「情報通信技術の発展を踏まえた刑事実体法上の正当化事由のあり方」に関する研究成果報告書

研究代表者　　遠　藤　聡　太　　早稲田大学法学学術院（大学院法務研究科）　准教授

1 本研究の背景

現代社会が抱える諸問題を解決するうえで、インフラたる情報通信技術の実情を踏まえる必要があることは自明である。社会問題の解決策の１つである法制度の考察においても、このような認識自体は広く共有されている。もっとも、行政法や民事法など他の法領域と比べ、刑罰という最も峻厳な法的制裁のあり方を定める刑事法の領域では、情報通信技術の開発・利用の実情を適切に考慮しうる理論枠組みの検討が未だ不十分である（例えば、藤田［2018］は刑事法を検討の対象から除外している。）。特に不足しているのは、犯罪の正当化事由（違法性阻却事由）論と情報通信の領域を架橋する本格的な研究である。情報通信の領域における刑事立法については、著しい技術の進展に伴い複雑化する犯罪行為に対応する必要から、ある程度抽象的な文言を用いて規制の網（犯罪構成要件）を広げておかざるを得ないという側面もあるところ、情報通信事業とその技術の発展を阻害しないよう処罰範囲の適正化を図る観点からは、網にかかった行為（構成要件該当行為）を正当化する特別の理由の検討が極めて重要になる（西貝［2024］54 頁参照）。しかし、例えば、サイバーセキュリティの維持を目的とした脆弱性チェックや情報の共有、ソフトウェアの開発・提供等の日常的行為が許される範囲について、刑事法研究者による詳細な検討はほとんどない。また、サイバー攻撃が現実化する以前の段階で、攻撃リスクのある対象を特定し、いわば先制攻撃をしかけるアクティブサイバーディフェンスの正当化の可否と条件についても議論は始まったばかりである。

そこで本研究は、情報通信技術の発展を踏まえた刑事実体法上の正当化事由のあり方について、日本とドイツ語圏の法状況の比較を通じた総合的な考察を試みた。本報告書では、本研究の具体的成果として、①正当業務行為の意義（「2」）、②正当化事由論におけるドイツの緊急避難論の意義（「３」）、③サイバーセキュリティ研究に関するドイツ刑事法の規律の動向（「４」）、に関する調査検討の結果を報告する。

2 正当業務行為の意義

犯罪の正当化事由のうち、日本の情報通信事業との関係で最も重要な役割を果たしうるのは、刑法 35 条後段に定められた「正当業務行為」である。例えば、総務省主催の「電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会」による各次の「とりまとめ」では、電気通信事業者によるサイバー攻撃への対処措置を正当化する根拠として正当業務行為が頻繁に援用されている。

本研究の最大の成果は、この正当業務行為の固有の意義と具体的な判断枠組みを明らかにした点にある。具体的には、(1)日本刑法 35 条後段の起草時期である 19 世紀末から 20 世紀初頭にかけてドイツ（語圏）で通説的な地位を占めた「業務権説」の議論を詳細に検討し、正当化事由としての正当業務行為の固有の意義が「専門的判断に基づく業務実践の尊重を通じた社会的利益の実現」という発想に求められること、(2)当該発想は現在の実質的違法性論の見地からも支持しうることを明らかにしたうえで、(3)当該発想に基づいて正当業務行為の判断枠組みを具体化し、遠藤［2023b］として公表した（また、そのエッセンスの一部については、2024 年 3 月 29 日開催の Halle-Waseda Workshop über Rechtsstaatliches Strafen において報告する機会を得た）。本報告書では、本研究における重要性に鑑みて、その成果の詳細を以下説明する。

2-1　正当業務行為の立法趣旨

（１）学説と実務の状況

正当業務行為の意義につき、学説では正当化事由としての固有の意義を認めず、違法性阻却の一般原理に基づいた実質的・個別的判断の問題に解消する理解が有力となっている（町野［1983］226 頁、山口[2016]112-114 頁等）。しかし、こうした学説の傾向に対し、業務活動の適法性を扱う実務解説やガイドライン等においては、正当業務行為規定が依然として重要な役割を果たしており、とりわけ情報通信事業に関連する領域でその傾向は顕著であるといえる（例えば、電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の

公益財団法人電気通信普及財団
研究調査助成報告書　第39号　2024年度

在り方に関する研究会「第１次とりまとめ」（平成 26 年 4 月）25-7、29-31 頁、同「第 2 次とりまとめ」（平成 27 年 9 月）15-6、20-1、22-4 頁、同「第 3 次とりまとめ」（平成 30 年 9 月）13-5、23-5 頁、同「第 4 次とりまとめ」（令和 3 年 11 月）9-12 頁参照）。正当業務行為規定が単なる正当化の「口実」を超えて現代社会において実質的な役割を担いうるのであれば、学説には、当該規定の趣旨を踏まえた具体的な判断枠組みを提示する責務があるといえよう。

（２）正当業務行為規定の起草過程

「正当ナ業務ニ因リ為シタル行為ハ之ヲ罰セス」（正当な業務による行為は罰しない）とする正当業務行為規定は、1895 年に司法省刑法改正審査委員会の起草による明治 28 年刑法草案として条文化された後、削除等の提案を受けつつもその文言を維持し、1907 年（明治 40 年）に刑法 35 条後段として成立した。起草過程の早い段階で条文化され、数次にわたる審査に耐えてきたという事実は、本条の背後に強固な理論的根拠が存在する可能性を示唆する。しかし、本条の解釈を指導しうる規範的観点は直接の立法資料においては明らかにされていない。

