

## 藪中悠君博士学位請求論文審査報告書

一 藪中悠君（現在、慶應義塾大学大学院法学研究科 助教〔有期・研究奨励〕）が提出した博士学位請求論文は、「刑法における傷害概念と精神的機能の障害」と題する全4編から成る本編に、二つの巻末資料（詳細な関連文献目録と明治期以降の傷害罪関連規定の系譜）が付せられたものである。本論文の骨格をなすものは、著者が法学政治学論究に発表した5編の論稿、すなわち、①「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—」（97号93頁以下〔2013年〕）、②「刑法204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—」（98号37頁以下〔2013年〕）、③「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」（99号37頁以下〔2013年〕）、④「日本刑法における傷害概念と精神的障害」（102号1頁以下〔2014年〕）、⑤「刑法における傷害概念と意識障害」（106号1頁以下〔2015年〕）であるが、それぞれについて大きく加筆がなされ、とりわけ新たな考察が付け加えられて現在の形となっている。

現行刑法典の傷害罪処罰規定（204条）は、「人の身体を傷害した者は、15年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」と定めている。人の「身体」はその「精神」と区別されるべきものであるとすれば、人の精神的機能に障害を与えることを刑法上の傷害の概念に含めることはできない、とする解釈もそれなりの説得力をもつ（現にそのように主張する有力な論者がいる）。他方、判例および通説は、かねてより一貫して傷害概念を生理的機能（生活機能）の障害・健康状態の不良変更として理解し、身体的機能のみならず精神的機能に障害を与えることも傷害概念に含めて考えているが、このような解釈は決して自明のものではないばかりか、精神的機能の障害をいかなる限度で・いかなる要件の下に傷害罪処罰規定により捕捉するかが大きな問題となる。これは、近年、とりわけ犯罪被害者にPTSD等の発症が見られたケースに対し傷害罪や一連の致傷罪の規定を適用できるのかどうかという形で実務上クローズアップされるに至った論点であり、いまだ解決を見ていない困難なテーマである。

本論文は、このテーマに正面から取り組み、多角的見地から詳細な検討を加える、わが国では初めての本格的な研究である。著者は、本論文の第1編の第1章および第2章で明らかにしているように、テーマにアプローチするに当たり、二つの問題を区別する。すなわち、①人の精神に影響を与えて変化・変調を生じさせた場合や、その作用自体を阻止・消失させた場合に、それがいかなる範囲で刑法における傷害概念に含まれるのか、そして、②その前提として、そもそも人の精神（精神的機能・精神的健康）は傷害罪および各種致傷罪の保護法益なのか、という相互に関連する二つの問題である。著者は、わが国の判例・通説は人の精神も傷害罪・各種致傷罪の保護法益であると理解しているがそれはなぜなのか、その論拠は必ずしも積極的には示されてこなかったのではないかと問う。そして、こうし

た問題意識に基づき種々の検討を行った結果、著者はとりわけ傷害罪処罰規定（204条）の沿革的・系譜的事実に基づく論拠の提示を試みている。また、著者のもう一つの問題意識は、人の精神も保護法益に含まれると理解したとしても、人の精神に変化・変調あるいは阻止・消失が認められれば直ちに概念的に傷害に該当するものではなく、なお傷害に該当しない理論的・概念的領域があるのではないかと、いうところにある。本論文は、そのような「領域」の存在を明らかにするとともに、人の精神が影響を受けた場合にそれが傷害概念に含まれるのかどうかを判断するための一つの理論的な枠組みの提示を試みている。

