

論  
説

許された危険の法理に基づく

因果関係論の克服

沢  
登  
佳  
人

父よ、あなたは強かった、

骨まで凍る酷寒の

脊<sup>せ</sup>もとどかぬクリークに

三日もつかつていたとやら、

十日も食わずにいたとやら、

よくこそ勝つてくださった

日中戦争当時はやった軍歌である。小学生のころ初めて聞いてから最近まで、わたしはズツとこの歌を、日本の将兵が苦難に耐えて戦っている姿を讀んで国民の戦意を高めるために作られた歌だと思い、なんの疑いも抱かなかった。しかし同時に、初めからズツと、なんとなく心に引つかかるものがあった。骨まで凍りそうな水中では、三日はおろか三分間もいのちが持たないのではないか。脊もとどかぬ深い水のなかで重武装した兵士が、浮きつ沈みつしながら息つきをして、はたして何分間溺れずにいられるのだろうか。

先日もこの疑問をボンヤリ考えていたら、突然ハツと閃くものがあった。そうか、この歌の作詞者は将兵の辛苦を讀めるふりをして、実は当時のマスコミ報道が軍部におもねり国策に迎合して、将兵の架空の忠勇ぶりを、誇張した筆や言葉やヤラセの映像を通して国民の心に焼き付けようとしていたのを苦々しく思い、誇張をことさらに極端化し戯画化することによって、軍部やマスコミをオチヨクツタのだ。そして頭の悪い軍人や右翼思想家や検閲官だけではなく、オチヨククラレタ当人の、自分では頭が良いと思いきんでいるマスコミ報道人までもが、それにまったく気づかないのを見て、心中快哉を叫んだに違いない。

もつとも当時の民衆のなかにも、きつと彼の真意に気づいた人はかなりの数いたと思う。六〇年近くたってからやっと気づいたということは、わたしの愚鈍さの証明でもあるのだが、でも、他の人から見れば取るに足らないこの真相に気づいた瞬間の心ときめきは、リングの落下を見て万有引力を発見した瞬間のニュートンのそれに、おそらく劣らぬものだったと思う。

脳死は人の死か否か。孔子様なら言下に「未ダ生ヲ知ラズ、焉ンゾ死ヲ知ランヤ」と片付けられるであろうこの

問題を、愚鈍なわたしはこれまでまじめに考えてきた。しかし、条件付きで脳死を人の死と認める法律が成立した直後の朝日新聞で、臓器移植の推進を求める患者の会の代表が「脳死者が生きている人なら臓器を切り取って頂戴することは道徳に反するから絶対にいやだが、死体と決まったので、これからは安心して頂戴できる。善かった」と言ったとあるのを読んでハッと気がついた。法律で脳死者を人と決めようが死体と決めようが、脳死そのものの実体には何の変わりもない。したがって脳死者から臓器を切り取って患者に移植するという事実そのものにも、まったく変わりはない。変わったのは、その同じ事実の人々が持たせる意味である。これまで脳死者の臓器提供は、自分のいのちを犠牲にして他人のいのちを救うという、聖人の慈悲と英雄の勇気とを兼ね備えた崇高な行為であった。これからはそれは、自分にとってまったく無用な廃棄物にすぎない遺体を他人のいのちを救うために利用してもらおうという、いわば資源の再生利用のための廃品回収への協力と同じ性質の行為にすぎず、したがって後者と同様やって当然、やらなければ肩身の狭い思いをしなければならない。先記患者の会代表者の発言どおり、脳死者の臓器をもらう患者にとつては、良心の呵責無しに安心して臓器をもらうことのできるはなはだ都合な状況だが、その代償として彼は、彼のいのちを救うために自分のいのちを犠牲にしてくださいました恩人、失いかけた最初のいのちに代わる第二のいのちを授けてくれた第二の父母、したがって聖人と父母に対するが如くその慈悲と恩に対して感謝すべきである臓器提供者を、くれて当然、くれなければ不作為の殺人犯とも言われかねない有用廃棄物提供者に格下げするという、忘恩の徒になってしまったのである。

今の哲学と科学には、何が人の生であり死であるかを論ずるに足る資料と方法論の持ち合わせは無い。しかし、脳死者の脳以外のからだそれ自身が生きていることは確かである。そうであるのになぜ、その生きているからだを

犠牲にして他人のいのちを救おうとする人をすでに死んだことにして、その献身・自己犠牲の道徳的価値を貶しめようとするのか。その献身・自己犠牲を崇敬し心から感謝し、その恩に報いるべく授かったいのちを最善に生きようと思わないのか。人のいのちを犠牲にしたという道徳的負い目を免れんがために脳死者を死者と看做すことは、臓器を切り取って殺す脳死者を二重に殺し道徳的負い目を二重にすることではないのか。

他方、一定の条件のもとに安楽死を許容する今日の判例理論からすれば、脳死をわざわざ人の死と看做さなくとも、本人の強い希望が明確に認められることを条件に脳死者の臓器提供を法的に許容することは、安楽死以上に当然である。脳死における目前の死の必然的到來は、安楽死を許しうる場合よりいっそう確実であり、人のいのちを救う利益と道徳的価値は、瀕死者を肉体的苦痛から解放する利益と道徳的価値に遙かにまさっているから。してみると、脳死を法的に人の死と看做すことは脳死を法的に許容するための必要条件でも何でもなかったのであり、たんに道徳的負い目を感じることなく安心して臓器の提供を受けたいという、患者や医師の利己心を満足させるために、提供者の善意を踏みにじることでしかなかったのである。現に心臓移植を受けるために渡米したある子の親は、移植を待つ心境について「自動車事故で人が死ぬことを期待してテレビのニュースを聴く自分に、強い罪悪感を持った」と語っている。罪悪感から遁れたい気持はわかるが、遁れるために法律の力まで借りて臓器提供者の気高い心を貶めるのは、さらに大きな罪である。罪悪感から遁れようとするのではなく、提供者の尊い献身・自己犠牲を無駄にしないために授かった尊いいのちを最善に生きることによって、提供者の恩に報い彼に対する道徳的責任を立派に果たすべきである。

