

# 傷害概念と精神障害

野村和彦

## 目次

第一章 はじめに

第二章 裁判例における傷害概念と精神障害

第一節 大審院および最高裁による傷害概念の定義づけ

第二節 精神障害が傷害概念に含まれるかが争われた裁判例

第一款 肯定した裁判例

第二款 否定した裁判例

第三章 学説の対応

第一節 従来の議論

第二節 否定説とその検討

第四章 傷害概念の再考は必要なのか

第一節 傷害罪の存在理由

第二節 傷害概念の相対性

第一款 判例における区別的取り扱い

第二款 身体の保護と精神の保護は対等でよいのか

第三款 身体傷害における相対性

第四款 精神障害の相対性

第五款 故意による傷害と精神障害

第五章 残された課題

第一章 はじめに

被告人が四名の女性をそれぞれ監禁し、その結果、各女性に外傷後ストレス障害（以下、PTSDとする）<sup>(1)</sup>を発症させた事案について、最高裁は、監禁致傷罪を肯定した第一審および第二審<sup>(2)</sup>を支持し弁護側の上告を棄却する一方、「なお書き」の中で、監禁行為によるPTSDの発症は刑法上の傷害概念に当たるとの判断を示した。<sup>(3)(4)</sup>

たしかに、本決定は事例判断であるから射程を狭く捉えるべきではないかとの見方もありうる。しかしながら、その内容は、次の三点において、事例判断にとどまらないものを含んでいる。第一に、精神障害も刑法上の傷害概念に含まれるとする立場を最高裁として初めて明らかにしたことである。なお、これまで下級審裁判例においては、刑法上の傷害概念に精神障害を含める判断が昭和五〇年代から続いていたことに留意する必要がある。第二に、特にPTSDの発症を傷害と認定した点である。精神医学界において、診断基準をめぐり統一的な指針がなく、その要件をめぐっても争いがあったことから、PTSDを傷害と認めることに警戒する声も存在していた。しかし、裁判所はあらゆるかたちでPTSDを考慮する裁判例を積み重ねてきている。最も多い取り扱い方は、PTSDを量刑事情として考慮するやり方<sup>⑥</sup>である。さらに一歩進んで、PTSDを傷害として認定した下級審裁判例も出ている一方、これを否定した裁判例も出ている。第三に、監禁致傷という結果的加重犯との関係で、このことを肯定した点である。従来、下級審裁判例において精神障害を傷害概念に含ませてきたのは、主として暴行によらない傷害罪の事例であった。その後、PTSDを傷害と評価した熊本地判平成十一年一〇月一四日を破棄自判し、傷害罪の成立を否定した福岡高判平成一二年五月九日が、PTSDなど一定の精神障害が結果的加重犯における傷害に該当しうる可能性を示唆していた。

⑦ こうした状況の中であらためて検討を要するのは、そもそも刑法上の傷害概念に精神障害を含ませうるか否かである。これが拙稿に与えられた課題である。まず、裁判例および学説における傷害概念を再検討するとともに、傷害概念を再考する必要性、傷害概念を相対的に捉えることの必要性について、検討を加えることにしたい。ただし、PTSDや精神疾患そのものの問題については、本稿の射程外としたい。けだし、それは筆者の能力を超えるだけで

なく、そもそも、本問題は特定の精神疾患にとどまらず精神障害全般と刑法上の傷害概念とに関わる問題だからである。

## 第二章 裁判例における傷害概念と精神障害

### 第一節 大審院および最高裁による傷害概念の定義づけ

まず大審院や最高裁がこれまでに傷害をどのように定義づけてきたのかを確認したい。

腫脹が旧刑法における「創傷」<sup>8)</sup>に該当するかが争われた事案において、大判明治四三年四月四日（大審院刑事判決録一六輯五一六頁）は「創傷」を次のように定義づけた。すなわち、現行刑法における傷害と同じく、身体内外の発生を問わず、身体の生理的機能を毀損することであつて、身体における生理状態を不良に変更すること広く含む、とした。これを受けてか、大判明治四五年六月二〇日（大審院刑事判決録一八輯八九六頁）において、毛髪や髭を裁断あるいは剃去する行為は暴行罪にとどまると判示したことから、大審院は傷害概念について生理的機能障害説に立っていたとみることも不可能ではない。しかしながら、その実体は、身体傷害に関する限り完全性侵害説的な判示を繰り返していたとみるべきであろう。<sup>9)</sup>

戦後、加療一週間の擦過傷が問題となった事案において、最高裁は昭和二四年七月七日判決（最高裁裁判集刑事二二号二三三頁）において、傷害を「健康状態の不良変更など生活機能に障害を与える場合を包含する体躯の完全性を害すること」と定義づけ同事案につき傷害を肯定し、大審院から続く身体完全性侵害説的な立場を示した。さらに、疼痛が問題となった事案について、最決昭和三二年四月二三日（刑集一一卷四号一三九三頁）は、「他人の身体に対する暴

行によりその生活機能に障害を与えることであつて、あまねく健康状態を不良に変更した場合も含む」と定義し、疼痛は傷害に当たるとした。

ところで、この最高裁昭和三二年決定は、従前の判例とは異質な内容をもっている。問題となつた疼痛は、暴行によつてもたらされたが、皮下溢血や腫脹、肋骨骨折などの打撲痕が認められないものであつた。傷害の成立を否定する行き方もあつたはずだが、昭和三二年決定は傷害罪を肯定した。弁護人は医師による診察および診断に信頼性はな<sup>(10)</sup>いと主張したが、最高裁は全治一〇日とした医師の診断は信頼しうる前提に立つたものと思われる。

さて、疼痛を傷害に含めることに反対した弁護人は、上告理由の中で、その根拠として、腫脹を傷害とした大判明治四三年四月四日、皮膚の表裏を剥離したことによる搔傷を傷害とした大判大正一一年二月一六日（大審院刑事判例集一卷七九九頁）、被害者を一時人事不省（意識不明）に陥らせた一方、身体に故障を来さない場合は傷害に含まれないとした大決大正一五年七月二〇日（法律新聞二五九八号（一九二六年）九頁、法律学説判例評論集一五卷（下）二八九頁）を挙げた。本件における疼痛は、たしかに腫脹や搔傷のように身体組織の変更や外傷はなく、人事不省の事案のように身体に支障を来すものでもない。弁護人は疼痛が傷害に該当しない理由を右のように捉えたものと考えられる。これに対し、最高裁は、それらの判例は、「前示（あまねく健康状態を不良に変更した場合を傷害とする判断・筆者注）と同趣旨に帰する判断を示している」とした。

ここで注目すべきは、大決大正一五年七月二〇日との関係である。強姦目的で頸部を締め、被害者を約三〇分間、人事不省に陥らせた事案であつた。大審院決定によれば、傷害とは器械的暴力により身体の一部あるいはその官能を損傷することをいい、必ずしも身体の組織を物質的に破壊することは必要ないとした上で、精神身体に影響を及ぼす

べき打撃を加え人事不省の状態に陥れた場合は、観念上においては官能の傷碍による精神的障害があるといいうる、とした。たしかに、当該事案においては、意識が三〇分後に回復し身体に故障を来さなかった点を捉え、強姦致傷を否定している。これをどう捉えるべきか。身体の生理的機能を重視する姿勢を貫いたとも解しうる。しかし、精神障害も傷害に該当しうる場合があることを示唆したとも解しうる。二通りに解釈できる大審院決定を最高裁昭和三十二年決定は支持したのである。昭和五〇年以降、一定程度の精神障害を傷害に含める下級審判例が続くが、その礎を作ったのは、この大審院決定に従った昭和三十二年最高裁決定であつたと評しえよう。<sup>11</sup>ただし、傷害罪に含まれる精神障害は、その程度を問わないのか、精神と身体との関連性が必要なのか、精神と身体との関連性を要する場合に身体組織の障害が証明されなければならないのか、それともそこまでは必要なく、精神障害に起因する身体的症状の存在が確認されればよいのかは、未だ説明されていなかったといえよう。