本論文は、全4編で構成されており、その概要は次のとおりである。

## 第1編 はじめに

第1章 本稿のテーマ

第2章 本稿の問題意識

第3章 全体の構成

## 第2編 刑法における傷害概念と精神的障害

第1章 議論の現況の素描と検討課題の確認

第1節 判例・裁判例にみる精神的障害

第1款 PTSDを理由とする傷害罪・致傷罪の成立を認めた事例

第1項 PTSDのみを理由に成立を認めた事例

第2項 PTSDを他の傷害結果と併記している事例

第2款 PTSD以外の精神的障害を理由に傷害罪・致傷罪の成立を認めた事例

第3款 結論として精神的障害を理由とする傷害罪・致傷罪の成立を否定した事例

第4款 量刑事情として被害者等のPTSDに言及した事例

第1項 被害者自身が発症した事例

第2項 直接的な被害者以外の者（目撃者等）が発症した事例

第5款 小括

第1項 精神的障害の種類及び成立が認められた罪名について

第2項 精神的ストレスや精神的苦痛等の位置づけについて

第2節 学説の状況—批判的見解による問題提起を中心に

第1款 身体症状限定説の先駆的見解及び代表的見解

第2款 刑法204条の「身体」の文言に注目する見解

第3節 検討課題の確認

第1款 精神症状包含説の論拠について

第2款 文理上の疑義について

第3款 傷害罪・致傷罪の成立範囲ないし処罰範囲について

第2章 ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害

第1節 本章の目的

第2節 傷害罪関連規定の基本的内容

第1款 傷害罪関連規定の種類（223条以下）

第2款 基本的な内容—「身体的虐待」及び「健康侵害」

第1項 「身体的虐待」の意義

第2項 「健康侵害」の意義

第3節 精神的障害に関する議論

第1款 傷害概念を身体的な内容に限定する見解

第1項 学説における通説的見解

第2項 代表的な判例—連邦通常裁判所2002年10月9日判決

第2款 精神的な内容についても考慮する見解

第1項 **Wolfslast**の見解

第2項 精神的な内容に言及するその他の見解

第4節 若干の検討

第1款 通説的見解の論拠について

第1項 上位概念としての「身体傷害」とその歴史的な理解

第2項 補論：226条1項3号の「精神病若しくは障害」との関係

第2款 精神的な内容を含んだ場合の限定手段について

第3款 両説の結論的な差異について

第1項 「ノイローゼ」の評価

第2項 連邦通常裁判所2002年10月9日判決における**G**の状態等

第5節 小括

第4章 オーストリア刑法における傷害概念と精神的障害

第1節 本章の目的

第2節 傷害罪関連規定の基本的内容

第1款 規定の種類（83条以下）

第2款 基本的な内容の確認—保護法益及び「身体傷害」・「健康侵害」

第1項 保護法益について

第2項 「身体傷害」及び「健康侵害」について

第3節 精神的障害に関する議論

第1款 草案理由書の説明内容

第2款 判例の立場

- 第1項 重強盗罪に関する判例
- 第2項 重強姦罪に関する判例
- 第3款 学説における議論の状況
  - 第1項 通説の内容
  - 第2項 Bertel及びSchwaighoferの見解
  - 第3項 Messnerの見解
- 第4節 小括
  - 第1款 前提となる理論的な枠組みについて一日塊の相違点を中心に
    - 第1項 傷害概念の基本的内容について
    - 第2項 加重構成要件の適用要件について
  - 第2款 精神的障害に関する議論について
    - 第1項 草案理由書・判例・通説とその論拠
    - 第2項 否定的見解及び制限的見解による問題提起
- 第4章 スイス刑法における傷害概念と精神的障害
  - 第1節 本章の目的
  - 第2節 傷害罪関連規定の種類（122条以下）
  - 第3節 傷害罪関連規定の基本的内容と精神的障害に関する内容
    - 第1款 保護法益について
    - 第2款 傷害概念の内容について—「身体的損傷」及び「健康毀損」
      - 第1項 「身体的損傷」について
      - 第2項 「健康毀損」について
  - 第4節 小括
- 第5章 日本刑法第204条の成立過程にみる傷害概念と精神的障害
  - 第1節 本章の目的
  - 第2節 「殴打創傷ノ罪」の成立過程及び成立後の基本的理解
    - 第1款 旧刑法の成立過程における諸草案の内容と議論
      - 第1項 司法省における編纂過程
      - 第2項 刑法草案審査局における審査修正
      - 第3項 元老院における審議
    - 第2款 「殴打創傷ノ罪」に関する基本的内容
      - 第1項 「篤疾」及び「癡疾」について
      - 第2項 「創傷」の手段ないし因果経過としての「殴打」について
    - 第3款 小括—「殴打創傷ノ罪」の保護法益について
      - 第1項 300条と精神的障害「知覚精神の喪失」について

第2項 301条と精神的障害—精神錯乱について

第3項 本節のまとめ

### 第3節 現行刑法204条の成立過程

第1款 「明治二三年改正刑法草案」

第2款 「明治二八年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」及び「明治三〇年『刑法草案』（司法省刑法改正審査委員会）」

