

## 抽象的危険犯について（一）

## 目次

- 第一章 議論の意味
- 第二章 具体的危険と抽象的危険の相違点をめぐる従来の議論
  - 第一節 量的相違説
  - 第二節 量的相違説の盲点
  - 第三節 原因説的アプローチによる質的相違説
- 第三章 新しい質的相違説
  - 第一節 リスクマネジメントの視点からの理論構成
  - 第一款 「リスク社会」における事前規制技術としての抽象的危険犯  
(以上、本号)
  - 第二款 その問題性
  - 第二節 ルーマンのリスク論における「リスク」と「危険」の区別
  - 第三節 コンフリクトマネジメントの観点からの理論構成
- 第四章 新しい質的相違説における「行為の危険性」の意義

加藤 正明

第一節	問題の所在
第二節	ルーマンの社会理論
第一款	社会の自己言及としてのコミュニケーション
第二款	機能分化
第三款	コミュニケーション・メディア論の展開可能性
第四款	シンボルによって一般化されたメディア
第三節	制御困難性としての行為の危険性
第五章	結語

## 第一章 議論の意味

一 「危険犯」とは、法益侵害の危険が発生したことを構成要件要素とする犯罪である。伝統的分類によれば、行為によって何らかの外界変動が生じたことを構成要件要素とする犯罪は、「挙動犯（単純行為犯）」に対して、「結果犯」とよばれる。多くの犯罪では、「実質犯」といって、保護法益の侵害またはその危険の発生が構成要件要素になっている。例えば、住居侵入罪（刑法一三〇条）や偽証罪（同一六九条）は挙動犯であるけれども、行為そのものによって侵害されたり、危険にさらされたりする法益があるとして、実質犯に分類される。処罰根拠を法益侵害または危険によって実質化したい犯罪は「形式犯」とよばれるが、さしあたって形式犯の存在は問題にしないでみると、挙動犯であっても、実質犯である以上、行為それ自身が法益侵害またはその危険をともなっているというだけで、理論的には行為と結果を区別できる。ゆえに、結果犯と挙動犯を区別することにはあまり意味がないことになる。<sup>(2)</sup>ともかく、刑法犯は、法益侵害の発生を構成要件要素とする「実質犯」か、そうでなければ、法益侵害の危険の発生を構成要件要素とする危険犯かのどちらかである。

危険犯は、ごくおおまかには、「危険」という言葉が当該条文に書かれているか否かで、「具体的危険犯」と「抽象的危険犯」に二分される。例えば、放火罪は公共危険の発生、すなわち、不特定または多数人の生命・身体・財産が損なわれる虞があることを処罰根拠とする危険犯であるところ、現住建造物等放火罪（刑法一〇八条）や他人の所有にかかる非現住建造物等放火罪（同一〇九条一項）が単に所定の客体を焼損しただけで成立するかのようにならされているのに対して、自己の所有にかかる非現住建造物等放火罪（同一〇九条二項）や建造物等以外放火罪（同一一〇条）は「公共の危険」の発生を要件として明記している。刑法一〇八条、一〇九条一項は抽象的危険犯で、一〇九条二項、

(4)

一一〇条は具体的危険犯である。また、公務執行妨害罪（刑法九五条一項）は職務を遂行中の公務員に暴行・脅迫をくわえる行為を処罰するが、これは公務員の身体の安全や自由を保護するのではなく、公務員によって問題の公務が円滑に遂行されることを保護するためにある。ところが、そのような危険の発生は文言上要求されていないので、公務執行妨害罪は抽象的危険犯に分類される。

二 抽象的危険犯は、伝統的には、危険の現実的発生の有無にかかわらず、危険が発生したものと擬制される犯罪類型だとされていた。團藤重光は、現住建造物等放火罪が「実は、処罰の根拠が公の危険にあるだけで、その抽象的危険の発生さえも構成要件の要素にはなっていない」と述べる。つまり、たとえ「抽象的危険」が発生しなかったとしても、「抽象的危険の発生がつねにあるものと擬制」されるため、同罪の成立は阻却されないのだ、と。これは「擬制説」とよばれる。

ただ、危険犯を実質犯に位置づける以上、抽象的危険犯といえども、法益侵害の危険がおよそ欠ける場合まで処罰するのは不当というよりほかはない。すでに、小野清一郎は、証人が自己の記憶に反すると思いつながら陳述した事実が、はからずも客観的眞実に合致していたという場合に偽証罪の成立を認めることを疑問視し、以下のように述べていた。「虚偽の陳述が全く事件の判断を誤らしめる虞（抽象的危険）のない場合には、本条に関する行為の定型性、従つて構成要件該当性を欠くものと考えらるる」<sup>(4)</sup>。

團藤も危険判断の余地をおよそ否定するわけではない。そのことが看とれるのは、乗船員一名の乗った漁船を厳寒の中、当時ソビエト連邦が実効支配していたウルップ島海岸の砂利浜に正面から衝突させ、船底部の三分の一を乗り上げさせて座礁させたうえ、機関室内のバルブを開放し、同室内に海水を取り入れて自力で離礁できなくした行為が、船底を破損しなくとも、艦船破壊罪（刑法一二六条二項）にいう艦船の「破壊」にあたりとされた判例におい



て、最高裁判所裁判官として團藤が付した、以下の補足意見である。艦船を座礁させたうえ自力で離礁できなくすることは、それによって艦船の航行能力が失われるという点では、「破壊」にあたりうる。ただし、「通常の形態における覆没・破壊」とちがって、現在する人の生命・身体に対する危険の発生を当然にともなうものではないから、右危険が認められる態様で座礁させたのでなければ、本罪は成立しない、と。<sup>⑤</sup>

要するに、問題の行為がそれ自体としてはらむ、いわば実行行為としての危険と、構成要件の結果としての危険の二つが存するところ、抽象的危険犯において「擬制」されるのは後者の危険なのである。だから、実行行為を実質的にとらえることまで排除されるわけではない。用語の混乱を避けるため、実行行為としての危険を「行為の危険性」とよぶ。團藤は、上記の小野説に反対して、自己の記憶に反する証言をおこなうことがそれ自体として「裁判（または懲戒処分）を誤らせる抽象的危険をつねにもっている」と述べる。<sup>⑥</sup> 本稿の用語法に従えば、自己の記憶に反する証言行為の一般的危険性は認められるから、結果として「全く事件の判断を誤らしめる虞」（小野）がなくとも、偽証罪は成立しうるということになる。

では、行為の危険性は危険犯の不法（危殆化不法）を基礎づけるのに十分か。この問いに否と答える立場からは、危殆化不法は、行為によって「危険結果」が惹起されたことを不可欠の要素とすることになる。ゆえに、抽象的危険犯も実質犯である以上、危険結果が「擬制される」という理論構成をとることは許されない。<sup>⑦</sup> したがって、抽象的危険犯と具体的危険犯は、結果としての危険が擬制されるかどうかではなく、結果としての危険の内容によって区別される。この点、抽象的危険は具体的危険よりも程度の低い危険であって、具体的危険犯と抽象的危険犯の区別点はいわば量的な相違にみいだされる。両者の相違をどのようにとらえる見解を「量的相違説」とよぶことにする。

三　ところで、最高裁が抽象的危険の判断をしてみせた最近の例が、いわゆる国公法二事件最高裁判決である。<sup>⑧</sup> こ

れは、社会保険庁東京社会保険事務局都内事務所で相談室付係長として相談業務を担当していた厚生労働事務官が、日本共産党の機関紙「しんぶん赤旗」を勤務先の所在地や管轄区域から離れた、自己の居住地の周辺の住居等に投函した行為（①事件）が、また、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐の地位にあった者がしんぶん赤旗を警視庁職員住宅の集合郵便受け合計三二か所に投函した行為が（②事件）、国家公務員法一一〇条一項一九号・一〇二条一項違反の罪に問われた事件である。①、②の行為とも勤務外の活動としておこなわれている。

国家公務員法一〇二条一項は、職員に対して、「選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為」を禁止し、これを受けて、人事院規則一四一七第六項七号は、「政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物」の配布を「政治的行為」と定める。同規則四項によれば、職員が右行為を勤務時間外におこなう場合にも適用される。

最高裁は、国公法が政治的行為を禁止する目的は「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持すること」にあるとしたが、勤務時間外に政党の機関紙を配布する行為に「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるか」どうかを問い、これを①事件では否定し、②事件では肯定した。

明暗を分けたのは、当該公務員の行政組織内での地位である。①事件の職員が、年金受給の可否や年金の請求、年金の見込額等に関する問い合わせに回答し、必要な手続をとるよう促すという「裁量の余地のないもの」だったのに対して、②事件の職員は、課長補佐として部下である各係職員を直接指揮するとともに、総括課長補佐として他の課長補佐等からの業務の相談に対応するなど課内の総合調整等をおこなう立場にもあった。総括課長補佐の立場は、したがって、「指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位」ゆえ、「裁量権を伴う職務権限の行使の過程の様々な場面でその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まり、その指揮

