

デトレフ・シュテルンベルク-リーベン  
「『人間の機械化』の刑法的禁止一序論的考察」  
Detlev Sternberg-Lieben, Strafrechtliche  
Verbote einer “Maschinisierung des Menschen”  
—Erste Überlegungen

田 村 翔

- I. 導入
- II. 文献紹介
  1. はじめに
  2. 解釈論上の取扱い
    - (1) 傷害行為
    - (2) 同意に対する制約
      - (i) ドイツ刑法228条
      - (ii) その他の制約
  3. 立法論上の取扱い
    - (1) 自分自身からの保護
      - (i) いわゆるソフトなパターンリズム
      - (ii) 人間の尊厳に対する国家の保護義務
      - (iii) 限定的な国家の基本権保護義務
    - (2) 第三者保護
      - (i) 法益侵害ないし法益危殆化の不可欠性
      - (ii) 「滑りやすい坂」論法
      - (iii) 第三者ないし公共の法益の展望
- III. コメント
  1. 解釈論——治療行為の傷害行為性
  2. 立法論——残された方策としての新たな法益概念？

I. 導入

人類は全身を義体化し脳を電脳化することを可能にするような高度に

発達した科学技術を得る。そのような新技術を受け入れた人間は驚くべき身体能力を発揮し、自身の脳をウェブに接続することでその都度の最大限の情報を利用・活用し、電脳化を果たした人間同士でリアルタイムにコミュニケーションをとる……。いまや、このような未来の姿、そして人間の姿を単なるSFの世界のものだと一笑に付してしまうことが果たしてできるであろうか<sup>(1)</sup>。新たなテクノロジー——とくにロボット工学の発展は、人間の社会に多くの変化をもたらすことが期待される。もっとも、そのような変化は、必ずしも周囲の環境それ自体に対するものに限られず、まさに人間そのひとに対して直接的な変化をもたらされるということも考えられる。より実践的で現実的な局面を想定してみよう。たとえば、スポーツ競技においては、いまある手足の代わりに高性能な義手や義足を取り付ける手術を受けることで、さらなるパフォーマンスや記録を達成することが可能となる<sup>(2)</sup>。医療の領域においては、がん患者の治療のために体内にナノロボットを投入するといったことも考えられる。また、すでに一部実現されている<sup>(3)</sup>ブレイン・マシン・イン

- 
- (1) (刑)法を議論する文脈において、冒頭からSFチックな局面を想定することは確かに突飛なものに思われ、ある意味においては「邪道」であるかもしれない。しかしながら、アメリカのロースクールで用いられるケースブックの一つである *Joshua Dressler & Stephen P. Garvey, Cases and Materials on Criminal Law*, 129(6<sup>th</sup> ed. 2012) では、法的思考能力の養成のためにSFの事例が取り上げられているようであるし、日本においても、仲道祐樹「フィクションとの比較法」高橋則夫=杉本一敏=仲道祐樹『理論刑法学入門』(日本評論社、2014)第10講のⅡは、刑事立法の在り方についての理論的分析をするにあたって、こうした「近未来との比較法」という手法を用いている。
- (2) 付言しておく、ここで想定しているのは、あくまで現状身体に何ら不自由な部分はなく、本来であれば義手や義足を装着する手術を受ける必要のない者がこれに着手し、身体能力の向上を図るという局面である。
- (3) たとえば、医療の現場においては、パーキンソン病患者や重度のうつ病患者に対し脳深部刺激療法という治療法が取られることがありうるが、これはBMI技術の実践的な応用例のひとつである。また、人工内耳により聴覚を取り戻すことができるようになったこともBMI技術の功績である。そのほかにも、いまや人工視覚や人工網膜などの研究が進められている。

ターフェース(BMI)技術のさらなる発展により人間の脳と機械端末のコンピュータとをリンクさせることで、とくに軍事の領域において無人機を思考したとおりに遠隔操縦することが可能となりうる。

しかし、高度な科学技術により、とくに人間と機械とが結合するとう場合には、種々の不都合が伴うこともまた事実である。身体に実害をきたしうる一定のリスクがあることを否定できないのはもちろんのこと、たとえば、いわば超人的な身体能力を有するスポーツ競技者が台頭することによっては、スポーツ競技の意義・意味合いが変容させられるかもしれない。はたまた、そうした技術が一般的に普及し浸透することによっては、人間のアイデンティティの喪失が叫ばれ、人類全体の在り方についての議論が巻き起こるかもしれない。