第1項 各草案の内容と明治23年草案からの主な変更点

第2項 片山國嘉『刑法改正私考』の改正案

第3款 「明治三九年『刑法改正案』（二編二八九条）」（法律取調委員会）

第4款 「明治三九年『刑法改正案』（二編二六五条）」

第5款 「明治四〇年『刑法』（二編二六四條）」

### 第4節 若干の検討

第1款 「殴打創傷ノ罪」との連続性について

第1項 旧刑法300条・301条の「修正」理由

第2項 補論—当時の精神的な障害のイメージについて

第2款 現行刑法204条への収斂

第3款 「身体」の文言との関係

### 第5節 小括

## 第6章 日本刑法における傷害概念と精神的障害

第1節 本章の目的

第2節 日本における議論の経過と現状—3つの時期区分に基づく整理

第1款 第Ⅰ期の議論の状況

第1項 第Ⅰ期の判例・裁判例について

第2項 第Ⅰ期の学説について

第3項 刑法全面改正事業及び国会審議と精神的障害

第2款 第Ⅱ期の議論の状況

第1項 判例・裁判例について

第2項 第Ⅱ期の学説の状況

第3款 第Ⅲ期の議論の状況について

第1項 第Ⅲ期の判例・裁判例の状況

第2項 第Ⅲ期の学説の状況

### 第3節 小括

## 第7章 本稿の基本的な考え方—刑法における傷害概念と精神的障害

第1節 本章の目的

第2節 精神の法益性について—沿革的論拠と「身体」の意義

第3節 基本的な考え方—精神的機能の障害と精神的機能の本来的作用

第4節 いわゆる「織り込み済み」の理論について

### 第3編 刑法における傷害概念と意識障害

第1章 本編の目的

第2章 律系刑法（仮刑律・新律綱領・改定律例）と意識障害

第1節 律系刑法中の傷害罪関連規定（闘毆律）

第2節 仮刑律及び改定律例における「昏絶」

第3章 刑法改正事業における各種草案と意識障害

第1節 「刑法改正予備草案」及び「改正刑法仮案」の規定

第2節 意識を障礙するための催眠術等の手段の施用と「暴行」・「傷害」

第4章 判例・裁判例の状況

第1節 大審院及び最高裁の事例

第1款 傷害罪・致傷罪の成立を認めた事例

第2款 傷害罪・致傷罪の成立を認めていない事例

第2節 下級審の事例

第1款 意識障害等のみを（明示的な）傷害結果としている事例

第2款 意識障害等を他の傷害結果と併記している事例

第3款 被害者の意識障害等を傷害結果として扱っていない事例

第3節 小括

第5章 学説における議論について

第1節 「ある程度重大な器質的病変」を要求する見解

第1款 内容と論拠

第2款 本稿のテーマとの関係で有する意義

第2節 昏酔強盗罪等との関係から傷害概念を限定する見解

第1款 内容及び論拠

第2款 本稿のテーマとの関係で有する意義

第3節 投薬等により通常生じる状態を傷害概念から排斥する見解

第1款 内容及び本稿のテーマとの関係において有する意義

第6章 本稿の基本的な考え方—刑法における傷害概念と意識障害

第1節 前提問題としての「精神の法益性」について

第2節 意識障害の傷害該当性について

第1款 基本的な発想—精神的障害との共通点と相違点

第2款 精神的機能の「障害」と「作用の阻止」

第1項 概念的「領域」の存在—精神的障害との共通点

第2項 概念的「領域」の広狭—精神的障害との相違点

第7章 本編のまとめ

第4編 おわりに

二 以下では、本論文を成す各部分の内容を要約し、著者の行った考察やその見解の概略を紹介したい。

まず、第1編では、一連の検討に先立ち、本論文のテーマや問題意識等を示している。著者によれば、このテーマとの関係では、三つの最高裁決定（最決平成17・3・29刑集59巻2号54頁、最決平成24・1・30刑集66巻1号36頁、最高裁平成24・7・24刑集66巻8号709頁）が重要であり、そこにおいて論及されたPTSD等の精神的障害と意識障害とを傷害の概念に含めうるかどうかが中心的な検討の対象となるが、「精神的障害」と「意識障害」とでは、人の精神面への侵害という点で共通する一方、前者は人の精神に変化・変調を生じさせた場合であり、後者は人の意識・精神の作用自体を阻止・消失させた場合であるという相違もあるとし、両者を分けてそれぞれ第2編と第3編において考察の対象とすることを述べている。

第2編「刑法における傷害概念と精神的障害」は、刑法における傷害概念と「精神的障害」との関係について、比較法的検討および沿革的・系譜的検討を行い、それらを前提として著者の基本的な考え方を提示している。

まず、第1章「議論の状況の素描と検討課題の確認」では、判例・裁判例および学説の状況を概観し、検討課題を確認する。判例・裁判例については、精神的障害を考慮した判例・裁判例を網羅的に収集し、これを①PTSDを理由とする傷害罪・致傷罪の成立を認めた事例と、②PTSD以外の精神的障害を理由に傷害罪・致傷罪の成立を認めた事例、③結論として精神的障害を理由とする傷害罪・致傷罪の成立を否定した事例、④量刑事情として被害者等のPTSDに言及した事例という四つに分けて整理している。その上で、判例・裁判例にあらわれた精神的障害の種類としては、圧倒的にPTSDが多いが、このほかに、「精神衰弱症」、「不安及び抑うつ状態」、「適応障害およびうつ病性障害」、「解離性障害」、「急性ストレス反応およびパニック障害」があるとする。そして、当該被害者の具体的症状が傷害に当たらないとして結論において傷害罪・致傷罪の成立を否定した例はあるものの、精神的障害が傷害の概念に該当しうることをおおよそ否定する判例・裁判例は見られないこと、他方で、単に「精神的ストレス」を与えたというだけで傷害結果が生じたことを認めた判例・裁判例もまた存在しないことを確認している。

