

Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts

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/2297/18586

抽象的危険犯の考察

振 津 隆 行

目 次

はじめに

第Ⅰ部 ドイツにおける抽象的危険犯について

第1章 序論と問題提起

第1節 刑法体系における抽象的危険犯の一般的位置づけ

第2節 問題提起

第1款 抽象的危険犯のドグマーティッシュな基本問題

第2款 抽象的危険犯の抽象化度

第3節 抽象的危険犯の特別形態－中間形態

第1款 抽象的危険犯の特別形態

第1項 大量行為

第2項 「精神化された中間法益」を伴なう犯罪

第2款 中間形態－抽象的-具体的危険犯

第3款 ヴォルターによる発展分化

第2章 ドイツにおける抽象的危険犯のドグマティクに関する諸見解の状況

第1節 刑法と抽象的危険犯の正統化の基礎としての法益と法益保護

第2節 抽象的危険犯の他の犯罪形態からの限界づけ

第3節 抽象的危険犯の正統化のために主張されている諸見解

第1款 一般的危険の理論（危険動機説）

第1項 一般的危険説の基礎

第2項 一般的危険説に対する批判

第2款 抽象的危険の理論（推定説）

第1項 反証を許さない危険推定説(praesumtio iuris et de iure)

第2項 反証を許す危険推定の理論(praesumtio iuris)

①ラーブルとピュッツ

②シュレーダーによる法律上の推定

第3款 正当化の出発点の主觀主義化への移行

第1項 減少した攻撃強度の危険犯としての抽象的危険犯のクラマーの構想

第2項 フォルツによる危険増加の理論

第4款 注意義務違反性の観点による正統化の試み

第1項 ルードルフィによる過失の要件

第2項 ホルンによるこれらの出発点の継続

第3項 構成要件と規範の区別についてのフレームの構想

第4項 シューネマンによる主観的注意違反性

第5項 ヤーコブスの記述される過失の要件

第6項 過失と不能未遂の原則に関する折衷的帰属のウォルターのコンセプト

第7項 アンドレアス・H・マイヤーによる危険性無価値

第5款 法益概念の抽象化／規範の保護目的の拡張

第1項 ビンディングによる自己のドグマティクの展開

第2項 ベルツによる抽象的価値としての法益

第3項 キントホイザーによる規範目的としての安全(Sicherheit)

第6款 実在的法益観を貫徹しようとするユルゲン・シュミットの試み

第7款 ヒルシュ＝ツィーシャンクによる抽象的危険性犯(Gefährlichkeitsdelikt)の 提倡

① ヒルシュの危険犯論について

② ツィーシャンクの危険犯論について

第II部 わが国における抽象的危険犯について

第3章 わが国における抽象的危険犯に関する諸見解の状況

第1節 反証を許さない危険推定説(いわゆる形式説)

第1款 旧刑法典下における小曇云の見解

第2款 現行刑法典下における見解

第2節 抽象的危険犯を実質化しようとする諸見解

第1款 反証を許さない推定説に対する原初的疑惑としての飯塚敏雄判事の見解

第2款 平野龍一博士のカズイステッシュな見解

第3款 違法論で実質化する見解

第1項 内田文昭博士の見解

第2項 岡本勝教授の見解

第4款 構成要件論で実質化する見解

第1項 山口厚教授の見解(「準抽象的危険犯」と「狭義の抽象的危険犯」の
2分説)

第2項 松生建教授の見解(事後の危険行為説)

第3項 佐伯和也助教授の見解(抽象的危険-結果説)

第4項 その他の諸見解

結 諸一若干の私見

はじめに

私は、今から（2006年）4半世紀前（1981年）に公表した論文「刑法における危険概念—危険概念の本質についてー」⁽¹⁾で、今後の展望の部分に記しておいた課題につき、そのほとんどの分野について諸論文を公表してきたが⁽²⁾、残された課題としては、具体的および抽象的危険犯論であった。

そこで、本稿において、まず抽象的危険犯の考察として論文を書くべく決断した次第である。もっとも、既にこの4半世紀の間にドイツやわが国においても、多数の著書・論文が公表され、一時は既にこの課題を葬り去ろうとも考えたが、私の思考の奥底に鬱積されてきた課題であるだけに、私自身の態度決定のためにも、ここで抽象的危険犯を取り上げ、これを論じようと決断した次第である。

では、この困難な課題につき検討することとする。その際、まずは、ユルゲン・シュミットのディッセルタチオーン⁽³⁾を参考しつつ出発することとする。

- (1) 振津隆行「刑法における危険概念—危険概念の本質についてー」304頁（刑法雑誌24巻2号 1981年）、後に同『刑事不法論の研究』189頁（成文堂 1996年）所収。
- (2) 振津隆行「主観的不法要素全面的否認説の検討」157頁以下（『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』〔成文堂 1997年〕）同『刑事不法論の展開』157頁以下（成文堂 2004年）所収。なお、以下本凸を『展開』と略す。同「主観的違法要素」28頁以下（西田典之ほか編『刑法の争点〔第3版〕』〔有斐閣 2000年〕）。同「不能犯—具体的危険説と客観的危険説との対抗ー」259頁以下（『中義勝先生古稀祝賀』〔成文堂 1992年〕）同『展開』173頁以下所収。同「未遂の処罰根拠—未遂犯は『具体的危険犯』かー」131頁以下（『小暮得雄先生古稀記念論文集』〔信山社 2005年〕）同『展開』191頁以下所収。同「いわゆる『防衛意思』に関する二、三の問題」321頁以下（『能勢弘之先生追悼論集』〔信山社 2003年〕）同『展開』121頁以下所収。
- (3) Jürgen Schmidt, Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutslehre, Dissertation Marburg, 1999.

第Ⅰ部 ドイツにおける抽象的危険犯について

第1章 序論と問題提起

第1節 刑法体系における抽象的危険犯の一般的な位置づけ

犯罪構成要件は、前提とされている法益に対する攻撃の強度に相応して、侵害犯と危険犯に区別されている。侵害犯の場合には、攻撃が保護法益の実在的な価値の損失へと導かれなければならないということが前提となっているが、それに対して危険犯の構成要件は、危険状態の招来だけを要求するものである⁽⁴⁾。

侵害犯の前地である危険犯の处罚は、現代の刑事立法においてきわめて重要な位置を占めている⁽⁵⁾。ドイツにおいては、とりわけ抽象的危険犯は刑法典の各則のすべての章において見出されるのであり、制裁構成要件の創設において、とりわけいわゆる特別刑法(Nebenstrafrecht)においても好まれる犯罪類型なのである⁽⁶⁾。

-
- (4) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.1, vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S.260 f.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 2003, §8, Rdn. 42 ff. u.s.w.
 - (5) Herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, 1987などの出版は、この傾向を端的に現わしているものといえよう。
 - (6) キントホイザーによれば、ドイツ刑法典で抽象的危険犯に属するものとして、§§84 ff., 98 ff., 109 d., 127, 129 f., 130, 140, 145, 166, 219 c, 264, 264 a, 265 b, 283, 283 b, 311 a, 311 d, 316, 316 c, 325 f., 327, 328, 329 Abs.1 und Abs.2 StGB を挙げている(Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, S.225 Fn.1)。また、シュレーダーによれば、Nebenstrafrecht で交通刑法における多数の危殆化構成要件とか、麻酔剤あるいは武器の取り引きおよび流通に関する規定の内部で、食品法、薬事法等において見出される、としている(Horst Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, in: ZStW Bd. 81, 1969, S.7)。なお、具体的危険犯であるが、1967年にラックナーは、交通刑法における具体的危険犯は、「今世紀(20世紀=引用者注)初頭には、広範な侵害構成要件の暗闇においてのみささやかな存在でなんとかやってきた一方で、そ

さて、危険犯は伝統的に2つの基本的カテゴリー、すなわち、具体的危険犯と抽象的危険犯に区別されてきた⁽⁸⁾。

危険犯は、それが構成要件的に実質的に把握可能な侵害結果を要しないという点で共通である。しかし、それらは大きな構造上の相違を示すものである。

具体的危険犯は⁽⁹⁾、それが構成要件的に保護された客体に対する具体的に実現される危険の発生が要求されるということによって特徴づけられている⁽¹⁰⁾。具体的危険犯は結果犯である。それらは侵害犯から相違する帰属の尺度によって区別されるのではなく、それらが構成要件的に侵害結果の代りに、危険結果(Gefährdungserfolg)⁽¹¹⁾を要求しているということを通じて区分される

れはとかくするうちに油のしみのように拡張され、そして法益秩序の多くの場所でその地位を見出した。遅くとも、第2次大戦後には、「それはほとんど立法者の愛兒となったのである」と述べている(Karl Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Strafrecht, 1967, S.1 ff.)。Vgl. auch Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.I, 4. Auflage., 2006, S.422 f.; Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, in: JA 1975, S.793; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.1.

- (7) So schon: Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 4. Auflage, 1922, S.364 ff.; Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967, S.129; heute: Jescheck/Weigend, AT [Fn. 4], S.260 f.; Roxin, AT [Fn. 6], S.423 ff.; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1993, S.172 ff.; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.1 u. s.w.
- (8) たとえば、ドイツ刑法典§§311 ff., 315–315 cなど。Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3] S.1, Fn. 4.
- (9) Vgl. Eckhard Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S.8 ff.; Hennrich Demuth, Der normative Gefahrbegriff, 1980, S.16 ff.; Heribert Ostendorf, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, in: JuS 1982, S.429 f.
- (10) 具体的危険の概念は、もっとも今日まで争われており、かつ不明確である(Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.2)。Vgl. dazu: Roxin, AT [Fn. 6], S.423; Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.31 ff.; Demuth, Gefahrbegriff [Fn. 9], S.49 ff.; Peter Bassenge, Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwendung im zweiten Teil des Strafgesetzbuches und in der strafrechtlichen Nebengesetzen, Dissertation Bonn, 1961, S.18 ff.

のである。具体的危険犯の結果は損害の中にあるのではなく、保護にかかる法的客体の「具体的な不安定化」の中にあるのである⁽¹¹⁾。この不安定化は、相当な許されない侵害危険の創出の中で現出するのであり、その侵害危険は一般的な帰属尺度によって突き止められるのである。もっとも、この関連において、法益侵害の可能性は事前的にか、それとも事後的に判断すべきかが論争されている⁽¹²⁾。

法律は、具体的危険犯においては、一定の法益に対する危険の発生を明示的に構成要件要素たらしめている。それは、行為者の行為が一定の法益の（具体的）危殆化、かくして危険結果へと導いたか否かどうかを、個々の事例毎に検討すべきであるということを意味しているのである⁽¹³⁾。

これに対して、抽象的危険犯⁽¹⁴⁾は一般的に、消極的な記述によって定義づけられている。具体的に現出する危殆化も法益の侵害も前提としないような犯罪が抽象的危険犯として表示されている⁽¹⁵⁾。具体的な法益危殆化もしくはその侵害という意味での結果は必要ではない。立法者は、少なくとも法律の文言により、行為それ自体を刑罰のもとに置いている⁽¹⁶⁾。法律は、本来の意

(11) Vgl. Wilhelm Gallas, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Heinitz, 1972, S.175 f.; Roxin, AT [Fn. 6] S.423 f.; Schünemann, JA 1975, S.793, dazu vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3] S.2.

(12) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.2, Fn. 8.

(13) Vgl. Hartrnut Schneider, Das Inbrandsetzen gemischt genutzter Gebäude, in: Jura 1988, S.461; Schröder, ZStW 81 [Fn. 6], S.7 f.; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.2.

(14) シュミットは、抽象的危険犯に属するものとして、§§84 ff., 98 ff., 109 d, 125 ff. 127, 129 f., 140, 145, 166, 264, 264 a, 265 b, 283 b, 306 (a.F.), 306 al, 1.Alt. (n.F.), 311 a, 316, 316 c, 325 f., 327, 328, 329 Abs. 1 und Abs. 3 StGB を挙げている(Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.2. Fn. 11)。

(15) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.225; Eva Graul, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991, S.108 f.

(16) Vgl. BGSt 33, 133 (135); Roxin, AT [Fn. 6], S.426 f.; Gallas, Heinitz-FS [Fn. 11], S.180; Joachim Bohnert, Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte-BGH, NJW 1982, S.2329, in: JuS 1984, S.184; so shon: H. Mayer, Strafrecht AT [Fn. 7], S.129.

味における危険結果が招来されねばならないことなしに、一般的経験によれば、一定の法益に対する危険を示すところの人間の態度の一定の形態を刑罰のもとに置いているのである。

危険結果の要件は、通常、具体的危険犯を抽象的危険犯から特徴的な区別のメルクマールとして使用しているのである⁽¹⁷⁾。

第2節 問題提起

抽象的危険犯のドグマティクの中に、数多くの問題領域が交差しているのである。抽象的危険犯を実質的にどのように正統化すべきかという問題は、規範論的には重要である。抽象的危険犯の法適用の主要問題、すなわち、抽象的危険犯の適用領域が制限されうるか否か、およびいかなる程度で然るかということが、この正統化の問題と関連しているのである⁽¹⁸⁾。

第1款 抽象的危険犯のドグマティッシュな基本問題

抽象的危険犯のドグマティッシュな基本問題は、法益を保護するという刑法の任務に関連する規範論的な正統化の問題である⁽¹⁹⁾。

刑法上の制裁規範は、いかなる諸前提のもとで、ある人がその態度に対して負責されるかを確定するのである。制裁規範は、まず第一に、行動規範(Verhaltensnorm)である。行動規範は、その不服従が制裁へと導くところの行動規則を提立するのである。この行動規則の実質的な正当性は、今日の理解によれば、法益を保護するというこの規則の目的の中で根拠づけられるのである⁽²⁰⁾。かくして、侵害犯は、それによって保護法益を侵害から保護するという目的をもって、行動規範を提立するのである。それ故に、侵害犯は法益保

(17) Vgl. Demuth, Gefahrbegriff [Fn. 9], S.32 ff.; Roxin, AT [Fn. 6], S.426 ff.; Schröder, ZStW Bd.81 [Fn. 6], S.7, 14 f.; Bohnert, JuS 1984 [Fn. 16], S.182, dazu auch Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.3.

(18) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.3.

(19) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.14.

(20) So: Roxin, AT [Fn. 6], S.13 ff.; Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983, S.5; Diethelm Kienapfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 1991, S.39 u.s.w.

護の視座のもとで問題無く正統化されるのである。というのも、構成要件該当的な行動は、必然的に法益の損害、すなわち法益侵害へと導くからである⁽²¹⁾。

それに対して、危険犯は侵害結果に対する関係から導出されるものではない。抽象的危険犯も具体的危険犯も、独立の損害性格を伴う行動結果を規制するものではない。危険犯は、法益侵害を回避することを目指していないし、少なくとも直接的に目指してはいない⁽²²⁾。危険犯は、一定の視点において未遂と類似するものであり、未遂と同様に危険犯は法益侵害という最終結果を前提としているし、法益への危殆化方向においてのみ提立されているのである。

具体的危険犯も抽象的危険犯も侵害犯に対する可罰性の前方移転ということが特徴的なものなのである。

だが、この前方移転は、具体的危険犯においては、少なくとも法益の安全性に対する個々の具体的な場合に確定可能な危険が要求されているのである。それらは、具体的な法益危殆化を阻止するという任務の中にある認識可能な保護目的をもっている。それらは、それを通じて間接的に法益侵害を阻止するために、法益を具体的に危殆化する直接的な行態を禁じているのである。かくして、具体的危険犯は、法益保護に奉仕するものであるということが認識可能なのである⁽²³⁾。

それに対して、抽象的危険犯は、その犯罪構成要件において、保護法益に関係することなく、構成要件的に記述された行態をただ刑罰のもとに設定し

(21) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.13 ff., 163.

(22) そうするのは、まったくの通説である。Dazu vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.4, Fn. 20.

(23) Vgl. Schneider, Jura [Fn. 13] 1988, S.461; Schröder, ZStW 81 [Fn. 6], S.7 f.; Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafatsystem, 1981, S.197; Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.8 ff.; Roxin, AT [Fn. 6], S.423.

ているのである⁽²⁴⁾。

まさに、その中に抽象的危険犯の正統化の問題が存在しているのである。すなわち、法益保護が刑法の主たる任務であり、かつ正統化の基礎であるとすれば、刑法規範は法益侵害を阻止するという目的により正統化されるのである。しかし、抽象的危険犯は、構成要件的に法益侵害を要求していないし、少なくとも侵害結果を要求しておらず、かつその時々に保護法益の危殆化結果も要求していないのである。したがって、法益との構成要件的な関連が欠如しているのであるから、いかにして抽象的危険犯の規範正統化的連関が、個別的な保護法益に対して明らかとなるのかということは明確ではないのである。したがって、抽象的危険犯のドグマーティッシュな基本問題は、それには法益侵害を目指す犯罪諸前提が欠けているにもかかわらず、いかにしてこの犯罪カテゴリーが法益保護の前提下で、それによって保護される法益に対する実質的に正統化する関係において設定されうるのかという問題なのである⁽²⁵⁾。

第2款 抽象的危険犯の抽象化度

上記の抽象的危険犯の規範論的な正統化の問題は、行為の侵害関連性が欠ける場合でも、実際的な意義を獲得してきたし、そして、いかなる程度で、それらによって保護法益からの抽象的危険犯の完全な抽象化が、「責任なければ刑罰なし」という原則によるその保護目的の背景から許容されるかという問題の中に流れ込むのである。この適用領域の制限を正当化し、もしくは必然化すらさせるところの抽象的危険犯の構成要件的に実質的に正統化されない適用領域が存在するかどうかは、問題なのである。ある行為が類型的に危険な態度として刑罰が科せられ、そして場合によっては全く危険でないも

(24) Vgl. Ulrich Berz, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz. Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten*, 1986, S.7.

(25) Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.4 f.; vgl. Kindhäuser, *Gefährdung* [Fn. 6], S.225 ff.

のとして証明される時には、抽象的危険犯の規範の実質的正義と刑法上の責任原理との衝突が生じるのである。

責任原理と実質的正義との抽象的危険犯の衝突は、实际上とりわけドイツ刑法典旧第306条第2文（重い放火）の適用の際に現われる所以である。ドイツ刑法典旧第306条第2文は、抽象的危険犯として位置づけられている⁽²⁶⁾。

ドイツ刑法典旧第306条第2文の構成要件は、形式的に見て、人の住居に用いられている建造物の放火によって充足されるものであり、行為時に人が行為客体に滞留しているかどうかはどうでもよいのである。このことは、行為者が完璧かつ信頼できる措置によって、だれもその建造物の中に滞留しておらず、またさらには、広範囲の安全措置によって、第三者の一切の危殆化を排除したことを確信したときですら妥当である。かような事例においては、行為者はドイツ刑法典旧第306条によって保護された生命および身体の完全性という法益に関して、危殆化不法を何ら実現したものではない⁽²⁷⁾。

この例が示すように、抽象的危険犯は具体的に絶対的に危険でない構成要件を充足する限りで、形式的に可罰性を根拠づけるものなのである。そのことは、まさに、ドイツ刑法典旧306条以下の事例において、全く危険でない事例においても、相当の刑罰威嚇が加えられるという限りで、問題性があるものとして証明されるのである⁽²⁸⁾。

1989年の刑法改正のための第6次法によても、この問題性は何ら変更されなかった。旧第306条は、新第306a条第1項において、重い放火のタ

(26) このことは、通説的見解である。詳しくは、Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.5. Fn. 25.

(27) Vgl. Schünemann, JA 1975, [Fn. 6], S.797; Roxin, AT [Fn. 6], S.426 f.; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.6.

(28) Vgl. Klaus Geppert, Die schwere Brandstiftung (§306 StGB), in: Jura 1989, S.418 ff.; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S.159; ders., in Heinitz-FS [Fn. 11], S.173; Peter Cramer, Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962, S.74; Schünemann, JA 1975 [Fn. 6], S.797; Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, 1983, S.186.

イトルのもとで若干の補足的な新しい行為の導入を度外視すると、本質的に旧第306条を何ら変更することなく継承しているのである。

ドイツでもわが国でも、抽象的危険犯の制限を試みようとする諸文献が存在する。そして、総括的には、抽象的危険犯の問題性は、抽象的危険犯の抽象化度における法適用および、必要とされる適用領域の制限のドグマーティッシュな正しい出発点の中に存在している。抽象的危険犯をその条文に即して、その非常に高い抽象化度を検討し、この犯罪が実質的に正統化されない適用領域を排除するために、抽象的危険犯の適用領域の制限を遂行することが、本稿の目的となるであろう⁽²⁹⁾。

第3節 抽象的危険犯の特別形態—中間形態

上述の一般的に行われている抽象的危険犯と具体的危険犯との区別は、きわめて粗雑な大雑把な区別であると考えられ、さらなる下位形態および中間形態ないし特別形態を区別すべきであると考慮されてきている。たとえば、ウォルターはきわめて複雑な区別を展開している⁽³⁰⁾。危険犯のこのようなさらなる発展分化は、抽象的危険犯の適用の制限がなされうるかどうか、いかなる程度で然るか、およびいかなるドグマーティッシュな根拠づけで然るかという問題にとって重要である。かくして、シューネマン⁽³¹⁾は、抽象的危険犯を責任原理に宥和する全ての試みが説得力を欠いていることの理由として、一方で抽象的危険犯のなお不十分な区別の中に、他方で従来使用してきた抽象的危険犯と具体的危険犯との両カテゴリーを硬直的に捉えてきたという見解を表明しているのである。

したがって、本稿では、さらなる発展分化がもたらされうるのかどうか、および解決のためにこのような発展分化が抽象的危険犯の制限の問題に寄与しうるかどうかを検討すべきである。もっとも、諸文献の一部でなされてい

(29) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.6 f.

(30) Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.319 ff.

(31) Schünemann, JA 1975 [Fn. 6], S.798.

る抽象的危険犯の特別形態、下位形態および中間形態は、まずは、その大綱においてのみ概観されるであろう⁽³²⁾。

第1款 抽象的危険犯の特別形態

原型としてのいわゆる古典的な抽象的危険犯、すなわちドイツ刑法典旧第306条ないし新第306a条第1項第1文を基礎として、大量行為(Massenhandlung)および「精神化された中間法益」を伴なう犯罪という2つの特別形態が区別されるのである。

第1項 大量行為

いわゆる大量行為は、抽象的危険犯の特別形態である。立法者は、とりわけ道路交通に関する刑法規範において例外無き規範を創設し、そして、行為の経過をある程度自動化させようとしている。大量行為に関する構成要件は、一般予防的な根拠から、例外無き規範遵守を要求しており、そこではこの規範目的との関連で可罰性の制限は考慮されないものと言いうるのである。この古典的で典型的な犯罪として、ドイツ刑法典第316条（交通における酩酊）が、この特別形態の例として挙げられよう。

第2項 「精神化された中間法益」を伴なう犯罪

抽象的危険犯のこの特別形態は、とりわけ賄賂罪と偽証罪（ドイツ刑法典第331条以下、および第153条以下）が当てはまる。第331条以下は、公務の執行の純粹性に対する大衆の信頼を保護しており、第153条以下は、裁判所の真実発見を保護しているのである。これらの法益は、それらに相応する構成要件のもとで包摶される行為によって、（具体的に）侵害され、あるいは危殆化されることを要しない。たとえば、第153条の宣誓しないで偽りの供述は、法廷内での偽証が不当な判断に導いたかどうかは問題ではないのである。

このような犯罪の場合、既に、行為無価値が可罰性を担っていると主張さ

(32) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.7.

れている⁽³³⁾。責任原則の観点のもとでの可罰性の制限は、それ故に考慮されていないのである。もっとも、ささいな贈り物とか重要でない不正確な供述のように、保護法益をまさに抽象的にも侵害しえないきわめて軽微な違反は、構成要件の解釈にあたって排除されることになろう⁽³⁴⁾。

第2款 中間形態—抽象的-具体的危険犯

ホルシュト・シュレーダーによれば、「刑法典は、抽象的危険犯か具体的危険犯かが問題となっているかどうかの決定が困難となり、そして一般的の解決が今まで見出されなかつたところの一連の構成要件を含んでいる」として、まず、ドイツ刑法典旧223条a(危険な傷害)が挙げられ、さらに第229条(毒害)、最後に他人の物件に延焼させるのに、その性質および位置からみて火を放たれた物が適していなければならないということによって特色づけられている旧第308条第1項第2文において、「抽象的-具体的危険」が問題となるとしたのである⁽³⁵⁾。これらの犯罪は、一定の適性メルクマールを危殆化結果の招来のために必要としており、そして、その構成要件的構造に基づいて、適性犯もしくは潜在的危険犯として表示されている。しかし、抽象的-具体的危険犯は、正当な見解に従えば、具体的危険犯と抽象的危険犯との混合形態ではなく、具体的危殆化結果が構成要件的に必要とされていないということで、抽象的危険犯に位置づけるべきものである⁽³⁶⁾。

第3款 ヴォルターによる発展分化

ヴォルター⁽³⁷⁾は、さらに一部で抽象的危険犯と類似の構造をもつ他の犯罪

(33) Vgl. Roxin, AT [Fn. 6], S.431; Schünemann, JA 1975 [Fn. 6], S.798; Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.328 f. ヴォルターは、それ故にこれらの犯罪を「併合された結果無価値」を伴なう犯罪として表示している(Wolter, Zurechnung, S.329)。

(34) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.8 f.

(35) H. Schröder, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? : in JZ 1967, S.522; ders., ZStW 81 [Fn. 6], S.18 ff. u.s.w.

(36) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.8 Fn. 42.

(37) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.319 ff.

の発展分化の複雑なモデルを提案している。ウォルターは、「非本来的」抽象的危険犯および「本来的」抽象的危険犯、ならびに「潜在的な一般的因果性をもつ抽象的危険犯(Risikodelikt)」そして最後に「潜在的一般的危険犯ないし侵害犯」に細分化している。彼が、ドイツ刑法典旧306条2文を算入している非本来的抽象的危険犯は、故意行為と過失の潜在的具体的危険犯との混合として考えているのである⁽³⁸⁾。なお、抽象的危険犯のドグマティクについてのウォルターの見解については、さらに詳しく論ぜられるであろう⁽³⁹⁾。

第2章 ドイツにおける抽象的危険犯のドグマティクに関する諸見解の状況

上述のように、抽象的危険犯は直接的な法益関係なしに確定的に固定されている。それ故に、その実質的な正統化を正しく根拠づけるためには、かなり困難な諸問題が存在している。抽象的危険犯の正統化に関する問題の回答以前に、予め一原則的な一刑法の正統化根拠が明らかにされなければならぬ⁽⁴⁰⁾。

第1節 刑法と抽象的危険犯の正統化の基礎としての法益と法益保護

刑法は、国家の刑罰権力、すなわち刑罰権(ius puniendi)に基づくものである。この刑罰権力は、憲法的にドイツ基本法第74条第1号から読みとることができるとされている⁽⁴¹⁾。そして、国家的処罰権が憲法的に正統化されるということに基づき、どこから刑法の実質的正当化が生ずるのかという問題が提起されるのである。まず、刑法はその他の法領域と共に通して、法的平和を保障するという任務をもっている。刑法は、法的平和のとくに重大な擾乱に対する防衛のための規制的手段なのである。これは、一般的の見解によれば、

(38) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.276 ff.

(39) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.9 f.

(40) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.11.

(41) Roxin, AT [Fn. 6], S.13 ; Schmidt, Gefährdungsdelikte, [Fn. 3], S.11 u.s.w.

特に価値があり、そして高度に保護が必要であり、それ故、刑法的保護が欠かしえない特に重要な財ないし利益に対する攪乱に対するものである。刑法の任務および実質的正統化は、刑法的に保護された財ないし利益であり、これを一般的に法益と表示しているのである⁽⁴²⁾。

ごく微少な見解の相違を度外視すれば、最近の諸文献において、法益保護が刑法体系の中心的課題であり、正統化の基礎であるということは広範にわたって承認されている⁽⁴³⁾。したがって、刑法の任務は、国民や社会の法益を保護することである。その中に、刑法の実質的な正統化があるのであって、それ故に、立法者は法益保護のために必要である限りでのみ、態度を刑罰のもとに置きうる権限をもつにすぎないのである⁽⁴⁴⁾。

したがって、例えば純粹な道徳違反は、刑罰を正当化するものではない。このことは、立法的に性刑法の自由化の傾向の中で表明されている。ドイツでは1969年までは、例えば成人間のホモ行為（ドイツ刑法典旧第175条）、獣姦（旧第175b条）、淫行勧誘（旧第180a条）、あるいはわいせつ文書等の頒布（旧第184条）は処罰されていたのである。これらは、なるほど以前は、そして今日でも部分的にも、公衆の広範な部分によって不道徳なものとして考えられたし、ないし考えられているが、しかし例えば、成人間のホモ行為は相互の了解のもとで行われたときには、道徳的・倫理的な価値表象を害するが、公衆あるいは個々人の保護に値する利益の意味における法益ではないのである⁽⁴⁵⁾。同じことは、旧175b条の獣姦に対しても妥当する。この

(42) Vgl. Jeschek/Weigend, AT [Fn. 4], S.260 f.; Schmidt, Gefährdadelikte [Fn. 3], S.11 u.s.w.

(43) So Roxin, AT [Fn. 6], S.16 ff.; so auch Armin Kaufmann, Aufgabe des Strafrechts [Fn. 20], S.5; Kienapfel, AT. [Fn. 20], S.39; Christian Suhr, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht, in: JA 1990, S.303; Georg Freud, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1998, S.5 ff. u.s.w.

(44) Vgl. Suhr, JA 1990, [Fn. 43], S.303; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.13.

(45) Vgl. Suhr, JA 1990 [Fn. 43], S.303. なお、西田典之『刑法総論』34頁（弘文堂 2006年）をも参照。

構成要件は、法益侵害に何ら結びつくものではなかった。その種の行為は「重大な人間の尊厳」を害するということで可罰性が根拠づけられた。しかし、一般的に考察すれば、人間の尊厳はすべての粗雑な倫理違反的行為によって侵害されるのだから、理解可能な旧第 175 b 条によって保護される法益は明白ではない⁽⁴⁶⁾。

したがって、刑罰規範は法益保護のその任務から実質的に正統化されるという認識から、刑罰規範は、上記のごとく、例えば純道徳違反を刑罰のもとに置き、恣意的にあるいは純イデオロギー的な目標設定に奉仕するかぎりで、刑罰規範は十分に正統化されないという帰結が生ずるのである⁽⁴⁷⁾。

上記のように、抽象的危険犯は法益保護に奉仕しなければならず、そしてその実質的正統化は、法益保護を基礎にしているということが必然的であり、結論において争われていないことである⁽⁴⁸⁾。

全ての刑罰構成要件に対する構成要件形成の出発点と指導形象は、したがって、法益なのである。刑罰規範は法益から出発する。刑法上の禁止・命令および刑法的制裁は、法益保護に奉仕するという刑法の任務設定によって正統化されるのである⁽⁴⁹⁾。

法益は、一切の態度規範および刑罰構成要件の実質的な核心を意味する。それ故に、刑罰構成要件は、その存在を実質的に正統化する保護客体に基礎を置く法益が存在するのである。保護財なき刑罰規定は存在しないか、さもなくば実質的に正統化されないのである⁽⁵⁰⁾。

もっとも、特に重要である財／利益が刑法上の意味における法益であると

(46) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.14.

(47) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.14.

(48) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.14.

(49) Vgl. Jescheck/Weigend, AT [Fn. 4], S.261 f. ; Roxin, AT [Fn. 6], S.16 ff. ; Kienapfel, AT [Fn. 20], S.39 ; Suhr, JA 1990 [Fn. 43], S.303 ; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969 S.2 ff. ; Jakobs, Strafrecht, AT [Fn. 7], S.44 f. u.s.w.

(50) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.15.

いう認識と関連して、いかにして重要な（価値のある）財／利益を、重要でない財／利益から区別すべきかが論争されている。ここでは、2つの基本的見解が対立している。実証的目的論的法益概念⁽⁵¹⁾(positivischer teleologischer Rechtsgutsbegriff)は、純形式的に法益が、その存在を立法者が刑事立法の客体たらしめているということによってのみ獲得されるということから出発している。これに対し、自由主義的法益概念(liberaler Rechtsgutsbegriff)は、実定法の前に置かれるべきであり、そして立法者をして刑法的に法益として保護してよいとする財の選択に際し制限するという見解が対立しているのである⁽⁵²⁾。自由主義的法益概念の内部で、さらに有価値的な財を探り出すために、いかなる尺度が引き合いに出されるべきかが極度に論争されている。それについて、法益という概念のもとで、何を理解すべきかが論争されている。この問題についても、2つの基本潮流が認識されるのである。実在的法益観は、感覚的に知覚可能かつ因果的に変更可能な実在的な対象あるいは状態として法益を考える⁽⁵³⁾。他の法益観は、感覚的に知覚可能ではなく、そして因果的な変更も可能ではないところの妥当要求から抽象化された思考形成物を法

(51) Grundlegend nach : Richard Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919, S.94.

(52) Vgl. Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in : JuS 1966, S.381 ff.; ders., Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwünfungen, in : JA 1980, S.545 f.; Walter Sax, „Tatbestand“ und Rechtsgutsverletzung (I), in : JZ 1976, S.9 ff.; Hans-Joachim Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in : Festschrift für Honig, 1977, S.158 ff.; Michael Marx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972, S.31 ff., 60 ff.; Ernst-Joachim Lampe, Rechtsgut, kultuller Wert und individuelles Bedürfnis, in : Festschrift für Welzel, 1974, S.153 ff.; Harro Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in : Heinz Müller-Dietz, (Herausgeber), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S.5 ff.; Knut Ameling, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S.350 ff. u.s.w.

(53) Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1. Band, 3. Auflage, 1916, S.339 ff.; Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW Bd. 58, 1939, S.509 ff.; Otto, Rechtsgutsbegriff [Fn. 52], S.51; Ameling, Rechtsgüterschutz [Fn. 52], S.350 ff.

益であるとする観念的な見方に従うものである⁽⁵⁴⁾。

実在的に理解された構成要件の客体が、概念形象の出発点である。この基礎に基づき、一方では、実在的な法益概念が構築されている。実在的法益概念は、とりわけヴェルツェルの認識に基づくものである。ヴェルツェルによれば、法益は精神物理的客体（例えば、生命）、観念—精神的客体（例えば、名誉）、実在的状態（例えば、家庭の平和）、法的関係（例えば、財産）、あるいはまた、直接的に規範によって要求されていない第三者の態度である⁽⁵⁵⁾。それによれば、法益は一切の事例において実在的で因果的に変更可能な対象あるいは状態である。この実在的な概念理解は、今日広範に構成要件形成の基礎として承認されている⁽⁵⁶⁾。この法益概念によれば、例えば物の所有権は観念的・抽象的な概念ではなく、ある物についての人の実在的な因果的に変更可能な支配関係である⁽⁵⁷⁾。観念的な法益概念の主張者は、保護された実在的な対象・状態をしかしまだ、本来の法益にまで高めるところのこの財の一般的な尊重要求ないし妥当要求へと抽象化するのである。しかしまだ、この見解の出発点は、シュミットホイザーによって例えば法益客体として表示されているところの諸構成要件に基づいている客体の実在的な理解である⁽⁵⁸⁾。

(54) Vgl. Franz von Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff in Bindingschen Handbuche, in : ZStW Bd 6, 1886, S.673 ; ders., Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, in : ZStW Bd 8, 1888, S.140 ; Karl Salm, Das ver suchte Verbrechen, 1957, S.179 f. S.183 f. ; Jescheck/Weigend, AT [Fn. 4], S.261 f. ; Herbert Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S.6 ff. ; Eberhard Schmidhäuser/Heiner Alwart, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984, S.83 ff. ; Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, in ; Festschrift für Engisch, 1969, S.443 ff.

(55) Welzel, Strafrecht, S.4 f. ; ders., ZStW 58, 1939, S.509 ff.

(56) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.16.

(57) Vgl. Schmidhäuser/Alwart, AT [Fn. 54], S.83 ff. ; Marx, Rechtsgut [Fn. 52], S.60 ff. ; Otto, Rechtsgutsbegriff [Fn. 52], S.5 f. ; Ameling, Rechtsgüterschutz [Fn. 52], S.350 ff.

(58) Vgl. insbes. : Schmidhäuser/Alwart, AT [Fn. 54], S.83 ff. ; Schmidhäuser, Engisch-FS [Fn. 54], S.443 ff.

なお、ユルゲン・シュミットによれば、概念形成の出発点は実在的に理解された保護客体であるということについては広範にわたる一致が存在するのだから、この実在的な理解が本研究の出発点であるべきだとし、ヴェルツエルの法益概念を手本として、さらなる認識を前提として、法益は有価値的で因果的に変更可能な対象もしくは状態として理解されるべきだ⁽⁵⁹⁾、としている。

第2節 抽象的危険犯の他の犯罪形態からの限界づけ

全刑法の実質的正統化は法益保護に基づくものであり、抽象的危険犯に対して構成要件的法益関係が欠如するにもかかわらず、異なることなく妥当するという認識が得られた後で、抽象的危険犯の他の犯罪グループからの限界づけが探究されうるのである。既述のように、抽象的危険犯は具体的に現象する危険化も法益の侵害も前提としない犯罪である。

もっとも、この消極的定義の適用と正しい位置づけの可能性を遂行することは、一見して明らかになる程に明確なものではない⁽⁶⁰⁾。

例えば、ヤーコプスによれば、ある犯罪が抽象的危険犯として位置づけるべきかどうかという問題は、結局のところ、その時に保護されている法益が定住している抽象化の水準に依存するのである。例えば、財産犯において、保護される財としての財産を目指すのではなくて——抽象的に——財産によって化体された自由を目指すとすれば、財産犯は抽象的な自由危険犯として位置づけられ、侵害犯としては位置づけられないであろう⁽⁶¹⁾。

このヤーコプスの熟考は、ある犯罪の抽象的危険犯もしくは他の犯罪形態への位置づけにとって決定的に重要であり、いかなる法益が問題となっている規範によって保護されるかという認識へと導くのである。保護にかかる法

(59) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.17.

(60) So auch: Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.36. そこでは、グラウルはドイツ刑法典旧306条2文が侵害犯と抽象的危険犯との矛盾する関係について述べている。

(61) Vgl. Jakobs, AT [Fn. 7], S.175.

益は、個々の規範にとってその時々の解釈によって確認されるのである。さらには、ヤーコブスによってスケッチされた熟考を通して、保護法益と一般的な犯罪位置づけに関する法益に対する構成要件の関係が決定的な意義をもつということも認識可能となるのである⁽⁶²⁾。

それ故に、まず第一に、保護法益がその時々の該当する刑罰構成要件の行為客体と同義ではないという認識は、抽象的危険犯の限界づけにとって重要である。行為客体のもとで、化体された行為が刑罰構成要件の実現に際して遂行される具体的対象を理解するのである⁽⁶³⁾。

法益と行為客体との概念の異なる意義は、ドイツ刑法典旧第306条第2文（ないし同新第306条a第1項第1号）を例として示められるのである。この一般的に抽象的危険犯として承認されている規範は、上記の法益と行為客体との間の相違に基づいて、部分的にその異論の無い位置づけにもかかわらず、侵害結果の意味における結果犯としても表示されている。というのも、この規範は所為客体についての行為(Tat handlung)の「結果」を前提にしてい、る、すなわち、それは規範において挙げられている行為客体（人の住居に用いられている建造物、船舶もしくは小屋）に放火するからである。旧306条2文（新306条a第1項1号）の抽象的危険犯としての位置づけにとって決定的な法益（保護財）は、この建造物、船舶もしくは小屋ないしは財産ではなく、他人の生命および／あるいは身体の不可侵性であるということで明らかとなるのである⁽⁶⁴⁾。

保護法益は、一切の刑罰構成要件の実質的な核心である。刑罰規範の解釈と認識は、この実質的な核心の中心的顧慮のもとでのみ可能である。ある犯罪カテゴリーについての刑罰構成要件の位置づけにとって重要であり、そし

(62) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.18.

(63) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.18.

(64) Vgl. BGHSt 26, 121 ; 36, 221 ; Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. II, [Horn], §306, Rdn.2 1999 ; Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Neugesetze, 49. Auflage, 1999, §306 a, Rdn.1.

て、実体法上の正当化の基礎は、保護法益であって、行為客体ではない⁽⁶⁵⁾。

前述のところによれば、個々の犯罪を侵害犯、具体的危険犯あるいは抽象的危険犯へと限界づけ、そして実体的に正しい位置づけは、その時々の具体的に保護された法益の顧慮のもとでのみ行われるということが確定されるのである⁽⁶⁶⁾。

ある犯罪をこの犯罪グループに位置づけることに関して、その時々の当該の行為客体および保護法益が同一か否かどうかはどうでもよいことである。シュミットによれば、行為客体と侵害客体とが同一であるときに、実質的意味における結果犯が存在していると考えるグラウル⁽⁶⁷⁾は、誤解していると批判する⁽⁶⁸⁾。そしてまた、シュミットは、法益と行為客体との同一視は、抽象的危険犯としてあるいは実質的な結果犯としてある犯罪を位置づけるには、何ら決定的な役割を演じないことを再確認しているのである⁽⁶⁹⁾。

また、グラウルによれば、ドイツ刑法典旧 306 条 2 文は、形式的意味においては侵害犯であり、実質的意味においては抽象的危険犯であるとする⁽⁷⁰⁾。このような誤解を、ホルンもまたしているとシュミットは述べている。つまり、ドイツ刑法旧 306 条 2 文の行為客体は、人の住居に用いられている建造物、船舶もしくは小屋であるが、保護法益は他人の生命および身体の不可侵性である。この保護法益の具体的危殆化の侵害は、構成要件の前提ではない。したがって、ドイツ刑法旧 306 条 2 文（新 306 条 a 1 項）は抽象的危険犯である。

かくして、シュミットによれば、抽象的危険犯は以下のように定義づけられるとする。すなわち、「抽象的危険犯は、それにあっては、規範によって

(65) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.19 Fn. 82.