命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねないのだ、と。

つまり、公務員には自己の裁量、ないし組織内における権限を濫用する可能性があるところ、政治的中立性を損なう「実質的」な虞がないのは、そのような裁量・権限をもたない職員だというわけである。②事件の須藤正彦裁判官による反対意見は、「公務員組織における各公務員の自律と自制の下では」、自己の政治的傾向を職務に持ち込もうとする職員がいるとは「通常考えられない」し、万が一、そのような職員がいたとして、「公務員組織においてそれを受入れるような土壌があるようにも思われぬ」から、法廷意見のいう「おそれは甚だ漠としたものであり、観念的かつ抽象的なものにとどまる」と批判する。法廷意見による上記推論は、公務員が公務員倫理の根本たる「公私の区別」をわきまえているとはかぎらないとの、その当否に争いのありそうな前提下ではじめて成立するものである。

四 さて、抽象的危険と具体的危険のちがいは、量的相違説のいうように、「程度の差」に尽きるのだろうか。

同説からは、右判例は容易に正当化できよう。すなわち、公務員も人間だから、公務員倫理をわきまえていても、魔がささないともしかぎらない。本罪は抽象的危険犯だから、裁量・権限を濫用する客観的可能性がゼロでなければ、実質的危険は多少なりとも発生しているのだ、と。量的相違説は、このように、「結果としての」危険がない」の否定（「危険がなくもない」）から、「多少の危険はある」という結論を引き出すところにその特徴がある。<sup>9)</sup>

そうだとすれば、結果としての抽象的危険を要求することの意味が改めて問われてくるように思われる。抽象的危険犯に要求される実質的な「危険度」をそこまで低く設定するのと、「行為の危険性が認められるのなら、結果としての危険があらうとなかろうと処罰する。それが抽象的危険犯なのだ」との趣旨に理解された擬制説とのあいだに、どれほどの違いがあるのだろうか。

そこで、本稿は次の順に、抽象的危険犯における危険概念について論じる。まず、量的相違説を批判的に検討した後、原因説的なアプローチによって抽象的危険を具体的危険とは質的に異なったものとしてとらえる、従来の「質的相違説」をとりあげる。結論から先に述べれば、後説もまた根本的な問題をかかえている。本稿は、これらをつまみえ、かつ、昨今の抽象的危険犯論の「新展開」を受けて、リスク社会論、とりわけニクラス・ルーマンのリスク論を手がかりに、従来の質的相違説とは一線を画する「新しい質的相違説」を提唱するものである。

- (1) 團藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社、一九九〇)一二八―一二二頁を参照。
- (2) 山口厚『刑法総論(第三版)』(有斐閣、二〇一六)四六頁は、「犯罪は、単純行為犯と呼ばれている犯罪を含め、すべて結果犯であるということが出来る」と述べる。
- (3) 團藤・前掲『総論』一三〇頁注一六。同旨のことを述べるのは、平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、一九七二)一一〇頁。
- (4) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』(有斐閣、一九四九)四〇頁。
- (5) 最決昭和五五年二月九日刑集三四卷七号五―三頁。
- (6) 團藤『刑法綱要各論(第三版)』(創文社、一九九〇)一〇一頁。
- (7) 北野通世「抽象的危険犯における法益の危殆化構造」山形大学法政論叢六〇・六一号(二〇一四)一二―一四頁は、「行為に内在する性質それ自体としての『危険性』としての行為の危険性が(結果としての)危険であると判断されるのは、「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」であって、実質説はこの点を捨象するわけにはいかないとする。北野がいうには、具体的危険犯においては結果としての危険が問題となるのに対して、抽象的危険犯においては行為の危険性が問題となると解するのは、どちらも「法益と関連づけられた行為の危険性」が問題なのに、互いに異なる範疇の問題であるかのように思っているにすぎない。つまり、具体的危険と抽象的危険の「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」。
- (8) 最判平成二四年二月七日刑集六六卷二二号二三三七頁(①事件)、最判平成二四年二月七日刑集六六卷二二号一七二二頁(②事件)。

(9) 塩見淳「危険の概念」ジュリスト増刊『刑法の争点』(二〇〇七)二五頁は、「危険がおよそないとはいえないとの消極的な判断によって『結果としての危険の発生』が認定されていると言い難い」し、また、「危険」の文言が欠ける抽象的危険犯において、危険がおよそ認められない場合の「阻却的処理の条文上の根拠は明らかとはいえない」と述べて、量的相違説に疑問を投げかける。しかし、いちおう、論理的には「危険はない」を否定すれば「危険はある」になる。それに、危険がなければ不可罰であるとの帰結は「抽象的危険犯もまた実質犯である」という前提から導かれよう。所論は批判に性急すぎる憾みがあるように思う。

## 第二章 具体的危険と抽象的危険の相違点をめぐる従来の議論

### 第一節 量的相違説

一 量的相違説の原型となったのは、岡本勝による抽象的危険犯の「制限的解釈」である。

彼によれば、抽象的危険犯における危険判断は、「客観性」に欠ける点に問題がある。危険とは、人間の認識能力の限界ゆえ、手持ちの資料では結果が確実に発生すると、確実に発生しないともいえない、という意味での不確実性をあらわす。だから、危険判断は、「事象を規定している因果的諸要因の不完全な認識と、因果法則に関する部分的な知識に、さらには、新たな因果的要因の介入に関する予測不可能性にささえられている」。したがって、誰がどの時点で判断するかで危険の有無は左右されるところ、「危険判断は、できるかぎり事態の詳細にわたり厳密に行われるべき」である。ゆえに、「あらゆる専門的な知識及び認識能力を有する人間」が危険かどうかを判断し、しかも、その判断内容が「一般人により承認されうる」ものでなければ、「客観的」な危険判断とはいえない。同様に、危険判断の基準時は行為時ではなく、「判断の時点(中略)に求められるべきである」、と岡本はいう。<sup>10)</sup>

かくして、抽象的危険犯は、その存在の正当性がそもそも疑わしく、できるかぎり具体的危険犯に引き寄せて解されるべきものだと思われる。刑法犯の「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険化が必要である」から、抽象的危険犯とは、「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、いかえると、危険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は違法性を具備しないと認められるべき」だ、というのである<sup>⑩</sup>。

また、岡本は擬制説を、打破すべき旧弊とみる。同説によって理解された抽象的危険犯の「概念は、擬制をその本質とするがゆえに、実定刑罰法規における処罰根拠を説明し易い『利点』を有していた」が、その陰で、『形式犯』的処罰に途をひらき、また、超実定的見地から究明された（法益の侵害または具体的危険化という——引用者注）犯罪の実質に即して犯罪を限定しようとする理論に対しては、厚い障壁と化した」というのである<sup>⑪</sup>。すでに述べたとおり、擬制説は行為の危険性を論じることを否定するわけではないから、所論は、学説史的にはともかく、理論的には決めつけの感が否めない。けれども、その後の学説は岡本説に方向づけられた。

二 行為の危険性が危険犯を含む結果犯の不法要素として十分でないことを主張するのは、山口厚である。

彼によれば、行為「規範の内容を構成する危険の判断は事前判断であるべき」だとする見解は、行為の時点における行為規範違反を「結果惹起行為（中略）」として処罰しようとすることを承認する立場に他ならない<sup>⑫</sup>。しかし、例えば「人を現実死亡させてはじめて『人ヲ殺シタ』と言いうる」。つまり、違法性は「事後的に判断された、結果惹起行為禁止規範違反」なのである。危険犯も同様であって、「危険という刑法がその発生を防止しようとする結果事態が生ぜしめられたとき、刑罰を科すことによって、その結果事態が再び生ぜしめられることを防ぎ、ひいては法益の保護を図るために刑法は用いられている」。ゆえに、危険も実害犯における法益侵害と同様に、『結果』として、事後的

な立場から判断されるべき」だ、と。<sup>14</sup>

未遂犯もまた結果としての危険が必要だとされる。和田俊憲によれば、未遂犯は既遂犯の刑の任意的減輕という「処断刑の段階差の最小単位」にとどまるから、両者の不法の段階差はそれほど大きくない。そのうえで、和田は後述の佐伯（仁）説に同調して、「一般予防の必要性」は未遂犯と既遂犯に共通の不法要素だから、未遂犯にも既遂犯におけるのとそれほど遜色ない、「応報非難の要請」が認められなければならないと主張する。<sup>15</sup>

かくして、結果としての危険は裁判の時点からみてその有無が問われるものだと考えられるようになる。齋野彦弥は、実行の着手時期に関し、「行為者の行為の時点での、同時進行的な、法益侵害の危険ないし可能性の量の測定を、事後的に再現・評価」する「存在論的危険概念」から、「純粹に事後的な危険判断」による「認識論的危険概念」への転換を説く。行為の時点で認識される危険にとらわれることなく、裁判時における因果分析によって判明した事情も判断資料に含めて、危険だったかどうかを判断せよというのである。<sup>16</sup>

