

Hans Joachim Hirsch, Systematik und Grenzen der
Gefährdelikte, in : Festschrift für und Grenzen der
Gefährdelikte, in : Festschrift für Klaus
Tiedemann zum 70. Geburtstag,2008,SS.145-164

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/2297/12485

《翻訳》

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ
「危険犯の体系性と限界」

Hans Joachim Hirsch, Systematik und Grenzen der
Gefährdelikte, in : Festschrift für Klaus Tiedemann
zum 70. Geburtstag, 2008, SS. 145-164

振 津 隆 行

(訳者はしがき)

昨年(2007年)のヒルシュ博士の私信で、近々危険犯につき論稿を物する旨伺っていたが、本年(2008年)5月14日に御本人から表記題名の抜刷が送付されてきた。様々の雑事に追われつつ、本稿の訳文を書きつらねてきたが、日本語に訳してくれというのが同博士の意向であったので、忽々のうちに拙訳を書くことになってしまった。そこで、寸暇を見つけて少しずつ訳出したが、労の割に報の少ない翻訳作業をすることになった。

もっとも、訳出に際して筆が止まり、どういう訳語が適切かにつき悩むこともしばしばであり、その訳が適切かどうか、筆者の意としていることに適合したものであるのか等、しばし考えさせられることが多かった。しかし、仕事も山積しているのです、この程度でお茶を濁すことになってしまった。ヒルシュ博士に、本稿の訳出を依頼されながら現状では不十分な、御本人の文意を十分に反映しえたかどうかは気にかかるが、この程度でその責めを果したいものと思っている。訳出に誤り無きことを期したが、はからずも誤りがあれば、読者諸賢の御指摘を希うばかりである。よろしくお願い申し上げます。

なお、ヒルシュ博士の年来の主張に添って、以下で *Gefährdungsdelikte* を「危殆犯」と訳することにしたので、予めお断わりして置きたい(なお、原

文イタリック体には傍点を付した)。

では、以下本稿を訳出することにする。

危険犯の体系性と限界

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

I.

本稿が70歳の誕生日に、最高の祝辞をもって捧げられているクラウス・ティーデマンは、経済刑法と環境刑法の展開のために、重大なる功績を成し遂げられた。彼によって、これらの領域につき先駆的な仕事が行われた。これらに関連した諸問題に関する彼の重要な公刊物は、重大な影響を与えた。これらの法領域において、危険犯、すなわち従来不正確に「危殆犯(Gefährungsdelikte)」という大概念のもとで総括されている犯罪は、大きな役割を演じている。それ故に、筆者は以下の熟考が、被祝賀者の興味を引くであろうと望むものである。

II.

「危険犯」を対象とする刑罰規定は、経済刑法や環境刑法以外にも、他の諸領域において益々もって現われている。そして、交通刑法は全くこれらによって形成されている。ラックナーは、既に1967年においてそれらが「油のしみ」のように拡散されたと述べたのである¹。人が今日ドイツ刑法典を眺めるならば、かような刑罰規定の強大な増加は一目瞭然である。同様の展開は、外国においても観察しうるのである。EUの財産的利益の刑罰的保護のための最初に(第1条)、同盟諸国家からの刑法家達によって——その中に被祝賀者も入るのであるが——いわゆる全法典(*corpus iuris*)が危険構成要件を起草しているのは、偶然ではない：それ自体として仕上げられた「補助金詐欺」な

1 Lackner Das konkrete Gefährungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, S.1を参照せよ。

どは然るのである。

その蔓延の始まりは何も近時の出来事ではなく、それは既に第1次世界大戦において始まったのである。刑法典以外の数多くの法律の中で、たいてい危険犯を規定している刑罰規定の終わりに見出されるのである。一部ではただそれらは、秩序違反のカテゴリーの導入に際して、刑事刑法から取り出されたものである。刑法学はいわゆる特別刑法(Nebenstrafrecht)に余り注目しなかったということで、危険構成要件として段階づけられた犯罪は伝統的にそれらに対して周辺的な役割しか演じてこなかった。今日でも依然として、刑法ドグマティックは侵害犯に固定され、そしてその頻度にもかかわらず危険犯に余り多くの関心を向けていない。このことはなおさらに学問的に危険概念の一般の問題に——それにつきここでは本質的に指示されうる²——、そして刑事刑法の要求とかような犯罪の一致可能性の問題に集中するのである。伝統的に「危険犯」という表示のもとで総括された犯罪の体系性とそれに結びつく相違は、それに対して混乱した状態にある。なるほど最近では、適性犯、危険性犯もしくは潜在的危険犯といったものが語られてはいるが³、しかし、注釈書や教科書において、その全体連関における詳しい位置づけなしに隅っこで語られているにすぎない。そのことは、刑事刑法の限界に関する問題がまたあまり正確ではない基礎の上で論じられているということで、益々悲しむべきことなのである⁴。

2 Roxin *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl. 2006, §11 vor Rn. 146 および *Zieschang GA* 2006, 1 における指摘を見よ。刑事判例によれば、危険とは現状においては、専門家的判断にとって損害の発生が蓋然的なものとして妥当しうる、かようなものの可能性が近いという通常ではない異常な状態である；RGSt 30, 178 (179)；BGHSt. 8, 28 (32 f.)；18, 271 (272 f.)を参照せよ。

3 これについては *Hoyer Die Eignungsdelikte*, 1987；*Hirsch FS Arthur Kaufmann*, 1993, S.545 (557 ff.)；*ders. FS Buchała*, 1994, S. 151 (= *Hirsch Strafrechtliche Probleme*, 1999, S. 623 ff.)；*Zieschang Die Gefährdungsdelikte*, 1998 を参照せよ。

4 コメントールや教科書の新版における叙述や議論については、たとえば：*Baumann/Weber/Mitsch Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, §8 Rn. 43；*Jescheck/Weigend*

Ⅲ.

通説は、今日に至るまで動揺もなく「危殆犯」という大概念を使用し、そしてこれを「具体的および抽象的危殆犯」という概念一対で区別することを通して、通説は不正確な、本質的な事物の相違でおおい隠された概念でもって論じ、そしてそれによってふさわしい問題の解決を困難にしているのである。

1. 長期にわたり、人は以下のことが問題であると考えてきた：「抽象的危殆犯」においては、立法者自身によって一般的な経験によれば危険であろうところの一定の態度形態が禁ぜられていようという一方で、「具体的危殆犯」においては、危険の発生が構成要件要素であり、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が問題であろう⁵。この任務の配分に立法者と裁判官によって方向づけられた見方は、具体的危殆化に関しては、ヴェルツェルとガラスの詳述に従って、その際一定の客体に対する具体的危険状態の発生が問題であり、そしてそれに応じて具体的危殆犯は、そ

Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 264 ; *Lackner/Kühl* 26. Aufl. 2007, Vor §13 Rn. 32 ; *Roxin* (Fn. 2) §11 Rn. 153 mit Anm. 338 u. Rn. 162 f. ; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* 27. Aufl. 2006, Vor §§13 ff. Rn. 129 ; *Tröndle/Fischer* 54. Aufl. 2007, Vor §13 Rn. 13 a ; *Wessels/Beulke* Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2006, Rn. 27 ff. また *Schönke/Schröder/Heine* Vor §§306 ff. Rn. 3 ff. を見よ。また、*Schönke/Schröder/Heine* Vor §306 ff. Rn. 3 ff. は「抽象的危殆犯」に関する包括的な詳述において、これらの犯罪のドグマティックな分析にほとんど顧慮を与えていない。

体系的な基礎の明確化の必要性は、*Zaczyk ZStW* 113 (2001), 192 では明らかに異なっている。彼は *Zieschang* (Fn. 3)のモノグラフィーの彼の批評において、著者がまず第一に存在する様々の危険事態の構造を際だたせ、そしてその刑事立法における現存在を調査し、然るのち初めて続く章において刑事刑法の基本要求との当該の刑罰構成要件との一致可能性の問題を詳細に論じているということを実証主義と何の関係もないそのような正確な学問的なやり方はもはや確実な専門的な基準ではない。

5 そうするのはなお *H. Schröder ZStW* 81 (1969), 7 (10, 14).