(66) Vgl. Graul, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 15], S.36, 107 ff.

(67) So : Graul, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 15], S.108 f.

(68) Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.19.

(69) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.19 f.

(70) Vgl. dazu : Graul, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 15], S.107 ff.

保護された法益の侵害もしくは具体的危殆化が構成要件の前提ではないところの犯罪なのである」⁽⁷¹⁾と。この定義に基づき、その時々に保護される法益の侵害もしくは具体的危殆化が、構成要件メルクマールであるか否かを問うことを通して、抽象的危険犯の具体的危険犯および侵害犯からの実体に即した限界づけが可能となるのである⁽⁷²⁾、とするのである。

第3節 抽象的危険犯の正統化のために主張されている諸見解

抽象的危険犯は、その犯罪構造に相応して、直接的な法益関係の前地において態度操縦を目指すものである。それ故に、抽象的危険犯には構成要件的法益関係が欠如するのだから、いかにして保護法益と規範との間の規範正統化連関が、この犯罪グループにおいて、構成要件的な法益関係が欠如するにもかかわらず確立されうるのかというドグマティッシュな基本問題が生ずるのである。

抽象的危険犯の正統化のために、極めて多様な学説が主張されている。抽象的に危険な態度の禁止の目的は、法益侵害の直接的な回避でなければならないというところから出発する多様な判例・学説の努力が認識可能である⁽⁷³⁾。他説によれば、抽象的危険犯の目的的具体化は、法益保護との関連において直接的なこの犯罪の構成要件からは可能ではない。というのも、抽象的に危険な態度は概念的に、具体化された法益侵害に依存しないであろうからである。それ故に、抽象的危険犯の中間目標が定立化されねばならず、それは独立の無価値内容を示し、そして抽象的な危殆化の禁止は刑法上の法益保護の体系の中に入り込むのである⁽⁷⁴⁾。

抽象的危険犯の正統化に関する今日の議論は、抽象的危険犯の正統化を法益保護の視点に基づかせる2つの理論、すなわち、一般的危険の理論と抽象

(71) Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.21.

(72) Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.21.

(73) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.21.

(74) Vgl. Kindhäuser, *Gefährdung* [Fn. 6], S.227.

的危険の理論に本質的に還元されるのである⁽⁷⁵⁾。両者の理論は、今日でもなお、その特色において抽象的危険犯に対する多くの理論づけの出発点の基礎を形成している。両理論は、前もって既に確定しているように、その基本的に違った出発的立場に和解し難く対立しているのであって、それ故に、例えば、ブレームが今日の抽象的危険犯の通説は、これら両理論の綜合に基づいていると主張するときには、正当ではないのである⁽⁷⁶⁾。

第1款 一般的危険の理論（危険動機説）

第1項 一般的危険説の基礎

一般的危険の理論（キントホイザーによれば⁽⁷⁷⁾、一般的侵害重要性の理論）は、抽象的危険犯に対するスタンダードな根拠づけとして妥当しうるのである⁽⁷⁸⁾。本説によれば、抽象的危険犯は実質的に立法者が一般的に、すなわち、典型的に法益の侵害へと導き、そしてそれ故に、一般的に否認されるところのそのような行態を拒絶しているということによってのみ正統化されるのである。一般的危険の理論は個々的な抽象的危険犯のもとで包摂される行為が危険であらねばならないのではなく、この行為のグループが危険であるというところに導くところの統計的な蓋然性判断に基盤を置いている。抽象的危険犯の構成要件は、経験上数多くの諸事例において法益侵害へと導くような行為を記述している。それは、個々の行為の危険性が前提とされていないところの一般的判断をもって従事されるものである⁽⁷⁹⁾。一定の一般的に危険なものとして段階づけられている行態の処罰根拠は、具体的な態度の個別的な

(75) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.22.

(76) Vgl. Wolfgang Brehm, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973, S.11; vgl. dazu Graul, Gefährdungsdelikte, [Fn. 15], S.227; Schmidt, Gefährdungsdelikte, [Fn. 3], S.22.

(77) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.229.

(78) So auch: Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.229.

(79) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.23 Fn. 99 に多くの論者の引用がなされている。

侵害重要性ではなくて、構成要件的に記述されている行態のグループの一般的な侵害重要性である⁽⁸⁰⁾。したがって、態度と法益との間の必然的な結合は、それが一定の、ならびにまた常に一定の法益侵害への頻度へと導くような行態のグループにその態度が属しているという予測によって確立されている⁽⁸¹⁾。

この根拠づけの出発は、法に服している者に法益危殆化の衡量を単純化するために、立法者が一定の行態の処罰によって、法律の行為期待を具体化しているというところから出発するのである。抽象的危険犯の目的は、法益侵害の前方に置かれている行為類型の独立化であろう。立法者は「抽象的に危険」なものと考え、そしてそれを可罰性の根拠づけにおいて顧慮しようとするところの全ての諸事情を規範化したのである。この立法者によって一般的に危険なものとして段階づけられた諸事情の実現は、禁止の発端が既に侵害あるいは具体的危殆化の意味における法益侵害の前地において既に定着化させるべきであるという高度のリスクと安定化するものである。立法者のその種の処置は、その態度から生ずる危険が個々的に見通しえないとところではどこでも持ち出されるであろう⁽⁸²⁾。抽象的危険犯は、本説によれば、それが事実上の危殆化もしくは侵害の前地における有効な法益保護を目指している国家の秩序利益に奉仕するものである。立法者は、一定の生活領域を一般的に、個別事例の特殊性を顧慮することなく規制することを通じて、抽象的危険犯の規範化において特別の程度において秩序機能を行うのである。法に服している者に対する帰結として、彼に、行為と結合した危険の独自の評価が禁ぜられるということが明らかとなるのである。法治国家のこの規制システ

(80) Vgl. dazu : Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.229 f.

(81) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.23.

(82) Vgl. Joahim Bohnert, Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte-BGH, NJW 1982, S.2329, in : JuS 1984, 183 ff. ; Andreas Hoyer, Zum Begriff der „abstrakten Gefahr“, in : JA 1990, S.186 ; Schröder, ZStW 81 [Fn. 6], S.18 ; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.23 Fn. 102.

ムは、それが必要な規範の一般化から生ずるところの法形成により刻印づけられよう。それ故に、この一般化は正当化されよう。なぜなら、国家は秩序枠の創設において、すべての個別諸事例を規制しえないからである。一切の立法、したがってまた抽象的危険犯の領域のそれもまた、個別事例の関心事を一般化の結果として、十分に顧慮されないということが承認されるのである。しかし、このスタンダード化は国家的法設定の必然的な結果であり、そして個々人の人的な法的安全性の利益において顧慮されるべきである。一般的に危険なものとして評価される行態の処罰は、一定の法領域が態度のスタンダード化にあってのみ組織化されるであろうということで生ずるのである⁽⁸³⁾。

ヤーコブスによれば⁽⁸⁴⁾、スタンダード化は3つの諸事例においてなされるであろう。

まず第一に、例えば規制される領域の複雑性の故に、その中で行動する人間自身が損害を脱落させるようなやり方で、行動をとりうるということが期待されないのであろうときにそうなのである。例えば、法廷の前で証人が、彼の供述の重要性を判断しえず(§§153 ff. StGB)、あるいは非専門家が住居の放火の可能な結果を判断しえないのである(§306 Nr.2 StGB a.F. ないし § 306 a Abs.1 StGB n. F.)。

次に、大量的に浮上する同種の決定、例えば道路交通において、その時々の関与者の態度のスタンダード化において可能とされるものである。

最後に、例えば、古いオイルの大河への流出が測定可能な危険を意味するが、しかし、かような態度の大量的な頻度のように、個別事例においてマージナルな危険な態度が、頻度によって、かなり危険なものとなりうるのである。

第2項 一般的危険説に対する批判

類型的な危険が付着しているこの行為の類に属しているということだけ

(83) Vgl. Bohnert, [Fn. 82] JuS 1984, S.183 ff., 185; Jakobs, AT [Fn. 7], S.172 f.

(84) Vgl. Jakobs, AT [Fn. 7], S.172 f.

で、一定の行態が禁ぜられるという熟考からは、核心において生ずる上記の根拠づけの評価は、もっぱら刑事刑法における抽象的危険犯の正統化を目指しているのではなく、それはまた警察規則の正統化の基礎をも形成しているのである⁽⁸⁵⁾。それ故に、ビンディング⁽⁸⁶⁾は抽象的危険犯を「違警罪(Polzeidelikte)」とも名づけた。警察規定は、秩序づけの利益からもある態度を禁ずるものであり、そして、もっぱらではなく、しばしば二次的にのみ法益保護の根拠から禁ぜられるのである。警察規定は、そのハードルが本質的に決定的な抑制が、その背後にある態度の不履行において結果をもつ刑罰規範におけるよりも広く低く設定されている他の実質的な正統化の必要性の前に立っているのである⁽⁸⁷⁾。

抽象的危険犯の実質的正統化の根拠づけのために一般的危険説を引き合いに出すことの問題は、とりわけ本説の一般化された考察方法が、今日の刑法理論の個別化された、責任関係的な考察方法に適応しがたいということなのである。ある態度が、侵害重要な行為の類への所属性の故にのみ、刑法的に否認されるか否かが問題なのである。規範違反的な態度の可罰性は、刑罰で守られている法秩序の態度要求に矛盾している社会倫理的に否認される態度の意味において理解すべきであるところの結論において法益関係的な責任非難によって担われなければならない。一般的危険説を規範の正統化のために引き合いに出すとすれば、行為者には結局のところ彼の態度が法益を毀損しうるということが非難されないのである。彼の態度が、一定の蓋然性をもって法益侵害へと導くような行為グループに属しているということだけで非難されないのである。そこで、典型的に危険なものとして統計的に因果的な損害重要性の意味において考えられるある態度は、いまだ具体的に侵害重要的

(85) So: Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.230; Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.41 ff.; vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.28 Fn. 117.

(86) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 53], S.397 ff.

(87) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.28 f.

でなければならないというわけではないということで、行為者の態度がまさに法益侵害へと導かなかつたということから「疑わしきは被告人の利益に」という原則の適用において、首尾一貫すればそうした点から出発しなければならないであろう⁽⁸⁸⁾。一般的危険説によれば、抽象的危険犯の実質的正統化を引き出す蓋然性の陳述は、ただ、ある出来事が個別事例において当てはまるという確実性の程度に関する陳述なのである。この蓋然性の判断は、その出来事が具体的な場合において生じ、あるいは生じうるということについての陳述では決してないのである⁽⁸⁹⁾。

一般的危険説によれば、抽象的危険犯の責任非難は脱個別化され、そしてそのように理解されて、法益侵害としての秩序利益が考慮されるのである。そこから、一般的危険説の根拠づけの出発点によれば、抽象的危険犯は、法益関係から解放された秩序規定として理解すべきであるという帰結に至るのである。しかし、既述のように、法益保護から引き出されねばならない実質的正統化の問題は、未解決のままであろう。客観的に構成要件的に重要である全ての行為の禁止の場合には、一般的な個別事例関係的でない法益保護が獲得されうるという事実のみが、法益関係的な行動規範に対する違反から引き出される個別事例関係的な責任非難を担い難いのである⁽⁹⁰⁾。

刑罰規範は、法益保護の目的によって実質的に正統化されるという認識に基づいて、刑法はそれが保護法益に対して向けられている態度を禁ずるという態度義務を内容として含んでいかなければならないというところから出発しるのである。しかし、かような場合には、一般的な危殆化に基づく態度義務は、具体的な個別事例において意味が無いのである。なぜなら、法益に対する危険状態が存在せず、そしてかのような諸事情のもとでは、いかなる場合

(88) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.230 ff.; Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.41 ff.

(89) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.232.

(90) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.29.

も危険状態が生じえないからである。かような場合は、その行為が規範の保護目的に対する何らの関係もなく、単に禁止違反的な態度が存在するだけであろう⁽⁹¹⁾。かような諸事例において、行為の保護法益に対する関係が存在しないにもかかわらず、処罰するとするならば、それは保護法益に対する刑罰規範の規範正統化的結合が放棄されるという帰結が生ずるのである。保護法益に対する具体的に禁ぜられた態度の関係なしに介入する刑罰規範は、結局のところ、法益を保護するという刑法の任務の背景のもとで実質的に正統化を欠くというべきである。

規範矛盾が、責任非難を担うるといふことも必然的である。このことは、構成要件のもとで包摂される行為が、若干の蓋然性あるいは更にしばしば法益侵害へと導くところの行為のグループに属していることを引き退かせるときには、責任非難の個別事例関係性に基づき、当てはまりえないのである⁽⁹²⁾。

高い蓋然性をもって法益侵害に導くような行為の類に属しているということで、ある態度を禁止するとすれば、具体的な禁止を一般的危険説の前提のもとで実質的に正統化するためには、行為のグループの法益侵害的作用の蓋然性が具体的にいかに高いものでなければならぬかという問題も、当然に問われるべきなのである。この問題を鑑みると、一般的危険説の更なる弱点が明らかとなる、すなわち、規範正統的な蓋然性判断がほとんど可能と考えられないからである⁽⁹³⁾。

十分な正当性をもって、規範の基礎としての蓋然性判断が引き合いに出されうるがためには、この蓋然性判断はまた、何かあるやり方で統計的に量化可能でなければならない。これを基礎として、その統計的な超過が規範の実質的正統化へと導きうるであろうような限界が見出されうるものでなければならぬ。統計的に、ある行為が全ての諸事例の 60 パーセントにおいて損

(91) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.43.

(92) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.230; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.30.

(93) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.231 ff., 243 ff.

害へと導くということが証明可能であるとしても、このことは、その行為が損害に対する一切の関係なしに、単純に統計的に確定可能な蓋然性に基づいて刑罰で禁ずることが妥当かどうかは不明確なのである。なぜなら、統計的行為の40パーセントが損害結果無しに止まるのである。そして、さらに、60パーセントの損害発生の蓋然性が、禁止規範を正統化するために十分であると言えるとしても、この蓋然性の統計的な基礎づけは変更可能なのである。例えば、耐火性の建材の発展やその使用の増加は、重大な放火における統計的な損害発生の蓋然性を、時間的経過において減少せしめるのである。このことは、結局のところ、蓋然性判断それ自体、および規範の正統化に何の影響も与えうるものではない。最後に、統計的な抽象的な蓋然性判断については、具体的な個別事例における侵害重要性が閉じられないであり、このことは、彼の態度が保護法益に未だ決して影響しえなかつたというように疑惑のある場合には、行為者に有利に働くように行われなければならない⁽⁹⁴⁾。

このような熟考に鑑みれば、抽象的危険犯の実質的正当化は、一般的危険説によってなされるものではない⁽⁹⁵⁾。なぜなら、本説の根拠づけの出発点は、結局のところ規範と法益との間の規範を正統化する関係を放棄しているからである。この根拠づけの価値は、一切の刑罰規範が法益保護の目的からのみ実質的に正統化されうるという要求を放棄するときにのみ、大いに主張可能なものであろう。けだし、抽象的危険犯の目的は、一般的危険説によれば、しばしばであって常にではなく法益侵害へと導く行為のグループを阻止することであり、そして更に個別事例において凡そ法益侵害へと導きうる必要はないからである。このことは、責任刑法の背景のもとでは、また明白な憲法的な疑惑へと導くのである。なぜなら、疑わしきは被告人の利益にという原

(94) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.234 f.

(95) So auch: Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.230 ff; vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.41 f. 43.

則に従えば、抽象的に危険なものとして位置づけられている行為が、具体的・個別的事例において保護法益に対して、まさに危険でなかったとか、更に凡そ危険でありえなかつたというところから出発されねばならないからである。したがつて、一般的危険説は抽象的危険犯を、ドグマーティッシュに根拠づけるのは不可能であると確認すべきなのである⁽⁹⁶⁾。

第2款 抽象的危険の理論（推定説）⁽⁹⁷⁾

本説によれば、法益危殆化の意味における法益侵害は本質的であるが、記述されていない犯罪の前提に止まるものである。抽象的危険犯は、その構成要件において何の危殆化結果を示すものでないのだから、（構成要件的な）危険結果の発生の推定として、理解されねばならない。それ故に、抽象的危険の理論はまた推定説として表示されるのである。したがつて、本説によれば、抽象的危険犯の構成要件的的前提の存在にあっては、それが法益侵害へと至りうるであろうということが、法律上推定されているのである。この推定は、記述されていない構成要件的メルクマールとして、反証不能かあるいは反証可能なものなのである⁽⁹⁸⁾。

したがつて、抽象的危険犯は何の具体的危殆化も要求しない一般的危険説との決定的相違は、抽象的危険説は（もっとも記述されていないが）法益危殆化の要件から出発するのである。法益危殆化の証明は、両説共に必要ではない。しかし、このことは全く異なつた根拠から、すなわち、一方で一般的危険説にあっては構成要件的結果の要件が否定されており、それに対して抽

(96) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.31.

(97) キントホイザーは、抽象的危険の理論を「抽象的な侵害重要性の理論」として表示している。その際、彼は、抽象的侵害重要性の理論と推定説を同一視しているのではなく、原則的な考慮でもって、推定を抽象的侵害重要性の理論に対する論証された救助可能性として考慮しているのである(vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.238 ff.)。

(98) Vgl. dazu Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.10, 38; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.32.

象的危険説にあってはこの要件が肯定されているが、しかし構成要件的結果の存在は唯(反証不能か反証可能なものとして)推定されているのである⁽⁹⁹⁾。

本説によれば、抽象化の正当化は、抽象的危険犯においては通常法益侵害へと至るが、しかし、この侵害はたいてい証明するのが困難であるという訴訟上の考慮から引き出されるのである。

その限りで、キントホイザー⁽¹⁰⁰⁾が抽象的危険説の理論のために選択した原則的な評価が正当なのである。彼は、本説においては類型化の方向で記述されており、そして実に思考された損害それ自体が構成要件の対象となることなく、思考された損害出来事に対する最少の条件が選別され、そして一般化された形式において構成要件的禁止の対象にまで高められているというやり方でそのようにするのである。

この熟考は、抽象的危険説の本来的な核心思想へと導くものである。法益侵害は、抽象的危険犯の(記述されていない)前提に止まるのである。といふのも、立法者は、抽象的危険犯によって記述された行態の類型的な危険性から出発しているからである。ドグマーティッシュには記述されていない構成要件の前提是、抽象的危険説によれば、構成要件における推定として受容されているのである⁽¹⁰¹⁾。

既に示唆したように2つの基本的に異なる見解、すなわち反証を許さない法律上の推定説と反証を許す法律上の推定説とが存するのである。

これらの説は、法益侵害の要求を放棄することなく、この法益侵害を構成要件的な因果性の体系性から引き出しているということは、共通なのである。法益侵害は、その因果的重要性に対する明示的な関係が存在することなく、可罰性の条件に止まっている。行為者が事実上惹起しなければならない法益侵害は彼に法律上推定されており、このことは、法益侵害がまさにその

(99) Vgl. Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.227.

(100) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.238 ff.

(101) So auch: Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.242 f.

存在に依存することなく、ただ推定されているだけであるからである。重大な放火を例に出せば、このことは以下のようなことを意味しているのである。すなわち、人が住居のために使用している建物に放火する者は、その家に住んでいる、ないしは潜在的にいる人の生命および身体的な尊厳を危殆化するのである。その際、具体的危殆化が問題となり、かくして事実上の法益侵害が問題となるのである。行為時に、事実上人間がその建物に滞在しており、危殆化されたという事実の証明は放棄されているのである。火事の場合において危殆化される人間が、通常住居に滞在しているということで、この事実は推定されているのである⁽¹⁰²⁾。

このような構成は、規範の名宛人の行為計画が単純化されるという長所をもっているのである。すなわち、一方で、この結果は法律上推定され、それ故予め与えられているということで、行為の結果についての予測をする必要はないのである⁽¹⁰³⁾。他方で、法益侵害は、同一の根拠から訴訟において証明される必要はなく、また判決においても示される必要はないのである⁽¹⁰⁴⁾。

しかし、このことはまさに、抽象的危険犯のこのような根拠づけには、極度の問題性があることが示めされよう。すなわち、重大な放火を例にすると、行為時も燃焼の間も、人間が放火地点の近くに滞留していなかったときに、住居の放火が具体的に人間に危険であったということを、いかように根拠づけうるのか。大いに危険であったという推定のみでは、十分ではないのである。

法益侵害の証明の放棄が、それに相即する諸事例において、類型的に危殆化を発生させるということだけで、根拠づけられるものではない。このこと

(102) Ähnlich: Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.238 ff.

(103) Vgl. Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.215; Lackner, Konkrete Gefährdungsdelikte [Fn. 6], S.9; Kanfmann, JZ 1971, S.575, Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.239.

(104) Vgl. Bassenge, Gefährbegriiff [Fn. 10], S.61; Hans Henckel, Der Gefährbegriiff im Strafrecht, 1930, S.68; Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.240.

は、抽象的危険化重要性説に委ねられない一般的危険化重要性の議論なのである。なぜなら、本説は、抽象的危険犯においては、一般的危険性を要求するのではなく、ただ、構成要件において挙げられず、また証明される必要もない具体的危険化を要求しているからである⁽¹⁰⁵⁾。

第1項 反証を許さない危険推定説(*praesumtio iuris et de iure*)

人々、抽象的侵害重要性説の主張者は、危険結果の発生は、立法者によって反証不能的に推定されていようというところから出発したのである⁽¹⁰⁶⁾。

ドイツでは、抽象的危険説はこのような形態においては、今日、Baumann/Weber/Mitsch⁽¹⁰⁷⁾の例外はあるとはいえ、最早主張されていないのである。かような表明は、たいてい抽象的危険説と一般的危険説との不正確な区別なし許容されない混同に還元されるべきものである⁽¹⁰⁸⁾。抽象的危険説と一般的危険説とは、一致可能なものではない。一方で、具体的危険は構成要件要素ではなく、刑罰規範にとっての基礎であるということを述べ、他方で、危険結果は推定されているというところから出発することは、ドグマーティッシュに支持しうるものではない⁽¹⁰⁹⁾。

(105) Ähnlich: Kindhäuser [Fn. 6], S.241, vgl. auch Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.34.

(106) Vgl. August Finger, Der Begriff der Gefahr im Strafrecht, 1889, S.29 ff., 46 f. u.s.w.

(107) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 11. Aufl., 2003, §8 Rn. 43 (S.120)で、「一部で、法律は、一定の行為に危険化を反証不能的に推定し、危険の要件を全く構成要件要素として捉えないというところまで広がることがある。その種の構成要件にあっては、抽象的危険構成要件と言われており、具体的危険構成要件および具体的危険とは異なり、構成要件の実現にあっては、抽象的危険犯と言われている。§ 315 cI の場合には（具体的に）危険化が確認されねばならないのに対して、それは、例えば § 316 および § 306 aI にあっては、まさに必要ではない。法律は、酩酊運転および放火にあっては、例えば § 316 の事例において、近くに他の交通関与者、もしくは § 306 aI の事例においては、住居が常に放火された住居において、行為時に人が滞在しているかどうかを顧慮することなく処罰するというところから出発しているのである。」（傍点引用者）と述べている。

(108) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.243.

(109) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.40 f.

反証を許さない法律上の危険推定説は、抽象的危険犯の正統化の基礎を提供するに適したものではない。反証を許さない危険推定は、なぜに要求されている構成要件メルクマールが記述されないままであり、また、なぜに立法者が構成要件メルクマールの証明を放棄したかを明らかにすることなく、記述されていない構成要件要素が証明される必要がないというテーゼのみを提立している。このことが、手続きの単純化という訴訟上の根拠から行われるべきであるとすれば、そのことは、構成要件該当的な態度が例外なく法益侵害に導くが、しかしまさに、通常の事例においては証明が困難であるということが前提とされていよう。しかし、まさに抽象的危険犯においては、構成要件該当的な態度が具体的に危険でないままに止まるということがしばしば生ずるのである。

また、反証を許さない法律上の推定は、刑法の責任主義と克服できない衝突へと導くのである。すなわち、個別事例において、危殆化が存在せず、それ故構成要件が全く充足されえないということが確定するときにも、可罰性が承認されるということを意味するのである⁽¹¹⁰⁾。

抽象的危険構成要件は、その結果を顧慮することなく、刑罰と結合させていくということで、反証を許さない推定は、抽象的危険犯が古いドグマティクにおいて支配的な結果不法の体系に接合させることによって生ずる体系矛盾の外観を基礎づける体系違反、あるいは少なくとも解明の困難を排除するためのドグマティッシュなトリックであるということを、フレーム⁽¹¹¹⁾とともに大いに述べることができよう。反証を許さない推定は、法律の条文によって支持されることなく、刑罰法規の擬制によって、ある体系に適合させようと試みるものである。それ故、このような方法は、明白にも、フレーム⁽¹¹²⁾によって、「人は、……今日でも、なお地球が太陽系の中心であろうと

(110) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.35.

(111) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.40 f.

(112) Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.40.

する説を主張しうることになろう。」

以上のところから、反証を許さない推定は疑問であるということが明らかになるのである。けだし、立法者が類型的に危険なものと考えた行態として、結果発生の証明を全く放棄して、刑罰を加えようとするときには、結果の推定は必要ではない。然るときには、結果の要求を全く放棄し、そして、態度そのものを理論的にも実際的にも意義をもたない結果とは独立に、可罰性を認めることができる⁽¹¹³⁾。しかし、このことは一般的危険説の根拠づけに相応するものといえるであろう。

第2項 反証を許す危険推定の理論(praesumtio iuris)

「反証を許す推定の理論」という表示のもとで総括される見解は、非危険性の反証を許容しようとするを通じて、反証を許さない推定が、責任主義との間で生じた矛盾を回避しようと試みるものである。このような諸見解は、抽象的危険犯の具体的危険犯への強力な接近が看取される。この接近は、部分的に、この犯罪カテゴリーの区別の止揚へと導くのである⁽¹¹⁴⁾。

① ラーブルとピュツ

ラーブル⁽¹¹⁵⁾が、反証を許す危険の推定の理論の基礎づけを行なったのである。ラーブルは、一切の刑罰構成要件は、三段階的構造を提示するという規範理論的な熟考から出発している。すなわち、第1に、実在的な財についての存立を表示するところの所与の状態が前提とされ、次に、刑罰構成要件は行為（作為もしくは不作為）を要求し、第3の要件は、結果を引き出さねばならないということである。ラーブルによれば、結果は原状態の不利益変更の中に存在する。この構造は、一切の刑罰構成要件において存在しなければならず、かくして、抽象的危険犯においても然るのである⁽¹¹⁶⁾。

(113) Im Ergebnis ähnlich: Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S. 187 f.

(114) Vgl. Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S. 187 f.

(115) Vgl. Kurt O. Rabl, Der Gefährdungsvorsatz, 1933, S. 9 ff.

(116) Vgl. Rabl, Gefährdungsvorsatz [Fn. 115], S. 9 ff., 15 ff.

このラーブルの熟考は、侵害犯および具体的危険犯に対しては、直ちに遂行可能である。けだし、両者の犯罪グループは、この尺度を充足し、そしてまた構成要件的結果、かくしてラーブルの表現を用いるならば、原状の状態の不利益変更を明示的に前提としているのである。抽象的危険犯においても、この犯罪につき、構成要件的結果を犯罪の前提とすれば、その種の犯罪構造も存在しうるのである。

ラーブルは、それ故に、すべての危険犯、かくして抽象的危険犯においても、「現実に生起する危殆化」が存在しなければならず、さもなければ、構成要件において欠缺が存在するであろうという見解をも主張しているのである。この危殆化は、訴訟においても確認されねばならない。単なる実行行為は、構成要件の実現のためには十分ではない。ラーブルは、すべての危険犯において例外なく、結果が推定されていようというところから出発しているのである。この推定は、訴訟において証明が必要であり、また反証可能であろう⁽¹¹⁷⁾。

ラーブルは、この思想経過を抽象的危険犯および具体的危険犯における危険犯の相違が継承されるであろうという帰結へと導くのである。理論的相違は、具体的危険犯においては、その保護客体が構成要件において挙示され、疑惑無しに確定されるような危険犯であって、他方で、抽象的危険犯はこのことが当てはまらないということである。すなわち、抽象的危険犯は、それによって保護された客体によって構成要件の中で挙げられておらず、そして、ラーブルによれば、多義的な危険犯と表示されているものである⁽¹¹⁸⁾。

ラーブルに従い、ピュツ⁽¹¹⁹⁾も、抽象的危険犯を類似のものとして捉える。ピュツは、「抽象的」危険犯において、結果—危険—が生ずるであろうということが推定されているが、この推定は訴訟において証明を必要と

(117) Vgl. Rabl, Gefährdungsvorsatz [Fn. 115], S.20 f.

(118) Vgl. Rabl, Gefährdungsvorsatz [Fn. 115], S.21 f.

(119) Vgl. Willy Pütz, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, 1936, S.36 f.

し、また反証可能なのである。ピュッツの見解を首尾一貫すれば、抽象的危険犯と具体的危険犯との間の区別を拒絶するというところへと導くものである。ピュッツは、「抽象的」危険そのものは存在せず、侵害の近い可能性として理解される危険が存在しているであろうというように基礎づけるのである。ピュッツは、ある態度の処罰が、(具体的危殆化の意味における)危険結果無しに処罰することは、純粹な不服従の処罰であろうということを更に根拠づけているのである。彼は、処罰の正統化の前提として、ある行為が結果に対する実質的関係をもたねばならないということを要求するのである。それは、法的平和に対する攻撃を含んでおり、そして、法益の平和な状態の侵害を招来しなければならない。

このように、ラーブルとピュッツの見解によれば、「抽象的危険犯」として表示される犯罪は、その保護客体が構成要件において挙示されていないだけだとして捉えるならば、具体的危険犯との間の区別は必要ではないということになるのである。しかし、この関連において、立法者が保護財を挙げない危険犯をなぜに創設したかという問題が提起されるのである。すなわち、立法者が具体的危険犯と並んで、なぜに保護財を挙示しない抽象的危険犯を提立したかという問題の明確な解明が明らかとならないのである。

ラーブルとピュッツによって主張された見解は、「抽象的危険犯」を具体的危険犯と同様に理解しようと欲したかどうかは全く明白であるということわけではない。両者は、この犯罪において、危険が推定されており、そしてこの危険の推定は証明を必要とし、かつ反証可能なものであるということだけしか述べていないのである。仮に、証明の必要性を前景に立てるとすれば、ラーブルとピュッツが抽象的危険犯を完全に具体的危険犯として、理解しようとしていたということを推測しうるであろう。この推測が妥当だとすれば、このことは首尾一貫すれば反証を許す危険の推定から出発するのではなく、証明義務のある危険の要求から出発すべきである。しかし、この帰結を、ラーブルもピュッツも引き出していない。両者は、危険は法律上推定されており、

そして、行為者によって反証可能なものであるというところから出発しているのである。

このことは、少なくとも、ラーブルとピュッツの見解の支配的な解釈である⁽¹²⁰⁾。

しかし、このことは、ラーブルとピュッツが行為者に証拠不十分(*non liquet*)を負わせるということを意味するのである。法律上の推定(*presumtio iuris*)によれば、行為者は証拠不十分を負わせられているということについては、推定説のこの変種に対しても、相当な憲法的疑念が存在するということを提示するものである⁽¹²¹⁾。

「疑わしきは被告人の利益に(*in dubio pro reo*)」の原則によれば、刑罰の言い渡しのために、可罰性の前提の疑念なき証明を必要としている。この要求は、刑事訴訟法の基本原則を形成しており、そして、刑罰は行為者に責任が存在する場合に科せられてよいという実質的な責任原理の訴訟上の顧慮を保障するものである。そして、有罪の判決は、構成要件が被告人によって違法かつ有責に実現されたという裁判所の確認を前提とする。*in dubio pro reo*の原則は、完結した証拠評価後に初めて出現し、そして、疑わしい場合には、被告人に有利な効果が生じねばならないということを規定するものである。

推定説によれば、提立された（立法者により推定された）具体的危険の存在の問題は、不法が責任を条件づけ、一切の不法推定は行為者の責任に影響するのだから、そのことは、不法の問題ではあるが、しかし直接的でないとしても責任の問題なのである⁽¹²²⁾。

立法者が（記述されていない）実質的な可罰性の条件を推定するという想

(120) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.70; Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.294; Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.243; Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.189 ff.

(121) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.70; Manfred Volz, Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, Dissertation Göttingen, 1968, S.32.

(122) Vgl. Volz, Unrecht und Schuld [Fn. 121], S.5 f. 32; Arth. Kaufmann, JZ 1963, S.435; ders., Das Schuldprinzip, 1961, S.178 ff.

定は、責任原理に違反するものである。このことは、*praesumtio iuris et de iure*のみならず *praesumtio iuris* にも当てはまることがある。すなわち、それは行為者に、*non liquit* を負担させるのであり、そして事実上 *in dubio pro reo* 原則に反する証明負担の方向転換へと導くからである⁽¹²³⁾。

ラーブルとピュッツの見解は、推定のこの問題性を初めて明らかにした。すなわち、事実上欠如する構成要件的結果にもかかわらず、反証の導入が許されないような場合に、反証が实际上困難なためにそれに成功しない時には、被告人に不利に作用し、そして、責任主義に反するだけではなく、かくて加えて平等原則にも反するのである。可罰性を、構成要件的な結果の発生という帰属に依拠する前提に依存させようとすれば、少なくとも、帰属に依存する前提の発生の可能性は、帰属されるメルクマールとして構成要件の中に採用すべきである。さもなければ、それは、無条件的に実体的な責任主義と衝突するからである。

ある行為が、事実上危険であったか否かについての検証が許されるべきだとすることを通して、事前に決定されているが、しかし、事後的に再び誤まっているということを証明されるような危険性から、ラーブルとピュッツも出発しているということで、ラーブルとピュッツによって主張されている見解は矛盾があるのである⁽¹²⁴⁾。

とりわけ、ラーブルによって展開された刑罰構成要件の3分化から、更なる問題が生ずるのである。すなわち、単純拳動犯は、彼の3分化のもとで捉え難いのであって、同じく原状の状態の何の不利益変更も必要としない不能犯も概念的に排除されてしまうからである⁽¹²⁵⁾。

② シュレーダーによる法律上の推定

(123) Vgl. Schüneman, JA 1975, S.797; Volz, *Unrecht und Schuld* [Fn. 121], S.32; Brehm, *Gefährdungsdelikt* [Fn. 76], S.70.

(124) Vgl. Brehm, *Gefährdungsdelikt* [Fn. 76], S.69; Wolter, *Zurechnung* [Fn. 23], S.294.

(125) Vgl. Brehm, *Gefährdungsdelikt* [Fn. 76], S.69 f.

シュレーダーは、まず抽象的危険犯を構成要件的に法益の危殆化へと至ったという確定は必要ではないが、立法者の確定によれば一般的に危険であるような態度の記述をもって充分である犯罪だと述べている⁽¹²⁶⁾。かような見解は、まず第一に、シュレーダーは一般的危険説の主張者に属しているということを示唆するものである。

抽象的危険犯における個別事例において、思考可能な全く危険でない行為遂行の故にする疑惑に基づき、シュレーダーは異なった考察方法を試みるのである。

彼は、まず第一に、一般的危険説の古典的論証方針を引き合いに出し、そして、法的に保護された利益に対するその類型的危険から生ずるということで、一定の人間の態度の形態を刑罰のもとに置くことについて、立法者は正統化されなければならないという見解を主張する。シュレーダーは、このことを、例えば麻薬取引、銃の所持および道路交通における不適切な態度において当てはまるような態度から生ずる危険が、個々的に度外視されないときには、特に明確で明白なものと考えているのである。

かような事例形態において、立法者は実用性の考慮から、類型的に危険なものとして位置づけられている態度を刑罰のもとに置くことができると考えている。

シュレーダーは、その際、もっぱら具体的危険の原理に方針づけられている刑法は、正にその実用性の証明困難性に対立するであろうことで、挫折するものだというところから出発しているのである⁽¹²⁷⁾。

シュレーダーは、かような犯罪に反証を許容しようとするものではない⁽¹²⁸⁾。

シュレーダーは、この根拠づけの出発点を他の抽象的危険犯に対して再度

(126) Vgl. Schröder, [Fn. 6], ZStW 81, S.14.

(127) Vgl. Schröder, [Fn. 6], ZStW 81, S.16.

(128) Vgl. Schröder, [Fn. 6], ZStW 81, S.17.

問題提起する。彼は、具体的に法律によって捉えられた危険が、本来その方向あるいは形成において確定するのに応じて、予め形成された判断がかくも疑問があるとみられるということを述べるのである。

シュレーダーは、ドイツ刑法典旧 306 条 (§306 StGB a.F.) を例に挙げて、明らかに推定の思想を継承している。刑法典旧 306 条の高い刑罰威嚇に対する根拠は、裁判官が確認する必要はないが、法律上推定されている人間の生命についての行為によって招来された危殆化であろう。危険の法律上の推定が反証可能であると仮定するのであれ、そこでは正に、重大な放火の事例において、道路交通における大量行為で現われるような証明の困難性は現出しないであろう⁽¹²⁹⁾。いかなる諸事例において、反証が許されるべきかということは、シュレーダーによれば、個々の構成要件の解釈の問題であって、その際、法律に基づく危殆化が個別事例において正確に規定されているのに応じて、反証の許容性の必要性は益々大きなものとなるのである。それに対して、それに基礎を置く危殆化が益々規定可能でないということに応じて、純粹な抽象化による必要性は益々大きくなるであろう。

これが事実上危殆化されるか否かが、個別事例において確実に確定されるような一定の具体化された客体の保護に、構成要件が奉仕するときには、常に、非危険性の反証は許容されねばならないであろう。他の諸事例においては、立法者の危険判断が受容されることになるであろう⁽¹³⁰⁾。

しかし、より詳細に考察すれば、彼が、この両者の犯罪グループを 2 つの異なる正統化の基礎から誤解しているのではなく、推定説を全ての抽象的危険犯の基礎として引き合いに出しているということが明らかとなる。シュレーダーは、若干の犯罪において非危険性の反証を許容しようとしたし、他の犯罪には、証明の困難性を回避するために許容しようとするものではない。

このような解釈は、シュレーダーが若干の特定の行為客体を伴う犯罪の場

(129) Vgl. Schröder, [Fn. 6], ZStW 81, S.16.

(130) Vgl. Schröder, [Fn. 6], ZStW 81, S.17.

合に、反証が許容されないと確認しているところから明らかとなる⁽¹³¹⁾。なぜなら、行為事情が証明を許容するか否かという問題を持ち出すことは、この事情が構成要件要素にまで高められているときにのみ、意味をもつからである。シュレーダーは、彼によって承認されている立法者の推定は、危険結果を要求し、そして、反対のことが確認され、そして証明されうるという見解なのである。

ラーブルやピュッツと異なり、シュレーダーは、非危険性の証明を行為者に課すのではなく、裁判所に割り与えようとするものである⁽¹³²⁾。

もっとも、シュレーダーの見解は、「反証を挙げる裁判所の権能」を義務として理解しようとするときには、ラーブルとピュッツの見解と同様に、同一の憲法的な疑念に出会すのである。すなわち、裁判所が、個別事例の諸事情に基づき反証を挙げないとすれば、危険推定の基礎に基づく有罪判決が下されねばならないであろう。したがって、行為者は、シュレーダーによつても、ラーブルやピュッツの解決と同様、証拠不十分(*non liquet*)の危険を負担するものであり、ただ証明を挙げる権能の移転が裁判所に委ねられているという点のみが違うだけである⁽¹³³⁾。

したがって、結論において、シュレーダーの見解は、二つの点において、ラーブルとピュッツの見解から相違するということが確認されるのである。すなわち、一方でシュレーダーは、全ての抽象的危険犯において非危険性の反証を許容するものではなく、他方で、この反証を挙げることが裁判所に課せられており、被告人に対してではないということである。しかし、シュレーダーも推定の思想に硬く結びついており、そして行為者に証拠不十分(*non liquet*)を課するものであるから、ラーブルやピュッツと同様の疑念が提起さ

(131) Vgl. Schröder, [Fn. 6], ZStW 81, S.17.

(132) Vgl. Schröder, [Fn. 6], ZStW 81, S.16; dazu auch Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 24], S.105.

(133) Vgl. Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 24], S.104 f. Fn. 23.

れるのである。このことは、まず、証明負担に基づく憲法上の疑念であり、また、推定とそれに結びついた事実上の抽象的危険犯を具体的危険犯に転換するという法律上の決して許容されない土台を見出さないという事実が然るのである⁽¹³⁴⁾。

第3款 正統化の出発点の主觀主義化への移行

一般的危険説も推定説も、抽象的危険犯の実質的な正統化に方向づけられた結果不法を客観的に規定しようと試みるものである。しかしながら、一般的危険説は刑法の責任関係的な個別的性格と一致しない、一般的な立法者によって遂行された危険判断をもって論ずるものである。推定説は、確定される必要もなく、かつ証明される必要もない記述されていない危険結果の構成要件が存在するということに基づいており、そのことは結局のところ解明の困難を排除し、法律の中に基礎を見出さない憲法的に疑念のある救助構造にすぎないのである。

一般的危険説と推定説は、行為の不法が必然的に有害な結果の中で実現しなければならないという表象に基礎を置くものである。しかし、抽象的危険犯は客観的に何ら構成要件的結果を要求しておらず、ただ刑罰のもとに置かれている態度だけを記述しているのだから、これらの説は、抽象的危険犯を解明するためには挫折しなければならない。

近時の見解は、正統化の出発点を主觀化することによって、抽象的危険犯を未遂と過失犯との親近性から構成しようとするものである。これらの見解は、行為不法を正統化の考慮の中心点に置き、そして、帰属領域への規範の内容を要求するものである⁽¹³⁵⁾。

(134) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.46.