さてそうであるならば、脳死は人の死か否かを、哲学的科学的な資料も乏しく方法論の見当もつかぬ現状で、無

理して真剣に議論することは、不必要であるばかりか有害であり、ましてそのいい加減ならざるをえない論議に基づいて法律上どちらかに決めることは、真理と道德の双方に対する大罪と言わなければならない。「未ダ生ヲ知ラズ。焉ンゾ死ヲ知ランヤ」聖人の言葉は今なお、この問いに対する唯一の正解にほかならない。

さて、以上は本稿の枕である。要するに、同じ事物でも少し見方を変えると、とたんにまったく違った風に見えてきて、それまでの見方、見え方の足りない所がわかることもある、ということである。そしてわたしが一九五二年に名古屋大学法学部の助手になり、柏木千秋先生のもとで刑事法の勉強を始めてから今日まで四六年間、断続的にはあるがやってきた刑法総論の研究は、すべて既存のポピュラーな、しばしば権威ある理論を、その理論自身の視角とは少し違う視角から再検討するというものであった。本稿がその人の停年退官を記念して書かれる藤尾彰先生は、退官後も引き続き刑法学の研究に精進されると思うが、奇しくも先生と同時に、新潟大学退官後再就職した白鷗大学を再度停年退職する筆者は、退職後は刑事法研究から綺麗さっぱり足を洗って念願の詩と書画の道に専念しようと覚悟しているので、本稿がわたしの刑法総論に関する最後の考察となるだろう。だからできれば、これまでの研究を総合して総論全体にわたる体系的考察を上記の視角から行いたいと思ったが、執筆を予定していた夏期休暇を体調不良のため無為に過ごし、秋に入って漸く体力は恢復したが遠隔地への通勤による疲労に耐えて筆を執る無理は慎まざるをえなかった。とかくするうちに原稿提出締切日が迫ったので、全体的考察はあきらめ、犯罪論体系全体にまたがる見直しの中核課題たる、違法性の実質に関する理論およびその応用による解釈論上の諸理論の再検討のうち、これまでに検討し残した二つの課題、構成要件の違法行為によって当該構成要件の結果が惹起

されたにもかかわらず、その行為とその結果との間に刑法上の因果関係が存在しないという理由で未遂とされる場合および適法に行爲したとしても同じ結果が惹起されたという理由で未遂とされる場合を、これまでわたしがやって来た違法理論再検討におけると同じ視角から再検討することに限定して執筆することにした。右事情ご理解の上お許し頂けることを願う次第である。

しかし刑罰理論を併せた体系全体の見直しにもなお未練が残るので、その分はせめて素描だけでも、原稿締切日よりも少し先になる白鷗法学一〇号に掲載したいと考えている。本稿と併せ読めば、不満足ながらわたしの刑法総論研究の最終到達地を概観することができらるだろう。必ずや真理を求める人々の参考となることを確信しているが、その人々が読んで下さることに確信がない。

今日の最もポピュラーな犯罪違法論によれば、犯罪行為の違法性の実質は、その行為が結果として法益の侵害またはその危険性を生ぜしめたことに在る（法益侵害説、結果無価値論）。しかし、故意犯における侵害の現実的惹起と未遂犯における現実化されなかつた侵害の危険性という、存在論的に次元を異にする事態のいずれをも可とするこの定義は、排中律に違反している点で元々誤っているだけではない。未遂犯の中には、本来法益侵害の危険性をまったく持たないものが多く含まれているのである。

例えば銃で狙撃したが技術未熟で当たらなかつた場合、会場に時限爆弾を仕掛けて集まった人を殺傷しようとしたがたまたま集会の時刻が変更になったため無人の時刻に爆発した場合、致死量の毒薬を飲ませたがその種の毒に強い特異体質のため無事だった場合には、客観的には人の生命という法益の侵害の危険は初めからまったくなかつ

たのであって、ただ行為者本人だけ、または本人と行為時までにはその行為を知った人だけが主観的に危険だと思ひこんでいたにすぎない。行為時までにはその行為を知った人の中でも、知った時点ですでに集会の時刻の変更をも知っていた人や服毒者の毒に強い特異体質を知っていた彼の主治医にとつては、主観的にも法益侵害の危険性は存在しなかつたのである。

他方、現実に法益侵害の結果を惹起したにもかかわらず、そして正当防衛にも緊急避難にも当たらないにもかかわらず、違法性を有しない数種の行為が存在する。第一に、普通なら不能犯であるはずの行為からたまたま構成要件の結果が生ずる場合。例えば、丑の刻詣りによりAさんを呪い殺そうとしたところ、Aさんも迷信家でそのことを聞き知って不安からノイローゼ状態に陥り自殺した、あるいは、近頃旅客機の事故で多数の人が死ぬから、資金を提供して飛行機旅行をさせて事故で死なせてやろうと考え、かねがね貧困のため海外旅行ができないことを歎いていたBさんに金を与えて海外旅行に行かせたところ、乗った飛行機が仕掛けられた時限爆弾の爆発により墜落してBさんを含む全乗員が死んだ。この場合は前の場合とは反対に、行為者以外のほとんどの人には法益侵害の危険性はまったく無さそうに見えながら、現実には確かに危険性が存在しかつ現実化されてしまったのである。法益侵害説に立てばそれらの行為は違法と解さざるをえず、その上行者には構成要件の結果、前例では殺人の結果を惹起しようとする明確な意思（故意）があつたのだから、彼は故意犯、前例では殺人罪を犯したことになる。この明らかに不当な結論を避けるために、法益侵害説と矛盾しない形でその適法性を理由づけようとするれば、考えられるのは次の二つの方法である。

