

論文審査の結果の要旨

論文題名 被害者の危険の引受けと個人の自由

論文審査の要旨

① 論文の概要

本論文は、現代刑法学における未解決の問題の一つである「被害者による危険の引受け」に関して、これまでわが国及びドイツにおいて展開されてきた議論を分析し、その問題点を摘示した上、これに新たな理論的知見を加えようとするものである。論文中では、「危険の引受け」という特殊問題に留まらず、許された危険・被害者の同意等の既存の可罰性阻却原理についても詳細な検討が加えられており、文字数は約 25 万字に及ぶ。

本論文の構成は次の通りである。まず、「序章」において、本論文は、全体の構成を明らかにしつつ、わが国の学界において、「危険の引受け」という事案類型、すなわち、「被害者が法益侵害に同意はしていないものの、法益侵害の危険を孕む行為には承諾した場合」について、その処罰を否定するという価値判断が大方の支持を得ていること、しかし、その理論的根拠については、様々な学説が乱立しているという状況を指摘する。そして、その根底に、「危険の引受け」という定式化は、現象面に着目したものにすぎず、そもそも、なぜ「危険の引受け」という概念を構築する必要があるのかについて十分な検討がなされてこなかったのではないかという問題提起を行う。

以上の問題提起から出発し、本論文は、まず、「第 1 章 『危険の引受け』として構成すべきでないもの」において、優越的利益の原理のような既存の可罰性阻却原理によって説明可能な事案類型については、わざわざ「危険の引受け」の名のもとに議論する必要はないという基本的理解を示し、そのような事例類型として、自己の生命を保全するため、あるいは重篤な病気から回復するために、危険な手術などの医療行為に合意したものの、失敗に終わってしまったような場合（医療事故）を挙げる。他方で、本論文によると、医療事故と異なり、モータースポーツ等の危険なスポーツ活動については、そこに生命・身体に対する危険に優越する利益の実現を見出すことは困難であるから、優越的利益の原理を基礎に置く許された危険により正当化することはできず、被害者の同意や部分社会の法理によりその不可罰性を説明することも無理であると指摘する。また、背任罪の成否において論じられる他人の事務処理者による冒険的取引を許容（背任罪の成立を否定）すべき理由を（本人による）危険の引受けとして説明する見解については、背任罪の構成要件解釈として論じれば足りるとして、これを否定する。

つづいて、「第 2 章 被害者の同意の基礎と解釈」においては、学説上、「危険の引受け」と連続的に扱われることが多い可罰性阻却原理である「被害者の同意」について、その理論的基礎に遡りつつ、詳細な検討を加えている。被害者の同意がある場合には、「各構成要件の着目する属性の不良変更」（法益侵害）と評価することができないがゆえに可罰性が阻

却されるとされてきたが(利益欠缺原理)、本論文は、そもそも、なぜ同意がある場合に「不良」と評価しえないのかという根源的な問いについては、従来の刑法学において必ずしも十分な検討がなされてこなかったという点を指摘する。

そして、憲法学など隣接分野の知見等をも援用しつつ、同意がある場合、すなわち、個人が、自己の「私的領域に属する」利益を自ら処分する際に、国家がその処分の動機・目的を理由として当該利益の処分を制限することは、国家の設立根拠である多種多様な個人の共生の確保という要請と不可分に結びついた「個人の自律」を害するがゆえに許されないという基本原則が妥当し、これこそが、同意によって法益侵害という評価が否定される根本的な理由である旨を明らかにする。

なお、本論文は、このような個人の私的領域に属する利益として国家による処分に対する制限を排除すべき利益には、生命・身体の枢要部分、性的自己決定権などの個人の人格の中核を構成するがゆえに、必然的に個人に処分権限が認められる「本来的個人的法益」と、所有権・財産権、プライバシーなど、社会全体によい帰結をもたらすというプラグマティックな理由で個人に処分権限が認められる「帰結主義的個人的法益」とがあるとの分析を示している。そして、「本来的個人的法益」については、その処分を手放しに認めると、かえって被害者の自律の基盤を害しかねないという特徴があるため、わが刑法の自殺関与罪(刑法202条)がそうであるように、軽率な法益処分への他者の関与を原則として禁ずることが適切であるという点を指摘する(逆に、熟慮に基づく真摯な意思決定に基づく処分といえる場合には、これへの関与も適法と解すべきことになる)。こうして、本論文によれば、自殺関与罪は、被害者の意思に適っていることを理由に違法減少した殺人正犯として理解される。

さらに、本章において筆者は、自殺関与罪の上記理解と異なる見解として、①刑法202条を共犯処罰規定として理解する見解、②ドイツにおいて有力に主張されているドイツ刑法典216条(わが国の202条に類する規定)の解釈論を基礎に危険の引受けを論じようとする理解、③積極的一般予防論を基礎に被害者の同意や危険の引受けを自己答責原理という考え方で解決する見解を取り上げ、それぞれ詳細な分析・検討を加え、部分的にはその有用性を認めつつ、いずれもわが国の解釈論として正面からは採用しえないという結論に到達している。