そこで正当業務行為規定の立法趣旨を明らかにする見地から、現行刑法の起草・審議に関与した委員等の著書を参照すると、業務行為の不処罰に言及する当時の学説において支配的であったのは次のような理解であることが明らかとなる。すなわち、ⓐ法的に承認された業務を目的とする行為につき、ⓑ業務上の準則に従う限度で違法性を阻却するという理解である。この理解は、起草委員らの参照文献、その用語法等に照らし、当時のドイツにおいて有力であった「業務権説」の議論枠組みの影響を強く示唆する（以上につき、遠藤［2023b］78-83 頁）。

（３）正当業務行為規定の起草当時のドイツの学説

特に強い影響をうかがわせるのが、19 世紀末から 20 世紀初頭のドイツを代表する刑法学者であった Franz von Liszt の見解である。そこで本研究では、日本の刑法 35 条が成立する 1907 年までに刊行された、Liszt の刑法の教科書全 15 版（Liszt[1881]から Liszt[1905]まで）の叙述とその変化を起点に、業務行為の正当化をめぐる当時のドイツの学説に関連する資料を収集し、網羅的な調査検討を行った。その結果得られたのは次のような成果である（詳細につき、遠藤［2023b］83-98 頁）。

ⓐ法的に承認された業務を目的とする行為につき、ⓑ業務上の準則に従う限度で違法性を阻却するという「業務権説」の基本的理解は、Meyer[1875]、Rotering[1882]、Binding[1885]、Liszt[1888]らの議論を経て、「業務権」（Berufsrecht）という呼称と共に一般化された後、業務者の専断的行為の特権化を危惧する Heimberger[1889]の批判や慣習法を重視する Oppenheim[1892]の主張等も踏まえて、本来の趣旨をより明確にしながら、少なくとも 20 世紀初頭に至るまで通説としての地位を維持していたといえる。その趣旨とは、専門的判断に基づく業務実践の尊重を通じた社会的利益の実現である。

第 1 に、「業務権説」の特徴の 1 つは、業務実践一般に対する法的承認から個別の業務行為の正当性を引き出す点にあるところ、業務の社会的有用性が法的承認の前提となる点については理解の一致がある。業務の正当性の実質的根拠は社会的有用性にあり、法的承認の根拠を「法律」に限定すべきかという問題は、当該業務の社会的有用性を担保すべき事情の範囲をめぐる問題と整理できる。

第 2 に、ここで前提とされる社会的有用性は、業務の実践（Ausübung）、すなわち個別の業務行為の積み重ねを通じて実現されることが企図されている。したがって、個別の業務行為が目的を達成できなかった場合でも、それが業務上の準則に従っている限り、社会的に有用な業務実践を構成する行為として正当化されることになる。

第 3 に、「業務権説」のもう 1 つの特徴は、個別の業務行為の限界を業務上の準則に求める点にあるところ、その背後に一貫して流れているのは、業務者の専門的知識・経験・技術（以下「専門的知見」という）に基づく裁量的判断を法が尊重するという発想である。Rotering、Binding、Oppenheim らによる医療行為の準則の具体化は、業務の実践に要する専門的知見が法律に先んじて発展しうることを前提に 、行為の選択に係る業務者の裁量を認めつつ、行為の危険性と有益性に応じて当該裁量の統制を試みるものといえる。

そして、その表現及び叙述の構造の類似性に照らせば、業務行為に関する日本の起草委員等の解説がここで確認したドイツの「業務権説」の影響を強く受けていることは明白であり、したがって刑法 35 条後段の正当業務行為規定も、このような意味でのドイツの「業務権説」を基礎にして起草・立法された可能性が高いといえる。

2-2　正当業務行為の固有の意義

そして、専門的判断に基づく業務実践の尊重を通じた社会的利益の実現という立法趣旨は、以下で述べるように、正当業務行為の固有の意義を基礎づける規範的観点として現在でも理論的な妥当性を有する（遠藤［2023b］99-101 頁）。

（１）業務行為の蓄積による社会的利益の実現

正当業務行為の正当化根拠を業務の社会的有用性に求める理解自体は現在に至るまで文献上の多数を占めているところ、まず検討を要するのは、業務実践一般の社会的有用性から個別の業務行為の正当性を導くことの当否である。

学説では、あくまで個別の業務行為に優越的利益の実現を要求する見解も主張されているが（中山［1982］301 頁）、失敗を伴う業務行為の正当化を一律に否定するとすれば明らかに不当である。違法性阻却の一般原理を優越的利益の保全に求める論者において、優越的利益実現の「蓋然性」や「類型性」が援用されていることからも明らかなように（松原［2022］222 頁等）、実質的違法性の評価において法益侵害・危殆化を重視することは、違法性阻却の判断を現実の結果に基づく個別的な利益衡量に還元すべきことを必ずしも意味しない。むしろ、実質的違法性の中核をなす社会侵害性（Sozialschädlichkeit.Vgl., Roxin/Greco［2020］§14 Rn.4ff.）の評価基準は、社会秩序の捉え方に応じて多元的でありうるところ、例えば、社会的有用性が認められる業務実践を社会秩序の構成要素と捉えたうえで、当該業務実践の一環をなす業務行為の社会侵害性を否定する理論構成も十分に成り立ちうるように思われる。

なお、同種行為の蓄積を通じた社会的利益の実現という規則功利主義的な発想は、正当業務行為を超えて、実質的違法性阻却一般を規律する規範的観点たりうるが（遠藤［2023a］101 頁参照）、業務行為は、その定義上反復継続性を内容とする点において、行為の蓄積による効果が特に期待できる類型に当たるといえる。