のような状態の実現の中に存するという認識によって克服された⁶。具体的な客体が、侵害の可能性が近いという状態の中にもたらされるということが問題なのである。かくして、当該の財が危険の作用領域の中に入り込まねばならず、例えて言えば、特定の人の生命が具体的に脅威にさらされていなければならないのである。法律がこれを目指している一例は、刑法典第315条以下であり、これらの規定においては、行為者が交通違反行為によって、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を危険にすることが要求されている。危険状態の発生は侵害犯における侵害と同様に結果を意味し、そこで具体的危殆犯においては結果犯が問題となっているということが指示されているのである。また、これにおいては因果的な結果惹起が異なることなく問題なのである。なるほど危険は予測判断であるが、しかしこれは事実的な状態に関係しており、そしてそれは惹起されるものである。ひとたび危険状態に陥る者は、その実在性を意識するのである⁷。

危険の中に陥る客体は、法益客体であらねばならない。行為客体の危殆化では十分ではない⁸。ただし、具体的危殆犯は侵害犯と同一の保護財に関係する、すなわち一定の法益客体に関係するのである。

具体的危殆犯は、法益客体がその中にもたらされるという具体的危険結果

6 *Welzel* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 22 f.; *ders.* Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 47 u. 137; *Gallas* FS Heinitz, 1972, S. 171 (173 ff.); 今日では: *Jakobs* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 6. Abschn. Rn. 78 f. u. 86; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4) S. 264; *Lackner/Kühl* (Fn. 4) Vor §13 Rn. 32; *Roxin* (Fn. 2) §11 Rn. 147 ff.; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* (Fn. 4) Vor §13 Rn. 129; *Schönke/Schröder/Heine* (Fn. 4) Vor §§306 ff. Rn. 3; *Wolters/Horn* in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 65. Lfg. 2006, Vor §306 Rn. 4; *Tröndle/Fischer* (Fn. 4) Vor §13 Rn. 13 a; いくらか不明確であるが、*Wessels/Beulke* (Fn. 4) Rn. 28.

7 前記で表明された *Zaczyk* (Fn. 4) S. 194 の疑念はそれ故にほとんど現実性に相応するものではない。

8 そのことは正当にも *Stratenwerth/Kuhlen* Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, §8 Rn. 14 が強調している。

の要求によって特徴づけられるということを通して、かくして、それによって一定の財がまた事実上危険状態の中に陥らないかぎり、これに対する単なる危険な所為では十分ではない。それでもって同時に、危険状態は脅威された客体の視角から規定されるのであって、行為する者の立場からではないということが明らかとなる。それ故に、それは客体がそれに該当する因果事象の作用領域の中に到るという時点での、客観的な専門的判断によればこの特定の客体の侵害可能性が近いものと評価されるときに、存在するのである。それに対して、既に行行為者の行為の視点から生ずる危険評価(Risikoeinschätzung)は決定的なものではない。また、危殆化にあっては、侵害における場合と異なることなく、常に具体的な何ものかが問題なのである。抽象的危険状態、そしてそれに応じて抽象的危殆化は、抽象的な殺人といった抽象的侵害には同じく関心のないものである。伝統的に抽象的危殆犯として表示されている諸事例でもって、その種の事態はまた考えられていないのである。

2. 従来の「抽象的危殆犯」という表示は、それにおいて財が危険の中にもたらされるというのは必要ではなく、ひよっとすれば表示された種類の何かある財が危険状態の中に陥りうるであろうという危険(Risiko)を含み、もしくは作用するという大きな事例グループを念頭においている。自動車運転者による見通しのきかないカーブを切ることが、その一例である。ここでは、まさにかような行為と結びつく危険が問題となっている。たとい、幸運にも自動車が対向してこないということで、かくしてだれも危険状態の中に陥らないとしても、危険、すなわち行為が与える危険性があるのである。この行為の危険は、行為する者の立場から判断されるのである。静的な危険状態を招来する行為もまた、思考可能である(たとえば、危険な大気汚染)°。

9 たとえば、§ 325 StGB を参照せよ。これらの諸事例について詳しくはなお以下のⅢ5。
—一定の法益に対する危険と行為の単なる危険性の区別に関しては、それは Koriath GA 2001, 51 (60)によって誤解されている。

かくして、基本的な相違は具体的および抽象的危殆化——他動詞的な何か——の間ではなく、一定の財の危殆化と（単なる）行為の危険性（それは危険状態の喚起の中にも存しうる）の間である。それに応じて、危険犯にあっては実体的に危殆犯と危険性犯との間を区別すべきである。前者は結果犯であり、後者は行為犯である（それは場合によっては、止まった危険状態の喚起と結合されうる）。

行為の危険性に対する尺度に関しては、以下のことが当てはまる：ここでもまた、思考上の専門的な標準人の事前の視点から、損害の可能性は近いが、しかしまさに当該の行為から発する可能性であって、そしてそこでは、事実上ある人が危険状況に陥るかどうかは未決定であるということが問題なのである。過失の事例におけると同様に、その時々¹の流通領域の思考上の専門的な標準人（自動車運転手、一定の産業部門の責任者、専門医等々）で、顧慮すべきである。招来され、保持された危険な状態が話題となっているかぎり²で、このことはそこでその存在が問題となっている立場から判断すべきである。

抽象的および具体的との間の更なる相違に関しては、常に具体的である上述の危殆犯(Gefährdungsdelikt)と違って、危険性犯(Gefährlichkeitsdelikt)は實際上具体的あるいは抽象的でありうるのである。立法者が従来抽象的の犯罪としての形成に優位を与えているとすれば、犯罪は具体的なものとしても可能であるということが触れられていない。多数の生じた諸事例においてさえ、そのような関係にある。カーブを切るという前述の例を取り上げるとすれば、通例具体的危険（カーブを切り始めるという事前の視点から）が肯定される。詳しく注視する場合には、抽象的危険のみしか与えられておらず、そして結局規範命令に対する違反のみしか存在しない諸事例は、少数である。早朝にあまねく他の交通関与者が見られない場所で、赤信号を無視することは一例であろう。立法者が従来「抽象的危殆犯」としてレッテルはりをした構成要件において、何の重要性も置いていないということは実際のな根拠を

もっているであろう。しかし、そのことは相違が存在しないということの意味するものではない。具体的にも可能であるものが、抽象的にのみ類型化されうるのである。

純粹な抽象的危険性犯は全く存在しない、もしくはいずれにせよ、具体的および抽象的危険性犯の区別は實際上重要ではないということは、逆に主張されないのである¹⁰。刑罰規定もしくは秩序違反規定において、類型的に危険な行為が規定されているということは、なるほどそのような諸事例においてしばしば存在する危険の事実上の可能性から出発するが、しかし一切の抽象的な行為の類型化の硬直性に鑑み、常に具体的な可能性が存在するということの意味するものではない。またその相違はいずれにせよ重要ではないであろうと述べるものではない。だれかがここおよび今危険な行為を遂行するかどうか、あるいは彼の行為がなるほど抽象的なメルクマールを充足するが（例えば、誤まった追い越し、許された制限速度違反）、しかし所与の事実上の状況のもとでは何の危険も含んでいないのかどうかという相違を意味するということは明白である。評価に際して確認される相違は、第一の事例においては他人の法益に対する危険の故に、実質的不法が与えられているのに対し、第二の事例においては形式的な規範服従のみしか存しないということの中にあるのである。

