

【A】 Hans Joachim Hirsch, Gefahr und Gefährigkeit, in : Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Köln, 1993, S.545-563 (=ders., Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten, 1999, S.556-576) 【B】 Hans Joachim Hirsch, Konkrete und abstrakte "Gefährdungsdelikte", in : Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchaly, Kraków 1994, S.151-163 (=ders., Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten, 1999, S.623-636)

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	http://hdl.handle.net/2297/17836

《紹介》

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュの危険概念（危険犯論）に関する二論文の紹介

振津隆行

〔解題〕

私は、拙稿「刑法における危険概念—危険概念の本質について—」刑法雑誌二四卷二号二二六頁以下（一九八一年）（『拙著『刑事不法論の研究』一〇三頁以下（成文堂、一九九六年）所収）の末尾に残された課題の一つとして、危険犯論を挙げておいたが、あれから丁度二〇年も経過してしまった。この二〇年間、危険犯論について関心をいだきつつも、雑事にかまけて本格的な研究をしてこなかった。しかし私も五〇歳になり、残された課題の一つ一つを貫徹すべく、現在「具体的危険犯と抽象的危険犯との区別・限界」（仮題）という研究テーマを設定し、その責の一斑を果すべく決断している。しかし、このテーマは私には重圧となっており、現在のところ本テーマに関する内外の諸文献等の収集の段階に止まっており、どのようにこれを構想するかというところまで至っていないのが現状である。

その過程で、今回紹介しようとするヒルシュの二論文に接し、甚だ興味をいだいたのである。そこで、私の心のある部分を中心に、かなり詳細にわたり、あるいは部分訳に近い形で記述を行ない、ある部分では簡略化し、記述の粗密のため論文紹介の域から外れるとも思料され、独立した論文として物すべきかとも考えたが、そこまでの準備は今は整っていない。そこで、かなり偏頗な紹介となったことは遺憾に思われるが、このような見解もありうるということを提示したかったというのが、私の本音である。

なお、以下では筆者たるヒルシュ自身に多くを語らせようとの配慮から、稚拙な私のコメントはほとんど控えることとした点を、あらかじめお断りしておきたい（一読されたら、ヒルシュの見解は十分了解可能であろうという点もその理由の一因でもある）。

では以下、ヒルシュの二論文を紹介する。

【A】ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ「危険と危険性」

Hans Joachim Hirsch, *Gefahr und Gefährlichkeit*; in: *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Köln 1993, S. 545-563 (=ders., *Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999, S. 556-576)

I

周知のごとく、ビンディングは、危険概念につき、以下のような言葉から出発している。すなわち、「その不可欠性にもかかわらず、危険な法概念がある。理解しがたく、容易に誤解され、さらに容易に濫用される」と。危険概念については従来多数の諸文献・研究が蓄積されてきたにもかかわらず、全体としてみて、その状況はあまり以前と異なっておらず、最近ロクシンは、危険犯の研究はいまだその緒に止まっているという見解すら表明しているのである。この状況は、具体的および抽象的「危殆化」構成要件が数十年にも及ぶその拡大をみてきたし、とりわけ、後者については秩序違反法の膨大な展開をも伴っている。さらに、「危険」および「危険性」といった概念の多用にもかかわらず、ドグマーティクの体系内部での位置づけが不分明であり、また今日の帰属論を考慮

するとますますそうである。

しかし、現実の議論はその主戦場ではなく、緊急避難という副戦場に重点が置かれているのは興味深い。通説は緊急避難につき法益が危険の中に陥ったということが必要であるとされ、しかもそれは、（具体的）危殆犯の意味での危険概念を基礎にしようとしている。これに対しては、より強力な客観化が必要であるとする見解や、また緊急避難規定における危険概念は、その特殊な機能の観点のもとで独立に規定されねばならないという異論もあり、その中に現代の機能的・規範的方法論が見出されるのである。

