

論 説

抽象的危険犯における法益の危殆化構造

北 野 通 世

問題の提起

- 1 行為の危険性と結果としての危険
 - 2 危険の程度
 - 3 抽象的危険犯の過失犯的構成
 - 4 法益の危殆化構造
 - (1) 危険判断の基底
 - (2) 危険判断の方法
 - (3) 抽象的危険犯における法益の危殆化構造
- 結びに換えて

問題の提起

実務及び学説において支配的な地位を占めて来た形式説はいう。具体的危険犯とは異なり、抽象的危険犯においては、法益に対する危険の発生防止は立法者の動機（立法理由）にとどまり、危険の発生は構成要件上犯罪成立要素とはされていない。従って、抽象的危険犯においては、個々の事案において法益に対する危険の発生の有無を具体的に判断することは要求されず、構成要件該当行為が行われれば犯罪は成立する。抽象的危険犯も実質犯であり、法益の危殆化を処罰根拠とするものであるとの理解に立っても、抽象的危険犯においては、経験則上類型的に法益を危殆化すると評価された行為が禁止されているのであり、構成要件該当行為が行われれば、法益の危殆化があるものと見做される、と。形式説は、抽象的危険犯の処罰根拠を抽象的な行為の性質としての一般的危

険⁽¹⁾、ないしは、擬制された危険又は反証を許さない法律上推定された危険⁽²⁾に求め、抽象的危険犯における個々具体的な行為の法益に対する危険は、立法者の動機に過ぎず、法益に対する危険の発生は構成要件要素ではなく、また、個々の行為の属性でもないとし、具体的な行為について法益の危殆化がおよそ認められ得ない場合にも、抽象的危険犯は成立するとする。即ち、形式説は、抽象的危険犯においては、法文上、危険の発生が構成要件要素とはなっていないことを根拠に、抽象的危険犯における危険判断を立法過程における立法者の判断に委ね、法適用においては、危険の存否を立法者が指示した要件に即して抽象的（形式的）に論定すれば足りると解しているのである。形式説によれば、刑罰法規を基礎づける普遍言明たる法命題が、具体的な法適用における個々の構成要件該当行為に関する単称言明においても妥当することを確認することなく（単称言明による反証を排除し）⁽³⁾、刑罰法規を形式的に適用すればよいということになる。即ち、形式説によれば、抽象的危険犯において、構成要件該当行為と法益との無価値連関は実体的に確認されることは必要ではないとされているのである。

他方、具体的危険犯においては、構成要件上危険の発生が要件となっていることから、（具体的）危険が構成要件該当行為によって惹起されたこと（構成要件該当行為と法益に対する具体的危険との間に因果関係が存在すること）の確認が必要であるとされている。即ち、形式説によっても、具体的危険犯においては、そのことによって、構成要件該当行為と法益との無価値連関は実体的に確認されることが必要であると解されている。

それ故に、形式説においては、抽象的危険犯における抽象的危険と具体的危険犯における具体的危険とは、判断構造を異にする異質なものとして理解されていることになる。形式説は、具体的危険犯と抽象的危険犯とを截然と区別するものであるといえよう。

形式説は、抽象的危険犯の法命題を明らかにすることによって、抽象的危険犯の実定法上の処罰の必要性を説明し得ても、個々の行為の抽象的危険犯としての処罰根拠を明らかにし得ないという根源的な問題を胚胎している⁽⁴⁾。そこで、抽象的危険犯における構成要件該当行為と法益との無価値連関を実体的に明らかにすることによって、抽象的危険犯の処罰根拠を明らかにし、抽象的危険犯の処罰範囲を合理的に画定しようとする実質説が主張されてくることになる。

刑法の機能は法益保護にあるとして、構成要件該当行為と法益との無価値連関を実体的に明らかにすることにより抽象的危険犯の処罰根拠を明らかにしようとする実質説は、抽象的危険犯と具体的危険犯とを等しく実質犯であると解し、両者を同質のものとして位置づけようとするものである。それ故に、実質説は、抽象的危険（犯）と具体的危険（犯）との区別の問題に直面せざるを得ない。しかし、両者の区別について、実質説の論者の間では、未だ共通の認識を見出し得ていないといつてよい。この問題は抽象的危険犯の構造的理解と直結し、さらには、各論者の犯罪そのものの理解と直結する問題であるだけに、抽象的危険犯固有の問題領域内で解決され得るものではない。それ故にこそ、実質説の論者間でどこまで共通の認識を持ち得るかが重要になる。

本稿の目的は、構成要件該当行為と法益との無価値連関を実体的に明らかにすることを通して、抽象的危険犯における法益の危殆化構造を明らかにし、具体的危険とは区別された抽象的危険の意義を明らかにすることにある。

1 行為の危険性と結果としての危険

具体的危険犯と抽象的危険犯とは、一般に、構成要件要素として「危険」の発生が要求されているか否かによって区別される⁽⁵⁾。

具体的危険犯については、法文上、一定の「行為」によって、具体的危険という「結果」を発生させることが要求されている。ここで問題となる「結果」とは、構成要件該当行為による法益の（具体的）危険化に他ならない。他方、抽象的危険犯についても、法文上、一定の「行為」を行うことに加え、一定の「結果」を発生させることが要求されている場合がある⁽⁶⁾が、そのような場合であっても、法益の危険化が現実具体化することは要求されていない。

他方、結果犯と行為犯との区別は、結果犯とは、行為の終了と結果の発生との間に時間的なへだたりがあるものをいい、行為犯とはそれがないものをいう⁽⁷⁾、という区別に過ぎない。結果犯においては存在するが、行為犯においては存在しないとされる「結果」とは、因果的な意味での結果、すなわち、行為に時間的に後続し、さらに行為と（自然）法則適合的に結合する外界の変動を意味する⁽⁸⁾「形式的な結果⁽⁹⁾」に過ぎない。具体的危険犯は結果犯であるが、抽象的危険犯は結果犯でもあり、行為犯でもあり得る⁽¹⁰⁾というとき、そこでは、具体的危険犯における「結果」と抽象的危険犯における「結果」とは異なる意味において用いられている。

以上のことから、次のような見解が主張されている。抽象的危険犯における結果は、形式的な結果であり、その「結果」の発生次の段階で法益に対する危険結果の発生が想定され得るから、実質的に見れば「行為」の一部であり、結果犯たる抽象的危険犯においては、形式的な結果の時点において危険が発生することが必要であるが、それは行為の時点に他ならず、抽象的危険犯においては、行為の危険性が問題となっているという見解⁽¹¹⁾が、それである。この見解は、行為の危険性を問題とするという点では、形式説と同じ観点に立つが、個々具体的な行為の危険性を問題とするという点において、行為の一般的・類型的性質としての危険性を問題とする形式説の理解とは異なり、実質説の立場に立脚するものである。

Hirsch は、危険 (Gefahr)、危殆化 (Gefährdung)、及び危険性 (Gefährlichkeit) という区別を基礎に、危険犯を客観的な (外界の) 危険状態の惹起が問題となる危殆化犯 (Gefährungsdelikte) と行為の危険性のみが問題となる危険性犯 (Gefährlichkeitsdelikte) とに分け、危殆化犯こそが真正の危険犯であるとする¹²⁾。さらに、Zieschang は、Hirsch の分類を基礎に、具体的危険 (konkrete Gefahr) の発生を必要とせず、具体的危険状態 (konkretgefährlicher Zustand) の発生で足りる犯罪を潜在的危殆化犯 (potentielle Gefährungsdelikte) とし、(具体的) 危殆化犯 (Gefährungsdelikte) から典型的に区別した¹³⁾。そこでは、具体的危険と具体的危険状態とは、法益客体が行為の危険領域内に取り込まれているか否かによって区別されている¹⁴⁾。他方、具体的危険性犯は、法益主体が危険領域内に取り込まれる必要はなく、具体的に危険な行為者の態度だけが問題とされるという点で危殆化犯と異なり、態度の抽象的危険性 (一般的危険性) では不十分であるという点で抽象的危険性犯と異なる、と説明されている¹⁵⁾。

結果としての危険と行為の危険性とは性質を異にするものであり、両者を明確に区別することが出来、且つ、異質なものとして区別すべきであるという考え方が、Hirsch, Zieschang の見解の基礎となっている。しかし、事後判断に基づく結果としての危険と事前判断に基づく行為の危険性とを対置させて、両者は別異のものであり、異質性の関係にあると解することには、疑義なしとしない。形式説は、結果としての危険と行為の危険性とを対置し、行為の危険性しか問題とならない抽象的危険犯においては、構成要件該当行為が行われさえすれば、抽象的危険が認められるとする。これに対し、抽象的危険犯においても構成要件該当行為と法益との無価値連関が必要であるとする実質説の立場からは、行為の危険性と結果とを別異の異質なものと解することには躊躇せざるを得ない¹⁶⁾。

行為の危険性は、行為に内在する性質それ自体として問題となる訳ではない。行為に内在する性質それ自体としての「危険性」というものを観念し得たとしても、法益と関連する可能性がなければ、それは法益侵害の可能性を意味するものではない。従って、外界との連関を捨象して行為に内在する性質としての危険性それ自体を問題としても、危険犯における「危険」を論じ得ない。行為の危険性は、当該行為の作用領域に作用客体が取り込まれる（又は、取り込まれる可能性が認められる）が故に、危険であると判断されるのである。形式説は、この行為とその作用領域への客体の取り込みの関係を抽象化し、行為の一般的・類型的危険性を論じるものである。これに対し、実質説が行為と法益との無価値連関を実体的に確認することが必要であるとするならば、行為とその作用領域への客体の取り込みの関係を抽象化することは許されない¹⁷⁾。即ち、実質説は、抽象的危険犯の「抽象的」の意味を、法益との具体的な無価値連関から切り離された行為の（一般的・類型的）危険性であると解し得ないのである¹⁸⁾。

具体的危険犯においては結果としての危険が、他方、抽象的危険犯においては行為の危険性が問題になるとして、両者を質的に区別しようとする見解は、具体的危険を客観的事態と捉え、そこに侵害犯と具体的危険犯との同質性を見出し、具体的危険犯を侵害犯と同様の結果犯であると解するものである。しかし、侵害と具体的危険とは同じく客観的事態であるとしても、両者は、結果としての性質において、本質的な相違がある。侵害犯における結果は、一旦それが発生すれば、犯罪の成否を論じるに当たって、その後の事態の変化を考慮に入れる必要がない、固定的に捉えられた客観的事態である。これに対し、具体的危険は、その後の事態の展開が法益侵害へと結びつく可能性が具体的に認められる客観的事態、即ち、その後の事態の変化の予測によって意味づけられる客観的事態である。即ち、事後の事態の変化の可能性に基礎づけられた流動

的な客観的事態である。流動性がなくなれば、もはや危険は「危険」でなくなる。危険を基礎づけるその後の事態の予測は、法益と関連づけられた行為の危険性を基礎とするものである。行為の危険性に関係づけられて論定されるという点に照らせば、具体的危険犯の結果とされる具体的危険（「実質的結果」）は、侵害と同質のものというよりも、むしろ、結果犯たる抽象的危険犯の結果とされる「形式的結果」と同質のものと解される。具体的危険を実質的な結果であると解するならば、（結果犯たる抽象的危険犯の結果とされる）抽象的危険もまた実質的な結果であるといわざるを得ない。抽象的危険を形式的な結果に過ぎず、行為の一部を成すものであると解するならば、具体的危険もまた、行為の一部を成すものと解されるべきである。また、結果犯たる抽象的危険犯における「形式的結果」が、行為犯たる抽象的危険犯における抽象的危険と同質のものであるとするならば、抽象的危険と具体的危険とは、同質のものであると解されるべきである¹⁹⁾。両者の間に見出される異質性は、同一の上位概念の下における下位概念間の異質性に他ならない。従って、具体的危険犯においては結果としての危険が、他方、抽象的危険犯においては行為の危険性が問題となるとして、結果と行為とを対置させることによって、両者を質的に区別しようとする見解²⁰⁾は、支持し難い²¹⁾。

具体的危険犯と抽象的危険犯とは、共に実質犯であり、抽象的危険犯においても実質犯としての処罰根拠が明らかにされなければならないという実質説の基本的な理解に立てば、具体的危険と抽象的危険とは、同質のものとして捉えられるべきものである。両者の区別は、実質犯たる危険犯という上位概念の下における、下位概念の異質性の問題として理解されることになる。それ故にこそ、同じく行為と法益との実体的な無価値連関を意味する具体的危険と抽象的危険との間に、如何なる相違が認められ得るかが重要な問題となる。そこでは、具体的危険と抽象的危険との同質性は、両者における法益の危殆化構造の同質性を意味するも

のと解し得るかどうかが問題となる。具体的危険と抽象的危険との同質性は、両者における法益の危殆化構造の同質性を意味するものと解することが出来れば、両者の相違は「危険の程度」の差異に求めるべきであると見解に行き着く。他方、具体的危険（犯）と抽象的危険（犯）との同質性は、両者における法益の危殆化構造の同質性を意味するものではないと解さなければならないとすれば、両者における「法益の危殆化構造」こそが、両者の相違を明らかにするものであるという見解に行き着くことになる。