この相違は、ドグマーティッシュには数多くの視点のもとで重要なのである。第一に、まさに見て具体的危険性を要求するような刑罰規定が既に解釈論上存在しうるのである。第二に、議論される犯罪領域の刑事刑法との一致可能性の問題に対して、具体的危険性の制限された視点が重要でありうるだろう。第三に、具体的危険性も、なおそれに立ち戻るであろうところの総論のドグマーティクの多くの他の箇所で意義を獲得するということを顧慮すべ

10 かくするのはしかし大いに Zaczek (Fn. 4) S. 194. その区別が重要ではないということ はまた Kindhäuser Gefährdung als Straftat, 1989, S. 290 ff. で、彼の圧倒的に否認される「安全」モデルから受け入れられる（これについてはなお V. 以下）。

きである。

その実現に対して既に抽象的危险性が十分ではないが、財の具体的危険化がまさに存在する必要のない犯罪の存在につき、ホイヤーによっても指摘された¹¹。適している」という概念が使用されている個々の法律規定に結びつけて、彼は「適性犯」と述べたのであった。それは、私がそれを危険現象からアルツール・カウフマンの祝賀論文集において展開した¹²のと同様の方向にあるものである。しかしながら彼は適性の存在に関し、危険性の概念において当てはまるような、行為する者の立場で思考された客観的な事前の標準人の見方に基づいて目指そうとするのではほとんどなく、むしろ当該行為の客観的な「属性」に依拠しようとするのである¹³。また、彼は現存する原則的なドグマーティッシュな問題を余りにも法実証主義的視点で見ているのである。ツィーシャンクは、個々の的に法律において「適した」という文言が様々の実体的意義において使用されているということ、既に指摘したのである¹⁴。

さて、なお術語上の側面に関しては、従来の「具体的および抽象的危险犯」という概念一対がふさわしくないという見解それ自体に賛同している論者によって、にもかかわらずそれが伝統に相応しているということで、それを固持しているのである¹⁵。伝統への固持はここではしかしながら、概念の混乱

11 Hoyer (Fn. 3) S. 197 ff., 201 ; ders. JA 1990, 183 (188).

12 Hirsch (Fn. 3) S. 557 ff.

13 Hoyer (Fn. 3) S. 107 f., 201 ; ders. JA 1990, 183 (188)を参照せよ。

14 Zieschang (Fn. 3) S. 164 ff., 175 f. 部分的に具体的危険犯をも包含するところの法律における相違する意義につき同じく Roxin (Fn. 2) §11 Rn. 163 および SK-StGB/Wolters/Horn (Fn. 6) Vor §306 Rn. 18 は指摘している。

15 Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele (Fn. 4) Vor §§13 ff. Rn. 129 ; Lackner/Kühl (Fn. 4) Vor § 13 Rn. 32 ; Radtke in : Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Vor §§306 ff. Rn. 4 f. ; Jescheck/Weigend (Fn. 4) S. 264 mit Anm. 42 をも見よ。

若干の論者にとっては、従来の「抽象的危险犯」として表示された構成要件において法律上推定された保護客体の危険化の諸事例が問題であるということから出発すべきであるということがある役割を演じているようにも思われるのである；たとえば Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 4) §8 Rn. 43 および Wessels/Beulke (Fn. 4) Rn. 29 を見よ。

と誤解へと至るのである。危険性犯はとにかく危殆化を必要としない。人が——いかなる理由からまたいつでも——「危険性犯」という表示に否定的に対立するならば、一見してまた「適性犯」という表示にも思考しうるであろう。しかし、とりわけ「危険」と関係している犯罪が現在問題となっており、そこでこれはまたその表示において表現されるはずであるということを考慮することになる。それに加えて、だれかが直ちに危険な行為のもとで何ものかを表象しうるのであって、「適した」という形容詞が「危険な」との相違において、まさにそれ自体だけで十分な内容をもっていないということで、適した行為のもとで何ものかを表象しうるものではない。「危険犯(Risikodelikte)」というのが、まさにむしろ適しているであろう。しかし、この表示も既に他の場所で使い尽されている。それはさらに、明らかに過失犯できわめ出されていないであろう¹⁶。これに加えて、「危険な」という概念は財に対する危険状態の存在と、とりわけ未遂についての危険性説や客観的帰属論といった行為から出発する単なる危険の区別に関して、同じくドグマーティクの他の箇所では浮かび上がってくるのである¹⁷。それ故に、それがまたそれによって刻印づけら

しかし行為者に負担を負わせる刑法上の推定を提起することへの一般的な疑念を度外視すれば、当該の犯罪において法律の文言や解釈学上の構造によれば、具体的な財の危殆化の推定が問題ではなく、危険な行為が問題なのである。これについて詳しくは、*Graul Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, 1991, S. 355 ff.

- 16 その表示のそのほかの使用については、*Zieschang* (Fn. 3) S. 385 における指摘を見よ。以前の態度決定において私は「リスク犯(Risikodelikte)」と「危険性犯」の表示を依然として同義的に使用していたが、そのことはしかし不明確性へと導く。危険性と過失の相違に関し、個々的には *Zieschang* (Fn. 3) S. 62 ff. および *Hirsch FS Buchala* (Fn. 3) S. 161 を見よ。
- 17 未遂における危険性説については *Hirsch FS Roxin*, 2001, S. 711 (719 ff.); *ders. JZ* 2007, 494 (500 f.) を参照せよ。客観的帰属論に関しても—それに私は尤も故意犯において批判的に対立している—危険と危険性の区別はある役割を演じるのである。その依拠者達は行為者によって創出され、許された危険によっておおわれぬ危険の実現ということを構成要件の射程範囲内部で語るのである。危険でもってその際詳細に考察すると態度の危険性が考えられている。

れている犯罪グループに対しても、区別の尺度として使用されるものとして現われるのである。

それに加えて、»危殆犯«を大概概念として維持することは概念の混乱へと導くのである；けだし»危険性犯«という下位グループはまさに危殆化を必要としないのである。法律が財の危殆化を要求している規定は、あまり支配的ではなく、危険性構成要件がはるかに中心になっている。両者の概念を包括する大概概念として»危険犯(Gefahrdelikte)«が考慮される。かような大概概念は、たんにより正確であるばかりでなく、それがまさに何ものかが危殆化された諸事例が全く問題になっているという印象を回避するということでもより相当なのである。

3. 体系的な観点においては、いずれにせよ以下のことが確定されるのである：財の危殆化と行為の危険性（これは場合によっては、それによって惹起された危険な状態と結びつく）との間を区別すべきである。それに応じて»具体的および抽象的危殆犯«という従来の概念一対は、»危殆犯および危険性犯«および»具体的および抽象的危険性犯«という2つの概念一対によって取り換えられるべきである。

4. このことを明確にすることはまた、その体系的な位置づけに問題のある刑罰規定の1つのグループを実体に即して位置づけさせることを可能にするのである。

そのようなコンビネーションの例として、たとえば刑法典旧第308条第1項第1文（単純な放火）が挙げられる。その刑罰規定において、一定の客体の放火が抽象的に類型化されているが、それに対してこの客体がその属性および状況によれば、火が他人の保護されている客体に燃え移るに適しているかどうかの確定は、裁判官にその時々々の事例に応じて委ねられていたのである。人は、抽象的危険性犯と具体的危殆犯との間の混合形態が問題であると