II

通説は、緊急避難については危険とは「現存する具体的諸事情によれば、損害の発生が蓋然的なものと妥当しえ、その可罰性が近くにある」ということを問題にし、シャフシュタインはこれに行為者の属する類型人の特別の知見をも加え、理性的な観察者の客観的事前判断が決定的であるとするとする。たとえば、バーベキューパーティーの無害な煙りの発生を隣家に迫った火事のように思われるとすれば、消防署に警報を伝えるために、無関係な人の自動車の「必要な」除去は、緊急避難によって正当化されるとする。

だが、そのような解決に対して、正当化する緊急避難は例外的に他人の法益に対する干渉権を与えることになり、したがって、緊急避難行為者と甘受義務者との関係をゆがめることになり、また正当防衛（ドイツ刑法三二条）によってカヴァーされない諸事例において、正当化する緊急避難（ドイツ刑法三四条）による危険が考慮されることになる。すなわち、客観的観察者も同様にその錯誤に陥るであろうときには緊急避難による正当化が生ずるという矛盾した結論が妥当することになろう。

さて、正当防衛においても最早攻撃の客観性を要求せず、客観的な行為者の立場にある観察者の観点から攻撃を肯定しようとする論者もあるが（アルミン・カウフマン、ヤーコプスなど）、それは正当防衛規定の基礎を看過するものであり、かような観点から、緊急避難における危険概念を緊急避難行為者の状況下にある賢明な観察者の観点から規定しようとする場合も問題であり、それは既に不法ではなく、責任で初めて論ぜられるべきものである。

また、危殆犯における危険概念についての議論に目を転ずるなら、危殆犯における一般的危険概念と緊急避難との関連で主張されている危険との区別が、きわめて不明瞭な状況にあるという印象が存在するのである。すなわち、それは財がその中にある危険（Gefahr）と行為の（具体的）危険性（Gefährlichkeit）との間の区別の欠如に基因する。前者の危険は、客体が蓋然性をもって有害な出来事に陥り、状態が問題となっている場合であって、緊急避難のメルクマールとしての危険はこれに属し、それに対して、後者の（具体的）危険性は、挙動行為に具体的に客体を毀損する蓋然性が内在している場合であって、純粋に行為関係的であるが、客体が事実上危険に陥いることを要しないものである。

そこで、その中に財が存在する危険と危険な行為との区別が欠如しているということは、危険概念と「危殆（Gefährdungs-）」犯とが十分に体系的に有効に使われておらず、術語上も混乱しているということと大いに関連している。依然して「危殆犯」ということが語られ、さらにこれは具体的および抽象的なものとして細分化されており、前者は「危険の発生が個別事例において確定され」ねばならないが、後者は当該の態度に「類型的に具体的危険の招来が固有である」というところに、本質的相違があるとされている。このために、両概念は同一の程度問題のように思われているが、危殆犯と危険性犯との間には、原則的な相違が存在する。すなわち、危殆化（Gefährdung）というの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来を意味する。それ故に、具

体的危殆犯のみが真の危殆犯なのである。それに対し上述のごとく、危険結果が問題ではなく、行為の危険性（Gefährlichkeit）が問題となる危険性犯が対立する。すなわち、従来抽象的「危殆犯」として表示される犯罪は、正確に言えば、抽象的危険性犯と称すべきものであり、一般的危険性を目指しているものである。

かくして、客観的に毀損（侵害）に先行し、そして緊急避難において危険状態として、また具体的危殆犯における危険結果として浮上する事態に「危険」という表示をドクマーティッシュに留保し、それに対して、「危険性」という術語は当該者の視角から事前判断のみが問題であり、危険の発生は度外視されるという趣旨なのである。

III

前記のごとく、緊急避難においては（具体的）危殆犯と同様、その中に財が存在する客観的状态として危険と関連するということが明らかにされた。

1 レンクナーは、緊急避難に関し、危険のメルクマールについては危険を根拠づける事態と予測判断との間を厳格に区別すべきであり、そして前者に対しては、将来の展開に関する予測に全ての現在基礎を置いている諸事情が——事後的に考慮して——事実上与えられねばならないということを要求すべきであろうという見解を主張している。これに対しては、その客観化が余りに広がるという疑念があり、また予測と診断との区別は可能ではないという批判がある。これらの批判とは別に、レンクナーの見解では、危険にあってはその中に財がある諸事情の全体から生ずる状態が問題であらねばならないということが明らかとなるが、しかし危険の決定に際しては、将来の発展に関する予測に基礎を置いている諸事情は、どの程度まで事後的に考察して事象の時点において事実上与えられているかを判断することは問題ではなく、当該の時間・空間的な状況におけるその客観的な確定