2 危険の程度

具体的危険犯と抽象的危険犯とにおける「危険の程度」の差異について論じるに当たっては、先ず、次の点に注意しなければならない。則ち、「危険の程度」を、単純に、行為によって惹起されようとしている社会共同生活の侵害・攪乱の程度であると解することは出来ないということである。惹起されようとしている社会共同生活の侵害・攪乱の程度という観点から見れば、具体的危険犯の危険の程度は、抽象的危険犯の危険の程度よりも、常に大であるとは言い難い。行為の危険性、法益の重要性・包括性・普遍性等に照らし、抽象的危険犯の方が具体的危険犯よりも法益に対する脅威、社会侵害性が大きく、その意味において、危険の程度が大である場合は少なくない。むしろ、この意味における危険の程度が大であることこそが、具体的危険の発生を待たずに、抽象的危険の段階で処罰することの必要性、法益保護の前倒しの必要性を基礎づけ、抽象的危険犯の立法の一つの根拠となっていることは、多くの論者が指摘するところである。従って、具体的危険犯と抽象的危険犯との相違は危険の程度の差異にあるというとき、そこで論じられている「危険の程度」とは、社会侵害性の程度としてではなく、因果的な予測における法

益侵害発生の可能性という意味における法益侵害発生の具体性・法益侵害への近接性の程度として理解されなければならない²³。

我が国における実質説において、具体的危険犯と抽象的危険犯との相違は犯罪の性質上の相違ではなく、法益侵害発生の可能性（危険性）の程度の差異にあると解し、抽象的危険も具体的危険と同じく構成要件要素であり、具体的危険犯は法益侵害発生の高度の可能性（差し迫った危険）を成立要件とするのに対し、抽象的危険犯はそれよりも程度の低い法益侵害の可能性（ある程度の危険）を成立要件とする犯罪であるとして、構成要件該当判断の段階で実質的な危険判断を行い、抽象的危険犯の成立範囲を画定しようとする見解が有力に主張されている²³²⁴。

具体的危険犯と抽象的危険犯との相違は、この見解が主張するように、法益侵害発生の可能性（危険）の程度の差異にあるとするならば、先ず、危険の程度の論定の方法と基準とが明らかにされていなければならない。危険の程度の論定の方法と基準とが明らかにされていなければ、「ある程度の危険」、「切迫した危険」等々といっても、各論者個人の日常的な経験に基づく感覚的な断定に過ぎなくなり、客観性はおろか、間主観性すら担保され得ないものとなる虞がある²⁵²⁶。

法益に対する危険の萌芽的発生から、抽象的危険、具体的危険という段階を経て、法益侵害へと至る事態の因果的展開を想定し、具体的危険と抽象的危険との相違を、危険の程度の差異によって明らかにしようとするとき、そこでは、具体的危険と抽象的危険とを段階的に区分するための危険の「程度」が問題とされている。この意味における危険の程度を連続的に変化する量的数値により示すことは、出来ない²⁷。また、仮に可能であったとしても、数値の意味づけの根拠が明らかでなければ、具体的危険と抽象的危険との区分の議論としては意味がない。連続する量的数値の中の一定の数値が具体的危険と抽象的危険との区分の基準であるということを根拠づけるためには、数値の意味づけが必要となる。

また、全ての法益について、危険の程度を計測し得る訳ではない。集合的・普遍的法益については、危険の程度を細かく計測することは凡そ不可能である。それ故にこそ、普遍的法益に対する罪は、抽象的危険犯として規定されているのが常である²⁸。この点に照らせば、具体的危険と抽象的危険とを単なる量的数値の意味における危険の程度により区分しようとするならば、今日の抽象的危険犯の重要な部分を射程の外に置くことになりかねない²⁹。

具体的危険、抽象的危険として要求される危険の程度とは、具体的危険、抽象的危険と論定されるために必要な危険の程度を意味する。そこでは、危険の程度の段階的区分が問題となっている。それ故に、具体的危険と抽象的危険とにおける危険の程度の差異は、数値によって示そうとすれば、連続した量的数値によってではなく、危険の程度を標本化し、量子化した離散的数値によって示されなければならない。その際、危険の程度を示す数値の離散化のための標本化及び量子化の基準、即ち、危険を段階的に区分するための基準（指標）が、明らかにされなければならない。

具体的危険と抽象的危険とを、危険の程度によって区分しようとするならば、危険の程度を連続的な量的数値によって示されるものと解する場合には、一定の数値が両者の区分の基準であることを根拠づけるための数値の意味づけが必要となる。他方、これを離散的数値によって示されるものと解する場合には、両者を段階的に区分するための基準（指標）が、明らかにされなければならない。この「意味づけ」と「指標」は、全く異なるものを指しているのではない。どちらの場合においても、具体的危険と抽象的危険とを区別するものは何かということが問題になっている。具体的危険と抽象的危険とは、危険の程度により量的に区別し得ない。具体的危険犯と抽象的危険犯とは「危険の程度」において相違すると解する論者も、「危険の程度」を単純に量的なものとして理解して両者を区分しようとしている訳ではないと解される³⁰。そうであれば、具

体的危険と抽象的危険との「危険の程度」の差異を基礎づけるものは何であるかが明らかにされなければならない。

具体的危険と抽象的危険とは、危険の程度を異にすると解する場合、侵害発生の蓋然性・可能性という意味における危険の程度だけを論じても、感覚的な総合判断を示すに過ぎない。具体的危険と抽象的危険とを明確に区別し、論定するための方法と基準を明らかにする必要がある。その方法と基準は、抽象的危険犯の多種多様な立法形態に即して適用し得るような方法と基準でなければならない³¹⁾。問題は、具体的危険と抽象的危険とが同一の方法と基準によって論定され、区別され得るか否かにある。それが可能であるとき、具体的危険と抽象的危険とを危険の程度によって区別しようとする見解は、維持され得る可能性を見出し得よう。しかし、それが不可能であれば、両者は異なる方法と基準によって論定されるべきものとなり、具体的危険と抽象的危険とは、質的に異なるものであり、法益の危殆化構造、危険判断の構造を異にするもの³²⁾として理解されなければならないものと解される。

3 抽象的危険犯の過失犯的構成

形式説に対する批判は、先ず、危険が擬制されている、ないし、反証を許さない形で危険が推定されているという形式説の主張³³⁾に向けられた³⁴⁾。Rabl³⁵⁾と Pütz³⁶⁾によって展開された反証を許す危険推定の理論がそれである³⁷⁾。しかし、この理論に対しては、次のような批判が投げ掛けられている。即ち、ここで問題となる推定は反証を許す法律上の事実推定であって、事実上の推定とは異なり、有効に反証するためには推定を完全に覆す証明が必要であり、その証明がなく、裁判官が推定事実の不存について完全な確信が持てない場合には、危険が発生したものと判断しなければならないということになるが、このことは、反証可能な

法律上の推定を挙証責任の転換と解する場合には、*in dubio pro reo* の原則に反することになり、それを証拠規則と解する場合には、自由心証主義に反することとなるとの批判⁸⁸がそれである。しかし、何よりも、行為の外界変動結果は全ての犯罪の成立要件であるということにあるという Rabl と Pütz の議論の基礎に照らせば、議論の場は、反証可能性という訴訟法上の取扱いにではなく、実体法上の議論、即ち、抽象的危険犯における行為と法益との無価値連関の実態的確認にこそ求められるべきであった。他方、Schröder は、個々の構成要件の解釈により、反証が許される場合と許されない場合とがあるとし、反証が許される場合、その権限・義務は、被告人ではなく、裁判所にあるとする⁸⁹。反証が裁判所の権限において、義務として行われなければならないということは、裁判官が法適用において、法律上の推定を覆す事実の存否、即ち、構成要件該当行為と法益との無価値連関の不存在を実体的に確認することを義務づけられるということの意味する。Schröder の見解は、その実質において、実体法上の議論を訴訟法上の議論として展開したものであるといえる。

反証を許す危険の推定の理論は、危険の推定を覆す証明があったとき、即ち、およそ危険の発生があり得ないと認められる場合には、抽象的危険犯の成立は否定されるとする。それ故に、反証を許す危険の推定の理論は、抽象的危険犯の成立のために必要な危険の程度の限界を論じたものであると解される。それが訴訟法的な解決方法へと至ったのは、危険擬制説、反証を許さない危険推定説を克服するために展開されたという、この理論の学説史的な経緯によるものと解される。しかし、訴訟法的な解決方法を採用したということが、反証に失敗した場合等には、実体法上、危険の片鱗すら認められない行為であっても、なお、処罰の可能性を残すという不徹底さを論理的に残存させるものにとどまらざるを得なかった。

その後のドイツにおける抽象的危険犯の処罰根拠をめぐる議論に大きな影響を与えたのは、形式説は責任原理に反するという批判である。Arth. Kaufmann は、形式説を批判している。責任形式としての故意・過失は、個別具体的な法益の侵害又は危殆化に関する具体的な故意・過失でしかあり得ず、責任が一般的な不法に向けられているならば、それは *versari in re illicita* の思想以外の何ものでもないが、具体的法益との関連において危険を判断することを拒否する危険の擬制は正にこれに当たる、と⁴⁰⁾。この批判に答えるために抽象的危険犯における責任連関を明らかにしようとする理論構築が行われたが、その中から新たな議論の流れを形成したのが抽象的危険犯の処罰根拠を注意義務違反に見出そうとする考え方であった。

Cramer はいう。法益保護の観点からは、抽象的に危険な行為が如何なる要件の下で法益に対する攻撃として評価し得るかが問題となる。不能未遂の例に照らせば、法益保護の観点から、人間の態度それ自体を評価することは可能である。即ち、行為の具体的危険性ではなく、行為者の危険性に、法益に対する攻撃を認めることが出来る。抽象的危険は、一定の法益の侵害・危険の惹起に向けられた目的的な意思行動に内在する行為者の危険性（行為の潜在的危険性）として理解されることになる⁴¹⁾。抽象的危険犯の危険犯としての可罰性は、行為が通常具体的危険を惹起する性質のものであるということによる。このことは、単に立法理由にとどまるものではなく、実質的に構成要件に取り込まれていなければならない。抽象的危険犯の処罰を基礎づけるのは、立法理由ではなく、法益の現実的・潜在的な法益侵害性に他ならない。抽象的危険犯は、具体的危険犯の前段階に位置するものとして、法益に対する危険惹起の蓋然性を内容とするものであり、抽象的危険は具体的危険の蓋然性（*Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefahr*）を意味する、⁴²⁾と。Cramer の見解は、具体的危険と抽象的危険とを危険の程度の類型的差異によつ

て区分しようとする発想に立脚するものであったが、法益保護の観点からも行為者の危険性（行為の潜在的危険性）が評価の対象たり得るとする点で、抽象的危険の主観的理解への道を開くものであった。

抽象的危険犯の処罰根拠を注意義務違反であると解する道筋を切り開いたのは、過失犯において機能してきた許された危険の超過を抽象的危険犯の帰責基準に据えた Volz の見解⁴³を踏まえて展開された Rudolphi の見解である。Rudolphi はいう。人間の行為の善悪、即ち行為の倫理的価値は、意思行為の価値、行為価値であって、達成された結果の価値、事態価値ではない。しかし、倫理的行為無価値は、人がその態度によって事態無価値を得ようと努力する場合にのみ存在する。行為無価値は、事態無価値の志向（Intention）であり、志向無価値である。⁴⁴他方、刑法上の行為無価値概念に属するのは、法的に承認された利益の侵害又は危殆化（構成要件に該当する事態無価値）に向けられた行為のみであり、刑法上の行為無価値の内容は構成要件上確定された法益の侵害又は危殆化の獲得努力（Erstreben）である。立法者は構成要件に該当する事態無価値の獲得努力の全てを禁止しているのではなく、保護法益に対する一定の特に危険な攻撃のみを禁止している。法益に対する攻撃、即ち構成要件に該当する事態無価値の個々の獲得努力が、構成要件に記述されている特別な無価値性を帯有している場合のみ、刑法上重大な行為無価値となる⁴⁵。最大限可能な注意を払って家には誰もいないことを確認して、人の住居に放火した場合、人が不在であることから保護法益の危殆化、即ち事態無価値が欠如する。さらに、行為者の意思は（ドイツ刑法）第306条にとって重要なあらゆる事態無価値の回避に向けられていたのであるから、必然的に行為無価値も欠如している。このような場合も処罰するという不当な結論を回避するためには、必要な注意を払って法益のあらゆる危険を回避した場合を処罰から除外すべきである。第306条は、抽象的に危険な構成要件的行為の故意による着手と並んで、同時に、

少なくとも過失により第306条によって拒否されている事態無価値を実現しようとしているという行為無価値を要求していることになる、と⁴⁶⁾。Rudolphiは、注意義務違反に実質犯たる抽象的危険犯の処罰根拠を見出そうとしているのである。

Brehmは、Münzbergの行為無価値一元論に立脚して、抽象的危険犯の限定解釈を展開し、抽象的危険犯の実質的な不法内容を客観的注意義務違反に見出した⁴⁷⁾。Brehmはいう。違法性は具体的態度義務(konkrete Verhaltenspflicht)に対する違反であり、結果は違法性判断の対象ではない。ある態度が結果にとって因果的であるというだけでは違法ではなく、結果が発生しない場合であっても違法性が失われる訳ではない⁴⁸⁾。具体的態度義務を導き出す根拠は法律構成要件(Gesetzestatbestand)である。法律構成要件は、如何なる法益が保護されているかを示すことにより、立法者が禁止しようとしている行為を示している。しかし、法律構成要件においては抽象的な行為図式の記述にとどまらざるを得ず、禁止の内容も一般的な行為指示、即ち、一般的規範にとどまらざるを得ない⁴⁹⁾。個々具体的な行為に対する具体的態度義務は、具体的な行為状況において一般的規範の要求を充足するために如何なる行為が中止されるべきかを確認することによって決定される、一般的規範の具体化、一つの適用事例である。この中止すべき行為とは保護法益の侵害を惹起する「適性(Eignung)」を持った行為であり、この適性判断が違法判断の基礎を成す。この適性判断は、事前判断、即ち、当該行為が一定の結果を惹起するのに適当であるか否かを判断する予測判断であり、法は不可能を要求し得ないことから、適性判断の基準となるのは一般人の能力である、と⁵⁰⁾。このような認識に立ち、Brehmは、抽象的危険犯についていう。抽象的危険犯においては類型的に危険な態度が記述されており、具体的な適性判断は、法律の文言上許されていないので、形式説による結論の不都合を回避するためには「類型の修正(Typenkorrektur)」が必要となる⁵¹⁾。