それゆえ、ある意味において人々の平和的共存・人類の存続にも関わりうるこうした新シンテクノロジーに対し、(刑)法がどのように向き合っていくべきか(あるいはあえて消極的な態度をとるべきなのか)を考えることはまさに重要な課題となっている。日本における法(とくに刑事法)の領域においては、このような課題につき、とりわけ生殖医療と刑法という文脈において、クローン技術に対する法規制のあり方が盛んに議論され<sup>(4)</sup>、実際に「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」が2000年11月30日に成立し、同年12月6日に公布され(平成12年法律第146号)、2001年6月6日より施行されてもいる。しかしながら、ロボット工学の発展によりもたらされうる人間と機械との結合の問題については、なおも十分な議論が重ねられるべきであるように思われる。

そんな中、本稿において紹介するデトレフ・シュテルンベルク・リーベンの論文(『ロボットと法』(Robotik und Recht)の第3巻『法と道徳の文脈におけるロボット』(Robotik im Kontext von Recht und Moral)119頁以下に所収<sup>(5)</sup>)は、まさにこうした人間と機械との結合——人間の機械化に對

(4) 蓄積されてきた議論は数多く存在するが、ここでは代表的なものとして、甲斐克則『生殖医療と刑法』(成文堂、2010)のとくに第9章を挙げておく。

(5) *Detlev Sternberg-Lieben*, Strafrechtliche Verbote einer „Maschinisierung des Menschen“ —Erste Überlegungen, in: Eric Hilgendorf/Susanne Beck (Hrsg.), *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, 2014, S. 119 ff.

し、現状のところ刑法はどのような対応をとることができるのかについて、そして、将来の法規制のあり方を考えるにあたって、非常に大きな一石を投じるものである。

以下では、本論文における章立ておよび章節番号に対し便宜上若干の変更を加えつつ、極力大意を損なわない限りでこれを要約的に紹介し、最後に若干のコメントを付すこととする。

## II. 文献紹介

### 1. はじめに(原文119頁以下)

ロボット工学は、すべての新テクノロジーと同様に、科学技術と文化との相互作用から生じる問題を、そして、社会をコントロールする重要な文化の構成要素たる法と科学技術との緊張関係から生じる問題を提起する。インターネットの発展がそうであったように、新展開をみせるロボット工学というテクノロジーは、それに伴い生ずる生活環境の変化を通じ、人間の社会を共に形成していくものと期待されるが、これとの関係で、当該科学技術を制御する法には、科学技術の限界づけ機能と適用可能性の付与機能の両者を有することが求められているように思われる。

人間と機械との結合(Verbindung)は、現在すでに多様な形式において見いだされる。すなわち、精巧な人工四肢や人工呼吸器、心臓ペースメーカーやパーキンソン病患者に対する脳ペースメーカーなどは近時の医療現場において通常のものとなされている。将来的には、筋萎縮性側索硬化症(ALS)患者の脳とのダイレクトな情報伝達を可能にする機械も見いだされ、BMIが四肢麻痺状態の克服を可能にすることもありえよう。

発展し続けるロボット工学のテクノロジーは、将来ありうる人間と機械との結合が——たとえそれが非常に基礎的なものであったとしても——(刑)法的な禁止を必要とするのか、あるいは少なくとも可能にするのか、という問いを投げかけるであろう。

しかし、ダイナミックな科学技術の進歩に鑑みると、この点に関する刑法上の限界づけの問題は個々の事例群を手がかりにするのではなく、

より普遍的な様相において探求されるべきである。さらには、すでに現在ある刑法から入手可能な回答と立法による解決とが区別されるべきであろう。

## 2. 解釈論上の取扱い(原文122頁以下)

### (1) 傷害行為(原文122頁以下)

人間と機械とを結合する際には、(少なくとも現在のところは)当事者身体の完全性への侵襲を要するため、ありうる刑法上の規制としてはドイツ刑法223条の傷害罪の構成要件が考えられる。しかし、このように可罰的な傷害として把握する場合でも、病気の治療のための侵襲が問題となる場合には、この治療的侵襲は、患者に対し当該行為と結び付けられるリスクについて徹底的な説明をおこなうことで、新規の試験的な治療行為(Heilversuch)としてではあるが許容される。また、病気の治療以外の理由(たとえば、人間の自然的能力の向上のため)で侵襲がなされることもありうるが、その場合にも当事者の同意があれば傷害としての可罰性は先と同様に阻却されよう。これらの場合に医療上の適応例(ärztliche Indikation)が存在しないということは、与えられた同意の有効性を否定しない。

### (2) 同意に対する制約(原文123頁以下)

もっとも、その際に同意が制約される限りにおいては、これに正当化の効力(ないしは構成要件該当性を否定する効力)は認められない。

#### (i) ドイツ刑法228条(原文124頁)

近時のBGH判例を前提とすれば、ドイツ刑法228条により傷害行為の良俗違反が認められ同意が無効となるには、法益に対する攻撃の重さ、すなわち、被害者の同意の内容はどこまでの身体的虐待ないし健康侵害に及んでいるのか、そしてこれと結びつく附随的・具体的な身体ないし生命への危険がどの程度あるのかが基準とされる。しかし、この基準に照らしてBGHが良俗違反を認定したのは被害者に具体的な死の危険がもたらされた場合のみであるため<sup>(6)</sup>、本稿において問題となっている治

---

(6) BGH NJW 2009, 1155 (1157).