一つは、この種の行為は構成要件の結果惹起の定型性、右の例では殺人の定型性を欠くから、犯罪構成要件、右

の例では殺人罪の構成要件に該当しないので、違法性の有無を論ずる前に既に無罪であると説く。

しかし世の移りとともに従来はありえなかった方法で構成要件的结果を惹起する新種犯罪が登場するのは常の事であり、これらをすべて犯罪の定型性を欠くという理由で無罪にするわけにはいかない。例えば最近イギリスで、エイズ患者が故意に多数の婦女と交わって罹患させるという事件を起こして、殺人罪で起訴された。性交は人殺しの定型に当たらないが、エイズ患者が行えば相手の死という殺人罪の構成要件的结果を惹起する危険が極めて大きいという理由で、殺人罪の構成要件に該当するからである。これと同様に、通常は不能犯に終わる行為でも、たまたま前例のような因果関係を辿って構成要件的结果を現実に惹起した場合に限っては、その行為は客観的には当初から構成要件的结果惹起の一〇〇%の危険性を持っていたのであるから、犯罪としての定型性を欠くという理由だけで構成要件該当性を否定することはできない。もし前例で、Aさんが強度の不安ノイローゼと自殺願望に陥っていることを知って丑の刻詣りをしたとすれば、また時限爆弾が仕掛けられていることを知ってBさんをその飛行機に乗るように仕向けたとすれば、彼らが構成要件該当性と違法性とを兼ね備えた殺人罪を実行したことを疑う人はいないだろう。また丑の刻詣りした人が呪詛の直接的効果でAさんを殺すつもりだったとしても、人の死の結果は意図どおりに発生させたのだから、やった行為と起きた結果との因果関係の認識に錯誤があった場合に当たり、殺人の既遂犯にはならないが殺人未遂犯としては故意も違法性も共に備えているということになる。

そこで行為の違法性そのものを根元から否定するために登場するのが、いわゆる刑法上の因果関係論である。すなわち、通常不能犯の行為から構成要件の結果が生じた場合には、行為と結果との間に事実としての因果関係は存在するが、刑法上の因果関係が欠けているので、刑法上はその行為によってその構成要件の結果を生ぜしめたもの

と評価することはできない、言い換えれば刑法上はその行為によって法益を侵害したことはならない、とする説である。

しかし、行為と結果との間に既に事実としての因果関係が存在するのに、さらに同じ行為と結果との間に刑法上の因果関係が重なって存在すれば違法、存在しなければ適法というのであれば、刑法上の因果関係は事実ではない架空の存在だということになる。そして違法性の存否がこの架空の因果関係の存否に基づくものとすれば、違法か適法かの法的判断は、ある行為によってある因果関係を辿ってある結果が生じた（前例では丑の刻詣りによってそれを気にしたAさんが不安ノイローゼになって自殺した、資金を出して飛行機でBさんを海外旅行に行かせたことによって時限爆弾を仕掛けられた飛行機に乗ったBさんが爆弾の爆発・飛行機の墜落事故で死んだ）という事実そのものに対する評価ではないことになる。例えば刑法上は前例の丑の刻詣りとAさんの死の間には因果関係が無く両者は完全に別個独立・無関係の出来事なのであり、したがって丑の刻詣りが原因でBさんが死んだのではないという、事実に反する架空の出来事に対して法的評価が下される結果、丑の刻詣りはBさんの生命という法益をなから侵害していないから適法だということになる。

しかしもちろん、法が勝手に事実に反する架空の出来事を捏造し、それに対する評価を以て、事実として起きた法益侵害に対する評価とすり替える、というようなことが許されるはずはない。それ故、刑法上の因果関係の存否が何らかの事実に対応しているとすれば、その事実は、現実になされた行為とその後現実に起きた法益侵害との間の因果関係の存否とはまったく別の何ものかでないならぬ。しかしそうであるなら、現実に法益侵害を惹起したことは自身は違法性の実質ではありえない。法益侵害があっても、その行為と結果との間に刑法上の因果関係が

存在しなければその行為は適法であり、刑法上の因果関係が存在すれば違法であるということは、違法の実質は法益侵害ではなくて刑法上の因果関係の存在だということにはかならない。ではいったい刑法上の因果関係とは何ものなのか。この問題を、通説の因果関係論から離れて具体例に即して考えてみよう。

人を呪い殺そうと思ひ立ち、そして呪い殺せると信じて丑の刻詣りをする行為が、通常は殺人罪の不能犯として片付けられる理由は言うまでもなく、前例の場合のような極めて稀な例外を除いては、その行為が原因で人が死ぬという結果の起ることはないから、その種の行為を殺人罪として禁止することなくやりたい者には自由にやることを許しても、現行憲法に基づく法体制がまず以て平等に保護し保障しようとする国民の基本的人權（一七八九年フランス人權宣言二条によれば、自由・所有・安全および圧制への抵抗の自然權）、中でもその土台である国民の生命の安全の保護・保障に、何の支障も生じないからである。

もつともその種の行為を許す結果、稀には前例のようにある国民の生命が失われることもある。それは確かに、その種の行為を許すことに必然不可避的に伴う法体制の瑕瑾である。しかし、その瑕瑾を無くすために前例のような場合を殺人罪として禁止し違反者を処罰するとしたら、どのような事態が生ずるであろうか。

まず呪詛の対象者が死なない通常の場合でも、呪詛者を殺人未遂罪で処罰しなければならなくなる。

そればかりではない。およそ社会生活の中ではすべての人が、極く稀にはあるが人を死なせる可能性のある行為を日常的に行なっている。否、高度の機械的・化学的技術を縦横に駆使して大量の人や物資を絶えず迅速に動かし組み合わせ造り変えている現代の産業社会では、極く稀にどこるか日常的に大量に、かつ如何に避止につとめようと必然不可避的に、したがって確実に人を死なせる多種無数の行為が存在し、しかもすべての人が日常的にその種

の行為を自ら行い、それに関わりまたはそれに依存して生活しているので、人々のほとんどあらゆる種類の行為は、丑の刻詣りが人の死を招く可能性よりも遙かに大きな、人の死を招く可能性ないし必然性を持つている。それ故、丑の刻詣りを殺人の不能犯ではなくて未遂犯だとして処罰すると、日常生活のほとんどあらゆる種類の行為を殺人未遂として処罰せざるをえないことになる。