もっとも、所論は、危険判断が事後予測であるということの理解が不十分なように思われる。事後予測とは、現実に発生した結果が予測可能だったかどうかを行為の時点にさかのぼって判断することであつて、それは行為時に存在する事情を判断資料とする事前的判断でしかありえない。これが「事後の予測」とよばれるのは、法益侵害が発生したり（実害犯）、あるいは発生しなかつたり（危険犯）しないことには、判断対象を規定しようがないからである。ゆえに、山口の「事前判断」説に対する批判は意味をなさない。つまり、危険犯においては、「法益侵害が発生しなかつた」のがたまたまだったかどうかを判断される。だから、実害犯との平行性によって、法益侵害結果に次ぐ、反価値的な「危険結果」の必要性を根拠づけるのには、論理の飛躍が認められる。

それはともかく、ここで確認されるのは、危険概念に禁止の必要性という視座がもたらされたということである。

山口がいうには、行為時に法益侵害の発生が予測されるからといって、必ずしも危険という「刑法がその発生を防止しようとする結果事態」が発生するとはかぎらない。結果としての危険が発生しなかった場合にまで、問題の行為を禁止する必要はない、と。

三 さて、山口は、具体的危険と抽象的危険の相違点を、判断資料の「抽象化」の程度にみいだす。彼がいうには、行為時に存する全事情を「そのまま考慮してしまつては、『必然性』が示されることにはなつても、『可能性』を判断することは実際上ほぼ不可能」となる。法益侵害が発生しなかったということは、法益侵害の発生を阻止する事情が存したからであり、これを判断資料から取り除かなければ、法益侵害は発生しようがない。そこで、「具体的に存在する事実のうち、あるものは考慮し、あるものはそのまゝは考慮しない」という『抽象化』の作業が危険判断においては不可欠である<sup>19)</sup>。さて、危険判断とは「現実には存在しなかつた事実——その存在によつて法益侵害が発生する事実——が存在することはどの程度ありえたかを問う」ものであるところ、「そこで要求される『事実の存在の可能性』の程度が、抽象的危険の場合には、具体的危険の場合よりも低いもので足りる」のだ、というのである<sup>20)</sup>。

では、結果としての危険の発生を肯定する方向にはたらく「仮定的事実の存在可能性」の判断基準を問われて、山口は、当初から、それは一般人だと答える。仮定的事実の存在可能性の判断は「あくまでも事実的な可能性判断」ながら、これを「準客観的・科学的立場からなしえないことは明白」で、そこには「通常性・一般性といった観点も考慮される」。つまり、「科学的一般人」の立場から、当該の具体的事情を考慮して、できるだけ事実在即してなされるべきだというのである。そうして判断される仮定的事実の存在可能性は、「極めて高度の段階から全くありえないという段階まで、連続的に考えることができる」<sup>21)</sup>。

仮定される事実の範囲について山口は次のように述べる。例えば、警官からピストルを奪い取つて、同人に向け引



き金を引いたけれども、弾が入っていなかったという事案で、警察官携帯のピストルには常に弾が装填されているものと「一般社会に認められている」という理由で殺人未遂罪の成立を認めた裁判例がある。<sup>(22)</sup> 本件では、ピストルを警官に向けている時点では弾が装填される可能性はないから、警官が死亡する(具体的)危険を認めるためには、問責対象行為がおこなわれる時点よりも前にさかのぼって仮定的事実を設定しなければならぬ。<sup>(23)</sup> ただ、「仮定する範囲をどんどん広げていけばいくほど、結局、そうして認められる危険の程度はどんどん低くなる」。そこで、「危険の程度を基準として仮定する範囲を限定することが考えられる」というのである。<sup>(24)</sup>

(10) 岡本勝「抽象的危険犯」の問題性」法学三八卷二号(一九七四)六一―六二頁。

(11) 岡本・前掲論文一二二―一二四頁。すでに、平野・前掲「総論」一二〇頁。ただし、構成要件該当性が欠けるとする。岡本によれば、構成要件該当性は形式的判断であつて、法益侵害またはその危険という実質的観点からの犯罪の成否は違法性の段階で検討すべきだとされる。

(12) 岡本「『抽象的危険犯』について」同『犯罪論と刑法思想』(信山社出版、二〇〇〇、初出一九八二)八七頁。

(13) 第一章を参照。

(14) 山口「危険犯の研究」(東京大学出版会、一九八二、初出一九八〇―一九八二)一〇九―一一一頁。

(15) 和田俊憲「不能犯の各論的分析・試論の覚書」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開・上巻』(信山社、二〇一四)二二七頁。

(16) 齋野彦弥「危険概念の認識論的構造」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、一九九四)七九―八〇頁。おそらくそのような意味での結果としての危険が抽象的危険犯の構成要件要素であるというのが、「法の要請」だとするものと思われるのは、佐伯和也「『抽象的危険犯』における可罰性の制限について」関西大学法学論集四六卷二号(一九九六)一三三頁。

(17) 木村龜二(阿部純二補訂)『刑法総論(増補版)』(有斐閣、一九七八)一八二頁が、「事後において事前に遡り、行為の時に立って、人類の全経験的知識を基礎として、現実成立した結果が一般的に見て行為から成立するのが普通か」と述べるのは、客観的事後予測の内容として正確と思われる。「客観的」なのは判断基準、したがって、行為者ではなく裁判官が「人類の全経験的知識」に照ら

して予測可能かどうかを判断するからである。これと客観説、すなわち、行為時に存する全事情を相当性の判断資料とすることは区別される。

(18) その後、山口は、例えば毒入りの菓子を郵送したり（離隔犯）、看護師に毒を、そうと知らずに患者に投与させたりする場合（間接正犯）に、「既遂結果発生の現実的な危険が生じた段階」に至るまでは未遂が成立しないこと、また、共犯論において実行行為を分担しなければ正犯たりえないというわけではないことは、「実行行為」こそが犯罪の『本来』であるという「旧通説の理論的基礎」が正しくないことの証左だとし、「行為と構成要件の結果との間に刑法上の因果関係ないし客観的帰属の要件がそなわっているかどうかだけが問題」だと主張するに至った（山口「条件関係論の意義」同「問題探究・刑法総論」（有斐閣、一九九八、初出）一九九五）四〇五頁）。もともと、同・前掲「総論」五二―五三頁で確認されているように、山口の主張点は、実行行為が「犯罪の実体」だとすれば、不当にも、結果が発生しなくても実行行為性だけで（所為）不法が汲み尽くされてしまうのではないかということにあり、実行行為概念の存在意義を争っていたわけではない。

(19) 山口・前掲「研究」五二―五三頁。

(20) 山口・前掲書二二五頁。

(21) 山口・前掲書一六五―一六六頁。

(22) 福岡高判昭和二八年一月一〇日判時二六号五八頁。

(23) これを、予測判断の時点までをもさかのぼらせることと取り違えているように思われるのは、和田「未遂犯」山口編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、二〇〇三）二〇〇―二〇一頁。問責対象行為からさかのぼって、現実と異なる事実を仮定すると、「行為の前提となる状況も現実と異なるものになる」から、場合によっては、「問題の行為によって結果が発生する」という「仮定的経過の具体的展開」も「人類の予測能力を超えて科学的に不可能に」なるとして、その意味で、「既遂結果発生の『危険の遠さ』による制限」がかかるとする。例えば、空ピストルの事件で、「その日の朝、勤務に就いた警察官が弾を充填すること」を仮定するとき、「当該警察官の行動は、弾の充填にかかった時間の分だけ後ろにずれる」ところ、「行為者が現実と同じ状況で警察官と出会ったと言えるかどうか不明であるし、同様にピストルを奪ったかどうかも判断できない」と、本件では殺人未遂罪の成立は否定されるべきだったと和田は解する。たしかに、山口の叙述にもややミスリーディングなどところがあるのは否めないけれど、その趣意は「ピストルに弾が入っていた」と仮定するためには、「その日の朝、警官がピストルに弾を装填した」との事実が仮定されなければならないということである。

(24) 山口「インタビュー『問題探究刑法総論』（七）法学教室二四一号（二〇〇〇）七二―七三頁。仮定される事実の範囲について山

口に質問をしたのは、古川伸彦（当時、大学生）である。

## 第二節 量的相違説の盲点

一 ここで疑問に思われるのは、仮定的事実についてはその存在「可能性」の判断ができるのはどうしてなのだろうか、ということである。「事後的にみた」とときには、仮定的事実にもその発生を阻止する事情が存し、したがって、これもまた「存在しえなかつた」ということになるのではなからうか。もつとも、これを認めてしまつたら、仮定的事実の存在可能性の判断は無限後退に陥る。この点、山口のいう「(科学的)一般人はそのような疑問をもたないの

だろう。そうだとして、では「一般人」は何を根拠に、現実には存在しなかつた事実を「それは存在しえた」と判断するのだろうか。

この問いに対する解答として容易に思い浮かぶのは、一般予防の観点から、「可能性」を相対頻度ととらえることである。先の空ピストルの事件でいえば、今回は弾が入っていなかつたけれども、今回と同種の事件が例えば百回起こつたとして、今回とちがひ、ピストルに弾が入つており、しかも、警察官に命中し同人を死亡させる場合は何回起こるか。統計的にみて、そのような場合の起こることのほうが多いのが具体的危険であるのに対して、多いかどうかはともかく、「ある程度は起こる」というのが抽象的危険だ、というわけである。結果としての危険をそのように理解するのは林幹人で、「将来についての科学的な判断」である危険判断は、「法益保護のための一般予防という刑法の目的」<sup>(26)</sup>に関係づけられる。