この点、戦後の両決定において、「生活機能障害」に言及している点に注目するべきである。生活機能が何を意味するかは必ずしも明らかではない。<sup>12</sup>しかしながら、どちらかといえば事実<sup>12</sup>に即した判断になじみやすい生理的機能障害や完全性侵害と比べ、生活機能障害は、より規範的な概念であるといえよう。私見によれば、生活機能障害の観点から、傷害概念の洗い直しが必要である。

## 第二節 精神障害が傷害概念に含まれるかが争われた裁判例

### 第一款 肯定した裁判例

最高裁平成二四年決定以前に、精神障害が刑法上の傷害概念に該当すると判示した裁判例を左にみてみよう。

精神衰弱症が傷害罪に該当するかが問題となった東京地判昭和五四年八月一〇日（判時九四三号二二三頁）は、これを肯定した。被告人は約半年にわたり、呼び出し音を鳴らし無言電話をするなどして、被害者に対し加療三週間を要する精神衰弱症を負わせた。同判決は特段の理由を示すことなく傷害と認定した。

入院加療約三か月を要する不安および抑鬱状態に被害者を陥らせた事案につき、名古屋地判平成六年一月一八日（判タ八五八号二七二頁）は傷害罪の成立を肯定した。被告人は約半年間にわたり、被害者宅の前の路上や周辺において、怒号を発したり騒音を発するなどをした。同判決は傷害について、「人の生理的機能を害することを含み、生理的機能とは精神的機能を含む身体の機能全てをいう」とし、医学上承認された病名にあたる精神的・身体的症状を生じさせることは傷害に該当するとした。

富山地判平成一三年四月一九日（判タ一〇八一号二九二頁）は、被害者に対し三年にわたり、のべ一万回以上の嫌がらせ電話をかけ続け、その結果、被害者に心的外傷後ストレス障害を発症させたことにつき、傷害罪の成立を認めた。本判決も生理的機能障害説に立ち、精神的機能もそこに含まれるとし、医学上承認された精神的・身体的症状を発症させることは傷害罪に該当することは明らかであるとした。

自動車に同乗していた熟睡中の被害者女性の下着に手を入れその陰部を手指で弄ぶなどのわいせつ行為をし、入院加療約三七日間を要するPTSDを負わせた事案につき、山口地判平成一三年五月三〇日（公刊物未搭載）は、強制わいせつ致傷罪の成立を肯定した。本判決は控訴が棄却され確定されたようであるから、PTSDが傷害であることを結果的加重犯において認めた最初の事案といえる。<sup>14</sup>

東京地判平成一六年四月一九日（判時一八七七号一五四頁）は、一ヶ月半にわたり約二千回にわたり嫌がらせ電話を

かけ続け、その結果、被害者が心的外傷後ストレス障害を増悪させた事案につき、傷害罪の成立を肯定した。傷害罪が成立する根拠は明示されてはいないが、生理的機能障害説に立ったものと思われる。

九歳の女兒に対し姦淫を遂げ、その際、処女膜裂傷を生じさせるとともに、全治不明のPTSDを発症させた事案につき、大阪地判平成一九年二月一九日(DI-Law.com判例体系の判例ID・28135106)は強姦致傷罪を肯定した。おそろく、身体傷害と精神障害とを総合して致傷を認めたものと思われる。

東京地判平成二三年九月二〇日(同判例ID・28181505)は、強姦目的で被害者に暴行・脅迫を加えたが姦淫は遂げなかった事案について、それが原因で全治約一年一〇か月のPTSDを被害者が発症した点を捉え、強姦致傷の成立を認めた。

右の諸裁判例をみると、いくつかの特徴が浮かび上がる。第一に、傷害概念について、いずれも生理的機能障害説に立ち、身体的機能のみならず精神的機能も生理的機能に含まれると解されている点である。第二に、精神的ストレスそれ自体は傷害とは捉えていない点である。精神的ストレスから症状が一步進んだ段階を傷害と捉えている。いずれも、精神医学上の疾患にあたりとされ、精神疾患を治療するため一定の加療期間が要されている。

## 第二款 否定した裁判例

福岡高判平成一二年五月九日(判時一七二八号一五九頁、判タ一〇五六号二七七頁)<sup>15</sup>は、暴行行為によって被害者に全治三か月を要する心的外傷後ストレス障害を与えたとして傷害罪を認めた第一審判決を破棄し、被害者の症状は犯罪被害に通常伴う心理的ストレスの域を出ないとして、暴行罪の成立にとどめた。<sup>16</sup>

生理的機能障害説に立つ同判決が、傷害罪の基本犯である暴行罪のみの成立を認めた理由として、精神的ストレス状態はいわば犯罪構成要件にすでに織り込まれていることを挙げている。同判決の捉え方は次のようである。第一に、心理的ストレス状態は、犯罪行為によつて直接的にはなく、犯罪の恐怖から、間接的・派生的・二次的にもたらされるものである。つまり、犯罪被害による憤りや強い被害感情、恐怖心から、興奮状態や不眠、心理的不安定が生ずる。第二に、このような心理的ストレス状態は、いわば構成要件に織り込み済みと考えるべきである。本件でいえば、心理的ストレス状態は暴行罪の量刑事情として考慮される可能性があるにとどまるのであつて、これを理由に致傷罪（傷害罪）を認めるのはわが国の刑法典が予定するところではない。精神障害について致傷罪を認めるためには、相当程度の精神障害を呈するものでなければならない、と。

このように同判決は、致傷罪に該当する精神障害が相当程度でなければならないとの絞りをかけている。翻つてみると、無形的方法による精神障害の惹起の場合、精神的ストレスそのものを傷害として捉えている裁判例はなかった。福岡高裁判決は精神障害の程度については裁判例の傾向に従つたものとみられるが、結果的加重犯の成否が問題となつた事案に対してそれを及ぼしている<sup>17</sup>。それにとどまらず、心理的ストレス状態は致傷罪の基本犯に織り込み済みとしているが、まさしく、それが基本犯にどう織り込まれているとみるかが新たな課題として提出されたといえよう。その他、神戸地判平成二一年四月一七日（同判例ID・28153877）は、被告人から送信された恋愛感情を吐露したメールを四ヶ月間、約一〇〇〇通を受け取つた被害者がPTSDを負つたとされた事案について、当該体験が心的外傷体験に該当するか疑問が残るとして、傷害を否定した。

東京高判平成二二年六月九日（判タ一三五三号二五二頁、東京高等裁判所（刑事）判決時報六一号一一八頁）は、衝突され

た自動車に同乗しており、かつ、身体傷害を負わなかった者がPTSDを発症した点について、自動車運転過失致傷罪を肯定したさいたま地判平成二二年二月二五日（同判例E・28175833）を破棄した。その理由として、被害者の体験はPTSDの診断基準における心的外傷体験にあたるらないこと、再体験・回避・覚醒亢進といった体験後の心身の不調もないこと、さらに、事故後三日でPTSDの診断をしていることはPTSDの診断基準に該当しないこと、を挙げた。

右の否定例はいずれも精神障害を傷害に含めることに否定的ではない。ただし、福岡高裁判決と同じく、傷害概念に精神障害が含まれるかにつき、いくつかの問題が提起されている。第一に、PTSDの診断方法に対する信頼性やPTSDの診断基準をどのように捉えるべきかである。第二に、基本行為によって惹起される精神障害は、基本行為の危険性が直接的に実現された相手方に生じなければならぬかである。東京地判平成二二年六月九日は、この問題を提起している。

### 第三章 学説の対応

#### 第一節 従来議論

傷害概念に精神障害も含まれるかにつき、学説はおおかたこれを支持しているといえよう。<sup>18</sup>しかしながら、その根拠について言及した見解は、それほど見受けられないように思われる。その中で、傷害概念と精神障害について言及している見解を左にみよう。