例えば自動車の製造・販売・運転により、わが国だけで年間一万人以上の人が死に数十万人の人が負傷している。世界全体となればその数倍数十倍の人が死んだり傷ついたりしている勘定になる。しかもこの被害は、自動車の製造・販売・運転が完全に禁止されない限り、たとえ安全規準を現状より遙かに厳しくしても（例えば時速五〇キロメートルを超える速度の車の製造を禁止したとしても）、一万人の死者を千人内外に減少させるくらいが精一杯で、丑の刻詣りにより被呪詛者が死ぬ確率以下に発生率を引き下げるためには、現代文明を支える利器としての自動車の利用価値をまったく失わせる程度にまで（例えば時速一〇キロメートルを超える車の製造を禁止する程に）安全規準を厳しくしなければならない。それ故丑の刻詣りを殺人罪として違法だとするならば、まして自動車の製造・販売・運転は当然に違法だということになり、自動車産業とそれに依拠する現代産業の全体、およびそれらのお蔭で現代人が享受している文明生活のあらゆる利便はすべて廃棄せざるをえなくなる。

また、人を飛行機に乗るように誘導する行為によりその人を殺傷する確率は飛行機事故の発生確率に等しいから、もし前者を殺人罪として違法だとするならば後者もそうだとしなければならず、航空機産業は軍需用を除いて廃棄せざるをえない。

しかしそうすることは、現行憲法下の法制度が根本目的とする人権保障のうち安全権の直接的保障はこれを完璧

ならしめるが、その代償として現代人が享受している自由権の行使すなわち各個人の自由な価値創造（文化の創造・発展）のために必要不可欠な範囲における財産権の質的に最も基本的な部分、そして量的にはその大半を、保障するどころか逆に放棄させることであり、その結果間接的には、その財産権と自由権との行使により衣食住の資を獲ている大多数現代人の生存を不可能にするという、安全権の潰滅的侵害をもたらす。

そこで刑法は、Aさんの死を生ぜしめた丑の刻詣りそのもの、Bさんの死をもたらした飛行機旅行への誘導そのものではなく、それらと同種の行為を一般的に殺人の違法性ありとして禁止した場合における、現行憲法下の法体制（以下簡略化して体制と呼ぶ）の存続・安定に対するプラスとマイナスそれぞれの影響と、それらと同種の行為を一般的に適法として自由に行うことを許した場合における、体制の存続・安定に対するプラスとマイナスそれぞれの影響とを比較衡量して、前者の場合には生命の安全権の直接的保障が完璧となるプラスの影響に比べて、現代文明が根本から崩壊して直接的には大多数者の文化的創造の自由権、その行使に必要な不可欠な財産権、間接的には大多数者の生命の安全権の潰滅的な侵害が生ずるマイナスの影響があまりにも大きいのに対し、後者の場合には生命権の直接的保障に多少の瑕瑾を生ずるマイナスの影響よりも、近代法体制の成果たる財産権・自由権の広汎・活潑な行使による絢爛たる文化の創造とそれに関わりそれに依存して生活しているすべての人々の生存が維持されざるなる発展が可能となるプラスの影響の方が遙かに大きいと判断して、個々の丑の刻詣りや飛行機旅行への誘導を、それと同種のあらゆる行為と一緒に適法として自由に行うことを認め、確率は極めて低いがしかし常に惹起可能な被呪詛者や被誘導者の死をいわゆる「許された危険」とし、極めて稀に現実にその死が惹起されても「許された危険の現実化」として不問に付するのである。

そしてその不問の理由づけとして従来のポピュラーな理論は、個々のその行為とそれによって惹起された個々の人の死との間には事実としての因果関係はあるが刑法上の因果関係が無いからだ、と説明してきたわけである。

そして正にこのような「現実に行われた個々の行為それ自身ではなくて、その行為と同じ種類の行為を一般に適法として自由に行うことを許した場合における体制の存続・発展に対するプラスとマイナス両面の影響と、一般に違法として禁止した場合におけるそれとを比較衡量して、プラスがより大きくマイナスがより小さい場合の方を採用する」ことこそ、当該現実に行われた個々の行為に対する刑法の適法・違法評価の実質的内容、すなわちその行為の適法性・違法性の実質にほかならない。

従来の違法論の根本的な誤りは、違法性を現実になされた個々の行為それ自身の属性として捉えようとしたことに在る。法益侵害の危険性や刑法上の因果関係は、この錯覚に基づいて刑法学者たちが、真の違法評価を現実になされた個々の行為それ自身やその行為による結果惹起それ自身の属性のように見せかけて、この錯覚を他人に対しても自分に対しても気づかれないようにした紛い物の観念にほかならない。元々理に合わない観念なのだから、実際の適法違法評価の基準としてはまったく役に立たない。前に説明したように、失敗した狙撃は元々危険性が無かったのに違法とされ、自動車の製造・販売は一〇〇%の危険性があるのに適法とされる。元々現実には存在するはずのない架空の因果関係なのだから、その存否に合理的な説明を付けることは不可能で、判定はひとえに判定者の感覚に委ねられる。判定基準に関する学説中最もポピュラーな相当説にしても、相当不相当の感覚は人によって違う。権威意識の強い裁判官は自分の感覚に従い、物わかりのよい裁判官ならみんなの意見の間を採って「まあこんな所かな」と結論を下すだろう。

これに対してわれわれの違法評価は、客観的な論理的手順に従って次のように行われる。すなわち、問題の行為と同種の行為を人々が自由に行うに任せた場合の体制への影響と禁止した場合のそれとを比較し、前の方が体制の維持・発展にとってプラスが大きくマイナスが小さいときにはその行為は適法であり、その行為により構成要件に該当する法益侵害結果が惹起されても、その適法評価において小さなマイナスとして、「許された危険」の現実化だから評価に影響無しと判定する。後の方が体制の維持・存続にとりプラスが大きくマイナスが小さいときはその行為は違法であり、その行為により構成要件に該当する法益侵害結果が惹起されなくても行為が未遂になるだけで違法であることに変わりはないと判定する。また結果が惹起されたときには、その結果が、体制の維持・存続にとって大きなマイナスだという理由で犯すことを「許されない危険」の現実化と判断されるならば、その行為はその構成要件の結果惹起の「既遂」として違法だと判定する。これに反して、惹起された右と同じ構成要件の結果が右の許されない危険の現実化ではなくて、体制の維持・存続にとっては禁止しない方が善いとして「許された危険」の現実化と判断されるならば、その行為はその構成要件の結果惹起の「未遂」として違法であるにとどまる。なぜならその結果惹起は、普通なら不能犯でしかない行為によってたまたま結果が惹起されたのと本質を同じくするからである。