学説について見ると、精神的障害の傷害該当性を直截に肯定する「精神症状包含説」が通説となっているが、傷害罪の保護法益あるいは傷害概念について、これを身体的な内容

に限定して理解すべきことを主張する「身体症状限定説」も一部で有力である。さらに、精神的障害を現行法の傷害の概念に当たるとすることには文理上の疑義があるとし、傷害罪処罰規定がおおよそ精神的障害の捕捉を予定しているかどうかについて異論を提起する見解も見られる。

このような議論の現状に鑑みて、著者は、ここには三つの検討課題があるとする。すなわち、(1)判例および通説の見解である精神症状包含説を支える論拠の探究、(2)現行刑法204条の沿革的・系譜的検討を通じた同条の立法趣旨および同条の「身体」の文言の意義（はたしてそれが人の精神を傷害罪の保護法益から排斥する趣旨で用いられたのかどうか）の解明、(3)処罰範囲の確保ないし限定のあり方の検討（すなわち、身体症状限定説については、処罰範囲を不当に狭めてしまうのではないかと、精神症状包含説については、逆に処罰範囲が不当に拡張してしまわないかがそれぞれ問題となるから）がこれである。

続く第2章から第4章では、以上のような検討課題を踏まえつつ、諸外国の状況を、比較法の手法を用いて解明しようとしている。ここでは、傷害概念と精神的障害をめぐる判例および学説における議論を概観し、通説的理解と反対説の内容や論拠、また両説の結論的な差異についても検討している。対象国は、ドイツ（第2章）、オーストリア（第3章）、スイス（第4章）であり、各国における基本的な問題解決のあり方について判例と学説（ときに立法資料）を網羅的に検討している（なお、各国の傷害罪関連規定の種類・構造が日本刑法のそれとは異なっているため、著者は、各国における精神的障害に関する議論を分析・理解する前提として、傷害罪関連規定の基本的な内容についてもかなり詳細に紹介している）。

著者によれば、ドイツでは、精神的な被害が傷害（健康侵害）に該当すると認めるためには、身体的な基礎・病変（病理学的な、身体に客観化可能な状態）が必要であるとする見解が判例および通説の見解となっており、その意味で「身体的な傷害概念」が採用されている。その論拠としては、傷害罪関連規定において用いられている文言（何より罪名は **Körperverletzung**=身体・傷害である）や、傷害概念の歴史的理解、処罰範囲の無制限の拡張への懸念をあげることができるとする。これに対し、ドイツにおける反対説は、人の精神についても保護の必要性があることを論拠とし、他方、精神を取り込むと無限定になりかねないという批判に対しては、「疾病」と認められる状態かどうか、取るに足らない程度ではないか等の検討を経ることで限界づけが可能となるとしている。ただし、著者は、このような見解の対立が実際の事案における結論の差異につながるどうかは判然としないとする。

これに対し、オーストリアでは、精神的な健康侵害も医学的な意味において「疾病」と認められる状態であれば「健康侵害」として傷害概念に含まれるとする見解が判例・通説となっている。ただ、この点についての積極的根拠づけは必ずしも明らかでない。それは、判例・通説の理解が立法者による刑法草案理由書に示された理解と同様であって理由づけの必要性が感じられていないことも一因であろうが、より本質的には、健康侵害の概念が

「機能障害」を本質的特徴とする概念であるとされ、そうした観点から見ると身体と精神とを特に区別して考える必要はないこと（すなわち、精神的障害が「健康侵害」概念に含まれるという帰結は、「健康侵害」概念の基本的な理解から当然に導かれると考えられていること）によるのではないかと著者は推測している。なお、精神的障害の傷害該当性を認めた場合に生じてくる概念の無限定さの問題については、「医学的な意味において疾病と認められる状態であること」が必要とされることによる限定と、特に一連の致傷罪については、結果的加重犯の法的構造に基づく限定が承認されていることが重要であるという指摘が見られる。

次に、スイスでは、保護法益および「健康毀損」の概念のいずれの理解についても、正面から精神的な健康（ないしその毀損）が含まれると説明されており、異論は見られない（また、身体的損傷のない精神的障害であっても健康毀損に該当すると説明する見解もある）。健康には精神的健康が含まれ、健康毀損には精神的健康の毀損が含まれることに争いが無いということになる。著者は、このように理解されている根拠として、スイスでは条文上「精神病」や「精神的健康」等の文言が正面から使用されている点が挙げられていることを紹介している。

