

紹介

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

古稀祝賀論文集の紹介(五)

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999.

刑法読書会
松宮孝明編

目次

ギンター・ヤコブス「客観的帰属論に関する覚え書き」
 ハロー・オットー「危険な製品の供給に対する刑法上の責任」
 ——以上二〇〇〇年一冊
 ハインツ・シェッヒ「延命措置の限界に関する未解決の諸問題」
 フェリドゥン・イェニセイ「トルコの資金洗浄法について」
 ——以上二〇〇〇年二冊
 ミヒヤエル・ケーラー「帰責の概念」
 ウアルター・グロップ『「義務衝突」』
 『義務の衝突もなければ、衝突状態にある義務もない』
 ——以上二〇〇〇年五冊
 アルビン・エーザー「比較法的視点における治療行為の規定について」
 ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(五)(松宮)

「いじ」
 ディーター・レスナー「過失理論の試金石としての、スポーツにおける不注意な行態」
 ——以上二〇〇一年二冊

クラウス・ロクシン

「終り未遂の中止としての既遂の阻止」

Claus Roxin, Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 327-343.

〔紹介者はしき〕

本稿は、ドイツにおいて終了未遂（実行未遂）の中止行為者にはどの程度の行為が要求されるべきかを論じたものである。ドイツ刑法典第二四条第一項第一文第二選択肢は、終了未遂の場合に中止行為者が行為の完成（既遂）を阻止することを中止犯成立のための要件としているが、この阻止行為につき、機会惹起説（Chanceneröffnungstheorie）と最善行為実行説（Bestleistungstheorie）の二つの考え方が対立している。

機会惹起説は、終了未遂の行為者が少なくとも結果の不発生に関して原因関係にあることで十分であり、中止犯として認められるとするものである。すなわち、結果の不発生に対して原因関係にありさえすれば阻止は十分とするのである。

これに対し最善行為実行説は、機会惹起説よりも高い要件を中止行為者に求めるものである。すなわち、結果を阻止するような手段の中から、中止行為者の視点から最も良いと思われる手段を採用することを要求し、たとえ中止行為者が結果の不発生に対して原因関係にある行為を行ったとしても、その中止行為がその者の視点からは最善とは考えられていなかった場合には、阻止行為を行ったとは認められず、中止犯の成立が否定されるとするのである。

本稿においてクラウス・ロクシンは、最も適切な解決方法として細分化説（Differenzierungstheorie）を提唱し、中止行為者が自らの手によって結果阻止を行った場合には機会惹起説に従って阻止行為の検討を行う一方、他者の手によって間接的に結果阻止を行わせようとした場合には、阻止のために最善の救助の可能性を講じなければならないとして、最善行為実行説に従って阻止行為の検討を行うべきであると主張した。

以下は、本論文の要約である。

1. はじめに

終了未遂において、中止は行為者が行為の既遂を阻止したことを要件としている（刑法典二四条第一文第二選択肢）。すなわち積極的かつ成功裡に構成要件実現の阻止のために行動しなければならぬのである。

結果阻止は、それについての未遂行為者の因果性を要件とする点では争いが無い。こめかみ狙撃事例（BGHSt. 33, 295）では、行為者の救助を促す言葉がなくとも事件経過には影響しなかったため、中止とされなかった。それに対してBGH NJW1986, 1001は、被害者が救助の緊急電話を掛けるために自

ら電話帳を持つてくることができた場合には、たとえ行為者が電話帳を持ってきたとしてもそれは中止行為とはならない、として仮定的因果関係を考慮したが、これは誤りである。

因果性と並んで結果回避の帰属可能性も阻止にとって要件とされる。行為者が人けのない場所に被害者を放置した後、被害者が偶然に発見されて救助された場合には、その救助行為は事前的に救助機会を惹起していないから、行為者に帰属されるべきではない。判例はこの場合には中止故意を否定することで解決する（BGH NJW1986, 1002）。

問題は、阻止のためのさらなる要件がなお要求されるべきかという点である。大きく分けて二つの意見が対立している。一つは、阻止故意を以て結果の不発生へと至るような因果経過を帰属可能な方法で開始することで阻止行為としては十分であり、中止犯として認められるとするものである。もう一つは、行為者が、結果を阻止する手段の中でその者の視点から最も良い手段を使用すること、すなわち行為者が最善の行為を実行したことを要求している。