可能性が決定的なのであるとされる。

2 現実の緊急避難の議論においては、蓋然性判断が下される擬制的な標準人が、いかなる質的要件を示すべきかが論議される。まず、シャフシュタインは緊急避難行為者の仲間領域に属する客観的観察者の知見を目標とするが、これは客観的状态としての危険には適合しない標準である。これに対局するブライとレンクナーは、予測に基礎を置く因果的知見につき、行為時点における「全人類の経験的知識」、すなわち「その時の最高の知識」を包括する専門的知識を要求しようとするが、それはおよそ理論的にのみ思考可能なものであり、実務における訴訟上受け入れられるものではない。したがって、通説はロクシンの批判があるものの、専門家の（専門的知識の）蓋然性判断を要求するのである。

3 さらに、緊急避難における危険の存在にとって必要な蓋然性の程度が問題となる。これにつき、ロクシンは法益侵害の発生が「全く非蓋然的でない」ときとするが、これに対しては、そのような遠い可能性をもって危険とするのは問題であるとされ、危険概念のそのような広い拡張は緊急避難の思想と一致しうるかという疑念が提起されているのである。

4 緊急避難との関連で確定されたすべてのことが、それに対してのみ孤立的に妥当するのか、あるいは危険の定義に対して一般的な妥当性を要求しうるのかということが問題となる。ロクシン等はこれに対して、緊急避難で問題となる危険と危険発生のためにより高い危険の程度が必要である具体的危殆犯と異なるとするが（量的相連の問題）、筆者によれば「危険」というのは明白にも前法的概念であり、客体の状態としての危険の概念は必然的に統一的なものであるとする。

また、緊急避難において危険概念の質的相連を主張したのは、ヴェルツェルである。彼によれば、行為の危険性と財の状態としての危険との相連を区別しようとするが、これに対しても、緊急避難規定における危険のメル

クマールは、概念上（具体的）危殆犯の結果としての危険から何ら区別されないものであり、緊急避難で獲得された洞察は、ただに孤立して緊急避難に対してのみならず、一般的な性質のものであって、それ故、一般的な危険の議論を裏り豊かなものにするとする。

IV

1 前述した緊急避難において浮上した危険概念の問題との関連において一般的にドグマティックの関連した領域に対して生ずる推論を引き出そうと試みるとすれば以下のようなことが確定する（ここでは、紹介者＝振津の興味のある部分についてのみ以下に挙げる）。

—その中に財が陥るところの具体的危険（＝本来の意味における危険（Gefahr））と行為の（具体的）危険性（Gefährlichkeit）は、基本的に区別されるべきであり、前者は状態であって、後者は挙動関係的である。

—「危険」においては、事後予測は財の時間・空間的な状況の客観的に意のままになる諸事情に結びつくので、専門的知識のある、場合によっては専門家の判断を要求するものであるが、「危険性」においては行為者の立場にあり、そして、その内部で行為者が活動したであろう仲間領域に属する慎重な第三者の事後予測で十分である。

—危険は（具体的）危殆犯の対象であり、そして、これはそれにあつては客観的状态が問題であるということ、正当にも結果犯として段階づけられるものであり、それは緊急避難規定における危険の概念と同一である。

—危殆犯には危険性が対立し、後者にあつては危険が結果として生じる必要なしに、行為者の状況にある客観的な標準人の観点から、行為の一定の危険性が問題となる。危険性は、現実のかくして具体的危険性が要求される具体的危険性犯と、一般的な（類型的な）危険性で十分である抽象的危険性犯とに分類される。後者に挙げ

られたグループは、從來不正確かつ誤解されて抽象的「危殆犯」とも表示されたものであるが、結果としての危険の発生的一般化ではなく、行為のメルクマールが問題だから、正に危殆犯ではない。