著者は次いで日本法の検討に移ることになるが、まず、第5章「日本刑法第204条の成立過程にみる傷害概念と精神的障害」においては、現行刑法204条が人の精神をも保護客体に含むものとして起草・制定されたのかどうかの問題に焦点を合わせてその沿革・系譜の考察を行っている。著者は、204条の前身というべき旧刑法の「殴打創傷ノ罪」の成立過程にまで遡り、そこから最終的に現行刑法の規定ができるまでの立法のプロセスをきわめて綿密に検討した結果として、人の精神は、少なくとも一定の態様ないし限度では傷害罪の保護法益であるとの理解が規定の沿革としては自然な理解であるとの結論を導いている。著者による考証を要約すれば、①旧刑法の「殴打創傷ノ罪」（300条・301条）においては、「知覚精神ヲ喪失セシメ」という文言に示されているように、人の精神を保護法益に取り込むことが立法に関わる者の共通認識であり、また旧刑法の解釈としてもその点に異論はなかったこと、②現行刑法の成立過程では、旧刑法の規定とその保護法益に関する理解を基本的に受け継ぎながら（つまり両者が連続性をもつものとして）条文化が進められ、かつ、草案において「重大不治の精神の疾病」が重傷害罪の結果の一つとして文言化されたことがあり、現行204条の傷害罪規定は、その重傷害罪の規定を取り込む形で成立したものであること、③現行204条の「身体」の文言も、必ずしも人の精神を傷害罪の保護法益から排除する趣旨で用いられたのではないことから、著者はその結論が根拠づけられうるものとしているのである。

次に、第6章「日本刑法における傷害概念と精神的障害」では、現行刑法成立後の判例・裁判例および学説における議論（それに加えて、法務省における刑法改正作業の過程での議論に至るまで）を網羅的にフォローした上、これを整理している。著者によれば、福岡高裁平成12

年判決（福岡高判平成 12・5・9 判タ 1056 号 277 頁）の前後で議論の状況に変化が見られ、また、PTSD を発症させた場合に致傷罪の成立を認めた最高裁平成 24 年決定（最高裁平成 24・7・24 刑集 66 卷 8 号 709 頁）も画期的な意味をもつものであることから、次の三つの時期、すなわち、①福岡高裁平成 12 年判決の前までの時期（第Ⅰ期）、②福岡高裁平成 12 年判決から最高裁平成 24 年決定までの時期（第Ⅱ期）、そして、③最高裁平成 24 年決定から現在に至るまでの時期（第Ⅲ期）に分けることが理解に資するとして、判例・裁判例および学説の状況を詳細に整理・分析している。その概要をまとめると、日本の判例・裁判例および通説はいずれも、器質的な基礎・原因には特に言及せず、直截に精神的障害の傷害該当性を肯定してきた。ただ、福岡高裁平成 12 年判決以降は、日常的で軽微な精神的ストレスによって（あるいは犯罪被害者が通常こうむる程度の精神的ストレスによっても）傷害罪・各種致傷罪の成立を認めることについては慎重な考慮を要するという認識が普遍化するようになり、現在に至っているということができる。また、第Ⅱ期以降、傷害罪の保護法益あるいは傷害概念を身体的な内容に限定する見解や、204 条の文理に着目した指摘をする見解が見られるようになったこと、そして、戦前の学説の中にも、精神的障害を脳や神経といった身体（の器官）と関連づけて説明する見解が存在したことなどが注目されるとする。

第 2 編の最終章である第 7 章「本稿の基本的な考え方—刑法における傷害概念と精神的障害」においては、前章までの検討を踏まえて、刑法における傷害概念と精神的障害との関係に関する著者の結論が示される。

まず、人の精神は傷害罪・各種致傷罪の保護法益に含まれるかの問題について著者は、人の精神の刑法的保護の必要性という実質的・刑事政策的考慮は、傷害罪規定の沿革的・系譜的検討によっても強く支持されるとし、刑法の解釈としてこれを保護法益（の一部）であるとする理解がそこから導かれるとする。また、処罰範囲の拡大等の疑点については、次に述べる著者の判断枠組みによる限り現在においても不都合は生じないとする。

他方、精神的障害がいかなる範囲で傷害概念に含まれるかの問題については、人の精神に変化・変調が認められても、それが「精神的機能の本来的な作用」であるのか、それとも「精神的機能の障害」であるのかを区別し、前者の場合には理論的・概念的に傷害には該当しないという判断枠組みを採用することが考えられるとする。たとえば、不安・鬱・恐怖・パニックなどに支配され、強くとらわれたとしても、それだけで傷害となるわけではない。それは、人の精神は日常的に外界からの影響を受けており、これに対して反応すること（典型的には、喜怒哀楽等の感情をもって対応すること）は、精神的機能の「障害」とはいえず、むしろ正常な機能であるとの理解に基づく。なお、福岡高裁平成 12 年判決が示した「織り込み済み理論」について付言すれば、著者の基本的な考え方によるときは、犯罪被害者に生じたストレスのうちの一部は傷害概念から排除され、そもそも「織り込む」必要もないこと、そして、致傷罪の類型ごとの個別的な検討が必要であることを留保しつつも、

