

抽象的危険犯とその結果地（二）

香川達夫

- 一 四個の設例
- 二 その類型化と性格
- 三 具体的危険との差
- 四 個別的検討（以上、前号）
- 五 四事例説明への伏線（以下、本号）
- 六 段階的な危険
- 七 危険と結果
- 八 抽象的危険犯と結果地
- 九 具体的危険犯と結果地

五 四事例説明への伏線

一 一見、単純とも思われる危険犯概念をめぐる、実はそこに多くの論争点あるいは問題点のあることを考慮

抽象的危険犯とその結果地（一）（香川）

にいれ、またそれを反映した結果として、さらには本稿での主題である既述の四事例との関連を解明する必要もあつて、その序論的な検討として、危険犯に関する記述に多くのスペースを割いてきた。もとよりそれらが、今後の展開に投影するのは事実としても、そろそろこの辺で、本来の課題に復帰する必要があるであらう。

もともと、ドイツにおいてこうした論議が展開されるに致った契機は、一九七五年になされた、いわゆる新総則の施行にともなう九条の誕生にあつたといえる。同条が、いわゆる遍在主義 (Ubiquitätsprinzip) の規定であることはいうまでもない⁽¹⁾。そして同条は、遍在主義採用の結果として、「構成要件に属する結果 (der zum Tatbestand gehörende Erfolg)」の発生したその土地についても、それが自国法の予定する、自国刑法の適用下にある旨を明記していった。そのこと自身、これまでの論争すなわち行為地主義か結果地主義かの論争に、終止符をうった意味での評価は可能である。ただそれにしても、そのことから同時に、また新しい問題の発生をもたらし、またそれへの契機となつたのが同条の新設にあつた事実は否定できないところである。そこからたとえば、その対象が実害犯 (Verletzungsdelikt) あるいは結果犯 (Erfolgsdelikt) であるかぎり、同条の予想する構成要件に属する結果の存在は、容易にこれを是認することができ、したがって、実害犯・結果犯が遍在主義の恩恵に浴する点については格別の問題もなかつた⁽²⁾。ただ同様の処理が、危険犯とくに抽象的危険犯についてもいえるのかは問題視されていた。

抽象的危険犯については、すくなくとも従前の理解によるかぎり、それは単純行為犯であるとされていた。そこから、抽象的危険犯⁽³⁾単純行為犯とする認識を固執するかぎり、九条所定の意味での結果地の存在を予想しうる余地はない。余地がないのなら、同条の適用対象とはなりえないとするのも容易である。ただ逆に、そう断定してし

まづ妨げないものなのかは、宿題として残るところであった。もとより、妨げないとするのも一個の解答ではあるし、またその範囲で、ここでの四事例を検討する必要がなくなってくるのも事実である。しかしここで、あらためて四事例があげられたということは、そうした早急な結論に対する警鐘の意味があつたことなのかもしれない。そうだとすれば、どういう結論に落ち着くのかは別にして、もう一度ここで検討し直す必要があるのもまた否定しえないところのようである。

もともと、危険とは結果発生の可能性ではあつても、結果そのものではない。換言すれば、保護法益に対する侵害もなければ——その可能性は別として——、さらには具体的危険犯のように、具体的に発生した危険の存在そのものが要求されているわけのものでもない。そこにまた抽象的危険犯の特質があるとするとするのなら、抽象的危険犯に「構成要件に属する結果」を求めること自体に無理があるといえるのかもしれない。そしてそれがまた、これまでの形式説によつたばあいの結論であつたともいえよう。抽象的危険犯をもって、既述のように単純行為犯であるにすぎないとするのなら、そのような理解に落ち着くのも自然であつたからである。

だが他方、同じ危険犯ではあつても、具体的危険犯になると、具体的な危険の発生そのものが法文上に明記されている事例は多い——もっとも、明記されていなくても、解釈上具体的危険犯とされる事例のありうることは既述した——。そして、そうした具体的危険の発生もまた結果であるとするのなら、その範囲で——後述するように、危険と結果とを同一視する所見によれば、そのことと自人格別のこともないのかもしれないが、他方この点の理解に關しては不統一なものがあり、ために私自身は多少の疑問を抱いているが、それはともかく——、九条所定の要件をみたすものとはいへ、したがって、具体的危険犯の処遇については、それが九条所定の安全圏内に安住すること

が可能であるとはいえそうである。

ただこの所説、同じく危険犯とする範疇に同居させておきながら、結果として抽象的危険犯と具体的危険犯とは、その処遇を異にしても妨げないとする認識を前提にする。またそう解しないかぎり、それはでてこない帰結である。そこでそのように、それぞれ別に考えかつ処遇しても妨げないというのかは、一個の宿題として残るところであろう。ただ正面きって、そうした宿題を提起されても、現実と同じ効果を抽象的危険犯に求めることが、既述のように許されない面もあるのなら、同じく危険犯とする範疇で捉えるという前提・努力はこれを放棄し、それぞれに別であるとして構成していく以外に方法がないのかもしれない。だが逆に、そのこと自身が許されないとするのなら、この両者は依然として同一の枠内に残し、そこに共通するなにかをみいだす方向をとるよう努力するほかはなくなってくる。選択肢としては、そのいずれを選ぶのが問題となつてこよう。

加えて、抽象的危険犯については、形式説による把握のみが唯一のいきかたではなかった。他方で、実質説の展開もなされている。もとより、実質説をどう性格づけるかについては、それ自身単純にいく課題ではないにしても、すくなくともそれが、危険性に関する段階的な発想を前提にしているといえるのなら、その範囲ですでに、抽象的危険犯と具体的危険犯とは同一範疇に属しない、という選択を許す可能性はきわめてすくないことの証左ともなつてこよう。そうだとすれば、そのこととの関連をも考慮にいれ、ここで抽象的危険犯を粗上にのせる必要度は、より高くなつてくるとはいいうる。

もっとも九条一項自体は、行為がおこなわれたその場所として、法文上三個の場所を予定している。すなわち正犯者の行為地のほか、不作為の行為地に加えて、構成要件に属する結果発生地の地をも含むのがこれである。

そこから抽象的危険犯といえども、その行為が自国内でなされているかぎり、格別その行為の構成要件に属する結果の発生地を詮索する必要はでてこない。あげて正犯者の行為地を基準にして、自国刑法の適用を認めればたりのからである。それならば、なぜ抽象的危険犯がここでの俎上にのぼるのか、とする疑問もでてこよう。それへの解答は簡単であった。

逆の事例、すなわち自国外で抽象的危険犯を犯し、その効果が自国内におよんだようなばあいを考慮にいれればたりのからである。もとよりこのばあい、正犯者の行為地だけを基準にするのでは、それが自国外であるためその処理に戸惑うことにもなってくる。そこから、構成要件に属する結果の発生地をも考慮にいれないかぎり、そうした戸惑いから解放されることはないからである。だからこそ、結果地もまた犯罪地であるとされ、それへの対応策が必要とされていたわけである。と同時に、他方でそれはここでの課題である、抽象的危険犯に結果を予想しうるのかといった疑問とも関連してくる。抽象的危険犯 \parallel 単純行為犯とする認識を信奉するかぎり、このことは避けられない疑問点だからである。そして、そうした疑問に対して積極的に答ええて、はじめて抽象的危険犯に対する九条の適用も可能となってくる。ここでの対象である四事例のいずれもが、そうした事例を予定しての設問であった。だからこそ、九条所定の構成要件に属する結果とする概念の検討は、やはり避けてとおれない課題なのである。

立論の出発点が、そこにあつたのは事実である。ただことは、抽象的危険犯の行為地が自国内か自国外か。自国外であれば、構成要件に属する結果地を考慮することによって、それを自国内に導入しうるのかどうか。そういった次元でのみ、ここでの問題がおこってくるわけではなかった。それだけが問題点であるにすぎないと解するのは早計のようである。既述のように、抽象的危険犯という危険概念にその程度を認め、いわゆる抽象的危険と準抽象

的危険とを区別するのなら——それがまた、実質説の核心であったともいえそうである——、抽象的危険は自国内、準抽象的危険は自国外といった設例において、前者自体が——「法文上『危険』の発生が要求されてはいないが、処罰の対象となる……行為が行われたと認めるためには、……実質的危険の発生が必要」とされる意味での前者——、自国内では処罰の対象となりうる程度の危険には達せず、その危険をこえた準抽象的危険そのものは自国外でやっと発生したようなばあい、換言すれば、自国外における準抽象的危険発生以後の進展を、ここで問題視されている構成要件に属する結果に關連づけて考えることができるのかどうか。そういった問題も意識される必要があるからである。

積極・消極の二様の解答が考えられよう。自国内での抽象的危険は、それが処罰に値しない程度のものであるかぎり、たとえ自国外で処罰に値する程度すなわち準抽象的危険の程度に達したとしても——そしてその自国外で、当該行為に対する処罰規定の有無にかかわらず——、自国刑法の適用はないとするのも一個の解答ではある。消極的な理解によるのなら、そう答えるのかもしれない。だが、それに対して九条自体は、行為地のほか構成要件に属する結果の発生地を *order* で結んでいる。ということは、そのいずれか一方の存在さえあればたりることの宣言でもある。そうだとすれば、既述の消極論は実定法との調和を欠く結果になりかねないと批判される余地もありうる。そこから、準抽象的危険とは、あくまでも危険であって結果ではないとでも弁明しないかぎり、その間の調和はとれないことになってくるのかもしれない。

他方、積極的に解するいき方は、処罰されなくなるのを避けるため、九条所定の構成要件に属する結果に關連づけることによって、その処遇が由に浮くのを避けるとするであらう。ただそうだとすると、ことは自国外での事例