生理的機能障害説に立つ岡田朝太郎は、身体の機質と機能とを区別し、機質が侵害される場合だけでなく、機質の

侵害は明確でなくても機能が害されれば傷害を認めうるとして、その例として精神病を挙げている。岡田は、機質を損壊せず機能を悪化することが可能かにつき、医家や生理家になお定説はないが、刑法においては、機能が悪化した事実があれば、機質を損壊した証拠を挙げることでない場合であっても傷害であるとし、その例として、脳の物質の毀損を立証することができない種類の精神病を挙げて<sup>19</sup>いる。身体完全性侵害説を支持する滝川幸辰は精神面への影響に言及していた。たとえば婦女の頭髪を切断することは、外部的完全性を侵害するだけでなく、被害者の精神面に無限の打撃を与えることを指摘していた<sup>20</sup>。さらに滝川は、苦痛感や生理的機能の毀損がなくても身体の完全性の毀損を肯定できる例として、大決大正一五年七月二〇日、すなわち一時的に人事不省の状態を引き起こした例も挙げている<sup>21</sup>。伊東研祐は、生理的機能障害説を一貫することができない一例として、原因行為が精神面に影響を与えそれにより生理機能障害が発生した場合（例としてPTSDを挙げる）を指摘し、身体の内部的完全性をも考慮する必要性があるとする<sup>22</sup>。

生理的機能障害説と身体完全性侵害説は身体の外部的侵害をめぐっては対立している。しかしながら、右のように、その両説から、精神に対する打撃に言及する見解や精神障害を傷害概念に含める見解が提出されていることに注意すべきである。

## 第二節 否定説とその検討

かような議論状況の中にあつて、精神障害を傷害概念に含めることに慎重な見解<sup>23</sup>や反対する有力説<sup>24</sup>が存在している。ここでは反対説を取り上げる。論者は生理的機能障害説に立ちつつも、そこにいう「生理的機能」とは身体的機

能に限定されるべきことを、以下の理由を挙げて主張する。<sup>(25)</sup>

第一に、どのような意味で精神的機能は生理的機能に含まれるのか、それが十分に論証されていない。身体と精神とを別々に捉える見方も成り立ちうる。第二に、不安や鬱、恐怖、パニックなどに支配されたなら、それだけで傷害罪成立してしまうおそれがある。第三に、そもそも刑法は、精神・心理・感情の領域を、生命・身体とは区別して保護している、と。ただし、論者は、物理的・生理的存在としての身体には脳・神経も含まれており、それらが生体において重要な器官であることはまちがいないから、精神的ストレスを与えることにより、それらの器官に対して生理的機能障害・不健康状態を生ぜしめた場合は、傷害罪を肯定する。<sup>(26)</sup>

さて、右の否定説の妥当性を検討する前に整理すべき点がある。否定説は「生理的機能障害説」と称しているが、むしろ、「身体器質障害説」と呼ぶ方が、誤解が少ないように思う。<sup>(27)</sup> 古くに指摘されていた通り、「生理的」という言葉は「身体の組織（機質あるいは器質）および機能」を含むといわれる。それゆえ、生理的機能障害説は、身体組織あるいは身体機能のいずれかに重点を置くことが可能な見解といえる。したがって、生理的機能障害説に立つ否定説を、拙稿においては、「身体器質障害説」と呼ぶことにする。

身体器質障害説は、精神的障害そのものを傷害に含めると処罰範囲が不当に拡大しかねない点を警戒している。そこで、行為者の行為が被害者に精神的ストレスをもたらすだけでなく、それによって身体的傷害を惹起したことを要求すれば、処罰範囲の拡散が防げると考えている。精神的ストレスによる身体症状が生じた場合や、身体症状が顕著でなくとも精神的ストレスが脳や神経の障害をもたらした場合に限り、傷害罪を肯定しようとする。逆からいえば、脳や神経など身体組織の障害が証明されなにかぎり、精神障害は傷害概念に含まれないこととなる。<sup>(28)</sup> したがって、裁

判例において現れた精神障害をめぐる事案については、そのことが証明されていないため、同説によれば、ことごとく傷害罪の成立を否定することになる。

たしかに、精神障害の発症は被害者側が負っている要因が左右するといわれる<sup>29</sup>。したがって、傷害概念に精神的障害を安易に含ませると、処罰範囲が著しく拡大するという懸念は、正当である。しかしながら、その懸念にもかかわらず、左の理由により、身体器質障害説は妥当でないように思われる。

第一に、人の身体は身体組織だけでなく、それを働かせる精神からも構成されている。いわば身体と精神は密接不可分な関係にある。人は精神なき存在ではない。したがって、人の身体を侵害する行為に対する非難を検討する際、精神に対する影響を一切捨象することは妥当でない。

第二に、たとえ身体器質の障害が証明されていない場合でも、精神医学上、客観的に症例と承認されているならば、それを尊重するべきである<sup>30</sup>。たしかに、たとえば、PTSDについては有力な診断基準が複数存在し、診断基準の要件をめぐっても、裁判例にも現れている通り、対立がある。さらにそれを診断する方法についても信頼性が問われる場面もある。しかしながら、精神障害を傷害概念に含ませる裁判例が登場したのは、精神医学の発展と関係していると思われる。しかも、法益保護を任務とする刑法の観点からしても、精神障害の中には、身体傷害に匹敵するものがあると解しうる。

第三に、身体器質障害説のいう懸念とは裏腹に、精神障害を傷害とした裁判例をみると、単なる精神的ストレスを理由に傷害罪を肯定しているものはない。精神的ストレスの程度を越えて、それがさらに、精神医学上の症例に該当する程度の精神的障害に発展した段階で傷害罪の成立を認めている。これは、判例が採ってきた、傷害罪の成立範囲

をむやみに拡散させない一つの知恵と捉えるべきである。

第四に、たとえば、精神的ストレスにより脳や神経が損傷したことが証明された場合、その場合の量刑は、どのようなものになるのだろうか。脳や神経という身体の中でも重要な器官が損傷された点を捉えれば、比較的重い障害と評価され、それ相応の刑罰を要すると考えているのだろうか。否定説のように、身体器質障害を構成要件の結果とし、それを推認させる量刑事情として精神的障害を位置づける見方は、犯罪の成否の議論は明確なものにするかもしれないが、事案の実体を十分に捕捉できないと思われる。思うに、ここで重要なことは、行為者が、脳や神経を損傷させたこともさることながら、被害者にいかなる精神障害を発症させ、それが被害者にどのような影響を与えているのかという点ではなからうか。

ところで、身体器質障害説は、厳密に言うところ、精神障害を傷害罪で評価することを否定する説ではない。なぜならば、身体傷害を裏付ける量刑事情として精神障害を位置づけようとしており、この姿勢は、精神障害の惹起をも傷害罪という構成要件の保護範囲に含まれることを暗に肯定しているからである<sup>31)</sup>。そこでは、構成要件要素とされる身体傷害とその量刑事情とされる精神障害との距離が著しく接近している。もしも、被害者に影響を与えているのが精神障害の方であるならば、むしろ、精神障害を構成要件の結果として捉え、脳や神経の障害をその量刑事情として正面から認めた方が、事案の実体を明確に把握しうるのではなからうか<sup>32)</sup>。

第五に、精神障害が傷害概念に含まれない理由として立法者意思を挙げているが、立法者は現行の二〇四条を制定する際に精神的障害を傷害から除外する立場を必ずしもとっていないことが指摘されている<sup>34)</sup>。この点も、否定説への疑問として加えうる。

## 第四章 傷害概念の再考は必要なのか

### 第一節 傷害罪の存在理由

右に検討した否定説は、たしかに不当ではあるが、それが提起した問題は無視しえないものがある。傷害概念に一定の精神障害が含まれることについて、学説はおおむねこれを支持している。しかし、その論証は十分になされていないとはいえないのが現状である。まさに傷害罪の保護法益、ひいてはその存在理由が問われなければならない。