事例1（BGHSt. 31, 46 病院事例、第一刑事部） 行為者は未必の故意で妻を殺害しようとした。しかし行為者は、その

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介（五）（松宮）

命を助けるため彼女を病院の通用口から九五メートルの所まで運んだ。それは行為者が自らを犯人として発見されないようにするためであった。ここで彼は彼女を降ろし、一人で行かせた。その妻は間もなく意識を失って敷の中で倒れこんだ。そこで彼女は通行人に発見され、病院に連れていかれて救助された。

「機会惹起説」によれば中止にはこれで十分だが、「最善行為実行説」によれば中止ではない。なぜなら行為者は、彼に期待される最善の行為を実行しなかったからである。

2. 最近の判例における阻止

(a) 機会惹起説

BGH StV1981, 396は、「行為者の任意的な救助の試みが成功したならば、その態度は刑法典二四条一項の適用に十分である。その者にそれ以上なし得ることがなかったかどうかは、この規定の適用にとって重要ではない」と述べて、中止を承認した。BGH StV1981, 514は、「行為者が意図的に、行為の不発生にとって少なくとも原因関係にあるような新しい因果系列を開始した場合に」は行為を阻止したことになるとして、中止に

として十分とした。

事例2 (BGH NJW1985, 813) 火災事例、第二刑事部) 行為者はM夫妻の家屋に発火装置を置いた。彼はその時、家の中で眠っている子供のために自責の念をもち、自らの名前を明かすことも火災の事実を指摘することもなく、飲食店に滞在していたM夫人に電話して、そして次のように言った。「M夫人がそこにいるなら、彼女に家まで来てもらいたいのだが」。M夫人は家まで送り届けられ、消防隊を呼び、家に燃えつつる前に火災は消防隊によって鎮火された。BGHは中止を認めた。

こめかみ狙撃事例 (BGHStf. 33, 295) において第四刑事部は、機会惹起説をもつ一度要約して述べた。すなわち、「行為の不完全にとつて原因となるような新しい因果系列を開始する者は、行為を阻止するものである。その際、被告人がそれ以上に行い得ることがあったかどうか……は、重要ではない。」

第四刑事部のその後の判決 (BGH NJW1986, 1001 電話帳事例) は、被害者が自ら電話の所まで到達できたか、それとも行為者によつてのみ電話が可能だったかで場合分けし、前者の

場合は二四条一項第二文(真摯な努力)の問題とし、後者の場合は中止を肯定した。すなわち、「被告人がなお他の救助処置をとり得たであろうという異議は、その被告人に対して申し立てられ得るものではないだろう。」

(b) 最善行為実行説

第三刑事部 (MDR [D] 1972, 75) は、行為者が母親に必要なことを全て行うよう求めて現場を立ち去った場合に、そのように救助の因果経過を開始したにもかかわらず、阻止には十分ではないとした。これは、最善行為実行説であるといえる。

最善行為実行説についての最も決定的な意見表明は、前述の病院事例(事例1)が提供している。BGHは阻止を認めなかった。すなわち「彼は、よりよい阻止可能性が彼の自由になるような場合には、自ら認識したような不十分な処置で満足することは許されない。そのような阻止の可能性を、利用し尽くさなければならぬのである。」

事例3 (BGH NStZ1989, 525; E-605 事例、第二刑事部)

被告人はその夫に、即座に医師の治療を受けなければ死に至り得る毒物、E85を与えた。毒の作用が現われたとき、彼

女は夫の熱心な要請に応じて「夫の具合が悪くなり台所でふらついている」と説明して救急車の派遣を要請した。妻は毒を盛ったことを述べず、夫が青い薬を服用したことしか述べなかったが、救急医は夫を助けることができた。

BGHは、ともかくも妻は夫の命を救助する機会を創出し、保持し、それを現実化までさせたのだが、「有害な結果の阻止に対するさらなる寄与をすること」をしなかったとして、中止を否定した。それゆえ、これは最善行為実行説にあたる。

3. 機会惹起説の論拠

機会惹起説は現在も圧倒的な多数説である。

(a) 文言論拠

少なくともある者が自らの手で、かつ帰属可能な形で結果を防止した場合には、これが決して可能なかぎり最高の方法によつて行われたわけではない場合であっても、その者が結果を回避したということは、否定され得ない。救助が成功した場合に、専門家ならばさらにより確実な救助をもたらしたであろうということを理由に行為者の完成の阻止が否定されるのであれば、それは法律の文言と両立し得るものではないであらう。