抽象的危険犯においては、構成要件は制定法上の要素から成るのか、それとも、不法内容の実質的考察によって補充されるのかが問題となる⁵²。

（ドイツ刑法）第306条の目的は人間の生命の危殆化を阻止することであるから、義務違反性は形式的な禁止違反からではなく、行為者が（事前の判断において）生命という法益を侵害するのに適する行為を行ったということの責任を負わせられることから生じる⁵³。通常、住居への放火は人を危殆化するのに適している。このような場合、常に義務違反性が認められるが故に、当該行為は違法である。ここでの違法判断は過失行為の違法判断に合致する。即ち、抽象的危険犯における適性判断の基準は、客観的過失の基準と同じく、行為者が認識した事情ではなく、「合理的な」ないしは「平均的な注意力を持った」人が認識可能であった事情である⁵⁴、と⁵⁵。

Brehm は、抽象的危険犯を「結果なき過失犯」として捉え、その処罰根拠を客観的注意義務違反に見出す。抽象的危険犯を「結果なき過失犯」として理解しようとする Brehm の見解は、抽象的危険犯を責任原理と調和させ得る立論として、ドイツにおけるその後の議論の一つの指針となったと評し得る。しかし、抽象的危険犯は、法益侵害も法益の具体的危殆化も必要としないという点で一括りにされた、多種多様な犯罪の集合体であるが、結果なき過失構成要件という理解が、全ての抽象的危険犯に貫徹され得る訳ではない。Brehm も、交通法規のように、一定の行動を強制することによって秩序を形成しようとする、規律事態を重視する規程や、行動の仕方について行為者の裁量の余地を認めない規定にまで、貫徹し得ないことを認めている⁵⁶。

抽象的危険犯の処罰根拠を客観的注意義務違反に求める Brehm の見解に対し、Schünemann は、抽象的危険犯の処罰根拠を主観的注意義務違反に求めた。Schünemann はいう。Horn と Brehm の見解によれば、事前に定立された配慮規範（Sorgfaltsnorm）は事後の観察においては全く

無意味なものとなり、客観的には義務に違反して行為していないが、主観的には自己の行為の危険性を確信して抽象的危険犯の構成要件該当行為を行った者が不処罰とされることになる。Horn等のこの結論は、(不能未遂が処罰されることに照らせば、)行為者に不当に特権を与えるものである。それ故に、抽象的危険犯の不法内容は主観的注意義務違反に求められる、と⁵⁷⁾。Schünemannは、この理解が全ての抽象的危険犯にそのまま当て嵌まるものとは考えず、抽象的危険犯を「精神化された中間法益 (vergeistigtes Zwischenrechtsgut)」が設定されている犯罪、大量発生行為 (Massenhandlungen)、及びそれらの何れでもない抽象的危険犯という3つのグループに分け、不法内容を主観的注意義務違反であるとして理解されなければならないのは、最後のグループであり、そうすることによってこそ、責任原理に反しないものとなるとする⁵⁸⁾。

責任原理に照らし、抽象的危険犯の処罰根拠を注意義務違反という観点から明らかにしようするのであれば、客観的注意義務違反を問題とするBrehmとHornの見解よりも、主観的注意義務違反を問題とするSchünemannの見解の方が、論理的に貫徹したものであるといい得る。しかし、問題は、本来故意犯として規定されている抽象的危険犯を何故に「結果なき過失犯」として理解しなければならないのかという点にある。抽象的危険犯の処罰根拠の責任原理への適合というだけでは、十分な理由にはなり得ない。BrehmとHornは、行為無価値一元論に立脚して、抽象的危険は行為無価値の問題に尽きるという立場を採り、それを抜きにしては危険を論じ得ない可能性という要素を、客観的注意義務に結びつけている。抽象的危険犯の過失犯的構成は、抽象的危険犯における行為と法益との無価値的な連関を注意義務違反に見出し、抽象的危険犯をもつばら行為無価値の面から理解しようとするものである。抽象的危険犯の過失犯的構成については、行為無価値一元論を基礎にしてこそ組み立てられ得たという面を否定することは出来ない。

他方、抽象的危険犯の過失犯的構成には、抽象的危険犯を故意犯とした場合に生じ得る危険の認識の問題を回避することが出来るという論理的効果が付随している。実質説は、抽象的危険犯が成立するためには、抽象的危険の発生が必要であるとする。抽象的危険の発生は構成要件要素とはなっていないとしても、抽象的危険犯の成立にその発生を要求する以上、その認識・予見を全く不要であるとすることは、責任原理に抵触する虞なしとしない。抽象的危険犯の過失犯的構成は、この意味においても、責任原理に適合する抽象的危険犯の解釈を示そうとしたものといえる。しかし、危険は、客観的事態そのものではなく、客観的事態に対する評価の産物であり、規範的に理解されるべきでもある⁵⁹と解すれば、故意犯としての抽象的危険犯が成立するために必要な認識・予見は、危険そのものの認識・予見ではなく、危険を基礎づける客観的事態の認識・予見に他ならない。抽象的危険犯の過失犯的構成は、故意の擬制を避けるという意味においても、抽象的危険犯を責任原理に適合させるために必要不可欠な理論構成であるとは言い難い。

故意犯においては、構成要件該当行為に出ることが禁じられている。他方、過失犯においては、過失発生の母体となる行為それ自体は許容されているが、当該行為は法益に対する危険を内在するものであるが故に、その遂行に当たっては、その危険を現実化しないように注意することが義務づけられている。抽象的危険犯を結果なき過失犯であると解することは、故意犯と過失犯との構造的な差異を無視するものである。それ故に、過失犯たる抽象的危険犯の処罰根拠、故意犯たる抽象的危険犯と過失犯たる抽象的危険犯との処罰の相違、侵害結果を発生させるに至った場合における加重処罰の根拠付け等々の問題の説明に窮することになる⁶⁰。

我が国において、抽象的危険犯の過失犯的構成を主張する論者が殆ど見当たらないのは、理由なしとしない⁶¹。抽象的危険犯における責任原理の貫徹は、抽象的危険犯が故意犯であることを正面に見据えた上で、

抽象的危険犯の法命題の正当化にとどまらず、構成要件該当行為と法益との無価値連関を実体的に確認し、法適用の正当化を根拠付け得る理論構成によってこそ可能となるものと解される。

4 法益の危殆化構造

(1) 危険判断の基底

危険犯における法益の危殆化構造を論じるに当たって、まず、危険の論定は、如何なる事実を判断基底において行われるべきかということをも明らかにしなければならない。客観的、事後的に判断すれば、結果の発生・不発生は因果的に必然のものと解され、結果は発生するかしないかの何れかであり、危険が認められる余地はなくなると解されている。それ故に、危険の存否の判断は客観的な事後判断によるべきであるという立場に立脚して、危険概念の成立の余地を確保するためには、危険判断の客観性、事後判断性を緩和する必要があると考えられている。

結果無価値論に立脚し、危険判断の事後判断性を維持するため、事後の立場からする危険感に基づく判断⁶²によるべきであるとし、「事実の抽象化」による危険判断の客観性の緩和の必要性を主張して⁶³、山口教授はいう。危険の存否は、現実に存在する結果の発生を阻止する要因たる事実を想定された結果の発生を促進する要因たる事実置き換え、その発生の可能性を問うこと（事実の抽象化）によって具体的に判断されるべきであり、またそうせざるをえないのである⁶⁴。抽象的危険犯と具体的危険犯との差は、危険判断に際して許される「抽象化」の差にあり、抽象的危険犯においては、具体的危険犯の場合よりも、広い範囲において、想定された事実を考慮することが許される。具体的危険犯の場合よりも、存在の可能性の小さい事実、広い範囲の事実を考慮することによって認められる——具体的危険よりも侵害から離れた段階における——危険が、

抽象的危険なのである。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が低い危険だとすることができるように思われる、と⁶⁵⁾。

この見解（抽象化説）は、「侵害が不発生になった場合、侵害不発生の原因、さらに、いかなる事実が存在していたなら侵害発生が可能であったかを科学的方法等を用いて明らかにし、侵害発生を妨げた事実の代わりに、侵害発生をもたらす事実が存在し得たかを考えることによって、危険を判断する⁶⁶⁾」というものであり、その核心は、危険判断の事後判断性維持するために、仮定的事実の存在可能性を問うという反事実的な判断を行うという点にある⁶⁷⁾。

抽象化説については、上記の核心部分に対し、事実を仮定的事実置き換える基準が明確でなく、判断が恣意的になるのではないかという疑問が、多くの論者から投げ掛けられている。その疑問は、客体の不存在が反事実的判断の対象から除かれるという「限定的基準」が示されている⁶⁸⁾ことにより、理由無きものとはし難いものとなる⁶⁹⁾。

抽象化説は、未遂犯における既遂実現の具体的危険性の論定の議論を土台にして構築されたものである⁷⁰⁾。未遂犯が成立するためには、既遂実現の具体的危険が発生することが必要であるとされる。そこでは、現実には実現されなかった既遂が実現し得たか否かが問題となっている。他方、危険犯においては、法益侵害に至る途中の段階で、事後の事象たる侵害発生の危険性ありとして犯罪の成立を認めるのに必要な危険とは何かということが問題となっている。未遂犯においては、既遂実現を妨げた事実が問題となるならば、危険犯においては、既に発生している事実で、侵害不発生の原因となった事実だけでなく、行為後にその原因となり得るであろう事実、さらには、事後に発生が見込まれる事実で、その原因となり得るであろう事実、もまた問題とされることになる。抽象化説によれば、危険犯におけるこれらの事実と置き換えられるのは、侵

害発生の原因となり得る（であろう）事実なのか、それとも、侵害不発生の原因となり得る事実が機能しない（であろう）という事実なのか、あるいはまた、侵害不発生の原因となり得る事実の発生が見込まれ得ないという事実なのか、明らかではない。抽象化説によれば、危険判断における「事実の抽象化」が不安定になり、危険犯における危険判断が恣意的になる虞は、看過し難いものとなるように思われる。

また、結果発生阻止要因たる事実を結果発生促進要因たる事実に「置き換える」という判断方法は、危険を仮定的事実に基づいて判断するものであり、危険判断の事後判断性を維持するという点に照らせば、判断方法の客観性が維持されているとはいいい得ても、判断内容の客観性は、失われているといわざるを得ないのではないかと思われる。

抽象化説が、一つの論拠として掲げる⁷¹⁾規範的危険概念 (normatives Gefahrbegriff) の提唱者である Schünemann はいう。ある事態 (Sachverhalt) が、行為は無価値なものであるという特別な印象 (Eindruck) を抱かしめるのは、被害の不発生の原因が明らかにされ得るか否かではなく、確定された、ないしは疑わしきは被告人の有利にの原則に服せしめられる救助原因 (Rettungsursache) が信頼を勝ち得るか否かにかかっている。危険は、救助が非典型的な、人間が行動する際に目的的に組み込むことが出来ないものに依存していることから生じるのである。具体的危険概念の任務 (Aufgabe) は、(現実の、又は排除し得ない) 救助原因を評価し、当該生活領域の緊密な秩序に照らしてその介入を信頼することが出来ない救助原因を全て考慮の外に置くことによってのみ正しく評価される、と⁷²⁾。さらに、Demuth はいう。「抽象化禁止」によって次のことが述べられているに過ぎない。即ち、裁判官は、全ての事後的に認識可能な行為事情及び自然科学的認識を、危険の認定にとっての重要性に応じて吟味すべきであり、一定の事情を事前に認識し得ないものとして初めから無視することは許されない。危険は、事実的—記述的概念ではなく、

徹頭徹尾規範的概念であること認めるならば、事後的考察の立場からも、規範的評価の過程において、一定の因子（Faktoren）を危険の認定にとって重要でないとして評価から閉め出すことが出来る、と⁷³。

Schünemann, Demuth が説明するように、「規範的危険概念」は、先ず、全ての事実を判断基底に取り込み、それらの事実を規範的に評価し、その結果、その発生が偶然であると評価された事実を取り除いて、その発生が通常であると評価された残りの事実を基礎に、危険の存否を判断しようとするものである。従って、危険は、結果発生促進要因たる事実が発生し機能することが通常であり、結果発生阻止要因たる事実が発生し機能することが偶然であると評価されるときに、その存在が肯定されることになる。そこでは、確かに、偶然的な事実を考慮の外に置くということによって、最終的には、危険判断の基底は「抽象化」されているといい得る。しかし、その「抽象化」は、危険判断は予測判断であって、予測判断においては、偶然的なものは除き、通常のを基礎に判断するということが求められるということの結果に他ならない。Demuth が明言するように、危険判断に当たって、初めから一部の事実を判断基底から排除することは許されない。事実を結果発生を促進する要因たる事実と阻止する要因たる事実とに分け、前者はそのまま判断基底に組み込み、後者については、それに換えて、実際には存在しなかったが、存在した可能性が認められる結果発生を促進する事実を判断基底に組み込むという抽象化説は、客観的事態を判断客体とするものではなく、論理的に構築された仮想的事態を判断客体とするものではないかとの疑念を払拭し難い。危険判断の恣意性を排除するためには、先ず、全ての判断事実を判断基底に組み込むことが求められる。それらの事実をどのように評価して、危険の存否を判断するかは別の問題である。しかし、評価の対象としては、先ず、客観的事態そのものが措定されていなければならぬものと解される。