だが、これは山口の支持するところではない。実害犯における因果関係の相当性に関して、佐伯仁志は以下のように

に述べる。「一般予防は事前に行為の時点で働くもの」であって、「一般予防の観点から帰責範囲を限定する（中略）ためには事前に判断される危険を考えることが必要」だけれども、逆にいえば、この観点からは、事前に危険と判断される行為を一律禁止すべきだと主張されることになる。そこで、「刑罰を特定の個人に配分する原理は、応報に求めざるをえない」ところ、相当性説には、「行為者の支配することのできない異常な事情」によって生じた結果を彼の行為ではなく、当該事情に帰属させるのが「公平で正義になつてゐる」という考えがその背後にある、と。<sup>(26)</sup>山口はこれを「応報」とはよばないで、「自由主義の見地からする刑罰権力介入に関する抑制的な政策判断」だとするが、かかる判断において一般予防が「具体的基準としては必ずしも使用可能でない」ことを、彼も認めるのである。<sup>(27)</sup>

結局、結果としての危険とは何かと問われて、山口は、「結果不発生の理由を科学的に説明されても、それでもなお、結果が発生しなかったことに必然性を感じないことだ」と答える。彼はこれを「一般人の事後的な危険感」と表現する。<sup>(28)</sup>事後的には結果の不発生は必然であつて、科学的な判断とはそういうものであるかのよう述べる以上、仮定的事実はある意味で非科学的な判断といわざるをえない。ゆえに、山口にとつての「危険」は、「危険感」と表現するよりほかないものになるのである。<sup>(29)</sup>

二 しかし、「結果が発生しなかった場合に、事後に判明したものも含む全事情をそのまま判断資料として顧慮すれば、結果が発生しなかったのは必然だったことになる」という山口の前提認識には、そもそも争いの余地がある。

分析哲学において、「可能性」の概念には「認識的可能性」と「形而上的可能性」の二つがある。<sup>(30)</sup>前者は、例えばある人が一人っ子だとして、彼のことを知らない人が彼には姉か妹がいるかもしれないと思うときに用いられる。この意味での可能性の有無や程度は、認識主体の知識に左右される。これに対して、後者は、ある人が親の転勤先だけでは北海道ではなく、関西で生まれ育つこともありえたというように、事実を反した状況がありえたかどうかに関及

するときに用いられる。形而上的必然性には、ある人がAという特定の人だとして、その人の親が別の誰かではありえないというように、「(特定の)ものに関する」という意味である「デレ」(De)の必然性と、特定の個体について言及することなしに、「それを否定することは論理法則を否定するに等しい」ことをあらわす、「言葉(が言い表すこと)に関する」という意味である「デディクト」(de dicto)の必然性に分かれる。したがって、形而上的可能性にもデレとデディクトの区別がある。

ゆえに、山口のように、仮定的事実の存在「可能性」を一般人の「危険感」と表現する必要はない。なぜなら、認識の可能性を形而上的可能性に置き換えることは、「事後的にみれば、あらゆる事象が必然的である」という認識的必然性を出発点としなくてよいことを意味するからである。ゆえに、事後に判明したものも含む全事情を判断資料にしなから、それでもなお、「結果が発生したかもしれない」という可能性を語っても、「非科学的だ」ということにはならない。<sup>31)</sup>

- (25) 林幹人『刑法総論(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇八)三六一―三六三頁。
- (26) 佐伯仁志「因果関係論」山口ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店、二〇〇二)九―一頁。ただし、佐伯(仁)は「応報」の概念をルーズに用いており、それは「侵害原理」だとか、『適正処罰の原則』など別の言葉で置き換えることもできる」と述べる。
- (27) 山口「コメント①」前掲『最前線』三七―三八頁。
- (28) 山口・前掲『総論』二九〇頁を参照。
- (29) 佐伯(仁)「未遂犯論」同『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、二〇一三、初出二〇〇六)三五―一頁は、山口説を批判して、「どのくらい可能性があれば未遂として処罰に値するのか」という「規範的問題」を解決するのに「一般人の感覚を持ち出す必要はない」と述べるけれども、これは山口と前提を異にする。
- (30) 八木沢敬「意味・真理・存在」(講談社、二〇一三)一一〇頁以下を参照。

(31) 少なくともクリースの相当因果関係説は、形而上的可能性としての客観的可能性の概念を蓋然性判断に導入するものだったとい  
うことができる。クリース説については、拙稿「相当因果関係説について」神奈川法学五〇巻三号（二〇一八）九頁以下を参照。

### 第三節 原因説的アプローチによる質的相違説

一 具体的危険犯における結果としての危険と抽象的危険犯におけるそれとのあいだに質的相違をみいだす論者は、行為後に起こった事象を因果分析する、因果関係論でいえば原因説的なアプローチをとってきた。これは、デレの問題として危険概念を構成するものといつてよいだろう。

その背景にあるのは唯物論、というよりは、レーニンの反マツハ主義的科學観である。マツハは、感覚に還元できない、いわば「目に見えないもの」を科學理論に持ち込むのを拒絶したことで知られる。彼によれば、科學における世界は、物体も精神も含め、「知覚現象の束」としてとらえられる。マツハに従えば、時間や空間、質量の実在性が、したがって、「歴史の発展にともない社会は必然的に資本主義から共産主義へと移行する」というマルクスのテーゼの科學性が否定される、とでもレーニンは考えたのだろうか。物体は感覚から離れて、それ自体として存在するとレーニンは説いた。<sup>(32)</sup>

ここで想起されるのは、狭義の相当性とは、行為の危険が時間の経過にともない結果へと実現していく、その「一こま一こま」を確かめることだという、井上祐司の主張である。彼がソヴェエト刑法学にも造詣が深かったことを考慮すれば、そこには認識論レベルでの素地が多少なりともあったのだろう。<sup>(33)</sup>

さて、結果としての危険は、問題の「行為に内在する危険」が結果発生に向けて作動することで引き起こされる外

界變動の、どの「一こま」を切り取るかによって、具体的危険か抽象的危険かが分かれる。結果が発生するかどうかは当初は流動的であったものが、しだいに固まっていき、ついには結果発生に至る。その最初期の段階を切り取ったものが抽象的危険だとされる。

例えば、北野通世は、具体的危険と抽象的危険を危険の「動的な構造」において区別されるといふ。それによれば、具体的危険犯とは、「行為に内在する法益侵害を惹起し得る因果力」が「外界に作用し、途中の作用結果を取り込みながら、(中略) 必要な因果的条件を具備、統合しつつ、法益侵害に至る」という「因果的過程」が「具体的な形を成して」開始している場合である。これに対して、抽象的危険犯においては、侵害結果の発生する「法益客体が完全に措定されていないか、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」。この場合の「行為と法益との無価値連関」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れ」る点にみいだされる。<sup>34)</sup>

ただ、あたかも土に播いた種から芽が出て花が咲き、実を結ぶかのように危険実現をとらえるのは比喻にすぎない。近時、甲斐克則は次のように述べる。行為時に存する全事情を判断資料として因果関係の「相当性を事後判断」するのは、「経験則を参考にしつつ、当初の行為に内在するリスクが危険性に変質するプロセスを實在的に事後的に検証する」作業であり、この作業によって問題の行為が「川の本流」、つまり、主要原因かどうか判別されるのだ、と。けれども、「リスク」や「危険性」はそれ自体が目に見えるものではないから、これだけでは解答になっていない。

二 ヘーゲルの、というか、マルクスとエンゲルスの弁証法的唯物論によって、結果を生成する「因果力」の實在性を明らかにしようとしたのは、宗岡嗣郎である。

ヘーゲルの弁証法とは、ある命題(正)に対し、これと矛盾する命題(反)を定立して二律背反に持ち込み、その矛盾を解消する第三の命題(合)を再定立するというものである。例えば、『法の哲学』では次のような弁証法が展開される。「刑罰によつて権利侵害(不法)を否定する」。しかし、「刑罰もまた、それ自体としては犯罪者に対しての権利侵害である」。そこで、客観的法から道徳性に移行し、「刑罰は悪に対する報いである」。ヘーゲルの影響をうけた人びとは、弁証法を、精神がより高次の段階へと発展するための方法と受けとめた。

ヘーゲルがいうには、必然的に起こったことは偶然的にも起こっている<sup>36</sup>。「実在的現実性」とは、任意の事柄が実在する物事から現実を起こることである。例えば、ガラスコップが床に落ちて割れたとする。実在的現実性をひっくり返せば、コップが割れないこともありえたという可能性とともに、割れることがありえたという可能性も存することになる。これらの「実在的可能性」のうち前者が否定されることで、「コップは割れるべくして割れた」という必然性が打ち立てられる。他方で、「単なる可能性」(nur Möglichkeit)としては、割れないこともありえたのだから、コップが割れたのは偶然だということになる。