(135) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.246, 255; Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 24], S.105 u.s.w.

第1項 減少した攻撃強度の危険犯としての抽象的危険犯のクラマーの構想

クラマー⁽¹³⁶⁾は、刑法の中心的任務として法益保護を設定するが、しかしもっぱら実在的な結果に關係づけられた犯罪概念を不要なものと考える。なぜなら、人間の態度は、具体的な出来事を顧慮することなく、法益世界への関係の中にあり、そして刑法的に評価されうるからである。クラマーは、この見解の根拠づけのために、保護法益に対する具体的危険が概念上排除されているにもかかわらず、(ドイツ刑法上)可罰的な不能未遂に注目するのである。クラマーは、不能未遂の場合、行為の具体的危険性が正当化するではなく、行為者の危険性が正当化するのであって、行為者は彼の法敵対性を所為の企行によって証明したのであり、そして、それ故に不能未遂もまた法益に対する攻撃として示されるという確定が、潜在的な反復行為者としてみられるであろうということを示すものである。クラマーは、法的利益の存立が、人間が侵害のために努力するであろうということを通じてだけで、危殆化されうるというところから出発しているのである⁽¹³⁷⁾。

クラマーは、不能未遂は行為者の危険性に基づき、他人の利益侵害の視点のもとで、保護法益に対する攻撃として評価すべきものであるという見解を主張しているのである。

クラマーは、この認識に基づき、未遂と既遂の現象形態を關係づけ、そして構造づけるべく試みるのである。彼は、不能未遂、可能未遂(*tauglicher Versuch*)および既遂との間に段階関係が存在することを承認するのである。異なった無価値内容をもった犯罪の実現段階が問題なのである。この実現段階においては、可能未遂と既遂との間と同様に、可能未遂と不能未遂との間の無価値関係にとって同一の原理が妥当するという方程式が提立させら

(136) Vgl. Peter Cramer, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, 1962, S.61 ff.

(137) Vgl. Cramer, *Vollrauschtatbestand* [Fn. 136], S.61 ff.

れえよう⁽¹³⁸⁾。

クラマーは、未遂の可罰性に関するこの思考を抽象的危険犯にも適用しようとし、そして、この犯罪の正統化問題に対しても実り多きものたらしめようと試みるのである。彼は、具体的危険と抽象的危険との間の関係の中に、可能未遂と不能未遂との間の関係と類似の構造を見ているのである。

抽象的危険犯と具体的危険犯は、段階的に、損害発生の蓋然性が抽象的危険犯においてはより微少であるということによってのみ区別されることになるのである。それ故に、抽象的危険犯は、具体的危険犯の前段階として考えられることになるのである。抽象的危険犯は、具体的危険犯の前段階として考えられることになるのである。抽象的危険犯と具体的危険犯との間の関係は、不能未遂と可能未遂との関係に相応するであろう。危険犯においては、クラマーの段階関係のいかなる実現段階が達成されるかという判断にとって、行為者態度の危険性が問題なのである⁽¹³⁹⁾。

結局のところ、クラマーは、その実現がその社会的意義において法益の存在の確実性の動搖に向けられているであろうという考慮に基づき、未遂のそれと同様に抽象的危険犯の正統化を根拠づけているのである。両者の犯罪類型は、クラマーの見解によれば、法的に保護された利益に対する攻撃を意味するものであって、それでもって、彼は、抽象的危険犯もまた他人の利益侵害の視点のもとで、当罰的な不法として評価されうるであろうという確定と結びついているのである⁽¹⁴⁰⁾。彼は、法益存立の動搖へと導く人間の態度にあっては、攻撃の強度によって区別しようとするのである。したがって、その実現につき、保護法益についての損害の発生が蓋然的である具体的危険犯においては、法益侵害を要求する侵害犯よりも、その攻撃の強度は減少的なものであろう。この侵害犯に対する具体的危険犯の段階づけられた関係の中

(138) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.64; Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., S.193.

(139) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.65.

(140) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.65.

に、クラマーは、抽象的危険犯では具体的危険犯より以上の減少した攻撃の強度があるものと承認することを通して、抽象的危険犯を結合させようと試みているのである。しかしながら、彼は、当然に侵害犯と具体的危険犯においては、態度と法益との関係が構成要件的に確実に記述され、そして直ちに認識されるが、抽象的危険犯ではそうではないという困難に突き当たるのである。そこで、彼は、具体的危険犯において前提とされている具体的危殆化を「法益侵害の蓋然性の創出」と定義することにより、この困難を克服しようと試みるのである⁽¹⁴¹⁾。

かように理解された具体的危殆化が抽象的危険犯においては、正に構成要件的の前提でないにもかかわらず、危険性の兆候をもたない態度を処罰するのは思考可能ではないというのがクラマーの見解なのである。それ故に、抽象的危険犯の実現のためには、可罰性を根拠づけるために、少なくとも法益危殆化の可能性が存在したのでなければならない。したがって、抽象的危険犯に対しては、危険の発生ではなく、保護法益に対する危険の発生の近い可能性が特徴的なのである。彼の見解によれば、抽象的危険犯は具体的危険犯から、構成要件実現のために必要な減少した攻撃の強度によって区別されるのである。具体的危険犯は、同じ原則により、侵害犯の減少した攻撃の強度によって区別されるのである。かくして、クラマーによれば、抽象的危険犯のドグマーティッシュな位置づけに関しては、結局のところ、抽象的危険犯の必要な法益関係およびその実質的な正当化を引き出そうとする段階づけられた三分化が存在するのである。すなわち、クラマーのテーゼの典型的表明がそれであって、「侵害は損害の発生を意味し、具体的危殆化は侵害の蓋然性を意味し、そして、抽象的危殆化は具体的危殆化の蓋然性を意味する。」⁽¹⁴²⁾である。

このドグマーティッシュな位置づけから、クラマーは、ある態度が抽象的

(141) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.69.

(142) Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.68 f.

に危険なものとして段階づけうるがためには、いかなる前提が存在しなければならないかということを問うことを通して、抽象的危険犯の主要適用問題に立ち向うのである。そして、彼は、ここでは、その非現実性のために行為者について危険性判断を禁ずる迷信犯との比較を引き出している⁽¹⁴³⁾。

ある行為は、それが定義通りに要求された法益侵害の蓋然性を創出するときのみ、抽象的に危険であるはずである。抽象的に危険な態度の中にある攻撃の強度の記述のために、クラマーによれば、適切性(Geeignetheit)の概念、あるいはそれと同価値の行為手段の記述が使用されることになる。抽象的危険犯において、要求された行為が通常十分にこの意味において特徴づけられるものではないのだから、実質的不法の実現のために必要な攻撃の強度を顧慮しなければならない制限的な構成要件の解釈が必要となるであろう。この攻撃の強度は事実上現象する抽象的危殆化に存すべきであり、それは更に、具体的危殆化の可能性として理解されるものである⁽¹⁴⁴⁾。

このクラマーの見解は、様々の観点のもとで批判に曝されるのである。

キントホイザー⁽¹⁴⁵⁾は、クラマーの出発点を攻撃し、不能未遂に関するクラマーの熟考は法律の定義を広く超えているということを確認するのである。すなわち、この定義は客観的に構成要件実現のための直接的な評価を要求するものであって、法益侵害についての行為者の「努力」を要求するわけではない。まさに、構成要件実現のための未遂行為者の目的的な努力は必要ではないのだから、その存在によって法益に対する危険を意味するという潜在的な反復行為者が未遂の行為者であるというクラマーのテーゼは、維持されるものではない。このことは、キントホイザーが十分に確認しているように、未遂の行為者も回避不可能な禁止の錯誤において行為したということを、正に示すものである。不能未遂の行為者は、可能未遂の行為者よりも段

(143) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.65 f.

(144) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.74 f.

(145) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.248 f.

階的に危険が少ないということも明白ではない。なぜなら、未遂の可能性の問題は、もっぱら行為事象の具体的諸事情に依存するものであって、行為者の主観的態度もしくは行為についての決意に依存するものではないからである⁽¹⁴⁶⁾。不能未遂は可能未遂から、前者では客観的行為事情が構成要件実現のために適していない、つまり、例えば攻撃の強度の減少によってではないということによって区別されるのである。

抽象的危険犯と未遂の可罰性は、両犯罪グループには法益に対する外部的な最終結果が構成要件の前提として欠けているのだから、問題のパラレル性を確かに示すものである。正統化の問題は、結局同一であるが、しかし、未遂の可罰性に関するクラマーの認識から抽象的危険犯の正統化に関する逆推は獲得されえない。なぜなら、この認識は結論において支持しえないからである。未遂の可罰性にあっては、行為者の危険性に方向づけられた段階的な無価値関係は認識可能ではない。というのも、未遂の可罰性にあっては、行為者の危険性は問題ではなく、そして、不能未遂は可能未遂の段階的な強度のより少ない前段階として評価されえないからである。したがって、クラマーの未遂の可罰性に関する熟考から、結論として出てくるものではないが、彼の危険犯に関する熟考が同じく維持されないということが、必然的に確認されるわけではない⁽¹⁴⁷⁾。

アルツール・カウフマン⁽¹⁴⁸⁾によれば、クラマーは法益侵害の蓋然性としての抽象的危険に関する彼の定義には論理的な誤まりを犯しているという見解である。危険概念においては、蓋然性の要素が内在的に含まれてもいよう。それ故に、抽象的危険犯は、危険の蓋然性（もしくは可能性）として表示されうるものではなく、望まれざる結果発生の蓋然性（もしくは可能性）とし

(146) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.249.

(147) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.51.

(148) Vgl. Arthur Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, S.433 (なお、本稿については、浅田和茂教授の紹介がある [710 頁以下 関法 21 卷 6 号 1972 年])。

てのみ表示されうるものである。クラマーのように、抽象的危険を危険の蓋然性として考えようとすれば、結局、抽象的危険は結果発生の蓋然性の蓋然性ということになろう。しかし、蓋然性の蓋然性あるいは可能性の可能性は、何の意味もないのである⁽¹⁴⁹⁾。

フレームは、クラマーによる抽象的危険の定義が論理的な誤りを含んでいるかどうかという問題は、その解釈に依存するということを正当にも確認している⁽¹⁵⁰⁾。

危険のもとで、法益の侵害に関する判断を理解しようとするなら、クラマーの解決は、事実上論理的に維持可能ではない。侵害が唯、蓋然的あるいは可能的であるとすれば、その発生は不確実である。この判断に、同じ侵害に関する更なる段階づけられた第二の判断が付加されうるものではない。蓋然性は、単に多かれ少なかれ大きなものでありうる。すなわち、蓋然性の蓋然性といったものは、实际上何の意味もなさないものである⁽¹⁵¹⁾。

クラマーは、抽象的危険も直接的に一定の構成要件的な保護法益に關係づける。この意味において、クラマーは、抽象的危険犯においても、客観的に保護法益の侵害が確定されねばならず、したがって、法益の攻撃および刑事不法が語られうるものであると述べているのである⁽¹⁵²⁾。クラマーは、抽象的危険犯を具体的危険犯から段階的に危険発生の蓋然性に従って区別し、そして、一義的に区別のメルクマールとして攻撃の強度を目指すのである⁽¹⁵³⁾。

クラマーが、抽象的危険犯に対して、具体的危険の前地にある危険状態の招来を要求するとすれば、したがって、このことは彼がこれを構成要件的結果として、広義において捉えているということを意味しなければならな

(149) So : Kaufmann, JZ 1963, S.433.

(150) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.79 f.

(151) So auch : Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.79 f.

(152) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.67.

(153) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.67 f.

い⁽¹⁵⁴⁾。彼の見解によれば、抽象的危険は具体的な結果から要求された強度によってのみ相違する結果として理解され、また量的な意味において、具体的危険が高い蓋然性を意味し、抽象的危険が法益侵害の低い蓋然性を意味することになるのである⁽¹⁵⁵⁾。

このことは、一方ではクラマーの熟考は事実上、カウフマンによって提示された論理的欠缺を内在しているという結果をもつのである。他方で、このことは結局のところ、抽象的危険犯を（法益についての最終結果として理解された）結果無価値の観点でのみ考察しているということを意味するのである。彼の段階関係は、結局のところ、抽象的危険犯において彼が唯「抽象的危険」の概念に還元される結果を証明するための試み以外の何ものでもない。この抽象的危険は、にもかかわらず唯あまり強度ではないが、しかし彼が「具体的危険の蓋然性の創出」ということで定義している具体的危険ということになるのである⁽¹⁵⁶⁾。

抽象的危険犯が、具体的危険犯より低い強度であり、そしてこの理解によれば具体的危険犯の前段階であるとすれば、なぜに抽象的危険犯が、一部では非常に高い刑罰威嚇でもって規定されているのかということが明らかとはならない。保護法益との関連において、また一定の行為に関連して、具体的危殆化構成要件がより厳しい刑罰威嚇をもって、抽象的危険犯がより低い刑罰威嚇をもって創設されているときのみ、クラマーの段階関係は有意味的なものとなるであろう（しかし、例えば重い放火は抽象的危険犯であるが、厳しく処罰されているのである）。

(154) So : Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 24], S.106.

(155) Vgl. dazu : Horn, Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.24.

(156) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.83 ; Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 24], S.107 ; aber auch ; Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.283 ; Andreas H. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 1992, S.163 ; Horn, Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.24 ; Andreas Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1981, S.42.

さらに、抽象的危険犯と具体的危険犯は、その攻撃の強度に応じて区別されるというクラマーの見解は、それ自体矛盾であろう。けだし、彼は、抽象的に危険な態度が個別事例において危険でないこともありうると述べているからである⁽¹⁵⁷⁾。しかし、損害の発生は、同時に蓋然的でありえないか、あるいは他方で個別事例において不可能でありうるのである⁽¹⁵⁸⁾。

もっとも、クラマーの詳述は、抽象的危険犯の正統化の出発点を純粹に結果に方向づけられた犯罪概念へと導き、そして、主觀化へと導いた基本觀念においては重要である。このことは、抽象的危険犯の全く新しい見方への基礎を創出したのである。

さらに、実現にかかる行為不法が、その社会的意義において法益の存在確実性の動搖として理解されるというクラマーの思考の出発点は、興味深いものがある⁽¹⁵⁹⁾。この思想は、他の論者によって、抽象的危険犯の根拠づけのために、変化された形式において引き合いに出されているのである⁽¹⁶⁰⁾。

第2項 フォルツによる危険増加の理論

以上のようなクラマー説の更なる発展として、フォルツは、抽象的危険犯の実質的正統化の尺度としての結果から離別するのである。

フォルツは、彼の熟考において、通常過失犯において問題とされる帰属の尺度、すなわち、「許された危険の超過」に依拠するのである⁽¹⁶¹⁾。

フォルツは、抽象的危険犯の実質的正統化を、行為者が可能な法益侵害に

(157) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.68.

(158) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.250.

(159) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.85.

(160) So : Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277 ff ; Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 24], S.42 ff. 110 ff ; Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.50–54. さらに、クラマー説の批判につき、vgl. Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S.23–27.

(161) Vgl. Manfred Volz, Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, Dissertation Göttingen, 1968, S.143 ff., 103 f. ; dazu auch Rudolphi, in Maurach–FS, S.60 ; Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.250 f.

関連して、その一般的に危険な行為を引き受けるところの危険(Risiko)から引き出すのである。

抽象的危険犯によって禁ぜられる行為は、まさに、その類型的でかつ明白な損害を孕んでいることの故に禁ぜられよう。それには、一般的に法益侵害の可能性が付着している。しかし、抽象的危険には、まさに構成要件上法益の侵害の方向における目的性が欠如しているのだから、法益は構成要件実現の客体ではなく、抽象的に危険な行為の客観的な社会的意義のための尺度であろう。したがって、行為の効果、すなわち結果は問題とはならない。抽象的危険犯の一般的に危険な行態と同様に、危険の引き受けと結びつく行為を行わず、法益に対する行為者の義務設定に無価値判断は結びつくであろう。そこで、結局のところこの危険(Risiko)が、危険結果の中で実現されるかどうか、もしくはこれが偶然性によって阻止されるかどうかは、無価値判断にとっては重要ではないであろう。抽象的危険犯にあっては、最早許されず、社会相当ではない危険な行為が、行為者に義務違反的なものとして非難されるのである。許された危険の超過と同時に具体的な場合における保護法益に対する関係は、一般的に危険な行為でもって、危険増加が財の損害に関して生ずるという事情から明らかとなるであろう。この危険増加が、抽象的危険犯の行為無価値を形成するのである。すなわち、その無価値判断は、危殆化結果に依拠することなく、危険の引き受けでもって確定されるのである。ある危険(Risiko)が生じたという事実は、抽象的危険犯の実現から生ずるのである。

かくして、フォルツは、クラマーが歩み出した一步を踏み出すのである。彼は、目的的に法益に整序された結果に方向づけられた結果を放棄し、抽象的危険犯をその行為無価値によって正統化するという試みに向かうのである。その際、彼は、抽象的危険犯によって設定された態度義務の中に行行為不法の意味における態度義務を見るのではなく、この態度が刑罰のもとに設定されているということによって表示されている法益侵害への態度の適性に関する

する立法者の予測の中に見るのである⁽¹⁶²⁾。

その際、フォルツは、何かあるやり方で保護法益に対する危険が存在することなしに、抽象的危険犯の構成要件が実現されるような事例状況も存在しているということを誤認しているわけではない。これらの諸事例においては、保護法益に対する義務違反が欠如するということで、可罰性が脱落するのである。フォルツは、これをドイツ刑法典旧 90 条 a 6 項、ドイツ刑法典 158 条、186 条、310 条に対するアナロギーで、解釈学的に根拠づけるのである。これらの法律上承認されている刑罰阻却事由の中に、彼は、危険を防止する行為者は不可罰に止まるべきだという一般的な価値原理を見出すのである。この価値原理は普遍妥当的なものであって、それ故抽象的危険犯にも適用されるものなのである。実質的な構成要件理解から出発して、それ自体抽象的危険犯の構成要件に包含されるある態度が、行為者が危険に対抗して作用し、そして、それにより彼の確信によれば、保護法益に対する一切の危険を排除するときには、最早抽象的危険犯の不法類型に相応するものではない。その種の反対作用は、構成要件排除的に作用することになるはずである。フォルツは、抽象的危険犯における危険防衛は、行為者が彼の行為の非危険性を確信する時には、すでに存在するということを承認するのである。その際、危険の不回避が責任非難の基礎であるということで、彼が危険を回避しなかったということが、行為者に証明されなければならない⁽¹⁶³⁾。

もっとも、このフォルツの見解も多様な批判に曝されているのである。

まず第一に、フォルツが抽象的危険犯の無価値内容として「許された危険の超過」を承認するという点につき、本説がその基礎において同意されないのである。本説は、抽象的危険犯は許された危険を提示し、その超過が可罰性へと導くことを意味するものであろう。しかし、抽象的危険犯のその種の解釈は、維持しうるものではない。抽象的危険犯は、一定の行為を禁止し、

(162) Vgl. Volz, Unrecht und Schuld [Fn. 161], S.146 ff.

(163) Vgl. Volz, Unrecht und Schuld [Fn. 161], S.162 ff, insb. 167 f.

そして危険の限界を提示するものではない。すなわち、それらの危険は、こちら側では一定の限界を許容し、そしてこの限界のあちら側では、それらの危険を禁止するといった危険の限界を提示するものではない。キントハイザーは、「住居に放火する者は、ひょっとすれば危険を創出するが、しかし、許された危険の限界を超過するものではない」⁽¹⁶⁴⁾と指適している。

もっとも、ひょっとすれば、フォルツの見解は、抽象的危殆化が許された危険の創出として独自の無価値内容をもって解釈すべきであろうという正統化の基礎として引き出しうるかも知れない。しかし、フォルツ説から、その種の解釈は読み取られないものである。なぜなら、彼の危険概念はあまりに不正確にしか捉えられないものであって、かつ「許された」危険に方向づけられているからである⁽¹⁶⁵⁾。

全体として、危険引き受けの概念は、根拠づけの出発点としては不明確なままである。とりわけ、許された危険もしくは許されない危険の概念をどのように規定すべきかが問われ続けることになるのである。フォルツは、許されない危険の概念は、それにおいてこの抽象的危殆化構成要件が創出され、その実現が許されない危険の引き受けを意味する立法者によって行われたというところから出発しているのである。しかし、許されない危険がどこに存在することになるのかということについては不明確なのである。例えば、凡そ住居に点火しない者は、一般的に危険を引き受けず、許された危険についてもそうである。どこから、抽象的危殆化構成要件の創出が、実質的に正統化されるのかということは、不明確なままである。

フォルツは、抽象的危険犯の処罰根拠を明らかに、その典型的でかつ明白な損害を孕んでいるところの中に見ており、そして、それを超えて、立法者が抽象的危殆化構成要件を創出したという事実によって表示されたもの、すなわち侵害の一般的可能性がそれに付着しているというところの中に見てい

(164) Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.251.

(165) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.251 ff.

るのである⁽¹⁶⁶⁾。

しかしながら、このような解釈は、結論において、一般的危険説の弱点を除去することなく、一般的危険説の根拠づけの試みに帰着するものである。フォルツは、危険増加という媒介的な帰属尺度を創出することを通して、構成要件的な適用領域から極端な諸事例を排除すべきであるように変更しているのである⁽¹⁶⁷⁾。フォルツは、行為の作用を顧慮することなく存在する結果発生の一般的可能性を目指しており、そして彼は、その時々に保護されている法益の方向における危険の創出を要求しているのである。その際、他方で行為の作用が所為の刑法的評価に際して考慮されないと、いかにして危険の引き受けが判断されるべきかという問題が生ずるのである⁽¹⁶⁸⁾。

抽象的危険犯にあっては、義務違反性が問題ではなく、また、原則的に許された態度が一定の限界を超える場合に禁ぜられるということも問題ではない。住居への放火は禁ぜられており、そして原則的に許されないのである。住居の許された放火と許されない放火を区別する危険の限界は、明らかではない。

抽象的危険犯の体系の中に過失の視点を導入するという試みは、その解釈学的基礎において不明確なのである。

過失犯は注意義務規範を内容として含んでおり、そして、その構造において、抽象的危険犯のフォルツの構想とは異なるものである。注意義務規範に対する純粋な違反は、行為者に負担を負わせるものではない。注意義務規範に対する違反によってだけで、刑法的不法は根拠づけられないのである。そのような不法は、過失構成要件の中で前提とされている結果の実現の中で初めて根拠づけられるものである。過失犯の実現にあっては、かくして、過失犯の構成要件的結果の招来において、行為者に結果が義務違反の結果として帰属されないということを通じて、この犯罪に基盤を置く注意要求の遵守が

(166) Vgl. Volz, Unrecht und Schuld [Fn. 161], S.143.

(167) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.253 f.

(168) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.286.

行為者を免責させるのである。抽象的危険犯は過失犯と違つて、その保護財についての構成要件的結果を前提としないのである。抽象的危険犯の場合には、帰属されうるであろうような結果は、前提ではない。抽象的危険犯の行為は、過失犯の行為と異なり、禁ぜられており、そして原則上許容されるものではない。それに対して、フォルツによれば、抽象的危険犯の実現によつて遂行された危険増加は、義務違反の刑法上の非難の対象だということになる。したがつて、義務違反だけで不法根拠づけ的であるが、そのことは過失犯にあっては、上記のごとく、まさに当てはまらないのである⁽¹⁶⁹⁾。義務違反は、なるほど過失犯の不法構成要件の一部分であり、それ故に、不法根拠づけ的ではある。しかし、過失犯は常に、補足的に構成要件的結果の実現を前提とするものである。

全く危険ではない構成要件的実現の問題を刑罰阻却事由とのアナロギーを通して解決するという試みも疑わしいのである。かくして、ドグマーティッシュには、構成要件に該当し、違法かつ有責な行為を特殊な諸事例において、刑罰を阻却すべきであるという例外構成要件から、行為者が危険の欠如を確信したときに、抽象的危険犯の場合に、構成要件該当性が欠落するというよう閉じられうるというのは、確かに維持しがたいのである。

フォルツの解決は、また特殊な錯誤の問題性へと導くであろう。危険の排除のために、行為者が非危険性を確信したということで十分であるとすれば、たとい高い危険性が存在するとしても、行為者が結局のところ効果の無い措置に基づいて、危険を排除したと信じたときには、処罰を免れることになる。解釈的には同様の問題なのであるのだが、このような確信は、客観的構成要件を排除することになり、そのことは、更には過失行為のかどする処罰は不可能となるであろう⁽¹⁷⁰⁾。

(169) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.253.

(170) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.88; Meyer, Gefährlichkeitstekelikte [Fn. 156], S.170; Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 24], S.107; dazu Ganzen, Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.54-58.

第4款 注意義務違反性の観点による正統化の試み

クラマーとフォルツによる主觀主義化の出発点の更なる展開として、ルードルフィ、ホルン、ブレーム、シューネマン、ヤーコプス、ヴォルターおよびマイヤーが明確に、過失犯において展開された注意義務違反性の尺度を、抽象的危険犯の正統化の基礎として提立しているのである。

第1項 ルードルフィによる過失の要件

ルードルフィは、フォルツの見解を探り上げ、そして、抽象的危険犯を危険増加の観点のもとで、実質的不法内容は行為無価値の形式の中で帰属されるという見解を主張する。なぜなら、行為者は抽象的に危険な行為の遂行でもって、同時に保護法益を事実上危殆化し、あるいは侵害するという危険を引き受けるからである。行為者は、保護法益が侵害されもしくは危殆化されるかどうかということを、義務違反的に偶然に委ねるからである。このことは、ドイツ刑法典旧306条（重い放火）による可罰性は、少なくとも同条によって否認された事態無価値（放火された住居に住んでいる人の侵害および危殆化）に関して過失が前提となっていることを意味するのである。ルードルフィによれば、同条は抽象的に危険な行為の故意の遂行を要求し、そして、その限りでまた、行為者がこの行為でもって少なくとも過失的に同時に、同条によって否認される事態無価値の実現を「獲得しようと努力」したのでなければならないというところの中にある行為無価値をも要求するのである。

このような制限的解釈に基づき、ある態度は実質的無価値内容なしに、抽象的危険犯の適用領域から排除されることになろう⁽¹⁷¹⁾。

ルードルフィは、フォルツの出発点を解釈的にのみ大いに更に展開していくのだから⁽¹⁷²⁾、彼は明らかに、上記で確認されたこの根拠づけの出発点に

(171) Vgl. Hans-Joachin Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S.60.

(172) Rudolphi, Maurach-FS, S.60.

関係づけ、抽象的危険犯の解釈において過失の観点の導入に対する解釈学的に承認されない解明を提供するものである。とりわけ、ルードルフィも、いかに過失の観点が体系的に正しく故意の抽象的危険犯の解釈の中に導入されるのかという問題を未解決のままにしているのである⁽¹⁷³⁾。

第2項 ホルンによるこれらの出発点の続行⁽¹⁷⁴⁾

ホルンは、抽象的危険犯を一定の法益侵害の発生に関して、注意義務違反的である行為を記述する構成要件として理解している。しかし、抽象的危険犯の可罰性は、法益侵害が生ずるかどうかに依存せずに与えられるはずである⁽¹⁷⁵⁾。

抽象的危険犯によって刑罰のもとに置かれている行為は、危殆化構成要件によって保護されている法益の侵害への傾向をもつものである。このような行為の遂行は、それ故に、原則的に客観的な注意義務の要求に矛盾するものである。ホルンの見解によれば、抽象的危険犯は模範的に類型化された注意義務違反性である。個々の構成要件の規範目的に方向づけられた解釈を通じて、いかなる法益に注意違反的な態度が関係するかということをその時々に媒介するのであろう。例外的に注意義務違反が欠如するときには、その事例に対しては可罰性が欠落することになる。

かくして、ホルンは、フォルツやルードルフィと同様に、構成要件的に記述された行為の実現が、結果の発生に依存することなく、その時々に保護された法益に対する注意義務違反性を示すというところから、抽象的危険犯の実質的正統化を引き出そうとしているのである。法益関係、従ってまた抽象的危険犯の実質的な基礎設定は、構成要件的に記述された行為の不遂行によって、保護された法益に対するその種の危険を孕んだ状況を回避するというところの中にあるはずの注意義務によって明らかとされるのである。

(173) So auch: Meyer, Gefährlichkeitsdelikte [Fn. 156], S.173.

(174) Vgl. Horn, Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.22 ff., 28, 94 ff.

(175) Vgl. Horn, Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.28.

したがって、ホルンは、抽象的危険犯の中に、その時々に保護されている法益に対する注意要求によって承認されている犯罪グループを見ているのである。しかし彼にあっても、いかなる体系的に正しい根拠づけをもって、注意義務ないし義務違反の帰属の尺度が、過失領域から抽象的危険犯の不法を根拠づける構成要件の要求へと高められうるのかという決定的な問題が未解決のままなのである。抽象的危険犯の条文は、これについて何事も与えるものではない。注意義務違反性の尺度から、一般的に危険である行為を収納するという抽象的危険犯の意味および目的に基づかせて導入することは、この犯罪においては本来注意規範が問題であるというところへと必然的とするものではないのである⁽¹⁷⁶⁾。抽象的危険犯と過失の結果犯との間の構造上の相違は、むしろ、抽象的危険犯のドグマーティッシュな基盤が異なっているということを示すものである⁽¹⁷⁷⁾。

さらに、ホルンの解決は、錯誤の問題に関しても矛盾だらけである。ホルンは、行為者が客観的な危険状態を創出するものと誤信する事例に対して、客観的注意違反性を肯定しようとするのである⁽¹⁷⁸⁾。しかしながら、かような事例は、せいぜい主観的注意違反性として理解されるものであろう⁽¹⁷⁹⁾。

第3項 構成要件と規範の区別についてのフレームの構想

フレームは、彼によって表示されている「類型修正(„Typenkorrektur”)」を通して、抽象的危険犯の実質的正統化の問題の解決を試みているのである。彼は、これによって、形式的に法律構成要件の下に入るこの不法の事象を確定するために、刑罰構成要件の特殊な不法を探究するという目標をもって、抽象的危険犯の修正された解釈を考えているのである⁽¹⁸⁰⁾。

フレームは、構成要件と規範は異なったドグマーティッシュな構築物であ

(176) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.287 f.

(177) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.61.

(178) Vgl. Horn, Gefährdungsdelikte [Fn. 9], S.218 f.

(179) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.288.

(180) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.108 f.

るということを承認する。出発点は、法定構成要件である。この構成要件は、そこから法律上の構成要件要素の定義が閉ざされうる法律目的⁽¹⁸¹⁾を探究するために選別するものであろう。フレームによれば、構成要件の目的の中に存在している規範を刑罰構成要件は内在しており、そして規範は、本来の構成要件から区別すべきものであるとするのである。構成要件それ自体によってではなく、構成要件の目的によって、規範の不法内容は決定されるのである。構成要件要素の規定は、不法の規定の「迂路(Umweg)」を経てなされなければならないのである。

構成要件該当性と違法性との間の区別は、行為の義務違反性が法定構成要件の条文とは独立に判断すべき可能性を提示する⁽¹⁸²⁾。構成要件自体は、その際、二重の機能をもっている。すなわち、(法律上の) 構成要件は、「一方で、具体的な態度義務の導出のための基礎を与え、他方で、いかなる前提のもとで刑罰制裁が違法な態度に結びつけられるかを規定するのである。」⁽¹⁸³⁾

ドイツ刑法典旧 306 条との関係では、違法性の具体的判断が、既に構成要件が抽象的危険犯として捉えられているということで排除されうるわけではないということが生ずるのである。しかし、このことが十分であるかどうかは、行為の違法性の正確な検討のみが明らかにしうるのである。「通説が、306 条は生命の危殆犯であるというところから出発するとするならば、彼は義務違反的に行爲したということが、行爲者に非難されなければならない。しかし、この義務違反性は形式的な禁止違反性から生ずるのではなく、生命という法益を侵害するに（事前的に）適した行爲を彼が行なったということが行爲者に帰責されるということのみから生ずるのである。具体的な事例において、適性(Eignung)への確定を放棄し、そして、違法性が禁止違反性のみ

(181) 法律目的とは、フレームによれば、立法者がいかなる行為を禁じようと欲しているかの問題であるとしている(Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.120)。

(182) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.127.

(183) Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.124.

から引き出されるとするならば、保護法益に対する関係が示され、そして構成要件はまた、最早生命の危殆犯として表示しうるのではなく、それは純粹な形式犯となる。」⁽¹⁸⁴⁾と述べている。

過失構成要件におけるように、行為の不法を根拠づけるためには、法定構成要件のもとへの包摂可能性では、まさに十分ではない。命ぜられた注意の侵害が初めて、行為の違法性を根拠づけるのである。保護法益を侵害するために適しているときに、ある態度は、この意味において注意違反ないし義務違反的なのである⁽¹⁸⁵⁾。

適性判断は、予測として現実に存在した諸条件から抽象されるであろう。保護法益を侵害するという行為の適性は、類型的に抽象的危殆化構成要件において記述された行為の遂行にあっては当てはまるであろうが、行為者が法益侵害の不発生に関し特別の知見をもっているときには、存在しないであろう。このことは、規範目的によって命ぜられた法益の保護が、一方では行為者が一定の構成要件的に記述された行為を行わないということによって顧慮されえ、しかし他方で、彼が具体的な事例において行為によって損害に向かっていないということを確認することによっても顧慮されうるであろうということから明らかになるのである⁽¹⁸⁶⁾。

結論的には、フレームの見解によれば、危殆化構成要件は、構成要件が抽象的もしくは具体的危険犯として形成されているかどうかに依存することなく、侵害禁止の過失的違反を刑罰のもとに置いているのである。構成要件の異なる条文は、刑法上の責任の様々の前提が確定されるであろう限りでのみ意義をもつのである。違法性は、それとは独立に確定されるのである⁽¹⁸⁷⁾。

したがって、フレームは、客観的過失の尺度の主観的帰属を要求している

(184) Brehm, *Gefährdungsdelikt* [Fn. 76], S.126.

(185) Vgl. Brehm, *Gefährdungsdelikt* [Fn. 76], S.126 ff., 131.

(186) Vgl. Brehm, *Gefährdungsdelikt* [Fn. 76], S.130 f.; ders., JuS 1976, S.24 f.

(187) Vgl. Brehm, *Gefährdungsdelikt* [Fn. 76], S.153.

のである。客観的過失は、ある行為が、侵害的な結果（ブレームによれば、法益の侵害）を招来するのに具体的に適しているときに、存在するのである。

しかしながら、このことは、全ての抽象的危険犯に妥当するものではなく、法益の直接的保護に奉仕する抽象的危険犯に対してのみ妥当することになる。道路交通における右側通行の命令におけるように、法益を間接的にのみ保護し、そして、それでもって、集積的な態度の安全性についての「抽象的利益」を実現させるはずの規範にあっては、別の何かが妥当することになる。かような犯罪は、法益の攻撃とは独立に違法であろう⁽¹⁸⁸⁾。

ブレームの見解は、それが矛盾なく構成されているということが、しばしば語られているのである⁽¹⁸⁹⁾。

ブレームは、フォルツと異なり、構成要件の実現は諸事例の大多数において、直ちに可罰性へと導き、そして行為者の特別の知見が個別事例において、法益侵害を脱落させるというところから出発しているのである⁽¹⁹⁰⁾。したがって、フォルツによって要求された禁止を根拠づける許された危険の超過から生ずる矛盾は、さしあたり（少なくとも、表面上は）、排除されているのである⁽¹⁹¹⁾。

しかし、より詳細な探究にあっては、ブレームによって主張されている解決の内部的論理に疑念が生ずるのである。フォルツの見解は、それが、抽象的危険犯が、その超過が可罰性へと導くところの許された危険の限界を示すということを含んでいるということで矛盾しているのである。

ブレームによれば、構成要件的に刑罰のもとに置かれている行為は、侵害結果を招来するために一般的に適しているのである。この行為は、行為者が、その行為が法益侵害への適性を欠いているという特別の知見に基づき出発す

(188) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.137 ff. 153.

(189) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.258; Meyer, Gefährlichkeitsdelikte [Fn. 156], S.176; Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 24], S.108 f.

(190) Vgl. Brehm, Gefährdungsdelikt [Fn. 76], S.127.

(191) So auch: Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.258.

るときには、客観的に義務違反的ではないことになる。ドイツ刑法典旧 306 条（ないし、現行 306 条 a) の例で考察すると、この見解は、住居の放火で生ずる危険（一般的適性）は、行為者が危殆化を排除したということを十分に確信しているときには、義務違反として帰属されないという帰結へと導くのである。しかし、その逆推は以下の如し。本来禁ぜられ、一般的な危険の引き受けが、行為者がそれによって危険が具体的な場合において存在しないという特別の知見をもっているときには、許されるのである。しかし、*in dubio pro reo* 原則は、まずおそらくは存在する行為者の特別の知見に関して、問われなければならないであろう。この特別の知見が存在しないときに初めて、可罰性が与えられるであろう。しかしながら、このことは、フォルツと同様に、その超過が可罰性へと初めて導くところの危険限界の導入へと導くのと何ら異なるものへと向わせるのである。この危険限界が、フレームにあっては低く設定されているということは、それ自体全く認識可能である。「許された」および「禁じられた」行為は、法益侵害についての所為の適性に関する特別の知見の存在によって限界づけられるのである。しかし、このことは妥当しうるものではない。重い放火は、刑法上禁じられており、そして特別の知見の欠如によって初めて、刑法の禁止領域を超えるものではない。

超過する危険限界の方向における前述のフレームの見解の解釈は、また彼が抽象的危険犯をより詳細な考察にあたっては、作出している注意規範が、それに対して、過失犯の注意尺度が展開される許された行為にあってのみ、本来有意味的であるという熟考から生ずるのである。禁ぜられた何事かを行なう者は、なるほど更なる結果に関しては（ドイツ刑法典 18 条参照）注意違反的に行動しうるが、しかし禁止違反的な態度それ自体に関してではない⁽¹⁹²⁾。しかし、更なる効果、すなわち結果は、抽象的危険犯においては前提とされていない。許された行為にあっては、犯罪行為としての注意違反性

(192) Vgl. dazu: Küper, NJW 1976, S.543 ff.; Oehler, ZStW. 1959, S.503 ff.

の尺度に関する原則的に許された所為の望まれない結果は、行為者に帰属されうるのである。

注意義務は、その違反に関して、構成要件的な結果の因果的帰属が過失犯において遂行される義務づけなのである。しかし、抽象的危険犯においては、構成要件的結果の実現は要求されていない。さて、ブレームが、注意違反性の尺度に関する法益侵害への態度の適切性を帰属させるときには、彼は、この要件が法律の条文から生じないのだから、違法性の領域において定住している帰属可能な結果とこの適切性を同一視しているのである。

ブレームは、保護された法益に対するこの犯罪の関係を明らかにするという存在している要件をもって、抽象的危険犯は法益侵害への適切性を前提にしているという彼の見解を根拠づけるのである。しかし、この論証は維持し難いものである。適切性(Geeignetheit)のマルクマールは、法律構成要件から引き出されるものではない。かくして、立法者は、彼が可罰性のその種の前提のもとで提立しようと欲したときに、抽象的危険犯における適切性の要件をなぜに積極的に定式化しなかったのかが問われるのである。

ブレームは、彼が構成要件と規範を区別し、そして抽象的に保護された法益に関して規範違反性を注意違反性と同一視しているということでのみ、維持可能であるようにもみえる。その際、いかにして規範と構成要件との区別が解釈学的に根拠づけられるかは、不明確なままなのである。ブレームが「法律の目的」でもって記述している構成要件の背後に立つ規範は、ブレームの見解によれば、法律の中にその表現を見出しが、しかしそれとは同一ではないところの抽象的な構築物なのである。この規範に基づき、ブレームによれば、今や、法律のテキストに基づき遡って閉じられなければならない。さて、規範を探究するとすれば、規範によって再び、法律のテキストの意義が解明されることになる。しかし、この見解は、法律のテキストが、まず、何を本来禁じているのかに対する支点のみを提供するということを意味するのである。法定構成要件が、テキストの解釈のために引き出そうとするその背後に

ある目的をもっているという見解は正しい。しかし、構成要件ではなく、この目的が本来の禁止規範を形成するはずであるということは、構築されており、そして解釈学的にほとんど解明されていないのである。さらに、この見解は、刑法的禁止に関し、全く特別の意義をもち、そして、ドイツ刑法典第1条（法律がなければ刑罰はない）においてその表現を見出す明確性の要求と衝突するのである。フレームによれば、構成要件の法律上の規定は、ただ、法定構成要件の背後に立ち、そして、事実上禁じられ、可罰的であるという拠り所であろう。しかし、行為の可罰性は、法律的に規定されていなければならないという要件を明確に規定しているドイツ刑法1条とこれは矛盾するのである。ドイツ刑法旧306条（新306条a1項）の構成要件から、「住居（等）に放火することは禁ぜられている」ということが、素人にとっても規範として、明らかに引き出されよう。規範を構成要件から区別し、そして法律目的の顧慮のもとで、何が禁じられており、そしていかなる事情が所与の場合に、構成要件的態度を、事実上、禁止規範に入り込むかを確定するため付け加えねばならないかを探究するときには、規範の知見は、素人にはほとんど不可能である。

フレームの見解は、錯誤が存在する場合にも、問題性がある。態度の客観的に与えられているが、しかし認識可能でない危険性がある場合、行為者の義務違反性とか注意違反性ということが述べられないでのある。フレームの見解は、結論において、行為者が法益侵害を招来するという行為の適性に関する錯誤の場合には、不可罰となるということになる。しかし、法律は、構成要件的結果として法益侵害を正に前提としているのだから、保護法益の侵害を招来するという行為の適性に関する錯誤の場合には、可罰性が欠落することになるときには、それには法律の意味が存在しなくなることになるのである。

行為者の行為が、義務違反性が欠けるために違法でないとするならば、構成要件的に客観的に脅威に曝された法益の保持者には、正当防衛権は与えら

れることにもなろう⁽¹⁹³⁾。

さらに、フレームは、彼の正統化の論拠を、明示的に一定の犯罪に制限している。彼が規範服従についての一般的利益が法益関係的に依存しないとみられる犯罪の場合に、彼の正統化の論拠の例外とされ、このことは、この犯罪に対する正統化の問題は、未解決のままであるというところへと導くのである。

結論において、規範と構成要件を区別するというフレームの見解は、否定すべきである。このことは、結局のところ、抽象的危険犯の正統化の試みの論理を土台から取り去ることを意味するのである。抽象的危険犯における注意義務違反性の視点の導入の解釈学的根拠づけは、不明確なまま残存しているのである⁽¹⁹⁴⁾。

第4項 シューネマンによる主観的注意違反性

シューネマンにとって、抽象的危険犯に対する正統化の発端を見出す困難性に対する根拠は、一方では抽象的危険犯の不十分な発展分化の中にあり、他方で從来から使用されてきた解釈学上のカテゴリーへの硬直した固持の中に存在するとするのである⁽¹⁹⁵⁾。

シューネマンは、まず第一に抽象的危険犯の発展分化を試みる。彼は、相違する3つのカテゴリー、すなわち、①本来の抽象的危険犯とならんで②精神化された中間法益を伴う抽象的危険犯と、最後に③いわゆる「大量行為」に關係する犯罪を區別する⁽¹⁹⁶⁾。

精神化された中間法益を伴う犯罪（彼は、贈収賄構成要件や、偽証構成要件を挙げている）の場合には、シューネマンの見解によれば、すでに、この

(193) Vgl. auch: Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 24], S.108 f.; Schünemann, JA 1975, S.798.