つづいて、「第3章 『危険の引受け』の議論領域」において、本論文は、前章までの分析を踏まえ、すでに可罰性阻却の枠組みが存在する場合には、これを「危険の引受け」の名の下に議論すべきではないという基本的スタンスを再確認した上で、従来の可罰性阻却事由によっては十分に可罰範囲の切り分けができない事例類型も存在し、それこそが、「危険の引受け」の名の下に議論すべき問題であるの中間的な総括を行う。本論文によれば、それは、優越的利益の実現も被害者の同意(利益欠缺)も認められないものの、被害者が自らの意思で自己の法益を危険にさらす事例類型である。

そして、「第4章 被害者の同意論の関連づけた解釈論」においては、まず、被害者の同意と危険の引受けが本質的には異ならないとする見解(準同意論)を取り上げ、この見解について、危険の引受けと同意の本質的な相違を等閑視している点に不満があると述べる。

すなわち、本論文によれば、危険の引受けが問題となるケースは、被害者の認識している危険（＝結果発生の可能性）はかなり低く、抽象的であるという点で同意がある場合と異なるわけであるから、やはり、両者のこの本質的な相違点は直視しなければならないということになる。こうして、本論文は、この相違を認めつつ、しかし、「個人の自律」を保障するためには、被害者が自らの「法益を危険にさらす自由」もまた保障されるべきであり、こうした見地から危険な行為の遂行を許容する以上、その正当化作用は生じた結果にまで及ぶと説明する近時の見解への基本的な支持を表明する。

しかしながら、本論文は、つづく「第5章 被害者の自由の意味」において、「危険の引受け」として可罰性を阻却されるべき事案類型は、被害者に危険認識がある場合に限らないのではないかという独自の問題提起を行う。すなわち、本論文は、他人の手を借りて「自己の法益を危険にさらす自由」は、個人の自律に加え、「被害者の一般的な行動の自由の保障」という見地からも実は導きうるのだという理解を示し、そのことから、被害者が、結果発生を予見可能であるにもかかわらず、他人の手を借りて、（自律の基盤を恒久的に毀滅させるほどではない）危険に身をさらす場合にも、やはり、国家によるパターナリスティックな介入を控え、行動の自由を優先させる方が、個人の生の自律的展開にとってより望ましいのだとして、被害者による結果発生の予見可能性を要件として関与者の可罰性を排除するという結論に至る（ただし、同時に、本論文は、関与者に、危険減少措置を講ずる作為義務が認められる場合、うっかり危険に身を委ねてしまう被害者に対する配慮が義務づけられるため、可罰性阻却は認められず、実はそれほど処罰が否定される範囲が広いわけではないという点を指摘している）。

最後に、本論文は、事案類型毎に自説の例証を行い、さらに、関連する判例・裁判例についての論評を行っている。

以上概観したように、本論文は、従来の研究において、その可罰性阻却の理論的根拠とその範囲についてなお未解明の点があった「危険の引受け」という事案類型について、わが国の法継受という歴史的経緯から参照価値の高いドイツにおける議論をも視野に入れつつ、精緻な検討を加えたものである。その際には、危険の引受けと理論的に深いつながりのある、被害者の同意についても、「個人の自律」というその基本原理の内実にも遡り、その異同を詳細に検討している。その論証過程でなされた法益の精緻な類型化作業なども、これまでのわが国では十分になされていなかった新たな取り組みである。さらに、「個人の自律」を超え、「一般的な行動の自由」という観点から、被害者が自ら法益を危険にさらす場合の可罰性阻却を肯定しようという、これまでわが国では主張されたことのない独創的な見解も示されている。

② 審査の方法

各審査担当者は、各自論文を精読した上で、本論文の問題意識、全体の構成、論証過程とその説得力、独創性などについて、どのように評価すべきかを議論した。その内容は③の通りである。

③ 内容の評価

本論文の長所として、まず、第1に、結論を導く上での論証過程の理論的精密さ・慎重さを指摘することができる。本論文が主として取り扱っているのは、被害者が、他人の関与行為によって自らの法益に危険が及ぶことを認識しながらその遂行を許容したという

「危険の引受け」事例の処理であり、その結論は、従来の有力説によってすでに主張されていたもの（＝同意と異なるが、その根底にある考え方から危険の引受けの不可罰性を導くことができるとする理解）と大きく異なるわけではない。しかし、本論文は、従来の学説において、必ずしも十分に検討されていなかった、被害者の同意が犯罪不成立を基礎づける理由——個人に法益の処分権限が認められる根拠——について、その根本にまで遡り、隣接諸分野の学問的知見等も援用しつつ、きわめて丁寧かつ精緻な考察を加えている。さらに、本論文は、比較法的関心から検討対象としたやや特殊なドイツの学説についても、その表層を掬って満足するのではなく、論者の理論体系に遡って詳細にこれを分析したうえで、非常に慎重に評価を行っている。このような思考態度は、理論刑法学の研究者に不可欠なものであり、本論文は、申請者がその素養を十二分に備えた人物であることを示すものといえる。

