別冊付録）三三頁、山本高子「判批」法学新報一一九巻一一・一二号（二〇一三年）一八五頁以下、辰井聡子「判批」平成二四年度重判解（ジュリ一四五三号（二〇一三年））一五五頁以下、甲斐克則「判批」刑法判例百選Ⅱ各論〔第七版〕（別冊ジュリ二一一号（二〇一四年））一二頁以下、野村和彦「傷害について」板倉宏監修『現代の判例と刑法理論の展開』（二〇一四年）二〇九頁以下、西貝吉晃「判批」論ジュリ一〇号（二〇一四年）、辻川靖夫「判解」曹時六六巻一一号（二〇一四年）三三九頁以下、前田雅英『最新重要判例二五〇（刑法）〔第一〇版〕』（二〇一五年）一一二頁等がある。

（4）　この点に関しては、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（一九八八年）三四頁〔町野朔〕、林幹人「精神的ストレスと傷害罪」判時一九一九号（二〇〇六年）六頁（同『判例刑法』（二〇一一年）に所収）等参照。なお、山口厚『新判例から見た刑法〔第三版〕』（二〇一五年）一五四頁も参照。

（5）　刑集六六巻八号七〇九頁。最高裁は、四名の女性を監禁しＰＴＳＤ等を発症させたという事案において監禁致傷罪の成立を肯定している。本件の評釈等として、辻川靖夫「判解」曹時六七巻三号（二〇一五年）二四三頁以下等がある。

（6）　なお、嘉門・前掲注（3）一一九頁には、ドイツにおける睡眠薬の施用に関する議論が紹介されている。

（7）　石井紫郎＝水林彪校注『法と秩序（日本近代思想大系七）』（一九九二年）一頁以下、内閣記録局編『法規分類大全 第五

四巻 刑法門（一）』（一九八〇年〔覆刻原本＝一八九〇年〕）五五頁以下。なお、仮刑律は、「国民一般に公布された法典ではなく「官吏が罪人を処断する際の執務準則であ」る（『法と秩序』五五五頁）。また、明治「三年一〇月一二日ニ新律草案ヲ進奏スルニ因テ廃」されている（『法規分類大全』五五頁）。

（8）石井＝水林・前掲注（7）一〇五頁以下、『法規分類大全』・前掲注（7）一二九頁以下。

（9）石井＝水林・前掲注（7）一〇五頁以下、『法規分類大全』・前掲注（7）二五六頁以下。

（10）石井＝水林・前掲注（7）二五頁。

（11）石井＝水林・前掲注（7）二五頁、『法規分類大全』・前掲注（7）六九頁以下。

（12）石井＝水林・前掲注（7）二六七頁、『法規分類大全』・前掲注（7）一七五頁。

（13）石井＝水林・前掲注（7）二六七頁、『法規分類大全』・前掲注（7）二九七頁。

（14）石井＝水林・前掲注（7）二五頁。

（15）近藤圭造訓注「新律綱領 改定律例 合巻註釈 巻四」（一八七四年）二三丁裏及び二四丁表。本書は、「新律綱領・改定律例全般にわたる注釈書の嚆矢」と評されている資料である。石井＝水林・前掲注（7）五四九頁。

（16）石井＝水林・前掲注（7）五五六頁。

（17）「刑法竝監獄法改正調査委員会総会決議及留保条項〔刑法総則及各則未定稿〕」。成立過程については、林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』（二〇〇三年）を参照。

（18）前田『判例分析』・前掲注（3）一三六頁では、催眠術は薬品を用いる場合と並んで、抗拒不能に陥らせる典型的手段とされている。裁判例としては、東京高判昭和五一年八月一六日（LEX/DB 27917949）等参照。

（19）同様の理解を示すものとして、大場茂馬『刑法各論上巻〔一一版〕』（一九二二年）一八五頁、小野清一郎『新訂刑法講義各論〔第一五版〕』（一九五六年）一六八頁、勝本勘三郎『刑法各論講義』（京都帝国大学法科大学における明治四三年度の刑法各論講義の謄写本。専修大学所蔵のものを参照した）一三九丁表、泉二新熊『日本刑法論下巻（各論）〔訂正四四版〕』（一九三九年）五二一頁等がある。もっとも、現在では「催眠術のような言葉の意味による心理的作用が暴行に当らないことには争いがない」とされている（松原芳博「身体に対する罪・その一」法セ六八五号（二〇一二年）一〇四頁）。

