

令和 4 年 6 月 3 日現在

機関番号：32682

研究種目：若手研究

研究期間：2019～2021

課題番号：19K13544

研究課題名(和文)法益主体の自律と刑法理論

研究課題名(英文)Victim autonomy and criminal law theory

研究代表者

菊地 一樹(Kikuchi, Kazuki)

明治大学・法務研究科・専任講師

研究者番号：70734705

交付決定額(研究期間全体):(直接経費) 1,700,000円

研究成果の概要(和文):本研究は、法益主体の「自律」の原理的な意義を問い直すとともに、心理的要素を過度に重視する従来の見解を克服する、規範的アプローチに基づく解決の意義と可能性を示そうとするものである。本研究は、第一に、ゆすりのパラドクスについてのアメリカの議論を参照し、「強制」の本質を解明するための手がかりを得た。第二に、被害者の落ち度が犯罪の成否に与える影響を検討するために、ドイツにおける被害者解釈学の議論について網羅的な分析を加えた。第三に、「欺罔に基づく性的行為」の当罰性や可罰性について検討を加え、その適切な処罰の範囲を明らかにするための視座を獲得した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

個別的なトピックの検討を通じて、素朴な心理主義を克服した、規範的アプローチに基づく「自律」の限界づけの重要性を明らかにするとともに、その具体的な限界づけについて一定の方向性を示すことができた。本研究の成果は、近時さらなる改正に向けて議論が先鋭化している性犯罪の処罰範囲をめぐる問題や、安楽死・尊厳死の刑法的評価をめぐる問題など、現代社会が抱える問題の解決にも資するものである。

研究成果の概要(英文):The aim of this research is to examine the fundamental meaning of the concept of victim autonomy in criminal law, and to consider solutions based on a normative approach rather than an approach that overemphasizes psychological factors. This research first analyzed the American literature about the paradox of blackmail and provided clues to clarify the essence of "coercion". Second, I comprehensively analyzed the German literature about "Viktimgodmatik" in order to examine the influence on victim protection. Third, I researched the thema of "rape by deception" and gained a perspective to examine the adequacy of the punishment for those acts.

研究分野：刑法

キーワード：自律 被害者の同意 ゆすり 強制 欺罔 被害者解釈学 利益誘導 ステルシング

1. 研究開始当初の背景

法益侵害(被害)の発生について、法益主体(被害者)自身による同意がある場合、犯罪の成立は原則として否定される。例えば、腕時計の所有者による依頼に応じて、これを破壊したとしても、器物損壊罪が成立することはない。その根拠は、自らの自由な意思により法益を放棄した、法益主体の「自律」的な意思決定の尊重に求められている。

ここで問題となるのは、法益主体の選択が「自律」的であると評価されるためには、いかなる条件を具備する必要があるかである。例えば、法益主体の同意が、他者による「欺罔」や「強制」を原因としてなされる場合、当該同意はもはや「自律」的になされたものではないとして、無効となる可能性があるが、具体的に、いかなる欺罔や強制が同意の「自律」性を損なうのかについては、議論の余地がある。

こうしたテーマに関する研究自体は従来から存在するものの、以下の2点において不十分なものであった。

第1に、従来の研究では、法益主体の心理的要素を過度に重視しすぎるあまり、規範的な観点からの考察が不十分であったと思われる。例えば、「強制」に基づく同意に関して、多くの学説は、法益主体の内心に生じた「心理的圧迫(感)」それ自体を根拠に、同意の無効を導いてきた。しかし、外部からのプレッシャーに応じて意思決定を行うこと自体は、日常茶飯事であり、そうした意思決定をすべて無効と評価すれば、我々の社会生活は成り立たなくなってしまう。「強制」の不法にとり決定的なのは、こうした心理的事実そのものではなく、法的に保障すべき意思決定の自由が、他者により不当に阻害されていないかという規範的な評価であり、こうした規範的な評価の内実を明らかにすることが求められる。