のみにかぎられないことにもなってくる。構成要件に属する結果を自国外に限定する必要もないからである。この事実は、これを銘記する必要があると同時に、他方でそれは、自国内では犯罪とさえならない危険を、自国外での危険の存在を媒介とすることによって、自国内に誘導することになりかねないが、それでも可とする趣旨なのであるか。

(1) その詳細については、香川「遍在主義と共犯」変動期の刑事法学 森下 忠先生古稀祝賀(一九九五年)一一一頁以下参照。

(2) 「構成要件該当の行為は自国内で、その結果は自国外であるような結果犯についても、事情は同様である」とされ、それは当然のこととされていながら、Hans Heinrich Jescheck=Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 178)。

(3) 「抽象的危険犯とは、純粹に行為犯である。したがって、その危険回避のため、立法者が処罰規定を設けて、他の場所で発生した危険の防止に当たったとしても、現に行爲したその場所だけが確定的となってくる」(Jescheck=Weigend, a. a. O., S. 178)とされているとおりである。

(4) 山口・前掲書二五一頁以下参照。

(5) 山口・前掲書二五一頁。

二 もっともそれとも、九条があるからでてくる問題点であって、逆にそれを欠くのならこの問題はでてこない、単純にそういわるのかもしれない。そして、わが国刑法との関連で、こうした形での法条は存在していない。したがってその範囲では、無風地帯なのが現状である。だからこそ、抽象的危険犯とその結果地といった課題が、これまでのわが国で論議の対象にさえなつてこなかったともいえ、またそう考えれば納得のいく現象ではある。そう解

することによって、これまで論議のなかつた過去に對しての弁護論が許されるのかもしれない。

ただ、わが国刑法一条所定の「日本国内において罪を犯した」にいう「罪を犯した」の解釈については、そこに行為地のほか結果地をも、さらには中間地をも含むのかといった形での論争はすでに展開されていた。そして、こうした論争の経過に對して、きわめて概括的な表示が許されるのなら、ことは肯定的に解されているのが、わが国での通説であつたともいえる。となれば、九条のような規定がなくても、当然抽象的危険犯の課題が論議されてもよかつたはずとはいはうわけである。逆にいえば、明文規定がないだけに、解釈論としても抽象的危険犯の結果地が問題視される意味は、一層の重要性をもっていたはずである。抽象的危険犯の処遇は、やはり考えられなければならぬ課題であつた。

ともあれ、九条をめぐるドイツでの学説の概要を、まずは最初にここで検討しておくことにしよう。抽象的危険犯のばあい、「その危険が現実的なものであろうと、あるいはその可能性にとどまるものであろうと、それらは決して、九条所定の意味での構成要件上重要な事情にあたるものとはいえない」とヤコブスはいう。通説的な認識に準拠しているからである。そのかぎり、発生した損害ある具体的な危険の発生が、抽象的危険犯の運命を左右することはありえない。加えて、抽象的危険それ自体が結果を意味する、あるいは結果そのものであるともされてはならない。危険は結果ではないとする認識は、この見解にとつて頑なまでに維持されている。「本来的にいつて結果とは、構成要件に該当する行為から、時間的にもまた空間的にも區別された、外界における変化として把握されなければならない」と、そう解しているからである。そうだとすれば、抽象的危険犯のばあい、それはそうした形ではなんらかの外界における変化をもたらすものではないし、したがつて抽象的危険の存在とは、これまでの通説すな

わち形式説所説のように、それは単なる立法の動機あるいは擬制であるとされるところどまり、それ自身が決して構成要件の要素あるいはその内容とされているわけのものではないといわざるをえなくなってくる。

その範囲でまた、九条の予想する「構成要件に属する結果」とする概念を、抽象的危険犯に求めること自体が困難となってくる。そうだとすれば、すくなくともドイツ刑法との関連で、そして九条そのものの存在を前提とするのなら、ことは消極的に解さざるをえなくなってくる。形式説によるかぎり、そうだとせざるをえないし、また事実そう解するのが、ヤコブスの所説にもみられるようにドイツでの通説的な認識でもあった。そこからさらに、視点をわが国に移行させると、これまではすくなくとも形式説が一般であり、加えて九条のような実定法上の規定もない。したがって、法条に拘束されないままの解釈論が可能であったにしても、理論的な前提からくる帰結としては、ことはやはり消極的に処理される可能性が高いということにもなつてこよう。もっとも、そのこと自体は満足せず、逆の方向をおう所見の展開も、これまでも紹介してきたように、現にみられるところである。そうであるのなら、そうした両者間の変化のあとをおいながら、既存の学説に対する反省をする必要もでてこよう。

そのひとつは、抽象的危険犯だからといって、そこに構成要件に属する結果を語る余地がないとする、そのこと自体に問題があるとするものであった。というのは、不作為犯とのバランスを考慮にいれて考える必要があると解されているからである。抽象的危険犯が、不作為によっておこなわれうる事実は、これまでも認められてきた。すくなくとも、当該危険を阻止すべき法的な義務があるかぎり、ことは肯定的に解されるはずである。他方ドイツ刑法のばあい、不真正不作為犯の処遇に関する実定法上の規定、すなわちその一二条には“Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört……”⁽⁹⁾といった表現がなされてい

る。そこから、この一三条と九条との双方を比較し、この両法案に規定されている意味での結果が、抽象的危険犯のばあいには存在しえないとするのなら、その論理必然的な帰結として、抽象的危険犯の不真正不作為犯の可能性もまた拒否されなければならない。だが逆に、九条との表現の同一性を根拠に、一三条所定の結果もまた抽象的危険犯について考えられるとするのなら、同じく九条との関連でも、格別抽象的危険犯を排除する必要はないといえることになってくる。これが、第一の論拠となっていた。

巧妙な立論であり、妙に説得力をもっている面もある。そこから、同一の事態をわが国に求めようとするのもわからぬわけではない。だがわが国のばあい、九条にも一三条にも対応する規定に欠けている。こうした実定法の欠如を理由に、この法理の利用は不可能と拒否したい面もある。だが、放火罪との関係でその不作為による放火は、すでにわが国の判例上もそして学説によっても承認されている。⁽¹⁰⁾そこで、こうした既成事実を是認するのなら、そこから必然的に、既引用のハインリッヒの基礎づけを可としなければならぬことにもなつてこよう。そうだとすれば、抽象的危険犯についても、構成要件に属する結果を是認しようと考え、その結果、実質説に準拠しての解明が必要になってくるといえるのかもしれない。論理的にはそうであるといわざるをえない。だが、不作為による放火罪について、すくなくともこれまでの学説が、実質説を前提とし、すなわちそれとの関連を意識しながら、積極論を展開してきたわけのものではなかった。形式説にしたがいながら——問題点を、認識していたか否かは別に——、同一の帰結に達していただけのことである。そうだとすると、そのこと自体が、ハインリッヒにいわせれば論理矛盾ということになるのであろうか。

第二の論拠は、端的にいつて、ここで要求されている結果とはなにかに關するものであった。既述のように、從

前説かれた結果とは、空間的・時間的に区分可能な外界における変化とされている。となるとそのことの是非に、形式説と実質説のわかれる最大の契機があったといえるし、したがってまた実質説が、それに対して強力な反撃を加えようとするのも、自然の成行きであったといえる。そこから、ハインリッヒは「法は、特定の行為をそれ自身のために禁止してはいないが、その背景には、つねに当該行為によって侵害されうる法益の保護といった発想が存在している。その意味では、こうした法益が事実上侵害されるのなら、そうした侵害は、通常外界における変化に結びつくものであり、……したがって、行為と結果とを空間的・時間的に区分することは可能になってくる」⁽¹⁾といった形で、ここでの問題となっている結果概念を設定し、またそうすることによって、かならずしもそれを実害の意味には解していなかった。そしてそこからまた、ここでの課題である四事例を、積極的に解決することが可能になってくるとする方向をおっていった。

このように、法益の保護を重視するところから、外界において具体的な変化がなければ結果ではない、とまでいう必要はなくなってくるとするのは理解する。現に具体的危険犯のばあい、具体的とはいいながら、そこに外界の変化が必然的なものとして要求されているわけのものでもなかったからである。その意味では、抽象的危険と具体的危険との差は、危険の程度の問題であり、ともに侵害の結果発生の可能性を有する点において、この間に差異はないとはいえる。そうだとすれば、具体的危険犯についてのみ構成要件の結果を認め、抽象的危険犯については認めないとするのは、非論理的となってくるといわなければならぬのかもしれない。そこから、「当該法益に対し、行為とは区分されるべき特別な危険の発生、それを行為に追加し、それが違法性を基礎づける形で利用されているばあいにのみ、こうした意味での目的論的な制限が可能になってくる。したがって抽象的危険とは、立法者に

よる単なる動機だけの問題なのではない。それは、書かれざる構成要件要素として、当該行為に追加されるべき実質的な行為の徴憑なのである⁽¹²⁾とされることにもなるであろうし、またそのこと自身、領かれるところでもある。

その結果、こころした認識にたつて、なきに提起された四事例に対する解答がなされている。すなわち、この四事例において、「具体的な危険あるいは実害が、行為とは別の場所であらわれたことは事実である。したがってまた、そこに抽象的な危険があったとしなければならぬ。しかし、こころした抽象的危険は、たとえば事例二と三のばあい、有毒ガスあるいは有毒なゴミが自国領域に達することによって、その時点でやっと抽象的危険がでてくるだけである。その意味では、時間的には構成要件的行為のあとになっている。したがって、抽象的危険がすくなくとも行為の時点で排除されている事実を認めなければならない⁽¹³⁾」とするのがこれである。

- (9) Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, S. 117.
- (7) Jakobs, a. a. O., S. 76ff.
- (8) Vgl. Eric Hilgendorf, *Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzip im Zeitalter des Internet*, NJW., 1997, Heft 27, S. 1876.
- (6) ハンリッヒ・ヨハン・バウマン「不作業の可能性は抽象的危険犯にどこまで認められるか」(Vgl. Heinrich, a. a. O., S. 77) 以下、Baumann = Weber-Mitsch, a. a. O., S. 263; Maurach-Karl Heinz Gossel=Heinz Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, § 46, Rdnr., 7等々を参照せよ。
- (10) 私個人としては、こころした不作業による放火罪の成立については、とくに判例所説の独立燃焼説との関連について、若干の疑問をもちている。香川「独立燃焼説と不作業による放火」(ゼミナール) 刑法の解釈(一九八五年)三三三頁以下参照。
- (11) Heinrich, a. a. O., S. 78.

