

早稲田大学大学院法学研究科

2019年6月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 「違法性阻却・減少事由の結果帰属論的考察
—正当化論における「結果」と「因果性」に
ついて—

申請者氏名 松本 圭史

主査	早稲田大学教授	博士（法学）	（立教大学）	松澤 伸
	早稲田大学教授	法学博士	（早稲田大学）	高橋則夫
	早稲田大学教授	博士（法学）	（早稲田大学）	松原芳博
	國學院大学教授	博士（法学）	（早稲田大学）	関 哲夫

松本圭史氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程学生 松本圭史氏（以下、「松本氏」と略する。）は、早稲田大学学位規則第7条第1項に基づき、2019年2月4日、その論文「違法性阻却・減少事由の結果帰属論的考察—正当化論における「結果」と「因果性」について—」（以下、「本論文」という。）を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士（法学）（早稲田大学）の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、本論文を審査してきたが、2019年6月7日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

1 本論文の目的・問題意識・構成

（1）目的・問題意識

本論文は、違法性を積極的に基礎づける構成要件段階と違法性の阻却ないし減少を問題とする違法性阻却段階が裏返しの関係にあると考え、違法性阻却段階に構成要件段階における解釈を応用するというアプローチから、従来の正当化論に新たな視点をもたらすことを目標として構成されたものである。

刑法学においては、ある領域における各論的問題を解決しようとする際に、その領域において本質的な正当化根拠、法的性格、処罰根拠といった総論的問題に遡り、そこから演繹的に各論的問題に対する回答を導くという解決手法が伝統的にとられてきた。これに対して、中止犯論においては、犯罪が既遂に達することを防止するという中止犯の現象的側面に着目し、中止犯を、法益を侵害する犯罪ないし構成要件を裏返したものと理解することで中止犯の成立要件を明らかにする裏返し論という解釈手法が存在している。そして、中止犯のように、犯罪を成立させない方向性が問題となる領域については、中止犯論の議論を応用し、裏返し論の観点から考察を行うことが可能であると考えられる。そうした考察が可能な領域として、違法性阻却・減少の領域がある。いわゆる裏返し論に基礎を置きながら、一定の体系性をもって、構成要件段階における解釈を違法性阻却段階に應用しようとするのが、本論文の問題意識である。

（2）構成

本論文は、序章において、その問題意識と検討の方法を明らかにし、その後、第1章から第5章までにおいて、違法性阻却・減少事由の各論的問題を取り扱い、最後に、終章においてその理論的帰結をまとめるという構成をとる。

序章においては、上記のアプローチをもとに、法益侵害結果またはその危険（結果無価値）という負の結果と行為者の行為との間の因果性に基づいて違法性を基礎づける構成要件段階とは対照的に、優越的利益原則の観点から、法益の保全（結果有価値）という正の結果が問題となる違法性阻却段階においては、結果有価値という結果と行為者の行為との間の因果性によって違法性阻却ないし減少が基礎づけられるとして、違法性阻却・減少事由を結果帰属行為として考察するという視点が示される。そして、これまで行われてこなかったこうした考察を応用することで、違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題につい

て、従来とは異なる観点から検討を加えることができるという見通しが明らかにされる。

第1章では、いわゆる失敗した正当防衛をめぐる議論を題材として、違法性阻却段階における結果がいかに把握されるかについて検討が行われる。

第2章では、裏返し論の観点からは必ずしも導かれない「違法な結果が生じた可能性」、すなわち「正当防衛ではなかった可能性」が、違法性阻却を基礎づけるのではなく、違法性を積極的に基礎づけるものとして、違法性阻却段階における結果と捉えることができるかについて、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説の批判的考察を通じて検討が行われる。

第3章においては、違法性阻却段階においても、構成要件段階と同様に結果との因果性が必要となることについて、いわゆる違法性の連帯性の問題を題材として検討が行われる。

第4章では、共同正犯における違法性の連帯性の問題について検討が行われる。

第5章では、前章まで違法性阻却・減少事由に関する各論的問題について検討を行ってきたことをふまえ、中止犯における違法減少説を再構成することが試みられる。最後に、終章では、本論文におけるこれまでの考察から帰納的に演繹される松本氏の見解がまとめられる。