療ないし能力向上のための結合の際には通常、それは認められないであろう。

(ii) その他の制約(原文124頁以下)

人間と機械とを結合する際、その結合処置を受ける法益所有者が自己の法益侵害に同意していたとしても、この結合処置によって第三者の利益が侵害されうる場合には、同意が無効であると説明されることがありうる。

しかしながら、各不法類型に関する立法者の決定——それぞれの構成要件において、いかなる法益が保護されており、いかなる行為態様が処罰されうるのかについての表現内容——は、原則として法適用者による事後的な法益の取り違え(Rechtsgutsvertauschung)を禁じている。すなわち、たとえば傷害罪の構成要件においては、立法者は身体の完全性という被害者自身の個人的法益を保護することを決定しているが、この個人的法益に対して与えられた被害者自身の同意を、法適用者が第三者の利益が侵害されうることを理由として無効であると説明し、なおも形式的には傷害罪による行為者(ここでは、結合処置をした者)の処罰を宣言する場合には、その処罰の実質的な理由は傷害罪という刑罰規定とは類似点(Anklang)を有さないような、当該の構成要件(の規範目的)外に存する非明示的な不法に見いだされているが、これはまさに法適用者による事後的な法益の取り違えであるとして、原則、禁じられるのである。

もっとも、そのとき、実際に第三者の利益を保護する刑罰規定が存在し、かかる刑罰規定の適用場面が傷害罪という刑罰規定が適用される場面と競合しうるものである場合には、第三者の利益が侵害されうることを理由として同意の無効を説明し傷害罪による処罰が宣言されたとしても、ある意味において法適用者はその処罰の実質的な理由を立法者によって決定された不法に見出していることになり、このことは刑法秩序の無矛盾性(Widerspruchsfreiheit)という観点からして、(例外的に)許容されうるのである。ただ、目下のところ、そのような刑罰規定は存在しないので、ドイツ刑法223条の領域において同意に対する制約は問題とならない。

### 3. 立法論上の取扱い(原文126頁以下)

人間の機械化に対し刑法上の規制を設けるにあたっては、個々人の彼ら自身からの保護という観点、そして第三者ないし公共における当保護的な利益(法益)の保全という観点が重要である。

#### (1) 自分自身からの保護(原文126頁以下)

刑罰により個々人を彼ら自身から保護することは、ひとつは被害者の行動を処罰することによって、いまひとつは「被害者」によって同意を与えられた行為者の行動を犯罪化することによって実行されうる。どちらの方法においても、被害者ないし行為者の自由への介入を裏づける根拠が不可欠である。

#### (i) いわゆるソフトなパターンリズム(原文127頁以下)

自由への介入を正当化しうるものとしては、個々人の自律的な決断に配慮しそれを守ろうという弱いパターンリズムがある。このアプローチによると、国家的介入は、不完全な決断能力しか行使できない当事者が自己危殆化ないし自損行為に及ぶことを阻止するために投入される場合に正統化される。もっとも、ここでは法的な諸解決の基準点が、自律性の保護(Autonomieschutz)から合理性の保全(Rationalitätssicherung)へと移されてはならない。すなわち、決断にあたり、どの程度合理性を働かせようか決断することもまた、自律性に属するのである。ドイツ連邦憲法裁判所も、近時、「自由権の基本権は……自由を行使する正当性(Recht)を包含しているが、その自由行使は——第三者の視点からは少なくとも——正しく理解された基本権の担い手の利益に反するものである」と強調した<sup>(7)</sup>。(場合によっては)不可逆的な人格的利益の侵害があるとしても、基本法の構想する自由概念は、市民に「正しく理解された」(wohlverstanden)自身の利益に対する単独管轄(Alleinzuständigkeit)を付与しているのである。

また、自己処分の自由を制約する根拠として浅慮(Inauthentizität)が想定されてもいけない。確かに、当事者が機械と結合することで生の在り方(Leben)を変更しようとする場合には、彼は真の自己(wahres Selbst)

---

(7) BverfG NJW 2011, 2113 (2115).

