

# Die Gefahrdungsdelikte : Eine Betrachtung zur Zieschangs Konzeption

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/17829">http://hdl.handle.net/2297/17829</a>

## 危殆犯論

### ツイーシャンクの危険犯に関する四分説を中心に—

振 津 隆 行

#### 一 はしがき

- 二 危険犯の四つのカテゴリー
- 三 おわりに

#### 一 はしがき

伝統的な抽象的危険犯と具体的危険犯との二分化に対し、近時、ドイツでツイーシャンクの提唱にかかる四分説が主張され<sup>〔1〕</sup>、多大のインパクトを与えていた。

本小稿は、このツイーシャンクの四分説についてその内容を提示し、今後の検討のための素材を提供しようとするのが、その目的である。

では、以下でツイーシャンクの四分説の内容を考察することにする。

## 二 危険犯の四つのカテゴリー

一 先ず、抽象的危険犯についてであるが、従来様々の見解が主張されてきたが、「原則的に、抽象的危険犯のメルクマールは、単なる類型的に危険な態度の処罰である」ということで、刑法学において、出発点において一致が存在する。<sup>(2)</sup>

抽象的危険犯の犯罪カテゴリーにあっては、文献上圧倒的な見解と一致して、「類型的に危険な態度が問題であり、その際、これにあつては法文によつて、態度の類型的な危険性を検討することなしに、原則上、明確な限定のみが問題である。」抽象的危険犯においては、危険状態という意味での一定の法益に對して関係づけられるものではなく、そこで、抽象的「危険」犯という表示は、不正確なものと示される。<sup>(3)</sup> それ故、ここでは、抽象的危険性犯と称するのが正しいとされているのである。

こゝでは、したがつて、態度の危険性と財がその中にある危険とを區別すべきものである。<sup>(4)</sup>

二 次に、具体的危険犯であるが、先ず用語の問題につき、ツイーシャンクの恩師たるヒルシュは、既に、危殆犯 (Gefährdungsdelikte) と危険性犯 (Gefährlichkeitsdelikte) とに分け、危殆化 (Gefährdung) ところは他動詞的な何ものか、つまり、客体に対する危険状態の招來を意味するものとされる。それ故に、具体的危険犯のみが真の危険犯なのである。<sup>(5)</sup> したがつて、以下で問題とするのは、正しくは「具体的危険犯」と表示されるべきものであることを、予め注記しておくたい。

では、「具体的危険犯」とは、一体いかなる諸前提と結びつけられるのであるうか。結論を先取りして述べると、具体的危険犯は、具体的に危険な態度とそこから生ずる具体的危険とから構成されている。前者の態度の具体的

危険性については、「規範の名宛人がどのように行動すべきかという内容は、違反以前に確定しなければならない。……態度が具体的に危険であるかどうかは、専ら行為(Tat handlung)の開始につき、事前的に判断しなければならない。行為するか否かどうかという決定の前に立つ人間は、考慮された態度が禁ぜられているかどうかを知りうるものでなければならぬ。したがつて、また、このような状態において、行為者の観点から確定可能なもののみが決定的である。そこから、具体的に危険な態度に關し、行為の開始につき行為者の観点から、専ら事前の判断の必要性が生ずるのである。<sup>(6)</sup>」

この点に関し、いわゆる「郵便局爆弾事例」<sup>(7)</sup>の考察が重要である。本事例は以下のようなものである。

行為者は、彼が郵便局内に隠した爆弾の期限発火を深夜に設定する。専門家の事前の予測からは、時たま依然夜間一二時頃までだれかが郵便局内で仕事をしているにもかかわらず、爆発の時点においては、そこにだれもない。

この点を、本郵便局爆弾事例に即して言ふと、「郵便職員が、事前の観点から時たまなおこの時点で作業している」ということで、たとえ職員が夜間一二時頃、爆発の時点で何キロメートルもはなれたところにいたとしても、事前の考察によれば、それがこの判断時に法益客体の具体的危殆化もしくは毀損は排除すべきではない、ということが特徴的である。かくして、法益客体が、それがこの判断時点に、態度そのものの作用領域に入りうるというかぎりで、事前の観点から存在しなければならない。<sup>(8)</sup>