2 本論文の内容

(1) 第1章 失敗した正当防衛と違法性阻却段階における結果概念

正当防衛について検討を行う際には、通常、正当防衛が成功し、被攻撃者の法益が守られたという事例が念頭に置かれるため、一見すると、正当防衛の成立要件として、法益侵害を阻止したという意味での防衛結果の発生が要求されるように思われるが、多数説によれば、防衛結果が生じたことは正当防衛の成立要件ではなく、防衛行為に出たがそれが逸れてしまったために防衛結果が生じなかったという失敗した正当防衛や、防衛行為を完遂できなかった正当防衛の着手未遂についても正当化が認められる。そこでは、防衛行為によって侵害の程度の弱体化や侵害の発生時期の遅延が認められる場合や、さらには、防衛結果が生じた可能性しか認められない場合であっても、正当化が認められるとされているが、こうした防衛結果の緩やかな把握がいかなる観点から、また、優越的利益原則と矛盾しない形で基礎づけることができるかについてはこれまで十分に検討されてこなかった。これに対して、ドイツにおいては失敗した正当防衛について詳細な議論が展開されており、そうした議論を経て、現在では、日本の多数説と同様の解決を行う見解が通説となっている。

ドイツにおける失敗した正当防衛をめぐる議論においては、違法性阻却段階における因果関係ないし結果を把握する際に用いられる手法を違法性阻却段階に応用するアプローチが提唱されており、松本氏は、これを参考として、日本の多数説を理論的に基礎づけることができるとする。すなわち、構成要件段階においては、法益侵害の程度を悪化させ、あるいは、法益侵害結果の発生を早めた場合のように、法益客体を有意に不良変更した場合には構成要件上の結果を惹起したといえるのであるから、法益侵害を問題とする構成要件段階を裏返したものが法益保護を問題とする違法性阻却段階であるとすれば、違法性阻却段階においては、防衛行為を行うことで、侵害を完全に阻止することができなかったとしても、攻撃の程度を有意に弱め、あるいは、攻撃を有意に遅らせることで、危殆化された

法益の状態を有意に改善できれば、違法性阻却段階における結果を惹起したとすることができるため、正当防衛の成立を認めることができる、という。また、構成要件段階において法益侵害結果だけでなく法益侵害の可能性も違法性を基礎づけるとされているのと同様に、違法性阻却段階においても、防衛結果だけでなく防衛結果が生じた可能性にも正当化を基礎づける性質が備わっていると考えることができるため、防衛行為によって攻撃に何ら影響を与えることができず、防衛結果が生じた可能性しか認められない場合であっても、正当化を肯定することができる、とする。

(2) 第2章 偶然防衛と違法性阻却段階における可能性

裏返し論によれば、違法性阻却段階においては、法益侵害の阻止だけでなく、法益侵害の程度を有意に弱めることやその発生時期を有意に遅らせたこと、さらには、それらが発生した可能性も違法性阻却を基礎づける結果として把握することができる。他方で、いわゆる偶然防衛をめぐる議論においては、違法性阻却段階に固有の結果として、違法な結果が生じた可能性、言い換えれば、正当防衛ではなかった可能性が取り上げられている。すなわち、結果無価値論の観点から正当防衛の要件として防衛の意思を不要とすることで、偶然防衛の事例において正当防衛の成立を認め、正当防衛行為から生じた結果は違法な結果ではないため既遂犯の成立は否定されるとしながらも、違法な結果が発生した可能性が認められる場合には未遂犯の成立が認められるとする見解が有力に主張されている。