（２）専門的知見に基づく裁量的判断の尊重

その上で次に問題になるのは、業務者の専門的知見に基づく裁量的判断（以下単に「専門的判断」ともいう）を尊重することの当否である。学説では、尊重の論拠として業務遂行の円滑化の必要性が指摘される一方（大谷[2019]249 頁）、それは敢えて特別の違法性阻却事由を設けるべき理由に該当しないとの評価も有力である（町野［1983］225－226 頁）。しかしながら、情報収集・判断能力に劣る裁判所の事後的な利益衡量に判断を全面的に委ねることで生じうる萎縮効果を軽視すべきではない。特に業務遂行に要する知識・技術の専門化が進展する現代社会において、その弊害は一層深刻なものとなろう。業務準則の尊重に対しては、それが刑法規範と必ずしも一致しないことを前提に、業界内部の慣行によって合法性が決定されることへの懸念も表明されているが（島田［2001］63 頁等）、専門化の進む業界の行動準則を裁判所が単独で構築するのは困難であるうえ、ドイツの「業務権説」がそうであったように、そもそも業務準則の尊重は業界慣行の無批判な是認を必ずしも意味しない。専門的知見の自律的な発展を促しつつ、その発展を前提にして業務に伴う危険の制御と社会的利益の実現の最適化を目指す見地からは、裁判所による判断代置ではなく、業務者の専門的判断に基づく実践を尊重したうえで、判断過程の合理性を審査することによりその裁量を統制する規律の方向性が望ましいように思われる。刑法 35 条後段は、裁判所による裁量統制を前提に、業務上の専門的判断に対して同条前段の「法令」と同様の効果を与える規定と解すべきである。

2-3　正当業務行為の判断枠組み

以上の検討を踏まえつつ、専門的判断に基づく業務実践の尊重を通じた社会的利益の実現という趣旨に基づき、正当業務行為の判断枠組みを具体化する（以下の点につき、遠藤［2023b］101-107 頁）。

（１）目的手段の枠組み

刑法上の実質的違法性に関して、日本の判例（最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 巻 3 号 418 頁）は、「法秩序全体の見地から許容されるべきもの」か否かを基準としているところ、その具体的な判断形式については、「正当な目的のための相当な手段か」という目的手段の枠組みを採用するものと一般に評価されている（野村［2022］124 頁等）。ドイツの「業務権説」が目的手段の枠組みを基礎に発展してきた点も踏まえれば、刑法 35 条後段の正当業務行為の要件も目的手段の枠組みを基礎にその趣旨を具体化するのが妥当である。

専門的判断に基づく業務実践の尊重を通じた社会的利益の実現という趣旨を踏まえれば、正当業務行為における目的手段の枠組みは、①目的の正当性において、行為者の目的を包摂する業務の実践が全体として社会的有用性を備えること、②手段の相当性において、具体的な行為が当該業務実践の枠内に収まることを要求し、これらを充足する行為の社会侵害性を否定するものと整理できる。手段の相当性において、裁量の広

狭に応じ、専門的判断の合理性が問われる。

（２）目的の正当性

ア.「業務」を目的とすること

目的の正当性の要件においては、第１に、問題となる行為が「業務」すなわち社会生活上反復継続して行われうる事業・事項に包摂される活動を目的としていることが求められる。正当化の趣旨に照らせば、「業務」の条件として、遂行に一定の専門的知見を要する活動であること、将来に向けて反復継続の類型的可能性が認められることが要求されよう。他方で、社会全体における実践の蓄積が問題である以上、行為者自身が反復継続の意思を有していることや当該活動に係る免許・資格を保有していることは不可欠ではないと解すべきである。

イ．業務が「正当」であること

第２に、目的たる業務が社会的有用性の見地から一般的に「正当」と認められることが求められる。業務にいかなる性質・程度の社会的有用性が認められれば正当性を認めうるか、その評価の視点は複数ありうる。

第１の視点は、法制度による裏付けの強さであり、例えば医療行為のように、公的な許認可制度などの関連法規から国家による承認が推定される活動のほか、報道・取材活動のような憲法上の権利の保護・実現に必要な活動については、改めてその社会的有用性を問うまでもなく正当性が認められることが多いであろう。

第２の視点は、当該活動によって保護・実現される利益の公共的性格であり、サイバーセキュリティ維持活動のように不特定又は多数人の具体的利益を直接的に保護・実現する活動には正当性を認めやすいと思われる。

そしてこれらを補充する第３の視点が、優越的利益の実現であり、前記２つの視点から直接に正当性を認めることが難しい場合でも、全体として当該活動を許容する方が禁止するより多くの利益を実現できると評価できる場合には、社会的に有用な活動として正当性を認める余地がある。ただし、法律であれ慣習法であれ、ドイツの「業務権説」が一貫して業務の法的承認を要求してきた点も踏まえると、特に第３の視点からの正当性の認定には一層の慎重さが求められる。反復継続の事実に基づく社会的容認の実態 や優越的利益の明白性など、社会的有用性の評価を担保する事情を重ねて要求するのが妥当と思われる。

（３）手段の相当性

ア．業務「による」行為

手段の相当性の要件では、問題となる具体的行為が当該業務実践の枠内に収まること、その意味で正当な業務「による」行為と評価できることが求められる。正当業務行為の究極的な正当化根拠が社会的利益の実現にあるとすると、具体的な業務行為として、可能な限り危険性を低減しつつ有用性を最大化する手段の選択が望ましいのは明らかであるが、裁判所は、専門的判断の尊重を通じた社会的利益の実現という本条の趣旨を踏まえ、手段選択の判断過程に合理性が認められる限り相当性を肯定すべきである。

判断過程の合理性審査の方法は、(a)関連する業務準則が明確である場合と(b)明確でない場合で異なりうる。専門的知見の自律的発展を促す見地からは後者の場合にも一定の範囲で裁量的判断が尊重されるべきであろう 。