について見誤っており、自身の人格的な同一性に対し不義をはたらいているということができるかもしれない。しかしながら、自己の人格の現在の状態に変更を加えずにそのまましておくべき法的にレヴェンタな義務は存在しないのである。人間の生にとって本質的・構成的(konstitutiv)である人格性の変更は、それが個々人に自覚的に受け入れられている場合にはむしろ、まさに確固たるもの(authentisch)なのである。

さらに、社会的な圧力(sozialer Druck)が自由答責的な決断の妨げになることもない。たとえば、自然的な能力を向上ないし補強するために機械と結合することが将来的に普及したとして、主観的に順応の必要性があると感じられた場合であっても、個々人は、規範的に保証された行為の自由に対する必然的な代価(Preis)としてこの圧力に耐えなければならない。それゆえ、このような状況においてなされた当事者の同意を非自律的な決断であるとして国家的介入が許容されることはない。

(ii) 人間の尊厳に対する国家の保護義務(原文133頁以下)

人間の尊厳(基本法1条1項)に対する国家の保護義務も、個々人を彼ら自身から保護することを正統化しない。確かに、個々人は、人間の尊厳の侵害に対しては有効な同意をなしえない。というのも、基本法1条1項は当事者の傾性(Disposition)とは切り離された形で法治国家の構成的要素(Konstitutionselement)をなしているからである。しかしながら、個々人の自由な傾性はその保護領域の影響を受けない。尊厳を果たすこと(Leistung)が強制されえないということもまた、人間の尊厳の範疇に属するのである。そうでなければ、基本権の自由保証は——国家は人間のためにあり、その逆ではないのにもかかわらず——あろうことか憲法上の支柱を重りとして(てこのように)軽んじられてしまう危険があろう

(iii) 限定的な国家の基本権保護義務(原文136頁以下)

同様に、基本法2条以下からも基本権の担い手を彼ら自身から保護する国家の権限は導出されえない。確かに、基本権の保障は、国家の干涉に対する単なる防御にくみつくされるものではない。すなわち、その保障は同時に、この基本権としての自由に対する危険からの防御をはかる国家の保護義務を内容とする。しかしながら、国家の保護義務の機能は基本権の防御機能(自由の保全)を強化する点にある。たとえ、基本法が

客観的な秩序の要素を打ち立てたことが基礎に置かれるとしても、個人的な自由を保全する基本権の内容がその(客観法的な)価値内容によって縮小されてはならない。そうでなければ、基本権の機能は基本権の担い手に資する機能から解放され、逆にその自由を縮小する形で個々人を後見する機能に、すなわち他者規定的な「最大幸福」(bestes Wohl)のために基本権の担い手を後見することへと変容させられよう。かくして、同意者を彼自身の自由の行使から生ずる結果から保護することは、補充性原則を前提とする刑法の任務とはなりえない。

また、身体の完全性への侵襲との関連でいえば、ドイツ連邦憲法裁判所<sup>(8)</sup>は、以下のようなことも強調している。すなわち、自身の身体と精神の統合性・完全性についての決断はまさにそのひと固有の人格性の領域に属しているのであり、基本法の観点からはそれゆえ、人間は完全性に関して決定的な基準を自ら選択し、その基準に応じて生き、そして決定することについて自由なのである、と。健康を保ち、健康上のリスクを冒してはならないといった法的義務は存在しないのであり、自身の身体と精神との統合性・完全性についての決断という一身専属的な領域においてはまさに、個々人は自身の基準に従って決定してよいのである。いかなる市民も、彼自身の善(Gute)の構想に従う自由を有している。市民の行動は他の市民の自由と抵触する場合にはじめて制限される。

(2) 第三者の保護(原文143頁以下)

いまや、憲法上の根拠のみでは個々人の意思に反する形で「自分自身からの保護」を押しつけることが原則として許容されないという結論が固持されるとしても、その介入は、それが第三者ないし公共における非常に重大な利益の保護を目的とする場合には正統化されうる。ロボット工学の(潜在的な)適用領域においても、より高い価値を有する第三者ないし公共の利益が個々人の行動によって危殆化・侵害された場合に、刑法の補充性原則が充足される限りにおいては、個々人の自己処分を制約することはありうる。その制約は、第一次的には直接的に自己処分の自由を行使した法益の所有者へと向けられる。

---

(8) BverfGE 52, 131 (175)

(i) 法益侵害ないし法益危殆化の不可欠性(原文145頁以下)