これに唯物論を掛け合わせたものが、弁証法的唯物論である。ヘーゲルの因果論は、現に起こったからといってそれが必然であるとはかぎらないとする点で、機械論を克服するものであったが、ヘーゲルの関心は必然性と偶然性の矛盾を揚棄して「絶対的現実性」に進むこと、つまり、因果を乗り越えることへと向かう。これに失望したのがマルクスらで、彼らにとつて、弁証法における合は実在(事物)レベルで定立される。實在レベルでいわば「地に足のついた」弁証法を繰り返せば、實在、したがって現実社会はより良くなっていくというわけである。

そこで、因果とは偶然性から必然性への継時的変化であると宗岡は構想する。実在的可能性として現実の経過と同様の経過が起こりえたのならば、実在的現実性は必然であるし、現実とは異なる経過が起こりえたのならば、實在的



現実性は偶然である。彼がいうには、実在的可能性から「『実在的現実性』に至る流れが因果的生成過程であり、『必然性』の発現」なのであって、「実在的な生成の中に『可能性』を基礎づけ」ることにより、種（＝原因）は、種を発芽させ、花を咲かせ、実を結ばせる諸条件から区別される。宗岡はこれを「実在的危険概念」とよぶ。<sup>38</sup>

三 原因説的アプローチを支持する者はそう多くはないように思われるが、なぜこのアプローチが支持にたえないのかは、本格的には検討されてこなかった。原因を選び出す「普遍的な判断基準を示すことができなかつた」から、支持を失つたと考えられているようだが、これは正しくない。

まず、弁証法的唯物論は、自然科学の分野において謬見の温床となつたことがある。たしかに、種をまけば、ふつう芽が出て花が咲き、やがて実を結ぶのだから、種にはそのようなチカラがあると思う人もいることだろう。ソビエト時代のロシアでは、「冬の寒さがコムギのチカラを高める」と信じられ、品種改良と称して、わざわざ厳冬日を選んで種がまかれたことがある。しかし、コムギは一定期間低温状況にさらされなければ出穂しにくくなるだけであつて、さしたる増産効果は得られなかつた。<sup>40</sup>もとより、これは極端な失敗例だが、ここで問題なのは、どうして失敗したかである。

ある現象を説明するのに、その原因を取り上げるといふことはよくおこなわれるが、唯物論的アプローチは、事物それ自体に「原因性」の契機がそなわつていとみる。梅崎進哉は、心臓から血液が送り出されてはじめて出血するからといって、誰かが失血死したことの説明を求められて、「被害者の心臓が動いていたことも一因だ」とまじめに答える医者はおるまい」と述べるけれども、梅崎の認識に反して、「具体的なできごとの中では原因は特定できる」といふことを否定する「法学者」も実はいない。争点は、「原因であるかどうか」が、事物についての問題か、それとも事物そのものに即した問題なのかに存する。唯物論的アプローチは後者の道を行く。

弁証法的唯物論が謬見の温床になりやすいとすれば、それは、弁証法に従って定立された理論を信じる根拠が、「それはそういうものだから」というように、實在レベルに求められるためであろう。理想と現実がかけ離れているときに、現実を正しく観察し、事物にそれ自体としてそなわっているチカラを引き出すことで理想は実現される——弁証法的唯物論のこの枠組がそれ自体として正しいかどうかはともかく、これが上手くいくためには、「現実を事物そのものに即して正しく観察・記述する」必要がある。ここに落とし穴があつて、理想に引つ張られて「現実」認識にバイアスがかかると、間違つた理論もたやすく正当化されてしまう。<sup>(42)</sup> もっとも、これだけではまだ、原因説に対する決定的批判にはならない。<sup>(43)</sup>

四 原因説の根本的な疑問点は、まさに、因果経過をそれ自体として観察し、それによつて問題の行為が「原因である」との信念を導くという方法論そのものにある。因果帰属とは「結果が発生したのを行為のせいにする事」であるから、「結果」は帰属判断の対象であつて、帰属判断の資料にはならない。

因果帰属が因果分析と似て非なるものであることを想起させてくれるのは、マックス・ヴェーバーである。彼は、歴史学の方法論としてクリースの相当因果関係説を導入するにあつて次のように述べる。

歴史学における因果関係の定立は、孤立化（問題の要因をその他の要因から區別して取りあげること——引用者注）と一般化の、二方向における抽象を用いるだけではない。ある「具体的事実」の史的「意義」に関する、歴史的判断は、それがいかに単純なものであると、「あつたこと」をそのまま記録するのとはほど遠くも、むしろ、以下のとおりである。すなわち、それは範疇的に形成された思惟の産物をあらわすだけでなく、「所与の」現実を吾人の「法則論的な」経験知という全き財宝を付加提供する (hinzubringen) ことを通じてのみ、事の本質上

「妥当性を授かりもするのだ。」<sup>(45)</sup>

刑法が関心を向けるのは、起こったこと、あるいは起こらなかったことをどう評価するかにあるところ、行為責任主義をとるならば、その評価は行為の意義づけに繋がるものであることを要する。行為責任主義に立つ以上、行為後に起こったことは、それ自体として処罰を基礎づけるものではない。そもそも、行為後に「何か有害なこと」が事物として起こっていなければ処罰を基礎づけれないというのは、ある種のドグマだといってよい。有害なことが何も起こらなかったことに対して、「それはたまたま起こらなかったにすぎない」と評価するのは可能だし、その評価の根拠を問われて、「問題の行為は一般的に法益侵害を発生させるものだからだ」と答えることは、社会科学の方法論としてむしろ正当ではないかとさえ思われるのである。

(32) 島崎隆「レーニン哲学の総括とマツハ哲学への評価」上島武・村岡到編『レーニン』(社会評論社、二〇〇五)一九八〜二〇二頁を参照。

(33) 井上(祐)説については、拙稿「刑法における因果帰属論の展開」(神奈川法学四四卷二号(二〇一二)七一頁以下を参照)。

(34) 北野・前掲山形大学法政論叢六〇・六一号三八〜四一頁。すでに、松生建「抽象的危険犯における危険」(大國仁先生退官記念『海上犯罪の理論と実務』(中央法規出版、一九九三)八五頁。具体的危険犯においては、行為時に存する事情ではなく「行為と同時に発生する危険の作用領域内への行為客体の侵入の時点」に存する全事情を判断資料にして、右介在事情が客観的に予測不可能でなければ、危険が肯定されないのに対して、抽象的危険犯においては、行為時に存する全事情を判断資料に「侵害不発生へ至る因果経過の偶然性が判断される」と述べる。

(35) 甲斐克則「刑法におけるリスクと危険性の区別」(法政理論四五卷四号(二〇一三)九〇〜九三頁)。

(36) ヘーゲルの様相論については、高山守『因果論の超克』(東京大学出版会、二〇一〇)二〇一頁以下を参照。ヘーゲル『大論理学』

の概説として、海老澤善一『ハーゲル「大論理学」』（晃洋書房、二〇一四）。

- (37) 宗岡嗣郎「刑法における因果性と危険性」同『客観的未遂論の基本構造』（成文堂、一九九〇、初出一九八八）二六一―二六二頁。  
 (38) 齋野・前掲内藤古稀八一頁注六八は、宗岡説を批判して、事後的評価にとつて危険の「行為時における『实在』」は問題にならないというけれども、宗岡が問題にしている「实在」とは、時間的パラメータを含むものとしての「生成過程」なのだから、これは誤解である。

(39) 松宮孝明『刑法総論講義（第五版補訂版）』（成文堂、二〇一八）七五―七六頁。松宮は、原因説が具体的事件における帰責限定の基準として「一定の合理性を持つていることは否定できない」と述べる。おそらく、彼は原因説が「個別化説」とよばれていることから、同説はカズイスティックに因果判断をおこなうものだとみるのだろう。カズイスティックは、それを良い意味でとらえたら、個別具体的な事実関係に即して妥当な結論を導くのであって、適度な「きめ細かさ」はむしろ望ましく、かたや、相当性説は客観的予測可能性という単一の基準で因果帰属判断をおこなうところに限界があるのだ、というわけである。このような理解はおそらくわが国の学説の主流をなすのではないかと思われる。

(40) ルイセンコの学説について、ジョレス・メドヴェージェフ（名越陽子訳）『生物学と個人崇拜』（現代思潮新社、二〇一八）五四頁以下を参照。正確には、ルイセンコは、春化処理をほどこした秋まきコムギの一品種、しかも一個の標本から、何世代か後にどういうわけか春まき性の種が得られたという、再現性の全くない実験結果一つで、古典遺伝学を否定した。すなわち、メンデルを始祖とする古典遺伝学によれば、植物の形質は遺伝子レベルで規定されるから、品種改良は、有利な形質をもつ個体を選択することでおこなわれる。これに対して、ルイセンコがいうには、生物の形質——ここでは、春まき性と秋まき性——は環境要因の作用によって変化し、親の細胞の子が引き継ぐことを通じて後の世代に遺伝する。ゆえに、後天的に獲得された形質は遺伝するのだ、と。

(41) 梅崎進哉「刑法における因果論と侵害原理」（成文堂、二〇〇二）二四三―二四四頁。「現実の世界では、複雑にからみあった諸条件が時空間の中で発生・消滅を繰り返しながら具体的なできごとへと生成していく」のであって、そのような「具体的生成過程を既成の法則知識を応用しながら分析することに応用科学の役割がある」と述べる。