ひとたび傷害の概念に包摂されるのであれば、これをも「織り込み済み」とすることは被害者の要保護性の見地から疑問がありうるとしている。

第3編「刑法における傷害概念と意識障害」では、意識障害が（いつ・どの限度で）傷害の概念に当たりうるかの問題を検討している。

第1章「本編の目的」では、意識傷害の傷害概念該当性の問題を「精神的障害」との共通点・相違点に留意しつつ検討するとしている。第2章「律系刑法（仮刑律・新律綱領・改定律例）と意識障害」では、旧刑法成立以前の律系刑法の傷害罪関連規定である「闘毆律」を概観し、その中に「昏絶」に関する規定があり、それは人を気絶させ、ないし人事不省にすることであるところから、ここにおいて人の意識・精神面への侵害が特に捕捉されているとしている。第3章「刑法改正事業における各種草案と意識障害」では、現行刑法成立後の刑法全面改正事業において作成された各種草案のうち、「刑法改正予備草案」および「改正刑法仮案」の内容を検討する。これらの草案には、人を無意識の状態に陥らせるために（予備草案）、または人の意識を障碍するために（仮案）、催眠術等を施用することは暴行であるとする規定がある。そこで、これらの手段を施用したときに現実に意識を失ったり、無意識状態が継続した場合には傷害になるのではないかという疑問が生じるが、この点については、特に議論が行われたことは確認できないとする。

第4章「判例・裁判例の状況」では、気絶・失神・人事不省、意識傷害、脳震盪、眩暈・朦朧という形で、人の意識・精神の作用を（少なくとも一時的・部分的に）阻止・消失させる結果が認められたケースについての判例・裁判例を網羅的に整理・検討する。大審院および最高裁のものを見ると、傷害罪・致傷罪の成立を認めた判例と、これを認めなかった（または暴行のみを認めた）判例があるとし、下級審のものには、意識障害を単独で、または他の傷害結果と併記する形で傷害としているものが多いとする。他方で、被害者の意識障害等を傷害結果として扱っていない事例も多いという。第5章「学説における議論について」では、学説は失神や人事不省、意識障害も傷害に当たるとするのが一般であるが、ただ、中には、①「ある程度重大な器質的病変」が生じることを要求する見解や、②昏酔強盗罪等との関係から傷害概念を限定する見解、③投薬等により通常生じる状態を傷害概念から排斥する見解もあり、学説においても一定の限定の必要性が意識され、これを試みる動きもあることが明らかにされている。

第6章では、人の精神的機能もまた傷害罪・各種致傷罪の保護法益に含まれるとする基本的立場を前提に、また精神的障害のケースとの異同にも留意しつつ、著者の基本的な考え方が示される。すなわち、意識障害についても、意識ないし精神の作用に何らかの影響があればただちに概念的に傷害に該当するわけではなく、なお理論的・概念的に傷害に当たらない領域を認めることができる。ただ、反応を示すことも本来的作用とというる精神的障害の場合とは異なり、人の意識・精神の作用が阻止・消失させられることは本来的に

はあるべき事態ではない。そのため、概念的に傷害に該当しないといいうるのはせいぜい一時的な眩暈や朦朧等にすぎず、気絶・失神・人事不省のように意識を完全に失った場合には、基本的には精神的機能の障害であって傷害に該当することは否定できないとする。最後に第7章「本編のまとめ」では、あらためて第3編において著者が到達した結論をまとめている。

第4編「おわりに」では、第2編および第3編における検討の結果をまとめた形で示している。とりわけ、著者による判断の枠組みは、精神的機能の「障害」と精神的機能の「本来的作用」とを区別しようとするところにあるが、精神的機能の作用自体の阻止・消失は（ごく一時的なものをのぞけば）本来的作用として説明できないものであるので、意識障害は原則的に傷害にあたりうるとする。

三 藪中悠君の学位請求論文は、人の精神を害すること（その精神的機能に障害を与えること）を傷害罪（または一連の致傷罪）として処罰しうるかどうかというテーマについて、判例・裁判例、学説における諸見解、刑法改正作業における議論等を網羅的に検討し、また旧刑法の制定過程にまで遡って現行傷害罪規定の沿革を解明し、さらには比較法の手法を用いて諸外国（ドイツ・オーストリア・スイスというドイツ語圏諸国）の状況を綿密に調査した上で、そのすべてを踏まえて著者自身の見解（問題解決の方向性）を示した労作である。