例えば「Aが殺意を以て近距離からBを狙撃したがBは軽傷で一命をとり止め病院で弾丸摘出手術を受けたところ、麻酔ミスにより死んだ」という因果関係論の教科書的ケースは、この場合に当たる。刑法がこの狙撃を違法と評価するわけは、このように人の死を惹起する確率の大きな狙撃を一般に放任するとすれば、それだけでも殺傷の頻発により、国民の安全権保障を目指す体制は崩壊の危機に瀕するのに加えて、法は平等なるべきだから、これ

と同じまたはそれ以上の確率で人の死を生ぜしめる行為であつて、それを一般に禁止しても自動車の製造・販売のように放任の場合に勝る重大な体制への悪影響が生じない行為、例えば致死の確率の大きい刺斬、投毒、殴打、絞首などもすべて放任しなければならなくなり、体制は完全に崩壊するからであるが、この評価の中で、体制を脅かす事態と判断される所の頻発する人の死とは、狙撃、刺斬、投毒……などにより通常、つまり高度の確率で、惹起されるもの、具体的にはそれらの行為によつて直接惹起される身体組織の全的破壊もしくは機能停止、または部分的破壊もしくは機能停止に偶然にしかし高確率で他のある種の原因が介入することにより（例えば傷口から細菌が侵入することにより）惹起される全体的破壊または機能停止であり、刑法は高度の確率でその種の人の死を惹起する行為を一般に違法な殺人として禁止しているのであるから、その種の行為によりその種の死を惹起する危険のみが、殺人として許されない危険であり、その種の死を現実に惹起した行為のみが、許されない危険の現実化として違法な殺人の既遂なのである。そして従来 of 法律用語で「行為と結果との間に刑法上の因果関係が在る」と認定しても善いのは、このような場合である。

他方、致死一般の確率が大きい行為により惹起される可能性のある人の死の諸態様のうち、前記の許されない危険の範疇に属さないもの、具体的にはその行為そのものに、またはその行為により直接惹起される死に至らぬ結果に、たまたま確率の極めて低い他のある種の原因が介入することにより（例えば狙撃の音に驚いて急性心不全を起こしたことにより、または狙撃で受けた弾丸の摘出手術担当医の重大な失策により）惹起される死は、次の理由によつて許されない危険の範疇から除外しなければならない。すなわち、逆にもしそれが許されない危険の範疇に属するなら、それと同種の極めて低い確率で人の死を惹起する行為（例えば耳もとで突然大きな音を立てること、軽

傷者に通常は安全な手術を施すことまたは施させること）も一般に許されない死の惹起の危険を犯す行為だということになるから、死を惹起しない通常の場合も殺人未遂、稀に惹起すれば殺人の既遂として違法だということになるが、そんなことになったら体制が根底から崩壊してしまうことは、通常は不能犯である行為によりたまたま構成要件的法益侵害が惹起された場合について前に解説したのとまったく同じだからである。

このことから、行為の直接的結果のみならず未遂に終わるはずだったのに、その結果に他の何らかの原因が介入することにより既遂と同じ結果が生じた場合、既遂か未遂かを（従来の理論に従えば行為と後者の結果との間に刑法上の因果関係が在るか否かを）判定するためには、全因果過程の中から直接的結果に他の原因が介入する直前の状況を取り出し、もしその状況を故意に作り出す行為を行なったら、その行為は違法かそれとも不能犯かを問い、答えが違法であれば既遂（因果関係あり）、不能犯であれば未遂（因果関係なし）とすればよい、ということがわかる。

ところで、丑の刻詣りや飛行機旅行への誘導のように、構成要件的法益侵害惹起の確率が極めて低いという理由で自由に行うことを許される行為については、行為に当たって行為者に対し結果惹起を予防したまたはその確率を低減させるために何らかの安全措置を講ずる義務を課す必要はないが、自動車の製造・販売・使用のように一〇〇％またはかなりの高確率で結果を惹起する行為を許す場合には、右の義務を行為者に課し行為者がそれを忠実に履行することを条件とすることによって、許すことで確保される体制の維持・発展への好影響が失われない限度で、結果惹起を最少に抑えることが必要である。この義務は、自動車の製造・販売・使用のように結果惹起の確率が相対的に極めて大きい行為については法律や政令で定められるが、その確率がそれ程大きくはないが不能犯ほど小さく

もない極めて多種多数の日常的行為については、慣習や良識に基づく行為規範として広く存在する。例えばバットやゴルフクラブを振るときは周囲の状況をよく見て安全を確認すべきだ、焚火のあとは十分に消火しかつこれを確認すべきだ、幼児を保護者の看護無しに長時間放置してはならない、などなど。

そして行為者が、これらの安全措置を講ずべき義務（以下たんに安全義務と略称する）を履行しないで行為を行ったことにより、許されない危険（念の為にくり返すが、結果惹起の危険ではなく体制の維持・発展にわたる危険である）の現実化として構成要件の結果を惹起した場合には、その危険性の大きさに比例する違法性を以て、その結果惹起の構成要件該当行為を行なったことになる。安全義務を履行せずに行為を行なったが結果を惹起しなかった大多数の場合にも、右と同じ大きさの違法行為を行なったことになりはなく、右の構成要件が未遂を含んでいるときにはその結果惹起未遂罪の構成要件の違法となるが、未遂を含んでいないときには安全義務違反の構成要件の違法となる場合と、非構成要件の違法とされる場合とがある。刑罰の科否・軽重に違いはあるが、これは立法者・規則制定者の刑事政策的配慮によるもので、違法であることに違いはない。

他方、行為者が安全義務を履行して行為を行なった場合には、構成要件の結果を惹起しなければもちろん適法であるし、たとえ惹起しても適法であることに変わりはない。元々安全義務の履行は、体制にとって局部的に危険な種類の行為を、大局的見地から体制の維持・発展のための已むをえない代償として許すための条件にほかならないから。

さて、そうであるならば、安全義務不履行の行為により、許されない危険の現実化としての構成要件の結果と形の上ではまったく同じ法益侵害を惹起した場合であっても、もしその侵害が同じ状況の下で安全義務を忠実に履行