―主観的關係においては、(具体的危殆犯にあつては故意は具体化された危険結果の実現に向けられており、また具体的危険性犯にあつては行為者は意識的かつ意欲的に行為すれば十分であり、抽象的危険性犯にあつては故意は法律的に類型化され、あるいはその他の一般化された事情に係属していることで十分である。

2 前述の抽象的危険性犯につき、ビンディング、アルツール・カウフマン等は、抽象的危険性犯は犯罪行為として格づけられるかどうかにつき疑念を提起した。今日では、「非危険性の反証」を許容することによって、その問題性を部分的に相対化するという提案が見出される(クラマー、シュレーダー)。しかし、そのような「挙証責任の転換」は刑事訴訟法的にも問題である。

危険な行為の現象はまた、不能未遂に対しても重大な理論的かつ実務的な意義がある。この点で、主観説は心情刑法に陥るという反論に曝され、学説上否定されてきた。今日でも一部で主張されている印象説は主観説の変種にすぎないので問題がある。それ故、客観説に還れという声が増大している(これは筆者であるヒルシュ等によって主張されており、その内容はいわゆる新客観説である)。

さらに、危険性の概念は客観的帰属論に対しても重要な意義がある。すなわち、「結果発生の法的に否認される危険を創出し、そしてこの危険はまた、事実上具体的に結果惹起的な事象の中で実現した」(ルードルフィ)と定義されるときも、「危険」と「危険性」の区別の欠如が見られるのである。

また、具体的危殆犯と抽象的危険性犯との間に位置づけられている具体的危険性犯、すなわち、ホイヤーのいう「適性犯(Eignungsdelikte)」が問題となる。これは、各則で「……に適した(Geeignet)」とこう構成要件メルクマールと結合して考え出されたものである。たとえば、ドイツ刑法一二六条、一三〇条、一四〇条、一六六

条などでは、具体的危険性犯が問題となるように思われる。ここでは、客観的観察者からみて、全ての個別事情を引き合いに出して、根拠のある不安が存在し、それが平和の攪乱へと至るということを「適性」のために要求されているのであるが、結局、筆者によれば、具体的危険性犯のカテゴリーは実際的な重要性はないとされている。

V

冒頭で挙げられたビンディングの命題を再度思い出し、そして危険概念に関し確定されたように、不明確性、誤解等を考慮すれば、「危険」および「危険性」という問題領域につき、強化された学問的注目を向けるべきであるということが提立されるということで、本稿を結んでいる。

【B】ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ「具体的および抽象的『危険犯』」

Hans Joachim Hirsch, Konkrete und abstrakte "Gefährdungsdelikte" in: *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchaty*, Kraków 1994, S. 151-163 (= ders., *Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999, S. 623-636)

I

1 その実現のために法益侵害が必要ではなく、既に危険状態の招来、あるいは、ただ危険な行為が既遂のた

めに十分である刑罰規定は今世紀において強力に増大してきた。とりわけ、技術の発展およびそれによって生じた数多くの危険源が処罰領域の前方移転を促進させてきた。道路交通が主たる領域を形成している。さらなる例は、爆発物、放射性物質、その他の危険をはらんだ物質との関わりである。このような背景を前にして、「危殆犯」として表示される構成要件が、そうこうしている間に、「油のしみ」のように拡大していることは了解するのである。

一般的な技術の発展との連関の結果として、實際上全ての諸国の法秩序はそうであり、ポーランド刑法にとっても、とりわけブハーワおよびスポーツスキーはその問題性に対処しているのである。

2 当該の犯罪は通常二つのカテゴリーに区別されており、それは具体的および抽象的「危殆犯」である。これらの犯罪は法益が侵害されることは必要ではなく、その可能性の領域内にあるということが共通なのである。具体的および抽象的「危殆犯」との間の限界づけのための出発点は、前者の場合には法益の侵害が具体的に近接していなければならないが、後者の場合には類型적인の思考可能であるということである。