（20）法務大臣官房調査課編『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』法務資料別冊二三号（一九五七年）。

（21）『速記録』・前掲注（20）二三頁。

(22) なお、牧野英一『刑法各論下巻〔第六版〕』（一九五五年）三七三頁以下には、催眠術の暗示によって被術者が自らの意思によらずに行動する点を捉えて「有形的方法に依るものに準じて解すべき」との理解が示されている。

(23) 『刑法改正起草委員會議事日誌』（第一回から第一七五回までは慶應義塾大学所蔵のものを、第一七六回以降については東京大学所蔵のものを参照した）によると、暴行の定義に関しては、第二五回（一九二八年二月七日）、第五六回（一九二九年六月二一日）の刑法改正起草委員会において委員の牧野英一が発言・提案を行っている。その後、第八七回（一九三〇年四月一日）の同委員会での議論を経て本文に示したのと同内容の規定となっている。発言内容から牧野英一が意識していたのは公務執行妨害罪の成立範囲だったと推察される。

なお、刑法竝監獄法改正調査委員会における検討については、『速記録』・前掲注（20）二一頁以下〔定義規定について〕、三六〇頁以下〔傷害罪・暴行罪について〕を参照。

(24) 刑集一二巻七三六頁。

(25) 刑集一二巻一五九三頁。

(26) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第一〇巻』（二〇〇六年）三九四頁〔渡辺咲子〕は、本件は被害者に生命の危険があった点で、約三〇分の人事不省を傷害と認めなかった後掲大決大正一五年七月二〇日とは異なるとする。

(27) 本件の判例集・前掲注（25）では「其ノ他ノ上告論旨及判決理由ハ之ヲ省略ス」とされており、掲載されているのは判決文の一部である。このため、上告審で傷害罪の成否が争点となったのかは明らかではない（もっとも、辻川・前掲注（3）三四五頁（注2）によれば、「傷害罪の成否に関する判断を示してはいない」とのことである）。

(28) 刑集六六巻一号三六頁。

(29) 刑集六六巻一号七五頁。嘉門・前掲注（3）一一七頁、辰井・前掲注（3）一五六頁。

(30) 法律新聞二五九八号（一九二六年）九頁。

(31) 嘉門・前掲注（3）一一七頁は、本件被害者が陥った状態は、「意識を失ってもその後精神や身体に何も影響を及ぼさず、いわば暴行に必然的に付随する一時的、一過性的なものである」と評価している。なお、この点に関しては、河上和雄「傷害概念の再検討」内田文昭先生古稀祝賀論文集編集員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（二〇〇二年）三〇七頁も参照。

(32) 刑集八巻八号一二七七頁。

(33) 本件は、被害者の陥った状態が傷害に該当するかが争点となった事案ではなく、「暴力行為等処罰ニ関スル法律」一条一

項の適用の可否との関係で、被告人の行為が刑法二〇八条の「暴行」に該当するかが問題となった事案である（辻川・前掲注（3）三四五頁（注2）参照）。

もっとも、本件被害者の状態に関しては、「この程度に達すればむしろ傷害（暴行による傷害）」だと指摘する見解もあるが（柏木千秋『刑法各論〔再版〕』（一九六五年）三四一頁）、多くの見解は傷害であるとは考えていないものと思われる（林『判例刑法』・前掲注（4）二四九頁、佐伯仁志「身体に対する罪」法教三五八号（二〇一〇年）一二六頁等参照）。

（34）昭和三八年広島高等裁判所刑事判決速報（高検速報）五丁表。なお、本文の引用は、同判例集に掲載された「判決理由要旨」に基づくものである。

（35）刑集五六巻六号三五三頁〔最決平成一四年七月一八日刑集五六巻六号三〇七頁の第一審である〕（LEX/DB 28085048）。

（36）なお、旭川地判昭和三二年七月二七日（LEX/DB 27916473）では、被告人は、被害者（生徒）に対して暴行・追跡・連行等を行い、これによって生じた「精神的興奮により脳神経症（ヒステリー発作）を発作せしめて…意識不明の状態に陥れ、以て傷害を負わ」せたとして起訴されている（結論的には違法性が阻却されている）。