イ．手段選択の判断過程の合理性審査

(a)関連する業務準則が明確である場合

問責対象行為に関連する業務準則が明確である場合には、原則として、当該準則を遵守しているか否かが相当性の判断基準となる。業務準則には、所管官庁等の行政機関が示す各種指針等 のほか、民間団体の策定による自主規制ルール等のガイドラインが広く含まれうる。刑法外の準則を適法性の実質的基準とすることに対しては批判もありうるが、発展を続ける専門的知見の適切な反映と萎縮効果の回避という実質的な利点に加えて、刑法 35 条後段は刑法外の業務準則に対し一定の前提の下で「法令」に準じた正統性を認める規定と解しうることから、このような判断は理論的に正当化できる。

この場合、裁判所の判断において特に重要になるのは業務準則の合理性の評価である。業務準則の参照を正当化する前記理由を踏まえると、①問題となる行為の危険性及び有用性が当該業務準則の規律対象の範疇に含まれていること、②業務準則の策定主体の属性と選定方法、策定の手続きに一定の合理性があること、③専門的知見の発展と普及の程度、重大事故の有無、期間の経過等に照らし、当該準則の陳腐化を窺わせる特段の事情が認められないことが前提として確認されるべきであり、いずれかが欠ける場合には当該業務準則の合理性が否定されよう。この場合は(b)業務準則が明確でない場合の枠組みに従って相当性が判断される

ことになる。

(b)関連する業務準則が明確でない場合

関連する業務準則が明確でない場合、正当業務行為の趣旨に照らせば、行為者には、最新の専門的知見に基づいて行為の危険性と有用性の程度を具体的に評価したうえで 、業務目的達成の手段として適切な（相当な）範囲にとどまる手段を選択することが求められるが 、裁判所は、行為者に認められる判断裁量の幅を踏まえつつ、危険性と有用性を踏まえた手段選択の判断に不合理な点がないかを審査すべきである。以下では、行為者の裁量の幅を決定する考慮要素として、①業務の性格、②業界の体制、③行為者の能力に関わる要素の内容を確認しておきたい。

①業務の性格　第1に、裁量に関わる業務の性格としては、ⓐ危険性の内容、ⓑ専門性の高さ、ⓒ自律性の要請の強さが特に重要になる。まず、ⓐ危険性の内容については、業務に伴う危険性が重大であるほど、行為の必要性や有用性の要求水準は高くなるうえ、情報収集の点も含めて当該手段の選択には慎重な検討が求められる。緊急行為と異なり、日常的に反復継続されうる活動の正当化が問題となる正当業務行為において、行為の緊急性は原則不要と解されるが、生命侵害等の重大な法益侵害の可能性が具体的に想定される場合には緊急性が要求される場合もありえよう。同意の要否・内容も危険の内容に応じて変化するものと考えられる 。次に、ⓑ専門性の高さについては、業務の遂行に要する専門的知識・技能の内容が高度であるほど、行為の危険性や必要性・有用性の評価自体も専門的となり、裁判所による実体判断に困難が伴う。そのような場合には、当該知見を備えた行為者による評価の手続や考慮事情の説明に不合理な点が認められない限り、行為者の判断を尊重せざるをえないように思われる 。最後に、ⓒ自律性の要請の強さであるが、一定の宗教活動や表現活動など、国家の強制権限から自律性を確保する要請が強いと認められる業務については、ⓐⓑの視点とは独立に、裁判所による実体判断が抑制されるべきであり、他の業務に比してより広い裁量が認められよう。

②業界の体制　第2に、業界の体制も裁量の幅に影響しうる。具体的には、事故情報の共有や再発防止の取組み等、自律的な業務の改善を可能にする研究文化やガバナンス体制を備えた専門家コミュニティを有する業務領域では、業務実践を通じた社会的利益の実現を特に期待できることから、業務者の判断裁量はより広くなりうる。資格の要否、加入の強制性、懲戒制度の有無等の事情も、業界のガバナンスの実効性を測る要素としてこの文脈において重要となろう。

③行為者の能力　第3に、行為者の能力と裁量の関係であるが、当該業務領域の一般的水準に照らして高度の専門的知見を有する者による危険性や必要性・有用性の評価は、相当性の評価において尊重されるべきであろう。また業界の体制とは独立に行為者自身が事故被害の拡大や再発を防止する体制を事前に整備している場合、その者の業務行為は、仮に失敗しても業務実践全体の社会的有用性を高める可能性を有する点で、そうでない者の行為よりも広い裁量を認めてよいように思われる。

3　正当化事由論におけるドイツの緊急避難論の意義

本研究の第2の成果は、情報通信事業との関係で正当業務行為に次いで重要な役割を果たしうる不処罰事由である緊急避難の法理に関し、ドイツ（語圏）の議論が果たしうる意義について一定の見通しが得られた点にある。

3-1　ドイツ語圏の刑事法における緊急避難（Notstand）の多用

（１）刑法典における正当業務行為規定の欠如

本研究が明らかにした正当業務行為の固有の意義、特に専門的知見に基づく裁量的判断の尊重と統制という規律の方向性は、変化と発展を続ける現代社会に即応するものであり、したがって正当業務行為は、まさに本研究のテーマである「情報通信技術の発展を踏まえた刑事実体法条の正当化事由」としての中心的役割を果たしうるものといえる。

もっとも、このような正当業務行為論は、祖国であるドイツにおいて次第に支持を失い、1969年成立のドイツ刑法典でも明文化されるには至らなかった。オーストリアも同様である。他方、スイスでは、1937年成立の旧刑法 32 条において「業務上の義務が命ずる行為」の不処罰を定めていたが（制定経緯につき、町野