このような基盤のうえで、長い間、抽象的「危殆犯」とは一般経験上危険な一定の態度形態を法律自体が禁じている犯罪行為であると定義され、それに対し、具体的危殆犯は危険の発生が構成要件メルクマールであり、そして個別事例において裁判官によって確定されねばならないということによって特徴づけられてきた。

だが、危険状態の発生は侵害犯における侵害と同様結果を意味し、そこで具体的危殆犯では結果犯が問題となり、これに対し、法律が単なる危険な所為で十分であるときには抽象的危殆犯が問題となる。もつとも、それにもかかわらず、現在に至るまで統一的な術語が存在しないというのは驚きである。「危険 (Gefahr)」、「危殆化 (Gefährdung)」、および「危険性 (Gefährlichkeit)」といった概念が全く区別されずに使用されているのである。

「危殆犯」は、一九六九年のポーランド刑法典においても、「危険 (Gefahr)」、「危険な (gefährlich)」および「危殆化する (gefährden)」といった概念をもった諸規定が多く含まれているのである。

ポーランド法における具体的危殆犯としての一例は、ポーランド刑法一三八条による放火がそうであり、これに相應するドイツ法の規定はドイツ刑法三〇六条による「重い放火」が抽象的危殆犯として形成されているのは、興味深い。

II

具体的危殆犯については、前述のように今日の通説によれば、法益客体がその中で引き起こされる具体的危険の形態の中に、危険結果の要求によって特徴づけられている。それは、結果犯として侵害犯に近接しており、単なる危険な所為だけでは十分ではない。たとえば、道路交通においてある軽率な運転手が見通しのきかない場所で対向車線上で追い越しのために操縦するとすれば、この「生命に危険な」態度は、ドイツ法によれば具体的危殆犯として形成されている「道路交通の危殆化」(ドイツ刑法三二五条c)の構成要件を充足するためには十分ではない。すなわち、実際の事例において対向交通が何ら存在しないときには、そのような運転方法は他人の身体もしくは生命または著しい価値を有する他人の物の危険の発生がないからである。

具体的危殆犯は、客観的な専門的知識のある判断によれば——たぶん、事後的に初めて確定可能な諸事情をも含めて——決定的な時点にとって、一定の法益客体の毀損の可能性が近接したものとして評価すべきであり、それに対し、行為者の行為観点から生ずる評価は決定的なものではない。

なお、緊急避難(ポーランド刑法二三条一項、ドイツ刑法三四・三五条)の枠内において要求される危険のメ

ルクマールも、このような危険概念に相應するのである。

III

1 それに対して、いわゆる抽象的「危殆犯」は、危険状態の招来を要求するのではなく、一般的な経験によれば通常危険な行為で十分である。これに対する例としては、ポランド法（二四七条）およびドイツ法（一五三条以下）による偽証犯である。偽りの供述によって裁判所の真実発見が個別事例において事実上危険の中にもち込まれるかどうかは、この規範による可罰性にとって重要ではない。真実に反する供述を表明するという単なる挙動で十分である。

したがって、抽象的「危殆犯」は具体的な法益客体とは無関係に、純粹な「規則違反性」に制限するのだから、その適用領域は、とりわけ道路交通法におけるように、数多くの類型化された規範が存在するところでは大きいのであり、かくしてまた、ドイツ法の意味における秩序違反に適合するのであって、それはその最も大きな拡張が看取されるのである。

しかし、それらを抽象的「危殆犯」として表示することには疑念がある。危殆化 (Gefährdung) というのは他動詞であり、特定の財が危険の中にもたらされるということを意味する。それ故、抽象的危険状態とか抽象的危殆化というのは全く考えられないのである。行為者によって実現された不法は、法秩序によって彼が一定の法益を危険の中にもたらしたというところで初めて見られるのではなく、既に彼が類型的な行為をしたというところで彼に負責されるのである。したがって、正しく表示するなら、抽象的危険性犯 (Gefährlichkeitsdelikte) というべきだろう。

2 以上のように（今まで「具体的」危殆犯として表示されてきた）真の危殆犯（echte Gefährdungsdelikte）と、従来「抽象的危殆犯」として表示されてきた危険性犯（Gefährlichkeitsdelikte）とは区別すべきである。

