

# 博士學位論文

内容の要旨

および

審査結果の要旨

甲第60号

2008

創価大学

本号は学位規則(昭和28年4月1日文部省令第9号)第8条の規程による公表を目的として、平成21年3月21日に本学において博士の学位を授与した者の論文内容の要旨および論文審査の結果の要旨を収録したものである。

学位番号に付した甲は、学位規則第4条2項(いわゆる課程博士)によるものである。

創価大学

氏名（本籍）	佐瀬 恵子（東京都）
学位の種類	博士（法学）
学位記番号	甲第60号
学位授与の日付	平成21年3月21日
学位授与の要件	学位規則第4条第1項該当 創価大学大学院学則第17条第2項 創価大学学位規則第3条の3第1項該当
論文題目	違法論における「被害者の承諾」と自己決定権 ～自己決定権の刑法学への導入の是非～
論文審査機関	法学研究科委員会
論文審査委員	主査 川崎 一夫 法学研究科教授 委員 尹 龍澤 法学研究科教授 委員 塩津 徹 法学研究科教授

平成 21 年 1 月 9 日

学位請求論文審査及び最終試験報告書（課程博士）

学位：博士(法学)

主査委員 川崎一夫 博士(法学)創価大学

委員 尹 龍澤 博士(法学)創価大学

委員 塩津 徹 博士(法学)日本大学

論文提出者

氏名 佐瀬 恵子（させ けいこ）(女)

生年月日 昭和 51 年 7 月 26 日（32 歳）

論文題目

違法論における「被害者の承諾」と自己決定権

— 自己決定権の刑法学への導入の是非 —

### 【論文内容の要旨】

佐瀬恵子氏の学位請求論文(以下、「本論文」という。)は、近年、刑法学の領域においても研究者の関心を集めている「自己決定権」を取り上げ、この概念を刑法学へ導入することの是非、及び導入することによって生ずる問題点について論究するものである。本論文は、自己決定権に関する先行研究者の論考にも十分に配慮し、憲法研究者の研究をも参考としているが、主として刑法学上の問題として論述を展開している。以下に「本論文の構成」、「各章の内容」及び「本論文の基礎となった学位請求者の研究」を示すこととする。

### （本論文の構成）

本論文は、9章から構成されている。各章の標題は、次のとおりである。各章は、さらに各節に分けられているが、ここでは各節の標題は省略する。

第1章 序 説

第2章 被害者の承諾と刑法学における自己決定権論の現状

第3章 自殺関与と自己決定権

第4章 安楽死と自己決定権

第5章 尊厳死と自己決定権

第6章 臓器移植法と自己決定権

第7章 堕胎罪と自己決定権

第8章 出生前診断と自己決定権

第9章 結 語

## (各章の内容)

第1章の内容：本章は、欧米及び日本における自己決定権論について詳細な検討を行い、自己決定権概念の刑法学への導入の是非を論ずる出発点を明らかにしている章である。これまでも、刑法の解釈領域に自己決定権概念の導入をはかり、新たな解釈を行っている刑法学者が少なからず存在しているが、刑法の解釈領域に自己決定権概念を導入する必要性について論じているものは少ない。そこで、自己決定権概念を公法に属する刑法に導入することの是非を今一度検討してみる必要があると考え、本論文のサブタイトルを「自己決定権の刑法学への導入の是非」とし、この問題を中心に考察を進めながら、刑法における自己決定権概念の解釈について検討することに、本論文の目的があるとしている。

第2章の内容：自己決定権論の「総論」部分に当たる章である。刑法に自己決定権の概念を導入して、被害者の承諾について新たな考察を行うとしても、刑法において、自己決定権は絶対的に保障されるもの（絶対的自己決定権）ではなく、相対的に保障されるもの（相対的自己決定権）であるにすぎないとの前提に立って解釈すべきである。刑法における自己決定権は、ただそれのみで、違法性阻却や構成要件該当性阻却の効果をもたらすものではなく、その他の要件と相まって、はじめて違法性阻却の効果をもたらすにすぎない。公法に属する刑法の領域では、自己決定権はある種の制約を受け、その権利性は相対的な保障にとどまるため、自己決定権は、「被害者の承諾」の違法性阻却の法的根拠であり、被害者の承諾の本質を明らかにするものであると解する。