(194) Vgl. dazu Ganzen Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.61-66.

(195) Vgl. Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S.798.

(196) Vgl. Schünemann, JA 1975, S.798.

中間法益の侵害が、当罰的な不法を意味している⁽¹⁹⁷⁾。

次に、とりわけ道路交通における「大量行為」の場合には、立法者は、それによって引き起こされる数多くの非典型的な危険に対する具体的注目の免除を通じて解放するために、固定的な規則によって「自動化しようと」欲しているのである。例外のない規範服従は、ここでは正に学理的根拠から必要とされているのである。なぜなら、必要な自動化（たとえば、道路交通における右側通行のように）は、まさに、この規範の単なる形式的な秩序機能の故に、さもなくば達成されえないからである。それ故に、可罰性の制限は考慮されないのである⁽¹⁹⁸⁾。

シューネマンも、ドイツ刑法典旧 306 条 2 号を数え上げている「本来の」抽象的危険犯に対して、彼は、これが憲法的に保障され、そして従って高い地位にある責任原理との一致がもたらされなければならないということを要求するのである。抽象的危険犯を正統化するために、シューネマンもまた、この前提と注意違反性の帰属の尺度に結びつけるのである。しかしながら、抽象的危険犯における不法の帰属は、ホルンやブレームの構想とは異なり、客観的注意違反性によってではなく、主観的注意違反性によって行なおうとするのである。主観的注意違反性の尺度に関する帰属は、解釈学上、抽象的危険犯の体系において新しく展開された過失未遂の法形象に適合されることになる。その際の拠り所は、故意犯における不能未遂に結合するものである。このような方向を経て、彼が彼の視点からではなく、彼の能力から必要な一切の危険の排除のための措置をとったときに、ドイツ刑法典旧 306 条の構成要件を充足する者は、処罰されるということが達成されうことになるのである。客観的な非危険性の場合であっても、行為者の危険性に基づき可罰性が与えられよう⁽¹⁹⁹⁾。

(197) Vgl. Schünemann, JA 1975, S.798.

(198) Vgl. Schünemann, JA 1975, S.798.

(199) Vgl. hierzu und zum Ganzen Schünemann, JA 1975, S.798.

うに、シューネマンにおいても同様に不明確なままなのである。それ故に、抽象的危険犯の正統化の問題は、シューネマンの「過失未遂」の構成に基づいても解決されないものである⁽²⁰²⁾。

第5項 ヤーコプスの記述された過失の要件

ヤーコプスも同様に、抽象的危険犯の犯罪グループの発展分化を行うが、しかし、2分化から出発している⁽²⁰³⁾。

彼は、まず、純粹な規範服従が問題である犯罪を区別する。この犯罪は、その時々の行為の損害傾向性の事実上の実現が前提となっていないし、また、「外部的な攪乱」も前提となっていないのである。この犯罪の場合には、ヤーコプスの見解によれば、もっぱら、純粹な規則服従が前景に立っているのである⁽²⁰⁴⁾。この抽象的危険犯のグループにあっては、損害傾向性のみならず、態度の攪乱作用も一般的に規定されているのである。

ヤーコプスは、外部的攪乱的態度が存在し、そして損害傾向性の実現が一般化的に規定されている抽象的危険犯を、この犯罪から区別している。これに、彼は例えば、証言犯とか重い放火を挙げているのである。この犯罪の場合には、純粹な規則服従も問題ではないし、また、刑法の代表機能も問題ではない。それに相応する行為を犯す者は、実現された外部的攪乱に基づき、ある損害が発生しないであろうということに基づきえないのである⁽²⁰⁵⁾。

ヤーコプスは、この犯罪の正統化を、直ちに法益保護の思想に還元するものではない。財産犯の場合に、保護された財としての財産を目指すのではなく一抽象的な一財産の中で具象化された自由を目指すのであって、それ故

(202) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.70. なお、シューネマンは、その後の諸論文で、更に危険犯論に取り組んだが、これらに対する批判として、vgl. Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S.365–368.

(203) Vgl. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, S.174; ders., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), S.768 f.

(204) Vgl. Jakobs, AT, S.175.

(205) Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), S.768 f.; ders, AT, S.175.

に、この財産犯は抽象的な自由の危険犯となることになるであろう。

ヤーコプスは、刑法による唯一の正統化根拠としての法益保護に、批判的に対立している。彼は、行為者が刑法的に保護された法益に関して社会的重要性が欠ける一定のプライベートな領域をもっているというところから出発しているのである。このことは、法益侵害の前地において妥当する。このプライベートな領域が超えられないかぎり、刑罰は、法益保護に関して正統化されないのである⁽²⁰⁶⁾。

ヤーコプスは、とりわけ抽象的危険犯をこの見地に基づき、高い刑罰威嚇をもって、刑罰枠と不法の質をバランスを取るために一結果のない一過失の記述されざる要件で満たそうとするものである⁽²⁰⁷⁾。

ヤーコプスは、この熟考において、誤った基本前提から出発している。抽象的危険犯には、それによって保護された法益に対する一切の構成要件的関係が欠けるのであるから、彼の思想は抽象的危険犯の体系に適合しないのである。さらに、はっきりした例を挙げるならば、財産犯を侵害犯としてではなく、抽象的な自由の危殆化として捉えており、それは、構成要件的法益関係をもつのであり、財産それ自体あるいは、抽象的な財産によって具象化された自由を目指したかどうかはどうでもよいことである。(新しい)自由という法益は、財産侵害によって害されようし、財産は構成要件と法益との間で、媒介的な関係を提立しうるであろう⁽²⁰⁸⁾。

さらに、ヤーコプスの見解に対しては、構成要件的に保護された法益は任意のものではなく、固定され、解釈によって媒介されるということで、更に異論が唱えられることになる。すなわち、財産犯にあっては、正に財産が保護されており、抽象的な財産の背後にある自由が保護されているわけではない。それ故に、財産犯の抽象的危険犯への転換は、思考モデルとしては可能

(206) Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), S.752 ff., 756.

(207) Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), S.752 ff., 756.

(208) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.73.

であるが、法律適用においては可能ではない⁽²⁰⁹⁾。

ヤーコプスは、抽象的危険犯の理論において、記述されざる過失のメルクマールを導入しようとしているが、そのことは、保護法益に対する関係における構成要件の交換可能な抽象化水準からのその種の根拠づけは引き出されないし、また、刑法的に重要な行為をなしうるために、行為者が先ず、彼の私的領域を見捨てなければならないということによっても引き出されないものである⁽²¹⁰⁾。

第6項 過失と不能未遂の原則に関する折衷的帰属のウォルターのコンセプト

ウォルターは、部分的に抽象的危険犯の発展分化の複雑化したモデルを構想し、そして、異なった構造的に類似の犯罪を展開している。抽象的危険犯の「核心領域」にとっては、彼も2分化（ないし3分化）を望ましいものと考えている。すなわち、本来的な抽象的危険犯と非本来的な抽象的危険犯である⁽²¹¹⁾。

ウォルターは、いわゆる本来的な抽象的危険犯に、「大量行為」の概念のもとで総括されうる犯罪を数え上げている。彼もまた、このような犯罪にあっては、学理的根拠から、刑罰を単なる規則違反に結びつけることが命ぜられているものと考えている⁽²¹²⁾。

この規範の正統化に関しては、ウォルターは何の詳述も行なっていない。彼は、ただ、「大量行為」にあっては、可罰性を根拠づけるために規則違反で十分だということを述べているにすぎない。

ウォルターによれば、本来の抽象的危険犯と並んで、これとは異なる刑法

(209) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.74.

(210) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.74.

(211) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.276 f. ウォルターは、第3のグループとして單なる秩序違反法の領域を、ビンディングと同様に考慮しているが、これについては本稿では取り扱わない。

(212) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.277 f.; ders. JuS 1978, S.754.

的に重要な個別性格を担っている犯罪が存在する。彼は、この犯罪を「非本來的な抽象的危険犯」として表示する。この犯罪に、ウォルターは、重大な放火を数え上げているのである。彼の見解によれば、この少なくとも間接的に重大な法益の保護に奉仕する規定を、その時々に保護される法益の具体的な危険化への直接的な関係なしにそのままにしておこうとするときには、刑事不法と責任諸原則に対する違反でもあろう⁽²¹³⁾。

(非本來的な) 抽象的危険犯の実現のためには、その発生が、客観的・事後の予測によって、行為者の特別の知見を考慮して判断すべきであろうような客観的・相当的な危険化リスクの創出が必要である⁽²¹⁴⁾。この理由から、ウォルターは、この犯罪を「非本來的な抽象的危険犯」という概念をもって表示するのである。彼の見解によれば、非本來的危険犯は完全に結果から抽象化されるのではなく、前述の危険化リスクを前提とするのである。

ウォルターは、不法と責任の原則が刑法において必要とされ、少なくともその時々に保護された法益の危険化のリスクが招来されねばならないという彼の見解を根拠づけるのである。抽象的危険犯の構成要件は、目的論的な還元の方法において、それに相応して解釈されるべきであろう。ウォルターは、法益関係を、(非本來的な) 抽象的危険犯の故意の行為は、少なくとも第1次的结果無価値(危険性無価値)として、相当な侵害危険を必要とするということによって提立するのである。この侵害危険は、少なくとも過失的に招来されねばならないか、あるいは、行為者が故意のあるいは錯誤して、そのようなリスクを創出するというところから出発しなければならない。抽象的危険犯の最小限の要求は、過失および実在的な危険性か、もしくは故意および想定された危険性であろう。

したがって、過失責任に関しては、客観的な侵害適性が必要であろう。住

(213) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.278; ders., JuS 1978, S.754.

(214) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.281.

居の故意の放火は、殺害禁止⁽²¹⁵⁾から生ずる注意義務の侵害であろう⁽²¹⁶⁾。

想定上の侵害危険との結合における故意の要件との関連において、ウォルターは、不能未遂の諸原則に還元する。ウォルターによれば、構成要件実現はそれに相応する行為事情において、故意の殺人の不能未遂として解釈されるのである。かような熟考から、ウォルターは以下のような事例、すなわち、行為者は、人が建物に滞在しているということを明確な事態に反して誤認する。ここでは、行為者は客観的に注意違反的に行行為るのである。この事例形成において、注意違反性の尺度に基づく帰属を遂行しようと欲するときには、客観的注意違反性が欠如しているということで、可罰性は存在しないであろう。

ウォルターによって要求された実在的な侵害危険の帰属のための過失の尺度の適用は、既に、上述された疑念に対立するものである。どうして過失犯の帰属の尺度が、ドグマーティッシュに抽象的危険犯の体系性の中に導入されうるのかということを、ウォルターの詳述によって十分明らかにされていないのである。さらには、ウォルターは、客観的な最低の前提としての実在的な侵害危険を要求し、またこの侵害危険を減少した危殆化として理解しようとするとしても、彼は、抽象的危険犯を再び、具体的危険犯の背後に置くのである。それは、抽象的危殆化を具体的危殆化の蓋然性として理解するクラマーの見解とのパラレルが見出されるのである。

行為者が客観的事態に反して、建物の中に人がいるということを錯誤して考えるならば、ウォルターによって考慮されている重大な放火を不能未遂へと事実上解釈を変更することは、納得のゆくものではない。ドイツ刑法典旧306条2項（同新306a条1項1号）は、人が行為客体の中に滞在しているということを、客観的に要求していないのである。また、たとい、シューネ

(215) ウォルターは、ドイツ刑法典旧306条2項の保護法益は、生命であるということから出発している(Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.296 f.)。

(216) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.296.

マンが抽象的危険犯の根拠づけのために、過失未遂という法形象を考えるとしても、それは存在しないし、また体系違反的なものである。客観的危殆化構成要件におけるその一致が見出されないところの主觀的処罰条件を創出しなければならないということで、故意の未遂の尺度に関する帰属は、挫折するのである⁽²¹⁷⁾。

第7項 アンドレアス・H・マイヤーによる危険性無価値

アンドレアス・H・マイヤーは、彼の著作のサブタイトルが示すように、抽象的危険犯固有の正統化の問題を、憲法的観点から解決しようとするのである⁽²¹⁸⁾。その際、正統化の問題は、結局のところ、過失のドグマーティクの要素が抽象的危険犯に導入されることによって解決されることになる⁽²¹⁹⁾。

マイヤーは、概念性において区別し、言語の本来的意味における危殆化(Gefährdung)は、具体的危険犯においてのみ存在するのであって、この場合には、被害者の観点から、保護法益の事実上の危殆化が要求されるのである。抽象的危険犯の場合には、行為の主体からみた Tathandlung の危険性(Gefährlichkeit)のみしか要求されないのであろう。したがって、抽象的危険犯は、言葉の意義によれば、危殆化ではなく、危険性である。行為(Tat)の無価値は、Tathandlung の中にのみ存在するのである⁽²²⁰⁾。法益客体の侵害と具体的危険犯は、結果として、常に事後的に初めて確定されるものであるが、それに対して、抽象的危険犯の場合には、危険性判断は事前的な予測として示めされるものである⁽²²¹⁾。

(217) Ähnlich Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.226 f. Vgl. dazu Ganzen Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.75 ff.

(218) Andreas H. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 1992.

(219) Vgl. Meyer, Gefährlichkeitsdelikte, S.179.

(220) Vgl. Meyer, Gefährlichkeitsdelikte, S.183 ff.

(221) Vgl. Meyer, Gefährlichkeitsdelikte, S.191.

「『抽象的危険犯』は、それにとって（も）、危険性無価値、すなわち、法益に関連して危険な行為が前提とされることによって、客観的消極的法益関係を保持するのである。」⁽²²²⁾

マイヤーは、この危険な行為を、彼の更なる詳述から生ずるように、明らかに、客観的構成要件要素にまで引き上げようとするのである。すなわち、彼は、法益関係(かくして、類型化された危険性から生ずる行為無価値)は、主観的に行行為者に帰属されねばならず、そして、なるほど、行為者は危険性に関する錯誤にあっては、さもなければ、ドイツ刑法典 16 条 1 項に基づきうるということで、(故意責任ではなく) 過失責任の尺度で帰属されるということを詳述しているのである⁽²²³⁾。

危険性の概念は、一般的な生活危険を超える危険性として、経験則から判断される結果発生の可能性（蓋然性）として理解されることになる⁽²²⁴⁾。マイヤーは、危険性を一般的、類型的な危険性として理解し、具体的な、保護財に關係する危険性としてではないのであり、この危険性は、客観的構成要件要素にまで高めようとするのである。

要求された客観的な行為無価値ないし危険性無価値は、行為者に帰属可能なものでなければならないが、ドイツ刑法典 15 条の規定に反して、主観的な故意の帰属ではなく、過失の帰属を要求するものである。なぜなら、この新しく導入された構成要件要素は、文言の構成要件から生ずるのではなく、抽象的危険犯の憲法に一致した解釈の枠内においてのみ、構成要件の中にはめ込まれるものなのである。故意の尺度による帰属にあっては、さらに、錯誤の問題性が生ずるのである。なぜなら、行為者は、彼の所為の危険性を認識しなかったということに基づきうるのであり、このことは、過失の尺度に関する帰属の場合でも、回避可能であろう⁽²²⁵⁾。

(222) Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.208.

(223) Vgl. Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.210 f.

(224) Vgl. Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.206 f.

(225) Vgl. Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.208 ff., 210 ff., 213 f.

まず第一に、マイヤーの一般化された、そして、一般的に考えられた危険性概念を構成要件要素として個々具体的な事例に関係づけて、一般的に処理しうるものではないという問題が提起される。危険性を、ただ一般的な経験的価値に従って、通常の生活危険を超える危険性であるべき類型化された危険性として判断するときには、いつ行為が、具体的な法益との関連で危険なものとして妥当するのかということは、不明確である。

マイヤーは、具体的に危険ではなく、また、危険ともなりえなかった諸事例を、法適用から排除しうるという解釈を行なおうとしているのである。しかし、重大な放火を例にすると、住宅への放火は、類型的に危険であり、一般的生活危険として理解されるものを大いに凌駕するものである。すなわち、所為の一般的危険性は、その所為が個別事例において具体的に危険でなかったということによって、一般的に危険でなかったとはいえないのである。

類型的危険性としての危険性のこの解釈は、構成要件要素として、具体的に保護されるべき法益との関連において使用可能ではなく、さらに、刑法において高い意義をもつ憲法上の明確性の原則との背景においても、疑念があるのである。一般的危険性という構成要件要素は、規範の禁止の枠を十分に規定するためには余りに漠然としたものである。

さらに、たとい、マイヤーとともに、一般的危険性の客観的構成要件から出発するとしても、どうして、およびなぜに過失の尺度が抽象的危険犯のドグマティクの中に導入されうるのかは、更に不明確なままなのである。

結論において、マイヤーの見解は、その基礎において、いかなる解釈学的根拠から、過失犯の尺度が抽象的危険犯のドグマティクの中に導入されるべきかということを明らかにするためには、論理的ではなく、また適してもいないのである。それ故に、マイヤーの構想は、抽象的危険犯の正統化の問題を解決しうるものではない⁽²²⁶⁾。

(226) Vgl. dazu Ganzen Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.78-80.

第5款 法益概念の抽象化／規範の保護目的の拡張

その時々の保護法益に対する抽象的危険犯を直接的に、規範を正統化する関係を確立することが困難であるということで、法益概念を抽象化し、ないし規範の保護目的を拡張するという見解が展開されてきた。

危険犯の一定のグループに対して、本来的な保護財から抽象化された上位概念を探究し、その安全性のある種の保護財として考えようと試みようとした最初の人が、ビンディングと考えられる。

上述したヤーコプスの見解には、この方向性がみられうるが、彼は、もっぱら直接的な構成要件的に保護された法益から出発していないのである。ヤーコプスは、抽象的危険犯の正統化の問題性を、過失の記述されざる構成要件要素を承認しているのである。また、抽象的危険犯の実現を、社会的意義における法益の存在確実性の動搖に向けられているとするクラマーに対しても、同様のことが妥当があるのである⁽²²⁷⁾。

第1項 ビンディングによる自己のドグマティクの展開

ビンディングは、一般的危険説も抽象的危険説も、抽象的危険犯の根拠づけのために適したものではないと考えたのである。それ故に、彼はこれらの説に対し、既に早くから対抗して、抽象的危険犯のドグマティクの自らの構想を展開したのである⁽²²⁸⁾。

ビンディングの見解は、法益の存立が侵害もしくは危殆化を通じてのみ攻撃されうるということに基づくものである⁽²²⁹⁾。ビンディングは、この関連において、危殆化の概念の下で法益の不利な事態の変更を、「その侵害されない更なる存立が、それによってそれに至るまでの問題のない能力が、問題の中に引き出される」⁽²³⁰⁾というやり方で、理解しているのである。このこ

(227) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.64.

(228) Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 4. Auflage 1922, S.374 ff.

(229) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.368 f.

(230) Binding, Normen I [Fn. 228], S.372.

とは、ビンディングによれば、危険概念は具体的危険の意味において理解すべきであるということを意味している。ビンディングは、少なくとも前述の意味において理解された（具体的）危険が問題となっていないときには、処罰は正当化されないものと考えている⁽²³¹⁾。したがって、彼は、個別事例において危険でない行為を、抽象的危険犯として表示された規範によって捉えようとする一般的危険説を否定するのである⁽²³²⁾。

ビンディングは、侵害犯と危殆犯との構造上の意味において、「犯罪要素の本質的同一性」を承認する。その際、侵害禁止の違反は法益の侵害を意味し、危殆化禁止の違反は法益の妨害されない存在の禁止を意味する⁽²³³⁾。しかし、ビンディングは、これら以外に、保護財に対する一切の構成要件的関係のない犯罪、すなわち、その実現にとって危殆化が構成要件的に本質的ではない犯罪が存在することを承認する。彼は、この犯罪を危殆犯に算入するのではなく、「単純不服従」として表示する第3の犯罪グループに算入するのである⁽²³⁴⁾。

したがって、ビンディングは、3分説すなわち、侵害犯、危殆犯および不服従犯を区別し、それ故、彼も今日の侵害犯、具体的危険犯および抽象的危険犯の3分化が本質的に理解されているといつてもよいのである。

しかし、ビンディングの区別は、今日の通常の3分説と一致するものではなく、構成要件的に何らの具体的危殆化結果を前提としない犯罪（今日の理解によれば、抽象的危険犯を）もっぱら不服従犯に位置づけるのではなく、部分的に今日の用語によれば具体的危険犯の犯罪グループに位置づけているのである。すなわち、ビンディングは、構成要件的に具体的危殆化結果を前提としない犯罪につき、その構成要件が具体的危殆化のために適している行

(231) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.386.

(232) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.408.

(233) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.374.

(234) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 u. 397 Fn. 47.

為を禁ずる犯罪（いわゆる適性犯[Eignungsdelikte]⁽²³⁵⁾、すなわち、この意味において「危険の惹起のための適切性」を前提とする犯罪を區別し、この「適切性」は、未だ危殆化として理解されるべきものではないのである⁽²³⁶⁾。しかし、彼は、この犯罪を危殆化未遂として捉え、この規範が、終了未遂の存在を目指しているということで、それに相応する故意が存在する場合には既遂となるとされ、彼によって要求された（具体的）危殆化故意が確定される場合には、この犯罪を必要な具体的危殆化故意に基づき、（具体的）危殆犯に算入するのである⁽²³⁷⁾。

にもかかわらず、ビンディングは、彼によって遂行された危殆化未遂としての実質的位置づけを十分に解明していないのであって、それは体系違反的なものである。すなわち、ここでは、客観的構成要件要素としての具体的危殆化が欠如しているのである。ビンディングの見解によれば、この犯罪は危殆化の前地において、単なる「危険の惹起のための適切性」を前提とし、具体的危殆化に向けられた故意を要求しているのであるが、この見解は、既遂と未遂が直ちに重なるときに、なぜにこの犯罪グループの場合に、一般的原則に従って、未遂の可罰性が賦与されるのかを明らかにしていないのである⁽²³⁸⁾。

次に、危殆化結果のない第2の犯罪グループに関し、ビンディングの見解には、攻撃客体の拡張が存在している。すなわち、立法者は、相応する構成要件には、構成要件的に記述された行為客体を目指すのではなく、その背後にある更なる保護財を目指しているのである。たとえば、個々の船舶や列車

(235) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 f. ビンディングはこれに属するものとして、たとえば、§§186, 187, 189, 229, 324 StGB を算入している(vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 Fn. 40)。

(236) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 Fn. 39.

(237) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.83.

(238) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.275. ビンディング自身、批判のこの点を認識している(vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.375)。

が犯罪の危殆化客体として見られるのではなく、一般的に船舶の航行あるいは列車の輸送ないし船舶・列車交通の危険からの自由が考えられているのである⁽²³⁹⁾。その中に、結局、危殆犯の侵害犯への転換がある。個々の行為によって、個々の船舶が（具体的に）危殆化されるのではなく、交通の安全性およびこの安全性における信頼、かくして交通の存在確実性が侵害されるのである⁽²⁴⁰⁾。具体的な保護財の代りに、その危険からの自由な、一般的な、権限のある信頼が関係する財の総体が当てはまるのである。この信頼は、行為によって侵害され、危殆化の意味において動搖されるものではない⁽²⁴¹⁾。この第2グループに関する、ビンディングの詳述は首尾一貫していないのである⁽²⁴²⁾。すなわち、個々の行為客体の具体的危殆化を前提とはせず、本来の保護財から抽象化された上位概念に向けられた行為を前提とするならば、個々の保護財が危殆化される以前に、いかにして、この抽象化された上位に位置する保護財の総体の侵害が存在しうるのかが、明らかではないのである。

最後に、ビンディングが「単純不服従」犯として表示している犯罪グループについて考察するならば、この犯罪は実質的正統化を必要としない形式的不法の犯罪である。これは、実質的不法の犯罪として直接的に、法益保護に向けられた目的から正統化される侵害犯や危殆犯とは対立するものである。この領域においては、ビンディングは、秩序違反法の視点と刑法の視点とを混同しているのである。もっとも、このドグマーティクの発展時期には、刑事刑法が行政法ないし警察法から、未だ十分に明らかにされていなかったということがその根拠となるであろうが、彼は、この関連において、両者を境界づけようとして試みているのである。

(239) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.393 f.

(240) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.392 f.

(241) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.392 ff; dazu Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.276.

(242) So auch Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.275 f.

もっとも、明らかに、ビンディングはこの犯罪グループに関し、実質的な法益保護によって担われた正統化を探究しようと試みていない。けだし、彼は、この犯罪の処罰根拠を刑法的禁止に対する背反行為が存在するという事実にすぎないものであるということを承認しているからである。このことは、彼が、この犯罪領域において、刑法と秩序違反法を混同しているということで、根拠づけられるであろう。より詳細に観察すれば、ビンディングは、一般的危険説に再び接近しているのである。すなわち、一般的な経験価値（「大量観察」）は、原則上、危険性が存在するというところから明らかとなるのである。この危険性は、個別事例において危険でない行為も禁ぜられているというところに導くものであり、そして、立法者は、危険な行為と危険でない行為を区別しえないのである。ただし、ビンディングが「単純不服従」として表示する犯罪の刑法的禁止の根拠づけの一般的危険説との相違は、彼が、規範違反それ自体、かくして行為不法を不法根拠づけ的なものとして考えているというところにあるのである⁽²⁴³⁾。

第2項 ベルツによる抽象的価値としての法益

ベルツは、抽象的危険犯の正統化の問題性を、彼が観念的な抽象化された法益概念を引き合いに出すことによって、解決しようと試みている。ベルツは、彼にそれ以外に背景を求めるこことなしに、継承しているシュミットホイザーの観念的な法益概念⁽²⁴⁴⁾が、彼の熟考の基礎なのである。

シュミットホイザーは、法的に保護されるべき財は、実在的ならびに観念的に捉えられるというところから出発るのである。それ故に、彼は、彼によって刻印づけられた法益客体の概念と本来の法益との間を区別する。彼の見解によれば、法益客体は刑罰構成要件が直接的に関係する実在的な対象な

(243) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.85.

(244) Vgl. Ulrich Berz, Formelle Tatstandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz. Ein Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986, S.32 ff.; Schmidhäuser/Alwart, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984, S.83 f.; Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, in Festschrift für K. Engisch, 1969, S.443 f.

のである。この法益客体から、一切の者に対して妥当する、観念的に理解された尊重要求(Achtungsanspruch)が出発するのである。シュミットホイザーは、この抽象化された尊重要求を本来的に保護された法益として把握するのである⁽²⁴⁵⁾。かくして、シュミットホイザーによれば、法益侵害は、実在的な法益客体から出発する尊重要求の等閑視の中にある。かくして、法益侵害は、純粹な精神化された出来事ということになる⁽²⁴⁶⁾。

ベルツは、シュミットホイザーと同様に、法益を観念的な実在的な法益客体から出発する上位に位置づけられる妥当要求ないし尊重要求と考えているのである⁽²⁴⁷⁾。また、法益は、ベルツの見解に従っても、尊重要求として、具体的な攻撃客体とは異なり、その具体的な基体において侵害されえないところの抽象的価値なのである。この上位に位置する抽象的な尊重要求(法益)のみが、刑法的な保護の下にあり、そして、その具体性における法益(法益客体)ではない⁽²⁴⁸⁾。

この法益理解を基礎として、ベルツは、法益侵害が構成要件的な攻撃客体(法益客体)の侵害、もしくは具体的危殆化の中にあるのではなく、侵害あるいは具体的危殆化の前地において、既に、この法益客体から出発する尊重要求の等閑視の中にある。構成要件実現に向けられた意思の活動によって実現される行為不法の現実化が、既にそのために十分なのである⁽²⁴⁹⁾。

刑法的に重要な態度は、原則的に価値中立的であり、そして、他人の価値を無視する行為者の意思によって初めて、否認に値するものとなるということが、結果犯に対して妥当があるのである。観念的法益は、結果犯においては、

(245) Vgl. Schmidhäuser/Alwart, AT, S.83 f.; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S.25; ders., Engisch-FS, S.445 f. なお、シュミットホイザーの法益概念につき、伊東研祐『法益概念史研究』295頁以下(成文堂、1984年)参照。

(246) Vgl. Schmidhäuser, Engisch-FS, S.445.

(247) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.37 ff., 42.

(248) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.111.

(249) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.110 f., 44.

常に法益客体の侵害あるいは具体的危殆化によって侵害されるのであり、しかし、この法敵対的な意思活動によって、本来の法益（尊重要求）に既に侵害（より正確には、無視）⁽²⁵⁰⁾されるということで、この侵害の前地において、既にまた、それに向けられた意思活動によって侵害されるのである。この見解によれば、結果犯における不法の根拠づけにとって、最早結果不法が問題ではなく、結局のところ、行為不法のみが重要となるのである⁽²⁵¹⁾。

この原則的な熟考を、ベルツは、抽象的危険犯と同様に、構成要件的結果の事実上の発生のない未遂の可罰性と関係づけて展開しており、そして、彼の見解によれば、正統化の基礎は、ただ行為不法の中で見出されるのである。ベルツは、抽象的危険犯は、類型的に法益侵害へと導くような行為を刑罰のもとに置いているのだから、抽象的危険犯の場合には、結果犯と異なり、行為者態度の原則的な価値中立性が欠けるというところから出発する。それ故に、抽象的危険犯によって保護された法益を侵害するために、実在的な法益客体への結果に向けられた意思活動は必要ではないことになるであろう⁽²⁵²⁾。

ベルツによれば、抽象的危険犯は一般的な注意規定を表示し、その無視は、Tathandlung の遂行によって、原則的に刑法的に重要な（行為）不法を根拠づける。禁ぜられた態度は、その一般的な損害適性の故に、一般的に人間の共同生活にとって必要な信頼の基礎を動搖させる。可罰性のために必要な不法の実現は、ただ、故意の行為遂行の中に存在するのである。結果不法の実現、もしくは構成要件的結果に向けられた意思は重要ではない。行為者は、ただ、禁ぜられた行為の遂行によって、保護された法益ないし、そこから發

(250) 観念的な尊重要求は、それが具体的ではなく、純粹に精神化された產物であるということ、侵害されえないものである(Vgl. Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.68, 79 f.)。

(251) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.42 f, 111,113.

(252) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.87.

する妥当要求あるいは尊重要求を等閑視するのである⁽²⁵³⁾。

事実上の法益客体の侵害が欠落し、そして行為者が一定の外部的に現われ、したがって事後に検討可能な諸事情に基づき、彼の態度が損害へと導かないとということを確実に知っているときにのみ、異なった何事かが妥当しうるのである。この場合においてのみ、その他の法的同輩⁽²⁵⁴⁾の信頼の侵害は排除される。なぜなら、行為者は形式的な規範違反にもかかわらず、彼が規範化された規則を維持しないという怖れを回避しているからである。彼の所為が法益侵害へと導かないという行為者の確信に基づいた事後的に検討可能な諸事情は、行為者の表象に反して、事実上法益侵害へと至るときには、それ自体排除されるある種の「信頼形成的な措置」であろう。

行為者が、客観的に事後的に検討可能な彼の所為の非危険性から出発するすれば、彼の態度は法益を保護するというその機能において規範に背反しないのだから、行為不法が欠如するのである。しかし、このことは、法益客体についての毀損が事実上もまた欠落するような事例においてのみ妥当する。侵害あるいは具体的危殆化として理解される法益客体の毀損は、たとい、行為者が客観的に追体験可能的に彼の行為の非危険性から出発するとしても、一切の事例において、可罰性を根拠づけるために十分なのである⁽²⁵⁵⁾。

このような見解は、行為者の負担となる行為リスク(Handlungsrisiko)への拡張へと導くのである。ベルツによれば、結果犯においては、行為者が故意的な結果発生を少なくとも可能なものと考え、そして肯定的に甘受することが重要である一方で、故意の抽象的危険犯においては、故意の行為遂行で十分である。ベルツの見解によれば、この危険負担の中に、責任主義の違反は存在しない。なぜなら、行為者には、一般的な危険性に基づいて、抽象的危険犯の行為禁止が理解できるであろうし、また彼は、行為遂行と結びついた

(253) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.114.

(254) ベルツの理解によれば、法益と同じである(vgl. Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 244], S.111, 114)。

(255) Vgl. Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 244], S.114 ff.

リスク(Risiko)を意識的に甘受するからである⁽²⁵⁶⁾。

ベルツは、抽象的危険犯の正統化は個別事例関係的な注意違反性に基づいて根拠づけるという新しい熟考から離別するものである。彼は、抽象的危険犯をただ保護された法益客体の一般的に理解された尊重要求および妥当要求に関連する一般的な注意規則としてのみ理解するのである。

抽象的危険犯の正統化問題は、この規範がそれによって保護されている財の侵害もしくは危殆化を、構成要件的に前提としないというところから、本質的に生ずるものである。この正統化問題は、未遂、とりわけ不能未遂において同様の方法において存在するのである。構成要件と法益との間の規範を正統化する結合は、結果不法に基づいて確定されていないのであり、結果が、それに規範が関係する保護客体に構成要件的に正に要求されていないということで、問題性があるのである。

ベルツは、法益概念が抽象的領域上で引き出されているということによつて、この解釈問題を解決するのである。これは、ベルツが背景を求めていないところのシュミットホイザーによって展開された観念的な法益概念に基づくものである。しかし、シュミットホイザーの法益概念は、極度に論争のあるものである⁽²⁵⁷⁾。

シュミットホイザーの法益概念およびヘルツの見解は、首尾一貫すれば、故意の結果犯においても、決して結果発生、すなわち保護法益（ここでは、法益客体）の事実上の毀損が問題ではなく、ただ、意思操縦的な行為が構成要件的結果の方向にあることが問題であり、ないし、抽象的危険犯においては、行為それ自体が問題であるということになる。この行為、ないし結果犯の場合には、補足的に構成要件的結果に關係する意思のみが、本来の法益、すなわち法益客体の尊重要求に基づく法共同体の信頼を動搖させるということで十分なのである。かくして、行為不法のみが一切の事例において、可罰

(256) Vgl. Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 244], S.115.

(257) Vgl. nur Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.60 ff.

性を根拠づけるために十分なのだから、なぜに一般的に未遂と既遂との区別が存在するのか、そして、なぜに、未遂は一般的ではなく、一定の諸事例においてのみ(§23 Abs.1 StGB)刑罰を科せられるのかという問題が解決されないのである。かような結果が一般的に問題とならないとすれば、なぜに立法者が、結果犯において結果の発生を構成要件の前提にしているのかということが解明しがたいのである。

したがって、ペルツの（また、シュミットホイザーの）法益理解は、未遂と既遂との体系性と矛盾し、そして、構成要件的に故意の結果犯の既遂の可罰性のために、ただに行為不法のみならず、保護法益の（ペルツの用語によれば、法益客体の）侵害ないし危殆化の招来を意味する結果不法を前提にしている法律の文言と矛盾するのである。

現実的に考察しても、尊重要求、そしてとりわけ、この尊重要求の維持における社会の信頼は、その所為が一定の重さに達するときに動搖されるという点でも問題性がある。法共同体の事実上の知見へと至らないような軽微な犯罪が、どうして規範妥当における法共同体の信頼の侵害を根拠づけうるのであろうか。信頼の動搖が存在しないとすれば、このような見解によれば、何の法益侵害も存在しないことになるのである。かくして、首尾一貫すれば、軽微な犯罪を法律が可罰性を規定しているにもかかわらず、最早処罰されてはならないことになるであろう⁽²⁵⁸⁾。

さらに、ペルツの見解は、結果犯に対しても、抽象的危険犯に対して展開された法益概念とは別の概念が適用されるわけではない。結果犯は、構成要件的に強くその時々の法益（ペルツによれば、法益客体）に結びついているにもかかわらず、抽象的危険犯は全くそうではないのである。ペルツは、シュミットホイザーの法益概念とは無関係に、彼の法益概念を展開しているのだから、この矛盾を満足しうるよう解決しているのではない。もっとも、シュミットホイザーによる観念的な法益概念は、論争されているのである。

(258) Vgl. dazu auch Kratsch, JA 1983, S.424 f.

最後に、ペルツに対する批判としては、彼の厳格に行行為に方向づけられた見解が、それに相応する抽象化された法益概念の基礎に基づいて、解釈学的に維持しうるか否かという問題なのである⁽²⁵⁹⁾。

第3項 キントホイザーによる規範目的としての安全(Sicherheit)

キントホイザーは、「規範目的としての安全」として表示されているところの、抽象的危険犯のドグマティクの構想を展開している⁽²⁶⁰⁾。この構想は、危険犯のあるグループに対して、本来の保護財から取り去された上位概念を探究し、そして、この上位概念の安全を本来の、ある種の拡張された保護財としてみるというビンディングによって考えられた見解の更なる展開として、考えられるものである⁽²⁶¹⁾。

キントホイザーは、抽象的危険犯の文言に方向づけられた解釈を通じて、この犯罪の、法益侵害を回避するという規範目的との調和化に、論理的根拠から達成されえないという見解である。なぜなら、構成要件は、保護法益の侵害に対する明示的な関係を何ら含んでいないからである。

そこで、たとえば、ドイツ刑法典旧306条2号の構成要件から、行為(Tat Handlung)が、それと蓋然的に具体的な生命の危殆化のリスクが結びついているということで禁止されているということは、取り出されないのであろう。この規範は、人間の生命に対するリスクの創出の禁止として意味されないのである。なぜなら、たとえば住居への放火は、全く明確な文言によ

(259) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.91.

(260) Vgl. Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, S.277 ff.

(261) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.393 f. このことは、ただに出発点の比較可能 性からのみならず、既に、キントホイザーが、ビンディングの見解についての議論 を、彼自身の抽象的危険犯のドグマティクの構想に直接的に前置しているという ところからも明らかとなるのである(vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6] S.273 ff. 277 ff.)。

れば、人間の生命の具体的危殆化もしくは侵害とは独立に禁止されているからである。

抽象的危険犯の適用の中に過失領域からの帰属の尺度を流入させることは、キントホイザーによれば十分に解明可能ではなく、そして、抽象的危険犯に対して解釈学的に遂行可能な正統化の基礎を提供しうるものではない⁽²⁶²⁾。

キントホイザーの見解によれば、規範目的に抽象的危殆化禁止に順応させることは、規範内容の変更によってのみ達成されうるものである⁽²⁶³⁾。

キントホイザーは、法益の不可侵性、人格的展開のための手段として理解された法益は、他律的な影響に依存しているというところから出発しているのである。その不可侵性に関する法益の所有者の決定可能性は、その保護を正当化する法益の価値の本質的な要因であろう。それがたとえば、具体的危殆化において遂行されているように、法益の不可侵性に関するコントロール⁽²⁶⁴⁾の剥奪は、それ故に、法益関係的な自由の衝突を意味し、そして、決して侵害のささいな前段階ではないであろう。それ故に、法益の不可侵性に関するコントロールについての能力を侵害し、もしくは破棄するために、その態度が適しているときに、ある態度は危険であろう⁽²⁶⁵⁾。

そのように理解されたある態度の「危険性」の概念は、義務違反的な態度の帰属の範囲において、意義を獲得するのである。キントホイザーは、以下のような例を挙げている。すなわち、「たとえば、ナイフは、それを使う場合に、侵害を回避するために、特に注意深くあらねばならないときには、危険なのである。あるいは、無害な通過は、特別の程度で自動車の制御の維持

(262) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.257 ff.

(263) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.257 ff.

(264) 個人的法益において、個々人のコントロールと同様に、集合的法益において、権限のある代表者のコントロールとしても理解されている(vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277 Fn. 2)。

(265) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277.