(12) Heinrich, a. a. O., S. 80.

(13) Heinrich, a. a. O., S. 80. として、第二の論点に対する批判は、次項で展開することにする。

六 段階的な危険

一 抽象的危険の存在を単なる擬制の範囲にとどめず、当該危険に対してなんらかの制限ないしは条件を加えることによって、そうした制限・条件が加えられた範囲で、その危険なりあるいはその結果を認めようとする努力は、そのこと自体新しい方向ではあるにせよ、そこからさらに、前項で記述したような別個の問題を誘発してくる事実は否定できなかった。すなわち「結果は、同時にしかも排他的に、構成要件中に限定された行為とその運命をともにするのか（したがって、抽象的危険の発生は、単独の結果として認めるべきである）、あるいはそれを越えて、その後の具体的危険ないしは保護すべき法益の侵害を（より以上の）結果として承認されなければならないのか」⁽¹⁾という課題の登場をもたらしたからである。

基本的にいって、こうした所説とくに後者の主張の背景には、具体的危険犯と抽象的危険犯とは、これまで縷述のように、その危険の程度に差があるにすぎないといった認識を前提にしている。すなわち「構成要件に『属する』結果という概念のもとには、それが構成要件を充足するについて充分な結果のみを意味するというだけではなく（したがって、抽象的危険犯を例にとれば、抽象的危険の発生）、さらに当該刑罰規範によって、究極的に阻止されるべき結果（抽象的危険犯であれば、保護法益の侵害またはその具体的危険の前提）をも含むといった認識か

ら出發すべきである。……そして、こうしたより広範な結果の発生は、当該構成要件自体が要求しているものではないにせよ、事実上そうした結果があらわれたのなら、それが可罰性の判断に際して、なんらの意味をもたないといふ必要はあるまい。その意味で、構成要件に属する結果とは、抽象的危険が具体的な危険のなかに、あるいは行為主体に対する加害のなかに現実的にあらわれてくるといえる⁽²⁾とする表現に、それは集約されているからである。換言すれば、いわゆる結果犯における結果のほかに、それ以外にもなお、構成要件に属する結果があるとする認識が前提になっているといえる。

もとより、構成要件に属する結果といった表現を使っているのは、そうした効果をねらったことであつたろうとは思ふが、同時に他方でそうした理解が、逆に抽象的危険犯に対する処罰の範囲を、拡大化する危険を内包している事実だけは指摘しておきたい。判断の基準としての法益概念の登場は、他方でたとえば準抽象的危険といった概念をおくことによつて、ことを制限的に解しようとしながら——もつとも、いわゆる準抽象的危険といった発想と、ここで展開されている結果は認論とが、直接的に結びつくものでもないといった反論が考えられないわけではないが——、結果として解釈の拡大化に連なる危険を内包している事實は、かつてなされた目的論的解釈という方法論の展開によつて、経験ずみの現象でもあるからである。そのことを知りながら、こうした主張がなされているのかといった危惧はある。

その意味では、そのこと自体、素直に肯定しにくい面もあるが、実質説によるのなら、こうした主張が展開されるのわからぬわけではない。ただ、ハイインリッヒのばあい、そこにはもう一個の対応策が予定されていた。すなわち、より広範な結果の位置づけによる対応策がこれである。「関連する保護法益に対する具体的な危険あるいは

侵害が、どこかの場所であらわれたばあい、それはその場所で（さらには、その時点で）抽象的危険が存在していた、ということの明白な徴憑である。³⁾換言すれば、そうした侵害等があらわれたということは、その前に抽象的危険が論理必然的であったことの証明でもあり、その意味で、抽象的危険とは単に理論的だけではなくて、時間的にも空間的にも、行為の場所と区別しうるものなのである。したがって、行為の場所と抽象的危険の場所とは、同一でなければならないものでもない⁴⁾とするのがこれである。そしてその結果、本来の課題すなわちここでの四事例についても、抽象的危険犯として保護されるべき具体的な危険等が、自国内であらわれた以上、それに対し、自国刑法の適用は当然のように可能になってくるとして⁵⁾いるからである。

ハインリッヒのいう二個の選択肢中、そのいずれを選ぶべきか、その選択方法の可否についての課題は残るにしても、こうした二個のいき方に共通する点として、それらはともに実害ないしは具体的危険の存在を前提とし、それとの関連で抽象的危険の位置づけをしようとしている点である。この点を指摘することは可能である。たしかに、これまで述べしてきたように、危険概念の段階的な発想を前提にするのなら、その一段階としての抽象的危険を、究極のそれとの関連において位置づけようとするいき方には、それ自身合理性のある立論であることは認めなければなるまい。ただ、そのためには、たとえば抽象的危険犯のばあい、つねに抽象的危険が構成要件の要素として位置づけられていて、それは初めて可能となる立論であるにとどまり、したがって抽象的危険に対する認識が、不可欠の要件となるとする前提からの出発を避けられないことにもなってくる。さもないかぎり、段階的な発想自体が崩壊を招きかねない危険もあるからである。

わが国のばあい、抽象的危険犯の典型とされる一〇八条との関係で、そこまで徹底した所説は少数であるにすぎ

ない。換言すれば、一〇八条・一〇九条一項所定の抽象的危険犯と一〇九条二項以下のいわゆる具体的危険犯とは、それぞれ別個の次元で捉えられているのが通例だからである。前者に危険の認識を必要とせず、後者にはそれが必要であるとされ、その結果、後者との関連で、具体的危険をもって構成要件の要素であるとしながらも、前者については、それを構成要件外とする立論がなされているのが現状だからである。だがそれは、共通の危険概念の段階的な差異、あるいは実害との関連で危険を考えようと発想自体に抵触する結果になりかねない。

基本的について、危険を一連の流れのなかで段階的に捉えるのか。そうではなくて、危険とは具体的危険犯についてのみ特有の概念——構成要件要素という意味で——であっても、こと抽象的危険犯に関するかぎり、それは単なる擬制にすぎないとして、他の危険犯からの絶縁をはかったうえで立論するのか。そのいずれかによるのが、ここでの問題解明のための一番の確な対応策であるともいえよう。そして私自身は、後者の方向をおっている。その意味では、それぞれのいく道に差があるにしても、こうした思考の仕方が大事であることだけは強調しておきたいし、またこれまでの見解が、その点で総合的な理解・把握に欠けていたとはいえるようである。

(1) Heinrich, a. a. O., S. 81ff. 当該侵害が、抽象的危険をその発祥点とし、その間の因果関係を要件としている範囲で、段階的な発想がその基礎になっているとする私の理解は、決して誤りではないといえよう。

(2) Heinrich, a. a. O., S. 81.

(3) Heinrich, a. a. O., S. 81ff. 抽象的危険とは、すべての具体的危険との関連で、その最小限度 (Minus) であり、丁度それは事実上あらわれた侵害が、具体的危険を内包していると同様である (Heinrich, a. a. O., S. 82) とされている。このように段階的にとらえるのなら、その結果として競合の問題もおこってこよう。そして、他の法益に対する侵害ないし危険がないかぎり、法条

競合しやれしごんやびあや。 Vgl. Cramer-Schonke-Schröder, Strafgesetzbuch, vor §§ 52ff, Rdnr., 129.

(4) Heinrich, a. a. O., S. 82.

(5) Heinrich, a. a. O., S. 82.