(b) 被害者保護論拠

行為者に黄金の橋をかけ、必ずしも最善の中止行為を要求しない場合には、それは被害者の役に立つ。というのは、実際において(例えば上記の事例1ないし事例3)、行為者が直前までの未遂行為の露見を恐れるが故に、しばしば最善の救助の実行を放棄してしまうことが示されているからである。行為者に最善の実行が強要され、そして同時に自分自身の露見も強要されるのであれば、その者にとっては無駄な、中途半端な中止行為を放棄するであらうし、被害者も犠牲とされるであらう。

(c) 客観的帰属からの論拠

構成要件結果の実現のためには、結果に実現された許されない危険が行為客体に対して生ぜしめられたことで十分である。同様に完成阻止の実現のためには、阻止という結果に実現された救助の機会の惹起のみが要求される。結果の阻止にはその結果の惹起と同じ帰属原則が当てはまらなければならない。

4. 最善行為実行説の論拠

(a) 未必の故意論拠

結果の防止のために意識的に中途半端な方法しか用いなかっ

た者は、その者に可能な最も良い阻止実行をもちたした場合よりも、結果を防止する蓋然性がかなり小さいということをはっきり認識しており、これは未必の故意があるといえる。この未必の故意がある以上、終了未遂の場合には結果を排除する全てのことか否かされねばならない。

さらにヤコブスは、行為前の中途半端な阻止努力との有益な比較を導いている。すなわち、死の結果を回避するために行為前に家の住人に警告するような放火犯人は、警告にもかかわらず結果の発生をやはりあり得るものと評価する場合には、殺人未遂を犯したのである。しかしその者が同様の主観的状况において放火後に警告する場合には、中止の可能性は存在するが、やはり殺人未遂であることに変わりはない。このように未必の故意と中途半端な阻止努力が併存する場合には、その中途半端な阻止努力を以て中止犯と評価すべきではないとするのである。ブツベはこの論拠に対し、未必の故意による未遂の処罰の放棄により反論しようとするが、これは不可能である。弾丸が装填されているかどうかを知らずして拳銃の引き金を引く者は、不処罰とはされ得ないからである。

(b) 不能未遂の例

不能未遂の場合において、刑法典二四条一項二文は「任意かつ真摯な努力」を中止の要件としている。「真摯な」努力は一般的には、行為者が自らの視点から結果の阻止のために最善をつくした場合にしか認められない。このように不能未遂において中止のために行為者が最善の状態を達成することが要求されるのであれば、これは不能ではない未遂にも当てはまらなければならぬ。

(c) 不作為論拠

ヤコブスは、機会惹起説は先行行為からの責任という点に反していると指摘した。事実、不作為犯の領域において、結果回避義務を負う保障人にはその者にとって最善のことをすることが要求されている。そのことから、同様に先行行為からの保障人的地位をもつ終了未遂の行為者には最善のことが要求されるべきと推論できる。

5. 最も適切な解決としての細分化説

(a) 自らの手による結果阻止

自らの手による結果阻止と他者の手による結果阻止とを区別

するのが適切である。救助作業を単独かつ自らの手で成し遂げた行為者は、機会惹起説に従って完成を阻止した者として評価されなければならない。これは反論の余地なく文言論拠から導かれる。この場合、行為者の救助責任は明らかに満たされたので、刑事政策的にも中止犯として承認される。ヘルツベルク曰く、「中止者がそれ以上に努力し得たかどうかは、裁判官はほとんど問題にしないだろう」。

最善行為実行説は法律の文言以上の要件を課すものであり、それは行為者に未必の故意が存続している場合も同様であって、立法者はその後退傾向を中止と評価するのである。不能未遂との比較も、もともとそれが最善の救助可能性なしに中止を承認するものであるので、有効ではない。不作為犯に関しては、単独正犯的な救助によって保障人の結果回避は同様に承認されるであろうから、最善行為実行説が主張する評価矛盾は存在しない。

自らの手による結果阻止を基礎に置いた唯一のBGH判決は、前述のBGH StV1981, 514である。この中止の承認は適切なものである。

(b) 他者の手による結果阻止

それに対して未遂行為者が他者の手による結果阻止を信頼する場合には、認識可能な最善の救助の可能性を掌握することが要求されなければならない。複数人の積極的な中止への加功において、あらゆる共同惹起者が阻止者として評価されなければならないわけではない。そのため、文言からの反論はあたらぬ。