考えたのであった。類型化された部分においては抽象的危険性が問題である一方で、裁判官によって割り当てられた適性に関しては具体的危険犯が受け入れられるであろう¹⁸。具体的危険化にあっては裁判官による評価を伴うが、これと異なり抽象的危険性犯にあっては立法者によってなされた類型化が問題なのであるという冒頭で言及された見解に、かような見方は結合したのであった。そうこうしているうちに、しかしこれはその時々に見舞われた財が現実的に危険状況の中に陥ったということが必要であるということで、ここでは具体的な危険化が問題たりえないという認識が徐々に浸透していったのである。ガラス¹⁹に従って今日では以下のように言われている：(具体的な)危険結果が構成要件の実現のために必要ではないときには、危険性規範の類型化された性格ではなくて、危険性を確認するという裁判官に対する任務の要求も変更されるのである。むしろ、その種の刑罰規定は裁判官の活動が法律上の基礎に基づき、一般化の継続の中に存するというように解釈すべきであろう。それ故に今日の通説は、そのような外部的にのみ混合形態を伝統的な術語である「抽象的危険犯」、かくして抽象的危険性犯に加えているのである²⁰。

このような見解は、なるほど具体的危険化との混合が問題となっているという見方をしりぞける。しかしその見解は、そのもとで抽象的危険性犯と具体的危険犯との間の二者択一のみを知っているというドグマティックなレパトリーで論じているというのは悩ましいことである。具体的危険性が問題となりうるということは視線の中に入らないのである。しかし真の危険犯と抽象的危険性犯との間に、具体的危険性のカテゴリーが存在するという

18 H. Schröder JZ 1967, 522 ff.; ders. ZStW 81 (1969), 7, 18 ff.; Maurach/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. 1992, §20 Rn. 32; Jakobs (Fn. 6) 6. Abschn. Rn. 87; Schünemann JA 1975, 787 (793, 798)を参照せよ。

19 Gallas FS Heinitz (Fn. 6) S. 183 f.

20 Schönke/Schröder/Heine (Fn. 4) Vor §§306 ff. Rn. 3; Jescheck/Weigend (Fn. 4) S. 268; SK -StGB/Wolters/Horn (Fn. 6) Vor §306 Rn. 18; Roxin (Fn. 4) §11 Rn. 162.

ことに注目するや否や、個々の諸規定の法の根本義(ratio legis)の詳細な検討に際して、具体的危険性犯としての位置づけが明らかとなるという可能性が存在するのである。

5. また、ツィーシャンク²¹はさらなる構成要件グループ、すなわちそこから具体的に危険な状態を特殊な結果として生じなければならないような刑罰規定に目を向けた。彼は「潜在的危殆犯」と述べるのであるが、それは問題となっている法益客体が潜在的に具体的危険あるいは侵害に曝されるからである。彼は例としてとりわけ大気汚染の構成要件(§325 Abs.1 StGB)を挙げているのであり、それは以下のように規定している：「施設、特に事業所または機械を操業するにあたり、行政法上の義務を侵し、施設に属する区域外で、他人の健康、動物、植物もしくは著しい価値を有するその他の財物を毀損するに適した大気の変更を惹起した者は...」。

実際にかような構成要件は通常危険性犯からきわだたされており、それらにおいては一定の危険な行為のみが語られているにすぎない。また、法益客体が危険の中に陥る必要はないのだから、およそ具体的危殆犯が問題となっていない。ツィーシャンクはそれ故にそれを危険性犯および(具体的)危殆犯と並ぶ独立の犯罪グループとして設定しようとしている。しかしながら、實際上独立の犯罪グループが問題となっているのかどうか、あるいはわれわれはそれをむしろ、ただ危険性犯の下位事例とかかわりあっているのではないのかどうかという疑念が提起される。けだし、たとい危険な状態、たとえば危険な大気汚染が生じたのでなければならぬとしても、その犯罪においては、かような状態の招来そして従って全体として危険な行為が問題となっているのである。それで人がたとえば古典的な危険性犯、例えば交通における酩酊といったものと比較するとすれば、同じくここでは危険は、危

21 Zieschang (Fn. 3) S. 64 ff., 158 ff., 162 ff., 203 f.

危険な状態の惹起から出発しているということが示されるのである。一方においては、それが自動車が運転不能な自動車乗りによって運行されることによって、自動車から発する危険な状態が生ずるところの中で生じるのである。そして他方においては、それは煙突あるいは管による汚染された排気ガスから逃れさせるということによって、喚起されるのである。危険な状態が動的にアクセルの連続した行動によって創出され、そして保持されないのではなくて、電気モーターで（例えば道路において）それがそうであるように、スイッチを調整することで静的に保持するということを交通における酩酊の事例において表象するときには、なおとりわけ、そのパラレルは明らかとなるのである。結局のところ、それ故にそれは大いに表現上の問題しか問題になっていない。道路交通における酩酊の構成要件はまた、それが「アルコールの飲料またはその他の麻酔剤の摂取のため、乗物を運転しそしてそれによって、生命、身体または財産の安全を毀損するに適した状態で、これを操縦した者は...」と規定しているようなやり方においても、捉えられうるであろう。そして人が1000分の1の価値の「運転不能」の箇所で、および一定の化学的な限界値の大気汚染に適した箇所で設定するとすれば、両者の事例において危険性犯が問題であるということがなお補足的に目につくのである。それ故に、ツイーシャンクによって「潜在的危殆犯」として独立化された犯罪では、実体上危険性犯の下位事例のみが受け入れられるべきであって、そこでは法律の定式化は一定の状態の招来を際立たせるものである²²。

22 *Hefendehl Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 163 f. もまた批判的である。この者がしかしツイーシャンクは「刑事政策的にのみ」論じているのであって、そして憲法的に論じていないと批判するが、もっともそれは当たっていない。基本法がその解決のために必然的な解答を何ら用意していないということを度外視するとしても、第一次的に刑法的な観点から解決されるべき問題が問題となっているのである。その問題は、憲法が何らの基本権の部分を含んでおらず、あるいは全く記述された憲法が存在しないときでも、刑法学によって何ら異ならずに判断されるべきであろう。その答えは必然的に刑法から探究されなければならない。

それはそうと、そのような構成要件に対して「潜在的危殆犯」というのは、あまりふさわしくないようにも見える。一切の具体的に危険な行為において潜在的な危殆化ということが語られ、そしてそれはそのような術語によって、危険性犯と真の危殆犯との間の中間形態が問題となっているかのような誤まった印象を引き起こす。術語上の明確化のために、實際上単なる危険性が問題となる全てに対してこの概念の使用が推奨されるのであり、それをもって現実の危殆犯に対する相違が明らかとなるのである。その決定的な相違は一定の財の危殆化と単なる危険性との間にあるのである。それ故に、「状態結合的危険性犯(zustandsgebundene Gefährlichkeitsdelikte)」という表示が最も適切であろう。

IV.