（37）刑集二一巻一号三〇一頁〔最決昭和四二年二月一六日刑集二一巻一号二八一頁の第一審〕（LEX/DB 24004641）。

（38）刑集二〇巻一〇号一二四六頁〔最決昭和四一年一二月二七日刑集二〇巻一〇号一二四二頁の第一審〕（LEX/DB 24004630）。

（39）このほか、大阪地判昭和四六年五月二五日（LEX/DB 27921707）〔安静加療約三週間を要する脳振盪等の傷害〕、大阪地堺支判昭和四八年八月一六日（LEX/DB 27930983）〔全治約一ケ月間を要する脳震盪症等の傷害〕等。

（40）神戸地判平成一五年五月一四日（LEX/DB 28095289）〔業務上過失傷害罪〕。

（41）東京地判平成一五年六月一二日（LEX/DB 28085666）〔傷害罪〕。

（42）神戸地判平成一七年一月一四日（LEX/DB 25410622）〔業務上過失傷害罪〕。

（43）東京地判平成七年一月三一日（LEX/DB 28010324）〔傷害罪〕。

（44）大阪地判平成一八年七月二〇日（LEX/DB 28115270）〔強盗致傷罪〕。

（45）たとえば、横浜地小田原支判昭和三三年七月七日（LEX/DB 25462642）〔強姦未遂罪〕は、「罪となる事実」で、被害者を「脅迫し、その反抗を抑圧した上、頸部の絞扼により失神状態となつた同女を…を姦淫しようとしたが…その目的を遂げ」なかったと判示している。また、岡山地判平成一三年一〇月九日（LEX/DB 28075449）〔強盗罪〕は、「罪となるべき

事実」で、被害者を「暫時意識不明の状態に陥らせ、その反抗を抑圧した上、同人所有の現金…及び…財布…を強取した」とする。横浜地判平成一四年一月三一日（LEX/DB 28075212）〔強盗致傷罪〕は、「犯罪事実」で、被害者二名にクロロホルム「を吸引させて両名を人事不省に陥らせてその反抗を抑圧し」て現金等を強取し、一名に対しては「全治までに約四週間を要する頭部打撲・挫創、胸部打撲、右肋骨骨折等の傷害を負わせ」、別の一名に対しては「全治までに約一週間を要する左顔面打撲、左眼球結膜下出血の傷害を負わせ」たと判示している。

(46) たとえば、東京地判平成一九年八月二二日（LEX/DB 28145221）〔強盗致傷罪〕は、「量刑の理由」では、被害者は「意識朦朧状態になっているのであって、その暴行が激しいものであった」と指摘されているが、「罪となるべき事実」では「全治約二週間を要する頭部打撲及び頸椎捻挫の傷害」を負わせたとされている。

(47) このほか、準強制わいせつ罪・準強姦罪（一七八条）や昏酔強盗罪（二三九条）の事案も挙げられる。関連裁判例については刑集六六巻一号四七頁以下等参照。

(48) 肯定的に評価するものとして、中山研一＝松宮孝明（補訂）『新版 口述刑法各論〔補訂三版〕』（二〇一四年）二九頁等。否定的に評価するものとして、たとえば、滝川幸辰『刑法各論』（一九五一年）四一頁は、本判決（及び頭髪の切断に関する大判明治四五年六月二〇日刑録一八輯八九六頁）が傷害に該当しないと判断したのは「傷害には苦痛感とか生理的機能の毀損が必要であるという理由によるものであろう」との分析を加えた上で、「苦痛感や生理的機能の毀損がなくとも、身体の完全性を毀損することは、すべて傷害と解すべき」としている。柏木・前掲注（33）三三五頁は、本判決について、生理的機能（あるいは生活機能）を害することを傷害と理解する見解が行きすぎたものであると批判して、「人事不省が傷害であることは判例も認めるところ」としている。

(49) なお、西貝・前掲注（3）一九七頁は、本決定が傷害に当たらないと判断したのは、後遺症の不存在、持続時間の僅少性、軽微性を否定する事情の不存在によるものと分析している。