第3章の内容：生命侵害に対する自己決定権について、自殺関与罪・嘱託承諾殺人罪に関する刑法 202 条を中心に検討を行い、相対的自己決定権の見地から、自殺関与罪・嘱託承諾殺人罪の処罰根拠について論じている。刑法 202 条の問題と関連して、医療現場における安楽死・尊厳死のような生命侵害行為に対する許容性が問題となっているが、本章では、これらの問題において、生命侵害行為の違法性を完全に阻却する可能性について検討を行っている。自己決定権の相対的な保障を認め、総合説（結果無価値を視野に納めた行為無価値論）に依拠して違法性を判断する立場から、安楽死や尊厳死における生命侵害行為の違法性を完全に阻却する可能性も認められるとする。

第4章の内容：諸外国においては、安楽死を許容する法制化を行っている国が存在するが、日本においては、安楽死は、殺人罪や嘱託承諾殺人罪に該当する行為であるため、厳格な要件を具備する場合に限って特別に許容されるにすぎない。本章では、刑法における自己決定権が相対的な保障を受けるものであるとする見地から、（積極的）安楽死の許容性について考察を行っている。

第5章の内容：尊厳死は、安楽死と比べ、多くの者が直面する可能性のある課題であるだけに、尊厳死を許容する法制化を望む声も強い。現に、諸外国においても、尊厳死を許容する法制化を行っている国は多い。しかし、患者の自己決定権を絶対的に保障し、尊厳死の許容性を認めることは、患者の「死ぬ権利」をも容易に認めてしまう可能性が危惧さ

れる。このため、日本においては、尊厳死許容性の問題を論ずる際にも、患者の自己決定権は絶対的に保障されるものではないと考えるべきである。尊厳死も、安楽死と同様に、生命侵害行為として殺人罪や嘱託・承諾殺人罪に該当する行為であるといえる。本章では、刑法における相対的自己決定権の保障を認める見地から、尊厳死許容性の要件について検討を行っている。

第6章の内容：1997年、日本において、「臓器の移植に関する法律」（以下、「臓器移植法」という。）が制定された。臓器移植法は、脳死体からの臓器提供及びその移植に至るまでの厳格な手続きを規定している。臓器移植法が臓器移植に関して厳格な要件を規定しているのは、脳死を一律に人の死と明言することを回避したからである。もし、臓器移植法が脳死を一律に人の死と定義づけているのであれば、脳死からの臓器提供は、死体からの臓器提供となるため、患者本人の臓器提供の意思表示を書面により確認し、家族に同意を得なければならないといった厳格な許容要件を規定する必要はなかったといえる。刑法における相対的自己決定権を尊重する立場から、臓器移植法が要求している要件を充足する場合には、医師の行為の行為無価値性の欠如が認められ、違法性が阻却されると解すべきである。

第7章の内容：墮胎行為は、母親の身体を傷害し、胎児の生命を侵害する行為であるが、現在、多くの墮胎行為は母体保護法によって許容されている現状にある。本章では、刑法における相対的自己決定権を認める見地から、母体保護法における人工妊娠中絶の許容性について検討を行っている。このことから、人工妊娠中絶の許容性を判断する上で、女性の自己決定権は絶対的な保障を受けるものではなく、相対的な保障にとどまり、母体保護法が規定するその他の要件と相まって許容されるものであると考えられる。胎児の生命に対する侵害行為及び母体に対する傷害行為について相対的自己決定権の行使としての「被害者の承諾」があること、並びに、行為者である医師が「被害者の承諾」を認識して墮胎行為を行っていることを前提とし、墮胎行為の行為無価値性を欠如しうる特別の要件を具備する必要がある。

第8章の内容：出生前診断とは、胎児になんらかの異常や疾患が想定される場合に、母体内における胎児を診断することをいう。出生前診断によって胎児に治療不可能な異常が発見された場合、そのような胎児を選び分けて人工妊娠中絶を行う「選択的中絶」の許容性が問題となる。本章では、刑法における相対的自己決定権を認める見地から、選択的中絶の許容性について検討を行っている。出生前診断によって胎児の異常が発見された場合、刑法において絶対的自己決定権が認められない以上、女性が胎児の異常を理由に人工妊娠中絶を決定したとしても、それだけで直ちに人工妊娠中絶が法的に許容されるわけではないが、相対的自己決定権を保障し、母親の「選択的中絶」に対する承諾があり、行為者たる医師がこの承諾を認識した上で、母体保護法上の要件を厳格に具備する限りにおいては、「選択的中絶」の違法性を阻却することも可能であると考えられる。