(42) ルイセンコ学説がロシアで支持された背景には、古典遺伝学が「労働によって自己を変えられる」という当時の支配的イデオロギーになじまないとされたことがあった。伊勢田哲治「疑似科学と科学の哲学」（名古屋大学出版会、二〇〇三）一九〇―一九一頁を参照。「ルイセンコ事件は、世界がこうあって欲しい（世界はこうあるべきだ）という願望がどんなに強くても、（中略）世界の方はその願望にやすやすと従うほどフレキシブルではないということを示している」と述べる。

(43) 事実を正しく認定できれば、原因の特定を間違えることはありえないのだから、出来事を正しい言語によって確実に、すなわち、

「事物そのものに即して」記述する方法の確立が、原因説にとつての次の課題になる。だから、井上(祐)がハートとオノレの研究に関心をもつたのは自然な成り行きだったと思う。ただ、原因説がこの課題を達成できるかどうかについて、私見は懐疑的である。拙稿・前掲神奈川法学四四卷一七五―七七頁を参照。

(44) 客観的帰属論をめぐるロクシンとフリッツシュの対立点はここにあると思う。拙稿「許された危険について」神奈川法学四五卷一七五―二〇二頁以下を参照。わが国では、遺憾ながら、とかく因果帰属と因果分析とが混同される傾向にある。

(45) Max Weber, Kritische Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaftlichen Logik (1906), in: Johannes Winkelmann (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Aufl., 1988, S. 277. 傍点部は原文では隔字体。本論文の翻訳として、「文化科学の論理学の領域における批判的研究」森岡弘通編訳『歴史は科学か』(みすず書房、改訂版、一九八七)九九頁以下。

### 第三章 新しい質的相違説

#### 第一節 リスクマネジメントの視点からの理論構成

##### 第一款 「リスク社会」における事前規制技術としての抽象的危険犯

一 一九八四年、チェルノブイリ原発事故が発生したその年に、ある本が刊行された。ウルリッヒ・ベック『リスク社会』である。それによれば、現代社会は、産業活動によって生み出される富が不均等に分配されることで人びとが階層化される「産業社会」から、社会の高度技術化にともない不可避的に生み出される「リスク」、すなわち、富める者にも貧しき者にも等しく、しかも、とりかえしのつかない被害をもたらす大惨事が起こる虞をめぐって社会関係が形成される、「リスク社会」へと移行したとされる。リスクは専門家によって科学的に「認定」されるけれども、それは「科学が内在的に持っているいわゆる生きるに値する人生についての文化的価値を前提とする。そして、その価

値は部分的に（社会における——引用者注）共同決定を経たものである」と。<sup>(46)</sup>

リスク社会論が投げかけた問題は、リスク社会におけるリスクが、制御と背中合わせの関係にあるということである。ベックのいう産業社会においてもリスクそのものは存在した。けれども、それは制御の限界、したがって、科学技術がまだ発展途上にあることをあらわすものとして受けとめられたから、人びとが不安をおぼえることはなかった。ところが、科学が高度に発展した段階では、リスクは科学技術の副作用ととらえられるだけでなく、その副作用を暴き立てるのも科学であって、その意味で、科学が発展すればするほど、社会はリスクキーになっていく。<sup>(47)</sup> リスク社会におけるリスクは、それが「現実にもたらす影響は以前よりも増して予測が難しい」のにもかかわらず、専門的知識をもとに「評価」することが可能なのである。<sup>(48)</sup>

二 刑法学における危険概念は、リスク社会論を契機として、新たな展開をむかえる。

リスク社会論は、近年とみに見られる刑事規制の拡大傾向に重ね合わされた。<sup>(49)</sup> 金尚均は、リスク社会論を持ち出して、次の時代認識を示した。リスクという、目に見えないものへの不安は、原子力や遺伝子工学だけでなく、「コンピュータのめざましい普及とその悪用・濫用による多大な被害への不安、経済犯罪による多額の被害、麻薬氾濫による生活環境や市民の精神的・身体的健康の悪化の不安」にもいえる。こうした問題に、「あたかも社会を代弁する」かのごとく、「かつては法的な規制の対象の外にあった社会的な生活領域に様々な規制立法を通じて国家が介入してくるようになった」。<sup>(50)</sup>

従来の刑法学において、危険は「なくすべきもの」として扱われてきた。例えば、自動車の運転はそれ自体としては危険であるにもかかわらず、「許された危険」といって、道路交通法をはじめとする事前規制に従うかぎり、許容される。これは文字どおり危険が「許される」のではなく、事前規制を遵守していれば、具体的危険が発生しないから

である。平野龍一がいみじくも述べるように、「高速度交通機関が便利なものだとはいえ、『少しくらい人を轢き殺してもかまわない』とはいえない」<sup>(51)</sup>。従来のな意味での許された危険の法理は、リスク社会論とは無関係である。

これに対して、リスクは、しばしば、なくすべきものではなく「マネジメント(管理)すべきもの」ととらえられる。リスクマネジメントの基本は、損失(ロス)が起る蓋然性を意味する「リスク」と、刑法学では「危険源」とよばれる「ハザード」を区別せよということである。「許された危険」とは、リスクではなくハザードがその存在を許されているものと解される。さて、ハザードがどのような具体的状況に置かれているか(危険要因)、および、当該状況下で事故の直接の引き金となる事態(ペリル)の発生のしやすさによって、リスクは高くもなれば、低くもなる。安全対策にはコストがかかるのであって、膨大なコストをかけてごくわずかなリスクまでなくすることは経済的に不合理である。そのような場合にまで「ゼロリスク」を求めるべきではないとされる。

リスクマネジメントの視点からは、刑法による事前規制は、リスクの低減による法益保護と規範名宛人に対しての行動の自由の保障とのトレードオフ問題となる。この点、事前規制の遵守をもって行為者の過失責任が否定されることを、彼が「やるだけのことはやった。だから自分には責任がない」と「釈明」してよいからだ、というように根拠づけるのは、<sup>(52)</sup>困難なように思われる。なぜなら、過失犯の場合には実害が発生している以上、レトリックの問題として、そのような根拠づけは不穩当だろうからである。<sup>(53)</sup>これに対して、危険犯の場合は実害が発生していないため、過失犯に比べてリスクマネジメントの視点を導入しやすいいえる。

三 わが国で比較的早くから、事前規制の手段としての抽象的危険犯の「刑事政策的」合理性を説いていたのは、井田良である。

彼は、事前規制の側面では過失犯よりも抽象的危険犯のほうがすぐれているという。事前規制には「広範囲の人々

の行動や自由を大幅に制限するなど」のデメリットがある反面、抽象的危険犯は、事前規制に違反した者を、実害発生の有無に関わらず、一律に処罰するという点では公平だとされる。事前規制に違反しても、同様の状況下で実害が発生する場合もあれば、発生しない場合もあるのだとすれば、実害犯の処罰は「多分に偶然的な要因に依存する」。ゆえに、実害の発生を要件とする過失犯は「行為の評価と関わりのないところで処罰の可否が定まる」。それに、過失犯処罰規定は、「それほど重い刑を法定することはできない」ばかりか、「過失により」結果を惹起したと構成要件を規定するだけで、「禁止された行為の内容が不可視であるため（中略）、国民にとつての行動基準として役立たない」。

所論の背景には、「違法二元論」とよばれる不法の構造理解が横たわっている。それによれば、行為者が行為規範に違反するのは行為の時点であつて、だから、その後結果が発生するかどうかに関わらず、行為規範に違反したことによつて行為それ自体に対する反価値評価は汲み尽くされる。ただし、結果が現実が発生した場合に処罰範囲が限定される、または、「社会の応報的処罰の要請」が付け加わるため、結果反価値が合わせ要求される場合もある。これが結果犯なのだ、と。<sup>(55)</sup>違法二元論は、「結果が発生するかどうかは行為の時点では不確定である」というテーゼから、行為規範の内容は「結果発生の危険を創出するな」というものであつて、「結果を惹起するな」というものではありえないとの命題を導く。かくして、過失不法が事前規制違反（義務違反）と、その後の「多分に偶然的な要因に依存する」結果発生に分離されるとともに、抽象的危険犯は過失犯処罰を前倒しするものとして位置づけられる。

抽象的危険犯とは、保護法益を危険にさらすのではなく、法益保護を目的とする「規範」の妥当性を侵害する犯罪だ、というのが井田の理解である。環境刑法において、大工場が行政上の事前規制に従つて排水することが許されて、それに比べると微々たる量の排水を個人が許可なくおこなうことが禁止されるのは、個別の排水行為が環境にあたえる影響ではなく、「たとえば排出の総量規制という観点、さらには国際的な環境侵害の観点」から、「行政法による行



動基準の具体化」がおこなわれて、「その規制の実効性を担保するという形で」違反者の処罰がなされることをあらわしている。このように「危険犯処罰の正当化は、法益保護のため一般的に遵守されることが求められる行動基準の合理性のうちに認められるべき」である。したがって、「そこには、法益保護のためにいかなる規範をどの限度で設定し強制することが合理的かという観点が処罰根拠に入ってこざるを得ない<sup>56</sup>」。