現行法の解釈論上の争点の解明にあたり、判例、学説、規定の沿革、諸外国の状況のそれぞれについて検討を行うことはオーソドックスな手法であり、それは解釈論研究の王道を行くものとも称しえようが、しかし、そのすべてについて行き届いた考究を行うことは至難であって、いずれかが表面的なもの・お座なりなものとなることも多い。これに対し、本研究は、そのいずれの側面においても周到かつ徹底したものであり、それぞれの部分が独立の研究として見ても高い評価に値するものである。本研究が傷害の概念という比較的狭い局面に関わるものであり、比較法研究の対象国もドイツ語圏諸国に限られていることを差し引いても、著者が精神医学や法医学の文献まで幅広く参照していることにも鑑みれば、本論文は著者の並々ならぬ力量と地道な努力がなければおよそ書くことのできなかつた論文であると評することが可能である。

この論文の中でも、これまでにない重要な成果と呼ぶべきであり、特に資料的価値が高いと考えられる部分は、傷害罪処罰規定の沿革に遡り、それが人の精神をも保護対象としていることを論証した第2編第5章「日本刑法第204条の成立過程にみる傷害概念と精神的障害」であろう。ここでは、草案の変遷と立法関係者の議論を綿密に検討するばかりでなく、それぞれの時代の教科書等の夥しい数の文献の記述とも比較対照して、規定上、精神的障害を与えた場合が単に排除されてはいなかったというにとどまらず、むしろ積極的にそれが含められ、またその種々の態様についてもかなり立ち入った議論の対象とされて

いたことを明らかとしているのである。しかも、そこでの分析は広く目配りがなされた、きわめて周到な分析である。一例をあげれば、著者は、かりに人の精神も「殴打創傷ノ罪」の保護法益であったといえるとしても、もし旧刑法の制定・施行時における精神的な障害と、現代における PTSD 等の精神的障害とで内容が異なるとすれば、当時の保護法益に関する理解は、現代において傷害罪の保護法益や傷害概念を考察する際にはそれほど参考にならないのではないかとの疑問を自ら提起している。その上で、旧刑法の成立・施行当時の裁判医学（法医学）の文献等にまであたってそこにおける精神病のイメージを調査し、それが現在における精神病・精神障がいとの理解と十分に対応することを確認しているのである（本論文 91 頁以下）。

このような著者の研究はすでに学界においても認知されることとなっている。前記最高裁平成 24 年 7 月 24 日決定についての調査官解説においても（『最高裁判所判例解説刑事篇平成 24 年度』249 頁以下）、第 2 編第 5 章の元になった、法学政治学論究掲載の論文「刑法 204 条の成立過程にみる傷害概念」（98 号 37 頁以下）が取り上げられており、「人の精神は、少なくとも一定の態様ないし限度では、現行刑法 204 条の傷害罪における保護法益であるとの理解が、沿革的には自然な理解である」とする結論がそのまま引用・紹介されているのは、著者の研究の周到さとその説得力のゆえであろう。

比較法的検討を行った第 2 編第 2 章から第 5 章も、それぞれ明確な問題意識に基づき、判例・学説のみならず、ときに立法資料に至るまで、きわめて綿密・精緻な検討を行っている。たとえば、ドイツでは、日本とは異なり、傷害概念が身体的な内容に限定して理解されているが、その根拠は、規定上の「健康侵害」の概念が上位概念（法令上の罪名にもなっている）である「身体傷害」に包摂されるため、その内容が身体的な内容に限定されることにあり、しかもその「身体傷害」の理解はドイツにおいて歴史的に形成されてきたものであるとしている。ここから、ドイツにおける身体的な傷害概念は、日本の傷害罪規定の解釈にあたり直接の参考にはならず、日本において傷害概念に精神的障害を含める解釈の余地が生ずることになるのである。他方において、ドイツにおいても、精神的機能を害した結果として、被害者において病理学的に（ないし身体的に）客観化可能な症状を生じさせれば傷害にあたりとされているのであり、日本における通説的理解とも、実際の結論においてはそれほど距離はないこともまた詳細に例証されている。きわめて周到な、また示唆に富む分析であるといえよう。さらに、注目すべきことは、本論文では、同じように立ち入った検討をドイツばかりでなく、オーストリアとスイスについても行っていることである。日本においては、ドイツ刑法の解釈論上の諸問題については詳細な紹介と検討が行われることが多いが、同様の目配りをオーストリア刑法とスイス刑法に対して行うことはこれまで稀であったといえよう。