［1983］203 頁以下)、2002 年改正によって成立した新刑法 14 条において当該文言は削除されるに至った（小池＝神馬[2016]301 頁参照)。これらの法状況の最大の要因は、先述した正当業務行為の意義が正しく理解されず、「業務者に特権を与える」という誤解が一人歩きした点にあり、専門的知見に基づく裁量的判断の尊重と統制という発想の重要性それ自体が否定されているわけではない（スイスでは、業務行為は超法規的正当化事由と解されている。Stratenwerth［2011］§10 N90f.)。しかし、その受け皿となる一般規定が欠けることは、ドイツ（語圏）刑法における正当化事由論にいくつかの「歪み」をもたらしているように思われる。その最たる例が、緊急避難（Notstand）の多用である。

（２）セキュリティチェック行為に関する緊急避難の援用の問題点

情報通信事業との関係でいえば、例えば、セキュリティチェック目的での IT インフラへの無権限アクセス行為について、ドイツ刑法 34 条の正当化緊急避難による違法性阻却の可能性が主張されている（Klaas[2022]）。緊急避難の最初のハードルは、日本の刑法でいえば「現在の危難」（日本刑法 37 条)、ドイツの刑法でいえば「現在の危険」であり、これらの要件は、被告人の行為が緊急状態における行為（緊急行為）か否かを決する極めて重要な役割を担っているところ、「現在の危険」の意義につき、ドイツの判例及び多数説は、損害の発生は直接に差し迫っている必要はなく、いわゆる「継続的危険」(Dauergefahr)、すなわち、いつでも損害に転化しうるが実現時期が不確定であるため比較的長期にわたりうる危険状況も含まれると解している（Erb[2020]Rn94 等)。論者は、このような理解を梃子に、権限のない者が IT システム上の情報にアクセスしたり、システムに障害を与えたりすることを可能にするセキュリティ上の脆弱性（セキュリティホール）が存在する可能性が認められる状況において、「現在の危険」を肯定しうると主張するのである。

もっとも、このような主張には次のような疑問がある。第１に、継続的危険を「現在の危険」に含める従前の見解は、法益侵害の原因主体が特定された危険（危難）を議論の前提としていたように思われるところ、危険源が不特定の無権限アクセスのおそれに対しても、議論の射程を拡張してよいか。第２に、サイバー空間における脆弱性の存在可能性をゼロにすることは不可能であるから、論者の主張を前提にすれば、サイバー空間では常に現在の危険（危難）すなわち緊急状態が認められることになりうるが、それはもはや緊急状態ではなく日常的事態であり、緊急避難の規律対象から外れるのではないか（遠藤［2018］224 頁参照)。

これらの疑問から明らかなように、セキュリティチェック行為に関する上記の主張は、緊急避難の適用範囲を本来よりも拡張する試みと位置づけられよう。ここでは緊急避難が日常的事態を規律する法理としての役割をも担うに至っているが、本来であれば、日常的事態を規律する規定が別途必要であるように思われる。

3-2　気候緊急事態（Klimanotstand）をめぐる議論とその射程

（１）気候緊急事態に対する関心の高さ

緊急避難の多用という現象は、他の問題領域でも観察される。それが環境保護活動家によるデモ活動の正当化事由として緊急避難が援用されるいわゆる気候緊急事態（Klimanotstand）の問題領域である。本研究の期間中、Letzte Generation（最後の世代）などの環境保護活動グループにより、自動車運転による環境悪化を阻止する等の目的で道路を封鎖したり、自らの主張をアピールする目的で建物等にペンキをかけたりする行動が繰り返された。これらの行動は、強要罪や器物損壊罪などの犯罪構成要件に該当しうるが、裁判において被告人らが頻繁に援用したのが、正当化緊急避難である。

気候緊急事態に関する学会の関心は高く、本研究期間中もドイツにおいて同テーマに関するシンポジウムや講演会が多数企画された。筆者が参加したものに限っても、2023 年 10 月 20 日フランクフルト大学シンポジウム、同年 11 月 7 日ケンパー博士（フライブルク大学）講演、2024 年 1 月 17 日カスパー教授（アウクスブルク大学）講演、同 29 日ラトケ連邦憲法最高裁判事講演等がある。

（２）議論の傾向

裁判例は全体として環境保護活動家達に厳しい判断を示しており、緊急避難の主張についても排斥する傾向にあるが（前掲カスパー教授講演「Volles Verständnis oder volle Härte – zur strafrechtlichen Sanktionierung von Klima-AktivistInnen」による分析。なお、講演録について翻訳出版の調整中である)、本研究との関係で興味を引くのは、裁判所が「現在の危険」自体は肯定する傾向にあり、かつ学説も比較的そのことについて好意的である点である（Erb[2023]581)。

例えば、AG Flensburg, Urt. v. 7.11.2022（KlimR 2023, 25）は、ホテル建設のために森林が伐採されることに反対する環境保護活動家らが当該ホテル建設候補の森林にツリーハウスを建ててこれに立てこもった行為が建造物等侵入罪に問われた事件につき、①温暖化を通じて「すでに人間の健康が脅かされている」こ

と、②気候変動による人や自然に対する危険性には科学的根拠があり、損害発生の可能性が認められること、③万人が引き受けるべき「一般的な生活危険」の議論は説得力がないことを挙げたうえで、気候変動に伴う危険に対処するためには即座に行動する必要があり、継続的な危険が認められるとして「現在の危険」を肯定する判断を示しており、これを説得的と評する学説がある（Zieschang[2023]141）。

これらの裁判例は、とりわけ次の2点で緊急避難の適用範囲を従前よりも拡張するものといえる。

第1に、環境（Klima）という公共的利益を緊急避難の保全対象に含める点である。環境の概念は広く、「温暖化」のような現在進行形の気候変動を捉えて環境に対する危険を認めうるならば、現在の危険は常に肯定されうる。この点、Flensburg 区裁は気候変動が「人間の健康」に影響しうることを重視する点でより限定的ともいえるが、温暖化による健康への脅威が現在していることを認めており、限定機能はほとんどないであろう。