(46) ウルリヒ・ベック(東廉・伊藤美登里訳)『危険社会』(法政大学出版局、一九九八)九〇頁。ベックのリスク社会論については、彼の再帰的近代化論も含め、伊藤(美)『ウルリヒ・ベックの社会理論』(勁草書房、二〇一七)一頁以下も参照。

(47) ベック・前掲『危険社会』三一八―三一九頁を参照。

(48) ベック・前掲書三五六―三五七頁。

(49) なお、犯罪学では、ベックとは異なる意味で「リスク社会」化が論じられている。伊藤康一郎「リスク社会」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇〇〇)一三五―一三六頁のいう、犯罪被害を「誰にでも降りかかる可能性のある『リスク』(risiko)」ととらえ、これを「保険数理的」な手法によって管理するアプローチがそれである。このアプローチは、犯罪者を「個々人のモラルや傾向に従って行為する、内的な属性を保有する存在」としてではなく、「集合体として確率的に生起する、外的な視点から計測される存在」として理解する。

(50) 金尚均「安全性の欲求と予防論の展開」同『危険社会と刑法』(成文堂、二〇〇一、初出一九九四)一〇頁。同書一七七頁は、社会のリスク社会化の「原因を形成した重要な担い手は、技術の進歩と産業の飛躍的な発展についてその経済的な側面に力点を注いだきた国家・行政ではなからうか」として、国家が「刑法の領域で抽象的危険犯という可罰的な違法行為とそうでない行為との限界が非常に曖昧な規制形式」に頼る前に、「市民の自由な社会生活の発展を念頭に置いた上で国内の社会政策や行政法における行政基準等を改善していく」ことに期待をかける。刑事規制は問題解決の最終手段でなければならぬという「ウルティマ・ラティオ原理の見地」からは、たしかに金の主張するとおりであるが、それは抽象論でしかないように思われる。

それとはかく、金の主張の特徴は、「もはや社会はかくあるのだ」との認識から出発しながら、「かくある」社会への対応を試みる刑法理論への批判として、「それでもなお、近代刑法の原理・原則は守られなければならない」と説くところにある。もしかする

と、「刑法は国家による市民社会の抑圧手段だ」という、もう一つの普遍的前提が暗黙裡にあつて、だから、社会がどうであろうとも、それを超越して近代刑法の原理・原則が妥当しなければならないと金は考えるのかもしれない。そうだとすると、この種の立法批判に対しては賛否の分かれるところではあろう。

なお、金「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性(三・完)立命館法学二四一号(一九九五)七二六～七二七頁は、抽象的危険犯に関して、「我々の経験知識と日常言語の世界からすれば、『危険』という概念はまさに我々の生活の中に既に根づいているといえる」こと、しかも、そこに程度差も認めていることを理由に、「危険は実害として社会的実在性をもつものとみなすことができよう」と述べ、量的相違説を展開する。本論文が前掲書に収録されなかった理由は詳らかではないけれども、右の論述は、リスク社会論に啓発された彼の問題意識を台無しにしかねないように思う。

(51) 平野・前掲『総論』一九八～一九九頁。

(52) 杉本一敏「リスク社会と過失結果犯」刑事法ジャーナル三三三号(二〇一二年)一八八～一九九頁を参照。

(53) 杉本・前掲論文二〇～二二頁は、「結果が発生した」ということは行為者の「リスク決断が間違っていた」ことの証左なのだから、リスク社会論を過失犯論に持ち込むことは不可能だとする。しかし、リスク判断が、「結果として間違っていた」場合に、「それでも、当時の判断としては間違っていないかった」ということはできるだろう。杉本は結果犯において「侵害発生後の時点から回顧して、過去のリスク決断の当否が問われる」というけれど、だからといって、判断の基準時が裁判時になるとはかぎらない。

(54) 井田良「危険犯の理論」山口ほか・前掲『最前線』一九〇～一九一頁。

(55) 井田「刑法総論の理論構造」(成文堂、二〇〇五)一四～一五頁。同『講義刑法学・総論』(有斐閣、二〇〇八)八三頁では、結果反価値も考慮するのは「応報的処罰の要請(および処罰範囲の限定)にも配慮しなければならない」からだと述べられており、「応報的処罰の要請」のほうに前面に押し出されているように見受けられる。その後、同『講義刑法学・総論(第二版)』(有斐閣、二〇一八)八八頁注二七で、処罰範囲の限定は応報刑論の「メリット」の一つと位置づけられるに至った。

(56) 井田・前掲『最前線』一九二～一九三頁。

## 第二款 その問題性

一 事前規制としてとらえられた抽象的危険犯の問題性を、その理論構造から説き起こすのは、謝煜偉である。

彼がいうには、抽象的危険犯とは、問題の行為が法益侵害の危険性をはらむかが「経験則」に照らして判断される犯罪類型である。危険には、法益侵害に「直結」する「直接的危険」と、「生活上の大量観察に基づいて、経験的に」法益侵害と結びつく「間接的危険」とがある。具体的危険犯における危険判断は、直接的危険が「具体的危険状態」、すなわち、「現実中存在する具体的な保護客体（法益）に侵害を与える危険状態」に至ったことを必要とするのに対して、抽象的危険犯における危険は、直接的危険が具体的危険状態には至らない「行為時の直接的危険」か、あるいは間接的危険である。行為時の直接的危険も間接的危険も、たしかに「一般的・類型的危険性」ではあるけれど、「条文の背後にある経験則の有無やその是非を検討」を要する。それが、抽象的危険犯における危険判断なのである。<sup>57)</sup>

抽象的危険犯の中には、問題の行為によってもたらされるかもしれない帰結が実体を欠くため「侵害測定が困難」なものもある。例えば、人の社会的評価である名誉が毀損されたかどうかは認定が困難なこともあって、名誉毀損罪は、それ自体として人の社会的評価を低下させる虞のある事実の摘示を不特定または多数人に対しておこなったことをもって足りると一般的に解されている。また、一定の種類の文書に対する社会の「信頼」のように、「不特定多数人の集合体の利益に奉仕するための制度やシステムの利益」は「集合的・普遍的法益」とよばれるが、これも、公共危険とちがって個人の被害に「還元」できないため、侵害測定が困難である。<sup>58)</sup>

問題はその場合の経験則の用いかけたである。例えば、たった一人の国家公務員による政治的行為がひいては行政機構全体の中立性を失わせることになりかねないのは、「累積犯」といって、たとえそれ自体としては軽微であろうとも、問題の行為を処罰しなければ、同種の行為に出る者が続出し、それが累積して最終的に法益侵害へと至りうるからだと説く者がいる。累積犯の構想は「社会的リスク・マネジメントの一環」であって、それは、「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」につながるのではないかと謝は懸念する。<sup>59</sup> 経験則にもとづく推測を重ねることで、「蟻の一穴」式に、処罰が易々と正当化されるのではないかと、と。

二 そもそも、事前規制のために刑法を積極利用するという立場には、ある根本的な疑問が向けられる。「具体的状況に関係なく、一定の行動をとるように刑罰をもって強制する」ことで、行動の自由の制限にとどまらず、個人の人格性が軽視されるのではないかと、というのがそれである。リスク社会において人びとが国家にその確保を求めるところの「安全」とは、生命や身体、財産といった法益の存立が脅かされないことではもはやなく、法益を存立させるための「システム」が攪乱されないことへと変容しているという認識は、すでに小田直樹が示すところである。そのような社会では、個人が「システムに取り込まれる」ことよって、人びとは「リスクを避ける」けれども、その裏返しに、個人は社会の菌車として扱われて、彼の「人格」は蔑ろにされる、と小田はいう。<sup>60</sup>

この点、事前規制の拡大傾向は、社会が逸脱者への寛容さを失い、彼を「敵」として扱うようになったことをあらわしているとの診断を下す者もいる。玄守道は次のように述べる。戦後の治安刑法は、市民の安全を守るという「配慮の論理」を前面に押し出していたが、一九九〇年代以降、その「市民的安全」なるものが、「現実の被害者とその遺族、さらにはそれを支持する世論」に支えられて、いわば「下からの安全」へとすり替わった。社会構成員どうしで、犯罪をおこなう者を「自分たちとは異なる異質な他者」、すなわち「敵」として排除し、社会に「不審者」がいないことが安全とされるようになった、と。<sup>61</sup>

そこで、玄は、敵が生み出されないような社会にしていくことが、「市民刑法」の再興に不可欠だと主張する。近代刑法は「自律的・理性的な主体」という人間像」を前提としていたけれども、配慮の論理は、個人をそのような主体と

してではなく、保護の客体として扱うものである。そのため、犯罪者を敵とみなす「敵味方刑法」は、市民社会を守るといいながら、市民社会を侵食していく。市民刑法を維持するためには、その担い手である自律的・理性的主体を育て、増やしていく政策、個人々人を当該社会の一員として包摂する政策」がなければならぬ、というのである。<sup>(62)</sup>