抽象化説は、危険判断を客観的事後判断として組み立てようとする野心的な試みを示すものである⁷⁴⁾。しかし、上記のような問題を胚胎している。このことは、危険判断を客観的事後判断として組み立てることの困難さを示すものであるが、同時に、危険判断を客観的事後判断として理解することの適否を問うものであると解される⁷⁵⁾。

(2) 危険判断の方法

危険判断の客観性を担保しようとするもう一つの試みは、事実を可能な限り客観的に確定しても、判断の時点における「科学的不確実性」、「制御不能（逸脱）」等を根拠に、危険の存在を論じようとする見解⁷⁶⁾である。この見解（不確実性説）は、行為の時点において、科学的知識を有する者が行為状況において理論的に解明できる全ての事情を判断基底に組み込んでも、なお、残された不確実性こそが結果発生の可能性、即ち危険を意味するものであるとする。不確実性説は、不能犯の処罰根拠を明らかにするという文脈で展開されてきたものである。これを危険一般の議論へ敷衍して、その当否を論じることには、無理があろう。しかし、不確実性説を危険犯における危険の議論に敷衍した場合にどのような問題が生じてくるかということを検討することは、危険犯における危険を論じるに当たって有益な示唆を得ることが出来るものと思われる。

事後的に判明した行為時の客観的事情を無限定に判断基底に取り込むならば、結果が発生しなかった場合、結果の不発生に何らかの理由が客観的に存在する以上、結果は当然の帰結として発生しなかったのであり、危険は存在しなかったと判断されることになる。不確実性説は、危険判断を行為時における判断であるとすることによって、不確実性を導き出し、そこに危険が存在する余地を見出す。即ち、不確実性説の眼目は、危険判断の時点を行為の時点に特定することと不確実性の存否を危険判断の基準とすることにある。

不確実性説は、不確実性は、過去の事態においては認められないとい

う理解を前提として、行為後に判明した事情の全てを判断基底に組み込むのではなく、行為の時点において確定可能な事情に限って、判断基底に組み込み、事後の問題である結果発生・不発生が、行為の時点で、不確実なものとして判断された場合に、危険が存在するとする。そこでは、事後に生起する全ての事態について不確実性が認められる訳ではない。それ故に、不確実性が認められるものと認められないものとを分ける基準、確実性の有無の判断方法等が、明らかにされなければならないが、これらについては、必ずしも明確にはされていないし、不確実性説の論者の間で一致している訳ではない。

さらに、危険犯においては、科学的知見に照らして、将来の結果発生が確実であればある程、より危険であると判断されなければならない。また、危険犯の処罰根拠たる危険の発生が不確実性によって基礎づけられるということになれば、*in dubio pro reo* の原則との関係で、疑義なしとしない。不確実性が危険を基礎づけるのではなく、確実性の予見が危険を基礎づけるのである⁷⁰⁾。危険犯における危険を論じるに当たって、不確実性が危険を基礎づけるという立論は取り入れることはできないように思われる。

また、不確実性説においては、不確実性の存否は、行為の時点において判断される。不確実性説は、不確実性は過去の事態については認められず、事後の事態についてのみ認められるものであるという理解に立つ。それ故に、不確実性説においては、行為の時点をどの時点に見出すかということが重要な問題となる。しかし、行為の時点として、時間的幅を全く有さない切り取られた瞬間が予め確定している訳ではない。行為の時点というとき、一定の時間の幅が問題となる。即ち、少なくとも、行為の着手から行為の終了に至る時間の幅が問題となり、さらには、行為の前後の行為に近接し且つ事態の質的变化が認められない限度で広がりを持った時間の幅が問題となり得る。この時間の幅の中で、どの時点を

行為の時点であるとするかは、行為の時点を確認する目的（関心）によって変わり得る。行為の前後を切り分けて判断する不確実性説においては、この行為の時点の確認の如何によっては、結論を異にすることが多々生じ得る⁷⁸⁷⁹⁾。

不確実性説は、不能犯の処罰根拠を明らかにすることを目的として、展開されているものである。そこでは、専ら、ある時点における危険の存否が問題となっている。しかし、危険犯における危険については、ある時点における静態的な危険の存否が問題となっている訳ではない。具体的危険犯と抽象的危険犯との区別の問題は、行為から結果発生に至る、結果発生危険が次第に増大⁸⁰⁾・減退してゆく因果過程における危険の状態をどのように把握するかという問題である。則ち、危険犯における危険を論じる際、危険は、時間の経過により状態を変える流動的な事態（動態）として理解されなければならない。危険犯における危険判断は、一定の時点における、その前後の事態の動的変化を補足し得るものでなければならないのである。

（3）抽象的危険犯における法益の危殆化構造

i) 具体的危険犯と抽象的危険犯との区別 具体的危険犯においては、危険の発生が構成要件要素となっている。他方、抽象的危険犯においては、危険の発生は構成要件要素とはなっていない。そこから、具体的危険犯が成立するためには、危険の発生が具体的に認定される必要があるが、抽象的危険犯が成立するためには、危険の発生は具体的に認定される必要はないという理解が導かれる。

これに対し、抽象的危険犯というのは一応の分類概念であって、結局は、その規定の解釈によって定まるものであるとする見解が主張されている⁸¹⁾。この見解によれば、危険の発生が構成要件要素とされるものが具体的危険犯であることは当然として、危険の発生が構成要件要素とされていない場合であっても、危険の発生を具体的に認定することの要否

を判断し、その結果、それが必要でないと判明したものが、抽象的危険犯であるとされるということになる。実質説の基本的理解は、実質犯である以上、抽象的危険犯においても、行為と法益との無価値連関を実体的に明らかにすべきであるということにある。上記の見解は、危険の発生を具体的に認定することが必要でないと判明したものを抽象的危険犯であるとする。上記の見解は、結論において、抽象的危険犯は行為と法益との無価値連関を実体的に明らかにする必要がない犯罪であるということを受け入れることになろう。従って、具体的危険犯と抽象的危険犯とを立法形式によって形式的に区分するのではなく、両者の区分を実質的観点から行うということを経れば、上記の見解は、抽象的危険犯の理論的枠組みとしては、形式説と変わりはないということになるのではあるまいか。上記の見解が実質説たり得る途は、この見解を採る多くの論者がそうしているように、具体的危険犯と抽象的危険犯とを同質のものであり、両者における危険判断は同じであると解し、両者を危険の程度の差異によって区別することである。しかし、既に検討したように、その様な理解は採り得ない。

また、上記の見解によれば、危険の発生が構成要件要素となっていない場合であって、危険の発生が具体的に認定される必要があると解した場合には、危険の発生は書かれざる構成要件要素であると解されることになる。このことは、立法者が不要であると判断し、構成要件要素とはしなかったものを、解釈によって構成要件要素とするものであり、解釈による立法に陥る虞なしとしない⁸²⁸³。

問題は、抽象的危険犯における行為と法益との無価値連関をどのように実体的に明らかにし得るかということと、それを踏まえて、具体的危険犯と抽象的危険犯とをどのように区別し得るかということにある。具体的危険犯と抽象的危険犯とにおける行為と法益との無価値連関を明らかにし、且つ、具体的危険と抽象的危険との相違を明らかにするために

は、両者における危険判断は異なるものとして理解されなければならない。危険の発生が構成要件要素とされているか否かということは、この危険判断の相違に関わる問題である。それ故に、危険の発生が構成要件要素とされているか否かという立法形式に基づく、危険犯の類型的区分は、維持されるべきものと解される⁸⁴⁾。

ii) 抽象的危険犯の「抽象性」 具体的危険犯が成立するためには、危険の発生が「具体的」に認定される必要があるが、抽象的危険犯が成立するためには、危険の発生は具体的に認定される必要はなく、「抽象的」に認定されれば足りるといふとき、「具体的」、「抽象的」とは何を意味するのか。既に検討したように、「抽象的」とは判断基底の抽象化を意味すると解することには疑義がある。抽象的危険とは判断基底が抽象化された危険であると解するならば、具体的な行為事情を一切抽象化して、行為の一般的・類型的危険を処罰根拠とする形式説に行き着くまでに、論理的な障壁は存在しない。従って、「抽象的」とは、事実を抽象化することも、行為を抽象化（一般化・類型化）することも意味するものではない。

他方、法益と危険との関係について、危険とは、法益侵害の可能性・蓋然性であるから、同一の事態に対する評価であっても、法益が抽象的に把握されれば、その分危険は具体的になる、ということが指摘されている⁸⁵⁾。即ち、法益を抽象的に規定すればするほど、抽象的危険犯が具体的危険犯に、具体的危険犯が侵害犯に「格上げ」されることになる、と⁸⁶⁾。この指摘は、法益と危険の関係の一般的傾向を言い表したものであるとして、受け入れられ得るとしても、それはあくまでも一般論としてであって、全ての危険犯について、そのまま当て嵌まる議論ではない。集合的・普遍的法益については、それ以上の抽象化は認め難い。また、法益が抽象化されればされる程、危険の発生の有無・程度について客観的・具体的に論定することが困難になるということにも留意すべきであ

る。法益が抽象化されれば、一般的に、危険は具体的になるといい得ても、その具体化とは観念的なものである場合が多く、感覚的議論に陥る虞がある。法益の抽象化は、ある意味において、危険の明確化に繋がりが得るものであるとしても、論理的に、危険それ自体の具体化に繋がりが得るものではなく、抽象的危険犯における行為と法益との無価値連関を実体的に明らかにすることに資するものではないものと思われる⁸⁷⁾。従って、「抽象的」とは、法益の抽象化を意味するものでもない。

以上の考察から、「抽象的」とは、事実を抽象化することも、行為を抽象化（一般化・類型化）することも、また、法益を抽象化（観念化・精神化）することをも意味するものではないということになる。事実の抽象化は、如何なる事実が危険判断に組み込まれるかという問題であり、行為の抽象化（一般化・類型化）は、危険判断の基礎となる、危険の発生源たる行為の性質の措定の問題であり、法益の抽象化（観念化・精神化）は、危険の認定の形式的明確性の確保の問題である。これらは、何れも、危険判断の要素ないし前提の問題であって、危険に関連するものであっても、法益の危殆化そのものを問題とするものではない。抽象的危険犯における「抽象化」は、法益の危殆化それ自体の抽象化を意味し、抽象的危険とは、具体的危険よりも抽象的に論定された、行為と法益との実体的な無価値連関を意味するものであると解される。

iii) **法益の危殆化構造と抽象的危険** 犯罪は法益の侵害・危殆化であるという理解に立つ限り、人の所為のうち、他人に対して影響を及ぼす外界変動を如何なる意味においても惹起し得ないものを、刑法上行為として取り扱う必要はない⁸⁸⁾。行為の処罰を基礎づけるのは、当該行為によって惹起された外界変動としての法益侵害・危殆化に他ならない。

行為の外界に対する作用は、いわば瞬間的にその効果を発揮し、行為が終了した後に、行為とは別の後行事実たる結果が発生するというものではない。行為による外界変動は、行為に後行して出現する、行為から

切り離された固定的な事態ではなく、行為の外界変動作用が、外界を変動させ、途中の変動結果を外界変動作用の要素として組み込みながら、行為に内在する外界変動の因果力の帰結としての外界変動結果へと展開して行く因果的（な作用）過程に他ならない⁸⁹。即ち、行為によって法益侵害という結果が惹起される過程は、行為に内在する法益侵害を惹起し得る因果力が、行為が向けられた外界に作用し、途中の作用結果を取り込みながら、法益侵害を惹起するために必要な因果的条件を具備、統合しつつ、法益侵害に至る事態の因果的過程の展開を開始し、その因果的過程の展開が法益侵害という外界変動（結果）に至る事態の因果的な変動過程である。侵害犯は、行為の外界変動過程が法益侵害に至ったものであり、危険犯は、この外界変動過程における途中の段階として位置づけられる⁹⁰。それ故に、危険は、行為状況たる諸事実及び行為によって惹起された外界変動たる客観的事態を基礎に、行為によるさらなる外界変動も含め、これから生じるであろう客観的事態をも視野に入れ、法益侵害の蓋然性・可能性を認め得るか否かという、客観的事後予測の判断により、論定されるべきものである。また、抽象的危険は、具体的危険の前段階として、具体的危険よりも抽象的に論定されるものであるが、その危険の論定の抽象化は、上記の法益の危殆化・侵害過程（構造）に即して論じられなければならない。

問題は、法益侵害に至る行為の外界変動過程において、具体的危険犯と抽象的危険犯とはどのように区分されるかにある。この点につき、直接的危険、間接的危険、具体的危険という概念を用いて、謝助理教授は次のように説明する。危険の発生が具体的に認定されなければならない。具体的危険は、法益に対する具体的危険状態を前提とするものであって、間接的危険ではあり得ない。具体的危険は、現実中存在する具体的な保護客体（法益）に侵害を与える危殆状態に限定されなければならないからである。従って、危険が明文で規定され、かつ、法益に対する具体的

危険状態を直接に判断することが要求される犯罪類型のみを具体的危険犯と称するべきである。ゆえに、具体的危険犯は必ず直接的危険を意味する⁹¹。これに対し、抽象的危険犯とは、法益侵害の危険性を経験的に判断する犯罪類型と解すべきである。すなわち、抽象的危険犯は、立法者が、「法益の危険状態」の認定を直接に裁判官に委ねることなく、構成要件における様々な要素を組み合わせることによって経験上想定される事態を叙述し、その事態を通して間接的に「法益侵害の危険」を認定している犯罪類型である⁹²、と。直接的危険と間接的危険の区別は、後者が「二重の蓋然性判断」により導き出される危険であるという点にある⁹³。従って、間接的危険もまた、他の行為を経由することなく、当該行為によって直接惹起される危険に他ならない⁹⁴。