二 ハイニンリツヒがあげたような事例、とくに国境を接した隣国からの影響を避けられないヨーロッパの地理的事情を考慮にいれるとき、抽象的危険犯といえども、そこになんらかの理由を求め、そのうえで抽象的危険犯自体にも構成要件に属する結果はありうるとし、そうすることによって、九条を根拠に自国刑法の適用が可能になるとする帰結を導きだしたい気持ちは理解する。もっとも、そうした低次元の発想が前提になっているのではない。まさしく理論的にいって、抽象的危険犯に結果ありやの課題として、問題を提起していると反論されるのかもしれない。そうでないとはいわない。たしかに問題なのは、単純行為犯とする従来の基本線をどこまでも固持するのか。逆に、固持に別れを告げて、それを放棄するのか。そうではなくて、第三の方向を指向するのか。こうした選択に對して、どう対処するのか。それが、ここでの課題の命運を決することになる事実是否定しえないところだからである。

基本的に形式説に準拠し、単純行為犯と同じとする前提を固執するのなら、ここでの四事例に對する答えは、それらはずべて消極的にならざるをえないであろう。ただ、抽象的危険犯が単純行為犯であるとして、この両者がつねに等記号で結ばなければならないのかについては、一個の課題として保留しておく必要がある。いずれにせよ、伝統的・古典的な形式説と近代的な実質説との——その内容は、両説ともに多岐にわかれ、統一的不是ないが——對立が、ここに投影している事実は否定しえない。

典型的な形式説を選択し、そうした視点にたつて抽象的危険犯に結果なしとするのなら、ここでの四事例をも含めて、それらが抽象的危険犯とされるかぎり、自国刑法の適用は許されないと、そう断定せざるをえなくなってくる。もとよりそうした選択が、結果的に不合理をもたらしことになるのは事実であろう。すくなくとも、論者であるハインリッヒにとつて、それは堪えがたい選択であつたとはいえる。それを理解しえないわけではない。だがそれに対しては、抽象的危険犯に結果ありとする、そうした法則の変更によつて解決されるべき課題ではなく、現実に処罰しなければ、関係諸国間においてどう処理するのかの合意、それによつて解決されるべき課題である、といった解答がでてくるのかもしれない。もっともそういえば、それはことの処理を解釈論の枠外に求めるいき方であつて適切ではない、と批判されることになるであろう。問題なのは、抽象的危険犯としての性格を変えないまままで、ここでの課題をどう処理するのか。それこそが、解釈論としての最大の課題であり、また対象でもあるからである。

基本的にみて、形式説は抽象的危険を構成要件の要素とはしていない。それに対して、抽象的危険といえども構成要件要素であることに変わりはなく、ただそれと具体的危険の違いは、その程度の差に求められる。このように抽象的危険を出発点として、具体的危険にいたるまでの過程で、徐々にその危険性の増加に求めていくと解するのが実質説であるのなら、それはどの段階において抑えてみても、ともに危険であるとする性格に変わりはないといわざるをえまい——処罰に値する程度の危険性を具備するかどうかの点は別にして——。同じ性格であるからこそ、その程度を考慮することが可能であるといえるからである。そうだとすれば、程度の変化に伴つて、その性格が変わるわけのものでもなからうとはいはうわけである。逆に変わるとするのなら、その間の比較は許されなくなつ

てくるからである。

このように、性格そのものの変更を予定していないとするのなら、ここでの問題となっている危険、すなわちそれが、具体的危険犯との関連では構成要件上規定されていることを理由に、その危険が結果であるとされるのと同じく、その程度に格差こそあれ、抽象的危険もまた結果であるとしなければ、この両者間の性格把握において、變動の生ずる事実を是認するほかなくなってくる。そしてそれが、実質説にとって論理の破綻に結びつく⁽⁶⁾と批判されるのなら、それを避けるための手段として残された方法としては、ともに結果であるとして開き直る以外に方法はあるまい。そうだとすれば、抽象的危険犯に結果ありとすることも可能となってくる。だが逆に、そこまで踏み切れないのなら、すなわちそのことに遅疑逡巡するのなら、逆にともに結果ではないとして、危険犯は危険犯であっても決して結果犯ではない、とする殻のなかに閉じ籠もることにもなってくる。方法としては、このふたつにひとつしかないであろう。それが、とくに実質説にあたえられた宿題とも思われるが、ハイインリッヒにとつてこうした選択は無縁の徒だったのだろうか。⁽⁷⁾

(6) 前出「抽象的危険犯とその結果地」(二)一四頁注(10)に引用した甲斐論文は、そうした方向を指向するものであって、論理的には一貫しているといえる。

(7) 私見として、こうした方向をおっているわけではない。どうしても、抽象的危険犯に結果ありとしたければ、こうした思考方式をとることもありうるであろう、としているだけのことである。

七 危険と結果

一 ところで、一見唐突な意思表示のように思われるのかもしれないが、未遂犯とは抽象的危険犯なのかとする質問を提起したら、それに対して、どんな解答が返ってくるのであろうか。危険概念の段階的な把握を前提とし、それを侵害にあるいはさらに法益の侵害といった究極的な結果に関連させて捉えようとするのなら、ことは肯定的に解されることになるのかとも思われる。一般的にいつて、法益侵害の危険があるばあい、それが抽象的危険犯であるとするとするのなら、事情はまた未遂犯についても変わりはないともいえそうだからである。結果発生の可能性があるからこそ、未遂犯は処罰される。そして、結果発生の可能性を危険というのなら、加えて、未遂犯と不能犯との限界線をめぐる危険概念の論議を契機として、それとの関連で危険概念に対する制限的な理解がなされているのが現実であるなら、そうした事情を媒介として、既述の質問に対する解答は、積極的なものとなってくるように思われる。また、そういわざるをえまいとも思われるのだが、そうだと断定すれば、それは誤解であるとして一蹴されることになるのであろうか。

一 蹴されることに、私としても抵抗感はない。未遂犯が抽象的危険犯であるとは考えていないからである。というのは危険犯のばあい、当該危険の発生それ自体が——抽象的か具体的かの差はあるにしても——自己目的であるのに対し、未遂は結果発生への前段階であるにすぎないからである。その意味ではまた、一〇八条および一〇九条一項に関する一般的な見解が、これら罪の未遂時期を焼損の結果の不発生に求め、他方抽象的危険の発生をもって、単なる擬制にすぎないとして位置づけてきたことにも、それなりに相当な理由があったともいえるからである。も

つとも、抽象的危険犯として性格づけられながら、その未遂犯が処罰されるのは、既述の二法条のみにかぎらなかつた。二二五条二項についても——墮胎罪を、抽象的危険犯として性格づける範囲においてではあるが——、事情は同様となつてくる。⁽²⁾

加えて、ハインリッヒのあげた四事例も、その多くがいわゆる軽罪 (Vergehen) に関する事例であつて、重罪 (Verbrechen) についてはなかつた。後者であれば、その未遂は当然処罰されるにしても、前者はわが国と同様に、未遂犯処罰規定があるばあいのみにかぎられているからである (ドイツ刑法二三条参照)。そして、さきの四事例中には、その未遂に関する処罰規定がおかれている事例もあれば、逆にそれを欠く事例もある。その点で、事情はわが国での未遂犯の処遇と共通している面はある。抽象的危険犯 || 單純行為犯とする認識を不動のものとし、そこから抽象的危険犯に未遂なしとするのなら、危険自体の存在それ自体が重要であり、その未遂をあらためて処罰する意味は半減する。だが、それにもかかわらず、他方でその未遂犯処罰規定が現存しているのもまた現実である。

ところで、未遂とは本来的にいつて、完成しなかつた犯罪、すなわち当初予定した結果に対応する結果が、予定どおりに発生しなかつたばあいであり、そこから自動的に、当該不發生の結果と、その不發生であつた結果に対する予見の存在とが必要とされる。それが、未遂犯のもつ特徴である。だが他方、抽象的危険犯とは、危険自体が既述のように自己目的であり、したがつてそこから、その發生があつたかなかつたかだけが要件となり、またそれだけのことでことはたりる。そこからさらに、未遂犯に予定されているような、結果の發生までも意圖していることが要求されているわけのものではなく、したがつて危険の予見も、通常は必要とされているわけでもない。すく

なくとも、形式説を前提にするかぎりそうである。

もっとも、危険自体の発生は——それに程度のあるのは事実としても——、意図していることが必要とされている。なぜならそれは、構成要件の要素であるからと反論されるのかもしれない。とくに実質説によるのなら、それは当然のこととして、その段階における当該危険に対する認識が要件になるであろうし——もっとも、この点を強調するのなら、これまでの一〇八条に関する一般的な理解は、きわめて不徹底であったという批判を避けられないことになるが——、またその目的とする危険の発生があれば——どの程度かは、それ自身争われるにしても——、それだけで認識に対応する目的は達成される。その意味では、認識に対応する公共の危険、それを未遂犯における結果と同一視する、あるいは同一視しても妨げないとする根拠はでてこない。予見する対象の範囲が異なっているからである。

そうだとすれば、外界における変化が存在するのは事実としても、それは危険そのものもたらず変化ではあっても、それが結果という別異の次元へと変化し転質していくものではないとはいえる。したがって、こうした両者のもつ性格的な差異を併考するのなら、抽象的危険犯にも構成要件に属する結果があるとすると立論は正確でないし、またそのこと根拠に、九条の適用を求めるのも適切ではないことにもなってくる。積極的に解したいのなら、こうした理由ではなくて、他にその理由を求めべきであつたろう。たとえば、九条の予定する構成要件に属する結果という法定要件と、通常の結果概念との間には格差があり、したがって前者と後者とを同一視する必要もないといった、そういういき方が考えられないわけではないからである。

(一) 墮胎罪のばあい、その大部分の犯罪類型については、未遂犯処罰規定を欠いている。だが、二二五条一項所定の不同意墮胎罪についてだけは、同条二項でその未遂犯が処罰されている。その意味では、構造的に一〇八条等と共通した面をもっているといえるようである。そうだとすれば、その未遂犯に関する把握の仕方は、一〇八条等のそれと同様に捉えられなければならないまい。ところで、同条項の未遂については、「胎児および妊婦の生命、身体に対する……危険性が極めて大きい」(横畠祐介)「不同意墮胎罪、不同意墮胎未遂罪」大塚Ⅱ河上和雄Ⅱ佐藤文哉編・大コンメンタル刑法第八卷(一九九一年)三九一頁)からといった記述がなされている。もっとも私のばあい、この所見にしたがうわけにはいかない。妊婦は保護の対象外と解しているからである。そこから、同意をえない墮胎それ自体によって、胎児の生命・身体に対する抽象的危険の存在が予想される。その範囲で、本罪が抽象的危険犯であるとき、れる実態に変更を加える必要はない。ただ、墮胎行為とは胎児の母体外への排出をいう。したがって、当該排出行為が未完成のまま、母体が死亡したようなばあい等が、本条項の対象になるとするほかはない。