して行爲したとしても惹起されざるをえなかったと判断されるならば、それは刑法があらかじめ安全義務の履行を条件として許した危険の現実化にはかならないから、その行爲は、許されない危険の現実化たる構成要件の結果を惹起したのではなく、形は既遂だが既遂罪としての違法性を有しない。例えば制限時速五〇キロメートルの道路を時速七〇キロメートルで自動車走行中、突然脇道から子供が走り出し、急ブレーキをかけハンドルを切ったが間に合わず、轢き殺してしまった場合、仮りにそのとき時速五〇キロメートルで走行していたとしても轢殺を避けえなかったと判断されるならば、その行爲は過失致死罪としての違法性を持ち、かつ致死の結果を惹起しているにもかかわらず、未遂としての違法性しか持たず不可罰である。

判例も学説も従来からこぞってこの結論は認めて来たが、その理由づけに難渋していた。速度制限規則に違反する自動車走行により人の致死という殺人罪の構成要助の結果を惹起したのであり、高速走行と轢殺との間には明らかに相当性があるから刑法上の因果関係にも事欠かない。そこで相当説に代わって、一見もつともらしい次のような因果関係否定説が登場する。すなわち、自動車走行が轢殺の原因であったことは確かだが、走行時速が適法の五〇キロメートルでも結果は同じだったのだから、その走行が特に「制限時速を超えて違法だったこと」は轢殺の必要条件ではなかった。だからこの違法走行と轢殺との間には刑法上の因果関係は存在しない、と説く。

しかし、因果関係は走行行爲と轢殺結果との関係であるのに、「行爲が違法だ」ということは行爲に対して加えられる刑法の評価なのだから、たとえ適法に走行していたら結果を避けることができたとしても、走行行爲の違法だったことが轢殺の原因だったということは元々ありえない。その証拠に、制限時速五〇キロメートルの道路をもし時速六〇キロメートル以下で違法走行していたら轢殺を避けえたのに、時速七〇キロメートルで違法走行してい

たので轢き殺してしまったという場合には、先の論者の論法を以てしても、走行行為が違法だったことは轢殺の必要条件したがって原因ではなく、六〇キロメートルを超える七〇キロメートルの時速での走行行為が原因だということになる。同様に、制限時速ギリギリの五〇キロメートルで走っても轢殺を避けなかったという当初の設例の場合でも、もし四〇キロメートル以下なら避けえたとして先の論法を適用すれば、走行が適法か違法かに関わりなく、四〇キロメートルを超える七〇キロメートルの時速での走行が原因だということになる。要するに、轢殺を避けえた速度の上限を超える速度で走行したこと以外に、轢殺の原因は存在しないのである。

それ故、適法に走行していれば轢殺を避けえたか否かによって、違法走行が轢殺という構成要件の結果を惹起したか否かが変わるといふことはありえない。変わるのは、惹起された結果が、その走行行為に対する違法評価において許されない危険の現実化であるのか、それとも許された危険の現実化であるのかという点である。設例では刑法は、時速五〇キロメートルを超える自動車走行を一般に禁止することにより、速度制限の無い自動車走行を一般に許すことから生ずる大量の殺傷事故による体制の危険を防ぐ一方で、その速度を超えない自動車走行を一般に許すことから生ずる前者よりかなり少量の殺傷事故の危険を、自動車走行したがってその製造・販売をすべて禁止すれば体制を襲うであろう崩壊・壊滅の危険から現体制を守るための、已むをえぬ犠牲として許したのであるから、時速五〇キロメートルの適法走行によっても避けられなかった轢殺は、現実の原因走行の速度如何にかかわらず刑法の右評価における許された危険の現実化であって、原因である違法走行が既遂であるための要件としての結果ではないのである。

なお、合法的代替行為が問題となりうるのは、自動車走行のように、その種の行為は一般的状況下では、個々の

には法益侵害を惹起する確率が小さいので、法がひとまずそのような一般的状态の下で一般に従うべき安全規準を定めて置いた場合に、その一般的状态の下で侵害が起きたケースである。それゆえもし、法の想定しなかった特殊な状況が生じ、その下では、既定の安全規準を守っただけでは、その種の行為により、法が想定したのより遙かに高確率で侵害結果が生じるであろう場合には、当然、法の既定の安全基準に優先して、その状況に最も適した技術的経験則に従って安全措施を取るべきことが義務づけられる。この場合には、次の理由により、安全規準を守って適法に行爲したとしても同じように侵害が生じただろう、という抗弁は許されない。

第一に、その特殊状況下で技術的経験則により義務づけられる安全措施を取れば、間違いなく侵害の惹起の確率をゼロまたはそれに近く低減させるが、取らなければ逆に、一〇〇%またはかなりの高率に高めるであろう場合には、取らないで侵害を発生させる行為は、承知でやれば確定故意または未必の故意、それほど高確率ではないと誤認してやれば過失によるその侵害惹起罪となる。例えば、一般的状态を考慮して制限時速が一〇〇キロと定められている高速道路が、何らかの事情で異常に混雑し渋滞している場合には、その深刻さの度合に応じて運転技術の経験則は、時速五〇キロ、三〇キロ、あるいは一五キロ以下への減速を義務づける。それを守る限り事故はまず起きない。なのにある人が焦って飛ばして事故を起こせば、よほど臍曲りの弁護士でも、仮りに安全速度を守ったとしてもこの混雑状況では、事故発生の可能性が絶無ではなかったから、疑わしきは罰せずの法理により、合法的代替行為理論を適用して侵害未遂、焦った過失で故意は無かったから無罪、と主張することに躊躇するであろう。

しかし、人情としては確かにそうだが、理屈としては、同じ交通安全義務違反なのに、一般的状态下の一般義務違反に適用可能な理論を、なぜ特殊状況下の特殊義務違反には適用してはならないのか、と問われると、なかなか