1. 伝統的に「抽象的危殆犯」として表示されている犯罪の背後に隠れているところのものの分析は、従来当てはまるものとして固定的な基盤からの刑事刑法との一致可能性の問題の調査を可能にするのである。それに対するそのような分析は結局のところ問題ではないというツァツィーク²³の既述の見解は、人が評価する最終結論をまず第一に評価の対象をより詳しく顧慮すべきであるという学問的な必要性を度外視させるものである。

具体的危険性犯を考察すれば、それはただ形式的ではなく、実質的不法内容をもっているということが確認されるのである。けだしそれで他人の財の侵害の具体的な危険(Risiko)が創出されるということは、明らかに実質的不法もまた存在するのである。伝統的に細分化されていない「抽象的危殆犯」として表示されている犯罪グループと刑事刑法との一致可能性についての批判に際しては、明らかにその「抽象的」という表示によって刻印づけられているイメージが動揺するのである。人はしかしながらその諸構成要件によって包

23 Zaczyk (Fn. 4) S. 192 ff.

括された——そして實際上支配的でありさえする——諸事例を、実体に即した帰結に到達するために具体的に危険な行為と同様に、目の中に受け入れなければならない。まず具体的危険性の諸事例を無視するとすれば、純粋な抽象的危険性、そしてそれで通常単なる規範服従が問題となるのである。

秩序違反法においては、構成要件的に既に一定の行態の抽象的危険性で十分であるということが示されるのである。けだし、そこではただ社会生活の秩序に適合した機能化を害するような一般的に行われるべきでない行態の禁止と制裁が問題なのである。違反行為は何の汚点にもならないし、そして略式手続きでの行政官庁による処理が相当である。しかし刑事刑法に対しては、他の尺度が適用される。

2. 刑事刑法は原則的に侵害犯もしくはいずれにせよ結果犯に制限すべきであるという思想は、破られない処罰化の要求に鑑みて立法者には持続的に鳴り響いている。しかし彼はかような原則において維持可能なものではない。既に常に危険性犯は刑事刑法において存在してきている。古典的な例は、たとえば重い放火 (§306 a Abs.1 Nr.1 StGB)、偽証犯 (§§153 ff. StGB) および公共に危険な投毒 (§314 StGB) である。もともとかような諸事例の処罰化の権能をだれも否認しないのである。かくて刑事刑法の制限的見解を主張する「フランクフルト学派」²⁴の主張者の一人であるハッセマーにおいても、「抽象的危険犯」、すなわち危険性犯と述べられるものの刑法への算入はなるほど古典的領域、とりわけ放火犯において刑法的に正統化されようが、新たな領域においてはそうではないと述べているのである。かくてこの見解は単に不一致

24 Hassemer ZRP 1992, 378 (383). さらに以下のものが挙げられる: Herzog Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 109 ff. および Prittwitz Strafrecht und Risiko, 1993, S. 362 ff. それに対して Kuhlen GA 1994, 347 (362 ff.). フランクフルト学派につき詳しくは Wohlers Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik moderner Gefährungsdelikte, 2000, S. 51 ff.

可能性の主張というより、前地行為への刑法のアクセントの延長の阻止が問題となっているのである。しかしこのことは歴史的な現状の氷結を意味しているものではない。社会生活が絶え間なく変動し、そしてまた変化に服しているという事実を鑑みて、刑法の基本構造の保持に際しても内容の個々の変化が可能であらねばならない²⁵。

若干の論者によって逆に拡張された展開が積極的に見られるのである。かくて、シューネマンは複合的因果関係およびその原則的な不透明性が現代社会にとって特徴的であると考えているのである²⁶。その際、古典的な結果犯から現代的な抽象的危険性犯への変遷がまさに事物の本性から明らかとなるのである。このような発展を裏返す者は刑法の現代化を拒否することになる。かような者は現代社会の行為の諸条件の無視によって刑法の法的保護の任務を見誤るのである²⁷。

クラッチュもまたその展開を積極的に解している²⁸。彼は個々人にとってははや見通しがたい事象経過の偶然条件性にもとづき、立法者は個々人がもはや行ないえないであろうような危険防衛の任務を既に前地においてその地位を受け入れていると論じているのである。最良の法益保護の保障のために、および法的保護の欠缺の回避のために立法者が「大きな調整器」として諸規定を制定し、そしてそれでもって危険防衛の任務を自ら果たすときには支持されるであろう。立法者が危険防衛という本質的で必要とされている任務を実施することを通じて、個々人はその行為指示に服することが必要とされ

25 それについて *Hirsch* in: *Kühne/Miyazawa* (Hrsg.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 1995, S. 11, 15, 20 f.

26 *Schünemann* GA 1995, 201 (211 ff.).

27 *Schünemann* GA 1995, 201 (213). ティーデマンも「いわゆる危殆犯は超個人的な（集合的な）法益の保護にさいして、刑法の相応な反作用形態である。<という見解なのである、*Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 2004, Rn. 60, そしてコイラートは「法治国家的問題ではない」と考えている、GA 2001, 51 (74).

28 *Kratzsch* *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, S. 116, 277 f., 283 ff., 292; *ders.* FS *Oehler*, 1985, S. 65 (67).

るのである。

原則的にこのような見解に対しては、かようなやり方で刑事刑法が警察法的性格を獲得するものと反論される。刑法が一般予防から十分に解明されるという広範にわたる承認は、強い支持をえてきたのである。その結果は刑事刑法のインフレーション的な拡張であり、そしてそこから生じたいるところで観察される軽罪領域におけるその印象力の崩壊である。危険性犯への重点の拡張は、さもなくば生ずる証明の困難性のために必要であろうという考えは、何の正統性も生じないのである。申し述べられている困難性およびその事由がしばしば正確に課せられないということを全く度外視するとしても、訴訟上の単純化は可罰性の拡張の根拠づけを正当化するものではない²⁹。実体刑事刑法においては行為者態度の評価が問題であって、刑罰追及当局の最も手続き経済的な進行可能性は問題ではない。今日の日常において曝されている危険に対する制裁で守られている保護は、行政不法および違反不法の諸規定によって行なわれるものである、すなわちドイツにおいては秩序違反法によって然るのであるということも看過されてはならない。その実体に反した刑事刑法への侵入は抑制するのが妥当である³⁰。

危険性犯を刑事刑法の中に受け入れることが是認されるべきような部分領域を指定するべく試みるべきである。その際、とりわけ2つの事例グループが問題となる：例えば、公務員贈賄罪や偽証罪といったいわゆる「精神化された中間法益」を伴う犯罪、そして第2に例えば刑法典第316条における

29 それについて詳しくは Weigend FS Triffterer, 1996, S. 695 ff. 批判的にはまた Lin Abstrakte Gefährdungstatbestände im Wirtschaftsstrafrecht, 1992, S. 101 ; Hirsch (Fn. 25) S.20 ; Zieschang (Fn. 3) S. 367 f. 異なるものとして Tiedemann/Kindhäuser NSZ 1988, 337 (340).

30 »フランクフルト学派«と並んで、既に20年以前に強調して Jakobs ZStW 97 (1985), 751 ff. がそうしている。秩序違反法および特別刑法の経済犯罪の刑法典の刑事刑法への拡張の際に、それに対して»改正努力の主要目標«が重要であったということをティエデマンは早期に指摘した ; Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität AT, 1975, S. 17を参照せよ。

ように、立法者が固定的な規定によって一定程度自動化しようとする、とりわけ道路交通における大量行為³¹。精神化された中間法益を伴う構成要件として表示された諸事例に関しては、その際とりわけ承認された昔からの永続からの構成要件が話題となるという例が示している。精神化された中間法益という視点は、もっとも鮮明ではない。というのも考えられている諸規定における保護法益はその時々で一個にして同一物で区別されないからである。

大量行為に関しては、例外なき規範服従がここでは学理的根拠から命ぜられていようということを意味する。というのも、必要な自動化はさもなくばこれらの規範の単なる形式的な秩序機能のゆえに、まさに到達しえないからである：可罰性の制限はここでは凡そ考慮されないのである。道路交通規則(StVO)の規定にあっては秩序要素はこれらの規定の第一次的機能であろう。一定の行為が一般的な実務となるときには、生ずるであろう結果が目指されるであろう³²。それに対して、しかしながらこのような説明は刑事刑法の論議されている限界に対して何ものも交付するものではないということに注意すべきである。そのような説明はかような行為が凡そ制裁をもって威嚇されているということに対する根拠づけを述べるにすぎず、そしてそれ故に一次的に秩序違反法に限定されるのである。

前述の限界づけの諸提案は、具体的危殆犯と抽象的危殆犯との間の伝統的な二者択一からまた依然として出発している；具体的危険性のカテゴリーの存在およびそこから生ずる可能性を人は明らかに依然として意識してこなかった。

刑事刑法の限界づけの出発点を、秩序違反法の層分けが形成するはずである³³。刑法からのその分離は、刑法およびその感銘力の緩和を妨げとするた

31 そうするのは *Schünemann* JA 1975, 787 (798)に続いて *Roxin* (Fn. 2) §11 Rn. 160 f.