二 一般的にいつて、抽象的危険犯とされる類型に、その未遂犯処罰に関する規定はない——抽象的危険犯に、未遂ありや否やの課題は別にしても——。現実にあるのは既述のように、一〇八条等と二二五条程度である。他方、ハインリッヒのあげた四事例中、その未遂が処罰されているのは事例三だけであった。そうだとすると、ともに抽象的危険犯であるとされながら、そして他方で、その未遂犯が現に処罰されているのなら、そのこととの関連を、さらに考えていかなければならなくなってくる。そこで、ふたたび一番理解しやすいであろう一〇八条を、とりあえずここでの対象とすることにしよう。同条は、抽象的危険犯の典型とされ、しかも同罪の未遂犯も処罰されているからである。

そこで、その未遂とはなにかと聞けば、それは焼損の結果不発生のばあいをいうとされている。焼損の意思で放火し、当該結果が不発生であるのなら、それが未遂になるとするのはよい。ただそのことと、同罪が他方で抽象的

危険犯とされていることとの調整の問題は残されている。この点、形式説による説明は、この両者間の調整を、きわめて素直な形で可能にしてくれる。というのは、焼損の結果が不発生であれば、それだけで直ちに未遂犯としての成立を避けられない。そこから、一・二条の適用が可能である。ただ、そのばあいに残された抽象的危険の問題は、焼損の結果の発生・不発生にかかわらず、放火行為それ自体によって、抽象的危険があったものと擬制される。その意味でも、抽象的危険を構成要件の要素とする必要はなく、いわば、基本犯の成否に未遂犯の成否を依存させていれば足りるだけのことであり、格別の問題も生じてこないといえるからである。

だが、実質説によるるとき、こうした解答は許されまい。同じ抽象的危険でも、その程度によって処罰に差が生ずると解しているからである。いわば、処罰に値するばあいとそれ以外とを区別するのなら、その程度のいかんと未遂との関連を、そして他方ではさらに、焼損の結果の不発生をもって未遂として、この両者間の調整の問題は残るからである。加えて、抽象的危険そのものもまた、構成要件の内容であり——これが実質説の核心であった——、したがって、その認識が要件になるとするのなら——要件としないとする所見もみられるが——、そうした認識に対応する公共の危険と、放火の意思に対応する焼損の結果ないしはその不発生との関連については、ひとこと納得のいく説明があつてしかるべきであつたらう。だが、現実にそれに対する解答は期待できない。自ら提起した課題に対する解答は、好むと好まざるとにかかわらず、明確にしておくべき義務があるとも思われるが、それも虚しい期待であるのが現実である。それだけではない。当該危険に程度を設け、ある程度の危険の発生をまっ当該抽象的危険犯は成立するとするのなら、それは抽象的危険犯に未遂なしとする帰結に結びつくことは容易であるにしても、抽象的危険犯に未遂ありとすることの説明にはならない。どう処理するつもりなのだろうか。⁽²⁾

この点、形式説は単純である。抽象的危険犯のばあい、抽象的危険の存在自体は、構成要件とは無縁であり、したがってその認識も必要とはされず、それは単なる擬制にすぎないと解しているからである。いわば、当該犯罪の成否は当該構成要件が規定する範囲で決定されるだけであり、そこから、抽象的危険犯という前提を変更することなしに、その未遂犯処罰が可能になってくるといえるからである。

(2) 事例三における有毒な塵芥の排出については、その未遂犯が処罰されていることとの関連が気になる。そこで、注釈書にあたって見たら、つぎのような記述がみられた。すなわち「いつ未遂が開始されるのかは、一般的な法則によって方向づけられる。直接的な評価は、なんらかの危険あるいは侵害の発生に求めるべきではなくて、廃棄された塵芥が、どんな結果をもたらしたかに関連づけるべきである」(Horn, Systematischer Kommentar, § 326, Rdnr., 26) とするのがこれである。

八 抽象的危険犯と結果地

一 抽象的危険犯とその結果をめぐる処遇の仕方、その点に関する大方の意見、とくに九条所定の構成要件に属する結果との関連については、その殆どが同条の適用なしとする認識で一致している。⁽¹⁾ 単純にいえば、抽象的危険犯とは単純行為犯であり、単純行為犯であれば、その結果もなくしたがって未遂もありえないと解しているからである。⁽²⁾ もっとも、単純行為犯に未遂ありとする所見も存在しないわけではない。⁽³⁾ そのかぎり、ここでの課題に対する対応の仕方も変わってくる。前提を異にすれば、その帰結に変動が生ずるのは当然のことだからである。ただすくなくとも、ここでの認識は単純行為犯には未遂もなければ結果もない、とする認識が前提になっている。もし

て私見としてもまた、この帰結には賛成である。⁽⁴⁾ その意味では、抽象的危険犯 \parallel 単純行為犯 \parallel 未遂なしとする認識に賛意を表している。

そして一般的にいつても、そう解することを妨げる理由はない。ただ逆にいつて、抽象的危険犯とはつねに単純行為犯であるのかと反問されると、つねにそうであると答えるだけの自信はない。なぜなら、そうだともいいえないう類型が、他面では予想しうるからである。そうだとすると、あらためてここで、抽象的危険犯 \parallel 単純行為犯 \parallel 未遂なしとする認識、換言すれば抽象的危険犯とはその結果をもたず、したがってまた、未遂もまたありえないとする認識自体の再検討をしてくるようである。

たしかに、行為自体に危険性が内包されている。そこに、抽象的危険犯のもつ特質があるとするとするのなら、それは必然的に単純行為犯と同一視されるとする通説の帰結に対しては、素直にそれに賛意を表せざるをえないし、そのことをまた理解しえないわけではない。ただそれにしても、この点の強調は、逆に同じく抽象的危険犯に内包される他の類型、たとえば現住建造物等の放火罪等が現実には抽象的危険犯であるとされ、しかもその未遂犯処罰規定が存在している、そのこととの調整をどうするのかといった、素朴な疑問を即座に誘発させる可能性をもっている。もとより、素朴といわれようと単純であるとされようと、そのような疑問が登場し、またそれが解消されていない事情に変更はない。そればかりではなく、同罪等に対する未遂犯処罰規定の存在とも相まって、それとの接点をどこに見出すのかといった問題は、当然のことながら意識せざるをえなくなってくる。

事情は、さきあげた不同意墮胎致死傷罪についても同様である。もっとも、こちらは結果的加重犯規定であり、他方現住建造物放火罪等は故意犯であるといった、両罪間に性格上の差異のある事実を無視するつもりはない。た

だ、不同意墮胎未遂致死傷罪との関連で、その基本犯である不同意墮胎それ自体は——他の墮胎罪とは異なつて——、その未遂犯さえも処罰の対象となつてゐる。加えて、その基本犯自体は故意犯である。その意味で、抽象的危険犯とされる基本犯すなわち墮胎罪それ自体が、單純行為犯とされるのは可としても、その單純行為犯とされる抽象的危険犯に、その未遂犯処罰規定が現在する事實は否定できず、したがつて、一〇八条等と同じく抽象的危険犯に未遂がありうるのかといった課題が、二一五条についても関連して来る事實は避けられないからである。したがつて、既述したこの両者との関連で、單純行為犯に未遂なしとする私見によるのなら、それらと未遂犯処罰規定との調整をどうするのか、そういった問題がでてくるのも避けられないことになつてくる。またこの両者の犯罪類型について、このような共通の問題意識を抱いたからといって、格別非難される必要はないともいえよう。

もとよりここでの設問に対しては、積極・消極の両論が考えられるであろうが、いずれにせよ單純行為犯に未遂なしとする消極論に準拠するかぎり、他方で抽象的危険犯とされる現住建造物放火未遂罪等および不同意墮胎未遂罪との調整がつかなくなるのは事實である。これら罪が抽象的危険犯であることに異論はないし——もつとも、墮胎罪について異論のあることは既述した——、また他方でそれらの未遂犯処罰規定も現在している。そのかぎり、抽象的危険犯^{II}單純行為犯^{II}未遂なしとする認識からの脱出を前提としないかぎり、これらの罪を抽象的危険犯とすることを放棄する以外に、方法もないことになつてくるともいえるからである⁽⁵⁾。

事情は、わが国だけの問題ではなかつた。さきの事例三にみられるような設問は、わが国の事例と同じく、それが抽象的危険犯に関する事例でありながら、同時にその未遂犯そのものが処罰されている事例でもあつたからである。そのかぎり、抽象的危険犯とは單純行為犯であり、したがつてその未遂もなく、加えてその結果地をも予

想できないとする、既述したような通説的発想に満足していて妨げないものなのか、といった疑問もでてる。そしてまた、そうした疑問を抱くのならあるいは抱かざるをえないのなら、既述した認識のどこかにメスをいれ、その軌道修正をはかる必要もでてくるようである。

その意味では、ヤコブスが「抽象的危険犯とは、単純行為犯であると同時に、結果犯でもありうる。法益に対する侵害あるいは具体的な危険について、客観的構成要件もあるいは主観的なそれも、ともにそれらを意図していなければあいがこれである。そして、こうしたばあいにおける処罰の根拠は、一般的に(個々の事例によって、抽象化された)特定の所為あるいは特定の結果をともなう所為の危険性に求められる」とした⁽⁶⁾のは、当然のことを当然のように指摘したまでのことなかもしれないが、これまでに明言されていなかった盲点を的確に指摘した意味で、⁽⁷⁾すくなくとも私にとっては、貴重な見解として敬意を表したいところである。