第2に、先行研究の多くは、法益主体の「自律」が犯罪の成否に影響を与える問題領域について、それぞれのトピック毎の検討を加えるにとどまっており、それらの関係を統一的な観点から整理することには成功していない。確かに、自律的な意思決定のための条件は、具体的な問題領域や文脈ごとに異なるものであり、こうした各論的な検討の重要性は否定できない。しかし、「場当たり」的な解決に至らないようにするためには、統一的な観点からそれらの問題領域を整理し、一貫した理論的説明を与えることが必要である。

2. 研究の目的

以上のような背景の中で、本研究は、法益主体(被害者)の「自律」の原理的な意義を問い直すとともに、その個別の問題領域への反映につき、各論的な素材も含めた幅広い検討を行うことで、先行研究の不足を補完し、心理的要素を過度に重視する従来の見解を克服する規範的なアプローチに基づく解決の意義と可能性を示そうとするものである。とりわけ、本研究は、錯誤や欺罔と比較して先行研究の乏しい「強制」に関して掘り下げた検討を行う点や、各種の問題領域について断片的な検討を行うだけでなく、それぞれの関係・相違を意識した検討を行うことで、統一的な観点を示そうとする点に特徴がある。

本研究の取組みは、近時さらなる改正に向けて議論が先鋭化している性犯罪の処罰範囲をめぐる問題や、安楽死・尊厳死の刑罰的評価をめぐる問題など、現代社会が抱える問題の解決にも資するものである。こうした問題が語られる文脈においても、しばしば本人の「自律」や「自己決定」というキーワードが持ち出されるが、こうした概念はその使い次第で、意思決定の帰結や負担を個人に押し付けるための都合のよい道具にもなりうるし、他方で、「自己決定」の保護という名目のもとで、特定の道徳的な価値観の押しつけや、別の政策目的の実現のために転用されることもあることに警戒が必要である。刑罰の行使がそうした恣意に流されないようにするためにも、刑法における「自律」や「自己決定」の意義と限界を明らかにする理論枠組みの構築は急務であるといえる。

3. 研究の方法

刑法学における研究としては、条文の解釈を念頭に置き、関連する国内外の判例や学説を検討するのがオーソドックスな手法であるが、「自律」の原理的な意義を問い直すという本研究の問題意識からすれば、既存の条文の解釈というアプローチだけでは限界がある。また、上述したような現代的問題との関係では、将来に向けた立法論的な解決も見据えた検討が不可欠である。そこで、本研究では、単なる条文の解釈にとどまらず、立法論も視野に入れた、当罰性評価のための視座を明らかにすることを意識した。そのため、研究の素材としても、刑法解釈論上の先行研究にとどまらず、(法)哲学や社会学などの周辺学問の知見を参照することで、学際的な研究を行うことを心がけている。

具体的なトピックとしては、まず、第1に、「強制」の本質を解明するために、「ゆすりのパラドクス」と呼ばれる問題について検討を行った。ゆすり(blackmail)すなわち、ある情報をネタに他人を脅して金品を要求する行為が恐喝罪として処罰されることはほとんど自明視されているが、考え方によっては、金品を支払えば(本来公開されても仕方のない)情報を秘密にしてみらえる取引と見る余地もあり、ゆすりの相手方からすれば、いわば「金でもみ消す」という新

しい選択の可能性(チャンス)が与えられている点で、その「自由」が拡大しているともいえる。無論、そのような理解は我々の直観には反するところであるが、単なる「心理的圧迫(感)」を与えることで不正な「強制」が認められるわけではないとした場合に、ゆすりの不正さをいかに根拠づけるかは一つの難問であり、「強制」と「自由」の限界を問うための試金石となりうる。この問題に対しては、アメリカの法哲学や法と経済学において議論の蓄積が見受けられることから、これを参照することで、「強制」の不法の本質の解明を試みた。