このように、本論文は学問的価値の高い労作ではあるが、それでもいくつかの問題点を

指摘することができよう。まず、その結論部分の考察（第2編第7章および第3編第6章）についていえば、著者の提示した見解がこの問題についての最終的な解決を提供するものといえるかどうかについて疑問もある。たしかに、刑法典の傷害概念が人の精神的機能をも保護しているとする判例・通説の見解は、沿革にまで遡った著者の研究により、一つの重要な支えを得た。しかし、著者がいま一つの検討課題としてあげた、いかなる限度・いかなる要件の下で現行刑法が人の精神的機能を保護しているかの問題についての著者の試みが成功しているかどうか問われる。著者は、精神的機能の「本来的作用」を生じさせるときには傷害にあらず、精神的機能の「障害」を生じさせたときには傷害にあたるとする。この基準は、不安・鬱・恐怖・パニックなどに支配され、強くとらわれたとしても、それだけで傷害となるわけでないとする結論をただちに導くことができるという点では有効であろう。これに対し、そのようにして生じた精神的ストレスが、一定の器質的障害に結びついたときや、そうでなくても一定の身体的症状（たとえば、睡眠障害、食欲減退や嘔吐、下痢、頭痛、耳鳴り、動悸や発汗等）に結びついたときはやはり傷害概念から除くことは困難であると思われる。そのことは、ドイツ法の分析にあたり、著者自身が明らかにしているところでもある。しかし、こうした場合がただちに傷害にあると解すれば、多くの場合、そのような身体的症状は現れるであろうから、やはり傷害の概念はかなり無限定なものになってしまう。他方において、それほど身体的症状は認められないものの、気力の大幅な減退や引きこもり、対人恐怖等の顕著な所見が見られ、日常生活に大きな支障が生じているというときに、それが傷害の概念にあたるかどうか問題となるが、これが精神的機能の「本来的作用」の現れなのか、それともはや「障害」を生じているのかの判断は決して容易とはいえないであろう（こうした場合の判断に客観性・明確性を与えるため、DSM-5 や ICD-10 等の承認された基準に依拠し、そこに示された要件を充足することをもって傷害と認めるということも考えられようが、その要件を完全に充足することが常に必ず必要だとすべきかどうか問題となろう）。

これらの点は、このテーマをめぐる具体的な問題として重要である。本論文にはその解決のためのヒントとなるような知見は散りばめられているものの、著者の見解との関係において本格的な検討はなされていない。これらは将来の課題とすることなく、正面から本論文において取り上げるべきであったと思われる。

なお、精神的機能の障害をどこまで傷害概念に取り込むかの問題は、形式的には傷害概念に該当しそうに見える軽微な身体的障害をいかに不可罰とするかの問題とも密接に関連している。傷害概念の実体法上の最下限をどのように設定するかの問題は、傷害罪の可罰的違法性（絶対的軽微性）の問題と軽微な傷害行為の手続的な扱いの問題と無関係に論じることができない。著者のあくまで論理的で明快な分析が、これらの問題をも取り込む形で行われていないことは残念であり、それを将来の課題として強く期待したいところである。

さらに、このテーマをめぐる著者の比較法研究が副次的に読者に教えているのは、ドイ

ツ語圏諸国の刑法では、結果的加重犯についての理解がわが国のそれとは相当に異なり、その要件がかなり限定的であることである（そればかりか、スイスにおいては、結果的加重犯を「前世紀の遺物」としてそもそも廃止してしまっているため、結果を帰責するためには故意が要求されることになる）。ドイツとオーストリアの判例の事案からは、傷害概念の限定と並んで、結果的加重犯の要件を通して、その結果の帰責を制限していることがうかがえるのである。それは、福岡高裁平成12年判決の「織り込み済み理論」とも通底する問題であり、結果的加重犯の法的構造論やさらには客観的帰属論とも関連させて論じることにより、傷害の概念を画するのとは異なった方法で、精神的機能の障害の帰責の限定を行う可能性がないかどうかとも検討すべきであったように思われる。

もっとも、本論文がこうした課題を残していることがこの研究の価値を低下させるものではない。この研究のおかげで、われわれは著者が到達し、足場を固めたその地点から検討を始めることができる。著者はこの分野の研究を確実に前に進めたといえよう。法律学の分野ではそれは大きな功績であり、この研究に高い学問的価値が認められることを意味する。

四 以上のように、藪中悠君の本研究は、最近になって盛んに論じられるようになり、未だに決着のついていない、実務上・理論上大きな重要性をもつテーマに正面から取り組み、判例・学説の徹底した検討、現行規定の成立過程の精緻な分析、綿密な比較法研究を踏まえて、新たな判断枠組みを示した研究であり、学問的価値の高いものである。それは、地道な努力がもたらした貴重な成果であり、大きな資料的価値をもつ労作である。

以上のことから、審査員一同は、藪中悠君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当であると考えたものである。

平成28（2016）年1月10日

主査 慶應義塾大学法学部教授 博士（法学）〔東京都立大学〕

亀井 源太郎

副査 慶應義塾大学大学院法務研究科教授 法学博士（Dr.jur.〔ケルン大学〕）

井田 良

副査 慶應義塾大学法学部教授 法学博士（Dr.jur.〔ベルリン・フンボルト大学〕）

フィリップ・オステン