第2に、危険対処のために即座に行動する必要があることをもって「継続的危険」を認める点である。そもそも、損害への転化時期が不確定である場合が「継続的危険」に含まれる点については議論の一致がある一方、それを超えて、即座に行動する必要がある場合一般までこれに含めるか否かについて、裁判例の態度は必ずしも明らかでなかった（深町[2018]20 頁注 18）。また後者の場合を「継続的危険」に含める見解でも、そこで問題とされる即座の行動とは従来、即座の「利益侵害」措置であったところ、Flensburg 区裁は、「何らかの」行動をとる必要性で足りるとの理解を示唆する。この理解によるならば、継続的危険が認められる範囲は更に相当程度拡張されることになる。

（3）サイバーセキュリティ維持活動の正当化に与える示唆と問題点

このように気候緊急事態の局面で「現在の危険」が拡張的に理解されていることは、本研究の関心の1つである、サイバーセキュリティ維持活動の正当化をめぐる議論にも影響を与えうる。とりわけ、サイバー攻撃が現実化する以前の段階で、攻撃リスクのある対象を特定し、いわば先制攻撃をしかけるアクティブサイバーディフェンス（ACD、能動的サイバー防御）の正当化に関しては、「現在の危難」を肯定し得ないとする理解が一般的であるところ（遠藤［2022］69 頁参照）、気候緊急事態に関するドイツの裁判例の理解は、保全利益の公共性と即座の行動の必要性を理由に「現在の危難」を肯定しうるとする解釈の論拠として援用される可能性があるからである。

しかし、現在の危険に関する上記の拡張的理解には次のような疑問がある。すなわち、公共的利益のために長期的かつ段階的な対応を要する「危険」は、まさに政治が解決すべき課題なのではないか、という疑問である。緊急避難は、既存の法制度の想定を超えた利益衝突状況を規律する例外的・応急的な法理と解されるところ（遠藤［2018］224 頁）、気候緊急事態は、政治制度による立法的解決が優先されるべき危険状況として、緊急避難の規律対象から原則として除外すべきであるように思われる。

3-3　ドイツの緊急避難論の射程

日本の刑事法におけるドイツ法の影響力を踏まえると、正当化事由のあり方を考える手掛かりとして、ドイツの緊急避難論が参照される傾向は今後も続くと思われ、またそれは一定程度有効でもあろう（例えば、Klaas[2022]で提示される各要件の当てはめは参考になる）。

もっとも、既に述べた通り、ドイツで緊急避難が多用され拡張的に適用される背景に、正当業務行為のような日常的事態を規律する一般的正当化事由が欠けるという事情があることは、改めて想起されるべきである。「2」で紹介した研究成果も踏まえるならば、日本において情報通信技術の発展を踏まえた正当化事由を考えるに当たり、最初に参照・検討すべきなのは、正当業務行為である。

また、ドイツと日本で「現在の危険（危難）」要件が担う機能に重大な相違点があることにも注意が必要である。日本の「現在の危難」は、過剰避難という緊急状態下での行為であることを理由とする刑の減免事由（刑法 37 条 1 項ただし書）の前提要件でもあるがゆえに、慎重な判断を要するのに対し、ドイツの緊急避難規定にはこれに相当する刑の減免事由がなく、「現在の危険」を認めても特別な刑の減免の可能性が生まれるわけではない（なお、気候緊急事態のケースで「現在の危険」を認めつつ緊急避難の成立を否定した裁判例のうち、緊急状況下での行動であったこと〔緊急避難の要件を「ほぼ」充足する行為であること〕を理由に減刑を認めたものは存在しないようであり〔前掲・カスパー教授講演〕、事実上の減刑事情としての機能も弱いといえる）。それゆえに、「現在の危険」を緩やかに認めることに対して実際上の不都合が生じにくいといえよう。ドイツにおいて「現在の危険」要件が緩やかに判断される傾向にある点を日本の「現在の危難」の解釈において安易に援用することは避けるべきである。

4　サイバーセキュリティ研究に関するドイツ刑事法上の規律の動向

本研究の第３の成果は、サイバーセキュリティ研究の刑事法上の規律のあり方について、ドイツにおける議論の最新動向を把握できた点にある（なお、その成果の一部は、2024 年 6 月 2 日開催の刑法学会第 102 回大会ワークショップ「AI と刑事法」において報告した）。

4-1　サイバーセキュリティ研究行為の不処罰事由の不存在

ドイツは正当業務行為のような日常的事態を規律する正当化の一般規定を欠く一方で、いくつかの犯罪処罰規定（各則）において、特別な不処罰事由を設けている。このうち「研究」を理由とする不処罰事由としては、例えば、以下のようなものがある。

第１に、ドイツ刑法 86 条 4 項である。同条項は、憲法違反の組織のプロパガンダの頒布罪（1 項）が、「芸術若しくは学問、研究若しくは教育、現下の事象若しくは歴史的事象の報道又は類似の目的に資する」等の行為に対して適用されない旨を定めた規定であり、126 条 a（個人に関わるデータの危険な拡散）3 項、130 条（民衆扇動）8 項、130 条 a（犯罪行為の手引き）3 項などで準用されている。法益保護と研究の調整規定の雛形的な役割を担っているといえる。

第 2 に、ドイツ刑法 91 条 2 項である。同条項は、国家を危殆化する重大な暴力の遂行の手引きに関する罪の規定（1 項）が、「芸術若しくは学問、研究若しくは教育、現下の事象若しくは歴史的事象の報道又は類似の目的に資する」等の行為（2 項 1 号）及び②「専ら合法的、職業上、若しくは職務上の義務を履行するのに資する」行為（2 項 2 号）に対して適用されない旨を定めた規定である。①に加えて、②で職業上の義務による行為についても不処罰としている点が特徴である。