のために、埋め合せの措置が要求されるときには、カーブは危険である。同様のことは、以下のような危険なものとしての行態の特徴づけに対しても妥当する。すなわち、行為者(Akteur)が通常の程度を超えて、態度を条件づける損害を排除する能力が無いときには、その資辞（すなわち、危険な=引用者）が当てはまるのである。」⁽²⁶⁶⁾

このような出発点から、キントホイザーは、抽象的危険犯を、財についての注意を欠いた自由処理のために必要な他律的な安全の条件を侵害する行為の禁止として、解釈しているのである⁽²⁶⁷⁾。

抽象的危殆化の概念は、それが所与の行為事情において、損害の回避および阻止のための力を破棄し、あるいは侵害するところの態度の効果として定義されよう。この態度の効果は、それが損害重要な条件の防衛のための無能ではなく、類型化された、多かれ少なかれ複雑な保護の構想に当てはまるというかぎりで、抽象的なものであろう⁽²⁶⁸⁾。

キントホイザーは、個々の法益を全体の安全の体系の中に組み込み、それは、この処理自由の他律的な侵害に対する、その時々の法益の所有者の処理の自由を保護するのである。この処理に属する枠条件を保障する抽象的危険犯もまた、この全体安全システムに属しているのである。直接的な規範目的は、キントホイザーによれば、安全の保障、つまり、法益に関する処分自由を保障する枠条件の保障である⁽²⁶⁹⁾。

この保護構想は、この見解によれば、本来的な保護財から抽象化され、そして、「十分に保障されている」という、財についての自由処理者に法的に保障されている状態⁽²⁷⁰⁾（傍点、原文イタリック体）を把握するものである。

もっとも、キントホイザーの見解については、まず第1に、その出発テー

(266) Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277 f.

(267) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.280.

(268) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.280, 277.

(269) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277 f. 280.

(270) Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.280.

ゼに疑問がある。すなわち、彼は、抽象的危険犯の法益関係的規範目的への適応は、規範内容の変更によって達成されうるであろうというところから出発している⁽²⁷¹⁾。このことは、規範が立法的に定められている内容とは異なるものをその下に置くということが規範の解釈の課題ではないということで、疑念がある。正確に考えて、彼は、このテーゼに従っていない。彼は、抽象的危険犯の保護目的を、直接的な法益保護の目的を超えて、その目的に相応する利用が必要であるところの枠条件の保障にまで拡張しているのである。その中に、規範内容の変更があるのでなく、解釈によって立証されるべき規範目的の拡張があるのである⁽²⁷²⁾。

次に、この見解によれば、抽象的危険犯は法益の実質的な存在に関する包括的な法益保護を、全体安全システムの中にはめ込まれて、守られているのである。このことは、この間接的な保護目的が、まさに、部分的に、かなりの刑罰威嚇をもって規定されている抽象的危険犯を正統化するために、十分でありうるかどうかという問題へと導くのである⁽²⁷³⁾。すなわち、直接的に保護された法益に対する事実上の危険性関係が、实际上全く欠けうるような行為を、高い刑罰威嚇で禁ずるために、潜在的な該当者の個人的な安全感情を引き合いに出しうるということは、少なくとも困難としてよいのである⁽²⁷⁴⁾。

第3に、一般的に安全の概念は、キントホイザーが理解しているように、正統化の基礎として引き合いに出されうるのかという点についても、問題である。すなわち、この安全概念の基礎は、個々の法益所有者の主観的な安全感情である。具体的な状況において、具体的な法益に関係する主観的な安全感情は、—それは、事物の本性の中にある—非常に具体的な安全感情であら

(271) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.255 ff.

(272) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.97.

(273) Ähnlich wohl Kuhlen, GA 1990, S.480.

(274) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.97 f.

ねばならない。したがって、この安全感情は、それが、まさに具体的な保護法益に対する一切の事実上の関係なしに止まられうるような抽象的に危険なものとして段階づけられた行為によって、一切の事例において該当し、具体的な行為の結果から全く抽象化されるかどうかは、問題性があるのである⁽²⁷⁵⁾。

第4に、たとえば、重い放火に関し、住居の所有者が、彼の住居に滞在しておらず、他に誰もいないということを知って、彼の住居に放火する場合、人が侵害され、具体的に危殆化されるということについて心配しないのである。彼の具体的な安全感情は、この事例においては、所有権に關係するだけあって、人間の生命には關係しない。かように理解すれば、主觀的に理解された、具体的法益に関する安全の概念は、抽象的危険犯を理解しえないことになる。もっとも、キントホイザーが、被害者のパースペクティブということを好んで使用するが、これも非常に主觀的なものとなり⁽²⁷⁶⁾、彼が安全の概念につき、行為者のパースペクティブから被害者のそれへと転化するときには、法益概念を拡張していることが明らかとなる。

最後に、キントホイザーの見解は、彼の安全概念を具体的に保護された法益から解決するのではなく、個別事例に關係する考察方法によって、抽象的に危険なものとして段階づけられた行為が克服されていないということで、結論において、挫折るのである。規範目的から引き出された個別事例に關係する安全概念は、構成要件と法益との間の規範正統化的結合を作成するために適していない。この安全概念を具体的な規範の保護財に關係づけるかぎりで、この安全は、個々の抽象的に危険な行為によって必然的に影響を受けないのであり、それは、首尾一貫すれば、可罰性の脱落へと導かねばならないであろうし、そして、なるほど、ただに外部的な例外諸事例においてのみならず、個々の法益の安全が、被害者のパースペクティブから、具体的な場

(275) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.98.

(276) So wohl auch Meyer, Gefährlichkeitsdelikte [Fn. 218], S.151 f.

合において侵害されなかつたときでも、常にそなのである⁽²⁷⁷⁾。

第6款 実在的法益觀を貫徹しようとするウンゲル・シュミットの試み

シュミットは、彼の著書で、119頁から165頁までの自説の展開の大半の部分を法益概念史の紹介と分析に當てて記述している。

彼によれば、法益概念のもとで、いわゆる制度的法益論⁽²⁷⁸⁾と実在的法益論⁽²⁷⁹⁾とが、本質的に對立している。そして、制度的法益論は、実在的な（保護）客体から抽象化されるところの觀念的・非物質的に理解されるべき概念として、法益を把握しているのである。実在的法益論によれば、法益は實在

(277) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.99. なお、ヒルシュは、キントホイザーの見解につき、「彼は、最早身体や生命といった「古典的」保護財からではなく、「安全(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」というような觀念的法益と同様、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危險性をあいまいにする怖れがあるからである、」という批判をおこなっている(vgl. Hans Joachim Hirsch, Konkrete und abstrakte „Gefährdungsdelikte“; in Strafrechtliche Probleme : Schriften aus drei Jahrzehnten, 1999, S.634 f.[=振津隆行「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュの危險概念（危險犯論）に関する二論文の紹介」317頁金沢法学第43卷第2号(2000年)参照。また、ヒルシュの弟子のツィーシャンクも、キントホイザーの見解につき、「法益保護の内容を薄めることは、法治国家的諸原則および刑罰規定と結びついた要請を徐々に入り込むための道を開くものである。結局、彼の財についての自由処理に関する個々人の自由な展開を決定的なものと考えることは、それが抽象的危險犯と結びついた問題を解決させない余りにもあいまいなコンセプトである」等として、種々に亘る批判をしているのである[Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S.356; vgl. auch S.351–359])。

(278) 本説に従う者として、リスト、ランゲ、ザルム、シュミットホイザー、イエシェックが挙げられている(vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.178 Fn. 701)。

(279) 本説に従う者として、ビンディング、ヴェルツエル、ロクシン、ルードルフィ、マルクス、オットー、アメルンクが挙げられている(Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.178 Fn. 702)。

的な、因果的に変更可能な対象・状態としての機能統一体である⁽²⁸⁰⁾。

前者の観念的法益觀の代表者の1人であるシュミットホイザーによれば、行為不法のみが不法の根拠づけのために十分であって、結果不法は重要ではない⁽²⁸¹⁾。

シュミットは、観念的法益概念に批判的であり、本説を首尾一貫して適用すれば、法益侵害のために、すなわち不法の完全な根拠づけのために行為不法が十分であって、結果不法の発生は必要でないことになる⁽²⁸²⁾。観念的法益概念は無意味であり、したがって、拒絶すべきである、とする⁽²⁸³⁾。

これに対し、実在的法益論によれば、実在的に理解された法益の侵害は、結果不法の実現を要求する。かくして、法益自体の侵害もしくは具体的危殆化を要求するのである。すなわち、刑法の実質的正統化は、結果不法の実現に結合させるのであって、実在的な財の侵害、すなわち、実在的法益の事実上の侵害なくして思考可能ではない。しかし、行為不法の実現だけで根拠づけられる、すなわち規範違反に基づいて根拠づけられる抽象的危険犯の可罰性を、実在的法益觀からは根拠づけられないのである。したがって、行為不法もそれ自体だけで不法を根拠づけ、ないし制裁を根拠づける意義を獲得するかぎりで、同様に実質的に正統化されねばならず、かくして、結果不法に方向づけられた可罰性のように、法益に關係づけられなければならない⁽²⁸⁴⁾。

そこで、行為不法と結果不法の觀点を統合することが可能である法益概念の出発点は、シュミットによれば、法益はただに具体的な具象的な対象・状態のみならず、法益所有者的人格の自由な展開のための手段でもあるとする、キントホイザーの熟考が正当だとする。すなわち、具体的な対象・状態としての法益客体は、その意義において、法益所有者にとって、その純粹な

(280) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.178.

(281) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.181, 183 u.s.w.

(282) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.185.

(283) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.187.

(284) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.188 f.

具体的存在に制限されるのではなく、一定の外部的な限界内部で人格の展開の手段として、包括的に投入されることによって初めて、その価値を獲得するのである⁽²⁸⁵⁾、とする。

規範の引き受けと規範妥当は、かくして、法益客体の周辺に直接的な影響をもち、そして、この客体の重要な価値形成的要素であって、法益を法秩序によって保障された十分に確実な周辺内部で客体として考察し、そして、そこから生ずる（投入一）価値を承認するときには、法益自体を侵害するために行行為不法の実現だけで十分なのである⁽²⁸⁶⁾、としている。

かのような観点から、シェミットによれば、「法益とは、それがその生活事態を、法秩序によって保障された確実な周辺に基づき、そして、そこから法益所有者に生ずる投入可能性ないし利用可能性にふさわしい価値を含めて、個人あるいは公衆の有価値的な、実在的な生活事態（対象／状態）である」と定義しているのである⁽²⁸⁷⁾。

もっとも、グラウルは、実在的および観念的法益観の厳格な区別を弁護し、その混同に批判的である。彼女は、妥当要求が価値違反的行為（行為無価値）によってのみあって、客体に関する結果ではないということではないとしているのは、全く正当だとするのである⁽²⁸⁸⁾。そして、このことは、まさに、観念的法益概念の弱点でもあるとも述べているのである⁽²⁸⁹⁾。

シェミットは、人間の方向への射撃は、行為者の殺人意思による規範矛盾となり、射撃によってではない。すなわち、射撃によって惹き起こされた規範矛盾は、規範妥当を弱め、そして、それで一般的に理解されるやり方で、法益（客体）である「生命」の価値をも弱体化する⁽²⁹⁰⁾、と述べている。

(285) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.189.

(286) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.191.

(287) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.191.

(288) Vgl. Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.104.

(289) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.194 f.

(290) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.196.

したがって、彼によれば、法益侵害は、法益客体の実在的侵害（侵害ないし具体的危殆化）の中にあり、そして補足的に、かつ具体的侵害の欠如にあっては、純粹な規範違反からのみ明らかとなる、とするのである⁽²⁹¹⁾。

まず、シュミットの見解によれば、重大な放火は、行為者が「重大な放火の行為客体（住居等）に放火してはならない」という規範に違反するのであり、そして規範妥当、およびそれとともに規範によって保護された人間に關係する住居という特にセンシブルな領域の安全な周辺を弱体化するのである。住居（等）の放火行為によって、人間の生命・身体の不可侵性という法益が侵害されるのであり、なるほど、具体的客体の基体においてではなく、安全な周辺に基礎を置く自由な人格の展開の可能性に基づく価値評価を侵害するのである。正統化する法益関係は、この価値要素が法益概念の中に組み込まれていることによって作成される。したがって、重大な放火は、抽象的危険犯としての形態において、実質的に正統化されるのであり、抽象的危険犯は、規範妥当を動搖させるものである、とするのである⁽²⁹²⁾。

次に、シュミットによれば、大量行為（たとえば、道路交通への関与）への態度は、これに関与する全体に対する安全性を創出するという目的で自動化されている。ここでも、獲得せんとされた自動化作用が弱体化されるのである。

さらに、「精神化された中間法益」を伴う犯罪である証言犯の場合も、裁判上の真実発見のシステムの機能能力における信頼に必要な枠条件を弱体化するものであって、規範妥当が動搖される、とするのである⁽²⁹³⁾。

最後に、（可罰的な）不能未遂は、行為不法にのみ基づくものであるが、これも法益保護の視点のもとで、実質的に正統化されうるものである、とする。すなわち、それは法益侵害のために適しており、規範の弱体化を根拠づ

(291) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.198.

(292) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.200 f.

(293) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.203.

けるものだと述べて、シュミットは結んでいるのである⁽²⁹⁴⁾。

以上のように、シュミットの見解は、行為不法のみで完全な不法を根拠づけ、既に批判したキントホイザー説にも従うものであって、入口で拒絶した理論を、裏口からこっそりと引き入れるものではないかとの疑惑が残るのである。また、彼のいわゆる「規範妥当」の意味内容が実在的法益論にいかように位置づけられ、組み込まれるのかという点に関しても、なお問題性があると思われる。しかし、あくまでも実在的法益論を首尾一貫しようとしたシュミットの努力には、一定の評価を与えてよいようにも思われるのである。

第7款 ヒルシュ=ツィーシャンクによる抽象的危険性犯(Gefährlichkeitsdelikt)の提唱

① ヒルシュの危険犯論について⁽²⁹⁵⁾

ヒルシュは、1993年のアルツール・カウフマンの古稀記念論文集に寄せた論文において、危険犯の概念が従来から不明確であったというところから出発する。そこで、彼によれば、危殆犯(Gefährdungsdelikte)と危険性犯(Gefährlichkeitsdelikte)を明確に区別すべきであるとする。すなわち、危殆犯と危険性犯との間には、原則的な相違が存在する。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眞の危殆犯なのである。それに対し、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、正確にいえば、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

(294) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.205 f.

(295) Vgl. Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten, 1999, S.556-576 und S.621-636 (これらの2論文の詳しい紹介として、前出・振津隆行「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」301頁以下【金沢法学第43巻第2号 2000年】がある)。

ものなのである。そして、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、従来不正確かつ誤解されて抽象的「危殆犯」とも表示されてきたものであるが、結果としての危険の発生の一般化ではなく、行為のメルクマールが問題なのであるから、まさに危殆犯ではない、とされる。

次いで、ヒルシュは、1994年にポーランドの刑法学者であるブハーアの祝賀論文集に寄せた論文「具体的および抽象的『危殆犯』」でも、同様の内容を繰り返している。すなわち、従来「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きたが、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、とする。そして、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。たとえば、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。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。

また、ヒルシュは、眞の危殆化は「具体的危殆化」のみであり、抽象的危険性犯は、具体的に危険な行為の抽象化であって、その存在を論理的に前提とするものである、とする。

そして、抽象的危険性犯は、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、ドイツ刑法典第306条（放火罪）により可罰的となるのであって、その中に責任原理に対する違反が見出されると、大要上述のような見解を展開しているのである。

② ツイーシャンクの危険犯論について

ツイーシャンクは、1998年に公刊したハビリタチオーンスシュリフトで

ある『危殆犯論』⁽²⁹⁶⁾という著書で、師匠であるヒルシュの見解を更に大巾に展開したのである。

ここでは、ヒルシュの3分説とは異なり、「潜在的危殆犯(potentielle Gefährdungsdelikte)」という概念をも構想し、4分説を展開した。これらのツィーシャンクの4分説については、既に、筆者が紹介した次第であるので、それを読まれたい⁽²⁹⁷⁾。

彼も師匠であるヒルシュに従い、「危殆犯」と「危険性犯」とを区別する。本書では、詳細に亘る学説・判例が整理されて、危険犯の4つのカテゴリーが区別されている。すなわち、ツィーシャンクによれば、まず第1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2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3に、潜在的危殆犯であり、これは、具体的に危険な態度から、補足的に具体的な状態が生じねばならない場合である。最後に、第4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ならんと、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とされている⁽²⁹⁸⁾。

彼は、以上のような4つの危険犯の犯罪カテゴリーに分類した上で、個々の刑罰規定の危険犯の構造にかなりの紙面を費やして、逐条的に、個々の条項がどの犯罪カテゴリーに属するのかという考察を加えているのである⁽²⁹⁹⁾。

そして、ツィーシャンクによると、個々の処罰規定の検討の結果、抽象的危険性犯とされるものとして、ドイツ刑法典第326条（危険なゴミとの許容

(296) Frank Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998.

(297) 振津隆行「危殆犯論——ツィーシャンクの危険犯に関する四分説を中心について」1頁以下（金沢法学第44巻第1号 2001年）参照。

(298) Zieschang, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 296], S.172.

(299) Vgl. Zieschang, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 296], S.206 ff.

されない接触)⁽³⁰⁰⁾がまず挙げられている。次に、ドイツ刑法典第306条第1項第2文（放火）も抽象的危険性犯に属するものだとする⁽³⁰¹⁾。

そして、その後、抽象的危険性犯には2つのカテゴリーがあり⁽³⁰²⁾、第1のグループとして、「精神化された中間法益」を伴う犯罪としての賄賂罪や偽証罪（ドイツ刑法典第333条以下、および第153条以下）が挙げられる。ただし、これらの犯罪は、抽象的危険性犯として無制限に適用することは、正統化されないものだとする⁽³⁰³⁾。

次に、第2のグループとして、立法者が硬直化した規制によって、一定程度自動化しようとする道路交通における大量行為（たとえば、ドイツ刑法典第316条【交通における酩酊】や、同第315条c第1項第2号【道路交通の危殆化】）が挙げられる。このグループでは、例外なき規範拘束が、ここでは学理的根拠から命ぜられる。なぜなら、さもなくば、必要な自動化は、まさにこの規範の単なる形式的秩序機能の故に達成されないからである。可罰性の制限は、ここでは凡そ考慮されないのである⁽³⁰⁴⁾。

しかしながら、ドイツ刑法典第315条c第1項第2号においてリストアップされている行為と、同第316条のそれとを少なくとも比較可能であるにもかかわらず、前者にあっては、個別事例の諸事情の探究が必要である。けだし、具体的危険の発生が検討されなければならないからである。しかし、立法者は「固定した規制による自動化」を実施するものではないのであるから、なぜに、これがドイツ刑法典第316条において、処罰に対する決定的な根拠であるのかは不明なのである。そして、ドイツ刑法典第316条と比較して、「重大な事故」の回避という「理論的根拠」が重要であるが、なぜに同規定の刑事罰が、ドイツ刑法典第315条cとは異なり、個別事例において絶対的

(300) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.230 u. 289.

(301) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.311–316.

(302) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.369.

(303) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.370 ff.

(304) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.369.

に危険ではない場合ですら、刑が科せられるべきかは明らかではない⁽³⁰⁵⁾。しかし、例外的な場合でも、原則的な可罰性は変更されないのである⁽³⁰⁶⁾。

にもかかわらず、一定の抽象的危険性犯の無制限な適用に対してもたらされる普及した論拠には、納得し難いものがある、とされる⁽³⁰⁷⁾。それは、ツイーシャンクによれば、2つの根拠があるのである。1つは、法に服している者に、法益危殆化考量を明確化するために、法律の行為期待が具体化されるからである。もう1つは、裁判官が法益侵害もしくは危殆化を証明する努力を免除するためだ（証明容易性の視点）、とするのである⁽³⁰⁸⁾。

さらに、ドイツ刑法典第326条は、環境の刑法的保護が既にその前地において挙げられている抽象的危険性犯であるが、これも、個別事例における保護法益に対する危険が元々排除されるような場合には、その可罰性には疑惑があるのである⁽³⁰⁹⁾。

さらに、個別事例において危険が全くない場合の可罰性の制限がなされていないという点については疑問があり、たとえば、ドイツ刑法典第306条a第1項第1号では、絶対的な安全性をもって、その当時放火が誰も滞在していない住居もしくは建物については、何の役割も演じていないのである。にもかかわらず、原則的に処罰されるのである。

ツイーシャンクによれば、抽象的危険性犯の決定的で、否認されない欠点は、個別事例において、行為者の態度が保護法益にとって危険でないときですら、そこから生ずる抽象化に基づき、刑罰で介入するというところにある⁽³¹⁰⁾。個別事例における非危険性にもかかわらず、刑事刑法が科せられ

(305) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.372 f.

(306) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.376.

(307) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.375.

(308) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.375 f.

(309) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.379.

(310) Vgl. auch Lagodony, Strafrecht von den Schranken der Grundrechte, S.442. 抽象的危殆犯禁止の構造の中に、それが必然的にまた具体的に危険でない行態を把握しているというところの中にある。Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.383 Fn. 134.

ねばならないということによって、まさに、刑事罰を科すことは正統化されないのである。すなわち、純粹な不服従違反だけで、刑事罰を科すためには十分ではないのである⁽³¹¹⁾。

したがって、抽象的危険性犯という犯罪カテゴリーは、刑事刑法から除去すべきであるということが、全体として確定されるのである。それに相応する諸規定は、立法論的には、少なくとも具体的危険性犯として形成すべきなのである⁽³¹²⁾。

原則的な視点において、刑法は他の法領域（とりわけ、警察的秩序法や民法の）を引き受けるためにあるのではない、ということが強調されるべきである。刑法のウルチマ・ラチオ機能が依然として独立の意味内容を賦与されなければならぬ⁽³¹³⁾。

刑事刑法は、侵害犯および具体的危殆犯と並んで、潜在的危殆犯および具体的危険性犯の犯罪カテゴリーでやりくりしうるし、またすべきなのである⁽³¹⁴⁾。

したがって、「総括的には、刑事刑法において、侵害犯および具体的危殆犯と並んで、潜在的危殆犯および具体的危険性犯が、保護法益のそれに相応する重要性に応じて、規範化されうるということを固持すべきである。それに対して、抽象的危険性犯は、刑事刑法から除外すべきである。」⁽³¹⁵⁾

もちろん、抽象的危険性犯を秩序違反法に移すとしても、より穏やかで、有効な手段が自由にならないときにのみ可能とすべきであって、そのインフレーションにならないために、これを控え目に使用すべきである、ということを考慮すべきである⁽³¹⁶⁾。

(311) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.383.

(312) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.384 f.

(313) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.386.

(314) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.386.

(315) Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.391.

(316) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.383.

「したがって、以下のことを固持すべきである。すなわち、立法者が、抽象的危険性犯なしにはやってゆけないと考えるときには、せいぜい——上記した制限的な諸前提を考慮して——秩序違反法における規範化を考慮すべきである」として、ツィーシャンクは結語としているのである⁽³¹⁷⁾。

さて、以上のようなツィーシャンクの見解は、わが国における近時の性急な刑法典化・重罰化の潮流に比して、きわめて刮目すべき主張であると思料される。危険の全くない犯罪は、刑事刑法の正統化を欠くという彼の主張にも、全面的に背首すべきものがあり、それらを刑法典ではなく、各種の特別・行政刑法下に委ねるとても、より穏やかで有効な手段があれば、そのインフレーションを招かないために、それらに委ねるべきであるという主張についても、肯定的な態度を取るべきであると考えるべきである（たとえば、民事法的解决）。そういう意味で、抽象的危険性犯の肯否はともかくとして、わが国の現在および将来における立法作業に、甚だ参考になる提言であると評価してもよいように思われるるのである。

(317) Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.393.

第Ⅱ部 わが国における抽象的危険犯について

第3章 わが国における抽象的危険犯に関する諸見解の状況

第1節 反証を許さない危険推定説（いわゆる「形式説」⁽³¹⁸⁾）

第1款 旧刑法典下における小疇伝の見解

旧刑法典下における圧倒的なフランス刑法学者の影響下に抗して、ドイツ刑法学者、とりわけ、フランツ・v・リストを祖述する形で、大審院判事にまでなり38歳の若さで夭逝した小疇伝⁽³¹⁹⁾（こあぜ・つたう）が、わが国で初めて具体的危険犯と抽象的危険犯を区別し、後者を反証を許さない危険推定説を主張した最初の人と位置づけうるであろう。すなわち、小疇が1898年（明治31年）帝国大学独法科を卒業した頃の刑法学を講じていた岡田朝太郎の『日本刑法論 総則之部完 [訂正増補三版]』（有斐閣 1895年〔明治28年〕）には、それに相応する記述が全くみられないからである。

小疇は、『日本刑法論 総則之部（改訂増補二版）』（1906年〔明治39年〕）の162頁以下で以下の様に述べている。すなわち、「法益ニ対シテ現実ニ傷害ヲ与フルコトヲ要セズ。特定ノ法益ニ対シテ危険ヲ発生セシムルノミヲ以テ罪ノ既遂ノ時、即チ構成条件トスルモノヲ称シテ危険罪 Gefahrdung delikt ……ト謂フ。而シテ危険罪ハ更ニ具体的 Konkreten O. speziellen 及ビ一般的 abstrakten O. generellen ニ分ツコトヲ得ベシ。二者共ニ危険ノ発生ヲ以テ罪ノ構成要件トセルモ、其異ナル点ハ具体的危険罪ニ付テハ危険カ現実ニ発生シタルヤ否ヤニ付裁判官ハ之ヲ審按セサルヘカラス。例へハ刑法第百六十二条第百六十三条第百六十四条第二項第百六十五条ノ罪ハ此ニ属ス。反之一般的危険罪ニ付テハ危険カ現実ニ発生シタルヤ否ヤニ付キ裁判官ハ審按スルコトヲ得ズ。苟クモ法律ニ定メラレタル行為アリタルトキハ常ニ此ノ危険アル

(318) いわゆる「形式説」という用語は、山口厚教授に由来する（山口厚『危険犯の研究』36頁等〔東京大学出版会 1982年〕）参照。

(319) 小疇伝の人と業績については、宮澤浩一「小疇伝の刑法学」214頁以下（吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』日本評論社 1994年）に詳しい。

モノト看做サレ之カ反証ヲ挙ケルコトヲ許ササルモノ。例ヘハ刑法第百六十六条ノ罪ハ之ニ属ス」(漢字は現代表記にし、句読点を付した。なお、傍点は引用者が付した。)と述べているのである。

そして、抽象的危険犯として挙げられている旧刑法典第166条は、船舶の往来を妨害する罪であり、以下のような規定である。「第百六十六条 船舶ノ往来ヲ妨害スル為メ燈台浮標其他航海ノ安寧ヲ保護スル標識ヲ損壊シ又ハ詐偽ノ標識ヲ点示シタル者ハ亦前条ニ同シ」というものであり、小曇の各論の教科書『日本刑法論 各論之部(第二版)』(明治39年[1906年])198頁の解説によれば、明示的に本罪は「抽象危険罪」と記述されているのである。

われわれは、ここに「反証を許さない危険推定説」の最初の原初的見解を見出しうるであろう。

第2款 現行刑法典下における見解

現行刑法制定後、「反証を許さない危険推定説」は近時に至るまで通説化されていった。

たとえば、木村龟二博士によれば、「危殆犯の中、抽象的危殆犯は構成要件の内容たる行為をすれば、それだけで、法益侵害の客観的危険があるとせられる場合であり、具体的危殆犯は構成要件的行為をなした外に、さらに、法益侵害の客観的危険ある結果が成立する場合である」と述べられている⁽³²⁰⁾。

そして、このような「反証を許さない危険推定説」は、ごく最近に至るまで有力に主張してきたのである⁽³²¹⁾。

(320) 木村龟二『刑法総論』201頁(有斐閣 1959年)。

(321) 龍川幸辰『犯罪論序説』43頁(有斐閣 1947年)、植松正『再訂刑法概説I 総論』130頁(勁草書房 1985年)、中義勝「放火罪の問題点」118頁日本刑法学会編集『刑法講座第5巻』(有斐閣 1964年)、西原春夫『刑法総論』249頁(成文堂 1977年)、藤木英雄『刑法講義総論』88頁(弘文堂 1975年)、八木胖「具体的危殆犯と抽象的危殆犯」23頁以下(『法律のひろば』14巻2号 1961年)等多数の文献がある。なお、さらに抽象的危険犯を「危険の擬制」とする独・日の諸文献の指摘として、岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」216頁以下参照(法学第38巻第2号 1974年)。

これらに対して、抽象的危険犯を実質化し、制限しようとする諸見解について、次にみてゆくことにしよう。

第2節 抽象的危険犯を実質化しようとする諸見解

第1款 反証を許さない推定説に対する原初的疑念としての飯塚敏雄判事の見解

現行刑法典下で、典型的な抽象的危険犯、とりわけ、公共的抽象的危険犯とされている刑法典第108条および第109条第1項は、「焼損」をもって抽象的公共危険犯が成立するとされている。旧刑法典下では、放火罪は第三編身体財産ニ対スル重罪輕罪中の第二章財産ニ対スル罪中の第七節放火失火ノ罪に規定されていた。現行刑法典により放火・失火罪は、第二編罪中の第九章放火及び失火の罪に規定され⁽³²²⁾、108条・109条1項は公共的抽象的危険犯の典型とされるに至ったのである。

もっとも、放火罪で明らかに「公共の危険」が全く発生しないような場合でも、構成要件的結果たる「焼損」の発生は動かし難いというケースがありうる。たとえば、付近に樹木すらなく引火すべきものは何もない草原に孤立して建つ一軒家に1人住いをしている人の外出を見届け、かつその家に誰もいないことを確認したうえで、放火したような場合はどのように解すべきであろうか⁽³²³⁾。構成要件的には、108条に該当する行為をしたが、「公共の危険」は全く存在しないといった場合にも、抽象的危険犯であるという理由で、「擬制」の論理で処罰してもよいのであろうか。この問題性を、わが国で最初に意識したのが、飯塚敏雄判事であるといってよいであろう。

(322) 倉富勇三郎=平沼駿一郎=花井卓蔵監修『刑法沿革綜覧』2172頁（清水書店 大正12年[1923年]）によれば、「現行法ハ放火、失火ノ罪ヲ以テ財産ニ対スル罪ト為シ之ヲ其第三編第二章第七節ニ規定シタリ然レトモ放火、失火ハ寧ロ靜謐ヲ害スル罪ニ屬ス可キモノナルヲ以テ之ヲ第九章ト為シ多少ノ修正ヲ加ヘタルナリ」として、その立法理由を明確にしている。

(323) これについては、振津隆行「放火罪と危険概念」48頁以下（法セミ346号 1983年）等をも参照。

飯塚判事は、カール・ビンディングの熱心な祖述者であったが、彼の大正14年(1925年)に公表した論文「所謂独立燃焼説の否定」において、現行法の放火罪につき、以下のように主張している。「現行刑法第百八条及び第百九条第一項の放火罪は常に目的物自体の焼燬(also Verletzung!)を必要とし、其の konkrete Gefährdung を以ては足りないのであるから、之が実害犯であつて危険罪でないのは固より言を俟たぬ。また其の第百九条第二項及び第百十条の場合は目的物自体の焼燬の外に尚ほ危険の発生を要するのであるから、此の場合の放火罪は Verletzungsdelikt mit wesentlichen Gefährdungszusatze だと謂はねばならぬ。」⁽³²⁴⁾と主張した。

もっとも、ここで重要なことは以下のことである。すなわち、「謂ふ迄も無く、事実上存在せざる公共の危険は飽く迄存在しないのであって、法律の力を以てしても勿論之を創造し得ないのである。」⁽³²⁵⁾として、擬制をもってしか説明しえない抽象的危険犯論の問題性を鋭く指摘した点は、きわめて重要であると思料される。ここに、われわれは、反証を許さない抽象的危険犯論に対する原初的な疑念の表明を見出しうるものとしてよいであろう。

第2款 平野龍一博士のカズイステッシュな見解

平野龍一博士は、昭和41年(1966年)の雑誌論文⁽³²⁶⁾、「抽象的危険犯とは、法が危険だと擬制している場合であるとされている。その例として刑法第一〇八条、第一〇九条一項の建造物に対する放火があげられる。この場合建造物に放火すると、公共の危険が発生したものと法は考え、具体的なケースは山の中の一軒家で、他の家に燃えうつる危険がない場合でも、単なる建造物損壊罪よりも重い放火罪として処罰するのである。」と述べられ、しかし、「法が危険を擬制しているのであるから、法文に形式的にあたる行為があればた

(324) 飯塚敏雄『刑法論攷』374頁(松華堂 昭和9年[1934年])。

(325) 飯塚・前掲注(324)371頁。

(326) 平野龍一「刑法の基礎⑥」36頁以下(法セミ126号 1966年)。同旨のことは、同『刑法総論I』120頁以下(有斐閣 1972年)に記述されている。

だちに処罰するといいきれない場合もあることに注意しなければならない。」とされる。そしてさらに、例として破壊活動防止法 36 条 2 項 3 号を挙げられ、これは抽象的危険犯の形をとっているが、少なくとも「何らかの具体的な危険」が存在しなければならないということは認められているといってよい、とされる。また、医業類似行為の事件でも、「ある程度の具体的な危険」（傍点引用者）が要求されているといってよい、とされる。最後に、遺棄罪につき、たとい抽象的危険犯とするとしても、「まったく危険でない」場合は、もはや「遺棄」ともいえないとされ、そこには「遠い具体的危険」が遺棄という概念の内容として要求されているといつてもよい、とされる。

そして、さらに平野博士は、昭和 49 年(1974 年) の別稿⁽³²⁷⁾において、交通危険罪につき以下のように述べられている。「交通危険罪は、放火罪に比べると、より近代的な公共危険罪である。……わが国でも、道路法、道路交通法その他多くの法律で、このような規制がなされている。そのなかで刑法がどのような役割を持つべきかは、あらためて検討する必要がある。たとえば、刑法は、交通『妨害』の罪まで規定しているが、単なる妨害の排除は、むしろ行政的手段に委ね、刑法は交通の危険に限るべきであろう。」とされている。このことは、既に、本稿第 I 部第 2 章第 7 款の②で展開されたツイーサンクの「抽象的危険性犯」の非刑法典化の提言と相通するものがあると思料される。その意味で、平野博士のかような限定の主張に傾聴すべきものがあるようにも思われる。

第 3 款 違法論で実質化する見解

第 1 項 内田文昭博士の見解

内田文昭博士は、まず昭和 48 年(1973 年) の「デモ規制と公安条例違反罪・公務執行妨害罪」において、以下のように述べられた。すなわち、「『危険』を擬制する以外に説明のしようがないような危険犯、といった観念を認めることが問題だといわなければならないと思います。具体的危険犯と

(327) 平野「刑法各論の諸問題 14」47 頁 (法セミ 221 号 1974 年)。

抽象的危険犯の相違は、本質的なものではないというべきではないでしょうか。さらにはまた、形式犯という観念も反省されるべきではないでしょうか。一般に、公共危険の可能性がない山中の一軒家に放火する場合も、刑法一〇八条ないしはすくなくとも一〇九条の『放火罪』であり、「危険」が擬制され形式犯に接近する、と説明されていますが、右のような問題意識からは、むしろ二六〇条の『建造物損壊罪』を考えてゆく方向がとられうるのではないかと思います。」⁽³²⁸⁾とされたのである。

次で、昭和52年(1977年)の教科書では、「危険犯は、さらに、具体的危険犯と抽象的危険犯にわかれる。危険発生が構成要件要素となっている場合が前者であり(一〇九条二項一一〇条の放火罪など)、危険発生が特に構成要件要素となっていない場合が後者である(一〇八条の放火罪など)。抽象的危険犯では、「危険」の認定は不要であるとされ、あるいは、危険そのものが擬制されていると考えられている。その結果、抽象的危険犯は、法益に対するなんらの危険をも伴う必要のない犯罪、すなわち、形式犯に接近するといわれる。しかしながら、単なる義務違反ではなくに、法益侵害・危殆化に犯罪の実質を求めてゆこうとする立場では、形式犯の観念を認めることは許されないはずである。したがってまた、危険を擬制する意味での抽象的危険犯という観念も否定されなければならない。」⁽³²⁹⁾とされるのである。

さらに、「付近に樹木すらない荒野の一軒家で、たまたま居住者全員が不在の家屋に対する放火」は、「当該家屋の所有者ないしは居住者の『財産』のみが損害を受け、あるいは、その危険にさらされるだけであ」って、「かような場合に危険を擬制し、なお『公共危険罪』として性格づけを与えることは、妥当ではない」のであって、「改めて、財産犯としての『建造物損壊

(328) 内藤謙=西原春夫編『刑法を学ぶ』287頁以下【内田文昭】(有斐閣 1973年)。

なお、同『刑法における過失共働の理論』176頁注(1)(有斐閣 1973年)をも参照。

(329) 内田『刑法I(総論)』97頁以下(青林書院新社 1977年)、同・改訂版106頁(青林書院 1986年)。

罪」の問題として検討すべきである。「しかして、その解釈論上の理論構成は、ともかく一〇八条の客体に対する放火行為が認められる以上、一〇八条の構成要件該当性を否定することはできないが、一〇八条の「違法性」はこれを否定せざるをえないとして、改めて、二六〇条の構成要件該当性・違法性の確認に移行するかたちをとることになるのである。」⁽³³⁰⁾(傍点引用者)とされる。

そして最近の浩瀚な教科書では、「抽象的危険犯では……構成要件該当性の確認段階で『危険』を確定する必要はないが、危険が『処罰根拠』である以上、違法性の確認段階において、当該構成要件に予定された危険の発生が認められるかどうかを改めて審査しなければならない」のであり、「ここでも、『構成要件』と『違法性』の分離は、重要な意味をもつのである。」⁽³³¹⁾(傍点引用者)とされているのである。

さて、内田説の特色は、まず第1に、抽象的危険犯を擬制の論理で肯定してはならないということ、その意味で反証を許さない危険推定説に対して厳しく批判を加えられていることである。次に、全ての犯罪は法益侵害・危殆化に淵源する実害犯であり、結果犯であるという主張である。最後に、最も特徴的であるが、たとえば、108条の放火罪につき「焼損」により一応構成要件該当性を肯定するが、「公共の危険」の欠如により「違法性」が否定されるとして、改めて、260条の「建造物損壊罪」の構成要件該当性・違法性の確認へと移行するという点である。この点は、内田説の場合、構成要件該当性を実質化すべきではなく形式的な確定が必要であるとする構成要件論の理解に基づくものと考えられるが、しかし「違法性」の段階であれば、いとも容易に「類型修正」が可能であるとする論理が、今一つ明らかではない。

第2項 岡本勝教授の見解

近時(1974年)、抽象的危険犯論に根本的かつ本格的に問題性を投ぜられ、

(330) 内田「刑法各論〔第三版〕」443頁(青林書院 1996年)。

(331) 内田「刑法概要上巻〔基礎理論・犯罪論(1)〕」203頁(青林書院 1995年)。

詳細に検討を加えられ理論化された論文「『抽象的危殆犯』の問題性」⁽³³²⁾を公表された岡本勝教授の見解であるが、以下のように述べられている。すなわち、「反駁を許さぬ推定」の思想を極力否定され、「刑事犯の基本的構成要件の充足には、個別的な場合における保護法益に対する侵害または具体的な危殆化が必要である。その中で、危殆化の発生が構成要件要素となっており、それゆえ構成要件の充足に侵害結果の発生の蓋然性（具体的危険）を必要とするのが、具体的危殆犯であり、危険の発生が構成要件標識にはなっていないのが、危殆犯としての本質及び刑事犯の不法の本質から、違法であるというためにはある程度の具体的な危険（抽象的危険）を必要とするもの、いいかえると、危殆犯の成立に必要とされる具体的な危険が全く生じないときには違法性を具備しないと認められるべきものを、抽象的危殆犯ということができよう。抽象的危殆犯においては、当該所為が構成要件として定立されている観念形象にあてはまる場合であっても、構成要件が予定している保護法益に対する現実的作用（抽象的危殆化）を欠く限り、刑法的違法性を具備しない。すなわち、違法判断の段階において制限的解釈が行なわれる。」⁽³³³⁾とされる。

そして、たとえば放火罪につき、第 108 条、第 109 条第 1 項のいわゆる抽象的公共危険犯とされている「処罰根拠」は、前者の場合は「全体として、その家屋その他を現に住居として使用している人及びそれらに現在する人の

(332) 岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」115 頁以下（法学第 38 卷第 2 号 1974 年）。

なお、その他の業績として、同「放火罪における保護法益について(一)完」(1 頁以下刑法雑誌 22 卷 1 号、215 頁以下同 2 号 1978 年)、同「『危険犯』をめぐる諸問題」36 頁以下(Law School 39 号 1981 年=同「犯罪論と刑法思想」77 頁以下〔信山社 2000 年所収〕)、同「『爆発物取締罰則』における諸問題(二)完」(26 頁以下警察研究 52 卷 4 号、36 頁以下同 5 号、37 頁以下同 6 号 1981 年)、同「放火罪と『公共の危険』(一)」(167 頁以下法学第 47 卷 2 号 1983 年、53 頁以下同第 52 卷 4 号 1988 年) 等がある。