好い答えは見つからない。そこで、それを見つげるために、以上と少し違うケースについて考えることにしよう。

すなわち、どのように行爲するにせよ、一〇〇%にかなり近い高率で侵害を惹起する可能性が在る、という状況下では、技術的経験則は、〇%またはそれに近く侵害惹起の確率を低減させる安全義務を見出しえないから、精々、その確率をできるだけ多く低減する措置を取るべきことを義務づけうるに過ぎない。しかしそれでは、義務に従うも背くも侵害発生確率に大きな差はないから、疑わしきは罰せずの法理を認める以上、合法的代替行為理論により、安全義務違反による侵害の既遂性を阻却し過失なら無罪とすべき堂々たる理由が、このケースではすべての安全義務違反について成り立つはずである。それなのに、ドイツのある判例理論は、安全義務を守って適法に行爲しても「確実性に境を接する蓋然性」で侵害が惹起されるときに限り、既遂性を阻却するという、疑わしきは罰せずの法理を無視した勝手な判定規準を捏造して、何が何でも過失犯を有罪にしようとした。しかし、前掲渋滞道路での安全速度違反なら、安全義務を守っていればまず一〇〇%近く事故は起こらないから、この規準は当て嵌め可能だが、こちらのケースでは元々どう足掻いても一〇〇%近い、つまり確実性に境を接する蓋然性で侵害発生を防ぐことは出来ないのであり、出来ないこと、つまり現実には惹起不可能な結果を規準にして、出来せ、惹き起こせ、それが駄目なら有罪だ、というのは時代劇の悪代官さながらではないか。

にもかかわらず、悪代官の屁理屈を肯定しないと甚だ都合なケースが、しかも日常的に存在する。例えば医療過誤がそうである。あらゆる医療上の安全義務を遵守し最善の医療を施したにもかかわらず、高度の確率で患者の死を惹起する疾患・病状は多種多数存在する。その医療に医師の過失による安全義務違反が加わって患者が死んだ場合、その義務が、車走行の一般的な時速制限と同様その種医療行為に当たり一般に遵守すべき規則、例えば外科

手術に当たつて医師は飲酒すべからず、あるいは、執刀用具を充分消毒すべし、であつたならば、初掲の制限時速超過による子供の轢殺のケースと同様、酒を飲まなくても摘出すべき病巢の状況から見て延命手術が成功する可能性はなかつたか否か、充分消毒したとしても殺菌不能な膿菌の残存により患者はその菌の感染で死なざるをえなかつたか否かは、比較的容易に判定できることが多いであらう。しかし、患者の疾患の本質とその時々々の症状を考へて、臨機・迅速に対応してその都度施すべき医療行為については、その疾患が元々死亡確率が高く、あるいはその時の症状が極めて重く、またあるいは施す医療そのものの致死率がかかなり高いが施さねば確実に近々死に至るので施さざるを得ない場合には、その医療の安全率が相対的に高ければその医療行為によるその時の死亡確率は減るが、医療効果は少いので長期で見れば治癒率は却つて下り、逆に効果に主眼を置けばその行為によるその時の安全率は低くなるなど、何を適法としても結局は、施療時または長期の死亡確率はかなり高くなるを得ないので、過失が手術中誤つて大動脈を傷つけて出血多量死させたとか、誤つて致死量の毒薬を医薬と間違えて服用させたとか、その時その過失が無ければ少くともその直後に死ぬことは確実に在り得なかつた極めて重大な過失以外には、合法的代替行為理論によるとすべて無罪とならざるを得ない。

だがこれは医師に医療過誤の自由・過失致死のライセンスを認めるに等しく、これを一般に許すと有罪として禁止するとで社会状態にそれぞれどんな影響があるかと考えると、許すことの功罪は医師が危険を怖がらずに有効と思う医療を試すことができ、医学の発展には大いにプラスであると共にそのお蔭で命拾ひする患者もある反面、罪に問われる心配が無いので医療が慎重を欠いて過誤を激増させ、患者を新開発医療の危険性を試す人体実験の材料とすることが盛んに行われて、ただでさえ近頃問題になっている医療道德の低下、医師の金欲による腐敗を決定的

なものにしかねない。有罪として禁止することの功罪は、丁度これと逆になる。現行法体制が求める人権の平等保障の理想に照らし、両者を比較して後者を探るべきは明白であるから、危険医療行為の過誤は、医療の極く一般的な遵則の違反以外は合法的代替行為理論による既遂の否定に無罪を認めず、過失致死を以て論ずべきである。危険医療行為以外でも、安全権侵害の危険度の大きな行為においてその都度義務づけられる臨機・迅速な安全義務の違反も、同様である。

これに対しては、許された危険の現実化であれば侵害結果が惹起されても既遂ではない、と言って置きながら、そのような既遂を認めるのは自説の破綻ではないか、との反論があるだろうが、そうではない。私の違法論では、行為の違法性評価において現実の侵害結果惹起の有無は、元々問題ではないのだから、すべての未遂犯は本来当然に犯罪であるべきなのに、なぜ軽い犯罪では未遂を処罰しないのかと言うと、犯罪は一般に侵害結果の発生を契機として発覚することが多く、過失犯では特にそうだし、発覚しても未遂に終わって被害が無ければ、当事者もマアで済ませて表沙汰にしたり処罰を求めたりしたがらないことが多い。また、法網は自由権保障のため一般にはできるだけ密でなくて、重点的に効果の有る所だけをしっかりと締めるのが善い。これが実質的罪刑法定主義の精神でもある。事実上その違法行為により侵害結果が惹起されたのに、適法行為によっても同じ結果を惹起したであろう場合に、それを許された危険の現実化として許すのも、この配慮に基づいてである。しかしこの配慮が却って仇となるなら、やめて許さぬ方が善い。つまり、この場合は、一般に許すことによって生ずる社会状態の危険が、甘受する限度を超えているのだから、侵害結果の惹起は許されざる危険の現実化とされ、違法行為の既遂性を基礎づけるのである。

以上で本稿の課題を果たし終えた。本稿と同じ視角から違法論の全体を体系的統一的に論じた拙稿に「違法責任理論の新構成（『中京商学論叢』六巻一号、一九五九年）」があり、ここでは教科書的な違法論上の法解釈問題のほとんどが、この視角から極めてコンパクトにしかし解釈の指針となる壺を適確に押さえてスッキリと解決されている。