刑罰を伴う禁止がそもそもいかなる範囲で許容されるのかという問いに答えるにあたっては人格的な法益概念(personaler Rechtsgutsbegriff)が基礎に置かれる。この法益概念によれば、刑罰により保護されうる法益は、侵害可能なもの(verletzbar)、すなわち実体を兼ね備えた所与性(realen Gegebenheiten)であり、人格的に発展していくための諸前提・諸条件(personale Entfaltungsvoraussetzung und -bedingungen)であると理解されうる<sup>(9)</sup>。刑法上の規範存立を吟味するためにレヴェアトなこの法益概念は、基本法との具体的な結びつきを——基本法20条3項の法治国家的原理から導出されうる——比例原則(過剰禁止)にみる。基本権としての自由は、憲法上正統な目的が国家の側から追求され、それと刑法学上の法益理論との関連性が(過剰禁止の原則の審査を経ることで)確立される場合にのみ制限されうるのである。

(ii) 「滑りやすい坂」論法(原文148頁以下)

犯罪化を許容する第一の条件としては——かかる条件は(過剰禁止の原則に加えて)さらなるフィルター(すなわち、適合性の原則、必要性の原則、相当性の原則)をパスしなければならないが——第三者が発展していくための諸前提ないしはそこから導出可能な公共の法益を十分具体的に、つまりは明確かつ境界がはっきりする形で特定しなければならない。立法をするにあたっては次いで、この法益が具体的に危殆化される事態が実際にありうるか、あるいは十分に現実的に予期されうるかが明らかにされなければならない。もっとも、人間の能力を向上・拡大させる機械との結合に対しては、限界を設けることは不可能であると考えられることもできよう。というのも、経験則上、人間の機械化を許容することからは、社会の発展という予測が示されるからである。

(iii) 第三者ないし公共の法益の展望(原文150頁)

人間にロボット工学を適用することに対しては、このようなアプロー

---

(9) そこではさらに、この人格的な法益概念を補足するののとして *Claus Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 7; *ders.*, in: *FS Hassemer*, S. 578の参照が指示されている。

ちに基づいて新たな刑罰規定を設けることが考えられる。すなわち、当事者が機械との結合に同意していたとしても、この結合が修復不可能である場合には、当事者の部分的な「人間性の喪失」(Dehumanisierung)に合意していない者の当保護的な利益が侵害されることがありうる。さらなる第三者の利益としては——単なる感情の保護は否定されるとしても——「自己定位管轄」(Orientierungskompetenz)の保全が問題となりえ、人間と機械との結合によりこれに損害が与えられるかもしれない。公共の法益としては、基本法1条1項の人間の尊厳の一部としての種としての尊厳(Gattungswürde)が考えられよう。

### Ⅲ. コメント

本論文は、人間と機械との結合——人間の機械化という問題につき、以下のような結論をとる。すなわち、まず、現行法の解釈論としては機械化をする者(医師など)につき当該の侵襲行為を傷害罪として把握することが考えられるが、これはいずれにせよ行為者によって被害者に対し行為に関する(リスクなどの)徹底的な説明がなされ、被害者が自律的な決断の結果これに同意してさえいれば(構成要件該当性あるいは違法性が阻却されることで)不処罰となる。それゆえ、人間の機械化に対し刑法が介入するためには、少なくとも新たな法規制が必要であるという方向性が示される。その際、刑事立法の可能性としては、ひとつには機械化をする者の行動を処罰の対象とすることが、いまひとつには機械化される者の行動を処罰の対象とすることが考えられるという。もっとも、いずれの場合においても、新たな法規制を設けるということは、(刑)法が〈行為者〉(機械化をする者)ないし〈被害者〉(機械化される者)の自由に干渉することを意味するため、そこでは、このような自由への干渉を正統化する根拠が明らかにされなければならないことになる。この点、その根拠となりうるものとしては、いわゆるソフトなパターンリズム、基本法1条1項に基づく人間の尊厳に対する国家の保護義務、基本法2条以下に基づく国家の基本権保護義務などが考えられるものの、これらの理由は、結局のところ〈被害者〉の自由答責的で自律的な決断がある以上は正

統化の根拠とはなりえない。それゆえ、残された途は、新たな法益を創設しこれを保護の対象とする刑事立法をおこなうことである。そして、とくに人間の機械化を禁止するに際しての保護法益としては、〈被害者〉の周囲の者の当保護的な利益や自己定位管轄<sup>(10)</sup>、種としての尊厳といったものがありうると結論づける<sup>(11)</sup>。

以下、本章においては、とくに日本法の議論として、このような結論が妥当しうるのか、シュテルンベルク-リーベンに倣い、解釈論と立法論の両面から若干の考察をすることで、人間の機械化に関する問題提起を試みる。

### 1. 解釈論——治療行為の傷害行為性

人間の機械化がなされた際、そもそもこれを傷害罪規定(ないしは暴行罪規定)により捕捉することは可能なのであろうか。この点、日本においては一般に「傷害」の意義をめぐって生理機能障害説<sup>(12)</sup>、身体の完全