(50) 嘉門・前掲注（3）一二〇頁。

(51) 西貝・前掲注（3）一九八頁以下。

(52) 井田良『刑法各論〔第二版〕』（二〇一三年）二八頁以下、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第二版〕』（二〇一三年）三二頁以下〔小林憲太郎〕、小暮ほか編・前掲注（4）三四頁〔町野〕、曽根威彦『刑法各論〔第五版〕』（二〇一二年）一七頁、高橋則夫『刑法各論〔第二版〕』（二〇一四年）四六頁、西田典之『刑法各論〔第六版〕』（二〇一二年）四一頁、西原春夫『犯罪各

論〔第二版〕』（一九八三年）一四頁、堀内捷三『刑法各論』（二〇〇三年）三九頁、山口厚『刑法各論〔第二版〕』（二〇一〇年）四五頁、山中敬一『刑法各論〔第二版〕』（二〇〇九年）三九頁以下等。

(53) 異なる理解を示唆するものとして、大越義久『刑法各論〔第四版〕』（二〇一二年）二一頁以下、松宮孝明編『ハイブリッド刑法各論〔第二版〕』（二〇一二年）二六頁〔塩谷毅〕等がある。しかし、この点に関しては、団藤重光編『注釈刑法（五）各則（三）〔改訂版再版〕』（一九六八年）七六頁〔小暮得雄〕、大塚ほか編・前掲注（26）三九〇頁、山口・前掲注（52）四五頁、辻川・前掲注（3）三四三頁等を参照。

(54) この点に関しては、松本時夫「傷害の意義」石川弘＝松本時夫編『刑事裁判実務大系（第九巻）身体的刑法犯』（一九九二年）二八六頁〔裁判実務における「失神」には「種々の原因ないし状況から意識障害の状態が生じた場合」がある〕、嘉門・前掲注（3）一一八頁〔「意識障害」には質的な差異がかなりの程度存在する〕等参照。

(55) 山口・前掲注（4）一五四頁、嘉門・前掲注（3）一一七頁、小林・前掲注（3）三三頁等参照。

(56) 河上・前掲注（31）三〇七頁。

(57) 林『判例刑法』・前掲注（4）二五四頁。

(58) 林幹人『刑法各論〔第二版〕』（二〇〇七年）四八頁。

(59) 河上・前掲注（31）三〇七頁以下。

(60) 河上・前掲注（31）三〇八頁。

(61) 刑集六六巻一号四二頁以下（四七頁、五六頁等）参照。

(62) 刑集六六巻一号四一頁。事案における当該主張の当否については、小林・前掲注（3）三三頁参照。なお、この点に関しては、辻川・前掲注（3）三四一頁以下の「本件の事実関係」及び前田『判例分析』・前掲注（3）一三五頁も参照。

(63) 甲斐・前掲注（3）一三頁。

(64) オーストリア刑法の傷害罪関連規定の構造及び基本的な内容については、拙稿「刑法における傷害概念と精神的障害―オーストリア刑法における議論を中心に」法学政治学論究九七号（二〇一三年）一〇一頁以下等参照。

(65) 条文の邦訳については、法務大臣官房司法法制調査部『一九七四年オーストリア刑法典』法務資料四二三号（一九七五年）を参照した。

(66) OGH 31. 7. 1986 (SSt 57/56=13 Os 98/86), OGH 23. 9. 2004 (12 Os 79/04).

(67) Otto Leukauf/Herbert Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 1992, § 83, Rz. 10; Manfred Burgstaller/Ernst Eugen Fabrizy, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2002, § 83, Rz. 9; Diethelm Kienapfel/Hans Valentin Schroll, Strafrecht, Besonderer Teil I, 3. Aufl. 2012, § 83, Rz. 19 f.

(68) Burgstaller/Fabrizy（前掲注（67））§ 83, Rz. 6, 9; Helmut Fuchs/Susanne Reindl-Krauskopf, Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl. 2014, S. 28.

(69) これに対して、既に健康侵害が認められるとするのは、Fuchs/Reindl-Krauskopf（前掲注（68））S. 29.

(70) Leukauf/Steininger（前掲注（67））§ 83, Rz. 10; Burgstaller/Fabrizy（前掲注（67））§ 83, Rz. 11; Kienapfel/Schroll（前掲注（67））§ 83, Rz. 16. もっとも、このような理解に関しては、オーストリア刑法においては、身体傷害あるいは健康侵害に該当することを認めるためには、それが「些細とはいえない程度」であることが必要とされていることにも留意が必要である（なお、同国では専断的治療行為（一一〇条）が自由に対する罪として位置づけられている）。

(71) OGH 7. 5. 1992 (SSt 61/94=12 Os 11/92-10).