そこで、「抽象的・具体的」という概念ペアについては、危殆犯は常に具体的な個別事例・危険結果が存在しなければならぬので、抽象的に思考可能ではなく、つねに具体的である。これに対し、行為のみが判断の対象である危険性犯は、抽象的にも具体的にも思考可能である。既述の道路交通における危険な追い越しの事例では、立法者がそのような運転方法を一般的に禁止しているとすれば、抽象的危険性犯が存在し、具体的危険性は問題ではない。

これに対し、当該状況における具体的危険を目指す規制もまた思考可能である。そこで、その禁止は以下のようなものとなる。すなわち、「そのような運転方法が、そこでは対向してくる自動車との事故へと導びくのに適している（geeignet）にもかかわらず、右カーブにおいて追い越す者は、処罰される」。ここでは具体的に、カーブの種類と交通事情に関して、当該箇所での追い越しが危険なものとして格づけるべきかどうかを決定すべきであって、そこでは具体的危険性犯が問題となる。そのような具体的危険性犯は、常に具体的危殆犯から区別される。

具体的危険性犯と真の危殆犯との間の決定的な相違は、法益客体が具体的に危険な所為の射程の中に陥るか否かというところにある。そして、具体的および抽象的危険性犯との間の相違は、具体的に危険な所為、もしくは行為の一般化された危険のみが要求されているかどうかによって左右されるのである。

3 実際上存在する行為の具体的危険性のカテゴリーが、刑法上既にそれに相応する具体的危険性構成要件の中にいかなる程度に反映しているかという問題は解明されねばならない。それについて、「（損害のために）適している（geeignet）」という文言が浮上する刑罰規定を考慮すべきであり、たとえば、毒害の構成要件（ドイツ刑

法二二九条)とか、ドイツ刑法三二五条一項一文一号による大気汚染の構成要件にあっては、具体的危険性犯が問題である。ここでは、挙示された客体に対し、具体的危険状態が存在する必要があるが、抽象的危険性では十分ではない。

具体的危険性犯は、抽象的危険犯および真の危殆犯との「混合形式」として論ぜられた犯罪(H・シュレーダー)と必ずしも同一ではない。具体的危険性犯は「適した(geeignet)」という概念の使用を前提としない。「危険を惹起しうる(kann)」と「ころの行為」といった定式もこれに含まれよう。さらに、一般的解釈の観点からも具体的危険性犯が見出されよう(例・ドイツ刑法一四六条一項、一四五条d、二五七条)。ここでは、構成要件的行為の抽象的な適性をもって十分とするのではなく、個別事例の具体的諸事情に従って、事前的に判断されるべき行為者の態度を指しているのである。

IV

今までの熟考からの帰結を総括するなら、以下のことが確定する。

(a) 状態(Zustand)と一つの財に対する危険(Gefahr)と行為の危険性(Gefährlichkeit)との間は、明確に区別されねばならない。

(b) このことを明確かつ統一的な術語によって明確化するために、刑法の領域において、危険(Gefahr)という言葉を財がその中に陥る具体的危険状態に対してのみ使用すべきであった。その際、侵害の前に位置する結果が問題であり、そこで少くとも危険結果について語るべきであろう。危険結果を惹起する行為は危殆化行為(Gefährdungshandlung)である。それに対して、危険を担った行為に対してのみ危険性の概念が妥当するのである。

(c) 危険 (Gefahr) は、常に一定の財に対する脅威状態を意味するのだから、危険概念は必然的に具体的性格のものである。それ故に、「抽象的危险」および「抽象的危险化」というのは存在しないのである。

(d) それに対して、危険な行為は設定された尺度に依じて、具体的あるいは抽象的に規定されるのである。行為者の立場から考えて、当該種類の何かある財の毀損の可能性が、個別事例において存在しなければならぬのかどうか、あるいは法律が類型的にのみ考慮される危険 (Risiko) の一般化されたメルクマールの実現で十分であるのかが問題である。