上記の見解は、構成要件要素の解釈を通して危険の存否を判断することにより、抽象的危険犯の限定解釈を行おうとするものである⁹⁵。他方、具体的危険犯においては、構成要件要素の解釈を通すことなく、直接危険の存否が判断されるとする⁹⁶。しかし、具体的危険犯における危険の存否も、それが構成要件該当判断である以上、構成要件要素を離れては行い得ない。正確に言えば、具体的危険犯においては、危険の存否は、他の構成要件要素の存否の判断と同様に行われるが、抽象的危険犯においては、危険の存否は、法文上明記された構成要件要素の経験則に基づいた実質的解釈を通して行わなければならないということであろう。そうすると、抽象的危険は、科学的知見に基づく判断によってではなく、経験則に基づく構成要件要素の解釈を通して論定されるということになるのであろうか。そうであれば、科学的知見に照らせば、凡そ法益侵害の可能性が認められない場合であっても、経験則上それが可能であると判断されるのであれば、抽象的危険犯は論定され得るということになる。問題は、経験則とは何を意味するのか、明確ではないという点にある⁹⁷。科学的知見に照らせば危険が存在しないことが明らかな場合には、経験

則によっても危険は認定されないというのであれば、科学的知見に基づく判断とは別に経験則による判断を論じる意味はない。逆に、危険が認定されるというのであれば⁹⁸⁾、経験則による処罰の根拠付けそのものが、問題となろう⁹⁹⁾。経験則は、科学的知見そのものではないとしても、科学的知見によって客観的根拠を与えられ、新たな科学的知見が周知されれば、経験則はそれに従って更新される性質のものであって、科学的知見から独立した全く別異のものではない。そうであれば、経験則ではなく、科学的知見に従った判断によって、危険は論定されるべきものであると解すべきであろう。それ故に、具体的危険犯と抽象的危険犯との相違は、危険の存否の認定基準（法則）の相違ではなく、法益の危殆化状態（構造）の相違に見出されることとなる。

さらに、抽象的危険について、謝助理教授はいう。事前に設定された構成要件要素を経験的判断の前提とみなせば、構成要件該当性というのは、要素内にある前提諸事情が揃ったことを意味する。抽象的危険犯が経験則による判断である以上、想定された後続事情（＝法益侵害やその危殆化）が現実に発生したか否かに関係なく、犯罪が成立しうる¹⁰⁰⁾。解釈論においては、個々の犯罪類型につき、かかる経験則の前提事情を、各要素から読み出し、そして各要素の文言の範囲内で実質的に判断することが必要となる。各要素に内在する危険性は、危険性を徴表する「経験則の前提事情」が揃った場合にのみ認められるものである。詳しくいうと、実質的に判断すべき対象は、経験則それ自体ではなく、経験則の前提事情である¹⁰¹⁾、と。

行為によって惹起された客観的事態が法益侵害に至る蓋然性・可能性があると評価されるとき、危険であると判断される。即ち、危険は、行為によって惹起された客観的事態の中に見出される。それ故に、（経験則の）前提事実こそが実質的に判断されるべきものであるとする上記の見解は、基本的には支持し得る。「危険」という固定的な客観的事態

は存在しない。客観的事態は、その生成経過及び予測される事後の展開を基礎に、法益侵害へと至る可能性・蓋然性が認められるか否かが判断され、法益侵害へと至る可能性・蓋然性が認められる場合に、当該客観的事態は危険である、即ち、危険が発生したと論定されるのである。従って、問題は、どのような客観的事態（事実）が認められれば、危険が発生したといえるかという点にある。謝助理教授は、構成要件要素から読み出された、立法者が前提とし、解釈の基礎となる経験則の前提事情がそれであるとする。

しかし、既に検討したように、経験則は、科学的知見から独立した別個の判断基準とはなり得ない。立法者は、必ずしも科学的知見に従って立法するのではなく、経験則に従って、刑罰法規を定めるということは、当該刑罰法規の解釈が経験則に基づいて行われなければならないということまでをも要求するものではない。経験則は、科学的知見により絶えず修正されることによって、我々の実体験に合致するものとなり、経験則としてより定着してゆく。刑罰法規の解釈が、客観的に受け入れられるためには、科学的知見に基づくものであることが必要である。上記の見解は、具体的危険犯においては、科学的知見による危険の論定を受け入れ、他方、抽象的危険犯について、経験則による危険の論定の抽象化を図ろうとする。しかし、具体的危険犯においても、「解釈の基礎となる」のは、科学的知見（法則）それ自体ではなく、科学的知見（法則）の前提事情である。具体的危険犯と抽象的危険犯との相違は、危険判断の基準たる法則の相違に求められるべきではない。具体的危険も、抽象的危険も、同じく、科学的知見に従って、危険、即ち、行為と法益との無価値連関の存否が実体的に判断されなければならない。従って、両者の相違は、如何なる事実が認められれば危険が論定されるかという点にあると解される。

具体的危険犯においては、危険の発生、即ち、法益の危殆化が具体化

していることが要求される。それ故に、具体的危険が論定され得るためには、前述の、行為に内在する法益侵害を惹起し得る因果力が、行為が向けられた外界に作用し、途中の作用結果を取り込みながら、法益侵害を惹起するために必要な因果的条件を具備、統合しつつ、法益侵害に至る因果的過程が、具体的な形を取って、法益侵害へと進捗しつつあると認められ得る客觀的事態が発生している必要がある。そのためには、法益侵害に至る具体的な因果的過程の展開が開始されたといえる客觀的事態が発生していなければならない。具体的危険犯が成立するためには、法益侵害へと至る因果的過程が具体化されていること、法益侵害へと至り得る因果的過程が現実に展開しつつあることが必要である¹⁰⁰。また、必要な具体化の程度は、法益侵害へと至る因果的過程の具体化の程度が問題となっているのであるから、各法益の性質によって決まる問題であり、個別的に論定されるべきものと解される¹⁰¹。

これに対し、抽象的危険犯においては、具体的危険犯の前段階の法益の危殆化が問題となっている。上記の法益侵害に至る因果的過程が、未だ具体的な形を成していない段階における危険の論定が問題となっているのである。しかし、抽象的危険も、行為と法益との無価値連関が実体的に認められ得るものでなければならない¹⁰²。それ故に、構成要件該当行為が行われたという事実だけでは、当該行為が法益侵害を惹起し得る危険（因果力）を内在するものであるといえても、当該行為と法益との無価値連関が実体的に明らかにされた訳ではない¹⁰³。行為と法益との無価値連関が実体的なものであるといえるには、行為が法益に対する危険を内在するものであることに加え、行為が法益客体に向けられていること、法益客体が行為の作用領域に取り込まれること等々、行為に内在する危険が実現するために必要な因果的諸条件が充足されているか、充足されることが見込まなければならない。即ち、抽象的危険が発生したと論定するためには、行為によって法益侵害が発生させられるため

に必要な因果的諸条件が充足されているか、未だ充足されていない諸条件については、充足されることが見込まれる（充足されることが通常であり、充足されないとすれば偶然の事情によると認められる）ことが必要である⁽⁹⁹⁾。

しかし、ここで注意しなければならないのは、既に検討したように、行為による現実の法益侵害の過程は、先ず、行為が行われ、次に、法益侵害発生のために必要な因果的諸条件が充足され、最後に、法益侵害に至る因果的過程を経て法益侵害という結果に結実する、というように画然とした各段階を順序を追って進行するものではないということである。法益侵害に至る因果的過程は、法益侵害発生のために必要な全ての因果的諸条件の充足を待って始まるものではなく、因果的諸条件の充足の一部は、往々因果的過程の展開と同時進行的に行われる。それ故に、具体的危険と抽象的危険犯とは、法益侵害発生のために必要な因果的諸条件の充足か、法益侵害に至る因果的過程の展開の開始かというように、形式的に截然と区別され得るものではない。両者は、法益侵害発生のために必要な因果的諸条件の充足（ないしその見込み）を前提として、法益侵害に至る因果的過程が具体化しているか否かによって区別されるべきものと解される。法益侵害に至る因果的過程の具体化の有無は、法益客体が指定され、且つ、当該法益の侵害に至る因果的過程が具体的に固定していると認められる否かを基準として判断されることになる。

抽象的危険は、法益客体が完全に指定されていないか、又は、法益侵害に至る因果的過程が具体的に固定しているとは認められない状態における危険である。従って、抽象的危険に求められる法益侵害発生のために必要な因果的諸条件は、法益侵害に至る具体的に固定された因果的過程の展開に必要な諸条件ではなく、法益侵害に至り得る（あり得る）因果的過程の展開に必要な諸条件であるということになる。このような意味における法益侵害の発生のために必要な因果的諸条件の充足（ないし

その見込み)の有無の論定は、法益侵害に至り得る因果的過程の進捗を踏まえながら行われなければならない。具体的危険犯における法益侵害に至る因果的過程の具体化もまた、法益侵害に至る因果的過程の進捗を踏まえながら行われなければならないという点では、同様である。それ故に、危険という概念は、過去の事態の展開に、将来の事態の展開の予測を加えて論定されるという意味において、また、法益侵害に至る因果的過程の進捗を踏まえながら論定されるという意味において、動的な構造を持った概念である。危険の論定は、この動的な構造を踏まえて行われなければならないものと解される。

結びに換えて

本稿における検討を通して得られた、抽象的危険犯における法益の危殆化構造の理解が、抽象的危険犯の解釈にどのように反映されるかという点について簡単に付言し、結びに換えたい。なお、紙幅の関係上、個々の抽象的危険犯の規定の解釈は別稿に譲るとして、本稿における検討を通して得られた、抽象的危険犯における法益の危殆化構造の理解に立てば、抽象的危険犯の諸類型について、どのように理解されるかという点についてその概略を示すにとどめる。

抽象的危険犯は、多様な性質の犯罪を包摂する概念である。抽象的危険犯を一括して論じることが困難であることから、多くの論者によって、抽象的危険犯の類型的分類が試みられてきた⁽¹⁰⁾。ここでは、本稿の理解にとってより関係の深い Schünemann⁽¹¹⁾の分類、及び累積犯⁽¹²⁾について検討する⁽¹³⁾。

先ず、一般的な抽象的危険犯については、本稿の結論はそのまま適用され得る。その結果、これまで、抽象的危険犯と解すべきか、具体的危険犯と解すべきかで争われてきた偽証罪等については、行為と法益との

無価値連関を実体的に判断することから、形式説によるよりも、限定的な解釈を採ることになる。

精神化された中間法益が指定される抽象的危険犯については、近年の刑法による介入の早期化の正当化は、末端の個別的具体的な法益を支える、それ自体として独立した意義を有する中間法益を認め、その要保護性・保護相当性を基礎づけることが出来るかにかかっているとして、中間法益に一定の積極的機能を認める見解¹¹¹⁾もある。しかし、他の法益を支える機能を持つものであっても、それ自体独立した意義を有するのであれば、それは本来の法益と解すべきであろう。抽象的危険に求められる必要な因果的諸条件は、本来の法益の侵害発生のために必要な因果的諸条件であるから、本来の法益との間に精神化された中間法益を指定し、そのような中間法益を介して、行為と本来の法益との無価値連関を問うというのであれば、その連関はもはや実体的なものとはいえない。また、中間法益の危殆化が恒常的・実体的に本来の法益の危殆化に繋がるといふのであれば、中間法益を指定する積極的意味はないものと解される。さらに、法益侵害・危殆化を明確にするという観点から、中間法益として本来の法益よりも抽象度の高いものが指定される場合が多いと考えられるが、既に述べた、法益の抽象化に付随する諸問題が生じることには留意すべきである。

大量発生行為を抽象的危険犯として「処理」することについては、問題が多い。Schünemann は、大量発生行為については、責任原理の観点からの限定解釈の適用範囲外に置くが、何故、責任原理を排除することが適切であるとされるのか、理由は判然としない。責任原理に照らせば、法益に対する危険ないし侵害が完全に排除されていることを確認して行為に出た場合は、不可罰であると解すべきである¹¹²⁾。Schünemann は、「学習理論」を大量発生行為の処罰の正当化根拠とする¹¹³⁾。しかし、仮に、一定の行為について繰り返し学習する必要があるとしても、法益を全く

危殆化するものではないと認められる行為についてまで、学習により逸脱行為を是正するのが必要であるというのは、単なる秩序維持上の要請に過ぎず、犯罪を根拠づけ得るものではない⁽¹⁴⁾。大量発生行為を抽象的危険犯として取り扱うことは、行為と法益との無価値連関を関心の外に置くものであり、支持し得ない。