第9章の内容：本章は、本論文の「結語」として執筆された章である。公法に属する刑

法の分野では、自己決定権は絶対的な保障が認められるものではなく、相対的な保障にとどまるものである。刑法における自己決定権の概念を整理するために、権利の保障が絶対的に認められる自己決定権を「絶対的自己決定権」、権利の保障が相対的に認められるにとどまる自己決定権を「相対的自己決定権」と呼ぶこととして、論述を行ってきた。刑法における自己決定権を論ずる上でも、また、刑法における被害者の承諾の本質を明らかにする意味においても、刑法に「絶対的自己決定権」と「相対的自己決定権」という新たな概念を加えて解釈を行うことは、有意義なことであると思われる。ここで、刑法に自己決定権の概念を導入することの是非を論ずるならば、「絶対的自己決定権」は刑法の刑罰法規に対して、違憲判断を行うための基準となりうることから、刑法の立法領域に、違憲立法審査という形で導入することが可能であるとしても、刑法の解釈領域に「絶対的自己決定権」の概念を導入することは非であるといえるが、「相対的自己決定権」の概念を導入することは是であるといえることができる。

#### (本論文の基礎となった学位請求者の研究)

佐瀬恵子氏は、本論文の執筆に先立ち、刑法上の自己決定権に関する多くの研究論文を公表している。しかし、本論文は、すでに公表されている研究論文を寄せ集めたものではなく、これらの研究論文を基礎として、新たな構想の下に新たに相対的自己決定権の概念を用いて新たな学位請求論文として執筆されたものである。なお、ここにすでに公表されている論文のリストを掲げておきたい。

- 刑法における自己決定権と生命の尊厳 平成13年1月15日 修士論文 創価大学
- 刑法における自己決定権～自己決定権の刑法学への導入～ 平成14年2月10日 創価大学大学院紀要 第23集 49頁～67頁
- 自殺関与と自己決定権 平成15年2月20日 創価大学大学院紀要 第24集 87頁～104頁
- 安楽死と自己決定権 平成16年2月20日 創価大学大学院紀要 第25集 43頁～67頁
- 臓器移植に関する一考察 平成17年8月7日 創価大学通信教育部論集 第8号 156頁～178頁
- 墮胎罪と女性の自己決定権 平成18年8月1日 創価大学通信教育部論集 第9号 50頁～74頁
- 尊厳死に関する一考察 平成20年2月29日 目白大学人文学研究 第4号 35頁～52頁
- 出生前診断と女性の自己決定権 平成20年8月10日 創価大学通信教育部論集 第11号 69頁～90頁

## 【審査結果の要旨】

本論文の提出によって構成された受理検討委員会が受理相当であるとの判断を示したので、この判断に基づき、あらたに審査委員会が構成された。審査委員会で数回にわたって本論文の審査を行い、その間、研究報告会を開催して佐瀬恵子氏に本論文の概略を報告させ、これについて質疑応答を行った。審査委員会は、本論文の審査に当たって、研究報告会における報告及び質疑応答を考慮して、本論文の各章について検討し、さらに本論文の全体について総合的評価を行った。

本論文は、刑法上の自己決定権概念について分析し、これを絶対的自己決定権と相対的自己決定権に区別することによって、従来必ずしも明らかにされていなかった自己決定権と被害者の承諾における法益処分権の関係について明快な説明をしている。法益処分権の本質が相対的自己決定権であることを各論的な研究を通じて明らかにし、違法性阻却事由としての被害者の承諾において、承諾があっても他の要件を具備しない場合には違法性は阻却されないことを論理的に説明しており、その説明にはかなりの説得力がある。