機会惹起説の刑事政策的根拠は、その被害者保護の観点から、中途半端な行為により被害者に対して必要以上に重大な危険を存在させることを許すものではないから、ここでの批判的論拠とはならない。行為者が自己の犯行の露見を恐れて全く何も行おうとしないという懸念は説得的でない。自己の犯行の露見は最善の中止努力と必ずしも関係はないからである。不作為との比較でも、他者の手による救助において、故意正犯者の方がわずかな努力によって過失でしか行為していない者よりも不処罰を獲得し得るといっては、堪え難い。不能未遂の場合の比較的論拠に対して反論もあるが、行為者の努力が客観的には不必要な場合なのに、必要な場合に比べてその要件を多くする意味はそもそもない。機会惹起説の客観的帰属からの論拠も決定的ではない。完成阻止の帰属にとって、救助の可能性のある機会が

発生したことは意味がないからである。

(c) 他者の手による結果阻止の事例群

判例のほとんどにおいて、「他者の手による救助態度の単なる可能化」と「共同正犯ないし間接正犯、教唆犯、帮助犯の形式でのこの救助態度への関与」は、区別され得る。

「単なる可能化」は病院事例や火災事例に存在するが、しかしこれは結果阻止には必要ではない。したがって事例2は受け入れられないが、事例1は適切に判決されたものである。中止を保証する最善行為の達成は、例えば BGH StV 1981, 396 の判決に存在する。その事例において、故殺未遂の行為者は即座に警察に電話し、犯人として告白し、救急車の派遣を要請した。もちろん最善行為の実行に関して、極端な要件が求められるのではなく、おおよそ等価値の達成が承認されなければならない。

「他者の手による救助」は、これが自主的な阻止の達成を具現化したものであり、そして救助の承諾ということでは把握し尽くされない限りにおいて、行為者が被害者自身に救助処置を委ねた場合にもまた認められるべきである。

その際に、現行法の関与形式が意味に即して、救助に参加する事例へと転用される。すなわち間接正犯、共同正犯、教唆、

ないしは帮助という形式である。間接正犯は、例えば未遂行為者が銃を構えて自動車運転手に重傷者を病院に運ぶよう強制した場合である。準共同正犯 (co-nasi-Mittäterschaft) は、例えば行為者が殺害意図で川へ突き飛ばした泳げない者を、他の者と共同して再び水から引き出すような場合である。これらは原則的に中止が認められる。

「教唆」においては細分化が為されなければならない。行為者が本職の救助者を呼んできて、そして必要な場面で必要な指摘を与え、場合によっては到着までに被害者に応急救助をなす場合には、阻止および中止が存在する。ヘルツベルクは、中止者が阻止経過を完全に支配しなければならないとするが、行為支配は阻止において必要不可欠なものではない。ルドルフィーも反論するように、行為支配原則のみを基準とすることは、支配基準の過度な延長や、救助者の「教唆」が完成阻止の頻出事例であるという検討の誤認に至る。指摘の不作為に関して、事例3には弱点が存在する。行為者は医師を呼んだが、毒物を投与したことを黙秘し、夫が青い薬を服用したことをただ述べただけであった。BGHは妻は救助の意思を再び放棄したものであり、中止ではないとした。しかし最善行為ではないことがなお救助意思の不存在を推論させ得るものではないので、これは

説得的ではない。それに対し前述の BGH MDR [D] 1972, 751 も述べるように、単なる要求のみでは阻止には十分ではない。

未遂行為者が救助者の「帮助」としてのみ現れる場合には、ほとんどの論者によって阻止は認められていない。しかし「J」でも細分化が必要である。帮助の寄与が簡単に代替可能な場合には、阻止の達成としては評価され得ない (BGH NJW 1986, 1001)。しかし帮助が代替できない救助の寄与を成し遂げた場合は、中止が認められる。毒殺未遂の行為者が唯一効果的な解毒剤を手中にし、被害者が引き渡されている病院にそれを自由に使用せる場合には、中止となるのである。

コルスターは「補償説 (Kompensationstheorie)」として、救助の意思が行為状況と個人的能力を顧慮して適切な救助措置の中に明らかになつたに達しない場合において、既遂阻止の要求が「未遂態度と釣り合いを取るのに十分なものを作り出す」なければならないとする。これはあまりにも漠然とした基準である。

以上、ここで提案されてきた細分化説は、意見の一致が可能な解決へとおそらく寄与し得るものなのである。

(野澤 充)

ウィルフリート・キューバー 「生命を危殆化する措置」

Wilfried Küper, Lebensgefährdende Behandlung
Gefährdungs- oder Gefährlichkeitsdelikt?, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 595-614.