松本氏は、これを前提に、結果無価値論に基づく偶然防衛未遂説について批判的に考察を加える。同説は、構成要件該当結果（法益侵害結果）が生じなかった場合と、正当防衛の成立によって違法な結果が生じなかった場合を同視し、さらに、構成要件段階において未遂犯の成立を基礎づけるとされている法益侵害結果が発生した可能性と、違法性阻却段階における違法な結果が発生した可能性を同視することで偶然防衛の場合に未遂犯の成立を認めるが、こうしたアプローチは、まず、構成要件段階と違法性阻却段階の区別を失わせ、消極的構成要件要素の理論に接近することになる点で問題がある、という。さらに、違法な結果が発生した可能性、言い換えれば、正当防衛とならなかった可能性を理由に未遂犯の成立を認める場合、過剰な結果が生じないように万全の態勢を整えて正当防衛に臨む場合でもない限り、正当防衛を行う際には過剰防衛になる可能性が高い水準で認められるため、正当防衛の成立により不可罰となるとされてきた事例の中でも、少なくない数の事例において未遂犯の成立が認められることになるという実際上の問題が生じることを指摘する。

こうして、松本氏は、違法な結果が発生した可能性を違法性阻却段階における結果として把握し、これによって未遂犯の違法性を基礎づけることはできない、と結論づける。

(3) 第3章 違法性阻却段階における因果性と違法性の連帯性

共犯論においては、正犯が違法でなければ共犯も違法でないという違法性の消極的連帯性に基づいて、適法行為に関与した共犯者は処罰されないと理解されてきた。しかし、そうした違法性の消極的連帯性がいかなる根拠から基礎づけられるかについては、これまで十分に検討されてこなかった。

そこで、松本氏は、従来の見解の根拠づけを分析し、違法性の消極的連帯性に関する従

来の見解の根拠づけが不十分であることを指摘する。そして、従来の見解は、狭義の共犯の場合を念頭に違法性の消極的連帯性を認めてきたが、適法行為に関与した背後者が共犯であっても違法と評価される場合や、背後者が正犯であっても適法と評価される場合があり得る。そのため、違法性の消極的連帯性を理論的に基礎づけるにあたっては、背後者の関与類型にかかわらず、実行者に認められる違法性阻却の効果が背後者に及ぶ場合と及ばない場合を、いかなる根拠に基づいて、また、いかなる基準によって切り分けるかを明らかにする必要があるとして、裏返し論を手がかりとして解決を導くことを示す。すなわち、構成要件段階において、実行者を通じて法益侵害結果またはその危険を惹起したことを理由に背後者の違法性が基礎づけられていることを違法性阻却段階に応用し、実行者の適法行為に背後者が関与する場合、背後者は、実行者が適法行為を通じて惹起した結果無価値だけでなく、それを優越する結果有価値についても因果性を有することになるため、原則として、背後者も適法と評価されることになる。

“正犯が違法でなければ共犯も違法でない”としてきた従来の見解は、こうした結果有価値と背後者との間の因果性によって基礎づけられると指摘する。

(4) 第4章 共同正犯における違法性の連帯性

共同正犯の領域においては、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁（いわゆるフィリピンパブ事件）を契機に、一方の共同正犯者に正当防衛の成立が認められる場合に、違法性の消極的連帯性の観点から他方の共同正犯者も違法でないとして評価されることになるのか、それとも、共同正犯の場合には違法性の消極的連帯性が認められず、個別的に正当防衛の成立が認められない限り他方の共同正犯者は違法と評価されることになるのかが議論され、この点については、狭義の共犯の場合に違法性の消極的連帯性を認める論者の中でも見解が分かれてきた。

この点、松本氏は、違法な結果がなくなるという考え方は、実行者と背後者が区別されない実行共同正犯の場合には維持することはできないという点で問題を抱えることになるため、一方の共同正犯者に正当防衛の成立が認められる場合であっても、他方の共同正犯者について違法性阻却を認めるには、個別的に正当防衛の成立が認められなければならないとする。もっとも、この見解に対しては、特に共謀共同正犯が問題となる事例において、実行を分担しない背後者の関与行為の段階では急迫性が認められず、また、関与行為について必要性・相当性を問題とすることができないため、そうした考え方は採用し得ないとする批判が向けられてきた。