---

(10) この自己定位管轄なるものの内実について、シュテルンベルク-リーベンは *Kurt Seelmann*, in: *Kegler/Kerner, Der künstliche Mensch*, 2002, S. 149; *ders.*, in: *Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, 2012, S. 180 f. の参照を指示している。*Seelmann*, in: *Siep/Gutmann/Jakl/Städtler, Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, S. 180 f. によれば、自己定位管轄とは、個々人を世界において正当に見出すことによって、彼ら一人ひとりに法(権利)主体として行動しうることを保障するものであると説明されている。さらに、具体的にこの自己定位管轄というものを考える場合には、身分の保護(Statusschutz)やアイデンティティの保護(Identitätsschutz)が問題になるという。前者は原初的な社会への参加が脅かされる場合、すなわち著しい差別や不平等な取扱いを受けるような場合に、後者はとくに運命が否定されるであるとか、信仰に侮辱されるであるとか、人間の尊厳にも関わる要素が脅かされる場合に侵害されうるものであるという。

(11) もっとも、シュテルンベルク-リーベン自身が、機械化に対し積極的に刑事立法をおこなっていくべきだと考えているかは疑わしい。事実、シュテルンベルク-リーベンは *Arthur Kaufmann, Über Gerechtigkeit*, 1993, S. 398 の「科学技術が常に良いものであるということはない。が、立法もまた常に良いものであるとは限らない」という言葉を引用し稿を閉じている。

性毀損説<sup>(13)</sup>、折衷説<sup>(14)</sup>などが対立しているものと思われるが、機械化がなされる際には当然、穿刺や切開といった形で身体への侵襲がありうるため、いずれの説に立脚しようとも問題なく傷害罪の構成要件該当性を肯定できよう。確かに、人間の機械化は——将来は様々な形態が予想されるものの少なくとも現在のところは——病気の治療のためになされるものが一般的である。しかし、治療行為が成功したという事後的に生じた成果を理由としてその構成要件該当性を否定することは「治療的侵襲によって惹起された患者の身体利益の侵害が、終局的に生じたより大きな身体利益の維持によって帳消しになる」という『差し引き残高』の考え方<sup>(15)</sup>であって論理的に維持し難いし、たとえば、治療行為の社会的相当性を理由としてこれを否定する考えもまた、「一般条項的な概念をなまのままま持ち込む理論構成」(傍点町野)<sup>(16)</sup>であって説得的なものとは思われない。そのほかにも、何らかの基準に基づく「正当性」をそなえた行為につき構成要件該当性を否定する学説<sup>(17)</sup>や中間説<sup>(18)</sup>とも呼ばれる見解が主張されているようではあるが、それらの見解はとくに専断的治療

---

(12) 代表的な論者としては、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977)167頁、山口厚『刑法各論 [第2版]』(有斐閣、2010)45頁、西田典之『刑法各論 第六版』(弘文堂、2012)41頁、高橋則夫『刑法各論 第2版』(成文堂、2014)46頁など。

(13) 藤木英雄『刑法講義—各論』(弘文堂、1976)193頁など。

(14) 団藤重光『刑法綱要各論 第三版』(創文社、1990)409頁、福田平『全訂刑法各論 [第三版増補]』(有斐閣、2002)151頁、大塚仁『刑法概説(各論) [第三版増補版]』(有斐閣、2005)26頁など。

(15) 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986)92頁。

(16) 同上105頁。なお、米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』(信山社、2014)83頁以下による同書の整理も参考とした。

(17) 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』(成文堂、2012)259頁、米田泰邦『医療行為と刑法』(一粒社、1985)184頁以下。

(18) 佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号189頁、辰井聡子「治療行為の正当化」町野朔先生還暦記念『精神科医療と法』(弘文堂、2008)347頁以下。

行為の問題との関係で論じられる傾向があるため、本稿においては割愛する<sup>(19)</sup>。そうすると、やはり議論は同意論の領域へと移行することになるが、機械化される者に対し処置者からの徹底的な説明がなされ、そのうえで自由答責的に自律的な決断がなされたという前提を維持する以上、同意の有効性が否定されることは基本的には考え難く、(その法効果については争いがあるものの)いずれにせよ機械化行為は不処罰となろう<sup>(20)</sup>。

## 2. 立法論——残された方策としての新たな法益概念？

立法論として機械化に対し新たな法規制を設けるといふとき、その(刑)法的介入を正統化する根拠としてはまずパターンリズムが挙げられていたが、機械化される者が自由答責的に自律的な決断をくだすという前提が維持されるのだとすれば、これを根拠として介入を正統化することは日本においても同様に難しいであろう。日本の現行法秩序も、「個人の尊重」を高らかに謳い、それに由来する自己決定権を最大限に重視するからである<sup>(21)</sup>。