もっとも逆に、単純行為犯にも未遂はありうるとするのなら、既述の認識を維持することは容易となってくる。そして、ドイツにおける通説は、こうした視点からことを積極的に解しているのが現状のようである⁽⁸⁾。ということは、当然のことながら事例三については、格別の疑問を抱く必要はないということになってくる。だがそうであるのなら、これまで抽象的危険犯＝単純行為犯である。ために、その結果地を予想しえない。したがって、抽象的危険犯に九条の適用なしとするこれまでの立論は、なんのためのものであったのだろうか。未遂犯としての処罰と抽象的危険犯としての結果とは、基本的に別であるとしても考えているからなのであろうか。そうだとすると、単純行為犯ではないから結果地を予想しえないとでもいわなければ、その調整がつかないことにもなってしまう。そうした相互の関連に関する疑問点と、それに対する解答の準備は必要となってしまう。そうしたなかにおいて、抽象的

危険犯＝単純行為犯＝未遂なしとする既存の概念にこだわらず、単純行為犯でもあるし結果犯でもあるとしたヤコブスの所見は、きわめて新鮮な所説として、私の映像に刻み込まれるのもまた否定しえない事実である。

わが国のばあい、たとえば現行刑法における一〇八条・一一二条の存在、さらにはドイツにおける事例三のようなばあい、これらの法条の存在を前提にするかぎり、それらが抽象的危険犯とする、単一の性格づけだけで説明することの困難さは目にみえている。それとの訣別を示さなにかぎり、事態の素直な把握は困難である。したがってそうした過去の観点から、当面の課題である結果地の問題を解決しようとしても、そこにはなんらの論理性の保障はないということにもなってくる。その意味では、抽象的危険犯＝単純行為犯とするこれまでの考え方、とくにドイツにおける古典的な思考に対しては、批判的にならざるをえなくなってくるわけである。そして同時にそれは、きわめて単純な帰結であるといわれるのかもしれないが——コロンブスの卵的発想という意味で——、あらためてヤコブスの所見に帰ることの必要性を痛感させられる。すなわち、抽象的危険犯とは単純行為犯でもあるし、結果犯でもある——完全に重複するのか、そうではないのか、その範囲の問題は残るにしても——とする以外に方法もない。そのことに、ここでの課題に対する解決の糸口が、そして実定法との調和のとれた解釈が可能になる契機が求められる、とそういういうるわけである。

(一) 抽象的危険犯にあつて、「具体的にあらわれた危険は、決して構成要件の結果であるのではない。」(Herbert Trondle, Strafrechtbuch und Nebengesetze, 48. Aufl., 1997, §9, Rdnr., 3) とか、「抽象的危険犯とは、行為をおこなつたその場所およびばあいによつては、事実上の中間地においてもおこなわれる。だがそれが予想視しうる、あるいは現実的な損害発生場所として、おこなわれているわけのものではない。なぜなら、予想されるあるいは現実的な損害の発生は、抽象的危険犯のばあい、決してそれらは

構成要件的に重要な事情であるといえないからである」(Jakobs, a. a. O., S. 117)とされているからである。そして、グリボームもまた、具体的危険犯と対比させながら、「それに対して抽象的危険犯のばあいには、行為結果として具体的な危険あるいは侵害があらわれたその場所が行為地なのではない」(Günter Gribbom, Leipziger Kommentar, Großkommentar, Strafrechtsgesetzbuch, 11. Aufl., 1997, § 9, Rdnr., 20)と述べ、結果としてかならずしも積極的ではなかったからである。最後の注釈書は、Burkhard Jähne=Heinrich Wilhelm Laufhütte=Walter Oderskyによつて編集されているが、この注の該当箇所はグリボームの執筆になつていたので、執筆者の氏名のみを引用することとした。

(2) もとより、私見としては消極的である。香川・刑法講義(総論)第三版(一九九五年)三〇一頁参照。ただ他方で、野村稔・未遂犯の研究(一九八四年)一一二頁のように、積極的に考える見解もある。ところで、当面の対象であるドイツのばあい、未遂なしと明言しているわけではないが、「特定の態様を具備する、単なる実行それ自体で、構成要件が実現される可能性もある。これを人は、単純行為犯とよび、そこには行為の着手をこえた、それ以上の外部的な結果の存在を必要としない類型がある」(Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 1980, S. 82)と述べた表現に接するところでは消極的に解する趣旨かとも思われる。もともと逆に、積極論もみられる。Vgl. Baumann=Weber, a. a. O., 8. Aufl., 1977, S. 497(かつて、本書を引用した際、四九七頁を四九九頁として引用していた。香川・総論三〇一頁。校正ミスを詫び、この機会に訂正しておきたい。もともとミッシュも加わった二〇版になると、該当する表現を見出すことができなかった)。なお、Jeschek=Weigend, a. a. O., S. 524.

(3) 野村・前掲書一一一頁のほか、直接的に明言しているわけではないが、不退去罪に対する未遂犯処罰規定が、一一三一条に現在することとの関連もあって、真正不作為犯に未遂ありとする見解もみられる(大塚・総論二一九頁参照)。ただ、真正不作為犯は単純行為犯でもある。ということは、その三段論法の結果として、単純行為犯に未遂を認める趣旨かとも思われるが、その点に関する明示の意思表示があるわけではない。

(4) 前出注(2)の文献参照。

(5) 別途に発表する予定であるが、同様の事例は二二六条三項についても予想しうる課題である。詳細は、その際に記述したいと考えている。

(6) Jakobs, a. a. O., S. 172. φάσιμα ἵκησινした発想がヤコプスによって最初に展開されたわけでもない。ヤコプス自身、その先例として U. K. Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989 を引用し、自説が最初でない事実を認めているからである。ただ私自身は、残念ながらこの書物を見る機会に接していない。したがって以下、ヤコプスが引用している範囲で、その再現を図る以外に方法もない。ともあれ、その概略はつぎのとおりである。「一般的な損害の重要性」それによって個々のばあいには、その責任が基礎づけられるものでもない。「行為者の利益のために……問題となった当該所為が、侵害まで至りえないであろう事実もまた認めなければならぬ」(Kindhäuser, a. a. O., S. 238) と、そのように解するところから、キンドホイザーはまた、抽象的危険犯をもって、特殊な利益に対する関係での侵害を意味するとしている。すなわち、「抽象的危険犯によって関係づけられた安全性は、当該法益についての処分権が法的にも保障されている意味であり、したがってそれが十分に配慮されなければならぬ」(Kindhäuser, a. a. O., S. 280)。そうだとすれば、もちろん侵害犯に関連する部分も問題になりうる。そこから、抽象的危険犯とは、つねに単純行為犯であることは誤りである (Vgl. Jakobs, a. a. O., S. 172) としているからである。

(7) 抽象的危険犯をもって、単純に行為犯として捉えているだけでなく、同時に結果犯でもあるとされている点が注目される。本文中に記述したように、当然のことながら、現住建造物放火罪等の存在は、こうした認識を前提にしないかぎり、よく説明しえないと思われるからである。のみならず、抽象的危険犯とされる不同意墮胎罪についても、同様の問題を意識せざるをえない。ただ、およそ抽象的危険犯とは、つねにそうしたものであるとして性格づけられているのか。そうではなくて、通常の抽象的危険犯すなわち単純行為犯と同一視される類型のほかに、結果犯との競合を予定した抽象的危険犯もありうるとしている趣旨なのか。その辺の理解に関しては論議を生む面もあるであろうが、私としては後者の意味に解している。

(8) 前出注 (3) に引用したパウマンらの所説がこれである。

二 そこで、さきに引用したヤコプスの発言、すなわち抽象的危険犯でもあり結果犯でもあるとして、これまでの基本的な認識の変更を前提とし、ヤコプス流の性格づけに準拠するのなら、既述のようにそれは、現行刑法にみ

られる現住建造物放火罪等の説明をも充分になしうるし、また二一五条一項・二項や、さらには事例三のような未遂犯処罰規定の説明をも、容易になしうることもなってくる。結果犯でもあるといえるのなら、その未遂犯が処罰されることに、なんらの抵抗感もないとはいえるからである。もっとも、こうしたいい方に対しては、さらに三個のつぎのような疑問を誘発する、といった批判がでてくるであらう。そのことを予測しえないわけではない。

その第一は、こともなげに結果犯でもあるとしているが、果たして結果犯といえるのがこれである。そしてその結果として、やはり結果犯であるのなら、他方で抽象的危険犯とされているそうした性格づけとの関連を、どう処理しどう整理するのかといった疑問がでてこよう。もっともヤコブスのばあい、択一的な関係でこうした主張をしているのではないようである。原文自体に“Sowohl……als auch”といった表現がみられるように、甲でもあるし乙でもあるとして、この両者を重疊的な関係において性格づけているだけのことだからである。したがって、疑問があるとすれば、そうした重疊的な性格づけをすることの当否について問題が残るだけである。

抽象的危険犯は単純行為犯であり、それ以外のものではありえないとする認識を固持するかぎり、答えは消極的にならざるをえなくなってくる。それは了解する。したがって、そのように純粹理論的な性格づけに拘泥しようとする気持ちをお非難するつもりもない。だがそれでは、実定法との調整がつかない。つかないことを知りながら、調整への努力を避け問題を回避して等閑視していくのなら、それもひとつのいき方ではあろう。だが逆に、潔癖感がそれを許さないとするのなら、それが適切ではないとする以外に方法もなくなってくる。重疊的な形で存在する類型が、現在するのもまた現実だからである。