第 3 に、ドイツ刑法 201 条 a 第 4 項である。録画による高度に私的な生活領域及び人格的権利の侵害の罪の規定につき、閉鎖空間内の人間の録画行為（1 項 1 号）を除く侵害行為（1 項 2 号及び 3 号、2 項、3 項）が、「優越する正当な利益を守る中で行われた行為、特に、芸術若しくは学問、研究若しくは教育、現下の事象若しくは歴史的事象の報道又は類似の目的に資する」行為である場合には適用されない旨を定めた規定である。他の不処罰規定と異なり、「優越する利益の保護」という一般的基準の具体例として研究目的が挙げられている点が特徴である。

もっとも、サイバーセキュリティ研究行為が抵触しうる犯罪処罰規定であるデータ探知罪（202 条 a）、データ傍受罪（202 条 b）、これらの予備罪（202 条 c）、データ改変罪（303 条 a）、コンピュータ破壊罪（303 条 b）等については、上記のような特別な不処罰事由が存在しない。サイバーセキュリティの保護にあたり、侵害の禁圧と研究の促進は車の両輪であるところ、ドイツ刑法がサイバーセキュリティの侵害行為を捕捉する構成要件の種類を増やす方向での改正に積極的である一方で、セキュリティ研究行為の正当化について沈黙していることについては、批判の声が強まっている。

4-2 Golla の研究

この問題に対して包括的な検討を施すのが、Golla[2020]である（同論文については翻訳公刊に向けて現在調整中である）。Golla は、上記の犯罪処罰規定がサイバーセキュリティの保護に有益な行為を萎縮させうる点を特に問題視し、既存の正当化事由による対応、構成要件の限定解釈による対応にそれぞれ限界があることを指摘したうえで、いくつかの立法提案を行う。

（１）既存の正当化事由による対応

このうち、既存の正当化事由による対応については、①正当防衛（ドイツ刑法 32 条）は将来の侵害に備えるタイプの行為を正当化しえないこと、②正当化緊急避難（ドイツ刑法 34 条）は危険の回避に具体的に成功したことを要件とする点で成功の有無が判然としない多くのセキュリティ維持行為を正当化することには限界があること等を指摘する。これらは、日本法にも妥当する指摘であろうと思われる。

（２）構成要件の限定解釈による対応

他方、構成要件の限定解釈については、データ探知罪（ドイツ刑法 202 条 a） における「権限なく」（無権限）要件の解釈として、次のような興味深い理解を示唆する。すなわち、「セキュリティの脆弱性を明らかにするために必要であることが証明され、かつ、自主的な規律として一般に承認された倫理基準を満たす IT セキュリティ研究は、一定の状況下では、社会的に相当（sozialadäquat）であり、したがって無権限ではない」と解する余地の指摘である。

特に注目されるのは、第１に、正当化の要件として、行為の客観的必要性に加えて、業界内の自主ルールの遵守を重視する点、第２に、正当化の理論的根拠として、社会的相当性の概念を持ち出す点である。このうち第１の点は、業界内部の行動準則を重視する正当業務行為の問題意識と連続性を有するといえよう。また、第２の点についてGollaが援用する社会的相当性の理論は、一時期の停滞を経て、近年ドイツ国内においても再評価の動きが出ているところ（Ruppert[2020]）、日常的事態を規律する正当化の一般規定を欠くドイツの問題状況に対応する法理として、今後その傾向は強まる可能性がある。

もっとも、Gollaはこの理論構成にも限界があると指摘する。すなわち「ITセキュリティ研究者によるシステムアクセスのどのような形態が一般社会から承認され、したがって社会的行動の自由の範囲内であると考えられるかを判断することは困難である」という限界である。とりわけ実験的な性格を有する研究行為の正当化の法理として、研究コミュニティを離れた「社会」の承認を重視することは、結局、研究行為の正当化の範囲を不当に限定する懸念がある（この点につき、遠藤［2022］84頁）。

（３）立法提案

以上の限界を踏まえ、Gollaはいくつか立法提案を行っている。特に注目されるのは次の２つである。

第１に、刑事訴追のリスクを残す現在の不透明な状況を解消するため、前記ドイツ刑法201条aのような規定に倣い、「優越的な研究上の利益の追求のために行われる行為」についてIT関連犯罪の構成要件該当性を阻却する規定を導入すべきことを提案する。Golla によれば、あらゆる形態の「学問的な好奇心」が構成要件から除外されるのではなく、具体的な利益が証明された行為のみが犯罪から除外されるべきとする。

第２に、セキュリティーホール発見後に被害拡大を防ぐ措置を講じる場合を念頭に、刑法202条aのデータ探知罪について、真摯な努力に基づく中止行為を不処罰とする規定を導入すべきことを提案する。

このうち第１の提案については、正当化の要件が研究行為の特性に照らしてやや厳格に過ぎないかとの疑問もある。研究行為の社会的有用性は、研究の初期の段階では潜在的であり、具体的な特定が難しい場合も多いため、研究目的の正当性や研究の具体的な有用性を厳格に要求すると、研究行為の正当化範囲は大きく限定されうるためである。それゆえ、具体的な構成要件阻却の要件については、「優越的利益」を要求する以外の限定方法がありえないか等、更に検討が必要と思われる（この点について、遠藤［2022］79頁）。