累積犯は、環境や、種々の制度や、一定の社会的関係の保護を目的として、当該行為それ自体単独では、それらの法益を侵害・危殆化するものであるとは認め難いが、同様の行為が繰り返し行われ、それらの効果が累積することにより、法益侵害・危殆化に至ることを防止するために設けられた、抽象的危険犯の一類型であると解されている。問題は、それ自体単独では、法益を侵害・危殆化するものであるとは認め難い行為の処罰の正当化にある⁽¹⁵⁾。A. v. Hirsch/Wohlers は、社会において個人が負う義務は、「誰にも害を与えるな」というものにとどまらず、「各人に各人のものを配分することが出来る (suum cuique tribuere)」状態を確保するために協力する義務 (duty of cooperation) にまで及ぶ⁽¹⁶⁾ということを前提として、累積犯の処罰は、累積的效果が十分に現実的であること、及び、規範的な観点から可罰的であるとし得る特別な性質を有すること、という二つの観点から正当化され得るとする⁽¹⁷⁾。A. v. Hirsch/Wohlers の見解は基本的に支持され得るものであると解される。累積犯の処罰を正当化する第一の要素は、事柄の重大性、即ち、当該法益が人間存在や社会共同生活にとって非常に重要であり、且つ、当該法益が危殆化・侵害された場合、被害が重大かつ不確定に拡大し、回復が困難で、且つ、非常に大きな負担を要するというに求められよう。しかし、このことだけでは不十分であり、さらに、抽象的危険犯の処罰根拠としての行為と法益との無価値連関が実体的に認められなければならない。即ち、法益侵害・危殆化の機序が明確であり、且つ、当該行為が、法益侵害・危殆化の作用の一端を担っていること、即ち、法益侵害発生のために必要

な因果的諸条件の一つを形成していることが明確であることが必要となる。この二つの要件を満たす場合には、累積犯は、抽象的危険犯の法益危殆化構造を持つものとして、抽象的危険犯の一類型たり得るものと解される。

-
- (1) 「一般的危険」については、拙稿「抽象的危険犯の処罰根拠」大野真義先生古稀祝賀『刑事法学の潮流と展望』（平成12）（＝処罰根拠）97頁，109頁注（6）参照。
 - (2) 危険の「擬制」及び「推定」については、拙稿・処罰根拠97頁，109頁以下注（7）参照。
 - (3) 「反証を許す危険の推定」を認める見解は、形式説からの脱却を図り、実質説への展望を開こうとするものであったといえよう。しかし、その経路は、実体法上のものではなく、手続法上のものであった。「反証を許す危険の推定」については、拙稿「規範的危険概念への道程」内田文昭先生古稀祝賀論文集（平成14）（＝道程）6頁以下参照。
 - (4) 形式説は抽象的危険犯の実質犯としての処罰根拠を明らかにすることを放棄するものであると解することは、正確ではない。抽象的危険犯を単純不服従犯として理解し、形式犯に位置づける Binding 等の見解（Binding, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, *Normen und Strafgesetze*, 4. Aufl., 1922, S.379ff., 399, 409 ; Henckel, H., *Der Gefährbegriff im Strafrecht*, 1930, S.66f. ; Kaufmann, Arth., *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, JZ 1963, S.425, 432 ; Rudolphi, H-J., *Inhalt und Funktion des Handlungsunwert im Rahmen der personalen Unrechtslehre*. in : FS f. R. Maurach, 1972, S51, 59f. ; Schönemann, B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, S.797f., usw.)は別として、形式説の多くの論者は、抽象的危険犯を形式犯から区別し、実質犯に位置づけている。しかし、形式説においては、危険は擬制されたもの、ないしは、反証を許さず推定されものとされ、そこでは、抽象的危険犯の処罰根拠として、構成要件を充足したこと、即ち、法命令に違反し、(行為の類型的性質として法益侵害の危険を胚胎すると立法者が判断した) 禁止された行為を行ったこと以上のものは要求されない。形式説は、抽象的危険犯の処罰における法命題の正当化のみを論じ、法適用の正当化を形式的に処理しようとするものであるといわなければならない。
 - (5) 形式説においては、この区別は立論の基礎となっている。他方、実質説は、具体的危険犯と抽象的危険犯との立法形式の区別は一応の分類であって、最終的には解釈によって分けられるものであるとする（平野・刑法総論 I（昭和

- 47) 120頁, 星周一郎・放火罪の理論(平成16) 84頁以下)が, 構成要件要素として危険の発生が要件とされているものを具体的危険犯とした上で, 構成要件要素として危険の発生が要件とされていない場合であっても, 危険発生を個別的に判断する必要がある(必要がある場合がある)とするのであり, 実質説の論者は, この区別を実質的に修正しようとする方向を示してきた。
- (6) 例えば, 我が国刑法は, 抽象的危険犯である刑法第108条及び第109条第1項の放火罪について, 「焼損」という「(中間)結果」の発生を要求している。
- (7) 平野龍一・前掲書118頁。
- (8) 松生建「危険犯における危険概念」刑法雑誌33巻2号, 平成4(=危険犯)130頁以下, 同「抽象的危険犯における危険」大國仁先生退官記念論集「海上犯罪の理論と実務」, 平成4(=抽象的危険犯)60頁。
- (9) Vgl. Graul, E., Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumptionen im Strafrecht, 1991, S.108f.
- (10) 松生・危険犯135頁, 同・抽象的危険犯60頁。
- (11) 松生・危険犯138頁以下, 同・抽象的危険犯82頁以下。
- (12) Hirsch, H-J., Gefahr und Gefährlichkeit(=Gefahr), in ders. Strafrechtliche Probleme, 1999(=Hirsch 1999), S.558ff., ders., Konkrete und abstrakte "Gefährdungsdelikte"(=Gefährlichkeit), in: Hirsch 1999, S.626, 629, 632. Hirschは, 抽象的危険性犯を実質的不法を伴わない形式的な規範服従違反に位置づけた(Hirsch, H-J., Systematik und Grenzen der Gefährdelikte, in: FS f. K. Tiedemann, 2008, S.149.)。また, Hirschは, 具体的危険性犯として, 適性犯罪(Eignungsdelikte)を考えている(Hirsch, H-J., Gefahr, S.574f. Noch vgl. Hoyer, A., Die Eignungsdelikte, 1987, i.b.S.29ff., 107f., 199ff.)。
- (13) Zieschang, F., Die Gefährdungsdelikte, 1998, S.101., 158ff., 203f.
- (14) Zieschang, F., a. a. O., S.76ff.
- (15) Zieschang, F., a. a. O., S.53ff., 66.
- (16) この点を強調するものとして, 謝煜偉・抽象的危険犯論の新展開(平成24)55頁以下参照。
- (17) 抽象的危険犯の構成要件は, 行為の客体を明記すること, 行為の特性を明記すること等により, 行為と法益との関連性を示している。例えば, 放火罪においては, 「放火して, ……を焼損した」と, 行為客体を示すことにより, 名誉毀損罪においては, 「公然と事実を摘示し, 人の名誉を毀損した」と, 行為の特性を示すことにより, 行為と法益との関連が構成要件要素となっている。また, 適性犯罪であると解される公契約関係競売等妨害罪においては, 公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為」と, 行為の性質を法益関連性を有するものに特定することにより, 行為と法益とが関連づけられている。
- (18) この指摘は, 形式説だけにではなく, 実質説においても, 専ら行為のみを視

野に入れ、行為の危険性を論定しようとする諸見解にも当て嵌まる。

- (19) 堀内捷三・刑法総論〔第2版〕（平成16）64頁以下、渡辺卓也・電腦空間における刑事的規制（平成18）57頁以下、参照。
- (20) 既に紹介したものの他、野村稔・刑法総論〔補訂版〕（平成10）100頁以下。
- (21) 危険判断は、事前判断と事後判断とが統合されたものであるべきであるとして、事前判断による行為の危険性と事後判断による結果としての危険との両方が必要であり、抽象的危険犯においても、事後判断による「結果としての危険＝危険結果」が必要（法的要請）であるとする見解（佐伯一也『『抽象的危険犯』における可罰性の制限について（二・完）』関西大学法学論集46巻2号275頁以下）もある。この見解は、行為無価値＝結果無価値二元論の立場からの帰結と思われるが、行為の危険性と結果としての危険とを異質なものと対置させながら、両者を統合する理由は判然としない。この点については、謝・前掲書48頁以下、56頁を参照。
- (22) 具体的危険犯と抽象的危険犯とにおける危険の程度の大小、及び、危険の程度と侵害への近接性・切迫性について、謝・前掲書95頁以下参照。
- (23) 平野龍一・前掲書120頁、山口厚・危険犯の研究（昭和57）（＝研究）225頁以下、内藤謙・刑法講義総論（上）（昭和58）209頁以下、鈴木茂嗣・刑法総論〔犯罪論〕（平成13）148頁、野村・前掲書100頁以下、金尚均「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性（3・完）立命館法学241号（平成7）335頁以下、など。
- (24) これに対し、同じく、具体的危険と抽象的危険との相違を危険の程度の差にあると解し、抽象的危険犯が成立するためには、具体的危険犯の成立に必要な侵害結果発生の蓋然性（具体的危険）には至らないが、ある程度の具体的危険（抽象的危険）を必要とするとした上で、構成要件要素の規範的性格の強調は、恣意的な構成要件該当判断を招くとの認識に立ち、抽象的危険犯においては、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法益保護に対する現実的作用（抽象的危険化）を欠く限り、刑法的違法性を具備しないと、違法判断の段階において制限解釈が行われるべきであるという見解が主張されている。岡本勝『『抽象的危険犯』の問題性』法学38巻2号（昭和49）（＝抽象的危険犯）122頁以下、同・『『危険犯』をめぐる諸問題』Law School 39号（昭和50）（＝危険犯）43頁以下。構成要件該当性の問題であるとする見解の問題点については、後述4（3）を参照。
- (25) Roxin という。従来 BGH の判例が示してきた（具体的）危険の定式の弱点は、「切迫した危険」あるいは侵害の「蓋然性」の判断のために裁判官の生活経験のみを引き合いに出すに過ぎず、客観的な基準を呈示し得ない点にある、と。
Roxin, C., Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §11 Rn.150.
- (26) 危険概念の理解をめぐる客観説による主観説の克服については、拙稿・道程

- 6頁以下、及び、その引用文献を参照。
- (27) 西ドイツ連邦裁判所は、具体的危険犯が成立するのに必要な危険の程度は、百分率計算を基準とすべきではなく（実際上百分率計算は実行不可能である。）、「遠く離れている危険」では足りず、「個々の場合において判断されるべき切迫した危険」であることを要すとしている。BGHSt 18, 272f.; 22, 344ff.; 26, 179.
- (28) 西田博士は、抽象的危険犯を「一般的、類型的に危険だという場合」と「危険の擬制が行われる場合」とに区別し、後者の場合は「損害が計測不可能であるために、ある一定の行為と法益侵害とが結びつけられている場合」であるとす。西田典之・刑法総論〔第2版〕（平成22）84頁以下参照。 Noch vgl. Anastasopoulou, I., Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S.135ff.
- (29) 具体的危険犯が成立するのに必要とされる危険の「程度」を論じ、その「程度」に達しない危険を抽象的危険であるとして、抽象的危険を消去法的に定義づけることは論理的には可能である。しかし、その場合、抽象的危険犯の処罰根拠は、具体的危険犯の処罰根拠である法益侵害の危険の程度が低められたものとしただけでは説明され尽くし得ない。Kratzsch (Kratzsch, D., Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, S.30, 112ff., 277ff., 292.; ders., Prinzipien der Konkretisierung von abstrakten Gefährdungsdelikten, JuS 1994, S.372ff., 376), Jakobs (Jakobs, G., Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW Bd.97, 1985, S.772ff. ; ders., Strafrecht, AT, 2 .Auf., 1991, 11/25a,b), Müssig (Müssig, B.J.A., Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1993, S.140ff., 185f., 195f., 225f.), Kindhäuser (Kindhäuser, U., Gefährdung als Straftat, 1989(=Straftat), S.224, 280f., 282f., 354 ; ders., Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA 1994, S.199f. ; ders., Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Schünemann, B./Sua'lez Gonzales, C.(Hrsg.), Baustein des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994, S.125, 131) 等の抽象的危険犯の処罰根拠の説明は、この点を念頭に置いたものである。なお、これらの論者の見解とその問題点については、拙稿・処罰根拠100頁以下を参照。
- (30) 例えば、我が国における形式説から実質説への学説の転換の一つの契機となった平野博士の危険判断において「どの程度の危険を処罰すべきか」という問題提起、具体的危険犯においては「さしせまった危険」が必要であるとの主張は、「危険の程度」を量的な意味に限定したものとは言い切れないものがある。また、山口教授は、両者の差異は、危険判断における事実の「抽象化」の程度の差異にあるとする（山口・研究165頁、225頁以下；同「危険犯総論」西原春夫編「危険犯と危険概念」〔日中刑事法学会討論会報告書10〕（平成17）所収（＝危険犯総論）7頁以下）。後述4（1）を参照。
- (31) 謝助理教授は、抽象的危険ないし抽象的危険犯というものを、（危険の）高低および遠近の次元において具体的危険ないし具体的危険犯と対置させる考え