第2に、被害者が自己の法益を保護するための十分な措置を怠っていたという、被害者の「落ち度」が、犯罪の成否に及ぼす影響について検討を加えた。ここでは、被害者による法益放棄の選択は存在しないものの、法益保全に向けた被害者自身の責務の有無や限界が問われる点で、本研究の問題意識と密接に関連するものである。従来、被害者の「落ち度」を理由に行為者の可罰性を制限する「被害者解釈学(Viktimodogmatik)」と呼ばれる立場は、弱い被害者の負担のもとに、行為者を利するような考え方であるといった常套的な批判にさらされ、我が国ではほとんど顧みられてこなかった。しかし、近年では、詐欺罪や建造物侵入罪の成立範囲をめぐって、被害者側の確認(自衛)措置の有無や程度を重視する見解も主張されているところであり、その当否や射程について正面から検討する必要が高まっている。そこで、本研究では、こうした検討のための有益な示唆を得るため、被害者解釈学をめぐる議論の豊富な蓄積がある1980年代以降のドイツの学説を調査し、その根拠・射程・基準について分析を試みた。

第3に、現在新たな改正に向けて議論がされている性犯罪について、とりわけ「欺罔に基づく性的行為」の処罰の当否や限界についての検討を試みた。このテーマをめぐっては、職業や収入を偽って性的行為に応じさせるような場合まで広く処罰するのは不当であるといった主張がなされる一方で、性的自己決定の保護を十全にするためには、欺罔により意思を歪めて性的行為に応じさせる行為も広く処罰する必要があるという主張がなされており、理論的な解決の提示が喫緊の課題といえる。そこで、本研究では、そのための手がかりとして、虚偽の利益(例えばモデルデビュー等)を約束して性的行為に応じさせるという「利益誘導型の欺罔」事案における処罰の可能性と限界について、近年の裁判例をもとに検討を行った。さらに、海外ではその法的対処のあり方をめぐり議論が活発に行われている「ステルシング(Stealth thing)」¹、すなわち、性的パートナーに秘して避妊具を外し、性交を継続する行為についても、今後の我が国での処罰の可能性を見据えた検討を行った。

4. 研究成果

(1) ゆすりの当罰性

アメリカの法哲学や法と経済学の議論を調査・分析した結果、ゆすりの不正さの根拠をめぐっては、複数の異なる主張が展開されていることが明らかとなった。有力な見解は、ゆすりが単なる「取引」とは違い、ゆすられた者を永続的に支配下に置く点(ゆすりは大抵の場合繰り返される)に着目することで、ゆすりの不正さを根拠づけている。もっとも、このような説明では、単発的になされる(その意味で、律儀な)ゆすりの不正さを説明できないし、少なくとも、初回のゆすりを処罰する根拠は存在しないことになるが、そのような結論は我々の直観に反するところである。

他方で、ゆすりの行為者が情報に正当な関心を持つ他人の知る権利に寄生している点に、ゆすりの不正さを見いだそうとする見解も主張されている。例えば、不倫をした夫に対して、不倫の事実をネタにゆすりを行う場合には、妻の正当な関心に「ただ乗り」することで、利益を得ようとする点に不正さがあるとする。しかし、この説明によると、ゆすられて金品を実際に支払った者は、ゆすりの「被害者」ではなく、一緒になって正当な関心を害した「共犯者」ということになるが、これも我々の直観には反する。また、この理解では、情報に正当な関心を有する第三者が存在しない事例では、ゆすりの不正さを説明できないことになる。

他にも、過剰な利益の搾取や、行為者の悪しき意図、社会に生じる悪影響などに着目して、ゆすりの不正さを論証しようとする見解があるが、いずれも、ゆすりは「悪」とであるという結論の先取りの域を出るものではなく、「ゆすりのパラドクス」を完全に解消するような論証には成功していないのが現状である。実際に、学説上は、ゆすりの当罰性が否定されるというラディカルな結論も主張されている。

もちろん、このような結論には後味の悪さが残るところであり、本研究も積極的にゆすりの不処罰を主張しようとするものではない。しかし、ゆすりの不正さの論証が未だ成功していないという事実は、「自由」と「強制」の限界づけがいかに悩ましいかを物語るものであり、今後我が国において、当罰的な「強制」行為の輪郭を明らかにしていくうえでも、示唆に富むものと思われ。

