

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 9 日現在

機関番号：10101

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2012～2014

課題番号：24730059

研究課題名(和文) 刑法の違法性に関する一考察

研究課題名(英文) A consideration of illegality in criminal law

研究代表者

佐藤 陽子 (SATO, Yoko)

北海道大学・法学(政治学)研究科(研究院)・准教授

研究者番号：90451393

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,300,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、多様な法分野から構成されている法秩序は相互矛盾すべきではないという「法秩序の一致の要請」について、各論的にその妥当性を検証しようとしたものである。1年目は、刑法の正当化事由を対象にその妥当性を検証した。結論において、同じ正当化事由においても異なる帰結となる可能性を認識し、2年目以降は治療行為に限定して研究を行った。とりわけ3年目は、治療行為における被害者の承諾の性質と医師の説明義務の限界について検討を行ったが、最終的には「法秩序の一致の要請」は実際に必要であるが、これまで十分に顧慮されていなかったという帰結に至った。

研究成果の概要(英文)：I performed detailed discussion about unity of the legal order. Especially, I investigated a treatment act. In conclusion, I found out a present condition that we must overcome. Namely, legal order is inconsistent and many doctors are embarrassed. I will take over this study to next Kaken.

研究分野：刑法

キーワード：刑法 民法 法秩序の一致の要請 医事法

1. 研究開始当初の背景

(1) 学問的背景

刑法と民法の違法性の一致の要請に関する議論は、これまで活発とはいえないまでも、刑法学者及び民法学者の手によって何度か行われてきた。しかし、このような議論はすべて、両者を一致させる目的、あるいはその前提として両者の理解を図る目的で行われてきたように思われる。もちろん相互理解を図ることは重要であるが、他方で、このような議論に基づいて実際に両者の一致が実現されたか(あるいは少なくとも、その方向に議論が動いたか)といえ、疑問である。つまり、なお多くの領域においては、刑法上の違法と民法上の違法が食い違っているように思われるのである。

このような相違は、民法が当事者間の権利の調整を図る役割を有するのに対して、刑法は法秩序の維持・法益の保護(被告人の権利の保護)を図る役割を有することに由来しているように思われる。

そこで本研究は、そもそも刑法上の違法と民法上の違法の一致は必要ないのではないか、というこれまでとは逆の視点から、刑法上の違法に関する研究をおこなうものであり、これまでの研究とはスタート地点を真逆に置くものである。

(2) 研究代表者のこれまでの研究との関連性

本研究は、そもそも研究代表者が「被害者の承諾」を研究するにあたり、民法上の違法性が刑法上のそれに与える影響について疑問をもったことに由来している。とりわけ未成年者の承諾能力に関する議論の中で、以下のような主張があった。「民法上のそれは構成的な規範(konstitutive Norm)であるが、被害者の承諾は規制的な規範(regulative Norm)である」、ゆえに両者の違法性の一致は必要ではない(*Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil)*, ZStW 104, 527ff. 詳細は拙稿『被害者の承諾 各論的考察による再構成』(成文堂、2011)126頁以下)。

被害者の承諾が、たとえ民法上の契約が存在したとしても、常に撤回可能であること(拙著・前掲245頁以下を参照)も、このような性質の違いを理由に基礎づけることができるだろう。このような規範の性質の違いは、両者の違法の一致の要請に少なくとも一抹の疑いを投げかけるのである。

そもそも民法上、特に物権法・債権法上の権利は相対的なものであり、このような権利・無権利を違法・適法に置き換えて、自らを拘束しようとする刑法学上の理解はそもそもスタート地点から間違っていたのではないだろうか。その一方で、刑法の違法性は、不法行為法上のそれとは類似のものである

ように思われる。民法という括りで性質の異なる法領域を画一的に扱うことは妥当ではなく、この点で、債権法・物権法上及び不法行為法上の違法と刑法上の違法に関する検討を行うべきであると解するに至った。

2. 研究の目的

(1) 最終的な到達目標

本研究は、当該研究期間内において、民法上の違法と刑法上の違法が異なりうることを示そうとするものである。しかし、研究代表者自身、両者は全く別々の場所に存在し、相互に影響を与えることはないと思っているわけではない。それゆえ、両者が重なりあう部分をも示すことで、刑法上の違法概念(その独自性および一部民法への依存性)を明らかにしようとする。