じつは、傷害罪の保護法益はそれほど自明なものではない。たとえば、生理的機能を障害することだけでなく外貌に著しく変更を生じさせることも傷害概念に含ませる見解に対して、生理的機能障害説を支持する者から、傷害罪の保護法益に異質なものを含ませているのではないか、との疑問が示されている。<sup>(35)</sup> たしかに、生理的機能障害と外部的完全性侵害という従来から対立しているものを同居させようとしているわけだから、かような疑問は至極正当である。しかしながら、同じ疑問は、生理的機能障害説に対しても跳ね返ってくる。第一に、そもそも生理的機能がなぜ他者による侵害行為から保護されなければならないのかは明確でない。たとえば、生命はその存在自体が保護されなければならないが、身体の場合には必ずしもそうとはいえない。第二に、生理的機能には組織（器質）と機能の両側面があるが、いずれを重視するかにより、傷害概念の内実は変化しうる。このことは、すでに指摘されていた。さらに、一方あるいは両者を重視するとき、その理由も定かではない。第三に、生理的機能障害の程度をめぐり見解が帰一していない。その有無にのみ着目する立場と、<sup>(36)</sup> それが一定程度継続する必要があるとする立場があるが、前者あるいは後者をなぜ採るのかの説得的な説明はなされていない。

私見によれば、傷害概念をめぐる提案されてきた各説には、共通項がある。それは身体の機能面、すなわち被害者の生活機能が害される点である<sup>38</sup>。婦女が毛髪を切断された場合に完全性侵害説が傷害を肯定するのは、外貌の完全性が侵害されたことだけでなく、被害者がそれまで享受してきた生活を送るのが難しくなった点を考慮しているものと思われる。一見矛盾しているようにみえる、生理的機能障害と著しい外部的完全性侵害を傷害に含める見解も、人が社会生活を送るための機能が害されることを媒介にしていると思われる。さらに、傷害概念を相対的に捉える見解、すなわち軽微な身体を傷害罪から除外する学説や一部の下級審裁判例も、その傷害が被害者の日常生活にどのような影響を及ぼしうるかを考慮したに違いない。

こうして人の身体機能を重視するならば、傷害概念から精神障害を除外することはおよそ困難である。なぜならば、精神障害の程度いかんによつては、被害者の認識・判断・行動能力に支障を来し、その結果、被害者が享受していた従前の生活が著しく変更を余儀なくされうるからである。これを傷害概念から外す積極的理由はないし、特定の犯罪によるPTSDのみを傷害と限定的に解す理由もない。まさに、傷害とは生活機能障害であり、<sup>39</sup>そこには身体傷害のみならず精神障害をも含むと解すべきである。ただし、ここでいう生活機能とは、他者との関係構築が困難となるという意味ではなく、被害者本人の身体活動および精神活動に支障が出るという意味に解すべきである。したがって、外貌に変更が加えられただけでは、被害者本人の身体活動あるいは精神活動は害されていないため、傷害と評価することはできない。<sup>40</sup>

## 第二節 傷害概念の相対性

### 第一款 判例における区別的取り扱い

最決平成二四年七月二四日によれば、傷害概念に含まれる精神障害は医学上病名がつく程度のものでなければならず、単なる精神的ストレスは同概念に含まれないとした。これは、傷害概念の相対性を、精神障害においては認めざるものといえよう。現に、同決定が支持する原審において、傷害の相対性について触れられている<sup>(41)</sup>。

ところで、従前、身体傷害の相対性について、大審院および最高裁は一貫して否定的であった。これに対して、下級審においては、傷害概念の相対性を認め、軽微な傷害については傷害の成立を否定し、基本犯の成立のみにとどめたものがあつた<sup>(42)</sup>。ここで問題とされるべきは、傷害概念の相対性を、身体傷害においては否定する一方、精神障害においてはこれを肯定する姿勢に矛盾はないか、ということである<sup>(43)</sup>。

右の疑問を解明するため、第一に身体と精神との関係、第二に身体傷害の相対性と精神障害の相対性について、左に検討することにした。

### 第二款 身体の保護と精神の保護は対等でよいのか

刑法上の傷害概念には身体傷害だけでなく精神障害も含まれると解するとき、両者の保護は対等でよいのかという問題がまず生ずる。

たしかに精神的機能も傷害罪の保護法益に含まれるとしても、身体的機能の保護に劣後すると見るべきであろう。その理由は以下の通りに考えられる。第一に、身体的機能の侵害は死亡に結びつくことが典型的に想定されるのに対

し、精神的機能の侵害については、それが類型的に死亡に結びつくとは必ずしもいえない。第二に、被害者の日常生活に対する影響は、身体的傷害の方が精神的障害よりも、より顕著に深刻に現れうる。身体的傷害の場合は、受傷後、受傷前の状態に症状が回復する場合もあるが、受傷が固定されてそれが以後の社会的生活に大きく影響を及ぼす場合がある。これに対して、精神的障害の場合は、その障害が固定する可能性は、たとえ回復までの期間が不明との医学的診断が出たとしても、身体的傷害と比較して、より少ないと思われる。

身体は精神よりも優位に立つ論拠は、積極的安楽死をめぐる議論の中にも現れている。積極的安楽死の是非はともかく、この議論においては、積極的安楽死を許容する要件の一つとして肉体の耐えがたい苦痛が挙げられ、肉体的苦痛を伴わない単なる精神的苦痛はそこから除外されている<sup>44</sup>。たしかに、いずれの苦痛も他者による加害行為によってもたらされたものではないし、積極的安楽死の議論においてはそれらの苦痛から解放するために生命を犠牲にしてよいかが問われているのだから、法益それ自体の優劣に関する議論とは無関係とする見方もできる。しかしながら、ここでは「苦痛」の原因となっている障害の深刻さが重視されているのではないだろうか。

したがって、同じ傷害概念に属するとしても、身体傷害と精神障害は相対化が許されると思われる。さらに、これを現行法の枠組みにおいてどう保証するかがさらに問題となる。思うに、致傷罪の法定刑の上限方向を用いるのは原則的に身体傷害に限るとする理屈が必要となる。

### 第三款 身体傷害における相対性

私見によれば、精神障害のみならず、身体傷害においても、その内における相対性は肯定されるべきである。軽度

の身体傷害は基本行為の法定刑の枠内で評価しうることは、精神障害と何ら変わらないからである。そこで、傷害概念の相対性を認める下級審裁判例もふまえつつ、<sup>45</sup> 身体傷害の相対性を保証する可能性を模索したい。

暴行罪と傷害罪を例に考えよう。軽微な身体傷害は基本犯に随伴するゆえに、基本犯の成立を認めれば足りるとし、致傷罪の成立を否定する見解の狙いは、どこにあるのだろうか。たしかに、両者の法定刑の下限が同一であることを理由に、軽微な傷害を致傷罪において評価することは可能である。<sup>46</sup> あるいは、同じ理由から、軽微な傷害が暴行罪と傷害罪のいずれに該当するかは一概に言えないとする見方もありうる。<sup>47</sup> いずれの見解も、量刑の場面で調整が可能との判断が、根底にあるものと推測される。しかしながら、法定刑の下限方向だけでなく上限方向も考慮すると、そのような考え方には一抹の不安が残る。すなわち、軽い身体傷害に対し不当に重い刑（致傷罪の法定刑の上限方向）が科せられる可能性がある。したがって、これを回避する必要がある。たとえば、暴行罪と傷害罪の関係でいえば、軽微な身体傷害に対する科刑を暴行罪の法定刑の上限（懲役二年）に抑えるのである。そして、暴行罪の法定刑は暴行行為の量刑事情と化した軽傷害を賄うのに対し、軽傷害を超える程度の傷害は構成要件要素に格上げされ、傷害罪の法定刑がそれを射程に収める、とみるのである。傷害罪の法定刑の下限が引き上げられたことも、このような見方を助力する。

右のような把握の仕方は、遺棄致傷罪や逮捕監禁致傷罪、強制わいせつ致傷罪のように、基本行為の構成要件と致傷罪の構成要件の法定刑が下限方向で一致あるいは近似し、かつ、両者の法定刑が下限方向および中程度の領域で重なり合う場合にも当てはまると思われる。ここでは、軽い傷害に対する重罰を阻止することが課題となるからである。強姦致傷罪や強盗致傷罪のように、基本犯の構成要件と致傷罪の構成要件に対応する法定刑がほとんど重なり合っ