方は、もはや抽象的危険犯の多種多様な立法形態に相応しくない、とする。謝・前掲書97頁。

- (32) 具体的危険犯と抽象的危険犯とは、危険判断の形式を異にするという見解（例えば、名和鉄郎「13講放火罪・溢水罪」中山研一・宮沢浩一・大谷実編『刑法各論』（昭和52）所収211頁以下。さらに、同・「犯罪論における危険概念について」中山研一先生古稀祝賀論文集（平成9）所収229頁以下、も参照。）や、判断方法を異にするという見解（例えば、星・前掲書75頁以下、84頁以下、313頁、謝・前掲書113頁以下、179頁以下）、を参照。
- (33) 一般的危険説及び反証を許さない危険推定説による形式説の基礎付けについては、拙稿・処罰根拠97頁以下（及びその引用文献）、振津隆行・抽象的危険犯の研究（平成19）30頁以下、40頁以下を参照。Vgl. Graul, E., a. a. O., S.144ff.; Schmidt, J., Untersuchungen zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährungsdelikte, 1999, S.22ff.
- (34) その嚆矢は、危険犯を抽象的危険犯の観点から取り扱うことは、刑事不法としての実質を無視するものであり、結局は、不服従犯たるものに重い刑罰を科すものに他ならないとする Ullmann の形式説批判に求められる。Ullmann, E., Die Brandsstiftung, in : Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, BT Bd. 9 , 1906, S.36ff. Noch vgl. Appel, H., Die Verbrechen der Gefährdung von Leib und Leben nach deutschen Recht, 1930, S.27ff., Henckel, H., a. a. O., S.59. この間のドイツにおける議論の展開については、福山道義「危険概念と偽証罪」法学37巻3・4号（昭和49）19頁以下、岡本・抽象的危険犯71頁以下、山口・研究204頁以下を参照。
- (35) Rabl, K., Der Gefährdungsvorsatz, 1933, S. 9 ff., 15ff., 20ff.
- (36) Pütz, W., Der Gefährbegriff im Strafrecht, 1936, S.36ff
- (37) Rabl と Pütz の反証を許す危険推定の理論及びその問題点については、拙稿・道程 9 頁以下（及び、その引用文献）、振津・前掲書42頁以下を参照。
- (38) Graul, E., a. a. O., S.187ff., 232ff., S258f. Noch vgl. Stree, W., Beteiligung an eine Schlägerei-BGSt,16,130, JuS 1962, S.97 ; Volz, M., Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte, 1968, S.32 ; Brehm, W., Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdeliktes, 1973, S.69f. ; Schünemann, B., a. a. O., S.797 ; Schmidt, J., a. a. O., S.40. Noch vgl. Kinndohäuser, U., Straftat, S.245.
- (39) Schröder, H., Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, ZStW Bd.81, 1969, S.15ff. Schröder の見解については、Rabl と Pütz の見解に対する批判がなお妥当する共に、反証を許さない危険の推定が為されている抽象的危険犯を認めるという点で、その不徹底さが批判され得よう。Schröder の見解とそれに対する批判については、拙稿・道程10頁以下（及びその引用文献）、岡本・危険犯41頁以下、振津・前掲書46頁以下を参照。
- (40) Kaufmann, Arth., a. a. O., S.431f. 危険の発生は擬制ないし反証を許さない形で

- 推定されたものであるとする形式説によれば、抽象的危険犯においては危険の認識は不要とされ、行為者が危険の不発生を確信していた場合であっても犯罪の成立を肯定することになる。
- (41) Cramer, P., *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, 1962, S.61ff., noch vgl. S.62f., 74
- (42) Cramer, P., a. a. O., S.67ff. Cramer の見解と、それに対する批判については、拙稿・道程14頁以下（及び、その引用文献）、振津・前掲書46頁以下、謝・前掲書65頁以下を参照。Cramer のこの主張に対し、Kaufmann はいう。危険概念は本来蓋然性（ないしは可能性）という要素を内包しており、危険は、危険の蓋然性（ないしは可能性）としてではなく、望ましからぬ結果発生の蓋然性（ないしは可能性）としてこそ言い表し得るのであって、蓋然性の蓋然性、可能性の可能性、危険の危険ということは意味を成さない、と（Kaufmann, Arth., a. a. O., S.433）。これに対し、Brehm は、殆どの危険概念は、複数の論理的、可能性判断の結合から成る多重の蓋然性の判断を含むものであり、危険を危険判断としてではなく、危険判断に必要な判断基底であると解するならば、Cramer の具体的危険犯と抽象的危険犯の段階づけは、支持し得ると、反論している（Brehm, W., a. a. O., S.99）。山口教授もまた、Cramer の主張は、論理的に成り立ち得るものとする（山口・研究223頁）。
- (43) Vgl. Volz, M., a. a. O., S.14ff., 143ff., 250ff. Volz の見解と、それに対する批判については、拙稿・道程15頁以下（及び、その引用文献）、振津・前掲書58頁以下を参照。
- (44) Rudolphi, H.-J., a. a. O., S.55ff. Rudolphi の見解と、それに対する批判については、松生建「抽象的危険犯と行為無価値論」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）（平成元）（＝行為無価値論）73頁以下、振津・前掲書64頁以下、振津隆行「不法における結果無価値と行為無価値——違法とその阻却に関する一考察——」関法26巻1号（昭和51）180頁以下を参照。
- (45) Rudolphi, H.-J., a. a. O., S.61.
- (46) Rudolphi, H.-J., a. a. O., S.61. Rudolphi は、行為無価値のみによって、不法を根拠づけようとしているのではない（Vgl. ebenda, S69f.）。抽象的危険犯は、企行犯と並んで、行為無価値は単独で既遂犯の処罰を根拠づけることは出来ないという原則の例外を成すことになる（Vgl. ebenda, S69, Anm.63）。
- (47) Brehm の見解と、それに対する批判については、山口・研究211頁以下、松生建・行為無価値論81頁以下、振津・前掲書67頁以下を参照。Noch vgl. Berz, U., *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz. Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten*, 1986, S.108f. ; Kindhäuser, U., *Straftat*, S.176.
- (48) Brehm, W., a. a. O., S93f. Brehm は、結果及び構成要件は、保護法益を呈示することにより具体的態度義務を導き出すための認識根拠となり、結果は、負責

前提 (Haftungsvoraussetzung) ないしは処罰条件であるとする (ebenda, S.95, 123ff.)。

(49) Brehm, W., a. a. O., S.109, 120.

(50) Brehm, W., a. a. O., S.94ff.

(51) Brehm, W., a. a. O., S.105ff. Brehm はいう。このような類型の修正は可能であるばかりでなく、必要でもある。法律構成要件は行為図式を抽象的に記述しており、個々の事例における特殊性は省略されざるを得ない。従って、不法の存否を確認するために、行為が構成要件に包摂されることだけではなく、個々の事例において裁判官の具体的判断を要する場合が多数存在する。構成要件への包摂可能性への言及は、必ずしも当該行為に対する無価値判断を意味しない。抽象的危険犯においても、法律構成要件への包摂が全く危険でない行為の可罰性を基礎づけるか否かは、自明ではない、と (ebenda, S.109,114ff.)。

(52) Brehm, W., a. a. O., S.116ff.

(53) Brehm, W., a. a. O., S.126.

(54) Brehm, W., a. a. O., S.127, 131.

(55) Brehm と同様に、抽象的危険犯を客観的注意義務違反であると解する見解を主張するのが Horn である。Horn はいう。抽象的危険の具体化、即ち、構成要件の行為と具体的法益との関連を求める解釈の方法として、抽象的危険犯を危険結果犯 (Gefahr-Erfolgsdelikte) として捉える方法と危険行為犯 (Gefahr-Handlungsdelikte) として捉える方法という二つの方法がある。前者の解釈は法律と調和するかどうか疑わしいものであり、抽象的危険犯においては、構成要件に記述された行為で、ある一定の法益の侵害の発生に関して不注意な、しかし、法益侵害が現実発生したか否かとは関係なく処罰可能な行為が問題となるとする後者の解釈を採るべきである (Horn, E., Konkrete Gefährungsdelikte, 1973, S.22.)。このことは、抽象的に危険な行為の可罰性を不注意という要素で限定することを意味する (ebenda, S.28)。構成要件において明示的に記述された法益侵害連関を提示していない抽象的危険犯は、範例的に (exemplarisch) 類型化された不注意と解され得る (ebenda, S.94), と。

(56) Brehm, W., a. a. O., S.127, 137ff.

(57) Schünemann, B., a. a. O., S.798. Schünemann の見解と、それに対する批判については、松生建・行為無価値論89頁以下、振津・前掲書74頁以下を参照。

(58) Schünemann, B., a. a. O., S.798.

(59) Vgl. Demuth, H., Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährungsdelikte, 1980, S.106ff.

(60) 抽象的危険犯が過失犯であるとするれば、過失犯たる抽象的危険犯は過失の過失犯ということになるのか。その際、抽象的危険犯と過失の過失犯とは異なるのか、異ならないのか。過失の過失犯とは何を意味するのか。(故意犯たる) 抽象的危険犯 (例えば、放火罪) と過失犯たる抽象的危険犯 (例えば、失火罪)

- との処罰の大きな相違をどのように説明するのか。抽象的危険行為の結果的加重犯たる具体的危険犯（例えば、建造物以外のものの放火罪）や抽象的危険犯の結果的加重犯（例えば、往來の危険による列車転覆等）の処罰根拠はなにか、等々の問題は、抽象的危険犯を故意犯として理解することによってこそ答え得るものと解される。
- (61) ドイツにおいて、抽象的危険犯の過失犯的構成は、その後、Wolter (Wolter, J., Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Straftatsystem, 1981, S.276ff.), Meyer (Meyer, A. H., Die Gefährdungsdelikte, Ein Beitrag zum Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 1992, S.183ff., 191, 206ff.) 等によって展開されて行くことになる (Noch vgl. Roxin, C., a. a. O., §11 Rdn.145ff.) が、この理論が我が国における議論に与えた影響は殆どなかったといつてよい。
- (62) 山口・危険犯総論 8 頁
- (63) 山口・研究151頁以下。
- (64) 山口・研究164頁以下。
- (65) 山口・研究225頁。
- (66) 山口・危険犯総論 8 頁
- (67) 山口・研究164頁以下、同・問題探求刑法総論（平成10）（＝問題探求）217 頁以下。
- (68) 山口・研究166頁以下、同・問題探求218頁、同・刑法総論〔第2版〕（平成19）276頁。
- (69) 井田教授はいう。6回に1回弾丸が出る確率的可能性がある拳銃を手段として人を殺そうとする場合と、6つある小屋の1つに人がいることが明らかとしようときにそのうちの1つの小屋を狙って爆発させる場合とで、異なった判断が必要であるようには思われない、と。井田良「危険犯の理論」山口厚／井田良／佐伯仁志・理論刑法学の最前線（平成13）（＝危険犯の理論）186頁。
- (70) 山口教授は、先ず、未遂犯に関する判例の検討を行い（山口・研究131頁以下）、判例は、未遂犯の具体的危険を判断するに当たっては、客観的な見地に立ちつつ、現実に存在した事実を、仮定的に想定された事実と置き換えるということをも認めているということを描し（同書139頁）、その後、具体的危険犯における具体的危険に関する判例の検討を行い（同書143頁）、上記のことは具体的危険犯における具体的危険にも妥当することを確認した（同書149頁）上で、具体的危険の内容及び判断の検討を行っている（同書150頁以下）。
- (71) 山口・研究162頁以下。
- (72) Schühnemann, B., a. a. O., S.795.
- (73) Demuth, H., a. a. O., S.106f.
- (74) 科学的な因果法則を判断の基礎に置き、従来から争いがあった判断基底の問題を仮定的な事実との置換という方法に解消することによって、客観的危険説

の立場を貫徹しようとした試みであると評価し得る。

- (75) 抽象化説の問題点として指摘した点は、説明の仕方の問題であるといえる面も含んでいる。しかし、存在した事実置き換えて、存在しなかった事実を判断基底に組み込むという説明の方法を採らざるを得なかったことは、危険の存否を事後判断によって論定しようとするこの問題性を示すものであると解される。
- (76) 村井敏邦「不能犯」芝原邦爾他編・刑法理論の現代的展開Ⅱ（平成Ⅱ）176頁以下、林陽一「不能犯について」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（平成10）379頁以下、内山良雄「不能犯」現代刑事法17号（平成22）54頁以下、など。各論者により詳細は異なるが、基本的な理解の方向として、危険判断をこのように捉えている。
- (77) 松生教授は、逆に、法益侵害不発生が偶然、即ち、科学的認識に基づく説明不能場合に危険性が認められるとする（松生・危険犯251頁以下、同・抽象的危険犯84頁）。さらに、鈴木茂嗣「刑法における危険概念」光藤景皎先生古稀祝賀論文集（平成13）1009頁以下を参照。また、未遂犯における実行の着手の要件としての危険について、結果発生の時間的切迫性と自動性を択一的な要件とする、塩見淳「実行の着手について（3）」法学論叢121巻6号（昭和62）17頁、井田良「未遂犯と実行の着手」現代刑事法20号（平成12）84頁以下、を参照。
- (78) この点については、井田・危険犯の理論185頁を参照。なお、林・前掲論文399頁以下も参照。
- (79) 不確実性説については、さらに、どのような場合に不確実性が認められるのかということが問題となる。科学的知見に従って、些かたりとも確実性が認められない以上、不確実性が認められるという訳ではないと思われる。不確実性説は、不能犯の処罰根拠を明らかにすることを目的として、展開されているものである。そこでは、危険の存否が問題とされているが、どの程度の不確実性が認められれば、危険が存在するかという問題、具体的危険と抽象的危険とを区分する不確実性の程度の問題等は射程の外に置かれているものと思われる。
- (80) 林教授はいう。時間の経過と共に危険が増大してゆくという、人間の極めて自然な感覚に基づく考え方は、本来、多くの学説が前提としていた機械的決定論と矛盾するのではなかろうか。けだし、機械的決定論の立場からは、結果は発生するか否かのいずれかが予め決定されているのであり、また、何らかの基準の基づく事情の抽象化を行うとしても、その基準が変わらない限り危険の量が変化することはあり得ないからである、と。林・前掲論文381頁以下。機械的決定論の当否、及び、既に検討した危険の程度の問題は横に置くとして、林教授のこの指摘を危険の存否の問題としては受け入れるとしても、危険の実現の過程の問題としては、なお「増大」ということは、認められ得るものと解される。