(2) 被害者解釈学をめぐる議論の諸相

ドイツの学説を網羅的に調査し分析した結果、「被害者解釈学」の理論的な根拠・射程・基準をめぐって、必ずしも一枚岩な主張がされているわけではなく、論者ごとにかんがりのヴァリエーションがあることが明らかになった。

被害者の落ち度を、犯罪の成立を否定する方向で考慮する根拠については、刑法の「最終手段性(補充性)」に着目し、自衛措置という代替手段によって法益保全が可能な場合には、刑罰という過剰な手段を用いるべきではないという説明や、十全な自衛措置を法益保護の資格要件と

することで、潜在的な被害者に、自衛措置のインセンティブを与えるという刑事政策的な説明がなされている。もっとも、前者の説明には、被害者による自衛措置が、国家的な手段である刑罰の「代替手段」たりうるかという問題があり、後者の説明についても、被害者の落ち度を考慮することで、むしろ被害者のバッシングに繋がるという、刑事政策上のネガティブな帰結も生じることが指摘される。少なくとも、被害者の落ち度の考慮を無条件かつ全面的に正当化するほどの論拠が従来の学説において示されているものとは言い難く、その意味では、被害者解釈学の「射程」や「基準」の検討が重要性を有する。

被害者解釈学的な考慮の射程をめぐっては、いかなる犯罪類型に認められるかという射程と、刑法の適用過程（立法、解釈、量刑）のうち、どの段階での考慮が認められるかという射程がそれぞれ問題となる。前者に関しては、詐欺罪や強要罪のような、行為者と被害者との間の相互作用を構成要件上予定している「関係犯罪（Beziehungsdelikte）」に限定すべきとの主張のほか、「軽微な犯罪（Bagatelldelikte）」に限定すべきとの主張がされており、後者に関しても、立法段階や解釈段階での考慮を否定し、専ら「量刑段階」での考慮にとどめるべきであるとの見解が有力化している。射程を絞ることで、被害者の落ち度を全面的に考慮することの不都合を回避しようとする問題意識は正当と思われるが、こうした限定の理論的な根拠は十分に明らかではないところもあり、さらなる検討を要するところである。

さらに、被害者の落ち度を判断するための基準についても、議論が存在する。被害者解釈学の支持者も、完全無欠な自衛措置を要求すべきとは考えておらず、被害者にとって「期待可能（zumutbar）」な自衛措置のみが要求されるとしているが、ここでいう期待可能性をいかなる基準で判断するかが問題である。この点、学説においては、当該自衛措置を行うことが、社会的に常識とされており、かつ、被害者の重要な関心を損なうことなく可能という「二重のテスト」をクリアする場合に限って、自衛措置が被害者の責務として要求されるという主張が示されている。こうした見解も、被害者に過剰な自己保護の責務を負わせるべきでないという正当な問題意識によるものと評価できるが、こうした限定的な基準を採用することで、実際に被害者の落ち度を肯定できる場面は相当に限られることになり、被害者解釈学的な考慮を否定する理解とほぼ紙一重にならないかという点はなお検討を要する。

いずれにせよ、被害者の落ち度の考慮については、全面的かつ無条件な正当化でもなく、完全な排除でもない、根拠・射程・基準をめぐりきめ細やかな理論的検討が不可欠であり、ドイツにおける議論は、その有益な示唆となりうる。

（３）欺罔に基づく性的行為の処罰

我が国において、欺罔に基づく性的行為は、被害者の「抗拒不能」を理由として、準強姦罪（準強制性交等罪）が成立する余地があると解されてきたが、従来の裁判例を調査・検討した結果、実際に処罰がされているのは、行為者の欺罔により、被害者に性的な行為を行う認識がなく、被害者がまったく意図せずに性的行為の客体とされているケースや、そうした認識はあるものの、応じなければ何らかの「不利益」が生じるとの虚偽の事実を告知することで、被害者の意思形成過程を支配しているケースに限られていた。これに対して、近年の裁判例である東京高判令和3年3月23日LEX/DB 25569458は、被害者に性的行為を行う認識があり、なおかつ、行為者が「不利益」を告知しているわけではなく、応じた場合の「利益」を提案したという「利益誘導」型の事案で、準強姦罪の成立を肯定したものであり、欺罔に基づく性的行為の処罰の範囲について、従来の裁判例から一步踏み超えた判断を示したものと評価できる。