ているような場合にも、軽い傷害に対する軽い処罰を確保するために、右の考えを応用しえよう。

#### 第四款 精神障害の相対性

問題となるのは、精神障害の相対性と傷害概念との関係である。たとえば、暴行罪と傷害罪の法定刑の下限の近さを根拠に、致傷罪にあたる精神障害を大幅に限定することは不可能であるとの見解もある<sup>48</sup>。これらの見解は、軽微な身体傷害を傷害罪の法定刑の下限方向で捕捉することを前提とし、傷害概念に含まれる精神障害もそれと同様に取り扱おうとしているとみられる。それだけでなく、故意犯処罰の原則からして、故意犯としての傷害罪を軸に問題を捉えようとしているのかもしれない。

たしかに、精神障害と身体傷害を並行的に扱おうとする姿勢は概念的には正しいかもしれないが、精神障害が問題となる事案の現実と矛盾する。さらに、傷害概念はそれ自体、再考する必要があるが、既存の思考を前提とするところに疑問を感じる。加えて、傷害概念の問題は、故意犯としての傷害罪だけでなく結果的加重犯にも共通する問題であるし、それだけでなく、結果的加重犯と未遂犯処罰規定を欠く故意侵害犯としての傷害罪という、それぞれの犯罪構造の相違にも目配りする必要のある問題である。右の諸点を考慮しないと、結果責任を行為者に対して追及するおそれが生じる。

したがって、むしろ、ここで模索すべきは、精神障害の相対性に関する枠組みを提示し、これをなるべく明確化することである。私見によれば、軽微な身体障害の取り扱い方に基本的に沿うべきである。すなわち、軽度の精神障害は基本犯における構成要件該当行為の違法性の程度を裏付ける量刑事情として位置づけ<sup>49</sup>、その程度を上回るときに致

傷罪の成立を肯定する方向である。その際、軽度の精神障害を基本犯が受け止めうる内容を有しているかが問題となるが、たとえば、基本犯の保護法益に相違があるとしても、また基本犯の保護法益自体に争いがあるとしても、被害者の精神障害を考慮しうる余地は十分にあるので、その懸念はないといえる<sup>50</sup>。

ただし、精神障害は身体傷害に劣後する拙稿の立場によると、なお検討を要する課題に直面する。たしかに、結果的加重犯としての暴行罪・傷害罪の関係や逮捕監禁罪と逮捕監禁致傷罪との関係、保護責任者遺棄罪と保護責任者遺棄致傷罪の関係のように、有期懲役刑の範囲において、基本犯の法定刑の上限と致傷罪の法定刑の上限が明確に区別されている場合は、身体傷害の相対性に関する枠組をそのまま用いても問題は生じない。

これに対して、強盗罪と強盗致傷罪や強姦罪と強姦致傷罪のように、基本犯の法定刑と致傷罪のそれとが有期懲役の範囲においてほとんど重なり合っており、かつ致傷罪の法定刑に無期懲役刑が設定されている場合には、いくつかの問題が生じる。第一に、基本犯の法定刑が重めに設定されていることから、軽微な精神障害にとどまらず、相当程度の精神障害まで基本犯の構成要件にその量刑事情として織り込まれているとみるべきかどうかである。第二に、致傷罪には無期懲役が法定刑に設定されているが、精神障害についても無期懲役の適用の可能性を認めるべきかである。管見によれば、それらの基本犯の構成要件は、軽微な精神障害だけでなく、たとえば強盗行為や強姦行為、強制わいせつ行為は、被害者の身体のみならず精神面に対し相当な打撃を加えうる行為であるし、このことは、基本犯の法定刑の重さが裏付けている。無期懲役刑も設定されている致傷罪に該当するべき精神障害は、無期懲役をもって臨む必要性のある、極めて重い場合、たとえば精神障害によって被害者が従前享受していた日常生活を一切送ることができないような場合、に限定するべき

だと思われる。

これに対し、PTSDの診断基準に該当すれば直ちに致傷罪の成立を肯定する見解<sup>51</sup>やPTSD概念の成立過程に鑑みて強姦や強制わいせつ、監禁致傷についてのみPTSDによる致傷罪を認める見解<sup>52</sup>もある。しかし、次の理由により支持できない。前者については、医学的診断基準をそのまま傷害の該当性を判断する法的基準に持ち込む点に問題がある<sup>53</sup>。PTSDの診断があつても、その診断には相当な幅があるのが現状である。刑法としては、PTSDが個々の被害者の生活にどのような悪影響を及ぼしているかを考慮するべきである。最終的な決め手は、たしかに概念の詰めに甘さがあつたとはいえ、やはり刑法における傷害概念でなければならぬ<sup>54</sup>。この問題は後者の見解にも当てはまる。そのみならず、PTSDによる精神障害を傷害と評価してよい犯罪とそうでない犯罪との区分が法的にうまく説明できていない。かりに、強盗行為によって被害者がPTSDを発症した場合に、その精神障害の存在をまづ受け入れ、その上で、それが被害者の生活機能にどのような影響を与えたのかを判断するべきである。致傷罪の成否はかような手順で決せられるべきである。

さて、先の管見のように解する場合、罪刑法定主義違反との批判を受けることが予想される。なぜなら、「傷害」の文理から予想される処罰の可能性が十分に担保されていないからである。たしかにその謗りは免れない。しかし、本問との関係でいえば、そこで文理解釈を採ることは、すなわち傷害概念の相対性を否定することを意味する。私見によれば、罪刑の均衡の観点から、傷害概念を絶対的に捉えることこそ不当である。ましてや精神障害の場合においてはこれを相対的に把握することがますます必要であると解される。

## 第五款 故意による傷害と精神障害

精神障害を傷害概念に含める先例が積み重ねられたのは、故意による傷害の場合であった。さきにも触れたように、精神的ストレスのみを根拠にして傷害罪の成立を肯定した判例は存在しない。そこには、傷害概念に含まれる精神障害は一定程度以上のもでなければならぬとの考え、すなわち精神障害を相対的に捉える思考がはたらいっていると推察される。このことと、傷害未遂を不可罰としている現行法との整合性が問題となる。

たしかに、傷害罪の法定刑の下限が、暴行罪と比較して重めに設定されるようになったとはいえ、依然として低く設定されていることをふまえると、たとえば身体的にせよ精神的にせよ障害が軽度でも生じさえすれば、故意犯としての傷害罪は既遂に至るとする見方はありうる<sup>55</sup>。しかしながら、傷害未遂があえて不可罰とされており、かつ、被害が被害者の日常生活にいかなる影響を与えたかを問題とするならば、少なくとも精神的ストレスといったレベルの精神障害に関する限り、不可罰とする捉え方は可能である。

たとえば、最決平成一七年三月二九日<sup>56</sup>は、約一年半にわたり、ラジオの音声や目覚まし時計のアラーム音を大音量で連日連夜隣家に鳴らし続けるなどして精神的ストレスを与え、その結果、被害者が慢性頭痛症や睡眠障害、耳鳴り症を発症させた事案について、傷害罪に該当するとした原審の判断を正当とした例を考えてみよう。同決定は原審である奈良地判平成一六年四月九日<sup>57</sup>が示した傷害行為の定義を支持している。その定義とは、「傷害罪の実行行為は、人の生理的機能を害する現実的危険性があると社会通念上評価される行為」である。そして、当該事案について、原審は「被害者に対して精神的ストレスを生じさせ、さらには睡眠障害、耳鳴り、頭痛等の症状を生じさせる現実的危険性のある行為と十分評価できるから、傷害罪の実行行為にあたるというべきである」と判断した。もしも精神障

害および身体傷害についておよそ相対性を認めないならば、精神的ストレスを生じさせ、さらに、日常ありうる不眠あるいは一時的な耳鳴りや頭痛を生じさせる行為をとった段階で、既遂を肯定しなければならなかったはずであろう。右の定義は、精神障害については明らかに段階を認め、身体傷害についてはそれがあり得ることを示唆している。