(333) 岡本・前掲注(332)238 頁。

生命に対する危殆化」であり、後者では「公共の危険、多くの場合にはとりわけ他人の財物に対する公共的危険」であり、そして、「少なくとも、第一〇八条、第一〇九条一項の適用にあたり、各規定の保護法益に対する抽象的危険さえも生じない場合には、制限的解釈が命じられる。すなわち、その行為は、構成要件には該当しても、保護法益に対して具体的な実質的関係に立たぬ限り、違法性を欠く」⁽³³⁴⁾のである、とされる。以上のような場合には、放火罪としてではなく、客体に応じて、建造物損壊罪（第260条）あるいは器物損壊罪（第261条）として問擬されるべきである⁽³³⁵⁾、とされる。

さらに、かような制限の試みは、遺棄罪につき、たとえば、乳児を病院の新生児室内のベッドに捨てる行為は、「遺棄」に当たるが、遺棄罪の違法性を欠くのであり、偽証罪に関しても、「虚偽ノ陳述ヲ為シタル」といえども、その行為が、具体的な事件における司法作用の適正さに対して何ら現実的な害的作用（裁判を誤らせる抽象的危険）を及ぼさない場合には、偽証罪が成立するために具備すべき違法性を欠くとされる。また、爆発物取締罰則第1条などは、「爆発物ヲ使用シタ」といえる場合でも、爆発力の大きさ等々の当該爆発物の性質、爆発物を使用した時刻・場所、周囲の自然的人的状況、爆発物の使用態様など、個別の場合における具体的諸事情を顧慮したうえで、かの保護法益を危殆化する事がないときには、当該規定が予定する違法性を具備しないものである⁽³³⁶⁾、等とされるのである。

かようにして、岡本教授は「違法判断のもとにおける制限的解釈の一場面として、構成要件に該当する行為に保護法益に対するある程度の具体的現実的な危険すら欠ける場合には、制限的解釈が行われるべきである」⁽³³⁷⁾とする結論に至ったのである。

(334) 岡本・前掲注(332)241頁。

(335) 岡本・前掲注(332)242頁参照。

(336) 岡本・前掲注(332)243頁以下参照。

(337) 岡本・前掲注(332)247頁。

以上のような岡本説は、内田説でも述べたように、形式的な構成要件の制限的解釈を厳に戒め、一応当該の構成要件該当性を肯定するにもかかわらず、他方「違法判断における制限的解釈」の場合、正面からこれを肯定し、改めて他の構成要件該当性を考えうるとする論理操作が、いま一つ明瞭ではない。また、犯罪論体系上、構成要件該当性の段階で制限することは恣意的であって、違法性の段階で制限するのは妥当だというのは、全く根拠のないことだと言わざるをえないである⁽³³⁸⁾。

第4款 構成要件論で実質化する見解

第1項 山口厚教授の見解（「準抽象的危険犯」と「狭義の抽象的危険犯」の2分説）

山口厚教授は、1982年に公刊した『危険犯の研究』⁽³³⁹⁾において、抽象的危険犯について詳細な検討を加えられた。山口説によれば、「抽象的危険も、それが刑法による処罰の対象とされているのは、法益侵害の可能性をなす事態であるからに他ならない……この意味において、抽象的危険も、刑法がその発生を防止しようとする『結果』であり、その点においては、具体的危険と異なるところはないと言えよう」とされ、「抽象的危険と具体的危険との差は、危険判断に際して許される『抽象化』の程度の差にあると解される……この意味で、抽象的危険は、具体的危険よりも法益侵害発生の可能性の程度の低い危険だとすることができるようと思われる。」⁽³⁴⁰⁾とされ、「抽象的危険は、具体的危険よりも高い程度の『抽象化』を行なうことによって判断された、従って、法益侵害発生の可能性の程度の低い危険なのである。」⁽³⁴¹⁾とされる。さらに、「刑罰法規は、通常ありうべき一定の範囲の事態を想定

(338) 振津・前掲注(323)50頁。なお、佐伯和也「『抽象的危険犯』における可罰性の制限について（二・完）」299頁（関法46卷2号 1996年）をも参照。

(339) 山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会 1982年）。

(340) 山口・前掲注(339)225頁。

(341) 山口・前掲注(339)226頁。

ないし前提として、それとの関係で危険を認めうると解される行為を——禁止・処罰の対象として——規定していると解されるが、具体的な場合において、そのようにして規定を定めるに当り予め想定されていたと考えられるとのできる範囲を越えた、例外的な特段の事情が存在し、そのため、法文上規定された行為が行われたときには発生すると認められる程度の危険までが排除されるに至ったという場合である。このような場合には、その特段の事情のために、法文上規定された行為が行われたとしても、処罰根拠をなす抽象的危険は発生していないと考えられることができる」⁽³⁴²⁾とし、そのようなときには、抽象的危険犯の処罰根拠を具体的に認めるとはできないから、犯罪の成立を具体的に肯定することはできない⁽³⁴³⁾、とされる。そして、「法文上規定された行為が行われたとしても、抽象的危険は発生するに至らず、その結果、抽象的危険犯の成立が否定されるべき場合があり、その場合は処罰範囲から落される」⁽³⁴⁴⁾として、山口教授のいわれる、いわゆる「狭義の抽象的危険犯」が問題となる。そして、この例として、偽証罪、公安条令違反の罪、放火罪が挙げられているのである⁽³⁴⁵⁾。たとえば、放火罪につき、109条1項との関係で、周囲に引火すべき物はない平原の一軒の小屋を焼燬したという場合には、抽象的危険は発生したと言えないので、109条1項の放火罪の成立を肯定すべきではなく、損壊罪（刑法第260条）の成立を肯定しうるにとどまる⁽³⁴⁶⁾、とされる。

そして、抽象的危険犯につき、全く危険がないときに、犯罪不成立とされる場合の論拠につき、「この場合、構成要件に該当しないのか、違法性が欠けることになるかは、構成要件と違法性との関係をどのように考えるかに

(342) 山口・前掲注(339)233頁以下。

(343) 山口・前掲注(339)234頁参照。

(344) 山口・前掲注(339)236頁。

(345) 山口・前掲注(339)237頁以下参照。

(346) 山口・前掲注(339)239頁以下参照。

よって左右される」とされ、山口説は、「危険不発生のときには、構成要件にあたらないと解する」⁽³⁴⁷⁾べきだとされている。

ここで、山口説は、明確に構成要件段階における制限ないし実質化を考えていることが明らかになったと思われる。

なお、山口教授の提案された、いわゆる「準抽象的危険犯」につき、「ある程度より具体的な抽象的危険を、通常の抽象的危険（狭義の「抽象的危険」）と区別するために、ここでは『準抽象的危険』と呼ぶこととしよう。このような、法文上に規定された行為自体として、ある程度具体的な危険の発生を必要としている犯罪は、『準抽象的危険』を处罚根拠とする『準抽象的危険犯』と呼ぶことができる」として、遺棄罪、公務執行妨害罪が挙げられているのである⁽³⁴⁸⁾。

以上によって明確となったことは、内田＝岡本説とは異なり構成要件論の段階で抽象的危険犯を実質化しようとすること、また、平野博士の主張が山口説に影響を与えていると考えられるが、後者に関し平野博士の主張を明確な形で理論化した意義は極めて重要であると評価できる。

もっとも、「狭義の抽象的危険犯」と「準抽象的危険犯」との区別・限界は、なおカズイステッシュであり、構成要件段階での実質化の試みの論拠も充分な根拠づけを欠くようにも思われる。また、松生建教授によれば、「山口説のように、かかる抽象的危険をも結果であるとして結果概念を拡大希薄化することは、本来の結果犯たる具体的危険犯の成立要件をも軟化させるおそれがあり、容認しがたい」⁽³⁴⁹⁾との批判もある。

なお、山口説については、具体的危険犯に要する具体的危険と未遂犯に要する具体的危険を同一視している点で、混同があるという点についても、既

(347) 山口・前掲注(339)243 頁注(134)。

(348) 山口・前掲注(339)251 頁以下参照。

(349) 松生建「具体的危険犯における『危険』の意義(一)」12 頁（九大法学 48 号 1984 年）。

に指摘されているところである⁽³⁵⁰⁾。

第2項 松生建教授の見解（事後の危険行為説⁽³⁵¹⁾）

松生建教授は、「抽象的危険をも結果であるとして結果概念を拡張するよりも、むしろ抽象的危険犯や形式犯において問題となるのは『行為の危険性』であると認め……その危険性の判断の基礎を個別に検討していくことの方が」有益である⁽³⁵²⁾、とされ、次で、別稿において、ドイツにおける諸見解を検討して、以下のように述べられている。すなわち、「抽象的危険犯において要求されているのは『結果としての危険』ではなく『行為の危険性』であると解されるが、しかしこの行為の危険性は、法益との具体的関連性を確保するためには、「類型的な行為の危険性」ではなく、一切の抽象化を排した『個別具体的な行為の危険性』でなければならない」とされたが、「行為の危険性」やその危険判断については、次の課題である、とされた⁽³⁵³⁾。

さらに、別稿において、ドイツの学説等をも検討しつつ、抽象的危険犯は「行為の危険性」であるが、「行為時に存在した全事情を判断基底に取り入れたとしても、危険を肯定することは十分可能である。すなわち、我々の経験的知識によれば法益侵害の可能性のある事態であるところの先行事態（「行為」）と、それにもかかわらずそれに後続した法益侵害不発生という事態の間の関連が、事後的に判明した事情を含む全事情を考慮に入れても、現在（裁判時）の科学の認識によっては必然的であると理論的に説明しえなかつた場合——すなわち「偶然」であった場合——は、先行事態（「行為」）の危険性

(350) 岡本「『危険犯』をめぐる諸問題」37頁(Law School 39号 1981年)=同『犯罪論と刑法思想』78頁〔信山社 2000年〕所収)。振津『刑事不法論の展開』191頁以下(成文堂 2004年)。

(351) この名称は、佐伯和也・前掲注(338)306頁に依拠した。

(352) 松生建・前掲注(349)13頁以下。

(353) 松生「抽象的危険犯と行為無価値」102頁以下(横山晃一郎=土井政和編『現代における刑事法学の課題——井上祐司先生退官記念論集——』[櫻歌齋房 1989年])。

を肯定しうるのである。抽象的危険犯における危険は以上のような意味での行為の危険性である」⁽³⁵⁴⁾とされるに至った。

最後に、上記の見解は 1992 年の刑法学会での報告「危険犯における危険概念」において述べられた。すなわち、抽象的危険犯は「行為の危険性」であること、それが法益との具体的関連性を保つために、「個別具体的な行為の危険性」でなければならないこと、したがって、その判断に際しては、行為時に存在する全事情（事後に判明した事情を含む）が基礎となり、「侵害発生の可能性判断」では、法益侵害の不発生が行為の時点において存在する全事情から見て、「偶然」（科学的に説明不可能）であった場合にのみ危険が肯定されるという結論に至られたのである⁽³⁵⁵⁾。

さて、かような松生説は、抽象的危険犯を「行為の危険性」とされながら、その判断基底に事後的に判明した事情をも考慮し、その不発生が「偶然」であった場合にのみ肯定しようとするものである。しかし、それはまさしく、具体的危険犯の判断構造そのものであって、「結果としての危険」（具体的危険）を確認するための判断構造に他ならないということができよう。もっとも、松生説は、抽象的危険犯を結果無価値論から限定を図ろうとするその志向は了解可能であるが、抽象的危険犯の成立範囲を厳格に制限するあまり、すべて具体的危険犯と化してしまい、抽象的危険犯の成立余地を奪ってしまうようにも思われるのである。

第 3 項 佐伯和也助教授の見解（抽象的危険-結果説）

佐伯和也助教授は、抽象的危険犯の可罰性の制限という観点から、ドイツおよびわが国における諸見解を詳細に検討・分析され、以下のように述べられている。すなわち、「抽象的危険犯と具体的危険犯の区別は、条文における『危険結果要素の明示』の有無によってなされるのであり、形式的な危険

(354) 松生「抽象的危険犯における危険」84 頁（片山信弘=甲斐克彦編『海上犯罪の理論と実務——大國仁先生退官記念論集——』[中央法規出版 1993 年]）。

(355) 松生「危険犯における危険概念」257 頁（刑法雑誌 33 卷 2 号 1993 年）。

(形式的危険説)回避に基づく抽象的危険犯の具体的危険化は、「すべての」抽象的危険犯の具体的危険犯を意味することになりうるという点である。抽象的危険犯には「危険結果」が要求されないから抽象的危険犯なのであって、抽象的危険犯を「行為の危険性」と「結果としての危険」という二重の危険概念から再構成することは（どちらかのみを実質的に捉える見解もそうであるが）、外見上条文の文言に反する、時には恣意的な要素と批判される書かれざる構成要件要素、違法要素を承認しなければならないことになる」⁽³⁵⁶⁾といわれ、例として、遺棄罪と放火罪について検討されている。そして、遺棄罪は「書かれざる構成要件要素である「結果としての危険」を軸として、遺棄罪は「抽象的危険一結果犯」である」とする⁽³⁵⁷⁾。これでは、あまりに抽象的なので、佐伯助教授の本稿に先行する論文において、以下のように書かれている。すなわち、「事前の危険性だけでは不十分で、本条に危険結果要素の明示がないことから、法の趣旨を尊重し、具体的危険犯と考えることはできないが、書かれざる構成要件要素として「結果としての抽象的危険」を要求することは可能」であり、「行為後の事情もすべて考慮する「危険結果説」を妥当と考える」（傍点引用者）とされている⁽³⁵⁸⁾。同様のことは、放火罪にも当てはまり、本罪も「抽象的危険一結果犯」であるとされる⁽³⁵⁹⁾。そして、かような見解によれば、事例の処理において「行為の危険性」が欠ける場合と「結果としての危険」が欠ける場合の双方を認めることになる⁽³⁶⁰⁾、とされ、「海辺の一軒家」事例や「野中の一軒家」事例は、「結果としての危険」が欠けるため、放火罪ではなく、他人所有の場合は建造物損壊

(356) 佐伯和也「『抽象的危険犯』における可罰性の制限について（二・完）」313頁（関法46卷2号 1996年）。

(357) 佐伯・前掲注(356)315頁。

(358) 佐伯「遺棄罪の法益と危険犯的性格」25頁（関院64号 1995年）。

(359) 佐伯・前掲注(356)319頁など。

(360) 佐伯・前掲注(356)315頁。

罪に留まるものとされている⁽³⁶¹⁾。

さて、この佐伯助教授の見解は、「抽象的危険犯の可罰性の制限」という観点から、詳細な検討・分析を加えて「自説」を導出したものとして一定の評価を与えるように思われる。しかしながら、「書かれざる構成要件要素」や「違法要素」を、いかなる場合に、またいか様にして肯定もしくは否定すべきかの基準が欠如しており、やはり問題が残ると言わざるをえない。また、かような場合に、「結果としての抽象的危険」が否定される場合は、「行為後のすべての事情」が考慮されるということになると、再び「具体的危険犯」との区別・限界の問題が生じてこよう。すなわち、具体的危険犯は「結果としての危険」であるという点については、学説・判例ともに全く一致しているが、「結果としての抽象的危険」との異同は、いかなるものかが不明であるといえよう。その意味では、本説もなお生成中の理論であって、確立した学説とまで言うことはできないように思われるのである。

第4項 その他の諸見解

その他の諸見解として、金尚均教授の論文が挙げられる。金教授の論文「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性——近年のドイツの議論を参考にしながら——(1)(2)(3)完」⁽³⁶²⁾は、その副題が示すように、近年のドイツの議論が周到に紹介されているが、若干の私見のところで、抽象的危険犯は行為の危険であって、行為時に存在した全事情を判断基底であると述べるのみで、本論文で自説の展開はなされておらず、その指導理念の挙示に終っているのは残念である。

さらに、北野通世教授の「抽象的危険犯の処罰根拠」⁽³⁶³⁾では、ドイツに

(361) 佐伯・前掲注(356)318頁。

(362) 金尚均「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性——近年のドイツの議論を参考にしながら——(1)(2)(3)完」(28頁以下立命館法学 1995年1号、284頁以下同2号、698頁以下同3号)。

(363) 北野通世「抽象的危険犯の処罰根拠」94頁以下(大野貞義先生古稀祝賀『刑事法学の潮流と展望』世界思想社 2000年)。

おける近年の議論の紹介・検討に終始されており、自説の展開はほとんど見られない。また、近時北野教授は「規範的危険概念への道程」⁽³⁶⁴⁾という論文でも、ドイツの議論の整理が主たる貢献と言うべきであり、ここでも自説が展開されておられないのは残念である。

結語——若干の私見

以上みてきたように、ドイツではきわめて多様な見解・構想の展開がみられるが、わが国では抽象的危険犯の諸問題に関する見解・構想は、未だきわめて貧弱なものであるとしか言わざるをえない。

そこで、ここでは、わが国で従来問題となってきた若干の問題に関する私見を展開することにしたい。

もっとも、それ以前に確認すべきは、平野博士の見解との関連で述べたように、現在刑法典化されている抽象的危険犯でも単純に肯定するのではなく、ツイーシャンクの見解との関連で示したように、わが国における近時の性急な刑法典化・重罰化傾向に抗して、非刑法典化可能なものは、各種の行政的手段に委ねるか、さらにはより穏やかで有効な手段があればそれらに委ねるべきであるということである（たとえば、民事法的解決）。そして、とりわけ、抽象的危険犯とされている犯罪の領域では、危険の全くない犯罪は刑事刑法の正統化を欠くということである。これらを、まず、原則として前提として確認しておきたい。

そこで、まず、放火罪との関連では、刑法第108条の適用に関し、たとえば、付近に樹木すらなく引火すべきものは何もない平原に孤立して建つ一軒家に家人が外出したのを見届けたのち、その住居に誰もいないことを確認したうえで、放火して焼損させたような場合には、公共の危険は全く発生しておらず、行為者の行為意思は公共の危険に及ばず、単純に「焼損」という手段（ただ火力という手段を用いたという点を強調して、抽象的公共危険犯を

(364) 北野「規範的危険概念への道程」3頁以下（内田文昭先生古稀祝賀論文集 青林書院 2002年）。

擬制するのは著しい行為無価値論に墮してしまうであろう)による建造物毀損にのみ向けられているということだけであって(むしろ、逆に、行為者の行為意思は居住者および現在者に対する危険ならびに公共危険の発生の回避へと向けられている)、当初から刑法第260条前段の建造物損壊罪の構成要件に該当するにすぎないのであって、さらには、第109条1項との関連で、上記のような状況にあれば、当初から第261条の器物損壊罪の構成要件にのみ該当するとすればよいのであって、さらに言うならば、脱刑法典化し、民事法的解決のみに限定しても十分であるように思料される。

次に、遺棄罪との関連で、本罪を抽象的危険犯として捉えるとしても、反証を許さぬ危険の推定とするのではなく、たとえば、病院の新生児室内のベッドに乳児を放置する行為は、その乳児の生命・身体に対する何らの危険を発生させるものではなく、行為者の行為意思は、むしろその乳児の危険の回避に向けられているのであって、遺棄罪に該当しないのは当然であって、刑法的な介入の領域ではない。

さらに、偽証罪との関連では、虚偽の陳述をしたとしても、その行為が司法作用の適正さに対して何らの現実的な害的作用を及ぼさず(たとえば、見えすいた偽りの供述に裁判官が苦笑いしているような場合)⁽³⁶⁵⁾全く危険性を欠くときには偽証罪は成立しないのである。

さらには、佐伯千仞博士が本格的に論陣を張られた、公安条例違反の罪に関するも、抽象的危険犯であるということで、全く危険のない場合に処罰するのは、その処罰は正統化根拠を欠くのであって、妥当でないことは明白である⁽³⁶⁶⁾。

最後に、いわゆる「マジックホン」事件に関して、1審判決が無罪を言い

(365) 佐伯千仞「公安条例と抽象的危険犯・5完」82頁(法律時報49巻10号 1977年) 参照。

(366) 佐伯「公安条例と抽象的危険犯・1-5完」(87頁以下法律時報49巻3号、120頁以下同5号、66頁以下同6号、37頁以下同9号、81頁以下同10号 1977年) 参照。

渡したのに対して、2審判決は有線電気通信妨害罪および偽計業務妨害罪はいずれも「危険犯」であり、現実に有線電気通信または業務遂行が妨害されることは必要ではなく、これらに対する「妨害の結果を発生させる虞れ」のある行為があれば足りると解すべきだとして、試しに行った1回10円にすぎない行為を有罪とした判決を是認した最高裁決定（最決昭和61年6月24日刑集40巻4号292頁）には大いに疑念がある。すなわち、被告人が試しに行ったたった1回10円の損害をもって、危険犯だからという理由で有罪としたのは、危険のない行為を処罰したと判断せざるをえず⁽³⁶⁷⁾、処罰の正統性を欠くように思われるからである。この点で、抽象的危険犯論の考察には「可罰的違法論」にも結びつきうる基盤があるとも思われる⁽³⁶⁸⁾。

以上のような考察によれば、わが国で抽象的危険犯とされている犯罪は全て、上述のヒルシュおよびツィーシャンクによって提唱されている「抽象的危険性犯」として捉えてよいと思料される（なぜなら、ドイツ刑法と異なり、具体的危険性犯が問題となる「適性犯」⁽³⁶⁹⁾は存在せず、ツィーシャンクの提案にかかる潜在的危殆犯も見出しえないからである）。これが、私の現在の当面の結論である。

（2007年3月27日稿）

(367) 偽計業務妨害罪につき、判例および一部の学説は「具体的危険犯」としているが、むしろ「侵害犯」だとする学説も有力であって、試しに行ったたった1回10円につき、具体的危険犯とか侵害犯というのは、全く当たらないと思われる。

(368) 佐伯博士が、故宮内裕教授から研究テーマにつき相談を受けたときに、刑法における「危険」の観念を追究したらどうかとアドバイスされたことがあるが、同博士は危険概念の研究が「可罰的違法性」の理論に到達するということを、既に洞察されていたのである。これにつき、振津『刑事不法論の研究』67頁参照。

(369) 「適性犯」につき、vgl. Andreas Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987.

シューネマンの見解は、既にブレームやホルンにおいて浮上した錯誤の問題を、満足の行くやり方で解決しうるものではない。たとい行為者が彼からみて、法益侵害・危殆化を回避するために全てのことを行うとしても、彼の措置が、保護法益の毀損を回避しうるために客観的に不十分に止まるということは排除されないのである。行為者の措置が「客観的に十分ではなく、そして彼にこのことが認識可能である……」⁽²⁰⁰⁾ときには、可罰性が与えられるということを指摘するときには、シューネマンはこれを甘受するのである。

人は、以下のような事例状況を過失未遂という構築された法形象で制御するであろう。すなわち、行為者は重大な放火において、人がその建物の中に滞在しているという明らかに認識可能な状況に反して誤信する。ここでは、行為者は客観的に義務違反的に行行為するものではない。ただ、客観的注意違反性の帰属の尺度で考えるときには、可罰性は考慮されない。なぜなら、主観的に帰属されうる義務違反が客観的に存在しないからである。その可罰性が過失領域において予見されない未遂と同様のものが存在するであろう。にもかかわらず、「過失の未遂」という救助構成によって、可罰性が引き出されよう。行為者は、彼が認識可能な事実上の事情に反して、その中に人が滞在しているということを信じて、住宅に放火しようとして、彼は主観的に注意違反的に行行為するものであろう。

もっとも、過失的に行行為する者は、不注意で行行為するということで、過失未遂という法理は刑法の体系性と適合するものではない。過失未遂という法理は、ただに存在しないのみならず、刑法解釈学的体系にも適合しないのである⁽²⁰¹⁾。また、構成要件とその時々に保護された法益との間の必要な結合を提立するために、抽象的危険犯のドグマティクの中に、いかに義務違反の帰属の尺度が導入されうるかということは、ブレームやホルンにおけるよ

(200) Schünemann, JA 1975, S.798.

(201) Vgl. Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage, 1990, S.188.

うに、シューネマンにおいても同様に不明確なままなのである。それ故に、抽象的危険犯の正統化の問題は、シューネマンの「過失未遂」の構成に基づいても解決されないものである⁽²⁰²⁾。

第5項 ヤーコプスの記述された過失の要件

ヤーコプスも同様に、抽象的危険犯の犯罪グループの発展分化を行うが、しかし、2分化から出発している⁽²⁰³⁾。

彼は、まず、純粹な規範服従が問題である犯罪を区別する。この犯罪は、その時々の行為の損害傾向性の事実上の実現が前提となっていないし、また、「外部的な攪乱」も前提となっていないのである。この犯罪の場合には、ヤーコプスの見解によれば、もっぱら、純粹な規則服従が前景に立っているのである⁽²⁰⁴⁾。この抽象的危険犯のグループにあっては、損害傾向性のみならず、態度の攪乱作用も一般的に規定されているのである。

ヤーコプスは、外部的攪乱的態度が存在し、そして損害傾向性の実現が一般化的に規定されている抽象的危険犯を、この犯罪から区別している。これに、彼は例えば、証言犯とか重い放火を挙げているのである。この犯罪の場合には、純粹な規則服従も問題ではないし、また、刑法の代表機能も問題ではない。それに相応する行為を犯す者は、実現された外部的攪乱に基づき、ある損害が発生しないであろうということに基づきえないのである⁽²⁰⁵⁾。

ヤーコプスは、この犯罪の正統化を、直ちに法益保護の思想に還元するものではない。財産犯の場合に、保護された財としての財産を目指すのではなく一抽象的な一財産の中で具象化された自由を目指すのであって、それ故

(202) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.70. なお、シューネマンは、その後の諸論文で、更に危険犯論に取り組んだが、これらに対する批判として、vgl. Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S.365–368.

(203) Vgl. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, S.174; ders., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), S.768 f.

(204) Vgl. Jakobs, AT, S.175.

(205) Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), S.768 f.; ders, AT, S.175.

に、この財産犯は抽象的な自由の危険犯となることになるであろう。

ヤーコプスは、刑法による唯一の正統化根拠としての法益保護に、批判的に対立している。彼は、行為者が刑法的に保護された法益に関して社会的重要性が欠ける一定のプライベートな領域をもっているというところから出発しているのである。このことは、法益侵害の前地において妥当する。このプライベートな領域が超えられないかぎり、刑罰は、法益保護に関して正統化されないのである⁽²⁰⁶⁾。

ヤーコプスは、とりわけ抽象的危険犯をこの見地に基づき、高い刑罰威嚇をもって、刑罰枠と不法の質をバランスを取るために一結果のない一過失の記述されざる要件で満たそうとするものである⁽²⁰⁷⁾。

ヤーコプスは、この熟考において、誤った基本前提から出発している。抽象的危険犯には、それによって保護された法益に対する一切の構成要件的関係が欠けるのであるから、彼の思想は抽象的危険犯の体系に適合しないのである。さらに、はっきりした例を挙げるならば、財産犯を侵害犯としてではなく、抽象的な自由の危殆化として捉えており、それは、構成要件的法益関係をもつのであり、財産それ自体あるいは、抽象的な財産によって具象化された自由を目指したかどうかはどうでもよいことである。(新しい)自由という法益は、財産侵害によって害されようし、財産は構成要件と法益との間で、媒介的な関係を提立しうるであろう⁽²⁰⁸⁾。

さらに、ヤーコプスの見解に対しては、構成要件的に保護された法益は任意のものではなく、固定され、解釈によって媒介されるということで、更に異論が唱えられることになる。すなわち、財産犯にあっては、正に財産が保護されており、抽象的な財産の背後にある自由が保護されているわけではない。それ故に、財産犯の抽象的危険犯への転換は、思考モデルとしては可能

(206) Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), S.752 ff., 756.

(207) Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), S.752 ff., 756.

(208) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.73.

であるが、法律適用においては可能ではない⁽²⁰⁹⁾。

ヤーコプスは、抽象的危険犯の理論において、記述されざる過失のメルクマールを導入しようとしているが、そのことは、保護法益に対する関係における構成要件の交換可能な抽象化水準からのその種の根拠づけは引き出されないし、また、刑法的に重要な行為をなしうるために、行為者が先ず、彼の私的領域を見捨てなければならないということによっても引き出されないものである⁽²¹⁰⁾。

第6項 過失と不能未遂の原則に関する折衷的帰属のウォルターのコンセプト

ウォルターは、部分的に抽象的危険犯の発展分化の複雑化したモデルを構想し、そして、異なった構造的に類似の犯罪を展開している。抽象的危険犯の「核心領域」にとっては、彼も2分化（ないし3分化）を望ましいものと考えている。すなわち、本来的な抽象的危険犯と非本来的な抽象的危険犯である⁽²¹¹⁾。

ウォルターは、いわゆる本来的な抽象的危険犯に、「大量行為」の概念のもとで総括されうる犯罪を数え上げている。彼もまた、このような犯罪にあっては、学理的根拠から、刑罰を単なる規則違反に結びつけることが命ぜられているものと考えている⁽²¹²⁾。

この規範の正統化に関しては、ウォルターは何の詳述も行なっていない。彼は、ただ、「大量行為」にあっては、可罰性を根拠づけるために規則違反で十分だということを述べているにすぎない。

ウォルターによれば、本来の抽象的危険犯と並んで、これとは異なる刑法

(209) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.74.

(210) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.74.

(211) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.276 f. ウォルターは、第3のグループとして單なる秩序違反法の領域を、ビンディングと同様に考慮しているが、これについては本稿では取り扱わない。

(212) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.277 f.; ders. JuS 1978, S.754.

的に重要な個別性格を担っている犯罪が存在する。彼は、この犯罪を「非本來的な抽象的危険犯」として表示する。この犯罪に、ウォルターは、重大な放火を数え上げているのである。彼の見解によれば、この少なくとも間接的に重大な法益の保護に奉仕する規定を、その時々に保護される法益の具体的な危険化への直接的な関係なしにそのままにしておこうとするときには、刑事不法と責任諸原則に対する違反でもあろう⁽²¹³⁾。

(非本來的な) 抽象的危険犯の実現のためには、その発生が、客観的・事後の予測によって、行為者の特別の知見を考慮して判断すべきであろうような客観的・相当的な危険化リスクの創出が必要である⁽²¹⁴⁾。この理由から、ウォルターは、この犯罪を「非本來的な抽象的危険犯」という概念をもって表示するのである。彼の見解によれば、非本來的危険犯は完全に結果から抽象化されるのではなく、前述の危険化リスクを前提とするのである。

ウォルターは、不法と責任の原則が刑法において必要とされ、少なくともその時々に保護された法益の危険化のリスクが招来されねばならないという彼の見解を根拠づけるのである。抽象的危険犯の構成要件は、目的論的な還元の方法において、それに相応して解釈されるべきであろう。ウォルターは、法益関係を、(非本來的な) 抽象的危険犯の故意の行為は、少なくとも第1次的结果無価値(危険性無価値)として、相当な侵害危険を必要とするということによって提立するのである。この侵害危険は、少なくとも過失的に招来されねばならないか、あるいは、行為者が故意のあるいは錯誤して、そのようなリスクを創出するというところから出発しなければならない。抽象的危険犯の最小限の要求は、過失および実在的な危険性か、もしくは故意および想定された危険性であろう。

したがって、過失責任に関しては、客観的な侵害適性が必要であろう。住

(213) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.278; ders., JuS 1978, S.754.

(214) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.281.

居の故意の放火は、殺害禁止⁽²¹⁵⁾から生ずる注意義務の侵害であろう⁽²¹⁶⁾。

想定上の侵害危険との結合における故意の要件との関連において、ウォルターは、不能未遂の諸原則に還元する。ウォルターによれば、構成要件実現はそれに相応する行為事情において、故意の殺人の不能未遂として解釈されるのである。かような熟考から、ウォルターは以下のような事例、すなわち、行為者は、人が建物に滞在しているということを明確な事態に反して誤認する。ここでは、行為者は客観的に注意違反的に行行為るのである。この事例形成において、注意違反性の尺度に基づく帰属を遂行しようと欲するときには、客観的注意違反性が欠如しているということで、可罰性は存在しないであろう。

ウォルターによって要求された実在的な侵害危険の帰属のための過失の尺度の適用は、既に、上述された疑念に対立するものである。どうして過失犯の帰属の尺度が、ドグマーティッシュに抽象的危険犯の体系性の中に導入されうるのかということを、ウォルターの詳述によって十分明らかにされていないのである。さらには、ウォルターは、客観的な最低の前提としての実在的な侵害危険を要求し、またこの侵害危険を減少した危殆化として理解しようとするとしても、彼は、抽象的危険犯を再び、具体的危険犯の背後に置くのである。それは、抽象的危殆化を具体的危殆化の蓋然性として理解するクラマーの見解とのパラレルが見出されるのである。

行為者が客観的事態に反して、建物の中に人がいるということを錯誤して考えるならば、ウォルターによって考慮されている重大な放火を不能未遂へと事実上解釈を変更することは、納得のゆくものではない。ドイツ刑法典旧306条2項（同新306a条1項1号）は、人が行為客体の中に滞在しているということを、客観的に要求していないのである。また、たとい、シューネ

(215) ウォルターは、ドイツ刑法典旧306条2項の保護法益は、生命であるということから出発している(Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.296 f.)。

(216) Vgl. Wolter, Zurechnung [Fn. 23], S.296.

マンが抽象的危険犯の根拠づけのために、過失未遂という法形象を考えるとしても、それは存在しないし、また体系違反的なものである。客観的危殆化構成要件におけるその一致が見出されないところの主觀的処罰条件を創出しなければならないということで、故意の未遂の尺度に関する帰属は、挫折するのである⁽²¹⁷⁾。

第7項 アンドレアス・H・マイヤーによる危険性無価値

アンドレアス・H・マイヤーは、彼の著作のサブタイトルが示すように、抽象的危険犯固有の正統化の問題を、憲法的観点から解決しようとするのである⁽²¹⁸⁾。その際、正統化の問題は、結局のところ、過失のドグマーティクの要素が抽象的危険犯に導入されることによって解決されることになる⁽²¹⁹⁾。

マイヤーは、概念性において区別し、言語の本来的意味における危殆化(Gefährdung)は、具体的危険犯においてのみ存在するのであって、この場合には、被害者の観点から、保護法益の事実上の危殆化が要求されるのである。抽象的危険犯の場合には、行為の主体からみた Tathandlung の危険性(Gefährlichkeit)のみしか要求されないのであろう。したがって、抽象的危険犯は、言葉の意義によれば、危殆化ではなく、危険性である。行為(Tat)の無価値は、Tathandlung の中にのみ存在するのである⁽²²⁰⁾。法益客体の侵害と具体的危険犯は、結果として、常に事後的に初めて確定されるものであるが、それに対して、抽象的危険犯の場合には、危険性判断は事前的な予測として示めされるものである⁽²²¹⁾。

(217) Ähnlich Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.226 f. Vgl. dazu Ganzen Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.75 ff.

(218) Andreas H. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 1992.

(219) Vgl. Meyer, Gefährlichkeitsdelikte, S.179.

(220) Vgl. Meyer, Gefährlichkeitsdelikte, S.183 ff.

(221) Vgl. Meyer, Gefährlichkeitsdelikte, S.191.

「『抽象的危険犯』は、それにとって（も）、危険性無価値、すなわち、法益に関連して危険な行為が前提とされることによって、客観的消極的法益関係を保持するのである。」⁽²²²⁾

マイヤーは、この危険な行為を、彼の更なる詳述から生ずるように、明らかに、客観的構成要件要素にまで引き上げようとするのである。すなわち、彼は、法益関係(かくして、類型化された危険性から生ずる行為無価値)は、主観的に行為者に帰属されねばならず、そして、なるほど、行為者は危険性に関する錯誤にあっては、さもなければ、ドイツ刑法典 16 条 1 項に基づきうるということで、(故意責任ではなく) 過失責任の尺度で帰属されるということを詳述しているのである⁽²²³⁾。

危険性の概念は、一般的な生活危険を超える危険性として、経験則から判断される結果発生の可能性（蓋然性）として理解されることになる⁽²²⁴⁾。マイヤーは、危険性を一般的、類型的な危険性として理解し、具体的な、保護財に關係する危険性としてではないのであり、この危険性は、客観的構成要件要素にまで高めようとするのである。

要求された客観的な行為無価値ないし危険性無価値は、行為者に帰属可能なものでなければならないが、ドイツ刑法典 15 条の規定に反して、主観的な故意の帰属ではなく、過失の帰属を要求するものである。なぜなら、この新しく導入された構成要件要素は、文言の構成要件から生ずるのではなく、抽象的危険犯の憲法に一致した解釈の枠内においてのみ、構成要件の中にはめ込まれるものなのである。故意の尺度による帰属にあっては、さらに、錯誤の問題性が生ずるのである。なぜなら、行為者は、彼の所為の危険性を認識しなかったということに基づきうるのであり、このことは、過失の尺度に関する帰属の場合でも、回避可能であろう⁽²²⁵⁾。

(222) Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.208.

(223) Vgl. Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.210 f.

(224) Vgl. Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.206 f.

(225) Vgl. Meyer, *Gefährlichkeitsdelikte*, S.208 ff., 210 ff., 213 f.

まず第一に、マイヤーの一般化された、そして、一般的に考えられた危険性概念を構成要件要素として個々具体的な事例に関係づけて、一般的に処理しうるものではないという問題が提起される。危険性を、ただ一般的な経験的価値に従って、通常の生活危険を超える危険性であるべき類型化された危険性として判断するときには、いつ行為が、具体的な法益との関連で危険なものとして妥当するのかということは、不明確である。

マイヤーは、具体的に危険ではなく、また、危険ともなりえなかった諸事例を、法適用から排除しうるという解釈を行なおうとしているのである。しかし、重大な放火を例にすると、住宅への放火は、類型的に危険であり、一般的生活危険として理解されるものを大いに凌駕するものである。すなわち、所為の一般的危険性は、その所為が個別事例において具体的に危険でなかったということによって、一般的に危険でなかったとはいえないのである。

類型的危険性としての危険性のこの解釈は、構成要件要素として、具体的に保護されるべき法益との関連において使用可能ではなく、さらに、刑法において高い意義をもつ憲法上の明確性の原則との背景においても、疑念があるのである。一般的危険性という構成要件要素は、規範の禁止の枠を十分に規定するためには余りに漠然としたものである。

さらに、たとい、マイヤーとともに、一般的危険性の客観的構成要件から出発するとしても、どうして、およびなぜに過失の尺度が抽象的危険犯のドグマティクの中に導入されうるのかは、更に不明確なままなのである。

結論において、マイヤーの見解は、その基礎において、いかなる解釈学的根拠から、過失犯の尺度が抽象的危険犯のドグマティクの中に導入されるべきかということを明らかにするためには、論理的ではなく、また適してもいないのである。それ故に、マイヤーの構想は、抽象的危険犯の正統化の問題を解決しうるものではない⁽²²⁶⁾。

(226) Vgl. dazu Ganzen Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.78-80.

第5款 法益概念の抽象化／規範の保護目的の拡張

その時々の保護法益に対する抽象的危険犯を直接的に、規範を正統化する関係を確立することが困難であるということで、法益概念を抽象化し、ないし規範の保護目的を拡張するという見解が展開されてきた。

危険犯の一定のグループに対して、本来的な保護財から抽象化された上位概念を探究し、その安全性のある種の保護財として考えようと試みようとした最初の人が、ビンディングと考えられる。

上述したヤーコプスの見解には、この方向性がみられうるが、彼は、もっぱら直接的な構成要件的に保護された法益から出発していないのである。ヤーコプスは、抽象的危険犯の正統化の問題性を、過失の記述されざる構成要件要素を承認しているのである。また、抽象的危険犯の実現を、社会的意義における法益の存在確実性の動搖に向けられているとするクラマーに対しても、同様のことが妥当があるのである⁽²²⁷⁾。

第1項 ビンディングによる自己のドグマティクの展開

ビンディングは、一般的危険説も抽象的危険説も、抽象的危険犯の根拠づけのために適したものではないと考えたのである。それ故に、彼はこれらの説に対し、既に早くから対抗して、抽象的危険犯のドグマティクの自らの構想を展開したのである⁽²²⁸⁾。

ビンディングの見解は、法益の存立が侵害もしくは危殆化を通じてのみ攻撃されうるということに基づくものである⁽²²⁹⁾。ビンディングは、この関連において、危殆化の概念の下で法益の不利な事態の変更を、「その侵害されない更なる存立が、それによってそれに至るまでの問題のない能力が、問題の中に引き出される」⁽²³⁰⁾というやり方で、理解しているのである。このこ

(227) Vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand [Fn. 136], S.64.

(228) Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 4. Auflage 1922, S.374 ff.

(229) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.368 f.

(230) Binding, Normen I [Fn. 228], S.372.

とは、ビンディングによれば、危険概念は具体的危険の意味において理解すべきであるということを意味している。ビンディングは、少なくとも前述の意味において理解された（具体的）危険が問題となっていないときには、処罰は正当化されないものと考えている⁽²³¹⁾。したがって、彼は、個別事例において危険でない行為を、抽象的危険犯として表示された規範によって捉えようとする一般的危険説を否定するのである⁽²³²⁾。

ビンディングは、侵害犯と危殆犯との構造上の意味において、「犯罪要素の本質的同一性」を承認する。その際、侵害禁止の違反は法益の侵害を意味し、危殆化禁止の違反は法益の妨害されない存在の禁止を意味する⁽²³³⁾。しかし、ビンディングは、これら以外に、保護財に対する一切の構成要件的関係のない犯罪、すなわち、その実現にとって危殆化が構成要件的に本質的ではない犯罪が存在することを承認する。彼は、この犯罪を危殆犯に算入するのではなく、「単純不服従」として表示する第3の犯罪グループに算入するのである⁽²³⁴⁾。

したがって、ビンディングは、3分説すなわち、侵害犯、危殆犯および不服従犯を区別し、それ故、彼も今日の侵害犯、具体的危険犯および抽象的危険犯の3分化が本質的に理解されているといつてもよいのである。

しかし、ビンディングの区別は、今日の通常の3分説と一致するものではなく、構成要件的に何らの具体的危殆化結果を前提としない犯罪（今日の理解によれば、抽象的危険犯を）もっぱら不服従犯に位置づけるのではなく、部分的に今日の用語によれば具体的危険犯の犯罪グループに位置づけているのである。すなわち、ビンディングは、構成要件的に具体的危殆化結果を前提としない犯罪につき、その構成要件が具体的危殆化のために適している行

(231) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.386.