(72) 同国において、脳震盪をめぐる議論に影響を与えた研究として注釈書等に引用されているのが、W. Laubichler, Die Gehirnerschütterung im Spiegel der Österreichischen Judikatur, RZ 1982, S. 114. である。

(73) Burgstaller/Fabrizy（前掲注（67））§ 84, Rz. 27.

(74) Burgstaller/Fabrizy（前掲注（67））§ 84, Rz. 27.

(75) この点に関しては、拙稿「刑法二〇四条の成立過程にみる傷害概念―精神的障害に関する議論を中心に」法学政治学論究九八号（二〇一三年）三七頁以下及び拙稿「日本刑法における傷害概念と精神的障害」法学政治学論究一〇二号（二〇一四年）一頁以下等参照。

(76) たとえば、昏酔の原因については、「内部原因」として「心理作用ニ由ルモノ例ヘハ非常ノ驚愕若クハ恐怖ニ遭遇シテ失神スル場合」や「疾病例ヘハ癲癇病脈管壁症等ノ如ク卒中様ノ症状ヲ来スモノ」等があり、外部的原因として「加害行為例ヘハ頭部ヲ殴打サレ脳震蕩ヲ起シテ失神ス」、「薬物ノ施用例ヘハクロロホルム、モルヒネ等ノ麻酔薬ヲ施用シ失神ス」、「凍冷（極度ノ寒気ニ出会ヘハ凍冷ノ為メ失神ス）」、「催眠術ヲ施用スルコト」等があるとの説明がある（神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（一九一三年）一〇三四頁以下）。これらの多くは傷害に該当し得るものである。

(77) 中森喜彦『刑法各論〔第三版〕』（二〇一一年）一一二頁以下、山口・前掲注（4）一五七頁等参照。もっとも、強盗致傷

罪の「『致傷』と「昏酔」の限界は微妙である」（内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（一九九六年）二八七頁）。

(78) 辰井・前掲注（3）一五六頁。小林・前掲注（3）三三頁、豊田・前掲注（3）一二九頁、西貝・前掲注（3）一九九頁等参照。なお、この点に関しては、松原・前掲注（19）一〇六頁も参照。

(79) この点に関しては、辻川・前掲注（3）三四九頁以下参照。

(80) 内田文昭ほか編著『刑法〔明治四〇年〕（6）（日本立法資料全集26）』（一九九五年）三四六頁等。

(81) 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治一三年〕（3）―Ⅲ（日本立法資料全集34）』（一九九七年）三六一頁以下（特に三七七頁、三七八頁）。

(82) 内田ほか編著・前掲注（80）三六二頁等。

(83) 早稲田大学鶴田文書研究会『刑法審査修正關係諸案』（一九八四年）一一三頁、一七八頁。

(84) 石井＝水林・前掲注（7）一八頁等。

(85) 石井＝水林・前掲注（7）二二四頁等。

(86) 石井＝水林・前掲注（7）二二四頁等。

(87) 石井＝水林・前掲注（7）一八頁。

(88) 亀山貞義『刑法講義 巻之二』（一八九八年）五七一頁以下には、「薬酒等ヲ用ヒ人ヲ酔迷セシムルニ過キサルモノナレハ其結果人ヲ死傷ニ致スコトナク…」と記述されている。

(89) 勝本・前掲注（19）一三五丁裏及び一三六丁表。

(90) 神谷＝神原・前掲注（76）九一七頁。

(91) 神谷＝神原・前掲注（76）九一七頁。

(92) 新保勘解人『日本刑法要論各論〔増訂再版〕』（一九二九年）三四二頁以下。

(93) 大場・前掲注（19）一八九頁は、「意ニ反シテ非常ニ泥酔セシメ或ハ麻痺又ハ失神ヲ為サシメ」て、人を「多少継続シテ病的状態ニ移ラシムル場合」について、その「状態カ一時的ノモノニ過キサル場合ニ於テモ之ヲ生理上厳正ニ論スレハ傷害」である。しかし、「一時的ノ状態」を「傷害」と言えるのかは疑わしく、刑法の解釈としてはそのような「一時的ノ傷害」は「暴行ナリト解スル」のが妥当だとしている。