(e) 今まで「危険犯」として表示された犯罪の区別のために、以下のことが明らかとなる。すなわち、真の危険化は「具体的危険犯」のみである。それ故に、「危険化」という表示はそれに保留すべきであり、そして念のために「真の危険化」と述べるだろう。名目上の「抽象的危险犯」は、実際上は「抽象的危险性犯」(abstrakte Raikodelikte)であり、それ故にまた、そのように称すべきである。その中間に「具体的危険性犯」のカテゴリが位置している。抽象的危险性犯は、具体的に危険な行為の抽象化であり、かくして、その存在を論理的前提とするのである。

(f) 主観的な観点において、上述した客観的相違から以下のことが生ずる。すなわち、(真の)危険犯にあっては、故意は具体化された危険結果の実現に向けられねばならない。具体的危険性犯にあっては、行為者は意識的にかつ意欲的にのみ危険に振る舞うことで十分であり、抽象的危险性犯にあっては、故意は法律上類型化された、あるいはその他の一般化された諸事情に関係することで足りるのである。

さて、抽象的危険性犯は、刑法の諸文献において既に長い間批判に曝されてきた。これは一般的に危険なものとして見られ、それ故に抽象的危険犯において原則的に処罰される行為は、個別事例において特別の諸事情に基づき、事実上全く危険でないものとして明らかになるのである。にもかかわらず、構成要件が充足され、従って可罰性が与えられる。その中に責任原理に対する違反が見られるのである。たとえば、そこに誰もいないことを確かめたうえで小屋に点火する者は、厳格な考察方法にあっては、ドイツ刑法三〇六条により可罰的となるのである。

その種の帰結を回避するために、様々の制限の試みが企てられてきた。ホルスト・シュレーダーは、個別事例において危険が無いとの反証を許容すべきだと提案した。しかし、この見解は被告人に具体的危険性が無いとの举证責任の転換を負わすものであり、「疑わしきは被告人の利益に (*in dubio pro reo*)」の原則を破ることになる。

さらなる制限の試みは、行為の注意義務違反性の尺度を含める方向で過失犯に相応させるものである(ホルン、ルードルフイなど)。しかし、様々な論者の文献においてはその構成が異なっており、複雑な主観的ニュアンスが結局のところ一般的に適用可能かが問題となり、さらには過失犯の構造は危険犯の構造と異なっており、それに加えて、具体的に危険な行為と注意義務違反が同一であるとすれば、前者に向けられた故意は不法を構成する要素に関係しなければならぬので、部分的に不法の意識を含まなければならないだろう。しかし、このことは故意と不法の意識を分離する責任説と一致しないのである。

他の方法で、最近キントホイザーが、抽象的危険犯の問題を解決しようと試みている。彼は、もはや身体や生命といった「古典的」保護財からではなく、「安全性(Sicherheit)」といった仮想の一般的法益が、ある状態として十分な配慮へ導びくものとの見解を主張している。しかしこの見解は、ただに無益であるだけではなく、有害ですらあるように思われる。なぜなら、「公けの平和」というような観念的な一般法益と同様、その種の精神化された保護財の導入は危険の段階づけ、および抽象的ないし具体的な危険性をあいまいにする怖れがあるからである。

そこで筆者は、危険性犯罪において確認された具体的および抽象的なものに段階づける解決が、結局は生産的であると思われる。すなわち、純抽象的危険性構成要件が従来個別事例に関係してこなかったわけだが、これは具体的要素を含ませることで回避される。したがって、立法論上は、抽象的危険性犯を具体的危険性犯へと転換することが有意義なものと考えられる。このように、具体的危険性犯という上述した「中間カテゴリー」には、さらなる適用分野が開かれているように思われるとされるのである。

VI

上述したドグマ・ティッシュな問題は、「総論の構造」の本質的な問題が、ただ個々の法秩序に該当するだけではなく、一般的性質のものである。刑法学における国際的な共同研究は、それ故に大いに重要なのである。本稿が奉げられているカジエシ・ブハーワはその意味で、特に巧績があるのであるとして結んでいる。

(二〇〇〇年五月三日)