(2) 研究期間内における到達目標

民法上のすべての法領域の違法を検討することは時間的に困難であると思われるので、本研究期間においては、財産犯とリンクする債権法・物権法の領域、および被害者の承諾、緊急避難・正当防衛といった刑法上の違法性阻却事由とリンクする不法行為法の領域に絞って研究を行おうとしたものである。

3. 研究の方法

基本的には文献及び専門家の教示に基づいて、行った。文献は、主に「法秩序の一致の要請」が熱心に議論されているドイツのもの、わが国のものを中心におこなった。専門家は、特に民事法の学者に、刑法と民法の交錯領域について、ご教示いただいた。

4. 研究成果

(1) 平成24年度の成果

平成24年度は、「法秩序の一致の要請」に関する総論的研究を行った。

まず、「法秩序の一致の要請」が必要だと解するドイツの有力説においては、それだけの理由が存在することが判明した。

すなわち、ドイツでは、国民の行為基準となる「当為命題(こうあるべきだという、sollenの命題)は統一的であるべき」との理解のもと、「法秩序の一致の要請」は現在、通説的地位を獲得しているが、それは日本刑法35条(正当行為)のような、一般的正当化事由に関する条項がないことが大きな理由となっている。わが国では刑法典に明文で規定されていない事由についても、35条を介して違法性阻却の効果を容易に持ちうる。医師の治療行為や労働争議行為も、35条により正当化される。しかし、ドイツではそのようにはいかないため、事案を適切に解決するためには、「超法規的違法性阻却事由」を多く必要とすることになる。そしてその、超法規的違法性阻却事由を導く、一つの基準として、全法秩序の視点が大いに有益になったので

ある。

ドイツにおける(そして、ドイツの議論を継承した日本においても)「法秩序の一致の要請」は、大きく二つの命題を巡って争われる。

他の法領域で違法とされた行為は必ず処罰しなければならないか。

他の法領域で違法でない(適法、空白含む)行為を処罰してはならないのか。

については、結論は容易である。刑法は峻厳な効果を有する法であるから、民法上あるいは行政法上違法な行為をすべて刑法的に処罰する必要はない。それゆえに、可罰的違法性という考え方も、わが国には存在する。

これに対して、問題はである。これには、さらに二つのパターンがある。第1は、民法および行政法上違法とされない行為を構成要件に規定することができるか、第2は、違法性の段階で、民法および行政法上適法とされる行為は刑法上も違法性阻却しなければならないかである。

本研究では、とりわけ比較のしやすい第2の疑問から着手した。そして、総論的理解によれば、行為者(被告人)の侵害行為を許容する規範がその他の法令に規定されている限り、刑法もこれに従属しなければならない(正当化事由の一致)との帰結を導くに至った。これは、債権法でも物権法でも不法行為法でも同様であり、他の法で特別に許された利益侵害行為が、刑法で処罰されるようなことはあってはならないはずである。

そこで研究代表者は、各論的にわが国では実際どのように調和が図られているか(あるいはそもそも図られているか)を検討した。

(2)平成25年度の成果

正当化事由の検討を行ううちに、研究代表者はドイツにおける「仮定的同意」に興味をもった。「仮定的同意」とは、被害者の同意が説明義務違反ゆえに無効となった場合、ふさわしい説明がなされても被害者が同じ侵襲に同意していたことを根拠に、犯罪の成立を否定もしくは制限する法理であり、ドイツで現在有力に主張されている。この法理は、民事法学説に由来するものであり、まず刑事判例が取り入れ、最後に刑法学説で受け入れられるにいたった。

しかし、この法理を妥当としない論者も多く、つまりそれは「法秩序の一致の要請」が各論的な分野では実はそれほど重視されていなかったことを意味しているのかもしれない。

それでは、なぜ「仮定的同意」の理論はなお抵抗をもって迎えられているのか。「仮定的同意」の法理を受け入れない論者は、いったい、民法と刑法の不一致をどのように解しているのかを検討した。