(94) 拙稿「日本刑法における傷害概念と精神的障害」・前掲注（75）一頁以下。身体（肉体）の場合にも何らかの影響が及ん

で多少とも身体の状態に変化があればそれで直ちに傷害が認められているわけではない。また、人の精神は日々、少なくとも肉体と同程度以上に外界から影響を受けており、それへの反応を繰り返しているのであって、常に同じ状態を保っているわけではない。不安・怒り・嫌悪等は、なお精神の通常の作用の範囲内にあるといえる。新保・前掲注（92）三四一頁以下、柑本美和「刑法上の傷害と精神的障害」岩瀬徹ほか編集代表『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（二〇一四年）三九一頁以下も参照。

(95) 山岡萬之助『刑法原理〔第四版〕』（一九一四年）三四四頁以下。なお、小泉英一『刑法各論』（一九六九年）一七九頁も参照。

(96) 法律新聞二五九八号（一九二六年）九頁。

(97) もっとも、大審院の当該決定では、人事不省は「観念上ニ於テハ其官能ノ傷碍ニ因ル精神的傷害アリ」と言わざるを得ないと判示されている。

(98) なお、大決大正一五年は、「戦後の傷害の意義に関する判例のリーディング・ケース」（大塚ほか編・前掲注（26）三九五頁〔渡辺〕）とされる最決昭和三二年四月二三日刑集一一巻四号一三九三頁において「同趣旨に帰する判断を示している」判例とされている。

(99) この点に関しては、たとえば牧野・前掲注（22）三七一頁は、「判例が『忽ち心神回復し』たものとしたのは不当であると解する。傷害の結果の発生があつたものとすべき」としている。

(100) 福田平『全訂刑法各論〔第三版増補〕』（二〇〇二年）一五一頁。

(101) 前田『判例分析』・前掲注（3）一三五頁。

(102) 高刑集一八巻六号六九一頁。

(103) 井田良「傷害の概念をめぐって」刑ジャ六号（二〇〇七年）一一六頁、木村栄作「軽微な創傷についての傷害と暴行との区別」臼井滋夫ほか『刑法判例研究Ⅱ〔再版〕』（一九七五年）二七九頁以下、佐伯・前掲注（33）一二六頁、沢登佳人「暴行・脅迫の意義」日本刑法学会編『刑法講座 第五巻』（一九六四年）二四三頁、団藤編・前掲注（53）七六頁〔小暮〕、松原・前掲注（19）一〇六頁、松本・前掲注（54）二八六頁、山口・前掲注（4）一五四頁等。

(104) 嘉門・前掲注（3）一二〇頁。

(105) 西貝・前掲注（3）一九八頁以下。

(106) 嘉門・前掲注（3）一一八頁以下、西貝・前掲注（3）一九八頁。なお、本件の詳しい状況については、辻川・前掲注（3）三四一頁以下に説明されている。本件被害者の陥った「意識障害」について、より具体的に推察することができる。

(107) 大塚ほか編・前掲注（26）四四一頁。大判明治四三年一一月一七日刑録一六輯二〇一六頁（傷害ノ程度ハ刑ノ量定ニ重要ナル関係アルヲ以テ之ヲ判示セサルハ叙事稍簡畧ニ過クルノ嫌ナキニアラスト雖モ犯罪ノ構成ニ影響ナキヲ以テ其程度ヲ判示セサルモ不法ニアラス）、大判大正四年一〇月五日刑録二一輯一四三七頁（苟モ人ノ身体ニ創傷ヲ負ハシメタルモノトスレハ其創傷ノ状況ノ如何ニ関セス常ニ刑法第二百四條ノ罪ヲ構成ス可キヲ以テ必スシモ其創傷ヲ具体的ニ詳叙スル要アルコトナシ）等。

(108) また、傷害の程度が量刑に重要な事実であることは判例自身も認めている。大判明治四三年・前掲注（107）参照。

薮中　悠（やぶなか　ゆう）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科助教
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得退学
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　刑法
主要著作
「刑法二〇四条の成立過程にみる傷害概念――精神的障害に関する議論を中心に――」『法学政治学論究』第九十八号（二〇一三年）
「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」『法学政治学論究』第九十九号（二〇一三年）
「日本刑法における傷害概念と精神的障害」『法学政治学論究』第一〇二号（二〇一四年）