【紹介者はしがき】

本稿は、危険な傷害のうち、「生命を危殆化する措置」(刑法二二四条一項五号、旧二三三条a第一項第四事例)の危殆化の構造について論じたものである。

ドイツでは、危険犯に関して、「抽象的危険犯」と「具体的危険犯」からなる伝統的な体系にかならずしもびつたりとは収まらない危殆化構造を有する犯罪が存在することが主張されている。本稿で取り上げられている「生命を危殆化する措置」についても、一方で、決定的であるのは実際に惹起された傷害の危険性ではなく傷害に向けられている措置の危険性であり、他方で、そのような危険性は純粋に抽象的には評価されえず、むしろ個々の事例の具体的状況を考慮に入れて確定されなければならないという点では大方の意見の一致が存在するもの、よ

り厳密な体系化、危険性の基準についての見解は多様であり、また用いられている概念も論者によって様々で、議論の状況はかならずしも明確ではない。

本稿においてキューパーは、危険犯の新しい体系を提唱するヒルシュの見解を紹介した後で、「生命を危殆化する措置」の危殆化構造をめぐる議論を概観することによって、用いられている様々な術語の背後に存在する実質的、理論的立場を明らかにし、そのすることによって、ここにおいて解明されるべき問題点が結局何であるかを浮き上がらせることを試みている。そして、キューパー自身は、いわば生命に危険な傷害の前段階の「中間結果」として、「——それが実際に生じた場合には——種類と重大性からして経験上、生命に危険なものと評価されざるをえないような傷害結果が生じやすい状況」を設定し、「生命を危殆化する措置」は、このような「結果」としての具体的に危険な状況の発生を必要とする、伝統的な意味での具体的危険犯であるとの結論に達している。現在の議論状況の概観に基づいてその錯綜した状況を整理すると共に、「生命を危殆化する措置」を具体的危険犯に分類する見解においても、従来、かならずしも明確にされてこなかったその結果犯としての性格の明確化、危殆化結果の明示がなされている点に本稿の意義が存

在するといえよう。

なお、本稿では、問題となっている危険犯の構造の相違を表すために、「伝統的な「抽象的危険犯」、「具体的危険犯」という場合に用いられてきた「Gefährdung」のほか、「Gefahr」、「Gefährlichkeit」、「Risiko」といった語が、それぞれ異なる危険内容・構造を現すものとして用いられている。以下の紹介では、原文で使われている語の違いを明らかにするために、「Gefahr」を「危険」、「Gefährdung」を「危殆化」、「Gefährlichkeit」を「危険性」、「Risiko」を「リスク」とそれぞれ訳し分けることとする。

以下は本論文の要約である。

* * *

I

1 ヒルシュは、アルトウール・カウフマンの記念論文集において、「具体的危殆化犯」と「抽象的危殆化犯」というこれまで一般的に行われてきた危険犯の二分法的な体系化に代えて、まず第一に、一方で客観的な状態としての危険、すなわち具体的な危険結果を伴う犯罪としての本来の「危殆化犯」と、他方で拳動関係的なリスク犯としての「危険性犯」とを区別し、更

に、後者について、具体的な危険性が要求されるのかそれとも一般的・類型的な危険性で十分であるとされるのかに従って「具体的」危険性犯と「抽象的」危険性犯を区別するという体系を提唱した。

ヒルシュによれば、結果關係的な危殆化犯と拳動關係的な危険犯との本質的な相違は、危険予測の構造の違いのなかに存在する。すなわち、危殆化犯の「危険」判断は、「財の時間的・場所的状況の客観的に入手可能な事情」を考慮に入れた「専門知識に基づく判断」であるのに対して、危険性犯の行為の危険性は「行為者の行為状況におかれた基準人の視点から見た蓋然性が事前的に、しかも行為によって客体が実際にも危険に陥ったか否かとは無関係に判断されなければならない」。もっとも、ヒルシュは、予測の基礎事情に、事後になって初めて認識可能となった要素も含まれるか否かという問題を未解決のままにしている。

2 どの範囲で実際に、危殆化犯と危険性犯のどちらが問題となっているのかという観点のもとでの、危殆化犯の詳細な体系化をヒルシュは行っていない。とりわけ、ヒルシュは、ライプツィガー・コンメンタールにおいては、「危険な傷害」とい

う問題の多い危殆化構造を有する犯罪グループに立ち入って取り組んでいるにもかかわらず、この論文においてはそれに触れていない。もっとも、ヒルシュの論文は、危険な傷害のうち最も理論的に興味深い構成要件である「生命を危殆化する措置」について若干の考察がなされるきっかけを与えることとなった。