私見によれば、右の判例の姿勢の中にも、傷害概念を相対的に捉えようとする姿勢を読み取ることができる。まず既遂と未遂の違法性の程度に差異があることを前提<sup>57</sup>とした上で、精神障害や身体傷害がわずかでも生じさえすれば既遂と評価するのではなく、それらの障害が被害者の生活にどのような影響を及ぼしたのかまでが考慮に入れられている。そして障害の程度が軽度かそれ以上かを判断し、軽度の場合は可罰性の低い未遂犯に、それ以上の場合は可罰性の高い既遂犯に含める、というものである。

## 第五章 残された課題

最決平成二四年七月二四日を起点として、傷害概念に精神障害が含まれうるかについて検討を加えてきた。傷害概念から精神障害を排除することは不当だが、精神障害を傷害概念に含めるためには、傷害概念の洗い直しや傷害概念の相対性を肯定することが必要であることを指摘した。

ただし、残された課題がある。行為面と精神障害との関係についてである。傷害として評価可能な精神障害を惹起しうるのは、結果的加重犯と故意侵害犯、過失侵害犯である。それぞれの行為、すなわち、故意の基本行為、傷害の実行行為、過失行為が精神障害を惹起したものと評価するためには、いかなるメルクマールが行為面において必要なのか<sup>58</sup>。また、様々な生活領域において、被害者に精神障害を与える事象が存在しているが、これらも刑事制裁に服す



号(二〇一三年) 一五七頁以下、田川靖紘「PTSDと傷害(致傷)の成否」刑事法ジャーナル三五号(二〇一三年) 一四五頁以下がある。

(5) 杉山雅彦「PTSD(心的外傷後ストレス障害)と刑事事件―混迷を深めるPTSD概念―」判例タイムズ一〇七二号(二〇〇一年) 五二頁以下がある。同氏によれば、PTSDの診断基準は、WHOのICD-10とアメリカ精神医学会のDSM-IVとが存在しており、それらにおける「外傷的出来事」の定義も異なるとする。

(6) 東京高判平成一四年二月一〇日(判時一八二二号一五二頁、東京高等裁判所(刑事)判決時報五三卷一一〇頁〔新潟少女監禁事件控訴審判決〕)、東京高判平成一五年一月二二日(判例ID・28085347)、東京地判平成一五年七月一七日(判例ID・28095194〔被害者の母親が事件を目撃し発症〕)、旭川地判平成一五年一〇月三〇日(判例ID・28095006)、大阪地判平成一六年六月二八日(判例ID・28095574)、福井地判平成一六年九月一六日(判例ID・28095609 犯行現場に居合わせた被害者以外の者に発症)、京都地判平成一六年九月二四日(判例ID・28105013)、名古屋地判平成一六年一月一七日(刑集六〇巻六号四九八頁)、横浜地判平成一六年二月二〇日(判例ID・28105359)、大阪高判平成一七年九月七日、福岡地判小倉支部平成一七年九月二八日(家月五八巻三号一四九頁、さいたま地判平成一九年四月二六日(判例ID・28095609 殺害現場に居合わせた者に発症))、東京地判平成一九年二月一九日(判例ID・28145469)、大阪高判平成二三年五月一九日(判タ一三六三号二〇八頁)など。なお、以上および後掲注における判例IDは、D1-Law.com判例体系のものである。

(7) なお、藪中悠「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(二〇一二年)は、オーストリア刑法における議論を参照しながら、両論点およびその背後にある問題点を析出したものとして重要である。

(8) 旧刑法三〇一条一項。

(9) たとえば、下村康正は、判例は生理的機能障害説を説いているが、実例をみると身体完全性侵害説によっていることを指摘する(同「傷害および暴行」『総合判例研究叢書刑法(7)』(一九五七年)所収一〇頁以下)。また、渡辺咲子は、判例は生理的機能障害説に立っているといわれているが、身体の完全性の毀損の有無を立証上のアプローチとして認めていることを指

摘する（大塚仁他編『大コンメンタール刑法（第二版）第一〇巻』（二〇〇六年）所収三九三頁以下〔渡辺咲子執筆〕）。

(10) なお、對島・後掲評釈（注(56)）二〇七頁は本事案について次のようにみる。すなわち、疼痛として「認識」されるに至るまでの、暴行による痛覚神経細胞の反応とその刺激の伝達という「生理的過程」を含め、それを「健康状態の不良変更」として評価したものと解されうる、と。その上で、判例は傷害を、生理的過程だけでなく、心理的過程及び精神的過程を含めた「健康状態の不良変更」と捉えていると指摘する。

(11) 小倉正三は、精神障害を傷害とする判例が登場したのは、最高裁昭和三二年決定以降であることを指摘していた（同「心的外傷後ストレス障害（PTSD）」と傷害罪の成立』（『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（二〇〇六年）所収三四三頁）。拙稿も本文に指摘した通りの理由により、かような見方を支持する。

(12) 昭和三二年決定について、林幹人は「生活機能」という基準は、判例自身によってなされているように、「健康状態の不良変更」と置き換えられるし、「生活機能」というだけでは、髪髭などを含むと解する完全性説との区別が困難となる」と指摘する。林・後掲論文（注(24)）四頁。ただし、同決定が出た過程をみる限り、かように理解することについては疑問が残る。

(13) 杉山・前掲論文（注(5)）。

(14) 本判決は公刊物未掲載。本判決の評釈として佐藤弘規「強制わいせつの被害者が受けた精神的ストレスをPTSDと認定し、強制わいせつ致傷罪の成立を認めた事例」警察公論（二〇〇一年）五九頁以下がある。佐藤は、アメリカ合衆国精神医学協会が作成した診断基準であるDSM-IVにおける「実際に又は危うく死ぬ又は重傷を負うような出来事」にあたるかを被害者の主観に従って判断した同判決について、傷害に当たるかはいくまでも法的判断であり、かようなかたちで傷害を認めないと常に致傷罪の成立を肯定しかねないことを指摘している（同六二頁以下）。

(15) 評釈として、甲斐行夫「心的外傷後ストレス症候群（PTSD）」による傷害罪が否定された事例」研修六三九号（二〇〇一年）二九頁以下、緒方あゆみ「精神的機能障害と傷害罪の成否」同志社法学五四巻（二〇〇二年）一号二九二頁以下がある。

(16) 熊本地判平成二年一〇月一四日（判例ID・28175513）。

(17) ただし、同判決によると、行為者が「直接的・積極的に被害者を心理的なストレス状態やノイローゼ状態に陥らせることを意図し、脅迫や恐怖体験を与える行為を繰り返すなどして、殊更に被害者にそのような症状を生じさせた場合は、それが比較的軽度のものでない」傷害罪を構成する場合は明らかであるとする。

(18) 精神障害を傷害に含めることを明言、あるいは、関連判例を引用するなどしてそれを示唆している者は以下の通りである。牧野英一『刑法各論』(一九五一年)三七二頁(大正一五年七月二〇日判決について、たちまち心身が回復したのは不当とされた)、江家義男『刑法各論(増補)』(一九六三年)二〇一頁以下、青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』(一九六三年)三〇七頁、沢登佳人「暴行・脅迫の意義」日本刑法学会編『刑法講座第5巻』(一九六四年)所収二二九頁(著しい精神生理的苦痛)、柏木千秋『刑法各論(再版)』(一九六五年)三三五頁、植松正『全訂刑法概論Ⅱ各論』(一九六八年)二五四頁以下、団藤重光編『注釈刑法(5)各則(3)(再版)』(一九六八年)七五頁(小暮得雄執筆)、小野・中野・植松・伊達『ポケット注釈全書刑法(新版第三版)』(一九六八年)四二二頁、藤木英雄『刑法各論』(一九七二年)五頁(「持続的な精神錯乱」)、同『刑法講義各論』(一九七六年)一九三頁以下、井上正治・江藤孝『全訂刑法学「各則」』(一九七九年)二五頁、齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ(新訂第四版)』(一九八〇年)一四九頁、一五八頁、団藤重光『刑法綱要各論』(一九九〇年)四〇八頁以下(生理的機能障害の例として発狂を挙げる)、平川宗信『刑法各論』(一九九五年)五二頁、香川達夫『刑法講義「各論」(第三版)』(一九九六年)三七六頁以下、福田平『全訂刑法各論(第三版増補)』(二〇〇二年)一五一頁、船山泰範「嫌がらせ電話によりPTSDを負わせ、傷害罪が認められた事例」現代刑事法五巻三号(二〇〇三年)六一頁、板倉宏『刑法各論』(二〇〇四年)三一頁以下、大塚仁『刑法概説(各論)(第三版増補版)』(二〇〇五年)二五頁以下、山口厚『傷害の意義』法学教室三〇三号(二〇〇五年)九三頁以下、中山研一『新版口述刑法各論(補訂第二版)』(二〇〇六年)二九頁(傷害は多少なりとも継続的なものである事を要する)、前田雅英『刑法各論講義(第四版)』(二〇〇七年)三一頁以下、井田良「傷害の概念をめぐって」刑事法ジャーナル六号(二〇〇七年)一一七頁以下、萩原滋『刑法概要(各論)(第三版)』(二〇〇九年)一五頁以下、大谷實『刑法講義各論(新版第三版)』(二〇〇九年)二四頁(生理的機能の障害にPTSDを含める)、西田典之『刑法各論(第五版)』(二〇一〇年)四一頁、高橋則夫『刑法各論』(二〇一一年)四五頁以下、松宮孝明『刑法各論講義(第三