それ故に、郵便局爆弾事例については、その態度は危険である。何故なら、「事前の観点からは、郵便職員がたまに、夜一二時頃依然として働いており、したがつて、郵便職員は態度の作用領域に陥りうるのである。その限りで、行為の開始の事前の観点から、たとえ事後的に、爆発時に郵便局に事實上だれもいなかつたということが明らかになるとしても、法益客体は存在しうるものでなければならない」<sup>(9)</sup>。

だが、以上のような態度の危険性ではなく、すなわち、「態度の具体的危険性は一つの、しかし唯一の具体的危殆犯の前提ではない。危険結果の発生がこれに付け加わわらなければならない。それ故、具体的危殆犯にあっては結果犯が問題となる」<sup>[10]</sup>。それは、結果事態が問題であるのだから、事後(ex post)に得られた認識をも考慮すべきである。「かくして、態度の具体的危険性の要件だけでは、具体的危殆犯が語られるというところに導くものではない」<sup>[12]</sup>。

以上のように、ツイーンシャンクによれば、具体的危殆犯は行為の具体的危険性と危険結果の発生が必要だとされる。すなわち、具体的危殆犯の承認のためには、具体的に危険な態度だけではなく、補足的に、そこから因果的な具体的危険結果が生じねばならないとされるのである。<sup>[13]</sup>

そこで、具体的危険結果が生ずるということはどういうことが問題となる。まず、「既遂の具体的危殆犯の承認のために(具体的危険結果)、行為者の態度が危険領域内に法益客体が入ったこと」<sup>[14]</sup>が必要である。また、このことは、ツイーンシャンクによつて、「具体的危険の(最少の)前提は、行為客体が既に行為の作用領域に陥つたことである」とも表現されている。

なお、「具体的危険は、いざれにせよ、法益客体が行為者の危険領域内にないときには、未だ与えられていない。既遂の具体的危殆犯の承認のためにはこの(最少限の)要件が存在しなければならない」ということは、今日文献上全く支配的な見解に相応する<sup>[15]</sup>のである。

さらに、この具体的危険結果は、「法益の客体が危険領域に到達するとすれば、具体的危険結果は、法益客体に損害が発生するか否かどうかは偶然(Zufall)にのみ依拠するときに存在する」<sup>[16]</sup>のである。

この「偶然」をどう把えるかについては、諸説が対立している。ホルンは、偶然とは、侵害の欠落が(自然)科学的に証明不可能でない場合だとする。<sup>[19]</sup>これに対し、シューネマンは、科学的(非)説明可能性を目指すので

ではなく、規範的危険概念を擁護する立場から、通常の経過において計画されたのではなく、脅威を受けた者の、あるいはそれを信頼しえなかつたところの他の諸事情の支配できない、幸運な連鎖に基づくところのすべての救助原因が偶然であるとする。<sup>(20)</sup>さらに、ヴォルターは、目的的に投入可能な、繰り返し可能で、それ故に、まさに偶然でないときにのみ、確定した救助チャンスを根拠づける諸事情がある場合には、具体的危険を否定しようとするのであって、それは修正された規範的危険結果説を主張するものである。<sup>(21)</sup>最後に、キントホイザーは、損害の回避のために目指された事象経過に介入することが可能ではなく、損害の重要性は目指されておおわれないときに、具体的危険を承認するとするが、結局は、事象の結果が偶然に委ねられているということを述べるに止まるのである。<sup>(22)</sup>