これに対して、松本氏は、急迫性については防衛効果が生じる時点で認められれば足りること、また、必要性・相当性については、実行者が実際に行った行為およびそこから生じた結果を基準に判断することができるため、特段の問題は生じないことを指摘して反論する。そして、このように、実際に防衛行為を行っていない者についても、個別的に正当防衛の成否を問題とすることで、問題の解決は可能であることが指摘される。

(5) 第5章 中止犯論の結果帰属論的考察

松本氏は、違法減少説のアプローチそれ自体は正当であるということを指摘し、これに対して向けられている批判、すなわち、中止行為に関与していない共犯者にも違法減少を

認めることになるという点で中止犯の一身専属的効果と矛盾し、また、中止行為によってもたらされる違法減少の内実が明らかでないとの批判を踏まえて、こうした批判に応えられる形での違法減少説の再構成を構想する。

そこで、法益の保全を違法性阻却段階における結果と捉え、それと行為者の行為との間の因果性に着目することで、違法性の消極的連帯性を理論的に基礎づける本稿の立場から違法減少説が再構成される。その内容は、まず、中止犯の本質は犯罪を中止したという点にあり、中止行為者自身が法益侵害の危険を消滅させた場合には、違法性阻却段階における結果として把握しうる、当該行為によって保護された利益という意味での結果有価値を実現しているとみることができ、この点に違法減少の側面を見出すことができ、そのため、他人の行為によって結果有価値が実現された場合のように、先行する未遂行為を行った者と結果有価値の実現との間に因果関係がない場合や、任意性が認められない場合、例えば、中止行為を強制された場合や恐怖・驚愕により体が動かなくなった場合などのように、中止行為により法益侵害の危険が消滅したということができない場合には、違法減少を認めることはできない、というものである。

3 本論文の評価

(1) 評価すべき点

本論文は、違法性阻却・減少事由を、結果有価値の因果的な帰属の問題として考察することで、違法性阻却・減少事由をめぐる各論的問題について、結果帰属論的観点から演繹的に解決を導くと同時に、各論的問題の結論においても妥当な帰結が導かれることを示すことで、結果と因果性に着目した考察が、正当化根拠論と並んで、違法性阻却・減少事由を考察する際の有益な総論的視座となり得ることを帰納的に明らかにしている。従来の伝統的な刑法解釈論の方法を採用しつつ、同時に、中止犯の解釈における裏返し論という、ある意味ではローカルな解釈手法を、違法性阻却論の解釈全体に応用して独自の帰結を獲得した点で、松本氏の刑法解釈論における構想力・アイデアは非常に優れたものと評価できる。

また、松本氏が本論文のキー概念として用いている結果有価値という概念については、従来の議論では、不明瞭なまま論じられてきたところ、それが生じる可能性も含めて理解されるということを明確に提示し、因果性に着目した考察方法がもつ新たなビジョンを提示した点で、十分なオリジナリティが認められる。

とりわけ、それぞれが無関係なものとして捉えられる傾向にある各論的論点について、全体を通じて一つの視点から統一的な解釈を提示している点、また、個々の解釈においても、事例を用いつつ、具体的な妥当性を検証しながら、説得力ある議論を展開している点、体系的な議論を展開しつつも、実質的観点を導入し、バランスのよい解釈論となっている点に、松本氏のドグマティカーとしての優れた力量が示されており、この分野における学界の将来の議論の発展に大きく寄与するものと考えられる。

(2) 検討が望まれる点

以上のように、本論文には高い評価が与えられるべきであるものの、いくつかの点で、

さらなる検討が望まれる点もある。

まず、本論文のキー概念である結果有価値という概念は、上述した範囲ではその明確化が図られているものの、いまだ不徹底な部分も残されている。たとえば、中止犯の解釈におけるそれと、正当防衛の解釈におけるそれとの間には、概念上、若干のズレが見られる。そうした概念の一種の弛緩は、体系的な解釈を追求する上で生じたものであり、理解はできるものの、より精密な配慮が必要であったようにも思われる。

また、結果により着目し、因果論的考察を徹底する手法もあり得たように思われる。松本氏の議論の特徴は、因果的考察に加えて帰属の観点も導入する点にあるが、そもそも、結果有価値という概念をキー概念として、従来の結果無価値論の解釈に新風を吹き込もうとする点に本論文のもっとも優れた点があるといえるのであるから、むしろ、因果的考察を貫徹していけば、もう一步進んだ新たな解釈論の展開もあり得たように思われる。