問題は、このような「利益誘導」型の欺罔について、性犯罪としての当罰性や可罰性を肯定しうるかであるが、性的行為に際して、何らかの誤認が存在することは社会生活上ありうる事態であり、また、あらゆる「嘘つき」を処罰するわけにはいかないとすれば、その限界づけは慎重な検討を要する。「利益」への誘導も、見方によっては、性的行為に応じなければ、利益を得られないという意味での「不利益」の告知といえ、両者は表裏一体ともいいうるが、他方で、現在の状態というベースラインからの「改善」に向けられた欺罔と、「悪化」の回避に向けられた欺罔とでは、判断者の心理過程に与える支配性という点で、単なる事実上の心理的圧迫の程度の違いを超えた、規範的な格差を見いだす余地もある。ここでも、素朴な心理主義を克服した、規範的なアプローチによる自律性の限界づけが問題となるように思われる。

「ステルシング（Stealth thing）」については、ドイツにおける判例・学説を調査し、とりわけ、2016年の性刑法の改正で実現した、被害者の認識可能な意思に反する性的行為を広く処罰する規定（ドイツ刑法新177条）のもとで、ステルシングの可罰性がいかなるロジックで認められているのかを検討した。ステルシングに際しては、被害者は行為者との性交を行うこと自体には完全に同意しているため、「意思に反する」性交といえるかが問題となるが、ドイツの判例・学説は、「コンドームを使用する性交」と「コンドームを使用しない性交」を全く別個で独立の行為と理解する「別物」理論に依拠し、「コンドームを使用しない性交」には合意の射程が及んでいないとすることで、「意思に反する」という要件の充足を根拠づけている。もっとも、何ををもって「別物」とするかの基準は必ずしも明らかではなく、その基準の取り方次第で、あらゆる性的欺罔が、意思に反する性交へと転換され、無限定な処罰を招きかねないという問題も孕んでいる。我が国では、ステルシングの処罰の可能性について、未だ十分な議論が行われていないが、ステルシングが、妊娠や性病の危険性を押し付けるだけではなく、性的パートナーの性的な尊厳と自律を深く侵害するものであることからすれば、その刑法上の対応のあり方を検討することは急

務であり、ドイツにおける議論状況は、我が国で現在進行中の性刑法の改正の議論にとっても大いに示唆を与えるものと思われる。

(4) まとめ

以上のトピックはそれぞれ独立のものではあるが、いずれも、刑法における法益主体の自律性について、素朴な心理主義を克服した、規範的なアプローチによる限界づけが問題となっているという点では共通するものであり、こうした観点から規範的評価の内実を具体的に明らかにしていくことの重要性を示すという、本研究の目標は一定程度達成できたものと思われる。

もっとも、個別のトピックについての検討が中心となり、それらを統一的な観点から整理するという点は十分に達成できなかった。法益主体の「自律」をめぐる問題は、具体的な問題領域ごとに異なる性格をもちつつも、その根底には共通する原理が存在するように思われるところであり、「場当たり」的な解決に陥らないようにするためにも、統合的な理論枠組みを構築していくことが、今後のさらなる課題である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計2件（うち査読付論文 1件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 菊地一樹	4. 巻 95巻4号
2. 論文標題 ゆすり（blackmail）の当罰性 適法行為を告知内容とする強制をめぐって	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 早稲田法学	6. 最初と最後の頁 139-157
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 菊地一樹	4. 巻 107
2. 論文標題 利益誘導型の欺罔事案における性的行為の処罰について	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 季刊刑事弁護	6. 最初と最後の頁 153-157
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計1件

1. 著者名 山口 厚、井田 良、佐伯 仁志、松原 芳博、仲道 祐樹	4. 発行年 2022年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 1038
3. 書名 高橋則夫先生古稀祝賀論文集 下巻	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 （ローマ字氏名） （研究者番号）	所属研究機関・部局・職 （機関番号）	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------