以上のように諸説が展開されているが、ツィーシャンクによれば、具体的危険犯における具体的危険というのは、「損害の発生の近接した可能性と並んで、行為者の行為がその作用領域の中に法益が入った」とが必要であり、具体的危険は法益客体についての（不）発生が偶然に依拠するときに、具体的危険が初めて肯定される<sup>(23)</sup>とする。このようにして、ツィーシャンクによれば総括的に述べると、「具体的に危険な態度だけが具体的危険の承認のために十分ではない。補足的に、具体的に危険な態度によって、因果的に危険な結果を招来しなければならない。一方で具体的に危険な態度、および他方で具体的に危険な結果は相互に区別すべきである」ということ、そして、具体的な危険結果というものは、「損害の発生が近い」というように、蓋然性が存在しなければならない。補足的に、行為者の行為が法益客体の危険領域に入ったことが前提となる。このことが当てはまるとすれば、具体的危険結果は、法益客体に損害が生ずるか否かどうかは偶然に委ねられているときに初めて存在する<sup>(25)</sup>とされ、損害の防止のために目指された救助措置は、最早遂行されえないものである。

以上のように、具体的危険犯は具体的に危険な態度とそこから生ずる具体的危険から構成されており、そして、

具体的危険の特色は、損害発生の近い蓋然性および法益客体が行為者の行為の危険領域の中に入ったということと並んで、法益客体にある損害が生ずるか否かどうかは偶然にのみ依拠するという要件であることが明らかとなるのである。<sup>(28)</sup>

三　さらに、具体的危険性犯のグループが問題とされている。「具体的危険性犯」とは、具体的に危険な行為者の態度だけが存在する場合である。<sup>(29)</sup>

ヒルシュによれば、「事前的に個別事例の具体的諸事情によって判断される行為者の態度を目指すべきである刑罰規定」が具体的危険性犯のもとで理解されているのである。<sup>(28)</sup>「具体的危険性犯は、たとえば『危険を惹起しうるところの行為』という定式化でもって限定されうるものであろう。構成要件メルクマールは、行為者の状態にある客観的観察者の事前の視点から、あらゆる個別事情を引き出して、損害の発生を蓋然的ならしめる行為によって実現されうるであろう。その種の具体的危険性犯は、たとえば、(ドイツ)刑法典一二六条一項および二項、一三〇条、一四〇条二号、一四五d条、一六四条、一六六条一項および二項、二五七条および三三五条一項である」<sup>(29)</sup>。

かくして、具体的危険性犯は、「危殆化」という名称に倣し、そしてまた真の危殆犯として表示されるところの具体的危殆犯とは別ものであり、具体的危険性犯の場合、具体的危殆犯と異なり、ある法益客体が事実上危険の中に入つたかどうかは問題ではなく、他方、態度の類型的危険性（一般化された危険〔Risiko〕）で十分だとする抽象的危険性犯から区別されるものである。<sup>(30)</sup>

四　最後に、ツィーシャンクによれば、「潜在的危殆犯」という犯罪カテゴリーが存在するとされる。潜在的危殆犯は、「具体的に危険な態度」および、そこから生ずる「具体的危険状態」から構成されている。具体的危殆犯とは、「具体的に危険な態度」は同一であるものの、潜在的危殆犯では「具体的危険状態」から成るの

に対し、具体的危殆犯では「具体的危険」を要件とするところで異なるのである。

さて、「具体的危険状態」ならびに「具体的危険」にあっては、部分的に事後の観点を顧慮すべき結果が問題となっている点では共通である。しかし、「具体的危険状態」（潜在的危殆犯）と「具体的危険」（具体的危殆犯）とは、一体どこで区別されるのであろうか。

「具体的危険」は、損害が発生するか否かどうかは、ただ偶然にのみ依拠することによって特徴づけられるものである。損害の防止のための目指された救助措置は、最早遂行されえない。これに対して、「具体的危険状態」は、具体的危険の前に位置しているところの結果である。それにおいて、（偶然とは異なり）、なお目指された、予測可能な介入が事象経過において可能であるが、しかし、このような介入がなければ——かくして妨げられない経過においては——ある損害が生じようところのある状態が招来されるときには、既に具体的危険状態は存在するのである。これに加えて、——具体的危険とは異なり——法益客体が、行為者の危険領域内にある必要はないものである。<sup>(31)</sup>