そこから、このように重疊的な理解に準拠しても妨げないとするのなら、さらに第二の疑問、すなわちそこで

抽象的危険犯とはなんなのかといった、別個の課題をもたらすことにもなってくる。そしてここでもまた、形式説の登場が重要な意味をもつてくるといえる。すなわち、形式説にとつて抽象的危険の存在は、それ自身が構成要件上要求されているわけのものではなく、単なる推定ないしは擬制として予定されているだけのことである——もつとも、推定なのか擬制なのか、さらには反証を許さないだけのものなのかは、同じ形式説のなかでも、その性格づけについては、かならずしも単一でないことは認めなければならぬが——。となれば、当該犯罪の成否はそうした構成要件外の危険とは関連なしに、基本犯そのものに依存し、その基本犯に結果があるのなら、その結果の発生によって、ことは決定されるとする以外に方法もなくなつてこよう。この点は、現住建造物放火罪等が抽象的危険犯であるとされ、しかもその未遂犯処罰規定があり、加えて焼損の結果発生時をもって既遂と解する所説の展開からも自明の理であり、またそう考えることによって、自ずから納得のいく形として収まるところともなつてくるからである。

だからこそ他方で、実質説がその抽象的危険の程度をさらに実質的に考慮し——野中の一軒家の事例を想起されたい——、その程度のいかんによって、当該犯罪の成否を考えるとしているいき方に対しては、どうしても批判的にならざるをえなくなつてくるわけでもある。結果犯としての焼損の結果の発生がありながら——既遂・未遂の差はあるにしても——、その犯罪としての成否が、さらに危険の程度に依存し、またその依存の程度が認められないかぎり、犯罪とはならないとするのを理解しえないからである。さらにまたその結果として、抽象的危険犯に対しては、既述のように、その国外犯の適用を不能にしていく事実をも是認せざるをえなくなつてくる。果たして、そのことに気がついたらうえでの実質説なのかも、気になるところだからである。

もっとも、さきの事例に対し、それは放火罪にならないだけのことであつて、建造物損壊罪の成立は避けられないといった解答はありえよう。そして事実、そうした所見も展開されている⁽¹⁰⁾。それならば、この所見にとって、建造物損壊罪とは一般法であり、放火罪はその特別法なのかといった疑問もでてくる。損壊が原則であり、その損壊の仕方として火力によるばあいだけが、特別法として別記されているともいわなければ、その間の説明はつかないはずだからである。ただ、公共危険罪である後者と財物罪である前者とを、それほど単純に、特別関係にあると断定してしまつて妨げないのかは一個の課題ではありうる。保護法益を異にしなから、安易に法条競合を認めるいき方に対しては、心理的な抵抗感のあるのも事実である。

そして、かりに特別関係にあるとしたにしても、ある程度具体的な危険が発生したばあいにのみ、放火罪の適用が可能になるとするこの見解にとつて、危険の発生とは、一体なにを意味する趣旨になるのであろうか。それが問題視されなければなるまい。公共の危険があるかないかによつて、その運命が変わってくるというのなら——すなわち、財物罪から公共危険罪に変質するというのなら——、そうした偉大な転機を与える契機、すなわちそこにおいて発生した、ある程度具体的な危険のもつ性格への反省は、そのこと自体、きわめて重要な課題となってくるはずである。その意味で、その程度に関する再考は緊急事であるともいえるし、またそれへの説明が必要となつてくものとも思われる。

客観的処罰条件であるともいわなければ、その間の説明を充分いいつくせないもののように私には思われるが、この立場から、こうした性格づけは、口が裂けてもでてこれない反論のはずである。それが構成要件の内容であり、そうした内容として要求される危険の発生、あるいはある程度具体的な危険の発生をまつて、初めて放火罪や出水

罪の成立が可能であるとするのが実質説であつたからである。ただそうだとすると、この見解にとつて——これまでに何度も指摘しておいたように——、焼損の結果とはなんなのか、それをもう一度、ここで問い直してみたいところともなつてくる。やはり、結果犯でもあるとして、ヤコブス所説のように、両者の共存を認めないかぎり、納得のいく説明はつかないように思われてならない。その意味でも、基本的には結果犯にその成否を依存させ、抽象的危険の有無は、単なる推定・擬制にとどまるとする形式説の方が、よくこの間の説明をなしうる長所をもっている。その意味で、古典的あるいはアルト・モーディッシュであるとする批判を甘受しながらも、形式説のもつ所見に賛意を表しているわけである。

ただそれにしても、同時にそれなら具体的危険犯はどうなるのか、といった第三の疑問がここに関連してくるようになるであろう。それは予想している。ただそれにしても、通説である認識必要説は、この間の説明に困難をもたらすものと思われる。だからこそ、認識不要説にたつて、それを客観的処罰条件として位置づけることの必要性を、これまでに繰り返して強調してきたわけでもある。ただ、その点の詳細は、過去にすでに触れている。⁽¹⁾したがって、それをここで再現させるつもりもないが、結果的に、抽象的危険は擬制、具体的危険は客観的処罰条件と位置づけることによつて、ともに危険犯でもあるとする基本線を維持しながら、同時に前者のばあい、それが同時に結果犯でもあることを併考し、それによつて、未遂犯処罰規定との調整をはかることが、もっとも合理的な解決策になつてくると、そう私には思われるのである。それをもつて、第三の疑問に対する解答としよう。

(9) もっとも、単純行為犯であつてもその未遂があるとする認識を前提にするかぎり、こうした問題はおこつてこない(前出注三〇)

頁注(3)参照)。ただ、ことを積極的に解する所見が未遂を認めながら、その着手未遂・実行未遂がどんな形で認められるかについて、かならずしも明言していない点は、気になる点でもある、木村亀一・刑法総論(一九五九年)三七一頁は「作為義務が成立してもその義務を履行するに必要な時間中はまだ既遂にならない……着手と既遂の間には実行行為の継続があり、未遂が可能……例えば、不過去の罪……において、退去を要求された者が退去に必要な時間の経過以前に突き出されたような場合」に未遂が予想されるとして、比較的詳細な分析をされている木村博士も、肝心要の着手未遂と実行未遂の区別については、既引用のように、きわめて淡泊である。

(10) たとえば、岡本 勝『抽象的危険犯』の問題性」東北法学三八卷一四一頁以下等参照。

(11) 香川「抽象的危険犯とその結果地(一)」「三三頁注(2)」に引用した文献参照。

九 具体的危険犯と結果地

一 抽象的危険犯と国外犯、とくにその結果に関する処遇の取扱、それに対する処理は終わった。抽象的危険犯が他面で結果犯でもありうるとされる範囲で、その国外犯処罰の可能性は失われなかったからである。その意味では、ハインリッヒとは異なる理由づけによるとはいうものの、結果的にことは積極的に処理しうる点で——二重の性格をもつ範囲にかぎられるとしても——、ドイツでの通説に反する結果となった事実は否めない。勿論、こうしたいき方に対して異論のあることは承知のうえである。ただそれにしても、他方で論理性を担保しようとする趣旨からいえば、こうした解決方法が、一番素直な帰結でもあったと、私にはそのように思われる。

ただそれにしても、危険犯とは抽象的危険犯のみではなかった。具体的危険犯もまた、危険犯とする枠内に残っている。そうだとすると、具体的危険犯についてはどうなるのか、といった疑問が登場するのも避けがたい現象と

なってくる。これまでも纏述してきたように、私見としては具体的な危険の発生あるいはその性格づけをもって、客観的処罰条件であるとしている。そして、そう解答するのはよい。ただそれも、私見に準拠する範囲においてさういえるだけのことであって、すくなくとも私見以外の所説はそうは考えていなかった。具体的危険犯における危険の発生とは結果であり、したがってそうした危険発生地の地は、九条所定の結果地であるからである。その意味で九条の適用は、こと具体的危険犯に関するかぎり、格別の問題もないとするのが一般である。それならば、私見のように客観的処罰条件とする性格づけは、一切許されないのかといえは、かならずしもそうともいえない。客観的処罰条件として位置づけたにしても、そのことから客観的処罰条件とすることが、九条の予定する構成要件に属する結果の枠内から、当然のようにはみだすものなのかどうかは、別個の課題として検討を要する問題点ではあつたからである。

もっとも、危険の発生と結果の発生とを同一視することが可能なのか、といった疑問がでてくる可能性は予想される。九条所定の構成要件に属する結果とは、いわゆる結果犯における結果にかぎらない、とする認識にはかなり普遍的なものがある。またかぎらないからこそ、構成要件に属する結果といった表現を使っているともされている。そうだとすれば、具体的危険犯のばあい、そうした具体的危険の存在が現に構成要件要素として規定されている以上、その発生自体を構成要件に属する結果の発生と、同一視しうることもなってくる。その意味では、具体的危険をもって構成要件の要素であるとし、したがってその認識が必要であるとする、わが国での通説的見解には、それなりに分のある事実を認めざるをえなくなってくる。

だがそれにしても、これもまたこれまでに纏述してきたように、こうした通説的認識によるかぎり、それは焼損

の結果と具体的危険の発生という、二個の結果に対応する二個の認識を前提としなければならなくなってくるし、また事実そうならざるをえないはずである。だが、それなら逆に、この二個の結果のうち、その一方のみがあり他方が欠けていたようなばあい、その処理の仕方をどうするのか。それが、この通説的見解に課せられた宿題となってくるであろうし、同時にそれに対する、明確な態度の表明が必要ともなつてこよう。だがこの点に關し、わが国での通説的見解は、これまでにこの最も大事な事項について黙して語ろうとはしていない。自己の弱点を意識しているからなのか。