さらに、こうして導入された帰属の観点ではあるが、やはり、因果的考察が中心に置かれているため、その内容がやや不明確で、必ずしも精密に展開されていない部分も残されている。松本氏には、この点についてのより詳細な議論が望まれる。

(3) 全体の評価

以上のように、本論文には、いくつかの点で、より検討を深めてほしい部分があるものの、それは、本論文が到達した地平の先において、初めて明らかとなった課題ともいえるものであり、本論文の価値を高めこそすれ、いささかも減じるものではない。

松本氏は、伝統的な解釈論の方法に即しつつ、新たな問題意識から新規性のある解釈論を切り拓いて展開している。そして、こうした研究の延長線上には、本論文において取り扱われていない違法性阻却・減少事由に関する各論的問題が残されており、これらの各論的問題についても、因果性と結果帰属を基礎に、新しい研究領域を開拓していくことができるものと期待される。こうした新たな構想と問題領域の開拓の点で、本論文が我が国の学界の議論の発展に貢献することは確実であろう。

4 結論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、本論文の執筆者・松本圭史氏が、課程による博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに価すると認める。

2019年6月7日

主査 早稲田大学教授 博士（法学）（立教大学） 松澤 伸（刑事法）

早稲田大学教授 法学博士（早稲田大学） 高橋則夫（刑事法）

早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学） 松原芳博（刑事法）

〔付記〕

本審査委員会は、本学位申請論文の審査にあたり、下表のとおり修正点があると認めた
が、いずれも誤字・脱字等軽微なものであり、博士学位の授与に関し何ら影響するもの
ではないことから、執筆者に対しその修正を指示し、今後公表される学位論文は、修正後の
全文で差し支えないものとしたので付記する。

博士学位申請論文修正対照表

修正箇所 (頁・行等)	修正内容	
	修正前	修正後
2 頁注 7、上から 3～4 行目	高橋則夫ほか著	高橋則夫ほか
28 頁本文、上から 9～10 行目	複数であればあるほど	多ければ多いほど
28 頁本文、上から 10 行目	複数であればあるほど	多ければ多いほど
33 頁本文、上から 8 行目	認めらうる	認められうる
46 頁注 30、上から 1 行目	緊急避難に対する正当防衛	正当防衛に対する緊急避難
53 頁本文、上から 11 行目	行為無価値	行為有価値
56 頁本文、下から 2 行目	欠缺	欠缺
66 頁本文、上から 6 行目	行為者	行為者の行為
66 頁本文、上から 8 行目	行為者	行為者の行為
68 頁本文、上から 1 行目	要求する立場見解から、	要求する立場から、
87 頁本文、下から 7 行目	存在するという事情を	存在しないという事情を
103 頁本文、上から 17～18 行目	通説的地位を占めている	通説として主張されている
112 頁本文、下から 2 行目	違を惹起する	違法を惹起する
113 頁本文、上から 16 行目	し得る ³⁰⁾ 、ため「各自	し得る ³⁰⁾ ため、「各自
115 頁本文、下から 9 行目	原理的に不可能	原理的に決定不可能
116 頁本文、下から 11 行目	場合を筆頭に	場合を例に
130 頁本文、上から 8 行目	積極的連帯性	消極的連帯性
130 頁本文、下から 2 行目	しかし、	__しかし、(1 マス空ける)
155 頁本文、下から 11 行目	__そこで、	そこで、(1 マス詰める)
159 頁注 110	〔井田の発言〕 ____。	〔井田の発言〕。(2 マス詰める)
162 頁注 124 下から 1 行目	も参照。) __	も参照。
165 頁本文、下から 4 行目	__したがって、	したがって、(1 マス詰める)
165 頁本文、下から 1 行目	裏返し論	__裏返し論 (1 マス空ける)
173 頁下から 5 行目	高橋則夫ほか著	高橋則夫ほか