32 *Jakobs* (Fn. 6) 6. Abschn., Rn. 86 ff.; *Brehm* Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1976, S. 139 ff.

33 それについては *Hirsch* (Fn. 25) S. 40 f.

めに、周知のように生ずるのである。秩序違反法は、特別刑法においてだんだんと集まって来たように、原則的にいわゆる行政不法や違反不法に対してそれにふさわしい場所にあるはずである。秩序違反は通例危険性犯の犯罪構造を示すものであるから、それは原則的にそれに位置づけられている犯罪領域が問題となる。それに応じてそれが例外的に刑法の中に採用されるかどうかの問題については、当該の行為がその不法の重さに応じて例外的に原則的な当該の秩序違反からきわだたされているということで根拠づけられる評価視点が問題となる。そのことは、立法者がそれをそれにもかかわらず刑事刑法に位置づけようとするときに、特別の根拠を呈示しなければならない、ということの意味する。これはとりわけその種の行為から発する危険性の高い程度、および曝されている損害の範囲の中に存しうるのである。それに対して証明の単純化は刑事犯罪行為としての格づけに対する何のアリバイも形成しないということは、既述のところから既に提示された³⁴。また、それは常に当該の法益を保護するその他の刑事刑法の諸規定に同調させることを要するのである。たとえば財産が今まで原則的に侵害行為に対してのみ、そしてなるほど故意的に刑法典の中で保護されているとすれば、刑罰保護の釣り合わせは危険性犯の差し入れによって妨害されないということに、より正確な顧慮を必要とする。

抽象的および具体的危険性犯の区別を苦勞して作成することは、危険性犯がその重要性に応じて刑事刑法に適合させるときには、その際いずれにしても具体的危険性が問題とならねばならないものではないのかどうかという問題へと導くのである。実際上ここではさらに既に古典的な領域において、その中で具体的危険性が欠如するところの諸事例がいかに限界づけられうるのかという問題が生じるのである。立法者によって抽象的危険性犯として段階づけられている行為は、具体的な場合において全く危険でないこともありう

34 Fn. 29 を見よ。

る；にもかかわらずその構成要件は充足され、そしてそれとともに可罰性が与えられる。その中に、責任原則に対する違反が見られるのである³⁵。既に上述した重い放火(§306 a Abs.1. Nr.1 StGB)が一例であり、その高い刑罰威嚇はまさに火を放つことによって引き起こされた物の損壊でもって解明可能なものではなく、住空間の点火と結びついた居住者に対する生命の危険性でもって始めて解明可能となるのである³⁶。それにもかかわらずその規定においてその所為行為は抽象的に一般化されて規定されており、そこで構成要件的に具体的な諸事情は生命の危険性に関して何らの顧慮も見出されえないのである。その中に誰も滞在していない小さな小屋に点火する者は、従ってその条文によれば既に重い放火の犯罪構成要件を充足するのである。

その種の帰結の回避のために、個別事例における非危険性の反証を許容するというホルスト・シュレーダーに淵源する見解が提案された³⁷。

しかし、それは刑法とは異物の構成である。實際上、かような提案は被告人に具体的危険性の欠如に対する証明負担を負わせ、そこで疑わしきは被告人の利益にの原則に違反するということに帰するのである³⁸。刑法典第 326 条第 6 項において、立法者は近時「危険なゴミとの許容されない接触」の構成要

35 *Binding Normen* Bd. I, 4. Aufl. 1922, S. 368 ff.; A. Kaufmann JZ 1963, 432; Schönemann JA 1975, 797 f.; Baumann/Weber *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 1985, S. 135; Roxin (Fn. 2) §11 Rn. 153; Schönke/Schröder/Heine (Fn. 4) Vor §§306 ff. Rn. 3 m.w.N. を参照せよ。判例においては、その問題は重大な放火のばあいに実際的なものとなった。しかし人は今まで一つの判決を回避してきた; BGHSt 26, 121; 34, 115 を参照せよ。

36 刑法典第 306 条 a 第 3 項において規定されているあまり重くない諸事例に対する低い刑罰枠はその問題性の解決を何ら提供しない、というのもそれは重罪としての位置づけに関係されないものであり、そしてその肯定は不特定であるからである。

37 H. Schröder ZStW 81 (1969), 7, 16 f.; Schönke/Schröder/Schröder 17. Aufl. 1974, Vor § 306 Rn. 3 a.

38 すでに、批判的には Brehm (Fn. 32) S. 38 ff.; Schönke/Schröder/Cramer 24. Aufl. 1991, Vor §§306 ff. Rn. 4; Hirsch FS Buchafa (Fn. 3) S. 161; SK—StGB/Wolters/Horn (Fn. 6) Vor §306 Rn. 17; Roxin (Fn. 2) §11 Rn. 154; Wohlers (Fn. 24) S. 287; jeweils m.w.N.

件において、有害な作用（そしてなるほど少量のゴミのゆえに）が特別の刑罰阻却事由を導入することを明らかに排除したという場合に賛同しているのである。しかしそのような構成はその問題性を同様に背後から展開するものである。実体に即した解決は、もともと具体的に危険な行為のみを捉えるところの中にあるのである³⁹。そしてそのことは少なくとも原則上刑事刑法の全ての危険性構成要件においてかようなものであるはずであろう；ただし、規範命令に対する単なる背反行為はいずれにせよ原則上行為刑法と何の関係もない何ものかではなく、警察法的に（秩序法的に）のみ関心があるからである。然る時にまた、刑事刑法に基礎づけられている責任主義とのあつれきを取り除かれる。抽象的危険性犯としての規定において、行為者が類型化された抽象的に危険な行為のメルクマールのみを知る必要がある——あるいは過失の可罰性においてはそれに対して認識可能であらねばならない——という一方で、彼が具体的な状況において、彼の行為の危険性を意識しないし意識されえたということが、具体的危険性犯に属するのである。刑事刑

39 所為行為の注意違反性の要求の形態における制限の試み（いわゆる「結果なき過失」）は、それに対して何の説得力のある見解を引き出さない。それは *Horn Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, S. 22 ff., 218 f. および *Brehm* (Fn. 32) S. 126 ff. に還元されるものであり、そしてまた—その原則的な観点とは別に関係なく—*Schünemann JA* 1975, 798 そして今や *Roxin* (Fn. 2) §11 Rn. 155 においても見出される。その構造においてまさにややこしい様々の論者の構成が個々のに再び相互に相違しているということを度外視すれば、複雑な主観的なニュアンスが結局のところ一般的に適用可能であるかどうか問われるのである。それを超えて、過失犯の構造は危険性犯の構造から相違する。けだし注意違反性は一たとえ一般化されるとしても—当為の要求から定義される。それは危険性の尺度と異なり純事実的な現象ではない。この相違は両者の場合において考察の視点が行為者の立場で考えられた標準人であるということを顧慮するときにも、存し続けるのである。かてて加えて主観的な領域においてばかげたことが生ずるのである。具体的に危険な行為と注意違反性が同一であるとすれば、前者に向けられた故意は不法評価の部分に関係しなければならず、したがって部分的に不法の意識を含まねばならないであろう。しかしこのような見方は故意と不法の意識との間を区別しそして両者の異なる犯罪領域を位置づける刑法体系と一致しないのである。