五 以上のようにして、ツイーシャンクは、危険犯を四つのカテゴリーに分類するのである。先ず第一に、抽象的危険性犯であり、これは、ある規定において、類型的に危険な態度が問題となる場合である。第二に、具体的危険性犯であり、これは、刑罰規定が具体的に危険な態度を要求する場合である。第三に、潜在的危殆犯であり、これは、具体的に危険な態度から、補足的に具体的に危険な状態が生じねばならない場合である。最後に、第四として、具体的危殆犯であり、これは、具体的に危険な行為と並んで、法益客体が行為者の危険領域の中に至り、そして損害が生ずるか欠落するかどうかが偶然に依拠する場合である。<sup>(32)</sup>

ツイーシャンクは、以上四つの危険犯の犯罪カテゴリーに分類し、その個別的適用につき考察を加えているのである。<sup>(33)</sup>

### III おわりに

わが国でも、山口厚教授は危険犯の四分説、すなわち、広義の具体的危険犯として、狭義の具体的危険犯および準具体的危険犯、ならびに、広義の抽象的危険犯として、準抽象的危険犯および狭義の抽象的危険犯という四分説を唱えられている。<sup>(34)</sup>

以上のような状況を鑑みると、上記したようなツイーンヤンクの危険犯の四カテゴリーの分類は、わが国の解釈論としても、参照されるべき重要な指針の一つを提示するものではないかと考えられるのである。

それ故に、わが国とドイツとの比較法的視座から、個別諸規定に亘る検討を通して、ツイーンヤンクの提唱にかかる危険犯の四分説が、なお参考になるかどうかを検討する」とが、今後のわれわれの残された課題と思料されるのである。

- (一) Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998.
- (二) Zieschang, a. a. O., S. 22.
- (三) Zieschang, a. a. O., S. 27.
- (四) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 28.
- (五) Hans Joachim Hirsch, Gefahr und Gefährlichkeit; in Arthur Kaufmann-Festschrift, 1993, S. 550 (=紹介・振津隆行「ハック・ヨアヒム・ヒルシュの危険概念（危険犯論）に関する『論文の紹介』」) (〇四頁以下 (金沢法学・四二卷) 1号、平成11年) などによると、ハック・ヨアヒムの危険概念（危険犯論）に関する「論文の紹介」は、ハック・ヨアヒムの危険論文集のエントラーティング論文にも同一の指摘がなされている（前掲紹介・三二二頁以下）。
- (六) Zieschang, a. a. O., S. 30.
- (七) Niederschriften Bd. 8, S. 427 (zitiert nach Zieschang, a. a. O., S. 28).

- (∞) Zieschang, a. a. O., S. 33.
- (σ) Zieschang, a. a. O., S. 34.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 35.
- (□) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 34.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 35 f.
- (Ω) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 36.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 38.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 40.
- (Ω) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 41, Anm. 94.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 41.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 44.
- (Ω) Eckhard Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 173.
- (Ω) Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, in JA, 1975, S. 796.
- (Ω) Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafatsystem, 1981, S. 223ff., 226ff.; ders., Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht, in JuS, 1978, S. 753f.
- (Ω) Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, S. 201ff., 210ff., 277.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 49.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 50f.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 51.
- (Ω) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 76.
- (Ω) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 52.
- (Ω) Zieschang, a. a. O., S. 53.

- (29) Zieschang, a. a. O., S. 53.
- (30) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 53f.
- (31) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 76~78.
- (32) Vgl. Zieschang, a. a. O., S. 172.
- (33) Zieschang, a. a. O., S. 206ff.

(34) 口 厚『危険犯の研究』(六一頁以下(東京大学出版会 昭和五七年))。

(1100 | 年五月廿日稿)