注釈書におけるヒルシュの論述のなかには、論文で提唱された体系は——少なくとも術語的な現れは——まだ見あたらないが、そこにおいてヒルシュが、「生命を危殆化する措置」の「一般的・抽象的な危険性」で十分であるとする見解に反対して展開している論述からは、後に使用されるようになった具体的危険性犯という概念の示唆を見て取ることができる。すなわち、ここでは、一方で生命に危険な傷害結果とは無関係の「行為の危険性」が、他方で、その危険性評価の個々の事例毎の個別化・具体化が強調されているのである。もっとも、伝統的な術語の使用ということを度外視するとしても、ここでは、本来の危険結果犯(危殆化犯)との対置ははっきり示されていない。何故なら、生命を危殆化する措置が被害者の生命を実際に危殆化したのでなければならず、その際個別的な被害者の性状も含めて個々の事例の全ての状況が考慮に入れられなければならないといえれば、結局、危殆化犯を危険性犯から実質的に区別する

とされる、事後的予測の構造の相違は存在しないことになるからである。

II

ここでヒルシュの注釈書の論述を引用したのは、それが、「生命を危殆化する措置」の特性をめぐるわかりにくい議論の渦中に導き入れるのに適しているからである。この論争はそれほど活発でもなければ実際上の効果において重大でもないが、危殆化犯の原則的な問題にかかわるものである。以下では、概念枠組みとしては伝統的な術語、すなわち具体的危殆化犯と抽象的危殆化犯という二分法が維持されるが、「危険」と「危険性」という観点のもとでより明確に体系化する可能性を同時に意識しておかなければならない。

1 刑法二二四条一項五号の「生命を危殆化する措置」というメルクマールは、加重犯の形における危殆化犯であるということには争いが無いが、そのより厳密な構造は争われている。その際、二つの問題が区別されなければならない。第一は、具体的危殆化犯と抽象的危殆化犯とからなる危殆化犯の体系への分類の問題であり、第二は、措置の生命にとっての危険性を予

測する際の基礎事情、及びこの予測の性質の問題である。まず争いが無いのは以下の二点である。第一は、必要な危殆化は、傷害結果の生命に対する危険性に基づく必要はなく、決定的であるのは、傷害に向けられている「措置」(傷害行為)の危険性であるということである。この点において、伝統的な具体的危殆化犯から区別される。第二は、行為の危険性は、純粹に抽象的・一般的には評価されえず、むしろ、個々の状況における措置の具体的危険性が問題となるということである。この点において、伝統的な抽象的危殆化犯からも区別される。

2 以上の点における一致にもかかわらず体系的な位置づけと危険性の基準の問題は非常に争われている。支配的な見解は、——様々な術語を用いてではあるが——「生命を危殆化する措置」を抽象的危殆化犯に分類している。もっとも、その際、具体的な状況を考慮に入れることの不可欠性が強調されるが、他方で危険は「潜在的なもの」、単に危殆化に「適した」ものと特徴付けられることもあり、概念的、構造的に一層明確に説明しようとする努力はそれほどなされていない。このような傾向は、例えば、措置は、生命の危殆化にとって単に「具体的に適して」いれば足り、(現実の)生命の危険の発生は重要ではな

いという、しばしばなされる——判例に由来する——指摘から認識される。また、ヴォルターのいう「潜在的な生命危殆化犯」は、行為者が具体的な個別の状況に基づいて、事後的に具体的な危険結果の中に現実化する必要はない「相当な危殆化のリスク」を作り出したということによって際立つ。これに対して、「生命を危殆化する措置」を具体的危殆化犯に分類する見解はこれまでのところ少数にとまっている。

「生命を危殆化する措置」を抽象的危殆化犯に分類する支配的な見解の決定的根拠として以下の二つが考えられる。第一は、「生命を危殆化する措置」は、真正の具体的危殆化犯とは異なっており、現実の危殆化結果を前提とする結果犯ではなく、むしろ具体的な行為の高められた危険性を伴う犯罪(新しい術語でいえば危険性犯)を指しているに過ぎないという——法律の文言とも結びつけられている——考え方である。第二は、具体的な状況を考慮に入れる際には、決定的なファクターの一定の「一般化」、「類型化」、とりわけ、危険判断を行為の時点において行為者の立場におかれた客観的な観察者にとって事後的に認識可能である事実に限定することが許されかつ求められているという考え方である。

3 「生命を危殆化する措置」をどのように体系上説得的に抽象的危殆化犯の変種と理解することができるのかを、「抽象的危殆化」と「具体的危殆化」についての研究のなかで展開されたガラスの思考過程をたどることによって見ることにする。