これに対して、謝は、社会が逸脱者を排除しようとするのは、「その反対側にいるノーマルとみなされる人間の取扱いの裏返しなのではないかとみる。リスクマネジメントの観点が前面に押し出された刑法とは、「刑事制裁を社会統合のための最も有効な手段とし、優位に立ちながら、人間の多様な行為を管理・指導していく」権力が、行為主体の「規律」から「環境管理」、すなわち、「自己責任」の名の下で、行為者側にも被害者側にもリスクの管理や配分の一環としてうまく服従するよう要求する」形態へと移行したことを意味する。個人に「リスクの自己管理を内面化させ、セルフ・マネジメントの主体性・規律性を形成しようとする統治的メカニズム」が市民刑法における、いわば異常者を作り出しているというわけである。<sup>(63)</sup>

三 以上の批判は、そもそも抽象的危険犯という犯罪類型が存在すること自体に否定的なのかもしれない。人格性を「自律的・理性的な主体」であることととらえるか(玄)、それとも、多様であつてよい生を生きる存在であることととらえるか(謝)はともかく、抽象的危険犯が個人の人格性を多少なりとも蔑ろにするものならば、任意の行為を抽象的危険犯として処罰すること自体が個人の尊重を謳う憲法一三条になじまないことになる。事前規制とは元来そのようなものであつて、ゆえに、事前規制に従うよう刑罰で強制するのは、百歩譲つて必要悪だとしても、できるだけ避けるべきだ、と。そのように考えているのではないかと思われるのである。

そうだとすると、一つの解決案は、事前規制違反に対する制裁を刑罰から行政上の処罰へと移し替えることである。ドイツには「秩序違反法」という法律があつて、違反者は罰金ではなく「過料」を支払うことになつてゐる。ドイツ

における過料は、違反行為に対する非刑事的処罰でありながら、その目的は、行政上の義務を人びとに履行させることにある<sup>(64)</sup>。ドイツでは抽象的危険犯を秩序違反法の対象に改めるべきだとの見解もおこなわれているようで、わが国でも、振津隆行がこれに同調する<sup>(65)</sup>。

行政上の処罰という解決がとりうるのだとすれば、抽象的危険犯を事前規制の手段として位置づけなくとも、ほかに手立てはあるということになる。何かよくないことが起こらないようにするために、人びとの行動を統制することが、とくに行政の役割の一つであることは否定しないけれども、そのために刑罰予告をもって威嚇するのには、少なからず違和感をおぼえる。抽象的危険犯にあつては、「結果が発生しないともかぎらない」という程度の危険で処罰されるのだから、なおさらである。抽象的危険犯を事前規制としてとらえるのは、現行法の解釈としては不適切だと思われるのである。

四　かくして、抽象的危険犯を現行刑法の解釈論として論じる本稿にとって、上記のリスクマネジメントの観点から、事前規制の強化に抽象的危険犯の存在意義をみいだす立場は支持しがたく思われる。

ひるがえって、刑法以外の法領域における事前規制の限界と平行的に、刑事立法による過度の自由制限に対して異を唱えるのは、必ずしも射を射てない。上田正基は、「行為の危険性を自ら予測して行動する自由」を行為者から剝奪する点で、抽象的危険犯による処罰は、実害犯や具体的危険犯によるよりも「制約量」が多いとして、それら「より緩やかな手段」では規制目的が達成できない場合に抽象的危険犯が限定されるべきだと説く<sup>(66)</sup>。しかし、例えば殺人既遂罪において「生命に対して具体的に危険な行為をなしたとしても、人が死なない限りその行為は(事後的に)制約されない」のは意図せざる帰結であつて、刑法一九九条がそのような自由を保障したとまで解釈するのは明らかに不穏当だろう。このように、刑法を事前規制の一手段とみる出発点そのものが、解釈論としては疑わしく思われるので

ある。<sup>(67)</sup>

刑法における行為規範の存在意義が名宛人に対して事前規制をかけることにあるのでないとすれば、残る道は事後処理の観点である。「人の死を惹起するな」という行為規範が定立されることを經由して、個別具体的な出来事は「人の死を惹起した」という文で指し示される。「殺人」が「人の死を惹起すること」、さらには、「人の死につき相当な条件を設定すること」という言葉で表現されるのは、規範レベルでの操作なのである。<sup>(68)</sup> 刑法にとつて行為規範とは、例えばAがBの首を絞めたところ、Bが死亡したという、それ自体としては一回限りの出来事を人の死の惹起、したがって、殺人という言葉によつて指し示し、刑法一九九条に従つて後始末をするために存在する。

それに、法益侵害が発生しなかったからといって、それは何もなかったのに等しいと考える必要もない。先に述べたとおり、<sup>(69)</sup> 従来の学説は、法益侵害ほどではないにせよ何か有害なことが行為後に起こらなければならぬとし、その「何か」を探し求めた。けれども、結果が発生しなかったことが「たまたま発生しなかっただけだ」とされるか、それとも、「発生しないのはあたりまえだ」とされるかがデイクトの問題なのだとすれば、出来事、すなわち起こらなかったことを含む所為の不法は行為規範によつて左右される。

では、危険の程度が低いにもかかわらず、極端に起こらないことであつてもなお、問題の行為を「それは間違っている」として禁止することはできるのはどうしてだろうか。この問いに答える必要がある。

〔付記〕 本研究は、科学研究費補助金(基盤研究(C)・課題番号16K03378)の助成を受けたものである。

(57) 謝焯偉『抽象的危険犯論の新展開』(弘文堂、二〇二二)一〇〇〜一〇八頁。

- (58) 謝・前掲書一二五頁。
- (59) 謝・前掲書一三九頁。
- (60) 小田直樹「危険社会論」法学教室二六四号(二〇〇二)六九頁。
- (61) 玄守道「近時の刑事立法に対する批判的検討」立命館法学三三七・三三八号(二〇〇九)六六〇～六六一頁。さらに、鈴木博康「刑事法からみたリスク社会」九州国際大学法学論集一八巻一・二号(二〇一一)二七～三〇頁も参照。「新自由主義」的な社会思潮の下で、「自己決定・自己責任」が過度に強調される反面、他者がかかえる問題がもつばら本人の自業自得だとされて、人びとに「他者に対する共感をもちえない不寛容」が広がるなか、住民が、「体感治安の悪化」という実体性に乏しい理由から、警察との連携にもとづく「官民一体型の治安活動の展開」に乗り出したとして、これに否定的な評価を下す。もともと防犯活動というのが、潜在的犯罪者を想定し、そのような者が犯罪に及ぶ機会をなくすという「環境犯罪学を基礎に置く」以上、それは国家権力による刑罰権の行使と同様、「社会的な人間排除の活動」であって、市民が国家権力と一緒にたつて犯罪者を敵視するのは、「市民の国家権力に対する警戒感を弱体化させる」ことに繋がる、と。
- (62) 玄・前掲論文六六六～六六七頁。ただし、玄は、そのような政策を推進してもなお、社会に「敵」が生まれるのだとすれば、近代刑法の出発点である、個人の自律的・理性的主体性そのものを疑ってみる必要があると付言する。
- (63) 謝・前掲「新展開」一八六～一九二頁。
- (64) さしあたり、田中良弘「行政上の処罰概念と法治国家」(弘文堂、二〇一七)一九一～一九二頁を参照。
- (65) 振津隆行「抽象的危険犯の研究」(成文堂、二〇〇七、初出同年)一四八頁。ただ、わが国には秩序違反法が存在しないので、振津は「各種の行政的手段」とだけ述べる。
- (66) 上田正基「その行為、本当に処罰しますか」(弘文堂、二〇一六)一〇二～一〇三頁。
- (67) 上田「合理性」とルール遵守、その刑事政策への含意について」神奈川法学五一巻一号(二〇一八)二四二～二四三頁は、任意の刑罰法規をそれが刑事政策的に望ましいとか、望ましくないとかと評価する上では、「ルールが遵守されている状態」を実現するという目的を設定する必要があると、そうだとすれば、刑法学は、「ルール、刑法又は刑罰が存在しているだけでルールが遵守されるわけではなく、ルール違反は必然的に生じる一方で、刑罰(制裁)の執行には、制度の運用コスト(警察組織の運営、裁判制度の運営、刑務所の運営等)が伴う以上、ルール違反の全てに刑罰が科されるわけではなく、そこには限界があるという観点」に立つべきだと述べる。しかし、ルール遵守が道徳の問題ならば、刑事制度がなくても人びとはルールを遵守するものと考えたほうがよく、上記のコスト・ベネフィットを考慮してルール違反者への制裁を決定する必要はないだろう。この点に関し、上田・前掲「処罰しま



すか」四七〜四九頁では、「客観的真理に基づく正しい法というものが民主的手続の成果から完全に独立した形で存在する」という視座が、「非民主主義的」であるとの理由でいとも簡単に否定されている。思うに、ルールの道徳的正当化をめぐる問いは尽きることはなく、私たちの道徳的確信は、絶えず、「それは偽善ではないのか」という懐疑にさらされ続ける。民主的に正統化されたルールであろうとも、司法の場でそれに異を唱える者が存在してよいのは、彼が良心をそなえた道徳的行為実践の主体たる「個人」として尊重されるからではあるまいか。ともかく、所論はあまりに見切りが早すぎるように思われる。

(68) 拙稿・前掲神奈川法学五〇巻三号五九〜六〇頁。  
 (69) 前章第三節を参照。