かかる検討の前提として、ドイツではそもそも治療行為が傷害罪の構成要件に該当するかが争われていることを確認しなければ

ならなかった。有力説は、そもそも治療行為は患者の同意がなくとも傷害罪を成立することはないと解する。この理解に基づけば、「仮定的同意」の法理など用いなくとも、治療行為に傷害罪の成立はおよそ問題にならない。これに対して、判例のように、治療行為には患者の承諾が必要であると解すれば、「仮定的同意」の法理を用いなければ、結論において民法との不一致が生じてしまう。つまり、判例のように理解する論者からは、「仮定的同意」の法理が妥当な解決のために必須の要素となるのである。そして、現在、「仮定的同意」は、ドイツの学界において広く議論され、支持されつつあるところである。

ところで、わが国に目をやれば、患者の承諾のない治療行為は傷害罪の構成要件に該当するとの見解が圧倒的多数を占める。これに鑑みれば、わが国も「仮定的同意」の法理を導入しなければならない現状にある可能性が高い。しかし、それは前提として、民事法における違法の範囲と刑事法におけるそれが異なる場合である。

(3)平成26年度の成果

そこで、研究代表者は平成26年度において、わが国の治療行為における患者の承諾が、民事法・刑事法においてそれぞれどう理解されているのかを検討した。

まず目についたのは、民事法は英米法を、刑事法はドイツ法を参考に議論を行うことが多いということである。それは、両法領域の導き出す規範に齟齬が生じる可能性が高くなることを意味していた。

また、民事法と刑事法では違法の実質が異なっており、特に利益侵害「結果」といわれるものの内容が、事象を包括的に検討する民事法と場面ごとに区別して検討する刑事法という形で異なっていた。

それにより、それぞれの法の目的に鑑みれば、「違法性阻却事由」ですら、刑法と民法とでは統一する必要がないのではなく、実際に刑事法も民事法も規範の統一を意識せずに議論をおこなっており、それを是認しているのであるという当初の考えとは異なる帰結に達した。

しかし、さらに検討することにより、かかる法分野間のコミュニケーション不全が、治療行為の担い手である医師に負担を強いていることを知った。すなわち、この行為は、民法では「行ってもよい(場合によっては行うべき)」が、刑法では「行ってはいけない」という領域があることになり、規範の衝突により混乱状況に陥るのである。そして、用心深く行動するために、医師は、刑法規範にも民法規範にもふれない、極度に狭い範囲をおそるおそる進む必要性が出てきた。

研究代表者は、このような状況を不当であると感じ、現在さらなる研究を行っている。それは、「統合的医事法」というドイツでも近年意識され、議論が起りつつある、法分

野にとらわれない、医師に統一的で妥当な規範を示すことをコンセプトにした研究である。

かかる研究も含めた、当助成金の研究成果は近いうちに、北大法学にて発表予定である。

〔参考文献〕

佐藤陽子「仮定的同意に関する序論的考察」川端博先生古稀記念論文集編集委員会編『川端博先生古稀記念論文集上巻』（成文堂、2014）215-240 頁。

5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 0 件）

〔学会発表〕（計 2 件）

佐藤陽子、「法秩序の一致の要請に関する一考察」、北大刑事法研究会、2013 年 4 月 20 日、北海道大学

佐藤陽子、「法秩序の一致の要請」に関する一考察、熊本法律研究会、2012 年 12 月 22 日、熊本大学

〔図書〕（計 1 件）

川端博先生古稀記念論文集編集委員会編、佐藤陽子ほか著、成文堂、『川端博先生古稀記念論文集上巻』、2014 年発行、215-240 頁

〔産業財産権〕

出願状況（計 0 件）

名称：

発明者：

権利者：

種類：

番号：

出願年月日：

国内外の別：

取得状況（計 0 件）

名称：

発明者：

権利者：

種類：

番号：

出願年月日：

取得年月日：

国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

佐藤 陽子 (SATO, Yoko)

北海道大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：90451393

(2) 研究分担者

()

研究者番号：

(3) 連携研究者

()

研究者番号：