本論文で取り扱われている主要な問題は、生命の処分の是非に関するものである。自己決定権に絶対的保障を与え、絶対的自己決定権を尊重する立場からすれば、生命の処分を自己決定権に委ねることが基本的に求められる。しかし、自己決定権を生命よりも価値的に上位に置く自己決定権至上主義が生命尊重の基盤を侵食することにもなりかねないのである。本論文は、このことを危惧し、生命尊重を基本的理念として掲げ、自己決定権に絶対的価値ないしは優越的価値を認めることによって生命侵害を許容することがあってはならないという基本的姿勢に基づいて執筆されている。この基本的姿勢は、本論文の全体を貫いており、各論的諸問題に関する研究を「自己決定権の刑法学への導入の是非」に関する総合的検討へと導く基盤を形成するものであると評価することができる。ただし、本論文は、自己決定権概念を軽視していないのであって、法益処分権を相対的自己決定権概念の導入によって根拠づけていることは、その現れであるということができる。

本論文は、総論部分に当たる第2章と各論部分に当たる第3章以下によって構成されている。総論部分では、自己決定権概念が問題とされるようになった歴史的背景、欧米及び日本での議論、とくに人格的自律権説と一般的自由権説について詳しく紹介し、我が国における憲法学上の議論に言及している。本論文は、憲法13条から導き出される幸福追求権の一つとして自己決定権が位置づけられることを明らかにしながら、これを刑法へ導入する場合における問題点を検討することを主要な目的として執筆されたものである。とくに、自己決定権と被害者の承諾における法益処分権の関係に焦点を定めて論述するという本論文の姿勢が総論部分において明らかにされている。各論部分では、自殺関与、安楽死、尊厳死、臓器移植、堕胎及び出生前診断を取り上げ、これらの問題における自己決定権との関係を各章に分けて詳細に探求しており、法益処分権の根拠として自己決定権を考慮するとしても、承諾者の意思を絶対視し、違法性阻却のために他の要件を不要とするような見解について疑問を提起している。結果無価値論は、承諾者の意思の絶対的尊重を主張する

傾向にあり、近年の時代思潮となっているように思われる中で、本論文は、行為無価値と結果無価値を総合する見解（総合説）に依拠し、結果の無価値性とともに行為の無価値性をも考慮して違法性阻却を論ずる立場から、承諾者の意思を絶対視すべきではないことを主張するものである。このような本論文の基本姿勢は、自己決定権よりも生命尊重の理念を上位に位置づけるものであって、高く評価するに値するであろう。

本論文は、生命尊重の理念に関して提起される問題のすべてを取り上げていない。生命対生命の衝突する場合における問題、たとえば、心臓移植におけるドナーとクライアントの生命の衝突場面における深刻な問題は、本論文の直接の関心事とされていないように思われる。しかし、このことは、本論文の主要なテーマが自己決定権概念を刑法学へ導入することの是非について論ずることにあるため、やむをえないことであると思量する。

本論文の各論部分で取り扱われている個々のテーマに関する論述は、要領よく整理されており、論点の把握も正確である。個々の問題点について外国の判例及び学説を紹介し、これに関して詳細に論述していることは、高く評価することができる。個々のテーマは、独立したものであるが、生命尊重の理念に基づく相対的自己決定権という考え方によって、相互に関連性を有するものとして総合されている。

審査委員会は、以上のように本論文を慎重に審査した結果、本論文が博士（法学）の学位を授与するに相当のものであると判断した。

#### 【最終試験の結果】

平成 21 年 1 月 9 日に、審査委員会は、学位請求者に対し本論文及び語学の確認に関する最終試験を行った。

審査委員から、①本論文において最も主張したかったこと、②本テーマに関連する今後の研究計画、③生命に対する自己決定権、④自殺関与罪と自己決定権、⑤ドイツ及び英米における刑法上の自己決定権に関する文献の有無、⑥その文献に現れた議論の動向などについて、質問があった。これらの質問に対し、的確で詳細な解答があった。

語学に関する確認は、刑法における自己決定権概念に関する英米及びドイツの文献の原本に当たっていることを確認する方法、及び前記質問⑤の解答を求めることによって行った。

最終試験によって、審査委員会は、委員全員の意見として、学位請求者の佐瀬恵子氏に対し、博士(法学)の学位を授与することが相当であると判断した。