- 版』(二〇一二年) 三六頁以下、佐久間修『刑法各論(第二版)』(二〇一二年) 三六頁以下(犯人が意図的に精神障害を惹起した場合には、その度合いに応じて、PTSDによる傷害罪の成立を認めるべきとする)。
- (19) 岡田朝太郎『刑法論(各論) 第三版』(一九二八年) 二六八頁以下。
- (20) 瀧川幸辰『刑法各論』(一九三三年) 団藤他編『瀧川幸辰刑法著作集』第一卷(一九八一年) 所収四三七頁。
- (21) 瀧川幸辰『刑法各論(第三版)』(一九五三年) 四一頁。
- (22) 伊東研祐『刑法講義各論』(二〇一一年) 三三頁以下。その他、団藤『注釈刑法(5) 各則(3)(再版)』(前掲注(18))。
- (23) 川端博『刑法各論講義』(二〇〇七年) 三四頁以下、山中敬一『刑法各論(第二版)』(二〇〇九年) 四〇頁。
- (24) 林美月子「PTSDと傷害」神奈川法学三六卷三号(二〇〇四年) 二一九頁以下、林幹人「精神的ストレスと傷害罪」判例時報一九一九号(二〇〇六年) 三頁以下、同『刑法各論(第二版)』(二〇〇七年) 四八頁。
- (25) 林(幹)・前掲論文(注(24)) 四頁以下。
- (26) 泉二新熊も、林(幹)と同様の考えを示していた(この点はすでに藪中・前掲論文(注(7)) 一二二頁注八八が指摘している)。すなわち、人を恐怖に陥れるような精神作用の惹起は傷害罪には該当しない。法律は脅迫罪など他の特別の罪を規定しているからである。ただし、精神作用の惹起により脳の機能を害するときは傷害罪が成立しうる、と。泉二新熊『刑法大要(第三七版)』(一九三九年) 五五四頁。
- (27) さらに藪中・前掲論文(注(7)) が、精神障害はそもそも傷害概念に含まれないとする見解を「身体症状限定説」と呼んでいる。その趣旨に拙稿も従いたい。ただし、拙稿においては後述のように傷害概念の洗い直しを想定しているため、本文の用語を使うことにしている。
- (28) 精神的障害による神経障害を要求するのは、林(美)・前掲論文(注(24)) 一三六頁以下。
- (29) 現に、精神障害を傷害に含ませた裁判例の中には、被告人が嫌がらせの対象としていた人以外の人に、精神障害が発症しているものもある。
- (30) 身体の疾患においても、その機序に争いがあつたりそれが明確でない場合もありうる。

- (31) 小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学七号(二〇〇七年)は、構成要件外に生じた結果を量刑にどのように用いるかにつき、構成要件の保護範囲内であれば構成要件外結果といえども量刑上考慮しうる「構成要件(規範)の保護目的論」を展開している。その中で、構成要件の結果・行為そのものの属性とは異なる危険を伴い、本来的な保護法益とは異なる利益の侵害を惹起することがあることを指摘した上で、そうした副次的利益の侵害も量刑において考慮しうるとする(同七〇頁)。この見地に立ち、暴行や脅迫によって被害者に恐怖体験を強いる犯罪類型については、そのような精神的苦痛も量刑評価の対象に含めうるとする(同七二頁、七五頁)。
- (32) たとえば、女児の連続強姦や放火、殺人未遂などが争われた大阪地判平成一九年二月一九日(判例ID・28335106)は、九歳の女児が処女膜裂傷を負った点について強姦致傷罪の成立を認め、それに起因して発症したPTSDを強姦行為の悪質さを示す量刑事情として評価している。しかし、精神的障害を構成要件に格上げするならば、むしろPTSD自体が致傷罪たる実体を示すことになり、処女膜裂傷は精神的障害の程度を示す量刑事情と解しうることになる。ただし、本文において後述するように、精神障害を傷害と評価するかは、構成要件ごとに異なる。その際、法定刑の設定の仕方に着目する必要がある。
- (33) 林(幹)・前掲論文(注(24))四頁。
- (34) 藪中悠「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―」法学政治学論集九八号(二〇一三年)五三頁以下の検討が詳しい。ここでは、保護法益に関し、旧刑法における「殴打創傷の罪」と現行刑法の傷害罪との間に、連続性があることが指摘されている。
- (35) 平野龍一『刑法概説』(一九七七年)一六七頁。
- (36) 最高裁判例にはその傾向がうかがわれるし、学説においても、よほど軽微な傷害を除き、法定刑の下限の低さを根拠に、幅広く傷害概念に含めるものもある。
- (37) 一定程度継続説を採るのは、宮本英脩『刑法大綱(第四版)』(一九三五年)二八三頁、中義勝『刑法各論』(一九七五年)三四頁、植松・前掲書(注(17))二五五頁(相当程度継続的)、中山・前掲書(注(17))など。
- (38) 河上和雄によれば、判例は「生理的機能障害に止まらず身体の完全性毀損をも含めて傷害の意義を考えている」というべき

である。つまり、生活機能傷害をもって、傷害としていっていると考えてよい」として、この意味における生活機能障害説を採用する。〔同「傷害概念の再検討」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（二〇〇二年）所収三〇五頁〕。身体完全性侵害説に対する批判の文脈ではあるが、渡辺咲子は「傷害罪の趣旨が、人の人間としての営みを完全に行うためにその身体が保護されるべきところにあるとすれば、その「機能」を害されることに傷害の本質があるのではなからうか」と述べる（大塚仁他編『大コンメンター刑法（第二版）』第一〇巻（二〇〇六年）三九二頁〔渡辺執筆〕）。

(39) 私見によれば、生理的機能障害と完全性侵害が被害者に生活にどのような影響を及ぼしているが明確でない点で、河上説には疑問が残る。この点、渡辺説が、「人の人間としての営みを完全に行うこと」と傷害概念との関係を捉えている点は賛同しうる。

(40) 女性の頭髪を切除裁断する行為について、東京地判昭和三八年三月二三日（判タ一四七号九二頁）は暴行罪ではなく傷害罪の成立を認めたと、その理由として、頭髪は身体の中樞をなす頭脳を外力から防護する生活機能を有する点、女性の毛髪は女性の社会生活上重要な要素を占めている点を考慮している。かような判断は傷害概念を過度に規範化していると思われる。

(41) 原審である東京高判平成二二年九月二四日（前掲注（2））は、傷害概念について、「後者（医学。筆者注）において診断される傷害が、社会通念上それ自体傷害として意識されるものであり、少なくとも日常生活における支障が一時的なものにとどまらず、通常一定の治療行為が必要とされる程度に達するものである限り、刑法上の傷害に該当することには異論がない」としている。