(232) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.408.

(233) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.374.

(234) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 u. 397 Fn. 47.

為を禁ずる犯罪（いわゆる適性犯[Eignungsdelikte]⁽²³⁵⁾、すなわち、この意味において「危険の惹起のための適切性」を前提とする犯罪を區別し、この「適切性」は、未だ危殆化として理解されるべきものではないのである⁽²³⁶⁾。しかし、彼は、この犯罪を危殆化未遂として捉え、この規範が、終了未遂の存在を目指しているということで、それに相応する故意が存在する場合には既遂となるとされ、彼によって要求された（具体的）危殆化故意が確定される場合には、この犯罪を必要な具体的危殆化故意に基づき、（具体的）危殆犯に算入するのである⁽²³⁷⁾。

にもかかわらず、ビンディングは、彼によって遂行された危殆化未遂としての実質的位置づけを十分に解明していないのであって、それは体系違反的なものである。すなわち、ここでは、客観的構成要件要素としての具体的危殆化が欠如しているのである。ビンディングの見解によれば、この犯罪は危殆化の前地において、単なる「危険の惹起のための適切性」を前提とし、具体的危殆化に向けられた故意を要求しているのであるが、この見解は、既遂と未遂が直ちに重なるときに、なぜにこの犯罪グループの場合に、一般的原則に従って、未遂の可罰性が賦与されるのかを明らかにしていないのである⁽²³⁸⁾。

次に、危殆化結果のない第2の犯罪グループに関し、ビンディングの見解には、攻撃客体の拡張が存在している。すなわち、立法者は、相応する構成要件には、構成要件的に記述された行為客体を目指すのではなく、その背後にある更なる保護財を目指しているのである。たとえば、個々の船舶や列車

(235) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 f. ビンディングはこれに属するものとして、たとえば、§§186, 187, 189, 229, 324 StGB を算入している(vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 Fn. 40)。

(236) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.390 Fn. 39.

(237) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.83.

(238) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.275. ビンディング自身、批判のこの点を認識している(vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.375)。

が犯罪の危殆化客体として見られるのではなく、一般的に船舶の航行あるいは列車の輸送ないし船舶・列車交通の危険からの自由が考えられているのである⁽²³⁹⁾。その中に、結局、危殆犯の侵害犯への転換がある。個々の行為によって、個々の船舶が（具体的に）危殆化されるのではなく、交通の安全性およびこの安全性における信頼、かくして交通の存在確実性が侵害されるのである⁽²⁴⁰⁾。具体的な保護財の代りに、その危険からの自由な、一般的な、権限のある信頼が関係する財の総体が当てはまるのである。この信頼は、行為によって侵害され、危殆化の意味において動搖されるものではない⁽²⁴¹⁾。この第2グループに関する、ビンディングの詳述は首尾一貫していないのである⁽²⁴²⁾。すなわち、個々の行為客体の具体的危殆化を前提とはせず、本来の保護財から抽象化された上位概念に向けられた行為を前提とするならば、個々の保護財が危殆化される以前に、いかにして、この抽象化された上位に位置する保護財の総体の侵害が存在しうるのかが、明らかではないのである。

最後に、ビンディングが「単純不服従」犯として表示している犯罪グループについて考察するならば、この犯罪は実質的正統化を必要としない形式的不法の犯罪である。これは、実質的不法の犯罪として直接的に、法益保護に向けられた目的から正統化される侵害犯や危殆犯とは対立するものである。この領域においては、ビンディングは、秩序違反法の視点と刑法の視点とを混同しているのである。もっとも、このドグマーティクの発展時期には、刑事刑法が行政法ないし警察法から、未だ十分に明らかにされていなかったということがその根拠となるであろうが、彼は、この関連において、両者を境界づけようとして試みているのである。

(239) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.393 f.

(240) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.392 f.

(241) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.392 ff; dazu Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.276.

(242) So auch Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.275 f.

もっとも、明らかに、ビンディングはこの犯罪グループに関し、実質的な法益保護によって担われた正統化を探究しようと試みていない。けだし、彼は、この犯罪の処罰根拠を刑法的禁止に対する背反行為が存在するという事実にすぎないものであるということを承認しているからである。このことは、彼が、この犯罪領域において、刑法と秩序違反法を混同しているということで、根拠づけられるであろう。より詳細に観察すれば、ビンディングは、一般的危険説に再び接近しているのである。すなわち、一般的な経験価値（「大量観察」）は、原則上、危険性が存在するというところから明らかとなるのである。この危険性は、個別事例において危険でない行為も禁ぜられているというところに導くものであり、そして、立法者は、危険な行為と危険でない行為を区別しえないのである。ただし、ビンディングが「単純不服従」として表示する犯罪の刑法的禁止の根拠づけの一般的危険説との相違は、彼が、規範違反それ自体、かくして行為不法を不法根拠づけ的なものとして考えているというところにあるのである⁽²⁴³⁾。

第2項 ベルツによる抽象的価値としての法益

ベルツは、抽象的危険犯の正統化の問題性を、彼が観念的な抽象化された法益概念を引き合いに出すことによって、解決しようと試みている。ベルツは、彼にそれ以外に背景を求めるこことなしに、継承しているシュミットホイザーの観念的な法益概念⁽²⁴⁴⁾が、彼の熟考の基礎なのである。

シュミットホイザーは、法的に保護されるべき財は、実在的ならびに観念的に捉えられるというところから出発るのである。それ故に、彼は、彼によって刻印づけられた法益客体の概念と本来の法益との間を区別する。彼の見解によれば、法益客体は刑罰構成要件が直接的に関係する実在的な対象な

(243) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.85.

(244) Vgl. Ulrich Berz, Formelle Tatstandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz.

Ein Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986, S.32 ff.; Schmidhäuser/Alwart, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984, S.83 f.; Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, in Festschrift für K. Engisch, 1969, S.443 f.

のである。この法益客体から、一切の者に対して妥当する、観念的に理解された尊重要求(Achtungsanspruch)が出発するのである。シュミットホイザーは、この抽象化された尊重要求を本来的に保護された法益として把握するのである⁽²⁴⁵⁾。かくして、シュミットホイザーによれば、法益侵害は、実在的な法益客体から出発する尊重要求の等閑視の中にある。かくして、法益侵害は、純粹な精神化された出来事ということになる⁽²⁴⁶⁾。

ベルツは、シュミットホイザーと同様に、法益を観念的な実在的な法益客体から出発する上位に位置づけられる妥当要求ないし尊重要求と考えているのである⁽²⁴⁷⁾。また、法益は、ベルツの見解に従っても、尊重要求として、具体的な攻撃客体とは異なり、その具体的な基体において侵害されえないところの抽象的価値なのである。この上位に位置する抽象的な尊重要求(法益)のみが、刑法的な保護の下にあり、そして、その具体性における法益(法益客体)ではない⁽²⁴⁸⁾。

この法益理解を基礎として、ベルツは、法益侵害が構成要件的な攻撃客体(法益客体)の侵害、もしくは具体的危殆化の中にあるのではなく、侵害あるいは具体的危殆化の前地において、既に、この法益客体から出発する尊重要求の等閑視の中にある。構成要件実現に向けられた意思の活動によって実現される行為不法の現実化が、既にそのために十分なのである⁽²⁴⁹⁾。

刑法的に重要な態度は、原則的に価値中立的であり、そして、他人の価値を無視する行為者の意思によって初めて、否認に値するものとなるということが、結果犯に対して妥当があるのである。観念的法益は、結果犯においては、

(245) Vgl. Schmidhäuser/Alwart, AT, S.83 f.; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S.25; ders., Engisch-FS, S.445 f. なお、シュミットホイザーの法益概念につき、伊東研祐『法益概念史研究』295頁以下(成文堂、1984年)参照。

(246) Vgl. Schmidhäuser, Engisch-FS, S.445.

(247) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.37 ff., 42.

(248) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.111.

(249) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.110 f., 44.

常に法益客体の侵害あるいは具体的危殆化によって侵害されるのであり、しかし、この法敵対的な意思活動によって、本来の法益（尊重要求）に既に侵害（より正確には、無視）⁽²⁵⁰⁾されるということで、この侵害の前地において、既にまた、それに向けられた意思活動によって侵害されるのである。この見解によれば、結果犯における不法の根拠づけにとって、最早結果不法が問題ではなく、結局のところ、行為不法のみが重要となるのである⁽²⁵¹⁾。

この原則的な熟考を、ベルツは、抽象的危険犯と同様に、構成要件的結果の事実上の発生のない未遂の可罰性と関係づけて展開しており、そして、彼の見解によれば、正統化の基礎は、ただ行為不法の中で見出されるのである。ベルツは、抽象的危険犯は、類型的に法益侵害へと導くような行為を刑罰のもとに置いているのだから、抽象的危険犯の場合には、結果犯と異なり、行為者態度の原則的な価値中立性が欠けるというところから出発する。それ故に、抽象的危険犯によって保護された法益を侵害するために、実在的な法益客体への結果に向けられた意思活動は必要ではないことになるであろう⁽²⁵²⁾。

ベルツによれば、抽象的危険犯は一般的な注意規定を表示し、その無視は、Tathandlung の遂行によって、原則的に刑法的に重要な（行為）不法を根拠づける。禁ぜられた態度は、その一般的な損害適性の故に、一般的に人間の共同生活にとって必要な信頼の基礎を動搖させる。可罰性のために必要な不法の実現は、ただ、故意の行為遂行の中に存在するのである。結果不法の実現、もしくは構成要件的結果に向けられた意思は重要ではない。行為者は、ただ、禁ぜられた行為の遂行によって、保護された法益ないし、そこから發

(250) 観念的な尊重要求は、それが具体的ではなく、純粹に精神化された產物であるということ、侵害されえないものである(Vgl. Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.68, 79 f.)。

(251) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.42 f, 111,113.

(252) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.87.

する妥当要求あるいは尊重要求を等閑視するのである⁽²⁵³⁾。

事実上の法益客体の侵害が欠落し、そして行為者が一定の外部的に現われ、したがって事後に検討可能な諸事情に基づき、彼の態度が損害へと導かないとということを確実に知っているときにのみ、異なった何事かが妥当しうるのである。この場合においてのみ、その他の法的同輩⁽²⁵⁴⁾の信頼の侵害は排除される。なぜなら、行為者は形式的な規範違反にもかかわらず、彼が規範化された規則を維持しないという怖れを回避しているからである。彼の所為が法益侵害へと導かないという行為者の確信に基づいた事後的に検討可能な諸事情は、行為者の表象に反して、事実上法益侵害へと至るときには、それ自体排除されるある種の「信頼形成的な措置」であろう。

行為者が、客観的に事後的に検討可能な彼の所為の非危険性から出発するすれば、彼の態度は法益を保護するというその機能において規範に背反しないのだから、行為不法が欠如するのである。しかし、このことは、法益客体についての毀損が事実上もまた欠落するような事例においてのみ妥当する。侵害あるいは具体的危殆化として理解される法益客体の毀損は、たとい、行為者が客観的に追体験可能的に彼の行為の非危険性から出発するとしても、一切の事例において、可罰性を根拠づけるために十分なのである⁽²⁵⁵⁾。

このような見解は、行為者の負担となる行為リスク(Handlungsrisiko)への拡張へと導くのである。ベルツによれば、結果犯においては、行為者が故意的な結果発生を少なくとも可能なものと考え、そして肯定的に甘受することが重要である一方で、故意の抽象的危険犯においては、故意の行為遂行で十分である。ベルツの見解によれば、この危険負担の中に、責任主義の違反は存在しない。なぜなら、行為者には、一般的な危険性に基づいて、抽象的危険犯の行為禁止が理解できるであろうし、また彼は、行為遂行と結びついた

(253) Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung [Fn. 244], S.114.

(254) ベルツの理解によれば、法益と同じである(vgl. Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 244], S.111, 114)。

(255) Vgl. Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 244], S.114 ff.

リスク(Risiko)を意識的に甘受するからである⁽²⁵⁶⁾。

ベルツは、抽象的危険犯の正統化は個別事例関係的な注意違反性に基づいて根拠づけるという新しい熟考から離別するものである。彼は、抽象的危険犯をただ保護された法益客体の一般的に理解された尊重要求および妥当要求に関連する一般的な注意規則としてのみ理解するのである。

抽象的危険犯の正統化問題は、この規範がそれによって保護されている財の侵害もしくは危殆化を、構成要件的に前提としないというところから、本質的に生ずるものである。この正統化問題は、未遂、とりわけ不能未遂において同様の方法において存在するのである。構成要件と法益との間の規範を正統化する結合は、結果不法に基づいて確定されていないのであり、結果が、それに規範が関係する保護客体に構成要件的に正に要求されていないということで、問題性があるのである。

ベルツは、法益概念が抽象的領域上で引き出されているということによつて、この解釈問題を解決するのである。これは、ベルツが背景を求めていないところのシュミットホイザーによって展開された観念的な法益概念に基づくものである。しかし、シュミットホイザーの法益概念は、極度に論争のあるものである⁽²⁵⁷⁾。

シュミットホイザーの法益概念およびヘルツの見解は、首尾一貫すれば、故意の結果犯においても、決して結果発生、すなわち保護法益（ここでは、法益客体）の事実上の毀損が問題ではなく、ただ、意思操縦的な行為が構成要件的結果の方向にあることが問題であり、ないし、抽象的危険犯においては、行為それ自体が問題であるということになる。この行為、ないし結果犯の場合には、補足的に構成要件的結果に關係する意思のみが、本来の法益、すなわち法益客体の尊重要求に基づく法共同体の信頼を動搖させるということで十分なのである。かくして、行為不法のみが一切の事例において、可罰

(256) Vgl. Berz, Tatbestandverwirklichung [Fn. 244], S.115.

(257) Vgl. nur Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.60 ff.

性を根拠づけるために十分なのだから、なぜに一般的に未遂と既遂との区別が存在するのか、そして、なぜに、未遂は一般的ではなく、一定の諸事例においてのみ(§23 Abs.1 StGB)刑罰を科せられるのかという問題が解決されないのである。かような結果が一般的に問題とならないとすれば、なぜに立法者が、結果犯において結果の発生を構成要件の前提にしているのかということが解明しがたいのである。

したがって、ペルツの（また、シュミットホイザーの）法益理解は、未遂と既遂との体系性と矛盾し、そして、構成要件的に故意の結果犯の既遂の可罰性のために、ただに行為不法のみならず、保護法益の（ペルツの用語によれば、法益客体の）侵害ないし危殆化の招来を意味する結果不法を前提にしている法律の文言と矛盾するのである。

現実的に考察しても、尊重要求、そしてとりわけ、この尊重要求の維持における社会の信頼は、その所為が一定の重さに達するときに動搖されるという点でも問題性がある。法共同体の事実上の知見へと至らないような軽微な犯罪が、どうして規範妥当における法共同体の信頼の侵害を根拠づけうるのであろうか。信頼の動搖が存在しないとすれば、このような見解によれば、何の法益侵害も存在しないことになるのである。かくして、首尾一貫すれば、軽微な犯罪を法律が可罰性を規定しているにもかかわらず、最早処罰されてはならないことになるであろう⁽²⁵⁸⁾。

さらに、ペルツの見解は、結果犯に対しても、抽象的危険犯に対して展開された法益概念とは別の概念が適用されるわけではない。結果犯は、構成要件的に強くその時々の法益（ペルツによれば、法益客体）に結びついているにもかかわらず、抽象的危険犯は全くそうではないのである。ペルツは、シュミットホイザーの法益概念とは無関係に、彼の法益概念を展開しているのだから、この矛盾を満足しうるよう解決しているのではない。もっとも、シュミットホイザーによる観念的な法益概念は、論争されているのである。

(258) Vgl. dazu auch Kratsch, JA 1983, S.424 f.

最後に、ペルツに対する批判としては、彼の厳格に行行為に方向づけられた見解が、それに相応する抽象化された法益概念の基礎に基づいて、解釈学的に維持しうるか否かという問題なのである⁽²⁵⁹⁾。

第3項 キントホイザーによる規範目的としての安全(Sicherheit)

キントホイザーは、「規範目的としての安全」として表示されているところの、抽象的危険犯のドグマティクの構想を展開している⁽²⁶⁰⁾。この構想は、危険犯のあるグループに対して、本来の保護財から取り去された上位概念を探究し、そして、この上位概念の安全を本来の、ある種の拡張された保護財としてみるというビンディングによって考えられた見解の更なる展開として、考えられるものである⁽²⁶¹⁾。

キントホイザーは、抽象的危険犯の文言に方向づけられた解釈を通じて、この犯罪の、法益侵害を回避するという規範目的との調和化に、論理的根拠から達成されえないという見解である。なぜなら、構成要件は、保護法益の侵害に対する明示的な関係を何ら含んでいないからである。

そこで、たとえば、ドイツ刑法典旧306条2号の構成要件から、行為(Tat Handlung)が、それと蓋然的に具体的な生命の危殆化のリスクが結びついているということで禁止されているということは、取り出されないのであろう。この規範は、人間の生命に対するリスクの創出の禁止として意味されないのである。なぜなら、たとえば住居への放火は、全く明確な文言によ

(259) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.91.

(260) Vgl. Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, S.277 ff.

(261) Vgl. Binding, Normen I [Fn. 228], S.393 f. このことは、ただに出発点の比較可能 性からのみならず、既に、キントホイザーが、ビンディングの見解についての議論 を、彼自身の抽象的危険犯のドグマティクの構想に直接的に前置しているという ところからも明らかとなるのである(vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6] S.273 ff. 277 ff.)。

れば、人間の生命の具体的危殆化もしくは侵害とは独立に禁止されているからである。

抽象的危険犯の適用の中に過失領域からの帰属の尺度を流入させることは、キントホイザーによれば十分に解明可能ではなく、そして、抽象的危険犯に対して解釈学的に遂行可能な正統化の基礎を提供しうるものではない⁽²⁶²⁾。

キントホイザーの見解によれば、規範目的に抽象的危殆化禁止に順応させることは、規範内容の変更によってのみ達成されうるものである⁽²⁶³⁾。

キントホイザーは、法益の不可侵性、人格的展開のための手段として理解された法益は、他律的な影響に依存しているというところから出発しているのである。その不可侵性に関する法益の所有者の決定可能性は、その保護を正当化する法益の価値の本質的な要因であろう。それがたとえば、具体的危殆化において遂行されているように、法益の不可侵性に関するコントロール⁽²⁶⁴⁾の剥奪は、それ故に、法益関係的な自由の衝突を意味し、そして、決して侵害のささいな前段階ではないであろう。それ故に、法益の不可侵性に関するコントロールについての能力を侵害し、もしくは破棄するために、その態度が適しているときに、ある態度は危険であろう⁽²⁶⁵⁾。

そのように理解されたある態度の「危険性」の概念は、義務違反的な態度の帰属の範囲において、意義を獲得するのである。キントホイザーは、以下のような例を挙げている。すなわち、「たとえば、ナイフは、それを使う場合に、侵害を回避するために、特に注意深くあらねばならないときには、危険なのである。あるいは、無害な通過は、特別の程度で自動車の制御の維持

(262) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.257 ff.

(263) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.257 ff.

(264) 個人的法益において、個々人のコントロールと同様に、集合的法益において、権限のある代表者のコントロールとしても理解されている(vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277 Fn. 2)。

(265) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277.

のために、埋め合せの措置が要求されるときには、カーブは危険である。同様のことは、以下のような危険なものとしての行態の特徴づけに対しても妥当する。すなわち、行為者(Akteur)が通常の程度を超えて、態度を条件づける損害を排除する能力が無いときには、その資辞（すなわち、危険な=引用者）が当てはまるのである。」⁽²⁶⁶⁾

このような出発点から、キントホイザーは、抽象的危険犯を、財についての注意を欠いた自由処理のために必要な他律的な安全の条件を侵害する行為の禁止として、解釈しているのである⁽²⁶⁷⁾。

抽象的危殆化の概念は、それが所与の行為事情において、損害の回避および阻止のための力を破棄し、あるいは侵害するところの態度の効果として定義されよう。この態度の効果は、それが損害重要な条件の防衛のための無能ではなく、類型化された、多かれ少なかれ複雑な保護の構想に当てはまるというかぎりで、抽象的なものであろう⁽²⁶⁸⁾。

キントホイザーは、個々の法益を全体の安全の体系の中に組み込み、それは、この処理自由の他律的な侵害に対する、その時々の法益の所有者の処理の自由を保護するのである。この処理に属する枠条件を保障する抽象的危険犯もまた、この全体安全システムに属しているのである。直接的な規範目的は、キントホイザーによれば、安全の保障、つまり、法益に関する処分自由を保障する枠条件の保障である⁽²⁶⁹⁾。

この保護構想は、この見解によれば、本来的な保護財から抽象化され、そして、「十分に保障されている」という、財についての自由処理者に法的に保障されている状態⁽²⁷⁰⁾（傍点、原文イタリック体）を把握するものである。

もっとも、キントホイザーの見解については、まず第1に、その出発テー

(266) Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277 f.

(267) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.280.

(268) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.280, 277.

(269) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.277 f. 280.

(270) Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.280.

ゼに疑問がある。すなわち、彼は、抽象的危険犯の法益関係的規範目的への適応は、規範内容の変更によって達成されうるであろうというところから出発している⁽²⁷¹⁾。このことは、規範が立法的に定められている内容とは異なるものをその下に置くということが規範の解釈の課題ではないということで、疑念がある。正確に考えて、彼は、このテーゼに従っていない。彼は、抽象的危険犯の保護目的を、直接的な法益保護の目的を超えて、その目的に相応する利用が必要であるところの枠条件の保障にまで拡張しているのである。その中に、規範内容の変更があるのでなく、解釈によって立証されるべき規範目的の拡張があるのである⁽²⁷²⁾。

次に、この見解によれば、抽象的危険犯は法益の実質的な存在に関する包括的な法益保護を、全体安全システムの中にはめ込まれて、守られているのである。このことは、この間接的な保護目的が、まさに、部分的に、かなりの刑罰威嚇をもって規定されている抽象的危険犯を正統化するために、十分でありうるかどうかという問題へと導くのである⁽²⁷³⁾。すなわち、直接的に保護された法益に対する事実上の危険性関係が、实际上全く欠けうるような行為を、高い刑罰威嚇で禁ずるために、潜在的な該当者の個人的な安全感情を引き合いに出しうるということは、少なくとも困難としてよいのである⁽²⁷⁴⁾。

第3に、一般的に安全の概念は、キントホイザーが理解しているように、正統化の基礎として引き合いに出されうるのかという点についても、問題である。すなわち、この安全概念の基礎は、個々の法益所有者の主観的な安全感情である。具体的な状況において、具体的な法益に関係する主観的な安全感情は、—それは、事物の本性の中にある—非常に具体的な安全感情であら

(271) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung [Fn. 6], S.255 ff.

(272) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.97.

(273) Ähnlich wohl Kuhlen, GA 1990, S.480.

(274) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.97 f.

ねばならない。したがって、この安全感情は、それが、まさに具体的な保護法益に対する一切の事実上の関係なしに止まられうるような抽象的に危険なものとして段階づけられた行為によって、一切の事例において該当し、具体的な行為の結果から全く抽象化されるかどうかは、問題性があるのである⁽²⁷⁵⁾。

第4に、たとえば、重い放火に関し、住居の所有者が、彼の住居に滞在しておらず、他に誰もいないということを知って、彼の住居に放火する場合、人が侵害され、具体的に危殆化されるということについて心配しないのである。彼の具体的な安全感情は、この事例においては、所有権に關係するだけあって、人間の生命には關係しない。かように理解すれば、主觀的に理解された、具体的法益に関する安全の概念は、抽象的危険犯を理解しえないことになる。もっとも、キントホイザーが、被害者のパースペクティブということを好んで使用するが、これも非常に主觀的なものとなり⁽²⁷⁶⁾、彼が安全の概念につき、行為者のパースペクティブから被害者のそれへと転化するときには、法益概念を拡張していることが明らかとなる。

最後に、キントホイザーの見解は、彼の安全概念を具体的に保護された法益から解決するのではなく、個別事例に關係する考察方法によって、抽象的に危険なものとして段階づけられた行為が克服されていないということで、結論において、挫折るのである。規範目的から引き出された個別事例に關係する安全概念は、構成要件と法益との間の規範正統化的結合を作成するために適していない。この安全概念を具体的な規範の保護財に關係づけるかぎりで、この安全は、個々の抽象的に危険な行為によって必然的に影響を受けないのであり、それは、首尾一貫すれば、可罰性の脱落へと導かねばならないであろうし、そして、なるほど、ただに外部的な例外諸事例においてのみならず、個々の法益の安全が、被害者のパースペクティブから、具体的な場

(275) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.98.

(276) So wohl auch Meyer, Gefährlichkeitsdelikte [Fn. 218], S.151 f.

合において侵害されなかつたときでも、常にそつなのである⁽²⁷⁷⁾。

第6款 実在的法益觀を貫徹しようとするウンゲル・シュミットの試み

シュミットは、彼の著書で、119頁から165頁までの自説の展開の大半の部分を法益概念史の紹介と分析に當てて記述している。

彼によれば、法益概念のもとで、いわゆる制度的法益論⁽²⁷⁸⁾と実在的法益論⁽²⁷⁹⁾とが、本質的に對立している。そして、制度的法益論は、実在的な（保護）客体から抽象化されるところの觀念的・非物質的に理解されるべき概念として、法益を把握しているのである。実在的法益論によれば、法益は實在

(277) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.99. なお、ヒルシュは、キントホイザーの見解につき、「彼は、最早身体や生命といった「古典的」保護財からではなく、「安全(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」というような觀念的法益と同様、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危險性をあいまいにする怖れがあるからである、という批判をおこなっている(vgl. Hans Joachim Hirsch, Konkrete und abstrakte „Gefährdungsdelikte“; in Strafrechtliche Probleme : Schriften aus drei Jahrzehnten, 1999, S.634 f.[=振津隆行「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュの危險概念（危險犯論）に関する二論文の紹介】317頁金沢法学第43卷第2号(2000年) 参照。また、ヒルシュの弟子のツィーシャンクも、キントホイザーの見解につき、「法益保護の内容を薄めることは、法治国家的諸原則および刑罰規定と結びついた要請を徐々に入り込むための道を開くものである。結局、彼の財についての自由処理に関する個々人の自由な展開を決定的なものと考えることは、それが抽象的危險犯と結びついた問題を解決させない余りにもあいまいなコンセプトである」等として、種々に亘る批判をしているのである[Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S.356; vgl. auch S.351–359])。

(278) 本説に従う者として、リスト、ランゲ、ザルム、シュミットホイザー、イエシェックが挙げられている(vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.178 Fn. 701)。

(279) 本説に従う者として、ビンディング、ヴェルツエル、ロクシン、ルードルフィ、マルクス、オットー、アメルンクが挙げられている(Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.178 Fn. 702)。

的な、因果的に変更可能な対象・状態としての機能統一体である⁽²⁸⁰⁾。

前者の観念的法益觀の代表者の1人であるシュミットホイザーによれば、行為不法のみが不法の根拠づけのために十分であって、結果不法は重要ではない⁽²⁸¹⁾。

シュミットは、観念的法益概念に批判的であり、本説を首尾一貫して適用すれば、法益侵害のために、すなわち不法の完全な根拠づけのために行為不法が十分であって、結果不法の発生は必要でないことになる⁽²⁸²⁾。観念的法益概念は無意味であり、したがって、拒絶すべきである、とする⁽²⁸³⁾。

これに対し、実在的法益論によれば、実在的に理解された法益の侵害は、結果不法の実現を要求する。かくして、法益自体の侵害もしくは具体的危殆化を要求するのである。すなわち、刑法の実質的正統化は、結果不法の実現に結合させるのであって、実在的な財の侵害、すなわち、実在的法益の事実上の侵害なくして思考可能ではない。しかし、行為不法の実現だけで根拠づけられる、すなわち規範違反に基づいて根拠づけられる抽象的危険犯の可罰性を、実在的法益觀からは根拠づけられないのである。したがって、行為不法もそれ自体だけで不法を根拠づけ、ないし制裁を根拠づける意義を獲得するかぎりで、同様に実質的に正統化されねばならず、かくして、結果不法に方向づけられた可罰性のように、法益に關係づけられなければならない⁽²⁸⁴⁾。

そこで、行為不法と結果不法の觀点を統合することが可能である法益概念の出発点は、シュミットによれば、法益はただに具体的な具象的な対象・状態のみならず、法益所有者的人格の自由な展開のための手段でもあるとする、キントホイザーの熟考が正当だとする。すなわち、具体的な対象・状態としての法益客体は、その意義において、法益所有者にとって、その純粹な

(280) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.178.

(281) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.181, 183 u.s.w.

(282) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.185.

(283) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.187.

(284) Vgl. Schmidt, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 3], S.188 f.

具体的存在に制限されるのではなく、一定の外部的な限界内部で人格の展開の手段として、包括的に投入されることによって初めて、その価値を獲得するのである⁽²⁸⁵⁾、とする。

規範の引き受けと規範妥当は、かくして、法益客体の周辺に直接的な影響をもち、そして、この客体の重要な価値形成的要素であって、法益を法秩序によって保障された十分に確実な周辺内部で客体として考察し、そして、そこから生ずる（投入一）価値を承認するときには、法益自体を侵害するために行行為不法の実現だけで十分なのである⁽²⁸⁶⁾、としている。

かのような観点から、シェミットによれば、「法益とは、それがその生活事態を、法秩序によって保障された確実な周辺に基づき、そして、そこから法益所有者に生ずる投入可能性ないし利用可能性にふさわしい価値を含めて、個人あるいは公衆の有価値的な、実在的な生活事態（対象／状態）である」と定義しているのである⁽²⁸⁷⁾。

もっとも、グラウルは、実在的および観念的法益観の厳格な区別を弁護し、その混同に批判的である。彼女は、妥当要求が価値違反的行為（行為無価値）によってのみあって、客体に関する結果ではないということではないとしているのは、全く正当だとするのである⁽²⁸⁸⁾。そして、このことは、まさに、観念的法益概念の弱点でもあるとも述べているのである⁽²⁸⁹⁾。

シェミットは、人間の方向への射撃は、行為者の殺人意思による規範矛盾となり、射撃によってではない。すなわち、射撃によって惹き起こされた規範矛盾は、規範妥当を弱め、そして、それで一般的に理解されるやり方で、法益（客体）である「生命」の価値をも弱体化する⁽²⁹⁰⁾、と述べている。

(285) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.189.

(286) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.191.

(287) Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.191.

(288) Vgl. Graul, Gefährdungsdelikte [Fn. 15], S.104.

(289) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.194 f.

(290) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.196.

したがって、彼によれば、法益侵害は、法益客体の実在的侵害（侵害ないし具体的危殆化）の中にあり、そして補足的に、かつ具体的侵害の欠如にあっては、純粹な規範違反からのみ明らかとなる、とするのである⁽²⁹¹⁾。

まず、シュミットの見解によれば、重大な放火は、行為者が「重大な放火の行為客体（住居等）に放火してはならない」という規範に違反するのであり、そして規範妥当、およびそれとともに規範によって保護された人間に關係する住居という特にセンシブルな領域の安全な周辺を弱体化するのである。住居（等）の放火行為によって、人間の生命・身体の不可侵性という法益が侵害されるのであり、なるほど、具体的客体の基体においてではなく、安全な周辺に基礎を置く自由な人格の展開の可能性に基づく価値評価を侵害するのである。正統化する法益関係は、この価値要素が法益概念の中に組み込まれていることによって作成される。したがって、重大な放火は、抽象的危険犯としての形態において、実質的に正統化されるのであり、抽象的危険犯は、規範妥当を動搖させるものである、とするのである⁽²⁹²⁾。

次に、シュミットによれば、大量行為（たとえば、道路交通への関与）への態度は、これに関与する全体に対する安全性を創出するという目的で自動化されている。ここでも、獲得せんとされた自動化作用が弱体化されるのである。

さらに、「精神化された中間法益」を伴う犯罪である証言犯の場合も、裁判上の真実発見のシステムの機能能力における信頼に必要な枠条件を弱体化するものであって、規範妥当が動搖される、とするのである⁽²⁹³⁾。

最後に、（可罰的な）不能未遂は、行為不法にのみ基づくものであるが、これも法益保護の視点のもとで、実質的に正統化されうるものである、とする。すなわち、それは法益侵害のために適しており、規範の弱体化を根拠づ

(291) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.198.

(292) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.200 f.

(293) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.203.

けるものだと述べて、シュミットは結んでいるのである⁽²⁹⁴⁾。

以上のように、シュミットの見解は、行為不法のみで完全な不法を根拠づけ、既に批判したキントホイザー説にも従うものであって、入口で拒絶した理論を、裏口からこっそりと引き入れるものではないかとの疑惑が残るのである。また、彼のいわゆる「規範妥当」の意味内容が実在的法益論にいかように位置づけられ、組み込まれるのかという点に関しても、なお問題性があると思われる。しかし、あくまでも実在的法益論を首尾一貫しようとしたシュミットの努力には、一定の評価を与えてよいようにも思われるのである。

第7款 ヒルシュ=ツィーシャンクによる抽象的危険性犯(Gefährlichkeitsdelikt)の提唱

① ヒルシュの危険犯論について⁽²⁹⁵⁾

ヒルシュは、1993年のアルツール・カウフマンの古稀記念論文集に寄せた論文において、危険犯の概念が従来から不明確であったというところから出発する。そこで、彼によれば、危殆犯(Gefährdungsdelikte)と危険性犯(Gefährlichkeitsdelikte)を明確に区別すべきであるとする。すなわち、危殆犯と危険性犯との間には、原則的な相違が存在する。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眞の危殆犯なのである。それに対し、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、正確にいえば、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

(294) Vgl. Schmidt, Gefährdungsdelikte [Fn. 3], S.205 f.

(295) Vgl. Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten, 1999, S.556-576 und S.621-636 (これらの2論文の詳しい紹介として、前出・振津隆行「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」301頁以下【金沢法学第43巻第2号 2000年】がある)。

ものなのである。そして、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、従来不正確かつ誤解されて抽象的「危殆犯」とも表示されてきたものであるが、結果としての危険の発生の一般化ではなく、行為のメルクマールが問題なのであるから、まさに危殆犯ではない、とされる。

次いで、ヒルシュは、1994年にポーランドの刑法学者であるブハーアの祝賀論文集に寄せた論文「具体的および抽象的『危殆犯』」でも、同様の内容を繰り返している。すなわち、従来「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きたが、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、とする。そして、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。たとえば、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。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。

また、ヒルシュは、眞の危殆化は「具体的危殆化」のみであり、抽象的危険性犯は、具体的に危険な行為の抽象化であって、その存在を論理的に前提とするものである、とする。

そして、抽象的危険性犯は、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、ドイツ刑法典第306条（放火罪）により可罰的となるのであって、その中に責任原理に対する違反が見出されると、大要上述のような見解を展開しているのである。

② ツイーシャンクの危険犯論について

ツイーシャンクは、1998年に公刊したハビリタチオーンスシュリフトで

ある『危殆犯論』⁽²⁹⁶⁾という著書で、師匠であるヒルシュの見解を更に大巾に展開したのである。

ここでは、ヒルシュの3分説とは異なり、「潜在的危殆犯(potentielle Gefährdungsdelikte)」という概念をも構想し、4分説を展開した。これらのツィーシャンクの4分説については、既に、筆者が紹介した次第であるので、それを読まれたい⁽²⁹⁷⁾。

彼も師匠であるヒルシュに従い、「危殆犯」と「危険性犯」とを区別する。本書では、詳細に亘る学説・判例が整理されて、危険犯の4つのカテゴリーが区別されている。すなわち、ツィーシャンクによれば、まず第1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2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3に、潜在的危殆犯であり、これは、具体的に危険な態度から、補足的に具体的な状態が生じねばならない場合である。最後に、第4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ならんと、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とされている⁽²⁹⁸⁾。

彼は、以上のような4つの危険犯の犯罪カテゴリーに分類した上で、個々の刑罰規定の危険犯の構造にかなりの紙面を費やして、逐条的に、個々の条項がどの犯罪カテゴリーに属するのかという考察を加えているのである⁽²⁹⁹⁾。

そして、ツィーシャンクによると、個々の処罰規定の検討の結果、抽象的危険性犯とされるものとして、ドイツ刑法典第326条（危険なゴミとの許容

(296) Frank Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998.

(297) 振津隆行「危殆犯論——ツィーシャンクの危険犯に関する四分説を中心について」1頁以下（金沢法学第44巻第1号 2001年）参照。

(298) Zieschang, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 296], S.172.

(299) Vgl. Zieschang, *Gefährdungsdelikte* [Fn. 296], S.206 ff.

されない接触)⁽³⁰⁰⁾がまず挙げられている。次に、ドイツ刑法典第306条第1項第2文（放火）も抽象的危険性犯に属するものだとする⁽³⁰¹⁾。

そして、その後、抽象的危険性犯には2つのカテゴリーがあり⁽³⁰²⁾、第1のグループとして、「精神化された中間法益」を伴う犯罪としての賄賂罪や偽証罪（ドイツ刑法典第333条以下、および第153条以下）が挙げられる。ただし、これらの犯罪は、抽象的危険性犯として無制限に適用することは、正統化されないものだとする⁽³⁰³⁾。

次に、第2のグループとして、立法者が硬直化した規制によって、一定程度自動化しようとする道路交通における大量行為（たとえば、ドイツ刑法典第316条【交通における酩酊】や、同第315条c第1項第2号【道路交通の危殆化】）が挙げられる。このグループでは、例外なき規範拘束が、ここでは学理的根拠から命ぜられる。なぜなら、さもなくば、必要な自動化は、まさにこの規範の単なる形式的秩序機能の故に達成されないからである。可罰性の制限は、ここでは凡そ考慮されないのである⁽³⁰⁴⁾。

しかしながら、ドイツ刑法典第315条c第1項第2号においてリストアップされている行為と、同第316条のそれとを少なくとも比較可能であるにもかかわらず、前者にあっては、個別事例の諸事情の探究が必要である。けだし、具体的危険の発生が検討されなければならないからである。しかし、立法者は「固定した規制による自動化」を実施するものではないのであるから、なぜに、これがドイツ刑法典第316条において、処罰に対する決定的な根拠であるのかは不明なのである。そして、ドイツ刑法典第316条と比較して、「重大な事故」の回避という「理論的根拠」が重要であるが、なぜに同規定の刑事罰が、ドイツ刑法典第315条cとは異なり、個別事例において絶対的

(300) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.230 u. 289.

(301) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.311–316.

(302) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.369.

(303) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.370 ff.

(304) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.369.

に危険ではない場合ですら、刑が科せられるべきかは明らかではない⁽³⁰⁵⁾。しかし、例外的な場合でも、原則的な可罰性は変更されないのである⁽³⁰⁶⁾。

にもかかわらず、一定の抽象的危険性犯の無制限な適用に対してもたらされる普及した論拠には、納得し難いものがある、とされる⁽³⁰⁷⁾。それは、ツイーシャンクによれば、2つの根拠があるのである。1つは、法に服している者に、法益危殆化考量を明確化するために、法律の行為期待が具体化されるからである。もう1つは、裁判官が法益侵害もしくは危殆化を証明する努力を免除するためだ（証明容易性の視点）、とするのである⁽³⁰⁸⁾。

さらに、ドイツ刑法典第326条は、環境の刑法的保護が既にその前地において挙げられている抽象的危険性犯であるが、これも、個別事例における保護法益に対する危険が元々排除されるような場合には、その可罰性には疑惑があるのである⁽³⁰⁹⁾。

さらに、個別事例において危険が全くない場合の可罰性の制限がなされていないという点については疑問があり、たとえば、ドイツ刑法典第306条a第1項第1号では、絶対的な安全性をもって、その当時放火が誰も滞在していない住居もしくは建物については、何の役割も演じていないのである。にもかかわらず、原則的に処罰されるのである。

ツイーシャンクによれば、抽象的危険性犯の決定的で、否認されない欠点は、個別事例において、行為者の態度が保護法益にとって危険でないときですら、そこから生ずる抽象化に基づき、刑罰で介入するというところにある⁽³¹⁰⁾。個別事例における非危険性にもかかわらず、刑事刑法が科せられ

(305) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.372 f.

(306) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.376.

(307) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.375.

(308) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.375 f.

(309) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.379.

(310) Vgl. auch Lagodony, Strafrecht von den Schranken der Grundrechte, S.442. 抽象的危殆犯禁止の構造の中に、それが必然的にまた具体的に危険でない行態を把握しているというところの中にある。Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.383 Fn. 134.