他方、第2の提案は、セキュリティチェック行為が常に「クリーンな動機」から開始されるわけではないという実態を踏まえた対応策として重要である。とりわけ日本の刑法は、ドイツ法と異なり、犯罪の中止行為に対する「褒賞」として不処罰ではなく刑の減免を与えるにとどまることから（日本刑法43条ただし書）、このようなタイプの立法提案はなかなかなされないところであるが、日本法においても選択肢として十分検討に値する立法提案と思われる。

4-3　ドイツ連邦司法省による改正方針

以上にみた議論状況の下、ドイツ連邦司法省（Bundesministerium der Justiz）は、2023年11月23日付けで公表した「ドイツ刑法の現代化」と題する改正方針の要項（Eckpunktepapier）において、刑法202条a以下の犯罪につき、ITセキュリティ調査において、しかるべき手続の下でセキュリティホールを特定し、報告し、解消することを法的に可能にする必要があるとする連立協定を考慮した改正が必要であるとの意見を明らかにした（BMJ[2023]5）。要項によれば、2024年前半を目途に法案の要点が公表される予定であり、本報告書で指摘した問題点への対応も含めて、今後の動向が大いに注目される。

5. 終わりに

本報告書では、本研究の具体的成果として、①正当業務行為の意義、②正当化事由論におけるドイツの緊急避難論の意義、③サイバーセキュリティ研究に関するドイツ刑事法の規律の動向、に関する調査及び検討の結果を概説した。これらの成果は、いずれも「情報通信技術の発展を踏まえた刑事実体法上の正当化事由のあり方」という本研究のテーマの基礎をなすものと位置づけられる。今後は、これらの成果に基づいて、ドイツ滞在中に構築した人的ネットワークも利用しつつ、各論的なテーマについて研究を深化させていく予定である（その前提作業として、例えば、Endo et al.[2024]）。

【参考文献】

遠藤聡太「緊急避難論の再検討」刑法雑誌 57 巻 2 号(2018 年)212 頁以下
遠藤聡太「サイバー犯罪における違法性阻却」鎮目征樹＝西貝吉晃＝北條孝佳編『情報刑法 I サイバーセキュリティ関連犯罪』(弘文堂、2022 年)61−84 頁
遠藤聡太「リツイート事件と著作権等侵害罪の違法性阻却(下)」法律時報 95 巻 6 号(2023 年)99 頁以下:遠藤[2023a]
遠藤聡太「正当業務行為の意義」山口厚先生古稀祝賀論文集(有斐閣、2023年)77頁以下:遠藤[2023b]
大谷實『刑法講義総論〔新版第 5 版〕』(2019 年)
小池信太郎＝神馬幸一「スイス刑法典第 1 編総則」慶應法学 36 号(2016 年)295 頁以下
島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教法学 57 号(2001 年)44 頁以下
電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会「第 1 次とりまとめ」(平成 26〔2014〕年 4 月)
電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会「第 2 次とりまとめ」(平成 27〔2015〕年 9 月)
電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会「第 3 次とりまとめ」(平成 30〔2018〕年 9 月)
電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会「第 4 次とりまとめ」(令和 3〔2021〕年 11 月)
中山研一『刑法総論』(成文堂、1982 年)
西貝吉晃「現時における電子計算機損壊等業務妨害罪の解釈論」警察学論集 77 巻 2 号(2024 年)53 頁以下
野村賢「判解」ジュリスト 1578 号(2022 年)120 頁以下
深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』(弘文堂、2018)
藤田友敬編『自動運転と法』(有斐閣、2018 年)
町野朔「違法阻却事由としての業務行為」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集(1)』(有斐閣、1983 年)201 頁以下
松原芳博『刑法総論〔第 3 版〕』(日本評論社、2022 年)
山口厚『刑法総論[第 3 版]』(有斐閣、2016 年)

Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd.1 (1885)
Bundesministerium der Justiz, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs, November 2023
Endo, Kasiske, & Nakamichi, Strafbare Störung der Amtsausübung und der Geschäftstätigkeit, Einführung in das japanische Recht, 2 Aufl. (2024)
Erb, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 4 Aufl. (2020)
Erb, "Klima-Kleber" im Spiegel des Strafrechts, NStZ 10/2023
Golla, IT-Sicherheit und Strafrecht, JZ 2020
Heimberger, Ueber die Straflosigkeit der Perforation (1889)
Klaas, „White Hat Hacking“ – Aufdecken von Sicherheitsschwachstellen in IT-Strukturen, MMR 2022
v. Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht (1881)
v. Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht, 2 Aufl. (1884)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3 Aufl. (1888)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4 Aufl. (1891)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5 Aufl. (1892)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6 Aufl. (1894)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7 Aufl. (1896)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8 Aufl. (1897)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9 Aufl. (1899)

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10 Aufl. (1900)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 11 Aufl. (1902)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 12=13 Aufl. (1903)
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14=15 Aufl. (1905)
Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1 Aufl. (1875)
Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden (1892)
Rotering, Die chirurgische Operation insbesondere die Perforation als Ausnahme von der Norm, GA 30 (1882)
Roxin/Greco, Strafrecht AT Bd. I, 5 Aufl. (2020)
Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht(2020)
Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT1, 4 Aufl. (2011)
Zieschang, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand bei Hausfriedensbruch?, JR 2023

〈発　表　資　料〉

題　　名	掲載誌・学会名等	発表年月
正当業務行為の意義	『山口厚先生古稀祝賀論文集』(有斐閣)	2023 年 11 月 6 日
Strafbare Störung der Amtsausübung und der Geschäftstätigkeit	Einführung in das japanische Recht, 2 Aufl.	2024 年 3 月
Soft Law und Strafrecht	Halle-Waseda Workshop über Rechtsstaatliches Strafen（ハレ大学・早稲田大学ワークショップ「法治国家における刑罰のあり方」	2024 年 3 月 29 日
AI と刑事法	日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ	2024 年 6 月 2 日