第2に、本論文は、上述のように、危険引受け論と密接な関係のある「被害者の同意」の可罰性阻却根拠について、その根本に遡った検討を加えるものであるが、そこでは、「個人の自律」を害してはならないという基本原理から、法益侵害について被害者の同意がある場合に、これに関与した者の処罰が否定されるという帰結が導かれる旨が明らかにされている。このような理解は、おそらく従来の学説も暗黙の前提としていたものといえようが、憲法学の知見なども援用しつつ、精緻かつ説得的にこれを論証した先行業績はこれまで無かったものと思われ、それ自体現代理論刑法学への貴重な貢献であると評価することができる。

第3に、本論文は、被害者の同意論の検討において、「個人の自律」侵害の禁止＝個人の法益の処分に対する制約の原則的否定から出発しつつ、国家によるパターンリスティックな介入がどこまで許されるのかを詳細に論じているが、その過程で、法益を精緻に類型化し、類型毎に刑法による保護態様にどのような違いがあると解すべきかを明らかにしている。これも先行業績においてはほとんど見られなかった成果であり、被害者の同意論のみならず、法益毎の各論的な検討にも将来示唆を与えうる重要な業績として高く評価することができる。

第4に、本論文は、おそらく、現在の学界において、「ほぼ議論が出尽くし新しい知見を提供することがきわめて困難になっている」という共通認識のある刑法総論分野において、近年いくつもの先行業績のある「危険の引受け」論という問題に果敢にも挑戦し、これまでに見られなかった観点からの分析や、新たな独創性のある見解を提示しており、そのことは、申請者の卓越した問題発見能力を示すものと評価できる。また、本論文には、憲法学・哲学・経済学などの隣接諸分野・諸科学の知見を貪欲に吸収し、これを刑法理論に応用しようとする努力の跡が随所に見られ、そこに、申請者の非常に幅広い学問的問題関心や視野の広さを見てとることができる。これらのことは、申請者が今後、研究者として大

きく成長していくことを期待させる要素であると考えられる。

他方で、本論文にもなお疑問点・改善すべきではないかと思われる点がないわけではない。まず、本論文は、「既存の法理で説明できる事例をあえて『危険の引受け』として定式化する必要性はないのではないか」という既存の学説に対する疑義の提起から出発している。そして、本論文は、従来「危険の引受け」として論じられてきた、結果発生に同意はしていないが、その危険を認識していたという事例（危険認識事例）の可罰性阻却根拠を、「自由」に求めるが、それは結局のところ、既存の法理である被害者の同意が基礎を置く「個人の自律」から演繹されている。また、本論文は、被害者に危険の認識がない場合にも、「一般的な行動の自由の保障」という見地から可罰性阻却の余地を認めるが、その根拠は、やはり、個人の自律的生の実現にとり望ましいという価値の実現（既存の法理たる優越的利益の保護の原則）にある。こうしたことから、論文冒頭の指摘とは裏腹に、結局、危険の引受けもまた既存の法理に解消されるということにならざるをえず、これをあえて「危険の引受け」と呼ぶ本論文は筆者が批判する現在の諸学説と同様に無用の定式化を行っていることになりはしないかという疑問がなくはない。可罰性阻却の根拠は既存の法理と根底において同一であるという帰結自体に疑問があるわけではないが、既存の学説に対する問題提起の仕方や章立てについては、竜頭蛇尾だとの誤解を招かぬための配慮・工夫があってもよかったように思われる。

つぎに、「一般的な行動の自由の保障」という見地から、被害者が、結果の予見可能性があるにもかかわらずあえて自己の法益を危険にさらした場合において、これに手を貸した関与者の処罰を阻却するという本論文の帰結については、関与者の作為義務を考慮することによって結論の妥当性を担保することが意図されているものの、なお、可罰性が阻却される範囲が広すぎるのではないかと疑問はなくはない。また、このこととも関連するが、可罰性阻却を肯定するに足りる予見可能性の程度等についても、過失犯論におけるこれまでの議論の蓄積などを参照しつつ、もう少し精緻な検討を加えた方がよかったのではないかと思われる。

しかし、これらの疑問点・改善を要する点は、上に挙げた本論文の長所と比べれば、大きな欠点といえるほどのものではなく、本論文に対する積極的評価を覆すものではない。

④ 結論

以上①～③に述べたことを総合すれば、本論文は博士の学位論文として十分な内容であり、博士（法学）の学位を授与するにふさわしいものとする。

論文審査委員：主査 鎮 目 征 樹 教授
林 幹 人 教授
小林 憲太郎 非常勤講師