- (81) 例えば、平野・前掲書120頁。星・前掲書84頁以下、など。その他にも、このような主張は、両者を同質のものとする実質説の多くの論者に見られるところである。前出注(5)を参照。
- (82) 謝助理教授はいう、抽象的危険犯における「結果」を「法益侵害やその危険」に限定しつつ「結果としての侵害や危険はあらゆる犯罪に共通する構成要件要素でなければならない」という当為的な要請を強引に貫徹しようとするれば、「外界の変動状態」と「法益侵害やその危険」との間の論理的な対応関係のない抽象的危険犯に「(書かれざる)結果としての抽象的危険」を貼り付けることによって、危険概念に混乱を招く、と。謝・前掲書89頁。但し、問題は、「結果」の理解にある。行為と対置させられた「結果」を問題とするのであれば、謝助理教授の指摘は正鵠を射たものとなるが、「結果」を行為と相関的な関係にある客観的事態と解するならば、この指摘は当たらない。法益侵害・危殆化に対応しない外界変動を刑法上問題とする必要は存在しない。抽象的危険犯においては、行為による外界変動が法益の危殆化であると評価し得るか否かが問題となっているのである。
- (83) 岡本・危険犯43頁以下を参照。この点が、抽象的危険犯の限定解釈を構成要件該当判断ではなく、違法判断において行うべきであるという見解の根拠となっている。前出注(24)も参照。書かれざる構成要件要素が認められるのは、関係諸規定との論理的関係に照らし、当該要素が構成要件上当然予定されている場合、及び、当該規定の明確化のために必要な要素である場合に限られるべきであろう。
- (84) 具体的危険犯も、抽象的危険犯も、多様な犯罪を包摂する概念であり、危険の実態も多様である。しかし、具体的危険犯、抽象的危険犯の内部で複数の類型化が可能であるということと、具体的危険犯と抽象的危険犯との典型的区分とは次元を異にするものと解される。
- (85) 山口・危険犯総論10頁。
- (86) 井田・危険犯の理論178頁。なお、井田教授は、その背景として、法益概念が処罰限定機能を失いつつある事情を指摘する。
- (87) 法益を抽象的価値 (abstrakter Wert)、観念的事態 (ideellen Sachverhalt) であると解し、実体的な基体 (materielle Substrat) である法益客体から区別して (Berz, U., a. a. O., S35.), Berz いう。法益毀損 (Rechtsgutsbeeinträchtigung) は、抽象的価値、観念的事態たる法益の妥当ないしはその妥当要求の軽視 (Mißachtung seiner Geltung, seines Geltungsanspruchs), 又は、法益に由来する尊重要求の侵害 (Verletzung des von ihm (dem Rechtsgut) ausgehenden Achtungsanspruchs) である (ebenda S.42)。抽象的危険犯においては、通常、保護法益の侵害又は危殆化に至る態度が詳細に規定されている。従って、抽象的危険犯の規定は、一般的な注意規則を意味し、その違反は原則的には行為不法を基礎づける。抽象的危険犯の規定の基礎となっている行為は、その一般的な侵害的傾向

（Schadensneigung）の故に、大概、人間の共同生活にとって必要な信頼の基礎（Vertrauensbasis）を動揺せしめるからである。このような行為を行うことは、通常（in aller Regel）、保護法益の妥当の軽視ないしはその法益の妥当要求、尊重要求の軽視を意味する（ebenda S.113f.）。しかし、過失による抽象的危険犯の構成要件実現の場合、即ち、行為者が、一定の外部的に表出した、事後的に検証可能な諸事情に基づき、自己の行為が侵害（Schädigung）に至らないであろうことを確実に知っており、且つ、侵害が現実には生じなかった場合には、このとは当て嵌まらない。この場合、結果不法は欠如しており、且つ、行為者は自己の行為の非危険性を確実に認識して行為を実行しているのであるから、行為不法も存在しないからである（ebenda S.114）、と。Berzは、法益を観念的に理解することによって、抽象的危険犯の処罰根拠を、行為の一般的・経験的危険性によって基礎づけられた、一般的注意規則たる抽象的危険犯の規定に対する違反に見出す。Berzにおいては、法益の観念化は、法益毀損の明確化に繋がっているが、法益毀損の内容は、抽象的・観念的なものとなっている。

- (88) 生田勝義・行為原理と刑事違法論（平成14）54頁以下を参照。
- (89) 行為の外界変動構造は、行為と外界及び途中の外界変動（結果）とが、相互に作用しながら、外界変動結果に至る因果的過程として理解されるべきものである。行為も、行為による外界変動も、ある時点での固定した事態として惹起されるものではなく、またそのように理解されるべきものでもない。行為と結果とを、固定的な別個の事態として捉え、両者を対置するという理解は、この点を決定的に看過した、実態を直視しない、観念的な図式化であると解される。行為の危険性と結果としての危険とを対置する見解に対する外在的批判の核心は、この点にある。
- (90) 法文上一定の結果事態が明記されている場合であっても、それが危険を徴表する中間結果であると解される場合には、放火罪のように、侵害犯ではなく、危険犯と解されるのは、このことを示すものである。
- (91) 謝・前掲書103頁以下。他方、直接的危険については、具体的危険の判断基準（客体の作用領域への取込み、及び、侵害実現の切迫性）を逐一検証する必要がないが故に、必ずしも具体的危険（＝具体的危険状態）だというわけではないとする。同書105頁以下。
- (92) 謝・前掲書107頁。謝助理教授は続けていう。それゆえに、抽象的危険犯は、論理的な構造の相違からすれば、もはや具体的危険犯の前段階に位置づけることはできず、また、抽象的危険は、必ずしもつねに具体的危険より低い・遠い危険を意味するわけではないのである、と。なお、謝助理教授は、危険の程度を、危険の高低（結果発生の蓋然性・可能性の程度）、危険の遠近（侵害結果への時間的に接近した程度）、及び、危険の軽重（危険が実現した場合の結果の重大さ）の積として確定される（侵害結果発生の重大さを考慮し、当罰的な基準としての処罰段階の遠近や蓋然性の高低を反比例的に調整される）べきも

- のとする。同書95頁以下，123頁以下。
- (93) 謝・前掲書102頁。
- (94) 謝助理教授は，間接的危険について，Brehmの「二重の蓋然性判断」(Brehm, W., a. a. O., S.80. Brehmはいう。「蓋然性の蓋然性」という命題は，ある状態が存在することが可能であり，且つ，その状態が存在すれば侵害が生じ得るという場合にのみ有意義であり，論理的に意味を持つ，と。)の産物であるという。謝・前掲書102頁。しかし，Brehmは，危険の認定の仕方の問題として，「二重の蓋然性判断」を論じているかどうかは疑問である。行為と法益との無価値的な連関という点では，具体的危険も抽象的危険も，共に，実質犯である以上，行為と法益との直接的な無価値連関が認められなければならない。
- (95) 謝・前掲書54頁以下，90頁，106頁，113頁以下，119頁を参照。同様の見解として，星・前掲書155頁以下，283頁以下。
- (96) 謝・前掲書104頁。
- (97) 謝助理教授は，立法者による，抽象的危険犯における危険性の経験的な想定は基本的に許容出来るものとした上で，条文の背後に設定された経験則の有無やその是非を検討しなければならず，立法者により設定された経験則それ自体の適切さを検討する作業は，解釈論においてだけでなく立法論の領域にも属する，とする。謝・前掲書107頁。
- (98) 謝助理教授は，このことを認めるのではないかと思われる。謝・前掲書106頁以下を参照。
- (99) 山口・研究69頁以下参照。ここでは，科学的知見によって危険の発生が否定される場合に，経験則が，科学的知見から独立した別異のものとして，危険の発生を基礎づけ得るか否かが問題となっている。
- (100) 謝・前掲書113頁。
- (101) 謝・前掲書115頁。謝助理教授はいう。抽象的危険犯の限定解釈の一般原理は，まとめていうと，3つの段階に分けられる。第1に，条文の背後にある経験則を明らかにすること，第2に，文言の範囲内で各構成要件要素に内在する経験的判断の前提事情を読み出すこと，そして，第3に，具体的場面において上記の前提事情が揃ったか否かを実質的に判定することである，と。同書123頁。
- (102) 法益の具体化は，具体的危険の要件ではない。例えば，公共危険犯においては，不特定多数の個人的法益の危殆化が問題となっており，法益主体は概括的に把握され，特定され得ない。法益の具体性ではなく，法益侵害へと至る因果的過程の具体性が具体的危険を基礎づけるのである。
- (103) 山口・研究173頁以下参照。
- (104) Zieschangは，抽象的危険犯の下位類型として，危険の程度の低いものを指定し，抽象的危険犯の一部をそこに移す考え方(前出注(4)参照。)を批判し，行為と法益との実質的な無価値連関が認められ得ないものを犯罪化することがあってはならないことを強調する。Vgl. Zieschang, F., a. a. O., S.369ff.

- (105) Frisch が、純粋な (rein) 抽象的危険犯という類型は、可能な限り刑法から排除され、回避すべき結果をもたらす行為の具体的な事前的適性 (konkrete ex-ante-Eignung) に置き換えられるべきであるとする (Frisch, W., An den Grenzen des Strafrechts, in: FS f. W. Stree und J. Wessels, 1993, S.93) のも、この意味におけるものであると解される。
- (106) 謝助理教授は、経験則の前提事情が揃っただけでは十分ではなく、法益侵害を防ぐために国家の介入を要する危険の程度の境界線は、ふつう危険の「高低」・「遠近」・「軽重」の積によって確定されているとする。謝・前掲書123頁以下（なお、前出注92参照。）。しかし、これらの積を基準とするとしても、それぞれの要素の尺度も、それらの積の尺度も明確ではない。これは感覚的な総合判断に陥る虞のある議論である。前提事情が法益侵害発生のために必要な因果的諸条件たり得るか否かという観点から、行為と法益との無価値連関を実体的に明らかにすべきである。
- (107) 古くは、抽象的危険犯の実質犯としての処罰根拠を明らかにするために、形式説の立場からも、行為と法益との無価値連関が極めて希薄なものを秩序違反罪や不真正ないし非本来的抽象的危険犯とする見解に始まり（前出3参照。）、具体的・抽象的危険犯概念を提唱した Schröder の分類（前出注（39）参照。 Noch vgl. Schröder, H., Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, 522ff.）、危険の程度により具体的危険犯、抽象的危険犯をそれぞれ二類型に区分する山口教授の4分説（山口・研究172頁以下、249頁以下、261頁以下）、抽象的危険犯とは別の第3の類型として適性犯を類型化した Hoyer の適性犯論 (Hoyer, A., a. a. O., isb. S.201.)、既に検討した、結果としての危険と行為の危険生徒との区分に基づく Hirsch, Zieschang の分類（前出1 行為の危険性と結果としての危険を参照。）、Wohlers の具体的危険性犯、累積犯、及び予備的犯罪という三分類 (Wohlers, W., Deliktstypen des Präventionsstrafrechts : zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000, S311ff., ders., Rechtsguttheorie und Deliktsstruktur, GA 2002, S.18f.) 等々、種々の抽象的危険犯の分類が呈示されて来た。
- (108) 前出3 抽象的危険犯の過失犯の構成を参照、前出注（58）も参照。
- (109) 累積犯の概念は、Kuhlen の提唱による (Kuhlen, L., Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB), GA 1986, S.399fff.) ものであるとするのが一般的理解であるが、既に、Gallas が同様の理解・発想を呈示していた。Gallas, W., Abstrakte und konkrete Gefährdung, in : FS f. E. Heinitz, S.171f., 181. Noch vgl. Loos, F., Zum "Rechtsgut" der Bestehungsdelikte, in : FS f. H. Welzel, 1974, S.891f.
- (110) 集散的・普遍的法益に対する抽象的危険犯についても論究すべきであるが、問題が余りにも大きくなるので、別稿に譲りたい。
- (111) 山口・危険犯総論10頁。なお、和田俊憲「賄賂罪の見方——職務型賄賂罪と行為型賄賂罪：破産法罰則を題材として——」高山佳奈子・島田聡一郎編『山

口厚先生献呈論文集』(平成26) 367頁以下を参照。

(112) Vgl. Zieschang, F., a. a. O., S.374.

(113) Schünemann, B., a. a. O., S.793, 798.

(114) Vgl. Frisch, W., a. a. O., S.92.

(115) この点を根拠に、抽象的危険犯の一類型として累積犯という概念を立てることを否定する見解が有力に主張されている。例えば、謝助理教授は、累積犯は、正に社会的リスクコントロールの一環であり、リスク概念が刑法理論へと浸み込みつつある象徴であり、予測不可能なリスクに対する人々の「不安・不信」を解消するという名目で、過剰な予防的介入が累積概念を通じて簡単に正当化されることになると批判する(謝・前掲書139頁)。他方、Anastasopoulou はいう。集合的法益に対する侵害は、法益の徹底的な破壊を意味するものではなく、法益に対する明白な傷跡を残すという効果が認められれば、侵害であると解され得るのであり、累積犯は侵害犯に属する(Anastasopoulou, I., a. a. O., S.203ff.)。集合的法益に対する侵害や危殆化状態は概念的に不明確であり、侵害と具体的危殆化との区別は實際上判定不可能である以上、従来の抽象的危険犯の理論構造ではこのような曖昧な集合的法益の保護は引き受けきれないので、そのような集合的法益の保護に相応しい犯罪類型＝累積犯の処罰根拠を構築する方が適切である(ebenda, S. 3 f.), と。

(116) A. v. Hirsch / Wohlers, W., Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur : zu den Kriterien fairer Zurechnung, in : R., Hefendehl / A. v., Hirsch / Wohlers, W. (hrsg.) Die Rechtsgutstheorie, 2003, S.207f.

(117) A. v. Hirsch / Wohlers, W., a. a. O., S.208f.