ガラスによれば、具体的危殆化犯は、行為者が一定の法益を侵害が実際に差し迫っているような状況に持ち込んだことによって特徴付けられ、そのような具体的な危険状況の発生は、行為から区別されるべき「結果」として現れ、その限りで具体的危殆化犯は結果犯である。更にガラスは、結果犯としての具体的危殆化犯の性質から危険予測の基礎事情についての帰結を導き出しているが、その際、「予測が行態基準としての意味を有するのか、それとも、状況評価としての意味を有するのか」に従って区別している。すなわち、前者の場合には、行為反価値が問題となり、「危険」とされるのは、「行為者にとって認識可能であった」侵害の見込みのみであるので、予測の基礎事情には、行為者にとって入手可能な、事後的に存在していた資料のみが含まれるのに対して、後者の場合には、結果反価値が問題であり、一定の財が一定の時点において実際に危険に曝されていたか否かという判断が最大限の真実の保障を備えていることのみが重要であるから、その時点において既に存在してい

たが、事後になって初めて認識可能となった行為状況も予測の基礎事情に含まれることになるのである。

このような具体的危険化犯(結果犯)は、次に、抽象的危険化犯の「変種」としての、その構成要件が、「一定の種類の方法侵害惹起についての一般的な適性」の意味での行為の危険性を捉えており、一定の法益が実際にそれによって攻撃される必要はないような犯罪と対置させられている。このような行為の抽象的な危険性判断は、具体的な行為状況を考慮に入つつ、しかし「一般的な基準」に従ってなされるのである。

このような視点から、ガラスは、「生命を危険化する措置」に関して、「抽象的に危険な実行方法によって加重された傷害と見るか、具体的危険化犯と組み合わせられた傷害と見るか」という選択肢がありうるとする。彼によれば、前者においては、それが「一般的な考察にとって、事前的に入手可能である」という限りで、被害者の個別的な事情を考慮に入れることが可能であるのに対して、具体的な危険化とする解釈は、事後的に認識可能となった行為状況をも考慮に入れることを可能にする。ガラスは、いずれをとるかを結局決定していないが、前者に好意的である。

4 「生命を危険化する措置」を具体的危険化犯に分類する見解は、これまで、その特徴である「危険化結果」を強調することなく、当該犯罪を体系的に結果犯として理解すべきか否かという問題を未解決のままにしてきた。強調されているのは、危険評価の際に全ての入手可能な具体的状況を考慮に入れることの不可欠性である。代表的な論者としてシュレーダーとシュレーを挙げる事ができる。

シュレーダーは以下のように論じている。立法者が危険性メルクマールの抽象的な公式化(類型化)を放棄しているのは、個々の事例の状況がはつきりと分かっている裁判官こそが、個別的な正義の要求をよりよく考慮することができるという想定に基づくものである。とすれば、裁判官による評価を「一般的に危険な」状況に限定することは、このような法律の意図と比較して「後退」を意味する。同じ結論が、加重構成要件は、「専ら傷害の被害者の保護に役に立つ」ということから導き出される、と。

シュトレイは、まず第一に、生命の危険化についての「一般的な適性」のみが重要であるという公式化の不明確性を批判している。それは、とりわけ、考慮されるべき具体的な個々の事例の状況の範囲の問題を未解決のままにしている。しかし、仮

に、全ての具体的な状況が考慮に入れられる場合には、生命の危険化についての行為の適性と具体的な生命の危険の発生との相違は何もない。また、客観的な行為不法の大きさを決定する危険性の程度は、危険性に関係のある事情が事前的に見て認識可能であったか否かということとは無関係である。それ故、事後になって初めて認識可能となった事情を排除した「事前的な一般的な考察」は有用な評価基準とは認められない。更に、刑法二四一条一項五号を、例えば刑法一一三条二項二号第二事例、二五〇条一項三号と異って解釈する根拠は明らかではない。

5 判例においてはしばしば、以下のことが強調されている。すなわち、生命に対する危険性の評価の際には、発生した傷害結果は重要でなく、むしろ、「措置の種類」が問題である。それは、たとえ、危険が「現実化」せず、結果がほんの取るに足らないものであったとしても、「具体的な状況」からして、生命の危険を惹起するのに「適した」ものでなければならぬ、と。

基本的立場における著しい不一致にもかかわらず、判例と学説においては、「生命を危険化する措置」が認められる事例形態については広く一致が存在する。それは、例えば、外壁ある