もっともこうした形で、他を責めるのはよい。ただそれと同時に、自説への反省もつねに意識しておかなければなるまい。具体的危険をもつて構成要件の要素ではない、したがって、その認識を必要とはしない。それは、単なる客観的処罰要件であるにすぎないとするのなら、客観的処罰条件とは、九条の予定する構成要件に属する結果とは無関係であると断定しうるのか。そういったあたらしい課題を考慮する必要もでてくるからである。そして、消極的な答えしかでてこないのなら、結果的にそれは吳越同舟の感を避けられないことにもなつてこよう。さきにも述べたように、結果犯における結果よりも、概念的に構成要件に属する結果とする表現の方がその範囲がひろい。ひろいからこそ、具体的危険も構成要件に属する結果にはいりうるとされるのなら、事情は客観的処罰条件についても同じといひうる余地は、充分ありうるからである。

「九条所定の構成要件に属する結果とは、単に狭義の構成要件の徴憑のみを意味するだけではなく、他方で構成要件上に記述された、たとえば刑罰加重事由といった加重事由も予想しうるし、さらには重くはなるが客観的処罰事由のばあいを内包する」⁽¹⁾ともされている。それだけではない。類似の見解は他にもみられる。「客観的処罰条

件もまた、行為地を基礎づける効果をもっている」と⁽²⁾とされているからである。このように、手元にある文献を単純に参照にただけでも、そしてその間の表現に若干の差がみられるというものの、結果として積極的に解している点での差異はないからである。そのかぎり、構成要件に属する結果といった表現を使ったことの効果は、抜群であつたといわなければならない。

そのことの当否は別にして、かりにそうだとすると、たとえ具体的危険をもって認識の対象外として位置づけたにしても、こうした理解に準拠するかぎり、結果として客観的処罰条件発生⁽³⁾の地は、当然九条の予定する適用対象の範囲内となり、またそのことを契機に、自国刑法による処罰が可能になってくる事實は肯認せざるをえなくなってくる。ということとは、こと具体的危険犯に関するかぎり、当該具体的危険に関する認識の要否と国外犯処罰の可否、換言すれば遍在主義適用の課題とは、相互に関連してこないことになってくるのかもしれない。となると、これまで大上段に構えて論議してきたことが、ある意味では無意味なものになりかねないおそれもある。

加えて、九条所定のような明文規定があるのなら、好むと好まざるとにかかわらず、既述のような理解が可能になってくるであろう。そうだとすると逆に、九条を欠くわが国のばあい、どのように解釈するのが妥当なのであるうか、といった問題も生じてくる。ドイツと同じく、九条流の理解に準拠するのもよいであろう。また逆に、前提になる具体的危険に対する認識不要論にしたがつて、筋をとおすのもひとつのいき方である。どちらを選ぶべきかについては、それを強制する権限もないが、私見としては、もとより後者の選択をしないかぎり、変節者の汚名を受けることになるであろう。ただそれにしても、客観的処罰条件が、九条の対象内にありうるとすることが、果たして妥当であるのかは、さらに検討する必要があるようである。

(一) Gribbohm, Strafgesetzbuch, § 9, Rdnr., 23.

(二) Eser-Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 9, Rdnr., 7.

二 この点をめぐる著名な判決例があった。一九九六年八月二二日の連邦裁判所第四刑事法廷による判決がこれである。⁽³⁾したがって、この判決を引用しながら、問題点を考えていくことにしよう。本件事案の概略は、つぎのようなものであった。⁽⁴⁾

「デンマーク国籍を有する被告人は、これまでもしばしば、ドイツおよびデンマーク国内で、酩酊運転のことで有罪判決を受けていたし、また運転免許もとっていないかった。某日、右被告人は配送車を運転のうえ、デンマークからドイツ経由でオランダ在住の顧客にあうため、居住地を後にした。目的地であるオランダに入国後——そこで、多量の酒類を飲用した旨が判示されているが、それはここでの直接的な関心事ではないので省略する——、酩酊のうえ、オランダとドイツ国境にあるバート・ベントハイムに到着した。そのときの被告人は、すくなくとも時速七〇キロメートルで、当該検問所を通過した。そのあと、自分の車の前方右側を、右輪の背後にいた自家用車に衝突させ、その際この被告人の車を制御しようとした国境警備の公務員をも巻き込み、同人らに傷害致死の結果を生じさせた」というのが、本件事案の概略のようである。⁽⁵⁾

そこで本件のばあい、当然のことながら、原因において自由な行為の法理の登場が予想されるし、事実本判決自身もまたその点に触れ、結果としてこの法理の適用がないことを認めている。たしかにそれ自身、一個の論点ではあるが、それが本稿での直接的な対象となる事項ではない。問題なのは、自国外で自己を酩酊状態に陥れたこと

が (in einen Rausch versetzen)、ドイツ刑法三三三 a 条違反として、ドイツ刑法によって処断することが可能か否かにあったからである。

ただそれにしても、なぜこれがここでの対象である客観的処罰条件と関連するのか、といった疑問はあるであろう。つぎのような事情があったからである。すなわち、自国外で酩酊状態に陥ったにしても、その結果として、本件事案のように無免許運転をし、加えて警察官を死に致らしめる等の結果は、そもそもそれらは三三三 a 条の予定する構成要件要素ではない。構成要件要素でなければなんなのか。それが問題になってくる。そして、それへの答えは、本件判旨がいつているように、「それは構成要件の外部にあって、いわゆる処罰条件として完全酩酊に対する刑罰を始動させるものである」となると、そのこと自身は客観的処罰条件であるともいえ、それならそうした意味での客観的処罰条件もまた、九条の予想する構成要件に属する結果といえるものなのかどうか。もしその意味での結果であるといえるのなら、それは自動的に九条の枠内に導入されることになるし、したがって本件被告人に対しても、ドイツ刑法の適用が可能になってくるともいえるが、逆にたとえ客観的処罰条件であるとしたとしても、それが九条の枠外であるとするなら、本件被告人もまた蚊帳の外に置かれ、ドイツ刑法の適用外とならざるをえなくなってくる。こういった二個の選択の課題があったからである。

さらに、いくつかの文献を検索した結果として引用しておいたように、ことは積極的に解するのが一般である。そしてこの傾向は、本件判旨もおいても変わらなかった。すなわち「本規定（九条の意——筆者注）は、構成要件と客観的処罰条件といった、この両者間の解釈論上の区別を把握しようとしているわけではない。この規定が設けられた基本理念は、ドイツ刑法を——自国外で行為がなされたばあいにもまた——適用しようとするものである。

すくなくとも、自国内で法益の侵害ないしは危険が発生するかぎり、この間の事情に変わりはない。そうした侵害なり危険を避けようとする(6)ことが、当該刑罰規定の目的になっているからである」としているからである。

そして、本判決自体はエラーの見解を参照しながら、そう解するがまたドイツにあっては一般的であるとしている。それだけではない。この判決をわが国に紹介した松原教授もまた、本件における「酩酊犯罪を客観的処罰条件と解するかぎり、さしあたり9条の文言との関連からしても、酩酊犯罪のおこなわれた場所を犯罪地に含めることは困難である……なぜなら、客観的処罰条件とは、まさに構成要件に属さないことによって本質的に特徴づけられる概念だからである(8)」とされて、その前提からこの帰結が導きだされるのは論理的であるとして、私見についても好意的な発言をされている。

ただ、松原教授のばあいは、客観的処罰条件に関する長年の研鑽の結果として、私見のような形での客観的処罰条件の性格づけに、満足されているわけではなかった。そこから、「刑罰規定がその回避を目的とする法益侵害または法益危殆化」とは、単に処罰を制限するものではなく、まさしく当該犯罪の処罰を基礎づけるものであり、当該犯罪の不法性に関わっている……酩酊犯罪を……その不法構成機能を承認する見解と一致する」とされ、結果として私見とは異なった方向を指向されている。

このように、客観的処罰条件に関する性格づけについて、その認識を異にするのなら、そのことの結果として、その帰結に差が生じてくるのは当然である。その意味では、私見のような性格づけを前提とし、そこから客観的処罰条件を、九条所定の構成要件に属する結果概念から排除するか、逆に松原教授流の認識を前提として、ことを肯定的に解するか、方法としてはこの二者択一にかぎられることにもなつてこよう。その意味では、松原教授のいき

方を非難するつもりはない。それもひとつの選択肢であるからである。

ただ問題なのは、わが国での通説的見解とされる、具体的危険犯に要求される公共の危険——放火罪との関連で、そうした主張がされているように——について、その認識を必要とするとしている見解——前項で、こうした見解を通説的見解として紹介しておいた——が、そうした主張との関係で、具体的危険を「故意・過失という責任連関が及ぶこと」⁽¹⁰⁾を自覚したうえで主張であったのである。もっともそういえば、責任主義を自覚していればこそ、その認識必要論を展開していると反論されるのかもしれない。ならば聞こう。それだけ強く、責任主義を自覚しての発言であるのなら、放火の意思とさらには認識を必要とされる公共の危険のうち、そのいずれか一方が未発生のはあい、なぜ焼損の結果発生だけで既遂にするのか、あるいはそう解することに、なぜなんらの懸念をも感じなかったのか。これまでに縷述してきた批判点を、ここでもう一度登場させざるをえないことにもなっている。同じ批判を繰り返して提起しているのにもかわからず、そのこと自体に対し、なんら忸怩たるものを感じていない、そのことに不信を抱いているわけでもある。

(3) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd., 42, S. 235 に掲載されているとのことであるが、参照するところがないので、*Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, S. 138 ff によった。

(4) なお、この判決については、すでに松原芳博「客観的処罰条件と犯罪地——九州国際大学法学論集第五巻——」三合併号二頁以下参照。

(5) NJW., S. 138.

(6) NJW., S. 140.

抽象的危険犯と其の結果地(二)(香川)

- (7) Vgl. Dietrich Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1983, S. 208.
- (8) 松原・前掲論文四頁。
- (9) 松原・前掲論文四頁。
- (10) 松原・前掲論文四頁。