

学位論文題名

刑法における「合法的行為との代替性」の問題について

学位論文内容の要旨

I. ある規範に反する行為により法益侵害を惹起させた場合において、合法的行為であっても同一結果が生じていたであろうとの事情 — 合法的行為との代替性 (Rechtmäßiges Alternativverhalten) — が認められるとき、当罰性を肯定しても合理性があると言い切れるであろうか？

この問題は、よく知られた原理・原則からの論理的帰結だけでは満足に行く結論が得られず、新しい刑法学的方法と対象を創造せざるを得ないという意味で、現代刑法学における最も優れた問題の一つである。本稿は、独自の角度からこの問題の解明に挑むものである。

本論の内容は、大きく三部に分かれる。即ち、「第1章、問題の理解」、「第2章、現在の中核的理論」、そして「第3章、新たな解法への挑戦」である。

II. 「第1章、問題の理解」では、この問題でいったい何が問われ続けているのかを知ることが目的である。そのため、我が国の判例はもとより、多くの有益な素材を提供するドイツの判例を取り上げ、その判例準則を形成する途上で直面した問題点を可及的に系統立てて検討することにした。その結果、以下の3点に集約することがきる。

① 合法的行為との代替性が存在するとの主張(代替性の抗弁)を考慮する必要があるのか？

② 代替性の抗弁をどのように定式化すべきか？

③ 代替性の抗弁にいかなる法的効果を、どのような条件の下に、犯罪体系論のどこで認めることができるのか？

III. 「第2章、現在の中核的理論」では、以上の問題点を解消すべくこれまでどのような研究がなされてきたのか、どこに問題解決を困難にしている点があるのかといった検討がなされることになる。ただ、積極的な解法の試みは、まこと

に多種多様であり、現在の議論状況は、最終的解決からほど遠い観がある。

そこで、まず、二つの理論的視角を設定した。一つは、代替性の抗弁の認められる法理現象を刑法学的にどのように捉えるかという点、即ち、①当該結果は回避不能であったと捉えるか、②当該結果には許されざる危険の実現がなかったと捉えるか、それとも、③当該客体の価値が既に喪失していたと捉えるかである。もう一つは、代替性の抗弁による免責を導くために、ここで問題となる犯罪成立要件 — 規範違反行為と違法結果、並びに両者の因果関係 — の内、いずれが消去されると見做すかという点、即ち、代替性の抗弁が認められるとき、①因果関係が規範的に否定されると見做すか、②行為の規範違反性が実質的に否定されると見做すか、それとも、③結果の違法性が実質的に否定ないし阻却されると見做すかである。その上で、法理現象を①と捉え、解決策を①に求める町野教授の規範的条件関係論のような結果回避可能性思考、法理現象を②と捉え、解決策を②に求めるロクシン教授の危険増加論のような危険実現思考、そして、法理現象を③と捉え、解決策を③に求めるアルトゥール・カウフマン教授の損害萌芽思考を諸学説の中軸に据え、不要不急の学説は捨象しつつ、批判的検討を加えることにした。

結論として、回避可能性思考は、合法的行為であれば「确实性に境を接する蓋然性」でもって回避された場合に結果の帰責を認めるので、理論的安定性はあるものの、特に、「in dubio pro reo」原則の適用によるジレンマから逸脱できない点に致命的な欠点がある。即ち、合法的行為であっても同一結果が生じる「合理的可能性」さえあれば免責の余地を認めるため、例えば、大手術のような生命に対する重大な危険を不可避免的に伴う事例の場合、致命的な医療過誤を行っても容易に無罪判決を下せることになるのである。これに対して、危険増加論が想定する危険実現思考は、合法的行為に比べ、結果発生危険を測定可能な程に増加させれば「許されざる危険の実現」があったと考えるので、合法的行為であれば生じたであろう結果の態様を度外視できる反面、「in dubio pro reo」原則に反しないか、侵害犯を危険犯に転化するものではないかといった理論的観点からの批判に晒され、その理論内部においても多様性を帯びているのが現状である。