いは路面舗装上に頭をぶつけること、激しくのを絞めること、頭に対する激しいパンチ、走っているオートバイから被害者を投げ落とすこと、走っている車から人を振り落とすこと、自動車でぶつかること、窓から、あるいは深い溝に突き落とすこと、支柱に頭をぶつけること、幼い子供の頭を殴ること、深いあるいは冬の冷たい水の中に子供を突き落とすこと、猛犬をけしかけること、意識の喪失あるいは脳震盪に至るような殴打といったようなものである。

III

1 以上の議論の紹介は、様々な公式化とその術語的表現の背後に本来存在する理論的な立場を明らかにすることに寄与するであろう。

まず、上述のように、「生命を危険化する措置」が認められる事例類型と、危険評価の際には個々の事例の具体的な事情を考慮しなければならないということについて意見の一致が存在するので、「生命を危険化する措置」が具体的危険化犯か抽象的危険化犯かという問題には実際上の重要性はほとんど認められない。「一般的な」危険性という考え方は、ほとんど全員が一致して認める個別的な事情の考慮の要求と矛盾する。

結局、実質的に残るのは、具体的な生命の危険——新しい体系の意味での「危険性」——は、事前の見地から、行為者の行為時の状況からのみ決定されなければならないのか、それとも、事後的な考察が許されかつ不可欠であるのかという問題である。その限りでのみ危険決定の「抽象化」が問題となるに過ぎない。この問題は、とりわけ、行為者にとって事前に認識不可能であった——危険を排除する——被害者の特性が存在する場合に、実際上の重要性を有する。

2 以上のように限定された問題領域内において、「行態基準」としての危険と「状況評価」としての危険というガラスによって提唱された機能的区別は有用でありうる。危険概念の内部におけるこのような機能的区別は、「生命を危殆化する措置」を、人の生命に対する結果を伴わない注意違反の禁止と見るか、現実の危殆化の不発生に対する規範的保障としての被害者保護機能を強調するかという、刑法二四一条一項五号の規範目的の理解の相違に対応する。問題は、このいずれを選択するかを判断に当たって決定的な規範目的が不明確であるということである。法律の文言は両義的なものであり、例えば刑法二五〇条二項三号b(旧二五〇条一項三号)のような、生命危殆化加重との平

行性は疑わしい。生命に危険な措置は「重大な」傷害(刑法旧二二六条一項)への加重的な移行段階であるという考えも、「中間段階」のより詳細な性格について何も信頼できることは述べていない。このような状況の下では、おそらく唯一残された可能性として、それぞれの立場の帰結の比較を通じて、規範目的を間接的にとらえる方法が考えらる。

このような観点から考察すれば、注意義務違反説の方が優れているということではない。それは、事前的に見れば生命の危殆化に具体的に適した行為が存在すれば既に客観的な加重構成要件を肯定し(既遂)、他方、そのような適性が欠ける場合には否定する。これに対して、被害者関係的な解決によれば、前者の場合は、生命危殆化の未遂(刑法二二一条、二二四一条一項五号)にとどまるのに対して、後者の場合は、発生した危険の客観的帰属可能性、あるいは危殆化故意の欠如故に、加重の適用可能性は排除される。しかし、前者の場合の、危殆化加重の既遂と未遂という結論の相違は、結果を伴わない注意義務違反を既に禁止することを正当化しない。潜在的な被害者が、事前的に見れば生命を危殆化する措置の「作用範囲」に入らなかった事例に関しては、どのみち基本構成要件の既遂が欠如するが故に、結局危険な身体傷害の未遂となるに過ぎず、それ故、解

決の相違は、ここにおいては、単に理論的な性質のものにとどまるからである。

(齊藤彰子)

なった要素も考慮される。

3 具体的危殆化犯とするためには、以上の考慮に加えて、「生命に危険な傷害」から区別されるべき危険結果が設定されなければならない。従来、具体的危殆化犯説からもこのような危険結果が提示されてこなかった点にも、これまでの議論の紛糾の一因が存在するのである。危険結果は、「生命を危殆化する措置」の一般的に認められている「書かれざる原則例」から導かれる。すなわち、「——それが実際に生じた場合には——種類と重大性からして経験上生命に危険なものと評価されざるをえないような傷害結果が生じやすい状況」が、いわば、生命に危険な傷害の前段階の「中間結果」として理解され、「生命を危殆化する措置」はこのような状況に被害者を曝す傷害行為である。このように理解された「中間結果」と、多数説によって様々に強調されている生命の危殆化に当たっての措置の「適性」は、内容的に一致する。以上より「生命を危殆化する措置」は伝統的な具体的危殆化犯であって、単なる「危険性犯」ではないのであるから、このような「中間結果」としての具体的に危険な状況の評価の際には、後になって初めて認識可能と