ねばならないということによって、まさに、刑事罰を科すことは正統化されないのである。すなわち、純粹な不服従違反だけで、刑事罰を科すためには十分ではないのである⁽³¹¹⁾。

したがって、抽象的危険性犯という犯罪カテゴリーは、刑事刑法から除去すべきであるということが、全体として確定されるのである。それに相応する諸規定は、立法論的には、少なくとも具体的危険性犯として形成すべきなのである⁽³¹²⁾。

原則的な視点において、刑法は他の法領域（とりわけ、警察的秩序法や民法の）を引き受けるためにあるのではない、ということが強調されるべきである。刑法のウルチマ・ラチオ機能が依然として独立の意味内容を賦与されなければならない⁽³¹³⁾。

刑事刑法は、侵害犯および具体的危殆犯と並んで、潜在的危殆犯および具体的危険性犯の犯罪カテゴリーでやりくりしうるし、またすべきなのである⁽³¹⁴⁾。

したがって、「総括的には、刑事刑法において、侵害犯および具体的危殆犯と並んで、潜在的危殆犯および具体的危険性犯が、保護法益のそれに相応する重要性に応じて、規範化されうるということを固持すべきである。それに対して、抽象的危険性犯は、刑事刑法から除外すべきである。」⁽³¹⁵⁾

もちろん、抽象的危険性犯を秩序違反法に移すとしても、より穏やかで、有効な手段が自由にならないときにのみ可能とすべきであって、そのインフレーションにならないために、これを控え目に使用すべきである、ということを考慮すべきである⁽³¹⁶⁾。

(311) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.383.

(312) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.384 f.

(313) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.386.

(314) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.386.

(315) Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.391.

(316) Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.383.

「したがって、以下のことを固持すべきである。すなわち、立法者が、抽象的危険性犯なしにはやってゆけないと考えるときには、せいぜい——上記した制限的な諸前提を考慮して——秩序違反法における規範化を考慮すべきである」として、ツィーシャンクは結語としているのである⁽³¹⁷⁾。

さて、以上のようなツィーシャンクの見解は、わが国における近時の性急な刑法典化・重罰化の潮流に比して、きわめて刮目すべき主張であると思料される。危険の全くない犯罪は、刑事刑法の正統化を欠くという彼の主張にも、全面的に背首すべきものがあり、それらを刑法典ではなく、各種の特別・行政刑法下に委ねるとても、より穏やかで有効な手段があれば、そのインフレーションを招かないために、それらに委ねるべきであるという主張についても、肯定的な態度を取るべきであると考えるべきである（たとえば、民事法的解决）。そういう意味で、抽象的危険性犯の肯否はともかくとして、わが国の現在および将来における立法作業に、甚だ参考になる提言であると評価してもよいように思われるるのである。

(317) Zieschang, Gefährdungsdelikte [Fn. 296], S.393.

第Ⅱ部 わが国における抽象的危険犯について

第3章 わが国における抽象的危険犯に関する諸見解の状況

第1節 反証を許さない危険推定説（いわゆる「形式説」⁽³¹⁸⁾）

第1款 旧刑法典下における小疇伝の見解

旧刑法典下における圧倒的なフランス刑法学者の影響下に抗して、ドイツ刑法学者、とりわけ、フランツ・v・リストを祖述する形で、大審院判事にまでなり38歳の若さで夭逝した小疇伝⁽³¹⁹⁾（こあぜ・つたう）が、わが国で初めて具体的危険犯と抽象的危険犯を区別し、後者を反証を許さない危険推定説を主張した最初の人と位置づけうるであろう。すなわち、小疇が1898年（明治31年）帝国大学独法科を卒業した頃の刑法学を講じていた岡田朝太郎の『日本刑法論 総則之部完 [訂正増補三版]』（有斐閣 1895年〔明治28年〕）には、それに相応する記述が全くみられないからである。

小疇は、『日本刑法論 総則之部（改訂増補二版）』（1906年〔明治39年〕）の162頁以下で以下の様に述べている。すなわち、「法益ニ対シテ現実ニ傷害ヲ与フルコトヲ要セズ。特定ノ法益ニ対シテ危険ヲ発生セシムルノミヲ以テ罪ノ既遂ノ時、即チ構成条件トスルモノヲ称シテ危険罪 Gefahrdung delikt ……ト謂フ。而シテ危険罪ハ更ニ具体的 Konkreten O. speziellen 及ビ一般的 abstrakten O. generellen ニ分ツコトヲ得ベシ。二者共ニ危険ノ発生ヲ以テ罪ノ構成要件トセルモ、其異ナル点ハ具体的危険罪ニ付テハ危険カ現実ニ発生シタルヤ否ヤニ付裁判官ハ之ヲ審按セサルヘカラス。例へハ刑法第百六十二条第百六十三条第百六十四条第二項第百六十五条ノ罪ハ此ニ属ス。反之一般的危険罪ニ付テハ危険カ現実ニ発生シタルヤ否ヤニ付キ裁判官ハ審按スルコトヲ得ズ。苟クモ法律ニ定メラレタル行為アリタルトキハ常ニ此ノ危険アル

(318) いわゆる「形式説」という用語は、山口厚教授に由来する（山口厚『危険犯の研究』36頁等〔東京大学出版会 1982年〕）参照。

(319) 小疇伝の人と業績については、宮澤浩一「小疇伝の刑法学」214頁以下（吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』日本評論社 1994年）に詳しい。

モノト看做サレ之カ反証ヲ挙ケルコトヲ許ササルモノ。例ヘハ刑法第百六十六条ノ罪ハ之ニ属ス」(漢字は現代表記にし、句読点を付した。なお、傍点は引用者が付した。)と述べているのである。

そして、抽象的危険犯として挙げられている旧刑法典第166条は、船舶の往来を妨害する罪であり、以下のような規定である。「第百六十六条 船舶ノ往来ヲ妨害スル為メ燈台浮標其他航海ノ安寧ヲ保護スル標識ヲ損壊シ又ハ詐偽ノ標識ヲ点示シタル者ハ亦前条ニ同シ」というものであり、小曇の各論の教科書『日本刑法論 各論之部(第二版)』(明治39年[1906年])198頁の解説によれば、明示的に本罪は「抽象危険罪」と記述されているのである。

われわれは、ここに「反証を許さない危険推定説」の最初の原初的見解を見出しうるであろう。

第2款 現行刑法典下における見解

現行刑法制定後、「反証を許さない危険推定説」は近時に至るまで通説化されていった。

たとえば、木村龟二博士によれば、「危殆犯の中、抽象的危殆犯は構成要件の内容たる行為をすれば、それだけで、法益侵害の客観的危険があるとせられる場合であり、具体的危殆犯は構成要件的行為をなした外に、さらに、法益侵害の客観的危険ある結果が成立する場合である」と述べられている⁽³²⁰⁾。

そして、このような「反証を許さない危険推定説」は、ごく最近に至るまで有力に主張してきたのである⁽³²¹⁾。

(320) 木村龟二『刑法総論』201頁(有斐閣 1959年)。

(321) 龍川幸辰『犯罪論序説』43頁(有斐閣 1947年)、植松正『再訂刑法概説I 総論』130頁(勁草書房 1985年)、中義勝「放火罪の問題点」118頁日本刑法学会編集『刑法講座第5巻』(有斐閣 1964年)、西原春夫『刑法総論』249頁(成文堂 1977年)、藤木英雄『刑法講義総論』88頁(弘文堂 1975年)、八木胖「具体的危殆犯と抽象的危殆犯」23頁以下(『法律のひろば』14巻2号 1961年)等多数の文献がある。なお、さらに抽象的危険犯を「危険の擬制」とする独・日の諸文献の指摘として、岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」216頁以下参照(法学第38巻第2号 1974年)。

これらに対して、抽象的危険犯を実質化し、制限しようとする諸見解について、次にみてゆくことにしよう。

第2節 抽象的危険犯を実質化しようとする諸見解

第1款 反証を許さない推定説に対する原初的疑念としての飯塚敏雄判事の見解

現行刑法典下で、典型的な抽象的危険犯、とりわけ、公共的抽象的危険犯とされている刑法典第108条および第109条第1項は、「焼損」をもって抽象的公共危険犯が成立するとされている。旧刑法典下では、放火罪は第三編身体財産ニ対スル重罪輕罪中の第二章財産ニ対スル罪中の第七節放火失火ノ罪に規定されていた。現行刑法典により放火・失火罪は、第二編罪中の第九章放火及び失火の罪に規定され⁽³²²⁾、108条・109条1項は公共的抽象的危険犯の典型とされるに至ったのである。

もっとも、放火罪で明らかに「公共の危険」が全く発生しないような場合でも、構成要件的結果たる「焼損」の発生は動かし難いというケースがありうる。たとえば、付近に樹木すらなく引火すべきものは何もない草原に孤立して建つ一軒家に1人住いをしている人の外出を見届け、かつその家に誰もいないことを確認したうえで、放火したような場合はどのように解すべきであろうか⁽³²³⁾。構成要件的には、108条に該当する行為をしたが、「公共の危険」は全く存在しないといった場合にも、抽象的危険犯であるという理由で、「擬制」の論理で処罰してもよいのであろうか。この問題性を、わが国で最初に意識したのが、飯塚敏雄判事であるといってよいであろう。

(322) 倉富勇三郎=平沼駿一郎=花井卓蔵監修『刑法沿革綜覧』2172頁（清水書店 大正12年[1923年]）によれば、「現行法ハ放火、失火ノ罪ヲ以テ財産ニ対スル罪ト為シ之ヲ其第三編第二章第七節ニ規定シタリ然レトモ放火、失火ハ寧ロ靜謐ヲ害スル罪ニ屬ス可キモノナルヲ以テ之ヲ第九章ト為シ多少ノ修正ヲ加ヘタルナリ」として、その立法理由を明確にしている。

(323) これについては、振津隆行「放火罪と危険概念」48頁以下（法セミ346号 1983年）等をも参照。

飯塚判事は、カール・ビンディングの熱心な祖述者であったが、彼の大正14年(1925年)に公表した論文「所謂独立燃焼説の否定」において、現行法の放火罪につき、以下のように主張している。「現行刑法第百八条及び第百九条第一項の放火罪は常に目的物自体の焼燬(also Verletzung!)を必要とし、其の konkrete Gefährdung を以ては足りないのであるから、之が実害犯であつて危険罪でないのは固より言を俟たぬ。また其の第百九条第二項及び第百十条の場合は目的物自体の焼燬の外に尚ほ危険の発生を要するのであるから、此の場合の放火罪は Verletzungsdelikt mit wesentlichen Gefährdungszusatze だと謂はねばならぬ。」⁽³²⁴⁾と主張した。

もっとも、ここで重要なことは以下のことである。すなわち、「謂ふ迄も無く、事実上存在せざる公共の危険は飽く迄存在しないのであって、法律の力を以てしても勿論之を創造し得ないのである。」⁽³²⁵⁾として、擬制をもってしか説明しえない抽象的危険犯論の問題性を鋭く指摘した点は、きわめて重要であると思料される。ここに、われわれは、反証を許さない抽象的危険犯論に対する原初的な疑念の表明を見出しうるものとしてよいであろう。

第2款 平野龍一博士のカズイステッシュな見解

平野龍一博士は、昭和41年(1966年)の雑誌論文⁽³²⁶⁾、「抽象的危険犯とは、法が危険だと擬制している場合であるとされている。その例として刑法第一〇八条、第一〇九条一項の建造物に対する放火があげられる。この場合建造物に放火すると、公共の危険が発生したものと法は考え、具体的なケースは山の中の一軒家で、他の家に燃えうつる危険がない場合でも、単なる建造物損壊罪よりも重い放火罪として処罰するのである。」と述べられ、しかし、「法が危険を擬制しているのであるから、法文に形式的にあたる行為があればた

(324) 飯塚敏雄『刑法論攷』374頁(松華堂 昭和9年[1934年])。

(325) 飯塚・前掲注(324)371頁。

(326) 平野龍一「刑法の基礎⑥」36頁以下(法セミ126号 1966年)。同旨のことは、同『刑法総論I』120頁以下(有斐閣 1972年)に記述されている。

だちに処罰するといいきれない場合もあることに注意しなければならない。」とされる。そしてさらに、例として破壊活動防止法 36 条 2 項 3 号を挙げられ、これは抽象的危険犯の形をとっているが、少なくとも「何らかの具体的な危険」が存在しなければならないということは認められているといってよい、とされる。また、医業類似行為の事件でも、「ある程度の具体的な危険」（傍点引用者）が要求されているといってよい、とされる。最後に、遺棄罪につき、たとい抽象的危険犯とするとしても、「まったく危険でない」場合は、もはや「遺棄」ともいえないとされ、そこには「遠い具体的危険」が遺棄という概念の内容として要求されているといつてもよい、とされる。

そして、さらに平野博士は、昭和 49 年(1974 年) の別稿⁽³²⁷⁾において、交通危険罪につき以下のように述べられている。「交通危険罪は、放火罪に比べると、より近代的な公共危険罪である。……わが国でも、道路法、道路交通法その他多くの法律で、このような規制がなされている。そのなかで刑法がどのような役割を持つべきかは、あらためて検討する必要がある。たとえば、刑法は、交通『妨害』の罪まで規定しているが、単なる妨害の排除は、むしろ行政的手段に委ね、刑法は交通の危険に限るべきであろう。」とされている。このことは、既に、本稿第 I 部第 2 章第 7 款の②で展開されたツイーサンクの「抽象的危険性犯」の非刑法典化の提言と相通するものがあると思料される。その意味で、平野博士のかような限定の主張に傾聴すべきものがあるようにも思われる。

第 3 款 違法論で実質化する見解

第 1 項 内田文昭博士の見解

内田文昭博士は、まず昭和 48 年(1973 年) の「デモ規制と公安条例違反罪・公務執行妨害罪」において、以下のように述べられた。すなわち、「『危険』を擬制する以外に説明のしようがないような危険犯、といった観念を認めることが問題だといわなければならないと思います。具体的危険犯と

(327) 平野「刑法各論の諸問題 14」47 頁 (法セミ 221 号 1974 年)。

抽象的危険犯の相違は、本質的なものではないというべきではないでしょうか。さらにはまた、形式犯という観念も反省されるべきではないでしょうか。一般に、公共危険の可能性がない山中の一軒家に放火する場合も、刑法一〇八条ないしはすくなくとも一〇九条の『放火罪』であり、「危険」が擬制され形式犯に接近する、と説明されていますが、右のような問題意識からは、むしろ二六〇条の『建造物損壊罪』を考えてゆく方向がとられうるのではないかと思います。」⁽³²⁸⁾とされたのである。

次で、昭和52年(1977年)の教科書では、「危険犯は、さらに、具体的危険犯と抽象的危険犯にわかれる。危険発生が構成要件要素となっている場合が前者であり(一〇九条二項一一〇条の放火罪など)、危険発生が特に構成要件要素となっていない場合が後者である(一〇八条の放火罪など)。抽象的危険犯では、「危険」の認定は不要であるとされ、あるいは、危険そのものが擬制されていると考えられている。その結果、抽象的危険犯は、法益に対するなんらの危険をも伴う必要のない犯罪、すなわち、形式犯に接近するといわれる。しかしながら、単なる義務違反ではなくに、法益侵害・危殆化に犯罪の実質を求めてゆこうとする立場では、形式犯の観念を認めることは許されないはずである。したがってまた、危険を擬制する意味での抽象的危険犯という観念も否定されなければならない。」⁽³²⁹⁾とされるのである。

さらに、「付近に樹木すらない荒野の一軒家で、たまたま居住者全員が不在の家屋に対する放火」は、「当該家屋の所有者ないしは居住者の『財産』のみが損害を受け、あるいは、その危険にさらされるだけであ」って、「かような場合に危険を擬制し、なお『公共危険罪』として性格づけを与えることは、妥当ではない」のであって、「改めて、財産犯としての『建造物損壊

(328) 内藤謙=西原春夫編『刑法を学ぶ』287頁以下【内田文昭】(有斐閣 1973年)。

なお、同『刑法における過失共働の理論』176頁注(1)(有斐閣 1973年)をも参照。

(329) 内田『刑法I(総論)』97頁以下(青林書院新社 1977年)、同・改訂版106頁(青林書院 1986年)。

罪」の問題として検討すべきである。「しかして、その解釈論上の理論構成は、ともかく一〇八条の客体に対する放火行為が認められる以上、一〇八条の構成要件該当性を否定することはできないが、一〇八条の「違法性」はこれを否定せざるをえないとして、改めて、二六〇条の構成要件該当性・違法性の確認に移行するかたちをとることになるのである。」⁽³³⁰⁾(傍点引用者)とされる。

そして最近の浩瀚な教科書では、「抽象的危険犯では……構成要件該当性の確認段階で『危険』を確定する必要はないが、危険が『処罰根拠』である以上、違法性の確認段階において、当該構成要件に予定された危険の発生が認められるかどうかを改めて審査しなければならない」のであり、「ここでも、『構成要件』と『違法性』の分離は、重要な意味をもつのである。」⁽³³¹⁾(傍点引用者)とされているのである。

さて、内田説の特色は、まず第1に、抽象的危険犯を擬制の論理で肯定してはならないということ、その意味で反証を許さない危険推定説に対して厳しく批判を加えられていることである。次に、全ての犯罪は法益侵害・危殆化に淵源する実害犯であり、結果犯であるという主張である。最後に、最も特徴的であるが、たとえば、108条の放火罪につき「焼損」により一応構成要件該当性を肯定するが、「公共の危険」の欠如により「違法性」が否定されるとして、改めて、260条の「建造物損壊罪」の構成要件該当性・違法性の確認へと移行するという点である。この点は、内田説の場合、構成要件該当性を実質化すべきではなく形式的な確定が必要であるとする構成要件論の理解に基づくものと考えられるが、しかし「違法性」の段階であれば、いとも容易に「類型修正」が可能であるとする論理が、今一つ明らかではない。

第2項 岡本勝教授の見解

近時(1974年)、抽象的危険犯論に根本的かつ本格的に問題性を投ぜられ、

(330) 内田「刑法各論〔第三版〕」443頁（青林書院 1996年）。

(331) 内田「刑法概要上巻〔基礎理論・犯罪論(1)〕」203頁（青林書院 1995年）。

詳細に検討を加えられ理論化された論文「『抽象的危殆犯』の問題性」⁽³³²⁾を公表された岡本勝教授の見解であるが、以下のように述べられている。すなわち、「反駁を許さぬ推定」の思想を極力否定され、「刑事犯の基本的構成要件の充足には、個別的な場合における保護法益に対する侵害または具体的な危殆化が必要である。その中で、危殆化の発生が構成要件要素となっており、それゆえ構成要件の充足に侵害結果の発生の蓋然性（具体的危険）を必要とするのが、具体的危殆犯であり、危険の発生が構成要件標識にはなっていないのが、危殆犯としての本質及び刑事犯の不法の本質から、違法であるというためにはある程度の具体的な危険（抽象的危険）を必要とするもの、いいかえると、危殆犯の成立に必要とされる具体的な危険が全く生じないときには違法性を具備しないと認められるべきものを、抽象的危殆犯ということができよう。抽象的危殆犯においては、当該所為が構成要件として定立されている観念形象にあてはまる場合であっても、構成要件が予定している保護法益に対する現実的作用（抽象的危殆化）を欠く限り、刑法的違法性を具備しない。すなわち、違法判断の段階において制限的解釈が行なわれる。」⁽³³³⁾とされる。

そして、たとえば放火罪につき、第 108 条、第 109 条第 1 項のいわゆる抽象的公共危険犯とされている「処罰根拠」は、前者の場合は「全体として、その家屋その他を現に住居として使用している人及びそれらに現在する人の

(332) 岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」115 頁以下（法学第 38 卷第 2 号 1974 年）。

なお、その他の業績として、同「放火罪における保護法益について(一)完」(1 頁以下刑法雑誌 22 卷 1 号、215 頁以下同 2 号 1978 年)、同「『危険犯』をめぐる諸問題」36 頁以下(Law School 39 号 1981 年=同「犯罪論と刑法思想」77 頁以下〔信山社 2000 年所収〕)、同「『爆発物取締罰則』における諸問題(二)完」(26 頁以下警察研究 52 卷 4 号、36 頁以下同 5 号、37 頁以下同 6 号 1981 年)、同「放火罪と『公共の危険』(一)」(167 頁以下法学第 47 卷 2 号 1983 年、53 頁以下同第 52 卷 4 号 1988 年) 等がある。

(333) 岡本・前掲注(332)238 頁。

生命に対する危殆化」であり、後者では「公共の危険、多くの場合にはとりわけ他人の財物に対する公共的危険」であり、そして、「少なくとも、第一〇八条、第一〇九条一項の適用にあたり、各規定の保護法益に対する抽象的危険さえも生じない場合には、制限的解釈が命じられる。すなわち、その行為は、構成要件には該当しても、保護法益に対して具体的な実質的関係に立たぬ限り、違法性を欠く」⁽³³⁴⁾のである、とされる。以上のような場合には、放火罪としてではなく、客体に応じて、建造物損壊罪（第260条）あるいは器物損壊罪（第261条）として問擬されるべきである⁽³³⁵⁾、とされる。

さらに、かような制限の試みは、遺棄罪につき、たとえば、乳児を病院の新生児室内のベッドに捨てる行為は、「遺棄」に当たるが、遺棄罪の違法性を欠くのであり、偽証罪に関しても、「虚偽ノ陳述ヲ為シタル」といえども、その行為が、具体的な事件における司法作用の適正さに対して何ら現実的な害的作用（裁判を誤らせる抽象的危険）を及ぼさない場合には、偽証罪が成立するために具備すべき違法性を欠くとされる。また、爆発物取締罰則第1条などは、「爆発物ヲ使用シタ」といえる場合でも、爆発力の大きさ等々の当該爆発物の性質、爆発物を使用した時刻・場所、周囲の自然的人的状況、爆発物の使用態様など、個別の場合における具体的諸事情を顧慮したうえで、かの保護法益を危殆化することがないときには、当該規定が予定する違法性を具備しないものである⁽³³⁶⁾、等とされるのである。

かようにして、岡本教授は「違法判断のもとにおける制限的解釈の一場面として、構成要件に該当する行為に保護法益に対するある程度の具体的現実的な危険すら欠ける場合には、制限的解釈が行われるべきである」⁽³³⁷⁾とする結論に至ったのである。

(334) 岡本・前掲注(332)241頁。

(335) 岡本・前掲注(332)242頁参照。

(336) 岡本・前掲注(332)243頁以下参照。

(337) 岡本・前掲注(332)247頁。

以上のような岡本説は、内田説でも述べたように、形式的な構成要件の制限的解釈を厳に戒め、一応当該の構成要件該当性を肯定するにもかかわらず、他方「違法判断における制限的解釈」の場合、正面からこれを肯定し、改めて他の構成要件該当性を考えうるとする論理操作が、いま一つ明瞭ではない。また、犯罪論体系上、構成要件該当性の段階で制限することは恣意的であって、違法性の段階で制限するのは妥当だというのは、全く根拠のないことだと言わざるをえないである⁽³³⁸⁾。

第4款 構成要件論で実質化する見解

第1項 山口厚教授の見解（「準抽象的危険犯」と「狭義の抽象的危険犯」の2分説）

山口厚教授は、1982年に公刊した『危険犯の研究』⁽³³⁹⁾において、抽象的危険犯について詳細な検討を加えられた。山口説によれば、「抽象的危険も、それが刑法による処罰の対象とされているのは、法益侵害の可能性をなす事態であるからに他ならない……この意味において、抽象的危険も、刑法がその発生を防止しようとする『結果』であり、その点においては、具体的危険と異なるところはないと言えよう」とされ、「抽象的危険と具体的危険との差は、危険判断に際して許される『抽象化』の程度の差にあると解される……この意味で、抽象的危険は、具体的危険よりも法益侵害発生の可能性の程度の低い危険だとすることができるようと思われる。」⁽³⁴⁰⁾とされ、「抽象的危険は、具体的危険よりも高い程度の『抽象化』を行なうことによって判断された、従って、法益侵害発生の可能性の程度の低い危険なのである。」⁽³⁴¹⁾とされる。さらに、「刑罰法規は、通常ありうべき一定の範囲の事態を想定

(338) 振津・前掲注(323)50頁。なお、佐伯和也「『抽象的危険犯』における可罰性の制限について（二・完）」299頁（関法46卷2号 1996年）をも参照。

(339) 山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会 1982年）。

(340) 山口・前掲注(339)225頁。

(341) 山口・前掲注(339)226頁。

ないし前提として、それとの関係で危険を認めうると解される行為を——禁止・処罰の対象として——規定していると解されるが、具体的な場合において、そのようにして規定を定めるに当り予め想定されていたと考えられるとのできる範囲を越えた、例外的な特段の事情が存在し、そのため、法文上規定された行為が行われたときには発生すると認められる程度の危険までが排除されるに至ったという場合である。このような場合には、その特段の事情のために、法文上規定された行為が行われたとしても、処罰根拠をなす抽象的危険は発生していないと考えられることができる」⁽³⁴²⁾とし、そのようなときには、抽象的危険犯の処罰根拠を具体的に認めるとはできないから、犯罪の成立を具体的に肯定することはできない⁽³⁴³⁾、とされる。そして、「法文上規定された行為が行われたとしても、抽象的危険は発生するに至らず、その結果、抽象的危険犯の成立が否定されるべき場合があり、その場合は処罰範囲から落される」⁽³⁴⁴⁾として、山口教授のいわれる、いわゆる「狭義の抽象的危険犯」が問題となる。そして、この例として、偽証罪、公安条令違反の罪、放火罪が挙げられているのである⁽³⁴⁵⁾。たとえば、放火罪につき、109条1項との関係で、周囲に引火すべき物はない平原の一軒の小屋を焼燬したという場合には、抽象的危険は発生したと言えないので、109条1項の放火罪の成立を肯定すべきではなく、損壊罪（刑法第260条）の成立を肯定しうるにとどまる⁽³⁴⁶⁾、とされる。

そして、抽象的危険犯につき、全く危険がないときに、犯罪不成立とされる場合の論拠につき、「この場合、構成要件に該当しないのか、違法性が欠けることになるかは、構成要件と違法性との関係をどのように考えるかに

(342) 山口・前掲注(339)233頁以下。

(343) 山口・前掲注(339)234頁参照。

(344) 山口・前掲注(339)236頁。

(345) 山口・前掲注(339)237頁以下参照。

(346) 山口・前掲注(339)239頁以下参照。

よって左右される」とされ、山口説は、「危険不発生のときには、構成要件にあたらないと解する」⁽³⁴⁷⁾べきだとされている。

ここで、山口説は、明確に構成要件段階における制限ないし実質化を考えていることが明らかになったと思われる。

なお、山口教授の提案された、いわゆる「準抽象的危険犯」につき、「ある程度より具体的な抽象的危険を、通常の抽象的危険（狭義の「抽象的危険」）と区別するために、ここでは『準抽象的危険』と呼ぶこととしよう。このような、法文上に規定された行為自体として、ある程度具体的な危険の発生を必要としている犯罪は、『準抽象的危険』を处罚根拠とする『準抽象的危険犯』と呼ぶことができる」として、遺棄罪、公務執行妨害罪が挙げられているのである⁽³⁴⁸⁾。

以上によって明確となったことは、内田＝岡本説とは異なり構成要件論の段階で抽象的危険犯を実質化しようとすること、また、平野博士の主張が山口説に影響を与えていると考えられるが、後者に関し平野博士の主張を明確な形で理論化した意義は極めて重要であると評価できる。

もっとも、「狭義の抽象的危険犯」と「準抽象的危険犯」との区別・限界は、なおカズイステッシュであり、構成要件段階での実質化の試みの論拠も充分な根拠づけを欠くようにも思われる。また、松生建教授によれば、「山口説のように、かかる抽象的危険をも結果であるとして結果概念を拡大希薄化することは、本来の結果犯たる具体的危険犯の成立要件をも軟化させおそれがあり、容認しがたい」⁽³⁴⁹⁾との批判もある。

なお、山口説については、具体的危険犯に要する具体的危険と未遂犯に要する具体的危険を同一視している点で、混同があるという点についても、既

(347) 山口・前掲注(339)243 頁注(134)。

(348) 山口・前掲注(339)251 頁以下参照。

(349) 松生建「具体的危険犯における『危険』の意義(一)」12 頁（九大法学 48 号 1984 年）。

に指摘されているところである⁽³⁵⁰⁾。

第2項 松生建教授の見解（事後の危険行為説⁽³⁵¹⁾）

松生建教授は、「抽象的危険をも結果であるとして結果概念を拡張するよりも、むしろ抽象的危険犯や形式犯において問題となるのは『行為の危険性』であると認め……その危険性の判断の基礎を個別に検討していくことの方が」有益である⁽³⁵²⁾、とされ、次で、別稿において、ドイツにおける諸見解を検討して、以下のように述べられている。すなわち、「抽象的危険犯において要求されているのは『結果としての危険』ではなく『行為の危険性』であると解されるが、しかしこの行為の危険性は、法益との具体的関連性を確保するためには、「類型的な行為の危険性」ではなく、一切の抽象化を排した『個別具体的な行為の危険性』でなければならない」とされたが、「行為の危険性」やその危険判断については、次の課題である、とされた⁽³⁵³⁾。

さらに、別稿において、ドイツの学説等をも検討しつつ、抽象的危険犯は「行為の危険性」であるが、「行為時に存在した全事情を判断基底に取り入れたとしても、危険を肯定することは十分可能である。すなわち、我々の経験的知識によれば法益侵害の可能性のある事態であるところの先行事態（「行為」）と、それにもかかわらずそれに後続した法益侵害不発生という事態の間の関連が、事後的に判明した事情を含む全事情を考慮に入れても、現在（裁判時）の科学の認識によっては必然的であると理論的に説明しえなかつた場合——すなわち「偶然」であった場合——は、先行事態（「行為」）の危険性

(350) 岡本「『危険犯』をめぐる諸問題」37頁(Law School 39号 1981年)=同『犯罪論と刑法思想』78頁〔信山社 2000年〕所収)。振津『刑事不法論の展開』191頁以下(成文堂 2004年)。

(351) この名称は、佐伯和也・前掲注(338)306頁に依拠した。

(352) 松生建・前掲注(349)13頁以下。

(353) 松生「抽象的危険犯と行為無価値」102頁以下(横山晃一郎=土井政和編『現代における刑事法学の課題——井上祐司先生退官記念論集——』[櫻歌齋房 1989年])。

を肯定しうるのである。抽象的危険犯における危険は以上のような意味での行為の危険性である」⁽³⁵⁴⁾とされるに至った。

最後に、上記の見解は 1992 年の刑法学会での報告「危険犯における危険概念」において述べられた。すなわち、抽象的危険犯は「行為の危険性」であること、それが法益との具体的関連性を保つために、「個別具体的な行為の危険性」でなければならないこと、したがって、その判断に際しては、行為時に存在する全事情（事後に判明した事情を含む）が基礎となり、「侵害発生の可能性判断」では、法益侵害の不発生が行為の時点において存在する全事情から見て、「偶然」（科学的に説明不可能）であった場合にのみ危険が肯定されるという結論に至られたのである⁽³⁵⁵⁾。

さて、かような松生説は、抽象的危険犯を「行為の危険性」とされながら、その判断基底に事後的に判明した事情をも考慮し、その不発生が「偶然」であった場合にのみ肯定しようとするものである。しかし、それはまさしく、具体的危険犯の判断構造そのものであって、「結果としての危険」（具体的危険）を確認するための判断構造に他ならないということができよう。もっとも、松生説は、抽象的危険犯を結果無価値論から限定を図ろうとするその志向は了解可能であるが、抽象的危険犯の成立範囲を厳格に制限するあまり、すべて具体的危険犯と化してしまい、抽象的危険犯の成立余地を奪ってしまうようにも思われるのである。

第 3 項 佐伯和也助教授の見解（抽象的危険-結果説）

佐伯和也助教授は、抽象的危険犯の可罰性の制限という観点から、ドイツおよびわが国における諸見解を詳細に検討・分析され、以下のように述べられている。すなわち、「抽象的危険犯と具体的危険犯の区別は、条文における『危険結果要素の明示』の有無によってなされるのであり、形式的な危険

(354) 松生「抽象的危険犯における危険」84 頁（片山信弘=甲斐克彦編『海上犯罪の理論と実務——大國仁先生退官記念論集——』[中央法規出版 1993 年]）。

(355) 松生「危険犯における危険概念」257 頁（刑法雑誌 33 卷 2 号 1993 年）。

(形式的危険説)回避に基づく抽象的危険犯の具体的危険化は、「すべての」抽象的危険犯の具体的危険犯を意味することになりうるという点である。抽象的危険犯には「危険結果」が要求されないから抽象的危険犯なのであって、抽象的危険犯を「行為の危険性」と「結果としての危険」という二重の危険概念から再構成することは（どちらかのみを実質的に捉える見解もそうであるが）、外見上条文の文言に反する、時には恣意的な要素と批判される書かれざる構成要件要素、違法要素を承認しなければならないことになる」⁽³⁵⁶⁾といわれ、例として、遺棄罪と放火罪について検討されている。そして、遺棄罪は「書かれざる構成要件要素である「結果としての危険」を軸として、遺棄罪は「抽象的危険一結果犯」である」とする⁽³⁵⁷⁾。これでは、あまりに抽象的なので、佐伯助教授の本稿に先行する論文において、以下のように書かれている。すなわち、「事前の危険性だけでは不十分で、本条に危険結果要素の明示がないことから、法の趣旨を尊重し、具体的危険犯と考えることはできないが、書かれざる構成要件要素として「結果としての抽象的危険」を要求することは可能」であり、「行為後の事情もすべて考慮する「危険結果説」を妥当と考える」（傍点引用者）とされている⁽³⁵⁸⁾。同様のことは、放火罪にも当てはまり、本罪も「抽象的危険一結果犯」であるとされる⁽³⁵⁹⁾。そして、かような見解によれば、事例の処理において「行為の危険性」が欠ける場合と「結果としての危険」が欠ける場合の双方を認めることになる⁽³⁶⁰⁾、とされ、「海辺の一軒家」事例や「野中の一軒家」事例は、「結果としての危険」が欠けるため、放火罪ではなく、他人所有の場合は建造物損壊

(356) 佐伯和也「『抽象的危険犯』における可罰性の制限について（二・完）」313頁（関法46卷2号 1996年）。

(357) 佐伯・前掲注(356)315頁。

(358) 佐伯「遺棄罪の法益と危険犯的性格」25頁（関院64号 1995年）。

(359) 佐伯・前掲注(356)319頁など。

(360) 佐伯・前掲注(356)315頁。

罪に留まるものとされている⁽³⁶¹⁾。

さて、この佐伯助教授の見解は、「抽象的危険犯の可罰性の制限」という観点から、詳細な検討・分析を加えて「自説」を導出したものとして一定の評価を与えるように思われる。しかしながら、「書かれざる構成要件要素」や「違法要素」を、いかなる場合に、またいか様にして肯定もしくは否定すべきかの基準が欠如しており、やはり問題が残ると言わざるをえない。また、かような場合に、「結果としての抽象的危険」が否定される場合は、「行為後のすべての事情」が考慮されるということになると、再び「具体的危険犯」との区別・限界の問題が生じてこよう。すなわち、具体的危険犯は「結果としての危険」であるという点については、学説・判例ともに全く一致しているが、「結果としての抽象的危険」との異同は、いかなるものかが不明であるといえよう。その意味では、本説もなお生成中の理論であって、確立した学説とまで言うことはできないように思われるのである。

第4項 その他の諸見解

その他の諸見解として、金尚均教授の論文が挙げられる。金教授の論文「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性——近年のドイツの議論を参考にしながら——(1)(2)(3)完」⁽³⁶²⁾は、その副題が示すように、近年のドイツの議論が周到に紹介されているが、若干の私見のところで、抽象的危険犯は行為の危険であって、行為時に存在した全事情を判断基底であると述べるのみで、本論文で自説の展開はなされておらず、その指導理念の挙示に終っているのは残念である。

さらに、北野通世教授の「抽象的危険犯の処罰根拠」⁽³⁶³⁾では、ドイツに

(361) 佐伯・前掲注(356)318頁。

(362) 金尚均「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性——近年のドイツの議論を参考にしながら——(1)(2)(3)完」(28頁以下立命館法学 1995年1号、284頁以下同2号、698頁以下同3号)。

(363) 北野通世「抽象的危険犯の処罰根拠」94頁以下(大野貞義先生古稀祝賀『刑事法学の潮流と展望』世界思想社 2000年)。

おける近年の議論の招介・検討に終始されており、自説の展開はほとんど見られない。また、近時北野教授は「規範的危険概念への道程」⁽³⁶⁴⁾という論文でも、ドイツの議論の整理が主たる貢献と言うべきであり、ここでも自説が展開されておられないのは残念である。

結語——若干の私見

以上みてきたように、ドイツではきわめて多様な見解・構想の展開がみられるが、わが国では抽象的危険犯の諸問題に関する見解・構想は、未だきわめて貧弱なものであるとしか言わざるをえない。

そこで、ここでは、わが国で従来問題となってきた若干の問題に関する私見を展開することにしたい。

もっとも、それ以前に確認すべきは、平野博士の見解との関連で述べたように、現在刑法典化されている抽象的危険犯でも単純に肯定するのではなく、ツイーシャンクの見解との関連で示したように、わが国における近時の性急な刑法典化・重罰化傾向に抗して、非刑法典化可能なものは、各種の行政的手段に委ねるか、さらにはより穏やかで有効な手段があればそれらに委ねるべきであるということである（たとえば、民事法的解決）。そして、とりわけ、抽象的危険犯とされている犯罪の領域では、危険の全くない犯罪は刑事刑法の正統化を欠くということである。これらを、まず、原則として前提として確認しておきたい。

そこで、まず、放火罪との関連では、刑法第108条の適用に関し、たとえば、付近に樹木すらなく引火すべきものは何もない平原に孤立して建つ一軒家に家人が外出したのを見届けたのち、その住居に誰もいないことを確認したうえで、放火して焼損させたような場合には、公共の危険は全く発生しておらず、行為者の行為意思は公共の危険に及ばず、単純に「焼損」という手段（ただ火力という手段を用いたという点を強調して、抽象的公共危険犯を

(364) 北野「規範的危険概念への道程」3頁以下（内田文昭先生古稀祝賀論文集 青林書院 2002年）。

擬制するのは著しい行為無価値論に墮してしまうであろう)による建造物毀損にのみ向けられているということだけであって(むしろ、逆に、行為者の行為意思は居住者および現在者に対する危険ならびに公共危険の発生の回避へと向けられている)、当初から刑法第260条前段の建造物損壊罪の構成要件に該当するにすぎないのであって、さらには、第109条1項との関連で、上記のような状況にあれば、当初から第261条の器物損壊罪の構成要件にのみ該当するとすればよいのであって、さらに言うならば、脱刑法典化し、民事法的解決のみに限定しても十分であるように思料される。

次に、遺棄罪との関連で、本罪を抽象的危険犯として捉えるとしても、反証を許さぬ危険の推定とするのではなく、たとえば、病院の新生児室内のベッドに乳児を放置する行為は、その乳児の生命・身体に対する何らの危険を発生させるものではなく、行為者の行為意思は、むしろその乳児の危険の回避に向けられているのであって、遺棄罪に該当しないのは当然であって、刑法的な介入の領域ではない。

さらに、偽証罪との関連では、虚偽の陳述をしたとしても、その行為が司法作用の適正さに対して何らの現実的な害的作用を及ぼさず(たとえば、見えすいた偽りの供述に裁判官が苦笑いしているような場合)⁽³⁶⁵⁾全く危険性を欠くときには偽証罪は成立しないのである。

さらには、佐伯千仞博士が本格的に論陣を張られた、公安条例違反の罪に関するも、抽象的危険犯であるということで、全く危険のない場合に処罰するのは、その処罰は正統化根拠を欠くのであって、妥当でないことは明白である⁽³⁶⁶⁾。

最後に、いわゆる「マジックホン」事件に関して、1審判決が無罪を言い

(365) 佐伯千仞「公安条例と抽象的危険犯・5完」82頁(法律時報49巻10号 1977年) 参照。

(366) 佐伯「公安条例と抽象的危険犯・1-5完」(87頁以下法律時報49巻3号、120頁以下同5号、66頁以下同6号、37頁以下同9号、81頁以下同10号 1977年) 参照。

渡したのに対して、2審判決は有線電気通信妨害罪および偽計業務妨害罪はいずれも「危険犯」であり、現実に有線電気通信または業務遂行が妨害されることは必要ではなく、これらに対する「妨害の結果を発生させる虞れ」のある行為があれば足りると解すべきだとして、試しに行った1回10円にすぎない行為を有罪とした判決を是認した最高裁決定（最決昭和61年6月24日刑集40巻4号292頁）には大いに疑惑がある。すなわち、被告人が試しに行ったたった1回10円の損害をもって、危険犯だからという理由で有罪としたのは、危険のない行為を処罰したと判断せざるをえず⁽³⁶⁷⁾、処罰の正統性を欠くように思われるからである。この点で、抽象的危険犯論の考察には「可罰的違法論」にも結びつきうる基盤があるとも思われる⁽³⁶⁸⁾。

以上のような考察によれば、わが国で抽象的危険犯とされている犯罪は全て、上述のヒルシュおよびツィーシャンクによって提唱されている「抽象的危険性犯」として捉えてよいと思料される（なぜなら、ドイツ刑法と異なり、具体的危険性犯が問題となる「適性犯」⁽³⁶⁹⁾は存在せず、ツィーシャンクの提案にかかる潜在的危殆犯も見出しえないからである）。これが、私の現在の当面の結論である。

（2007年3月27日稿）

(367) 偽計業務妨害罪につき、判例および一部の学説は「具体的危険犯」としているが、むしろ「侵害犯」だとする学説も有力であって、試しに行ったたった1回10円につき、具体的危険犯とか侵害犯というのは、全く当たらないと思われる。

(368) 佐伯博士が、故宮内裕教授から研究テーマにつき相談を受けたときに、刑法における「危険」の観念を追究したらどうかとアドバイスされたことがあるが、同博士は危険概念の研究が「可罰的違法性」の理論に到達するということを、既に洞察されていたのである。これにつき、振津『刑事不法論の研究』67頁参照。

(369) 「適性犯」につき、vgl. Andreas Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987.