最後の損害萌芽思考は、民事理論からの転用であり、帰責否定の根拠を結果惹起時点における客体の価値減少に求めるが、例えば生命の価値は、刑法的考察においてはその存在自体に見出されるから、いかなる計量化にも馴染まず、「実に

けしからぬ作用を及ぼす構想」と評せられている。しかし、この問題の解決策を違法論に求めたことで、代替性の抗弁を難なく故意の領域にも適用可能にさせ、一般化のための先鞭を付けたという意義は軽視されるべきでない。

Ⅳ. かくして、「第3章、新たな解法への挑戦」を展開することになるが、本稿は、先の法理現象は事実的な意味で②と捉え、解決策としては③をカウフマン教授とは違ったアプローチで試みるものである。そして、その解法への手引きをスケッチすれば、以下ようになる。

(1) まず、合法的行為であっても同一結果が「確実性に境を接する蓋然性」で生じたであろう事情が認められる状況下においては、事案の稀有性・偶然性から見ても刑事政策的に処罰する必要はなく、代替性の抗弁は認めべきである。

(2) 次に、代替される合法的行為を、「当時の状況下で当該行為を規範に適った態様で行うこと」と定式化する。判例理論に調和するだけでなく、代替される合法的行為を必然的に特定させ、同時に行い得ないという「代替性」の特質を表現できるからである。この特質は、当該行為がなければ結果との間に関連性を有することになる「現実的因子たる仮定的原因」と区別する上でも有用である。

(3) 問題の解法を違法論に求めるべきなのは、より本質的に「仮定的因果経過の問題」と区別するためである。つまり、仮定的原因の抗弁は、現実化されなかったが設定され得た因果の流れの事実的存在を指摘することで、当該結果に対する自己の行為の偶然性を主張するものであるのに対し、代替性の抗弁は、自己の行為によって惹起された結果が合法的行為によっても惹起されたことを指摘することで、自己の行為の違法性を否定するものというように理解できるのである。

(4) 違法阻却を導く論理として、「許された(結果)危険の法理」を用いる。ここに「許された(結果)危険の法理」とは、社会的に有用であるものの、法益侵害の危険が不可避的に伴う行為につき、その有する危険が法益侵害に実現した場合でも、必要最小の限度で許容する考え方をいうが、同一結果発生の可能性が「確実性に境を接する蓋然性」であり、しかも、この事情を事後に初めて認識し得る場合に、代替性の抗弁を認めるとき、当該結果に実現したのは、当該行為の有する「許された危険部分」と認識できるのである。何故か。

「当該行為を規範に適った態様で行い得た」ことは、当該行為はそれ自体禁止されるものでなく、元来社会的有用性を認め得る行為であることを意味するが、先の要件を満たさないときは、当該行為が必要最小限を超える危険を有していた

ことを意味するか、いくら有用性があってもやるべきでない行為と評価されるため、「許された（結果）危険の法理」によって正当化し得ないからである。

(5) 以上の考察から、本稿が到達したテーゼは、次のようになる。「当時の状況下で当該行為を規範に適った態様で行っていたとしても、確実性に境を接する蓋然性をもって同一結果が生じたであろうとの事情が、事後に初めて認識されたならば、侵害結果に実現したのは、当該行為の包含していた許された（結果）危険と解されるから、侵害結果の違法性は阻却される」。

# 学位論文審査の要旨

主 査 教 授 能 勢 弘 之  
副 査 教 授 白 取 祐 司  
副 査 教 授 小 川 浩 三

学位論文題名

## 刑法における「合法的行為との代替性」の問題について

本論文は、「合法的行為との代替性」(Rechtmäßiges Alternativverhalten)の問題という現代刑法学における未解決の難問を、久しく理論的深化が見られていない「許された危険の法理」に「結果危険」という新たな観念を注入して再生させ、その具体的展開としての解法を提示するものである。