それでは、介入を正統化する根拠として国家の保護義務といったものを想定することは可能であろうか。この点、出発点として、日本の憲法典とドイツの基本法とでは条文そのものが異なるため、少なくとも全く同様の議論が可能であるようには思われない。というのも、そもそも日本の憲法典にはドイツの基本法1条1項のように「人間の尊厳」の不可侵を明示する規定は存在せず<sup>(22)</sup>、それゆえ、日本においてこのような種としての人一般という意味における「人間の尊厳」に対する国家の保護義務と完全に一致するような国家の保護義務は想定し難い<sup>(23)</sup>。

---

(19) この点については、米村・前掲注1689頁以下も参照。

(20) 同意の法効果の理解如何によっては、構成要件該当性が否定されるというよりはむしろ、そもそも構成要件に該当しないことにもなりうる。

(21) なお、日本においては、とくに〈被害者〉による生命法益に対する処分があった場合に関わるものとして、刑法202条が存在する。かかる規定の正統化根拠については種々の議論があり、本来であれば詳論を必要とするところではあるが、いずれにせよ、これをパターンリスティックに説明することが必ずしも適切なものであるとは思われない。

基本法2条以下から導出されうるような国家の基本権保護義務はどうか。というと、確かに日本国憲法には基本権の「保護」を明示する規定も存在しないが、この点、日本の憲法解釈論においては、憲法13条の「個人の尊重」に基本権侵害禁止義務と基本権法益保護義務の双方を読み込む考え方や国家の存立目的に基本権保護義務を読み込む考え方、そして基本権法益の客観的な価値としての側面から基本権保護義務を導く考え方などがあり<sup>(24)</sup>、いずれにせよ国家の基本権保護義務それ自体を想定することは可能であるように思われる<sup>(25)</sup>。しかし、そうであるとはしても、日本においても自由権的基本権の典型・中核は防御権であるように思われ、その限りにおいては——シュテルンベルク・リーベンも指摘するように——国家の基本権保護義務を根拠として、この防御権の内容を縮小するような形で介入が正統化されることはないであろう<sup>(26)</sup>。

そうすると、残された正統化の途は、新たな法益を見いだすことに尽きるのかもしれない。しかしながら、新たな法益とはいっても、少なく

---

(22) 憲法24条2項は「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」(傍点筆者)と規定し、「尊厳」の語を用いてはいるが、かかる規定を根拠としてドイツにおける「人間の尊厳」に対する国家の保護義務論と同様の議論が展開されるわけではないであろう。

(23) むろん、これを明示する規定が存在しないからといって、日本国憲法における秩序の根底に人間の尊厳という理念が存在しないことにはならないであろう。

(24) 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998)174頁以下参照。

(25) これに加え、憲法13条に先述の意味における基本法1条1項の「人間の尊厳」に対する国家の保護義務と同一の保護義務をも読み込むことができるのかについては、争いがあるようである。

(26) ただし、日本の基本権保護義務論においては、ドイツにおける議論に比べ「国家による自由」の概念が広範に捉えられているとする論者もいるところであり、そうすると、日本においては、国家の基本権保護義務を根拠とした正統化の余地もありうるのかもしれない。この点については、海野敦史「憲法解釈における基本権保護義務論」長崎大学経済学部研究年報26巻(2010)55頁以下も参照。

とも今日の刑法学においてはあくまで他者の利益侵害を伴わない限り国家は個人の行為に介入すべきではないという原理<sup>(27)</sup>が原則として妥当しているのであるから、そこで問題とされる法益の内実が、単に観念的なものであってただそれ自体の維持のみが要求されるようなものであってはならないことはいうまでもない。シュテルンベルク・リーベンによって例示的に列挙された諸利益に、果たしてこのように確かに具体的な内実があるのかということは、改めて問題視され、その受容可能性については慎重になる必要がある。

まず、機械化される者が部分的に人間性を失うことについて同意をしていない周囲の者の利益とは、ともすれば単なる感情の保護にくみつくされてしまうかもしれない。自己定位管轄、すなわち、不当な差別を受けない身分やアイデンティティというものが、機械化される者ではなく、むしろ「第三者の」利益としてありうるのかということも疑わしい。もっとも、たとえば、機械化技術が広く社会に浸透し、機械との(一部ないしは大部分の)結合をすることがいわば〈常識〉となった時代においては、頑なに機械化を拒み全身生身の状態にいることによって、かえって能力不足の状態に陥り、自由競争による雇用の機会を奪われるであるとか、自分だけは生身の状態でいたいという信念の変更が強いられるといったことは考えらよう。しかし、そのような場合であっても、仮にこれを集団的・普遍的なものではなく、第三者における「個人的な」法益として承認しようという趣旨なのであれば、まさに機械化をおこなう時点において、そこで保護される第三者が誰なのかを具体的に特定することは困難であるようにも思われる。