法と行為者の態度はこれらの主観的な要件の存在において、相互に関係しているのである。

態度がただにその不法内容において秩序違反の水準を超えるのみならず、それを超えて絶対的な規範命令の種類と重さに基づき既に犯罪的態度としての具体的危険性の存在に依存することなく評価されるというように、事柄が単にそうであるときには、抽象的危険性構成要件は刑事刑法において実体に即しうる、とりわけまた責任主義とも一致しうるのである。精神的中間法益⁴⁰についての上述の見解は、たとえば偽証構成要件といったそのような規定の方向において発端で示されるのである⁴⁰。

既に抽象的危険性が刑事刑法の中への位置づけを正統化するような稀有な諸事例を度外視するならば、具体的危険性犯のみが問題となりうる。そしてそれらにあっても、それらが秩序違反の不法の水準を超えている実質的な根拠が明確にならねばならない。立法者には今まで具体的危険性犯のカテゴリーが意識されなかったのであるから、刑法典の中に注目される矛盾が生じたのである：交通犯罪につき、彼は具体的危殆化構成要件 (§§315 ff. StGB) を創出したのであるが、それに対して環境犯罪につき、今まで抽象的危険性犯として解釈される諸規定 (§§324 ff. StGB) には同じような状況にある問題性がある。具体的危険性犯のカテゴリーを苦勞して作り出すことに、立法者はそれ故に調和化の可能性を開くことである。

前記において行なわれた熟考は、しかしただに立法論的に妥当性をもつだけではない。かえって既に今やある規定において實際上具体的危険性犯が問題となっているのかどうかということを詳しく検討すべきである。ツィーシャンクは賞賛に値する個別研究において、数多くの諸規定がそうであるということを示した⁴¹。それに基づき、本稿で指示されうる。高等裁判所は刑事

40 ツィーシャンクはそれに対して、抽象的危険性だけの諸事例は完全に刑事刑法から排除されるということをも可能だと考えている、(Fn. 3) S. 382 ff. を参照せよ。

41 Zieschang (Fn. 3) S. 206 ff. また Wohlers (Fn. 24) S. 311 ff., 338 ff., 343 も個々の構成要件の研究でさし示されるものと考えているのである。そのさい彼の見解によれば「一

立法者の解放された処罰化の圧力に鑑みて、制限的な解釈によってここでは刑事刑法の輪郭がなおある程度保持するということがその任務ではないのかどうかを、大いに熟考しなければならない。刑事刑法は危険防衛の制裁で防衛された法へと変質されてはならない。以下のことは、既にも上記で示された。

かくして、具体的危険性犯はその不法内容によれば明らかに秩序違反を超えているときに、刑事刑法に適合するということが明らかとなる。その際特別に位置する諸事例のみが問題でありうるのだから、結果犯の危険性犯への刑法の重点の移動は生じないであろう。そして抽象的危険性犯に関しては、これらはまさに原則的に刑事刑法に属するものではない；全く稀有な例外事例においてのみそれはそこで正統化される。

自明のようにこのことは一般的に妥当しなければならない。EUの背景をもつ諸規定に対しても、それ故に何ら異なることなく妥当するのである。EU財政の保護に奉仕するいわゆる「全法典」は、なるほど特別の注目に値する。というのもそれは様々の加盟国の刑法家によって共通に草稿されている刑法草案（総則の重要な規定を含めて）であるからである。しかし危険性犯（補助金詐欺）——それはかてて加えてなお、伝統的なやり方で抽象的危険性を伴い含んでいるのだが——が中心点に立つのである。「全法典」はそれ故に内容的に、おそらく多くのものが考えてきたように「ヨーロッパにとっての刑法テデル」として格づけられないのである。ティーデマンは他の関連においてまた自ら既に、刑事刑法が常に新しい危険性構成要件の創設によって過剰に引き延ばされるという危険を示唆したのである⁴²。

一般的に危険な行為の処罰化の限界づけのドグマティックな解決構想から出発されているのではなく、「具体的な個別規範の正統性がその時々々の犯罪類型にとって特殊な尺度で測られることになるのである。

42 Tiedemann FS Hirsch, 1999, S. 765 (767). 「不安から解放された存在の確実性の確保」という任務指定でもって(Tiedemann/Kindhäuser NSStZ 1988, 337 [340])もっとも抽象的危険性犯の導入の増大の要求が準備されてもいよう。それは、国家がそのような確実性

V.

危険性犯のさらなる一般的な問題は侵害犯からのその限界づけなのである。危険性犯の増大は、生命、身体、活動の自由、所有権、非物質的な法益である財産といった古典的なはっきり示された法益の前地で創設されているということを通じて、法益の軟化を伴われることである。それは既に保険詐欺(§265 a. F. StGB)の旧構成要件の解釈とともに始まったのであり、それにあっては——現在また保険濫用の構成要件におけるように——少なくとも財産と並んで同位にある保険制度の社会的な給付能力が保護されるはずであった⁴³。それに補助金詐欺が続くのであり、それにおいては補助金の国家的な計画の自由および編成の事由もしくは公共機関の法益問題に関し、国家的な経済コントロールあるいはそれとともに随伴する経済政策的な目標設定の手段として問題となるのである⁴⁴。それでもってキントホイザーが危険性犯に対して「安全」といった想像上の一般的な法益を規範的に保障された安全の状態として主張するといったことは、軟化の最高点に到達するであろう⁴⁵。

を凡そ保障しうるかぎり、国家にはその最外部で始めて刑事刑法が自由となる多くの手段となることを見落すものである。ティーデマンは今や「抽象的危険犯の寄るべき正統性」をあまりに広範なものとして考えているのである、*Wirtschaftsstrafrecht* AT (Fn. 27) Rn. 60 mit Anm. 65 を参照せよ。

さらに刑事刑法の上記の限界は立法者に他方で秩序違反法に対して完全なフリーハンドを与えるものではないということを顧慮すべきである。ここではなるほど抽象的危険性犯はIV1で挙げられた理由から通常かつ疑念なきものである。しかし制約的な国家的な制裁が問題であるということで、その導入は比例性の原則およびウルチマ・ラチオ原則のもとにあるのである。すでに今やわれわれは多くの領域において当該の過剰規制の状況にあるのである。

- 43 §265 a. F. StGB については：RGSt. 67, 109；BGHSt. 11, 398 (400)；25, 261 (262)；*Tiedemann* in：Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 1996, §265 Rn. 6 ff.；§265 n. F については：Tröndle/Fischer (Fn. 4) §265 Rn. 2.
- 44 LK/*Tiedemann* (Fn. 43) §264 Rn. 11 ff. m.w.N. 環境刑法においてもまた法益概念は強く輪郭がはやけておりそして全く疑念すら引き出されすらある。それによって生じた論争問題につき詳しくは *Hirsch* (Fn. 25) S. 13 ff. m.w.N.
- 45 *Kindhäuser* (Fn. 10) S. 280 ff., 287, 290.