序章に続く第1章「問題の理解」では、我が国の判例はもとより、多くの有益な素材を提供するドイツの判例を取り上げ、各判例が直面した問題点を可及的に系統立てて論じるだけでなく、学説による評価をも詳細に検討することにより、我が国における解釈論上の実益のほか、この問題で解明を要する論点を3点——①「合法的行為との代替性」が存在するとの主張(代替性の抗弁)を考慮する必要があるのか、②代替性の抗弁をどのように定式化し得るのか、③代替性の抗弁に、いかなる要件の下で、どのような法的効果を、犯罪論体系のどこで認める得るのか——に集約できる旨帰結している。その上で、各論点における問題の核心部分を浮き彫りにし、次章以下で展開される論争の意味を明確にしている。

第2章「現在の中核的理論」では、第1章で示された問題点を解消すべく従来どのような理論が提唱され、どこに問題解決を困難する点があるのかといった批判的検討がなされている。そして、ここでとられた手法、即ち、学説を羅列する方式を避け、二つの理論的視角——代替性の抗弁の認められる法理現象を刑法学的にどのように捉えるかという点と、代替性の抗弁による法的効果を導くため、その際問題となる犯罪成立要件の何が規範的に消去されると見るかという点——を設定した上で、学説を大きく3思考——①回避可能性思考、②危険実現思考、③損害萌芽思考——に分類し、系統立てて考察して行くというその手法は、論旨を明解にするという意味で有効な情報処理であり、充実した研究に裏づけられた大胆さと評価できる。

第3章「新たな解法への挑戦」では、筆者の鋭い問題意識に基づく独自のアプローチで上記の3論点を解決し、次のようなテーゼを打ち立てるのである。「当時の状況下で当該行為を規範に適った態様で行っていたとしても、确实性に境を接する蓋然性をもって同一結果が生じたであろう事情が、事後に初めて認識されたとき、侵害結果に実現したのは、当該行為の包含していた許された結果危険で

あるから、侵害結果の違法性は阻却される」。

この思考過程において示された研究上の成果として挙げられるのは、第一に、仮定的因果経過の問題との区別を明確にしたことである。即ち、仮定的因果経過の抗弁が、現実化されなかったが設定され得た因果の流れの实在を指摘することで、当該結果に対する自己の行為の偶然性を主張するものであるのに対し、代替性の抗弁は、自己の規範に反する行為によって惹起された結果が合法的行為によっても惹起されたことを指摘することで、自己の行為の違法阻却を主張するものであると捉え、「合法的行為との代替性」の問題の特性を示したことである。第二に、「結果危険」— 侵害結果の発生で初めて認識される当該行為の有した物理的危険 — という新たな概念を創造し、規範違反者にも「許された危険」の恩恵を与えることを可能にさせたことである。例えば、指定最高速度30キロのところを50キロで走行中子供が飛び出し即死させたが、30キロで走行していたとしても同一結果が生じたと認定される場合、30キロ走行に伴う「許された結果危険」が実現されたが故に違法性が阻却されると結論付けるのである。第三に、その理論的根拠を「許された結果危険の法理」と称して、違法阻却の一般原理として位置付けたことである。事前判断に基づく（広義の）利益衡量の展開は、違法論に一石を投じようとする意欲的な試みと称してさしつかえない。その他、筆者は、「合法的行為との代替性」の問題に端を発し、今日ドイツにおいて確立された客観的帰属論を正面から批判的に検討する等、犯罪論の根本問題にまで深く考察するに至っている。

以上要するに、厳密性を誇る犯罪論体系は、全体を傷つけずには何物も付け加えたり取り除いたりすることを拒むものであるところ、本論文には、筆者が代替性の抗弁を犯罪論体系に付け加えることで生じる拒絶反応の一つ一つに対処し、一応の安定を得るまでの広範囲に及ぶ考察が見られるだけでなく、当面の主題に関する深い洞察に満ちた見識と、その将来の達成を示唆する自主性及び独創性が提示されている点で、学界に多大な貢献をする研究業績と評価でき、法学博士の学位を授与される資格が十分にあると、審査員全員一致で認める次第である。