(42) 傷害概念の相対性を肯定するものとして、大阪地判昭和三六年一月二五日（下級裁判所刑事裁判例集三卷一一・一二号一一〇頁〔強盗傷人罪〕）、名古屋高判令沢支部昭和四〇年一〇月一四日（高等裁判所刑事裁判例集一八卷六号六九一頁、判タ一八五号一三六頁〔強盗傷人罪〕）、熊本地判玉名支部昭和四二年一月一〇日（下級裁判所刑事裁判例集九卷一一号一三七二頁〔暴力行為等ノ処罰ニ関スル法律〕）、福岡地判昭和四七年一月三二日（判タ二七七号三七二頁〔傷害罪〕）など。

(43) 藪中・前掲論文（注（7））一二三頁注九四はこのことを「保護法益間の傷害概念の相対性」と呼んでいる。

(44) 横浜地判平成七年三月二八日（判時一五三〇号二八頁、判タ八七七号一八四頁〔東海大学病院安楽死事件〕）。

(45) 前掲注(42)の諸判例のうち、とくに大阪地判、名古屋高判令沢支部、熊本地判玉名支部を参照。

大阪地判は、生理的機能障害説・健康状態不良変更説に立ちつつも、「刑法上という傷害とはそれが法律上の価値概念である以上は、医学上人の身体の生理的機能の毀損あるいはこれの不良な変更とみるべき一切の場合をいうものではなく、右のうちから合理的な基準によつてどのようなものを刑法上の傷害と考えるべきかを決めて行くべきである」とした。その上で、暴行によつて多少なりとも生理的機能や健康が損なわれることは通常であり、これを全て傷害とすることは暴行罪が成立する余地はほとんどなくなること、社会通念も考慮すると、「本人が傷害として意識せず、別段の治療を施さないでも短時間に快癒する程度のもので、その間日常生活に支障を来さないような軽微なものは、刑法上の傷害には該当しないものと解すべきである」とした。

名古屋高判令沢支部も、大阪地判と同じ問題意識に立った上で、生理的機能障害が、①日常生活に支障を来さない、②傷害として意識されないか、日常生活上看過される程度である、③医療行為を特別に必要としない、ときは、傷害ではなく暴行にとどまるとした。ただし、これらの基準は一応の標準にすぎず、暴行罪の法定刑の下限だけでなく上限も考慮に入れた上で、「主として量刑上の差異を考慮し、その犯罪の法的評価を、両罪のいずれを以て行うのが妥当であるかとの観点から個々の具体的場合に依りて決めて行く外はない」とした。

熊本地判玉名支部は、健康状態の不良変更および生理機能障害を傷害と解した上で、暴行によつて被害者に痛感やショック感、恐怖感、不快感を生じさせることは通常とであること、法定刑にも差異がつけられていることを考慮する必要があるとし、「法律上傷害と評価されるに値いするところの健康状態の不良変更とか生理機能の障害とはそれが現象的にやや持続的なものであることを要し、短時間に回復する一過性のもは含まれず、かつ右不良変更や障害は表顕的であるか、または被害者において苦痛意識をもつものであつて、日常生活行動に不利な影響の存するものであることを要するものと解するのが相当」としている。

(46) 高橋貞彦「傷害と暴行の意義」中山他編『現代刑法講座第四卷刑法各論の諸問題』（一九八二年）所収一五一頁以下。

(47) 団藤重光は、軽微な傷害の扱いについて、日常生活において一般に看過される程度の極めて軽微な傷害は傷害に該当しな

いが、個々の場合について社会通念に従って判断するしかない、とする。その理由として、傷害罪と暴行罪の法定刑の下限が一致していること、暴行罪の法定刑（上限・筆者注）がある程度引き上げられたことから、量刑上実質的な不都合は生じない、とする（団藤・前掲書〔注(18)〕四〇九頁）。

(48) 安田拓人「暴行による心理的ストレス状態と結果的加重犯としての傷害罪の成否」法学教室判例セレクト（二〇〇一年）三一頁、佐々木和夫「暴行を受けたことによる心的外傷後ストレス障害による傷害罪の成立が否定された事例」現代刑事法三九卷（二〇〇二年）七一頁以下、田川・前掲評釈（注(4)）一四九頁。

(49) 単なる精神的苦痛が傷害とされることの不都合については、沢登・前掲論文（注(18)）二四〇頁以下が肌身にわかる説明をしている。

(50) たとえば、致傷罪の基本犯である暴行罪、逮捕監禁罪、強姦罪、強制わいせつ罪は相互に保護法益は異なるが、いずれの基本行為も被害者に精神的障害を与えうる契機を含んでいる。したがって、軽度の精神障害はそれらの基本行為の違法性の程度を裏付ける量刑事情として考慮しうる。

また、暴行罪の保護法益それ自体について争いはあるが（齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」神奈川法学二八卷〔一九八八年〕四三七頁以下）、暴行罪の保護法益の一つとして行動の自由を想定し、同罪の内実を、物理的作用としての有形力を行使し被害者の外形的行動を制約すると解した（同・四四八頁以下）としても、当該行為の違法性の程度を裏付ける量刑事情として被害者の精神的苦痛を考慮することは必ずしも否定されないものと思われる。なぜなら行動の自由がどの程度制約されたのかを判断する際に、右事情を考慮することは不可避だからである。

(51) 神村昌通は、PTSDの認定には慎重さが必要だが、それに該当すれば傷害罪の成立を肯定する（神村・前掲評釈（注(4)）二四頁以下）。

(52) 小倉・前掲論文（注(11)）三六四頁。

(53) 甲斐行夫・前掲評釈（注(15)）五〇頁は「DSM-IVやICD-10は、あくまで診察や診断のためのガイドラインであり、あたかもこれを法律規範のように考えて、これに当てはあるかどうかを考えるという態度は問題がある」と指摘している。

- (54) 島岡・前掲評釈(注(4)) 一五三頁。
- (55) 林(美)・前掲論文(注(24)) 一三三〇頁。その他、福岡高判平成二二年五月九日(前掲注(17))も参照。
- (56) 評釈として、島岡まな「隣家の被害者に朝から深夜までラジオの音声及び目覚まし時計のアラーム音を大音量で鳴らし続けた行為が傷害罪の実行行為にあたる」とされた事例」法学教室三〇一号(二〇〇五年) 八四頁以下、江口和伸「自宅から隣家の被害者に向けて連日ラジオの音声等を大音量で鳴らし続け、慢性頭痛症等の傷害を負わせた行為が傷害罪に当たるとされた事例」研修六八五号(二〇〇五年) 一七頁以下、豊田兼彦「傷害罪の成立が肯定された事例」法学セミナー六一三号(二〇〇六年) 一二二頁、内海朋子「自宅から隣家の被害者に向け連日連夜ラジオの音声などを鳴らし続け慢性頭痛症等を生じさせた行為と傷害罪の成否」ジュリスト一三三〇号(二〇〇七年) 一六三頁以下、對島直紀・判例時報一九六二号(判例評論五八〇号)(二〇〇七年) 二〇六頁以下、大野勝則・最高裁判所判例解説刑事編(平成一七年度)(二〇〇八年) 五九頁以下など。
- (57) 未遂犯規定はたしかに任意的減軽であるが、既遂と同様に未遂を処罰してよいという考えは主観主義をとらなければ不能である。
- (58) 故意の傷害行為による場合に限定すべきことを示唆するのは、井田・前掲論文(注(18)) 一一九頁。また、過失犯においては、被害者が精神的に特にダメージを蒙りやすい性格によって精神的障害を発症するであろうことについて、予見可能性を要求するのは、林(美)・前掲論文(注(24)) 一三五頁。
- (59) たとえば、いじめや種々のハラスメント(パワハラ、セクハラ、アカハラ)を受け、その結果、被害者が精神障害を負った場合、それは傷害に係る罪の対象外とされてきたと思われる。しかし、精神障害を傷害概念に含める以上、いかなる意味でそれらの行為が可罰的あるいは不可罰的なのか、精査を要するといえよう。ハラスメントに対する刑事規制の必要性を指摘している者として、労働法学者の山崎文夫による一連の研究がある。同氏によって最近著されたものとして、同『セクシャル・ハラスメント法理の諸展開』(二〇一三年)がある。