本稿も結局その掌の上を出ておらず、そこに明言された違法論の根本命題「違法評価は、対象たる現実になされた行為とそれが惹起した現実の結果自身の価値反価値ではなく、その行為と同種の行為を一般に許したときに生ずる社会状態と、禁止したときに生ずる社会状態との価値反価値を互いに比較衡量して、禁止したときに生ずる社会状態の方が価値が大きく反価値が小さいという評価に基づいて、その種の行為を法的に禁止すべきであり、したがって現実になされたその行為はこの法的禁止に違反している、とする判断である。」は、近代法治主義を前提とする限り不易の真理であると断言して憚らないが、如何せん、ドイツ刑法学者の誰かが言い出すか少くともそれにコミットするかしない限り、従来の説と著しく異なる新説は相手にされないという、わが学会の風潮には勝てなかつた。

なおこの論文に先立つこと三年の拙著『故意過失概念の新構成（郁文堂、一九五六年）』は、同じ構成要件の結果を惹起した犯罪であるにもかかわらず、故意犯と過失犯とはなぜ刑罰の重さに大きな違いがあるのかという設問に対して、従来の違法概念と責任概念とは納得のゆく説明を呈供しえないことを明らかにし、それに基づいて適法行為の期待可能性と違法性の意識および事実の認識とを責任要素から違法要素に移し変え、その上で新しい違法の実質概念として前記論文および本稿とまったく同じ視角から、行為の違法性はその行為から生ずる個々具体的な

「現実の」結果の法的無価値ではなく、その行為と同種の行為が一般に許された場合に生ずるであろう「仮定的な」国家社会の全般的状態の法的無価値を意味すると述べ、現実の結果無価値説によつては根本的解決不可能な解釈論上の諸難問について、既に前論文および本稿における同様の指摘を行なっている。これがわたしの最初の論文であり、してみるとわたしの刑法総論研究はその出発点ですでに結論が出てしまっていたのであって、爾来四〇年間刑法学者としてのわたしは全くの無駄めしを食つて来たとも言える。この著書は当時の日本刑法学会賞、草野賞の候補となったが、なぜかその年に限り受賞者なしということになった。翌年テーマ・内容が拙著と重なり合う部分の多い東大の藤木氏の論文が受賞したので、アア、そうだったのかと思つたが、元々わたしの目指す学問は全文化分野の統一的論理体系の樹立に在り、刑法学研究はその重要な一環として法政経済の理念・原理・構造・機能を体系的に研究してゆくための入り口の一つと位置づけていたので、このことを契機に以後刑事法学の研究も、学界の動向とは無関係に自分の目標だけを目指して思索を重ねて行くことにした。しかしこの著書を読んでくれる人は結構多かったと見えて、ある時古書店の巖南堂から「注文が多いので複製本を出しては」と電話があり「そうだね」と生返事していたら承諾と受け取ったのか本当に複製本が出たらしい。しかしわたしには今に至るまで一言のしらせも無く印税も送つて来ていない。そうしたものであろうか。

前二著の後、同じテーマに関連して二つの論文を書いた。一つは「違法性は行為無価値でも結果無価値でもなく、体制関係の無価値である(『現代の刑事法学(上)』有斐閣、一九七七年)」であつて、当時さかんに論議されていた行為無価値論と結果無価値論とを分析・批判してゆくと論理必然的にわたしの違法論に導かれることを示したものの、もう一つは長沼款と共著の「M・E・マイヤー研究」(『M・E・マイヤー研究(続・完)』(『白鷗法学』三号、四号、一九

九五五年)であつて、M・E・マイヤーの法哲学と刑法総論との体系構造を分析することの中で、刑法総論の違法論に関しては彼の文化規範論とそれに基づく法益論とを解明した結果、その違法論の構造がわたしのそれとピッタリ符合していること、わたしが「違法性は行為無価値でも……」の中で指摘したように行為無価値と結果無価値とは対立する半面の真理として彼とわたしとの違法論の構造の中にそれぞれの場所を指定されることにより総合され止揚されることを明らかにしたものである。M・E・マイヤーは、今日のドイツしたがって日本の刑法総論の体系構造の基礎を造るとともにその發展の出発点を定めた人であるから、今の刑法学者も今の刑法学の初心を忘れないために彼の理論を一度は必ずふり返つてみるべきだが、ドイツ刑法学の変化の後を一〇数年遅れて追いかけるのに汲々としているわが刑法学の一般的傾向からすれば、「今さらそんな古臭い理論から何を学ぶのか」というわけで、近年はほとんど訪れる人も無い刑法学の史蹟と化しているようである。わたしが名古屋大学の助手だった当時、柏木千秋、大塚 仁両先生、故横山晃一郎君とみんなM・E・マイヤーの『刑法総論』の邦訳をやりかけたことがあつたが、大塚先生が平野竜一先生を始め東大助手時代の研究仲間に出会つたことを話したら、当時は目的的行為論大流行のさ中で「今頃そんな古いことを研究して何の足しになるか」と一笑に付されてガツカリし、名古屋に帰つて「やめましょう」と言うので、柏木先生も氣勢を殺がれて翻訳は沙汰止みになつた。このような風潮が今なお続いているとしたら、わが国に自前の刑法学が生まれることはなかなか期待し難い。

もつともこの一〇数年来アメリカでは、違法か適法かは行為を禁止した場合の社会状態と許した場合のそれとの比較で決まるという説が現われて来ているらしい。近年アメリカ刑法の研究者も少しずつ増えているようだからいづれわが国でも、この説に追隨しまたはコミットした理論が登場するかもしれないが、アメリカ人のそれと一緒に

わたしの著作を思い出して下さる人は……多分ないだろうな。

なお本稿は、鋤本豊博君の博士論文「刑法における「合法的行為との代替性」の問題について」（その一）は『北大法学論集』四七巻五号、一九九七年に掲載）の「第三章 新たな解法への挑戦」（この部分は未刊）における「違法行為により惹起された構成要件的结果が、その場合適法に行為していたとしても惹起されたであろうときには、その結果は「許された危険の現実化」にはかならないから、その違法行為の要素ではない」という天才的着想を、違法性の実質に関するわたしの持論に結びつけて違法論全体に敷衍し一般化したものである。記して同君の学恩に対し深甚の謝意を表す。