種としての尊厳は法益たりうるか。これについては、先にも述べたとおり、そもそも日本国憲法には「人間の尊厳」を明示した規定は存在しておらず、あくまでその13条においては「個人の尊重」が謳われている。種々の見解があるものの、仮にドイツ型の「人間の尊厳」が人格主義的な前提を有するのに対し、日本型の「個人の尊重」が個人主義的な前提

---

(27) このような原理の貫徹可能性は、とくにいわゆる「被害者なき犯罪」の領域において問題となりうる。

を有しているのだとすると、種としての尊厳なる利益を実定的な根拠をもって想定すること自体に困難がつきまとう。むしろ、このような問題を無事にクリアしたとしても、種としての尊厳をまさに法益として構成しうるのかが問われなければならない。種としての尊厳というときには、将来世代をも含めた社会の「持続可能性」が問題となっているものと思われる<sup>(28)</sup>。しかし、そのように解したとしても、この意味における種としての尊厳が機械化によって侵害されうるのは、機械化を果たした現在世代が後の将来世代へ何らかの——機械化に起因する——遺伝的影響を及ぼすことが一定程度明らかである場合や、そもそも将来世代の出生が不可能になるような場合に限られるのではないだろうか。そのような場合にあってはまらないとすれば、仮に機械化が進んだとしても、それは種としての「進化」なのであって、「尊厳」が害されるということにはならないようにも思われるのである<sup>(29)</sup>。

以上が、非常に簡単にはあるが、ロボット工学がもたらす人間と機械との結合という問題に関して、とくにシュテルンベルク・リーベンの考察から示唆を得られた点についての、日本における刑法的対応、法規制のあり方についての考察である。取り敢えずの結論としては、機械化それ自体に対して、法は消極的な態度をとらざるを得ないのではないかと思われる。しかしながら、機械化の全面的な許容がさらなる法的問題を生んでしまうことも容易に想定しうる。たとえば、機械化を果たした人間がその機械の「誤作動」により他者に実害をもたらした場合、その

---

(28) もっとも、注(21)においても若干触れたとおり、日本の刑法202条がパターンリスティックな規定ではなく、あくまで純粹に法益関係的な規定であるとして、そこで保護されている法益の内実が、仮に——具体的な生命に加え——個々人の処分の及べない〈高度な人間性のようなもの〉でもあるとすれば、これとの関係で、まさに現在世代における「種としての尊厳」を刑法が保護すべき法益として想定することも可能であるのかもしれない。

(29) なお、とくに法益論についての記述に関しては、曾根威彦『現代社会と刑法』(成文堂、2013)281頁以下、高山佳奈子「将来世代の法益と人間の尊厳」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』(信山社、2014)5頁以下も参考にした。

法的責任の所在はこの機械化を果たした人間にあるのだろうか。身体と結合した機械は保険の対象となりうるのか。全身機械化(場合によってはそれに加え脳の機械化)を果たした人間は、いまだその法的地位として人格たりうるのか<sup>(30)</sup>。かくして、人間の機械化も含め、ロボット工学に対しどのように向き合っていくべきかについては今後も刑法の重要な課題として意識的に議論していく必要があろう。

---

(30)これらの問題については、*Eric Hilgendorf*, Können Roboter schuldhaft handeln? Zur Übertragbarkeit unseres normativen Grundvokabulars auf Maschinen, In: Susanne Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, S. 119 ff.(伊藤嘉亮「エリック・ヒルゲンドルフ『ロボットは有責に行うことができるか?—規範的な基本語彙の機械への転用可能性について—』」千葉大学法学論集31巻2号[2016]148頁以下); *ders.*, Recht und autonome Maschine—ein Problemaufriß, In: *Erick Hilgendorf/Sven Hötitzsch* (Hrsg.), *Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik*, S. 11 ff. (富川雅満「エリック・ヒルゲンドルフ『法と自律型機械—問題概説』」千葉大学法学論集31巻2号 [2016] 135頁以下); *Jan. C. Joerden*, Strafrechtliche Perspektiven der Robotik, In: *Eric Hilgendorf/Jan-Philipp Günther* (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, S. 195 ff. (今井康介「ヤン・C・イエルデン『ロボット工学の刑法的諸観点』」千葉大学法学論集31巻2号 [2016] 111頁以下)などにおいても触れられているため、参照されたい。