危険性犯は個々の法益との関係での「攻撃のパラダイム」に解消されようし、そして「安全」を保障するはずの犯罪に解釈を変えることになろう。しかしそれに対して異議を申し立てるべきである：「安全」という概念の規定においては——かくして：安全はどこに、だれに対してあるいは何か？——だが再び「安全」にされた「法益に対する危険性の問題」に還元されるのである。いつおよびいかなる程度で安全が侵害されるのかということのみが限定づけられるだけである。それでもってしかし再び熟考の開始に、すなわち行為の危険性のそばに立つのである。これに加えて、必要とされる安全は後続現象として具体的な法益の保護から生ずるといふ異論がつけ加わるのである。安全の観点でもって、個々の刑罰規定の正統化のためにもう一度引き合いに出されえないところの刑法それ自体の機能が捉えられる。それを超えて、キントホイザーによる措置方法は有害でありさえする。なぜなら、それは具体的な財の危険状態の段階づけおよび——具体的ないし抽象的な——行為の危険性をあいまいにしてしまうからである。あいまいな「安全」概念の中でこれはまた法治国家的諸理由からも考慮される全ての輪郭の相違が失われるのである。キントホイザーの安全モデルは、刑法による欺瞞的な「安全」のみを提供しうるにすぎないのであろう⁴⁶。

法益概念の掘り崩しは、前地において活動するということを注意することなく、刑事刑法の伝統的な任務領域の前地において止めどなく調整するということを促進するのである。もっとも、たいいてい当該の犯罪が首尾一貫して侵害犯としてそのように形成された非物質的な「アリバイ」法益に関して段階づけるといふ帰結を引き出すのではなく、通説はそれにもかかわらず「抽象

46 キントホイザー説の批判については *Seelmann* NJW 1990, 1257 (1259) ; *Hirsch* FS Arthur Kaufmann (Fn. 3) S. 556 mit Anm. 49 ; *ders.* (Fn. 25) S. 16 ; *Maurach/Schroeder/Maiwald* Strafrecht Besonderer Teil 2, 9. Aufl. 2005, §50 Rn. 36 f. ; *Roxin* (Fn. 2) §11 Rn. 156 ff. および詳しくは *Zieschang* (Fn. 3) S. 351 ff. ならびに *M. Krüger* Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 94 ff. m.w.N.

的危険性犯から出発したのであり、また出発しているのである⁴⁷。

なるほど法益概念は法秩序に先与された概念ではなく、自然法的表象に帰そうとするものではない⁴⁸。法益概念は一般的なそして刑法に限定された概念ではないということで、ますますそうではないのである。ある財は、実定的な法秩序がそれを保護下に受け入れることによって法益の質を保持するのである。その際その保護が刑法によっても問題となるかぎり、法的に可能な保護財は国家的な刑罰権能の機能と正統化から生ずる尺度にしたがって方向づけられるのである。それ故に刑法に対する法益概念の意義は前法的なものではなく、もっぱら刑法内^レ在^リ的な、すなわち実定法の内容に結合的なものである⁴⁹。それはどこで保護される利益がまさに存在し、そして保護された財がまさに位置づけられるかを合理的に根拠づけられねばならず、それでもってある構成要件が法益侵害を対象にしているのかどうか、あるいはそれが前地行為に当てはまるかどうかを明確ならしめるというところの中に存するのである。またそれ故に、たとえば道路交通犯罪の保護法益が「道路交通の安全における信頼」の中で見られるということを見誤るのである。ただしその安全においては、交通関与者の法益、すなわち生命、身体の不可侵性および所有権が、交通法的諸規定を通じて保護されるべきであるということが問題となるのである⁵⁰。これがまた通説によって全く明確に述べられているのではなく、そのかわりに「公衆」の法益の保護ということが語られているということは、挙げられた個人的法益の受け入れから同意の問題に対する支持しえない帰結を生じさせるであろうということを考えるということに関連するのである。それはしかし誤りである。ここで同意が考慮されないという

47 それについて詳しくは *M. Krüger* (Fn. 46) S. 109 ff., 158 f. における批判。しかし首尾一貫して侵害行為（「妥当侵害」）に対しては *Tiedemann* (Fn. 27) Rn. 59.

48 それについて詳しくは *Hirsch* FS Spinellis, 2001, S. 425 (429 ff.) m.w.N.

49 *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* (Fn. 4) Vor §§13 ff. Rn. 9 f. における通説に関する指摘、およびそこでもまた異説についての主張があり参照せよ。

50 それについて詳しくは、*M. Krüger* (Fn. 46) S. 159 ff., 161 ff.; *Hirsch* (Fn. 48) S. 440 f.

ことは、公衆の法益の存在からではなく、当該の構成要件が不特定数の個々の個人的法益を考慮しそしてそれ故に一つのあるいは若干の当該の法益の担い手の同意が十分ではないというところから生ずるのである。かくして、法益の問題が問題となっているのではなく、危険性犯の犯罪構造の効果が問題なのである。

いかなる法益がそのつど刑罰諸規定によって保護されているのかという問題の答えは、かくしてより正確な分析を必要とする。ある規定において古典的な個人の法益の侵害の回避のために前置された保護領域が問題なのか、それともわれわれはオリジナルな普遍的法益と関係しているのか？後者の領域は、今日主張されているより相当小さいものである。そしてたいてい普遍的法益の存在から出発するところでも、危険性犯として構成要件が段階づけられているということに注意する価値があるのである。その種の財はだが、害するときに既に侵害されてもいよう。例として»業務上の取り引きにおける贈収賄および買収« (§299 StGB)の構成要件が挙げられる。ここでは通説は⁵¹まず第一に保護法益として»純正な競争«を考えている。だれかが競争違反的に行為し、そして構成要件要素を充足するとすれば、首尾一貫して元来侵害犯が存するということが明らかになろう。人がこの帰結を引き出さないということを通じて、より正確に考えて財産保護の前地の中にあるということが出現するのである；一切の競争が問題ではなく、業務上の取り引き、かくして財産の取り引きのみが問題であるということを考慮するときには、ますますそうなのである。

かくして、危険性犯は本来保護法益の問題と密接に結びついているということが示される。そしてそれを明確に苦勞して作出することが、いかなる範囲で刑法上の前地で活動し、そして刑罰威嚇の高さがこの距離を相当であるとするのかどうか、あるいはさらに進んで凡そ秩序違反としての段階づけの

51 Tröndle/Fischer (Fn. 4) §299 Rn. 2 m.w.N.

みが適当でないのかどうかを、そのつど明確ならしめるのである。

VI.

総括的には、以下のことが確定される：

伝統的な「具体的危険犯—抽象的危険犯」という概念一対は妥当ではない。むしろ「危険犯と危険性犯」との間を、そしてそれから「具体的および抽象的危険性犯」の間を区別すべきである。より正確な大概念は「危険犯」ではなく、「危険性犯」である。刑事刑法には原則的に（具体的）危険犯のみが適合し、そしてそれに相応する重大性にあたり具体的危険性犯が適合する。それに対して、抽象的危険性犯は刑事刑法において稀有な例外として止まるべきものである。

危険犯のより正確な体系的な分析化の無視はただにその刑事刑法の合致の解明にとって不都合な結果に終るのみならず、法益の問題性に対しても然るのである。それを超えて、危険化と危険性の相違を際立たせることはその方向に担われている概念性と術語を、それにおいて危険が問題となっている他のドグマーティッシュな領域においても注意を促すものである⁵²。その相違が重要となりうる各則の主要領域は、経済刑法と環境刑法である。ティーマンがこれらの領域でドグマーティクから長く無視されてきた危険犯の分野に注目してきたということは、敬意を表すべき被祝賀者の寄与に属するものなのである。

（訳者あとがき）

以上で一応ヒルシュ論文の翻訳を終えるが、昨年（2007年）末に公表した拙著『抽象的危険犯の研究』（成文堂）の末尾で、わが国で抽象的危険犯とされている犯罪は全て「抽象的危険性犯」として捉えてよいとしたのであ

52 上記Fn. 17を参照せよ。

る。勿論、わが刑法典も抽象的危険犯を規定する犯罪が存在し、かような犯罪でも全く危険でないものは抽象的危険犯としてのその資格を失うという趣旨である。それ故、ツイーシャンクのように抽象的危険性犯を全て刑法典からドラステックに閉め出すのではなく、私見もヒルシュ同様稀有な例外としているのである。したがって、私見も抽象的危険犯は刑事刑法において稀有な例外として認めたいうえで、全く危険性を欠如するものは当該犯罪構成要件に該当せず、その処罰は刑事刑法の正統化を欠き、他の犯罪構成要件に該当しないかぎり処罰されないという趣旨であることを、蛇足ながら書き置くことにする。

(2008年7月30日稿)